

Juridicum – Schriften zum  
Medien-, Informations- und Datenrecht

RESEARCH

Kirsten Johanna Schmidt

# Datenschutz als Vermögensrecht

Datenschutzrecht als Instrument des  
Datenhandels

OPEN

 Springer

---

# **Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht**

**Reihe herausgegeben von**

Matthias Cornils, Mainz, Deutschland

Louisa Specht-Riemenschneider, Bonn, Deutschland

In der Schriftenreihe erscheinen Forschungsbeiträge zum Kommunikations- und Medienrecht in seiner vollen Breite, vom Äußerungs-, Urheber- und Kunsturheberrecht über das Daten- und Informationsrecht bis zu Fragen öffentlich-rechtlicher Medien- oder Intermediärsregulierung, einschließlich ihrer theoretischen Hintergründe. Erfasst sind insbesondere innovative akademische Qualifikationsschriften, aber auch Abhandlungen und Sammelbände von herausragendem wissenschaftlichen Wert.

Weitere Bände in der Reihe <http://www.springer.com/series/16165>

---

Kirsten Johanna Schmidt

# Datenschutz als Vermögensrecht

Datenschutzrecht als Instrument des  
Datenhandels

 Springer

Kirsten Johanna Schmidt  
Zürich, Schweiz

Dissertation Universität Basel, Schweiz, 2019

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung



ISSN 2662-9488 ISSN 2662-9496 (electronic)  
Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht  
ISBN 978-3-658-30796-7 ISBN 978-3-658-30797-4 (eBook)  
<http://doi.org/10.1007/978-3-658-30797-4>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2020. Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation. **Open Access** Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

## Vorwort

Diese Arbeit liegt der Juristischen Fakultät der Universität Basel im Herbstsemester 2019 als Dissertationsschrift vor. Sie ist als Teil des Forschungsprojekts von Prof. Dr. iur. Sabine Gless und Prof. Dr. iur. Dipl.-Biol. Herbert Zech mit dem Titel «Legal Challenges in Big Data. Allocating Benefits. Averting Risks.» im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 75 «Big Data» des Schweizerischen Nationalfonds entstanden. Die Arbeit widmet sich nicht nur Möglichkeiten, das Datenschutzrecht angesichts des technologischen und gesellschaftlichen Fortschritts weiterzuentwickeln, sondern auch den Interessen beim Handel mit Personendaten, die zueinander in einem Spannungsverhältnis stehen. Dabei wird einerseits auf das Datenschutzrecht eingegangen, andererseits aber auch auf die Zuweisung von Befugnissen durch Ausschliesslichkeitsrechte und die faktische Handelbarkeit von Personendaten mittels vertragsrechtlicher Lösungen. Das Manuskript wurde im Sommer 2019 abgeschlossen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Dipl.-Biol. Herbert Zech, der meine Arbeit betreut und unterstützt und mich stets gefördert hat. Das offene, freundliche Klima an seinem Lehrstuhl habe ich sehr geschätzt. Ebenso möchte ich den weiteren Mitgliedern meines Doktoratskomitees, Prof. Dr. iur. Beat Rudin, der auch das Zweitgutachten übernommen hat, und Prof. Dr. iur. Louisa Specht-Riemenschneider, danken.

Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unseres Forschungsprojekts möchte ich für die gute Zusammenarbeit danken. Für die finanzielle Förderung des Forschungsprojekts und dieser Arbeit sowie für die Möglichkeit zum interdisziplinären Austausch im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 75 «Big Data» danke ich dem Schweizerischen Nationalfonds. Zudem danke ich dem Schweizerischen Nationalfonds für die Übernahme der Kosten für die Open Access-Publikation dieser Arbeit.

Ich möchte mich ausserdem herzlich bei allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Lehrstuhls für das gute Miteinander und die moralische Unterstützung bedanken, ganz besonders bei Dr. iur. Inesa Fausch, Dr. iur. Vera Vallone, Antje Stadelmann und Sigrid Hofmann. Den Stipendiaten, Kollegiaten und Mitgliedern im Leitungsgremium des Doktoratsprogramms «Recht im Wandel» der Juristischen Fakultät der Universität Basel danke ich für den bereichernden geistigen Austausch.

Schliesslich möchte ich mich auch bei meiner Familie und meinen Freunden bedanken. Ganz besonders danke ich meinen Eltern Elfi Stellmacher-Schmidt und Prof. Dr. rer. nat. Wilhelm Schmidt. Sie haben mir mein Studium durch ihre Unterstützung ermöglicht und immer an mich und meine Fähigkeiten geglaubt. Meinem Partner Jörg Wesiak danke ich herzlich dafür, dass er mich nicht nur beim Schreiben dieser Arbeit, sondern auch beim Bestehen der Rechtsanwaltsprüfung und in allen anderen Dingen begleitet und mit viel Engagement unterstützt hat.

Kirsten Johanna Schmidt

# Inhaltsübersicht

Einleitung	1
I. Hintergrund der Arbeit	1
II. Gegenstand der Arbeit	9
III. Forschungsstand	9
IV. Gang der Untersuchung	11
Untersuchung des geltenden Rechts	13
§ 1 Funktion eigentumsartiger Rechte für den Handel	14
I. Wertschöpfung aus Gütern durch Handel	14
II. Schaffen einer Zuweisungsordnung durch Ausschliesslichkeitsrechte	17
III. Ergebnis	25
§ 2 Datenschutzrecht ist kein eigentumsartiges Recht	27
I. Definition von Personendaten	27
II. Datenschutzrecht als abwägungsoffenes Recht	31
III. Die Unübertragbarkeit der zugewiesenen Rechte	38
IV. Datenschutzrecht als abwägungsoffenes, nicht übertragbares Recht	44
§ 3 Faktische Handelbarkeit von Personendaten	45
I. Personendaten als Güter	45
II. Faktische Übertragbarkeit von Personendaten	48
III. Wirtschaftlicher Zuweisungsgehalt des Datenschutzrechts	49
IV. Qualifikation von Datenschutz als Vermögensrecht	54
V. Ergebnis	55
§ 4 Die Einwilligung als Instrument der Kommerzialisierung	57
I. Personendaten als vertragliche Gegenleistung	57
II. Die freie Widerrufbarkeit und ihre Bedeutung für den Vertrag	63
III. Erkenntnis zur Rechtsnatur der Einwilligung	69
IV. Ergebnis	74
Das Interessendreieck beim Datenhandel	77
§ 5 Das Schutzbedürfnis des Individuums	78
I. Einhalten der datenschutzrechtlichen Grundsätze	78
II. Einhalten der Bedingungen an eine informierte Einwilligung	84
III. «Flucht» aus der Einwilligung?	91

IV. Rechtsdurchsetzung	93
V. Unzerstörbarkeit semantischer Information und De-Anonymisierung	94
VI. Ergebnis	95
§ 6 Beteiligung am Wert der Daten	97
I. Investition als Anknüpfungspunkt	97
II. Offenbaren der Daten als Anknüpfungspunkt	102
III. Persönlichkeitsbezug als Anknüpfungspunkt	104
IV. Bestimmung des Werts von Personendaten	106
V. Mehrrelationalität von Personendaten	110
VI. Ergebnis	110
§ 7 Entwicklung funktionierender Datenmärkte	111
I. Rolle des Rechts für Datenmärkte	111
II. Primär- und Sekundärmärkte für den Handel mit Personendaten	113
III. Auf dem Weg zu einem Datenschuldrecht?	116
IV. Ergebnis	118
§ 8 Drei Interessen im Spannungsverhältnis	120
I. Das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsschutz und Wertbeteiligung	120
II. Das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsschutz und Datenhandel	122
III. Das Verhältnis zwischen Datenhandel und Wertbeteiligung	124
IV. Abwägungsüberlegungen	124
Untersuchung von Anpassungsvorschlägen	127
§ 9 Die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung	128
I. Freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten	128
II. Einschränkung des freien Widerrufsrechts	131
III. Folgen der Unwiderrufbarkeit	142
IV. Regelungsbedarf	144
V. Prüfung des Vorschlags anhand der Interessenlage	144
VI. Ergebnis	146
§ 10 Wertersatz bei Widerruf	148
I. Ausschluss einer Schadenersatzpflicht?	148
II. Widerruf der Einwilligung und Schuldnerverzug	151
III. Wertersatz	153
IV. Prüfung des Anpassungsvorschlags	157
V. Ergebnis	158
§ 11 Datenschutzrecht als Immaterialgüterrecht sui generis	160
I. Kein Ausschliesslichkeitsrecht de lege lata	160

---

II. Ein eigentumsartiges Recht für Personendaten und seine Wirkungen	165
III. Prüfung des Lösungsvorschlags	174
IV. Ergebnis	181
Ergebnisse und Ausblick	185
Zusammenfassung	189
Literaturverzeichnis	199
Materialienverzeichnis	225

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	1
I.    Hintergrund der Arbeit .....	1
1.  Technische Entwicklung .....	2
2.  Wirtschaftliche Entwicklung .....	3
3.  Diskussion über Rechte an Daten .....	7
II.   Gegenstand der Arbeit .....	9
III.  Forschungsstand .....	9
IV.  Gang der Untersuchung .....	11
Untersuchung des geltenden Rechts .....	13
§ 1 Funktion eigentumsartiger Rechte für den Handel .....	14
I.    Wertschöpfung aus Gütern durch Handel .....	14
II.   Schaffen einer Zuweisungsordnung durch Ausschliesslichkeitsrechte .....	17
1.  Wirkungsweise von Ausschliesslichkeitsrechten .....	17
2.  Kriterien zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts .....	19
3.  Die Stufen der Güterzuordnung .....	21
III.  Ergebnis .....	25
§ 2 Datenschutzrecht ist kein eigentumsartiges Recht .....	27
I.    Definition von Personendaten .....	27
1.  Die drei Informationsebenen und der Datenbegriff .....	27
2.  Personendaten nach dem Datenschutzgesetz .....	29
3.  Zwischenergebnis .....	31
II.   Datenschutzrecht als abwägungsoffenes Recht .....	31
1.  Daten als öffentliche Güter mit zuweisbaren Befugnissen .....	32
2.  Durch das Datenschutzrecht vorgenommene Zuweisung .....	34
3.  Kein absoluter Schutz der Zuweisungssphäre .....	35
4.  Zwischenergebnis .....	37
III.  Die Unübertragbarkeit der zugewiesenen Rechte .....	38
1.  Der Begriff der Verfügung .....	38
2.  Übertragbarkeit des Rechts und faktische Übertragbarkeit von Befugnissen .....	40
3.  Keine rechtliche Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten .....	41
4.  Zwischenergebnis .....	43
IV.  Datenschutzrecht als abwägungsoffenes, nicht übertragbares Recht .....	44
§ 3 Faktische Handelbarkeit von Personendaten .....	45
I.    Personendaten als Güter .....	45
1.  Nützlichkeit .....	46

2.	Existenz ausserhalb der Person.....	46
3.	Wirtschaftlicher Wert.....	47
4.	Zwischenergebnis .....	48
II.	Faktische Übertragbarkeit von Personendaten .....	48
III.	Wirtschaftlicher Zuweisungsgehalt des Datenschutzrechts .....	49
1.	Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Zuweisungssphäre .....	49
2.	Wirtschaftliche Zuweisung.....	52
IV.	Qualifikation von Datenschutz als Vermögensrecht .....	54
V.	Ergebnis .....	55
§ 4	Die Einwilligung als Instrument der Kommerzialisierung .....	57
I.	Personendaten als vertragliche Gegenleistung .....	57
1.	Leistung gegen Daten - ein synallagmatischer Vertrag .....	58
2.	Einordnung des Vertragsverhältnisses .....	59
3.	Rechte und Pflichten der Parteien.....	62
4.	Zwischenergebnis .....	63
II.	Die freie Widerrufbarkeit und ihre Bedeutung für den Vertrag .....	63
1.	Freie Widerrufbarkeit.....	63
2.	Folgen des Widerrufs .....	65
3.	Zwischenergebnis .....	68
III.	Erkenntnis zur Rechtsnatur der Einwilligung .....	69
1.	Die Einwilligung als Realakt.....	70
2.	Die Einwilligung als Rechtsgeschäft .....	70
3.	Die Einwilligung als Naturalobligation .....	72
4.	Die Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung.....	73
5.	Zwischenergebnis .....	74
IV.	Ergebnis .....	74
	Das Interessendreieck beim Datenhandel .....	77
§ 5	Das Schutzbedürfnis des Individuums .....	78
I.	Einhalten der datenschutzrechtlichen Grundsätze .....	78
1.	Treu und Glauben .....	79
2.	Verhältnismässigkeit.....	80
3.	Zweckbindungsprinzip .....	81
4.	Erkennbarkeit.....	83
5.	Zwischenergebnis .....	84
II.	Einhalten der Bedingungen an eine informierte Einwilligung .....	84
1.	Zeitpunkt der Erteilung .....	85
2.	Angemessene Information.....	85
3.	Freiwilligkeit .....	87
4.	Ausdrücklichkeit der Einwilligung .....	89
5.	Einwilligung durch Minderjährige? .....	89
6.	Zwischenergebnis .....	91
III.	«Flucht» aus der Einwilligung? .....	91

IV. Rechtsdurchsetzung	93
V. Unzerstörbarkeit semantischer Information und De-Anonymisierung	94
VI. Ergebnis	95
§ 6 Beteiligung am Wert der Daten .....	97
I. Investition als Anknüpfungspunkt	97
1. Investition der Betroffenen .....	100
2. Investition der Unternehmen .....	102
3. Zwischenergebnis .....	102
II. Offenbaren der Daten als Anknüpfungspunkt	102
III. Persönlichkeitsbezug als Anknüpfungspunkt	104
IV. Bestimmung des Werts von Personendaten	106
1. Wert einzelner Daten .....	106
2. Verwertungsgesellschaft .....	108
V. Mehrrelationalität von Personendaten	110
VI. Ergebnis	110
§ 7 Entwicklung funktionierender Datenmärkte .....	111
I. Rolle des Rechts für Datenmärkte	111
II. Primär- und Sekundärmärkte für den Handel mit Personendaten	113
III. Auf dem Weg zu einem Datenschuldrecht?	116
IV. Ergebnis	118
§ 8 Drei Interessen im Spannungsverhältnis .....	120
I. Das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsschutz und Wertbeteiligung	120
II. Das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsschutz und Datenhandel	122
III. Das Verhältnis zwischen Datenhandel und Wertbeteiligung	124
IV. Abwägungsüberlegungen	124
Untersuchung von Anpassungsvorschlägen .....	127
§ 9 Die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung .....	128
I. Freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten	128
II. Einschränkung des freien Widerrufsrechts	131
1. Zulässigkeit der vertraglichen Bindung .....	132
2. Wirtschaftliche Interessen .....	137
3. Dispositionsbefugnis .....	140
4. Zwischenergebnis .....	141
III. Folgen der Unwiderrufbarkeit	142
1. Dauerhafte Unwiderrufbarkeit der Einwilligung .....	142
2. Begrenzte Unwiderrufbarkeit der Einwilligung .....	143
IV. Regelungsbedarf	144
V. Prüfung des Vorschlags anhand der Interessenlage	144
1. Persönlichkeitsschutz der Betroffenen .....	144

2. Beteiligung am Wert der Daten .....	145
3. Entwicklung der Datenmärkte .....	145
VI. Ergebnis .....	146
§ 10 Wertersatz bei Widerruf .....	148
I. Ausschluss einer Schadenersatzpflicht .....	148
II. Widerruf der Einwilligung und Schuldnerverzug .....	151
III. Wertersatz .....	153
1. Grundsatz: Jederzeitige Widerrufbarkeit .....	154
2. Grundsatz: Unwiderrufbarkeit .....	155
3. Gedanken zur Ausgestaltung des Wertersatzes .....	156
IV. Prüfung des Anpassungsvorschlags .....	157
1. Schutz der Persönlichkeit .....	157
2. Beteiligung am Wert der Daten .....	158
3. Entwicklung der Datenmärkte .....	158
V. Ergebnis .....	158
§ 11 Datenschutzrecht als Immaterialgüterrecht sui generis .....	160
I. Kein Ausschliesslichkeitsrecht de lege lata .....	160
1. Sachenrecht .....	161
2. Immaterialgüterrecht .....	162
3. Leistungsschutzrecht .....	163
4. Datenbankherstellerschutz .....	164
5. Zwischenergebnis .....	164
II. Ein eigentumsartiges Recht für Personendaten und seine Wirkungen .....	165
1. Ausschliessliche Zuweisung der Handlungsbefugnisse .....	166
2. Beschränkung der Nutzung von semantischer Information .....	170
3. Übertragbarkeit der Zuweisung .....	172
4. Personendaten als Haftungssubstrat .....	172
5. Lizenzierung weiterhin möglich .....	173
6. Zwischenergebnis .....	173
III. Prüfung des Lösungsvorschlags .....	174
1. Schutz der Persönlichkeit .....	174
2. Beteiligung am Wert der Daten .....	176
3. Entwicklung der Datenmärkte .....	178
IV. Ergebnis .....	181

---

Ergebnisse und Ausblick .....	185
Zusammenfassung .....	189
Literaturverzeichnis .....	199
Materialienverzeichnis.....	225

# Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Allgemeine Juristische Praxis
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AT-ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS Nr. 946/1811
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BBl	Bundesblatt
BDU	Bundesverband Deutscher Unternehmensberater e.V.
BGBI.	Deutsches Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung der publizierten Leitentscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BITKOM	Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVF	Brand Valuation Forum
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise

---

CR	Computer und Recht, Fachzeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologie
CRI	Computer Law Review International, Journal of Information Law and Technology
D-BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 7 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (BGBl. I S. 54)
D-UWG	(Deutsches) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 233)
d. h.	das heisst
Datenbankrichtlinie	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Amtsblatt Nr. L 77/20 vom 27.03.1996
ders.	derselbe
DesG	Bundesgesetz über den Schutz von Design vom 5. Oktober 2001 (Designgesetz), SR 232.12
DesV	Verordnung über den Schutz von Design vom 2. März 2002 (Designverordnung), SR 232.121
DGRI	Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik
Digitale Inhalte-Richtlinie	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, Amtsblatt Nr. L 136/1 vom 22.05.2019
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Amtsblatt Nr. L 119/1 vom 04.05.2016
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
E-DSG	Entwurf des Bundesrates vom 15. September 2017 für ein Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), BBl 2017 7206 ff.
E.	Erwägung
e. V.	eingetragener Verein

---

EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EDPL	European Data Protection Law Review
EDSB	Europäischer Datenschutzbeauftragter
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950, SR 0.101
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	und folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fussnote
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 13.7.2017
Gl. A.	gleicher Ansicht
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRUR	Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
Hrsg.	Herausgeber/-in
JGS	Justizgesetzsammlung
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice
JZ	Juristen Zeitung
K & R	Kommunikation & Recht, Betriebs-Berater für Medien, Telekommunikation, Multimedia
KUKO	Kurzkommentar
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	Litera
m. H.	mit Hinweis(en)

---

m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MPI	Max-Planck-Institut
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz), SR 232.11
MSchV	Verordnung über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 23. Dezember 1992, SR 232.111
N	Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
ODW	Ordnung der Wissenschaft, Zeitschrift für Ordnung der Wissenschaft e. V.
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (Patentgesetz), SR 232.14
PIM	Personal Information Management
PIMS	Personal Information Management Systeme
PinG	Privacy in Germany, Zeitschrift für Datenschutz und Compliance
RDV	Recht der Datenverarbeitung, Zeitschrift für Datenschutz-, Informations- und Kommunikationsrecht
Rz.	Randzeichen
S.	Seite(n)
SchIT	Schlusstitel
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK NR	Staatspolitische Kommission des Nationalrates

---

SK SR	Staatspolitische Kommission des Ständerates
sogl.	sogleich
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitung für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u. a.	unter anderem
UK	United Kingdom
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz), SR 231.1
USD	US-Dollar, United States Dollar
Verbraucherrechte- richtlinie	Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, Amtsblatt Nr. L 304/64 vom 22.11.2011
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum
ZH	Zürich
zit.	zitiert als
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
zugl.	zugleich



## Einleitung

Die Digitalisierung hat inzwischen in alle Wirtschafts- und Gesellschaftsbereiche Einzug gehalten. Daten werden als das «Öl des 21. Jahrhunderts»<sup>1</sup> bezeichnet und es wird von der «digitalen Transformation, der digitalen Revolution bzw. von der Industrie 4.0»<sup>2</sup> gesprochen. Damit wird versucht, die Bedeutung der mit der Digitalisierung, Big Data und einer Datenökonomie verbundenen weitreichenden Entwicklungen sowie des enormen volkswirtschaftlichen Potenzials auszudrücken.<sup>3</sup> Dabei können diese abstrakten Begrifflichkeiten nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Sammeln, Auswerten und Handeln grosser Datenmengen jeden Einzelnen von uns tagtäglich betrifft: Einerseits liefern wir einen grossen Teil der zu analysierenden Daten, andererseits wirken sich die Analyseergebnisse häufig direkt auf uns aus. Gerade auch angesichts der Entwicklungen beim automatisierten Verkehr sowie Bestrebungen hin zu sich (irgendwann) autonom bewegendes Fahrzeuge ist die Bedeutung für alle Individuen unbestreitbar. Ungeklärt sind jedoch zahlreiche juristische Fragen, beispielsweise welche Akteure (zukünftig) welche Rechte an verschiedenen Arten von Daten haben (sollten). In welche Richtungen Rechte an Daten entwickelt werden sollen, wird derzeit stark diskutiert.

Diese Arbeit richtet ihren Fokus auf die natürlichen Personen und ihre Rechte an den durch sie generierten Personendaten. Gegenwärtig steht dabei vor allem das Datenschutzrecht im Vordergrund. Diese Arbeit widmet sich in einem *ersten Teil* zunächst den Fragen, welche Rechte die von Daten betroffenen Personen durch das Datenschutzrecht erhalten und inwiefern Personendaten bereits jetzt kommerziell verwertet werden können. In einem *zweiten Teil* wird dargestellt, welche Interessen beim Handel mit Personendaten bestehen und in welchem Verhältnis diese Interessen zueinander stehen. Auf diese Weise können Gründe aufgezeigt werden, warum das Datenschutzrecht zukünftig angepasst werden sollte. Der *dritte Teil* der Arbeit stellt schliesslich Möglichkeiten vor, das Datenschutzrecht weiterzuentwickeln. Dabei wird insbesondere untersucht, ob diese Möglichkeiten der dargestellten Interessenlage gerecht werden würden.

Zur *Einleitung* werden zunächst der Hintergrund sowie der Gegenstand der Arbeit näher umschrieben. Danach wird der zugrunde liegende Forschungsstand dargestellt und der weitere Gang der Untersuchung skizziert.

### I. Hintergrund der Arbeit

Bevor sich dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit gewidmet werden kann, muss der Hintergrund der Thematik erläutert werden. Anhand der Darstellung sowohl der technischen (1.) als auch der wirtschaftlichen Entwicklungen (2.) wird die Relevanz von Big Data und der Verarbeitung von Personendaten aufgezeigt. Diese Entwicklungen haben zu einer Diskussion über Rechte an Daten geführt (3.).

---

<sup>1</sup> Z. B. SCHNEIDER, S. 113, CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 1, und WANDTKE, MMR 2017, S. 6, obwohl sich Daten massgeblich von körperlichen Gütern wie Öl unterscheiden, wie in § 2 II gezeigt wird.

<sup>2</sup> SCHNEIDER, S. 113.

<sup>3</sup> Vgl. SCHNEIDER, S. 113.

### 1. Technische Entwicklung

Zuerst ist die technische Entwicklung darzustellen. Mit Fortschreiten der Digitalisierung werden immer mehr körperliche Güter durch Daten und Dateninhalte («digital content») ersetzt. Das Nutzen beispielsweise von Streaming-Diensten, E-Books und Cloud-Diensten ist heute nicht mehr wegzudenken.<sup>4</sup> Ausserdem erhalten herkömmliche körperliche Gegenstände zunehmend einen Datenbezug und werden «smart».<sup>5</sup> Diese «smarten» Gegenstände sammeln, speichern und versenden Daten. Sie sind über das Internet flächendeckend und unmittelbar miteinander vernetzt (Internet der Dinge bzw. «internet of things») und bieten eine globale Infrastruktur für die Gewinnung von Personendaten.<sup>6</sup> Gleichzeitig entstehen so immer mehr technische Möglichkeiten, um in die Privatsphäre von Personen einzudringen.<sup>7</sup>

Diese Entwicklung ist besonders deswegen möglich, weil durch den technischen Fortschritt Speicherkapazität und Rechenleistung immer verfügbarer und günstiger werden.<sup>8</sup> So können heute riesige Datenmengen in Echtzeit analysiert werden, was noch vor wenigen Jahren kaum denkbar schien.<sup>9</sup>

Das Phänomen der Massenverarbeitung von Daten wird Big Data genannt. Darunter wird die Möglichkeit verstanden, grosse und vielfältige Mengen von Daten<sup>10</sup> nebenbei und auf Vorrat zu erzeugen, um in Echtzeit oder auch im Nachhinein durch Analyse der Daten unterschiedlichste Fragestellungen zu beantworten.<sup>11</sup> Die Menge

<sup>4</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 19; vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1037.

<sup>5</sup> HEUN/ASSION, CR 2015, S. 812; ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a trade-able commodity, S. 57; BECKER, JZ 2017, S. 171; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 19; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 423; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 339; ähnlich DETERMANN, ZD 2018, S. 503; SCHNEIDER, S. 117; SCHWEITZER, S. 269; vgl. ESKEN, S. 75; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 990; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 101; FEZER, ZD 2017, S. 101; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 3.

<sup>6</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1151; MORIK, S. 19; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 18; KILIAN, CRi 2012, S. 170; vgl. BECKER, JZ 2017, S. 171; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13 f.; NAUMER, S. 233; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 812; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 420; FLÜCKIGER, AJP 2013, S. 838; KARIKARI, S. 3 f.; WEICHERT, ZD 2013, S. 252; OECD 2015, S. 20.

<sup>7</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 170; BECKER, JZ 2017, S. 171; BULL, S. 4 f.; ähnlich BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 2; vgl. BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 420 f.; FLÜCKIGER, AJP 2013, S. 838; WEICHERT, ZD 2013, S. 252.

<sup>8</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 16, 19; vgl. MORIK, S. 20; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12 f.; BITKOM, S. 14, 22; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 421; vgl. BERANEK ZANON, S. 87.

<sup>9</sup> Vgl. ZECH, CR 2015, S. 139; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 11 ff.; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 5.

<sup>10</sup> Dieses Merkmal von Big Data wird als «Volume» bezeichnet, dazu z. B. SCHNEIDER, S. 116; BITKOM, S. 19, 21; BERANEK ZANON, S. 87; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 62; KARIKARI, S. 3.

<sup>11</sup> ZECH, CR 2015, S. 137, 139; DORNER, CR 2014, S. 617; vgl. auch BITKOM, S. 7, 21; VON BRAUN/ABRESCH, S. 144 ff.; ähnlich DIVSI, Daten als Handelsware, S. 16 f.; SCHWEITZER, S. 269; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; vgl. CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 3 ff.; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 1; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 48; KARIKARI, S. 2.

digital erfasster Daten wächst dabei exponentiell;<sup>12</sup> für das Jahr 2020 wird erwartet, dass das weltweite Datenvolumen über 100 Zettabytes beträgt.<sup>13</sup> Die gesammelten Daten stammen dabei aus unterschiedlichsten Quellen, sind unterschiedlich strukturiert und in verschiedenen Dateiformaten enthalten.<sup>14</sup> Das generelle Ziel dieser Massendatenverarbeitung ist die Beantwortung unterschiedlichster Fragestellungen.<sup>15</sup> Die Datenanalyse ist sogar bereits in Echtzeit möglich,<sup>16</sup> kann aber auch zu einem späteren Zeitpunkt geschehen.<sup>17</sup> Eine weitere Besonderheit von Big-Data-Analysen ist, dass die zu untersuchende Fragestellung zum Zeitpunkt der Datenerhebung noch gar nicht bekannt sein muss. Vielmehr können zunächst alle möglichen Daten gesammelt und im Nachhinein auf unbekannte Korrelationen untersucht werden.<sup>18</sup>

Die Datenverarbeitungsprozesse laufen automatisiert ab: Die Datenverarbeitungssysteme können, durch Einsatz von Algorithmen, «machine learning» und künstlicher Intelligenz, selbstständig Datenanalysen durchführen und Schlussfolgerungen aus den Daten ziehen.<sup>19</sup> Viele Analyseergebnisse, die durch Big Data gewonnen werden, könnten mit herkömmlichen Mitteln nicht oder nur unter Einsatz von wesentlich höherem (Zeit- und Geld-) Aufwand gewonnen werden.<sup>20</sup>

## 2. Wirtschaftliche Entwicklung

Der technische Fortschritt ermöglicht eine enorme wirtschaftliche Entwicklung, denn die durch die Datenanalyse gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auf verschiedene Arten gewinnbringend nutzen.<sup>21</sup> Es ergeben sich neue Wertschöpfungsketten: Aus

<sup>12</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12; BITKOM, S. 7, 12; BCG, S. 9 f.; BAERISWYL, *digma* 2013, S. 14; vgl. DETERMANN, ZD 2018, S. 503; WEICHERT, ZD 2013, S. 252; OECD 2015, S. 20.

<sup>13</sup> BITKOM, S. 12; vgl. zu Schätzungen der erwarteten Datenmenge etwa EGGERS/HAMILL/ALI, S. 20; BERANEK ZANON, S. 87; KARIKARI, S. 3.

<sup>14</sup> Dieses Merkmal von Big Data wird «Variety» genannt, dazu WEBER, Herausforderungen, S. 1, 3; WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 2; BERANEK ZANON, S. 87; SCHNEIDER, S. 116; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 11; BITKOM, S. 12, 19, 21; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 62; KARIKARI, S. 3.

<sup>15</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 51, 57.

<sup>16</sup> Die Möglichkeit, Daten in immer kürzerer Zeit zu analysieren, wird mit dem Begriff «Velocity» beschrieben; dazu z. B. HUGENHOLTZ, S. 93; SCHNEIDER, S. 116; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 990; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12; BITKOM, S. 19, 21; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 5; BERANEK ZANON, S. 87; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 48; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 62; KARIKARI, S. 2 f.

<sup>17</sup> ZECH, CR 2015, S. 139.

<sup>18</sup> WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 2; vgl. BAERISWYL, Anonymisierung, S. 48; ZECH, CR 2015, S. 137, 139; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 421; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13; WEBER, Herausforderungen, S. 2 f.; DORNER, CR 2014, S. 626 f.

<sup>19</sup> SPECHT, CR 2016, S. 289.

<sup>20</sup> DORNER, CR 2014, S. 617.

<sup>21</sup> DORNER, CR 2014, S. 617 f.; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 989; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12 f.; KILLIAN, Gegenleistung, S. 196; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 165; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 117 f. mit verschiedenen Beispielen; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1464 f.; BITKOM, S. 7 ff., 34 ff.; WEF, Personal Data, S. 7; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 339; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 1; PEARCE, EDPL 2018, S. 190; WANDTKE, MMR 2017, S. 7 f.; OECD 2015,

der Erzeugung, Sammlung und Analyse von Daten werden Erkenntnisse gewonnen, die ihrerseits Innovationen und neue Geschäftsmodelle ermöglichen.<sup>22</sup> Big Data birgt ein riesiges Potenzial zur Monetarisierung:<sup>23</sup> Erstens werden laufend neue Produkte und Services entwickelt, welche im Wesentlichen auf der Erzeugung und Verarbeitung von Daten basieren.<sup>24</sup> So erhalten zunächst herkömmliche körperliche Gegenstände zunehmend einen Datenbezug und werden «smart».<sup>25</sup> Zudem ist ihre Nutzung regelmässig mit vielfältigen digitalen Angeboten wie beispielsweise Smartphone-Applikationen verbunden.<sup>26</sup> Zweitens ist es durch die Big-Data-Analyse von Personendaten möglich, Produkte, Services und Werbung stark zu personalisieren.<sup>27</sup> Indem Angebote auf die Erwartungen, Vorlieben und Bedürfnisse der einzelnen Konsumenten zugeschnitten werden können – und dies häufig sogar in Echtzeit –, unterscheiden sie sich massgeblich von herkömmlichen Angeboten. So können neue Märkte geschaffen und Absatzzahlen erhöht werden.<sup>28</sup> Drittens werden Prognosen durch den Einsatz von Big-Data-Analysen entscheidend verbessert, also beispielsweise Risiken minimiert und Erfolgsfaktoren erhöht sowie bestimmte Verhaltensweisen vorhergesagt.<sup>29</sup>

Es ist festzuhalten, dass durch Big Data auch zunächst belanglose Informationen einen wirtschaftlichen Wert erhalten können, wenn nur genug von ihnen verknüpft und analysiert werden.<sup>30</sup> Deshalb haben auch Rohdaten einen wirtschaftlichen Wert,

---

S. 21.

<sup>22</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 58; WEICHERT, ZD 2013, S. 253; ähnlich VON BRAUN/ABRESCH, S. 147 ff.; CHROBAK, S. 256; OECD 2015, S. 21, 32; OECD 2013, S. 11 ff.; vgl. DUISBERG, S. 53 f.; ESKEN, S. 73; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13, 17; WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 4.

<sup>23</sup> Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 16; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 1.

<sup>24</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 639 f.; SCHWEITZER, S. 269; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 196; HORNUNG, DuD 2015, S. 359.

<sup>25</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; BECKER, JZ 2017, S. 171; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 19; ähnlich SCHNEIDER, S. 117; SCHWEITZER, S. 269; vgl. ESKEN, S. 75; HORNUNG, DuD 2015, S. 359.

<sup>26</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; DREXL, NZKart 2017 Teil 1, S. 339; DATTA/KLEIN, CR 2016, S. 587; ähnlich SCHWEITZER, S. 269.

<sup>27</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 640 f.; MORIK, S. 27, 41; SCHNEIDER, S. 116; SCHWEITZER, S. 273; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13; KILIAN, Gegenleistung, S. 196; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 117; BISGES, MMR 2017, S. 301 f.; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 2; HORNUNG, DuD 2015, S. 359.

<sup>28</sup> Vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 272, zum vernetzten Fahrzeug; vgl. auch VON BRAUN/ABRESCH, S. 147 ff.; SCHWEITZER, S. 270 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13.

<sup>29</sup> Ähnlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040; SATTLER, JZ 2017, S. 1036; SCHWEITZER, S. 269; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13 f.; BERANEK ZANON, S. 86; WEICHERT, ZD 2013, S. 253; vgl. OECD 2015, S. 31.

<sup>30</sup> BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 422: «Es gibt keine unwichtigen oder irrelevanten Daten mehr.»

was durch die Existenz eines Marktes für solche Daten belegt wird.<sup>31</sup> Durch die Datenanalyse entstehen wiederum neue Daten,<sup>32</sup> weshalb private Unternehmen, die Daten sammeln und analysieren, gleichzeitig auch Datenerzeuger sind.<sup>33</sup> Die wichtigsten Datenproduzenten sind allerdings die Konsumenten, die durch Gebrauch der «smarten» Gegenstände quasi rund um die Uhr und nebenbei Daten erzeugen.<sup>34</sup> Das Potenzial von Big Data kann nämlich erst dann wirklich ausgeschöpft werden, wenn Personendaten analysiert werden. So stützen sich zahlreiche Geschäftsmodelle auf die Bearbeitung von Personendaten und Nutzer geben vielfach sie betreffende Daten als Gegenleistung hin, um vermeintlich kostenfreie Angebote nutzen zu können.<sup>35</sup> Die Datenanalyse findet dagegen regelmässig nur auf unternehmerischer Ebene statt, unabhängig davon, woher die Daten stammen.<sup>36</sup> Daten werden zwischen Unternehmen ausgetauscht und Prozesse können in Echtzeit zusammengeführt werden.<sup>37</sup>

Daten sind zu einem zentralen Produktionsmittel, dem Rohstoff des 21. Jahrhunderts, geworden und werden als neuartige Güter eigener Art gehandelt.<sup>38</sup> Der Gütercharakter von Daten wird noch durch den Umstand verstärkt, dass die Analyse der Daten auf sich allenfalls in der Zukunft ergebene Fragestellungen hin oder die ergebnisoffene Suche nach bisher unbekanntem Korrelationen auch durch andere Wirtschaftssubjekte durchgeführt werden kann als durch diejenigen, welche die Daten sammeln und speichern.<sup>39</sup> Vor allem Personendaten werden teilweise sogar als neue digitale Währung bezeichnet.<sup>40</sup>

Angesichts des riesigen wirtschaftlichen Potenzials verwundert es nicht, dass sich die Datenwirtschaft der Europäischen Union in den letzten Jahren rasant entwickelt

---

<sup>31</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1156; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 58 und 63; vgl. WANDTKE, MMR 2017, S. 8.

<sup>32</sup> GRÜTZMACHER, CR 2016, S. 485.

<sup>33</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 59; KILIAN, CRi 2012, S. 169; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 21.

<sup>34</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 59; ähnlich DREXL, NZKart 2017 Teil 1, S. 339.

<sup>35</sup> SPECHT, CR 2016, S. 289; dazu auch SPECHT, JZ 2017, S. 763 ff.; SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 302; SPECHT, DGRI 2017, N 5; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; SATTLER, JZ 2017, S. 1036; KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 639 f., 643; METZGER, AcP 2016, S. 818; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 638; PEARCE, EDPL 2018, S. 190; vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 14 f.; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 165; HOEREN/VÖLKEL, S. 75 f.; SATTLER, Personality, S. 28; JENTZSCH/ PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.

<sup>36</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

<sup>37</sup> GRÜTZMACHER, CR 2016, S. 485.

<sup>38</sup> GRÜTZMACHER, CR 2016, S. 485; ZECH, GRUR 2015, S. 1151 f.; DORNER, CR 2014, S. 618; ZECH, CR 2015, S. 138 f.; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 58; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 316; ZIMMER, Property Rights, S. 102; SCHNEIDER, S. 113; ESKEN, S. 74; KILIAN, Gegenleistung, S. 195; BISGES, MMR 2017, S. 301; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 23; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 1; KARIKARI, S. 10 f.; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 989; VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 209; ECK-ERT, SJZ 2016, Daten als Sache, S. 245; BITKOM, S. 7; FEZER, ZD 2017, S. 99; dazu auch VON BRAUN/ ABRESCH, S. 147 ff.

<sup>39</sup> ZECH, CR 2015, S. 139.

<sup>40</sup> LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218; WEF, Personal Data, S. 5; EGGERS/HAMILL/ALI, S. 18 ff.; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 23.

hat. Schätzungen zufolge wird sie bis 2020 einen Wert von 643 Milliarden Euro erreichen, was 3.17 % des EU-BIP entspricht.<sup>41</sup> Dass das Geschäft mit den Daten sehr profitabel ist, lässt sich auch an dem rasanten Wachstum von Big-Data-Anwendungen erkennen.<sup>42</sup> So wurde im Jahr 2016 ein Wachstum des Big-Data-Sektors um 40 % pro Jahr festgestellt.<sup>43</sup>

Ein Sektor, in dem Big-Data-Analysen und die daraus hervorgehenden neuen Wertschöpfungsketten eine besondere Rolle spielen, ist die Automobilindustrie, insbesondere mit den Bestrebungen in Richtung vernetzter und sich autonom bewegender Fahrzeuge.<sup>44</sup> Neue, «smarte» Fahrzeuge sammeln alle möglichen Arten von Daten, einerseits über die technischen Parameter des Fahrzeugs, andererseits über die Fahrzeuginsassen.<sup>45</sup> Allein schon der heute übliche Gebrauch des Navigationssystems erzeugt eine Vielzahl von Daten. Die Fahrzeuge senden die gesammelten Daten zur Analyse insbesondere zum Fahrzeughersteller, zu Werkstätten sowie zu Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen,<sup>46</sup> welche jeweils verschiedene Schlussfolgerungen aus ihnen ziehen und davon profitieren können – sei es durch Erkenntnisgewinn, sei es monetär durch Weitergabe der Daten.<sup>47</sup>

Aus den gesammelten Daten kann beispielsweise der – eher defensive oder eher risikobereite – Fahrstil des Autofahrers abgeleitet werden, was künftig insbesondere für Fahrzeug- und Haftpflichtversicherungen bzw. deren Prämiengestaltung interessant sein dürfte.<sup>48</sup> Die Datenanalyse verrät allerdings nicht nur Daten über den Fahrer des Fahrzeugs: Meist werden die im Mobiltelefon gespeicherten Kontakte ausgelesen, wenn ein Gerät z. B. über eine App mit dem Fahrzeug verbunden wird. Ausserdem kann beispielsweise durch Kombination aus Standortdaten mit weiteren Daten erschlossen werden, in welchen Beziehungen der Mobiltelefoninhaber zu anderen Personen (z. B. Partner, Freunde, Bekannte) oder Orten (z. B. Zuhause, Arbeitsort) steht. Damit lassen die gesammelten Daten nicht nur Rückschlüsse auf die Fahrzeuginhaber, sondern auch auf Dritte zu.<sup>49</sup>

<sup>41</sup> Mitteilung EU-Kommission, Datenwirtschaft, S. 2; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 15, m. H. auf BCG, S. 101.

<sup>42</sup> DORNER, CR 2014, S. 618; vgl. DATTA/KLEIN, CR 2016, S. 587; dazu auch OECD 2015, S. 22 ff.

<sup>43</sup> SPECHT, CR 2016, S. 289; Mitteilung EU-Kommission, Digitaler Binnenmarkt, S. 23; WEBER, Herausforderungen, S. 3; vgl. BITKOM, S. 7, zur Marktentwicklung S. 47 ff.

<sup>44</sup> Vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 265, 267; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 990; METZGER, GRUR 2019, S. 130; HORNUNG, DuD 2015, S. 359; KARIKARI, S. 7 ff.

<sup>45</sup> HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 266; METZGER, GRUR 2019, S. 130 f.; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 315 f.; ZIMMER, Property Rights, S. 101 f.; siehe z. B. die Grafik der Fédération Internationale de l'Automobile, <https://www.fia.com/news/fia-reveals-what-data-being-tracked-and-how-public-reacts-connected-cars> und die «My Car My Data» Kampagne (zuletzt besucht am 05.07.2019); vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 75.

<sup>46</sup> HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 266; ZIMMER, Property Rights, S. 101; vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 130.

<sup>47</sup> Vgl. HORNUNG, DuD 2015, S. 359 f.

<sup>48</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041; SATTLER, JZ 2017, S. 1036; vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 135; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 81; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 316; ZIMMER, Property Rights, S. 102; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 2; vgl. dazu auch LANG-HANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 219.

<sup>49</sup> SPECHT, CR 2016, S. 295; SATTLER, Personenbezug, S. 65; HORNUNG, DuD 2015, S. 364.

### 3. Diskussion über Rechte an Daten

Das zunehmende wirtschaftliche Interesse an Daten und an ihrem Wert führte insbesondere auf europäischer Ebene und in Deutschland zu intensiven Diskussionen über die rechtliche Zuordnung von Daten.<sup>50</sup> Auch in der Schweiz findet dieses Thema zunehmend Beachtung, auch wenn die juristische Auseinandersetzung hier noch am Anfang steht.<sup>51</sup> Der Bundesrat hielt in seiner Strategie «Digitale Schweiz» fest, die Schweiz schaffe künftig «zeitgemässe und kohärente Rechtsgrundlagen, um das Potenzial der Datenwirtschaft zu nutzen»<sup>52</sup> und wies darauf hin, es sei eine «national und, wo nötig, international abgestimmte regulatorische Koordination anzustreben»<sup>53</sup>.

Tatsächlich werden Daten bereits auf vertraglicher Basis gehandelt und durch vertragliche Regelungen, Geheimhaltung und technische Schutzmassnahmen kann sogar eine gewisse faktische Ausschliesslichkeit hergestellt werden.<sup>54</sup> Es ist nun die Frage, ob und wie das Recht diese Realität abbilden soll.<sup>55</sup> Unter anderem wird die Frage gestellt, wem Daten eigentlich aktuell «gehören» oder zukünftig «gehören» sollen.<sup>56</sup>

Dass Daten ein wirtschaftlicher Wert zukommt und Märkte für sie entstanden sind, ist ein wichtiger Grund für die Forderung nach einem «Dateneigentum»; es soll dem Datenerzeuger die Entscheidung darüber ermöglichen, welche Dritte «seine» Daten nutzen (oder eben nicht nutzen) dürfen.<sup>57</sup> Deshalb wird diskutiert, ob ein eigentumsartiges Recht für (Roh-)Daten geschaffen werden und wem dieses Recht zustehen soll.<sup>58</sup>

Hinsichtlich personenbezogener Daten wird erwogen, ob die Zuweisung der Handlungsbefugnisse an diesen Angaben über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person durch das Datenschutzrecht an den Betroffenen vorgenommen werden soll.<sup>59</sup> Das Datenschutzrecht war allerdings ursprünglich als reines Abwehrrecht

---

<sup>50</sup> Z. B. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 989; SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 301; SPECHT, CR 2016, S. 288 ff.; ZIMMER, Property Rights, S. 102; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 165 ff. Für eine ausführliche Auflistung von Literatur siehe z. B. Fussnote 3 in WEBER/THOUVENIN, ZSR 2018, S. 44.

<sup>51</sup> Siehe dazu z. B. SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 638; WEBER/THOUVENIN, ZSR 2018, S. 44; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 21 ff.; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 1 ff.

<sup>52</sup> Strategie Digitale Schweiz, S. 30.

<sup>53</sup> Strategie Digitale Schweiz, S. 30.

<sup>54</sup> SPECHT, Diktat der Technik, S. 70 ff., zu technischen Schutzmassnahmen eingehend S. 175 ff.; SPECHT, CR 2016, S. 289; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 4; RICHTER/HILTY, S. 243.

<sup>55</sup> Vgl. SPECHT, CR 2016, S. 289; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 53.

<sup>56</sup> RICHTER/HILTY, S. 244; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 812; vgl. SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 301; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 267, 271; BERGER, ZGE 2016, S. 173; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 1; SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 103.

<sup>57</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; SPECHT, CR 2016, S. 289; ähnlich DORNER, CR 2014, S. 618; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 989.

<sup>58</sup> Z. B. HOEREN, MMR 2013, S. 486; DORNER, CR 2014, S. 618; ZECH, CR 2015, S. 137 ff.; ZECH, GRUR 2015, S. 1151 ff.; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 316; HOEREN/VÖLKELE, S. 11 ff.

<sup>59</sup> ZECH, CR 2015, S. 137; vgl. VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes, S. 50 ff.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 202 ff.; ablehnend z. B. BERBERICH/GOLLA, PinG

der Privaten vor allem gegenüber dem Staat gedacht.<sup>60</sup> Dennoch ist es heute bereits Gegenstand von Verträgen. Aus diesem Grund wird kritisiert, das geltende Datenschutzrecht werde den aktuellen Entwicklungen der Datenökonomie nicht mehr gerecht.<sup>61</sup>

In welche Richtung sich das Datenschutzrecht zukünftig entwickeln wird, ist noch offen. Auf europäischer Ebene ist diesbezüglich nach dem Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung im Mai 2018 zumindest vorerst keine Revision zu erwarten.<sup>62</sup> In der Schweiz wurde die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts zu einem eigentumsartigen Recht auf politischer Ebene sogar bereits im Jahr 2014 gefordert.<sup>63</sup> Der vom Schweizerischen Bundesrat am 15. September 2017 verabschiedete Entwurf des totalrevidierten Schweizerischen Datenschutzgesetzes, welcher derzeit von National- und Ständerat beraten wird<sup>64</sup>, enthält jedoch keine dementsprechende Bestimmung.<sup>65</sup>

Dagegen ist interessant, dass in der Schweiz von Privaten bereits eine sog. «Datengenossenschaft» sowie mehrere PIM-Plattformen gegründet wurden, welche Privaten ermöglichen wollen, ihre Personendaten an einem Ort gebündelt zu speichern. Im Anschluss sollen die betroffenen Personen den Zugriff auf diese Daten durch Dritte kontrollieren, die Daten auf diese Weise nutzbar machen und teilweise auch monetär verwerten können.<sup>66</sup> Diese Beispiele zeigen abermals, dass ein praktischer Bedarf an der Klärung von (zukünftigen) Rechten an Daten bzw. des (zukünftigen) rechtlichen Status von Daten besteht.<sup>67</sup>

---

2016, S. 166.

<sup>60</sup> Im deutschen Rechtskreis wird vor allem die Abwehrfunktion gegenüber dem Staat betont, z.B. KILIAN, CRi 2012, S. 171; KILIAN, Gegenleistung, S. 197; SATTLER, Personality, S. 29, 31 f.; vgl. SATTLER, Datensuldrecht, S. 222; HERMSTRÜWER, S. 28. In der Schweiz wurde bereits vor der Einführung des DSG in Botschaft DSG 1988, 414, 418 ff., sowohl auf Datenbearbeitungen durch staatliche Stellen als auch durch Private eingegangen, und das DSG enthält Bestimmungen speziell für diese jeweiligen Bereiche.

<sup>61</sup> Z. B. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; SCHNEIDER, S. 119.

<sup>62</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1038; BEYER-KATZENBERGER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 6. So konzentriert sich die Europäische Kommission bei ihren Reformbestrebungen vorerst auf nicht-personenbezogene Daten, vgl. Mitteilung EU-Kommission, Datenwirtschaft, S. 4 ff. sowie Vorschlag Verordnung über freien Datenverkehr.

<sup>63</sup> Parlamentarische Initiative «Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung», sowie Parlamentarische Initiative «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern»; Medienmitteilung SK SR vom 20.08.2015.

<sup>64</sup> Siehe dazu [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170059](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170059) (zuletzt besucht am 05.07.2019).

<sup>65</sup> Vgl. Botschaft DSG 2017, 6988.

<sup>66</sup> Siehe dazu z. B. die Webpage der «Datengenossenschaft» Midata unter <https://www.midata.coop/>, die Webpage von VETRI unter <https://vetri.global/de/> sowie die Webpage von Bits-aboutme unter <https://bitsabout.me/en/> (alle zuletzt besucht am 05.07.2019). Siehe auch die Stellungnahme 9/2016 des EDSB zu Systemen für das Personal Information Management (PIM) vom 20.10.2016. Zu PIMS siehe auch JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 188 f.; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 12; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 278; WENDEHORST, Data Economy, S. 350 f. Die Idee der «Datengenossenschaft» wurde auch von NAUMER, S. 236 ff., vorgeschlagen. Zum Problem der Dezentralisierung der Datenbearbeitung BUCHNER, Informa-tionelle Selbstbestimmung, S. 141 ff.

<sup>67</sup> Vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 79.

## II. Gegenstand der Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, wie das Datenschutzrecht zukünftig an die dargelegte technische und wirtschaftliche Entwicklung angepasst werden sollte: Wenn mit Daten, insbesondere mit Personendaten, gehandelt wird, muss untersucht werden, welche Rechte die inhaltlich Betroffenen bereits jetzt an diesen Daten haben – und zukünftig haben sollten. Diese Frage soll durch die vorliegende Arbeit beantwortet werden.

Dabei ist es allerdings wichtig hervorzuheben, dass die Antwort auf die Forschungsfrage auch nach eingehender Analyse nicht vollkommen eindeutig ausfallen kann. Letztlich geht es darum, wie sich unsere Gesellschaft im Ganzen, nicht nur technisch oder wirtschaftlich, fortentwickeln soll. Reformvorschläge, wie beispielsweise die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an (Personen-)Daten, würden sich in sehr vielschichtiger und einschneidender Weise auf unsere Gesellschaft auswirken. Aus diesem Grund kann es keine juristisch «richtige» Antwort auf die Frage geben, welche Rechte zukünftig an Personendaten bestehen sollen.

Diese Arbeit hat zum Ziel, Leitplanken für eine mögliche Rechtsfortbildung zu setzen, indem die verschiedenen Interessen, welche dem Handel mit Personendaten zugrunde liegen, dargestellt und zueinander ins Verhältnis gesetzt werden. Je nachdem, wie stark die jeweiligen Interessen letztlich von der Gesellschaft (und dem Gesetzgeber) gewichtet werden, kann die Rechtsfortbildung eine andere Richtung einschlagen.

Drei Möglichkeiten, wie das Datenschutzrecht künftig angepasst werden könnte, werden im letzten Teil dieser Arbeit untersucht und anhand der dargestellten Interessenlage geprüft. Darunter ist auch der prominente Vorschlag, ein eigentumsartiges Recht an Personendaten einzuführen. Auf diese Weise können die Auswirkungen, welche die Anpassungsvorschläge auf die jeweiligen Interessen hätten, aufgezeigt werden. Diese Untersuchung gibt damit wichtige Hinweise darauf, wie das Datenschutzrecht und Rechte an Personendaten künftig weiterentwickelt werden könnten – oder auch gerade nicht sollten.

## III. Forschungsstand

Die wirtschaftlichen Grundlagen und die Theorien zur Rechtfertigung von Ausschliesslichkeitsrechten sind etablierte Konzepte, welche vorliegend insbesondere nach den Werken von SCHÄFER/OTT, COOTER/ULEN, SEARLE/BRASSELL, POSNER, SCHACK und NIRK/ULLMANN/METZGER zitiert werden. Die Zuweisung von Gütern durch Ausschliesslichkeitsrechte ist ebenfalls ein anerkanntes Konzept, welches jedoch in der Schweiz bisher nicht vertieft thematisiert wurde; deshalb wird hierbei vor allem auf deutsche Literatur verwiesen. Die Stufenleiter der Güterzuordnung sowie die Abgrenzung von Information als Gut und als Rechtsobjekt auf der strukturellen, syntaktischen und semantischen Ebene beruhen auf der Untersuchung von ZECH<sup>68</sup>.

Die vorliegende Arbeit untersucht u. a. die datenschutzrechtliche Einwilligung als Instrument der Kommerzialisierung von Personendaten. Dass mittels Einwilligungserteilung Personendaten als vertragliche Gegenleistung hingegeben werden können, wurde bereits festgestellt und untersucht. Dabei sind insbesondere die Arbeiten von

---

<sup>68</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 197 ff.

METZGER, SPECHT, SATTLER und BRÄUTIGAM zu nennen.<sup>69</sup> METZGER und SPECHT nehmen dabei auch erste Analysen zur Typisierung solcher Verträge für das deutsche Recht vor.<sup>70</sup> Erste Untersuchungen zu einem «Datenschuldrecht» wurden von SPECHT und SATTLER vorgenommen.<sup>71</sup> Die Unterscheidung der rechtlichen und faktischen Übertragbarkeit von Gütern und die Feststellung, dass die faktische Übertragbarkeit zur Handelbarkeit von Gütern ausreicht, basieren vor allem auf den Werken von ZECH.<sup>72</sup>

Dass die Diskussionen um die Entwicklung von Rechten an Daten mit verschiedenen Interessen geführt werden, wurde bereits insbesondere von SPECHT und SATTLER angesprochen.<sup>73</sup> Bisher fehlt jedoch noch eine umfassende Benennung und Analyse aller Interessen sowie ihres Spannungsverhältnisses.

Ob nach dem geltenden Recht Ausschliesslichkeitsrechte an Personendaten bestehen, wurde bereits von verschiedenen Autoren untersucht und abgelehnt.<sup>74</sup> Aus welchem Grund das Datenschutzrecht den betroffenen Personen jedoch kein eigentumsartiges Recht an Personendaten zuweist, wurde bisher in der Schweiz noch nicht untersucht.

Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts für Daten wurde ebenfalls schon breit diskutiert und abgelehnt.<sup>75</sup> Insbesondere für die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Ausmass das Datenschutzrecht künftig zu einem eigentumsartigen Recht an Personendaten weiterentwickelt werden sollte, fehlt es bisher jedoch an Leitlinien und Analysen, welche die verschiedenen Interessen miteinbeziehen. Die wissenschaftliche Forschung steht besonders hinsichtlich der (Teil-)Zuweisung personenbezogener Daten an ein Rechtssubjekt noch am Anfang.<sup>76</sup> Generell wurde zur Erstellung dieser Arbeit viel deutsche Literatur verwendet, da die Diskussion insbesondere über Rechte an Daten in der Schweiz erst noch am Entstehen ist.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> METZGER, AcP 2016, S. 817 ff.; METZGER, GRUR 2019, S. 129 ff.; SPECHT, JZ 2017, S. 763 ff.; SPECHT, DGRI 2017, S. 35 ff.; SATTLER, JZ 2017, S. 1037 ff.; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635 ff.

<sup>70</sup> METZGER, AcP 2016, S. 831 ff.; SPECHT, JZ 2017, S. 764.

<sup>71</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1036; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 215 ff.; SPECHT, *Regulierungsbedarf*, S. 309 ff.; SPECHT, DGRI 2017, S. 35 ff.

<sup>72</sup> ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, S. 76 f., 84; ZECH, AcP 2019, S. 488 ff.; ZECH, CR 2015, S. 140; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 60; siehe auch BERGER, ZGE 2016, S. 170 ff.

<sup>73</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040; SATTLER, JZ 2017, S. 1041; SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 8; vgl. SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218 f., 231.

<sup>74</sup> Z. B. ZECH, CR 2015, S. 141, 144; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DORNER, CR 2014, S. 626; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 27; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; SPECHT, CR 2016, S. 289; KILIAN, CRi 2012, S. 171; PAAL, S. 146 f.; DUISBERG, S. 54.

<sup>75</sup> Siehe dazu insbesondere § 11.

<sup>76</sup> Vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24.

<sup>77</sup> Siehe dazu SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 638.

#### IV. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit ist in drei Teile gegliedert und befasst sich dementsprechend mit drei verschiedenen Fragenkomplexen. Ziel der Arbeit ist, Leitplanken für mögliche Anpassungen des Datenschutzrechts vor dem Hintergrund des Handels mit Personendaten zu entwickeln.

Um zukünftige Möglichkeiten der Weiterentwicklung des Datenschutzrechts untersuchen zu können, muss zunächst der geltende Rechtsrahmen untersucht werden. Aus diesem Grund befasst sich der *erste Teil* dieser Ausarbeitung mit dem geltenden Datenschutzrecht und der Frage, inwiefern dieses bereits heute einen Handel mit Personendaten ermöglicht. Ausgehend von dem Grundsatz, dass der Handel mit Gütern durch übertragbare Ausschliesslichkeitsrechte ermöglicht und erleichtert wird, wird zunächst untersucht, ob das geltende Datenschutzrecht den von Personendaten Betroffenen ein solches Recht gewährt. Danach wird dargestellt, wie Individuen «ihre» Personendaten wirtschaftlich verwerten können und welche entscheidende Rolle die datenschutzrechtliche Einwilligung dabei spielt.

Der *zweite Teil* der Arbeit geht von dem in der Lehre und Praxis geäußerten Bedürfnis aus, das Datenschutzrecht zu reformieren, und widmet sich der Frage, welche Interessen hinter diesem Bedürfnis stehen. Die Interessen beim Handel mit Personendaten können in drei Kategorien unterschieden werden: das Interesse am Schutz der Individuen, das Interesse an der Beteiligung am durch die Nutzung der Personendaten generierten wirtschaftlichen Wert sowie das Interesse an funktionierenden Datenmärkten. Diese drei Interessen bilden ein Spannungsdreieck.

Nach der Untersuchung der Interessenlage wird im *dritten Teil* der Arbeit auf verschiedene Möglichkeiten eingegangen, das geltende Datenschutzrecht anzupassen. Dabei werden zunächst zwei Weiterentwicklungsmöglichkeiten über das Schuldrecht untersucht. Schliesslich wird die Möglichkeit geprüft, das Datenschutzrecht auf der Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte weiterzuentwickeln.

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäss nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

## Erster Teil

### Untersuchung des geltenden Rechts

Um die Frage beantworten zu können, wie das Datenschutzrecht zukünftig weiterentwickelt werden soll, muss zuerst der geltende Rechtsrahmen für die Handelbarkeit von Personendaten geprüft werden. Der erste Teil dieser Arbeit ist deshalb der Untersuchung des geltenden Rechts gewidmet.

Zunächst ist die Frage zu beantworten, warum unsere Rechtsordnung überhaupt eigentumsartige Rechte vorsieht. In § 1 wird daher untersucht, welche Auswirkung eigentumsartige Rechte auf die Handelbarkeit von Gütern haben. Dabei ist es zudem wichtig, eigentumsartige Rechte in den grösseren Kontext der Güterzuordnung durch Ausschliesslichkeitsrechte zu setzen. Daraus wird deutlich, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit von einem eigentumsartigen Recht gesprochen werden kann.

In § 2 wird das geltende Datenschutzrecht untersucht. Anhand der dargelegten Kriterien für eigentumsartige Rechte wird gezeigt, dass es sich bei den Rechten, welche den von Daten betroffenen Personen durch das geltende Datenschutzrecht gewährt werden, gerade nicht um eigentumsartige Rechte handelt. Gleichwohl können Personendaten faktisch gehandelt werden, was in § 3 dargestellt wird.

Das Instrument, das die faktische Handelbarkeit von Personendaten ermöglicht, ist die datenschutzrechtliche Einwilligung. Wie mithilfe der Einwilligung Verträge über Personendaten eingegangen werden können und welche Auswirkungen die freie Widerrufbarkeit der Einwilligung auf solche Verträge hat, wird schliesslich in § 4 untersucht.



## § 1 Funktion eigentumsartiger Rechte für den Handel

Seit Jahrtausenden werden körperliche Gegenstände gehandelt, d. h. durch Rechtsgeschäfte überlassen und übereignet.<sup>78</sup> Klassischerweise ist deshalb mit dem Begriff Eigentum das Sacheigentum gemeint.<sup>79</sup> Im Laufe der Jahre haben sich gesetzliche Grundlagen gebildet, um auch Rechtspositionen an Immaterialgütern (Recht des geistigen Eigentums und Nutzungsrechte) einzuräumen.<sup>80</sup> Angesichts dieser Entwicklung stellt sich die Frage, weshalb ausschliessliche Rechtspositionen wie das Sacheigentum und das geistige Eigentum geschaffen wurden. Was haben diese Rechtspositionen mit dem Handel von Gütern zu tun?

Zur Beantwortung dieser Frage muss zunächst untersucht werden, wie aus Gütern durch Handel Wert geschöpft werden kann (I.). Daraus ergibt sich, dass der Handel mit Gütern erleichtert wird, wenn diese einzelnen Personen zugewiesen sind. Diese Zuweisung wird durch Ausschliesslichkeitsrechte vorgenommen. Deshalb wird in einem zweiten Schritt dargestellt, wie Ausschliesslichkeitsrechte wirken und in welche Stufen die Güterzuordnung unterschieden werden kann (II.).

### I. Wertschöpfung aus Gütern durch Handel

Der Umstand, dass Güter seit Jahrtausenden gehandelt werden, lässt die Schlussfolgerung zu, dass Handel für die Akteure vorteilhaft sein muss. Dieser Vorteil liegt auf der Hand: Durch Handel lässt sich aus Gütern Wert schöpfen.<sup>81</sup>

Güter sind Mittel, durch die menschliche Bedürfnisse befriedigt werden können.<sup>82</sup> Sie werden auf Märkten gehandelt, wo idealerweise mehrere Marktakteure mit Angebot und Nachfrage aufeinandertreffen.<sup>83</sup> Güter können auf den Märkten durch Marktmechanismen so verteilt werden, dass sie denjenigen Akteuren zur Verfügung stehen, die sie am effizientesten einsetzen können und die deshalb bereit sind, den höchsten Preis zu bezahlen.<sup>84</sup> Dies wird Allokationseffizienz genannt.<sup>85</sup> Die Wertschöpfung aus Gütern findet einerseits auf der Anbieterseite statt, denn idealerweise ist der Profit, welcher durch Einsatz bzw. Verkauf eines Guts erwirtschaftet werden kann, grösser als die Kosten für Herstellung oder Einkauf dieses Guts.<sup>86</sup> Andererseits werden die Käufer die erworbenen Güter ihrerseits so einsetzen, dass sie den grössten Nutzen aus ihnen ziehen.<sup>87</sup> Gesamtgesellschaftlich betrachtet führt die Steigerung der

<sup>78</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037.

<sup>79</sup> Z. B. WELLENHOFER, § 1 N 15; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 179; HAUCK/HOFMANN/ZECH, S. 141 f.

<sup>80</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 170, 180.

<sup>81</sup> Vgl. COOTER/ULEN, S. 39: «Exchange inside a market is voluntary and mutually beneficial.»

<sup>82</sup> SCHÄFER/OTT, S. 69.

<sup>83</sup> COOTER/ULEN, S. 38 f., 24 ff.; 363 ff.; SCHÄFER/OTT, S. 58; SEARLE/BRASSELL, N 1.22.

<sup>84</sup> Vgl. POSNER, S. 14 f.; COOTER/ULEN, S. 14, 74, 103, 108; SCHÄFER/OTT, S. 604. Zur Zuweisung von Gütern als Reaktion auf zunehmende Knappheit SCHÄFER/OTT, S. 601. Zum «ökonomischen Effizienzziel» EIDENMÜLLER, S. 41 ff.

<sup>85</sup> SCHÄFER, S. 15; COOTER/ULEN, S. 14.

<sup>86</sup> Maximierung des Profits auf Anbieterseite, dazu COOTER/ULEN, S. 26 f.; SCHÄFER/OTT, S. 54 f.; SEARLE/BRASSELL, N 1.14.

<sup>87</sup> Maximierung des Nutzens auf Nachfragerseite, dazu SEARLE/BRASSELL, N 1.17; SCHÄFER,

Effizienz von Produktion, Verteilung und Verwertung von Gütern zu einem Wohlfahrtsgewinn.<sup>88</sup>

Güter, die auf Märkten gehandelt werden, sind grundsätzlich knapp.<sup>89</sup> Knappheit bedeutet, dass die Mittel, die zur Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse eingesetzt werden können, nur begrenzt zur Verfügung stehen.<sup>90</sup> Je weniger von einem Gut zur Verfügung steht, desto höher ist sein Preis.<sup>91</sup>

Körperliche Güter, also Sachen und rechtlich beherrschbare Naturkräfte wie z. B. Elektrizität<sup>92</sup>, sind von Natur aus knapp.<sup>93</sup> Immaterielle Güter sind dagegen nicht von Natur aus knapp, sondern stellen öffentliche Güter dar. Sie lassen sich leicht vervielfältigen und stehen potenziell einer unbegrenzten Zahl von Nutzern zur Verfügung, ohne dass diese sich gegenseitig in ihrer Nutzung beeinträchtigen würden.<sup>94</sup> Im Gegensatz dazu ist die Nutzung von Sachen immer rival, da ein körperlicher Gegenstand nur von einer Person oder zumindest einer beschränkten Anzahl von Personen gleichzeitig genutzt werden kann.<sup>95</sup> Die Nutzung von immateriellen Gütern kann ausserdem faktisch nur verhindert werden, solange sie geheim gehalten werden.<sup>96</sup> Sind Güter leicht kopierbar, ist keine Geheimhaltung mehr möglich, sobald sie einmal öffentlich zugänglich gemacht wurden.<sup>97</sup> Immaterielle Güter sind deshalb nicht exklusiv.<sup>98</sup> Körperliche Güter unterliegen überdies der Abnutzung und verschleissen deshalb mit der Zeit auch bei ordnungsgemässer Benutzung oder durch Alterung. Immaterielle Güter nutzen dagegen nicht ab.<sup>99</sup> Die Knappheit wird aus diesen Gründen bei immateriellen Gütern erst künstlich durch das Recht hergestellt.<sup>100</sup>

Der Grund für die künstliche Verknappung von immateriellen Gütern durch das Recht ist hauptsächlich der Innovationsanreiz, welcher im Interesse der Gesellschaft

---

S. 39; COOTER/ULEN, S. 14; POSNER, S. 6; SCHÄFER/OTT, S. 47.

<sup>88</sup> COOTER/ULEN, S. 14, 38. SCHÄFER/OTT, S. 19, 601 f.; SEARLE/BRASSELL, N 1.100 f.; POSNER, S. 7, 14; ZECH, AcP 2019, S. 511; RICHTER/HILTY, S. 247. SCHÄFER/OTT, Einleitung S. XXXIX ff., weisen daneben darauf hin, dass eine effiziente Gesellschaft allerdings nicht zwangsläufig auch eine gerechte Gesellschaft sein muss. Allenfalls müssen deshalb Effizienzverluste in Kauf genommen werden, um höherwertige Ziele zu erreichen.

<sup>89</sup> Vgl. SCHÄFER, S. 17; SCHÄFER/OTT, S. 45; SEARLE/BRASSELL, N 1.05.

<sup>90</sup> SCHÄFER, S. 3 f.; SCHÄFER/OTT, S. 45; SEARLE/BRASSELL, N 1.05.

<sup>91</sup> Vgl. SEARLE/BRASSELL, N 1.09. Zum Gesetz der Nachfrage POSNER, S. 5; SEARLE/BRASSELL, N 1.06 ff. Gemäss SCHÄFER/OTT, S. 71, ist «der Marktwert einer Resource [...] umso höher, je exklusiver die mit ihr verbundenen Handlungsrechte [...] sind.»

<sup>92</sup> Vgl. Art. 713 ZGB; BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 713 N 8.

<sup>93</sup> ZECH, AcP 2019, S. 496, 499.

<sup>94</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 118; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; COOTER/ULEN, S. 40; SCHÄFER/OTT, S. 79; KAISER/RÜETSCHI, S. 2.

<sup>95</sup> ZECH, CR 2015, S. 141; COOTER/ULEN, S. 102 f.

<sup>96</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 117; COOTER/ULEN, S. 41; KAISER/RÜETSCHI, S. 2 f.

<sup>97</sup> POSNER, S. 402; ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 118; ähnlich SPECHT, Diktat der Technik, S. 73; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24.

<sup>98</sup> Zur Exklusivität z. B. SCHÄFER/OTT, S. 70 f.

<sup>99</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 118.

<sup>100</sup> ZECH, AcP 2019, S. 496 f., 499.

liegt.<sup>101</sup> Besteht die Gefahr von Trittbrettfahrern, d. h. von Personen, die für die Nutzung eines öffentlichen Gutes nicht ihren Anteil bezahlen, werden solche Güter entweder kaum geschaffen oder aber vorwiegend geheim gehalten.<sup>102</sup> Dies führt zu einem Marktversagen.<sup>103</sup> Auch aufgrund des Zusammenhangs zwischen Angebot und Nachfrage auf den Preis können Schöpfer neuer immaterieller Güter erst durch die rechtliche Verknappung von immateriellen Gütern, d. h. durch die Möglichkeit, Dritte von der Nutzung eines öffentlichen Guts auszuschliessen, wertschöpfend handeln.<sup>104</sup> Als Belohnung für ihre Schöpfung und das Preisgeben derselben können die Schöpfer immaterieller Güter ihre Investitionskosten amortisieren und einen Gewinn erzielen, indem sie Dritten die Nutzung der Schöpfung erlauben und dies von einer Gegenleistung abhängig machen.<sup>105</sup> Zudem werden durch die Möglichkeit, Dritte von der Nutzung eines Guts auszuschliessen, Anreize geschaffen, das Gut wertmaximierend zu nutzen.<sup>106</sup>

Demnach bedingt ein funktionierender Handel, dass die Nutzung von Gütern nicht der Allgemeinheit freisteht, also dass die Nutzung von Gütern einzelnen Personen zugewiesen ist und nicht dem Gemeingebrauch unterliegt.<sup>107</sup> Wenn aber nicht alle Güter dem Gemeingebrauch unterliegen sollen, muss geregelt werden, welche Befugnisse an Gütern welchen Personen zugeordnet werden.<sup>108</sup> Diese Zuordnung von Gütern – und damit auch die rechtliche Verknappung immaterieller Güter – geschieht durch Ausschliesslichkeitsrechte. Markttransaktionen beruhen überdies klassischerweise auf dem Austausch von Ausschliesslichkeitsrechten an Gütern.<sup>109</sup> Übertragbare Ausschliesslichkeitsrechte bilden damit die rechtliche Grundlage für Märkte und stellen ein Mittel dar, um die Nutzungsmöglichkeiten knapper Güter optimal zu gestalten.<sup>110</sup>

Durch das Schaffen übertragbarer Ausschliesslichkeitsrechte werden ausserdem Transaktionskosten gesenkt und damit wird der Handel von Gütern erleichtert.<sup>111</sup> Gesetzlich vorgesehene *erga omnes* wirkende Ausschliesslichkeitsrechte vermeiden beispielsweise Informationskosten, denn der Erwerber des Rechts kann sich auf die-

<sup>101</sup> ZECH, AcP 2019, S. 499; SEARLE/BRASSELL, N 1.19, 1.41; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992; ähnlich COOTER/ULEN, S. 40, 116 f.; POSNER, S. 402; ausführlich zur ökonomischen Theorie zur Rechtfertigung des geistigen Eigentums GOLDHAMMER, S. 268 ff.

<sup>102</sup> COOTER/ULEN, S. 104; SCHÄFER/OTT, S. 79; KAISER/RÜETSCHI, S. 3; GOLDHAMMER, S. 275.

<sup>103</sup> SCHÄFER/OTT, S. 79; GOLDHAMMER, S. 275; vgl. SEARLE/BRASSELL, N 1.19; KILIAN, FAZ.

<sup>104</sup> POSNER, S. 6; SEARLE/BRASSELL, N 1.19; ähnlich COOTER/ULEN, S. 116; SCHÄFER/OTT, S. 79; KAISER/RÜETSCHI, S. 3.

<sup>105</sup> COOTER/ULEN, S. 116; KAISER/RÜETSCHI, S. 6.

<sup>106</sup> SCHÄFER, S. 39.

<sup>107</sup> SCHÄFER, S. 17; vgl. WELLENHOFER, § 1 N 1; BERGER, ZGE 2016, S. 172; dazu auch SCHÄFER/OTT, S. 601. Erst durch den Handel können beispielsweise Herstellungs- und Entwicklungskosten amortisiert werden, z. B. POSNER, S. 40 f.

<sup>108</sup> Vgl. WELLENHOFER, § 1 N 1; ZECH, AcP 2019, S. 495 f.; EIDENMÜLLER, S. 63.

<sup>109</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 171; BERGER, ZGE 2016, S. 170; vgl. SCHÄFER/OTT, S. 70.

<sup>110</sup> ZECH, AcP 2019, S. 496; BERGER, S. 75; COOTER/ULEN, S. 70, 108; SCHÄFER/OTT, S. 73, 593; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 101 m. w. N.

<sup>111</sup> ZECH, AcP 2019, S. 511; ähnlich SCHÄFER, S. 39; vgl. COOTER/ULEN, S. 88 ff.

ses Rechtsinstitut und seine Wirkungen verlassen und muss nicht etwa Nachforschungen über vertragliche Verfügungsbeschränkungen anstellen.<sup>112</sup> Dies dient dem Verkehrsschutz.<sup>113</sup>

## II. Schaffen einer Zuweisungsordnung durch Ausschliesslichkeitsrechte

Nachdem Ausschliesslichkeitsrechte für den Handel mit Gütern von entscheidender Bedeutung sind, sollen sie in einem zweiten Schritt näher untersucht werden. Zunächst wird die Wirkung von Ausschliesslichkeitsrechten dargestellt (1.). Danach werden die Kriterien zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts von Rechten beschrieben (2.), um im Anschluss die vier Stufen der Güterzuordnung abzubilden (3.). Eigentum und eigentumsartige Rechte stellen dabei die erste Stufe der Güterzuordnung und damit die stärkste Form der Zuweisung dar.<sup>114</sup>

### 1. Wirkungsweise von Ausschliesslichkeitsrechten

Mit dem Begriff der Ausschliesslichkeitsrechte werden subjektive Rechte mit Abwehr- und Zuweisungswirkung gegenüber jedermann bezeichnet.<sup>115</sup> Durch ein Ausschliesslichkeitsrecht wird ein Gut einer bestimmten Person unter Ausschluss aller übrigen Personen als primäres subjektives Recht zugeordnet.<sup>116</sup> Die unmittelbare rechtliche Wirkung von Ausschliesslichkeitsrechten liegt dementsprechend in der «Zuweisung eines Ausschliesslichkeitsbereichs»<sup>117</sup>. Durch die Zuweisung des Gegenstands bzw. der entsprechenden Befugnisse wird die Zuständigkeit des Rechtsträgers gegenüber Dritten abgegrenzt. Dadurch entsteht eine Zuständigkeitsordnung bzw. eine Rechtszuweisungsordnung.<sup>118</sup>

<sup>112</sup> BERGER, S. 53; COOTER/ULEN, S. 88 ff. Zu den Begriffen Transaktionskosten und Informationskosten siehe auch SCHÄFER, S. 17, SEARLE/BRASSELL, N 1.30, sowie EIDENMÜLLER, S. 91 ff.

<sup>113</sup> BERGER, S. 77, welcher insbesondere festhält, dass «ein Recht [...] selbst dann erworben werden [kann], wenn es der Veräusserer zuvor bereits einem anderen versprochen hatte; der erste Schuldvertrag begründet kein eine anderweitige Übertragung hinderndes Recht der Sache».

<sup>114</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; WELLENHOFER, § 1 N 2, § 2 N 2.

<sup>115</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 64; ZECH, CR 2015, S. 140; ähnlich THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25, wobei hier auf die Herrschaft über den Schutzgegenstand abgestellt wird; vgl. auch BERGER, S. 53 f.; HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 177 f., zum subjektiven Recht mit Ausschliessungs- und Schutzfunktion.

<sup>116</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 64, 96; HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 182.

<sup>117</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 68; dazu ausführlich ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 68 ff.; siehe auch COOTER/ULEN, S. 73; BERGER, ZGE 2016, S. 171; PEARCE, EDPL 2018, S. 193. Dagegen wird in der Literatur zum Schweizer Recht – ausgehend vom Sacheigentum in Art. 641 ZGB – vielfach noch darauf abgestellt, ob eine Person die umfassende Herrschaft über einen Schutzgegenstand hat, z. B. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 3, 25; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25 f.; vgl. allerdings SCHWENZER, N 57.02, welche von «Zuweisungsgehalt» spricht.

<sup>118</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 68, 70 f.; ZECH, AcP 2019, S. 495; OHLY, S. 182; HOFMANN, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 76.

Als absolute Rechte wirken Ausschliesslichkeitsrechte gegenüber jedermann.<sup>119</sup> Absolutheit heisst dagegen nicht, dass alle denkbaren Befugnisse hinsichtlich des Zuweisungsgegenstands uneingeschränkt zugewiesen werden.<sup>120</sup> Der subjektiv-rechtliche Charakter der Ausschliesslichkeitsrechte bedeutet nicht nur, dass die Rechte einer bestimmten Person zustehen und deren Interessen schützen sollen, sondern auch, dass die Person frei ist zu entscheiden, ob sie ihre Rechte ausüben möchte (Verleihung von Rechtsmacht).<sup>121</sup>

Die durch Ausschliesslichkeitsrechte definierte Zuständigkeitsordnung kann mittels Verfügungen abgeändert werden. Dies geschieht durch die vollständige oder teilweise Übertragung der rechtlichen Zuweisung auf eine andere Person.<sup>122</sup> Die Übertragbarkeit auf andere Personen und damit das Vorliegen eines Verfügungsrechts ist jedoch keine Voraussetzung, damit von einem Ausschliesslichkeitsrecht gesprochen werden kann. Umgekehrt liegt jedoch auf jeden Fall ein Ausschliesslichkeitsrecht vor, wenn die Übertragbarkeit ausdrücklich angeordnet wird.<sup>123</sup>

In der neueren Lehre werden hinsichtlich der Zuweisung von Rechten mehrere Ebenen unterschieden, so namentlich die Zuweisungsebene und die Durchsetzungsebene.<sup>124</sup> Die gesetzlichen Abwehr-, Ausgleichs- oder Abschöpfungsansprüche gehören in die Durchsetzungsebene und ihre Anwendbarkeit stellt keinen Automatismus dar.<sup>125</sup> Gemäss HOFMANN kann die Durchsetzungsebene als eigenständige Ebene der Zuweisungswirkung begriffen werden.<sup>126</sup> Umgekehrt kann dementsprechend der Zuweisung, also dem Stamm- bzw. Zuweisungsrecht,<sup>127</sup> ebenfalls eine eigenständige rechtliche Bedeutung beigemessen werden, nämlich die Schaffung einer Rechtszuweisungsordnung.<sup>128</sup>

Ausschliesslichkeitsrechte gestehen dem Inhaber des Rechts auf der Durchsetzungsebene zunächst Abwehransprüche gegen die Beeinträchtigung seiner geschützten Interessen zu. Zu nennen sind dabei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, z. B. Art. 641 Abs. 2 ZGB (Eigentumsfreiheitsklage<sup>129</sup>), Art. 62 Abs. 1 lit. a und b URG (urheberrechtlicher Schutz) und Art. 72 Abs. 1 PatG (patentrechtlicher Schutz).

<sup>119</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 66 f. m. w. N. für das deutsche Recht; für das Schweizer Recht z. B. VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, SJZ 114/2018, S. 338, wobei hier Ausschliesslichkeitsrechte und absolute Rechte gleichgesetzt werden; vgl. auch Urteil A-2492/2017 des BVGer vom 13.06.2018, E. 4.5.2.

<sup>120</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 67.

<sup>121</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 66; COOTER/ULEN, S. 73.

<sup>122</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 75; BERGER, ZGE 2016, S. 184; dazu eingehend § 3 II.

<sup>123</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 78, 84.

<sup>124</sup> HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 173 ff., 181 ff.; ZECH, AcP 2019, S. 497, m. w. N.; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 172 f.

<sup>125</sup> Siehe dazu HOFMANN, GRUR 2018, S. 29; HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 182 ff., 187; ZECH, AcP 2019, S. 497 f., m. w. H.

<sup>126</sup> HOFMANN, GRUR 2018, S. 22 f., 29; HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 173 ff., 181 ff.; ZECH, AcP 2019, S. 497.

<sup>127</sup> Begriff «Stammrecht» bei HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 173 ff.; Begriff «Zuweisungsrecht» bei ZECH, AcP 2019, S. 498.

<sup>128</sup> ZECH, AcP 2019, S. 498.

<sup>129</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 58.

Diese Abwehransprüche ergeben sich allerdings nicht unmittelbar aus dem Ausschliesslichkeitsrecht selbst, sondern werden erst durch die entsprechenden Anspruchsnormen angeordnet. Dies zeigt, dass die Abwehransprüche, bei denen es sich um relative Rechte gegen einzelne Personen handelt, vom eigentlichen Ausschliesslichkeitsrecht zu unterscheiden sind.<sup>130</sup>

Die Durchsetzungsebene der Zuweisung gewährt dem Rechteinhaber zudem Ausgleichs- und Ersatzansprüche für Fälle, in denen die geschaffene Zuständigkeitsordnung verletzt wird. Dies können Ansprüche aus Bereicherungsrecht, Deliktsrecht oder der Geschäftsführung ohne Auftrag sein.<sup>131</sup>

Für einen Anspruch aus Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR), insbesondere durch eine Eingriffskondition, kommt es auf die Zuweisung der wirtschaftlichen Verwertung an. Damit diese vorliegt, muss sich das Ausschliesslichkeitsrecht übertragen oder wirtschaftlich verwerten lassen, z. B. durch Veräusserung, Vermietung oder Lizenzierung. Dieser wirtschaftliche Zuweisungsgehalt ist damit ein weitergehender, welcher nur bei vermögenswerten Ausschliesslichkeitsrechten gegeben ist.<sup>132</sup>

Ausschliesslichkeitsrechte werden weiter durch das Deliktsrecht geschützt. So schützt Art. 41 Abs. 1 OR Ausschliesslichkeitsrechte wie Leben, körperliche, geistige und seelische Integrität, Persönlichkeit, Eigentum, Besitz und Immaterialgüterrechte.<sup>133</sup> Aus der Anerkennung als deliktisch geschütztes Rechtsgut können Rückschlüsse auf die rechtliche Zuweisung insgesamt gezogen werden.<sup>134</sup> Ausserdem können sich aus einer Verletzung der Zuweisungsordnung von Ausschliesslichkeitsrechten Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Greifen objektive fremde Geschäfte in einen durch absolute Rechte erzeugten Rechts- und Interessenkreis ein (unechte bösgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR)<sup>135</sup>, ergeben sich Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe.<sup>136</sup>

## 2. Kriterien zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts

Bei der Beurteilung, ob ein Ausschliesslichkeitsrecht vorliegt, kommt es darauf an, ob das infrage stehende Recht einen Zuweisungsgehalt aufweist. Für die Abgrenzung gibt es mehrere Kriterien, welche jedoch jeweils graduelle Abstufungen aufweisen, sodass sich die Abgrenzung letztlich als Abwägungsentscheidung darlegt.<sup>137</sup> Übertragbare Ausschliesslichkeitsrechte nach dem Vorbild des Sacheigentums sind die stärkste Form, Handlungsbefugnisse an einem Gut rechtlich zuzuweisen, wie z. B.

<sup>130</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 67 f.; zur Unterscheidung von (Stamm-) Recht und Rechtsfolge HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 63, 173 ff., 181 ff., 200 ff.

<sup>131</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 68, 71.

<sup>132</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 72 ff., m. w. N. für das deutsche Recht; zum Vermögenswert sogl. in § 3.

<sup>133</sup> BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 33; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 73, für das deutsche Recht.

<sup>134</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 73.

<sup>135</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Vor. Art. 419-424 OR N 2.

<sup>136</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 71.

<sup>137</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 79 f.

Nutzungsbefugnisse, Zugangsbefugnisse oder die Befugnis, ein Gut in seiner Integrität zu beeinträchtigen.<sup>138</sup> Am anderen Ende der Skala der Güterzuweisung stehen die blossen Abwehrrechte. Diese einfachen Handlungsverbote schützen den Rechteinhaber zwar vor bestimmten Beeinträchtigungen, nehmen darüber hinaus jedoch keine Güterzuweisung vor.<sup>139</sup>

Das erste Kriterium für die Bestimmung des Zuweisungsgehalts ist, ob ein klar abgegrenzter Schutzbereich besteht.<sup>140</sup> Unkörperliche Gegenstände lassen sich aufgrund ihrer Natur vorrechtlich weniger klar abgrenzen als körperliche Güter und können deshalb auch als «Rechtbündel»<sup>141</sup>, also als Bündel zugewiesener Handlungsbefugnisse, aufgefasst werden. Teilweise müssen unkörperliche Gegenstände auch erst durch das Recht definiert werden.<sup>142</sup> Das Fehlen eines klar abgegrenzten Schutzobjekts kann also durch eine rechtliche Abgrenzung, d. h. durch das Zuweisen von Befugnissen, ausgeglichen werden.<sup>143</sup> Je mehr einzelne Handlungsbefugnisse zugewiesen werden, desto eher liegt eine umfassende rechtliche Zuweisung und damit ein Ausschliesslichkeitsrecht vor. Durch das Vorliegen vieler Handlungsbefugnisse oder -verbote kann ein Schutzobjekt sogar völlig neu definiert werden.<sup>144</sup> Das Abgrenzen oder sogar Schaffen von Gegenständen durch das Recht wird als Verdinglichung bezeichnet, während die Abhängigkeit eines Rechts von seinem Gegenstand in Bezug auf Bestehen, Inhalt und Umfang Dinglichkeit genannt wird. Mit unterschiedlicher Gewichtung lassen sich sowohl Dinglichkeit als auch Verdinglichung bei allen Ausschliesslichkeitsrechten feststellen.<sup>145</sup> Diese beiden Prinzipien schliessen einander mithin nicht aus, sondern stehen vielmehr in einer Wechselbeziehung zueinander.<sup>146</sup>

Dass das Recht den Schutzgegenstand schafft, führt dazu, dass sich Ausschliesslichkeitsrechte als Zuweisung eines Bündels von Handlungsbefugnissen verstehen lassen, welche sich auf einen vorrechtlichen Gegenstand beziehen können, aber nicht zwangsläufig müssen.<sup>147</sup> Das aus der Ökonomik stammende Sich-Beziehen auf ein

<sup>138</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; WELLENHOFER, § 1 N 2 und 4, § 2 N 2.

<sup>139</sup> ZECH, CR 2015, S. 140.

<sup>140</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 80; ähnlich BERGER, ZGE 2016, S. 172.

<sup>141</sup> SCHÄFER/OTT, S. 69 f.

<sup>142</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 97, 106; COOTER/ULEN, S. 73; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 173; PEARCE, EDPL 2018, S. 192.

<sup>143</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 81, 96, 114.

<sup>144</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 80 ff.; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 173.

<sup>145</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 96, 106, wonach beim Sacheigentum die Dinglichkeit im Vordergrund steht, während das Immaterialgüterrecht vor allem die Verdinglichung betont; zur Verdinglichung auch DRUEY, S. 97 ff.

<sup>146</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 108; zum Ganzen ausführlich S. 91 ff.

<sup>147</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 102, 106, 108; BERGER, ZGE 2016, S. 173.

zugewiesenes Bündel an Befugnissen<sup>148</sup> und die damit verbundene Abkehr vom «Objektdenken»<sup>149</sup> ist heute weitverbreitet.<sup>150</sup>

Das zweite Kriterium für die Bestimmung des Zuweisungsgehalts ist die Publizität. Je höher der Grad der Publizität ist, d. h. die Erkennbarkeit der rechtlichen Zuordnung, desto leichter kann diese ausschliessliche Zuordnung faktisch befolgt werden. Deshalb ist ein hoher Grad an Publizität ein «Indiz für das Vorliegen eines Ausschliesslichkeitsrechts»<sup>151</sup>, während das Gegenteil der Fall ist, wenn die Zuordnung nur schwer erkennbar ist.<sup>152</sup> Bei unkörperlichen Gütern ist die Publizität eingeschränkt und bedarf möglicherweise der Ergänzung durch weitere Mechanismen, wie z. B. der Registrierung.<sup>153</sup>

Drittens ist zu prüfen, ob Eingriffe in die Zuweisungssphäre neben Abwehransprüchen auch Ausgleichs- und Ersatzansprüche auslösen. Dies können sowohl deliktische als auch bereicherungsrechtliche Ansprüche sein. Bereicherungsrechtliche Ansprüche kommen jedoch nur bei Ausschliesslichkeitsrechten, die auch Vermögensrechte sind, in Betracht, da sie einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt voraussetzen.<sup>154</sup>

Viertens ist für die Abgrenzung relevant, ob die zugewiesenen Handlungsbefugnisse und damit der Schutzgegenstand übertragbar sind. Ist ein rechtlich geschütztes Gut bzw. sind die Handlungsbefugnisse daran übertragbar, liegt ein starkes Indiz für ein Ausschliesslichkeitsrecht vor. Es handelt sich umgekehrt aber immer um ein Ausschliesslichkeitsrecht, wenn die Übertragbarkeit rechtlich angeordnet ist.<sup>155</sup>

### 3. Die Stufen der Güterzuordnung

Da alle Kriterien zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts verschieden stark oder schwach ausgeprägt sein können, werden Rechtsobjekte bzw. Befugnisse an ihnen dementsprechend stark oder weniger stark ausschliesslich zugewiesen.<sup>156</sup> Entsprechend hat ZECH im deutschen Recht eine Einteilung der Güterzuordnung in verschiedene Stufen vorgenommen, die modifiziert auch im Schweizer Recht nutzbar gemacht werden kann. Die Güterzuordnung kann nach ZECH in die folgenden Rechte gegliedert werden:<sup>157</sup> übertragbare absolute Rechte, nicht übertragbare absolute

<sup>148</sup> Z. B. SCHÄFER/OTT, S. 69 f., 98; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 48, 97 ff.; BERGER, ZGE 2016, S. 173; PEARCE, EDPL 2018, S. 192.

<sup>149</sup> ZECH, AcP 2019, S. 503.

<sup>150</sup> Dazu ZECH, AcP 2019, S. 503 ff.; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 192. Die Zuweisung eines Befugnisbündels wird im angelsächsischen Recht als «bundle of rights-theory» diskutiert, dazu z. B. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 48, 97 ff.; HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 146 f.; ZECH/ANGER, S. 1154 f.; VON ARX, N 26; GOLDHAMMER, S. 84 ff.; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 173.

<sup>151</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 83.

<sup>152</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 82 f., ähnlich 109.

<sup>153</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 109.

<sup>154</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 74; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 192.

<sup>155</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 83 f.; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 192.

<sup>156</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 85.

<sup>157</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 85 ff.; zusammengefasst auch bei ZECH, CR 2015, S. 140.

Rechte, abwägungsoffene Rechte und Abwehrrechte. Die Übergänge der verschiedenen Stufen der Güterzuordnung sind fließend.

*a) Übertragbare absolute Rechte*

Übertragbare absolute Rechte nehmen die stärkste Zuweisung von Gütern vor. Das Paradebeispiel ist das Sacheigentum, weitere Beispiele sind die Immaterialgüterrechte (Patente, Urheberrechte, Designrechte und Markenrechte). Die übertragbare Zuweisung bezieht sich auf einen klar definierten Schutzgegenstand bzw. auf detailliert beschriebene gesetzliche Befugnisse. Übertragbare absolute Rechte werden sowohl deliktsrechtlich als auch bereicherungsrechtlich geschützt. Sie werden auch als Eigentum (Sacheigentum<sup>158</sup>) bzw. als eigentumsartige Rechte bezeichnet.<sup>159</sup>

Das Urheberrecht weist eine Spezialität auf, da es gemäss Art. 16 Abs. 1 URG zwar grundsätzlich übertragbar ist, die sog. Urheberpersönlichkeitsrechte jedoch eine Ausnahme von diesem Grundsatz darstellen. Letztere können nicht übertragen werden und verbleiben zwingend beim Urheber.<sup>160</sup> Die Urheberpersönlichkeitsrechte umfassen das Erstveröffentlichungsrecht (Art. 9 Abs. 2 und 3 URG), das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft (Art. 9 Abs. 1 URG) sowie das Recht auf Werkintegrität (Art. 11 Abs. 2 URG) bei Änderungen des Werkes, welche den Urheber in seiner Persönlichkeit verletzen würden.

*b) Nicht übertragbare absolute Rechte*

Die zweite Stufe der Güterzuweisung umfasst die nicht übertragbaren absoluten Rechte. Als eine als absolut anerkannte Rechtsposition (Leben, körperliche, geistige und seelische Integrität und Besitz)<sup>161</sup> oder durch ausdrückliche Regelungen werden sie deliktsrechtlich geschützt. Ob sie auch durch das Bereicherungsrecht geschützt sind, ist davon abhängig, ob dem Rechteinhaber auch die wirtschaftliche Verwertung zugewiesen wird.<sup>162</sup>

*c) Abwägungsoffene Rechte*

Die abwägungsoffenen Rechte sind Rechtsinstitute, welche keinen scharf abgegrenzten Schutzbereich besitzen und einen Übergangsfall zwischen den Ausschliesslich-

<sup>158</sup> Dazu z. B. FAUST, S. 86, m. w. N.; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 324 ff.

<sup>159</sup> Vgl. BAINBRIDGE, S. 3; ähnlich WELLENHOFER, § 2 N 14.

<sup>160</sup> Z. B. OFK URG-REHBINDER/VIGANÒ, Art. 16 N 1. Im deutschen Recht ist das Urheberrecht dagegen nicht übertragbar, kann aber durch die Übertragung von Nutzungsrechten umfassend verwertet werden, vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 86; HAUCK/HOFMANN/ZECH, S. 142. Aus diesem Grund fällt das Urheberrecht im deutschen Recht nicht in die erste Stufe der Güterzuweisung.

<sup>161</sup> BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 33. Das durch Art. 41 Abs. 1 OR ebenfalls geschützte absolute Rechtsgut «Persönlichkeit» gehört nicht zu den nicht übertragbaren absoluten Rechten, worauf sogleich eingegangen wird.

<sup>162</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 86; HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 182.

keitsrechten und den Abwehrrechten bilden. In der deutschen Rechtsprechung werden abwägungsoffene Rechte als sog. Rahmenrechte<sup>163</sup> anerkannt. Abwägungsoffene Rechte stellen eine Zuweisung mit Abwägungsvorbehalt dar, d. h. es muss erst durch Abwägung bestimmt werden, ob ein Eingriff in ein abwägungsoffenes Recht auch einen deliktischen Anspruch auslöst. Es ist umstritten, ob abwägungsoffene Rechte einen Zuweisungsgehalt aufweisen, welcher einen bereicherungsrechtlichen Anspruch (Eingriffskondition) rechtfertigen kann. Die Zuweisung, d. h. der Schutzbereich, bezieht sich bei abwägungsoffenen Rechten im Unterschied zu Ausschliesslichkeitsrechten nicht auf klar beschriebene gesetzliche Befugnisse, weshalb der zugewiesene Schutzbereich durch Abwägung ausgedehnt oder eingeschränkt werden kann. Da der Zuweisungsgehalt bei abwägungsoffenen Rechten zumindest eingeschränkt ist, werden sie auch «unvollkommene» absolute Rechte genannt.<sup>164</sup>

HOFMANN sieht die Kategorie der abwägungsoffenen Rechte bzw. der Rahmenrechte kritisch und zählt diese Rechte zu den Ausschliesslichkeitsrechten.<sup>165</sup> Er hält fest, es sei zwischen dem sog. Stammrecht (der Rechtszuweisung) und dem Rechtsfolgenrecht (der Rechtdurchsetzung) zu unterscheiden und es gehe dabei nicht um die Begründung der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs. Auch bei den Rahmenrechten erfolge ein Eingriff in den Schutzbereich, es stünden im Falle der Verletzung aber nicht alle Rechtsfolgenrechte zur Verfügung. HOFMANN hält dennoch fest, es gehe um «eine präzise Bestimmung des Schutzbereichs, worüber die Einordnung als «Rahmenrecht» nicht hinwegtäuschen» könne. Ob ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, wird dabei ebenfalls von einer Güter- und Interessenabwägung abhängig gemacht.<sup>166</sup> HOFMANN erläutert, dass «durch das Stammrecht der Umfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts festgelegt» werde. Die Frage der jeweiligen Rechtsfolge könne erst beantwortet werden, wenn herausgearbeitet wurde, «ob ein bestimmtes Verhalten einen Eingriff in den freilich mitunter schwer zu bestimmenden Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts darstellt.»<sup>167</sup>

Den dargestellten Ansichten soll an dieser Stelle eine weitere Überlegung hinzugefügt werden. Im Gegensatz zu reinen Abwehrrechten existiert bei Rahmenrechten durchaus eine Zuweisung, d. h. ein Schutzbereich. Der Schutzbereich sowie die Rechtsfolgen im Falle seiner Verletzung sind auch durch das Gesetz definiert. Im Unterschied zu Ausschliesslichkeitsrechten ist die Zuweisung jedoch keine ausschliessliche, denn Dritte können in bestimmten Fällen ebenfalls dazu berechtigt sein, die zugewiesene Befugnis auszuüben. Zentral ist deshalb die Unterscheidung zwischen einem Eingriff in den Schutzbereich und seiner Verletzung, was dogmatisch als Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs bezeichnet wird.<sup>168</sup> Ein

<sup>163</sup> Z. B. HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 177; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 87.

<sup>164</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 86 f.

<sup>165</sup> HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 183, 187

<sup>166</sup> Zum Ganzen HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 182 f.; vgl. zur Unterscheidung von «Stammrecht» und «Rechtsfolgenrechten» auch HOFMANN, GRUR 2018, S. 22.

<sup>167</sup> HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 185 f., 281; vgl. auch HOFMANN, GRUR 2018, S. 22 f.

<sup>168</sup> In diesem Sinne auch HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 281 f., m. H. auf den Unterschied zwischen einem Eingriff in eine absolut geschützte Rechtsposition und einer Verletzung derselben und der Feststellung, dass die Rechtswidrigkeit bei den Rahmenrechten erst durch

Rechteinhaber kann sich nur gegen einen Eingriff wehren, wenn der Eingreifende selbst kein Recht dazu hat, die zugewiesene Befugnis auszuüben. In diesem Fall stellt der Eingriff eine Verletzung dar, weshalb dem Rechteinhaber Rechtsdurchsetzungsrechte zur Verfügung stehen. Andernfalls stellt die Handlung zwar immer noch einen Eingriff in den Schutzbereich dar, ist aber nicht als Verletzung zu qualifizieren: Der Eingreifende übt zulässigerweise eine ihm zustehende Handlungsbefugnis aus. Bei abwägungsoffenen Rechten geht es nach dieser Ansicht also darum, ob ein Dritter im konkreten Fall das Recht hat, die infrage stehende Befugnis auszuüben, bzw. ob der Rechteinhaber im Einzelfall die Befugnis mit dem eingreifenden Dritten teilen muss. Es wird zwar häufig zunächst vermutet, der Dritte habe kein Recht zur Ausübung der infrage stehenden Handlungsbefugnis, letztlich hängt dies jedoch von einer Güter- und Interessenabwägung ab. Der Schutzbereich eines Rechts an sich ändert sich hingegen durch die Abwägung nicht, denn die infrage stehenden Befugnisse sind und bleiben der betreffenden Person zugewiesen. Aufgrund der Ausgestaltung des Schutzbereichs wird die Zuweisung faktisch häufig eine ausschliessliche sein – dies aber nicht, weil das Recht die Befugnisse ausschliesslich zuweisen will, sondern aufgrund des Umstands, dass der Rechteinhaber meist der einzige sein wird, welcher für die Zuweisung der Befugnisse qualifiziert. Stellt ein Eingriff in den Schutzbereich eine Verletzung dar, stehen dem Rechteinhaber in einem zweiten Schritt Rechtsfolgenrechte zur Verfügung. Welche dies sind bzw. ob hier sämtliche Möglichkeiten zur Verfügung stehen sollen, ist eine weitere Frage.

Es kann schliesslich festgehalten werden, dass die Kategorie der abwägungsoffenen Rechte nicht bloss eine rein begriffliche Abgrenzung darstellt, sondern durchaus eine eigenständige inhaltliche Bedeutung aufweist. Immerhin handelt es sich dabei einerseits aufgrund des Zuweisungsgehalts nicht um reine Abwehrrechte, andererseits ist die durch abwägungsoffene Rechte vorgenommene Zuweisung nicht ausschliesslich, weshalb nicht von Ausschliesslichkeitsrechten gesprochen werden kann.

Ein Beispiel für ein abwägungsoffenes Recht bzw. ein sog. Rahmenrecht ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des deutschen Rechts.<sup>169</sup> Bei diesem handelt es sich um ein von der Rechtsprechung entwickeltes Rechtsinstitut, welches sich aus dem deutschen Grundgesetz (Art. 2 Abs. 1 GG (Recht der freien Entfaltung) und Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde)) ableitet, aber nicht gesetzlich normiert ist.<sup>170</sup> Der deutsche BGH spricht dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, genau wie den besonderen Persönlichkeitsrechten des deutschen Rechts, durch die Anerkennung eines vermögensrechtlichen Teils einen bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt zu. Wurde jedoch nicht in den vermögensrechtlichen Teil des Persönlichkeitsrechts eingegriffen, scheidet die Eingriffskondition und damit ein bereicherungsrechtlicher

---

Vornahme einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung positiv festgestellt werden muss, während ein Eingriff sonst grundsätzlich die Rechtswidrigkeit vermuten lässt. HOFMANN stellt allerdings in Frage, ob ein nicht rechtswidriger Eingriff in ein Rahmenrecht überhaupt als Eingriff in ein absolutes Recht zu qualifizieren wäre.

<sup>169</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 87; KLÄVER, S. 17.

<sup>170</sup> Z. B. KLÄVER, S. 30 ff., m. w. N.

Anspruch aus.<sup>171</sup> Die vermögensrechtlichen Folgen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weisen zwar deutliche Ähnlichkeiten mit den Ansprüchen auf, welche aus einer Verletzung von (übertragbaren absoluten) Ausschliesslichkeitsrechten wie dem Sacheigentum und den Immaterialgüterrechten folgen;<sup>172</sup> ob aber bei einem Eingriff auch eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt und dies selbst bei «kommerziellen Nutzungen zu Lebzeiten und postmortal»<sup>173</sup>, muss erst durch eine umfassende Güterabwägung festgestellt werden. Deshalb bezeichnet die deutsche Rechtsprechung die vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts als abwägungsoffenes Rahmenrecht.<sup>174</sup> Weitere Beispiele für Rahmenrechte im deutschen Recht sind Handlungsverbote, welche zuweilen von der Rechtsprechung mit einem Zuweisungsgehalt ausgestattet werden, so wie beispielsweise der Know-how-Schutz (§§ 17 ff. D-UWG) und der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz (§ 3 D-UWG).<sup>175</sup>

Im Schweizer Recht gibt es den juristischen Begriff des Rahmenrechts nicht. Nichtsdestotrotz sind auch hier Beispiele zu finden für abwägungsoffene Rechte, also Rechte, die Übergangsfälle<sup>176</sup> zwischen Ausschliesslichkeitsrechten und reinen Abwehrrechten darstellen. So käme beispielsweise der Schutz von Geschäftsgeheimnissen gemäss Art. 4 lit. c, 5 und 6 UWG in Betracht, da auch hier eine Abwägung hinsichtlich der Schutzwürdigkeit des Geheimhaltungsinteresses vorgenommen wird.<sup>177</sup> Das Schweizerische Persönlichkeitsrecht der Art. 28 ff. ZGB soll in diesem Zusammenhang sogleich behandelt werden.<sup>178</sup>

#### d) Blosser Abwehrrechte

Schliesslich bilden die blossen Abwehrrechte das untere Ende der Skala der Güterzuweisung. Sie haben keine Zuweisungsfunktion, was sich auch darin äussert, dass sie keine Eingriffskondition begründen können. Reine Abwehrrechte sind vor allem in gesetzlichen Verboten zum Schutze Dritter zu finden, deren Verletzung Schadenersatzansprüche nach sich ziehen können.<sup>179</sup>

### III. Ergebnis

Die Zuweisung von Gütern wirkt sich positiv auf ihre Handelbarkeit aus. Durch Handel können Güter effizient alloziert werden, wodurch die Wohlfahrt erhöht wird. Mittel, mit denen Güter einzelnen Personen zugewiesen werden, sind Ausschliesslichkeitsrechte, die eine Zuweisungsordnung von Gütern schaffen. Die Güterzuordnung lässt sich in vier Stufen unterscheiden: übertragbare absolute Rechte, unübertragbare absolute Rechte, abwägungsoffene Rechte und blosser Abwehrrechte. Die Übergänge

<sup>171</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 87.

<sup>172</sup> PEUKERT, Güterzuordnung, S. 195.

<sup>173</sup> PEUKERT, Güterzuordnung, S. 195.

<sup>174</sup> PEUKERT, Güterzuordnung, S. 195, m. H. auf die deutsche Rechtsprechung.

<sup>175</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 88.

<sup>176</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 88.

<sup>177</sup> PICT, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 2.

<sup>178</sup> Siehe dazu § 2 II.

<sup>179</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 89.

der verschiedenen Stufen der Güterzuordnung sind jedoch fließend. Als eigentumsartige Rechte werden dabei nur die Ausschließlichkeitsrechte der ersten Stufe, also übertragbare absolute Rechte, angesehen. Die eigentumsartige Zuweisung zeichnet sich zunächst durch die klare Definition der zugewiesenen Befugnisse bzw. der Zuweisungssphäre aus. Ausserdem muss das Recht als solches übertragbar sein.

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



## § 2 Datenschutzrecht ist kein eigentumsartiges Recht

Wenn der Handel mit Gütern vor allem durch den Austausch übertragbarer Ausschliesslichkeitsrechte ermöglicht wird, stellt sich konsequenterweise die Frage, ob solche Rechte hinsichtlich Personendaten existieren. Werden Personendaten den Betroffenen zugewiesen? Können einzelne Individuen jeweils mit den sie betreffenden Daten handeln?

Als Grundlage für die rechtliche Erfassung von Personendaten steht das Datenschutzrecht im Vordergrund, welches als Instrument der Zuweisung verstanden werden kann.<sup>180</sup> Deshalb ist vertieft zu untersuchen, ob das Datenschutzrecht natürlichen Personen eine eigentumsartige Rechtsposition an den sie betreffenden Personendaten einräumt. Daher wird im Folgenden geprüft, ob das Datenschutzrecht die Kriterien eigentumsartiger Rechte erfüllt, obwohl weder das Datenschutzgesetz des Bundes noch die korrespondierenden Gesetze der Kantone ausdrückliche Regeln über die Rechte an Daten enthalten.<sup>181</sup>

Konkret müsste dazu zunächst ein Zuweisungsbereich vorliegen, welcher den Betroffenen ausschliesslich zugewiesen ist. Um diesen Zuweisungsbereich zu bestimmen, muss zuerst dargestellt werden, wie Personendaten und die Befugnisse an ihnen rechtlich abgegrenzt werden können (I.). In einem zweiten Schritt kann dann geprüft werden, ob die erörterten Befugnisse den Betroffenen ausschliesslich zugewiesen sind (II.). Die zugewiesenen Befugnisse müssten zudem auf Dritte übertragen werden können, was in einem dritten Schritt untersucht wird (III.).

### 1. Definition von Personendaten

Das Datenschutzgesetz bezieht sich ausschliesslich auf Personendaten. Deshalb müssen Personendaten von anderen Daten abgegrenzt werden. Um Personendaten richtig einordnen zu können und zu zeigen, dass es sich bei Personendaten um eine besondere Art von Daten handelt, muss zunächst auf die drei Informationsebenen eingegangen werden (1.), bevor der Personendatenbegriff des Datenschutzgesetzes erläutert wird (2.).

#### 1. Die drei Informationsebenen und der Datenbegriff

Um Information als Rechtsobjekt behandeln zu können, muss sie zunächst als Objekt abgegrenzt werden. Drei Möglichkeiten, wie man diese Abgrenzung vornehmen kann, sind die Strukturebene (strukturelle Information), die Zeichenebene (syntaktische Information) und die Bedeutungsebene (semantische Information).<sup>182</sup> Jede Ebene bietet selbstständige Möglichkeiten, eine bestimmte Menge an Informationen zu definieren.<sup>183</sup>

<sup>180</sup> UNSELD, *Kommerzialisierung*, S. 62; dazu HERMSTRÜWER, S. 138; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041 f.; FAUST, S. 88 f.; KARIKARI, S. 76 ff.; PEARCE, EDPL 2018, S. 197 ff.; vgl. HEUN/ASSIÖN, CR 2015, S. 813; KILLIAN, CRi 2012, S. 172 f.; HOEREN, MMR 2013, S. 486.

<sup>181</sup> HÜRLIMANN/ZECH, *sui-generis* 2016, N 5.

<sup>182</sup> ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, S. 35; HÜRLIMANN/ZECH, *sui-generis* 2016, N 3; ZECH, GRUR 2015, S. 1153; zu einem anderen Ansatz, dem «Abgrenzungsansatz», z.B. KARIKARI, S. 40 ff., m. w. H.

<sup>183</sup> ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 54; vgl. allerdings DETERMANN, ZD 2018, S. 504, der

Die strukturelle Ebene stellt auf die physikalische Ebene ab, d. h. auf die beobachtbare Struktur körperlicher Gegenstände.<sup>184</sup> Strukturelle Information kann syntaktische Information tragen.<sup>185</sup> In die strukturelle Ebene fällt der Datenträger, auf dem Daten gespeichert werden.<sup>186</sup> Durch die technische Entwicklung hin zum sog. «Cloud Computing» können Daten allerdings an einer Vielzahl verschiedener, häufig weit voneinander und vom Nutzer entfernter Orte gespeichert werden, wodurch die Identifizierung des exakten Datenträgers zunehmend schwieriger wird und die Bestimmung des jeweiligen Datenträgers auch zunehmend an Bedeutung verliert.<sup>187</sup>

Die syntaktische Ebene stellt auf die Codierung von Information als Zeichenmenge ab.<sup>188</sup> Syntaktische Information ist «durch eine Menge von Zeichen und deren Beziehung zueinander bestimmte Information»<sup>189</sup> bzw. «Information in Form einer Menge von Zeichen, die durch Informationstechnik verarbeitet werden kann.»<sup>190</sup> Beispiele für durch Zeichen abgegrenzte Information sind Code, Text und Bilder (sowohl digital als auch in Form einer «analoge[n] Darstellung als Muster verschiedener Farb- und Helligkeitswerte».)<sup>191</sup>

Die dritte Informationsebene ist die semantische Ebene; sie stellt auf die Bedeutung ab.<sup>192</sup> Wissen ist semantische Information im menschlichen Geist.<sup>193</sup> Semantische Information kann richtig oder falsch sein. Dies ist abhängig davon, ob sie das, worauf sie sich bezieht, zutreffend wiedergibt. Weder die Struktur- noch die Zeichenebene weisen diese Qualität auf.<sup>194</sup> Hervorzuheben ist ausserdem, dass zur Übermittlung von Bedeutung die Übermittlung von Zeichen vorausgesetzt ist, d. h. semantische Information kann nur in Form von syntaktischer Information bzw. durch

---

m. H. auf «impraktikable Abgrenzungsprobleme» und den «Gehalt der Information» keine Unterscheidungen vornehmen will, und vor allem die semantische Ebene im Blick zu haben scheint.

<sup>184</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 41.

<sup>185</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 43; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 49.

<sup>186</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 41 f.; ZECH, CR 2015, S. 138; vgl. auch HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 5.

<sup>187</sup> ZECH, CR 2015, S. 138.

<sup>188</sup> ZECH, CR 2015, S. 138; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 48.

<sup>189</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 38.

<sup>190</sup> ZECH, CR 2015, S. 138.

<sup>191</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 39.

<sup>192</sup> ZECH, CR 2015, S. 138; ähnlich SPECHT, CR 2016, S. 290, m. w. N., welche mit dem Begriff «Information» auf die semantische Ebene abstellt und Daten «allein als Zeichen oder Zeichenfolgen, d.h. als interpretationsfreie Elemente der Sprache oder der Schrift, die sich durch ihre Niederlegung auf einem Datenträger (Papier, USB-Stick, Festplatte, externer Server etc.) von dem gesprochenen Wort oder der visuellen Beobachtung unterscheiden» definiert; ebenso SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 48 ff.; WEBER/SOMMERHALDER, S. 2 ff.; ähnlich auch HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 167; HOPPEN, CR 2015, S. 804; BULL, S. 9.

<sup>193</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 28 f.; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57.

<sup>194</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 27.

Übersetzung in syntaktische Information übertragen werden. Somit kann syntaktische Information eine Bedeutung enthalten, wohingegen die Bedeutung jedoch nicht an eine bestimmte Zeichenfolge gebunden ist.<sup>195</sup>

Daten stellen eine besondere Art von Information dar. Sie können beispielsweise als maschinenlesbar codierte Information definiert werden.<sup>196</sup> Die auf der syntaktischen Ebene abgegrenzten Zeichen benötigen zudem irgendeine physikalische Struktur, den Datenträger.<sup>197</sup> Daten können ausserdem eine Bedeutung haben; das Vorliegen einer semantischen Ebene ist jedoch nicht begriffsnotwendig.<sup>198</sup> Mit dieser Definition unterscheidet sich der übliche Datenbegriff häufig vom juristischen Verständnis.<sup>199</sup> Festzuhalten ist, dass Daten, anders als ihre Speichermedien, selbst keine körperlichen Gegenstände sind und auf sie nicht die Regelungen zum Sacheigentum Anwendung finden.<sup>200</sup>

## 2. Personendaten nach dem Datenschutzgesetz

Der Regelungsbereich des Datenschutzgesetzes bezieht sich nur auf Personendaten. Juristisch wird zwischen Daten mit und ohne Personenbezug unterschieden, also zwischen Personendaten und sog. Sachdaten, obwohl sich letztere natürlich nicht nur auf Sachen beziehen müssen.<sup>201</sup> Das Datenschutzgesetz enthält in Art. 3 lit. a eine Legaldefinition für Personendaten. Danach sind Personendaten alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen, d. h. jede Art von Information, welche mit einer Person in Verbindung gebracht werden kann.<sup>202</sup> Damit ist der Begriff der Personendaten sehr weit gefasst.<sup>203</sup> Die Person, auf welche sich die Daten beziehen, kann gemäss Art. 3 lit. b DSGVO eine natürliche oder eine juristische Person sein. Da sich die DSGVO jedoch nur auf Daten mit Bezug zu natürlichen Personen bezieht und das Schweizerische DSG im Zuge seiner Totalrevision dementsprechend angepasst wird,<sup>204</sup> wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit ebenfalls lediglich auf natürliche Personen abgestellt.

Personendaten sind demnach per Definition auf der semantischen Ebene abgegrenzt<sup>205</sup> und ob ein Personenbezug vorliegt, ist kontextabhängig. Personendaten

<sup>195</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 27.

<sup>196</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 32; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 53.

<sup>197</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 32; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647.

<sup>198</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 32, 43.

<sup>199</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 33, mit Hinweis auf das Datenschutzrecht; dazu sogleich.

<sup>200</sup> Dazu SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629; für das deutsche Recht SATTLER, JZ 2017, S. 1037; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 243 ff.; zudem § 11 I.

<sup>201</sup> BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 3; vgl. WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 5; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 13.

<sup>202</sup> BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 6 f.; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 6 ff.; BGE 138 II 346, 353, E. 6.1; für das deutsche Recht z.B. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 70 ff.

<sup>203</sup> BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 7; WEBER/SOMMERHALDER, S. 173, 177; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 2.

<sup>204</sup> Vgl. Art. 2 sowie Art. 4 lit. a und b E-DSG; Botschaft DSG 2017, 6972.

<sup>205</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 33; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 3; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 54 f.; ZECH, CR 2015, S. 141; ZECH, GRUR 2015, S. 1153; vgl. HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 15.

sind deshalb bereits ab dem Augenblick vorhanden bzw. erzeugt, sobald ein Personenbezug vorliegt. Das Datenschutzgesetz hat allerdings gemäss Art. 3 lit. e und f DSG nur Datenbearbeitungen zum Gegenstand, für die letztlich die syntaktische und damit auch die strukturelle Ebene vorliegen müssen.<sup>206</sup> Dies passt zu der gerade wiedergegebenen Definition von Daten: Personendaten, die im Sinne des Datenschutzgesetzes bearbeitet werden können, könnten also auch als syntaktisch abgegrenzte Information definiert werden, welche einen semantischen Bezug zu mindestens einer bestimmten oder bestimmbarer Person aufweist und sich auf einem Datenträger befindet. Damit stellen Personendaten eine besondere Art von Daten dar.

Für besonders schützenswerte Personendaten gelten strengere Regeln für die Datenbearbeitung (vgl. insbesondere die Art. 4 Abs. 5, 11a Abs. 3 lit. a, 12 Abs. 2 lit. c, 14 DSG). Besonders schützenswerte Personendaten sind in Art. 3 lit. c DSG abschliessend definiert und stellen Personendaten dar, welche die Persönlichkeit der Betroffenen in erhöhtem Mass tangieren.<sup>207</sup> Sie umfassen zum Beispiel Personendaten, die sich auf die religiösen, weltanschaulichen oder politischen Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre, die Rassenzugehörigkeit, oder strafrechtliche Sanktionen beziehen.<sup>208</sup>

Wichtig ist, dass die auf den ersten Blick trivial erscheinende Abgrenzung zwischen Personendaten und Daten ohne Personenbezug (Sachdaten) in einigen Fällen grosse Probleme aufwerfen kann.<sup>209</sup> Die Frage, ob ein Personendatum vorliegt, kann nicht für jedes Datum endgültig beantwortet werden, da der Personenbezug je nach Kontext vorliegen kann oder nicht.<sup>210</sup> Gemäss dem Schweizerischen Bundesgericht ist eine Person bestimmbar, wenn sie zwar allein durch die Daten nicht eindeutig identifiziert werden, aber aus dem Kontext einer Information oder aufgrund zusätzlicher Informationen auf sie geschlossen werden kann. Jede theoretische Möglichkeit der Identifizierung ist jedoch nicht ausreichend. Bestimmbarkeit liegt aber dann vor, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung damit gerechnet werden muss, dass ein Interessent den Aufwand für die Bestimmung der betroffenen Person auf sich nehmen wird. Der Aufwand ist dabei nach den aktuellen Möglichkeiten der Technik zu beurteilen.<sup>211</sup> Die Bestimmbarkeit hängt dementsprechend vom Wissen und den Möglichkeiten des jeweiligen Inhabers der Information ab. Ein Datum kann so in

<sup>206</sup> A. A. HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 11 und 69, allerdings mit dem Hinweis auf die Beweisbarkeit.

<sup>207</sup> BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 27, 30; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 3 N 42.

<sup>208</sup> Vgl. BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 27 ff.; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 3 N 42.

<sup>209</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 128 f.; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 423; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 121 f.; WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 34; vgl. WENDEHORST, Data Economy, S. 331.

<sup>210</sup> BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 10; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 20; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 628; vgl. SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120; WERKMEISTER/BRANDT, CR 2016, S. 234; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 22; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 11; vgl. BULL, S. 11.

<sup>211</sup> Zum Ganzen z. B. BGE 138 II 346, 353 f., E. 6.1; dazu auch BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 10 f.; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 24 f.; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 17 f.; ROSENTHAL, digma 2017, S. 199 f.; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 11; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 49.

manchen Fällen ein Personendatum darstellen, in anderen hingegen nicht.<sup>212</sup> Im Big-Data-Kontext wird der zu betreibende Aufwand in den meisten Fällen nicht ausserhalb des Verhältnismässigen sein.<sup>213</sup> Zudem ist es sogar denkbar, den Personenbezug von anonymisierten Daten, auf die das Datenschutzgesetz nicht anwendbar ist, durch die Kombination und/oder Analyse der Datensets wiederherzustellen (De-Anonymisierung).<sup>214</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Anwendung des Datenschutzgesetzes steht und fällt mit dem Vorliegen von Personendaten. Auf die Abgrenzung dieser durch das Datenschutzgesetz geschützten Objekte kann deshalb auch bei Anwendung der «bundle of rights»-Theorie und damit einem Ausgehen von einem Bündel an zuweisbaren Handlungsbefugnissen nicht verzichtet werden. Personendaten stellen eine besondere Art von Daten dar, denn für die vom Datenschutzgesetz erfassten Datenbearbeitungen muss zwingend sowohl eine syntaktische als auch eine semantische Ebene vorliegen. Für die Anwendung des Datenschutzgesetzes relevante Personendaten können also auch als maschinenlesbar codierte Informationen definiert werden, welche einen semantischen Bezug zu mindestens einer bestimmten oder bestimmbarer Person aufweisen und sich auf einem Datenträger befinden. Abgegrenzt werden Personendaten aber nur über die semantische Ebene, d. h. über ihre Bedeutung. Ob im Einzelfall ein Bezug zu einer bestimmten oder bestimmbarer Person vorliegt, kann jedoch nicht für alle Daten abschliessend beantwortet werden und in der Praxis häufig Schwierigkeiten bereiten.

## II. Datenschutzrecht als abwägungsoffenes Recht

Nachdem dargestellt wurde, wann Personendaten vorliegen und wie sie abgegrenzt werden können, ist zu untersuchen, welche Befugnisse an Personendaten durch das Datenschutzrecht zugewiesen werden (2.). Dafür ist zunächst darzustellen, welche Befugnisse an Daten als öffentliche Güter überhaupt zugewiesen werden können (1.).

---

<sup>212</sup> Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; SHK DSG-RUDIN, Art. 3 N 12; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 18 ff.; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 22; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 11; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 628; zu der Identifizierbarkeit nach der DSGVO ausführlich SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 227 ff. Zur Identifizierbarkeit und zur «Singularisierung» ROSENTHAL, digma 2017, S. 198 ff.

<sup>213</sup> SATTLER, Personenbezug, S. 63, m. H. auf den vermehrten Einsatz von machine learning und künstlicher Intelligenz; so auch EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 11, 14; WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 6; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 18; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 50.

<sup>214</sup> WENDEHORST, Data Economy, S. 331 f.; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1046; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 422, wonach es keine nicht-personenbezogenen Daten mehr gibt; DORNER, CR 2014, S. 628; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 3, 12, 14; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 27; HEYMANN, CR 2016, S. 656; KÜHLING/KLAR, NJW 2013, S. 3612 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 25; ESKEN, S. 78; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 25; BAERISWYL, digma 2013, S. 15; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 12 ff.; DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416; BERANEK ZANON, S. 88; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 51; WEICHERT, ZD 2013, S. 257; dazu eingehend HERMSTRÜWER, S. 100 ff.; WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 25 ff.; vgl. auch BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 13; kritisch dazu BULL, S. 16 f.

Schliesslich ist zu prüfen, ob diese Handlungsbefugnisse den betroffenen Personen ausschliesslich zugewiesen werden (3.).

### 1. Daten als öffentliche Güter mit zuweisbaren Befugnissen

Eine Besonderheit von Daten ist, dass es sich bei ihnen um öffentliche Güter handelt, da sie in ihrer Nutzung nicht rivalisierend sind und nur eingeschränkte Exklusivität aufweisen.<sup>215</sup> Daten lassen sich leicht vervielfältigen und stehen potenziell einer unbegrenzten Zahl von Nutzern zur Verfügung, ohne dass die Nutzung der jeweils anderen Nutzer beeinträchtigt würde.<sup>216</sup> Das Sachenrecht wird im Gegensatz dazu auch als das Regime der rivalen Nutzungen bezeichnet.<sup>217</sup> Die Nutzung von Daten kann zudem faktisch nur verhindert werden, solange die Daten geheim sind.<sup>218</sup> Aufgrund der leichten Kopierbarkeit bzw. Reproduzierbarkeit ist dies wie bei anderen immateriellen Gütern nicht mehr möglich, sobald die Daten einmal öffentlich zugänglich gemacht wurden.<sup>219</sup> Eine exklusive Nutzung wäre dann nur noch über rechtliche Regelungen, wie z. B. Ausschliesslichkeitsrechte, zu erreichen.<sup>220</sup> Im Gegensatz zu z. B. Datenträgern, welche als körperliche Güter der Abnutzung unterliegen und deshalb auch bei ordnungsgemässer Benutzung oder durch Alterung verschleissen, nutzen sich Daten, welche beliebig oft vervielfältigt werden können, ausserdem nicht ab.<sup>221</sup>

Aus dem Charakter von Daten als öffentliche Güter folgt, dass der «Inhaber» von Daten nicht automatisch auch derjenige ist, welcher die Daten ausschliesslich nutzen kann. Deshalb sollte statt «Innehaben» auch besser vom Zugang zu Daten gesprochen werden.<sup>222</sup> Mit Zugang ist die «Möglichkeit der Kenntnisnahme oder des sonstigen Umgangs» mit Daten gemeint, welche grundsätzlich eine nicht-rivale und daher nicht-ausschliessliche Zuweisung darstellt.<sup>223</sup> Der Zugang zu semantischer Information kann nur durch Geheimhaltung faktisch ausschliesslich zugewiesen werden.<sup>224</sup> Dagegen ist die Befugnis, über die Weiterverbreitung von Daten zu bestimmen, eine rivale, welche ausschliesslich zugewiesen werden kann. Da semantische Information

<sup>215</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 59; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 2; COOTER/ULEN, S. 40 f.; SCHÄFER/OTT, S. 79 f.; vgl. PAAL, S. 146; zur Charakteristik der öffentlichen Güter POSNER, S. 402.

<sup>216</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 118; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; COOTER/ULEN, S. 40; SCHÄFER/OTT, S. 79.

<sup>217</sup> ZECH, CR 2015, S. 141.

<sup>218</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 117; KAISER/RÜETSCHI, S. 2 f.

<sup>219</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 118; ähnlich THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; KAISER/RÜETSCHI, S. 2 f.

<sup>220</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ähnlich THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24.

<sup>221</sup> ZECH, CR 2015, S. 139; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 118.

<sup>222</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 117, 120.

<sup>223</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 120 f.

<sup>224</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 129

aber sehr leicht weiterzuverbreiten ist und eine erfolgte Verbreitung, also eine Kenntnisnahme, nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, ist die Zuweisung dieser Befugnis in Bezug auf Personendaten schwierig.<sup>225</sup>

Wirtschaftlich von entscheidendem Interesse ist die Zuweisung der Nutzungsbefugnis. Wird sie ausschliesslich zugewiesen, darf kein Dritter die Daten nutzen. Ein ausschliessliches Nutzungsrecht an Daten kann aufgrund der Nicht-Rivalität nur über das Recht erzeugt werden.<sup>226</sup> Es lassen sich mehrere Nutzungsarten unterscheiden: die einfache Benutzung in Form der Kenntnisnahme, die Vervielfältigung und die Weiterverbreitung.<sup>227</sup> Letztere fällt mit der Befugnis zusammen, über den Zugang zu bestimmen, da Weiterverbreitung das Schaffen eines Zugangs für Dritte darstellt.<sup>228</sup> Die schlichte Kenntnisnahme kann dagegen rechtlich nur schwer zugewiesen werden. Gleichzeitig ist die Kommunikation als Teilgehalt der politischen und persönlichen Freiheit und damit die blosser Kenntnisnahme von entscheidender Wichtigkeit für die Allgemeinheit.<sup>229</sup> Die Vervielfältigung schliesslich kann in Bezug auf semantische Information kein Gegenstand eines eigenen Zuweisungsrechts sein, denn die blosser Bedeutung kann nicht vervielfältigt werden.<sup>230</sup> Es kann jedoch einerseits das Recht zur Vervielfältigung der syntaktischen Information, welche die semantische Information enthält, oder das Recht zur Schöpfung neuer syntaktischer Information mit derselben Aussage zugewiesen werden. Daten können besonders leicht vervielfältigt werden.<sup>231</sup>

Neben dem Zugang zu Daten und der Nutzungsbefugnis besteht noch eine dritte Gruppe von Befugnissen, die zugewiesen werden können. Es handelt sich um die Integrität von Daten, welche in die Aspekte der Richtigkeit, der Veränderung und der Zerstörung unterteilt wird. Eine besondere Qualität von semantischer Information ist, dass sie richtig oder falsch sein kann. Die Verbreitung falscher Information stellt deshalb einen Angriff auf die Integrität semantischer Information dar. Allerdings kann keine Befugnis, falsche Information zu verbreiten, zugewiesen werden.<sup>232</sup> Das Recht kann nur eine Abwehrbefugnis gegen falsche Information schaffen. Selbiges gilt für die Befugnis zur Veränderung: Da semantische Information überhaupt erst durch eine bestimmte Aussage definiert wird, geht es bei ihrer Veränderung um den Schutz vor falscher Information.<sup>233</sup> Da semantische Information ausserdem nicht zerstört werden kann, kann es diesbezüglich keine Befugnis zur Zerstörung (und auch

---

<sup>225</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 123.

<sup>226</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 124.

<sup>227</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 124 ff. Eine vierte Nutzungsart stellt das Befolgen von Handlungsanweisungen dar, welche aber vor allem im Patentrecht relevant ist und deshalb vorliegend ausser Acht gelassen wird.

<sup>228</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 126; vgl. auch die Definition von «Bekanntgeben» in Art. 3 lit. f DSG, und BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 76 f.

<sup>229</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 124.

<sup>230</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 125 f.

<sup>231</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 126. Zum Begriff des «Bearbeiten» siehe z. B. WEBER/SOMMERHALDER, S. 178 f.

<sup>232</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 27, 127, 129.

<sup>233</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 127.

kein Abwehrrecht zum Schutz vor Zerstörung) geben. Syntaktische Information kann dagegen zerstört werden, indem alle ihre Informationsträger vernichtet werden.<sup>234</sup>

## 2. Durch das Datenschutzrecht vorgenommene Zuweisung

Im nächsten Schritt ist zu untersuchen, welche Zuweisungen von Befugnissen das Datenschutzrecht vornimmt. Festzuhalten ist zuerst, dass eine Nutzung von Personendaten ohne Bekanntgabe an Dritte, d. h. die blossе Kenntnisnahme ohne Weiterverbreitung, für persönliche Zwecke gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a DSGVO vom Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes ausgenommen ist.<sup>235</sup> Persönliche Zwecke sind z. B. private Gespräche im Familien- oder Freundeskreis, private Adressbücher oder Briefsammlungen.<sup>236</sup> Die einzige Möglichkeit, wie hier über die Kenntnisnahme von Personendaten bestimmt werden kann, ist, sie geheim zu halten.<sup>237</sup>

Daneben wird der von einzelnen Personendaten betroffenen Person die Befugnis zur Bearbeitung dieser Personendaten zugewiesen, d. h. das Datenschutzrecht nimmt eine semantische Zuweisung vor.<sup>238</sup> Sowohl die Befugnis der Nutzung als auch die Befugnisse der Weiterverbreitung und der Vernichtung fallen unter den Begriff der Datenbearbeitung gemäss Art. 3 lit. e DSGVO. Auch die blossе Kenntnisnahme wird erfasst, wenn sie ein «zielgerichtetes Beschaffen»<sup>239</sup> darstellt. Um zu bestimmen, ob ein «zielgerichtetes Beschaffen» vorliegt, sollte darauf abgestellt werden, ob die Personendaten auf syntaktischer Ebene erhoben und gespeichert werden, denn das blossе Wahrnehmen im Geiste wird vom Datenschutzgesetz nicht erfasst, genauso wenig wie blossе Wissen und Gedanken relevante Datenbearbeitungen darstellen.<sup>240</sup> Das Speichern syntaktischer Information mit relevantem semantischem Gehalt wird dagegen unter den Begriff der Datenbearbeitung subsumiert. Das Datenschutzrecht nimmt damit eine umfassende Zuweisung von Handlungsbefugnissen zugunsten der von den Daten betroffenen Personen vor.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass das Datenschutzrecht den Betroffenen zusätzlich einen Schutz vor unrichtiger Information (Art. 5 DSGVO<sup>241</sup>) sowie einen Schutz vor grenzüberschreitender Bekanntgabe von Personendaten (Art. 6 DSGVO<sup>242</sup>) gewährt; dabei handelt es sich um Abwehrrechte. Ausserdem hat die betroffene Person ein Auskunftsrecht (Art. 8 ff. DSGVO), mit welchem sie von jedem Datenbearbeiter Kopien

<sup>234</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 128.

<sup>235</sup> Dazu WEBER/SOMMERHALDER, S. 180; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 2 N 21 ff.

<sup>236</sup> BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 2 N 21; Botschaft DSGVO 1988, 441. HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 2 N 21 f. weisen zudem darauf hin, dass es im Grunde nicht auf den Zweck der Bearbeitung, sondern auf den «Kreis der Eingeweihten» ankomme, d.h. es sei wesentlich, dass die Daten «im Rahmen ihrer Bearbeitung den persönlichen Bereich nicht verlassen».

<sup>237</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 125.

<sup>238</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 215 f., 219; ZECH, CR 2015, S. 141; vgl. BSK DSGVO-BLECHTA, Art. 3 N 71; HK DSGVO-ROSENTHAL, Art. 3 N 63. A. A. AEBI-MÜLLER, N 20.

<sup>239</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 216.

<sup>240</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 3 N 69; zur Geistesfreiheit DRUEY, S. 79.

<sup>241</sup> Dazu z. B. BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/SCHÖNBÄCHLER, Art. 5 N 1 ff.

<sup>242</sup> Dazu z. B. BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 6 N 1 ff.

der sie betreffenden Daten herausverlangen kann.<sup>243</sup> Im Gegensatz zur DSGVO sieht das geltende DSG aber kein Recht auf Datenportabilität vor, allerdings soll ein Recht auf Datenübertragung und -herausgabe mit dem revidierten DSG eingeführt werden.<sup>244</sup>

### 3. *Kein absoluter Schutz der Zuweisungssphäre*

Die durch das Datenschutzrecht vorgenommene Zuweisung der Handlungsbefugnisse hinsichtlich Personendaten bestimmt die Zuweisungssphäre der betroffenen Person. Wichtig ist, dass nicht jeder Eingriff in die Zuweisungssphäre der betroffenen Person verboten ist. So ist nicht jede Datenbearbeitung per se problematisch, sondern es wird, wie beim allgemeinen Persönlichkeitsschutz der Art. 28 ff. ZGB, zunächst darauf abgestellt, ob sie eine Persönlichkeitsverletzung bewirkt.<sup>245</sup> Anders gesagt ist nicht jeder Eingriff in die Persönlichkeit auch eine Persönlichkeitsverletzung. Vielmehr muss erst geprüft werden, ob die Beeinträchtigung eine genügend hohe Intensität aufweist, um als Verletzung qualifiziert zu werden.<sup>246</sup> Verlangt wird ein «mehr als harmloser Angriff», eine «spürbare Störung» bzw. eine «ernst zu nehmende Bedrohung».<sup>247</sup> Dabei wird ein objektiver Beurteilungsmassstab herangezogen; es wird also nicht auf das subjektive Empfinden der betroffenen Person abgestellt.<sup>248</sup>

Die Persönlichkeitsverletzung muss ausserdem widerrechtlich sein.<sup>249</sup> Zunächst ist jede Persönlichkeitsverletzung aufgrund des absoluten Charakters von Persönlichkeitsgütern widerrechtlich.<sup>250</sup> Art. 12 Abs. 2 DSG zählt in nicht abschliessender

---

<sup>243</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 27; SHK DSG-RUDIN, Art. 8 N 49 f.; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 8 N 23; BSK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 N 48 ff.; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 200.

<sup>244</sup> In Botschaft DSG 2017, 7009, hielt der Bundesrat noch fest, die Einführung eines Rechts auf Datenportabilität sei «nicht wünschenswert». Gemäss Botschaft DSG 2017, 6985, sollen zuerst die Erfahrungen innerhalb der Europäischen Union abgewartet und die Einführung eines solchen Rechts im Rahmen der Strategie «Digitale Schweiz» weiter geprüft werden. In der parlamentarischen Beratung wurde allerdings ein Recht auf Datenübertragung und -herausgabe (Art. 25a des Entwurfs) eingeführt.

<sup>245</sup> SHK DSG-WERMELINGER, Art. 12 N 1; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 8; BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 1; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 2 und 12; INDERKUM, N 88 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 12.06; a. A. SHK DSG-FEY, Art. 1 N 18; EDÖB, TB 14, S. 62, welche für jede Bearbeitung von Personendaten eine Rechtfertigung verlangen möchten.

<sup>246</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 38; HK DSG-WERMELINGER, Art. 12 N 2; INDERKUM, N 90; BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 3; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 2; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 12.06.

<sup>247</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 39; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 2.

<sup>248</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 42; INDERKUM, N 89; BGE 105 II 161, 163 f., E. 2.

<sup>249</sup> SHK DSG-WERMELINGER, Art. 12 N 3; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 45; KUKO ZGB-DÜRR, Art. 28 N 8; INDERKUM, N 112 f.; WEBER/SOMMERHALDER, S. 185; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 12.09.

<sup>250</sup> SHK DSG-WERMELINGER, Art. 12 N 3; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 45; INDERKUM, N 112 f.

Weise verschiedene Handlungen auf, bei denen eine Persönlichkeitsverletzung angenommen wird.<sup>251</sup> So ist eine Persönlichkeitsverletzung indiziert, wenn Personendaten entgegen der datenschutzrechtlichen Grundsätze der Art. 4, 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 bearbeitet werden (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO),<sup>252</sup> wenn Daten einer Person gegen deren ausdrücklichen Willen ohne Rechtfertigungsgrund bearbeitet werden (lit. b) und besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile ohne Rechtfertigungsgrund an Dritte bekanntgegeben werden (lit. c). Gemäss Art. 12 Abs. 3 DSGVO liegt dagegen in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.

Eine Persönlichkeitsverletzung kann allerdings durch eine Norm in einem Gesetz, durch die Einwilligung der betroffenen Person oder durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt werden.<sup>253</sup> Eine nicht abschliessende Aufzählung für Konstellationen, in welchen die Datenbearbeitung durch überwiegende Interessen des Bearbeitenden gerechtfertigt sein kann, enthält Art. 13 Abs. 2 DSGVO.<sup>254</sup> Soll die Persönlichkeitsverletzung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt werden, muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden.<sup>255</sup> Wird eine gesetzliche Regelung als Rechtfertigungsgrund herangezogen, ist zu überprüfen, ob die Persönlichkeitsverletzung durch die Rechtsgrundlage gerechtfertigt wird und ob der Eingriff verhältnismässig ist, was letztlich ebenfalls eine Güterabwägung beinhaltet.<sup>256</sup>

Gelingt die Rechtfertigung des Eingriffs ohne Zutun der betroffenen Person, also ohne ihre Einwilligung, sondern durch gesetzliche Regelung oder durch Vorliegen eines überwiegenden Interesses, ist das Ergebnis ein Bereich, in dem die Ausübung der Befugnis durch den Dritten gerade erlaubt sein soll. Dieser Bereich ist der betroffenen Person im konkreten Fall also nicht ausschliesslich zugewiesen, obwohl dies vor Vornehmen der Interessenabwägung zunächst vermutet wird. Hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung ist anzufügen, dass dem Dritten, welcher neben dem Betroffenen ebenfalls eine Nutzungsbefugnis an den Daten innehat, keine Rechtsfolgenrechte zur Verfügung stehen.

Weil nicht jede Datenbearbeitung, d. h. jeder Eingriff in den Schutzbereich, per se eine Verletzung des der betroffenen Person zugewiesenen Bereichs darstellt und die

<sup>251</sup> SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 12 N 3; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 9 f. Dazu BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 12 N 6 ff. Art. 12 Abs. 3 DSGVO enthält dagegen den Fall, in welchem grundsätzlich keine Persönlichkeitsverletzung angenommen wird, vgl. BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 12 N 3 und 16 ff.

<sup>252</sup> Vgl. HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 2 und 66.

<sup>253</sup> Art. 13 Abs. 1 DSGVO. SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 12 N 3; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 45 ff.; KUKO ZGB-DÜRR, Art. 28 N 8 ff.; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 1; Inderkum, N 113, 118 ff.; WEBER/SOMMERHALDER, S. 186; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 3; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 12.12 ff.; zum Prüfungsschema z. B. HAAS, Einwilligung, N 65 ff.

<sup>254</sup> Dazu BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 25 ff.

<sup>255</sup> SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 12 N 3; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 12 N 4; vgl. BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 49; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6; Inderkum, N 129.

<sup>256</sup> SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 12 N 3, mit Hinweis auf Art. 4 Abs. 2 DSGVO; zu den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen Inderkum, N 130 f.

Zulässigkeit eines erfolgten Eingriffs in den Schutzbereich nicht nur von ihrer Einwilligung abhängt, kann festgehalten werden, dass die Befugnis zur Datenbearbeitung der betroffenen Person nicht ausschliesslich zugewiesen wird.<sup>257</sup> Es ist vielmehr von einer Interessenabwägung abhängig, ob der Dritte in den Schutzbereich der zugewiesenen Befugnisse der betroffenen Person eingreifen und die Daten ebenfalls nutzen darf. Nur bei einem unzulässigen Eingriff, d. h. bei einer Verletzung, stehen der betroffenen Person die sekundären Rechte der Rechtsfolgenseite zur Verfügung. Damit kann das Datenschutzrecht als abwägungsoffenes Recht bezeichnet werden.<sup>258</sup>

Dieses Ergebnis passt auch zur ursprünglichen Intention des Datenschutzrechts, den Betroffenen Abwehrrechte gegen Bearbeitungen von Personendaten zu gewähren, welche ihre Persönlichkeit beeinträchtigen können.<sup>259</sup> Ausserdem enthält das Datenschutzrecht keine Norm, um Interessenkonflikte im Falle einer Mehrrelationalität<sup>260</sup>, d. h. wenn sich Personendaten auf mehr als eine mindestens bestimmbare Person beziehen, zu lösen, z. B. wenn sich die Betroffenen hinsichtlich einer wirtschaftlichen Nutzung nicht einig sind.<sup>261</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Der Anwendungsbereich des Datenschutzrechts steht und fällt mit dem Vorliegen eines Personendatums, weshalb Personendaten von anderen Rechtsobjekten abgegrenzt werden müssen. Da Personendaten jedoch auf der Bedeutungsebene definiert werden und damit kontextabhängig sind, können sich im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Personen- und Sachdaten ergeben. Es kann für einzelne Daten mithin häufig nicht abschliessend festgelegt werden, ob es sich um Personendaten handelt und damit der Schutzbereich des Datenschutzrechts eröffnet ist. Selbst wenn das Datenschutzrecht Anwendung findet, stellt jedoch nicht jede Bearbeitung von Personendaten einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechte der betroffenen Person dar. Die Handlungsbefugnisse hinsichtlich Personendaten werden zwar grundsätzlich der betroffenen Person umfassend zugewiesen. Es muss jedoch erst durch Abwägung bestimmt werden, ob ein Eingriff in diese Zuweisungssphäre eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt oder ob diese durch überwiegende Interessen oder

---

<sup>257</sup> PEARCE, EDPL 2018, S. 201; vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 87, 219; ZECH, CR 2015, S. 141; ZECH, GRUR 2015, S. 1154; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 66; SPECHT, CR 2016, S. 289; ähnlich SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 242; im Ergebnis ebenso THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 26; HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 17; DORNER, CR 2014, S. 620 f.; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschlusslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 2; a. A. ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 267 f.; vgl. auch BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 15, welcher ein Herrschaftsrecht der Betroffenen i. S. eines umfassenden Verfügungsrechts über die sie betreffenden Daten, das «Bearbeitungs- und Verfügungsrechte von Dritten [...] zumindest einzuschränken imstande ist» anerkennt.

<sup>258</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 87; ZECH, GRUR 2015, S. 1154; ZECH, CR 2015, S. 141; ebenso SPECHT, CR 2016, S. 289; ähnlich BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 4.

<sup>259</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 216; ZECH, CR 2015, S. 141; auch DORNER, CR 2014, S. 624; FAUST, S. 89.

<sup>260</sup> SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 130; SPECHT, CR 2016, S. 295; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 221.

<sup>261</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 202.

Gesetz gerechtfertigt werden kann. Damit präsentiert sich das Datenschutzrecht als abwägungsoffenes Recht, dessen Zuweisungsgehalt eingeschränkt bzw. nicht ausschliesslich ist.<sup>262</sup>

### III. Die Übertragbarkeit der zugewiesenen Rechte

Das zweite Kriterium eigentumsartiger Rechte ist ihre Übertragbarkeit. Um feststellen zu können, ob die durch das Datenschutzrecht den Betroffenen zugewiesenen Befugnisse an Dritte übertragbar sind, muss zunächst untersucht werden, was eine Übertragung ausmacht. Dafür ist zunächst der Begriff der Verfügung darzustellen (1.) und die rechtliche von der faktischen Übertragung abzugrenzen (2.). Danach wird auf die Übertragungsfähigkeit von Persönlichkeitsrechten wie des Datenschutzrechts eingegangen (3.).

#### 1. Der Begriff der Verfügung

Nach der auf VON TUHR zurückgehenden Dogmatik lassen sich Rechtsgeschäfte in Erwerbsgeschäfte und in Geschäfte, welche zu einer Verminderung des Vermögens führen, aufteilen.<sup>263</sup> Bei Letzteren werden Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte unterschieden.<sup>264</sup>

Eine Verfügung bzw. ein Verfügungsgeschäft ist gemäss VON TUHR

«jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis unmittelbar betroffen wird, und zwar namentlich durch Veräusserung, Belastung, Änderung oder Verzicht. Jede Verfügung ist eine Minderung der Aktiva des Vermögens. Objekt der Verfügung kann jedes Recht oder Rechtsverhältnis sein, welches durch den Willen des Berechtigten geändert oder aufgehoben werden kann.»<sup>265</sup>

Die Verfügung mindert den Bestand des von ihr betroffenen Rechts, weshalb «durch jede Verfügung eine spätere Verfügung über denselben Gegenstand entweder ausgeschlossen oder doch in ihrer Wirkung beschränkt»<sup>266</sup> wird.<sup>267</sup> Dementsprechend geht es bei der Verfügung um das rechtliche «Können» des Schuldners.<sup>268</sup> Die Verfügung

<sup>262</sup> PEARCE, EDPL 2018, S. 202; vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 87; ZECH, GRUR 2015, S. 1154; ZECH, CR 2015, S. 141; ebenso SPECHT, CR 2016, S. 289; ähnlich BSK DSG-RAMPINI, Art. 12 N 4; vgl. auch BÜCHLER, AcP 2006, S. 335; im Ergebnis ähnlich KARIKARI, S. 107 f.

<sup>263</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194.

<sup>264</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 22; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 135 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 123 ff.; HUGUENIN, N 62 ff.

<sup>265</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194; ebenso BK OR-MÜLLER, Einl. N 158, 160; SCHWENZER, N 3.33; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 137; HUGUENIN, N 64; zum deutschen Recht BERGER, S. 8.

<sup>266</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 195.

<sup>267</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 195; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 22; BK OR-MÜLLER, Einl. N 158, 160, 162; SCHWENZER, N 3.39; HUGUENIN, N 65; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 177; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 129; GÖTTING, S. 144.

<sup>268</sup> SCHWENZER, N 3.38; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 129.

betrifft die Ebene der rechtlichen Zuweisung, d. h. die rechtliche Zuweisungsordnung kann durch sie abgeändert werden.<sup>269</sup> Die Wirkung der Verfügung ist deshalb *erga omnes*.<sup>270</sup> Teilweise wird in der Lehre auch festgehalten, dass Verfügungen in ihrer Wirkung endgültig, d. h. nicht widerrufbar, sind.<sup>271</sup> Die schuldrechtliche Nutzungsgestattung und die widerrufliche Einwilligung sind folglich nicht zu den Verfügungen zu zählen.<sup>272</sup>

Damit über ein Recht verfügt werden kann, muss sein wirtschaftlicher Wert klar alloziert sein; für die Zuordnung des wirtschaftlichen Wertes ist umgekehrt jedoch nicht konstitutiv, ob eine Verfügung über das Recht möglich ist.<sup>273</sup> Ausschliesslichkeitsrechte können Gegenstand von Verfügungen sein, jedoch ist der Grad der Verfügbarkeit verschieden und auch abhängig davon, auf welchen Schutzgegenstand sich das Ausschliesslichkeitsrecht bezieht.<sup>274</sup> Die Verfügungsmacht des Rechteinhabers wird durch den Grad der Verfügbarkeit definiert.<sup>275</sup> Neben absoluten Rechten können auch relative Rechte Gegenstände von Verfügungen darstellen.<sup>276</sup> Der Begriff des Verfügungsrechts reicht deshalb weit und umfasst nicht nur die übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte.<sup>277</sup>

Der Begriff der Verfügung wird häufig aber auch in untechnischem Sinn verwendet für Fälle, in denen kein Rechtsgeschäft, sondern eine tatsächliche Handlung vorliegt, mit welcher «der äussere Zustand einer Sache geändert wird»<sup>278, 279</sup> Zum Teil wird sogar im Gesetz der Begriff untechnisch verwendet, z. B. bei der sachenrechtlichen Vorschrift über die Zugehör, Art. 644 Abs. 1 ZGB.<sup>280</sup> Bei dieser Vorschrift und den Kommentierungen dazu wird die Verfügung in einem weiteren Sinne verstanden, sodass auch obligatorische Verpflichtungen umfasst werden.<sup>281</sup> Für den Zweck der vorliegenden Untersuchung soll der Begriff Verfügung jedoch stets in seinem technischen Sinne verstanden und gebraucht werden.

Von der Verfügung bzw. den Verfügungsgeschäften zu unterscheiden sind Verpflichtungsgeschäfte. Verpflichtungsgeschäfte bewirken eine Zunahme der Passiven des Schuldners; der Gläubiger erhält dabei kein Recht an einem Vermögensstück des Schuldners, sondern die Forderung begründet eine Rechtsbeziehung zur Person des

<sup>269</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76 f.; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541 f.; SCHWENZER, N 3.31; BERGER, ZGE 2016, S. 184.

<sup>270</sup> VON TUHR/PETER, § 25 IV., S. 197; KAISER/RÜETSCHI, S. 157 f.

<sup>271</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 52.

<sup>272</sup> Vgl. PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541, 568; ähnlich SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 53 ff.

<sup>273</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 61; a. A. METZGER, ACP 2016, S. 832.

<sup>274</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 78; vgl. SCHWENZER, N 3.33.

<sup>275</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 74 f.; vgl. BK OR-MÜLLER, Einl. N 161; ähnlich SCHWENZER, N 3.35.

<sup>276</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76; vgl. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 71; BERGER, S. 8.

<sup>277</sup> BERGER, S. 8.

<sup>278</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194.

<sup>279</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 71.

<sup>280</sup> VON TUHR/PETER, § 25 III., S. 196; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 644/645, N 25; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 71.

<sup>281</sup> VON TUHR/PETER, § 25 III., S. 197.

Schuldners und seinem Vermögen.<sup>282</sup> Der Schuldner verpflichtet sich zu einem Tun oder einem Unterlassen.<sup>283</sup> Durch ein Verpflichtungsgeschäft wird das rechtliche «Können», also die dem Schuldner zustehende Macht über sein Vermögen, nicht verändert.<sup>284</sup> Der Schuldner kann sich mehrmals zu derselben Leistung verpflichten, auch wenn er vertraglich vereinbart hat, dies nicht zu tun.<sup>285</sup> Verpflichtungsgeschäfte haben nur eine Wirkung *inter partes*.<sup>286</sup> Verpflichtungsgeschäfte betreffen also sozusagen das rechtliche «Dürfen»<sup>287</sup> und sind häufig die Vorstufe zu Verfügungen, welche die Erfüllung der Verpflichtung bewirken.<sup>288</sup>

Die Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft ist insbesondere relevant, weil an diese Unterscheidung die Prinzipien der Abstraktion und der Kausalität anknüpfen.<sup>289</sup> Während in der Schweiz grundsätzlich das Kausalitätsprinzip vorherrscht und nur bei der Zession das Abstraktionsprinzip gilt, wird z. B. in Deutschland hauptsächlich das Abstraktionsprinzip angewendet.<sup>290</sup>

Zu beachten ist ausserdem, dass die Verpflichtung zu einer Verfügung nicht dieselben Voraussetzungen aufweist wie die Verfügung selbst.<sup>291</sup> So ist zum Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts häufig nur der formlose Austausch von übereinstimmenden Willenserklärungen notwendig, während ein Verfügungsgeschäft vielfach Formvorschriften unterliegt.<sup>292</sup>

## 2. Übertragbarkeit des Rechts und faktische Übertragbarkeit von Befugnissen

Durch eine Übertragung, also die Verfügung über ein Zuweisungsrecht, wird die Zuständigkeitsordnung abgeändert.<sup>293</sup> Der Übertragende entäussert sich jeder Einwirkungs- und Verbotsbefugnis auf das Zugewiesene.<sup>294</sup> Während die Übertragbarkeit

<sup>282</sup> VON TUHR/PETER, § 25 II., S. 195; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 123; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 53; HUGUENIN, N 63; vgl. COOTER/ULEN, S. 73; BERGER, ZGE 2016, S. 172.

<sup>283</sup> BK OR-MÜLLER, Einl. N 155; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 136; vgl. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 9 ff.; HUGUENIN, N 63.

<sup>284</sup> VON TUHR/PETER, § 25 II., S. 195; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 4; BK OR-MÜLLER, Einl. N 157; HUGUENIN, N 66; ähnlich BERGER, S. 10.

<sup>285</sup> VON TUHR/PETER, § 25 II., S. 195; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 4; BK OR-MÜLLER, Einl. N 157; SCHWENZER, N 3.39; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 129; HUGUENIN, N 66.

<sup>286</sup> KAISER/RÜETSCHI, S. 158; vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 38 f.

<sup>287</sup> SCHWENZER, N 3.38; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 129; HUGUENIN, N 66.

<sup>288</sup> VON TUHR/PETER, § 25 III., S. 195 f.; BK OR-MÜLLER, Einl. N 165; SCHWENZER, N 3.38; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 139; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 128.

<sup>289</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 69 f.

<sup>290</sup> Dazu BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 67 ff.; BK OR-MÜLLER, Einl. N 166 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 130 ff., insbesondere 136; eingehend SPECHT, DGRI 2017, N 17 f.; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 380; SPECHT, JZ 2017, S. 765 f.

<sup>291</sup> VON TUHR/PETER, § 25 III., S. 196.

<sup>292</sup> VON TUHR/PETER, § 25 III., S. 196; vgl. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 644/645, N 3.

<sup>293</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 75; vgl. SCHWENZER, N 3.31.

<sup>294</sup> BERGER, S. 81 ff., «Rechtsverlust durch Rechtsübertragung».

keine Voraussetzung für das Vorliegen eines Ausschliesslichkeitsrechts ist,<sup>295</sup> handelt es sich aber in jedem Fall um ein Ausschliesslichkeitsrecht, wenn seine Übertragbarkeit ausdrücklich im Gesetz angeordnet ist.<sup>296</sup> Das infrage stehende Ausschliesslichkeitsrecht muss jedoch übertragbar sein, damit von einem eigentumsartigen Recht gesprochen werden kann.<sup>297</sup>

Der Begriff der Verfügung umfasst sowohl die translative Übertragung, d. h. die vollständige Übertragung eines Rechts, als auch die konstitutive Übertragung, d. h. die teilweise bzw. beschränkte Übertragung durch andere Verfügungen.<sup>298</sup> Durch das Schaffen eines selbstständigen Rechts bzw. die Abspaltung eines Tochterrechts, wie beispielsweise die Belastung mit ausschliesslichen Nutzungsrechten, wird eine «dingliche» oder «quasidingliche» Rechtsstellung verschafft.<sup>299</sup> Die Wirkung der Verfügung kann auch als «Rechtsverlust durch Rechtsübertragung»<sup>300</sup> beschrieben werden. Hervorzuheben ist, dass nur die translative und die konstitutive Übertragbarkeit des Rechts, die Verfügung, zur Ebene der rechtlichen Zuweisung gehören.<sup>301</sup>

Die faktische Übertragbarkeit, d. h. der Umstand, dass eine andere Person als der Rechteinhaber die zugewiesenen Befugnisse ausüben kann, bzw. die Trennung eines Guts von seinem Inhaber, gehört dagegen in die Ebene der Befugnisse.<sup>302</sup> Die Zuordnung des Rechts an sich ändert sich nicht.<sup>303</sup> Diese Ebene wird durch Verpflichtungsgeschäfte, d. h. durch schuldrechtliche Lösungen, gestaltet<sup>304</sup> und kann als Indiz für das Vorliegen eines ausschliesslichkeitsrechts angesehen werden.<sup>305</sup> Für das Vorliegen eines eigentumsartigen Rechts wird jedoch die rechtliche Übertragbarkeit des (Ausschliesslichkeits-)Rechts gefordert, weshalb die rechtliche Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten sogleich geprüft wird. Die Ebene der Befugnisse und der faktischen Übertragbarkeit wird anschliessend in § 3 untersucht.

### 3. Keine rechtliche Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten

Es stellt sich die Frage, ob das Datenschutzrecht als Persönlichkeitsrecht übertragen werden kann. Die herrschende Lehre tritt für einen starken Schutz von Persönlichkeitsrechten ein und betont deren Abwehr- und Schutzfunktion.<sup>306</sup> Die kommerziel-

<sup>295</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 78, 84, 95.

<sup>296</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 84.

<sup>297</sup> Z.B. THOUVENIN, SJZ 2017, S. 28.

<sup>298</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 570; SCHÄFER/OTT, S. 604; BERGER, ZGE 2016, S. 177; dazu auch KARIKARI, S. 54.

<sup>299</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 570 m. H. auf die deutsche Rechtsprechung; vgl. SCHÄFER/OTT, S. 604; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 144 f.

<sup>300</sup> BERGER, S. 81 ff.

<sup>301</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76 f.; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541 f.

<sup>302</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76 f., 84; SCHÄFER/OTT, S. 604; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 61; vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1154.

<sup>303</sup> SCHÄFER/OTT, S. 604.

<sup>304</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 177.

<sup>305</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 84.

<sup>306</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 7, 35; dazu PEUKERT, Güterzuordnung, S. 610 f.; UNSELD, GRUR

len Aspekte des Persönlichkeitsrechts und seine Übertragbarkeit werden abgelehnt,<sup>307</sup> denn Persönlichkeitsrechte sollen gerade den Rechtsträger als Person schützen und damit niemand anderem zukommen.<sup>308</sup> Es wird jedoch anerkannt, dass es Güter mit Persönlichkeitsbezug gibt, welche eigenständig bestehen, d. h. nicht untrennbar mit dem Rechteinhaber verbunden sind, und auf der schuldrechtlichen Ebene verwertet werden können.<sup>309</sup> Als Beispiel ist etwa das Recht am eigenen Bild zu nennen.<sup>310</sup> Gegen eine Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten spricht überdies auch der Umstand, dass sie den betroffenen Personen nicht ausschliesslich zugewiesen sind; die für eine Übertragbarkeit notwendige klare wirtschaftliche Allokation fehlt also. Teile der Lehre, insbesondere in Deutschland, stellen die Unübertragbarkeit von Persönlichkeitsgütern unter dem Blickwinkel der zunehmenden Kommerzialisierung in letzter Zeit allerdings infrage.<sup>311</sup>

Persönlichkeitsrechte, und damit auch das Datenschutzrecht, sind nach herrschender Auffassung folglich absolute Rechte, die nicht translativ übertragen werden können.<sup>312</sup> Konsistent mit dieser Auffassung ist, dass die Persönlichkeit und somit der Persönlichkeitsschutz mit dem Tod des Betroffenen enden.<sup>313</sup> Angehörige eines Verstorbenen können lediglich gestützt auf ihr eigenes Persönlichkeitsrecht für den Schutz der den Tod überdauernden Persönlichkeitsgüter Sorge tragen, da dies auch die Wahrung des Ansehens naher Verwandter oder Freunde mit umfassen kann.<sup>314</sup>

---

2011, S. 984; DRUEY, S. 101.

- <sup>307</sup> Dazu Inderkum, N 74 f.; siehe auch Peukert, Güterzuordnung, S. 610; Büchler, AcP 2006, S. 349.
- <sup>308</sup> Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 83; Inderkum, N 74; vgl. Büchler, AcP 2006, S. 327; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 292; Götting, S. 142; Pearce, EDPL 2018, S. 194; dazu auch Unsel, Kommerzialisierung, S. 147 f.
- <sup>309</sup> Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 95; Kilian, CRi 2012, S. 171; vgl. Berger, ZGE 2016, S. 177 f.; Büchler, AcP 2006, S. 320 f.; Götting, S. 12 ff.
- <sup>310</sup> BGE 136 III 401, 405, E. 5.2. Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 95; Kilian, CRi 2012, S. 171; dazu ausführlich Götting, S. 12 ff., insbesondere S. 41.
- <sup>311</sup> Dazu z. B. Thouvenin, SJZ 113/2017, S. 26; Specht, JZ 2017, S. 765; Sattler, JZ 2017, S. 1039; Unsel, GRUR 2011, S. 984; Unsel, Kommerzialisierung, S. 151 ff.; Forkel, GRUR 1988, S. 492.
- <sup>312</sup> Kilian, CRi 2012, S. 171; Zech, CR 2015, S. 140 f.; BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 7; Kuko ZGB-Dörr, Art. 28 N 1; Bucher/Aebi-Müller, Rz 245; Furrer/Müller-Chen, Kap. 1 N 70, 72; Specht, JZ 2017, S. 765; Haas, Einwilligung, N 22; Hausheer/Aebi-Müller, Rz 10.23; Specht, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 247, 249, 331; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 282, 286; Langhanke, S. 176 ff.; Pearce, EDPL 2018, S. 194; ebenso OGer ZH vom 26.02.2013, LK100007, E. 5.6; Unsel, Kommerzialisierung, S. 148 f.; im Ergebnis ebenso Thouvenin, SJZ 113/2017, S. 26.
- <sup>313</sup> Art. 1 Abs. 1 ZGB; BGE 104 II 225, 234 f., E. 5 b; BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 35; BSK DSG-Blechta, Art. 3 N 17; Büchler, AcP 2006, S. 340; Hausheer/Aebi-Müller, Rz 03.28 ff.
- <sup>314</sup> BSK ZGB I-Meili, Art. 28 N 35; Inderkum, N 81 f.; Büchler, AcP 2006, S. 340 f.; Hausheer/Aebi-Müller, Rz 12.73 f.; BGE 104 II 225, 236, E. 5 b; BGE 101 II 177, 191, E. 5 a; vgl. BSK DSG-Rampini, Art. 13 N 4.

Dieser Umstand wird auch im Sinne eines beschränkten postmortalen Persönlichkeitssschutzes verstanden.<sup>315</sup> Eine wichtige Folge der Unübertragbarkeit ist, dass Persönlichkeitsrechte nicht entzogen und nicht gegen den Willen des Betroffenen, z. B. im Falle des Privatkonkurses oder der Zwangsvollstreckung, verwertet werden können.<sup>316</sup> Damit können Personendaten (und auch andere Persönlichkeitsgüter) kein Haftungssubstrat darstellen<sup>317</sup> und es kann niemand dazu gezwungen werden, den Persönlichkeitsrechtsschutz aufzugeben.<sup>318</sup>

An Personendaten wie auch an anderen Persönlichkeitsgütern können ausserdem keine Tochterrechte im Sinne einer konstitutiven Übertragung abgespalten, also z. B. ausschliessliche Nutzungsrechte eingeräumt werden.<sup>319</sup> Ausschliessliche Nutzungsrechte berechtigen den Rechteinhaber zur alleinigen Nutzung (eines Teils) des Schutzgegenstands und dazu, über die Nutzung durch Dritte zu entscheiden. Sie haben eine Wirkung *erga omnes*. Durch das Einräumen eines ausschliesslichen Nutzungsrechts wird auch der Einräumende von der Nutzung ausgeschlossen.<sup>320</sup> Das für die translative Übertragbarkeit Gesagte gilt auch hier: Die Nutzungsbefugnis an Personendaten wird den Betroffenen nicht ausschliesslich zugewiesen, sondern die Nutzung der Daten ist auch Dritten unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, nämlich wenn entweder keine Persönlichkeitsrechtsverletzung oder aber ein Rechtfertigungsgrund für eine solche vorliegt. Somit haben die Betroffenen erstens nicht die Verfügungsmacht, um ausschliessliche Nutzungsbefugnisse an den sie betreffenden Daten einzuräumen, d. h. über diese Daten zu verfügen.<sup>321</sup> Ausserdem würde dadurch zweitens die Nutzung der Personendaten durch die Betroffenen selbst untersagt, was einer Entäusserung gleichkäme und gerade der Schutzfunktion der Persönlichkeitsrechte widerspräche.<sup>322</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Der Begriff der Verfügung ist von dem des Verpflichtungsgeschäfts zu trennen. Während Verpflichtungsgeschäfte lediglich die schuldrechtliche Ebene der Befugnisse betreffen, geht es bei der Verfügung um die Ebene der rechtlichen Zuweisung. Verfügungen mindern den Bestand des betreffenden Rechts und haben eine Wirkung *erga omnes*.

<sup>315</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 35.

<sup>316</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 950, vgl. 952; PEUKERT, Güterzuordnung, S. 534 ff., 610; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 75.

<sup>317</sup> Vgl. dazu NEUENSCHWANDER/OESCHGER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz. 11 f.

<sup>318</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, N 950.

<sup>319</sup> SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 331; differenzierend allerdings BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 282 ff.

<sup>320</sup> SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 331. Vgl. für die ausschliessliche Lizenz (Exklusivlizenz) mit Aktivlegitimation des Lizenznehmers MARBACH/DUCREY/WILD, N 929, 941, 1031 f.

<sup>321</sup> So auch SATTLER, JZ 2017, S. 1037 f.; a. A. METZGER, AcP 2016, S. 832, welcher die Einwilligung der betroffenen Person in eine Datenbearbeitung als Verfügung ansieht; ebenfalls a. A. SPECHT, JZ 2017, S. 765; wohl auch JENTZSCH, Dateneigentum, S. 2.

<sup>322</sup> SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 331; vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 765; LANGHANKE, S. 151 ff., 162, 176 ff.

Die Übertragung als ein Fall der Verfügung ändert die rechtliche Zuweisungsordnung ab. Zu unterscheiden ist dabei die translative, d. h. die vollständige Übertragung, und die konstitutive, d. h. die teilweise Übertragung eines Rechts. Die faktische Übertragung gehört dagegen nicht zur Ebene der rechtlichen Zuweisung, sondern auf die Ebene der Befugnisse und wird schuldrechtlich geregelt.

Aufgrund ihrer Ausgestaltung als Persönlichkeitsrecht und der fehlenden ausschliesslichen Zuordnung ihres wirtschaftlichen Wertes sind die aus dem Datenschutzrecht fliessenden Rechte nicht rechtlich übertragbar, weder translativ noch konstitutiv.

#### *IV. Datenschutzrecht als abwägungsoffenes, nicht übertragbares Recht*

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Datenschutzrecht über einen abwägungsoffenen Schutzbereich und deshalb nur über einen eingeschränkten Zuweisungsgehalt verfügt, denn es muss erst durch eine Interessenabwägung bestimmt werden, ob ein Eingriff in den Schutzbereich unzulässig ist. Als Persönlichkeitsrecht ist das Datenschutzrecht ausserdem weder translativ noch konstitutiv übertragbar. Damit erhalten die Betroffenen kein übertragbares Ausschliesslichkeitsrecht, d. h. kein eigentumsartiges Recht an den sie betreffenden Daten.<sup>323</sup> Das Datenschutzrecht kann stattdessen als Übergangsfall zwischen Ausschliesslichkeitsrechten und reinen Abwehrrechten bezeichnet werden, welcher im deutschen Recht als sog. Rahmenrecht bezeichnet wird.<sup>324</sup>

Festzuhalten ist jedenfalls, dass die aus dem Datenschutzrecht fliessenden Rechte nicht entzogen und nicht gegen den Willen der Betroffenen verwertet werden können – dies im Gegensatz zu den eigentumsartigen Rechten, weshalb gerade das Nichtbestehen eines eigentumsartigen Rechts im besten Interesse der Betroffenen zu werten ist.<sup>325</sup>

<sup>323</sup> ZECH, CR 2015, S. 141, 144; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DORNER, CR 2014, S. 626; HERMSTRÜWER, S. 139; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 27; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; SPECHT, CR 2016, S. 289; KILIAN, CRi 2012, S. 171; PAAL, S. 146 f.; DUISBERG, S. 54; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 990; VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 215; RICHTER/HILTY, S. 243; HOEREN/VÖLKEL, S. 20; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; a. A. dagegen SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51, die allenfalls ein «ausgedünntes Eigentumsrecht» anerkennen wollen; PEARCE, S. 205 ff. zu einer möglichen Qualifikation als «quasi-property right»; SCHULZ, S. 292, anerkennt ein unübertragbares Ausschliesslichkeitsrecht; HOEREN, MMR 2013, S. 486, bezeichnet das Datenschutzrecht als «Eigentum».

<sup>324</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 219; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; vgl. THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 9; kritisch HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 182; a. A. AEBI-MÜLLER, N 20, welche die «Natur des Persönlichkeitsrechts als Abwehrrecht» betont.

<sup>325</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; vgl. PEUKERT, Güterzuordnung, S. 610.



### § 3 Faktische Handelbarkeit von Personendaten

Nachdem in § 1 gezeigt wurde, dass eigentumsartige Rechte den Handel mit Gütern ermöglichen und erleichtern, wurde in § 2 festgestellt, dass das Datenschutzrecht den betroffenen Personen gerade keine eigentumsartige Rechtsposition an den sie betreffenden Daten einräumt. Ist der Handel mit Personendaten also nicht möglich?

Für den Handel mit Gütern ist die Übertragbarkeit entscheidend.<sup>326</sup> Wie in § 2, II. 2. beschrieben, gibt es allerdings neben der translativen und der konstitutiven Übertragbarkeit eines Rechts, welche sich auf die dingliche Ebene beziehen, auch die Möglichkeit, Befugnisse an einem Gut faktisch rein auf der schuldrechtlichen Ebene zu übertragen. Güter können faktisch übertragen werden, indem durch das Abschließen von Rechtsgeschäften eine andere Person als der Rechteinhaber befähigt wird, die zugewiesenen Befugnisse auszuüben.<sup>327</sup> Dadurch können Güter gehandelt und verwertet werden.<sup>328</sup>

Ein Handel mit Personendaten wäre deshalb trotz des Fehlens eines eigentumsartigen Rechts an ihnen möglich, wenn sie als Güter qualifiziert werden können und die an Personendaten zugewiesenen Befugnisse faktisch übertragbar sind. Ob diese Merkmale zutreffen, soll im Folgenden zuerst untersucht werden (I. und II.).

Können Personendaten faktisch übertragen werden und ist es deshalb möglich, sie kommerziell zu verwerten, stellt sich die Anschlussfrage, ob das Datenschutzrecht einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt aufweist. Ein wirtschaftlicher Zuweisungsgehalt äussert sich in bereicherungsrechtlichen Ansprüchen der betroffenen Personen im Falle eines Eingriffs in ihre Zuweisungssphäre. Die Frage des wirtschaftlichen Zuweisungsgehalts des Datenschutzrechts wird in einem dritten Teil behandelt (III.).

Sind die aus dem Datenschutzrecht fliessenden Rechte der Betroffenen kommerziell verwertbar und weisen sie einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt auf, könnten diese Rechte bereits nach dem geltenden Recht als Vermögensrechte der Betroffenen qualifiziert werden. Angesichts der zukünftigen (Weiter-)Entwicklungsmöglichkeiten des Datenschutzrechts ist diese Frage von Belang. Deshalb wird sie in einem vierten Teil (IV.) behandelt.

#### I. Personendaten als Güter

Ausgangspunkt der Diskussion über Rechte an Daten ist insbesondere der Umstand, dass Daten heutzutage wie Güter gehandelt werden.<sup>329</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, wie Güter definiert werden und ob Personendaten tatsächlich unter diesen Begriff subsumiert werden können.

Güter können als verselbstständigte Mittel, welche der Bedürfnisbefriedigung dienen, bezeichnet werden. Ein Gut wird somit über die Merkmale der Nützlichkeit (1.)

<sup>326</sup> GRÜTZMACHER, CR 2016, S. 487.

<sup>327</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 76; BERGER, ZGE 2016, S. 175, welcher zudem auf die Möglichkeit der faktischen Weitergabe körperlicher Güter hinweist.

<sup>328</sup> Vgl. SCHÄFER/OTT, S. 72.

<sup>329</sup> Vgl. dazu z. B. GRÜTZMACHER, CR 2016, S. 485; ZECH, GRUR 2015, S. 1151 f.; DORNER, CR 2014, S. 618; ZECH, CR 2015, S. 138 f.; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 58; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 316; ZIMMER, Property Rights, S. 102; SCHNEIDER, S. 113; ESKEN, S. 74; KILIAN, Gegenleistung, S. 195.

sowie seiner vorrechtlich anerkannten Existenz ausserhalb der Person (2.) definiert.<sup>330</sup> Der wirtschaftliche Wert ist dagegen kein Merkmal für das Vorliegen eines Gutes (3.).

### 1. Nützlichkeit

Die Nützlichkeit ist die wesentliche Eigenschaft von Gütern. Nützlich ist jedes Mittel zur Befriedigung von Interessen.<sup>331</sup> Dementsprechend geht es aus ökonomischer Sicht bei Gütern nicht darum, wie ein vorrechtlicher Gegenstand<sup>332</sup> definiert werden kann, sondern es kommt darauf an, wie Güter genutzt werden können, also auf welche Arten sie zur Bedürfnisbefriedigung eingesetzt werden können.<sup>333</sup>

Die Nützlichkeit von Daten wird meist an ihrer semantischen Ebene gemessen. Die Aussagen, die sich aus Daten ergeben, haben damit Güterfunktion.<sup>334</sup> Ihre Nützlichkeit ergibt sich aus den Möglichkeiten, «die Aussage zu beachten, zu befolgen, zu verbreiten oder einfach nur zur Kenntnis zu nehmen (also in der Befriedigung eigener Neugier).»<sup>335</sup> Aussagen über Personen, wie sie sich aus Personendaten ergeben, sind also nützlich.

Bei Gütern wie Personendaten, bei denen auf die semantische Ebene abgestellt wird, gibt es die Qualität der Richtigkeit bzw. der Wahrheit. Diese wird häufig nach der Zuverlässigkeit des Anbieters beurteilt und ist vor allem in vertragsrechtlichen Angelegenheiten von Bedeutung.<sup>336</sup>

### 2. Existenz ausserhalb der Person

Ein Gut muss neben seiner Nützlichkeit eine Abgrenzbarkeit von der übrigen Wirklichkeit aufweisen. Güter können sowohl körperliche als auch unkörperliche Erscheinungen sein. Bei unkörperlichen Gütern stellt sich jedoch die Frage, in welchem Verhältnis sie zu ihrem Rechteinhaber und anderen Subjekten stehen. Güter können nicht identisch mit den Subjekten sein, welche mit ihnen wirtschaften, weshalb sie sich von der Person, dem Rechteinhaber, abtrennen lassen müssen. Dieses Erfordernis bereitet gerade bei Persönlichkeitsgütern Schwierigkeiten, weshalb sie teilweise nicht als echte Güter anerkannt werden.<sup>337</sup>

Während die frühere herrschende Lehre Persönlichkeitsgütern einen ausschliesslich ideellen Wert zumass,<sup>338</sup> wird heute generell anerkannt, dass es Güter mit Persönlichkeitsbezug gibt, welche eigenständig bestehen, d. h. nicht untrennbar mit dem

<sup>330</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 46; ZECH, AcP 2019, S. 495, Fn. 14.

<sup>331</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 47.

<sup>332</sup> Dazu ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 92 ff.

<sup>333</sup> ZECH, AcP 2019, S. 495; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 47.

<sup>334</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 56.

<sup>335</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 56.

<sup>336</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 51.

<sup>337</sup> Zum Ganzen ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 47 f., m. w. N.; vgl. auch PEUKERT, Güterzuordnung, S. 38 ff.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 209; PEARCE, EDPL 2018, S. 194.

<sup>338</sup> Dazu ausführlich INDERKUM, N 52 ff. m. w. N.

Rechteinhaber verbunden sind, und auf der schuldrechtlichen Ebene verwertet werden können.<sup>339</sup> Es wird deshalb zwischen nicht abtrennbaren und abtrennbaren Persönlichkeitsgütern unterschieden.<sup>340</sup> Als Beispiele für abtrennbare Persönlichkeitsgüter sind das Abbild einer Person, ihre Stimme oder ihr Name zu nennen, die auch vom Bundesgericht als Gegenstand vertraglicher Verpflichtungen anerkannt wurden.<sup>341</sup> Beispiele für nicht abtrennbare Persönlichkeitsgüter sind die körperliche Integrität und das Leben.

Sind also Personendaten von der betroffenen Person abtrennbar? Entscheidend für die faktische Abtrennbarkeit ist, dass Personendaten jedenfalls auch ohne die fortwährende Mitwirkung der Person, auf welche sie sich beziehen, verarbeitet werden können.<sup>342</sup> Gerade bei der Kommerzialisierung von Personendaten lässt sich eine faktische Abtrennbarkeit von der betreffenden Person deshalb eher bejahen, wenn auch «das semantische Band»<sup>343</sup> zum Rechteinhaber nicht durchtrennt werden kann.<sup>344</sup>

### 3. Wirtschaftlicher Wert

Das Vorliegen eines Gutes hängt im Übrigen nicht davon ab, ob dem Objekt ein wirtschaftlicher Wert zukommt.<sup>345</sup> Der wirtschaftliche Wert lässt aber umgekehrt Schlussfolgerungen über die Knappheit eines Gutes zu und kann als Indiz für den Gütercharakter gewertet werden. Dass einem Objekt ein gewisser Wert beigemessen wird zeigt, dass dieses Objekt zur Befriedigung von Bedürfnissen eingesetzt werden kann. Damit steht die Nützlichkeit des Objekts fest.<sup>346</sup>

Personendaten bzw. dem Recht, Personendaten zu bearbeiten, kann durchaus ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden, so wie auch wirtschaftliche Aspekte anderer Persönlichkeitsrechtsgüter anerkannt werden.<sup>347</sup> Dies unterstützt die Feststellung, dass Personendaten nützlich sind.

<sup>339</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 95; KILIAN, CRi 2012, S. 171; METZGER, AcP 2016, S. 843 f.; INDERKUM, N 54; dazu PEUKERT, Güterzuordnung, S. 189 ff.; vgl. BÜCHLER, AcP 2006, S. 322 f.; GÖTTING, S. 271; PEARCE, EDPL 2018, S. 202.

<sup>340</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 48; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 251.

<sup>341</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 95; KILIAN, CRi 2012, S. 171; BGE 136 III 401, 405, E. 5.2.

<sup>342</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 209 f.

<sup>343</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 48; ähnlich auch BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 210, m. w. H.

<sup>344</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 48, ähnlich S. 52 und 58, dazu auch S. 218; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 210; SATTLER, Personenbezug, S. 52; WANDTKE, MMR 2017, S. 7 f.; a. A. z.B. LANGHANKE, S. 160; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 41, 150, 183. Eine Ausnahme bildet die Anonymisierung, bei welcher der Personenbezug eines Datums entfernt wird, dazu WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 9 ff.

<sup>345</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 49, 95; a. A. WEBER/SOMMERHALDER, S. 5, Fussnote 23.

<sup>346</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 49, 52; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 196.

<sup>347</sup> Z. B. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 77; BISGES, MMR 2017, S. 301; WANDTKE, MMR 2017, S. 7 f.; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 250.

#### 4. Zwischenergebnis

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass Personendaten als Güter qualifiziert werden können.<sup>348</sup> Sie erfüllen alle Merkmale von Gütern, wozu die Nützlichkeit und die Abtrennbarkeit von der Person des Rechteinhabers zählen. Ein besonderer wirtschaftlicher Wert ist hingegen keine Voraussetzung dafür, dass man von einem Gut sprechen kann. Dass Personendaten einen wirtschaftlichen Wert aufweisen, kann aber als Indiz für ihren Gütercharakter gewertet werden.

#### II. Faktische Übertragbarkeit von Personendaten

Neben ihrer Abtrennbarkeit von der Person und ihrer Nützlichkeit ist ein weiteres Merkmal von Gütern, dass sie übertragen werden können. Die Übertragbarkeit führt dazu, dass Güter gehandelt werden können und Märkte für Güter entstehen.<sup>349</sup> Für die Handelbarkeit und das Entstehen von Märkten ist allerdings nicht unbedingt eine rechtliche Übertragbarkeit, also eine translativ oder konstitutive Übertragbarkeit, notwendig.<sup>350</sup> Es reicht aus, wenn Güter faktisch übertragen werden können.<sup>351</sup>

Faktische Übertragbarkeit bedeutet, dass eine andere Person als der Rechteinhaber die zugewiesenen Befugnisse ausüben kann.<sup>352</sup> Dies erfolgt durch schuldrechtliche Lösungen, d. h. durch Vertrag.<sup>353</sup> Zwischen den Vertragsparteien können somit die Handlungsbefugnisse an Gütern vertraglich zugewiesen werden.<sup>354</sup> Im Gegensatz zur rechtlichen Übertragbarkeit, wie sie eigentumsartige Rechte gestatten, werden die betreffenden Güter allerdings nicht gegenüber jedermann zugeordnet, sondern die Zuordnung wirkt nur *inter partes*.<sup>355</sup>

Das Datenschutzrecht weist den betroffenen Personen gemäss Art. 13 Abs. 1 und 3 lit. e DSGVO das Recht zur Datenbearbeitung, d. h. das Recht zur Nutzung und zur Weiterverbreitung, zu. Die Einwilligung der betroffenen Personen in eine eigentlich widerrechtliche Datenbearbeitung macht diese jedoch zulässig: Die betroffenen Personen können damit Dritten gestatten, sie betreffende Daten zu bearbeiten. Auch das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 Abs. 1 DSGVO könnte sich nach Erteilen einer dementsprechenden Einwilligung der betroffenen Person prinzipiell durch Dritte ausüben lassen.

Der Einwilligungsempfänger wird auf diese Weise in die Lage versetzt, die der betroffenen Person zugewiesenen Rechte ausüben zu können. Damit lassen sich die Rechte der Betroffenen faktisch übertragen. Relative Rechte übernehmen hier also

<sup>348</sup> KILIAN, *Gegenleistung*, S. 196; ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, S. 54, 216; vgl. WEICHERT, *NJW* 2001, S. 1464 f.; SCHULZ, S. 293; BERGER, *ZGE* 2016, S. 180.

<sup>349</sup> ZECH, *AcP* 2019, S. 496.

<sup>350</sup> BERGER, *ZGE* 2016, S. 176 f.; ZECH, *AcP* 2019, S. 496, Fn. 17.

<sup>351</sup> BERGER, *ZGE* 2016, S. 176.

<sup>352</sup> ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, S. 76 f., 84; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 61; ZECH, *GRUR* 2015, S. 1154; ähnlich PAAL, S. 147; BERGER, *ZGE* 2016, S. 175.

<sup>353</sup> ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, S. 76; PEUKERT, *Güterzuordnung*, S. 541; vgl. FAUST, S. 89.

<sup>354</sup> ZECH, *CR* 2015, S. 140; BERGER, *ZGE* 2016, S. 177.

<sup>355</sup> ZECH, *CR* 2015, S. 140; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 60; RICHTER/HILTY, S. 243; vgl. BERGER, *ZGE* 2016, S. 177.

eine Ersatzfunktion, da die ausschliesslichkeitsrechtliche Zuordnung und die rechtliche Übertragbarkeit fehlen.<sup>356</sup>

### III. Wirtschaftlicher Zuweisungsgehalt des Datenschutzrechts

Wenn untersucht wird, ob natürliche Personen sie betreffende Daten tatsächlich wirtschaftlich verwerten können, stellt sich die Frage, ob ihnen auch rechtlich die wirtschaftliche Verwertung zugewiesen ist. Der Zuweisungsgehalt eines Rechts äussert sich zum einen in Abwehrensprüchen, d. h. in Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen.<sup>357</sup> Zum anderen gewährt der Zuweisungsgehalt dem Rechteinhaber auch sekundäre Ausgleichs- und Ersatzansprüche, wenn in die Zuweisungssphäre des Rechteinhabers eingegriffen wird.<sup>358</sup> Dies können Ansprüche aus Bereicherungsrecht, Deliktsrecht oder der Geschäftsführung ohne Auftrag sein.<sup>359</sup> Wird ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gewährt, spricht dies für die weitergehende Zuweisung der wirtschaftlichen Verwertung an den Rechteinhaber.<sup>360</sup>

Deshalb werden im Folgenden zunächst die Rechtsfolgen einer Verletzung der Zuweisungssphäre des Datenschutzrechts erläutert, um im Anschluss zu prüfen, ob das Datenschutzrecht den Betroffenen den wirtschaftlichen Gehalt von Personendaten zuweist.

#### 1. Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Zuweisungssphäre

Zuerst ist zu untersuchen, welche Rechtsfolgen bei einem widerrechtlichen Eingriff in die Zuweisungssphäre der betroffenen Person ausgelöst werden. Durch eine widerrechtliche Datenbearbeitung wird die Zuweisungssphäre der betroffenen Person verletzt. Die Rechtsfolgen einer widerrechtlichen Datenbearbeitung durch Private richten sich nach Art. 15 DSGVO.

In Art. 15 Abs. 1 DSGVO wird auf die Klagen zum Schutz der Persönlichkeit der Art. 28, 28a und 28l ZGB verwiesen. Art. 28l ZGB bezieht sich auf das Recht auf Gegendarstellung und ist vorliegend deshalb nicht von Interesse. Gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB kann eine betroffene Person, welche in ihrer Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.<sup>361</sup> Art. 28a Abs. 1 ZGB enthält sodann Beseitigungs-, Feststellungs- und Unterlassungsansprüche.<sup>362</sup> Deliktsrechtliche Ansprüche und Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben sich gestützt auf Art. 28a Abs. 3 ZGB, wonach

<sup>356</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 64; ähnlich ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; BERGER, ZGE 2016, S. 175 f.; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 200.

<sup>357</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 74.

<sup>358</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 68, 71; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 173.

<sup>359</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 71.

<sup>360</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 72, m. w. N. für das deutsche Recht; vgl. HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 181; SCHÄFER/OTT, S. 71.

<sup>361</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL, Art. 15 N 6; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 14.07. Gemäss SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 15 N 7, ist Art. 28 Abs. 2 ZGB nicht anwendbar, da Art. 12 f. DSGVO als *lex specialis* vorgeht.

<sup>362</sup> Dazu BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 15 N 7 ff.; INDERKUM, N 134 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 14.13 ff.

Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorbehalten sind.<sup>363</sup> Schadenersatzansprüche stützen sich auf Art. 41 Abs. 1 OR und Genugtuungsansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzung werden durch Art. 49 Abs. 1 und 2 OR geregelt.<sup>364</sup> Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist in den Art. 419 ff. OR geregelt, für die bei einem widerrechtlichen Eingriff in die Zuweisungssphäre anwendbare angemasste Eigengeschäftsführung ist Art. 423 OR einschlägig.<sup>365</sup> Zusätzlich zu diesen Ansprüchen ist ein Anspruch aus Bereicherungsrecht gemäss Art. 62 OR zu prüfen, da die bereicherungsrechtlichen Bestimmungen im Privatrecht immer angewendet werden können, solange ihre Anwendung nicht durch eine Norm ausdrücklich ausgeschlossen wird.<sup>366</sup> Von näherem Interesse hinsichtlich einer allfälligen Zuordnung des wirtschaftlichen Werts sind vorliegend der Anspruch auf Gewinnherausgabe aus der angemassen Fremdgeschäftsführung gemäss Art. 423 OR sowie der Anspruch aus Bereicherungsrecht gemäss Art. 62 OR, welche folgendermassen dargestellt werden.

Gemäss Art. 423 Abs. 1 OR ist der Geschäftsherr berechtigt, sich die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile anzueignen, wenn die Geschäftsführung nicht in seinem Interesse unternommen wurde.<sup>367</sup> Voraussetzungen für die Gewinnherausgabe sind, neben dem Vorliegen einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung, das Erzielen eines Gewinns durch den Geschäftsführer sowie ein Kausalzusammenhang zwischen dem erzielten Gewinn und der Verletzung der Persönlichkeit.<sup>368</sup> Es ist unbeachtlich, «ob der Geschäftsherr den realisierten Gewinn selbst – in welcher Höhe auch immer – verdient hätte»<sup>369</sup>. Der Gewinnherausgabeanspruch (Abschöpfung) kann kumulativ zu einem Schadenersatzanspruch (Ersatz) geltend gemacht werden.<sup>370</sup>

Es ist umstritten, ob ein Verschulden, d. h. Bösgläubigkeit des Geschäftsführers, vorausgesetzt wird: So wenden Teile der Lehre Art. 423 OR unabhängig davon an, ob der Geschäftsführer sich das fremde Geschäft fahrlässig oder vorsätzlich angemasst hat, oder ob er die Fremdheit des Geschäfts nicht kennen musste und damit gutgläubig war.<sup>371</sup> Andere Stimmen in der Lehre und wohl auch die neuere Recht-

<sup>363</sup> Dazu BSK *DSG-RAMPINI*, Art. 15 N 20 ff.; *INDERKUM*, N 141 ff.; *HAUSHEER/AEBI-MÜLLER*, Rz 14.43 ff.

<sup>364</sup> Vgl. *HK DSG-ROSENTHAL*, Art. 15 N 14, 38 ff.

<sup>365</sup> *HAUSHEER/AEBI-MÜLLER*, Rz 14.69.

<sup>366</sup> *BSK OR I-SCHULIN/VOGT*, Art. 62 N 2; vgl. *INDERKUM*, N 401; *BÜCHLER*, *AcP* 2006, S. 335; *WEBER*, *medialex* 2000, S. 79; dazu für das deutsche Recht *SPECHT*, *DGRI* 2017, N 53.

<sup>367</sup> Dazu *INDERKUM*, N 400 ff.; *HAUSHEER/AEBI-MÜLLER*, Rz 14.70; *WEBER*, *medialex* 2000, S. 84.

<sup>368</sup> *BGE* 133 III 153, 161, E. 3.3; *SHK DSG-WERMELINGER*, Art. 15 N 20; *INDERKUM*, N 405 ff.; *HAUSHEER/AEBI-MÜLLER*, Rz 14.71.

<sup>369</sup> *BSK OR I-OSER/WEBER*, Art. 423 N 14; dazu *HK DSG-ROSENTHAL*, Art. 15 N 56; *BGE* 133 III 153, 159 E. 2.4; *HAUSHEER/AEBI-MÜLLER*, Rz 14.72; *HUGUENIN*, N 2173.

<sup>370</sup> *BSK ZGB I-MEILI*, Art. 28a N 18; *HK DSG-ROSENTHAL*, Art. 15 N 53; *BGE* 133 III 153, 160.

<sup>371</sup> *BSK ZGB I-MEILI*, Art. 28a N 18; *SHK DSG-WERMELINGER*, Art. 15 N 20; *INDERKUM*, N 424 ff.; *BSK OR I-OSER/WEBER*, Art. 423 N 11; *HAUSHEER/AEBI-MÜLLER*, Rz 14.72; implizit auch *BGE* 133 III 153, 157, E. 2.4. und 161 f., E. 3.3.

sprechung wenden Art. 423 OR dagegen nur auf den bösgläubigen Fremdgeschäftsführer an und wickeln die gutgläubige Fremdgeschäftsführung allein über die Eingriffskondition nach Art. 62 Abs. 1 OR ab.<sup>372</sup>

Zunächst ermöglicht Art. 62 Abs. 1 OR das Herausverlangen der objektiven Bereicherung. Die Bereicherung wird als Vermögensvermehrung, welche die Differenz zwischen dem Vermögensstand vor und nach dem bereichernden Ereignis darstellt, definiert und entspricht dem Gewinn gemäss Art. 423 Abs. 1 OR, welcher als «Nettogewinn, d. h. der Bruttogewinn der Geschäftsanmasserin zuzüglich Zinsen und abzüglich Aufwendungen»<sup>373</sup> definiert wird.<sup>374</sup> Dies kann z. B. den Betrag, der für eine Einwilligung hätte bezahlt werden müssen (Ersparnisbereicherung), oder einen erzielten Mehrgewinn darstellen.<sup>375</sup> Allerdings kann der Betroffene nur den Gewinn im Sinne eines Nettogewinns abschöpfen, nicht jedoch «einen aleatorisch ermittelten Umsatzanteil»<sup>376</sup>. Eine analoge Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR erlaubt dem Gericht, sowohl bei der Anwendung des Art. 423 Abs. 1 OR als auch des Art. 62 Abs. 1 OR, eine nicht ziffernmässig nachweisbare Bereicherung nach Ermessen und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu schätzen.<sup>377</sup> Der mit der widerrechtlichen Datenbearbeitung erzielte Vorteil kann demnach nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 OR herausverlangt werden, welche in Anspruchskonkurrenz zur angemassen (böswilligen) Fremdgeschäftsführung gemäss Art. 423 OR stehen.<sup>378</sup> Die objektiven Voraussetzungen, welche für eine Herausgabe der Bereicherung bei der Eingriffskondition erfüllt sein müssen, sind weitgehend deckungsgleich mit denen der Geschäftsanmassung.<sup>379</sup> Schliesslich muss bei beiden Varianten der unbefugte Fremdgeschäftsführer nur insoweit Rückerstattung leisten, als er zum Zeitpunkt der Rückforderung bereichert ist (Art. 423 Abs. 2 bzw. Art. 64 OR).

<sup>372</sup> HK DSG-ROSENTHAL, Art. 15 N 55; SCHWENZER, N 59.17; BGE 129 III 422, 425, E. 4; HUGUENIN, N 2163; vgl. auch MARBACH/DUCREY/WILD, N 1018 ff.

<sup>373</sup> HUGUENIN, N 2179, 2182.

<sup>374</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 5; INDERKUM, N 443; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 15 N 59; BGE 133 III 153, 165, E. 3.5; BGE 133 V 205, 212 f., E. 4.7; BGE 129 III 646, 652, E. 4.2; BGE 129 III 422, 425, E. 4 («[...] auszugleichen ist vielmehr in jedem Fall die Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten [...] eines andern erlangt hat»). A. A. SCHWENZER, N 59.15 ff., und HUGUENIN, N 2203 ff., welche einen wertmässigen Unterschied zwischen der Bereicherung nach Eingriffskondition und dem herauszugebenden Gewinn sehen, da bei der Eingriffskondition der erwirtschaftete Gewinn nicht umfasst sei.

<sup>375</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 19; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 21; a. A. BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 19; INDERKUM, N 418.

<sup>376</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 19; INDERKUM, N 434; z. B. BGE 133 III 153, 165; Urteile des BGer 4A.474/2012, 4A.478/2012 und 4A.584/2012 vom 08.02.2013; a. A. WEBER, *medialex* 2000, S. 86 f.

<sup>377</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 19; BSK DSG-RAMPINI, Art. 15 N 26; INDERKUM, N 416; HK DSG-ROSENTHAL, Art. 15 N 59; AEBI-MÜLLER, N 325; BGE 133 III 153, 164, E. 3.5; BGE 143 III 297, 322, E. 8.2.5.2.

<sup>378</sup> SHK DSG-WERMELINGER, Art. 15 N 21; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28a N 19; INDERKUM, N 400 ff., 437 ff.; a. A. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 11; SCHWENZER, N 59.17 f., m. H. auf BGE 129 III 422, 425; zur Anspruchskonkurrenz z. B. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 40.

<sup>379</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 19, und Art. 423 N 10.

## 2. Wirtschaftliche Zuweisung

Nachdem die Rechtsfolgen eines widerrechtlichen Eingriffs in die Zuweisungssphäre der betroffenen Person dargestellt wurden, kann der wirtschaftliche Zuweisungsgehalt des Datenschutzrechts erörtert werden.

Die gemäss Art. 28 ZGB geschützte Persönlichkeit wird als einheitliches Rechtsgut verstanden, welches jedoch aus zahlreichen Teilaspekten besteht.<sup>380</sup> Dazu gehören neben den physischen und den psychischen Schutzbereichen auch soziale Schutzbereiche wie beispielsweise das Recht auf den eigenen Namen, das Recht am eigenen Bild, das Recht an der eigenen Stimme, das Recht auf Ehre und, im vorliegenden Kontext von besonderer Wichtigkeit, auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>381</sup> Das Datenschutzgesetz konkretisiert das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den Persönlichkeitsschutz.<sup>382</sup> Daher ist der Sinn und Zweck des Datenschutzrechts nicht, die Daten als solche (oder ihrem Wert) zu schützen, sondern die Persönlichkeit und die Grundrechte der betroffenen Person vor widerrechtlichen Eingriffen zu bewahren,<sup>383</sup> was auch im Wortlaut des Art. 1 DSG ausdrücklich festgehalten ist. Interessant ist, dass das Bundesgericht in diesem Sinne eine «Herrschaft» des Einzelnen «über seine personenbezogenen Daten» erwähnt.<sup>384</sup> Dabei ist aber aus dem Kontext nicht zu entnehmen, dass mit dieser Äusserung ein weitgehender Schutz als der Persönlichkeitsschutz anerkannt werden soll.

Der Schutz der Persönlichkeit betrifft vor allem den privaten Bereich, d. h. den Informationsaustausch zwischen Privaten, während sich der Grundrechtsschutz vorrangig auf den Missbrauch der Daten durch staatliche Behörden bezieht.<sup>385</sup> Anders formuliert geht es also nicht um einen Schutz der Daten, sondern um einen Schutz der Personen vor Gefahren durch sie betreffende Daten.<sup>386</sup> Damit ist das Daten-

<sup>380</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 17; KUKO ZGB-DÜRR, Art. 28 N 4; INDERKUM, N 9, 16.

<sup>381</sup> BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 17; KUKO ZGB-DÜRR, Art. 28 N 5 ff.; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 5; INDERKUM, N 24 ff. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird als ein ungeschriebenes Grundrecht anerkannt, welches auf dem grundrechtlichen Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 2 BV) beruht, dazu BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 18 f.; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 48 f.; BGE 128 II 259, 268; BGE 138 II 346, 359 f.; vgl. BGE 140 I 2, 22, E. 9.1, wonach jede Person selbst bestimmen können soll, ob und zu welchem Zweck Informationen über sie gespeichert und bearbeitet werden.

<sup>382</sup> BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 3; SIGRIST, S. 19; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 26; INDERKUM, N 65; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 47; BGE 138 II 346, 358 f., E. 8; BGE 136 II 508, 523, E. 6.3.2; für das deutsche Recht z. B. KILIAN, CRi 2012, S. 172; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 53; vgl. HERMSTRÜWER, S. 31 ff.

<sup>383</sup> HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 5; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 53; KILIAN, CRi 2012, S. 172; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 12; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 47; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 36; zum Ganzen auch Botschaft DSG 1988, 418 ff.; vgl. KARIKARI, S. 99.

<sup>384</sup> BGE 138 II 346, 359 f., E. 8.2.

<sup>385</sup> BSK DSG-MAURER/LAMBROU, DSG 1 N 6; vgl. Art. 13 Abs. 2 BV; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 198; zur Digitalisierung in der öffentlichen Verwaltung RUDIN, digma 2/2018, S. 66 f.

<sup>386</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 66; SHK DSG-FEY, Art. 1 N 2; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 1 N 3; BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N

schutzrecht klassischerweise kein Zuweisungsrecht, sondern ein Verbots- bzw. Abwehrrecht<sup>387</sup> und soll eigentlich keine Allokation von Werten vornehmen.<sup>388</sup> Deshalb weist das Datenschutzrecht auch nicht jede Angabe über eine Person dieser ausschliesslich zu, sondern erfasst nur bestimmte Arten der Datenbearbeitung, welche nach einer Interessenabwägung als zu starke Beeinträchtigung ihrer Persönlichkeit erscheinen, worauf bereits in § 2 eingegangen wurde.<sup>389</sup>

Die Rechtsfolgen einer widerrechtlichen Datenbearbeitung geben allerdings einen Hinweis auf den wirklichen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt eines Rechts.<sup>390</sup> Gemäss Art. 15 Abs. 1 DSGVO i. V. m. Art. 28a Abs. 3 ZGB hat die betroffene Person im Falle einer widerrechtlichen Datenbearbeitung einen Anspruch darauf, den dadurch entstandenen Gewinn abzuschöpfen. Der Anspruch auf Gewinnherausgabe stützt sich sowohl nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag als auch nach den Regeln der Eingriffskondition auf die herrschende Zuweisungstheorie.<sup>391</sup> Danach wird nicht darauf abgestellt, ob der Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen rechtswidrig war, sondern auf den dadurch geschaffenen Zustand.<sup>392</sup> Deshalb muss der Eingreifende alles herausgeben, was er durch die unbefugte Inanspruchnahme von einem anderen durch das Recht ausschliesslich Zugewiesenem erlangt hat.<sup>393</sup> Auch eine unberechtigte Nutzung von Persönlichkeitsrechten, und somit auch eine widerrechtliche Personendatenbearbeitung, wird als Störung der Nutzungsbefugnis und damit als ein Eingriff in fremdes Vermögen betrachtet.<sup>394</sup> So spricht das Bundesgericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von der unbefugten «Verwertung vermögenswerter aus dem Persönlichkeitsrecht fliessender Nutzungsrechte».<sup>395</sup>

Die mit einer unbefugten Datenbearbeitung verbundenen bereicherungsrechtlichen Rechtsfolgen zeigen dementsprechend, dass das Datenschutzrecht einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt aufweist, auch wenn es nicht primär zu diesem Zweck

---

15; VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes, S. 4.

<sup>387</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; vgl. auch DORNER, CR 2014, S. 624; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 26; ähnlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041.

<sup>388</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 60; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 66.

<sup>389</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 66; ZECH, CR 2015, S. 141.

<sup>390</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 72.

<sup>391</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 19; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 2 und 10, m. w. H; in diesem Sinne auch BGE 133 III 153, 157 ff. E. 2.4; HUGUENIN, N 2167; SCHWENZER, N 57.02; a. A. noch Inderkum, N 408 f.

<sup>392</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 19.

<sup>393</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 19; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 6; HUGUENIN, N 2167 f.; SCHWENZER, N 57.02.

<sup>394</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 20 f.; vgl. auch BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 3; Inderkum, N 409; ähnlich auch WEBER/SOMMERHALDER, S. 160. Interessanterweise ist Art. 28a Abs. 3 ZGB fast wortgleich mit Art. 62 Abs. 2 URG. Eine Vermögensverschiebung ist übrigens keine Voraussetzung der Eingriffskondition, seit BGE 129 III 422, 425, E. 4 auch allgemein keine Voraussetzung für bereicherungsrechtliche Ansprüche mehr, vgl. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 8 und 23; bestätigt in z. B. Urteil des BGer 4C.338/2006, E. 3.1, vom 27.11.2006.

<sup>395</sup> BGE 133 III 153, 158 E. 2.4.

geschaffen wurde. Aufgrund der Ausgestaltung des Datenschutzrechts als abwägungsoffenes Recht gilt dies jedoch nur, soweit der Zuweisungsbereich der betroffenen Personen überhaupt verletzt wurde. Auch die Möglichkeit der schuldrechtlichen Verwertung spricht dafür, dem Datenschutzrecht einen entsprechenden wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt zuzubilligen.<sup>396</sup>

#### IV. *Qualifikation von Datenschutz als Vermögensrecht*

Auch wenn die Untersuchung in § 2 ergeben hat, dass keine übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte an Personendaten bestehen und den betroffenen Personen deshalb keine eigentumsartige Rechtsposition eingeräumt wird, können Personendaten bzw. die aus dem Datenschutz fließenden Rechte der Betroffenen wirtschaftlich verwertet werden, indem vertraglich in eine Datenbearbeitung eingewilligt und dafür eine Gegenleistung verlangt wird. Dementsprechend konnte gezeigt werden, dass die den betroffenen Personen zugewiesenen Rechte auch den der Zuweisung entsprechenden wirtschaftlichen Gehalt umfassen. Aus diesen Untersuchungsergebnissen können Erkenntnisse hinsichtlich einer parallelen Frage<sup>397</sup> gewonnen werden, nämlich der möglichen Qualifikation des Datenschutzrechts als Vermögensrecht.

Der Begriff des Vermögensrechts ist zunächst vom Begriff des Ausschliesslichkeitsrechts zu unterscheiden. Vermögensrechte sind alle Rechte, die wirtschaftlich verwertbar, d. h. geldwert und Gegenstand des Rechtsverkehrs sind. Rechte, die nicht wirtschaftlich verwertbar sind, gehören demnach nicht zum Vermögen.<sup>398</sup> Vermögensrechte umfassen deshalb einerseits nicht sämtliche Ausschliesslichkeitsrechte, da sie einen Vermögenswert voraussetzen, andererseits sind sie nicht auf absolut wirkende Rechte beschränkt, denn auch relative Rechte können Teil des Vermögens sein.<sup>399</sup> Die Qualifikation als Vermögensrecht bedeutet aber noch nicht, dass die Rechte übertragbar sind und auch als Haftungssubstrat herangezogen werden können.<sup>400</sup> Diese dogmatischen Feinheiten müssen sauber auseinandergehalten werden.<sup>401</sup>

Da die durch das Datenschutzrecht garantierten Rechte wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt aufweisen sowie faktisch übertragbar und damit wirtschaftlich verwert-

---

<sup>396</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155.

<sup>397</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 77.

<sup>398</sup> Dazu ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 77 f., mit Herleitung dieser Ansicht; vgl. GÖTTING, S. 8; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 208 ff.; WANDTKE, MMR 2017, S. 8; a. A. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 281 ff., m. w. N.

<sup>399</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 65, 78; BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor Art. 641 ff. N 35.

<sup>400</sup> Vgl. GÖTTING, S. 8 f.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 212; a. A. AEBI-MÜLLER, N 25.

<sup>401</sup> Dazu GÖTTING, S. 8 f.

bar sind, können sie als Vermögensrechte der betroffenen Personen qualifiziert werden.<sup>402</sup> Während ein Teil der Lehre ebenfalls diese Ansicht vertritt,<sup>403</sup> gibt es dagegen auch Stimmen, welche dem Datenschutzrecht oder sogar Persönlichkeitsrechten generell noch immer die vermögensrechtliche Natur absprechen wollen.<sup>404</sup>

In der Schweizer Rechtsprechung finden sich nur wenige Hinweise zur Qualifikation von Persönlichkeitsrechten als Vermögensrechte. Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern hielt in einem Entscheid aus dem Jahr 2006 ohne nähere Begründung fest, die Persönlichkeitsrechte gehörten nicht zu den Vermögensrechten und die von ihnen geschützten Rechtsgüter würden nicht in Geld ausgedrückt.<sup>405</sup> In einem älteren Entscheid des Bundesgerichts von 1975 wurde unterschieden, dass Persönlichkeitsrechte nicht mit dem Tod auf die Angehörigen des Verstorbenen übergehen, wohingegen Vermögensrechte übertragbar bzw. vererbbar sein sollen.<sup>406</sup> Bei diesem Entscheid ist offenbar die dogmatische Unterscheidung zwischen übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechten und Vermögensrechten verschwommen. BGE 133 III 153, 158 aus dem Jahr 2006 stellt hingegen ausdrücklich auf «vermögenswerte[r] aus dem Persönlichkeitsrecht fliessende Nutzungsrechte» ab. Auch wenn der letztgenannte Leitentscheid konkret nicht vom Datenschutzrecht, sondern allgemein vom Persönlichkeitsrecht handelt, steht diese Rechtsprechung im Einklang mit einer Qualifikation der durch das Datenschutzrecht garantierten Rechte – einem Teil des Persönlichkeitsrechts – als Vermögensrechte.

#### V. Ergebnis

Es lässt sich als Ergebnis zunächst festhalten, dass Personendaten als Güter qualifiziert werden können.<sup>407</sup> Personendaten erfüllen nicht nur das Kriterium der Nützlichkeit, sondern können auch als vom Rechteinhaber abtrennbar betrachtet werden.

Das Recht, Personendaten zu bearbeiten, ist durch Einwilligungserteilung faktisch übertragbar. Der Einwilligungsempfänger wird in die Lage versetzt, dem Rechteinhaber zugewiesene Befugnisse an seiner Stelle auszuüben. Somit können Personendaten prinzipiell gehandelt werden.

Das Datenschutzrecht soll von seinem Ursprung und seinem Zweck her keine Allokation von Werten vornehmen. Wurde jedoch der eingeschränkte bzw. abwägungs-offene Zuweisungsbereich des Datenschutzrechts verletzt, kommt man im Schweizer

---

<sup>402</sup> INDERKUM, N 58, hält fest, dass von einem Vermögenswert auszugehen ist, sobald eine Verwertung durch Einwilligung zur Nutzung eines Persönlichkeitsguts möglich ist; ähnlich ZECH, GRUR 2015, S. 1155; vgl. auch DÖRNER, CR 2014, S. 618; HOEREN, MMR 2013, S. 491; SPECHT, DGRI 2017, N 53; BÜCHLER, AcP 2006, S. 313 f.; a. A. AEBI-MÜLLER, N 20, die den ideellen Charakter der Persönlichkeitsrechte betont und ihnen den geldwerten Charakter abspricht.

<sup>403</sup> INDERKUM, N 57, gemäss welchem der Vermögenswert der Höhe des erzielbaren Entgelts entspricht, welches sich auf dem Markt bildet. Für das deutsche Recht vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 77 f.; dazu auch BECKER, JZ 2017, S. 172; SATTler, Personality, S. 42 f.

<sup>404</sup> KUKO ZGB-DÖRR, Art. 28 N 1; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 10.15; zumindest kritisch SPECHT, JZ 2017, S. 765.

<sup>405</sup> LGVE 2006 Nr. 4, 198.

<sup>406</sup> BGE 101 II 177, 191.

<sup>407</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 54, 216; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1466 f.; BERGER, ZGE 2016, S. 180.

Recht<sup>408</sup> aufgrund der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung durch den Verletzten nicht umhin, dem Datenschutzrecht in diesem Sinne einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt zuzusprechen.

Da das Datenschutzrecht folglich einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt aufweist und die Nutzungsbefugnis an Personendaten aufgrund der faktischen Übertragbarkeit kommerziell verwertet werden kann, ist das Datenschutzrecht als Vermögensrecht zu qualifizieren. Das bedeutet jedoch nicht, dass es auch als Haftungssubstrat herangezogen werden kann.

Obwohl das Datenschutzrecht den Betroffenen kein eigentumsartiges Recht an den sie betreffenden Daten zuweist, wirkt es sich im Ergebnis ähnlich aus.<sup>409</sup> Die Möglichkeit, Verträge über Personendaten einzugehen und die Nutzungsbefugnisse faktisch zu übertragen, macht Datenschutz aber umgekehrt nicht zu einem eigentumsartigen Recht.<sup>410</sup>

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

<sup>408</sup> In Deutschland z. B. kann ein Gewinn aus widerrechtlicher Datenbearbeitung nicht vom Betroffenen abgeschöpft werden, vgl. FAUST, S. 95.

<sup>409</sup> Vgl. ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 200.

<sup>410</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69.



## § 4 Die Einwilligung als Instrument der Kommerzialisierung

Die aus dem Datenschutzrecht fließenden Persönlichkeitsrechte können nicht rechtlich, d. h. nicht mittels Verfügung (translativ oder konstitutiv) übertragen werden, eine faktische Übertragung der zugewiesenen Befugnisse ist jedoch möglich.

Das Instrument für diese faktische Übertragung ist die datenschutzrechtliche Einwilligung. Indem ihre Erteilung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, kann sie ein Instrument darstellen, welches den Betroffenen ermöglicht, Verträge über die Nutzung der sie betreffenden Daten abzuschliessen und diese Personendaten damit kommerziell zu verwerten.<sup>411</sup> Dieser Umstand wird in einem ersten Teil untersucht (I.).

Eine Besonderheit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist allerdings ihre jederzeitige Widerrufbarkeit, womit die Möglichkeit, Verträge über die Nutzung von Personendaten abzuschliessen, eingeschränkt wird. Daher wird in einem zweiten Teil untersucht, welche Folgen die Widerrufbarkeit sowohl datenschutzrechtlich als auch für den Vertrag hat (II.). Aus den Ergebnissen folgen schliesslich Erkenntnisse zur Rechtsnatur der Einwilligung, die im dritten Teil dargestellt werden (III.).

### I. Personendaten als vertragliche Gegenleistung

Im Privatrecht gilt der Grundsatz der Privatautonomie, wonach Parteien frei sind, ihre Verhältnisse innerhalb des gesetzlichen Rahmens selbst vertraglich auszugestalten und grundsätzlich erlaubt ist, was nicht verboten ist.<sup>412</sup> Dieses Prinzip gilt in der Schweiz auch im Datenschutzrecht (unter Privaten):<sup>413</sup> Die Bearbeitung von Personendaten durch Privatpersonen ist grundsätzlich zulässig, sofern sie entweder keine Persönlichkeitsverletzung darstellt oder aber ein Rechtfertigungsgrund in Form der Einwilligung der betroffenen Person oder eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands vorliegt.<sup>414</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung eröffnet in diesem Sinne bei persönlichkeitsverletzenden Bearbeitungen von Personendaten «einen Spalt für den zivilrechtlichen Grundsatz der Privatautonomie»<sup>415</sup>. Die Einwilligung der betroffenen

<sup>411</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 216; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 16, 202; vgl. LANGHANKE, S. 95; SPECHT, DGRI 2017, N 5; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; dazu auch KÜHLING, S. 170 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 198 ff.; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; SATTLER, Personality, S. 28; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 104.

<sup>412</sup> Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt, SATTLER, JZ 2017, S. 1038; SATTLER, Personality, S. 39; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 3 ff.; RADLANSKI, S. 119; z. B. BGE 129 III 35, 42, E. 6.1; BGE 127 III 449, 451, E. 3 c; dazu PEUKERT, Güterzuordnung, S. 74 ff.; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 145; zur Privatautonomie eingehend SPECHT, Diktat der Technik, S. 77 ff.

<sup>413</sup> VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 1; vgl. dazu auch BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83 ff.; zum Vorschlag, das DSGVO in zwei Gesetze aufzuteilen, «eines für die Bundesorgane und eines für die Privaten», RUDIN, digma 1/2018, S. 24 ff.

<sup>414</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 66; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 1. Im Gegensatz dazu gilt nach der DSGVO ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, z. B. SATTLER, JZ 2017, S. 1038; SATTLER, Personality, S. 36; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 225; SATTLER, Personenbezug, S. 68; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 119; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 81 ff.; HERMSTRÜWER, S. 71 ff.; KARIKARI, S. 124.

<sup>415</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1039; ähnlich auch SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 8; vgl. auch

Person kann eine unzulässige Datenbearbeitung zulässig machen und bietet deshalb die Möglichkeit, sich mit Erteilen der Einwilligung schuldrechtlich zu binden und damit die aus dem Datenschutz fließenden Rechte kommerziell zu verwerten.<sup>416</sup> Mit Erteilen der Einwilligung kann ein Vertragsverhältnis über die Datenbearbeitung eingegangen werden.<sup>417</sup> Personendaten bzw. die Einwilligung in ihre Bearbeitung werden heute auf diese Weise faktisch bereits als vertraglicher Leistungsgegenstand behandelt.<sup>418</sup> Der Vertrag, welcher Personendaten als Gegenleistung vorsieht, könnte ein synallagmatischer sein (1.). Unklar ist allerdings, wie das Vertragsverhältnis rechtlich weiter eingeordnet werden kann (2.) und welche Rechte und Pflichten die Vertragsparteien haben (3.).

### 1. Leistung gegen Daten - ein synallagmatischer Vertrag

Gerade bei Internetdiensten bezahlen die Nutzer häufig kein Entgelt, sondern willigen stattdessen in die Nutzung ihrer personenbezogenen Daten ein.<sup>419</sup> In solch einem Vertragsverhältnis stehen sich das Offenbaren von Daten und das Erlauben ihrer Nutzung durch die betroffene Person sowie eine Leistung des Diensteanbieters, insbesondere in Form der Bereitstellung eines Dienstes oder der Übermittlung eines digitalen Inhalts, gegenüber.<sup>420</sup> Es besteht folglich ein Austauschverhältnis von «Dienst gegen Daten»<sup>421</sup> oder digitaler Inhalt<sup>422</sup> gegen Daten, was gesamthaft als «Leistung gegen

---

BÜCHLER, AcP 2006, S. 327; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 64; HERMSTRÜWER, S. 71.

<sup>416</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154 f.; ebenso ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 16, 202; SÄTTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 638 f.; vgl. VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 2; GÖTTING, S. 142; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 220; PEARCE, EDPL 2018, S. 197; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 104 f.

<sup>417</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; SÄTTLER, JZ 2017, S. 1039; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37. Vgl. allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 6, welche einen Rechtsbindungs-willen erst mit Registrierung annimmt, weshalb «Daten, die bei der Suchmaschineneingabe oder gewissermaßen beiläufig beim Surfen im Internet anfallen [...], grds. nicht als Gegenleistung in Betracht kommen.»; ebenso SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; ähnlich auch HÄRTING, CR 11/2016, S. 736.

<sup>418</sup> SÄTTLER, JZ 2017, S. 1045; SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; vgl. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218 f.

<sup>419</sup> METZGER, AcP 2016, S. 818; SPECHT, JZ 2017, S. 763; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 15, 37; PAAL, S. 151, 156; SCHWEITZER, S. 273; Bericht AG Digitaler Neustart, 203 f.; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; EGGERS/HAMILL/ALI, S. 21; HERMSTRÜWER, S. 59, 75; HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 166; JENTZSCH/ PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 219.

<sup>420</sup> METZGER, AcP 2016, S. 832; SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.; Bericht AG Digitaler Neustart, 15, 204; KILIAN, Gegenleistung, S. 194; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 640; ähnlich wohl WEBER/SOMMERHALDER, S. 166; differenzierend SPECHT, DGRI 2017, N 8; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 15, 37; JENTZSCH/ PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 220; kritisch SCHWEITZER, S. 285 f.

<sup>421</sup> METZGER, AcP 2016, S. 818; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 41; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 11, 15; DIVSI, Ware und Währung, S. 11 ff.; siehe auch Art. 2 Nr. 2 Digitale Inhalte-Richtlinie: «digitale Dienstleistungen».

<sup>422</sup> Digitale Inhalte sind gemäss Art. 2 Nr. 11 der Verbraucherrechterichtlinie und gemäss Art. 2

Daten» bezeichnet werden kann.<sup>423</sup> Zwar gibt es Stimmen in der Lehre, welche hierbei zwei isolierte Rechtsgeschäfte annehmen, nämlich einerseits eine Leistung wie z. B. die kostenlose Nutzung des (werbefinanzierten) Dienstes und andererseits die Einwilligung in die Datenverarbeitung;<sup>424</sup> allerdings wird diese Annahme stark kritisiert.<sup>425</sup> Die herrschende Lehre ist sich jedoch einig, dass Personendaten, bzw. die Einwilligung in ihre Nutzung, heute faktisch als vertragliche Gegenleistung hingegeben werden.<sup>426</sup> Diese Ansicht wird auch durch die neue europäische Digitale Inhalte-Richtlinie bestätigt, in welcher die Hingabe von Personendaten als vertragliche Gegenleistung anerkannt wird,<sup>427</sup> wenn auch in der angenommenen Fassung im Gegensatz zum Entwurf nicht mehr ausdrücklich von «Gegenleistung», sondern nur mehr von der «Bereitstellung» von Daten gesprochen wird.<sup>428</sup> Die betroffene Person verpflichtet sich zur Preisgabe sie betreffender Daten und zur Einwilligung in deren Nutzung, um eine Leistung vom Vertragspartner zu erhalten.<sup>429</sup> Dementsprechend ist von einem Synallagma, von einem vollkommen zweiseitigen Vertrag, auszugehen.<sup>430</sup>

## 2. Einordnung des Vertragsverhältnisses

Es bereitet Schwierigkeiten, das auf Verträge, bei denen Personendaten für eine Gegenleistung hingegeben werden, anwendbare Recht zu bestimmen.<sup>431</sup> Bei Abstellen

---

Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden. Dabei ist erforderlich, dass die Inhalte nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden; dazu Bericht AG Digitaler Neustart, S. 229 f.; HÄRTING, CR 11/2016, S. 736; vgl. auch KILIAN, *Gegenleistung*, S. 193; siehe dazu auch DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 244, m. w. H., welche sich allerdings für die Bezeichnung «digitale Güter» anstatt «digitale Inhalte» aussprechen.

<sup>423</sup> Vgl. LANGHANKE, S. 95: «Daten gegen Leistung»; HERMSTRÜWER, S. 75.

<sup>424</sup> Kritisch DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 15; hierzu eingehend BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 636 ff., m. w. N., und DATTA/KLEIN, CR 2016, S. 587 ff.

<sup>425</sup> METZGER, AcP 2016, S. 833; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635 ff.; ROGOSCH, S. 41 f.; DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 15; vgl. auch SPECHT, DGRI 2017, N 5.

<sup>426</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 69; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218; SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.; SPECHT, ODW 2017, S. 121; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 16, 202; SATTLER, *Personality*, S. 28; SATTLER, JZ 2017, S. 1036; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218 f.; DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 175, 180.

<sup>427</sup> METZGER, AcP 2016, S. 833; SPECHT, JZ 2017, S. 763; KILIAN, *Gegenleistung*, S. 194; vgl. SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 221; DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 246; dazu auch HÄRTING, CR 11/2016, S. 735 ff.

<sup>428</sup> Vgl. Art. 3 Nr. 1 Entwurf Digitale Inhalte-Richtlinie, COM(2015) 634 final; Art. 3 Nr. 1 Digitale Inhalte-Richtlinie.

<sup>429</sup> METZGER, AcP 2016, S. 835; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635; HERMSTRÜWER, S. 75; ROGOSCH, S. 43.

<sup>430</sup> BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 635; METZGER, AcP 2016, S. 835; SPECHT, JZ 2017, S. 764; SPECHT, ODW 2017, S. 121; ROGOSCH, S. 44; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 209; differenzierend SPECHT, DGRI 2017, N 8; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218; HERMSTRÜWER, S. 75; vgl. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; kritisch dazu SCHWEITZER, S. 287 f.; a. A. DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 177; zum Begriff des Synallagmas SCHWENZER, N 3.21; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 1 N 117.

<sup>431</sup> DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 37; DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 174; vgl. allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 19. Zu Verträgen über die Überlassung von Daten zwischen Wirtschaftssubjekten (Sekundärmarkt) SPECHT, *Konsequenzen der Ökonomisierung*, N 374 ff.

auf die Leistung des Vertragspartners der betroffenen Person, scheidet eine Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Kaufvertrag aus, denn die betroffene Person erfüllt ihre Gegenleistungspflicht mit der Hingabe von Daten und nicht mit der Leistung eines Entgeltes.<sup>432</sup> Da Personendaten keine Sachen sind und an ihnen keine übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte bestehen, können sie nicht verkauft werden, weshalb die Regeln über den Kaufvertrag (Art. 184 ff. OR) auch bei Abstellen auf die Hingabe der Personendaten ausser Betracht fallen.<sup>433</sup> Besteht die Gegenleistung für die Übrmittlung von Personendaten nicht in einem Entgelt, sondern in dem Bereitstellen eines digitalen Inhalts, könnte von einem Tauschvertrag ausgegangen werden.<sup>434</sup> Aber auch die Regeln über den Tauschvertrag (Art. 237 f. OR, Verweis auf den Kaufvertrag) passen nicht, denn dabei werden zwei Vertragsgegenstände, an denen jeweils ebenfalls übertragbare Ausschliesslichkeitsrechte bestehen, ausgetauscht.<sup>435</sup> Ferner weist METZGER zutreffend darauf hin, dass eine Qualifikation als Tauschvertrag den besonderen und teils stark abweichenden Eigenschaften der infrage stehenden Verträge nicht gerecht würde:<sup>436</sup> Die Leistungen beider Vertragspartner erschöpfen sich in den meisten Fällen nicht in einem einmaligen Austauschverhältnis, sondern haben den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses.<sup>437</sup> Handelt es sich um einen Service, werden die damit bereitgestellten digitalen Inhalte durch den Nutzer über einen gewissen Zeitraum genutzt; währenddessen werden auch den Nutzer betreffende Daten laufend erhoben und bearbeitet.<sup>438</sup> Auch bei der einmaligen Überlassung oder Bereitstellung eines digitalen Inhalts werden immerhin die im Gegenzug hingegebenen Personendaten dauerhaft genutzt.<sup>439</sup> Im Ergebnis gibt es keinen Nominatkontrakt, welcher Basisregeln für Verträge mit Personendaten als Vertragsgegenstand bereitstellt.<sup>440</sup>

<sup>432</sup> DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 176.

<sup>433</sup> Vgl. Art. 184 Abs. 1 und Art. 187 Abs. 1 OR, wo auf das Verschaffen von Eigentum an Fahrnissachen abgestellt wird; a. A. HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 14; SPECHT, ODW 2017, S. 122; SATTLER, JZ 2017, S. 1038, welcher zwar ebenfalls festhält, dass es keine Ausschliesslichkeitsrechte an Personendaten gibt, aber das (deutsche) Kaufrecht analog anwenden will nach dem Vorbild immaterieller Güter wie Gas, Elektrizität und Software; vgl. zur Anwendung des deutschen Kaufvertragsrechts auf Daten auch SPECHT, DGRI 2017, N 43. Im Schweizer Recht ist dieser Weg nicht gangbar, da der Begriff der «sonstigen Sachen» nicht existiert und Gas und Elektrizität unter den Begriff der Fahrnissachen subsumiert werden. Fahrnissachen sind gemäss Art. 713 ZGB «die ihrer Natur nach beweglichen körperlichen Sachen sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können und nicht zu den Grundstücken gehören.»

<sup>434</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 764.

<sup>435</sup> Ähnlich METZGER, AcP 2016, S. 835.

<sup>436</sup> METZGER, AcP 2016, S. 835.

<sup>437</sup> METZGER, AcP 2016, S. 838 f.; SPECHT, JZ 2017, S. 765; SATTLER, Personenbezug, S. 55 f.; DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 177.

<sup>438</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 765, weist darauf hin, dass bei jedem Login personenbezogene Daten anfallen und selbst der Zeitraum einer Nicht-Nutzung ein personenbezogenes Datum darstellt.

<sup>439</sup> METZGER, AcP 2016, S. 835.

<sup>440</sup> DATTA/KLEIN, CR 2017, S. 180; ähnlich LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218; zu Nominat- und Innominatkontrakten z. B. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Vor Art. 1-40f N 28; differenzierend allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 19.

In der Lehre wird die Anlehnung an den Lizenzvertrag diskutiert<sup>441</sup>, welcher aber seinerseits als Innominatkontrakt ebenfalls keine gesetzliche Grundlage hat, sondern hauptsächlich auf dem von den Parteien abgeschlossenen Vertrag basiert.<sup>442</sup> Als gesetzliche Normen kommen die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts sowie einzelne, von gesetzlich geregelten Vertragstypen entlehnte Aspekte zur Anwendung, insbesondere von der Miete (Art. 253 ff. OR), der Pacht (Art. 275 ff. OR), dem Kauf (Art. 184 ff. OR) und dem Gesellschaftsrecht (Art. 530 ff. OR, einfache Gesellschaft).<sup>443</sup> Die Einordnung als Lizenzvertrag entspricht derjenigen für Verträge über andere Persönlichkeitsgüter.<sup>444</sup> Für die vorliegend interessierenden Verträge besteht jedoch noch keine Rechtsprechung, weshalb die Rechtslage bis dato unsicher ist.<sup>445</sup> Hervorzuheben ist jedoch, dass auf personenbezogene Daten immer primär auch das Datenschutzrecht anwendbar ist.

In der EU wird neu auf die Vorschriften der Digitale Inhalte-Richtlinie und deren Umsetzungsvorschriften abgestellt werden müssen.<sup>446</sup> Die Digitale Inhalte-Richtlinie gilt aber nicht umfassend für alle Verträge über Daten, sondern nur in dem eingeschränkten Bereich, wo Konsumenten Daten oder ein Entgelt als Gegenleistung für digitale Inhalte oder Dienstleistungen hingeben.<sup>447</sup> Zudem enthält sie keine Vorschriften über die Pflichten der Betroffenen gegenüber den Anbietern der digitalen Inhalte.<sup>448</sup> Allenfalls kann die Umsetzung der Digitale Inhalte-Richtlinie durch die EU-Mitgliedsstaaten jedoch einen Impuls zur einheitlichen Regelung von Verträgen über Daten setzen; auch in der Schweiz.<sup>449</sup>

Zu überlegen ist ausserdem, ob die Konsumentenschutzbestimmungen auf einen Leistung-gegen-Personendaten-Vertrag anwendbar sein sollen, denn schliesslich kann es bei einer Anerkennung von Personendaten als vertragliche Gegenleistung für den Schutz der betroffenen Person keinen Unterschied machen, ob sie für eine Leistung mit sie betreffenden Daten oder mit Geld (oder sogar mit beidem) «bezahlt». Im Schweizer Recht handelt es sich dabei insbesondere um die Bestimmung hinsichtlich der Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) und um das vierzehntägige Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Art. 40a ff. OR). Während

<sup>441</sup> METZGER, AcP 2016, S. 837, 847; ANTHAMATTEN-BÜCHI/STAUB/VASELLA, S. 230 f.; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 640; SPECHT, JZ 2017, S. 764 f.; a. A. allerdings SPECHT, ODW 2017, S. 122 f. Im Schweizer Recht hat ein Lizenzvertrag nur obligatorische und keine dingliche Wirkung, KAISER/RÜETSCHI, S. 158; MARBACH/DUCREY/WILD, N 951; BÜCHLER, AcP 2006, S. 338.

<sup>442</sup> METZGER, AcP 2016, S. 837; KAISER/RÜETSCHI, S. 164; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, N 928.

<sup>443</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 928; vgl. für das deutsche Recht METZGER, AcP 2016, S. 837 f.; SPECHT, JZ 2017, S. 764 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 19.

<sup>444</sup> METZGER, AcP 2016, S. 837.

<sup>445</sup> Ähnlich SATTLER, JZ 2017, S. 1037; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 218.

<sup>446</sup> METZGER, AcP 2016, S. 836; dazu auch HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 163 ff.; differenzierend HÄRTING, CR 11/2016, S. 735 ff. Die Mitgliedsstaaten der EU haben gemäss Art. 24 der Digitale Inhalte-Richtlinie bis zum 01.07.2021 die zur Umsetzung dieser Richtlinie erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen. Diese Vorschriften sind ab dem 1. Januar 2022 anwendbar.

<sup>447</sup> METZGER, AcP 2016, S. 837; Art. 3 Digitale Inhalte-Richtlinie.

<sup>448</sup> METZGER, AcP 2016, S. 837.

<sup>449</sup> Ähnlich METZGER, AcP 2016, S. 837, in Bezug auf den B2B-Bereich.

eine Anwendung des Art. 8 UWG unproblematisch immer dann angenommen werden kann, wenn die AGB des Anbieters verwendet werden, ist das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nach geltendem Recht nicht auf Verträge anwendbar, die über das Internet abgeschlossen werden.<sup>450</sup> Damit scheidet eine Anwendung der Art. 40a ff. OR aus. Grössere Auswirkungen hätte die Geltung von Konsumentenschutzbestimmungen allerdings, wenn davon ausgegangen wird, dass Schweizer Online-dienstleister auch mit Konsumenten z. B. aus der EU Verträge abschliessen. Dort gelten häufig strengere Bestimmungen zum Schutz von Konsumenten, welche dann auch von Schweizer Unternehmen zu beachten wären.<sup>451</sup>

### 3. Rechte und Pflichten der Parteien

Zunächst sind verschiedene Leistungsmodalitäten denkbar: Die betroffene Person kann allein zur Überlassung von Daten und Erteilung ihrer Einwilligung verpflichtet werden, oder aber dies in Kombination mit der Zahlung eines Entgelts.<sup>452</sup> Die Anbieter können ihrerseits eine «dauerschuldvertragliche Bereitstellung einer Nutzungsmöglichkeit», z. B. eines sozialen Netzwerkes, oder die einmalige Nutzungsmöglichkeit bzw. endgültige Überlassung eines digitalen Inhaltes, also z. B. eines Films, schulden.<sup>453</sup>

Die Rechte und Pflichten der Anbieter digitaler Inhalte werden vor allem in den zumeist sehr umfangreichen Leistungsbeschreibungen ihrer Nutzungsbedingungen bzw. AGB geregelt.<sup>454</sup> Ergeben sich daraus Lücken, muss auf das dispositive Vertragsrecht zurückgegriffen werden, was allerdings aufgrund der beschriebenen Einordnungsschwierigkeiten zu Problemen führen kann.<sup>455</sup> Ausserdem gelten die datenschutzrechtlichen Vorgaben, z. B. über die Datensicherheit.<sup>456</sup>

Die Anbieter können durch Einwilligungserteilung nicht nur dazu ermächtigt werden, Personendaten selbst zu bearbeiten, sondern auch dazu, über deren Weitergabe und Bearbeitung durch Dritte zu entscheiden.<sup>457</sup> Damit können Anbieter weitgehend in die Lage versetzt werden, die den Betroffenen zugewiesenen Rechte auszuüben.

Auch die Rechte und Pflichten der vertragsschliessenden betroffenen Personen werden zumeist in den AGB der Anbieter geregelt.<sup>458</sup> So sehen einige beispielsweise die Pflicht vor, nur wahre Angaben zu machen.<sup>459</sup> Werden Daten vom Anbieter selbstständig erhoben, so z. B. Daten, die bei der Nutzung des digitalen Angebots

---

<sup>450</sup> Vgl. Art. 40b lit. a - d OR.

<sup>451</sup> Siehe dazu für das deutsche Recht z. B. METZGER, AcP 2016, S. 845 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 29 f.

<sup>452</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 764 f.

<sup>453</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 763 f.

<sup>454</sup> METZGER, AcP 2016, S. 847; vgl. SATTLER, Datenschuldrecht, S. 236; SATTLER, Personenbezug, S. 56.

<sup>455</sup> METZGER, AcP 2016, S. 847.

<sup>456</sup> Vgl. Art. 7 DSGVO.

<sup>457</sup> Vgl. Art. 10a DSGVO.

<sup>458</sup> METZGER, AcP 2016, S. 849; vgl. SATTLER, Datenschuldrecht, S. 236; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 203 ff.; dazu auch HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 168 ff., im Zusammenhang mit der Digitale Inhalte-Richtlinie.

<sup>459</sup> METZGER, AcP 2016, S. 849.

entstehen, kann eine Pflicht der betroffenen Person angenommen werden, die Datenerhebung und -bearbeitung zu dulden.<sup>460</sup> Wichtig ist, dass die betreffenden Vertragsklauseln nur wirksam sind, wenn die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen eingehalten wurden, insbesondere diejenigen an eine freie, informierte Einwilligung.

Für die Beurteilung von Leistungsstörungen und deren Folgen sind die allgemeinen Bestimmungen des OR anwendbar. Je nachdem, welche Bestimmungen einzelner Vertragstypen des Besonderen Teils des OR schlussendlich angewendet werden, kommen jedoch spezifische Regelungen zur Anwendung. Dementsprechend ist noch nicht umfassend untersucht worden, wie Leistungsstörungen bei Leistung-gegen-Personendaten-Verträgen behandelt werden sollen.<sup>461</sup> Diese Thematik soll jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

#### 4. Zwischenergebnis

Die betroffenen Personen können Verträge abschliessen, in denen sie das Erteilen ihrer Einwilligung in die Bearbeitung (und Weitergabe) sie betreffender Daten als Gegenleistung hingeben. Damit können die Betroffenen die sie betreffenden Personendaten kommerziell verwerten. Welches Recht auf Verträge anwendbar ist, in denen die Nutzung von Personendaten im Austausch z. B. gegen die vollständige Überlassung von digitalen Inhalten oder ihre dauerhafte Nutzung versprochen wird, ist jedoch unklar.

Die Konsequenz daraus ist, dass sowohl die Rechte und Pflichten der Parteien als auch insbesondere das Behandeln von Leistungsstörungen hauptsächlich auf der jeweiligen Parteivereinbarung beruhen und im Zweifelsfall nicht klar ist, wie Konflikte gelöst werden. Hierbei ist hervorzuheben, dass solche Leistung-gegen-Daten-Verträge selten von den Parteien ausgehandelt werden, sondern insbesondere die Anbieter digitaler Leistungen die Verwendung ihrer AGB durchsetzen.

### II. Die freie Widerrufbarkeit und ihre Bedeutung für den Vertrag

Eine Besonderheit der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist, dass sie widerrufbar ist. Wurde jedoch ein Vertrag abgeschlossen, welcher die Erteilung dieser Einwilligung beinhaltet, stellt sich die Frage, welche Folgen der Widerruf für den Vertrag und damit auch für die faktische Übertragbarkeit hat. Deshalb sind im Folgenden zunächst einige Ausführungen zur Widerrufbarkeit zu machen (1.). Danach werden die Folgen des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung untersucht (2.).

#### 1. Freie Widerrufbarkeit

Weder das DSGVO noch das ZGB halten ein jederzeitiges Widerrufsrecht ausdrücklich fest.<sup>462</sup> Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Art. 28 ff. ZGB ist die Einwilligung nach einem Teil der Lehre frei

<sup>460</sup> METZGER, AcP 2016, S. 850.

<sup>461</sup> Vgl. METZGER, AcP 2016, S. 851 ff.; SPECHT, DGRI 2017, N 19; vgl. dazu DATTA/KLEIN, CR 2016, S. 587 ff.

<sup>462</sup> Aus Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO, gemäss welchem Personendaten nicht ohne Rechtfertigungsgrund gegen den ausdrücklichen Willen der betroffenen Personen bearbeitet werden dürfen, könnte sich allenfalls ein Hinweis auf das jederzeitige Widerrufsrecht ergeben. Ansonsten wird

widerrufbar, obwohl im Einzelfall Ausnahmen denkbar sein sollen und der Widerrufende allenfalls über eine analoge Anwendung des Art. 404 Abs. 2 OR, der auftragsrechtlichen Kündigung zur Unzeit, schadenersatzpflichtig werden könnte.<sup>463</sup> Stehen bei einer vertraglichen Verpflichtung wirtschaftliche Interessen im Vordergrund, folgt das Bundesgericht jedoch einer abweichenden Lehrmeinung, nach welcher Persönlichkeitsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, durchaus Gegenstand von unwiderruflichen vertraglichen Verpflichtungen sein können.<sup>464</sup> So hat das Schweizerische Bundesgericht in einem Leitentscheid aus dem Jahr 2010 entschieden, dass das Recht am eigenen Bild Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein kann, wenn dabei wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.<sup>465</sup> Im selben Entscheid hielt das Bundesgericht fest, namentlich die Stimme oder der Name gehörten ebenfalls nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz.<sup>466</sup>

Über die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung und über die Frage, ob bzw. welche Personendaten zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, ist dagegen noch nicht gerichtlich entschieden worden. Deshalb bestünde durchaus die Möglichkeit, dass das Widerrufsrecht nur für diejenigen Personendaten gilt, welche dem Kernbereich der menschlichen Existenz zugeordnet werden.<sup>467</sup>

Die wohl herrschende Lehre vertritt jedoch die Auffassung, die datenschutzrechtliche Einwilligung könne jederzeit frei widerrufen werden; eine eingehende Diskussion der Erwägungen des Bundesgerichts im dargelegten Entscheid, insbesondere darüber, welche Personendaten zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören sollen, fehlt bisher.<sup>468</sup> Deshalb soll zunächst übereinstimmend mit der herrschenden Lehre generell von einer freien Widerrufbarkeit ausgegangen werden. Diese Ansicht steht auch im Einklang mit der Rechtslage in der EU, denn die DSGVO sieht das allgemeine Widerrufsrecht in ihrem Art. 7 Abs. 3 ausdrücklich vor.<sup>469</sup> Die Schweiz strebt immerhin ein der EU gleichwertiges Schutzniveau an.<sup>470</sup>

---

meist mit Art. 27 ZGB (Schutz vor übermässiger Bindung) argumentiert, z. B. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14.

<sup>463</sup> BGE 136 III 401, 405; dazu auch HAAS, Einwilligung, N 545, 559 ff.; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRLI, Art. 4 N 105; vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 11.14, 12.21.

<sup>464</sup> BGE 136 III 401, 405; AEBI-MÜLLER, N 220; a. A. HAAS, Einwilligung, N 548, 802 ff.

<sup>465</sup> BGE 136 III 401, 405, E. 5.2.

<sup>466</sup> BGE 136 III 401, 405.

<sup>467</sup> Dazu eingehend § 9.

<sup>468</sup> So wurde der Entscheid lediglich von HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts diskutiert, welcher die Ansicht des Bundesgerichts ablehnt; zur freien Widerrufbarkeit z. B. AEBI-MÜLLER, N 219 f.; HAAS, Einwilligung, N 540 ff. mit zahlreichen Hinweisen, N 802 ff.; SHK DSG-Wermelinger, Art. 13 N 7; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 57; UHLIG, AJP 2013, S. 327, 329; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 10.24, 10.30, 11.14; 12.21; für das deutsche Recht z. B. SATTLER, JZ 2017, S. 1039, 1043. Nur vereinzelte Stimmen in der Lehre, wie WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; THOUVENIN, SJZ 2017, S. 31 f.; sowie UHLIG, AJP 2013, S. 331 f., stellen die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit Hinweis auf BGE 136 III 401, 405, E. 5.2, infrage.

<sup>469</sup> Wobei gemäss FAUST, S. 91, m. w. N., auch nach der DSGVO umstritten bzw. ungeklärt ist, ob die Widerrufsmöglichkeit vertraglich ausgeschlossen werden kann; vgl. auch BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 636; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270 ff.

<sup>470</sup> Zur Wichtigkeit des Angemessenheitsbeschlusses siehe z. B. Stellungnahme des Bundesrates

Die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit kann in Bezug auf den durch Einwilligungserteilung abgeschlossenen Vertrag als ein jederzeitiges Kündigungsrecht der betroffenen Person interpretiert werden, wobei gemäss der Lehre das auftragsrechtliche Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR analog angewendet wird.<sup>471</sup> Möglich erscheint aber auch, den Widerruf der Einwilligung nicht als Kündigung des Vertrags anzusehen, sondern dahingehend aufzufassen, dass die betroffene Person lediglich aufhört, ihre vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, ohne aber den gesamten Vertrag kündigen zu wollen.<sup>472</sup> In letzterem Fall wird, von einem synallagmatischen Vertrag ausgehend, der Vertragspartner des Widerrufenden seinerseits ebenfalls die Leistung einstellen wollen. Dementsprechend sollte dem Vertragspartner für den Fall des Widerrufs ebenfalls ein ausserordentliches Kündigungsrecht gestattet werden.<sup>473</sup> Grundsätzlich hat der Vertragspartner aber auch die Möglichkeit, am Vertragsverhältnis festzuhalten und andere Konsequenzen zu ziehen. Denkbar ist z. B. das Verlangen eines Entgelts für die von ihm erbrachte Leistung. Welche der beiden Möglichkeiten den Widerruf zu interpretieren gewählt wird, ist von der Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses und der Parteivereinbarung im Einzelfall abhängig.

## 2. Folgen des Widerrufs

Wurde das Widerrufsrecht von der betroffenen Person ausgeübt, ist zu untersuchen, welche Folgen dies nach sich zieht. Die Folgen des Widerrufs sind in drei Kategorien zu unterscheiden. Zuerst sind die datenschutzrechtlichen Folgen des Widerrufs zu nennen, welche hauptsächlich im Ende der Datenbearbeitung bestehen. Wird der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung mit einer Kündigung des Vertragsverhältnisses gleichgesetzt, endet – als zweite Folge des Widerrufs – der Vertrag. Die drittgenannte Folge des Widerrufs bezieht sich auf den Fall, in dem der Widerruf nicht als Kündigung des ganzen Vertrages verstanden wird, sondern sich lediglich auf das Einstellen der vertraglich geschuldeten Leistung bezieht.<sup>474</sup>

### a) Ende der Datenbearbeitung

Vom Zeitpunkt des Widerrufs an dürfen die Daten nicht mehr bearbeitet werden. Wird die erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung widerrufen, muss der Anbieter deshalb die Datenbearbeitung einstellen und die Daten löschen.<sup>475</sup> Der Widerruf ent-

---

vom 02.03.2018; zur Angemessenheit RUDIN, digma 1/2018, S. 26 f.

<sup>471</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 405, E. 5.2., m. H. auf Art. 404 Abs. 2 OR, der auftragsrechtlichen Kündigung zur Unzeit; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14; a. A. METZGER, AcP 2016, S. 864; vgl. auch Bericht AG Digitaler Neustart, S. 207 f., wonach der Widerruf der Einwilligung als auflösende Bedingung eingeordnet werden kann.

<sup>472</sup> So wohl METZGER, AcP 2016, S. 864 sowie 860 f.

<sup>473</sup> METZGER, AcP 2016, S. 864; SPECHT, JZ 2017, S. 767 f., leitet dieses ausserordentliche Kündigungsrecht aus dem Mietrecht her.

<sup>474</sup> Vgl. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 222, welche festhalten, der Widerruf der Einwilligung in eine Datenbearbeitung sei nicht *per se* auch als Kündigung des Vertrages zu verstehen.

<sup>475</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 768; METZGER, AcP 2016, S. 824.

faltet seine Wirkung jedoch *ex nunc*, d. h. die bis zum Zeitpunkt des Widerrufs vorgenommenen Datenbearbeitungen bleiben davon unberührt und rechtmässig.<sup>476</sup> Die bis dahin erzeugten Ergebnisse der Personendatenbearbeitung dürfen deshalb grundsätzlich weiter bearbeitet werden, wenn es sich dabei nicht ebenfalls um Personendaten handelt und das Datenschutzrecht greift.<sup>477</sup> Hinzuzufügen ist, dass der Widerruf nicht für Datenbearbeitungen gilt, die für die Abwicklung des Vertrags notwendig sind.<sup>478</sup> Bei diesen Daten handelt es sich allerdings auch nicht um eine vertragliche Gegenleistung.<sup>479</sup>

Der Anbieter kann die empfangenen Personendaten durch eigene Auswertung oder durch Weitergabe an Dritte folglich nur so lange wirtschaftlich verwerten, bis die Einwilligung widerrufen wird.<sup>480</sup> Der Widerruf wird jedoch grundsätzlich nur dem Anbieter als Vertragspartner der betroffenen Person bekannt. Der Vertragspartner hat deshalb die Pflicht, die ihm bekannten weiteren Datenbearbeiter und -empfänger über den Widerruf der Einwilligung zu informieren.<sup>481</sup> Die betroffene Person kann dies jedoch nur schwer kontrollieren. Will sie sichergehen, dass ihre Daten wirklich gelöscht werden, muss also die betroffene Person mit einer Reihe von Auskunftsansprüchen (Art. 8 DSGVO) weitere Empfänger und Bearbeiter der Daten herausfinden und jeweils die Löschung verlangen.<sup>482</sup> Gemäss SATTLER ist das Resultat eine «Daten-Schnitzeljagd», wobei es unrealistisch erscheint, dass die Betroffenen diese tatsächlich zu Ende führen.<sup>483</sup> Das tatsächliche Geldtmachen (und Durchsetzen) der datenschutzrechtlichen Ansprüche der betroffenen Personen wird sehr aufwendig sein, gerade wenn die Daten ins Ausland bekanntgegeben wurden.<sup>484</sup>

#### b) Ende des Vertragsverhältnisses und allenfalls Schadenersatz

Bedeutet der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung die Kündigung des Vertragsverhältnisses, endet der Vertrag. Teile der Lehre wenden in diesem Fall die auftragsrechtliche Norm Art. 404 Abs. 1 OR analog an,<sup>485</sup> deren freies Widerrufs- bzw. Kündigungsrecht sich aufgrund des dem Auftrag immanenten Vertrauensverhältnisses unter anderem auch auf den Persönlichkeitsschutz stützt.<sup>486</sup> Bei einer ana-

<sup>476</sup> AEBI-MÜLLER, N 213; SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 57; ähnlich SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 13 N 7; für das deutsche Recht z. B. METZGER, AcP 2016, S. 825, 832.

<sup>477</sup> SCHMIDT, GRUR Newsletter 2/2018, S. 15 f.

<sup>478</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO; METZGER, AcP 2016, S. 825 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 202.

<sup>479</sup> METZGER, AcP 2016, S. 825 f.; KILIAN, Gegenleistung, S. 202; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; SPECHT, DGRI 2017, N 6.

<sup>480</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

<sup>481</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 110; SATTLER, JZ 2017, S. 1040; SATTLER, Personality, S. 44; vgl. Art. 12 Abs. 1 und 2 sowie Art. 10a DSGVO.

<sup>482</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1040; SATTLER, Personality, S. 44; vgl. WENDEHORST, Data Economy, S. 347.

<sup>483</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

<sup>484</sup> WENDEHORST, Data Economy, S. 347.

<sup>485</sup> BGE 136 III 401, 405; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; siehe den Hinweis in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

<sup>486</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 3 und 8.

logem Anwendung des Art. 404 Abs. 2 OR kann der die datenschutzrechtliche Einwilligung Widerrufende schadenersatzpflichtig werden, falls der Widerruf zur Unzeit erfolgt.<sup>487</sup> In diesem Fall könnte der Anbieter von der betroffenen Person Schadenersatz in Höhe des negativen Vertragsinteresses verlangen.<sup>488</sup> Der Rechtsgrund des Schadenersatzanspruchs liegt hier jedoch nicht in einer Vertragsverletzung, «sondern in der gesetzgeberischen Gerechtigkeitsentscheidung, die Folgen eines jederzeitigen Widerrufs [...] zu lindern».<sup>489, 490</sup>

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 404 Abs. 2 OR liegt ein Widerruf zur Unzeit vor, wenn dieser ohne Grund erfolgt, d. h. in einem ungünstigen Moment und ohne sachliche Rechtfertigung, und der anderen Partei dadurch besondere Nachteile entstehen.<sup>491</sup> Keine Auflösung zur Unzeit liegt dagegen vor, wenn der Beauftragte dem Auftraggeber einen begründeten Anlass zum Widerruf des Auftrags gegeben hat.<sup>492</sup>

### c) Schadenersatz aus Vertragsverletzung wegen Nichterfüllung?

Geht es um die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, wird in der Schweizer Literatur meist lediglich auf das freie Widerrufsrecht verwiesen, teilweise noch unter der Möglichkeit des Schadenersatzes aus Art. 404 Abs. 2 OR.<sup>493</sup> Dabei wird die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung als zwingend betrachtet, sodass auf die Widerrufbarkeit weder verzichtet werden darf noch Einschränkungen der Widerrufbarkeit vorgenommen werden dürfen.<sup>494</sup> Damit wird jede direkte oder auch nur mittelbare vertragliche Einschränkung ausgeschlossen.<sup>495</sup> Festzuhalten ist zudem, dass die Erteilung der (nochmaligen) Einwilligung in die Datenbearbeitung vom Anbieter aufgrund des freien Widerrufsrechts nicht eingeklagt werden kann, d. h. eine Vertragserfüllung kann nicht erzwungen werden.<sup>496</sup>

---

<sup>487</sup> BGE 136 III 401, 405; HAAS, Einwilligung, N 22 559 ff.; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16 ff.; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14; AEBI-MÜLLER, N 219.

<sup>488</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 17.

<sup>489</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16.

<sup>490</sup> BGE 109 II 462, 469; BGE 110 II 380, 386; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16.

<sup>491</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 110 II 380, 383; BGE 106 II 157, 160; Urteil des BGer 4C.78/2007, E. 5.4, vom 09.01.2008.

<sup>492</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 109 II 462, 469; BGE 104 II 317, 320.

<sup>493</sup> Vgl. § 4 II.

<sup>494</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 57; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9; SATTLER, JZ 2017, S. 1039, m. w. N. für das deutsche Recht.

<sup>495</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1039, für das deutsche Recht. Das Schweizerische Bundesgericht hat dies in seiner Rechtsprechung zu Art. 404 OR, dem jederzeitigen Kündigungsrecht des Auftraggebers, konstant so festgehalten, dazu z. B. BGE 59 II 260, 261; BGE 95 I 21, 25; BGE 98 II 305, 307; BGE 103 II 129, 130; BGE 104 II 108, 111; BGE 106 II 157, 159; BGE 109 II 462, 467; BGE 115 II 464, 466; BGE 117 II 466, 478; Urteil des BGer 4C.447/2004, E. 5.4, vom 31.03.2005; Urteil des BGer 4A.141/2011, E. 2.2, vom 06.07.2011; vgl. dazu auch die weitere Rechtsprechung zu Art. 404 OR, welche in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9 und 13 ausführlich dargestellt wird.

<sup>496</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1040; SPECHT, JZ 2017, S. 767; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221.

Kaum thematisiert wird jedoch in der Schweizer Literatur der Fall, in dem die Nutzung von Personendaten eine vertragliche Gegenleistung darstellt. Wird hier die Einwilligung zur Datenbearbeitung widerrufen, entfällt die vertraglich geschuldete Leistung *ex nunc*. Selbige Situation liegt vor, wenn die Einwilligung in die Datenbearbeitung gar nicht erst erteilt wird. Dies könnte eine Vertragsverletzung darstellen, welche einen Schadenersatzanspruch auslösen könnte.

In der deutschen Literatur wird ein Schadenersatzanspruch mit der Begründung abgelehnt, dass das freie Widerrufsrecht gesetzlich vorbehalten sei und die Ausübung einer gesetzlichen Befugnis keine vertragliche Pflichtverletzung darstellen könne.<sup>497</sup> Einerseits erscheint dieses Argument nicht ohne Weiteres plausibel, andererseits ist das Widerrufsrecht hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Schweizer Recht nicht ausdrücklich im Gesetz festgehalten, sondern wurde im Wege der Gesetzesauslegung entwickelt.<sup>498</sup> Allenfalls ist zu untersuchen, ob ein Schadenersatzanspruch aufgrund Vertragsverletzung eine verbotene Einschränkung des Widerrufsrechts bewirken würde.

Den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Vertragsverletzung zu behandeln, scheint in der Schweizer Lehre und Rechtsprechung bisher allerdings kein Thema zu sein. Zunächst soll für den Zweck der vorliegenden Untersuchung deshalb der herrschenden Lehre gefolgt und der Widerruf über die analoge Anwendung der auftragsrechtlichen Bestimmung Art. 404 OR abgehandelt werden.<sup>499</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Möglichkeit, bindende Verträge einzugehen, wird im Ergebnis durch die freie Widerrufbarkeit der Einwilligung stark eingeschränkt.<sup>500</sup> Der Vertrag ist (einseitig) nicht bindend, denn die betroffene Person kann ihr Widerrufsrecht jederzeit ausüben.<sup>501</sup> Dabei kann der Widerruf als Kündigung des Vertrags ausgelegt werden oder dahingehend, dass die vertraglich vereinbarte Gegenleistung von nun an nicht mehr erbracht werden soll. Der Vertragspartner der betroffenen Person darf ab Widerruf der Einwilligung die betreffenden Personendaten nicht mehr bearbeiten und ist verpflichtet, diese zu löschen.

Die wichtigste Konsequenz des Widerrufs für die betroffene Person ist, dass sie durch Services bereitgestellte digitale Inhalte faktisch meist nicht mehr (weiter) nutzen kann.<sup>502</sup> Allenfalls könnte noch eine Pflicht zur Löschung eines dauerhaft überlassenen digitalen Inhalts angenommen werden.<sup>503</sup> Weiter könnte die widerrufende Person bei einem Widerruf zur Unzeit dem Vertragspartner in Höhe des negativen Vertragsinteresses schadenersatzpflichtig werden.

<sup>497</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 767; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 222.

<sup>498</sup> Dazu UHLIG, AJP 2013, S. 327, 329.

<sup>499</sup> Der Widerruf als Vertragsverletzung wird in § 10 untersucht.

<sup>500</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; ZECH, GRUR 2015, S. 1154 f.; SATTLER, JZ 2017, S. 1043; SCHNEIDER, S. 135; FAUST, S. 91; vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

<sup>501</sup> LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; ähnlich zu Art. 404 OR BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

<sup>502</sup> So auch neu Art. 13 Nr. 2 lit. d und e der Digitale Inhalte-Richtlinie.

<sup>503</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 768; METZGER, AcP 2016, S. 824; vgl. dazu auch Art. 13 Nr. 2 lit. d und e der Digitale Inhalte-Richtlinie.

Bisher kaum diskutiert wird, ob das freie Widerrufsrecht überhaupt für alle Personendaten gelten soll, oder ob es Personendaten gibt, welche nicht dem Kernbereich der menschlichen Existenz zugeordnet werden und die deshalb Gegenstand unwiderprüflicher vertraglicher Verpflichtungen sein können.

Ausserdem wird bisher nicht thematisiert, ob das Widerrufen der Einwilligung eine Vertragsverletzung mit Schadenersatzfolge darstellen könnte. In der deutschen Literatur wird dies abgelehnt. Ob die Macht, die datenschutzrechtliche Einwilligung zu widerrufen, nicht nur dazu führen soll, eingegangene vertragliche Verpflichtungen nicht einhalten zu müssen, sondern zudem auch dazu, keinen Schadenersatzanspruch zu schulden, soll an einer anderen Stelle der vorliegenden Arbeit diskutiert werden.<sup>504</sup>

### III. Erkenntnis zur Rechtsnatur der Einwilligung

Aus der vorstehenden Untersuchung lassen sich schliesslich auch Erkenntnisse zur Rechtsnatur der Einwilligung ableiten. Interessant ist, dass die Schweizer Lehre die Frage nach der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht vertieft thematisiert, während diese Frage z. B. in Deutschland breit diskutiert wird.<sup>505</sup> Umstritten ist die Rechtsnatur jedoch auch in der Schweiz.<sup>506</sup> In der neueren deutschen Lehre wurde gerade im Zusammenhang mit der Hingabe von Personendaten als vertragliche Gegenleistung die Ansicht geäussert, es handle sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung um eine Verfügung.<sup>507</sup> Auf diesen Umstand wird im Folgenden kurz eingegangen.

Zunächst ist fraglich, ob die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung stets einheitlich ausfällt. Während BUCHNER und ROGOSCH zwischen einer einseitigen Einwilligung und einer «schuldvertraglichen Einwilligung» unterscheiden,<sup>508</sup> um diejenigen Fälle zu berücksichtigen in denen die Einwilligung als Kommerzialisierungsinstrument verwendet wird, legt RADLANSKI überzeugend dar, dass die Bewertung der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung je nach Verwendungsszenario nicht verschieden ausfallen darf.<sup>509</sup> Überdies lassen sich die beiden Verwendungsarten der Einwilligung ohnehin nicht hinreichend exakt voneinander abgrenzen.<sup>510</sup> Dementsprechend ist von einer einheitlichen Bewertung der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung auszugehen.<sup>511</sup>

In der Lehre wird diskutiert, ob die Einwilligung als Rechtsgeschäft, Naturalobligation, Realakt oder rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren ist.

---

<sup>504</sup> Dazu § 10.

<sup>505</sup> LANGHANKE, S. 40, 44; HOTZ, S. 66; GÖTTING, S. 147 ff.; siehe dazu auch OHLY, S. 178 ff.; RADLANSKI, S. 120 f.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 236 ff.; AEBI-MÜLLER, N 204 f., jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>506</sup> LANGHANKE, S. 40, 44; AEBI-MÜLLER, N 204.

<sup>507</sup> METZGER, AcP 2016, S. 832; SPECHT, JZ 2017, S. 765; KILIAN, Gegenleistung, S. 198; a. A. allerdings SPECHT, DGRI 2017, N 25; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 329 ff.

<sup>508</sup> BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 237; ROGOSCH, S. 36 ff.;

<sup>509</sup> RADLANSKI, S. 118; ebenso LANGHANKE, S. 150.

<sup>510</sup> RADLANSKI, S. 118.

<sup>511</sup> A. A. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 237.

### 1. Die Einwilligung als Realakt

Realakte sind Handlungen, die auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind und an welche unabhängig von einem entsprechenden Willen des Handelnden Rechtsfolgen geknüpft sind.<sup>512</sup> Eine Qualifikation der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Realakt wird damit begründet, dass mit der Einwilligungserteilung ein tatsächlicher Vorgang legitimiert werden soll.<sup>513</sup> Die Begründung eines Rechts sei nicht intendiert, es ginge bloss um einen Rechtsschutzverzicht.<sup>514</sup>

Die Bewertung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Realakt würde dazu führen, dass die Anwendung der Regeln über Willenserklärungen, also beispielsweise der Regeln über den Irrtum (Art. 23 ff. OR) und andere Willensmängel, ausgeschlossen wäre, gerade weil Realakte sich nicht auf eine Rechtsfolge richten.<sup>515</sup> Dieser Umstand kann besonders im vorliegenden Kontext nicht sinnvoll sein. Die Einordnung als Realakt ist deshalb abzulehnen.

### 2. Die Einwilligung als Rechtsgeschäft

Ein Rechtsgeschäft ist demgegenüber als Tatbestand zu definieren, welcher aus mindestens einer Willenserklärung besteht und an den die Rechtsordnung den Eintritt des vom Erklärenden gewollten rechtlichen Erfolges knüpft.<sup>516</sup> Rechtsgeschäfte werden in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte unterschieden, also danach, ob sie unmittelbar rechtsändernde (dingliche) oder obligatorische Wirkungen nach sich ziehen.<sup>517</sup> Hinsichtlich einer möglichen Qualifikation als Verfügungsgeschäft hat die Untersuchung in § 1 bereits gezeigt, dass eine Verfügbarkeit bzw. eine Übertragbarkeit *de lege lata* aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes abgelehnt wird und auch aufgrund der fehlenden klaren wirtschaftlichen Allokation des Schutzgegenstands nicht möglich ist.<sup>518</sup>

Dieses Ergebnis ist konsistent mit den Wirkungen der Einwilligung. Eine Verfügung stellt immer eine Reduktion der Aktiven dar<sup>519</sup> und durch Erteilung ihrer Einwilligung wird das Vermögen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt bzw. verbraucht. Die betroffene Person kann wie vor Erteilen der Einwilligung sie betreffende Daten selbst nutzen und auch in weitere Datenbearbeitungen durch Dritte einwilligen. Zudem kann der Empfänger der datenschutzrechtlichen Einwilligung die betreffenden Personendaten zwar nutzen und allenfalls auch über deren Nutzung durch Dritte bestimmen, seine Nutzungsbefugnis gilt jedoch bloss gegenüber der einwilligungserteilenden Person und nicht *erga omnes*. Der Einwilligungsempfänger kann also keine Ansprüche aus eigenem Recht gegen Dritte geltend machen und auf-

---

<sup>512</sup> SCHWENZER, N 27.05.

<sup>513</sup> RADLANSKI, S. 121; dazu OHLY, S. 46; AEBI-MÜLLER, N 203, m. w. N.

<sup>514</sup> Dazu OHLY, S. 46.

<sup>515</sup> SCHMIDLIN, BK OR 24 N 279; OHLY, S. 46, m. w. N.

<sup>516</sup> SCHWENZER, N 3.01.

<sup>517</sup> SCHWENZER, N 3.30.

<sup>518</sup> Zum Ganzen § 2 III.

<sup>519</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194; ebenso BK OR-MÜLLER, Einl. N 158, 160; SCHWENZER, N 3.33.

grund der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung das ihm Versprochene nicht einmal gegenüber der einwilligungserteilenden Person erzwingen. Bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung handelt es sich deshalb entgegen gewichtiger Stimmen aus der neueren Lehre nicht um eine Verfügung.<sup>520</sup>

Dass der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung *ex nunc* wirkt, ändert nichts an dieser Einschätzung. Die Einwilligung bleibt zwar bis zum Zeitpunkt des Widerrufs gültig, weshalb die Ergebnisse der Personendatenbearbeitung bis dahin grundsätzlich behalten werden dürfen.<sup>521</sup> Handelt es sich bei den Ergebnissen der Datenbearbeitung jedoch ebenfalls um Personendaten, greift erneut das Datenschutzrecht ein. Die von den Daten betroffene Person hat dadurch die Möglichkeit, die Bearbeitung dieser Daten zu untersagen und sie löschen zu lassen.<sup>522</sup> Stellen die Ergebnisse dagegen keine Personendaten dar, ist die widerrufende Person von diesen Daten nicht betroffen und ihre Rechtsposition ist damit nicht berührt.

Für eine mögliche Qualifikation der Einwilligung als Rechtsgeschäft bleibt folglich nur das Verpflichtungsgeschäft. SCHWENZER qualifiziert die Einwilligung beispielsweise generell als einseitiges Rechtsgeschäft und begründet die freie Widerrufbarkeit mit dem Verbot übermässiger Selbstbindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB, allerdings vor allem im Zusammenhang mit dem Medizinbereich.<sup>523</sup> Die Ansicht, eine datenschutzrechtliche Einwilligung sei ein Rechtsgeschäft, stützt sich hauptsächlich darauf, dass durch eine rechtsgeschäftliche Handlung eine Rechtsfolge eintritt, gerade weil der Handelnde dies intendiert.<sup>524</sup> Zu einer Einordnung der datenschutzrechtlichen Einwilligung als Verpflichtungsgeschäft passt allerdings nicht, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen und ihre Erteilung nicht eingeklagt werden kann, weshalb sie unverbindlich ist. Auch der Umstand, dass ein Verpflichtungsgeschäft eine Erhöhung der Passiven bewirkt und dies hinsichtlich der einwilligungserteilenden Person zumindest nach der bisherigen Auslegung des Rechts nicht ersichtlich ist, spricht dagegen.

OHLY legt allerdings differenziert dar, warum die Einwilligung als Rechtsgeschäft zu betrachten ist.<sup>525</sup> Auf der Stufenleiter der Gestattungen stellt die widerrufliche Einwilligung die unterste Stufe dar, welche zwar die betreffende Handlung rechtmässig macht, aber keine in ihrem Bestand vom Willen der einwilligenden Person

<sup>520</sup> UHLIG, AJP 2013, S. 333; so auch SPECHT, DGRI 2017, N 25; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 329 ff., 333 ff.; SATTLER, JZ 2017, S. 1037 f.; ähnlich PEUKERT, Güterzuordnung, S. 541, 568, und SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 53 ff., welche die blosse schuldrechtliche Nutzungsgestattung und die widerrufliche Einwilligung nicht zu den Verfügungen zählen; METZGER, AcP 2016, S. 832, SPECHT, JZ 2017, S. 765, sowie KILIAN, Gegenleistung, S. 198, betrachten die datenschutzrechtliche Einwilligung dagegen als Verfügung; vgl. HAAS, Einwilligung, N 183, wonach die Einwilligung kein Verpflichtungsgeschäft darstellen könne und «eher zum Begriff des Verfügungsgeschäfts zu passen» scheint.

<sup>521</sup> Vgl. METZGER, AcP 2016, S. 832.

<sup>522</sup> Dass es neben der Einwilligung noch andere Rechtsgrundlagen gibt (vgl. Art. 6 Abs. 1 DSGVO bzw. Art. 13 DSGVO), auf Basis derer Personendaten bearbeitet werden dürfen, gilt generell und nicht nur für Fälle des Widerrufs der Einwilligung; dazu § 2 II.

<sup>523</sup> SCHWENZER, N 50.36; wohl ebenso BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 238; HERMSTRÜWER, S. 71, «rechtsgeschäftliche Erklärung»; ROGOSCH, S. 40, 45, 190.

<sup>524</sup> RADLANSKI, S. 121.

<sup>525</sup> OHLY, insbesondere S. 201 ff.

unabhängige Rechtsposition vermittelt.<sup>526</sup> Durch die Erteilung einer widerruflichen Einwilligung wird dennoch das Rechtsverhältnis zwischen der einwilligenden Person und dem Einwilligungsempfänger umgestaltet, auch wenn die Berechtigung des Einwilligungsempfängers zweifelsohne schwach ist.<sup>527</sup> OHLY kommt unter anderem deshalb zu dem Schluss, dass die Einwilligung als ein untypisches Rechtsgeschäft zu qualifizieren sei.<sup>528</sup> In einem ähnlichen Sinne sprechen SCHÖNENBERGER/JÄGGI in ihren Ausführungen zum Allgemeinen Teil des Schweizer Obligationenrechts aus dem Jahre 1973 nicht von der Einwilligung, sondern von der Ermächtigung.<sup>529</sup> Sie vergleichen die Ermächtigung mit einer unverbindlichen Leistungszusage, da sie durch die freie Widerrufbarkeit keine Bindung des Ermächtigenden begründe.<sup>530</sup> Die Ermächtigung bewirke lediglich, dass das Handeln in einem fremden Rechtsbereich rechtmässig sei.<sup>531</sup>

### 3. Die Einwilligung als Naturalobligation

Der Umstand der fehlenden Klagbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung führte zum Gedanken einer möglichen Qualifikation als Naturalobligation, einer «Schuld ohne Haftung»<sup>532</sup>. Naturalobligationen sind sogenannte unvollkommene Verbindlichkeiten, bei denen eine Forderung zwar durch den Schuldner erfüllt, aber nicht durch den Gläubiger erzwungen werden kann.<sup>533</sup> Leistet der Schuldner jedoch freiwillig, kann er sich im Nachhinein nicht darauf berufen, dass kein Anspruch bestanden habe.<sup>534</sup> Naturalobligationen können durch Gesetz oder Vereinbarung entstehen.<sup>535</sup> Die Naturalobligation bezeichnet dogmatisch Fälle, in denen eine freiwillige Erfüllung aus moralischen oder sittlichen Gründen nicht zurückgefordert werden kann. Als Beispiele sind Ansprüche aus Spiel und Wette (Art. 513 Abs. 1 OR) und verjährte Forderungen (vgl. Art. 63 Abs. 2, Art. 142 OR) zu nennen.

LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL betrachten die datenschutzrechtliche Einwilligung als eine solche Naturalobligation, da sie zwar als Leistungsgegenstand vorgesehen werden kann, jedoch keinen klagbaren Anspruch vermittelt.<sup>536</sup> Entscheidend ist, dass eine Naturalobligation die Art des Schuldverhältnisses beschreibt, d. h. das Rechtsverhältnis aus welchem Rechte und Pflichten resultieren und das durch ein Rechtsgeschäft, d. h. durch eine Willensäusserung mit Rechtsfolgewirkung, zwischen einem Gläubiger und einem Schuldner entsteht.<sup>537</sup> Die Möglichkeit, das Schuldverhältnis zwischen der einwilligungserteilenden Person und dem Einwilligungsempfänger

<sup>526</sup> OHLY, S. 144, 176; ebenso SPECHT, DGRI 2017, N 25 f.

<sup>527</sup> OHLY, S. 211.

<sup>528</sup> OHLY, S. 214.

<sup>529</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 55.

<sup>530</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 55.

<sup>531</sup> SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 55.

<sup>532</sup> SCHWENZER, N 4.40.

<sup>533</sup> SCHWENZER, N 4.40; LANGHANKE, S. 126.

<sup>534</sup> LANGHANKE, S. 126.

<sup>535</sup> LANGHANKE, S. 126.

<sup>536</sup> LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; vgl. LANGHANKE, S. 45 und 126; folgend SATTLER, Telemedicus 04.12.2017.

<sup>537</sup> Vgl. SCHWENZER, N 4.01, 4.03, 4.40, 3.01.

als Naturalobligation zu qualifizieren, hat jedoch nichts mit der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung selbst zu tun. Selbst wenn also das betreffende Schuldverhältnis als Naturalobligation qualifiziert werden würde, ist durch diesen Umstand nichts zur Diskussion über die Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung gewonnen. SATTLER weist zudem zutreffend darauf hin, die Klage auf Leistung von Personendaten scheitere nicht an einem gesetzlichen Ausschluss einer Verbindlichkeit, sondern am Widerruf der Einwilligung.<sup>538</sup>

#### 4. Die Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung

Schliesslich wird diskutiert, die datenschutzrechtliche Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu qualifizieren. Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind Willens- oder Wissensmitteilungen, an die durch das Gesetz Rechtsfolgen geknüpft sind, ohne dass der Mittelende diese so intendiert haben muss.<sup>539</sup> Sie stehen also zwischen den Realakten und den Rechtsgeschäften.<sup>540</sup> Auf rechtsgeschäftsähnliche Handlungen sind die Vorschriften über Willenserklärungen analog anwendbar.<sup>541</sup>

RADLANDSKI fasst in seiner Untersuchung zusammen, dass es vertretbare Argumente für die Einordnung der datenschutzrechtlichen Einwilligung sowohl als Rechtsgeschäft, als Realakt sowie auch als geschäftsähnliche Handlung gibt.<sup>542</sup> Er teilt schliesslich aber die Meinung, nach welcher die datenschutzrechtliche Einwilligung rechtsgeschäftsähnlicher Natur ist, da so jeder Einzelfall differenziert betrachtet werden könne.<sup>543</sup> So soll es beispielsweise für die Einwilligungsfähigkeit vor allem auf die Einsichtsfähigkeit ankommen, wenn es im Kontext der Einwilligung vor allem um die Ausübung des Persönlichkeitsrechts geht.<sup>544</sup> Dagegen soll es auf die Geschäftsfähigkeit ankommen, wenn die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechtsgütern im Vordergrund steht.<sup>545</sup>

Gerade die Beurteilung des Einzelfalls erscheint anderen Autoren problematisch. So stellt OHLY einerseits fest, dass bei einer Bejahung der rechtsgeschäftlichen Natur der Einwilligung im Einzelfall teleologische Reduktionen bei der Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften vorzunehmen seien. Er zeigt andererseits auf, dass die Einwilligung auf einem Kommunikationsakt beruhe, welchen den Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge bewirke, weshalb auch bei einer Qualifikation als rechtsgeschäftsähnlich eine zumindest analoge Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften geprüft werden müsse.<sup>546</sup> Die Qualifikation der Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung lehnt OHLY am Ende gerade mit dem Hinweis auf die «Gefahr der einzelfallbezogenen Rechtsschöpfung» und deren mangelnde

<sup>538</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

<sup>539</sup> SCHWENZER, N 27.06.

<sup>540</sup> HOTZ, S. 66.

<sup>541</sup> RADLANDSKI, S. 121; SCHMIDLIN, BK OR 24 N 278.

<sup>542</sup> RADLANDSKI, S. 120 f., m. w. N.

<sup>543</sup> RADLANDSKI, S. 121 f.

<sup>544</sup> RADLANDSKI, S. 122.

<sup>545</sup> RADLANDSKI, S. 122, m. w. N.

<sup>546</sup> Zum Ganzen OHLY, S. 205.

Vorhersehbarkeit ab.<sup>547</sup> Würde von einem rechtsgeschäftlichen Charakter der Einwilligung ausgegangen, könnten dagegen die bestehenden rechtsgeschäftlichen Normen als Ausgangspunkt für die Prüfung auftretender Rechtsprobleme herangezogen und allenfalls modifiziert werden.<sup>548</sup>

### 5. Zwischenergebnis

Während in Deutschland insgesamt wohl eher eine Tendenz zur Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung auszumachen ist, wird die datenschutzrechtliche Einwilligung in der Schweiz überwiegend als Rechtsgeschäft gesehen.<sup>549</sup> Welcher Bewertung der Rechtsnatur letztendlich der Vorzug gegeben werden sollte, kann für den Zweck der vorliegenden Arbeit offenbleiben. Ob die widerrufliche datenschutzrechtliche Einwilligung als ein (untypisches) Rechtsgeschäft der untersten Stufe der Gestattungen oder als eine bloss rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert wird, führt letzten Endes wahrscheinlich zu eher marginalen praktischen Unterschieden.<sup>550</sup> Wichtig ist jedoch die Erkenntnis, dass es sich bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung jedenfalls nicht um einen Realakt und nicht um eine Verfügung handelt.<sup>551</sup> Ob Letzteres in Zukunft geändert werden sollte, ist eine andere Frage.<sup>552</sup>

### IV. Ergebnis

Die betroffene Person hat die Möglichkeit, sie betreffende Daten durch Erteilen ihrer Einwilligung in die Datenbearbeitung und Verlangen einer Gegenleistung wirtschaftlich zu verwerten. Der Vertrag, bei welchem die Einwilligung in die Datenbearbeitung (und Hingabe von Personendaten) als Gegenleistung für einen digitalen Inhalt oder Service erteilt wird, ist aufgrund des Austauschverhältnisses ein synallagmatischer Vertrag. Welches Recht auf diesen Vertrag anwendbar ist, ist noch nicht abschliessend geklärt, wobei eine lizenzrechtliche Ausgestaltung in der Lehre diskutiert wird. Wie beispielsweise Leistungsstörungen behandelt werden sollen, ist dementsprechend ebenfalls noch offen.

Allerdings sind die abgeschlossenen Verträge nach der herrschenden Lehre nicht bindend, denn die Einwilligung ist aufgrund ihrer freien Widerrufbarkeit einseitig und eigennützig.<sup>553</sup> Nach der herrschenden Ansicht kann die Erteilung der Einwilligung nicht eingeklagt werden und ihre Nichterteilung zieht keine Schadenersatzansprüche nach sich, auch wenn sie vertraglich versprochen wurde. Damit wird der

---

<sup>547</sup> OHLY, S. 206.

<sup>548</sup> OHLY, S. 206.

<sup>549</sup> Dazu eingehend LANGHANKE, S. 44; vgl. AEBI-MÜLLER, N 205; dazu auch SPECHT, DGRI 2017, N 25; GÖTTING, S. 147 ff.

<sup>550</sup> Dazu OHLY, S. 205 f.

<sup>551</sup> Dazu auch SCHMIDT, GRUR Newsletter 2/2018, S. 14 ff.

<sup>552</sup> Dazu insbesondere § 11.

<sup>553</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1043; vgl. ROGOSCH, S. 136.

Rechtskreis des Einwilligungsempfängers zwar erweitert, er erhält jedoch keine gesicherte Rechtsposition.<sup>554</sup> Dementsprechend ist die Handelbarkeit von (Nutzungsbefugnissen an) Personendaten trotz der prinzipiellen Möglichkeit der faktischen Übertragung eingeschränkt.<sup>555</sup>

Hinsichtlich der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung kann die Erkenntnis gewonnen werden, dass es sich bei der Einwilligung jedenfalls nicht um eine Verfügung und auch nicht um einen Realakt handelt. Ob sie als ein Verpflichtungsgeschäft oder als eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert werden sollte, kann für den Zweck der vorliegenden Ausfertigung offenbleiben.

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

<sup>554</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1043; LANGHANKE, S. 179; ROGOSCH, S. 136.

<sup>555</sup> Ähnlich ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 53; SATTLER, JZ 2017, S. 1036.

## Das Interessendreieck beim Datenhandel

Die vorstehende Analyse des ersten Teils ergibt, unter welchen Voraussetzungen Personendaten nach geltendem Recht durch die Betroffenen gehandelt und insbesondere als vertragliche Gegenleistung hingegeben werden können. Obwohl es kein eigentumsartiges Recht an Personendaten gibt, können die betroffenen Personen in die Nutzung sie betreffender Daten einwilligen und Personendaten auf diese Weise faktisch übertragen und wirtschaftlich verwerten. Die geltende Rechtslage wird in der Diskussion über Rechte an Daten vielfach kritisiert und es wurden bereits verschiedene Vorschläge zu Reformen des geltenden Rechts vorgestellt.

Verfolgt man diese Diskussion über Rechte an Daten fällt allerdings auf, dass die vorgebrachten Reformvorschläge hauptsächlich durch drei Interessen begründet werden.<sup>556</sup> Zu nennen sind das Schutzbedürfnis der betroffenen Personen (§ 5) sowie die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der sie betreffenden Personendaten (§ 6) auf der einen Seite und das Interesse der Allgemeinheit an der Entwicklung eines funktionierenden Datenmarktes (§ 7) auf der anderen Seite. Diese Interessen werden in der Folge zunächst erörtert und kritisch untersucht.<sup>557</sup> In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, in welchem Verhältnis die drei geschilderten Interessen zueinander stehen, um anschließend einen möglichen rechtlichen Anpassungsbedarf zu identifizieren (§ 8).

---

<sup>556</sup> Ein Hinweis auf die unterschiedlichen Intentionen, mit welchen die Diskussion geführt wird, auch in SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040; SATTLER, JZ 2017, S. 1041; SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 8; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 231. Vgl. EGGERS/HAMILL/ALI, S. 19 f., für den Hinweis, dass dagegen im öffentlich-rechtlichen Bereich die Interessen Privatsphäre, Sicherheit und der freie Fluss personenbezogener Daten gegeneinander abzuwiegen sind.

<sup>557</sup> Dazu auch bereits SCHMIDT, Spannungsverhältnis, S. 265 ff.



## § 5 Das Schutzbedürfnis des Individuums

Das erste einigen Anpassungsvorschlägen zugrunde liegende Interesse ist der Persönlichkeitsschutz der von Daten betroffenen Personen. Die zunehmende Entwicklung und Verbreitung von Informationstechnologien in allen Lebensbereichen hat dazu geführt, dass es immer mehr Möglichkeiten gibt, Daten zu beschaffen und zu verwenden.<sup>558</sup> Es wird hierbei beanstandet, die Betroffenen hätten die Kontrolle über ihre Daten verloren, wohingegen die Anbieter von «internet of things»-Geräten und -Services alle Vorteile der erhobenen Daten erhielten.<sup>559</sup> Denn seit Personendaten handelbare Güter geworden sind, stellt sich die Frage, welche Marktteilnehmer einen Vorteil aus den Datenschutzbestimmungen ziehen.<sup>560</sup> Dabei sollte doch gerade das Datenschutzrecht den betroffenen Personen eine gewisse Kontrolle über ihre Daten geben.<sup>561</sup>

Mehrere Problemfelder führen zu dem Umstand, dass unter der gegenwärtigen Rechtslage häufig das Anliegen, die Persönlichkeit der Individuen zu schützen, als nicht mehr erfüllt bzw. erfüllbar erscheint.<sup>562</sup> Zunächst ist angesichts der neuen technischen Möglichkeiten und Geschäftsmodelle fraglich, ob die datenschutzrechtlichen Grundsätze noch eingehalten werden (können) (I.). Vor allem das Erfüllen der Anforderungen an eine gültige datenschutzrechtliche Einwilligung wird immer wieder in Zweifel gezogen (II.). Aus diesem Grund und auch wegen der jederzeitigen Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung könnte in der EU künftig eine vermehrte «Flucht» aus der Einwilligung bei datenbearbeitenden Unternehmen zu beobachten sein, welche sich stattdessen auf ihr überwiegendes Interesse an der Datenbearbeitung bzw. auf die Notwendigkeit der Datenbearbeitung zur Vertragserfüllung berufen.<sup>563</sup> Es ist fraglich, ob dieser Rechtfertigungsgrund auch in der Schweiz existiert und eine Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung darstellen könnte (III.). Für die betroffenen Personen ergeben sich ausserdem Probleme auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung (IV.). Schliesslich steht das Recht hinsichtlich der Unzerstörbarkeit semantischer Information sowie der Möglichkeit, den Personenbezug von anonymisierten Daten wiederherzustellen, vor weiteren Herausforderungen (V.). Die verschiedenen Problemfelder werden im Folgenden untersucht.

### *I. Einhalten der datenschutzrechtlichen Grundsätze*

Zuerst ist auf die datenschutzrechtlichen Grundsätze einzugehen. Besonders im Big-Data-Kontext stellen sich diverse Probleme hinsichtlich der Einhaltung der Voraussetzungen aus Art. 4 DSGVO.<sup>564</sup> Die datenschutzrechtlichen Grundsätze sind zusammen

<sup>558</sup> WEBER/SOMMERHALDER, S. 24; DRUEY, S. 47 f.

<sup>559</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 172 f.; ähnliche Stossrichtung auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41, 45; SCHULZ, S. 294; DORNER, CR 2014, S. 626; BERANEK ZANON, S. 114; vgl. SCHWEITZER, S. 270, m. w. N.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 106 f.; FEZER, MMR 2017, S. 3; FEZER, ZD 2017, S. 101; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270 f.; FLÜCKIGER, AJP 2013, S. 837; BUCHNER, DGRI 2011, S. 59.

<sup>560</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 173.

<sup>561</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 173; vgl. z.B. Botschaft DSGVO 2017, 6943.

<sup>562</sup> Vgl. WANDTKE, MMR 2017, S. 6.

<sup>563</sup> Dazu § 5 III.

<sup>564</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 172; ausführlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042 ff.; vgl. SCHNEIDER,

mit dem Grundsatz der Richtigkeit (Art. 5 Abs. 1 DSGVO) und dem Grundsatz der Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSGVO) als Leitlinie für alle Datenbearbeitungen zu verstehen.<sup>565</sup> Werden sie ohne Rechtfertigungsgrund verletzt, ist die infrage stehende Datenbearbeitung als widerrechtlich einzustufen.<sup>566</sup>

Der Grundsatz der Rechtmässigkeit aus Art. 4 Abs. 1 DSGVO besagt, dass Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden dürfen.<sup>567</sup> Dieser Regelung kommt bei Datenbearbeitungen durch Private keine spezifische Bedeutung zu, da privatrechtliches Handeln und somit auch Personendatenbearbeitungen erlaubt sind, solange damit keine Rechtsnormen verletzt werden.<sup>568</sup> Datenbearbeitungen durch Bundesorgane bedürfen dagegen gemäss Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO einer gesetzlichen Grundlage.<sup>569</sup>

Die weiteren datenschutzrechtlichen Grundsätze sind das Verhalten nach Treu und Glauben, die Verhältnismässigkeit, das Zweckbindungsgebot und die Erkennbarkeit. Sie werden im Folgenden behandelt. Auf die ebenfalls zu den datenschutzrechtlichen Grundsätzen gehörenden Erfordernisse hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird sogleich in II. eingegangen.

### 1. Treu und Glauben

Art. 4 Abs. 2 DSGVO wiederholt den Grundsatz von Treu und Glauben, ein bereits in der Bundesverfassung und im Bundeszivilrecht festgeschriebenes fundamentales Prinzip der Rechtsordnung.<sup>570</sup> Damit wird hervorgehoben, dass die allgemeinen Datenbearbeitungsregeln nach dem Grundsatz von Treu und Glauben anzuwenden sind und eine treuwidrige Datenbearbeitung rechtsmissbräuchlich und damit rechtswidrig ist – unabhängig davon, ob die Datenbearbeitung durch Bundesorgane oder durch Private erfolgt.<sup>571</sup>

Gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstösst, wer Personendaten ohne das Wissen<sup>572</sup> oder gegen den Willen der betroffenen Personen beschafft oder die betroffene Person bei der Datenbeschaffung absichtlich täuscht, z. B. über den Zweck der Bearbeitung oder über die eigene Identität.<sup>573</sup> Unübersichtliche und überschüssige Einwilligungserklärungen könnten beispielsweise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen, wenn dabei in Datenbearbeitungen eingewilligt

---

S. 121; PAAL, S. 148 f.

<sup>565</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 1.

<sup>566</sup> BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 4; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 17; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 3 und 66.

<sup>567</sup> Botschaft DSGVO 2003, 2124.

<sup>568</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 4 f., ausführlich N 10 ff.; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 6, mit Hinweis insbesondere auf die Normen des Strafgesetzbuches, wie z. B. Gewalt, Arglist, Täuschung, Drohung, Abhören, sowie auf die datenschutzrechtlichen Normen; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 20.

<sup>569</sup> Dazu auch EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 22.

<sup>570</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 17; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 7; Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV sowie Art. 2 Abs. 1 ZGB; BGE 128 III 201, 206, E. 1 c.

<sup>571</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 17 ff.; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8.

<sup>572</sup> Z. B. durch Belauschen, SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 19; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 14.

<sup>573</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 19; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8; Botschaft DSGVO 1988, 449; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

wird, mit denen die betroffene Person nicht rechnen muss.<sup>574</sup> Dieses Problem stellt sich nicht nur, aber auch und gerade bei Big-Data-Analysen.

## 2. Verhältnismässigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 4 Abs. 2 DSGVO besagt, dass nur Daten bearbeitet werden dürfen, die geeignet, erforderlich und zumutbar sind, um den verfolgten Zweck zu erreichen.<sup>575</sup> Zwischen dem Zweck der Datenbearbeitung und der damit verbundenen Beeinträchtigung der Persönlichkeit soll ein vernünftiges Verhältnis bestehen.<sup>576</sup> Mit anderen Worten sollen immer nur so viele Personendaten wie nötig und dabei so wenige Personendaten wie möglich bearbeitet werden.<sup>577</sup> Personendaten dürfen ausserdem nur so lange gespeichert werden, wie dies für den rechtmässigen Zweck der Datenbearbeitung erforderlich und geeignet ist.<sup>578</sup> Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz enthält also in diesem Zusammenhang das Gebot der Datensparsamkeit und das Gebot der Datenvermeidung.<sup>579</sup> Damit die Verhältnismässigkeit einer Datenbearbeitung beurteilt werden kann, muss ihr Zweck geklärt sein.<sup>580</sup>

Bei Datenbearbeitungen durch Private sind bei der Anwendung und Beurteilung des Verhältnismässigkeitsprinzips die verschiedenen Interessenlagen des Datenbearbeiters und der betroffenen Personen zu beachten.<sup>581</sup> Liegt die Datenbearbeitung im überwiegenden Interesse des Datenbearbeiters wird das Verhältnismässigkeitsprinzip stärker gewichtet, da es durch die Konkretisierung des grundrechtlichen Anliegen des Datenschutzes einen Interessenausgleich zwischen der betroffenen Person und dem Datenbearbeiter vornimmt.<sup>582</sup> Auf der anderen Seite kann eine betroffene Person auch in Datenbearbeitungen einwilligen, die nach objektiven Kriterien unverhältnismässig sind, wenn die Datenbearbeitung in ihrem direkten Interesse liegt.<sup>583</sup> Erneut ist entscheidend, dass der Zweck der Datenbearbeitung bekannt ist.<sup>584</sup> In der Lehre ist umstritten, ob eine unverhältnismässige Datenbearbeitung gerechtfertigt werden kann.<sup>585</sup>

<sup>574</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 19; vgl. Botschaft DSGVO 1988, 449.

<sup>575</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 21; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8; EDÖB, Überblick Datenschutz.

<sup>576</sup> BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 8, 11; HK DSGVO-ROSEN-THAL/JÖHRI, Art. 4 N 19.

<sup>577</sup> BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 11; EDÖB, Überblick Datenschutz.

<sup>578</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 23.

<sup>579</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 23; vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1045; kritisch zur Datensparsamkeit BULL, S. 61 f.

<sup>580</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 22.

<sup>581</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 29 und 31.

<sup>582</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 29; ähnlich BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 4.

<sup>583</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 30; ähnlich BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 12.

<sup>584</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 31.

<sup>585</sup> Gegen eine Rechtfertigungsmöglichkeit z. B. SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 32; dagegen gehen BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 11a, HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 19, sowie CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 42, und wohl auch THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 80, davon aus, dass die Rechtfertigung

Im Kontext von Big-Data-Analysen kann der Verhältnismässigkeitsgrundsatz immer wieder problematisch sein. Das Phänomen Big Data besteht ja gerade aus dem möglichst umfassenden Sammeln und Auswerten von Daten, was sowohl der Datensparsamkeit als auch der Datenvermeidung diametral entgegensteht.<sup>586</sup> In der Literatur wurde die Ansicht geäußert, Datensparsamkeit und Datenvermeidung sollten «heute nicht mehr das Ziel des Datenschutzes sein»<sup>587</sup>, stattdessen sollte die Selbstbestimmtheit der betroffenen Personen in den Vordergrund rücken und die aktive Kommerzialisierung ermöglicht werden.<sup>588</sup>

### 3. Zweckbindungsprinzip

Beim Grundsatz der Zweckbindung gemäss Art. 4 Abs. 3 DSGVO handelt es sich um eine Bearbeitungsregel, gemäss der eine Datenbearbeitung stets mit einem bestimmten Ziel oder Zweck zu erfolgen hat.<sup>589</sup> Eine Datenbeschaffung auf Vorrat, ohne Zweck, verstösst nicht nur gegen das Zweckbindungsprinzip, sondern auch gegen Treu und Glauben sowie gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip und ist damit rechtswidrig.<sup>590</sup> Der vom Datenbearbeiter festgelegte Zweck ist für ihn verbindlich.<sup>591</sup> Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der sich aus dem Gesetz ergibt, der bei der Beschaffung der Daten angegeben wurde oder der zumindest aus den Umständen ersichtlich war, wobei es bei einem solchen konkludenten Schliessen auf den nach Treu und Glauben für die betroffene Person erkennbaren Zweck ankommt.<sup>592</sup> Die betroffene Person muss von der Datenbearbeitung Kenntnis erlangen und nachvollziehen können, wie ihre Daten bearbeitet werden.<sup>593</sup> Pauschale Zweckangaben sind deshalb nicht ausreichend.<sup>594</sup> Wenn eine Datenbearbeitung auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht, misst sich der Zweck am Inhalt der Einwilligungserklärung.<sup>595</sup> Das Zweckbindungsgebot wird daher auch als die Grundlage der Einwilligung bezeichnet.<sup>596</sup>

Wird vom ursprünglichen Zweck abgewichen, müssen wiederum dieselben Voraussetzungen wie für die ursprüngliche Zwecksetzung eingehalten und allenfalls

---

einer unverhältnismässigen Datenbearbeitung möglich ist.

<sup>586</sup> BERANEK ZANON, S. 94; DORNER, CR 2014, S. 626; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 39; ähnlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1045 f.; BECKER, JZ 2017, S. 172; zu privatautonomer Disposition über Personendaten SPECHT, ODW 2017, S. 125.

<sup>587</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43.

<sup>588</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43.

<sup>589</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 34; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 13; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 31; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 67.

<sup>590</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 34; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 14.

<sup>591</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 34.

<sup>592</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 38 und 42 f., 45; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 13 f.; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 34; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

<sup>593</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 43; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 43; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

<sup>594</sup> CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 43; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

<sup>595</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 44; vgl. auch HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 48.

<sup>596</sup> BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 13; vgl. allerdings VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 2.

eine neue Einwilligung der betroffenen Person eingeholt werden.<sup>597</sup> Werden Daten an weitere Bearbeiter weitergegeben, ist die Zweckbindung auch vom Empfänger der Daten einzuhalten.<sup>598</sup>

Durch die allumfassende Nutzungsmöglichkeit digitaler Daten müsste das Einhalten des Zweckbindungsgebots in diesem Kontext durch organisatorische und technische Massnahmen gewährleistet werden.<sup>599</sup> Mit Big-Data-Analysen ist das Zweckbindungsprinzip schwer zu vereinbaren, da hier meist alle möglichen Daten gerade auch auf Vorrat gesammelt werden sollen, um sie im Nachhinein auf mögliche Korrelationen zu untersuchen.<sup>600</sup> Ein Argument für die Unvereinbarkeit von Big-Data-Analysen mit dem Zweckbindungsgebots ist deshalb, dass der Zweck häufig gar nicht angegeben werden kann,<sup>601</sup> wobei Teile der Lehre nicht allein deshalb «ohne weiteres die Unzulässigkeit von Big Data-Analysen»<sup>602</sup> annehmen wollen, da keine Verpflichtung zu einer Leistung bestehen könne, die objektiv gesehen unmöglich sei.<sup>603</sup>

Manche Stimmen in der Lehre zweifeln die Vereinbarkeit von Big Data mit dem Zweckbindungsgebots andererseits ganz generell an, da das Ziel von Big-Data-Analysen oft das Generieren von Erkenntnissen über Personen sein soll, welche nicht von einer Einwilligung der Betroffenen abgedeckt werden.<sup>604</sup>

Es gibt jedoch durchaus auch Big-Data-Analysen, welche die gesammelten Daten nicht auf eine im Vorhinein unbestimmte Zwecksetzung hin untersuchen, sondern bei denen bei der Erhebung der Personendaten schon ein Zweck umschrieben werden kann.<sup>605</sup> In der Praxis werden die Zwecke der Datenbearbeitungen häufig so ausführlich wie nötig, jedoch auch so flexibel bzw. allgemein wie möglich formuliert, was häufig zu unübersichtlichen und sehr langen Datenschutzerklärungen führt.<sup>606</sup> Es ist unklar, ab welchem Grad der Ungenauigkeit bei der Angabe des Bearbeitungszwecks

<sup>597</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 46; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1045.

<sup>598</sup> BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16.

<sup>599</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 39.

<sup>600</sup> Vgl. BAERISWYL, *digma* 2013, S. 14; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 30 ff.; dazu auch ZECH, CR 2015, S. 137, 139; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 421; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13; WEBER, Herausforderungen, S. 2 f.; DORNER, CR 2014, S. 626 f.; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 25; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 68; vgl. WEICHERT, ZD 2013, S. 256.

<sup>601</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 31; WEBER, Herausforderungen, S. 8; BAERISWYL, *digma* 2013, S. 16; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

<sup>602</sup> WEBER, Herausforderungen, S. 8; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 24 f.

<sup>603</sup> EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 24 f.; WEBER, Herausforderungen, S. 8; vgl. zur Unmöglichkeit der Zweckangabe CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 33 f.

<sup>604</sup> DORNER, CR 2014, S. 626; WEBER, Herausforderungen, S. 8; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 14a; BAERISWYL, *digma* 2013, S. 16; ähnlich BECKER, JZ 2017, S. 172; vgl. dazu EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 25.

<sup>605</sup> Ähnlich BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 14a, mit Hinweis auf die transparente Aufklärung der Kunden; WERKMEISTER/BRANDT, CR 2016, S. 238.

<sup>606</sup> Vgl. SCHWEITZER, S. 276 f.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44; BUCHNER, DuD 2015, S. 372.

die Einwilligungserteilung unwirksam ist.<sup>607</sup> Die Entwicklung hinreichend klarer Kriterien wäre zu begrüssen.<sup>608</sup>

#### 4. Erkennbarkeit

Schliesslich muss gemäss Art. 4 Abs. 4 DSGVO das Beschaffen von Personendaten und vor allem auch der Zweck der Datenbearbeitung für die betroffenen Personen erkennbar sein.<sup>609</sup> Die Erkennbarkeit umfasst neben der Datenbeschaffung und dem Zweck der Datenbearbeitung auch mindestens die Grundzüge der Datenbearbeitung.<sup>610</sup> Die Norm soll, zusammen mit Regelungen über Informationspflichten, die Transparenz der Datenbearbeitung erhöhen.<sup>611</sup> So soll Personen ermöglicht werden, sich einer Datenbearbeitung zu widersetzen.<sup>612</sup> In den Fällen, in welchen Informationspflichten bestehen, so beim Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen durch Private (Art. 14 DSGVO) und beim Beschaffen von Personendaten durch Bundesorgane (Art. 18 und 18a DSGVO), ist der Grundsatz der Erkennbarkeit nur subsidiär anzuwenden.<sup>613</sup>

Die Erkennbarkeit bemisst sich nach den konkreten Umständen.<sup>614</sup> Je weniger offensichtlich erkennbar eine Datenbearbeitung und deren Zweck für die betroffene Person ist, desto mehr zusätzliche Informationen muss der Datenbearbeiter zur Verfügung stellen.<sup>615</sup> Dabei sind insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben zu beachten und im Zweifelsfall mehr Informationen zur Verfügung zu stellen.<sup>616</sup> Werden Daten bei einem Dritten beschafft und ist dies für die betroffene Person nicht erkennbar, erfordert dieser Vorgang eine Information der betroffenen Person.<sup>617</sup> Die Anforderungen an die Erkennbarkeit sind umso höher, je komplexer die Datenbearbeitung und die Zeitspanne der Bearbeitung sind.<sup>618</sup>

---

<sup>607</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44.

<sup>608</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44.

<sup>609</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 47; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16a; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 63; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze; Botschaft DSGVO 2003, 2124 ff.

<sup>610</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 57; SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 52; Botschaft DSGVO 2003, 2125; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 64; a. A. BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16a, welche auf den Wortlaut der Norm abstellen.

<sup>611</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 47; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

<sup>612</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 51 und 57; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 44 f.

<sup>613</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 47; vgl. THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 64.

<sup>614</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 49.

<sup>615</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 50; Botschaft DSGVO 2003, 2125; vgl. BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16b f.

<sup>616</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 51; EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze.

<sup>617</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 50; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16c; THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 65; Botschaft DSGVO 2003, 2126; BGE 136 II 508, 517 f., E. 4.

<sup>618</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 51; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16c; Botschaft DSGVO 2003, 2126.

Hinsichtlich der neuen technischen Möglichkeiten der Datenerhebung und -bearbeitung kann die Erkennbarkeit problematisch sein.<sup>619</sup> Beispielsweise das Setzen von Cookies, das Einspielen personalisierter Werbung oder auch andere Formen der Datenbeschaffung und -nutzung sind nicht immer augenfällig; die Erkennbarkeit kann hier auch massgeblich von der technischen Versiertheit der betroffenen Person abhängen.

### 5. Zwischenergebnis

Es kann festgehalten werden, dass Big-Data-Anwendungen potenziell gegen die datenschutzrechtlichen Grundsätze verstossen können. Insbesondere ist dabei an die Grundsätze der Zweckbindung, der Transparenz und der Verhältnismässigkeit zu denken.<sup>620</sup> Die Existenz von Big-Data-Analysen kann nicht mehr rückgängig gemacht werden - ganz im Gegenteil, denn die technischen Möglichkeiten zur Analyse und Verknüpfung grosser Datenmengen nehmen stetig zu. Deshalb muss gerade angesichts der zukünftigen potenziellen Verstösse gegen die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Persönlichkeitsschutz der Betroffenen sichergestellt werden.<sup>621</sup>

## II. Einhalten der Bedingungen an eine informierte Einwilligung

Ein weiterer Grund für die Ansicht, die Persönlichkeit der betroffenen Personen sei gefährdet, ist, dass sich insbesondere im Big-Data-Kontext diverse Probleme hinsichtlich der Bedingungen für eine informierte Einwilligung in die Nutzung der erhobenen Personendaten stellen.<sup>622</sup> Es lässt sich sogar diskutieren, ob eine informierte Einwilligung in die Nutzung von Daten im Rahmen von Big-Data-Anwendungen überhaupt möglich ist.<sup>623</sup> Von der Rechtsprechung wurden die sich durch die neuen technischen Möglichkeiten stellenden Fragen bisher kaum adressiert.<sup>624</sup>

Zwar ist eine Einwilligung nur dann notwendig, wenn kein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt. Da die Abwägung, ob ein höherrangiges Interesse eine Datenbearbeitung rechtfertigt, jedoch erst im Nachhinein stattfindet, nur verbindlich durch den Richter vorgenommen wird und viele Unwägbarkeiten beinhaltet, wollen sich viele Unternehmen durch das Einholen der Einwilligung absichern und wählen deshalb dieses Instrument als Rechtsgrundlage für die Datenbearbeitung.<sup>625</sup> Dementprechend spielt die Einwilligung bei Datenbearbeitungen im privaten Sektor als

<sup>619</sup> THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung, S. 66, m. H. auf die Herausforderungen hinsichtlich der Erkennbarkeit der Bearbeitung und des Bearbeitungszwecks; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 24, lehnt die Erkennbarkeit in aller Regel ab.

<sup>620</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043 ff.

<sup>621</sup> Vgl. dazu auch EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 30.

<sup>622</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 172; ausführlich SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042 ff.; vgl. HOEREN/VÖLKELE, S. 72 ff.

<sup>623</sup> Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; BECKER, JZ 2017, S. 173; SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 102 f.

<sup>624</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 73; vgl. Urteil des BGer 1C\_230/2011 vom 31.05.2012 («Google Street View»).

<sup>625</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6; METZGER, AcP 2016, S. 823; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; vgl. KARIKARI, S. 125; kritisch SATTLER, Datenschuldrecht, S. 227, allerdings mit Hinweis auf das Risiko der Strategie, sich auf gesetzliche Erlaubnistatbestände zu stützen.

Rechtfertigungsgrund eine vorherrschende Rolle,<sup>626</sup> wobei sich dies allenfalls künftig ändern könnte.<sup>627</sup>

Gemäss Art. 4 Abs. 5 Satz 1 DSGVO muss die Einwilligung nach angemessener Information freiwillig erfolgen. Wenn es um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen geht, muss die Einwilligung zudem ausdrücklich erteilt werden (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO). Daraus ergeben sich die Voraussetzungen des Zeitpunkts der Erteilung, der angemessenen Information, der Freiwilligkeit und der Ausdrücklichkeit, welche im Folgenden diskutiert werden. Zusätzlich beruht die Gültigkeit der Einwilligung auf den allgemeinen rechtlichen Anforderungen wie insbesondere der Urteilsfähigkeit der einwilligenden Person.<sup>628</sup> Zu betonen ist, dass je höhere Anforderungen an die Einwilligung zu stellen sind, umso schwerer die potenzielle Persönlichkeitsverletzung ist und umso sensibler die zu bearbeitenden Personendaten sind.<sup>629</sup>

### 1. Zeitpunkt der Erteilung

Die Einwilligung muss grundsätzlich vor der Datenbearbeitung erteilt werden.<sup>630</sup> In der Lehre ist umstritten, ob sie in bestimmten Fällen auch nachträglich erfolgen kann, z. B. wenn die Datenbearbeitung im klaren Interesse der betroffenen Person lag.<sup>631</sup> Dieses Kriterium erscheint bei Big-Data-Analysen nicht unproblematisch zu sein. Die meisten datenbearbeitenden Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf die Einwilligung stützt, holen zwar im Vorhinein eine Einwilligung ein. Wird jedoch im konkreten Fall festgestellt, dass die Einwilligung nicht ausreichend war, könnte für die datenverarbeitenden Unternehmen die Möglichkeit einer Einwilligungserteilung im Nachhinein durchaus interessant sein, wobei die Möglichkeit der nachträglichen Einholung der Einwilligung allenfalls falsche Anreize schaffen könnte. Immerhin könnte eine nachträglich erteilte Einwilligung als «Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen aus Persönlichkeitsverletzung»<sup>632</sup> gewertet werden.

### 2. Angemessene Information

Die Einwilligung kann erst nach angemessener Information erteilt werden.<sup>633</sup> Gemäss der Botschaft zur Revision des DSGVO von 2003 orientiert sich der Begriff der Zustimmung an demjenigen der «Einwilligung des aufgeklärten Patienten».<sup>634</sup> Die betroffene Person muss dementsprechend im konkreten Fall über alle Informationen

<sup>626</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 55 und N 73; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 3.

<sup>627</sup> Dazu sogleich § 5, III.

<sup>628</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 56; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70 f.

<sup>629</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 3.

<sup>630</sup> SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 13 N 7; SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 58; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 113.

<sup>631</sup> Für die Möglichkeit einer nachträglichen Einwilligungserteilung SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 58; wohl auch BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 3; gegen diese Möglichkeit HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 113.

<sup>632</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 113.

<sup>633</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 59 f.; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 72.

<sup>634</sup> Botschaft DSGVO 2003, 2127.

verfügen, die zum Treffen einer freien Entscheidung nötig sind.<sup>635</sup> Das bedeutet auch, dass die betroffene Person aufgrund der Information die Konsequenzen und Risiken für ihre Persönlichkeitsrechte abschätzen können muss, welche durch die infrage stehende Datenbearbeitung entstehen.<sup>636</sup>

In der Regel muss die betroffene Person daher über den Zweck, die Art und Weise sowie den Umfang der Datenbearbeitung, über die Kategorien der bearbeiteten Daten sowie über den verantwortlichen Datenbearbeiter informiert werden.<sup>637</sup> Risiken für die Persönlichkeitsrechte, welche aus diesen Angaben nicht hervorgehen, sind ebenfalls anzugeben.<sup>638</sup> Die Art und Weise der Information der betroffenen Person muss sachlich und für den Empfänger verständlich sein, ansonsten ist sie dem Datenbearbeiter überlassen.<sup>639</sup> Ob die gewählte Form der Information angemessen ist, ist von der beabsichtigten Datenbearbeitung und der Intensität des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte abhängig.<sup>640</sup> Beim Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen gelten besondere Informationspflichten (Art. 14 DSGVO).

Die Einwilligung gilt nur für diejenigen Zwecke, für die sie erteilt wurde. Keine gültige Einwilligung stellt eine Einwilligung in eine unbestimmte Datenbearbeitung, deren Zweck nicht bekannt ist, dar.<sup>641</sup> Der Zweck muss hinreichend bestimmt sein, was pauschale Erklärungen oder Blankoeinverständnisse ausschliesst.<sup>642</sup> In der Praxis lassen übermässige<sup>643</sup> Einwilligungen und Generalvollmachten die Willenserklärung der betroffenen Person als Blankovollmachten erscheinen und führen nicht zur Limitierung der Datenbearbeitung.<sup>644</sup> Eine betroffene Person kann zwar eine weit gefasste Einwilligung erteilen, allerdings muss diese Einwilligung informiert und bewusst erfolgen und es ist unabdingbar, dass auch in diesem Fall klar ist, wo die Grenzen der Einwilligung liegen.<sup>645</sup> In Fällen der Blankovollmachten bzw. von Einwilligungen in nicht hinreichend konkretisierte Persönlichkeitsverletzungen könnte Sittenwidrigkeit gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB angenommen werden, wenn es sich um

<sup>635</sup> Botschaft DSGVO 2003, 2127; METZGER, AcP 2016, S. 823; SPECHT, JZ 2017, S. 766; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 72; BECKER, JZ 2017, S. 173; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21.

<sup>636</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 59, 62; SHK DSGVO-WERMELINGER, Art. 13 N 7; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 72 f.

<sup>637</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 60; SPECHT, JZ 2017, S. 766; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21.

<sup>638</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 61; siehe allerdings HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 74.

<sup>639</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 63; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 75, 77.

<sup>640</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 63.

<sup>641</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 31; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; METZGER, AcP 2016, S. 825.

<sup>642</sup> BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; METZGER, AcP 2016, S. 825; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; BECKER, JZ 2017, S. 173.

<sup>643</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; dazu auch METZGER, AcP 2016, S. 841 ff.

<sup>644</sup> SHK DSGVO-BAERISWYL, Art. 4 N 74, m. H. auf BGE 138 I 331, 344 ff., E. 7.4.2; BSK DSGVO-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f.

<sup>645</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 5.

eine übermässige Bindung handelt. Eine übermässige Bindung wäre z. B. eine Einwilligung aller oder auch eines sehr grossen Umfangs von Personendaten zu jedem beliebigen Zweck.<sup>646</sup>

Problematisch ist ausserdem, dass den betroffenen Personen in den meisten Fällen viel zu umfangreiche und unübersichtliche Einverständniserklärungen zur Erlangung ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligung vorgelegt werden, welche nur selten ganz gelesen und verstanden werden.<sup>647</sup> Gerade bei Big-Data-Anwendungen liegt es in der Natur der Sache, dass die erhobenen Daten zu sehr vielen verschiedenen Zwecken bearbeitet werden, sodass das Herstellen von Informiertheit sehr schwierig ist.<sup>648</sup> Dabei können die Betroffenen häufig nicht überblicken, in welche Datennutzungen und -weitergaben an Dritte sie einwilligen.<sup>649</sup> Aufgrund dieser (faktischen) Informationssasymmetrie<sup>650</sup> kann das Risiko der Datenbearbeitung für die Persönlichkeitsrechte durch die betroffenen Personen kaum abgeschätzt werden.<sup>651</sup> In diesen Fällen steht die Gültigkeit der Einwilligung infrage.<sup>652</sup>

### 3. Freiwilligkeit

Die Einwilligung hat freiwillig zu erfolgen, ohne Druckausübung und ohne negative Rechtsfolgen im Falle der Nichterteilung; dies beurteilt sich nach den Umständen.<sup>653</sup> Eine aufgrund Täuschung, Drohung oder Zwang erteilte Einwilligung ist ungültig.<sup>654</sup> Allerdings stellt nicht jede Einschränkung der Entscheidungsfreiheit die Freiwilligkeit infrage.<sup>655</sup> Mit der Nichterteilung der Einwilligung verbundene Nachteile sind zumutbar, wenn sie verhältnismässig sind und einen Bezug zum Zweck der Datenbearbeitung haben.<sup>656</sup> Nachteile, insbesondere wirtschaftlicher Art, welche mit einer

<sup>646</sup> BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f.; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 5.

<sup>647</sup> Dazu SCHWEITZER, S. 276 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 54; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 644; METZGER, AcP 2016, S. 829; METZGER, GRUR 2019, S. 134; SPECHT, JZ 2017, S. 766; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 179; KILIAN, Gegenleistung, S. 203; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22; BUCHNER, DuD 2015, S. 372; DIVSI, Ware und Währung, S. 17 f.; dazu auch HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270.

<sup>648</sup> Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043; KILIAN, Gegenleistung, S. 192; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270; BUCHNER, DuD 2015, S. 372; vgl. EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 106 f.; HERMSTRÜWER, S. 77.

<sup>649</sup> METZGER, AcP 2016, S. 829; ähnlich BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16i; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9.

<sup>650</sup> METZGER, AcP 2016, S. 829; METZGER, GRUR 2019, S. 134; SCHÄFER/OTT, S. 80; KILIAN, Gegenleistung, S. 192; SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; dazu auch HERMSTRÜWER, S. 236 ff.

<sup>651</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74; vgl. SPECHT, DGRI 2017, N 12; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 21.

<sup>652</sup> Ablehnend z. B. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9; vgl. SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; SATTLER, Datenschutzrecht, S. 226.

<sup>653</sup> SHK DSG-WERMELINGER, Art. 13 N 7; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 65 ff.; METZGER, AcP 2016, S. 823.

<sup>654</sup> BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 6.

<sup>655</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 66; vgl. Botschaft DSG 2003, 2127.

<sup>656</sup> BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 6; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 14; Beispiele, in denen Freiwilligkeit angenommen wird, bei HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 97.

Verweigerung der Einwilligung allenfalls verbunden sind, stellen keinen unzulässigen Druck dar.<sup>657</sup> Gerade in Dauerschuldverhältnissen kann aber die Nichterteilung der Einwilligung möglicherweise Nachteile mit sich ziehen, welche unverhältnismässig sind.<sup>658</sup> Auch wenn ein Nachteil keinen Bezug zum Bearbeitungszweck aufweist, kann die Gültigkeit der Einwilligung beeinträchtigt sein.<sup>659</sup>

An der Freiwilligkeit fehlt es, wenn die betroffene Person z. B. aufgrund eines faktischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Machtgefälles keine andere Wahl hat als der Datenbearbeitung zuzustimmen.<sup>660</sup> Gerade bei Verträgen, in denen die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Services davon abhängt, ob die Einwilligung in eine mehr oder weniger weitreichende Datenbearbeitung erteilt wird, kann die Freiwilligkeit infrage stehen.<sup>661</sup> Allerdings sollte der «blosse Wunsch, eine bestimmte Leistung zu erhalten, nicht in eine Zwangslage umgedeutet werden.»<sup>662</sup> Keine Zwangslage ist jedenfalls anzunehmen, wenn die betroffene Person die Wahl zwischen mehreren vergleichbaren Angeboten hat, wenn sie auf die angebotene Leistung verzichten kann, oder wenn sie die Leistung auch ohne Datenbearbeitung und stattdessen gegen ein Entgelt beziehen kann.<sup>663</sup> Zweifel an der Freiwilligkeit können sich jedoch in gewissen Fällen ergeben, wenn der Markt für die entsprechende Leistung von Monopolen oder Oligopolen geprägt ist und das Nutzen eines Dienstes nicht nur sozial üblich ist, sondern sich auch keine Alternativen bieten.<sup>664</sup> In der Lehre werden klare Grenzen der Einwilligung gefordert, wenn diese aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen und Monopolstellungen kaum freiwillig erfolgen kann.<sup>665</sup> Zu bedenken ist dabei auch, dass die Position der Betroffenen, die Vertragsbedingungen auszuhandeln,

<sup>657</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 66; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f.

<sup>658</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 67; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f, z. B. eine Kündigungsandrohung im Arbeitsverhältnis; Botschaft DSG 2003, 2127.

<sup>659</sup> BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16f; Botschaft DSG 2003, 2127.

<sup>660</sup> METZGER, AcP 2016, S. 823; SPECHT, JZ 2017, S. 766; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 17; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 14; HERMSTRÜWER, S. 61 f.; dazu auch BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 7; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 103 ff.

<sup>661</sup> Vgl. BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 8; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 139, kritisch zu Koppelungsverboten S. 164; HERMSTRÜWER, S. 61; METZGER, AcP 2016, S. 823, m. w. H., und SPECHT, DGRI 2017, N 20 ff., zum Koppelungsverbot des deutschen Rechts; vgl. auch SCHNEIDER, S. 125 f.; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; SCHWEITZER, S. 275; FAUST, S. 89 ff.

<sup>662</sup> METZGER, AcP 2016, S. 823.

<sup>663</sup> METZGER, AcP 2016, S. 823.

<sup>664</sup> BECKER, JZ 2017, S. 174; METZGER, AcP 2016, S. 823, vgl. 828; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; SCHWEITZER, S. 279; WEICHERT, NJW 2001, S. 1466; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 203; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 17; Beispiele für Fälle, in denen keine Freiwilligkeit angenommen wurde, bei HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 98.

<sup>665</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74; vgl. auch VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 17 ff.

eher schlecht bis nicht vorhanden ist.<sup>666</sup> Ein gesetzliches Koppelungsverbot, wie es Art. 7 Abs. 4 DSGVO vorsieht, existiert jedoch in der Schweiz bisher nicht.<sup>667</sup>

#### 4. Ausdrücklichkeit der Einwilligung

Handelt es sich nicht um besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, kann die Einwilligung explizit oder konkludent erfolgen.<sup>668</sup> Eine besondere Form ist nicht erforderlich.<sup>669</sup> Im Schweizer Recht ist deshalb bisher eine sog. «Opt-out»-Möglichkeit zulässig, also z. B. auf Internetseiten von Webshops das Feld zur Einwilligungserteilung vorweg auszufüllen, sodass der Betroffene das gesetzte Häkchen explizit entfernen muss, wenn er in die Datenbearbeitung nicht einwilligen möchte.<sup>670</sup>

Bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten ist eine stillschweigende Einwilligung dagegen ausgeschlossen, denn sie hat immer ausdrücklich, d. h. als klare Willensäußerung, zu erfolgen.<sup>671</sup> Schriftlichkeit wird indes nicht verlangt, wobei diese in der Praxis allein schon aus Gründen der Beweisbarkeit eine wichtige Rolle spielt.<sup>672</sup>

#### 5. Einwilligung durch Minderjährige?

Zusätzlich beruht die Gültigkeit der Einwilligung auf den allgemeinen rechtlichen Anforderungen wie insbesondere der Urteilsfähigkeit der einwilligenden Person.<sup>673</sup> Die Einwilligung in eine Datenbearbeitung kann auch durch einen Stellvertreter ausgeübt werden.<sup>674</sup> Hinsichtlich der Einwilligung durch Minderjährige, welche im DSG

---

<sup>666</sup> BECKER, JZ 2017, S. 174, sowie JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 182, und HÖRNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270, sowie BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 107 f., 139, jeweils mit Hinweis auf die «take it or leave it»-Situation; WEICHERT, NJW 2001, S. 1466; VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 214; DORNER, CR 2014, S. 626.

<sup>667</sup> Zum Koppelungsverbot z.B. SCHWARTMANN/HENTSCHE, PinG 2016, S. 123 f.; SATTLER, Personenbezug, S. 74. Die Tragweite des durch die DSGVO vorgesehenen Koppelungsverbots ist jedoch noch nicht völlig geklärt, vgl. METZGER, AcP 2016, S. 824.

<sup>668</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16h; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9; Botschaft DSG 2003, 2127; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 77 ff., in N 80 ff. zum Stillschweigen im Besonderen. Art. 7 DSGVO schreibt dagegen zwar keine besondere Form der Einwilligung vor, in Erwägungsgrund 32 wird jedoch eine «eindeutig bestätigende Handlung» des Betroffenen gefordert, womit «Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person» ausgeschlossen werden; dazu z. B. BECKER, JZ 2017, S. 173; SATTLER, Datenschutzrecht, S. 238.

<sup>669</sup> BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 9; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 43; Botschaft DSG 2003, 2127.

<sup>670</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 74; im Gegensatz zur DSGVO, vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 766.

<sup>671</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 69; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 78, 83.

<sup>672</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 69 f.; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16h; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 78, 83; VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015, Rz 25 ff.

<sup>673</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70 f.

<sup>674</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 56; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 108.

nicht ausdrücklich geregelt ist, hat sich der Bundesrat kritisch geäussert,<sup>675</sup> vor allem in der Schweizer Lehre wurde dieses Thema jedoch bisher angesprochen.

Der EDÖB hat immerhin einige Hinweise zum Jugendschutz im Internet herausgegeben.<sup>676</sup> Während der Teil der Lehre, der sich überhaupt äussert, die Meinung vertritt, Minderjährige könnten einer Datenbearbeitung zustimmen, wenn sie hinsichtlich dieser urteilsfähig sind, wobei je nach Menge und Art der zu bearbeitenden Daten aber auch eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters notwendig ist,<sup>677</sup> fordert der EDÖB in jedem Fall die ausdrückliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.<sup>678</sup> Im Rahmen der elterlichen Vertretungsbefugnis können Eltern in Datenbearbeitungen hinsichtlich urteilsunfähiger Kinder einwilligen, allerdings nur innerhalb der elterlichen Sorge, sofern keine Interessenkollision besteht und solange es sich nicht um einen derartig schweren Eingriff in die Persönlichkeit des Kindes handelt, dass eine Vertretung ausgeschlossen ist.<sup>679</sup>

In der Praxis ist es aber für Webseitenbetreiber häufig kaum möglich, die Identität der Webseitenbesucher zweifelsfrei festzustellen.<sup>680</sup> Der Vorschlag des EDÖB, Webseitenbetreiber sollten zunächst die Adressen der Minderjährigen und sodann die Zustimmung brieflich bei den gesetzlichen Vertretern erfragen,<sup>681</sup> erscheint selbst bei Webseiten, die eine Registrierungspflicht beinhalten, wenig praktikabel. Es wird sich jedenfalls kaum durchsetzen, die Einwilligung zur Bearbeitung von Daten, die sich auf Minderjährige beziehen, jedes Mal schriftlich bei den gesetzlichen Vertretern einzuholen. Zu bedenken ist, dass Minderjährige einfach auf ausländische Webpages ausweichen können.

Allenfalls könnten Minderjährige jedoch durch technische Schutzmassnahmen auf durch sie verwendeten Geräten (z. B. Programme zum Abblocken bestimmter Datenerhebungen im Hintergrund) vor unerwünschten Datenbearbeitungen geschützt werden, zumindest sofern sie die fraglichen Daten nicht selbst z. B. in sozialen Netzwerken offenbaren. So praktikabel diese Lösung auf der einen Seite ist, erscheint andererseits bedenklich, dass hier von Betroffenen aktive Schutzmassnahmen ergriffen werden müssen, obschon aus rechtlicher Sicht den Datenbearbeitern der Nachweis eines Rechtfertigungsgrunds für eine Persönlichkeitsverletzung zukommt. Andererseits sind Personendatenbearbeitungen in der Schweiz erlaubt, solange die datenschutzrechtlichen Grundsätze eingehalten werden und die Betroffenen nicht widersprechen.<sup>682</sup> Den Datenbearbeitern kann ausserdem zugutegehalten werden, dass sie

---

<sup>675</sup> Bericht BR Evaluation, S. 350, wonach sich «Minderjährige der Risiken und Folgen der Verarbeitung personenbezogener Daten weniger bewusst sind als Erwachsene».

<sup>676</sup> EDÖB, TB 16, N 33 f.

<sup>677</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 16g; für das deutsche Recht WEICHERT, NJW 2001, S. 1469; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 637 f.; BUCHNER/KÜHLING, DuD 2017, S. 546; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 247 f.

<sup>678</sup> EDÖB, TB 16, N 33 f.

<sup>679</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 70.

<sup>680</sup> EDÖB, TB 16, N 33.

<sup>681</sup> EDÖB, TB 16, N 34.

<sup>682</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 66.

kaum sicher feststellen können, ob der Nutzer, welcher online einer Datenbearbeitung zustimmt, volljährig und tatsächlich diejenige Person ist, die er zu sein vorgibt.<sup>683</sup>

### 6. Zwischenergebnis

Hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung sind insbesondere die Voraussetzungen der angemessenen Information der betroffenen Personen und die Freiwilligkeit der Erteilung problematisch. Einerseits ist der Schutz der Betroffenen dadurch teilweise nicht mehr gewährleistet, andererseits ist auch fraglich, ob die Einwilligung noch eine rechtssichere Grundlage für Datenbearbeitungen bietet.<sup>684</sup>

### III. «Flucht» aus der Einwilligung?

Im deutschen Rechtskreis wurde nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung vorgebracht, Unternehmen könnten sich für die Datenbearbeitung, insbesondere bei «Leistung-gegen-Daten»-Verträgen, auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO stützen, wonach eine Datenbearbeitung rechtmässig ist, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Massnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen, notwendig ist.<sup>685</sup> Gemäss dieser Auslegung der Norm käme es für die fragliche Datenbearbeitung nicht mehr auf die datenschutzrechtliche Einwilligung der betroffenen Person an, womit die damit verbundenen Unsicherheiten, insbesondere hervorgerufen durch die freie Widerrufbarkeit, entfielen.<sup>686</sup> Könnten sich datenbearbeitende Unternehmen auf alternative Rechtfertigungsgründe stützen und auf die datenschutzrechtliche Einwilligung weitgehend verzichten – und würde damit eine «Flucht aus der Einwilligung»<sup>687</sup> stattfinden –, wäre gerade hinsichtlich der Verträge, in denen Personendaten als Gegenleistung hingegeben werden, zu prüfen, ob die Persönlichkeit der Betroffenen noch ausreichend geschützt ist. Ausserdem sollte das Verhältnis dieses Rechtfertigungsgrunds mit der in Art. 7 Abs. 1 DSGVO festgehaltenen freien Widerrufbarkeit der Einwilligung untersucht werden.<sup>688</sup> Diese Fragen sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Interessant ist jedoch der Ansatz einer Alternative zur Einwilligung in Form eines überwiegenden privaten Interesses auch für die Schweiz.

Auch in der Schweiz könnten datenbearbeitende Unternehmen aufgrund der hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Einwilligung bestehenden Unsicherheiten versuchen, sich auf andere Rechtfertigungsgründe zu stützen. Neben der Einwilligung stehen gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG eine gesetzliche Grundlage und überwiegende

<sup>683</sup> Vgl. KILIAN, *Gegenleistung*, S. 192; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22.

<sup>684</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1046; vgl. dazu auch SCHWEITZER, S. 278 f.; BECKER, JZ 2017, S. 173 ff.; SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22.

<sup>685</sup> Dazu z. B. SCHWEITZER, S. 281 f.; METZGER, GRUR 2019, S. 132; SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 8; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 236; ablehnend FAUST, S. 91; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 218; ZOLL, S. 182; dazu auch SATTLER, *Proposal* (erscheint demnächst); SATTLER, *Personenbezug*, S. 69 f.

<sup>686</sup> Dazu SCHWEITZER, S. 281 f.; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 226, 236 f.; SATTLER, *Personenbezug*, S. 69 f.; ablehnend FAUST, S. 91; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 218; ZOLL, S. 182.

<sup>687</sup> SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 225 f.

<sup>688</sup> Dazu auch SATTLER, *Proposal* (erscheint demnächst).

private Interessen als weitere Rechtfertigungsgründe zur Verfügung. Ein überwiegendes privates Interesse der datenbearbeitenden Person kommt infrage, wenn in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags Personendaten über den Vertragspartner bearbeitet werden (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO). Mit diesem sog. Rechtfertigungsgrund des Vertragsabschlusses wird das Interesse des Bearbeitenden anerkannt, Personendaten über den Vertragspartner zu bearbeiten, wenn dies in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages steht. Risiken eines Vertragsschlusses sollen durch Bearbeiten sachdienlicher Daten über den Vertragspartner reduziert und vertragliche Ansprüche durchgesetzt werden können.<sup>689</sup> Bearbeiter von Daten können auch andere Informationsbedürfnisse haben, z. B. weil das Leistungsangebot auf die Bedürfnisse und Erwartungen des Vertragspartners abgestimmt werden soll. Solche Informationsbedürfnisse sind allerdings nicht das diesem Rechtfertigungsgrund zugrunde liegende Motiv.<sup>690</sup> Der Rechtfertigungsgrund des Vertragsschlusses umfasst jede Art des Bearbeitens von Personendaten und entfaltet im unmittelbaren Vorfeld des Vertragsschlusses, d. h. bei der Angebotsstellung, den Verhandlungen und beim Abschluss des Vertrags, sowie bei der Abwicklung des Vertrags Wirkungen.<sup>691</sup> Er gilt allerdings jeweils nur zum Zweck der Reduktion des Vertragsrisikos und muss sowohl verhältnismässig sein als auch nach einer Interessenabwägung die Datenschutzinteressen der betroffenen Person überwiegen.<sup>692</sup> Dieser Rechtfertigungsgrund kann dagegen nicht verwendet werden, um eine Datenbearbeitung zur eigentlichen Vertragserfüllung, wie z. B. bei einem «Leistung-gegen-Daten»-Vertrag, zu rechtfertigen.<sup>693</sup>

Gemäss der Lehre kann im Vertragsverhältnis davon ausgegangen werden, die Einwilligung in alle für die Vertragserfüllung notwendigen Datenbearbeitungen sei (stillschweigend) erteilt. Deshalb sei ein Berufen auf den Rechtfertigungsgrund des Vertragsabschlusses auch gar nicht nötig.<sup>694</sup> Diese Ansicht scheint jedoch den heutigen Entwicklungen hinsichtlich der Kommerzialisierung von Personendaten noch keine Rechnung zu tragen<sup>695</sup> und geht deshalb nicht auf die neuen Vertragsmodelle mit Personendaten als Gegenleistung und die Herausforderungen hinsichtlich der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung ein. Einerseits lässt sich deshalb festhalten, dass der Rechtfertigungsgrund in Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO nach dem bisherigen Meinungsstand keine Grundlage bietet, um eine Personendatenbearbeitung als vertragliche Gegenleistung zu rechtfertigen. Der Wortlaut des Artikels stünde einer solchen Auslegung zwar nicht entgegen, wohl aber der Sinn und Zweck der Norm. Da auch in der Botschaft zur Totalrevision des DSGVO nichts darüber zu finden ist, dass der

---

<sup>689</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 29.

<sup>690</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 29; vgl. HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 40.

<sup>691</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 30; HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 38 f.

<sup>692</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 30 f.

<sup>693</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 33; unentschieden HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

<sup>694</sup> BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 33.

<sup>695</sup> Siehe die aufgeführten Beispiele in BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 33.

Rechtfertigungsgrund des Vertragsschlusses auch auf Datenbearbeitungen zur Vertragserfüllung anwendbar sein soll,<sup>696</sup> scheint dieser Artikel zumindest nach dem bisherigen Meinungsstand keine verlässliche Alternative zur datenschutzrechtlichen Einwilligung zu sein. Für die Zukunft ist es aber zumindest nicht ausgeschlossen, das Interesse an einer Personendatenbearbeitung als vertragliche Gegenleistung als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, zumal die Aufzählung der überwiegenden privaten Interessen in Art. 13 Abs. 2 DSGVO nicht abschliessend ist.

#### IV. Rechtsdurchsetzung

In der Praxis scheinen die datenschutzrechtlichen Schutzmechanismen häufig wirkungslos zu sein, da sie umgangen werden können und/oder ihre Einhaltung sich durch die Betroffenen nicht sicherstellen lässt.<sup>697</sup> Die Durchsetzung ihrer Rechte kann für die Betroffenen häufig schwierig sein, vor allem wenn sich die sie betreffenden Daten inzwischen im Ausland befinden.<sup>698</sup> Im Ausland kommen oft andere – und schlimmstenfalls keine oder extrem laxe – Datenschutzbestimmungen zur Anwendung.<sup>699</sup> Ausserdem sind allein schon hierzulande datenschutzrechtliche Begrenzungen, z. B. betreffend die Zweckbindung und den Umfang der Datenbearbeitung sowie das Löschen von Daten, bisher praktisch kaum durchsetzbar.<sup>700</sup> Wie bereits dargestellt, müssen die betroffenen Personen häufig den sie betreffenden Daten mit einer Reihe von Auskunfts- und Löschungsansprüchen bei diversen Unternehmen nachlaufen, was unrealistisch erscheint.<sup>701</sup> Es ist für die Betroffenen schwierig, an Informationen über ihre Daten heranzukommen.<sup>702</sup> Für die datenbearbeitenden Unternehmen gibt es dementsprechend faktisch die Möglichkeit, das Löschen der Personendaten zu unterlassen und sie stattdessen weiterhin wirtschaftlich zu nutzen.<sup>703</sup> Die betroffenen Personen benötigen deshalb wirksame Mittel, um sich vor persönlichkeitsrechtsverletzender Datenbearbeitung schützen zu können, was vor allem heisst, dass die Löschung der sie betreffenden Daten sichergestellt werden muss.<sup>704</sup>

Zu hoffen ist, dass die im Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung mit ihren strengeren Mechanismen und Bussgeldern für eine Verbesserung des Schutzes der betroffenen Personen sorgen wird. Auch das Schweizer Datenschutzgesetz befindet sich derzeit in Totalrevision. Dabei hängen die meisten Neuerungen

---

<sup>696</sup> Vgl. Botschaft DSGVO 2017, 7074 f.

<sup>697</sup> BECKER, JZ 2017, S. 174; DIVISI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 106 f.

<sup>698</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174; ähnlich auch SATTLER, JZ 2017, S. 1040; BECKER, JZ 2017, S. 174 f.

<sup>699</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 173.

<sup>700</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 172.

<sup>701</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1040.

<sup>702</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 172.

<sup>703</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; vgl. Becker, JZ 2017, S. 174 f., m. H. auf die faktische Möglichkeit der Datennutzung; HOPPEN, CR 2015, S. 804.

<sup>704</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

mit den Entwicklungen der Datenschutzgesetzgebung des Europarats und der Europäischen Union, insbesondere der Datenschutzgrundverordnung, zusammen.<sup>705</sup> Die maximale Höhe der im Entwurf des revidierten DSG vorgesehenen Bussen beträgt allerdings lediglich CHF 250'000, was massiv unter den maximalen Geldbussen der DSGVO liegt.<sup>706</sup>

#### V. Unzerstörbarkeit semantischer Information und De-Anonymisierung

Wem im Einzelfall die Bearbeitung von Personendaten gestattet werden soll, muss auch unter dem Gesichtspunkt erwogen werden, dass semantische Information nicht zerstört werden kann.<sup>707</sup> Semantische Information ist nämlich nicht an eine bestimmte Zeichenfolge gebunden.<sup>708</sup> Syntaktische Information kann dagegen zerstört werden, indem man sie auf jedem existierenden Datenträger löscht.<sup>709</sup> Personendaten werden schliesslich genau über diese semantische Ebene, d. h. die Bedeutungsebene, definiert,<sup>710</sup> denn Personendaten liegen immer dann vor, wenn ein Personenbezug besteht. Auch Schlüsse, die durch Analyse der Personendaten gezogen wurden, können der Bedeutungsebene zugeordnet werden.

Die Tatsache der Unzerstörbarkeit von semantischer Information ist insbesondere von Bedeutung, weil die Gewährleistung der Anonymisierung heute in Zweifel gezogen wird. Gerade im Big-Data-Kontext ist es möglich, durch Kombination mehrerer Datensets Daten zu de-anonymisieren, d. h. den Personenbezug wiederherzustellen.<sup>711</sup> So können aus vormals anonymisierten Daten, auf die das Datenschutzrecht keine Anwendung findet, wieder Personendaten gemacht werden.

Das Problem ist in diesen Fällen, dass die betroffenen Personen sie betreffende Daten im Glauben an die vermeintliche Anonymität preisgegeben haben. Möglicher-

<sup>705</sup> Botschaft DSG 2017, 6943; vgl. HUSI-STÄMPFLI, Jusletter vom 07.05.2018, Rz. 13; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 15; vgl. Medienmitteilung BR 15.09.2017. Für eine Übersicht der Auswirkungen der DSGVO auf die Schweiz siehe z. B. BERGAMELLI, Jusletter vom 30.04.2018.

<sup>706</sup> Vgl. dazu Art. 83 DSGVO, insbesondere Abs. 4 (maximal 10'000'000 Euro oder bis zu 2% des weltweit erzielten Jahresumsatzes) und Abs. 5 (maximal 20'000'000 Euro oder bis zu 4% des weltweit erzielten Jahresumsatzes), sowie Art. 54 ff. E-DSG.

<sup>707</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; vgl. auch WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 6: «Das Internet vergisst nichts»; vgl. HERMSTRÜWER, S. 109 ff.; BULL, S. 62 f.

<sup>708</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 27.

<sup>709</sup> Oder jeden existierenden Datenträger zerstört; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 57; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 18, zu den verschiedenen Informationsebenen ausführlich S. 37 ff.

<sup>710</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 33; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 3; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 54 f.; ZECH, CR 2015, S. 138.

<sup>711</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1046; WENDEHORST, Data Economy, S. 331 f.; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, 419, 422 f.; DORNER, CR 2014, S. 628; EPINEY, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz. 3, 12, 14; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 27; HEYMANN, CR 2016, S. 656; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 25; KÜHLING/KLAR, NJW 2013, S. 3612 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 25; BERANEK ZANON, S. 88; ESKEN, S. 78; BAERISWYL, digma 2013, S. 15; BAERISWYL, Anonymisierung, S. 51; CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015, Rz 12 ff.; DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416; HERMSTRÜWER, S. 100 ff.; vgl. HK DSG-ROSENTHAL, Art. 3 N 38; WEICHERT, ZD 2013, S. 257; kritisch dazu BULL, S. 16 f.

weise hätten die Betroffenen diese Daten nie – oder zumindest nicht an diesen Bearbeiter – preisgegeben, wenn sie von der späteren Eventualität der De-Anonymisierung gewusst hätten. Ausserdem lassen sich die Daten nun praktisch nicht mehr «zurücknehmen».<sup>712</sup> Durch die leichte Kopierbarkeit von Daten und die Unzerstörbarkeit semantischer Information vergisst das Internet buchstäblich nie. Falls die Betroffenen überhaupt von der De-Anonymisierung erfahren, ist für sie kaum noch nachvollziehbar, wer die sie betreffenden Daten inzwischen alles gespeichert hat und (potenziell) nutzen kann – und wo sich diese Daten beispielsweise zum Nachteil der Betroffenen auswirken könnten. Da die Bestimmbarkeit einer Person also nicht mit Sicherheit für die Zukunft ausgeschlossen werden kann, wird teilweise gefordert, alle Daten wie Personendaten zu behandeln.<sup>713</sup>

## VI. Ergebnis

Im Ergebnis ist es nicht nur, aber gerade auch bei Big-Data-Anwendungen schwierig, die datenschutzrechtlichen Grundsätze einzuhalten und eine gültige Einwilligung einzuholen.<sup>714</sup> Insbesondere die Anforderung, den Zweck einer Datenbearbeitung präzise genug anzugeben, wirkt sich als Unsicherheitsfaktor aus, da sich im Zweifelsfall nicht rechtssicher auf die Gültigkeit der eingeholten Einwilligung verlassen werden kann. Es ist fraglich, ob die Einwilligung sowie die Datenschutzgrundsätze noch geeignet sind, um den Umgang mit Personendaten in der Datenwirtschaft rechtlich zu erfassen.<sup>715</sup> So werden einerseits Möglichkeiten untersucht, mit welchen die Einwilligung zu «einem praktisch wirksameren Instrument der freien und informierten Selbstbestimmung über die eigenen Privatheitsanliegen»<sup>716</sup> gemacht werden könnte, z. B. durch erhöhte Transparenz- und Informationspflichten sowie «privacy by design»- und «privacy by default»-Überlegungen.<sup>717</sup> Andererseits werden Zweifel geäußert, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung überhaupt noch das taugliche Mittel ist, um die informationelle Selbstbestimmung bzw. Datensouveränität<sup>718</sup> wirksam umzusetzen.<sup>719</sup>

Dennoch kommt der datenschutzrechtlichen Einwilligung mangels alternativer Rechtsgrundlagen für Datenbearbeitungen eine besondere Bedeutung zu.<sup>720</sup> Gerade

---

<sup>712</sup> BECKER, JZ 2017, S. 174.

<sup>713</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 25, mit Abstellen auf «potenziell personenbezogene Daten», was sich in der Praxis wohl aber wiederum als unklar erweisen würde.

<sup>714</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 172.

<sup>715</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 127; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 34; ähnlich AEBI-MÜLLER, N 585 ff.

<sup>716</sup> SCHWEITZER, S. 278.

<sup>717</sup> Z. B. SCHWEITZER, S. 278; kritisch HERMSTRÜWER, S. 379 ff., 386.

<sup>718</sup> SCHWEITZER, S. 278.

<sup>719</sup> SCHWEITZER, S. 278, 304; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 127; FEZER, ZD 2017, S. 101 f.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 34; ähnlich AEBI-MÜLLER, N 585 ff.; vgl. auch UNSELD, GRUR 2011, S. 983; für ein Festhalten am Einwilligungsmodell hingegen BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 108 ff.

<sup>720</sup> Dazu HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6; dies auch angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe des Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG, z. B.

wenn es um Big-Data-Anwendungen geht, scheinen die bisherigen Datenschutzprinzipien zwar notwendig, aber noch nicht ausreichend zu sein.<sup>721</sup> Zudem werden Personendaten international gehandelt bzw. weitergegeben, weshalb sich im Einzelfall schnell ein Auslandsbezug ergeben kann. Auch dies kann zu einem Anpassungsbedarf führen, gerade auch in Hinblick auf die Durchsetzung der Rechte der betroffenen Personen.<sup>722</sup> Hinsichtlich der Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Personen wird also gesamthaft ein Handlungsbedarf erkannt.

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

BGE 138 II 346, 358, E. 7.2, sowie 135 II 508, 521, E. 5.2.4, gemäss welcher die Rechtfertigung einer Personendatenbearbeitung entgegen den datenschutzrechtlichen Grundsätzen zwar nicht generell ausgeschlossen ist, im konkreten Fall jedoch nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden kann.

<sup>721</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 173.

<sup>722</sup> Vgl. KILIAN, CRi 2012, S. 173.



## § 6 Beteiligung am Wert der Daten

Ob der Schutz der Betroffenen noch gewährleistet ist, ist nicht die einzige Frage, die sich im Zusammenhang mit Big-Data-Analysen stellt. Eine weitere ist, ob die Nutzer von smarten Geräten, also beispielsweise Nutzer von automatisierten und vernetzten Fahrzeugen, vor Datenauswertungen nur geschützt werden müssen, oder ob sie auch am Wert der entstehenden Daten beteiligt werden sollen. Manche Ansätze schlagen eine Beteiligung der Betroffenen am durch Bearbeiten der sie betreffenden Daten generierten Gewinn vor.<sup>723</sup> Diese Forderung geht über die bloße Schutzfunktion des Datenschutzrechts hinaus.<sup>724</sup> Die Wertbeteiligung wird vor allem als Vorteil eines möglichen eigentumsartigen Rechts an Personendaten argumentiert,<sup>725</sup> vereinzelt wird jedoch auch die Ausschüttung von Gewinnanteilen gefordert.<sup>726</sup>

Das zweite Interesse, welches für das Spannungsdreieck des Datenhandels untersucht wird, ist deshalb die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der sie betreffenden Daten.<sup>727</sup> Zunächst muss dafür die grundlegende Frage beantwortet werden, nach welchen Anknüpfungspunkten den betroffenen Personen eine Rechtsposition zugewiesen werden könnte, die eine solche Beteiligung zulässt.<sup>728</sup> Möglich erscheint zunächst, eine solche Beteiligung an eine Investition in das Nutzbarmachen von Daten zu knüpfen (I.). Auch ein Anknüpfen an das Erzeugen und Offenbaren von Personendaten wäre denkbar (II.). Schliesslich soll untersucht werden, ob der reine Persönlichkeitsbezug als Anknüpfungspunkt für eine Beteiligung am Wert der Daten ausreichen kann (III.).

Anlässlich der Frage, wer am Wert von Personendaten teilhaben soll, ist nach der Untersuchung der möglichen Anknüpfungspunkte zu prüfen, ob und wie sich der Wert von Personendaten bestimmen lässt (IV.). Ausserdem ist die sogenannte Mehrrelationalität von Personendaten eine Herausforderung, die abschliessend kurz dargestellt wird (V.).

### I. Investition als Anknüpfungspunkt

Besonders die Verfechter eines künftigen eigentumsartigen Rechts an Personendaten argumentieren, der Wert von Personendaten müsse gerechterweise den Betroffenen zugewiesen werden, da sie schliesslich diejenigen seien, welche die Daten erzeugen.<sup>729</sup> Dieser Gedanke basiert im Grunde auf der Arbeitstheorie nach LOCKE, wonach jede Person ihr eigener Herr ist und deshalb an dem berechtigt sein soll, was sie

<sup>723</sup> Z. B. FEZER, *Digitales Dateneigentum*, S. 129; FEZER, *Repräsentatives Dateneigentum*, S. 46; FEZER, *MMR* 2017, S. 5; FEZER, *ZD* 2017, S. 102; SCHWARTMANN/HENTSCH, *PinG* 2016, S. 120 ff.; KILIAN, *CRi* 2012, S. 172; NAUMER, S. 236; vgl. DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 18, 43, 70 ff.; dazu kritisch SPECHT, *GRUR Int.* 2017, S. 1042; SPECHT, *Regulierungsbedarf*, S. 302; RICHTER/HILTY, S. 252 f.; BISGES, *MMR* 2017, S. 301 ff.

<sup>724</sup> SPECHT, *GRUR Int.* 2017, S. 1040; RICHTER/HILTY, S. 252.

<sup>725</sup> Z. B. FEZER, *MMR* 2017, S. 5; FEZER, *ZD* 2017, S. 102; FEZER, *Repräsentatives Dateneigentum*, S. 46, 64.

<sup>726</sup> NAUMER, S. 236; vgl. DIVSI, *Daten als Handelsware*, S. 70.

<sup>727</sup> SPECHT, *Regulierungsbedarf*, S. 313.

<sup>728</sup> SPECHT, *GRUR Int.* 2017, S. 1042; RICHTER/HILTY, S. 252 f.

<sup>729</sup> FEZER, *MMR* 2017, S. 3 f.; vgl. FEZER, *Digitales Dateneigentum*, S. 104 f., 132 f.; FEZER, *ZD* 2017, S. 102; FEZER, *Repräsentatives Dateneigentum*, S. 45 ff.; vgl. dazu RICHTER/HILTY, S. 253;

selbst produziert. In diesem Sinne müsste die Herrschaft über sich selbst zur Herrschaft an den selbst erzeugten Daten führen.<sup>730</sup>

Diese Stossrichtung wird im Zusammenhang mit der klassischen Rechtfertigung von Immaterialgüterrechten die rechtsphilosophische Theorie<sup>731</sup> oder Eigentumstheorie<sup>732</sup> genannt:<sup>733</sup> Danach soll ein immaterielles Gut derjenigen Person zustehen, die es geschaffen hat, da sie ein aus ihrer Persönlichkeit fließendes natürliches Recht an den Früchten ihrer (geistigen) Arbeit hat.<sup>734</sup> Das Zuzuweisende wird mit der Persönlichkeit der Betroffenen vermischt.<sup>735</sup> Nach einer zweiten Theorie, der Belohnungstheorie, soll derjenige belohnt werden, der das Wohl der Allgemeinheit durch seine überdurchschnittlichen Leistungen fördert.<sup>736</sup> Da der Schöpfer durch Schaffen eines neuen Guts die Welt bereichert, erscheint es gerecht, ihm auch die Ergebnisse seiner Arbeit zuzuweisen.<sup>737</sup> Der Anknüpfungspunkt liegt bei diesen Ansätzen jeweils auf der von einer Person geleisteten Arbeit.

Auf den ersten Blick wohnt dem Argument, der Wert von Personendaten müsse gerechterweise den sie erzeugenden Betroffenen zustehen, eine bestechende Logik inne,<sup>738</sup> schliesslich existieren Personendaten tatsächlich nur, weil sie von den betroffenen Personen erzeugt werden. Bei näherem Untersuchen zeigt sich jedoch, dass Ansätzen, welche auf die von einer Person geleistete Arbeit abstellen, hinsichtlich Personendaten bereits die Grundlage fehlt: Personendaten werden von den betroffenen Personen schliesslich nicht produziert, also nicht durch geistige Arbeit erschaffen.<sup>739</sup>

---

WANDTKE, MMR 2017, S. 6 ff.; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 268.

- <sup>730</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24, m. H. auf LOCKE, The works of John Locke in nine volumes, reprint of the 1794 edition, Volume IV, 1997, S. 353 f.; dazu ausführlich BROCKER, S. 125 ff.; dazu auch SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 284, 291; GOLDHAMMER, S. 179 ff.; vgl. auch BAINBRIDGE, S. 20 f.; SCHACK, S. 128 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 133 ff.; KILIAN, Gegenleistung, S. 196; HOFMANN, ZGE 2010, S. 3; SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131.
- <sup>731</sup> KAISER/RÜETSCHI, S. 4; vgl. BAINBRIDGE, S. 20; zur Rezeption der Arbeitstheorie des Eigentums ausführlich BROCKER, S. 292 ff.
- <sup>732</sup> NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 3; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 151.
- <sup>733</sup> Die Theorien wurden hauptsächlich am Gegenstand des Patentrechts entwickelt, vgl. HEINEMANN, S. 12 f.; beispielsweise SCHACK, S. 127; EISFELD, ZGE 2014, S. 106 ff. Z. B. BECHER, S. 31, und BAINBRIDGE, S. 20 f. zeigen, dass gleichartige Ansätze für die Rechtfertigung aller Immaterialgüterrechte diskutiert werden.
- <sup>734</sup> EISFELD, ZGE 2014, S. 116 ff.; SCHACK, S. 127 ff.; NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 3.
- <sup>735</sup> Vgl. ZECH, AcP 2019, S. 528; BROCKER, S. 126.
- <sup>736</sup> NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 6; SCHULZ, S. 293; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 152.
- <sup>737</sup> NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 3; vgl. KAISER/RÜETSCHI, S. 4; BAINBRIDGE, S. 21.
- <sup>738</sup> Wenn auch, wie KAISER/RÜETSCHI, S. 4, anmerken, viele Fragen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Rechte offenbleiben.
- <sup>739</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; BISGES, MMR 2017, S. 303; vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 268; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 286; im Ergebnis lehnt auch UNSELD, Kommerzialisierung, S. 83 ff., ein Abstellen auf das «Kriterium der Arbeit und Leistung» ab.

Personendaten liegt keine Innovation zugrunde, sie werden nicht erfunden und nicht wie Werke geschöpft.<sup>740</sup> Stattdessen werden Personendaten von den Betroffenen nebenbei erzeugt, während und weil sie in einer sozialen Gesellschaft existieren und sich in irgendeiner Art und Weise verhalten.<sup>741</sup>

Der Begriff Erzeugen ist überdies möglicherweise nicht die korrekte Beschreibung für die Art und Weise, wie Personendaten durch die betroffenen Personen entstehen: Personendaten entstehen, weil eine Person existiert, auf die sie sich beziehen können und weil semantische Informationen mit diesem Personenbezug verknüpft werden. Diese Verknüpfung kann einerseits natürlich durch die betroffene Person selbst hergestellt werden, z. B. wenn diese einen Fragebogen ausfüllt. Semantische Informationen können aber auch auf anderem Weg mit Personenbezug ausgestattet werden, z. B. dadurch, dass Dritte eine Datenbank mit einer weiteren Datenbank kombinieren, oder dass Daten erhoben und einer mindestens bestimmbar Person zugeordnet werden. Wenn also beispielsweise ein Fahrzeug Daten über das Betätigen der Bremse aufzeichnet, handelt es sich dabei zunächst nicht um Personendaten. Personendaten entstehen erst, wenn dieselben Bremsdaten dem Fahrzeug einer bestimmbar Person zugeordnet werden. Wenn also in der Literatur auf das «Erzeugen» von Daten durch die Betroffenen abgestellt wird, ist damit sinngemäss der blosser Umstand gemeint, dass Personendaten einen Personenbezug aufweisen. Darüber hinaus sind semantische Informationen wie Personendaten die Grundlage der gesellschaftlichen Kommunikation.<sup>742</sup> Personen können dementsprechend kaum keine Daten erzeugen.<sup>743</sup> Ein Anknüpfen an eine Leistung bzw. an geistige Arbeit der betroffenen Personen fällt jedenfalls ausser Betracht, um eine Beteiligung am Wert von Personendaten zuzuweisen.

Es stellt sich mithin die Frage, ob es eine andere Leistung gibt, welche als Anknüpfungspunkt eines möglichen Beteiligungsrechts dienen könnte.<sup>744</sup> Da Personendaten über die semantische Ebene definiert werden,<sup>745</sup> können sie grundsätzlich geschaffen werden, ohne dass sie in irgendeiner syntaktischen Form vorliegen müssen. Allerdings können Personendaten erst durch den Umstand, dass sie gespeichert, d. h.

---

<sup>740</sup> SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 219; ZECH, CR 2015, S. 141; vgl. HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; ähnlich BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 128, 132 f.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 22. Immaterialgüterrechte werden dagegen von der WIPO als «creations of the mind» definiert, WIPO, S. 2; KAISER/RÜETSCHI, S. 1;

<sup>741</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschlusslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; SCHWEITZER, S. 275; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 268; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; HERMSTRÜWER, S. 136; FEZER, ZD 2017, S. 99; FEZER, MMR 2017, S. 3; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 22; vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 68; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 993; DRUEY, S. 82.

<sup>742</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DRUEY, S. 82.

<sup>743</sup> Vgl. BULL, S. 5; DRUEY, S. 82.

<sup>744</sup> Vgl. PEUKERT, Güterzuordnung, S. 209, wonach für eine Güterzuweisung eine selbst erbrachte Leistung konstituierend ist. Ebenso SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131.

<sup>745</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 33; HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 3; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 51, 54 f.; ZECH, CR 2015, S. 138.

auf syntaktischer Ebene manifestiert werden, auch tatsächlich z. B. durch Unternehmen genutzt werden.<sup>746</sup> Denkbar ist deshalb, auf die Investition abzustellen, welche zum Speichern von Personendaten getätigt werden muss.<sup>747</sup> Der Investitionsschutz ist ein Gedanke, an welchen auch bereits bestehende Rechte anknüpfen<sup>748</sup> und der sich somit für eine Zuweisung von Rechten an Personendaten eignen könnte.<sup>749</sup> Dabei kann unterschieden werden zwischen (1.) Investitionen der Betroffenen und (2.) Investitionen datenverarbeitender Unternehmen in das Sammeln und Speichern bzw. Nutzbarmachen von Personendaten.

### 1. Investition der Betroffenen

Es ist also danach zu fragen, welche Investition die Betroffenen in das Nutzbarmachen, d. h. in das Speichern der betreffenden Daten tätigen. Häufig haben betroffene Personen mindestens ein datenerhebendes Produkt erworben, bei dessen Verwendung Personendaten generiert oder aufgenommen und in der syntaktischen Ebene gespeichert werden. Dies könnte eine Investition in das Sammeln und Speichern von Daten darstellen. Ein Anknüpfen an eine derartige Voraussetzung würde mit Blick auf den Kontext der Diskussion um Rechte an Daten Sinn machen: Zumeist werden gerade in der digitalen Welt erhobene Daten verwertet. Andererseits wären bei diesem Ansatz keine Daten, welche analog z. B. durch Ausfüllen von Gewinnspielkarten erhoben werden, erfasst, was sicherlich eine Schwäche darstellt, denn auch solche Daten werden kommerziell genutzt.

Soll auf eine von den Betroffenen getätigte Investition in das Speichern sie betreffender Daten abgestellt werden, lassen sich zwei Fälle unterscheiden: einerseits der Kauf eines datenerhebenden Produkts und andererseits das Nutzen weiterer Applikationen und Services auf demselben.<sup>750</sup>

#### a) Erwerb eines datenerhebenden Produkts

Im ersten Fall liegt die Investition der betroffenen Person im Erwerb eines Produkts, welches diejenigen Daten speichert, die bei seinem Betrieb und Gebrauch entstehen.<sup>751</sup> Bei beispielsweise einem Automobil wären alle Daten umfasst, die für die

<sup>746</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 27.

<sup>747</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 201; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18; SCHULZ, S. 295; SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131; ZECH, CR 2015, S. 142 f.

<sup>748</sup> SCHULZ, S. 293; vgl. SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131; z. B. das Leistungsschutzrecht für Interpreten in Art. 33 ff. URG, für Hersteller von Ton- und Bildträgern in Art. 35 f. URG und für Sendeunternehmen in Art. 37 URG; ebenfalls das durch die Datenbankrichtlinie eingeführte Datenbankherstellerrrecht, dazu z. B. SCHMIDT/ZECH, CR 2017, S. 417 ff.

<sup>749</sup> SPECHT, CR 2016, S. 294; vgl. BECKER, GRUR 2017, S. 346 ff. zu einem Leistungsschutz hinsichtlich (Sach-)Daten.

<sup>750</sup> Zu einer ähnlichen Stossrichtung HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 165, sowie Erwägungsgrund 11 der Digitale Inhalte-Richtlinie, m. H. auf «integrierte digitale Inhalte», «die derart in einer Ware integriert sind, dass sie fester Bestandteil der Ware sind und ihre Funktionen den Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind», auf welche die Digitale Inhalte-Richtlinie nicht anwendbar sein soll.

<sup>751</sup> Zu dieser Anknüpfung SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 308; vgl. auch HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270.

Nutzung des Fahrzeugs und seiner Funktionen, wie z. B. des Navigationsgeräts oder der Freisprechanlage, benötigt werden. Der Nutzer hat hier allerdings primär eine Investition in ein Fahrzeug getätigt, und bezweckte nicht das Erzeugen und Speichern von Personendaten. Die erzeugten Daten sind folglich bloss Nebenprodukte des Gebrauchs des Fahrzeugs, für den es schliesslich erworben wurde.<sup>752</sup>

Es fällt dementsprechend schwer, im Erwerb und Gebrauch eines Fahrzeugs durch den Nutzer eine Rechtfertigung für eine Beteiligung des Nutzers am Wert der Daten im Sinne einer Investition in das Speichern bzw. Nutzbarmachen von Daten zu sehen.<sup>753</sup> Wer diese Argumentation anerkennen will, muss sich die Frage gefallen lassen, wem das Recht an der Wertbeteiligung zustehen soll, wenn der Nutzer nicht gleichzeitig die Person ist, welche das Gerät oder Fahrzeug erworben hat. Rein auf die Investition abstellend müsste konsequenterweise derjenige der Beteiligte sein, der den Kauf- oder Mietpreis bezahlt hat. Eine andere Frage ist, ob Dritte wie z. B. Fahrzeughersteller die vom Gerät gespeicherten Daten abrufen, auf ihrem Server speichern und weiterverwenden können sollen.

#### *b) Erwerb zusätzlicher Services*

Im zweiten Fall dagegen nutzt die betroffene Person weitere Applikationen bzw. Services auf ihrem «smarten» Produkt, welche über den im Kaufpreis inkludierten Anwendungsfall des Produkts hinausgehen und zusätzlich als eigenständige Produkte erworben werden.<sup>754</sup> Häufig werden diese Services vermeintlich kostenfrei angeboten, wobei Personendaten als Gegenleistung für die Nutzung des Services hingegeben werden.<sup>755</sup> Hier profitiert die betroffene Person dementsprechend bereits vom Wert der sie betreffenden Daten, wenn Daten als synallagmatische Gegenleistung anerkannt werden.<sup>756</sup> Die Begründung einer weitergehenden Beteiligung am Wert der Daten, beispielsweise in Form eines Anteils am Unternehmensgewinn, erscheint deshalb schwierig und nicht sinnvoll.

Werden keine Personendaten als Gegenleistung hingegeben, sondern wird für die Nutzung des Services ein Entgelt geleistet, liegt wiederum ein Fall der ersten Kategorie vor. Jedenfalls kann auch hier keine Investition der betroffenen Personen in das Nutzbarmachen sie betreffender Daten erkannt werden. Eine Beteiligung der Betroffenen am Wert der Daten aufgrund einer von ihnen getätigten Investition kann also nur schwer gerechtfertigt werden.

---

<sup>752</sup> Vgl. JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 181.

<sup>753</sup> Ebenso DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 2.

<sup>754</sup> Beispiele könnten Fitness-Applikationen auf dem Smartphone oder auch die Erweiterung des zum Automobil gehörenden Navigationssystems mit Echtzeit-Verkehrsdiensten (z. B. Stau-meldungen) sein.

<sup>755</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 764; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 639 f., 643; METZGER, AcP 2016, S. 818; VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 218; vgl. JENTZSCH/PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.

<sup>756</sup> Dazu SPECHT, JZ 2017, S. 764 ff.; SATTLER, JZ 2017, S. 1037 ff.; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 646.

## 2. Investition der Unternehmen

Bei genauerem Hinsehen fällt auf, dass der Investitionsschutz ein Argument darstellen kann, warum der Wert der Daten gerade nicht den betroffenen Personen, sondern stattdessen den datenverarbeitenden Unternehmen zustehen sollte. Das Speichern von Daten erfordert den Einsatz von finanziellen Mitteln – Investitionen, welche allerdings in der Regel nicht von den von Daten betroffenen Personen, sondern von Unternehmen erbracht werden.<sup>757</sup> Je nachdem, wie weit der Begriff der Investition verstanden werden soll, könnten auch Investitionen in das Sammeln verschiedener Daten in grösseren Datensets sowie in deren Aufbereitung darunter gefasst werden, denn diese Schritte tragen ebenfalls dazu bei, Daten (besser) nutzbar zu machen.

Soll an eine Investition angeknüpft werden, erscheint es deshalb folgerichtig, dass nicht die betroffenen Personen, sondern die in das Nutzbarmachen von Daten investierenden Unternehmen am Wert der durch sie gesammelten und gespeicherten Daten berechtigt werden und dass die Unternehmen ihren Gewinn nicht mit den von den Daten betroffenen Personen teilen müssen.<sup>758</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Da Personendaten ohne eine geistige Leistung entstehen, kann für eine (teilweise) Zuweisung ihres Wertes nicht auf ihre Erzeugung abgestellt werden. Stattdessen könnte das Erbringen einer Investition in das Nutzbarmachen von Daten, wie insbesondere das Speichern von Personendaten, einen Anknüpfungspunkt für solch eine Zuweisung darstellen.

Weder der Erwerb eines datenspeichernden Produkts noch von weiteren Services, welche auf diesem Produkt genutzt werden, stellen Investitionen in das Nutzbarmachen von Personendaten dar, die ein Recht auf Beteiligung an ihrem Wert überzeugend rechtfertigen würden. Im Ergebnis ist deshalb mit Blick auf die Erzeugung von Personendaten nicht klar, dass ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten oder eine sonstige an ihrem Wert beteiligende Rechtsposition den betroffenen Personen zustehen müssen.<sup>759</sup> Stattdessen könnten solche Rechte auch den die Investition in das Sammeln, Speichern und Aufbereiten von Daten tätigen Unternehmen zustehen.<sup>760</sup>

## II. Offenbaren der Daten als Anknüpfungspunkt

Eine Leistung der betroffenen Personen, sei es im Sinne einer geistigen Leistung oder einer Investition, stellt also kein überzeugendes Anknüpfungskriterium für eine Beteiligung am Wert der Daten dar. Dem Gedanken folgend, dass Personendaten erst nutzbar sind, wenn sie gespeichert und gesammelt werden, könnte an einen anderen

<sup>757</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 24; vgl. SCHULZ, S. 293; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 343.

<sup>758</sup> Vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25, 28; SCHULZ, S. 294 ff.; ähnlich ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77; a. A. FEZER, MMR 2017, S. 5; FEZER, ZD 2017, S. 102; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 40, 46, 64; vgl. FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 105; NAUMER, S. 236.

<sup>759</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25.

<sup>760</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25, 28; ZECH, CR 2015, S. 142 ff., GRÜTZMACHER, CR 2016, S. 486 f.

Umstand angeknüpft werden: Durch die Beteiligung der Betroffenen am Wert der sie betreffenden Daten könnte ein Anreiz gesetzt werden, Daten durch Nutzung von datenerhebenden Produkten und Services zu erzeugen und auch zu offenbaren.<sup>761</sup> Ein Entgelt für das Offenbaren der Daten zu erhalten, könnte dazu führen, dass die Betroffenen potenziell nützliche Daten anderen Marktteilnehmern zur Nutzung zur Verfügung stellen.<sup>762</sup> Dadurch könnten mittelbar Innovationen gefördert werden, welche auf der Nutzung von Daten basieren.<sup>763</sup> Dies würde einen gesamtwirtschaftlichen Mehrwert generieren.<sup>764</sup>

Dieser Ansatz geht einerseits in die Richtung der Offenbarungstheorie, eines klassischen Begründungsansatzes des Patentrechts, wonach durch möglichst frühes Zurverfügungstellen einer technischen Lehre das Wohl der Allgemeinheit gefördert wird, da auf Basis des Mitgeteilten die Technik bereichert und fortentwickelt werden kann.<sup>765</sup> Hierbei muss allerdings nochmals festgehalten werden, dass offenbarte Personendaten nicht mit einer technischen Lehre gleichgesetzt werden können, da sie selbst keine Innovationen beinhalten. Personendaten können ihrerseits aber das «Material» bilden, welches durch innovative Produkte oder Services verarbeitet wird, und so zum gesellschaftlichen Fortschritt beitragen.<sup>766</sup> Der gesellschaftlich erwünschte Nutzen findet in jedem Fall nur mittelbar statt.

Auf der anderen Seite hängt das Anknüpfen an das Offenbaren von Daten wohl vor allem mit der Anreizfunktion zusammen: Die betroffenen Personen sollen durch eine Beteiligung am Wert sie betreffender Daten einen Anreiz dazu haben, mehr datenerhebende Produkte und Services zu nutzen, mehr von sich preiszugeben und diese Daten auch Dritten zur Nutzung zu überlassen. Das Erzeugen und Offenbaren kann bei Personendaten kaum getrennt werden, da diese beiden Vorgänge bei Nutzung der heute verfügbaren Technologien fast immer gleichzeitig geschehen. Die klassische Anreiztheorie, wonach sich das Schaffen immaterieller Güter wirtschaftlich lohnen muss,<sup>767</sup> wurde durch die Rechtsökonomie aufgenommen und in verschiedenen Ansätzen weiterentwickelt.<sup>768</sup> Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Gü-

---

<sup>761</sup> Vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1160, zu einem Recht des Datenerzeugers; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77.

<sup>762</sup> ZECH, CR 2015, S. 145.

<sup>763</sup> Vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1160, zu einem Recht des Datenerzeugers; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77.

<sup>764</sup> ZECH, CR 2015, S. 145.

<sup>765</sup> NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 4; BAINBRIDGE, S. 21 f.; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 155 f.; 203.

<sup>766</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 17: «Wenn also von einem ökonomischen Wert von Daten gesprochen wird, so ist darunter die Wertschöpfung der gesamten Wertschöpfungskette zu verstehen.»; vgl. auch BISGES, MMR 2017, S. 303; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 341; HORNING, DuD 2015, S. 359.

<sup>767</sup> Dazu z. B. BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 168 m. w. N.; NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 5; SCHACK, S. 134; BAINBRIDGE, S. 21; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 154 f.; vgl. HERMSTRÜWER, S. 135.

<sup>768</sup> NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 7.

tern werden als Mittel gesehen, um durch wirtschaftliche Anreize den gesellschaftlichen (technischen oder kulturellen) Fortschritt zu fördern und die immateriellen Güter effizient zu verbreiten und zu verwerten.<sup>769</sup>

In Bezug auf Personendaten ist die Anreizfunktion weniger wichtig, da sie keine geistigen Schöpfungen darstellen. Personenbezogene Daten werden mit dem Fortschritt der technischen Entwicklung auch immer günstiger erzeugt.<sup>770</sup> Dies kann auch daran abgelesen werden, dass die Menge digital verfügbarer Daten in rasantem Tempo wächst.<sup>771</sup> Die Geschwindigkeit, in der die Datenmenge zunimmt, steigt zusätzlich an.<sup>772</sup> Angesichts dieser Entwicklung ist zweifelhaft, ob überhaupt ein (zusätzlicher) Anreiz, datenerhebende Produkte und Services zu nutzen und Daten zu offenbaren, notwendig ist.<sup>773</sup> Ein Mangel an Daten wurde jedenfalls noch nicht festgestellt, wenngleich auch «wissenschaftliche Erkenntnisse über das Wohlfahrtsoptimum an Datenerzeugung» fehlen.<sup>774</sup> Deshalb stellt m. E. das Offenbaren von Daten keinen plausiblen Anknüpfungspunkt für eine Beteiligung am Wert von Personendaten dar.

### III. Persönlichkeitsbezug als Anknüpfungspunkt

Nachdem weder eine geistige Leistung noch eine Investition in das Nutzbarmachen von Daten oder das Offenbaren von personenbezogenen Daten Anknüpfungspunkte darstellen, welche eine mögliche Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der sie betreffenden Daten hinreichend rechtfertigen, bleibt noch der reine Persönlichkeitsbezug von Personendaten. Es wäre demzufolge denkbar, den betroffenen Personen eine Beteiligung am Wert der sie betreffenden Daten bereits allein aus dem Grund zuzuweisen, dass ein Bezug zu ihrer Persönlichkeit besteht.<sup>775</sup> Es ist dabei allerdings fraglich, ob der bloße Persönlichkeitsbezug von Gütern, in vorliegendem Fall von Daten, eine hinreichende Rechtfertigung für eine Beteiligung an deren wirtschaftlichen Wert darstellt; vor allem angesichts des Umstands, dass dieser Persönlichkeitsbezug auch nur sehr gering ausfallen kann.<sup>776</sup>

<sup>769</sup> Vgl. POSNER, S. 403; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 168 m. w. N.; NIRK/ULLMANN/METZGER, § 1, N 7; im Hinblick auf das Urheberrecht eher kritisch SCHACK, S. 134; vgl. zum «Urheberrecht als Interessenausgleich» HOFMANN, GRUR 2018, S. 21.

<sup>770</sup> Vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77; ZECH, CR 2015, S. 144 f.; ähnlich THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 68; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 993.

<sup>771</sup> Vgl. z. B. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 16; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 13; SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 127; HEYMANN, CR 2016, S. 653.

<sup>772</sup> Vgl. z. B. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992.

<sup>773</sup> Vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51; RICHTER/HILTY, S. 248; SATTLER, Personality, S. 46; DETERMANN, ZD 2018, S. 506.

<sup>774</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 68.

<sup>775</sup> So vertreten von FEZER, MMR 2017, S. 3; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 116, 128; FEZER, ZD 2017, S. 100 ff.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 22; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; dazu auch SPECHT, CR 2016, S. 292; vgl. HUGENHOLTZ, S. 94; HÖREN, MMR 2013, S. 486; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 150, 199 f.

<sup>776</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, CR 2015, S. 141; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 51 und 69; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; HÄRTING, CR

In der Urheberrechtstheorie des 19. Jahrhunderts wurde stark auf die Persönlichkeitskomponente abgestellt, denn das «Geisteswerk» wurde zuerst «als unmittelbarer Bestandteil der Urheberpersönlichkeit aufgefasst»<sup>777</sup> und später weiter personalistisch begründet.<sup>778</sup> Das Urheberrecht enthält bis heute einen persönlichkeitsrechtlichen Kern, was sich an den gesetzlich festgeschriebenen und unübertragbaren Urheberpersönlichkeitsrechten zeigt. Gegenwärtig wird das Urheberrecht neben den auf das Naturrecht zurückgehenden Gedanken – welche jedoch wie beschrieben durchgehend auf eine geistige Arbeitsleistung abstellen – vor allem mit kollektivistischen Rechtfertigungsmodellen begründet, insbesondere mit der rechtsökonomischen Anreizfunktion.<sup>779</sup> Ein Recht an Personendaten, welches die Betroffenen an ihrem Wert beteiligt, müsste deshalb vornehmlich rechtsökonomisch begründet werden, d. h. eine Beteiligung am Wert der Daten müsste einen wirtschaftlichen Anreiz und damit einen wirtschaftlichen Nutzen für die Allgemeinheit schaffen.<sup>780</sup> Hierbei ist jedoch unklar, welches Verhalten der Betroffenen mit solch einem Recht gefördert werden soll, zumal wie oben dargelegt das Offenbaren von Personendaten nicht speziell gefördert zu werden braucht.

Ein weiteres Argument gegen eine hinreichende Rechtfertigung liegt in der Schutzwelle bzw. Schöpfungshöhe. So ist beispielsweise im Patentrecht nicht jede Erfindung schützbar, sondern es muss, neben anderen Erfordernissen wie der Neuheit der Erfindung, eine gewisse erfinderische Tätigkeit (Erfindungshöhe, *inventive step*) vorliegen, weshalb für naheliegende Erfindungen kein Patent erteilt wird.<sup>781</sup> Die Schöpfung eines neuen, genügend individuellen Guts und der damit verbundene Nutzen für die Allgemeinheit ist auch beim Urheberrecht gerade der entscheidende Aspekt, welcher die Zuweisung als Ausschliesslichkeitsrecht rechtfertigt.<sup>782</sup> Festzuhalten ist, dass sogar bei diesen Beispielen die Rechtfertigung der Erteilung von Immaterialgüterrechten nicht unumstritten ist.<sup>783</sup> Im Urheberrecht gibt beispielsweise die Abgrenzung schutzwürdiger Werke von «Allerweltsleistungen»<sup>784</sup>, von blossen Ideen und von (semantischen) Informationen Anlass zu Diskussionen.<sup>785</sup> Eine ähnlich

---

10/2016, S. 648; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 2; SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131; vgl. HOEREN, MMR 2013, S. 486.

<sup>777</sup> EISFELD, ZGE 2014, S. 119.

<sup>778</sup> Dazu ausführlich EISFELD, ZGE 2014, S. 123 ff.

<sup>779</sup> Dazu kritisch SCHACK, S. 138.

<sup>780</sup> Vgl. HEINEMANN, S. 15 ff.; KAISER/RÜETSCHI, S. 4; RICHTER/HILTY, S. 248; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992 ff.; ähnlicher Gedanke auch bei SPECHT, CR 2016, S. 294.

<sup>781</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 71 ff.

<sup>782</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, CR 2015, S. 141; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 150; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; SCHULZ, S. 294; SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 319; ZIMMER, Property Rights, S. 105; vgl. SCHACK, S. 127 ff., welcher zwar weniger stark auf den Nutzen für die Allgemeinheit abstellt, jedoch das Schaffen eines neuen Guts als essenziell betrachtet; kritisch auch HUGENHOLTZ, S. 94; vgl. auch ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202, wonach Persönlichkeitsbezug und Schöpfung strikt auseinanderzuhalten sind.

<sup>783</sup> Dazu z. B. POSNER, S. 405 ff.; SCHACK, S. 123.

<sup>784</sup> SCHACK, S. 129.

<sup>785</sup> SCHACK, S. 129.

gelagerte Diskussion besteht im Patentrecht hinsichtlich sogenannter «low-value patents».<sup>786</sup> Teilweise wird zudem das Erreichen des Ziels der Innovationsförderung durch Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Gütern in Zweifel gezogen.<sup>787</sup>

Wenn demnach bereits die Rechtfertigung der heute anerkannten Rechte an immateriellen Gütern, für deren Gewährung jeweils geistige Leistungen existieren und sogar eine gewisse Schwelle überschritten sein muss, kritisiert wird, erscheint das Zuweisen einer Rechtsposition allein durch Abstellen auf den Persönlichkeitsbezug eines Gutes – und damit auf eine quasi nicht vorhandene Schutzwelle – nicht vertretbar.<sup>788</sup> Der blosser Persönlichkeitsbezug eines Gutes, das bloss Betroffensein, stellt im Ergebnis ebenfalls keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für ein Recht an Personendaten dar.<sup>789</sup>

#### IV. Bestimmung des Werts von Personendaten

Wer trotz der mangelhaften Begründung zu dem Schluss kommt, Personen sollten am Wert der sie betreffenden Daten beteiligt werden, steht sogleich vor dem nächsten Problem. Es ist nämlich bislang ungeklärt, auf welche Weise der Wert von Daten genau berechnet<sup>790</sup> oder verteilt werden soll. Bislang wurden in der Literatur zwei verschiedene Ansätze angesprochen, wie eine mögliche finanzielle Beteiligung der Betroffenen berechnet werden könnte. So könnte erstens der Wert einzelner Daten berechnet und als (anteilmässige) Entschädigung verlangt werden. Zweitens wäre möglich, Vergütungsansprüche der betroffenen Personen über eine Verwertungsgesellschaft geltend zu machen.

##### 1. Wert einzelner Daten

Es erweist sich als schwierig, den Wert einzelner Daten zu berechnen. Zwar bestimmt sich grundsätzlich der Wert eines Gutes danach, wie viel jemand dafür zu bezahlen bereit ist.<sup>791</sup> In Geld ausgedrückt wird der Wert von Personendaten – zumindest gegenüber den Betroffenen – heute jedoch kaum. Stattdessen wird der Gegenwert, den betroffene Personen erhalten, einseitig durch die datensammelnden Unternehmen festgelegt.<sup>792</sup> Da für das Erhalten einer Leistung in die Datennutzung eingewilligt wird, bestimmt das jeweilige Unternehmen, zu welchem Zweck welche Daten gesammelt werden und was die Datensubjekte dafür erhalten.<sup>793</sup> Hier entspricht der

<sup>786</sup> Dazu POSNER, S. 409.

<sup>787</sup> Vgl. POSNER, S. 405, 407, 417 f.; SCHACK, S. 134, 136 f.

<sup>788</sup> Im Ergebnis ebenso ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202 f.; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; ähnlich RICHTER/HILTY, S. 255.

<sup>789</sup> Kritisch SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 131; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 200; ZECH CR 2015, S. 141; ablehnend HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; vgl. DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 343.

<sup>790</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25; vgl. OECD 2013, S. 18 ff.

<sup>791</sup> POSNER, S. 13; KILIAN, Gegenleistung, S. 204 f.; vgl. UNSELD, Kommerzialisierung, S. 80; zu verschiedenen Berechnungsmöglichkeiten OECD 2013, S. 18 ff.,

<sup>792</sup> KILIAN, Gegenleistung, S. 204 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 44; vgl. SCHWEITZER, S. 276, 283.

<sup>793</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 44; KILIAN, Gegenleistung, S. 205; vgl. SCHWEITZER, S. 276.

«Preis» der Daten «den Opportunitätskosten der Datenüberlassung, die die Nachteile beinhalten, die der Einwilligende durch die Datenverarbeitung erleidet.»<sup>794</sup> Da Daten unbeschränkt vervielfältigbar sind und die Betroffenen sie betreffende Daten unbeschränkt weiter nutzen können, geben die betroffenen Personen aus ihrer Sicht durch Erteilung der Einwilligung in die Datenbearbeitung zunächst keinen Wert auf.<sup>795</sup> Der tatsächliche Preis, den die Betroffenen bezahlen, ist «die abstrakte Gefahr einer künftigen, aus Nutzersicht unerwünschten Verwendung der Daten»<sup>796</sup>, deren Risiko von den Betroffenen kaum vorherzusehen ist.<sup>797</sup>

Dies sagt jedoch noch nichts über den tatsächlichen Wert von Personendaten aus. Einzelnen Daten wird im konkreten Fall jedoch kein sehr hoher in Geld ausgedrückter Wert zukommen.<sup>798</sup> So handelt es sich bei (personenbezogenen) Daten um ein Gut, welches gerade erst durch das Ansammeln, Verknüpfen und Auswerten grösserer Mengen an Wert gewinnt.<sup>799</sup> Der wirtschaftliche Wert, den Unternehmen durch Personendaten erhalten, liegt daher in der Möglichkeit ihrer Nutzung zum Erkenntnisgewinn.<sup>800</sup>

Um zumindest einen groben Anhaltspunkt für den Wert von Daten zu erhalten, kann der Gewinn eines Unternehmens den jeweiligen Nutzerzahlen gegenübergestellt werden. Bei einem Unternehmen wie Google ergäbe sich hierbei ein ungefährender Wert von 40 USD pro Jahr pro Nutzer (Stand 2017). Werden die Geldsummen, für die datenbasierte Unternehmen in der Vergangenheit verkauft wurden, ins Verhältnis zu den Nutzerzahlen gesetzt, ergeben sich dabei ähnliche Beträge.<sup>801</sup> Daneben ist zu beachten, dass ein Unternehmensgewinn wohl nur in wenigen Fällen ausschliesslich aus dem Sammeln und Weitergeben oder Verarbeiten von Daten her stammt. Vielmehr steckt hinter datenverarbeitenden Unternehmen eine (weitere) Geschäftsidee, welche zwar einerseits auf der Verarbeitung von Daten basieren kann, aber gleichzeitig einen Service oder ein Produkt bietet, welches sich seinerseits monetarisieren lässt. Dementsprechend müsste erst der mutmassliche Anteil der Datensammlung und -verarbeitung am Unternehmensgewinn eruiert werden. Folglich fiel der Betrag, welcher sich für den gesamten Datensatz eines einzigen Nutzers eines Services in einem Jahr berechnen liesse, noch geringer aus. Wie viel des Unternehmensgewinns auf die Nutzung eines bestimmten Datums zurückzuführen ist, kann folglich kaum festgestellt werden.<sup>802</sup>

---

<sup>794</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 44.

<sup>795</sup> SCHWEITZER, S. 276.

<sup>796</sup> SCHWEITZER, S. 276.

<sup>797</sup> SCHWEITZER, S. 276.

<sup>798</sup> Ähnlich THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648 f.

<sup>799</sup> DUISBERG, S. 53; vgl. BISGES, MMR 2017, S. 303; SCHWEITZER, S. 273; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 17; auch METZGER, AcP 2016, S. 822, weist darauf hin, dass manche Daten in der Summe erheblichen wirtschaftlichen Wert generieren (z. B. Geodaten, Suchbegriffe).

<sup>800</sup> BISGES, MMR 2017, S. 303; SCHWEITZER, S. 273; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 17.

<sup>801</sup> Zum Ganzen ausführlich THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25, mit Beispielen zu Google, WhatsApp, Truven Health Analytics und LinkedIn. Ebenso VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 210, welcher Beträge in etwa derselben Grössenordnung angibt; weitere Beispiele bei SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 125.

<sup>802</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042.

Weitere Anhaltspunkte zum Wert von Personendaten ergeben sich aus den Preisen, welche von Datenhändlern verlangt werden.<sup>803</sup> Der Wert einzelner Personendaten beträgt hierbei nicht einmal einen Rappen, Profildaten werden auf 0.25 Euro geschätzt und gehackte Konten von grossen Plattformen können immerhin wenige USD kosten.<sup>804</sup> Im Gegensatz dazu können ausführliche Profile von Prominenten mehrere tausend USD kosten. Diese Angaben zum Wert von Personendaten sind methodisch allerdings nicht belastbar, sondern können lediglich als Beispiele dienen.<sup>805</sup> Es gibt vielfältige Faktoren, die für die Wertbestimmung eine Rolle spielen.<sup>806</sup> Bisher existiert keine anerkannte Methode zur Bestimmung des Wertes von (Personen-)Daten.<sup>807</sup>

FEZER fordert die Bewertung von Personendaten beispielsweise nach dem Vorbild der monetären Markenbewertung nach DIN ISO 10668.<sup>808</sup> Angesichts der enormen Anzahl unterschiedlicher Personendaten und des Umstands, dass sich auf diese Weise anstatt einzelner Daten eher die Person selbst ähnlich einer Marke (z. B. nach Bekanntheitsgrad) bewerten liesse, erscheint dieser Ansatz eher ungeeignet.

Es lässt sich folglich festhalten, dass es nach dem bisherigen Forschungsstand als kaum möglich erscheint, bestimmten Personendaten zuverlässig einen bestimmten Wert beizumessen.<sup>809</sup> So wird auch in der EU mit der Digitale Inhalte-Richtlinie zwar die Kommerzialisierung von Personendaten anerkannt, allerdings nur im vertraglichen Austauschverhältnis.<sup>810</sup>

Nicht zuletzt könnte es für Einzelpersonen ausserdem schwierig sein, ihren allfälligen Anspruch auf Beteiligung durchzusetzen. Schliesslich werden Personendaten hauptsächlich zwischen Unternehmen gehandelt und ausgetauscht, während die Betroffenen im Einzelfall Kenntnis erlangen und nachweisen müssten, wer wann und in welchem Umfang von ihren Daten profitiert.<sup>811</sup> Damit erscheint es nicht sinnvoll, auf den Wert einzelner Personendaten abzustellen und eine allfällige Beteiligung individuell geltend zu machen.

## 2. Verwertungsgesellschaft

Ein anderer Ansatz zur Beteiligung der Betroffenen am Wert sie betreffender Daten wäre das Konzept einer sog. Datenverwertungsgesellschaft.<sup>812</sup> Dieses wurde als in

<sup>803</sup> VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 210.

<sup>804</sup> VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 210, mit ausführlichen Hinweisen und Angaben.

<sup>805</sup> Zum Ganzen VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 211.

<sup>806</sup> VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 212 ff.

<sup>807</sup> VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 212; vgl. OECD 2013, S. 18 ff.

<sup>808</sup> FEZER, MMR 2017, S. 5. Zu den Grundsätzen der monetären Markenbewertung z. B. BDU, Grundsätze ordnungsgemässer Markenbewertung; BVF, Zehn Grundsätze der monetären Markenbewertung.

<sup>809</sup> Vgl. JENTZSCH, Dateneigentum, S. 7 f.

<sup>810</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; SATTLER, JZ 2017, S. 1041; METZGER, AcP 2016, S. 833.

<sup>811</sup> Zumindest solange gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, und gesetzlich in bestimmten Fällen nichts Gegenteiliges festgelegt ist.

<sup>812</sup> FEZER, MMR 2017, S. 5; vgl. FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 152 f., 154; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 77 ff.; BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 641; vgl.

der Praxis schwer umsetzbar eingestuft, da die Betroffenen kaum angeben können, wo sie überall Daten hinterlassen haben, und so nicht in den Genuss der Ausschüttung des Entgeltes kommen würden.<sup>813</sup>

Als Lösung dafür wurde zwar von Betreibern von Personal-Information-Management-Plattformen die Idee aufgeworfen, den durch Art. 20 der Datenschutzgrundverordnung garantierten Anspruch auf Datenportabilität bzw. in der Schweiz das Auskunftsrecht des Art. 8 DSGVO<sup>814</sup> dafür zu nutzen, Personendaten von allen möglichen Unternehmen herauszuverlangen und dann auf einer Plattform gesammelt abzuspeichern.<sup>815</sup> Über die Plattform wäre eine granulare Einwilligung in die Nutzung und Weitergabe verschiedener Daten, auch gegen ein Entgelt, möglich.<sup>816</sup> Dieser Ansatz erscheint jedoch nicht nur aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes bedenklich. Auch in der Praxis könnte das Vorhaben nur gelingen, wenn die Betroffenen ihre Daten regelmässig in relativ kurzen Zeitabständen von den Unternehmen herausverlangen würden, da ja immerzu neue Personendaten entstehen. Dies erscheint kaum umsetzbar. Im Übrigen ist ein eigener Anspruch auf Datenportabilität in der Schweiz bisher nicht angedacht und das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSGVO vermittelt keinen Anspruch auf Aushändigung der betreffenden Daten in einem maschinenlesbaren Format, sondern bloss auf z. B. einen kostenlosen Ausdruck.<sup>817</sup>

Fällt dementsprechend eine Art der Registrierung von Personendaten nach Vorbild der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften eher ausser Betracht, wäre immerhin denkbar, eine Abgabe für bestimmte Datennutzungen oder Geschäftsmodelle einzuführen.<sup>818</sup> Diese könnten dann beispielsweise über eine Verwertungsgesellschaft, bei welcher sich insbesondere Nutzer von Internetdiensten und «smarten» Produkten anmelden können, nach einem noch zu bestimmenden Schlüssel ausgeschüttet werden. Denkbare Faktoren zur Bestimmung des Schlüssels könnten beispielsweise die Anzahl der Social-Media-Profile und die Aktivität darauf sowie die Anzahl und Art der verwendeten datenerhebenden Produkte sein. Dieser Ansatz erscheint durchaus praktikabel. Alternativ könnte der Erlös der erhobenen Abgabe auch nicht an die Betroffenen ausgeschüttet, sondern im öffentlichen Interesse verwendet werden, so z. B. für die digitale Bildung.<sup>819</sup>

Schliesslich stellt sich hierbei jedoch die Frage, ob mit einer Abgabe auf bestimmte Datennutzungen oder Geschäftsmodelle am Ende tatsächlich die Betroffene

---

auch LADEUR, Fragmentierte Ordnung, S. 111 f., zu einer «Daten-GEMA».

<sup>813</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; BOEHME-NEBLER, DuD 2016, S. 420 f.

<sup>814</sup> In der Schweiz besteht jedoch im Gegenteil zum Anwendungsbereich der DSGVO kein Anspruch darauf, die Daten in einem maschinenlesbaren Format zu erhalten.

<sup>815</sup> Siehe dazu z. B. die Webpage der «Datengenossenschaft» Midata unter <https://www.midata.coop/>, die Webpage von VETRI unter <https://vetri.global/de/> sowie die Webpage von Bitsaboutme unter <https://bitsabout.me/en/> (alle zuletzt besucht am 05.07.2019).

<sup>816</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 278; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 180.

<sup>817</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 27; SHK DSGVO-RUDIN, Art. 8 N 49 f.; HK DSGVO-ROSENTHAL, Art. 8 N 23; BSK DSGVO-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8 N 48 ff.

<sup>818</sup> Dazu FEZER, MMR 2017, S. 5; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 66.

<sup>819</sup> FEZER, MMR 2017, S. 5; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 85.

nen am Wert der Daten beteiligt, oder vielmehr das Verhalten der datenverarbeitenden Unternehmen beeinflusst werden soll, beispielsweise hin zu erhöhter Transparenz oder einem sparsameren Umgang mit Daten. Ob eine entsprechende Lenkungssteuer sinnvoll ist und eingeführt werden sollte, wird an dieser Stelle nicht weiter untersucht. Festzuhalten ist jedoch, dass eine Beteiligung der betroffenen Personen am Wert von Personendaten praktische Probleme bei der Bestimmung der Höhe der allfälligen Beteiligung offenbart.

#### V. Mehrrelationalität von Personendaten

Ein weiteres praktisches Problem ist die Mehrrelationalität von Personendaten, also die Tatsache, dass sich Personendaten häufig nicht bloss auf eine Person, sondern auf mehrere Personen beziehen.<sup>820</sup> Ein «smartes» Fahrzeug beispielsweise erhebt Daten, welche nicht nur den Fahrer, sondern mehrere oder alle anderen Insassen des Fahrzeugs betreffen – und dies vielleicht nicht grundsätzlich, sondern wiederum nur in manchen Fällen. Dieses Problem ist nicht unlösbar, aber in der Praxis bereits heute eine Herausforderung.<sup>821</sup>

Hinsichtlich einer möglichen Beteiligung am Wert der Personendaten fügt die Mehrrelationalität von Personendaten der Komplexität der Berechnung einer solchen Beteiligung eine weitere Ebene hinzu – und damit weitere praktische Schwierigkeiten.

#### VI. Ergebnis

Die Beteiligung der Betroffenen am Wert von Personendaten, beispielsweise in Form der Zuweisung eines Gewinnanteils oder eines Ausschliesslichkeitsrechts, lässt sich an verschiedene Punkte anknüpfen, so an eine getätigte Investition, an das Offenbaren der Personendaten oder auch an den blossen Persönlichkeitsbezug. Im Ergebnis lässt sich dieses in der Diskussion um Rechte an Personendaten vertretene Interesse allerdings nicht stringent und ausreichend begründen. Zudem würde die Anerkennung eines solchen Rechts zu diversen praktischen Schwierigkeiten führen, z. B. allein schon hinsichtlich der Abgrenzung von Personen- und Sachdaten,<sup>822</sup> aber auch betreffend die Mehrrelationalität sowie die Festlegung des Wertes von Daten. Auf der anderen Seite würden die einzelnen Betroffenen in den allermeisten Fällen nicht in nennenswertem Umfang finanziell von den Daten profitieren.<sup>823</sup>

---

<sup>820</sup> SPECHT, CR 2016, S. 295; dazu eingehend SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 293 ff.; auch BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 221 ff.; PEARCE, EDPL 2018, S. 200

<sup>821</sup> Zum Ganzen SPECHT, CR 2016, S. 295; HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; vgl. HK DSGVO-ROSENTHAL, Art. 3 N 33; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 76 ff.

<sup>822</sup> Dazu oben § 2 I. 2.

<sup>823</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 25; ähnlich HÄRTING, CR 10/2016, S. 648 f.



## § 7 Entwicklung funktionierender Datenmärkte

Neben dem Interesse am Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen sowie ihrer Beteiligung am Wert der sie betreffenden Daten ist ein drittes Interesse zu untersuchen: das Interesse an funktionierenden Datenmärkten. Funktionierende Märkte sind schliesslich die notwendige Bedingung für den Austausch handelbarer Güter<sup>824</sup> und eine Datenwirtschaft wurde in der europäischen, deutschen und Schweizer Politik ausdrücklich befürwortet.<sup>825</sup> Soll ein Datenschutzkonzept auch unter Privaten realistisch sein, muss es die Ökonomik berücksichtigen.<sup>826</sup> Es müssen unter anderem die Marktstruktur, das Marktverhalten, der Wettbewerb und die Rechtsdurchsetzung beachtet werden.<sup>827</sup> Es stellt sich die Frage, ob der derzeit geltende Rechtsrahmen diesen Anforderungen gerecht wird.

Um diese Frage zu beantworten, ist zuerst darzulegen, welche Rolle das Recht für Datenmärkte spielt (I.). Danach ist zu erläutern, wie personenbezogene Daten gehandelt werden, und ob der derzeit bestehende Marktmechanismus zu einem Marktversagen führt (II.). Nachdem der Datenhandel dargestellt wurde, wird darauf eingegangen, dass das Schaffen rechtlicher Normen im Sinne eines «Datenschuldrechts»<sup>828</sup> allenfalls angebracht wäre, da Personendaten häufig durch sog. «Leistung-gegen-Daten»-Verträge gesammelt werden (III.).

### *I. Rolle des Rechts für Datenmärkte*

Damit ein Austausch von handelbaren Gütern stattfinden kann, muss ein funktionierender Markt vorhanden sein.<sup>829</sup> Der geltende Rechtsrahmen spielt für einen Datenmarkt eine grosse Rolle. Einerseits kann das Recht als Restriktion verstanden werden, denn insbesondere das regulatorische Recht, wie das Datenschutzrecht und Immaterialgüterrechte, stellt eine Beschränkung des freien Datenflusses dar.<sup>830</sup> So betont die OECD die Wichtigkeit des freien Datenflusses und sieht Rechte, die diesen Fluss hemmen, als Risiko.<sup>831</sup>

Auf der anderen Seite kann das Recht auch als den Markt fördernder Faktor gesehen werden, denn durch das Recht wird der Datenverkehr erst ermöglicht. Dabei ist zuerst das regulatorische Recht sowie das Vertrags- und Wettbewerbsrecht zu nennen, welche klare Regeln schaffen. Durch Immaterialgüterrechte werden häufig

---

<sup>824</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 173.

<sup>825</sup> Strategie Digitale Schweiz, S. 9; BECKER, JZ 2017, S. 170 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 11; JENTZSCH, Dateneigentum, Executive Summary, S. 1; dazu auch Mitteilung EU-Kommission, Datenwirtschaft.

<sup>826</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 171.

<sup>827</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 171; vgl. NAUMER, S. 235.

<sup>828</sup> SÄTTLER, JZ 2017, S. 1036; SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 306; SPECHT, DGRI 2017, N 15; SÄTTLER, Datenschuldrecht, S. 215.

<sup>829</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 173.

<sup>830</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 77; ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

<sup>831</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; OECD 2015, S. 35, 195 ff.

Märkte für unkörperliche Güter bewirkt, indem übertragbare Rechte an ihnen zugewiesen werden.<sup>832</sup> Auch Datennutzungsrechte gehören zu den marktfördernden Faktoren.<sup>833</sup>

Aufgrund dieser ambivalenten Rolle des Rechts ist es für eine funktionierende Datenwirtschaft nicht zielführend, nur so wenige rechtliche Rahmenbedingungen wie möglich zu schaffen. Stattdessen sind die rechtlichen Rahmenbedingungen so zu wählen, dass sie einem funktionierenden Datenmarkt angemessen sind.<sup>834</sup>

Bisher existieren jedoch noch kaum eigene Rahmenbedingungen für eine Datenwirtschaft oder für Märkte, auf denen Daten gehandelt werden.<sup>835</sup> Die Europäische Kommission hat bereits an verschiedenen Stellen das Bedürfnis nach solchen Regeln zum Ausdruck gebracht,<sup>836</sup> und es wurde auf ihren Vorschlag hin die Digitale Inhalte-Richtlinie vom Europäischen Gesetzgeber angenommen. Auch der wissenschaftlichen Literatur kann man entnehmen, dass das Schaffen von Rechtssicherheit für eine Datenwirtschaft begrüsst werden würde.<sup>837</sup> Der Aufbau einer wettbewerbsfähigen Datenwirtschaft stellt ein wichtiges Ziel sowohl der EU als auch der Schweiz dar.<sup>838</sup>

Ein neuer Rechtsrahmen soll den Handel mit Daten erleichtern.<sup>839</sup> Die EU-Kommission verspricht sich von einem intensiveren Datenhandel (vor allem mit nicht-personenbezogenen Daten)<sup>840</sup> und dem daraus folgenden verbesserten Zugriff von Marktteilnehmern auf umfangreiche und vielfältige Datensätze eine «erhebliche Stärkung des europäischen Innovationspotentials im digitalen Zeitalter»<sup>841, 842</sup> Ausserdem soll die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen gestärkt werden.<sup>843</sup> Zwar hängt das Innovationspotenzial in der Datenwirtschaft hauptsächlich von unternehmerischen Ideen und der Fähigkeit, diese umzusetzen, ab.<sup>844</sup> Allerdings kann

<sup>832</sup> Zum Ganzen ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 77; ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

<sup>833</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

<sup>834</sup> ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 77 f.

<sup>835</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1153; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 640.

<sup>836</sup> Z. B. Mitteilung EU-Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 12 ff.; Vorschlag Verordnung freier Datenverkehr, COM (2017) 495 final; vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040; DREXL et al., *Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten*, S. 1 f.; DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 244 ff.; CHROBAK, S. 267.

<sup>837</sup> Z. B. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1040, 1045; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; ZECH, GRUR 2015, S. 1153; KILIAN, CRi 2012, S. 173; vgl. *Strategie Digitale Schweiz*, S. 30.

<sup>838</sup> Mitteilung EU-Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 4 ff.; SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 11; *Strategie Digitale Schweiz*, S. 30; vgl. auch SATTLER, *Personenbezug*, S. 49; DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016, S. 244.

<sup>839</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275.

<sup>840</sup> So konzentriert sich die Europäische Kommission bei ihren Reformbestrebungen vorerst auf nicht-personenbezogene Daten, vgl. Mitteilung EU Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 4 ff. sowie Vorschlag Verordnung über freien Datenverkehr.

<sup>841</sup> SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 19 f.

<sup>842</sup> SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 19; Mitteilung EU-Kommission, *Datenwirtschaft*, S. 9.

<sup>843</sup> SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 20; EU Kommission, *Staff Working Document*, S. 12.

<sup>844</sup> SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 20.

die Kontrolle über Daten und der Zugriff auf sehr grosse, aggregierte Datensammlungen ein entscheidender Wettbewerbsvorteil sein, insbesondere in Zusammenhang mit der Anwendung von künstlicher Intelligenz.<sup>845</sup>

Ein generell offener Zugriff auf Daten durch Dritte kann – natürlich neben den persönlichkeitsrechtlichen Aspekten – zu Anreizproblemen betreffend die Investition in das Sammeln und Speichern von Daten führen und somit problematisch sein.<sup>846</sup> Grundsätzlich ist es aber zur Steigerung der Wohlfahrt wünschenswert, dass Unternehmen, die neue Ideen für nutzbringende Einsatzmöglichkeiten für Daten haben, insbesondere datengetriebene Produkte und Services, Zugang zu den erforderlichen Daten erhalten.<sup>847</sup> Auch die Verknüpfung verschiedener Datensätze kann je nach Anwendungs idee in zusätzlichem Nutzen resultieren.<sup>848</sup> Der Rechtsrahmen sollte also den Handel mit Daten ermöglichen und nicht ohne Not beschränken.

## II. Primär- und Sekundärmärkte für den Handel mit Personendaten

Die rechtlichen Rahmenbedingungen wirken sich demnach stark auf die Funktionsweise und die Grenzen von Datenmärkten aus.<sup>849</sup> Deshalb müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen bei einer Analyse eines allfälligen Marktversagens stets berücksichtigt werden.<sup>850</sup> Vor der Frage, ob die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen einer Anpassung bedürfen, ist darzustellen, welche Märkte es für Personendaten gibt.

Obwohl Markttransaktionen klassischerweise auf dem Austausch von eigentumsartigen Rechten an verkehrsfähigen Gütern basieren,<sup>851</sup> werden Daten bereits faktisch auch ohne Bestehen echter Ausschliesslichkeitsrechte an ihnen gehandelt.<sup>852</sup> Dies kann hinsichtlich personenbezogener Daten zunächst damit erklärt werden, dass die Bedeutung der Datenverwertung im Bereich zwischen Unternehmen und den von Daten Betroffenen bedeutend zugenommen hat, «seit mit der Verbreitung mobiler Endgeräte grosse Mengen an Echtzeitdaten über das Nutzerverhalten zur Verfügung stehen.»<sup>853</sup> So werden Personendaten vor allem über den Primärmarkt direkt von den Betroffenen gesammelt, wobei sie direkt oder indirekt als Vertragsgegenstand fungieren.<sup>854</sup>

<sup>845</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 20; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; vgl. auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 30 f.; SCHNEIDER, S. 116; NAUMER, S. 235.

<sup>846</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

<sup>847</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

<sup>848</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

<sup>849</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12.

<sup>850</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 12.

<sup>851</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 171.

<sup>852</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; METZGER, AcP 2016, S. 826.

<sup>853</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 14.

<sup>854</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 22, 35; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 310; SPECHT, DGRI 2017, N 15; ähnlich SCHNEIDER, S. 117; vgl. SCHWEITZER, S. 304; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178; dazu eingehend oben § 3 und § 4. SATTLER, Personenbezug, S. 51, sieht in der Kommerzialisierung von Personendaten auf dem Primärmarkt noch keine Form von Datenhandel, da «Datenhandel professionelle Händler voraussetzt».

Zudem haben sich Sekundärmarkte für den Handel mit Personendaten zwischen Unternehmen gebildet.<sup>855</sup> Über das Zugreifen auf gesammelte Daten durch Dritte entscheiden die Unternehmen im Regelfall selbst, da sie den Zugang zu den jeweiligen Speichermedien kontrollieren.<sup>856</sup> Somit können Dritte von der Nutzung der gesammelten Daten faktisch ausgeschlossen werden, weshalb ein Handel mit Daten möglich wird.<sup>857</sup> Häufig werden dabei die Datensätze nicht tatsächlich übertragen, sondern verbleiben auf dem ursprünglichen Server und Dritte erhalten selektive Zugriffs- und Nutzungsmöglichkeiten, welche häufig technisch auf bestimmte Verarbeitungsvorgänge beschränkt sind.<sup>858</sup> Gerade von Unternehmen, welche über grosse Mengen an Daten verfügen, wird für diesen Vorgang der Begriff der «Daten-ökosysteme» anstatt «Datenhandel» vorgezogen, wonach bei einem gemeinsamen Interesse an der Datennutzung bestimmte und auf Grundlage individueller Vereinbarungen und «Data Governance»-Systeme ausdifferenzierte Zugriffe auf Daten erlaubt werden.<sup>859</sup> Dabei kann auch eine Kombination aus eigener Datenerhebung und Beschaffen von Daten auf einem Sekundärmarkt (d. h. eine Kombination aus dem Handel auf dem Primär- und auf einem Sekundärmarkt) vorliegen, was «Data Sharing» genannt wird.<sup>860</sup> Neben diesen Varianten, bei denen Unternehmen stets für eigene Zwecke und gegen die Leistung eines Entgelts Zugriff auf Daten anderer Unternehmen erlangen, existiert auch ein Handel mit «aggregierten, häufig standardisierten Datenpaketen».<sup>861</sup> Zudem besteht die Möglichkeit, dass Unternehmen gar keinen Zugriff auf die Daten Dritter benötigen, sondern selbst auf Daten basierende

<sup>855</sup> SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 310 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 15; METZGER, GRUR 2019, S. 135; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178; RICHTER/HILTY, S. 253; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 11, 25 ff., und 36; dazu SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 26, 32 ff. Hervorzuheben ist, dass gemäss HAUCK/HOFMANN/ZECH, S. 147, auf Sekundärmärkten für Daten und andere digitale Güter keinesfalls zweitklassige Produkte gehandelt werden – im Gegensatz zu Sekundärmärkten für körperliche Güter, wo Gebrauchsgüter gehandelt werden –, da «die digitale Kopie von dem Original auch noch nach einer Vielzahl von Kopiervorgängen nicht zu unterscheiden [ist].»

<sup>856</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18.

<sup>857</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 18 f., wobei anzumerken ist, dass so nicht notwendigerweise auch der Zugriff auf vergleichbare Daten oder (teilweise) dieselben Daten aus einer anderen Datensammlung verwehrt wird.

<sup>858</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 19; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 181; SATTLER, Personenbezug, S. 58 f.

<sup>859</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 19, 22; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275 f.; vgl. FAUST, S. 99.

<sup>860</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21, 23, m. H. auf die Möglichkeit des sog. «Data Pooling» für die Nutzung komplementärer Daten, in Fällen in denen alle Beteiligten einen Vorteil aus der Nutzung des erweiterten Datensatzes haben. In Bezug auf das vernetzte und automatisierte Fahren ist dies denkbar, beispielsweise «wenn bei Zugriff auf die gesammelten Mobilitätsdaten selbstfahrender Autos in Gefahrensituationen besser reagiert werden kann, als wenn die Reaktion alleine auf Basis der Sensoren des einzelnen Fahrzeugs erfolgt.» Die gemeinsame Nutzung von Daten könnte gesetzlich vorgegeben werden.

<sup>861</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 22.

Dienstleistungen («Datenderivate»<sup>862</sup>) in Anspruch nehmen, welche auch als «Substitut für einen direkten Datenzugang dienen können»<sup>863, 864</sup>

Sekundärmärkte für den Handel mit Personendaten sind aufgrund der datenschutzrechtlichen Beschränkungen vergleichsweise schwach ausgeprägt.<sup>865</sup> Bei Fehlen eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrunds für die Datenbearbeitung hängt die Zulässigkeit eines Sekundärhandels von der wirksamen Einwilligung durch die betroffenen Personen ab.<sup>866</sup> Da eine wirksame Erteilung der Einwilligung die hinreichende Zweckbestimmung der beabsichtigten Datenbearbeitung voraussetzt und Blankoeinwilligungen unwirksam sind,<sup>867</sup> ist ein Handel mit Personendaten, bei dem die Datennachfrager die Daten für ihre eigenen, nicht näher bestimmten Zwecke nutzen können, nicht möglich.<sup>868</sup> Selbst wenn der Zweckbindungsgrundsatz weit ausgelegt werden würde und die weitere Datennutzung für mit dem Erhebungszweck kompatible Zwecke erlaubt wäre, müsste die Kompatibilität anhand einer umfangreichen Interessenabwägung bestimmt werden.<sup>869</sup> Eine erteilte Einwilligung kann zudem jederzeit widerrufen werden.<sup>870</sup> Dementsprechend fehlt es hinsichtlich des Sekundärmarkts für Personendaten an mehreren Stellen an der notwendigen Rechtssicherheit.<sup>871</sup> Gewiss zieht jedoch auch eine gelockerte Auslegung des Zweckbindungsgrundsatzes Sekundärmärkten für Personendaten gewichtige Grenzen.<sup>872</sup> Durch diese Beschränkungen kann das volle Innovationspotenzial von Personendaten nicht umgesetzt werden.<sup>873</sup> Die datenschutzrechtlichen Einschränkungen entfallen immer dann, wenn mit anonymisierten Daten gehandelt wird.<sup>874</sup>

Aufgrund der beschränkten Realisierbarkeit von Sekundärmärkten stehen in der Praxis vor allem die Primärmärkte im Vordergrund, wenn Unternehmen Zugriff auf

<sup>862</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21, 23; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SÄTTLER, Datenschutzrecht, S. 219; SÄTTLER, Personenbezug, S. 60.

<sup>863</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21.

<sup>864</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 22 f., unter Einbezug möglicher Anonymisierung S. 32 ff.; FAUST, S. 99; SÄTTLER, Datenschutzrecht, S. 219; SÄTTLER, Personenbezug, S. 59 f.; vgl. SCHNEIDER, S. 117 f.; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994; HEYMANN, CR 2016, S. 653; BAERISWYL, *digma* 2013, S. 16.

<sup>865</sup> METZGER, GRUR 2019, S. 135; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178; RICHTER/HILTY, S. 253; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 11, 25 ff., und 36, mit dem Hinweis, dass in der Vergangenheit vor allem der Sekundärhandel mit Adressen für Werbezwecke bedeutsam war, sowie S. 37 f.; vgl. aber auch KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994 f., mit dem Hinweis, dass noch nicht viele empirische Studien hinsichtlich Datenmärkten existieren.

<sup>866</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 38; vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 155.

<sup>867</sup> Dazu § 5 II.

<sup>868</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 38; vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 135.

<sup>869</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 38.

<sup>870</sup> METZGER, GRUR 2019, S. 135.

<sup>871</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276.

<sup>872</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 39.

<sup>873</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 39.

<sup>874</sup> Vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 135. WENDEHORST, *Data Economy*, S. 330 f., weist allerdings darauf hin, dass bei völliger Anonymisierung der potenzielle Wert der Daten sinkt.

Personendaten erlangen wollen.<sup>875</sup> Obwohl Unternehmen, die über einen grossen Nutzerkreis verfügen, dabei im Vorteil sind, können auch kleinere Unternehmen und solche, die neu in den Wettbewerb eintreten, Daten direkt von den betroffenen Personen erheben.<sup>876</sup> Datenderivate bzw. Datendienste stellen überdies eine zufriedenstellende Antwort von Unternehmen auf die datenschutzrechtlichen Einschränkungen hinsichtlich der Weitergabe von Personendaten dar.<sup>877</sup> Beispielsweise im Bereich der personalisierten Werbung sind Märkte für Datenderivate bereits gut ausgebildet.<sup>878</sup>

Wichtig ist indessen, dass die «Verfügbarkeit von Daten an sekundären Datenmärkten [...] in der modernen Datenwirtschaft mithin nur einer von verschiedenen Faktoren» ist.<sup>879</sup> Von einem Marktversagen, welches der gesetzgeberischen Intervention bedarf, kann deshalb erst gesprochen werden, wenn Unternehmen auf keinem der dargestellten Wege auf Daten zugreifen können, und deshalb nicht wettbewerbsfähig sind oder sogar auf die Umsetzung ihrer Geschäftsideen verzichten müssen, oder wenn vermeidbare und erhebliche Transaktionskosten entstehen.<sup>880</sup> Ausserdem sollte im Hinterkopf behalten werden, dass ein gewisses Mass an Ineffizienz im Markt auch mit der Verfolgung höherrangiger Ziele gerechtfertigt werden kann.<sup>881</sup> So ist die derzeitige Begrenzung (bis hin zur Verhinderung) von Sekundärmärkten für Personendaten durch das Datenschutzrecht als gesellschaftliche bzw. politische Wertentscheidung zugunsten des Persönlichkeitsschutzes der von Daten betroffenen Personen zu werten.<sup>882</sup> Diese Entscheidung könnte auch anders getroffen werden.

### III. Auf dem Weg zu einem Datenschuldrecht?

Auch wenn die Kommerzialisierung von Personendaten besonders von Datenschutzrechtsexperten stark abgelehnt wird, ist dies bereits Realität.<sup>883</sup> Auf den Primärmärkten für Personendaten hat das Geschäftsmodell «Leistung gegen Daten» erhebliche

<sup>875</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 35, 40; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277.

<sup>876</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 40; kritisch SCHNEIDER, S. 116, 118, m. H. auf Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 52 f., 152 ff. Wenn Daten frei genutzt werden können («Open Data»), wird nicht von Datenhandel gesprochen, weil die Gegenleistung für die Datennutzung fehlt, dazu SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 21 f.

<sup>877</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 25, 35.

<sup>878</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 23.

<sup>879</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 25.

<sup>880</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 25, 39 f.; vgl. jedoch KERBER, Rights on Data, S. 120 f., wonach noch keine umfassende Analyse von Datenmärkten hinsichtlich allfälligen Marktversagen existiert.

<sup>881</sup> SCHÄFER/OTT, Einleitung S. XXXIX ff., weisen daneben darauf hin, dass eine effiziente Gesellschaft allerdings nicht zwangsläufig auch eine gerechte Gesellschaft sein muss. Allenfalls müssen deshalb Effizienzverluste in Kauf genommen werden, um höherwertige Ziele zu erreichen. Zur Allokationseffizienz von Datenmärkten JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 189.

<sup>882</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 40, vgl. 51; RICHTER/HILTY, S. 253 f.

<sup>883</sup> HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 39; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; SPECHT, ODW 2017, S. 121; vgl. EDSB,

Verbreitung erfahren,<sup>884</sup> wobei Personendaten als vertragliche Gegenleistung behandelt werden.<sup>885</sup> Dies wirft verschiedene Rechtsfragen auf, die noch nicht klar beantwortet werden können.

Zunächst ist fraglich, ob die Anforderungen an eine wirksame Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung eingehalten werden. Wie bereits dargelegt,<sup>886</sup> könnten insbesondere das Zweckbindungsgebot und die Freiwilligkeit der Einwilligungserteilung nicht erfüllt sein, womit die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Datenbearbeitung in einigen Fällen nicht zuverlässig erscheint.<sup>887</sup> Das Sichverlassen auf ein überwiegendes Interesse zur Datenbearbeitung erscheint allerdings ebenfalls heikel, zumal das Ergebnis der Interessenabwägung häufig vorab nicht sicher bestimmt werden kann.<sup>888</sup>

Ausserdem kann selbst eine gültig erteilte Einwilligung jederzeit frei widerrufen werden.<sup>889</sup> Das führt dazu, dass die Möglichkeit, bindende Verträge einzugehen, im Ergebnis stark eingeschränkt wird.<sup>890</sup> Der Vertrag ist nicht bindend, wenn die betroffene Person ihr Widerrufsrecht jederzeit ausüben und sich so vom Vertrag lösen kann.<sup>891</sup> Den Einwilligungsempfängern wird keine gesicherte Rechtsposition verschafft;<sup>892</sup> sie können sich nicht darauf verlassen, die Daten tatsächlich nutzen zu können.<sup>893</sup> Die Grundlage des Vertragsrechts ist jedoch die Möglichkeit, sich selbst zu binden.<sup>894</sup> Deshalb ist fraglich, wie Verträge mit Daten als Leistungsgegenstand mit der jederzeitigen Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Einklang gebracht werden können.<sup>895</sup>

Wo immer Daten als vertragliche Gegenleistung verwendet werden, geht es überdies um die Rahmenbedingungen eines «Datenschuldrechts».<sup>896</sup> Es könnte notwendig sein, allgemeine Regeln für Personendaten als Vertragsgegenstand und als Leistungsgegenstand zu schaffen.<sup>897</sup> Bei der Entwicklung eines Rechtsrahmens für den

---

Opinion 4/2017, S. 7, wo der Handel mit Personendaten sogar mit dem Handel von menschlichen Organen verglichen wird.

<sup>884</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277.

<sup>885</sup> Dazu eingehend oben § 4.

<sup>886</sup> Dazu § 5.

<sup>887</sup> Vgl. dazu auch SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 41 ff.

<sup>888</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 13 N 6.

<sup>889</sup> Zum Ganzen eingehend § 4 II.

<sup>890</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; ZECH, GRUR 2015, S. 1154 f.; SATTLER, JZ 2017, S. 1043; vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

<sup>891</sup> LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 221; ähnlich zu Art. 404 OR BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9.

<sup>892</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1039, auch 1041 f.; SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043. Vgl. PICTH, Jusletter vom IT Flash 11.12.2017, Rz. 8.

<sup>893</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1043.

<sup>894</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1041.

<sup>895</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1041 f.

<sup>896</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1036; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 217 ff.; vgl. DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 417.

<sup>897</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 68; SPECHT, JZ 2017, S. 770.; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 646; vgl. METZGER, AcP 2016, S. 819 ff., 833 ff. Einen ersten Schritt dazu stellt die Digitale Inhalte-Richtlinie dar.

Personendatenhandel auf dem Primärmarkt bzw. eines «Datenschuldrechts» muss sich dementsprechend der Herausforderung gestellt werden, wie die tatsächlichen Bedürfnisse rechtlich umgesetzt werden können, d. h. wie verbindliche Vereinbarungen über Personendaten begründet und durchgeführt, und wie beispielsweise Fälle von Leistungsstörungen behandelt werden sollen.<sup>898</sup> Insbesondere sollte geprüft werden, ob die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in gewissen Fällen eingeschränkt oder zumindest zur Disposition gestellt werden sollte, damit die Betroffenen die Möglichkeit erhalten, wirksame und bindende Verträge über die sie betreffenden Daten abzuschliessen.<sup>899</sup> Dies ist auch wichtig hinsichtlich der neuen europäischen Digitale Inhalte-Richtlinie, mit welcher Personendaten auch legislativ als vertragliche Gegenleistung anerkannt wurden.<sup>900</sup> SATTLER weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass, wenn «personenbezogene Daten das klassische Zahlungsmittel Geld teilweise ersetzen oder zumindest ergänzen können, [...] eine gewisse Emanzipation von personenbezogenen Daten vom Datensubjekt der nächste logische Schritt [ist].»<sup>901</sup> Derzeit steht ein Datenschuldrecht jedenfalls auf keiner stabilen privatrechtlichen Grundlage.<sup>902</sup>

Hervorzuheben ist indes, dass die Möglichkeit, auf den Primärmärkten Zugriff auf Daten zu erhalten, trotz der auftretenden Rechtsunsicherheiten für Unternehmen eine geeignete Art der Datenbeschaffung darstellt.<sup>903</sup> Es ist deshalb kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ersichtlich, um generell den Handel mit Personendaten zu fördern.<sup>904</sup> Diejenigen Rechtsfragen, welche Rechtsunsicherheit hervorrufen, sollten hingegen geklärt werden.<sup>905</sup> Somit ergibt sich vielmehr ein Klärungsbedarf als ein Regulierungsbedarf.<sup>906</sup>

#### IV. Ergebnis

Der rechtliche Rahmen spielt für den Handel mit Daten eine grosse Rolle; er kann ihn sowohl ermöglichen bzw. fördern als auch begrenzen. Personendaten werden vor allem auf Primärmärkten, also direkt zwischen den Betroffenen und datensammelnden Unternehmen, gehandelt. Trotz der auf den Primärmärkten für Personendaten auftretenden Rechtsunsicherheiten, stellen diese Märkte eine zweckmässige Möglichkeit für Unternehmen dar, um Zugriff auf Nutzerdaten zu erlangen, weshalb kein unmittelbares Eingreifen des Gesetzgebers zur Förderung des Personendatenhandels geboten ist.

<sup>898</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037, 1042.

<sup>899</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1042; SPECHT, JZ 2017, S. 769; wohl a. A. METZGER, AcP 2016, S. 825.

<sup>900</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1037, 1045; SPECHT, DGRI 2017, N 5; Art. 3 Abs. 8 der Digitale Inhalte-Richtlinie geht von einem Vorrang des Datenschutzrechts aus; dazu METZGER, AcP 2016, S. 822 ff.

<sup>901</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1045.

<sup>902</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1039.

<sup>903</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 41.

<sup>904</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 88; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280; vgl. allerdings DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416 f.

<sup>905</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 88; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280.

<sup>906</sup> SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280; vgl. DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 417.

Auf Sekundärmärkten, d. h. auf der Ebene zwischen Unternehmen, ist der Handel mit Personendaten durch das Datenschutzrecht nur eingeschränkt möglich. Generell wird die Datennutzung für die Unternehmen schwieriger, je stärker ausgebildet Rechte an Daten sind, was sich auch auf die Förderung des (technischen) Fortschritts auswirken kann. Durch die Einschränkungen der Sekundärmärkte kann das Innovationspotenzial von Personendaten nicht voll ausgeschöpft werden. Dies ist aber nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen, sondern stellt eine politische Entscheidung des Gesetzgebers dar, welche auch anders gefällt werden könnte.

Durch den hohen Stellenwert des Primärmarktes für den Handel mit Personendaten und die damit verbundene Wichtigkeit der «Leistung-gegen-Daten»-Verträge sollten allerdings Rahmenbedingungen eines Datenschuldrechts angedacht werden. Die Realität von Personendaten als Vertrags- und Leistungsgegenstand verlangt langfristig nach allgemeinen Regeln zur Abwicklung solcher Rechtsverhältnisse. Eine wesentliche Voraussetzung eines Datenschuldrechts ist die Möglichkeit, bindende Verträge über die Nutzung von Personendaten abzuschließen. Deshalb ist insbesondere die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung kritisch zu hinterfragen.

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



## § 8 Drei Interessen im Spannungsverhältnis

In den §§ 5, 6 und 7 wurden Interessen dargestellt, welche bei der Diskussion allfälliger Reform- und Anpassungsvorschläge der datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen häufig thematisiert werden. Obwohl die meisten Anpassungsvorschläge jeweils nur eines der Interessen in den Vordergrund rücken, müsste eine tatsächliche Anpassung des Rechtsrahmens alle drei Interessen in irgendeiner Form berücksichtigen, zumindest sofern sie alle als valide betrachtet werden.

Die Berücksichtigung mehrerer Interessen führt dazu, dass bei der Wahl von Massnahmen zur Anpassung oder zur Weiterentwicklung des Datenschutzrechts die verschiedenen Interessenlagen gegeneinander abgewogen werden müssen, denn sie stehen zueinander in einem Spannungsverhältnis.<sup>907</sup> Dieses Spannungsdreieck soll im vorliegenden Kapitel untersucht werden. Dafür werden jeweils die einzelnen Interessen zueinander ins Verhältnis gesetzt (I. - III.). Zum Schluss können Denkanstösse für eine mögliche Interessenabwägung gegeben werden (IV.).

### I. Das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsschutz und Wertbeteiligung

Zuerst ist das Spannungsverhältnis zwischen dem Persönlichkeitsschutz und einer Beteiligung der von Daten betroffenen Personen am Wert der Daten zu beschreiben. Dieses Spannungsverhältnis entsteht, weil mit der zunehmenden Kommerzialisierung der Persönlichkeit der Schutz derselben abnimmt. Das Datenschutzrecht wurde allerdings originär nicht dazu geschaffen, die Kommerzialisierung von Personendaten zu ermöglichen oder zu erleichtern, stattdessen sollen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen die Persönlichkeit der Betroffenen schützen.<sup>908</sup> Noch weniger sollen die Regeln des Datenschutzes die Betroffenen noch zusätzlich dazu anregen, sie betreffende Daten zu kommerzialisieren.<sup>909</sup>

Der Vorteil der Wertbeteiligung besteht darin, dass die betroffenen Personen einen (festgelegten) finanziellen Ausgleich für die Hingabe sie betreffender Daten erhalten würden. Das Argument für eine Beteiligung am Wert der Daten, nach dem die Betroffenen durch eine solche Beteiligung die Kontrolle über ihre Daten zurückgewinnen und bewusster mit den eigenen Daten umgehen würden, schlägt jedoch fehl.<sup>910</sup> Solange die Betroffenen nicht sicher überblicken können, in welche Bearbeitungen sie betreffender Daten durch wen und zu welchen Zwecken sie einwilligen und welche Rechte sie ausüben können, kann der Umgang mit Personendaten weder selbstbestimmt noch bewusst sein.<sup>911</sup> Daran ändert auch eine allfällige finanzielle Beteiligung am Wert der Daten nichts.

Im Gegenteil wäre verhaltensökonomisch zu untersuchen, ob durch eine finanzielle Beteiligung am Wert von Personendaten nicht sogar eher die Bereitschaft steigen

<sup>907</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1041, welcher das Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz- und Datenschutzschuldrecht anspricht.

<sup>908</sup> Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041; VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 209.

<sup>909</sup> Vgl. SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041; vgl. SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 130.

<sup>910</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; vgl. zu dieser Ansicht FEZER, MMR 2017, S. 3 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 102 f.; FEZER, ZD 2017, S. 99, 102; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 57; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 23.

<sup>911</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1042; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 39, 44.

würde, die Einwilligung in eine Datenbearbeitung leichtfertig zu erteilen.<sup>912</sup> Studien konnten bereits zeigen, dass eine Einwilligungserteilung häufig geschieht, wenn selbst nur eine geringe Gegenleistung versprochen wird, welche jedoch sofortigen Nutzen verspricht.<sup>913</sup> Häufig ist dies die Folge eines verzerrten Kosten-Nutzen-Kalküls, wenn der Nutzen unmittelbarer wahrgenommen wird als die zukünftigen Kosten, welche oft erst im Nachhinein erkannt werden.<sup>914</sup> So wird in der Bevölkerung das Interesse an Datenschutz generell sehr hoch gewertet, paradoxerweise werden persönliche Daten dennoch bereitwillig preisgegeben.<sup>915</sup> Dieses Phänomen wurde wissenschaftlich untersucht und «Privacy Paradox» genannt.<sup>916</sup> Nur unter «sehr transparenten Bedingungen, wenn Datentypen und die Konsequenzen ihrer Offenlegung bekannt sind»<sup>917</sup>, werden die Bedingungen der Personendatenbearbeitung nicht verdrängt, sondern die Betroffenen verhalten sich sogar strategisch.<sup>918</sup>

Dieser Effekt lässt den Schluss zu, dass die Möglichkeit, für Personendaten tatsächlich Geld zu erhalten, sich negativ auf den Persönlichkeitsschutz auswirken würde. Es liesse sich sogar provokativ fragen, ob Datenschutz zukünftig vor allem vermögenden Personen vorbehalten bleiben soll, während nicht vermögende Personen sich unter gewissen Umständen sogar dazu gezwungen sehen könnten, die sie betreffenden Daten kommerziell zu verwerten – wobei der Erlös je höher ausfiele, desto sensibler die Daten sind.<sup>919</sup> Datenschutz, und damit der Persönlichkeitsschutz, darf jedoch nicht zu einem Luxusgut verkommen.<sup>920</sup>

Weiter besteht die Gefahr, dass Unternehmen, die die Wertbeteiligung bezahlen müssen, eine Haltung dahingehend entwickeln, dass es ihnen zustünde, Personendaten möglichst gewinnbringend einzusetzen, immerhin hätten sie dafür bezahlt. Eine solche Haltung wäre wohl einem generellen datenschutzfreundlich(er)en Bewusstsein eher abträglich. Ferner ist in Erinnerung zu rufen, dass sich eine Wertbeteiligung kaum rechtfertigen lässt und es bereits an einem überzeugenden Anknüpfungspunkt fehlt.<sup>921</sup>

Im Ergebnis sprechen meines Erachtens die überwiegenden Argumente dafür, das Interesse am Persönlichkeitsschutz generell höher zu werten als das Interesse an einer finanziellen Beteiligung am Wert der Personendaten.

<sup>912</sup> Dazu bereits eingehend HERMSTRÜWER, S. 253 ff., m. w. H.

<sup>913</sup> Vgl. ENGELS, IW-Trends 2/2018, S. 5; DIVSI, Ware und Währung, S. 16, 41.

<sup>914</sup> ENGELS, IW-Trends 2/2018, S. 5; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1469; vgl. METZGER, GRUR 2019, S. 134; ähnlich JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 181.

<sup>915</sup> HERMSTRÜWER, S. 231 ff.; ENGELS, IW-Trends 2/2018, S. 5; zum Ganzen auch METZGER, GRUR 2019, S. 129, 134; METZGER, AcP 2016, S. 830 f. m. w. N.; vgl. SATTLER, Personality, S. 40; JENTZSCH/PREIBUSCH/HARASSER, S. 33; DIVSI, Ware und Währung, S. 11 ff.

<sup>916</sup> Dazu ENGELS, IW-Trends 2/2018, S. 5 f.; PAAL, S. 163; METZGER, GRUR 2019, S. 129; HERMSTRÜWER, S. 232.

<sup>917</sup> JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 182.

<sup>918</sup> JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 182; JENTZSCH/PREIBUSCH/HARASSER, S. 39.

<sup>919</sup> Vgl. HÄRTING, CR 10/2016, S. 648.

<sup>920</sup> Vgl. HÄRTING, CR 10/2016, S. 648, welcher auf die Gefahr einer «Zwei-Klassen-Datengesellschaft» hinweist; RUDIN, digma 2/2018, S. 67.

<sup>921</sup> Dazu eingehend § 6.

## II. Das Verhältnis zwischen Persönlichkeitsschutz und Datenhandel

Das zweite Spannungsverhältnis, das hier dargestellt wird, ist jenes zwischen dem Persönlichkeitsschutz und dem Datenhandel, welcher hinsichtlich personenbezogener Daten aktuell vor allem auf Primärmärkten stattfindet.<sup>922</sup> METZGER weist zu Recht darauf hin, dass «die oft beschworene Kostenloskultur im Internet nur Kulisse» sei, denn die Betroffenen werden «keineswegs beschenkt», wenn sie Dienste in Anspruch nehmen und dafür in die Nutzung ihrer Daten einwilligen.<sup>923</sup> Inzwischen bedingt im Übrigen die Registrierung für bzw. Nutzung von vielen im Internet dargebotenen Services die Einwilligung in das Erheben und die Nutzung von Personendaten.<sup>924</sup>

Das «Privacy Paradox»<sup>925</sup> kann auch hier beobachtet werden: «Wegen einer hohen Gegenwartspräferenz nehmen Internetnutzer zum Beispiel die sofortige Belohnung durch die Onlinedienste und die Datenweitergabe als wichtiger wahr als die diskontierten zukünftigen Konsequenzen».<sup>926</sup> Privatsphäre und Datenschutz werden zwar als wichtig befunden, diese Erkenntnis spiegelt sich jedoch nicht zwangsläufig auch im Verhalten der betroffenen Personen im Umgang mit ihren Daten wider.<sup>927</sup> SCHWEITZER weist darauf hin, dass «Leistung gegen Daten»-Modelle von den betroffenen Personen als kostenlos wahrgenommen werden und deshalb eine Sogwirkung entfalten.<sup>928</sup> Dazu kommt, dass die Betroffenen kaum die Reichweite der Datenbearbeitung überblicken können, die datenschutzrechtlichen Grundsätze oft nicht eingehalten werden und die Rechtsdurchsetzung vielfach schwierig ist.<sup>929</sup> Die Möglichkeit, sich selbst betreffende Personendaten zu kommerzialisieren, und der Umstand, dass «globale Datenbestände bislang ungeahnten Ausmasses in der Hand weniger Grossunternehmen»<sup>930</sup> liegen, mindern dementsprechend den Persönlichkeitsschutz der Betroffenen.

Das höchste Schutzniveau für die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen wäre wohl erreicht, wenn Personendaten gar nicht kommerzialisiert werden dürften und Datenbearbeitungen in nur engen Grenzen erlaubt wären.<sup>931</sup> Wären Verträge über die Nutzung von Personendaten per se unzulässig, erübrigte sich damit auch die Frage nach einem geeigneten schuldrechtlichen Rahmen für den (primären) Datenhandel.

<sup>922</sup> BECKER, JZ 2017, S. 170; vgl. SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218 f.

<sup>923</sup> METZGER, *AcP* 2016, S. 818; dazu auch KÜHLING, S. 170 f.; VON LEWINSKI, *Wert von personenbezogenen Daten*, S. 218; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 218 f.; SPECHT, *DGRI* 2017, N 5; EGGERS/HAMILL/ALI, S. 21; HOFMANN, *Richtlinie Digitale Inhalte*, S. 166; vgl. JENTZSCH/PREIBUSCH/HARASSER, S. 8 f.; LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, *EuCML* 2015, S. 219.

<sup>924</sup> KILIAN, *CRi* 2012, S. 172; vgl. SCHNEIDER, S. 127.

<sup>925</sup> ENGELS, *IW-Trends* 2/2018, S. 5.

<sup>926</sup> ENGELS, *IW-Trends* 2/2018, S. 5.

<sup>927</sup> ENGELS, *IW-Trends* 2/2018, S. 5; SATTLER, *Personality*, S. 40; zum Ganzen auch METZGER, *AcP* 2016, S. 830 f. m. w. N.; BUCHNER, *Informationelle Selbstbestimmung*, S. 183.

<sup>928</sup> SCHWEITZER, S. 276, mit Beschreibung des sog. «free effect», wonach Nutzer bevorzugt auf die kostenlose Leistung zurückgreifen, auch wenn der zusätzliche Nutzen eines alternativen entgeltlichen Angebots höher ist als der zu bezahlende Preis, siehe auch S. 291.

<sup>929</sup> Dazu § 5.

<sup>930</sup> SCHNEIDER, S. 118.

<sup>931</sup> Vgl. BUCHNER, *Informationelle Selbstbestimmung*, S. 183; BUCHNER, *DGRI* 2011, S. 59.

Ein derart hohes Schutzniveau entspricht allerdings nicht der Realität und neben den Interessen der Wirtschaft wohl auch nicht den Interessen der Betroffenen.<sup>932</sup> Das Datenschutzrecht wurde zwar originär zum Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen geschaffen und war nicht für eine Kommerzialisierung von Personendaten gedacht.<sup>933</sup> Allerdings sollen die betroffenen Personen mithilfe des Datenschutzrechts ja gerade über informationelle Selbstbestimmung verfügen und damit über die Nutzung und Verbreitung sie betreffender Daten selbst bestimmen können.<sup>934</sup> Ein zu starker Paternalismus erscheint vor diesem Hintergrund nicht angebracht.<sup>935</sup> Dies wurde auch vom Bundesrat erkannt, welcher den Datenschutz zwar stärken, aber dadurch nicht die «Teilhabe von Bevölkerung, Wirtschaft und Gesellschaft an den neuen Kommunikationstechnologien und die weitere technologische Entwicklung gefährden» möchte.<sup>936</sup> Zudem gibt es wirtschaftliche Gründe, die für ein Zulassen des Handels mit Personendaten sprechen. Je stärker die Kommerzialisierung von Personendaten erlaubt – und damit das Interesse am Handel mit Daten betont – wird, desto schwächer wird jedoch der Persönlichkeitsschutz.<sup>937</sup>

Welches Mass an Kommerzialisierung und Handel von Personendaten zugelassen werden soll, ist eine gesellschaftliche bzw. politische Entscheidung, welche vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden kann. Jedenfalls sollte aber auch bei denjenigen Vertragsverhältnissen, welche den Bezug einer Leistung gegen die Nutzung von Daten vorsehen, auf einen angemessenen Persönlichkeitsschutz und Transparenz geachtet werden.<sup>938</sup> Bei solchen Geschäften besteht immerhin die Möglichkeit, den Persönlichkeitsschutz und den Datenhandel in Ausgleich bringen zu können.<sup>939</sup>

Beim Ermöglichen und Fördern einer Datenwirtschaft und eines Datenschuldrechts muss es letzten Endes außerdem darum gehen, faire Bedingungen und gleich lange Spiesse für die Marktteilnehmer zu schaffen.<sup>940</sup> Betroffene Personen können in Monopolen oder Oligopolen keine realistischen Entscheidungen treffen.<sup>941</sup> Dennoch

---

<sup>932</sup> WEICHERT, NJW 2001, S. 1466 f.; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 179; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41, 76, 80; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 813; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 231 f.; vgl. SPECHT, DGRI 2017, N 11; vgl. auch BGE 138 II 346, 372, E. 10.6.6, wonach ein totaler Schutz nicht gewährleistet werden kann, da Personendaten in der heutigen Gesellschaft faktisch in die soziale Realität eingebunden sind.

<sup>933</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, S. 1041.

<sup>934</sup> Vgl. BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4 N 3; Urteil des BGER 1C\_230/2011 vom 31.05.2012, E. 8.2; vgl. auch SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7, m. H. auf die Privatautonomie; sowie SATTLER, Personality, S. 39: «minimum degree of control»; BUCHNER, DGRI 2011, S. 55.

<sup>935</sup> Ähnlich DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; WEICHERT, NJW 2001, S. 1467; vgl. auch BRÄUTIGAM, MMR 2012, S. 637; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 184; zu Paternalismus z. B. EIDENMÜLLER, S. 358 ff.

<sup>936</sup> BGE 138 II 346, 373, E. 10.6.6.

<sup>937</sup> Vgl. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 258; siehe auch den Hinweis auf die Gefahren des Datenhandels für den Persönlichkeitsschutz in SCHULZ, S. 287.

<sup>938</sup> SPECHT, GRUR Int. 2017, 1040, 1047.

<sup>939</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1040 f.; KILIAN, CRi 2012, S. 171; METZGER, AcP 2016, S. 864; BECKER, JZ 2017, S. 171; SPECHT, DGRI 2017, N 54; dazu HOFMANN, ZGE 2010, S. 4.

<sup>940</sup> Vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1468.

<sup>941</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174; zur Monopolbildung z. B. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 26 f.;

müssen sie eine realistische Entscheidungsfreiheit haben, wozu namentlich unabdingbar ist, dass ihnen faire, übersichtliche Vertragsbedingungen und Wahlmöglichkeiten für die Handelbarkeit und Nutzung der sie betreffenden Daten gewährt werden.<sup>942</sup> Im Verhältnis zwischen Unternehmen und den von Daten betroffenen Personen geht es also nicht nur um Themen des Datenschutzes, sondern auch um Fairness bei Geschäften mit Daten.<sup>943</sup>

### III. Das Verhältnis zwischen Datenhandel und Wertbeteiligung

Das dritte Spannungsverhältnis ist jenes zwischen dem Datenhandel und einer Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der Daten. Es erscheint schwierig, das individuelle Interesse der Betroffenen an einer Beteiligung am Wert der sie betreffenden Daten mit einer funktionierenden Datenwirtschaft in Einklang zu bringen. Es bestünde das Risiko, funktionierende Märkte mit einer solchen Beteiligung zu stören und den Wettbewerb zu hemmen.<sup>944</sup> Dazu kommen die vielen praktischen Probleme der Beteiligung am Wert der Daten, welche unnötige Kosten verursachen könnten.<sup>945</sup> Schliesslich sollen mit Reformbestrebungen Hindernisse für den Handel ja eher abgebaut als aufgebaut werden.<sup>946</sup> Das Eingreifen des Gesetzgebers sollte gerade auf die Bereiche der sich neu und dynamisch entwickelnden Märkte begrenzt sein, wo es unabdingbar erscheint.<sup>947</sup>

### IV. Abwägungsüberlegungen

Im Hinblick auf eine mögliche Rechtsfortbildung ist man früher oder später dazu gezwungen, die miteinander in einem Spannungsverhältnis stehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies ist angesichts des dargelegten Spannungsdreiecks keine leichte Aufgabe.<sup>948</sup>

Zunächst ist die grundsätzliche Frage zu stellen, ob die Kommerzialisierung von Personendaten zukünftig überhaupt zugelassen werden sollte. Angesichts der faktischen Entwicklungen, welche weder rückgängig zu machen noch aufzuhalten sind, und der grundsätzlichen Bereitschaft der Betroffenen zur Kommerzialisierung sie betreffender Daten, wird ein gänzlich Verbot nicht realisierbar sein – auch, wenn

---

PAAL, S. 145.

<sup>942</sup> KILIAN, CRi 2012, 169, 174; METZGER, AcP 2016, S. 823 f., 828; vgl. SCHWEITZER, S. 278 f.

<sup>943</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1153; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1468; SATTLER, Datenschuldrecht, S. 220. Vgl. auch KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 641, 645, welcher ökonomischen Forschungsbedarf hinsichtlich der Frage, wo und in welcher Ausgestaltung Datenschutz in digitalen Märkten zweckdienlich ist, feststellt.

<sup>944</sup> Ähnlich DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschlusslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 646.

<sup>945</sup> Vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-1, S. 645 f.; vgl. METZGER, AcP 2016, S. 828.

<sup>946</sup> Vgl. Mitteilung EU-Kommission, Datenwirtschaft, S. 5; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280; HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte, S. 163, m.H. auf das Ziel der Digitale Inhalte-Richtlinie.

<sup>947</sup> Ähnlich SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 280.

<sup>948</sup> SCHNEIDER, S. 115, weist zudem darauf hin, dass gesetzgeberische Entscheidungen «trotz erheblicher prognostischer Unsicherheiten über die weitere Entwicklung» getroffen werden müssen.

insbesondere Datenschutzexperten sich unter Umständen nur schwer mit dieser Ansicht anfreunden können.<sup>949</sup>

Damit ist die Frage, welches Ausmass der Kommerzialisierung von Personendaten möglich sein sollte, allerdings noch nicht beantwortet. Hierbei muss diskutiert werden, wie viel Paternalismus als notwendig angesehen wird, d. h. inwieweit die von Daten Betroffenen (auch) vor sich selbst geschützt werden sollten.<sup>950</sup> Diese Frage stellt sich insbesondere bei Berücksichtigung des «Privacy Paradox». Denkbar wäre auch, Personendaten in feinere Kategorien zu unterteilen als bisher und die Kommerzialisierung nur (oder, je nach Sichtweise, immerhin) für einige davon zu erlauben. Damit einhergehend muss zudem untersucht werden, welche Massnahmen dazu geeignet sind, die Selbstbestimmung der Betroffenen zu stärken.

Als nächster Schritt müssten die Sekundärmärkte für Personendaten betrachtet werden. Der Handel von Personendaten auf Sekundärmärkten funktioniert aktuell grundsätzlich, auch wenn er vergleichsweise schwach ausgeprägt ist. Dies liegt an den durch das geltende Datenschutzrecht gesetzten Grenzen, einer gesetzgeberischen Entscheidung zugunsten des als höherrangig gewerteten Persönlichkeitsrechtsschutzes.<sup>951</sup> Fraglich ist, ob ein Sekundärhandel mit Personendaten – oder z. B. spezifischer Kategorien von Personendaten – weniger begrenzt werden sollte. Diese Thematik ist wohl mit einem kritischen Hinterfragen der (generellen) freien Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung verbunden.

Schliesslich wird die Problematik diskutiert werden müssen, wie Personendaten als Vertragsgegenstand und insbesondere damit einhergehende Leistungsstörungen behandelt werden sollen. Auch hier sind Regeln denkbar, welche entweder die Schutzfunktion des Datenschutzrechts mehr betonen oder das Interesse am Datenhandel schwerer gewichten. Wichtig ist, dass dies Entscheidungen sind, welche früher oder später getroffen werden müssen.

Am Ende ist es vor allem eine gesellschaftliche bzw. politische Entscheidung, wie insbesondere die aufgezeigten Fragestellungen beantwortet werden sollen.<sup>952</sup> Je nachdem, welche der dargestellten Interessen schwerer gewichtet werden, müssen entsprechende Massnahmen getroffen werden.

Insgesamt lässt sich meines Erachtens festhalten, dass der Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen auf jeden Fall gewährleistet werden, die Realität der Datenwirtschaft jedoch ebenfalls berücksichtigt werden sollte. Da die Argumentation für das Interesse der Betroffenen an einer Beteiligung am Wert der Daten wenig überzeugt und praktische Umsetzungsprobleme aufweist, könnte dieses Interesse gut unberücksichtigt gelassen werden. Es ist ausserdem zu fordern, dass die Sensibilisierung der Bevölkerung für Datenschutzthemen gefördert wird.<sup>953</sup> Insbesondere muss

---

<sup>949</sup> So haben Datenschützer gem. SCHWEITZER, S. 274, «gegen das Konzept «Daten als Entgelt» [...] ganz grundsätzliche Einwände erhoben». Der Europäische Datenschutzbeauftragte lehnt die Behandlung von Personendaten als Wirtschaftsgut entschieden ab, EDSB, Opinion 4/2017, S. 7 ff.; dazu auch SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 216, 221.

<sup>950</sup> Ebenso FAUST, S. 92; ähnlich SPECHT, *ODW* 2017, S. 126; SATTLER, *Datenschuldrecht*, S. 231.

<sup>951</sup> SCHWEITZER/PEITZ, *NJW* 5/2018, S. 276; SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 40; vgl. SPECHT, *ODW* 2017, S. 126.

<sup>952</sup> Ähnlich SPECHT, *ODW* 2017, S. 126.

<sup>953</sup> SPECHT, *GRUR Int.* 2017, S. 1042; vgl. METZGER, *AcP* 2016, S. 830 f. und 865; vgl. auch BECKER, *JZ* 2017, S. 174.

den Betroffenen bewusst werden, dass ihre Daten einen Wert haben, auch wenn sie häufig kaum abschätzen können, wie gross dieser konkret sein mag.<sup>954</sup>

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

<sup>954</sup> METZGER, AcP 2016, S. 830; SCHEUCH, S. 54; vgl. VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten, S. 219.

## Dritter Teil

### Untersuchung von Anpassungsvorschlägen

Nachdem im ersten Teil bei der Untersuchung des geltenden Rechts aufgezeigt wurde, dass es kein eigentumsartiges Recht an Personendaten gibt und dass die wirtschaftliche Verwertung von Personendaten dennoch faktisch möglich ist, wurden im zweiten Teil die Interessen untersucht, auf deren Basis mögliche Anpassungsvorschläge des geltenden Rechtsrahmens diskutiert werden. Im Ergebnis müssen vor allem die Interessen am Persönlichkeitsschutz der von Daten Betroffenen und am Schaffen eines funktionierenden Datenmarkts gegeneinander abgewogen werden. Je nachdem, welches Interesse schwerer gewichtet wird, kommen unterschiedliche Möglichkeiten zur Anpassung des Rechtsrahmens in Betracht.

Im dritten Teil der vorliegenden Ausfertigung werden Möglichkeiten vorgestellt, wie das Datenschutzrecht zukünftig weiterentwickelt werden könnte. Dabei wird zunächst eine Weiterentwicklung über das Schuldrecht untersucht. In § 9 wird kritisch hinterfragt, ob, wie bisher von der herrschenden Lehre vertreten, die datenschutzrechtliche Einwilligung weiterhin frei widerruflich ausgestaltet sein soll. Möglicherweise muss dies nicht uneingeschränkt für alle Arten von Personendaten und ungeachtet des Bestehens schuldrechtlicher Bindungen gelten. Sollen die betroffenen Personen ihre Einwilligung jederzeit widerrufen können, auch wenn sie sich schuldrechtlich dazu verpflichtet haben, die Nutzung sie betreffender Daten zuzulassen, müssen schuldrechtliche Ersatzansprüche des Vertragspartners in Frage kommen. Deshalb wird in § 10 geprüft, ob die Betroffenen mit dem Widerruf der vertraglich geschuldeten datenschutzrechtlichen Einwilligung gegenüber ihrem Vertragspartner schadenersatzpflichtig werden.

Soll das Datenschutzrecht künftig über das Schuldrecht hinausgehen, muss es auf die Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte gehoben werden. Deshalb wird in § 11 eine Weiterentwicklung des Datenschutzrechts hin zu einem übertragbaren Ausschliesslichkeitsrecht untersucht. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob die einzelnen natürlichen Personen zukünftig ein Immaterialgüterrecht sui generis an sie betreffenden Daten haben sollen.

Die drei Anpassungsvorschläge der §§ 9 - 11 werden nicht nur jeweils vorgestellt und untersucht, sondern auch in den Kontext der im zweiten Teil dargestellten Interessen gesetzt. So können Leitplanken aufgezeigt werden, bei welcher Gewichtung der Interessenlage sich welcher Anpassungsvorschlag mehr oder weniger zur Umsetzung eignen würde.



## § 9 Die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung

Das derzeit geltende Datenschutzrecht soll vor allem die Persönlichkeit der betroffenen Personen schützen und beinhaltet deshalb eigentlich keine Regeln betreffend die Kommerzialisierung von Personendaten durch die Betroffenen.<sup>955</sup> Allerdings ist die datenschutzrechtliche Einwilligung zu einem Instrument für die Kommerzialisierung personenbezogener Daten geworden.<sup>956</sup> Wie die Untersuchung des geltenden Rechtsrahmens und der Interessenlage zeigt, ist deshalb die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung kritisch zu hinterfragen. In der Lehre wurde die Frage aufgeworfen, ob die freie Widerrufbarkeit in bestimmten Fällen eingeschränkt oder zumindest die Möglichkeit eröffnet werden sollte, in einem bestimmten Vertragsverhältnis auf die freie Widerrufbarkeit zu verzichten.<sup>957</sup> So sollen die von Daten betroffenen Personen die Möglichkeit erhalten, wirksame und bindende Verträge zumindest über gewisse Arten von Personendaten abzuschliessen und sie so freiwillig kommerzialisieren zu können.<sup>958</sup>

Es ist folglich zu prüfen, ob das Konzept der freiwilligen Kommerzialisierung von Personendaten mittels einer eingeschränkt widerruflichen Einwilligung ein gangbarer Weg wäre, um auf die vorgebrachte Kritik an der geltenden Rechtslage bzw. auf den Anpassungsbedarf einzugehen. Zunächst wird die freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten diskutiert (I.). Danach wird untersucht, inwiefern die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung eingeschränkt werden kann (II.) und welche Folgen dies nach sich zöge (III.). Im Anschluss wird dargelegt, ob für die Umsetzung des Vorschlags gesetzgeberisches Tätigwerden nötig wäre (IV.). Schliesslich wird der Anpassungsvorschlag anhand der drei im zweiten Teil der vorliegenden Ausfertigung vorgestellten Interessen geprüft (V.).

### *I. Freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten*

Festzuhalten ist zunächst, dass die freiwillige Kommerzialisierung von Personendaten durch Erteilen der datenschutzrechtlichen Einwilligung bereits Realität ist. Schon heute sind viele von Daten Betroffene dazu bereit, für eine Gegenleistung in die Nutzung und Weitergabe sie betreffender Daten einzuwilligen.<sup>959</sup> Angesichts der bestehenden Schwierigkeiten bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze und der Voraussetzungen zur Erteilung einer gültigen Einwilligung<sup>960</sup> sowie der Rechtsunsicherheit, welche aus der freien Widerrufbarkeit resultiert,<sup>961</sup> wird von einigen Stimmen vorgebracht, die Einwilligung sei für die heutigen Geschäftsmodelle

<sup>955</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41.

<sup>956</sup> Dazu § 4.

<sup>957</sup> SÄTTLER, JZ 2017, S. 1041 ff.; SPECHT, ODW 2017, S. 125 f.; dazu auch GÖTTING, S. 149 ff.; ROGOSCH, S. 136; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 272 f.; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1467; auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41.

<sup>958</sup> SÄTTLER, JZ 2017, S. 1042; SPECHT, JZ 2017, S. 769; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; vgl. SÄTTLER, Telemedicus 04.12.2017; vgl. zu diesem Bedürfnis UNSELD, GRUR 2011, S. 983; wohl a. A. METZGER, AcP 2016, S. 825.

<sup>959</sup> Z. B. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41; WANDTKE, MMR 2017, S. 9; dazu auch § 4 und § 7.

<sup>960</sup> Dazu § 5.

<sup>961</sup> Dazu § 4.

nicht mehr das geeignete Mittel.<sup>962</sup> Die datenschutzrechtliche Einwilligung sei in der Praxis gescheitert.<sup>963</sup> Gleichzeitig wird gerügt, den Betroffenen sei die Selbstbestimmungsfähigkeit über sie betreffende Daten verloren gegangen.<sup>964</sup>

Ein Gedanke, welcher im Hinblick auf diese Argumentation aufkommt, ist, dass die betroffenen Personen gänzlich der Souveränität über sie betreffende Daten beraubt würden, wenn bei Geschäftsmodellen wie «Leistung-gegen-Daten»-Verträgen statt auf die Einwilligung auf gesetzliche Erlaubnistatbestände abgestellt würde. Sollen die Betroffenen die Kontrolle über ihre Daten zurückerlangen,<sup>965</sup> kann es nicht die Lösung sein, das einzige datenschutzrechtliche Mittel ihrer Selbstbestimmung *ad acta* zu legen.<sup>966</sup> Die betroffenen Personen sollen selbstbestimmt darüber entscheiden können, in welchem Umfang sie betreffende Daten genutzt und verbreitet werden können und welche Art oder welches Mass der Datenbearbeitung als unerwünscht betrachtet wird.<sup>967</sup> Gerade zu diesem Zweck wurde die datenschutzrechtliche Einwilligung als Rechtsinstitut geschaffen.<sup>968</sup> Wenn die Betroffenen eine informierte Entscheidung treffen können und sich dazu entscheiden, sie betreffende Daten zu kommerzialisieren, sollte das Recht sie nicht daran hindern, sondern die Entscheidung stattdessen respektieren.<sup>969</sup> Das Abstellen auf gesetzliche Erlaubnistatbestände anstatt auf die Einwilligung der betroffenen Personen stellte mithin keinen Paternalismus dar. Vielmehr würde dabei das Interesse Dritter, Personendaten zu verarbeiten, höher gewertet als der Schutz der einzelnen Datensubjekte und ihre Selbstbestimmungsfähigkeit.<sup>970</sup>

Dementsprechend ist vielmehr danach zu fragen, wie die Einwilligung inklusive der Rahmenbedingungen für ihre Erteilung als Mittel zur freiwilligen Kommerziali-

---

<sup>962</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 47 f.; kritisch SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 103; vgl. dazu SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 40 ff.; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 277; BECKER, JZ 2017, S. 173 f.

<sup>963</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 13.

<sup>964</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 52; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 106; FEZER, ZD 2017, S. 100; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24.

<sup>965</sup> Vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 106; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 23.

<sup>966</sup> Auch SATTLER, JZ 2017, S. 1045, sowie DERS., Datenschuldrecht (erscheint demnächst), spricht sich dafür aus, der Einwilligung den Vorrang vor gesetzlichen Erlaubnistatbeständen einzuräumen.

<sup>967</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37, 43; vgl. PEARCE, EDPL 2018, S. 197.

<sup>968</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 37; VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes, S. 50; HERMSTRÜWER, S. 28 f.; ähnlich KILIAN, Gegenleistung, S. 197; vgl. SATTLER, Datenschuldrecht, S. 231 f., 234, welcher die Privatautonomie betont.

<sup>969</sup> METZGER, AcP 2016, S. 829; FAUST, S. 92; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 65, 113 f.; ähnlich DIVSI, Daten als Handelsware, S. 41, 43; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 184; vgl. allgemein zu Persönlichkeitsgütern BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

<sup>970</sup> So Dr. Michael Isler, Rechtsanwalt, in seinem Vortrag am Law & Robots Workshop 2019, 06.06.2019, an der Juristischen Fakultät der Universität Basel. Vgl. allerdings SPECHT, Diktat der Technik, S. 96: «Bei all dem lässt sich trefflich darüber streiten, ob letztlich die private Rechtsbeeinträchtigung schutzpflichtbegründend ist oder nicht vielmehr die unterlegene Vertragspartei vor sich selbst zu schützen ist.»

sierung von Personendaten verbessert werden kann. Die datenschutzrechtlichen Regeln – und allenfalls auch die wettbewerbsrechtlichen, kartellrechtlichen und konsumentenschutzrechtlichen Regeln<sup>971</sup> – sollten sicherstellen, dass die betroffenen Personen «bewusst und auf der Basis ausreichender Informationen»<sup>972</sup> darüber entscheiden können, ob sie der Bearbeitung von Personendaten zustimmen möchten.<sup>973</sup> Wie die Transparenz erhöht und bestehende Informationsdefizite beseitigt werden können, ist allerdings eine andere Frage.

Die Möglichkeit der freiwilligen Kommerzialisierung von Personendaten durch Erteilen der Einwilligung in ihre Nutzung und Weiterverbreitung sollte künftig nach der hier vertretenen Ansicht beibehalten werden. Wird eine allfällige Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung diskutiert, wird sogar noch einen Schritt weitergegangen: Können die Betroffenen nicht nur gegen Versprechen einer Gegenleistung in die Nutzung ihrer Daten einwilligen, sondern diese Einwilligung auch – zumindest in bestimmten Fällen – nicht mehr frei widerrufen, wären tatsächlich bindende Verträge über Personendaten möglich.

SATTLER vertritt die Ansicht, die Betroffenen müssten grundsätzlich bindende Verträge über sie betreffende Daten eingehen können, selbst wenn dadurch die Widerrufbarkeit der Einwilligung eingeschränkt würde.<sup>974</sup> Er betont, einerseits könnten «[r]ationale Begrenztheiten und Informationsasymmetrien zum Nachteil natürlicher Personen [...] eine beschränkte Bindungswirkung der datenschutzrechtlichen Einwilligung rechtfertigen».<sup>975</sup> Mit dem Entzug der Möglichkeit der Selbstbindung würde jedoch ein «wesentlicher Bestandteil der Privatautonomie entzogen»<sup>976</sup> und der «persönliche Gestaltungsspielraum unverhältnismä[ss]ig eingeschränkt»<sup>977</sup>. Dem tatsächlichen Willen der betroffenen Personen sollte im Privatrecht der Vorrang vor allfälligen staatlichen Schutzpflichten eingeräumt werden, um eine funktionsfähige Privatautonomie und ein künftiges Datenschuldrecht überzeugend zu realisieren.<sup>978</sup>

Dagegen wird vorgebracht, der Betroffene müsste im Sinne der Selbstbestimmung die Möglichkeit haben, seine Entscheidung für die Zukunft zu korrigieren und seine «Persönlichkeit durch einen veränderten Umgang mit seinen personenbezogenen Daten stärker zu schützen».<sup>979</sup> Es wird betont, die Konsequenz der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung sei der Verlust der informationellen Selbstbestimmung.<sup>980</sup> Gleich-

<sup>971</sup> Dazu DREXL, NZKart 2017, Teil 2, S. 416 f.; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 116 ff., 152 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 26, 30.

<sup>972</sup> FAUST, S. 92.

<sup>973</sup> FAUST, S. 92; vgl. BUCHNER, DuD 2015, S. 376; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 111 f., 179, 184 f.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50 f.; zur Selbstbestimmung als Bedingung der Vertragsfreiheit SPECHT, Diktat der Technik, S. 95.

<sup>974</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1042; vgl. SATTLER, Telemedicus 04.12.2017; dazu auch DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50; ähnliche Stossrichtung ebenfalls dargestellt z. B. bei BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270; GÖTTING, S. 150 ff.

<sup>975</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1042, m. H. auf HERMSTRÜWER, S. 227 ff.

<sup>976</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1042.

<sup>977</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1042.

<sup>978</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1042; vgl. dazu auch SATTLER, Datenschuldrecht, S. 234 f.

<sup>979</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

<sup>980</sup> SPECHT, ODW 2017, S. 126.

zeitig wird allerdings auch erkannt, dass in Fällen, in denen die Erteilung der Einwilligung eine vertragliche Gegenleistung darstellt, ein Widerruf unter Umständen unbillige Ergebnisse hervorbringen kann.<sup>981</sup> Es kann im Interesse beider Vertragsparteien liegen, wenn die betroffene Person dem Datenbearbeiter eine gesicherte Rechtsposition verschaffen kann.<sup>982</sup> Im Ergebnis ist es daher sinnvoll, die Einschränkung der freien Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung näher zu untersuchen. Sie könnte eine durchführbare Möglichkeit sein, die Nutzung von Personendaten zu vereinfachen.<sup>983</sup>

## II. Einschränkung des freien Widerrufsrechts

Im Schweizer Recht wurde das Widerrufsrecht im Wege der Gesetzesauslegung entwickelt und nicht ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben.<sup>984</sup> Die Lehre verweist regelmässig auf die analoge Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR, das auftragsrechtliche jederzeitige Kündigungsrecht.<sup>985</sup> Das Bundesgericht bestätigt regelmässig den zwingenden Charakter des Art. 404 Abs. 1 OR, weshalb das Kündigungsrecht weder wegbedungen noch eingeschränkt werden darf, und begründet dies mit dem Zugrundeliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses beim Auftrag.<sup>986</sup> Ob die analoge Anwendung des Art. 404 auf die datenschutzrechtliche Einwilligung gerechtfertigt ist, besonders wenn sie als vertragliche Gegenleistung fungiert, wurde bisher noch nicht diskutiert. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob hierbei gleichermassen ein Vertrauensverhältnis besteht wie beim Auftrag, das eine jederzeitige Kündigungsmöglichkeit rechtfertigt. Obwohl die herrschende Lehre davon ausgeht, die datenschutzrechtliche Einwilligung sei generell jederzeit widerrufbar,<sup>987</sup> wurde dies gerichtlich noch nicht entschieden.

Ein gegenteiliger Ansatz wurde vom Bundesgericht allerdings in Entscheid 136 III 401 vom 27.05.2010 in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht vertreten.<sup>988</sup> In diesem Entscheid ging es im Wesentlichen um die Frage, ob eine entgeltlich erteilte Einwilligung zur uneingeschränkten, zeitlich und örtlich unbegrenzten Nutzung und Verbreitung erotischer Bilder und eines Films pornografischen Inhalts frei widerrufen werden kann und ob dieser Widerruf von einer finanziellen Entschädigungszahlung abhängig gemacht werden kann.<sup>989</sup> Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, Persönlichkeitsrechtsgüter wie das Recht am eigenen Bild könnten grundsätzlich Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein, wenn

<sup>981</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, ODW 2017, S. 125; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

<sup>982</sup> Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50, wo allerdings noch weitergehend die Verfügungsbefugnis über eine verdinglichte Position an Personendaten gefordert wird.

<sup>983</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31.

<sup>984</sup> Dazu UHLIG, AJP 2013, S. 327, 329.

<sup>985</sup> Vgl. z. B. BGE 136 III 401, 405; AEBI-MÜLLER, N 219; HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, Rz 24.

<sup>986</sup> Z.B. BGE 115 II 464, 466; dazu mit ausführlichen Nachweisen BSK OR I- OSER/WEBER, Art. 404 N 9 ff.

<sup>987</sup> Dazu § 4.

<sup>988</sup> Ebenso AEBI-MÜLLER, N 216 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 11.14, 12.21; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 14; a. A. HAAS, Einwilligung, N 548.

<sup>989</sup> BGE 136 III 401, 402 f.

dabei die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen.<sup>990</sup> Nur Persönlichkeitsrechtsgüter, die dem «höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit»<sup>991</sup> zugeordnet werden, sollen von unwiderruflichen vertraglichen Vereinbarungen ausgeschlossen sein. Dies steht im Einklang mit der Lehre, wonach Verträge über Persönlichkeitsgüter grundsätzlich zulässig, jedoch mittels Art. 20 OR und Art. 27 ZGB überprüfbar sind.<sup>992</sup>

Dieser Bundesgerichtsentscheid eröffnet damit die Möglichkeit, das Widerrufsrecht nur eingeschränkt für diejenigen Personendaten gelten zu lassen, welche nicht dem Kernbereich der menschlichen Existenz zugeordnet werden können.<sup>993</sup> Deshalb ist zunächst danach zu fragen, welche Personendaten dem Kernbereich der menschlichen Existenz zuzuordnen und in welchen Fällen Verträge zulässig sind (1.). Anschliessend ist zu untersuchen, bei welchen Verträgen über Personendaten die wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen im Vordergrund stehen (2.) und deshalb die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung sachgemäss erschiene. Schliesslich ist noch die Möglichkeit darzustellen, die Widerrufbarkeit der Einwilligung nicht von vorneherein einzuschränken, aber immerhin ihre Geltung zur Disposition der Parteien zu stellen (3.).

### 1. Zulässigkeit der vertraglichen Bindung

Es ist zunächst zu prüfen, welche Personendaten im Kernbereich der menschlichen Existenz liegen bzw. in welchen Fällen Verträge über Personendaten zulässig sind. Für diese Prüfung wird das Schema des Bundesgerichts aus BGE 136 III 401, 407 f. verwendet.<sup>994</sup> Darin stellt die Übermässigkeit der vertraglichen Bindung gemäss Art. 27 ZGB den Prüfgegenstand dar. Das Bundesgericht unterscheidet (potenziell) übermässige vertragliche Bindungen ausserdem von sittenwidrigen Verträgen gemäss Art. 20 OR. Im Folgenden werden Letztere zuerst dargelegt (a), bevor auf die allfällige Übermässigkeit der vertraglichen Bindung aufgrund der Art der Daten (b) und aufgrund der übrigen Vertragsbedingungen (c) eingegangen wird.

#### a) Sittenwidrigkeit

Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR ist ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig. Betrifft der Mangel jedoch bloss einzelne Teile des Vertrags, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden

<sup>990</sup> BGE 136 III 401, 405 f.; AEBI-MÜLLER, N 216 ff.; ebenso für das deutsche Recht SPECHT, ODW 2017, S. 125, m. w. N.; GÖTTING, S. 150 ff.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270.

<sup>991</sup> BGE 136 III 401, 405.

<sup>992</sup> Z. B. BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 1 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz 11.14, 12.21; vgl. auch BÜCHLER, AcP 2006, S. 328; ablehnend HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, Rz 13 ff.

<sup>993</sup> BGE 136 III 401, 405. Gl. A. WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31; a. A. HAAS, Jusletter vom 15.11.2010.

<sup>994</sup> Das Schema wurde vorher von AEBI-MÜLLER, N 217, vorgestellt.

wäre (Abs. 2). Verträge über die Bearbeitung von Personendaten sind weder unmöglich noch widerrechtlich und könnten deshalb höchstens unter die Kategorie der sittenwidrigen Verträge subsumiert werden.

Bei sittenwidrigen Verträgen liegt die Verwerflichkeit bzw. der Grund für ihre rechtliche Unverbindlichkeit in ihrem Inhalt, d. h. in dem tatsächlichen Verhalten, zu dem sich die Parteien vertraglich verpflichten.<sup>995</sup> Der rechtlichen Verbindlichkeit dieser Verträge stehen objektive Gesichtspunkte der Moral und der guten Sitten entgegen.<sup>996</sup>

Im betreffenden Entscheid hielt das Bundesgericht fest, es gehe vorliegend nicht um die Einwilligung der Beschwerdegegnerin in Handlungen, die allenfalls in die eigene Intimsphäre eingreifen würden. Stattdessen ginge es lediglich um die Veröffentlichung von Bildern, welche derartige Handlungen wiedergeben. Dadurch werde der Kernbereich der Persönlichkeit der Beschwerdegegnerin nicht betroffen.<sup>997</sup> Das Bundesgericht hielt weiter generell für fraglich, ob die Einwilligung in eine Veröffentlichung derartiger Bilder gegen Art. 27 ZGB verstösst. Es entschied, im Lichte der heutigen Moralvorstellungen und der Verbreitung pornografischen Materials im Internet könne nicht behauptet werden, ein solches Rechtsgeschäft verstosse an sich inhaltlich gegen Art. 20 OR und sei deshalb als nichtig einzustufen.<sup>998</sup>

Für Verträge über Personendaten lässt sich ableiten, dass dabei ebenfalls nicht in Handlungen eingewilligt wird, welche in die Intimsphäre der Betroffenen eingreifen könnten. Solche Handlungen, tatsächliches Verhalten, würden z. B. die Art der Datenerzeugung durch die betroffenen Personen betreffen. Parallel zur Argumentation des Bundesgerichts zu Bildern von Personen wird jedoch nicht in tatsächliche Handlungen eingewilligt (z. B. die Pflicht zur Benutzung eines smarten Geräts), sondern nur in die Bearbeitung von Daten, welche allenfalls solche Handlungen wiedergeben können.<sup>999</sup> Damit sind Verträge über Persönlichkeitsrechtsgüter wie personenbezogene Daten nicht sittenwidrig und Art. 20 OR steht der grundsätzlichen Verbindlichkeit solcher Verträge nicht entgegen.

#### *b) Übermässige Bindung aufgrund der Art der Daten*

Das Bundesgericht stellte in einem nächsten Schritt auf das Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB ab. Es hielt fest, dass die Einwilligung in eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nur in den Grenzen des Art. 27 ZGB möglich ist.<sup>1000</sup> Gemäss Art. 27 Abs. 1 ZGB kann niemand ganz oder zum Teil auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit verzichten. Ausserdem kann sich gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.<sup>1001</sup> Danach sind sowohl übermässige Verpflichtungen als auch solche, die den höchstpersönlichen Kernbereich

<sup>995</sup> BGE 136 III 401, 407; AEBI-MÜLLER, N 221.

<sup>996</sup> BGE 136 III 401, 407; AEBI-MÜLLER, N 221.

<sup>997</sup> BGE 136 III 401, 408.

<sup>998</sup> BGE 136 III 401, 408 f.

<sup>999</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 408.

<sup>1000</sup> AEBI-MÜLLER, N 216.

<sup>1001</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 7 f., kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, da sie nicht klar zwischen den beiden Absätzen des Art. 27 ZGB unterscheidet, und mit

der Persönlichkeit betreffen, unzulässig.<sup>1002</sup> Art. 27 ZGB schützt einerseits bestimmte Aspekte der Persönlichkeit vor rechtsgeschäftlichen Dispositionen, andererseits aber auch die Vertragsfreiheit, denn das Selbstbestimmungsrecht dient der Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>1003</sup> Dazu gehört auch, innerhalb der gesetzlichen Schranken Dispositionen über einzelne Persönlichkeitsgüter treffen zu können.<sup>1004</sup>

Das Bundesgericht prüfte zuerst, ob über einen bestimmten Persönlichkeitsaspekt überhaupt eine vertragliche Bindung eingegangen werden kann.<sup>1005</sup> Es hielt fest, dass im Kernbereich der Persönlichkeit ein absoluter Bindungsausschluss besteht und deshalb diesbezüglich eine gültige vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen ist. Dabei ist bereits die vertragliche Bindung als solche abzulehnen, weil die betreffende Vertragspartei aufgrund subjektiver Elemente in dem infrage stehenden Bereich keiner vertraglichen Bindung unterworfen sein soll.<sup>1006</sup> Dementsprechend wäre die Rechtsfolge hier Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses.<sup>1007</sup>

Zum Kernbereich der Persönlichkeit gehören z. B. die körperliche Bewegungsfreiheit, die physische und psychische Integrität, die Intimsphäre und auch gewisse Ausdrucksformen der Vereinsfreiheit.<sup>1008</sup> Demgegenüber gehören gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere der Name, die Stimme oder das Bild nicht zum Kernbereich menschlicher Existenz.<sup>1009</sup> Einige Autoren vertreten die Meinung, bei Personendaten handle es sich per se um Persönlichkeitsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören.<sup>1010</sup> Dieser Ansicht ist beizupflichten, denn es erscheint stossend, jede noch so lose mit der Persönlichkeit verbundenen Daten zum Kernbereich der menschlichen Existenz zu zählen, nicht jedoch die eigene Stimme oder (sogar potenziell kompromittierende) Abbilder.

Allerdings könnte erwogen werden, zwischen Personendaten mit einem «kindspezifischen persönlichkeitsrechtlichen Kern» und solchen mit «fungiblen Aspekten» zu unterscheiden.<sup>1011</sup> Nach dem geltenden Recht existiert bereits die Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten; dabei handelt es sich um Daten, welche besonders eng mit der Persönlichkeit der Betroffenen verbunden sind.<sup>1012</sup> Gemäss Art. 3 lit. c DSGVO gehören dazu Daten über (1.) die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, (2.) die Gesundheit, die

---

dem Hinweis, dass zur Untersuchung allfälliger Persönlichkeitsrechtswidrigkeit auf Abs. 2 abzustellen sei.

<sup>1002</sup> BGE 136 III 401, 407; AEBI-MÜLLER, N 217.

<sup>1003</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

<sup>1004</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

<sup>1005</sup> BGE 136 III 401, 407, m. H. auf AEBI-MÜLLER, N 217; ebenso BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 9, m. H. auf HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 11.08 ff. und BUCHER, OR AT, S. 260 ff.

<sup>1006</sup> BGE 136 III 401, 407.

<sup>1007</sup> AEBI-MÜLLER, N 218; BGE 129 III 209, 213, E. 2.2.

<sup>1008</sup> BGE 136 III 401, 407; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 12.

<sup>1009</sup> BGE 136 III 401, 405.

<sup>1010</sup> WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14.

<sup>1011</sup> Beide Zitate von SATTLER, JZ 2017, S. 1042; ähnlich BULL, S. 55 ff.

<sup>1012</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1042.

Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit, (3.) Massnahmen der sozialen Hilfe sowie (4.) administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen. Gerade angesichts der vom heutigen Standpunkt aus unvorhersehbaren Risiken der (künftigen) automatischen Datenverarbeitung könnte es vertretbar erscheinen, insbesondere solche Daten dem Kernbereich der menschlichen Existenz zuzuordnen und damit Verträge über diese Daten bereits vom Gegenstand her als unzulässig einzustufen.

Meines Erachtens wäre es aber zugunsten der Selbstbestimmung bzw. Autonomie der Betroffenen angemessen, Verträge über solche Daten grundsätzlich zuzulassen und die allfällige Übermässigkeit solch einer vertraglichen Bindung in der nächsten Stufe, d. h. unter Einbeziehung aller Vertragsbedingungen, zu prüfen. Für diese Ansicht spricht, dass das geltende Datenschutzrecht an die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten zwar insgesamt höhere Anforderungen stellt, die betroffenen Personen aber dennoch durch Erteilen ihrer ausdrücklichen Einwilligung über die Zulässigkeit bestimmen können (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO).

### c) Übermässige Bindung aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen

Wenn grundsätzlich die Möglichkeit zu einer vertraglichen Verpflichtung besteht, muss in einem nächsten Schritt das konkrete Rechtsgeschäft auf eine übermässige Bindung aufgrund der vertraglichen Verpflichtungen hin überprüft werden.<sup>1013</sup> Der Sinn und Zweck des Art. 27 Abs. 2 ZGB besteht darin, Rechtsträger vor übermässiger rechtsgeschäftlicher Selbstbindung zu schützen.<sup>1014</sup> Bei der Prüfung des Übermasses sind verschiedene Kriterien, so insbesondere die Intensität, die Dauer, die (fehlende) Parität und der Grad an Fremdbestimmtheit, heranzuziehen.<sup>1015</sup> Es müssen auch entlastende Elemente berücksichtigt werden, so z. B. allfällige Gegenleistungen oder andere Vorteile und das Abwälzen von Risiken.<sup>1016</sup> Ob eine übermässige Bindung vorliegt, ist nach einer Gesamtwertung aller Faktoren zu bestimmen.<sup>1017</sup>

Wird eine vertragliche Bindung als übermässig eingestuft, erscheint die Annahme der Nichtigkeit des gesamten Vertragsverhältnisses meist als unangemessen. Stattdessen ist im Sinne des *favor negotii* Teilnichtigkeit anzunehmen und die übermässig belastete Vertragspartei kann die Modifikation der rechtlichen Verpflichtungen auf ein tragbares Mass verlangen.<sup>1018</sup> Insbesondere kann ein Kündigungsrecht nach Ablauf einer reduzierten Vertragsdauer oder auch ein ausserordentliches Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen eingeräumt werden.<sup>1019</sup>

<sup>1013</sup> BGE 136 III 401, 407, m. H. auf AEBI-MÜLLER, N 217; ebenso BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 9; BUCHER, OR AT, S. 260 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 11.08 ff.; WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14; vgl. BÜCHLER, AcP 2006, S. 329.

<sup>1014</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 2.

<sup>1015</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10, m. w. N.; dazu auch KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 6 ff.

<sup>1016</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10; vgl. BGE 128 III 428, 432.

<sup>1017</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10.

<sup>1018</sup> BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 28, in Anlehnung an Art. 20 Abs. 2 OR; KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 10; BGE 120 II 35, 40, E. 4 a.

<sup>1019</sup> Dazu KUKO ZGB-HOTZ, Art. 27 N 10. BGE 128 III 428, 429 ff., E. 3; BÜCHLER, AcP 2006, S. 329.

Hinsichtlich Verträgen über Personendaten müssen zur Feststellung einer allfälligen Übermässigkeit insbesondere die betroffenen Personendaten, allfällige finanzielle Gegenleistungen, die Dauer der Vertragsbindung sowie der Grad der Fremdbestimmung berücksichtigt werden.<sup>1020</sup> Die Zulässigkeit eines Widerrufs der Einwilligung im Sinne einer Kündigung des Vertragsverhältnisses könnte somit daran festgemacht werden, ob die vertragliche Bindung im Einzelfall als übermässig im Sinne des Art. 27 ZGB erscheint.<sup>1021</sup>

Hierbei besteht namentlich die Möglichkeit, dem besonders schützenswerten Charakter mancher Personendaten Rechnung zu tragen. Denkbar ist, eine unwiderrufliche Vertragsbindung über solche Daten per se als übermässig einzustufen oder die Unwiderrufbarkeit nur für einen beschränkten Zeitraum zuzulassen. Dabei könnte die Einstufung als besonders schützenswerte Personendaten zukünftig auch auf weitere Daten ausgedehnt oder aber sogar eingeschränkt werden.

Sinnvoll erscheint überdies, auch die Menge der zu bearbeitenden Daten zu berücksichtigen. Werden beispielsweise viele Personendaten bearbeitet, welche zwar nicht (oder nicht mehrheitlich) in die Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten fallen, jedoch die Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit der betroffenen Person zulassen und somit die Bildung von Persönlichkeitsprofilen (Profiling)<sup>1022</sup> erlauben, könnte die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung eine übermässige Bindung darstellen.<sup>1023</sup>

Hervorzuheben ist die Erkenntnis, dass heute auch triviale Daten von Bedeutung sind und nicht alle Daten gleichermassen mit der Persönlichkeit der betroffenen Personen verknüpft sind.<sup>1024</sup> Dementsprechend muss kritisch hinterfragt werden, ob alle Personendaten gleichermassen einem hohen Schutzniveau unterliegen sollten<sup>1025</sup> und jede unwiderrufliche vertragliche Bindung als übermässig gelten sollte. Wie gezeigt besteht bei der Prüfung der Übermässigkeit einer konkreten Vertragsbeziehung die Möglichkeit, diesem Umstand Rechnung zu tragen und zu differenzieren. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat jedenfalls den Weg eröffnet, bindende Verträge über Personendaten anzuerkennen.<sup>1026</sup>

---

<sup>1020</sup> WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 27 N 10; BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 273. Gemäss WEBER/SOMMERHALDER, S. 160, kann auch der Verzicht auf Zugang zu Personendaten übermässig sein. Allerdings garantiert Art. 8 DSGVO ein Auskunftsrecht der betroffenen Personen, weshalb stets ein Zugangsrecht besteht.

<sup>1021</sup> WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; vgl. BSK DSGVO-RAMPINI, Art. 13 N 14. AEBI-MÜLLER, N 215, hält fest, die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung sei regelmässig inhaltlich, räumlich und/oder zeitlich beschränkt. Ansonsten würde die betroffene Person das Recht völlig preisgeben.

<sup>1022</sup> Art. 3 lit. d DSGVO; dazu z.B. WEICHERT, ZD 2013, S. 255.

<sup>1023</sup> SCHNEIDER, S. 124, weist darauf hin, dass es heute kein belangloses Datum mehr gibt aufgrund der neuen und künftigen Big Data-Analysen und der erleichterten Möglichkeiten, verschiedene Datenbestände miteinander zu verknüpfen. Zum Profiling und Verhaltensprognosen durch Big-Data-Analysen Bericht AG Digitaler Neustart, S. 308 ff.

<sup>1024</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

<sup>1025</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

<sup>1026</sup> Vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31, welcher Entscheid BGE 136 III 401 als «neuen Weg» bezeichnet, mit dem die Nutzung von Personendaten vereinfacht werden könnte.

## 2. Wirtschaftliche Interessen

Die fehlende Übermäßigkeit der vertraglichen Bindung ist nicht das einzige Kriterium, das vom Bundesgericht zur Begründung der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung herangezogen wird. So sollen Persönlichkeitsrechtsgüter, die nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehören, dann Gegenstand von vertraglichen und unwiderruflichen Verpflichtungen sein können, wenn wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.<sup>1027</sup> So befand das Bundesgericht: «[a]ngesichts der Bedeutung, welche die Vermarktung des eigenen Bilds, des Namens oder der Stimme in den letzten Jahrzehnten erreicht hat, ist es lebensfremd, weiterhin die Einwilligung zur Abtretung der Rechte am eigenen Bild als einer rechtlich bindenden Verpflichtung nicht zugängliches Geschäft anzusehen, das jederzeit und frei widerrufbar sein soll.»<sup>1028</sup> Das Bundesgericht führt weiter aus, dies gelte nicht nur für bekannte Persönlichkeiten, sondern auch für andere Personen, die eigene wirtschaftliche Interessen in Form von Werbung und/oder unmittelbarer Entschädigung verfolgen.<sup>1029</sup>

Es bleibt unklar, ob das Bundesgericht das Kriterium der im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Interessen innerhalb der Prüfung des Art. 27 ZGB berücksichtigt oder von einer eigenständigen Voraussetzung ausgeht.<sup>1030</sup> Die wirtschaftlichen Interessen sind für den Kontext, in dem eine allfällige Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung diskutiert wird – nämlich den Geschäftsmodellen «Leistung gegen Daten» – essenziell, weswegen ihnen eigenständige Bedeutung zukommen sollte. Es geht darum, ob Personendaten bzw. die Einwilligung in ihre Nutzung (anstatt eines Entgelts) geleistet werden, um eine Gegenleistung zu erlangen.

Der Sinn und Zweck hinter dem Kriterium der wirtschaftlichen Interessen könnte zudem sein, stossende Situationen zu vermeiden.<sup>1031</sup> Das Bundesgericht betont in genannter Entscheid, die auf den Bildern abgebildete Person habe «aus rein finanziellen Interessen gehandelt».<sup>1032</sup> Sie habe ihre Bildrechte entgeltlich abgetreten.<sup>1033</sup> In solchen Situationen erscheint es angemessen, die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts zu betonen. Anders wäre die Widerrufbarkeit von Einwilligungen in Persönlichkeitsverletzungen zu beurteilen, bei denen die betroffene Person keine Gegenleistung erhält. In diesen Fällen erscheint es stossend, die betroffene Person auf ihrer Einwilligungserteilung zu beharren. Das Persönlichkeitsrecht ist höher zu werten als die Verbindlichkeit der Einwilligung.

Bei den Rechtsgeschäften, bei denen Betroffene im Gegenzug für die Einwilligung in die Nutzung sie betreffender Daten einen Vorteil erhalten, kann zwischen zwei Situationen unterschieden werden, welche beide im Folgenden untersucht werden. Erstens könnte die Gegenleistung im vollständigen Überlassen z. B. eines digitalen Inhalts bestehen (a). Zweitens kann die dauerhafte Nutzung digitaler Inhalte als Ge-

---

<sup>1027</sup> BGE 136 III 401, 405.

<sup>1028</sup> BGE 136 III 401, 405.

<sup>1029</sup> BGE 136 III 401, 405 f.

<sup>1030</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 405, 407 und 409.

<sup>1031</sup> Vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 769; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

<sup>1032</sup> BGE 136 III 401, 409.

<sup>1033</sup> BGE 136 III 401, 409.

genleistung vereinbart werden (b). Ausserdem wird kurz auf Situationen eingegangen, bei denen ein Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung besteht (c).

*a) Vollständiges Überlassen einer Gegenleistung*

Zunächst ist es möglich, einen digitalen Inhalt als Gegenleistung für die Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung vollständig zu überlassen, z. B. wenn ein Film oder ein Musikstück von einer Plattform heruntergeladen werden kann. Bei Annahme eines freien Widerrufsrechts der betroffenen Person liesse sich die Einwilligung unmittelbar nach Abschluss des Downloads widerrufen.<sup>1034</sup> In diesem Fall käme die betroffene Person in den vollen Genuss des Vorteils und des wirtschaftlichen Werts des digitalen Inhalts, während ihr Vertragspartner kaum von der Personendatenbearbeitung profitieren konnte.<sup>1035</sup> Selbst wenn der überlassene digitale Inhalt bei Widerruf der Einwilligung umgehend zu löschen ist, bestehen Missbrauchsrisiken insbesondere aufgrund der technischen Möglichkeiten, digitale Inhalte zu vervielfältigen und zu verbreiten.<sup>1036</sup> SPECHT spricht hier von einer «De-facto-Unmöglichkeit der vollständigen Rückholung des digitalen Inhaltes»<sup>1037</sup>. Dieses Ergebnis erscheint stossend.<sup>1038</sup>

Wenn betroffene Personen sie betreffende Daten hingeben und dafür eine konkret definierte Gegenleistung, welche neben einem digitalen Inhalt ja auch z. B. in einem Entgelt bestehen kann, vollständig überlassen erhalten, kann es gerechtfertigt sein, die dafür erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich anzusehen.<sup>1039</sup> Mit Blick auf die soeben dargelegte Prüfung der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 ZGB wäre auch denkbar, die Unwiderrufbarkeit nicht absolut, aber für einen angemessenen Zeitraum anzunehmen.

Alternativ – als eine das Persönlichkeitsrecht weniger belastende Massnahme – wird vorgeschlagen, den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit zuzulassen, aber eine Wertersatzpflicht (anstatt einer Löschungspflicht bei digitalen Inhalten) vorzusehen.<sup>1040</sup> Dieser Ansatz soll nicht an dieser Stelle, sondern sogleich in § 10 untersucht werden.

*b) Dauerhafte Nutzung digitaler Inhalte*

Neben dem Fall der punktuellen und endgültigen Überlassung einer Gegenleistung, wie z. B. eines digitalen Inhalts, existieren diejenigen Fälle, in denen die Gegenleistung für die Einwilligungserteilung in der dauernden Nutzungsmöglichkeit digitaler

<sup>1034</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; vgl. auch SPECHT, DGRI 2017, N 13; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

<sup>1035</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1036</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1037</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; vgl. auch SPECHT, DGRI 2017, N 13.

<sup>1038</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, ODW 2017, S. 125; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 48.

<sup>1039</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769, welche aber betont, dies sollte dagegen nicht bei der Bereitstellung des blossen Zugangs zu digitalen Inhalten wie z. B. bei sozialen Netzwerken gelten.

<sup>1040</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

Inhalte besteht.<sup>1041</sup> SPECHT hält diesbezüglich zu Recht fest, dass diese Fälle nicht unbillig erscheinen, da sich hier keine Missbrauchsrisiken ergeben.<sup>1042</sup> Regelmässig wird mit Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung die Nutzungsmöglichkeit der digitalen Inhalte beendet werden. Die Möglichkeit der Nutzung der digitalen Inhalte durch die betroffene Person und die Möglichkeit der Personendatenbearbeitung durch den Vertragspartner bis zum Widerruf gleichen sich gegenseitig aus.<sup>1043</sup> Deshalb erscheint es in diesen Fällen angemessen, die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit zuzulassen.

c) *Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung*

Hinzuzufügen ist, dass das schweizerische Privatrecht einen Schutz vor Übervorteilung bei Rechtsgeschäften bereithält. Gemäss Art. 21 Abs. 1 OR kann der Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass er den Vertrag nicht halte und das schon Geleistete zurückverlangen, wenn ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist. Die Jahresfrist für die Anfechtung des Vertrags beginnt gemäss Abs. 2 des Artikels mit dem Abschluss des Vertrages und stellt eine Verwirkungsfrist dar.<sup>1044</sup> Die Rechtsfolge einer gelungenen Anfechtung ist die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags, möglich ist aber auch eine Teilunverbindlichkeit, d. h. der Fortbestand des Vertrags mit modifiziertem Inhalt.<sup>1045</sup>

Ein offenes Missverhältnis liegt dann vor, wenn die Disparität der Leistungen «jedermann in die Augen» fällt.<sup>1046</sup> Die Äquivalenz der Leistungen ist nach freiem richterlichen Ermessen, unter Würdigung aller Vertragsumstände und unter Abwägung des Wertes aller vereinbarten Leistungen sowie der Rechte und Pflichten beider Vertragspartner zu prüfen.<sup>1047</sup> Massgebend für die Beurteilung ist der objektive Wert, d. h. der Markt- oder Börsenpreis, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>1048</sup> In Fällen, in denen kein Marktpreis für eine Leistung besteht, muss zwangsläufig auf andere Kriterien wie die Kosten bzw. den Leistungsaufwand oder den Marktpreis für vergleichbare Leistungen ausgewichen werden.<sup>1049</sup>

---

<sup>1041</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1042</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1043</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1044</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 2; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 13; Urteil des BGer 4A\_542/2012, E. 2.5, vom 24.01.2013.

<sup>1045</sup> Dazu BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 15 f., m. w. N.; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 10 ff.; BGE 123 III 200, 202 f., E. 2.

<sup>1046</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 5; BGE 53 II 483, 488; BGE 46 II 55, 60; Urteil des BGer 4C.254/2004, E. 3.3.1, vom 03.11.2004; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 4; a. A. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 734, welche an das Missverhältnis keine allzu strengen Anforderungen stellen wollen.

<sup>1047</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 5.

<sup>1048</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 6; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 4; BGE 123 III 292, 303.

<sup>1049</sup> BGE 123 II 292, 303; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 6; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 4; a. A. BUCHER, OR AT, S. 231.

Eine subjektive Ausnahmesituation, die die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt und ein freies Aushandeln der Vertragsbedingungen ausschliesst, liegt insbesondere in den vom Gesetz exemplarisch angeführten Fällen der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns vor.<sup>1050</sup> In Fällen, in denen die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich, oder zumindest als unwiderruflich innerhalb einer bestimmten Vertragslaufzeit, angesehen wird, könnte diese Norm aufgrund Unerfahrenheit zur Anwendung gelangen. Dafür genügt bereits, wenn eine Vertragspartei aufgrund fehlender Kenntnisse die Tragweite und Bedeutung des betroffenen Vertrags sowie das Äquivalenzverhältnis nicht einzuschätzen vermag.<sup>1051</sup> Dabei ist zu beachten, ob die erforderlichen Kenntnisse fehlen durften, mithin mit der gebotenen Vorsicht und Besonnenheit vorgegangen wurde.<sup>1052</sup> Gerade in Big-Data-Sachverhalten ist eine Unerfahrenheit der betroffenen Personen denkbar. Schwieriger wird sich allerdings die Begründung und vor allem der Beweis des offenbaren Missverhältnisses der Leistungen für die Betroffenen darstellen, denn der Wert von Personendaten lässt sich kaum feststellen.<sup>1053</sup> Allerdings erscheint es dennoch möglich, in konkreten Fällen die Leistungen der Vertragsparteien gegenüberzustellen.

Schliesslich muss die Entscheidungsschwäche des Übervorteilten von der Gegenpartei bewusst ausgenutzt worden sein, damit der Vertrag mit dem Missverhältnis abgeschlossen wird.<sup>1054</sup> Je nach Ausgestaltung des Vertrags und des Geschäftsmodells wäre dieses Kriterium bei Big-Data-Sachverhalten ebenfalls denkbar. In der Rechtsprechung wird allerdings betont, die Berufung auf Art. 21 OR dürfe nur ausnahmsweise gestattet werden.<sup>1055</sup>

### 3. Dispositionsbefugnis

Aus BGE 136 III 401 geht nicht klar hervor, ob die Einwilligung in den gezeigten Fällen grundsätzlich unwiderruflich ist oder nur dann, wenn die Parteien dies ausdrücklich so vereinbart haben. In letzterem Fall wäre die Einwilligung also grundsätzlich widerruflich, die Widerrufbarkeit stünde jedoch zur Disposition der Parteien.

Folgt man der Logik des Vertragsrechts und auch des Art. 27 ZGB, sollte allerdings davon ausgegangen werden, dass die Einwilligung bei synallagmatischen Verträgen mit im Vordergrund stehenden wirtschaftlichen Interessen grundsätzlich unwiderruflich erteilt wird. So betonte das Bundesgericht im betreffenden Entscheid

<sup>1050</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 10.

<sup>1051</sup> BGE 92 II 168, 175 f., E. 5; Urteil des BGer 4C.238/2004, E. 2.4, vom 13.10.2005; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 8; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 12; es ist dagegen (wie noch in BGE 85 II 402, 413) nicht notwendig, dass eine Vertragspartei allgemein unfähig ist, ein Geschäft angemessen zu würdigen.

<sup>1052</sup> KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 8.

<sup>1053</sup> Dazu § 6 IV; vgl. SCHEUCH, S. 54.

<sup>1054</sup> BGE 123 III 292, 305; Urteil des BGer 4C.238/2004, E. 2.4, vom 13.10.2005; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 21 N 14; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 9.

<sup>1055</sup> Urteil des BGer 4A\_21/2009, E. 3, vom 11.03.2009; Urteil des BGer 4C.238/2004, E. 2.1, vom 13.10.2005; KUKO OR-HERZOG, Art. 21 N 1.

auch, dass die Beschwerdegegnerin, die auf den Bildern zu sehen war und ihre Einwilligung widerrufen wollte, Umstände nachzuweisen hätte, welche ihren ausnahmsweisen Rücktritt zulassen.<sup>1056</sup>

Denkbar wäre allerdings, die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nur dann gelten zu lassen, wenn dies von den Parteien ausdrücklich im Vertrag festgehalten wurde. Dies würde einen zusätzlichen Schutzmechanismus für die betroffenen Personen darstellen, schliesslich erscheint es viel verlangt, vor Vertragsschluss eine Prüfung auf übermässige Bindung und wirtschaftliche Interessen vorzunehmen. Freilich könnte dieser Mechanismus in der Praxis ins Leere laufen, wenn die Erklärung von Unternehmen bloss in die – jetzt schon unübersichtlichen – Datenschutzerklärung aufgenommen und nicht ausdrücklich hervorgehoben werden würde. Soll ein solcher Schutzmechanismus sinnvoll realisiert werden, sollten die betroffenen Personen in diesem Punkt ausdrücklich zustimmen müssen.

#### 4. Zwischenergebnis

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können Persönlichkeitsrechtsgüter wie das Recht am eigenen Bild grundsätzlich Gegenstand vertraglicher und unwiderruflicher Verpflichtungen sein, wenn dabei die wirtschaftlichen Interessen der Betroffenen im Vordergrund stehen. Nur Persönlichkeitsrechtsgüter, die dem «höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit»<sup>1057</sup> zugeordnet werden, sollen von unwiderruflichen vertraglichen Vereinbarungen ausgeschlossen sein.

Die vorliegende Untersuchung konnte zunächst zeigen, dass Verträge über Personendaten nicht sittenwidrig sind und Art. 20 OR demnach der Verbindlichkeit solcher Verträge nicht entgegensteht. Anschliessend wurde geprüft, ob über Personendaten vertragliche Bindungen eingegangen werden können, oder ob sie zum Kernbereich der Persönlichkeit zu zählen sind und deshalb gemäss Art. 27 OR ein absoluter Bindungsausschluss besteht, welcher vertragliche Vereinbarungen ausschliesst. Im Ergebnis wurde festgestellt, dass Personendaten nicht zum Kernbereich der Persönlichkeit gehören und Verträge über Personendaten möglich sind. In einem nächsten Schritt muss jedoch das konkrete Rechtsgeschäft dahingehend untersucht werden, ob es in Anwendung von Art. 27 OR als übermässig qualifiziert werden kann. Kriterien zur Feststellung einer allfälligen Übermässigkeit stellen insbesondere die Art und Menge der Personendaten, allfällige finanzielle Gegenleistungen, die Dauer der Vertragsbindung sowie der Grad der Fremdbestimmung dar. Hierbei besteht die Möglichkeit, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht alle Vereinbarungen über Personendaten die Persönlichkeit gleich stark betreffen. Wird die Übermässigkeit der vertraglichen Bindung festgestellt, ist in den meisten Fällen keine Nichtigkeit des gesamten Vertrags anzunehmen, sondern die Modifikation der vertraglichen Verpflichtungen auf ein tragbares Mass vorzunehmen.

Das zweite Kriterium, das vom Bundesgericht zur Begründung der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung herangezogen wird, ist das Im-Vordergrund-stehen der wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Person. Es geht darum, ob Personendaten bzw. die Einwilligung in ihre Nutzung geleistet werden, um eine Gegenleistung zu erlangen. Dabei sollte unterschieden werden, ob im konkreten Fall der betroffenen

<sup>1056</sup> BGE 136 III 401, 409 f.

<sup>1057</sup> BGE 136 III 401, 405.

Person ein digitaler Inhalt vollständig überlassen oder die dauerhafte Nutzungsmöglichkeit digitaler Inhalte eingeräumt wird. Wird ein digitaler Inhalt, also beispielsweise ein Film, punktuell und dauerhaft überlassen, erscheint es gerechtfertigt, die dafür hingeebene datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich zu betrachten. Denkbar wäre allerdings auch, die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nur im Sinne einer Dispositionsbefugnis anzunehmen, also nur dann, wenn die Unwiderrufbarkeit von den Parteien ausdrücklich im Vertrag festgehalten wurde. Im Gegensatz dazu gleichen sich die dauerhafte Möglichkeit der Nutzung digitaler Inhalte durch die betroffene Person und die Möglichkeit der Personendatenbearbeitung durch den Vertragspartner bis zum Widerruf gegenseitig aus. Deshalb erscheint es in diesen Fällen angemessen, die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit zuzulassen.

### III. Folgen der Unwiderrufbarkeit

Nachdem die verschiedenen Möglichkeiten der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung dargelegt wurden, ist nach den damit einhergehenden Folgen zu fragen. Bei der Untersuchung der Folgen der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung sind zwei Varianten zu unterscheiden: Einerseits kann die datenschutzrechtliche Einwilligung als dauerhaft unwiderruflich angesehen werden, andererseits könnte ihre Unwiderrufbarkeit auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt sein.

#### 1. Dauerhafte Unwiderrufbarkeit der Einwilligung

Zunächst kann eine in einem synallagmatischen Vertrag, bei dem wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, erteilte datenschutzrechtliche Einwilligung als dauerhaft, d. h. unbegrenzt in die Zukunft, unwiderruflich angesehen werden. In diesem Fall erhielte der Einwilligungsempfänger ein dauerhaftes einfaches Nutzungsrecht an den betreffenden Personendaten. Je nach Ausgestaltung der Einwilligung erhielte er ausserdem das Recht, die betreffenden Personendaten an Dritte zur Nutzung weiterzugeben. Es stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer dauerhaft unwiderruflichen Einwilligung eine Verfügung über Personendaten darstellt.

In § 4 wurde festgestellt, dass es sich bei der widerrufenen datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht um eine Verfügung handelt. Als Begründung wurde angeführt, dass eine Verfügung immer eine Reduktion der Aktiven darstellt<sup>1058</sup> und durch Erteilung der Einwilligung das Vermögen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt oder verbraucht wird. Die betroffene Person kann nach wie vor die sie betreffenden Daten selbst nutzen und auch über weitere Datenbearbeitungen durch Dritte bestimmen. Ausserdem gilt die Nutzungsbefugnis des Einwilligungsempfängers lediglich gegenüber der einwilligungserteilenden Person und nicht *erga omnes*. Der Einwilligungsempfänger kann also keine Ansprüche aus eigenem Recht gegen Dritte geltend machen und erhält durch die freie Widerrufbarkeit der Einwilligung nicht einmal gegenüber der betroffenen Person eine gesicherte Rechtsposition. Die Frage ist nun, ob sich an dieser Einschätzung durch die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung etwas ändert.

<sup>1058</sup> VON TUHR/PETER, § 25 I., S. 194. Ebenso BK OR-MÜLLER, Einl. N 158, 160; SCHWENZER, N 3.33.

Einerseits könnte das unwiderrufliche Erteilen der Einwilligung für die betroffene Person einer Entäusserung gleichkommen, da sie in der Ausübung eines Teils ihrer Abwehrbefugnisse eingeschränkt wäre und ein eigenständiges Recht zur Nutzung der jeweiligen Daten entstünde. Der Einwilligungsempfänger hätte eine gesicherte Rechtsposition inne und die betroffene Person wäre in ihrem rechtlichen Können beschränkt, da sie die Nutzung der betreffenden Daten nicht verhindern kann. Dies spricht für das Vorliegen einer Verfügung.

Andererseits blieben die eigene Nutzungsbefugnis der betroffenen Person sowie die Befugnis, Dritten (weitere) Nutzungsrechte über dieselben Daten einzuräumen, nach wie vor erhalten. Zudem könnte der Einwilligungsempfänger sein Recht nur gegenüber der betroffenen Person geltend machen; dass die Einwilligung unwiderrufbar ist, gibt dem Nutzungsrecht keine Wirkung *erga omnes* und eine Nutzung der betreffenden Personendaten durch Dritte kann vom Einwilligungsempfänger nicht verhindert werden. Deshalb kann auch bei der unwiderruflich erteilten Einwilligung nicht von einer Verfügung gesprochen werden. Es bleibt bei einer rein schuldrechtlichen Ebene, obwohl die Nähe zur Verfügung nicht geleugnet werden kann. Für diese Ansicht spricht überdies, dass bei anderen Persönlichkeitsrechtsgütern, wie z. B. beim Recht am eigenen Bild, ebenso eine rein schuldrechtliche Ebene angenommen wird, auch wenn die Einwilligung in deren Nutzung grundsätzlich unwiderruflich ausgestaltet ist.<sup>1059</sup>

Vergleichbar könnte die Situation mit dem Verwertungsrecht im Urheberrecht sein: Der Verlagsvertrag beinhaltet gemäss Art. 381 Abs. 1 OR die Verpflichtung des Verlagebers, dem Verleger die nötigen Urheberrechte am Werk zu übertragen; die Übertragung urheberrechtlicher Befugnisse ist damit ein Wesensmerkmal des echten Verlagsvertrags.<sup>1060</sup> Mit der Übertragung der zugewiesenen Rechte werden immer auch die Rechte auf der Durchsetzungsebene mit übertragen mit dem Ergebnis, dass der Verleger Dritten die Werknutzung untersagen kann.<sup>1061</sup> Allerdings ist die Übertragung der Rechte nicht zwingend. Dem Verleger könnte auch nur eine Lizenz zur Publikation des Werks eingeräumt werden, womit er allerdings nur gegen Dritte vorgehen kann, sofern die Lizenz eine ausschliessliche ist.<sup>1062</sup> Obwohl die Lizenzerteilung nicht beliebig einseitig widerrufen werden kann, stellt sie dennoch keine Übertragung, d. h. keine Verfügung, dar.<sup>1063</sup>

## 2. Begrenzte Unwiderrufbarkeit der Einwilligung

Die datenschutzrechtliche Einwilligung kann nicht nur dauerhaft unwiderrufbar ausgestaltet werden, sie kann auch nur für einen bestimmten Zeitraum oder eine bestimmte Vertragsdauer als unwiderruflich gelten. Damit erhielte der Einwilligungsempfänger ein zeitlich begrenztes Nutzungs- und allenfalls Weiterverbreitungsrecht. Nachdem soeben festgestellt wurde, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung durch eine dauerhaft unwiderrufliche Ausgestaltung nicht zur Verfügung wird, muss

<sup>1059</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270 ff., m. w. N.

<sup>1060</sup> HUGUENIN, N 3807; BUCHER, OR BT, S. 218; BGE 101 II 102, 106, E. 1b.; dazu auch BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 2 ff.

<sup>1061</sup> BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 2; vgl. BUCHER, OR BT, S. 216, 218; HUGUENIN, N 3807.

<sup>1062</sup> BUCHER, OR BT, S. 216; vgl. HUGUENIN, N 3807.

<sup>1063</sup> Vgl. BUCHER, OR BT, S. 218; BSK OR I-HILTY, Art. 381 N 2.

dasselbe für die Einwilligung gelten, die nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne widerrufen werden kann.

#### *IV. Regelungsbedarf*

Da die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Weg geebnet hat, um die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung zumindest in Fällen anzunehmen, in denen die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen, kann dieser Ansatz grundsätzlich auch ohne Zutun des Gesetzgebers realisiert werden. Allerdings könnte diese Entwicklung auch ausbleiben oder nur langsam voranschreiten, solange es keine gefestigte Rechtsprechung gibt und die herrschende Lehre und die Datenschutzbehörden konsequent von der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung ausgehen. Zudem ist notwendige Voraussetzung für gerichtliche Rechtsfortbildung, dass entsprechende Fälle vor Gericht verhandelt werden und bis sich eine gefestigte Rechtsprechung herausgebildet hat, herrscht (weiterhin) Rechtsunsicherheit. Deshalb wäre es ratsam, wenn der Gesetzgeber sich der Angelegenheit annehmen und die nötigen Entscheidungen hinsichtlich der rechtlichen Abbildung von verbindlichen Verträgen über Personendaten treffen würde.

#### *V. Prüfung des Vorschlags anhand der Interessenlage*

Nachdem der Vorschlag, die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich auszugestalten, dargestellt wurde, muss er nun einer Überprüfung anhand der Interessenlage standhalten. Dafür wird untersucht, ob der Vorschlag den einzelnen Interessen dienlich ist.

##### *1. Persönlichkeitsschutz der Betroffenen*

Zuerst ist zu untersuchen, wie der Vorschlag zum Interesse am Persönlichkeitsschutz der betroffenen Personen steht. Klar festgehalten werden muss, dass sich durch die unwiderrufliche Ausgestaltung der datenschutzrechtlichen Einwilligung das Schutzniveau nicht erhöht. Der Datenschutz wird dadurch nicht strenger. In § 5 wurde ein Handlungsbedarf hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Grundsätze sowie der Einhaltung der Voraussetzungen einer informierten Einwilligung festgestellt. Dieser Handlungsbedarf wird durch den Vorschlag nicht bedient.

Andererseits würde sich das Schutzniveau auch nicht stark verschlechtern. Schliesslich wäre die Einwilligung nicht grundsätzlich unwiderruflich, sondern nur dann, wenn sie in synallagmatischen Verträgen als Gegenleistung hingegeben wird und wirtschaftliche Interessen bei dem Rechtsgeschäft im Vordergrund stehen. Wie aufgezeigt, besteht hier die Möglichkeit, die Unwiderrufbarkeit auf Geschäfte zu beschränken, bei denen eine Gegenleistung wie ein digitaler Inhalt oder ein Entgelt punktuell und vollständig überlassen wird. Zudem könnte die Unwiderrufbarkeit auch in zeitlicher Hinsicht beschränkt werden. Dabei könnte sogar ein zusätzlicher Schutzmechanismus eingeführt werden, wenn die Vertragsparteien die Unwiderrufbarkeit konkret vorsehen und die betroffene Person darin ausdrücklich einwilligen muss. Je nach Ausgestaltung des Vorschlags wären die Einbussen im Datenschutz

für die Betroffenen nur minimal oder zumindest im Rahmen des Vertretbaren. Immerhin wäre die Grenze ihrer Verpflichtung das Verbot der übermässigen Bindung nach Art. 27 ZGB.

Neben dem Schutz ihrer Persönlichkeit können die Betroffenen auch ein Interesse daran haben, sie betreffende Daten kommerziell zu verwerten.<sup>1064</sup> Ob Personendaten verwertet werden sollen, können die betroffenen Personen frei entscheiden. Genauso steht ihnen frei, keine Rechtsgeschäfte über die Nutzung sie betreffender Daten abzuschliessen. Deshalb sollte die Selbstbestimmung der Betroffenen paternalistischen Schutzüberlegungen vorgehen.<sup>1065</sup>

Hervorzuheben ist allerdings, dass freie Entscheidungen nur möglich sind, wenn den Betroffenen genügende Informationen zur Verfügung stehen, die auch tatsächlich mit vernünftigem Aufwand erfasst und überblickt werden können. Um die Selbstbestimmung der Betroffenen zu gewährleisten, sollte vermehrt in Richtung Transparenz- und Informationspflichten sowie technische Massnahmen (privacy by design, privacy by default) gedacht werden.

## 2. Beteiligung am Wert der Daten

Die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung wirkt sich nicht unmittelbar auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der Daten aus. Die Betroffenen würden weiterhin nur mittelbar vom Wert sie betreffender Personendaten profitieren, indem sie diese als vertragliche Gegenleistung hingeben. Käme der datenschutzrechtlichen Einwilligung bei Rechtsgeschäften durch ihre Unwiderrufbarkeit und der damit verbundenen Möglichkeit, dem Einwilligungsempfänger eine gesicherte Rechtsposition zu verschaffen, ein höherer Wert zu, wäre dies für die Betroffenen vorteilhaft.<sup>1066</sup>

## 3. Entwicklung der Datenmärkte

Schliesslich ist darzulegen, wie die Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sich auf Märkte für Personendaten auswirken würde. Auf den Primärmärkten ist ein positiver Einfluss des Vorschlags zu erwarten, denn es wären bindende Verträge über Personendaten möglich. Je nach Ausgestaltung und Rechtsgrundlagen des Vorschlags bestünde allerdings das Risiko erneuter Rechtsunsicherheit: Wenn sich allein auf die Rechtsfortbildung durch die Gerichte verlassen wird, wären die Rahmenbedingungen für die Erteilung einer unwiderruflichen Einwilligung *vage*. Wie dargelegt, bestehen aber immerhin verschiedene Möglichkeiten, die Unwiderrufbarkeit zuzulassen und auszugestalten.

Die Handelbarkeit von Personendaten auf den Sekundärmärkten würde durch den Vorschlag erleichtert werden. Innerhalb der (z. B. zeitlichen) Grenzen der Unwiderrufbarkeit der Einwilligung könnten die Einwilligungsempfänger die betreffenden Personendaten zur Nutzung an Dritte weitergeben, zumindest wenn die betroffenen

---

<sup>1064</sup> Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

<sup>1065</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1045; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43.

<sup>1066</sup> Vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50. Gemäss SCHÄFER/OTT, S. 71, ist «der Marktwert einer Ressource [...] umso höher, je exklusiver die mit ihr verbundenen Handlungsrechte [...] sind.»

Personen darin eingewilligt haben. So könnten weitere Interessierte rechtssicheren Zugang zu Personendaten erhalten, auch wenn sie nicht Vertragspartner der betroffenen Personen sind.<sup>1067</sup>

THOUVENIN hielt hinsichtlich der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung denn auch fest, dieser «vergleichsweise kleine Schritt» sollte die «Transaktionsfähigkeit von Personendaten massgeblich [...] erhöhen», was einen Beitrag zur effizienten Nutzung von Personendaten leisten würde.<sup>1068</sup> Deshalb sieht er den Vorschlag als «nahezu unbestreitbar richtige[n], ja als ein geradezu zwingende[n] Schritt»<sup>1069</sup> an.

## VI. Ergebnis

Im Ergebnis sollte zugunsten der Selbstbestimmung bzw. der Privatautonomie an der Einwilligung als Instrument der freiwilligen Kommerzialisierung von Personendaten festgehalten werden.<sup>1070</sup> Betroffene Personen, die sie betreffende Daten wirtschaftlich verwerten möchten, sollten dies tun können.<sup>1071</sup> Um die Selbstbestimmung der Betroffenen zu gewährleisten, sollten allerdings Bestrebungen in Richtung Transparenz- und Informationspflichten sowie technischer Massnahmen (privacy by design, privacy by default) unterstützt und umgesetzt werden.

Das Bundesgericht hat mit dem Leitentscheid BGE 136 III 401 den Weg eröffnet, die datenschutzrechtliche Einwilligung zumindest bei Rechtsgeschäften, bei denen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, als unwiderruflich anzusehen. Dabei ist massgeblich, dass die vertragliche Bindung keine übermässige gemäss Art. 27 ZGB darstellt. Während die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung in Geschäften, bei denen die Gegenleistung punktuell und vollständig überlassen wird, angemessen erscheint, könnte es allerdings genauso angebracht sein, in Geschäften mit dauerhafter Nutzung der digitalen Inhalte und der Personendaten keine unwiderrufbare Einwilligung anzunehmen. Hervorzuheben ist jedenfalls die Erkenntnis, dass heute auch triviale Daten von Bedeutung sind und nicht alle Daten gleichermaßen mit der Persönlichkeit der betroffenen Personen verknüpft sind. Dementsprechend muss kritisch hinterfragt werden, ob alle Personendaten gleichermaßen einem hohen Schutzniveau unterliegen sollten.<sup>1072</sup> Bei Abstellen auf die allfällige Übermässigkeit der vertraglichen Bindung können hinsichtlich der Art und Menge der Personendaten sowie des Rechtsgeschäfts entsprechende Differenzierungen vorgenommen werden. Denkbar ist auch, die Unwiderrufbarkeit nicht grundsätzlich anzunehmen, sondern lediglich eine Dispositionsbefugnis der Parteien zuzulassen. Dies könnte einen zusätzlichen Schutzmechanismus für die betroffenen Personen darstellen, insbesondere, wenn sie in diesen Punkt ausdrücklich einwilligen müssten. Die Regelung der Materie durch den Gesetzgeber ist nicht zwingend notwendig, da sich auch auf Gesetzesauslegung

<sup>1067</sup> Vgl. SCHEUCH, S. 54.

<sup>1068</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31.

<sup>1069</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 31.

<sup>1070</sup> Vgl. SATTLER, JZ 2017, S. 1045; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 43; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 225.

<sup>1071</sup> Z. B. METZGER, AcP 2016, S. 829; vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 225.

<sup>1072</sup> Zum Ganzen DIVSI, Daten als Handelsware, S. 42.

und gerichtliche Rechtsfortbildung verlassen werden könnte. Allerdings erscheint ein Abstecken der Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber wünschenswert.

Durch ihre Unwiderrufbarkeit würde die datenschutzrechtliche Einwilligung noch nicht zu einem Instrument der Verfügung über Personendaten, solange die betroffenen Personen nicht in der Nutzung sie betreffender Daten eingeschränkt werden.

Der Interessenlage wird der Vorschlag nur zum Teil gerecht. Während die Handelbarkeit von Personendaten wohl leicht gefördert würde, werden die festgestellten Mängel in Bezug auf den Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen nicht angesprochen. Das datenschutzrechtliche Schutzniveau würde sogar etwas gesenkt, allerdings nur für diejenigen Personen, die sie betreffende Daten freiwillig kommerzialisieren. Die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der Personendaten wird durch den Vorschlag nicht direkt adressiert, die Betroffenen könnten jedoch aufgrund des höheren wirtschaftlichen Werts einer unwiderruflichen datenschutzrechtlichen Einwilligung mittelbar vom Wert sie betreffender Daten profitieren.

Insgesamt präsentiert sich der Vorschlag der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung als umsetzbarer und ausreichend flexibler Weg, die Transaktionsfähigkeit von Personendaten zu erhöhen, ohne das Schutzniveau hinsichtlich der Persönlichkeit der betroffenen Personen zu stark herabzusetzen.<sup>1073</sup>

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

<sup>1073</sup> Ebenso SATTLER, JZ 2017, S. 1045 f.; THOUVENIN, SJZ 2017, S. 31 f. Im Bericht AG Digitaler Neustart, S. 225, wird hingegen kein Handlungsbedarf hinsichtlich des Widerrufsrechts gesehen; kritisch zur Einschränkung des Widerrufsrechts SPECHT, ODW 2017, S. 126. Ablehnend SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 23.



## § 10 Wertersatz bei Widerruf

In Fällen vertraglicher Disposition über Personendaten könnte wie eben dargestellt die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich und damit schuldrechtlich bindend angesehen werden. Alternativ könnte die Widerrufbarkeit zwar weiterhin zugelassen, die Ausübung dieses Rechts jedoch mit Ersatzansprüchen des Vertragspartners verbunden werden.

Nach bisheriger Ansicht wird beim Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung das Kündigungsrecht des Art. 404 Abs. 1 OR analog angewendet und damit ein Schadenersatzanspruch höchstens bei einem Widerruf zur Unzeit angenommen. Insbesondere Konventionalstrafen werden regelmässig abgelehnt, da sie die freie Ausübung des Widerrufsrechts einschränken könnten. Diese Sachlage soll zuerst dargestellt und mit Blick auf Personendaten als vertragliche Gegenleistung kritisch hinterfragt werden (I.). Danach wird aufgezeigt, in welchen Konstellationen der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung sekundäre Ansprüche nach sich ziehen sollte (II.). Ein Interessenausgleich könnte insbesondere durch eine pauschale Wertersatzpflicht erreicht werden, deren unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten anschliessend erläutert werden (III). Schliesslich wird der Vorschlag, den Widerruf der Einwilligung zwar jederzeit zuzulassen, dies jedoch mit Ersatzansprüchen zu verbinden, anhand der Interessenlage geprüft (IV.).

### *I. Ausschluss einer Schadenersatzpflicht?*

Geht es um die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung, wird in der Schweizer Literatur meist lediglich auf das freie Widerrufsrecht verwiesen, worauf die herrschende Lehre Art. 404 Abs. 1 OR, das auftragsrechtliche jederzeitige Kündigungsrecht, analog anwendet.<sup>1074</sup> Gemäss dieser Norm kann ein Auftrag von beiden Parteien jederzeit widerrufen bzw. gekündigt werden; es müssen dafür keine besonderen Gründe vorliegen.<sup>1075</sup> Aufgrund des zwingenden Charakters der Norm darf die freie Ausübung des Widerrufsrechts weder unmittelbar noch mittelbar eingeschränkt werden.<sup>1076</sup> Insbesondere sind Konventionalstrafen im Sinne des Art. 160 OR grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>1077</sup> Die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird, gestützt auf Art. 404 Abs. 1 OR, ebenfalls als zwingend betrachtet mit der Folge, dass auf die Widerrufbarkeit weder verzichtet werden darf noch Einschränkungen des freien Widerrufsrechts vorgenommen werden dürfen.<sup>1078</sup>

<sup>1074</sup> Vgl. z. B. BGE 136 III 401, 405; AEBI-MÜLLER, N 219; HAAS, Jusletter 15.11.2010, Rz 24; LANGHANKE, S. 140.

<sup>1075</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 14.

<sup>1076</sup> Z. B. BGE 115 II 464, 467 f. Vgl. die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die differenzierende kantonale Rechtsprechung und die Kritik der Lehre, welche in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9 ff. ausführlich dargestellt wird.

<sup>1077</sup> BGE 104 II 108, 116; BGE 109 II 462, 467; BGE 110 II 380, 383; BGE 103 II 129, 130; für eine freie Widerrufbarkeit HAAS, Jusletter vom 15.11.2010, Rz. 13 ff.; dazu BSK OR I-Weber, Art. 404 N 13.

<sup>1078</sup> SHK DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 57; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 9; HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; AEBI-MÜLLER, N 214; SATTLER, JZ 2017, S. 1039, m. w. N. für das deutsche Recht.

Teilweise wird in der Lehre darauf hingewiesen, bei Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung zur Unzeit könnten Schadenersatzansprüche gemäss Art. 404 Abs. 2 OR entstehen.<sup>1079</sup> Ein Widerruf oder eine Kündigung zur Unzeit liegt dann vor, wenn die Ausübung des Rechts ohne wichtigen Grund in einem ungünstigen Moment erfolgt und der anderen Partei dadurch besondere Nachteile entstehen.<sup>1080</sup> Hat die andere Partei die Kündigung oder den Widerruf durch ihr Verhalten begründet und somit einen wichtigen Grund zur Kündigung hervorgerufen, liegt keine Auflösung zur Unzeit vor.<sup>1081</sup> Der Rechtsgrund für den Schadenersatzanspruch, welcher auf Art. 404 Abs. 2 OR gestützt werden kann, wird allerdings nicht mit einer Vertragsverletzung begründet, «sondern [liegt] in der gesetzgeberischen Gerechtigkeitsentscheidung, die Folgen eines jederzeitigen Widerrufs [...] zu lindern».<sup>1082</sup> Der geschuldete Schadenersatz umfasst das negative Vertragsinteresse.<sup>1083</sup> Für den Fall des unzeitigen Widerrufs können die Vertragsparteien im Voraus eine pauschalierte Geldleistung in Form einer Konventionalstrafe vereinbaren, solange ihr kein Strafcharakter zukommt und die Ausübung des freien Widerrufsrechts nicht eingeschränkt wird.<sup>1084</sup>

Genauso wie bis anhin die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Vertragsverhältnissen kaum hinterfragt wurde,<sup>1085</sup> wurde die Möglichkeit des Schadenersatzes im Falle des Widerrufs meist nur im Zusammenhang mit dem Widerruf zur Unzeit angesprochen.<sup>1086</sup> Gerade aber in Fällen, in denen Personendaten als vertragliche Gegenleistung fungieren, stellt sich vornehmlich die Frage, warum die Zuweisungsebene – also das Recht, im Einzelfall über die Nutzung von sich selbst betreffenden Personendaten zu bestimmen – auf die schuldrechtliche Ebene durchschlagen soll.<sup>1087</sup> Soll die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung trotz Vorliegen eines Vertragsverhältnisses gewährt werden, muss kritisch hinterfragt werden, warum eine Schadenersatzpflicht sodann höchstens bei einem Widerruf zur Unzeit entstehen sollte.

Beim Auftrag gilt ein beidseitiges jederzeitiges Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR. Widerruft der Auftraggeber den Auftrag, muss er dem Beauftragten dennoch die bis anhin geleistete Arbeit vergüten. Es wird dem Auftraggeber also zwar

<sup>1079</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; AEBI-MÜLLER, N 214; WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31.

<sup>1080</sup> BGE 110 II 380, 383; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16 m. w. N.

<sup>1081</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 109 II 469; 104 II 320.

<sup>1082</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16; BGE 109 II 469; 110 II 380, 386.

<sup>1083</sup> Gemäss AEBI-MÜLLER, N 214 Fn. 555, kann darunter auch entgangener Gewinn geltend gemacht werden. Das Bundesgericht hält jedoch fest, Art. 404 Abs. 2 OR gewähre keinen Anspruch auf entgangenen Gewinn, sondern lediglich auf Ausgleich der besonderen Nachteile als Folge des unzeitigen Widerrufs, z. B. BGE 110 II 380, 386.

<sup>1084</sup> BGE 109 II 462, 467 f.; BGE 110 II 380, 383, E. 3; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 18.

<sup>1085</sup> Dazu § 9.

<sup>1086</sup> Vgl. HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 105; AEBI-MÜLLER, N 214; WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31; LANGHANKE, S. 140.

<sup>1087</sup> Vgl. auch BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 273, sowie den folgenden Gedanken bei WEICHERT, NJW 2001, S. 1463: «Im Datenschutzrecht wurden bisher wirtschaftliche Regelungsmechanismen weitgehend ignoriert. Dies steht in krassm Widerspruch zum Bedeutungswandel von personenbezogenen Daten als wirtschaftlicher Faktor.»

ein jederzeitiges Kündigungsrecht eingeräumt, die Ausübung dieses Rechts entbindet ihn jedoch nicht von der Erfüllung der bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen vertraglichen Verpflichtungen.<sup>1088</sup> Bei Leistung-gegen-Daten-Verträgen könnte dementsprechend ebenfalls das jederzeitige Widerrufsrecht gewährt werden, konsequenterweise sollten die Vertragsparteien jedoch trotzdem ihre bis anhin entstandenen vertraglich geschuldeten Leistungen erbringen müssen. Die Krux besteht darin, dass mit Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung die geschuldete Leistung – nämlich die Einwilligung in die Nutzung von Personendaten – nicht mehr erbracht wird.<sup>1089</sup> Die Lösung führt über Ersatzansprüche des Widerrufsempfängers.<sup>1090</sup> Anders ausgedrückt kann es stossend erscheinen, wenn die betroffene Person, welche ihre datenschutzrechtliche Einwilligung widerruft, sich nicht nur von der vertraglichen Bindung befreien kann, sondern ausserdem von ihrer Gegenleistungspflicht entbunden wird, ohne ihrem Vertragspartner dafür Ersatz leisten zu müssen.

ROSENTHAL äussert sich konkret zu diesen Situationen, in welchen das Widerrufsrecht im Widerspruch zu einer vertraglichen Vereinbarung steht.<sup>1091</sup> Er vertritt die Ansicht, das Widerrufsrecht sollte auch in diesen Fällen bestehen, könne jedoch auf der vertraglichen Ebene nach den allgemeinen Regeln des OR zu einem Schuldner- oder Gläubigerverzug führen und die dementsprechenden Rechtsfolgen auslösen.<sup>1092</sup> Diesem Ansatz ist beizupflichten, denn er berücksichtigt neben der Widerrufsmöglichkeit die Logik des Vertragsrechts. Es ist wichtig, die Frage der Widerrufbarkeit und die Frage der Ersatzpflicht im Falle des Widerrufs klar auseinanderzuhalten.<sup>1093</sup>

Teilweise scheinen diese Fragen miteinander vermischt zu werden. So halten WEBER/THOUVENIN mit Hinweis auf den in § 9 dargestellten BGE 136 III 401 fest, Personendaten seien Persönlichkeitsgüter, welche nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehörten und deshalb grundsätzlich Gegenstand unwiderruflicher vertraglicher Verpflichtungen sein könnten, sofern wirtschaftliche Interessen der betroffenen Person im Vordergrund stehen. Die Zulässigkeit des Widerrufs der datenschutzrechtlichen Einwilligung machen die Autoren davon abhängig, ob die vertragliche Bindung übermässig im Sinne des Art. 27 ZGB ist. Ist die Übermässigkeit zu bejahen, sei ein Widerruf der Einwilligung zulässig; in diesem Fall wenden die Autoren Art. 404 Abs. 2 OR an und weisen darauf hin, bei einem Widerruf zur Unzeit könnte die betroffene Person dem Datenbearbeiter Schadenersatzansprüche schulden.<sup>1094</sup>

Diese Argumentationslinie ist nicht konsistent. Entweder wird angenommen, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen nicht wi-

<sup>1088</sup> Vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 208 f.

<sup>1089</sup> Vgl. SPECHT, ODW 2017, S. 125; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 208; LANGHANKE, S. 140.

<sup>1090</sup> Vgl. HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

<sup>1091</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

<sup>1092</sup> HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106.

<sup>1093</sup> In diesem Sinne HK DSGVO-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106; ebenso Bericht AG Digitaler Neustart, S. 208 f., wonach der Widerruf nicht die schuldrechtliche Verpflichtung berührt, die datenschutzrechtliche Einwilligung zu erteilen. Ablehnend SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 23.

<sup>1094</sup> WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht, S. 31.

derrufen werden kann, oder man geht von der generellen Widerrufbarkeit der Einwilligung aus. Im ersten Fall wird gerade kein jederzeitiges Kündigungsrecht mittels analoger Anwendung des Art. 404 Abs. 1 OR gewährt, sondern der Vertrag ist grundsätzlich so einzuhalten, wie er abgeschlossen wurde. Bei Übermässigkeit der Bindung wird eine geltungserhaltene Reduktion vorgenommen, z. B. durch Einräumen eines Kündigungsrechts nach einer bestimmten Vertragslaufzeit oder eines ausserordentlichen Kündigungsrechts aus wichtigem Grund. In diesem Fall passt die Anwendung des Art. 404 Abs. 2 OR nicht, welche ja gerade ein jederzeitiges Kündigungsrecht ausgleichen soll.<sup>1095</sup>

Soll die datenschutzrechtliche Einwilligung im Gegensatz dazu stets widerruflich sein, und dies unabhängig von dem Vorliegen einer vertraglichen Bindung, muss eine passende Lösung gefunden werden für Fälle, in denen der Widerruf gleichzeitig von der vertraglich geschuldeten Gegenleistung entbindet.<sup>1096</sup>

## II. Widerruf der Einwilligung und Schuldnerverzug

Als nächstes stellt sich die Frage, in welchen Fällen eine derartige Problematik auftreten kann. Unproblematisch erscheinen zunächst Fälle, in denen eine dauerhafte Nutzungsmöglichkeit eines digitalen Inhalts als Gegenleistung zur Einwilligung in die Personendatenbearbeitung eingeräumt wird.<sup>1097</sup> Wie bereits hinsichtlich der möglichen Unwiderrufbarkeit der Einwilligung in § 9 dargestellt, stehen sich hierbei die Leistungen beider Vertragsparteien gegenüber und gleichen sich gegenseitig aus, da sie quasi miteinander erbracht werden.<sup>1098</sup> Hängt die Nutzung der digitalen Inhalte von der Nutzungsmöglichkeit der Personendaten ab<sup>1099</sup> und wird mit Widerruf der Einwilligung auch die Nutzung der digitalen Inhalte beendet – also der Vertrag gekündigt –, haben beide Parteien ihre Verpflichtungen bis zum Zeitpunkt des Widerrufs synallagmatisch erfüllt. Hierbei wäre durchaus vertretbar, Art. 404 Abs. 1 und 2 OR analog anzuwenden und ein freies Widerrufsrecht sowie eine Schadenersatzpflicht lediglich bei einem Widerruf zur Unzeit anzunehmen.

Der Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung muss allerdings nicht in jedem Fall mit einer Kündigung des Dauerschuldverhältnisses verbunden sein. Denkbar ist auch, dass (a) entweder die Einwilligung zur Datenbearbeitung zwar widerrufen wird, die widerrufende Partei jedoch ansonsten am Vertragsverhältnis festhalten (und auch die Dienste weiter nutzen) möchte, oder dass (b) gar kein Dauerschuldverhältnis vorliegt, sondern beispielsweise ein digitaler Inhalt einmalig und vollständig überlassen wurde und die im Gegenzug erteilte Einwilligung sofort oder jedenfalls vor Ablauf einer angemessenen Zeitspanne widerrufen wird. In diesen Fällen würde die betroffene Person von ihrer Gegenleistungspflicht befreit werden, während sie ihrerseits in den vollen Genuss der Leistung ihres Vertragspartners käme. Prinzipiell sind dies die gleichen Fälle, bei denen in § 9 dafür plädiert wurde, den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht (oder erst nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums) zuzulassen. Sollen die betroffenen Personen ihre Einwilligung jedoch

<sup>1095</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 404 N 16.

<sup>1096</sup> Ähnlich ZOLL, S. 184; vgl. auch SATTLER, Personality, S. 44.

<sup>1097</sup> Vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1098</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1099</sup> Vgl. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 209.

auch in diesen Fällen jederzeit widerrufen können, muss der Widerruf in diesen Fällen als Nichterfüllung qualifiziert werden und entsprechende sekundäre Ansprüche auslösen können.<sup>1100</sup>

Nach den allgemeinen Regeln des OR könnte der Widerrufende damit den in den Art. 102 ff. OR geregelten Schuldnerverzug auslösen.<sup>1101</sup> Der Gläubiger kann gemäss Art. 107 Abs. 2 nach ungenutztem Ablauf einer angesetzten Nachfrist<sup>1102</sup> zur Erfüllung der Primärleistung seine Wahlrechte ausüben: Er kann entweder die Erfüllung zuzüglich Ersatz des Verspätungsschadens<sup>1103</sup> nach Art. 103 OR verlangen (erstes Wahlrecht), oder auf die nachträgliche Leistung verzichten und den Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens nach Art. 97 OR verlangen (zweites Wahlrecht) oder aber vom Vertrag zurücktreten (drittes Wahlrecht).<sup>1104</sup>

Fällt ein Schuldner durch Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung in Schuldnerverzug, wird das erste Wahlrecht für seinen Gläubiger von eher untergeordneter Bedeutung sein. Die nochmalige (freiwillige) Erteilung der Einwilligung könnte zwar grundsätzlich verlangt werden, die Durchsetzung würde jedoch letztlich am Widerrufsrecht scheitern.

Das zweite Wahlrecht, der Verzicht auf nachträgliche Leistung mit Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens, wäre dagegen sicherlich von herausragender Bedeutung. Dabei wäre das positive Vertragsinteresse geschuldet, d. h. der Vertragspartner der betroffenen Person wäre so zu stellen, als wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre.<sup>1105</sup> Die genaue Berechnung dieses Schadenersatzes könnte die Praxis allerdings vor grosse Herausforderungen stellen, da sich allein schon der Wert von Personendaten kaum bestimmen lässt.

Tritt der Gläubiger in Ausübung des dritten Wahlrechts vom Vertrag zurück, wird gemäss der Umwandlungstheorie ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis<sup>1106</sup> begründet; er kann gemäss Art. 109 Abs. 1 OR die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern.<sup>1107</sup> Es soll der Zustand *ex tunc* hergestellt

---

<sup>1100</sup> Zur Qualifikation als Nichterfüllung auch SPECHT, DGRI 2017, N 33; ähnlich ROGOSCH, S. 144; a. A. Bericht AG Digitaler Neustart, S. 209, wo zwar festgestellt wird, dass sich aus der Nichterfüllung durch Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung Ansprüche gegen den Betroffenen herleiten lassen, aber gleichzeitig die Ansicht vertreten wird, solche Ansprüche sollten gesetzlich ausgeschlossen werden; a. A. ebenfalls LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015, S. 222.

<sup>1101</sup> HK DSG-ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 4 N 106; zur Systematik des Schuldnerverzugs z. B. BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Vor. Art. 102-109 N 1 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 4 ff.

<sup>1102</sup> Sofern eine solche Nachfrist noch erforderlich ist, vgl. Art. 108 OR sowie dazu BSK OR I-WIEGAND, Art. 108 N 1 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 13 ff.

<sup>1103</sup> Dazu z. B. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 23 ff.

<sup>1104</sup> Zum Ganzen BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 1, 3 sowie 12 ff.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 22 ff.; für das deutsche Recht vgl. METZGER, AcP 2016, S. 852 f.

<sup>1105</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 17; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 45.

<sup>1106</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 4 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43; BGE 114 II 152, 158, E. 2 c) bb; BGE 123 III 16, 22, E. 4 b; BGE 129 III 320, 328, E. 7.1.1; BGE 132 III 226, 233, E. 3.1; BGE 133 III 356, 358, E. 3.2.1

<sup>1107</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 4; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43.

werden und das Geleistete ist *in natura* oder wertmässig zurückzuerstatten.<sup>1108</sup> Überdies hat der Gläubiger gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens in Höhe des negativen Vertragsinteresses.<sup>1109</sup> Bei Dauerschuldverhältnissen wird beim dritten Wahlrecht anstatt eines Rücktrittsrechts ein Kündigungsrecht *ex nunc* angenommen; dabei behält der Vertrag im Umfang seiner bisherigen Erfüllung Gültigkeit und die Auflösung erfolgt nur für die Zukunft.<sup>1110</sup> Die Bedeutung des dritten Wahlrechts ist in der Praxis eher gering, da der Gläubiger bei Ausübung des zweiten Wahlrechts seine eigene Leistung zurückbehalten und zusätzlich Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern kann,<sup>1111</sup> während das dritte Wahlrecht lediglich Anspruch auf den Vertrauensschaden gewährt.<sup>1112</sup> Die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses *in natura* nach Ausübung des dritten Wahlrechts wäre in den vorliegenden Anwendungsfällen kaum möglich<sup>1113</sup> und auch eine Rückabwicklung durch Wertersatz für die Leistungen beider Parteien würde die Praxis vor grosse Herausforderungen stellen.

### III. Wertersatz

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass es Fälle gibt, in denen die betroffene Person bei Widerruf ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligung ersatzpflichtig werden sollte. Die Ratio dahinter ist, dass die betroffene Person nicht in den Genuss der Leistung ihres Vertragspartners kommen soll, ohne ihrerseits leisten zu müssen. Bei einer Lösung über den Schuldnerverzug nach den allgemeinen Regeln des OR wäre wohl in erster Linie Schadenersatz in Höhe des positiven Vertragsinteresses geschuldet, wobei sich dieser nur schwer berechnen liesse.

Insbesondere aufgrund der Schwierigkeiten bei der Berechnung des positiven Vertragsinteresses sowie angesichts der Unmenge an Anwendungsfällen, bei denen letztlich jeweils der Rechtsweg beschritten werden müsste, erscheint es sinnvoll, den Gedanken des Wertersatzes weiterzuentwickeln, welcher bereits von SPECHT vorgeschlagen wurde.<sup>1114</sup> Dabei müssten die ihre datenschutzrechtliche Einwilligung Widerrufenden lediglich den Wert der von ihnen bezogenen Leistungen bezahlen,

<sup>1108</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 5 f.; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43; BGE 114 II 152, 157, E. 2 c) aa; BGE 123 III 16, 22, E. 4 b; BGE 132 III 226, 233, E. 3.1.

<sup>1109</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 8; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 43.

<sup>1110</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 10; BGE 129 III 320, 328, E. 7.1.2.

<sup>1111</sup> Vgl. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 20 N 46 ff., nach der Differenztheorie; gemäss der Austauschtheorie muss der Gläubiger weiterhin leisten, erhält im Austausch dazu allerdings den Schadenersatz des Schuldners. Der Gläubiger hat gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung die Wahl zwischen der Anwendung der Austausch- und der Differenztheorie, BGE 123 III 16, 22, E. 4 b.

<sup>1112</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 109 N 2.

<sup>1113</sup> Z. B. SPECHT, JZ 2017, S. 769, spricht von einer «De-facto-Unmöglichkeit der vollständigen Rückholung des digitalen Inhaltes». Die Analyse von Personendaten und deren Erkenntnisgewinn kann ebenfalls nicht rückgängig gemacht werden.

<sup>1114</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, DGRI 2017, N 13; vgl. SPECHT, ODW 2017, S. 126, allerdings hier mit Hinweis auf Ersatz des Wertes der Personendaten, nicht der Gegenleistung. Ähnlich auch Becker, JZ 2017, S. 179, mit dem Vorschlag, Konsumenten sollten «die Möglichkeit erhalten, statt mit ihren Daten mit Geld zu zahlen»; vgl. auch Bericht AG Digitaler Neustart, S. 210.

nicht aber zusätzlichen Schadenersatz leisten. Dieser Ansatz erscheint pragmatisch und könnte zudem mit Blick auf den Persönlichkeitsschutz als die angemessenere Lösung betrachtet werden.<sup>1115</sup> In der Regel dürfte der Wertersatz der Höhe des negativen Vertragsinteresses entsprechen.

Bei der rechtlichen Ausgestaltung des Wertersatzes könnte differenziert werden, je nachdem, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung als jederzeit widerruflich (1.) oder aber (in Anknüpfung an § 9) als grundsätzlich unwiderruflich (2.) angesehen werden soll. Sofern notwendig wäre eine Ausgestaltung als *lex specialis* zu Art. 107 OR möglich,<sup>1116</sup> wobei die Regeln des Schuldnerverzugs allerdings ohnehin nur bei Annahme eines freien Widerrufsrechts zur Anwendung kämen. Die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten werden im Folgenden dargestellt.

### 1. Grundsatz: Jederzeitige Widerrufbarkeit

Zunächst könnte von einem Widerrufsrecht unabhängig vom Vorliegen eines Vertragsverhältnisses ausgegangen werden. Da bisher nicht klar ist, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung unter allen Umständen jederzeit widerrufbar ist, wäre es sinnvoll, dieses Widerrufsrecht gesetzlich festzuhalten. Die beiden Möglichkeiten zur Ausgestaltung einer Wertersatzpflicht bei Ausübung des Widerrufsrechts sind hier einerseits Schadenersatz in Form eines Pauschalbetrags und andererseits das Zulassen der Erfüllung durch eine alternative Leistung.

#### a) Pauschale Entschädigung

Zunächst könnten die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs in den konkreten Fällen eine pauschalierte Geldleistung in Höhe eines angemessenen Ersatzes für die bezogene Leistung darstellen.<sup>1117</sup> Die pauschalierte Geldleistung wäre gestützt auf Art. 160 Abs. 1 OR (Konventionalstrafe) möglich, müsste allerdings von den Parteien vertraglich vorgesehen werden. Soll das freie Widerrufsrecht verbunden mit der Leistung eines pauschalen Betrags in Höhe des Werts der empfangenen Leistung zwingend zur Verfügung stehen, und zwar unabhängig von einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, wird eine entsprechende gesetzliche Norm geschaffen werden müssen.<sup>1118</sup>

#### b) Alternativermächtigung oder Wahlobligation

Der Wertersatz könnte auch als eine alternative Ermächtigung oder als Wahlobligation ausgestaltet werden. Bei der alternativen Ermächtigung hätte sich die betroffene Person zwar nur zu einer Leistung, nämlich der Einwilligung in die Datenbearbeitung, verpflichtet, könnte ihre Verpflichtung jedoch auch durch Erbringen einer anderen Leistung, z. B. einer Geldleistung, erfüllen.<sup>1119</sup> Während der Vertragspartner bei Nichterfüllung der Hauptleistung keine alternative Leistung fordern kann, steht

<sup>1115</sup> SPECHT, JZ 2017, S. 769; SPECHT, DGRI 2017, N 13.

<sup>1116</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 107 N 5.

<sup>1117</sup> Vgl. SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1118</sup> Vgl. für das deutsche Recht SPECHT, JZ 2017, S. 769.

<sup>1119</sup> Zur alternativen Ermächtigung HUGUENIN, N 679; BUCHER, OR AT, S. 299; BGE 134 III 348, 351 f.; BGE 138 II 311, 321, E. 4.4.

es der betroffenen Person jedoch frei, den Vertrag durch Leistung der Alternative (an Erfüllung statt) zu erfüllen.<sup>1120</sup> Die Konzentration auf die alternative Leistung tritt nur dann ein, wenn diese angeboten wird (Realobligation).<sup>1121</sup> Würde sich bei dieser Möglichkeit die betroffene Person dazu entscheiden, ihre Einwilligung zu widerrufen ohne die Alternative zu leisten, könnte ihr Vertragspartner allerdings den Wertersatz nicht fordern und wäre wiederum auf die Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs verwiesen. Aus diesem Grund stellt die Ausgestaltung als Alternativermächtigung keine Vereinfachung dar und ist eher ungeeignet.

Der Wertersatz könnte stattdessen auch als Wahlobligation (Art. 72 OR) ausgestaltet werden. Dabei sind mindestens zwei Leistungen alternativ geschuldet, welche nicht gleichwertig sein müssen, und dem Schuldner steht das Wahlrecht zu, mit welcher der Leistungen er erfüllen möchte.<sup>1122</sup> Gemäss der Lehre ist das Wahlrecht unwiderruflich und durch Ausübung des Rechts findet eine Konzentration auf die ausgewählte Leistung statt.<sup>1123</sup> Erfolgt die Wahl nicht, gerät der Schuldner in Schuldnerverzug.<sup>1124</sup> Zu beachten ist, dass bei der Wahlobligation die Wahl mit Konzentration auf eine Leistung bereits mit Erteilung der Einwilligung in die Datenbearbeitung erfolgen würde, weshalb dieses Modell zur Regelung von Fällen des Widerrufs der Einwilligung ebenfalls ungeeignet ist.

### c) Zwischenergebnis

Bei jederzeitiger Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung sollte der Wertersatz für die bezogene Leistung als pauschale Geldleistung in Form einer Konventionalstrafe ausgestaltet werden.

## 2. Grundsatz: Unwiderrufbarkeit

Hervorzuheben ist, dass ein Anspruch auf Wertersatz bei Widerruf auch dann möglich ist, wenn die datenschutzrechtliche Einwilligung grundsätzlich unwiderrufbar ist. Obwohl ein Vertrag bei Unwiderrufbarkeit der Einwilligung so zu erfüllen wäre, wie er abgeschlossen wurde, steht es den Parteien frei zu vereinbaren, unter welchen Umständen ein Widerruf doch zugelassen werden sollte.<sup>1125</sup> Wichtig ist, dass der Widerruf erst dann Wirkung entfalten könnte, wenn die vereinbarte Ersatzleistung erbracht worden ist.<sup>1126</sup>

Um der betroffenen Person ein Widerrufsrecht auf Ersatzleistung hin einzuräumen, wäre allerdings eine vertragliche Regelung notwendig; fehlt diese, bestünde kein Widerrufsrecht. Um die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung abzumildern, könnte im Gesetz vorgesehen werden, dass die Einwilligung dann widerrufen werden

<sup>1120</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 6; HUGUENIN, N 679.

<sup>1121</sup> Vgl. BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 2.

<sup>1122</sup> HUGUENIN, N 678; BUCHER, OR AT, S. 297; BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 2, 8; BGE 118 II 32, 35, E. 3 d) bb.

<sup>1123</sup> BUCHER, OR AT, S. 298; vgl. HUGUENIN, N 678.

<sup>1124</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 72 N 18.

<sup>1125</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 406, wo eine grundsätzlich als unwiderruflich qualifizierte Einwilligung in die Nutzung und Verbreitung von Fotografien gegen Leistung einer Rücktrittschädigung widerrufen werden konnte.

<sup>1126</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 406.

kann, wenn der Wert der bezogenen Leistung auf andere Art abgegolten wird. Dafür würden sich zwei Möglichkeiten anbieten: Einerseits das Vorsehen einer Leistung an Erfüllung statt (a), andererseits das Festschreiben einer Rücktrittsentschädigung (b). Beide Möglichkeiten werden im Folgenden dargestellt.

a) *Alternativermächtigung*

Das Modell der Alternativermächtigung könnte bei grundsätzlicher Unwiderrufbarkeit der Einwilligung ein geeignetes Mittel darstellen. So könnte sich die betroffene Person erst durch Leistung des alternativ geschuldeten Wertersatzes befreien, bis dahin bliebe ihre Einwilligung gültig. Der Gläubiger liefe hierbei nicht in Gefahr, keine der beiden Leistungen zu erhalten.

Indessen ist nicht sicher, ob dieses Modell dogmatisch Bestand hätte: Mit Erteilen der Einwilligung wäre an sich die Hauptleistung erbracht und die Alternative damit hinfällig. Es könnte allerdings argumentiert werden, dass nur eine Teilleistung vorliegt, wenn die Einwilligung (vor Ablauf einer bestimmten Frist) widerrufen werden soll und der Rest der Schuld deshalb durch die alternative Leistung zu erfüllen wäre.

b) *Widerrufsentschädigung*

Möglich wäre ausserdem, den Widerruf der Einwilligung gegen Leistung einer Entschädigung zuzulassen.<sup>1127</sup> Hierbei wäre wiederum ein Pauschalbetrag im Sinne einer Konventionalstrafe (Art. 160 Abs. 1 und 3 OR) zu leisten, woraufhin die betroffene Person vom abgeschlossenen Vertrag zurücktreten könnte.

Die Entschädigung könnte vertraglich vereinbart werden.<sup>1128</sup> Dabei wäre es jedoch den Parteien überlassen, ob sie eine solche überhaupt vorsehen wollen. Soll der betroffenen Person stets das Widerrufsrecht gegen Leistung einer Entschädigung ermöglicht werden, müsste eine entsprechende Norm im Gesetz verankert werden.

c) *Zwischenergebnis*

Während sowohl die Alternativermächtigung als auch die Entschädigung in Form einer Konventionalstrafe als Ausgestaltungsmöglichkeiten infrage kommen, ist die Konventionalstrafe die dogmatisch bessere Lösung.

3. *Gedanken zur Ausgestaltung des Wertersatzes*

Im Ergebnis ist die einfachste und geeignetste Lösung, den Wertersatz als Zahlung eines Pauschalbetrags im Sinne einer Konventionalstrafe bei Widerruf der Einwilligung auszugestalten. Die Höhe der Geldleistung sollte dabei dem Marktpreis der bezogenen Leistung entsprechen. Um dies unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien vorzusehen, sollte eine entsprechende Norm im Gesetz festgehalten werden. Dabei muss die Frage entschieden werden, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung als grundsätzlich widerruflich oder unwiderruflich angesehen wird.

---

<sup>1127</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 406.

<sup>1128</sup> Vgl. dazu BGE 136 III 401, 405 ff.

Wie das Bundesgericht in BGE 136 III 401, 406 festgestellt hat, liesse sich der Unterscheidung, ob die Einwilligung grundsätzlich widerruflich oder unwiderruflich sein sollte, insbesondere «entgegenhalten, eine bindende vertragliche Verpflichtung mit Rücktrittsentschädigung und eine jederzeit widerrufbare Einwilligung, verbunden mit einer Schadenersatzpflicht [...] laufe im Ergebnis auf dasselbe hinaus.»<sup>1129</sup> Zu Recht wird jedoch auf die prozessualen Unterschiede hingewiesen, denn die Behauptungs- und Beweislast werden verlagert.<sup>1130</sup> Immerhin könnte mit der Pauschalierung eines Wertersatzes (im Vorhinein) der grosse Aufwand eines gerichtlichen Verfahrens zur Feststellung eines allfälligen Schadens vermieden werden,<sup>1131</sup> es sei denn, der Wertersatz wäre übermässig.

Nicht zu unterschätzen ist zudem, dass je nach Wahl des Szenarios der Persönlichkeitsschutz unterschiedlich stark betont wird. Immerhin ist im ersten Szenario die datenschutzrechtliche Einwilligung jederzeit widerrufbar, d. h. nicht bindend, und die Gegenpartei muss ihren Anspruch auf Wertersatz notfalls gerichtlich geltend machen. Im Gegensatz dazu wird im zweiten Szenario die datenschutzrechtliche Einwilligung als unwiderruflich betrachtet und ist deshalb so lange bindend, bis die betroffene Person sich durch Leistung des Wertersatzes befreien konnte. Ihr Vertragspartner hat hierbei weniger Risiko bzw. Aufwand.

Auch wenn die praktischen Auswirkungen vergleichbar sind – immerhin wird im Ergebnis stets der Widerruf gestattet und ein Wertersatz geleistet –, stellen die Entscheidungen, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung als vertragliche Gegenleistung im Grundsatz unwiderruflich oder widerruflich ist, sowie ob und in welcher Form ein Wertersatz geschuldet sein soll, Wertungen dar. Diese können wegweisend für die zukünftige Rechtsfortbildung sein.

#### *IV. Prüfung des Anpassungsvorschlags*

Nachdem der Vorschlag, die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung verbunden mit einer Ersatzpflicht zuzulassen, dargestellt wurde, muss er nun anhand der verschiedenen Interessen geprüft werden. Deshalb wird untersucht, wie sich der Vorschlag auf die einzelnen Interessen auswirken würde.

##### *1. Schutz der Persönlichkeit*

Zunächst ist fraglich, wie sich der Vorschlag auf den Persönlichkeitsschutz auswirken würde. Grundsätzlich kann festhalten werden, dass der Widerruf der Einwilligung nicht oder kaum eingeschränkt wäre: Die Einwilligung könnte jederzeit widerrufen werden, entweder mit der Folge einer Ersatzpflicht oder aber erst dann, wenn der Wertersatz geleistet worden wäre. Ersteres entspricht auf Ebene des Widerrufs dem geltenden Recht, weshalb hier der Persönlichkeitsschutz unverändert wäre. Letzteres stellt dann eine gewisse Schlechterstellung der Betroffenen dar, wenn sie nicht in der Lage wären, den Ersatz zu leisten, da die Einwilligung dann nicht widerrufen werden könnte.

---

<sup>1129</sup> BGE 136 III 401, 406.

<sup>1130</sup> BGE 136 III 401, 406.

<sup>1131</sup> Vgl. BGE 136 III 401, 406.

Zu bedenken ist, inwieweit die Ersatzpflicht den Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen einschränken könnte. Problematisch ist, dass die Aussicht darauf, Wertersatz leisten zu müssen, die betroffenen Personen davon abhalten könnte, ihre Einwilligung zu widerrufen. Unter diesem Gesichtspunkt ist sicherlich auch eine Förderung entsprechender Geschäftsmodelle zu erwarten, welche im Sinne des «privacy paradox» noch zusätzliche Anreize bieten könnten, Personendaten als Gegenleistung herzugeben. Andererseits erscheinen die erhöhten Gefahren für die Persönlichkeit der Betroffenen nicht übermässig, vor allem da die Kommerzialisierung der Personendaten freiwillig erfolgte und ein Widerruf der Einwilligung immerhin möglich wäre.

## 2. *Beteiligung am Wert der Daten*

Weiter ist zu untersuchen, welchen Einfluss der Vorschlag auf die Beteiligung der Betroffenen am Wert sie betreffender Daten haben könnte. Genauso wie bei der Annahme der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in § 9 würde sich das Zulassen eines jederzeitigen Einwilligungswiderrufs verbunden mit einer Ersatzleistung nicht direkt auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert von Personendaten auswirken. Da die Betroffenen sie betreffende Personendaten allenfalls besser verwerten, d.h. höherwertigere Gegenleistungen erhalten könnten, würden sie aber mittelbar am Wert dieser Daten teilhaben.<sup>1132</sup>

## 3. *Entwicklung der Datenmärkte*

Schliesslich ist zu prüfen, welche Auswirkungen der Vorschlag auf die Entwicklung der Datenmärkte hätte. Hinsichtlich der Sekundärmärkte ist keine massgebliche Änderung der jetzigen Situation zu erwarten: Da ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit möglich ist, erhalten die Unternehmen keine verlässliche Rechtsgrundlage, um die betreffenden Daten auf Sekundärmärkten zu handeln. Allenfalls könnte immerhin erwartet werden, dass vom Widerrufsrecht weniger Gebrauch gemacht werden würde, was die Position der Unternehmen etwas verbessern würde. Ausserdem würden Unternehmen die Aussicht auf Wertersatz für von ihnen bezogene Leistungen sicherlich positiv werten.

Auf den Primärmärkten ist wohl ebenfalls keine erhebliche Änderung zu erwarten. Es wäre einerseits denkbar, dass zumindest manche Datensubjekte etwas restriktiver mit der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung umgehen würden. Andererseits könnte sich auch keine diesbezügliche Veränderung ergeben. Insgesamt kann allerdings noch keine verlässliche Aussage zum Einfluss des Vorschlags auf die Datenmärkte getroffen werden. Diesbezüglich wäre weitere Forschung notwendig.

## V. *Ergebnis*

Wird den betroffenen Personen unabhängig vom Vorliegen vertraglicher Verbindlichkeiten der Widerruf ihrer datenschutzrechtlichen Einwilligung erlaubt, kann die Situation entstehen, dass die Betroffenen von ihrer vertraglich geschuldeten Leistung befreit werden und gleichzeitig die Gegenleistung ihres Vertragspartners erhalten.

---

<sup>1132</sup> Vgl. den Gedanken bei DIVSI, Daten als Handelsware, S. 50.

Dieser Situation könnte abgeholfen werden, indem dem Vertragspartner ein Anspruch auf Wertersatz zuerkannt wird. So wäre das Interesse der betroffenen Person am Widerruf ihrer Einwilligung mit dem Interesse des Vertragspartners, eine Gegenleistung für die eigene Leistung zu erhalten, vereinbar.

Die Wertersatzpflicht sollte als pauschale Geldleistung in Höhe des Marktpreises der bezogenen Leistung im Sinne einer Konventionalstrafe ausgestaltet werden. Ein wichtiges Instrument der Wertung stellt hier die Wirkung der Ersatzleistung dar: Soll der Widerruf erst dann Wirkung entfalten, wenn der Wertersatz geleistet wurde, oder soll die Ersatzleistung als pauschalierte Schadenersatzleistung auf den Widerruf folgen? Diese Entscheidung stellt eine gewichtige Stellschraube dar, welche letztendlich durch den Gesetzgeber getroffen werden müsste.

Mit Sicht auf die Interessenlage würden sich die Gefahren für die Persönlichkeit der Betroffenen nicht massgeblich erhöhen, vor allem da ein Widerruf der Einwilligung immerhin möglich wäre. Genauso wie bei der Annahme der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in § 9 würde sich das Zulassen eines jederzeitigen Einwilligungswiderrufs verbunden mit einer Ersatzleistung allerdings nicht direkt auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert von Personendaten auswirken. Da ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit möglich wäre, erhalten die Unternehmen auch weiterhin keine verlässliche Rechtsgrundlage, um die betreffenden Daten auf Sekundärmärkten zu handeln. Allenfalls könnte erwartet werden, dass vom Widerrufsrecht weniger Gebrauch gemacht werden würde, was die Position der Unternehmen etwas verbessern könnte. Eine verlässliche Aussage über den Einfluss des Vorschlags auf die Datenmärkte ist an dieser Stelle allerdings noch nicht möglich. Insgesamt erscheint der Vorschlag zwar aus juristischer Sicht als logische und gemäss der vertragsrechtlichen Dogmatik korrekte Konsequenz, allerdings würde er der Interessenlage beim Datenhandel kaum gerecht. Um die Interessen beim Datenhandel zu bedienen, müssten deshalb andere Massnahmen ergriffen werden.

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäss nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



## § 11 Datenschutzrecht als Immaterialgüterrecht sui generis

Nachdem in § 9 und § 10 Weiterentwicklungsmöglichkeiten des Datenschutzrechts auf der schuldrechtlichen Ebene untersucht wurden, wird nun die Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte untersucht. Von anderen Rechten an Gütern mit persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln könnte abgeleitet werden, in welche Richtung sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Datenschutzrecht im Privatrecht zukünftig weiterentwickeln liesse.<sup>1133</sup> Anhand der Entwicklung insbesondere des Urheberpersönlichkeitsrechts, des Rechts am eigenen Bild und des Namensrechts kann erkannt werden, dass persönlichkeitsrechtliche Bindungen faktisch kontinuierlich kommerzialisiert wurden, obwohl dies zu Beginn dieser Entwicklung stets abgelehnt wurde.<sup>1134</sup> Auch aus diesem Grund rückt die Einführung eines sogenannten «Dateneigentums» immer wieder in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung.<sup>1135</sup>

Wie in § 2 gezeigt wurde, stellt das geltende Datenschutzrecht kein Ausschliesslichkeitsrecht, sondern lediglich ein abwägungsoffenes Rahmenrecht der von Daten betroffenen Personen dar. Auch über andere Rechtsinstitute kann kein Ausschliesslichkeitsrecht an (Personen-)Daten begründet werden (I.). Für Personendaten wird deshalb die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts zu einem Immaterialgüterrecht *sui generis* vorgeschlagen.<sup>1136</sup> Die Wirkungen und Ausgestaltungsmöglichkeiten eines solchen Rechts werden im Folgenden dargestellt (II.). Zum Schluss wird der Vorschlag anhand der Interessenlage beim Datenhandel geprüft (III.).

### I. Kein Ausschliesslichkeitsrecht de lege lata

In § 2 wurde bereits festgestellt, dass durch das Datenschutzrecht kein eigentumsartiges Recht an Personendaten begründet wird. Weiter soll aufgezeigt werden, dass

<sup>1133</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1045; so auch SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 123, mit dem Hinweis, eine Rechtsfortbildung sei möglich, «wenn sich der Charakter eines Rechts ändert»; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 179.

<sup>1134</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1045; vgl. SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7; WEICHERT, NJW 2001, S. 1463 f.

<sup>1135</sup> Z. B. FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 101 ff.; FEZER, ZD 2017, S. 99 ff.; FEZER, MMR 2017, S. 3 ff.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 21 ff.; NAUMER, S. 236; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 165; HOEREN, MMR 2013, S. 486 ff.; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 66 ff.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120 ff.; SPECHT, DGRI 2017, N 1; DETERMANN, ZD 2018, S. 505 ff.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203 ff.; vgl. KILIAN, Gegenleistung, S. 199 f.; RICHTER/HILTY, S. 241 ff.; HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 268 ff.; dazu auch DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 340 f.; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 1; SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 103; UNSELD, Kommerzialisierung, S. 30 f., 53 f.

<sup>1136</sup> Dazu Bericht AG Digitaler Neustart, S. 41; FEZER, MMR 2017, S. 3 ff.; FEZER, ZD 2017, S. 99 ff.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 45 ff.; WANDTKE, MMR 2017, S. 6 ff.; KILIAN, CRI 2012, S. 172 f.; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203 ff.; LADEUR, DuD 2000, S. 18; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120 ff.; BUCHNER, DGRI 2011, S. 53 ff.; vgl. WEICHERT, NJW 2001, S. 1467; NAUMER, S. 236; SCHULZ, S. 293; zur Diskussion auch JENTZSCH, Dateneigentum, S. 1 ff.; PEARCE, EDPL 2018, S. 197 ff.; a. A. allerdings BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 166, welche den Datenschutz «nur als Schranke für die Ausübung» eines Ausschliesslichkeitsrechts an Daten sehen.

auch bestehende Ausschliesslichkeitsrechte nicht als Grundlage für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten dienen können. So kann ein Ausschliesslichkeitsrecht an (Personen-)Daten weder auf das Sachen- oder Immaterialgüterrecht noch auf das Leistungsschutzrecht gestützt werden. Dies wird im Folgenden dargestellt.

### 1. Sachenrecht

Dem Eigentümer einer Sache wird durch das Sachenrecht (Eigentum) ein umfassendes Herrschaftsrecht an einer Sache mit Wirkung *erga omnes* und ohne zeitliche Beschränkung eingeräumt.<sup>1137</sup> Alle Handlungsbefugnisse an der Sache werden dem Eigentümer zugewiesen, insbesondere der Besitz als auch die Nutzung der Sache. Der Eigentümer kann die Sache zum Gegenstand von Verträgen machen und auf diese Weise die Sache einem Dritten zur Nutzung überlassen, dingliche Rechte an ihr begründen oder das Eigentum an der Sache übertragen. Dies wird auch die positive Seite des Eigentums genannt und ist in Art. 641 Abs. 1 ZGB geregelt. Der Eigentümer einer Sache hat zudem Abwehrbefugnisse inne, denn er kann gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB jede ungerechtfertigte Einwirkung auf die Sache abwehren (*actio negatoria*) und sie von jedem herausverlangen, der sie ihm vorenthält (*rei vindicatio*).<sup>1138</sup>

Das ZGB enthält keine Legaldefinition des Sachbegriffs, womit die Definition der Lehre und Rechtsprechung nach Massgabe der Verkehrsauffassung überlassen bleibt.<sup>1139</sup> Gemäss der Lehre handelt es sich bei einer Sache um einen körperlichen, abgegrenzten Gegenstand, welcher sowohl rechtlich als auch tatsächlich beherrscht werden kann.<sup>1140</sup> Deshalb kann Eigentum nur an körperlichen Sachen (und Naturkräften<sup>1141</sup>) bestehen.<sup>1142</sup> Daten stellen keine körperlichen Güter da, weshalb ein Eigentumsrecht an ihnen ausser Betracht fällt.<sup>1143</sup>

Allerdings wird eine Anwendung des Sachenrechts auf Daten mittels der Erweiterung des Sachbegriffs diskutiert. ECKERT argumentiert, ausgehend von der Verkehrsauffassung, Daten würden bereits wie Fahrnis behandelt, z. B. erworben, genutzt und übertragen. Durch ihre Verkörperung auf Datenträgern seien sie auch verkörpert und

<sup>1137</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 3. Eine Sache kann allerdings gemäss Art. 728 ZGB ersonnen oder gemäss den Art. 714 Abs. 2 und 933 f. ZGB von einem Nicht-Berechtigten gutgläubig erworben werden.

<sup>1138</sup> Zum Ganzen BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Art. 641 N 40 ff.

<sup>1139</sup> BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor. Art. 641 ff. N 6; vgl. WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 16. In den Nachbarländern Deutschland und in Österreich bestehen dagegen Legaldefinitionen: Gemäss § 90 des D-BGB sind «Sachen [...] nur körperliche Gegenstände», während gemäss § 285 und § 353 des AT-ABGB alles eine Sache darstellt, «was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient» und Eigentum sowohl an körperlichen als auch an unkörperlichen Sachen bestehen kann.

<sup>1140</sup> Z. B. BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, Vor. Art. 641 ff. N 6; HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 7; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629.

<sup>1141</sup> Art. 713 ZGB. Daten sind aber auch keine Naturkräfte, HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 7, 31.

<sup>1142</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 16.

<sup>1143</sup> HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 7 ff.; SCHULZ, S. 291; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 318; HOEREN/VÖLKELE, S. 17; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz. 16; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 7; HÜRLIMANN/ZECH, N 8; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 26; dazu auch KARIKARI, S. 152.

vom Menschen beherrschbar. Aus diesem Grund möchte Eckert den Sachbegriff leicht erweitern und Daten als Sachen («*res digitalis*»<sup>1144</sup>) qualifizieren.<sup>1145</sup> Durch eine Qualifikation als Sachen würden Daten einem Eigentümer zugeordnet und den Regeln des Eigentums und des Besitzes unterstellt.<sup>1146</sup> ECKERT möchte das originäre Eigentum an Daten dem «Datenerzeuger» zuweisen, also derjenigen Person, welche technisch und wirtschaftlich die Erst-Speicherung der Daten vorgenommen hat.<sup>1147</sup>

HESS-ODONI schlägt vor, einen materiell auf der analogen Anwendung des Sachenrechts sowie auf neuem Richterrecht basierenden Eigentumsschutz für Daten einzuführen, um die seiner Meinung nach bestehende echte Gesetzeslücke zu füllen.<sup>1148</sup> Im Ergebnis soll der Berechtigte frei über seine Daten verfügen und Dritten die Nutzung seiner Daten verbieten können.<sup>1149</sup>

Hinsichtlich dieser Ansätze ist anzumerken, dass sich Daten als öffentliche Güter grundlegend von Sachen unterscheiden.<sup>1150</sup> Datenträger hingegen – welche nach obigen Ausführungen Daten beherrschbar machen sollen – sind bereits gemäss dem heutigen Sachbegriff als Sachen zu qualifizieren und unterliegen damit den sachenrechtlichen Bestimmungen. Insbesondere die vorgeschlagene Zuweisung eines Eigentumsrechts an den Datenerzeuger entspricht hinsichtlich Personendaten zudem jedem Persönlichkeitsschutzgedanken. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass (Personen-)Daten nicht dem Sachenrecht unterliegen und dies auch künftig so zu halten ist.<sup>1151</sup>

## 2. Immaterialgüterrecht

Im Immaterialgüterrecht kommt für einen Schutz von Daten vor allem das Urheberrecht infrage.<sup>1152</sup> Das Urheberrecht weist die Befugnisse an Werken, d. h. an geistigen Schöpfungen der Literatur und Kunst mit individuellem Charakter (Art. 2 Abs. 1

<sup>1144</sup> ECKERT, SJZ 2016, Daten als Sache, S. 246.

<sup>1145</sup> ECKERT, SJZ 2016, Daten als Sache, S. 245 ff.; ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 265.

<sup>1146</sup> Zum Ganzen ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 265 ff.; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 631; zum «Datenbesitz» HOEREN, MMR 2019, S. 6.

<sup>1147</sup> ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum, S. 267 f.; dazu auch HOEREN, MMR 2019, S. 7; HOEREN, MMR 2013, S. 487.

<sup>1148</sup> HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 34, 38 ff.

<sup>1149</sup> HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004, Rz. 38 ff.

<sup>1150</sup> Vgl. BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 170 f.; HEYMANN, CR 2016, S. 656; SCHULZ, S. 294; ZECH, CR 2015, S. 142; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 28; dazu auch SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 631; HOEREN, MMR 2019, S. 6; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 39 f.

<sup>1151</sup> Ebenso BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 170 f.; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 28.

<sup>1152</sup> Ebenso WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 17; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 7; vgl. THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 28 f. In den letzten Jahren wird allerdings auch ein Schutz von Daten auf der syntaktischen Ebene durch das Patentrecht diskutiert, z. B. Urteil des deutschen BGH vom 17.02.2004, Az. X ZB 9/03, «Signalfolge», zur Gebrauchsmusterfähigkeit einer Signalfolge; Urteil des deutschen BGH vom 21.08.2012, Az. X ZR 33/10, «MPEG-2-Videoencoding», zu Datenfolgen als Verfahrenserzeugnis; Urteil des deutschen BGH vom 27.09.2016, Az. X ZR 124/15, «Rezeptortyrosinkinase II», zu Datenfolgen als Gegenstand eines Sachpatents.

URG), ungeachtet ihres Werts oder Zwecks ihrem Urheber umfassend und ausschliesslich zu.<sup>1153</sup> Der Urheber kann sein Recht gemäss Art. 16 Abs. 1 URG mit Ausnahme der Urheberpersönlichkeitsrechte auf Dritte übertragen. Allerdings wird das umfassende Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers einerseits durch die im 5. Kapitel des URG festgehaltenen Schranken und andererseits durch die zeitliche Befristung begrenzt.<sup>1154</sup>

Stellen Daten eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter dar, können sie urheberrechtlich geschützt sein.<sup>1155</sup> Werden Daten von Maschinen generiert, liegt das Merkmal der geistigen Schöpfung allerdings gerade nicht vor, weshalb solche Daten nicht urheberrechtlich schutzfähig sind.<sup>1156</sup> Für Datenbanken, jedoch nicht für die einzelnen Daten, kommt immerhin ein urheberrechtlicher Schutz als Sammelwerk in Betracht, sofern die Auswahl oder Anordnung der gesammelten Daten eine geistige Schöpfung mit individuellem Charakter darstellt.<sup>1157</sup>

Wichtig ist, dass das Urheberrecht keinen Schutz der semantischen Information bietet, sondern die Art und Weise schützt, wie diese mitgeteilt wird.<sup>1158</sup> Personendaten werden jedoch gerade über die semantische Ebene definiert, es kommt nicht auf die Art ihrer Mitteilung, d. h. die syntaktische Ebene, an. Deshalb ist das Urheberrecht für den Schutz von Personendaten ungeeignet.

### 3. Leistungsschutzrecht

Ferner könnten bestehende Leistungsschutzrechte auf Daten angewendet werden.<sup>1159</sup> Durch Leistungsschutzrechte erhält der Berechtigte ein Ausschliesslichkeitsrecht an der eigenen Leistung mit Wirkung *erga omnes*. Damit werden Investitionen geschützt, um einen Anreiz zu ihrer Tätigkeit zu setzen, denn ohne solchen Schutz bestünde das Risiko einer Aneignung der erbachten Leistung durch einen Dritten.<sup>1160</sup>

<sup>1153</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 629. Gemäss Art. 10 Abs. 1 URG hat der Urheber das ausschliessliche und umfassende Recht, über die Nutzung des Werkes zu bestimmen. Zudem enthält Art. 10 Abs. 2 URG einen Katalog mit Befugnissen, die dem Urheber zugewiesen sind.

<sup>1154</sup> Ein veröffentlichtes Werk darf z. B. gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a URG zum Privatgebrauch verwendet werden. Der Schutz erlischt gemäss Art. 29 Abs. 2 URG 50 Jahre nach dem Tod des Urhebers von Computerprogrammen und 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers aller anderen Werke.

<sup>1155</sup> WIEBE, S. 97; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 17; dazu eingehend HOEREN/VÖLKELE, S. 41 ff.

<sup>1156</sup> WIEBE, S. 97; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 17; SCHULZ, S. 289; SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 120.

<sup>1157</sup> Art. 4 Abs. 1 URG; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 7; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 26.

<sup>1158</sup> BGE 113 II 306, 308, E. 3. a; HUGENHOLTZ, S. 83.

<sup>1159</sup> Vgl. WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 31 f.

<sup>1160</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 630; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 29. Als Beispiele sind das Leistungsschutzrecht für Interpreten in Art. 33 ff. URG, für Hersteller von Ton- und Bildträgern in Art. 35 f. URG und für Sendeunternehmen in Art. 37 URG zu nennen. Vor der Übernahme und Verwertung eines marktreifen Arbeitsergebnisses durch Dritte mittels technischer Reproduktionsverfahren und ohne angemessenen eigenen Aufwand schützt Art. 5 lit. c UWG.

Durch Leistungsschutzrechte werden jedoch keine übertragbaren Ausschliesslichkeitsrechte an Daten begründet.<sup>1161</sup> Bestehende Leistungsschutzrechte gewähren betroffenen Personen insbesondere keinen Schutz der sie betreffenden Personendaten.<sup>1162</sup> Dies ist auch konsequent, denn wie hinsichtlich einer möglichen Beteiligung der von Daten betroffenen Personen ausführlich dargestellt wurde (§ 6 I.), erbringen die Betroffenen auch keine schützenswerte Leistung bzw. Investition: Blosses von Daten Betroffensein reicht für ein Leistungsschutzrecht nicht aus.

#### 4. Datenbankherstellerschutz

Mit der Datenbankrichtlinie kennt die EU einen Datenbankherstellerschutz *sui generis*. Gemäss Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie stellt eine Datenbank eine Sammlung von Daten dar, welche systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln zugänglich sind. Der Datenbankhersteller hat gemäss Art. 7 Abs. 1 und 5 sowie Art. 10 Abs. 1 der Datenbankrichtlinie während eines Zeitraums von 15 Jahren das Recht, die Entnahme und/oder Weiterverwendung der Gesamtheit oder eines qualitativ oder quantitativ wesentlichen Teils des Inhalts der Datenbank sowie die wiederholte und systematische Entnahme und/oder Weiterverwendung unwesentlicher Teile zu untersagen. Voraussetzung des Schutzes ist gemäss Art. 7 Abs. 1 der Datenbankrichtlinie eine qualitativ oder quantitativ wesentliche Investition in die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung des Inhalts einer Datenbank. Investitionen in die Erzeugung von Daten erfüllen die Schutzvoraussetzung allerdings nicht.<sup>1163</sup>

Allerdings ist zu betonen, dass die Datenbankrichtlinie nur die Datenbank schützt, nicht aber die Daten an sich.<sup>1164</sup> Zudem wurde die Datenbankrichtlinie (bisher) von der Schweiz nicht nachvollzogen. Somit wird auch durch die Datenbankrichtlinie kein übertragbares Ausschliesslichkeitsrecht an (Personen-)Daten begründet.

#### 5. Zwischenergebnis

Personendaten werden weder durch das Sachenrecht noch durch das Immaterialgüterrecht geschützt. Auch über bestehende Leistungsschutzrechte kann kein Schutz von Personendaten erreicht werden. Wenn aber weder über das Datenschutzrecht noch über andere bestehende Rechtsinstitute ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten begründet werden kann, bleibt für das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nur die Einführung eines neuen Rechtsinstituts im Sinne eines eigenen Immaterialgüterrechts *sui generis*.<sup>1165</sup>

<sup>1161</sup> SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 630.

<sup>1162</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 5 lit. c UWG auf Big-Data-Analysen SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 630.

<sup>1163</sup> EuGH vom 9. November 2004, C-338/02; EuGH vom 9. November 2004, C-444/02; EuGH vom 9. November 2004, C-46/02; dazu ausführlich SCHMIDT/ZECH, CR 2017, S. 417 ff.; HUGENHOLTZ, S. 86; HOEREN/VÖLKELE, S. 45 ff.

<sup>1164</sup> Dazu WIEBE, S. 100 ff.; siehe auch BAINBRIDGE, S. 347 ff.; HUGENHOLTZ, S. 87; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017, S. 30.

<sup>1165</sup> SCHULZ, S. 293.

## II. Ein eigentumsartiges Recht für Personendaten und seine Wirkungen

Politisch wurde die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten bereits im Jahr 2014 durch zwei parlamentarische Initiativen in die Schweizer Debatte eingebracht: Die parlamentarische Initiative 14.413 «Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung» vom 21. März 2014 forderte zunächst die Änderung des Datenschutzes von einem Missbrauchsschutz hin zu einem festgeschriebenen Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Mit der parlamentarischen Initiative 14.434 «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern» vom 20. Juni 2014 sollte sogar ein eigentumsartiges Recht an Personendaten auf Verfassungsrang eingeführt werden. Beide Initiativen zielten darauf ab, das Datenschutzrecht weiterzuentwickeln: Aus einem Abwehrrecht sollte ein Recht entstehen, durch welches von Daten betroffene Personen die «weitgehende Verfügungshoheit über die sie betreffenden Daten» hätten.<sup>1166</sup> Beide Initiativen wurden am 29. September 2017 vom Nationalrat mit dem Hinweis abgeschrieben, dass die bereits existierende Verfassungsbestimmung die «Forderungen der Initiativen obsolet» mache.<sup>1167</sup> Zudem wurde durch die Staatspolitischen Kommissionen darauf hingewiesen, dass die Anliegen der beiden Initiativen innerhalb der Totalrevision des Datenschutzgesetzes behandelt würden.<sup>1168</sup> Die Totalrevision des Datenschutzgesetzes ist noch nicht abgeschlossen. Ob das Datenschutzrecht zu einem eigentumsartigen Recht weiterentwickelt werden soll wurde im Zuge dieser Revision bisher nicht thematisiert. Das Schaffen eines generellen «Dateneigentums» wurde jedoch mit Hinweis auf Fehlen eines solchen Rechts in allen anderen europäischen Ländern als nicht umsetzbar beurteilt.<sup>1169</sup>

In der nationalen und internationalen wissenschaftlichen Diskussion wird das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts für (alle) Daten und auch das Schaffen eines Immaterialgüterrechts *sui generis* speziell für Personendaten immer wieder vorgeschlagen.<sup>1170</sup> Deshalb ist es wichtig, an dieser Stelle Letzteres als Weiterentwicklungsmöglichkeit des Datenschutzrechts zu untersuchen. Die Untersuchung erfolgt anhand der Wirkungen eines solchen Rechts.

<sup>1166</sup> Medienmitteilung SK SR vom 20.08.2015.

<sup>1167</sup> Bericht SK NR vom 18.08.2017, S. 4, sowie zur Abschreibung der Initiativen durch den Nationalrat [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=41225](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=41225) (zuletzt besucht am 05.07.2019).

<sup>1168</sup> Bericht SK NR vom 18.08.2017, S. 4; Medienmitteilung SK SR vom 20.08.2015.

<sup>1169</sup> Botschaft DSG 2017, 6988. Die meisten Neuerungen hängen mit den Entwicklungen der Datenschutzgesetzgebung des Europarats und der Europäischen Union, insbesondere der DSGVO, zusammen, dazu Botschaft DSG 2017, 6943, 6989 ff.; vgl. HUSI-STÄMPFLI, Rz. 13; HÜRLIMANN/ZECH, N 15; für eine Übersicht siehe z. B. VASELLA, *swissblawg*; Medienmitteilung BR vom 15.09.2017; für eine Übersicht der Auswirkungen der DSGVO auf die Schweiz siehe z. B. BERGAMELLI, *Jusletter* vom 30.04.2018.

<sup>1170</sup> Vorschläge z. B. von KILIAN, *Gegenleistung*, S. 199 f.; KILIAN, *CRi* 2012, S. 173; FEZER, *MMR* 2017, S. 3 ff.; FEZER, *Digitales Dateneigentum*, S. 108; FEZER, *ZD* 2017, S. 99 ff.; FEZER, *Repräsentatives Dateneigentum*, S. 45 ff.; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; SCHWARTMANN/HENTSCH, *PinG* 2016, S. 120 ff.; FLÜCK-IGER, *AJP* 2013, S. 837 ff.; LADEUR, *DuD* 2000, S. 18; BUCHNER, *DGRi* 2011, S. 53 ff.; dazu z. B. WEICHERT, *NJW* 2001, S. 1467; BUCHNER, *Informationelle Selbstbestimmung*, S. 203 ff.; ZECH, *Data as a tradeable commodity*, S. 66; ZECH, *CR* 2015, S. 137; SCHWEITZER/PEITZ, *Discussion Paper*, S. 51; vgl. auch die Ausführungen von THOUVENIN, *SJZ* 113/2017; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, *SZW* 2017, S. 29; vgl. DORNER, *CR* 2014, S. 619; zum Ausschliesslichkeitsrecht generell an (allen) Daten

### 1. Ausschliessliche Zuweisung der Handlungsbefugnisse

Die primäre Wirkung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten wäre die ausschliessliche Zuweisung der Handlungsbefugnisse an die von den Daten betroffene Person (a). Das übertragbare Ausschliesslichkeitsrecht könnte allerdings durch Schrankenregelungen begrenzt werden (b). Eine Herausforderung stellt hingegen die Abgrenzung von Personen- und Sachdaten dar (c).

#### a) Umfassende und ausschliessliche Zuweisung

Das geltende Datenschutzrecht weist den von Daten Betroffenen die Handlungsbefugnisse an Personendaten umfassend zu. Allerdings werden die Handlungsbefugnisse nicht unbedingt auch ausschliesslich zugewiesen: Ob eine Datenbearbeitung, d. h. ein Eingriff in den Schutzbereich, auch eine Verletzung ausschliesslich zugewiesener Befugnisse darstellt, muss erst durch eine Interessenabwägung bestimmt werden. Wenn die Interessen des Datenbearbeiters überwiegen, darf er die betreffende Befugnis ausüben, womit sie im konkreten Fall nicht ausschliesslich der betroffenen Person zusteht. Deshalb kann das geltende Datenschutzrecht als Rahmenrecht bzw. abwägungsoffenes Recht bezeichnet werden.<sup>1171</sup>

Mit der Gewährung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten, welches originär bei der von Daten betroffenen Person entsteht, würden die Handlungsbefugnisse den Betroffenen ausschliesslich zugewiesen.<sup>1172</sup> Von zentraler Bedeutung ist die sorgfältige Konstruktion eines solchen Ausschliesslichkeitsrechts als Rechtebündel, da die Definition von Informationen sehr viel weniger klar ist als die von körperlichen Objekten.<sup>1173</sup> Die erste Frage, welche sich bei der Ausgestaltung eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten stellt, ist, ob den Betroffenen zwangsläufig alle Handlungsbefugnisse zugewiesen werden müssen.<sup>1174</sup> Wesentlich ist jedenfalls die Zuweisung der Nutzungsbefugnis an den Personendaten, denn aus wirtschaftlicher Sicht ist diese Befugnis entscheidend.<sup>1175</sup> Wird die Nutzungsbefugnis ausschliesslich zugewiesen, kann der Inhaber des Rechts umgekehrt Dritten die Nutzung der betreffenden Personendaten verbieten.<sup>1176</sup>

---

z. B. RIEHM, S. 73 ff.; HORNUNG/HOFMANN, S. 316.

<sup>1171</sup> Zum Ganzen § 2 II.

<sup>1172</sup> Vgl. ZECH, CR 2015, S. 145; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass FEZER, ZD 2017, S. 99 ff.; DERS., MMR 2017, S. 3 ff.; DERS., Digitales Dateneigentum, S. 101 ff.; DERS., Repräsentatives Dateneigentum, S. 35 ff., ein eigentumsartiges Recht an «verhaltensgenerierten Daten» der Bürger fordert, wobei diese Daten von Personendaten zu unterscheiden sein und neben Personendaten auch anonymisierte Daten umfassen sollen. Wie dies in der Praxis umzusetzen sein soll, wird jedoch nicht erläutert. Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen, dass «verhaltensgenerierte Daten» Personendaten sind.

<sup>1173</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 59.

<sup>1174</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; Bericht AG Digitaler Neustart, S. 38 f.; SPECHT, DGRI 2017, N 2.

<sup>1175</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 124.

<sup>1176</sup> ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 318; vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28, nach welchem ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten die betroffenen Personen mindestens dazu befähigen sollte, Dritten die Nutzung der Personendaten zu verbieten. Es kommt aber nicht nur

Eine zweite Frage hinsichtlich der Ausgestaltung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten ist, auf welche Informationsebene sich das Recht beziehen soll. Personendaten, die im Sinne des Datenschutzgesetzes bearbeitet werden können, lassen sich als maschinenlesbar codierte Information definieren, welche einen semantischen Bezug zu mindestens einer bestimmten oder bestimmbarer Person aufweist. Personendaten an sich werden jedoch stets nur über die semantische Ebene, d. h. über ihre Bedeutung, definiert und abgegrenzt.<sup>1177</sup> Soll ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten sich nun auf die semantische Ebene, d. h. die Aussage bzw. die Bedeutung, oder auf die syntaktische Ebene, d. h. die «konkrete Festlegung»<sup>1178</sup>, beziehen?<sup>1179</sup>

THOUVENIN skizziert unter Hinweis auf den noch bestehenden Forschungsbedarf verschiedene Varianten der konkreten Ausgestaltung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten.<sup>1180</sup> Als erste Variante könnte den betroffenen Personen ein eigentumsartiges Recht an sie betreffenden Daten auf der semantischen Ebene eingeräumt werden, während die Unternehmen, welche diese Daten gesammelt und gespeichert haben, ihrerseits ein Recht an der Festlegung der Daten, d. h. an der konkreten syntaktischen Information, erhalten sollen.<sup>1181</sup> Die Unternehmen können die betreffenden Daten allerdings dennoch nur mit Einwilligung der Betroffenen nutzen, da das Recht der betroffenen Personen an der semantischen Ebene auch jede Festlegung auf der syntaktischen Ebene umfasst.<sup>1182</sup> Die Unternehmen könnten das eigentumsartige Recht der Betroffenen erwerben und anschliessend jedermann, also auch den Betroffenen, die Nutzung der Daten untersagen.<sup>1183</sup>

Bei der zweiten Variante schlägt THOUVENIN vor, sich bloss auf die konkrete syntaktische Ebene der Daten zu beziehen, an welcher sowohl die Unternehmen, die die Personendaten in der konkreten Form gespeichert haben, als auch die betroffenen Personen ein Recht erhalten sollen.<sup>1184</sup> Das eigentumsartige Recht an diesen Daten soll den von den Daten Betroffenen sowie den Unternehmen zugewiesen werden, welche die Daten sammeln und speichern.<sup>1185</sup> Da in diesem Fall Miteigentum an den Daten bestehen würde, müssten sich die Berechtigten über Fragen der Nutzung und Veräusserung einigen, was in der Praxis zu Schwierigkeiten führen kann.<sup>1186</sup> Die Nutzung der Daten durch Dritte wird nur beschränkt, wenn die Dritten genau diese

---

darauf an, Dritten die Nutzung verbieten zu können, sondern vor allem darauf, was der Rechteinhaber selbst mit dem Zugewiesenen tun kann, vgl. ZECH, AcP 2019, S. 506.

<sup>1177</sup> Z. B. ZECH, CR 2015, S. 141.

<sup>1178</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1179</sup> Vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; ZECH, GRUR 2015, S. 1153.

<sup>1180</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 27 ff.

<sup>1181</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1182</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; ähnlich FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 119, und SCHULZ, S. 297 f., welche die geltenden datenschutzrechtlichen Normen zusätzlich zu einem «Dateneigentum» anwenden wollen.

<sup>1183</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29, welcher diese Variante ablehnt, da «damit die Nutzung von Daten stark eingeschränkt werden und sich das Dateneigentum im Ergebnis zum Nachteil der betroffenen Personen auswirken könnte.»

<sup>1184</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29 f., welcher von der «Festlegung der Daten» spricht.

<sup>1185</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

<sup>1186</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

konkrete Festlegung der Daten nutzen. Die semantische Ebene der Personendaten wird dagegen nicht geschützt.<sup>1187</sup> Bezüglich der Nutzung dieser auf der syntaktischen Ebene definierten Personendaten werden wiederum drei verschiedene Möglichkeiten dargestellt, wobei die dritte Option klar favorisiert wird.<sup>1188</sup> Die Betroffenen sollen die sie betreffenden Daten in der konkreten syntaktischen Form frei nutzen können, während die Unternehmen die Einwilligung der Betroffenen einholen oder den ausstehenden Miteigentumsanteil an dieser Festlegung erwerben müssten.<sup>1189</sup>

Die positiven Konsequenzen des Schaffens eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten, welches sich auf die syntaktische Ebene bezieht, sollen gemäss THOUVENIN sein, dass (1) die Nutzung von Personendaten auf der semantischen Ebene nicht beschränkt würde, (2) durch die Konstruktion als Miteigentum sowohl Betroffene als auch Unternehmen Dritten die Nutzung der Daten untersagen könnten, wobei die Unternehmen ihrerseits die Daten nur mit der Einwilligung der Betroffenen nutzen könnten, und (3) dass die betroffenen Personen für die Übertragung ihrer Rechte ein Entgelt verlangen könnten.<sup>1190</sup>

Im Vergleich zum geltenden Recht dürften sich dabei allerdings kaum Vorteile ergeben. Die betroffenen Personen können einerseits bereits nach der geltenden Rechtslage für die Nutzung ihrer Daten eine Gegenleistung verlangen. Es ist jedoch umgekehrt eher unwahrscheinlich, dass Unternehmen in den Erwerb eines vollen Rechts an der konkreten Festlegung von Daten investieren würden, wenn die Betroffenen oder Dritte die gleichen Daten beliebig oft auf der syntaktischen Ebene speichern (und verkaufen) können. Da Personendaten auf der semantischen Ebene, d. h. auf der Bedeutungsebene, definiert werden, ist es ohne Weiteres möglich, sie auf der Zeichenebene in unzähligen Varianten abzubilden.<sup>1191</sup> Rein praktisch wird nach einer gewissen Zeit nicht mehr nachvollzogen werden können, welches Unternehmen die alleinigen eigentumsartigen Rechte an welchen Daten hat, und welches Unternehmen hinsichtlich welcher Daten auf die Einwilligung der betroffenen Person angewiesen ist – Daten werden schliesslich auch zwischen Unternehmen gehandelt und ausgetauscht. Ausserdem stünden Personendaten, welche aus der Analyse der auf der syntaktischen Ebene definierten und erworbenen Personendaten entstehen, erneut originär im Miteigentum des Unternehmens, welches die Analyse durchgeführt hat, und der von den (neuen) Daten betroffenen Person. Schlussendlich wären die Unternehmen also trotz allem stets auf die Einwilligung der betroffenen Personen verwiesen. Der Umstand, dass die betroffenen Personen die sie betreffenden Daten beliebig oft festlegen können, führt aus augenscheinlichen Gründen auch dazu, dass Unternehmen Dritte faktisch nicht von der Nutzung der Daten ausschliessen können – zwar dürfte die konkrete Zeichenabfolge nicht genutzt werden, das wirtschaftlich

---

<sup>1187</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1188</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29 f.

<sup>1189</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29 f.

<sup>1190</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 30. THOUVENIN hält ausserdem dieses Modell auch für Sachdaten passend, wobei hier die Unternehmen Alleineigentümer wären.

<sup>1191</sup> Vgl. ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202.

Interessante an Daten gilt jedoch stets ihrem Inhalt auf der semantischen Ebene und dieser wäre frei nutzbar.<sup>1192</sup>

Im Ergebnis kann dementsprechend ein eigentumsartiges Recht an Personendaten nur dann sinnvoll sein, wenn es sich auf die semantische Ebene, eben auf die Aussage über die betroffene Person, bezieht.<sup>1193</sup> Dabei sollte dieses Recht allein den von Daten Betroffenen zustehen, wenn sie in ihrer Verfügungsbefugnis nicht durch Miteigentümer eingeschränkt werden sollen. Ob und wie die Publizität eines solchen Rechts sichergestellt werden sollte, wäre eine weitere zu klärende Frage.<sup>1194</sup> Die Einführung eines Registers<sup>1195</sup> für Personendaten erscheint generell aufgrund der laufend an den unzähligen (internationalen) Orten neu entstehenden Datenmassen als eher schwer umsetzbar.

### b) Mögliche Begrenzungen durch Schrankenregelungen

Die Einführung eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten würde dazu führen, dass die Zuweisung an die betroffene Person nicht nur umfassend, sondern auch ausschliesslich ausgestaltet wäre. Damit würde jeder Eingriff in die Zuweisungssphäre eine Verletzung darstellen, womit auch Eingriffe erfasst wären, die nach heutigem Recht erlaubt wären, da sie keine Persönlichkeitsverletzung darstellen oder aufgrund eines überwiegenden Interesses an der Datenbearbeitung zulässig sind.

Deshalb könnte es sinnvoll sein, das Ausschliesslichkeitsrecht durch Schrankenregelungen zu begrenzen.<sup>1196</sup> Insbesondere könnte nur vor gewerblichen Nutzungen geschützt werden.<sup>1197</sup> Damit wäre beispielsweise die private Nutzung von Personendaten durch natürliche Personen erlaubt<sup>1198</sup> und auch die Nutzung zu Lehrzwecken zulässig. Zudem wäre eine zeitliche Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten nach Vorbild des Patent- oder Urheberrechts denkbar.<sup>1199</sup>

### c) Abgrenzungsschwierigkeiten

Bei der Einführung eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten ergeben sich Schwierigkeiten aufgrund der Abgrenzung von Personendaten zu anderen Daten. Ob

<sup>1192</sup> HOPPEN, CR 2015, S. 804; DUISBERG, S. 562 f.; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 343; zum Ganzen SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 636; vgl. HEYMANN, CR 2015, S. 810, welcher darauf hinweist, dass auch der «Schutz der Daten [auf der syntaktischen Ebene, Anm. der Verfasserin] nie Selbstzweck [ist]. Er dient immer dem Schutz der in ihnen verkörperten Information.»

<sup>1193</sup> Dazu kritisch z. B. HOEREN, MMR 2019, S. 7.

<sup>1194</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; vgl. SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 129; ähnlich HOEREN, MMR 2019, S. 7.

<sup>1195</sup> Siehe dazu CHROBAK, S. 268 f.; ZECH, CR 2015, S. 146; KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 989; vgl. BERGER, ZGE 2016, S. 184.

<sup>1196</sup> DIVSI, Daten als Handelsware, S. 74; vgl. SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016, S. 125; BUCHNER, DGRI 2011, S. 57; HOFMANN, GRUR 2018, S. 21, spricht (im Zusammenhang mit dem Urheberrecht) von Schrankenregelungen als «zentrales Instrument zur Fein-Formulierung eines ausgewogenen Schutzbereichs».

<sup>1197</sup> Vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1159, allerdings zum anders gelagerten Vorschlag zu einem Recht des Datenerzeugers.

<sup>1198</sup> Wie auch schon nach geltendem Recht, siehe Art. 1 Abs. 2 lit. a DSGVO.

<sup>1199</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28; vgl. SPECHT, DGRI 2017, N 2. Zum Erschöpfungsgrundsatz bei digitalen Gütern z.B. HAUCK/HOFMANN/ZECH, S. 142 ff.

einzelne Daten die Identifikation einer Person zulassen, kann nicht abschliessend beantwortet werden und ist kontextabhängig.<sup>1200</sup> Damit Dritte den Geltungsbereich eines Ausschliesslichkeitsrecht zu respektieren in der Lage sind, muss dieser definiert und erkannt werden können. So müssen sich Schutzbereich und Rechteinhaber bestimmen lassen.<sup>1201</sup> Dies erscheint hinsichtlich Personendaten jedoch kaum zuverlässig möglich. Zu denken ist dabei auch an die Mehrrelationalität von Personendaten. Folgerichtig hält THOUVENIN denn auch fest, ein eigentumsähnliches Recht an Daten dürfte «nicht auf Personen- oder Sachdaten beschränkt sein, sondern muss alle Arten von Daten erfassen – oder eben gar keine».<sup>1202</sup>

## 2. Beschränkung der Nutzung von semantischer Information

Eine der wichtigsten Auswirkungen eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten betrifft die Nutzung von semantischer Information. Bestehende Immaterialgüterrechte greifen jeweils erst auf der Ebene der Innovation ein und ordnen diese einer Person zu.<sup>1203</sup> Ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten würde bereits vorher eingreifen, nämlich auf der Stufe der Entstehung der jeweiligen Daten.<sup>1204</sup> Aus der ausschliesslichen Zuweisung der Handlungsbefugnisse hinsichtlich Personendaten folgt, dass die Nutzung von semantischer Information beschränkt wird: Ausser dem Rechteinhaber kann die Information von niemandem genutzt werden, es sei denn der Rechteinhaber oder eine gesetzliche Schrankenregelung erlauben dies. Informationen werden monopolisiert.

Damit würde der Gemeingebrauch von Informationen verhindert.<sup>1205</sup> Personenbezogene Daten sind zwar einerseits sehr eng mit der Persönlichkeit der betroffenen Person verbunden, andererseits stellen sie jedoch auch eine Grundlage der gesellschaftlichen Kommunikation dar.<sup>1206</sup> Der gesellschaftliche Austausch ist auf die Nutzung von Personendaten angewiesen.<sup>1207</sup> Jedes Individuum entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb einer offenen, sozialen Gemeinschaft.<sup>1208</sup> Ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten wäre zudem mit den Grundrechten auf Meinungs- und

<sup>1200</sup> Dazu § 2 I 2.

<sup>1201</sup> SPECHT, CR 2016, S. 290; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; vgl. SPECHT/ROHMER, PinG 2016, S. 129.

<sup>1202</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 22.

<sup>1203</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152.

<sup>1204</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1152; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 58.

<sup>1205</sup> SCHEUCH, S. 62; SCHNEIDER, S. 136; ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 201; vgl. DRUEY, S. 84 f.

<sup>1206</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; SATTLER, JZ 2017, S. 1037; HÄRTING, CR 10/2016, S. 647; DRUEY, S. 84 f., 101; vgl. DIVISI, Daten als Handelsware, S. 80; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 88.

<sup>1207</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 648; vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 269; HEYMANN, CR 2016, S. 650; DETERMANN, ZD 2018, S. 504 f.; DRUEY, S. 80, 84 f., 101.

<sup>1208</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154; vgl. dazu JENTZSCH, Dateneigentum, S. 5; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89 f.; DRUEY, S. 84 f.

Informationsfreiheit<sup>1209</sup> nicht zu vereinbaren.<sup>1210</sup> Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten läuft einer offenen Gesellschaft, in welcher Wissen und Informationen ausgetauscht werden, völlig zuwider.<sup>1211</sup> Gewisse Informationen müssen und sollen gemeinfrei bleiben,<sup>1212</sup> was einer Monopolisierung von semantischer Information entgegensteht.<sup>1213</sup>

Natürlich könnte diesen Argumenten entgegengehalten werden, mit Schrankenregelungen z. B. für private Nutzung, Nutzung für Lehrzwecke, Nutzung für Berichterstattung durch Medien<sup>1214</sup> usw. könnte dem Problem Abhilfe geschaffen und beispielsweise nur vor gewerblicher Nutzung geschützt werden. Allerdings bleibt zu bedenken, dass für jede Schranke neue Abgrenzungen und Definitionen notwendig werden und das Ausschliesslichkeitsrecht immer weiter aufgeweicht wird. Dies kann einerseits praktische Anwendungsprobleme schaffen. Zudem kann die Frage gestellt werden, welche die letztendliche Bedeutung des neu geschaffenen Ausschliesslichkeitsrechts ist, wenn viele und weitreichende Schrankenregelungen nötig werden. Wird allein die gewerbliche Nutzung von Personendaten zugewiesen, könnte letzten Endes die Innovationstätigkeit von Unternehmen, Autoren usw. beeinträchtigt werden. Dies erscheint nicht wünschenswert.

Die OECD sieht den freien Datenfluss sogar als ein Hauptziel und Rechte, die diesen Fluss hemmen, werden als Risiko gesehen.<sup>1215</sup> Gemäss der OECD-Studie sind Ausschliesslichkeitsrechte an Daten nicht die optimale Lösung.<sup>1216</sup> Gemäss der OECD muss zuerst empirisch festgestellt werden, ob die existierenden rechtlichen Rahmenbedingungen ausreichend sind.<sup>1217</sup> Allenfalls genügt es, einige Rechtsgebiete anzupassen, anstatt ein neues Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten zu schaffen.<sup>1218</sup>

---

<sup>1209</sup> Art. 13 Abs. 2, 16 BV; Art. 10 EMRK; dazu HUGENHOLTZ, S. 94 f.; vgl. BGE 138 II 346, 366, E. 10.6.1.

<sup>1210</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1154; HUGENHOLTZ, S. 84; ähnlich ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 201; HEYMANN, CR 2015, S. 809; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 890; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87.

<sup>1211</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 649; DORNER, CR 2014, S. 622, 626; ähnlich HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 269; HEYMANN, CR 2016, S. 650; dazu auch PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 60 ff.; vgl. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89 ff.; a. A. SCHULZ, S. 298.

<sup>1212</sup> Vgl. ZECH, GRUR 2015, S. 1151, 1160, zum Recht des Datenerzeugers; ähnlich DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; kritisch zur Monopolisierung von semantischer Information auch KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 997; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 814. Zu den Funktionen der Gemeinfreiheit PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 51 ff.

<sup>1213</sup> Vgl. RICHTER/HILTY, S. 245; BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 166 f.; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 814; HEYMANN, CR 2015, S. 809.

<sup>1214</sup> Vgl. HUGENHOLTZ, S. 95; mit Hinweis auf die gesellschaftliche und demokratische Funktion von Daten HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 269.

<sup>1215</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; OECD 2015, S. 35, 195 ff.

<sup>1216</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; OECD 2015, S. 35.

<sup>1217</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78.

<sup>1218</sup> Vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78.

### 3. Übertragbarkeit der Zuweisung

Ein eigentumsartiges Recht an Personendaten würde diese nicht nur ausschliesslich zuweisen. Das Ausschliesslichkeitsrecht und damit die Zuweisung wäre zudem transitiv und konstitutiv übertragbar.<sup>1219</sup> Die bisherige Rechtslage mit der fehlenden Möglichkeit, Daten rechtlich zu übertragen, wurde von Stimmen der Lehre als fragwürdig kritisiert.<sup>1220</sup> Mit Schaffen eines eigentumsartigen Rechts könnten Personendaten veräussert und erworben werden.

Dritte, die von den betroffenen Personen das Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten erwerben, stünde die ausschliessliche Nutzung zu. Damit könnten sie auch den von den Daten Betroffenen die Nutzung verbieten.<sup>1221</sup> Natürlich könnte ein gesetzliches Nutzungsrecht der Betroffenen weiter vorgesehen werden. Allerdings wären in diesem Fall die Betroffenen nach einer rechtlichen Übertragung dennoch nicht mehr in der Position, sich gegen unliebsame Datenbearbeitungen wehren oder die Nutzung der Daten bestimmen zu können. Somit könnte sich das gut gemeinte Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten schnell gegen die Betroffenen wenden.<sup>1222</sup>

### 4. Personendaten als Haftungssubstrat

Eine weitere Wirkung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten ist die durch die rechtliche Übertragbarkeit neu eröffnete Möglichkeit, Personendaten als Haftungssubstrat heranzuziehen. Eigentumsartige Rechte können dem Rechteinhaber nämlich auch gegen dessen Willen entzogen werden.<sup>1223</sup> Zunächst ist die Errichtung von Pfandrechten möglich. Gemäss Art. 899 Abs. 1 ZGB können Forderungen und andere Rechte verpfändet werden, wenn sie übertragbar sind. Unter den Begriff der anderen Rechte werden auch Immaterialgüterrechte subsumiert;<sup>1224</sup> ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten würde ebenfalls darunter fallen.<sup>1225</sup> Im Gegensatz dazu sind Persönlichkeitsrechte nicht verpfändbar, da sie nicht rechtlich übertragen werden können.<sup>1226</sup> Ausserdem würde ein eigentumsartiges Recht an Daten der

---

<sup>1219</sup> Dazu § 1 II; vgl. auch SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, N 249; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28.

<sup>1220</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 26.

<sup>1221</sup> THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28 f.; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11; DETERMANN, ZD 2018, S. 507; gemäss SATTLER, Personality, S. 42, werden Personendaten durch Einführung eines Ausschliesslichkeitsrechts an ihnen von den Datensubjekten emanzipiert.

<sup>1222</sup> Vgl. LANGHANKE, S. 159.

<sup>1223</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69.

<sup>1224</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 949, mit dem Hinweis, dass die Möglichkeit, Pfandrechte an Immaterialgüterrechten einzuräumen, in Art. 19 MSchG, Art. 30 lit. a MSchV, Art. 16 Abs. 1 DesG sowie Art. 25 Abs. 3 lit. e DesV ausdrücklich bestätigt wird. Dies gilt auch für die übrigen Immaterialgüterrechte, obwohl eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt.

<sup>1225</sup> Vgl. FAUST, S. 96.

<sup>1226</sup> MARBACH/DUCREY/WILD, N 950.

Zwangsvollstreckung sowie der Verwertung im Rahmen des Privatkonkurses unterliegen.<sup>1227</sup> So könnten Personendaten beispielsweise zur Tilgung von Geldforderungen zwangsverwertet werden.<sup>1228</sup>

### 5. Lizenzierung weiterhin möglich

Schliesslich ist es wichtig zu beachten, dass bloss, weil die rechtliche Übertragbarkeit durch ein eigentumsartiges Recht an Personendaten möglich wäre, von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht werden würde. Die Einwilligung in die Nutzung der Personendaten als schuldrechtliche Erlaubnis – ohne rechtliche Übertragung von Daten – wäre weiterhin möglich. Wie in § 3 II. gezeigt, reicht die faktische Übertragbarkeit zur blossen Nutzung der Personendaten völlig aus. Auf diese Weise könnten die von den Daten Betroffenen die Nutzung der Daten noch weitgehend kontrollieren und würden sich dieses Rechts nicht entäussern. Faktisch entspräche dieses Modell dem in § 9 vorgestellten Vorschlag der unwiderruflichen Einwilligung, d. h. es könnten bindende Verträge über die Nutzung von Personendaten abgeschlossen werden.

Würde in der Praxis mehrheitlich von diesem Modell Gebrauch gemacht, stellt sich die Frage, welchen Vorteil ein übertragbares Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten mit sich bringt. Das Argument, dass die rechtliche Übertragbarkeit von Personendaten notwendig und durch ein eigentumsartiges Recht endlich möglich ist, könnte jedenfalls ins Leere laufen.

### 6. Zwischenergebnis

Ein eigentumsartiges Recht an Daten würde die Handlungsbefugnisse an Personendaten umfassend und ausschliesslich den von den Daten Betroffenen zuweisen. Da der Inhalt bzw. die Bedeutung der Personendaten das wirtschaftlich Interessante und ein Schutz der syntaktischen Ebene wenig sinnvoll ist, muss sich das Ausschliesslichkeitsrecht auf die semantische Ebene beziehen. Natürlich besteht die Möglichkeit, nicht alle Handlungsbefugnisse daran zuzuweisen. Die wichtigste Befugnis stellt die Nutzungsbefugnis dar, welche aber auf jeden Fall zuzuweisen ist. Durch Schrankenregelungen könnten Grenzen gezogen und bestimmte Nutzungen durch Dritte erlaubt werden. Schwierigkeiten können sich dennoch insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung von Sachdaten und aufgrund der Mehrrelationalität von Personendaten ergeben.

Die ausschliessliche Zuweisung (mindestens) der Nutzungsbefugnis hinsichtlich Personendaten führt zur Monopolisierung semantischer Information, welche bis anhin in unserer sozialen und offenen Gesellschaft weitgehend genutzt werden konnte. Dies ist kaum zu rechtfertigen, insbesondere angesichts von Grundrechten wie der Meinungs- und der Informationsfreiheit.

Die Ausgestaltung eines Rechts an Personendaten als eigentumsartiges Recht begründet auch die Möglichkeit zur rechtlichen Übertragung. Somit könnten sich Indi-

<sup>1227</sup> FAUST, S. 96; RIEHM, S. 91; vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, N 952; ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69.

<sup>1228</sup> FAUST, S. 96.

viduen sie betreffender Daten entäussern. Der Erwerber könnte sie damit grundsätzlich von der Nutzung der Daten ausschliessen. Können die Rechte an Personendaten rechtlich übertragen werden, können Personendaten als Haftungssubstrat fungieren. Das Errichten von Pfandrechten und die Verwertung im Zuge der Zwangsvollstreckung entgegen dem Willen der von den Daten betroffenen Person wäre möglich.

Um sich der sie selbst betreffenden Daten nicht zu entäussern und die Kontrolle weitgehend zu behalten, könnten die Betroffenen sich dazu entscheiden, die Nutzung der Personendaten auf dem Wege des Schuldrechts zu erlauben, anstatt ihre Rechte zu übertragen. Damit würde die Möglichkeit der faktischen Übertragung gewählt, welche bereits *de lege lata* zur Verfügung steht. Immerhin wäre die schuldrechtliche Verpflichtung bindend, wie in § 9 dargestellt. Eine hauptsächliche Wahl dieses Modells würde den praktischen Nutzen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten infrage stellen.

### III. Prüfung des Lösungsvorschlags

Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts für Personendaten ist nur dann sinnvoll, wenn damit auch auf die Interessen beim Datenhandel eingegangen wird. Deshalb wird im Folgenden geprüft, wie sich die Umsetzung des Vorschlags auf die einzelnen Interessen auswirken würde.

#### 1. Schutz der Persönlichkeit

Zunächst ist die Frage zu beantworten, wie sich das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten auf den Persönlichkeitsschutz auswirken würde. Die Befürworter eines solchen Rechts bringen vor, dadurch würde den von Daten Betroffenen wieder die Kontrolle über «ihre» Daten zurückgegeben.<sup>1229</sup> Gerade angesichts der wirtschaftlichen Vorteile, welche die datenbearbeitenden Unternehmen durch die Personendaten generieren, sollten die Individuen das Recht haben, über sie betreffende Daten zu bestimmen, und dies unabhängig von Verträgen, welche von einem Machtgefälle zugunsten der Unternehmen geprägt sind.<sup>1230</sup> So gut gemeint diese Anliegen sind, stellt sich dennoch die Frage, ob ein eigentumsartiges Recht an Personendaten tatsächlich das zielführende Mittel ist.

Natürlich würde mit Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten jeder Eingriff in den Schutzbereich eine Verletzung, womit dem Rechteinhaber Rechtsdurchsetzungsrechte zur Verfügung stehen würden. Hervorzuheben ist, dass insbesondere für einen bereicherungsrechtlichen Schutz das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nicht notwendig ist, denn bereits nach der geltenden Rechtslage kann das durch unbefugte Nutzung von Personendaten Erlangte bereits über die Eingriffskondition herausverlangt werden.<sup>1231</sup> Wie gross der Vorteil

<sup>1229</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 116 f.; vgl. SCHULZ, S. 300; FEZER, MMR 2017, S. 4 f.; FEZER, ZD 2017, S. 104; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 37, 45; dazu kritisch RICHTER/HILTY, S. 243, 249.

<sup>1230</sup> Vgl. FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 127; FEZER, ZD 2017, S. 104 f. FEZER, MMR 2017, S. 4; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24; SCHULZ, S. 300.

<sup>1231</sup> Dazu § 3 III; im Gegensatz zum deutschen Recht, dazu FAUST, S. 95.

für die Betroffenen durch die ausschliessliche Zuweisung der sie betreffenden Daten ist, hängt entscheidend von den Schrankenregelungen ab.

Die Befürworter scheinen dagegen allerdings zu übersehen, dass sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten durch seine rechtliche Übertragbarkeit gerade gegen die Betroffenen auswirken würde: Nach Erwerb des Rechts könnten Unternehmen den Betroffenen die eigene Nutzung der jeweiligen Personendaten untersagen.<sup>1232</sup> Selbst wenn ein gesetzliches Recht der Betroffenen bestehen würde, sie selbst betreffende Daten weiter zu nutzen, hätten sie sich der Möglichkeit, über die Nutzung der Daten zu bestimmen, endgültig entäussert. Durch die Möglichkeit, Personendaten auch gegen den Willen der betroffenen Personen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder im Rahmen des Konkurses zu verwerten,<sup>1233</sup> könnten die Betroffenen ausserdem die Kontrolle über die Daten sogar dann verlieren, wenn sie sich dazu entschieden haben, das ihnen daran zustehende Recht nicht zu veräussern.<sup>1234</sup>

Durch die Befürworter eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten wird zudem vorgebracht, das derzeit bestehende Ungleichgewicht bei der Vertragsgestaltung zu Ungunsten der betroffenen Personen könnte durch solch ein Recht ausgeglichen werden.<sup>1235</sup> Eine genaue Erklärung, wie solch ein Recht bestehende Informationsdefizite sowie das Unvermögen der Betroffenen, den Gegenwart sie betreffende Daten zuverlässig abzuschätzen, ausgleichen soll, bleiben sie jedoch schuldig.<sup>1236</sup>

Angesichts dessen ist vor allem die Bezeichnung eines eigentumsartigen Rechts als «Bürgerrecht»<sup>1237</sup> hochproblematisch. Die erwünschte Wirkung, nämlich dass die betroffenen Personen stets die Kontrolle über die Nutzung von Personendaten innehaben, wäre durch ein eigentumsartiges Recht an den Daten in den aufgezeigten Fällen gerade nicht mehr gewährleistet.<sup>1238</sup> Durch den als Persönlichkeitsrecht ausgestalteten Schutz von Personendaten durch das geltende Datenschutzrecht kann dieses Ziel zumindest eher verwirklicht werden, auch wenn dabei wie aufgezeigt eigene Herausforderungen und Grenzen bestehen. Diese Schutzfunktion wird dem Daten-

---

<sup>1232</sup> Zum Ganzen: THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 28 f.; auch THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11.

<sup>1233</sup> ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; dazu § 11 II. 4.

<sup>1234</sup> Kritisch dazu ZECH, GRUR 2015, S. 1155; ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 69; vgl. DIVSI, Daten als Handelsware, S. 73.

<sup>1235</sup> FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 116 ff.; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 21 f.; vgl. FEZER, MMR 2017, S. 4; FEZER, ZD 2017, S. 104 f.; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 46; dazu kritisch RICHTER/HILTY, S. 249.

<sup>1236</sup> Vgl. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015, S. 270 f., welche festhalten, angesichts des Ungleichgewichts bzw. des Machtgefälles «spielt es keine Rolle mehr, ob man die Beziehungen des Einzelnen zu seinen Daten eher *persönlichkeitsrechtlich* oder eher *eigentumsrechtlich* konstruiert – weder die eine noch die andere Perspektive führen zu einem angemessenen Schutz»; vgl. JENTZSCH, Dateneigentum, S. 16: «Dateneigentum stärkt nicht automatisch die Souveränität des Dateneigentümers.»

<sup>1237</sup> FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 109, 149; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 24; ebenso BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 23.

<sup>1238</sup> Dazu RICHTER/HILTY, S. 255; vgl. THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11.

schutzrecht unter Vernachlässigung der vielfältigen Schutznormen immer wieder abgesprochen.<sup>1239</sup> Im Ergebnis würde sich durch Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten der Persönlichkeitsschutz im Vergleich zur aktuellen Situation massiv verschlechtern. Überdies ist nicht gesichert, dass die Betroffenen ihre Rechte an den sie betreffenden Daten am Ende auch genügend durchsetzen könnten.<sup>1240</sup>

Zweifelhaft ist überdies, ob das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Daten verfassungsrechtlich zulässig wäre. Könnten die Betroffenen von der Nutzung sie selbst betreffender Daten ausgeschlossen werden, würde dies gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht sowie die Menschenwürdegarantie verstossen.<sup>1241</sup>

## 2. Beteiligung am Wert der Daten

Weiter ist zu untersuchen, ob ein eigentumsartiges Recht an Personendaten dem Interesse, am Wert der Daten beteiligt zu werden, nachkommen würde. Von Befürwortern eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten wird argumentiert, die Betroffenen müssten die Möglichkeit haben, sie betreffende Daten kommerziell zu verwerten.<sup>1242</sup> Ein eigentumsartiges Recht an Daten würde eine «Teilhabe der Datensubjekte an der durch ihre Daten ermöglichten Wertschöpfung mit sich bringen»<sup>1243</sup>. Somit würde die Funktion des Datenschutzes vom reinen Persönlichkeitsschutz zu einer Beteiligung am wirtschaftlichen Wert von Personendaten ausgedehnt.<sup>1244</sup>

In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass bereits nach dem geltenden Recht eine Gegenleistung für die Erlaubnis, Personendaten zu nutzen, verlangt werden kann. Eine kommerzielle Verwertung von Personendaten ist deshalb schon heute möglich. Sicherlich würde allerdings das Einräumen eines (verbindlichen, weil nicht frei widerrufbaren) Nutzungsrechts oder die Übertragung aller Handlungsbefugnisse an den betreffenden Personendaten dazu führen, dass ein vergleichsweise höherer Preis erzielt werden könnte.<sup>1245</sup> Wenn allerdings eine Teilhabe am durch die Analyse der Personendaten generierten Gewinn erzielt werden soll, ist das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts allein nicht das geeignete Mittel. Schliesslich erhielte die betroffene Person nur einmalig den Kaufpreis, dessen angemessene Höhe sie kaum abschätzen können wird. Für die Höhe des Preises wird zudem auch die Menge der auf den Märkten angebotenen Personendaten ausschlaggebend sein. Aus diesen Gründen wäre denkbar, dass die Betroffenen keine massgeblich wertvollere Gegenleistung für

<sup>1239</sup> ESKEN, S. 76.

<sup>1240</sup> So ist gemäss WEBER, Herausforderungen, S. 17, die Anerkennung eines eigentumsartigen Rechts nur sinnvoll, wenn es auch tatsächlich durchsetzbar ist.

<sup>1241</sup> Für das deutsche Recht SPECHT, JZ 2017, S. 765; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 73; SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung, S. 78 ff.

<sup>1242</sup> ESKEN, S. 77.

<sup>1243</sup> BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; ebenso FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 117; FEZER, MMR 2017, S. 5; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 48.

<sup>1244</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 66; BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203 ff.; KILIAN, FAZ; vgl. VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes, S. 50 ff.

<sup>1245</sup> Gemäss SCHÄFER/OTT, S. 71, ist «der Marktwert einer Ressource [...] umso höher, je exklusiver die mit ihr verbundenen Handlungsrechte [...] sind.»

ihre Personendaten erhalten würden als bisher. In Fällen der rechtlichen Übertragung ihrer Rechte an den Personendaten könnte die Gegenleistung in der Summe wohl sogar geringer ausfallen: Während die Betroffenen nach geltendem Recht einer unbegrenzten Anzahl an Dritten die Nutzung von Personendaten erlauben können, können sie ein eigentumsartiges Recht an diesen Daten nur ein Mal übertragen oder nur ein einziges ausschliessliches Nutzungsrecht an ihnen einräumen.

Um eine reale Beteiligung am durch die Analyse der Personendaten generierten Gewinn zu erreichen, müsste also ein Anspruch auf Vergütung, beispielsweise nach Vorbild des Urheberrechts, und entsprechende Verwertungsgesellschaften geschaffen werden. Dass dies sinnvoll wohl nur über eine nach einer noch zu bestimmenden Quote umzuverteilende Abgabe auf bestimmte Geschäftsmodelle umgesetzt werden könnte, wurde bereits aufgezeigt.<sup>1246</sup> Die für die Umsetzung dieses Ansatzes notwendigen Massnahmen knüpfen jedoch nicht am Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten an und erfordern weitere, insbesondere ökonomische Forschung.

FEZER schlägt vor, das eigentumsartige Recht an Personendaten durch einen Datentreuhänder ausüben zu lassen, eine «Datenagentur als Repräsentativorgan»<sup>1247</sup> aller Bürger.<sup>1248</sup> Diese Agentur soll dabei die «Geschäftsmodelle und Geschäftsbereiche der Unternehmen der kommerziellen Produktion, Sammlung, Verbindung, Bearbeitung, Vernetzung, Verwertung und Vermarktung von verhaltensgenerierten Daten der Bürger»<sup>1249</sup> regeln und anstatt der betroffenen Personen den Verhandlungspartner für die Unternehmen darstellen.<sup>1250</sup>

ESKEN hält bezüglich dieses Vorschlags kritisch und zutreffend fest:

«Die Idee der Gestaltung datenbasierter Technologien zum Wohle und unter Beteiligung der Menschen ist durchaus positiv zu bewerten, auch wenn das Konzept eine Definition des Gemeinwohls schuldig bleibt und auch nicht erklärt, wie die Repräsentation gesellschaftlicher Interessen gewährleistet werden soll. Auch die Trennung einer solchen repräsentativen Datenagentur von den übrigen Organen des Staates bleibt unerwähnt. Ohne diese Klärung ist die Ähnlichkeit mit dem Modell der chinesischen Digitalisierung frappierend, das an die steuerungsoptimistischen – gescheiterten – Ideen der 80er-Jahre bzw. eine hoch regulative Planwirtschaft anschliesst und zudem alle literarischen Phantasien einer staatlichen Überwachungsmaschinerie zu übertreffen droht.»<sup>1251</sup>

Nicht zuletzt ist die Frage, ob ein eigentumsartiges Recht an Personendaten eingeführt werden sollte, auch eine gesellschaftliche: Sollten Individuen mit dem Verkauf sie betreffender Daten tatsächlich Geld verdienen können, bestünde die Gefahr, dass sich manche Personen in bestimmten Situationen dazu gezwungen sehen könnten, sie betreffende Daten zu verwerfen – wobei der Erlös mit steigender Sensibilität der Personendaten zunehmen würde. Dazu kommt, dass Personendaten auch auf dem

<sup>1246</sup> Dazu § 6 IV. 2.

<sup>1247</sup> FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 23; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 154.

<sup>1248</sup> Vgl. auch FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, MMR 2017, S. 5; ebenso BUCHNER, DGRI 2011, S. 60.

<sup>1249</sup> FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, S. 77; FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 155.

<sup>1250</sup> FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 155; FEZER, ZD 2017, S. 103; FEZER, MMR 2017, S. 5. Ein ähnlicher Vorschlag auch bei LADEUR, Fragmentierte Ordnung, S. 111 f., in Richtung einer «Daten-GEMA»; dazu ausführlich RIESENHUBER, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 8 ff.; dazu auch BUCHNER, DGRI 2011, S. 60.

<sup>1251</sup> ESKEN, S. 81.

Wege der Zwangsvollstreckung und im Fall des Privatkonkurses gegen den Willen der Betroffenen verwertet werden könnten.

Bei aller Befürwortung der Idee, dass die betroffenen Personen am Wert sie betreffender Daten partizipieren sollten, ist aus den dargelegten Gründen nicht zu vergessen, dass sich eine echte Verfügungsbefugnis sowohl im positiven als auch im negativen Sinne auswirken würde. Dies könnte schlimmstenfalls zu einer Zwei-Klassen-Gesellschaft führen, in der Privatheit bzw. Datenschutz vor allem finanziell besser Gestellten zur Verfügung stünde.<sup>1252</sup> Solch eine Entwicklung ist abzulehnen.

### 3. Entwicklung der Datenmärkte

Schliesslich ist zu prüfen, wie sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten auf die Entwicklung der Datenmärkte auswirken würde. Personendaten werden bereits faktisch gehandelt,<sup>1253</sup> der tatsächliche Handel mit Gütern kann allerdings auf Bedürfnisse nach neuen Ausschliesslichkeitsrechten hinweisen.<sup>1254</sup> Schuldrechtlichen Rechtsgeschäften kommt dabei bloss eine Behelfsfunktion zu.<sup>1255</sup> Die Schlüsselfrage ist, ob Personendaten ohne Bestehen von Ausschliesslichkeitsrechten ausreichend gehandelt werden können oder nicht.<sup>1256</sup>

Um Verträge über Personendaten abschliessen zu können, ist es nicht relevant, ob Ausschliesslichkeitsrechte an ihnen bestehen.<sup>1257</sup> Schuldverträge, die Personendaten zum Gegenstand haben, sind aufgrund der Vertragsfreiheit möglich.<sup>1258</sup> Für die faktische Übertragung von Personendaten ist das Anerkennen eines eigentumsartigen Rechts an ihnen nicht notwendig.<sup>1259</sup> Zudem kann durch Vertragsketten, mit z. B. gleichlautenden Nutzungsbefugnissen und Weitergabeverboten für alle Vertragspartner, bei Bestehen faktischer Exklusivität eine Situation hergestellt werden, die der Zuweisung durch Ausschliesslichkeitsrechte zumindest nahe kommt.<sup>1260</sup> Dabei bleibt allerdings stets eine gewisse Unsicherheit, denn faktische Exklusivität (Geheimhaltung) ist schwer zu handeln.<sup>1261</sup> Die Schwäche dieses Modells liegt jedoch in der Relativität von Schuldverhältnissen, denn durch Verträge kann keine Wirkung *erga omnes* erzeugt werden.<sup>1262</sup> Zudem können durch Verstärkung vorhandener Fehlentwicklungen (Marktversagen) auch gesamtwirtschaftlich nicht erwünschte Ergebnisse hervorgerufen werden.<sup>1263</sup> Durch das Schaffen eines *erga omnes* wirkenden

<sup>1252</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 648: «Zwei-Klassen-Datengesellschaft».

<sup>1253</sup> Dazu eingehend § 3 und § 4.

<sup>1254</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 90.

<sup>1255</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 90.

<sup>1256</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78.

<sup>1257</sup> FAUST, S. 94; HEUN/ASSION, CR 2015, S. 814.

<sup>1258</sup> FAUST, S. 94.

<sup>1259</sup> FAUST, S. 95; dazu ausführlich § 3.

<sup>1260</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; SPECHT, CR 2016, S. 290; vgl. ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 317; HUGENHOLTZ, S. 97.

<sup>1261</sup> ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 60.

<sup>1262</sup> SPECHT, CR 2016, S. 290; ZECH, CR 2015, S. 140; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 69 f.

<sup>1263</sup> ZECH, CR 2015, S. 140; ähnlich SPECHT, CR 2016, S. 289; BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 21 f.

Ausschliesslichkeitsrechts, welches den Nutzen von Personendaten originär der betroffenen Person zuordnet, gäbe es einen klaren Ausgangspunkt für den Rechtsverkehr mit Personendaten.<sup>1264</sup> Durch die Verminderung von Rechtsunsicherheit könnten Transaktionskosten gesenkt werden.<sup>1265</sup>

Aktuell werden Personendaten vor allem auf den Primärmärkten, d. h. zwischen den betroffenen Personen und Unternehmen, gehandelt.<sup>1266</sup> Dort besteht keine unmittelbare Notwendigkeit, durch Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten in die Märkte einzugreifen. Auf Sekundärmärkten, d. h. auf der Ebene zwischen Unternehmen, ist der Handel mit Personendaten dagegen aufgrund der datenschutzrechtlichen Grenzen nur eingeschränkt möglich. Durch die Einschränkungen der Sekundärmärkte kann das Innovationspotenzial von Personendaten nicht voll ausgeschöpft werden. Dies ist aber nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen, sondern stellt eine politische Entscheidung des Gesetzgebers dar, welche auch anders ausfallen könnte.<sup>1267</sup> Ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten könnte den Handel auf den Sekundärmärkten fördern, denn durch die Möglichkeit des Erwerbs des eigentumsartigen Rechts an den Daten hätten Unternehmen die uneingeschränkte Befugnis, über die Nutzung der erworbenen Daten zu bestimmen und sie auch weiterzuveräußern. Ein eigentumsartiges Recht an Personendaten könnte somit Rechtssicherheit und -klarheit hinsichtlich der Zuordnung der Daten schaffen, sowie Transaktionen vereinfachen.<sup>1268</sup> Das Recht, die Daten zu nutzen, würde von demjenigen erworben, der aus ihnen den grössten Nutzen ziehen kann und deshalb den höchsten Preis bezahlt. So könnten Personendaten besser alloziert werden.<sup>1269</sup> Die Rechteinhaber wären auch umfassend geschützt, z. B. gegen die unbefugte Weitergabe und Nutzung der Personendaten.<sup>1270</sup>

Es darf allerdings nicht vergessen werden, dass Personendaten selbst keine Innovation beinhalten, sondern lediglich das «Material» darstellen, welches durch innovative Technologien und Geschäftsideen verarbeitet wird.<sup>1271</sup> Durch die rechtliche Monopolisierung könnten andere Unternehmen als dasjenige, welches das Ausschliesslichkeitsrecht von den betroffenen Personen erworben hat, die Personendaten nicht mehr nutzen.<sup>1272</sup> Da auf diese Weise Konkurrenz verhindert werden könnte, besteht die Gefahr, dass ein eigentumsartiges Recht an Personendaten den Handel auf den Sekundärmärkten folglich sogar noch beeinträchtigen würde. Heute können sich Unternehmen – und damit auch Konkurrenten eines Unternehmens, welches über

<sup>1264</sup> Vgl. ZECH, CR 2015, S. 139 f., 145; SPECHT, Diktat der Technik, S. 73; RICHTER/HILTY, S. 248; SCHULZ, S. 287, 99; SATTLER, Personenbezug, S. 54; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 3.

<sup>1265</sup> RICHTER/HILTY, S. 248; vgl. SATTLER, Personenbezug, S. 54; kritisch allerdings THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 11.

<sup>1266</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 7, 22, 35; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 275; ähnlich SCHNEIDER, S. 117; vgl. SCHWEITZER, S. 304; dazu eingehend § 7.

<sup>1267</sup> Dazu oben § 7.

<sup>1268</sup> BAUER/FUHR/HEYNIKE/SCHÖNHAGEN, S. 22; vgl. ZIMMER, Property Rights, S. 107.

<sup>1269</sup> ZECH, CR 2015, S. 145.

<sup>1270</sup> Vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 69.

<sup>1271</sup> Dazu § 6.

<sup>1272</sup> ZECH, Information als Schutzgegenstand, S. 202; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 319; ZIMMER, Property Rights, S. 104, 106; vgl. DUISBERG, S. 54, 70; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 15.

sehr grosse Datensammlungen verfügt – Personendaten entweder über den Primärmarkt direkt bei den Betroffenen beschaffen. Alternativ besteht die Möglichkeit, Datensammlungen von Datenhändlern zu beziehen. Diese Möglichkeiten würden durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten verboten. Ohne das nötige «Material» würden deshalb viele neue Technologien und Geschäftsideen ausgebremst, wenn nicht sogar ganz verunmöglicht. Ein eigentumsartiges Recht an Personendaten könnte deshalb innovations- und wettbewerbshemmend wirken.<sup>1273</sup> Dies wird ökonomisch jedoch gerade nicht angestrebt. Ein freier Datenfluss wird stattdessen als innovations- und wettbewerbsfördernd angesehen.<sup>1274</sup> Abhilfe könnten hier zumindest in einigen Fällen wettbewerbsrechtliche Regelungen sowie allfällige Zugangsrechte zu Personendaten schaffen.<sup>1275</sup>

Da Ausschliesslichkeitsrechte die Handlungsfreiheit Dritter einschränken, bedürfen sie jedoch stets der Rechtfertigung.<sup>1276</sup> Dies gilt auch für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten. Gerade das Anreizproblem, welches typischerweise durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts behoben werden soll, stellt sich bei Personendaten allerdings nicht: Sie werden ohnehin in enormen Mengen erzeugt sowie automatisiert erhoben und ihre Gewinnung wird durch den technischen Fortschritt zunehmend günstiger.<sup>1277</sup> Wirtschaftswissenschaftler konnten bisher kein Anreizdefizit feststellen, welches durch ein eigentumsartiges Recht an Daten beseitigt werden könnte.<sup>1278</sup> Personendaten werden von den Betroffenen in genügender Menge generiert und offenbart und es haben sich Märkte für diese Daten gebildet.<sup>1279</sup> Dass kein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten besteht, beeinträchtigt die wirtschaftlichen Anreize der Unternehmen, Personendaten zu sammeln und zu speichern, nicht.<sup>1280</sup> Ein rechtlicher Schutz vor Trittbrettfahrerverhalten («free riding») ist auch deshalb entbehrlich, da durch den Einsatz technischer Schutzmassnahmen das Teilen bzw. Handeln von auf einem Server befindlichen Daten mit Einräumen begrenzter Zugriffsrechte möglich ist.<sup>1281</sup> Obwohl Markttransaktionen klassischerweise auf dem Austausch von eigentumsartigen Rechten an verkehrsfähigen Gütern basieren,<sup>1282</sup>

<sup>1273</sup> Vgl. DUISBERG, S. 70; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 72; ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum, S. 320; HUGENHOLTZ, S. 96; PEARCE, EDPL 2018, S. 199.

<sup>1274</sup> Vgl. ZECH, Data as a tradeable commodity, S. 78; HUGENHOLTZ, S. 96; OECD 2015, S. 35, 195 ff.

<sup>1275</sup> Vgl. dazu NAUMER, S. 235; HUGENHOLTZ, S. 96; differenzierend SPECHT, Diktat der Technik, S. 70 ff.

<sup>1276</sup> ZECH, CR 2015, S. 144; DORNER, CR 2014, S. 625; vgl. SPECHT, Diktat der Technik, S. 73, 225; SPECHT, DGRI 2017, N 1.

<sup>1277</sup> ZECH, CR 2015, S. 144 f.; vgl. FAUST, S. 98 f.; dazu auch § 6.

<sup>1278</sup> ESKEN, S. 78 f.; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 278 f.; vgl. THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

<sup>1279</sup> Vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 992 ff.; vgl. ZECH, CR 2015, S. 145 zum Offenbarungsgedanken und zur Handelbarkeit; zu den Märkten für Personendaten siehe § 7.

<sup>1280</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 69, 72; vgl. KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994; THOUVENIN, SJZ 113/2017, S. 29.

<sup>1281</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 68; SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018, S. 278 f.; vgl. SPECHT, Diktat der Technik, S. 71 f., 183 ff.; zu den Basistechnologien S. 186 ff.

<sup>1282</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 171.

werden Personendaten bereits faktisch auch ohne Bestehen echter Ausschliesslichkeitsrechte an ihnen gehandelt.<sup>1283</sup> Die Datenwirtschaft funktioniert in dieser Hinsicht folglich bis dato auch ohne eigentumsartige Rechte an Personendaten.<sup>1284</sup> Ob die datenschutzrechtlichen Schranken auf den Sekundärmärkten abgebaut werden sollten, ist eine davon unabhängige Frage. Wichtig ist die Erkenntnis, dass das Nichterteilen eines eigentumsartigen Rechts ökonomisch genauso sinnvoll sein kann wie das Erteilen.<sup>1285</sup>

#### IV. Ergebnis

Weder das geltende Datenschutzrecht noch bestehende Ausschliesslichkeitsrechte wie das Sacheigentum oder das Immaterialgüterrecht bieten eine Grundlage für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten. Dafür wäre also das Schaffen eines eigenen Rechtsinstituts, eines Immaterialgüterrechts *sui generis*, notwendig.

Durch ein eigentumsartiges Recht an Personendaten würden die Handlungsbefugnisse an ihnen originär und ausschliesslich den betroffenen Personen zugewiesen. Während nicht unbedingt alle Handlungsbefugnisse zugewiesen werden müssen, ist jedoch die Zuweisung der Nutzungsbefugnis entscheidend. Ausserdem konnte gezeigt werden, dass ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten nur sinnvoll wäre, wenn sich die Zuweisung auf die semantische Ebene der Personendaten beziehen würde. Eine Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts wäre durch Schrankenregelungen möglich, so z. B. für den privaten Gebrauch von Personendaten. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Personen- und Sachdaten, die bereits nach geltendem Recht bestehen, werden durch die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nicht gelöst. Dasselbe gilt für die Mehrrelationalität von Personendaten.

Eine direkte Folge des Schaffens eines Ausschliesslichkeitsrechts an der semantischen Ebene der Personendaten wäre, dass die Nutzung semantischer Information beschränkt würde. Dies ist insbesondere problematisch, weil Personendaten eine Grundlage unserer gesellschaftlichen Kommunikation darstellen. Vor allem die Meinungsfreiheit könnte dadurch verletzt werden. Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten läuft einer offenen Gesellschaft, in welcher Wissen und Informationen ausgetauscht werden, völlig zuwider.<sup>1286</sup>

Durch die Möglichkeit, eigentumsartige Rechte an Personendaten rechtlich übertragen zu können, könnten sogar die von den Daten Betroffenen von der Nutzung ausgeschlossen werden. Bei gesetzlichem Einräumen eines einfachen Nutzungsrechts zugunsten der Betroffenen auch im Falle der rechtlichen Übertragung des Ausschliesslichkeitsrechts könnten die Betroffenen zwar sie betreffende Daten weiter selbst nutzen, jedenfalls aber nicht mehr über die weitere Nutzung dieser Daten be-

<sup>1283</sup> SATTLER, JZ 2017, S. 1037; DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, S. 3; METZGER, AcP 2016, S. 826; vgl. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 72; JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung, S. 178 ff.

<sup>1284</sup> ESKEN, S. 78 f.; dazu KERBER, GRUR Int. 2016-2, S. 994 f.; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 9, 72; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 342; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 16; vgl. jedoch die Kritik von KERBER, Rights on Data, S. 120 ff.

<sup>1285</sup> POSNER, S. 401.

<sup>1286</sup> HÄRTING, CR 10/2016, S. 649.

stimmen. Um dies zu verhindern, ist denkbar, dass von der Möglichkeit der rechtlichen Übertragung in der Praxis nur wenig Gebrauch gemacht werden würde. Stattdessen könnten Nutzungsrechte an Personendaten in Form von Lizenzen vergeben werden, was im Ergebnis etwa dem Vorschlag der unwiderruflichen Einwilligung, welcher in § 9 dargestellt wurde, entspräche. Damit wäre die Sinnhaftigkeit eines Ausschliesslichkeitsrechts allerdings infrage gestellt.

Als Folge der rechtlichen Übertragbarkeit würden Personendaten ausserdem als Haftungssubstrat fungieren. Sie könnten Gegenstand von Pfandrechten sein und sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung und im Falle des Privatkonkurses gegen den Willen der betroffenen Person verwertet werden.

Weiter wurde untersucht, wie sich das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten auf die Interessen beim Datenhandel auswirken würde. Zunächst würde vor allem aufgrund der Möglichkeit der rechtlichen Übertragung des Ausschliesslichkeitsrechts das Niveau des Persönlichkeitsschutzes im Vergleich zur bisherigen Regelung massiv sinken. Den Zielen, die von Daten Betroffenen besser zu schützen und ihnen eine bessere Kontrolle über sie betreffende Daten zu ermöglichen, wird der Vorschlag dementsprechend nicht gerecht.<sup>1287</sup>

Dem zweiten Interesse an einer Wertbeteiligung der betroffenen Personen an durch Personendaten generierten Gewinn wird der Vorschlag auch nur zum Teil gerecht. Natürlich könnten Personendaten durch Entäusserung der an ihnen bestehenden Ausschliesslichkeitsrechte effektiv verkauft werden. Es bestehen aber Zweifel daran, ob die dadurch erworbenen Gegenleistungen tatsächlich mehr Wert wären als die bisher im Gegenzug zur Einwilligungserteilung erhaltenen, zumal ein Ausschliesslichkeitsrecht nur ein Mal (vollständig) veräussert werden kann. Wichtig ist jedoch zu beachten, dass in dieser Hinsicht ein eigentumsartiges Recht nicht nur freiwillig zum Vorteil, sondern auch zum Nachteil bzw. gegen den Willen der Betroffenen veräussert werden kann, so beispielsweise auf dem Weg der Zwangsvollstreckung. Ob solch eine Entwicklung gesellschaftlich wünschenswert ist, sei dahingestellt, zumal sich daraus im Extremfall eine Zwei-Klassen-Gesellschaft mit Privatsphäre als Luxusgut entwickeln könnte.

Schliesslich kann festgehalten werden, dass ein eigentumsartiges Recht an Personendaten zur Entwicklung funktionierender Märkte nicht notwendig ist. Der Handel auf den Primärmärkten funktioniert auch ohne ein solches Recht gut. Der Handel auf den Sekundärmärkten könnte aufgrund des Schaffens von Rechtssicherheit und klaren, beständigen Zuweisungen einerseits zwar gefördert werden. Andererseits besteht auch ein grosses Missbrauchspotenzial der Monopolisierung eines für innovative Technologien und Geschäftsmodelle notwendigen «Materials». Im Gegensatz zur heutigen Regelung könnten Konkurrenten sich die notwendigen Personendaten nicht mehr aus anderen Quellen auf den Primär- oder Sekundärmärkten beschaffen, wenn ein Unternehmen den Zugriff auf seine Datensammlung verwehrt. Insofern könnte ein eigentumsartiges Recht den Handel auf den Sekundärmärkten sogar noch hemmen, was wohl nicht immer durch wettbewerbsrechtliche Regelungen oder allfällige Zugangsansprüche ausgeglichen werden kann. Es kann jedenfalls festgehalten

---

<sup>1287</sup> Ähnlich DIVSI, Daten als Handelsware, S. 70.

werden, dass aufgrund der Möglichkeit der faktischen Übertragung von Personendaten der Handel auf den Märkten bisher auch ohne Bestehen eigentumsartiger Rechte funktioniert. Ökonomen konnten keine Anreizprobleme ausmachen, welche durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts behoben werden könnten. Stattdessen besteht die Gefahr, dass sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten innovationshemmend auswirken könnte.<sup>1288</sup>

Bei genauerer Betrachtung der Interessenlage spricht kaum etwas für die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten.<sup>1289</sup> Selbst die Ziele, welche von Befürwortern eines solchen Rechts verfolgt werden, liessen sich damit nicht oder nur verbunden mit überwiegenden Nachteilen erreichen.

Das Schaffen eigentumsartiger Rechte an (Personen-)Daten wird in der Lehre auch überwiegend abgelehnt, meist mit Hinweis auf die erheblichen damit einhergehenden Gefahren.<sup>1290</sup> FAUST hält diesbezüglich treffend fest, es sei praktisch durchaus erheblich, ob ein Ausschliesslichkeitsrecht an Daten bestehe oder nicht.<sup>1291</sup> Das praktische Bedürfnis an der Einführung solch eines Rechts erscheine allerdings nur gering.<sup>1292</sup> ESKEN ist der Ansicht, es bedürfe neuer Ideen und Steuerungskonzepte, um die Datenwirtschaft zu stärken und gleichzeitig auf das Wohl der Menschen auszurichten; ein Ausschliesslichkeitsrecht an Daten sei jedenfalls ein dafür ungeeignetes Konzept.<sup>1293</sup>

HÜRLIMANN/ZECH weisen schliesslich darauf hin, ein Recht an Daten müsse von Beginn an international eingeführt werden.<sup>1294</sup> SCHNEIDER erwähnt ebenso die «Notwendigkeit einer multidimensionalen Datenverkehrsordnung»<sup>1295</sup> und die Berücksichtigung der internationalen Dimension der Datenökonomie.<sup>1296</sup> Angesichts der Internationalität der Datenmärkte ist dieser Ansicht zuzustimmen, denn ein nur in der

---

<sup>1288</sup> DUISBERG, S. 70.

<sup>1289</sup> SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51 f.; vgl. RICHTER/HILTY, S. 243.

<sup>1290</sup> Z. B. ZECH, CR 2015, S. 144; ESKEN, S. 81; SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper, S. 51 f.; RICHTER/HILTY, S. 256; HUGENHOLTZ, S. 96 f.; DORNER, CR 2014, S. 625 f.; HEYMANN, CR 2015, S. 809; DUISBERG, S. 63, 70; DIVSI, Daten als Handelsware, S. 70; kritisch SPECHT, CR 2016, S. 294 f.; SATTLER, Personenbezug, S. 54; DETERMANN, ZD 2018, S. 508; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 340 ff.; THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017, Rz 10 ff.; vgl. UNSELD, Kommerzialisierung, S. 53; umfangreiche Nachweise zur Ablehnung eines eigentumsähnlichen Rechts an Personendaten bei FEZER, Digitales Dateneigentum, S. 123; gemäss BERBERICH/GOLLA, PinG 2016, S. 166, eignet sich das Datenschutzrecht nicht für die Begründung eines «Dateneigentums»; im Bericht AG Digitaler Neustart, S. 92 f., 97, wurde sowohl die Schaffung eines eigentumsartigen Rechts an Daten abgelehnt als auch die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts in Richtung Ausschliesslichkeitsrecht.

<sup>1291</sup> FAUST, S. 96.

<sup>1292</sup> FAUST, S. 96; ebenso SCHEUCH, S. 63.

<sup>1293</sup> ESKEN, S. 83.

<sup>1294</sup> HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016, N 13.

<sup>1295</sup> SCHNEIDER, S. 138 ff.

<sup>1296</sup> SCHNEIDER, S. 124.

Schweiz existierendes Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten wäre kaum umsetzbar.<sup>1297</sup> KILIAN fordert denn auch ein internationales «Global Model Law»<sup>1298</sup> bzw. eine United Nations Data Privacy Convention.<sup>1299</sup>

**Open Access** Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

---

<sup>1297</sup> Ebenso SCHULZ, S. 298.

<sup>1298</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174.

<sup>1299</sup> KILIAN, CRi 2012, S. 174.

## Ergebnisse und Ausblick

Im *ersten Teil* der Arbeit wurde untersucht, inwieweit das geltende Datenschutzrecht den von Daten Betroffenen ermöglicht, Personendaten wirtschaftlich zu verwerten. Nachdem gezeigt werden konnte, dass das Datenschutzrecht den Betroffenen kein eigentumsartiges Recht an den sie betreffenden Personendaten gewährt, wurde das Datenschutzrecht als abwägungsoffenes Recht qualifiziert. Die dadurch vorgenommene Zuweisung ist zwar umfassend, jedoch nicht ausschliesslich und nicht rechtlich übertragbar. Dies hat insbesondere die Konsequenz, dass die durch das Datenschutzrecht zugewiesenen Handlungsbefugnisse den Betroffenen weder entzogen noch gegen ihren Willen verwertet werden können. Trotz des Fehlens eines Ausschliesslichkeitsrechts an Personendaten ist der Handel mit ihnen aufgrund der faktischen Übertragbarkeit möglich. Da Personendaten Güter sind, die wirtschaftlich verwertet werden können und ihr wirtschaftlicher Wert den betroffenen Personen zugewiesen ist, was sich in der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Schutzbereichs äussert, ist das Datenschutzrecht bereits unter dem geltenden Recht als Vermögensrecht zu qualifizieren. Die Möglichkeit, Verträge über Personendaten einzugehen und die Nutzungsbefugnisse faktisch zu übertragen, macht Datenschutz aber umgekehrt nicht zu einem eigentumsartigen Recht. Die faktische Handelbarkeit von Personendaten wird durch das Instrument der datenschutzrechtlichen Einwilligung ermöglicht. Durch Erteilen der Einwilligung ist es möglich, Personendaten als vertragliche Gegenleistung hinzugeben und sie so kommerziell zu verwerten. Welches Recht auf solche Verträge anwendbar ist und wie beispielsweise mit Leistungsstörungen umgegangen werden soll, ist noch unklar. Allerdings sind die Verträge aufgrund der freien Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung nicht bindend. Damit wird der Rechtskreis des Einwilligungsempfängers zwar erweitert, er erhält jedoch keine gesicherte Rechtsposition. Dementsprechend ist die Handelbarkeit von Personendaten trotz der prinzipiellen Möglichkeit der faktischen Übertragung eingeschränkt.

Im *zweiten Teil* der Arbeit wurden die Interessen beim Datenhandel untersucht, die dem Bedürfnis zugrunde liegen, das Datenschutzrecht an die wirtschaftlichen und technischen Entwicklungen anzupassen. Das erste Interesse ist jenes am Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen. Im Ergebnis ist es gerade bei Big-Data-Anwendungen schwierig, die datenschutzrechtlichen Grundsätze einzuhalten und eine gültige Einwilligung einzuholen. Insbesondere die Anforderung, den Zweck einer Datenbearbeitung präzise genug anzugeben, wirkt sich als Unsicherheitsfaktor aus. Es ist fraglich, ob die Einwilligung sowie die Datenschutzgrundsätze noch geeignet sind, um den Umgang mit Personendaten in der Datenwirtschaft rechtlich zu erfassen. Dennoch kommt der datenschutzrechtlichen Einwilligung mangels alternativer Rechtsgrundlagen für Datenbearbeitungen im Schweizer Recht eine besondere Bedeutung zu. Hinsichtlich der Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Personen kann also ein Handlungsbedarf erkannt werden.

Das zweite Interesse ist jenes an der Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der sie betreffenden Daten. Im Ergebnis lässt sich dieses Interesse allerdings nicht stringent und ausreichend begründen. Zudem würde die Anerkennung einer

solchen Gewinn- oder Wertbeteiligung zu diversen praktischen Schwierigkeiten führen: Allein schon die Abgrenzung von Personen- und Sachdaten sowie die Mehrrelationalität von Personendaten können problematisch sein. Wie der Wert von Personendaten bestimmt werden soll, ist ebenfalls unklar. Zudem würden die einzelnen Betroffenen meist nicht in nennenswertem Umfang finanziell von den Personendaten profitieren.

Das dritte Interesse ist jenes an funktionierenden Datenmärkten. Personendaten werden vor allem auf den Primärmärkten, also direkt zwischen den Betroffenen und datensammelnden Unternehmen, gehandelt. Trotz der auf den Primärmärkten für Personendaten auftretenden Rechtsunsicherheiten stellen diese Märkte eine funktionierende Möglichkeit für Unternehmen dar, um Zugriff auf Nutzerdaten zu erlangen. Deshalb ist hier kein unmittelbares Eingreifen des Gesetzgebers geboten. Auf den Sekundärmärkten, d. h. auf der Ebene zwischen Unternehmen, ist der Handel mit Personendaten durch das Datenschutzrecht nur eingeschränkt möglich. Dies ist aber nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen, sondern stellt eine politische Entscheidung des Gesetzgebers dar, welche auch anders gefällt werden könnte. Aufgrund des hohen Stellenwerts der Primärmärkte für den Handel mit Personendaten und die damit verbundene Realität von Personendaten als Vertrags- und Leistungsgegenstand sollten allerdings Rahmenbedingungen eines Datenschuldrechts angedacht werden.<sup>1300</sup> Eine wesentliche Voraussetzung eines Datenschuldrechts wäre die Möglichkeit, bindende Verträge über die Nutzung von Personendaten abzuschließen.

Die drei dargestellten Interessen stehen zueinander in einem Spannungsverhältnis, womit sich ein Spannungsdreieck bildet. Obwohl die meisten Anpassungsvorschläge jeweils nur eines der Interessen in den Vordergrund rücken, müsste eine tatsächliche Anpassung des Rechtsrahmens alle drei Interessen in irgendeiner Form berücksichtigen, zumindest sofern sie alle als valide betrachtet werden. Wie das Spannungsverhältnis aufgelöst werden soll, ist letztlich aber vor allem eine gesellschaftliche bzw. politische Entscheidung. Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen auf jeden Fall gewährleistet werden, die Realität der Datenwirtschaft jedoch ebenfalls berücksichtigt werden sollte. Da die Argumentation für das Interesse der Betroffenen an einer Beteiligung am Wert der Daten wenig überzeugt und praktische Umsetzungsprobleme aufweist, könnte dieses Interesse gut unberücksichtigt gelassen werden.

Im *dritten Teil* der Arbeit wurde auf verschiedene Möglichkeiten eingegangen, das geltende Datenschutzrecht anzupassen. Dabei wurden zunächst zwei Entwicklungsmöglichkeiten über das Schuldrecht untersucht: Einerseits könnte die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung zumindest in bestimmten Fällen eingeschränkt werden. Dieser Vorschlag erscheint als umsetzbarer und ausreichend flexibler Weg, die Transaktionsfähigkeit von Personendaten zu erhöhen, ohne das Niveau des Persönlichkeitsschutzes zu stark zu senken. Andererseits könnte ein Widerrufsrecht zwar weiterhin zugelassen, jedoch die Ausübung dieses Rechts mit einer Wertersatzpflicht verknüpft werden. Insgesamt erscheint dieser Vorschlag zwar aus juristischer Sicht als dogmatisch konsequent, allerdings würde er der Interessenlage beim Datenhandel kaum gerecht.

<sup>1300</sup> Dazu SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 310 ff., mit Hervorhebung der vor allem zu diskutierenden Aspekte.

Danach wurde die Möglichkeit geprüft, das Datenschutzrecht auf der Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte weiterzuentwickeln und damit ein eigentumsartiges Recht an Personendaten einzuführen. Eine wichtige Folge dieses Vorschlags wäre, dass die Nutzung semantischer Information beschränkt würde. Dies ist insbesondere problematisch, weil Personendaten eine Grundlage unserer gesellschaftlichen Kommunikation darstellen. Insbesondere die Meinungsfreiheit könnte durch die ausschliessliche Zuweisung der Nutzung von Personendaten verletzt werden. Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten läuft einer offenen Gesellschaft, in welcher Wissen und Informationen ausgetauscht werden, völlig zuwider. Als Folge der rechtlichen Übertragbarkeit würden Personendaten ausserdem als Haftungssubstrat fungieren. Sie könnten Gegenstand von Pfandrechten sein und sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung und im Falle des Privatkonkurses gegen den Willen der betroffenen Person verwertet werden. Hinsichtlich der Interessenlage beim Datenhandel wurde festgestellt, dass sich das Niveau des Persönlichkeitsschutzes im Vergleich zur bisherigen Regelung massiv verschlechtern würde. Im Ergebnis spricht kaum etwas für die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten. Selbst die Ziele, welche von Befürwortern eines solchen Rechts verfolgt werden, liessen sich damit bei genauerer Betrachtung nicht oder nur verbunden mit überwiegenden Nachteilen erreichen. Das Schaffen eigentumsartiger Rechte an Daten wird in der Lehre auch überwiegend abgelehnt.

Im *Ergebnis* kann festgehalten werden, dass keiner der Anpassungsvorschläge die beim Interesse am Schutz der Individuen dargelegten Kritikpunkte hinsichtlich der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung und der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze adressiert. Eine Beteiligung der Betroffenen am Wert von Personendaten bzw. am durch ihre Analyse erwirtschafteten Gewinn wird ebenfalls nur unzureichend vorgenommen. Eine Einschränkung der freien Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung könnte sich immerhin positiv auf die Handelbarkeit von Personendaten auf den Datenmärkten auswirken. Die anderen beiden Vorschläge würden sich auf dieses Interesse nicht auswirken oder würden den Handel sogar noch erschweren.

Es kann folglich festgehalten werden, dass weder eine Weiterentwicklung des Datenschutzrechts über das Schuldrecht noch eine Weiterentwicklung in Richtung eines eigentumsartigen Rechts den festgestellten Handlungsbedarf bedienen würde. Der Vorschlag, die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung einzuschränken, würde immerhin das Persönlichkeitsschutzniveau nicht unverhältnismässig stark beeinträchtigen und sich wahrscheinlich positiv auf die Handelbarkeit von Personendaten auswirken. Vor allem, um die Probleme bei der Erteilung einer informierten Einwilligung und der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze zu lösen, müssten aber andere Massnahmen ergriffen werden.<sup>1301</sup>

Werden eigentumsartige Rechte an Personendaten (und auch an anderen Daten) abgelehnt, rücken vor allem auf Ebene der Unternehmen vertragliche Vereinbarungen sowie der Schutz von Datensammlungen und Geschäftsgeheimnissen bzw. Know-how vermehrt in den Vordergrund.<sup>1302</sup> Zudem wären auch sektorenspezifische

<sup>1301</sup> In diesem Sinne auch ESKEN, S. 83; HEYMANN, CR 2015, S. 810 f.; DUISBERG, S. 63; ähnlich BECKER, JZ 2017, S. 172; JENTZSCH, Dateneigentum, S. 16.

<sup>1302</sup> DUISBERG, S. 71.

Lösungen und von Unternehmen erstellte Verhaltenskodizes für den Umgang und die Rechte an Daten denkbar, womit auf branchenspezifische Eigenheiten eingegangen werden könnte.<sup>1303</sup>

Schliesslich ist festzuhalten, dass eine vermehrte Forschung an verlässlichen Anonymisierungstechniken und technischen Schutzmassnahmen nötig ist. Zusammen mit stärkeren Informationspflichten sowie der Implementierung von «privacy by design»<sup>1304</sup> und «privacy by default» könnten die von Daten Betroffenen wieder in die Lage versetzt werden, informiert über die Nutzung von Personendaten entscheiden zu können. Dies würde den Interessenausgleich zwischen Schutzgedanken und Datenhandel im Sinne der Privatautonomie in die Hände der Betroffenen legen.<sup>1305</sup>

Einen interessanten und bedenkenswerten Vorschlag stellt schliesslich auch die Pflicht zum Anbieten von datenerhebungsarmen Produkten als echte Alternative dar, welche den technischen Datenschutz mit der «Teilhabe an zeitgemässer Technik und den Interessen der Datenwirtschaft» verknüpft.<sup>1306</sup>

---

<sup>1303</sup> Vgl. SPECHT, DGRI 2017, N 2; WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016, Rz 11; DREXL, NZKart 2017, Teil 1, S. 344; SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018, S. 636.

<sup>1304</sup> Dazu BECKER, JZ 2017, S. 172.

<sup>1305</sup> BECKER, JZ 2017, S. 173; vgl. WENDEHORST, Data Economy, S. 348 f.; SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014, S. 103; vgl. auch BULL, S. 86, «Datenschutz durch Technik»; kritisch allerdings HERMSTRÜWER, S. 379 ff., 386.

<sup>1306</sup> Zu diesem Vorschlag ausführlich BECKER, JZ 2017, S. 175 ff.; Zitat auf S. 181; vgl. auch SPECHT, Regulierungsbedarf, S. 313, die festhält, dass die betroffenen Personen neben Datenschutzinteressen ebenfalls ein Interesse an der Nutzung datenerhebender Produkte haben.

## Zusammenfassung

Mit Fortschreiten der Digitalisierung werden immer mehr körperliche Güter durch Daten und Dateninhalte («digital content») ersetzt. Das Nutzen beispielsweise von Streaming- und Cloud-Diensten ist heute kaum noch wegzudenken. Herkömmliche körperliche Gegenstände erhalten ausserdem zunehmend einen Datenbezug und werden «smart». Diese «smarten» Gegenstände sammeln, speichern und versenden Daten. Sie sind über das Internet flächendeckend und unmittelbar miteinander vernetzt («internet of things») und bieten eine globale Infrastruktur für die Gewinnung von Personendaten. Gleichzeitig entstehen so immer mehr technische Möglichkeiten, um in die Privatsphäre von Personen einzudringen.

Dieser technische Fortschritt hat eine enorme wirtschaftliche Entwicklung ermöglicht, denn die durch die Datenanalyse gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auf verschiedene Arten gewinnbringend nutzen. Es ergeben sich neue Wertschöpfungsketten: Aus der Erzeugung, Sammlung und Analyse von Daten werden Erkenntnisse gewonnen, die ihrerseits Innovationen und neue Geschäftsmodelle ermöglichen. Daten sind zu einem zentralen Produktionsmittel, dem Rohstoff des 21. Jahrhunderts, geworden und werden als neuartige Güter eigener Art gehandelt. Big Data birgt folglich ein riesiges Potenzial zur Monetarisierung. Durch Big Data können auch zunächst belanglose Informationen einen wirtschaftlichen Wert erhalten, wenn nur genug Daten verknüpft und analysiert werden. Deshalb haben auch Rohdaten einen wirtschaftlichen Wert, was durch die Existenz eines Marktes für solche Daten belegt wird. Das Potenzial von Big Data kann allerdings erst dann wirklich ausgeschöpft werden, wenn Personendaten analysiert werden. So stützen sich zahlreiche Geschäftsmodelle auf die Bearbeitung von Personendaten und Nutzer geben sogar vielfach sie betreffende Daten als Gegenleistung hin, um vermeintlich kostenfreie Angebote nutzen zu können.

Das steigende wirtschaftliche Interesse an Daten und an ihrem Wert führte insbesondere auf europäischer Ebene und in Deutschland zu intensiven Diskussionen über die rechtliche Zuordnung von Daten. Auch in der Schweiz findet dieses Thema zunehmende Beachtung, auch wenn die juristische Auseinandersetzung hier erst noch am Entstehen ist. Hinsichtlich personenbezogener Daten wird erwogen, ob die Zuweisung der Handlungsbefugnisse an diesen Angaben über eine bestimmte oder bestimmbar natürliche Person durch das Datenschutzrecht an den Betroffenen vorgenommen werden soll. Das Datenschutzrecht war allerdings ursprünglich als reines Abwehrrecht der Privaten gegenüber dem Staat gedacht. Dennoch ist es heute bereits Gegenstand von Verträgen. Aus diesem Grund wird kritisiert, das geltende Datenschutzrecht würde den aktuellen Entwicklungen der Datenökonomie nicht mehr gerecht.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der *Frage*, wie das Datenschutzrecht zukünftig an die technischen und wirtschaftlichen Entwicklungen angepasst werden sollte: Wenn mit Daten, insbesondere mit Personendaten, gehandelt wird, muss untersucht werden, welche Rechte die inhaltlich Betroffenen bereits jetzt an diesen Daten haben – und zukünftig haben sollten. Diese Arbeit hat zum *Ziel*, Leitplanken für eine mögliche Rechtsfortbildung zu setzen, indem die verschiedenen Interessen, welche dem Handel mit Personendaten zugrunde liegen, dargestellt und zueinander ins

Verhältnis gesetzt werden. Je nachdem, wie stark die jeweiligen Interessen letztlich von der Gesellschaft (und dem Gesetzgeber) gewichtet werden, kann die Rechtsfortbildung eine andere Richtung einschlagen. Die Antwort auf die Frage nach der Weiterentwicklung des Datenschutzrechts kann aus diesem Grund keine eindeutige sein, denn letztlich geht es dabei auch darum, in welche Richtung sich unsere Gesellschaft entwickeln soll. Aus juristischer Sicht gibt es deshalb keine «richtige» Antwort, sondern es können lediglich Richtlinien und Anhaltspunkte für diese Entscheidung dargelegt werden.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit drei verschiedenen Fragenkomplexen. Um zukünftige Möglichkeiten, das Datenschutzrecht weiterzuentwickeln, untersuchen zu können, muss zunächst der geltende Rechtsrahmen geprüft werden. Aus diesem Grund befasst sich der *erste Teil* dieser Arbeit mit dem geltenden Datenschutzrecht und der Frage, inwiefern es bereits heute einen Handel mit Personendaten ermöglicht.

Zunächst ist dafür die Frage zu beantworten, warum unsere Rechtsordnung überhaupt eigentumsartige Rechte vorsieht. In § 1 wird daher untersucht, welche Auswirkung eigentumsartige Rechte auf die Handelbarkeit von Gütern haben. Dabei ist es zudem wichtig, eigentumsartige Rechte in den grösseren Kontext der Güterzuordnung durch Ausschliesslichkeitsrechte zu setzen. Daraus wird deutlich, welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit von einem eigentumsartigen Recht gesprochen werden kann. Die Untersuchung ergibt, dass sich die Zuweisung von Gütern positiv auf ihre Handelbarkeit auswirkt. Durch Handel können Güter effizient alloziert werden, wodurch die Wohlfahrt erhöht wird. Mittel, mit denen Güter einzelnen Personen zugewiesen werden, sind Ausschliesslichkeitsrechte: Ausschliesslichkeitsrechte schaffen eine Zuweisungsordnung von Gütern. Die Güterzuordnung lässt sich in vier Stufen unterscheiden: übertragbare absolute Rechte, unübertragbare absolute Rechte, abwägungsoffene Rechte und blosser Abwehrrechte. Die Übergänge der verschiedenen Stufen der Güterzuordnung sind jedoch fließend. Als eigentumsartige Rechte werden dabei nur die Ausschliesslichkeitsrechte der ersten Stufe, also übertragbare absolute Rechte, angesehen. Die eigentumsartige Zuweisung zeichnet sich zunächst durch die klare Definition der zugewiesenen Befugnisse bzw. der Zuweisungssphäre aus. Ausserdem muss das Recht als solches übertragbar sein.

In § 2 wird sodann das geltende Datenschutzrecht untersucht. Anhand der dargelegten Kriterien für eigentumsartige Rechte wird gezeigt, dass es sich bei den Rechten, welche den von Daten betroffenen Personen durch das geltende Datenschutzrecht gewährt werden, gerade nicht um eigentumsartige Rechte handelt. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Datenschutzrecht nur über einen eingeschränkten Zuweisungsgehalt verfügt, denn es muss erst durch eine Interessensabwägung bestimmt werden, ob ein Eingriff in den Schutzbereich unzulässig ist. Die Handlungsbefugnisse werden durch das Datenschutzrecht zwar umfassend, jedoch nicht ausschliesslich zugewiesen. Als Persönlichkeitsrecht ist das Datenschutzrecht ausserdem weder translativ noch konstitutiv übertragbar. Damit erhalten die Betroffenen kein übertragbares Ausschliesslichkeitsrecht, d. h. kein eigentumsartiges Recht an den sie betreffenden Daten. Das Datenschutzrecht kann stattdessen als Übergangsfall zwischen Ausschliesslichkeitsrechten und reinen Abwehrrechten, d. h. als abwägungsoffenes Recht, bezeichnet werden. Festzuhalten ist zudem, dass

die aus dem Datenschutzrecht fließenden Rechte nicht entzogen und nicht gegen den Willen der Betroffenen verwertet werden können – dies im Gegensatz zu den eigentumsartigen Rechten, weshalb gerade das Nichtbestehen eines eigentumsartigen Rechts im besten Interesse der Betroffenen zu werten ist.

Nachdem in § 1 gezeigt wurde, dass eigentumsartige Rechte den Handel mit Gütern ermöglichen und erleichtern, wurde in § 2 festgestellt, dass das Datenschutzrecht den betroffenen Personen gerade keine eigentumsartige Rechtsposition an den sie betreffenden Daten einräumt. Deshalb widmet sich § 3 der Frage, ob ein Handel mit Personendaten aus diesen Gründen unmöglich ist. Für den Handel mit Gütern ist die Übertragbarkeit entscheidend. Neben der bei Ausschliesslichkeitsrechten möglichen rechtlichen Übertragbarkeit eines Rechts gibt es allerdings auch die Möglichkeit, Befugnisse an einem Gut faktisch rein auf der schuldrechtlichen Ebene zu übertragen. Güter können also faktisch übertragen werden, indem durch das Abschliessen von Rechtsgeschäften eine andere Person als der Rechteinhaber befähigt wird, die zugewiesenen Befugnisse auszuüben. Dadurch können Güter gehandelt und verwertet werden, auch wenn an ihnen keine Ausschliesslichkeitsrechte bestehen. Der Handel mit Personendaten wäre deshalb trotz des Fehlens eines eigentumsartigen Rechts an ihnen möglich, wenn sie als Güter qualifiziert werden können und die an Personendaten zugewiesenen Befugnisse faktisch übertragbar sind. Es lässt sich als Ergebnis zunächst festhalten, dass Personendaten als Güter qualifiziert werden können. Personendaten erfüllen nicht nur das Kriterium der Nützlichkeit, sondern können auch als vom Rechteinhaber abtrennbar betrachtet werden. Das Recht, Personendaten zu bearbeiten, ist durch Einwilligungserteilung faktisch übertragbar. Der Einwilligungsempfänger wird in die Lage versetzt, dem Rechteinhaber zugewiesene Befugnisse an seiner Stelle auszuüben. Somit ist ein Handel mit Personendaten möglich. Als weitere Ergebnisse kann in § 3 festgehalten werden, dass das Datenschutzrecht im Schweizer Recht aufgrund der Möglichkeit der Gewinnabschöpfung einen wirtschaftlichen Zuweisungsgehalt aufweist und die Nutzungsbefugnis an Personendaten aufgrund der faktischen Übertragbarkeit kommerziell verwertet werden kann. Aus diesen Gründen ist das Datenschutzrecht bereits unter dem geltenden Recht als Vermögensrecht zu qualifizieren. Obwohl das Datenschutzrecht den Betroffenen kein eigentumsartiges Recht an den sie betreffenden Daten zuweist, wirkt es sich im Ergebnis ähnlich aus. Die Möglichkeit, Verträge über Personendaten einzugehen und die Nutzungsbefugnisse faktisch zu übertragen, macht Datenschutz aber umgekehrt nicht zu einem eigentumsartigen Recht.

Das Instrument, das die faktische Handelbarkeit von Personendaten ermöglicht, ist die datenschutzrechtliche Einwilligung. Diese wird in § 4 untersucht. Indem die Erteilung der Einwilligung von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, kann sie ein Instrument darstellen, welches den Betroffenen ermöglicht, Verträge über die Nutzung der sie betreffenden Daten abzuschliessen und diese Personendaten damit kommerziell zu verwerten. Der Vertrag, bei welchem die Einwilligung in die Datenbearbeitung (und Hingabe von Personendaten) als Gegenleistung für einen digitalen Inhalt oder Service erteilt wird, ist aufgrund des Austauschverhältnisses als synallagmatischer Vertrag zu qualifizieren. Welches Recht auf diesen Vertrag anwendbar ist, ist noch nicht abschliessend geklärt, wobei sich die Lehre bisher für eine lizenzrechtliche Ausgestaltung ausspricht. Wie beispielsweise Leistungsstörungen behandelt werden sollen, ist dementsprechend ebenfalls noch offen. Allerdings sind die

abgeschlossenen Verträge nach der herrschenden Lehre nicht bindend, denn die datenschutzrechtliche Einwilligung ist aufgrund ihrer freien Widerrufbarkeit einseitig und eigennützig. Nach der herrschenden Ansicht kann die Erteilung der Einwilligung nicht eingeklagt werden und ihre Nichterteilung zieht keine Schadenersatzansprüche nach sich, auch wenn sie vertraglich versprochen wurde. Damit wird der Rechtskreis des Einwilligungsempfängers zwar erweitert, er erhält jedoch keine gesicherte Rechtsposition. Dementsprechend ist die Handelbarkeit von Personendaten trotz der prinzipiellen Möglichkeit der faktischen Übertragung eingeschränkt. Hinsichtlich der Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung kann in § 4 die Erkenntnis gewonnen werden, dass es sich bei der Einwilligung jedenfalls nicht um eine Verfügung und auch nicht um einen Realakt handelt. Ob sie als ein Verpflichtungsgeschäft oder als eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung qualifiziert werden sollte, kann für den Zweck der vorliegenden Ausfertigung offenbleiben.

Der *zweite Teil* dieser Arbeit geht von dem in der Lehre und Praxis geäußerten Bedürfnis aus, das Datenschutzrecht zu reformieren, und widmet sich der Frage, welche Interessen hinter diesem Bedürfnis stehen. Die Interessen beim Handel mit Personendaten können in drei Kategorien unterschieden werden: das Interesse am Schutz der Individuen, das Interesse an der Beteiligung am durch die Nutzung der Personendaten generierten wirtschaftlichen Wert sowie das Interesse an funktionierenden Datenmärkten. Diese drei Interessen bilden ein Spannungsdreieck.

Das erste Interesse beim Datenhandel, der Persönlichkeitsschutz der von Daten betroffenen Personen, wird in § 5 untersucht. Die zunehmende Entwicklung und Verbreitung von Informationstechnologien in allen Lebensbereichen hat dazu geführt, dass es immer mehr Möglichkeiten gibt, Daten zu beschaffen und zu verwenden. Es wird hierbei beanstandet, die Betroffenen hätten die Kontrolle über ihre Daten verloren, wohingegen die Anbieter von «internet of things»-Geräten und -Services alle Vorteile der erhobenen Daten erhielten. Seit Personendaten handelbare Güter geworden sind, stellt sich die Frage, welche Marktteilnehmer einen Vorteil aus den Datenschutzbestimmungen ziehen. Dabei sollte doch gerade das Datenschutzrecht den betroffenen Personen eine gewisse Kontrolle über ihre Daten geben. Im Ergebnis ist es nicht nur, aber gerade auch bei Big-Data-Anwendungen schwierig, die datenschutzrechtlichen Grundsätze einzuhalten und eine gültige Einwilligung einzuholen. Insbesondere die Anforderung, den Zweck einer Datenbearbeitung präzise genug anzugeben, wirkt sich als Unsicherheitsfaktor aus, da sich im Zweifelsfall nicht rechtssicher auf die Gültigkeit der eingeholten Einwilligung verlassen werden kann. Es ist fraglich, ob die Einwilligung sowie die Datenschutzgrundsätze noch geeignet sind, um den Umgang mit Personendaten in der Datenwirtschaft rechtlich zu erfassen. In diesem Zusammenhang wird insbesondere die Rolle der datenschutzrechtlichen Einwilligung diskutiert. So werden einerseits Möglichkeiten untersucht, mit welchen die Einwilligung zu einem wirksameren Instrument der Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemacht werden könnte, z. B. durch erhöhte Transparenz- und Informationspflichten sowie «privacy by design»- und «privacy by default»-Überlegungen. Andererseits werden Zweifel geäußert, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung generell noch das taugliche Mittel ist, um die informationelle Selbstbestimmung bzw. Datensouveränität wirksam umzusetzen. Dennoch kommt der datenschutzrechtlichen Einwilligung mangels alternativer Rechtsgrundlagen für

Datenbearbeitungen im Schweizer Recht eine besondere Bedeutung zu. Gerade wenn es um Big-Data-Anwendungen geht, scheinen die bisherigen Datenschutzprinzipien allerdings zwar notwendig, aber noch nicht ausreichend zu sein. Zudem werden Personendaten international gehandelt bzw. weitergegeben, weshalb sich im Einzelfall schnell ein Auslandsbezug ergeben kann. Auch dies kann zu einem Anpassungsbedarf führen, gerade auch in Hinblick auf die Durchsetzung der Rechte der betroffenen Personen. Hinsichtlich der Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes der betroffenen Personen kann also gesamthaft ein Handlungsbedarf erkannt werden.

Ob der Schutz der von Daten Betroffenen noch gewährleistet ist, ist nicht die einzige Frage, die sich im Zusammenhang mit Big-Data-Analysen stellt. Eine weitere ist, ob die Nutzer von smarten Geräten, also beispielsweise Nutzer von automatisierten und vernetzten Fahrzeugen, vor Datenauswertungen nur geschützt werden müssen, oder ob sie auch am Wert der entstehenden Daten beteiligt werden sollen. Das zweite Interesse, welches für das Spannungsdreieck des Datenhandels in § 6 untersucht wird, ist deshalb jenes an der Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der sie betreffenden Daten. Zunächst muss dafür die grundlegende Frage beantwortet werden, welche Anknüpfungspunkte für eine solche Beteiligung bestehen. Die Beteiligung der Betroffenen am Wert von Personendaten, beispielsweise in Form der Zuweisung eines Gewinnanteils oder eines Ausschliesslichkeitsrechts, lässt sich an eine getätigte Investition, an das Offenbaren der Personendaten oder auch an den blossen Persönlichkeitsbezug anknüpfen. Im Ergebnis lässt sich dieses in der Diskussion um Rechte an Personendaten vertretene Interesse allerdings bei keinem Anknüpfungspunkt stringent und ausreichend begründen. Zudem würde die Anerkennung eines solchen Rechts zu diversen praktischen Schwierigkeiten führen: Allein schon die Abgrenzung von Personen- und Sachdaten kann problematisch sein, und wie die Mehrrelationalität von Personendaten und der Wert von Daten bestimmt werden sollen, ist noch nicht gelöst. Zudem ist festzuhalten, dass die einzelnen Betroffenen in den allermeisten Fällen nicht in nennenswertem Umfang finanziell von den Daten profitieren würden.

In § 7 wurde das dritte Interesse beim Datenhandel untersucht: Das Interesse an funktionierenden Datenmärkten. Funktionierende Märkte sind schliesslich die notwendige Bedingung für den Austausch handelbarer Güter. Es stellt sich die Frage, ob das derzeit geltende Datenschutzrecht den Anforderungen einer Datenökonomie gerecht wird. Personendaten werden vor allem auf Primärmärkten, also direkt zwischen den Betroffenen und datensammelnden Unternehmen, gehandelt. Trotz der auf den Primärmärkten für Personendaten auftretenden Rechtsunsicherheiten stellen diese Märkte eine zweckmässige Möglichkeit für Unternehmen dar, um Zugriff auf Nutzerdaten zu erlangen. Deshalb ist kein unmittelbares Eingreifen des Gesetzgebers zur Förderung des Personendatenhandels geboten. Auf den Sekundärmärkten, d. h. auf der Ebene zwischen Unternehmen, ist der Handel mit Personendaten durch das Datenschutzrecht nur eingeschränkt möglich. Generell wird die Datennutzung für die Unternehmen schwieriger, je stärker ausgebildete Rechte an Daten sind, was sich auch auf die Innovationstätigkeit auswirken kann. Aufgrund der Einschränkungen der Sekundärmärkte durch das Datenschutzrecht kann das Innovationspotenzial von Personendaten nicht voll ausgeschöpft werden. Dies ist aber nicht auf ein Marktversagen zurückzuführen, sondern stellt eine politische Entscheidung des Gesetzgebers dar,

welche auch anders gefällt werden könnte. Durch den hohen Stellenwert des Primärmarktes für den Handel mit Personendaten und die damit verbundene Realität von Personendaten als Vertrags- und Leistungsgegenstand sollten allerdings Rahmenbedingungen eines Datenschuldrechts angedacht werden. Eine wesentliche Voraussetzung eines Datenschuldrechts wäre die Möglichkeit, bindende Verträge über die Nutzung von Personendaten abzuschliessen. Deshalb ist insbesondere die Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung kritisch zu hinterfragen

In den §§ 5, 6 und 7 wurden Interessen dargestellt, welche bei der Diskussion allfälliger Reform- und Anpassungsvorschläge der datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen häufig thematisiert werden. Obwohl die meisten Anpassungsvorschläge jeweils nur eines der Interessen in den Vordergrund rücken, müsste eine tatsächliche Anpassung des Rechtsrahmens alle drei Interessen in irgendeiner Form berücksichtigen, zumindest sofern sie alle als valide betrachtet werden. Die Berücksichtigung von mehreren Interessen führt dazu, dass bei der Wahl von Massnahmen zur Anpassung oder zur Weiterentwicklung des Datenschutzrechts die verschiedenen Interessenlagen gegeneinander abgewogen werden müssen, denn sie stehen zueinander in einem Spannungsverhältnis. Dies wird in § 8 untersucht. Wie das Spannungsverhältnis aufgelöst werden soll, ist letztlich aber vor allem eine gesellschaftliche bzw. politische Entscheidung. Je nachdem, welche der dargestellten Interessen schwerer gewichtet werden, müssen andere Massnahmen getroffen werden. Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen auf jeden Fall gewährleistet werden, die Realität der Datenwirtschaft jedoch ebenfalls berücksichtigt werden sollte. Da die Argumentation für das Interesse der Betroffenen an einer Beteiligung am Wert der Daten wenig überzeugt und praktische Umsetzungsprobleme aufweist, könnte dieses Interesse gut unberücksichtigt gelassen werden.

Nach der Untersuchung des Interessendreiecks beim Datenhandel wird in dem *dritten Teil* der Arbeit auf verschiedene Möglichkeiten eingegangen, das geltende Datenschutzrecht anzupassen. Dabei werden zunächst zwei Weiterentwicklungsmöglichkeiten über das Schuldrecht untersucht. Schliesslich wird die Möglichkeit geprüft, das Datenschutzrecht auf der dinglichen Ebene, der Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte, weiterzuentwickeln.

In § 9 wird zuerst kritisch hinterfragt, ob die datenschutzrechtliche Einwilligung weiterhin frei widerruflich ausgestaltet sein soll. Das Bundesgericht hat mit dem Leitscheid BGE 136 III 401 den Weg eröffnet, die datenschutzrechtliche Einwilligung zumindest bei Rechtsgeschäften, bei denen wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen, als unwiderruflich anzusehen. Dabei ist massgeblich, dass die vertragliche Bindung keine übermässige gemäss Art. 27 ZGB darstellt. Während die Unwiderrufbarkeit der Einwilligung in Geschäften, bei denen die Gegenleistung punktuell und vollständig überlassen wird, angemessen erscheint, könnte es allerdings genauso angebracht sein, in Geschäften mit gleichzeitiger und dauerhafter Nutzung der digitalen Inhalte sowie der Personendaten keine unwiderrufbare Einwilligung anzunehmen. Hervorzuheben ist jedenfalls die Erkenntnis, dass heute auch triviale Daten von Bedeutung sind und nicht alle Daten gleichermassen mit der Persönlichkeit der betroffenen Personen verknüpft sind. Dementsprechend muss kritisch hinterfragt werden, ob alle Personendaten gleichermassen einem hohen Schutz-

niveau unterliegen sollten. Bei Abstellen auf die allfällige Übermäßigkeit der vertraglichen Bindung können hinsichtlich der Art und Menge der Personendaten sowie der Art des Rechtsgeschäfts entsprechende Differenzierungen vorgenommen werden. Denkbar ist auch, die Unwiderrufbarkeit nicht grundsätzlich anzunehmen, sondern lediglich eine Dispositionsbefugnis der Parteien zuzulassen. Dies könnte einen zusätzlichen Schutzmechanismus für die betroffenen Personen darstellen, insbesondere, wenn sie in diesen Punkt ausdrücklich einwilligen müssten. Die Regelung der Materie durch den Gesetzgeber ist nicht zwingend notwendig, da sich auch auf Gesetzesauslegung und gerichtliche Rechtsfortbildung verlassen werden könnte. Allerdings erscheint ein Abstecken der Rahmenbedingungen durch den Gesetzgeber wünschenswert. Der Interessenlage wird der Vorschlag hingegen nur zum Teil gerecht. Während die Handelbarkeit von Personendaten wohl leicht gefördert würde, werden die festgestellten Mängel beim Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen durch den Anpassungsvorschlag nicht adressiert. Das datenschutzrechtliche Schutzniveau würde sogar etwas gesenkt, allerdings nur für diejenigen Personen, die sie betreffende Daten freiwillig kommerzialisieren. Die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert der Personendaten wird durch den Vorschlag nicht direkt angesprochen, die Betroffenen könnten jedoch aufgrund des höheren wirtschaftlichen Werts einer unwiderruflichen datenschutzrechtlichen Einwilligung mittelbar vom Wert sie betreffender Daten profitieren. Insgesamt präsentiert sich der Vorschlag der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung als umsetzbarer und ausreichend flexibler Weg, die Transaktionsfähigkeit von Personendaten zu erhöhen, ohne den betroffenen Personen zu schaden.

Alternativ könnte die Widerrufbarkeit zwar weiterhin zugelassen, die Ausübung dieses Rechts jedoch mit Ersatzansprüchen des Vertragspartners verbunden werden. Dieser Vorschlag wird in § 10 untersucht. Nach bisheriger Ansicht wird beim Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung das Kündigungsrecht des Art. 404 OR analog angewendet und damit ein Schadenersatzanspruch höchstens bei einem Widerruf zur Unzeit angenommen. Insbesondere Konventionalstrafen werden regelmäßig abgelehnt, da sie die freie Ausübung des Rechts einschränken könnten. Auf diese Weise kann die Situation entstehen, dass die Betroffenen von ihrer vertraglich geschuldeten Leistung befreit werden, jedoch gleichzeitig die Gegenleistung ihres Vertragspartners erhalten. Dieser Situation kann abgeholfen werden, indem dem Vertragspartner ein Anspruch auf Wertersatz zuerkannt wird. So könnte das Interesse der betroffenen Person am Widerruf ihrer Einwilligung mit dem Interesse des Vertragspartners, eine Gegenleistung für die eigene Leistung zu erhalten, vereinbart werden. Dabei kann entweder eine Wertersatzpflicht im Sinne einer Konventionalstrafe vorgesehen werden, oder aber der betroffenen Person wird zugestanden, ihren Teil des Vertrags mit einer alternativen Leistung, d. h. in der Regel durch Bezahlen eines Entgelts, zu erfüllen. Ein wichtiges Instrument der Wertung stellt hier die Wirkung der Ersatzleistung dar: Soll der Widerruf erst dann Wirkung entfalten, wenn der Wertersatz geleistet wurde, oder soll die Ersatzleistung als pauschalierte Schadenersatzleistung auf den Widerruf folgen? Diese Entscheidung stellt eine gewichtige Stellschraube dar, welche letztendlich durch den Gesetzgeber getroffen werden muss. Mit Sicht auf die Interessenlage erscheinen die erhöhten Gefahren für die Persönlichkeit der Betroffenen nicht übermäßig, vor allem da ein Widerruf der Einwilli-

ligung immerhin ermöglicht werden würde. Genauso wie bei der Annahme der Unwiderrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung in § 9 würde sich das Zulassen eines jederzeitigen Einwilligungswiderrufs verbunden mit einer Ersatzleistung allerdings nicht direkt auf die Beteiligung der betroffenen Personen am Wert von Personendaten auswirken. Da ein Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung jederzeit möglich wäre, erhalten die Unternehmen auch weiterhin keine verlässliche Rechtsgrundlage, um die betreffenden Daten auf Sekundärmärkten zu handeln. Allenfalls könnte erwartet werden, dass vom Widerrufsrecht weniger Gebrauch gemacht werden würde, was die Position der Unternehmen etwas verbessern würde. Eine verlässliche Aussage über den Einfluss des Vorschlags auf die Datenmärkte ist an dieser Stelle allerdings noch nicht möglich. Insgesamt erscheint der Vorschlag zwar aus juristischer Sicht als dogmatisch korrekter Weg zu einem Datenschuldrecht, allerdings würde er der Interessenlage beim Datenhandel kaum gerecht.

Nachdem in § 9 und § 10 Weiterentwicklungsmöglichkeiten des Datenschutzrechts auf der schuldrechtlichen Ebene untersucht wurden, wurde in § 11 die Ebene der Ausschliesslichkeitsrechte untersucht. Von anderen Rechten an Gütern mit persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln könnte abgeleitet werden, in welche Richtung sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. das Datenschutzrecht im Privatrecht zukünftig weiterentwickeln liesse. Auch aus diesem Grund rückt die Einführung eines sogenannten «Dateneigentums» immer wieder in den Fokus der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung. Weder das geltende Datenschutzrecht noch bestehende Ausschliesslichkeitsrechte wie das Sacheigentum oder das Immaterialgüterrecht bieten eine Grundlage für ein eigentumsartiges Recht an Personendaten. Für Personendaten wird deshalb die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts zu einem Immaterialgüterrecht *sui generis* vorgeschlagen. Durch ein eigentumsartiges Recht an Personendaten würden die Handlungsbefugnisse an ihnen originär und ausschliesslich den betroffenen Personen zugewiesen. Während nicht unbedingt alle Handlungsbefugnisse zugewiesen werden müssen, ist jedoch die Zuweisung der Nutzungsbefugnis entscheidend. Ausserdem konnte gezeigt werden, dass ein Ausschliesslichkeitsrecht an Personendaten nur sinnvoll wäre, wenn sich die Zuweisung auf die semantische Ebene der Personendaten beziehen würde. Eine Begrenzung des Ausschliesslichkeitsrechts wäre durch Schrankenregelungen möglich, so z. B. für den privaten Gebrauch von Personendaten. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung von Personen- und Sachdaten, die bereits nach geltendem Recht bestehen, werden durch die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten nicht gelöst. Dasselbe gilt für die Mehrrelationalität von Personendaten. Eine direkte Folge des Schaffens eines Ausschliesslichkeitsrechts an der semantischen Ebene der Personendaten wäre, dass die Nutzung semantischer Information beschränkt würde. Dies ist insbesondere problematisch, weil Personendaten eine Grundlage unserer gesellschaftlichen Kommunikation darstellen. Vor allem die Meinungsfreiheit könnte dadurch verletzt werden. Das Schaffen eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten läuft einer offenen Gesellschaft, in welcher Wissen und Informationen ausgetauscht werden, völlig zuwider. Durch die Möglichkeit, eigentumsartige Rechte an Personendaten rechtlich übertragen zu können, könnten sogar die von den Daten Betroffenen von der Nutzung ausgeschlossen werden. Bei gesetzlichem Einräumen eines einfachen Nutzungsrechts zugunsten der Betroffenen auch im Falle der rechtlichen Übertragung des Ausschliesslichkeitsrechts könnten die Betroffenen zwar sie betreffende

Daten weiter selbst nutzen, jedenfalls aber nicht mehr über die weitere Nutzung dieser Daten bestimmen. Um dies zu verhindern, ist denkbar, dass von der Möglichkeit der rechtlichen Übertragung in der Praxis nur wenig Gebrauch gemacht werden würde. Stattdessen könnten Nutzungsrechte an Personendaten in Form von Lizenzen vergeben werden, was im Ergebnis etwa dem Vorschlag der unwiderruflichen Einwilligung, welcher in § 9 dargestellt wurde, entspräche. Damit wäre die Sinnhaftigkeit eines Ausschliesslichkeitsrechts allerdings infrage gestellt. Als Folge der rechtlichen Übertragbarkeit würden Personendaten ausserdem als Haftungssubstrat fungieren. Sie könnten Gegenstand von Pfandrechten sein und sogar auf dem Weg der Zwangsvollstreckung und im Falle des Privatkonkurses gegen den Willen der betroffenen Person verwertet werden.

Hinsichtlich der Interessenlage beim Datenhandel wurde zunächst festgestellt, dass sich das Niveau des Persönlichkeitsschutzes im Vergleich zur bisherigen Regelung massiv verschlechtern würde. Den Zielen, die von Daten Betroffenen besser zu schützen und ihnen eine bessere Kontrolle über sie betreffende Daten zu ermöglichen, wird der Vorschlag dementsprechend nicht gerecht. Dem zweiten Interesse an einer Wertbeteiligung der betroffenen Personen am durch Personendaten generierten Gewinn wird der Vorschlag auch nur zum Teil gerecht. Natürlich könnten Personendaten durch Entäusserung der daran bestehenden Ausschliesslichkeitsrechte effektiv verkauft werden. Es bestehen aber Zweifel daran, ob die dadurch erworbenen Gegenleistungen tatsächlich mehr wert wären als die bisher im Gegenzug zur Einwilligungserteilung erhaltenen, zumal ein Ausschliesslichkeitsrecht nur ein Mal (vollständig) veräussert werden kann. Schliesslich kann festgehalten werden, dass ein eigentumsartiges Recht an Personendaten zur Entwicklung funktionierender Märkte nicht notwendig ist. Der Handel auf den Primärmärkten funktioniert auch ohne ein solches Recht. Der Handel auf den Sekundärmärkten könnte aufgrund des Schaffens von Rechtssicherheit und klaren, beständigen Zuweisungen einerseits zwar gefördert werden. Andererseits besteht auch ein grosses Missbrauchspotenzial der Monopolisierung eines für innovative Technologien und Geschäftsmodelle notwendigen «Materials». Im Gegensatz zur heutigen Regelung könnten Konkurrenten sich die notwendigen Personendaten nicht mehr aus anderen Quellen auf den Primär- oder Sekundärmärkten beschaffen, wenn ein Unternehmen den Zugriff auf seine Datensammlung verwehrt. Insofern könnte ein eigentumsartiges Recht den Handel auf den Sekundärmärkten sogar noch hemmen, was wohl nicht immer durch wettbewerbsrechtliche Regelungen oder allfällige Zugangsansprüche ausgeglichen werden kann. Ökonomen konnten zudem keine Anreizprobleme ausmachen, welche durch das Schaffen eines Ausschliesslichkeitsrechts behoben werden könnten. Stattdessen besteht die Gefahr, dass sich ein eigentumsartiges Recht an Personendaten innovationshemmend auswirken könnte. Bei genauerer Betrachtung der Interessenlage spricht im Ergebnis kaum etwas für die Einführung eines eigentumsartigen Rechts an Personendaten. Selbst die Ziele, welche von Befürwortern eines solchen Rechts verfolgt werden, liessen sich damit nicht oder nur verbunden mit überwiegenden Nachteilen erreichen. Das Schaffen eigentumsartiger Rechte an Daten wird in der Lehre auch überwiegend abgelehnt.

Als *Ergebnis* der Arbeit kann festgehalten werden, dass keiner der Anpassungsvorschläge die beim Interesse am Schutz der Individuen dargelegten Kritikpunkte hinsichtlich der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung und der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze adressiert. Eine Beteiligung der Betroffenen am Wert von Personendaten bzw. am durch ihre Analyse erwirtschafteten Gewinn wird ebenfalls nur unzureichend vorgenommen. Insgesamt würde also weder eine Weiterentwicklung des Datenschutzrechts über das Schuldrecht noch eine Weiterentwicklung in Richtung eines eigentumsartigen Rechts den festgestellten Handlungsbedarf bedienen. Der Vorschlag, die freie Widerrufbarkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung einzuschränken, würde immerhin das Persönlichkeitschutzniveau nicht unverhältnismässig stark beeinträchtigen und sich wahrscheinlich positiv auf die Handelbarkeit von Personendaten auswirken. Vor allem, um die Probleme bei der Erteilung einer informierten Einwilligung und der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze zu lösen, müssen aber auch andere Massnahmen ergriffen werden. Vor allem auf Ebene der Unternehmen rücken vertragliche Vereinbarungen sowie ein Schutz von Datensammlungen und Geschäftsgeheimnissen bzw. Know-how vermehrt in den Vordergrund. Zudem wären auch sektorenspezifische Lösungen und von Unternehmen erstellte Verhaltenskodizes für den Umgang und Rechte an Daten denkbar, womit auf branchenspezifische Eigenheiten eingegangen werden könnte. Ausserdem ist eine vermehrte Forschung an verlässlichen Anonymisierungstechniken und technischen Schutzmassnahmen notwendig. Zusammen mit stärkeren Informationspflichten sowie der Implementierung von «privacy by design» und «privacy by default» könnten so die von Daten Betroffenen wieder in die Lage versetzt werden, informiert über die Nutzung von Personendaten entscheiden zu können. Ein interessanter Vorschlag wäre auch die Pflicht zum Anbieten von datenerhebungsfreien bzw. datenerhebungsarmen Produkten. So bliebe Personen die Wahl, ob sie Personendaten preisgeben wollen, und sie könnten dennoch weitgehend an moderner Technik teilhaben.

## Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, soweit nichts Anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors bzw. der Autoren sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- AEBI-MÜLLER REGINA E. Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005
- ANTHAMATTEN-BÜCHI SYLVIA / STAUB ROGER / VASELLA DAVID Sport & Immaterialgüterrecht, in: Kleiner Jan/Baddeley Margareta/Arter Oliver (Hrsg.), Sportrecht – Band II, Schwerpunkte: Sicherheit und Haftpflicht, Kartell- und Immaterialgüterrecht, Streitschlichtung, Bern 2018, S. 218 ff.
- BAERISWYL BRUNO Big Data zwischen Anonymisierung und Re-Individualisierung, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 45 ff. (zit. BAERISWYL, Anonymisierung)
- BAERISWYL BRUNO «Big Data» ohne Datenschutz-Leitplanken, digma 2013, S. 14 ff. (zit. BAERISWYL, digma 2013)
- Baeriswyl Bruno / Pärli Kurt (Hrsg.) Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar, Bern 2015 (zit. SHK DSG-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- BAINBRIDGE DAVID I. Intellectual Property, 10. Aufl., Harlow (England)/New York 2018
- BAUER HANNES / FUHR ALFRED / HEYNIKE FRANCOIS / SCHÖNHAGEN LEO-  
NIE Risikofeststellung Dateneigentum, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 15 ff.
- BECKER MAXIMILIAN Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 4/2017, S. 170 ff. (zit. BECKER, JZ 2017)

© Der/die Autor(en) 2020

K. J. Schmidt, *Datenschutz als Vermögensrecht*, Juridicum – Schriften zum Medien-, Informations- und Datenrecht,  
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-30797-4>

- BECKER MAXIMILIAN      Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz für Daten, GRUR 2017, S. 346 ff. (zit. BECKER, GRUR 2017)
- BERANEK ZANON NICOLE      Big Data und Datensicherheit, in: Weber Rolf H./Thouvenin Florent (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 85 ff.
- BERBERICH MATTHIAS /  
GOLLA SEBASTIAN      Zur Konstruktion eines «Dateneigentums» - Herleitung, Schutzrichtung, Abgrenzung, PinG 2016, S. 165 ff. (zit. BERBERICH/GOLLA, PinG 2016)
- BERGAMELLI MANUEL      Die Auswirkung der neuen DSGVO auf die Schweiz, Jusletter vom 30. April 2018 (zit. BERGAMELLI, Jusletter vom 30.04.2018)
- BERGER CHRISTIAN      Verkehrsfähigkeit «Digitaler Güter», Zur Dogmatik der Verkehrsfähigkeit von Rechten, ZGE 8 (2016), S. 170 ff. (zit. BERGER, ZGE 2016)
- BERGER CHRISTIAN      Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen 1998
- BISGES MARCEL      Personendaten, Wertzuordnung und Ökonomie, Kein Vergütungsanspruch Betroffener für die Nutzung von Personendaten, MMR 2017, S. 301 ff. (zit. BISGES, MMR 2017)
- BOEHME-NEBLER VOLKER      Das Ende der Anonymität, Wie Big Data das Datenschutzrecht verändert, DuD 2016, S. 419 ff. (zit. BOEHME-NEBLER, DuD 2016)
- BRÄUTIGAM PETER      Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken, MMR 2012, S. 635 ff. (zit. BRÄUTIGAM, MMR 2012)
- BROCKER MANFRED      Arbeit und Eigentum, Der Paradigmenwechsel in der neuzeitlichen Eigentumstheorie, Darmstadt 1992
- BUCHER EUGEN      Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR BT)

- BUCHER EUGEN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)
- BUCHER EUGEN / AEBI-MÜLLER REGINA Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017
- BÜCHLER ANDREA Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern, AcP 206 (2006), S. 300 ff. (zit. BÜCHLER, AcP 2006)
- Büchler Andrea / Jakob Dominique (Hrsg.) Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- BUCHNER BENEDIKT Datenschutz im vernetzten Automobil, DuD 2015, S. 372 ff. (zit. BUCHNER, DuD 2015)
- BUCHNER BENEDIKT Eigentumsrechte an persönlichen Daten?, in: Redeker Helmut/Hoppen Peter (Hrsg.), DGRI Jahrbuch 2011, Köln 2012, S. 53 ff. (zit. BUCHNER, DGRI 2011)
- BUCHNER BENEDIKT Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006 (zit. BUCHNER, Informationelle Selbstbestimmung)
- BUCHNER BENEDIKT / KÜHLING JÜRGEN Die Einwilligung in der Datenschutzordnung 2018, DuD 2017, S. 544 ff. (zit. BUCHNER/KÜHLING, DuD 2017)
- BULL HANS PETER Sinn und Unsinn des Datenschutzes, Tübingen 2015
- CHROBAK LENNART Proprietary Rights in Digital Data?, Normative Perspectives and Principles of Civil Law, in: Bakhom Mor/Conde Gallego Beatriz/Mackenrodt Mark-Oliver/Surblyte-Namaviciene Gintare (Hrsg.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Towards a Holistic Approach?, Berlin 2018, S. 253 ff.

- CICHOCKI MICHAL      Big Data und Datenschutz: Ausgewählte Aspekte, Jusletter IT vom 21. Mai 2015 (zit. CICHOCKI, Jusletter IT vom 21.05.2015)
- COOTER ROBERT / ULEN THOMAS      Law and Economics, 6. Aufl., Berkeley 2016
- DATTA AMIT / KLEIN URS ALBRECHT      Kostenlose Apps – eine vertragsrechtliche Analyse: Warum werbefinanzierte Gratis-Apps nicht verschenkt werden, CR 2017, S. 174 ff. (zit. DATTA/KLEIN, CR 2017)
- DATTA AMIT / KLEIN URS ALBRECHT      Vertragsstrukturen beim Erwerb kostenloser Apps, Der App-Anbieter als Vertragspartner des Nutzers, CR 2016, S. 587 ff. (zit. DATTA/KLEIN, CR 2016)
- DETERMANN LOTHAR      Gegen Eigentumsrechte an Daten, Warum Gedanken und andere Informationen frei sind und es bleiben sollten, ZD 2018, S. 503 ff. (zit. DETERMANN, ZD 2018)
- DORNER MICHAEL      Big Data und «Dateneigentum», Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, S. 617 ff. (zit. DORNER, CR 2014)
- DREXL JOSEF      Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz – Teil 1, NZKart 2017, S. 339 ff. (zit. DREXL, NZKart 2017, Teil 1)
- DREXL JOSEF      Neue Regeln für die Europäische Datenwirtschaft? Ein Plädoyer für einen wettbewerbspolitischen Ansatz – Teil 2, NZKart 2017, S. 415 ff. (zit. DREXL, NZKart 2017, Teil 2)

- DREXL JOSEF / HILTY  
RETO M. / DESAUNETTES  
LUC / GREINER FRAN-  
ZISKA / KIM DARIA / RICH-  
TER HEIKO / SURBLYTE  
GINTARE / WIEDEMANN  
KLAUS
- Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten, Positionspapier des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb vom 16. August 2016 zur aktuellen europäischen Debatte (zit. DREXL et al., Positionspapier MPI 2016, Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte an Daten)
- DRUEY JEAN NICOLAS
- Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995
- DRUSCHEL JOHANNES /  
LEHMANN MICHAEL
- Ein digitaler Binnenmarkt für digitale Güter, CR 2016, S. 244 ff. (zit. DRUSCHEL/LEHMANN, CR 2016)
- DUISBERG ALEXANDER
- Datenhoheit und Recht des Datenbankherstellers – Recht am Einzeldatum vs. Rechte an Datensammlungen, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 53 ff.
- ECKERT MARTIN
- Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 245 ff. (zit. ECKERT, SJZ 2016, Daten als Sache)
- ECKERT MARTIN
- Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016, S. 265 ff. (zit. ECKERT, SJZ 2016, Besitz und Eigentum)
- EGGERS WILLIAM D. / HA-  
MILL ROB / ALI ABED
- Data as the new currency, Deloitte Review 13/2013, S. 18 ff.
- EIDENMÜLLER HORST
- Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015
- EISFELD JENS
- Der Begriff der Persönlichkeit in der Urheberrechtstheorie des 19. Jahrhunderts, ZGE 2014, S. 106 ff. (zit. EISFELD, ZGE 2014)

- ENGELS BARBARA      Datenschutzpräferenzen von Jugendlichen in Deutschland, *IW-Trends* 2/2018, abrufbar unter [https://www.iwkoeln.de/fileadmin/user\\_upload/Studien/IW-Trends/PDF/2018/IW-Trends\\_2018-02-02\\_Datenschutzpräferenzen\\_Engels.pdf](https://www.iwkoeln.de/fileadmin/user_upload/Studien/IW-Trends/PDF/2018/IW-Trends_2018-02-02_Datenschutzpräferenzen_Engels.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. ENGELS, *IW-Trends* 2/2018)
- EPINEY ASTRID      Big Data und Datenschutzrecht: Gibt es einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf?, *Jusletter IT* vom 21. Mai 2015 (zit. EPINEY, *Jusletter IT* vom 21.05.2015)
- ESKEN SASKIA      Dateneigentum und Datenhandel, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), *Dateneigentum und Datenhandel*, Berlin 2019, S. 73 ff.
- FAUST FLORIAN      Ausschliesslichkeitsrecht an Daten?, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), *Dateneigentum und Datenhandel*, Berlin 2019, S. 85 ff.
- FEZER KARL-HEINZ      Digitales Dateneigentum – ein grundrechtsdemokratisches Bürgerrecht in der Zivilgesellschaft, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), *Dateneigentum und Datenhandel*, Berlin 2019, S. 101 ff. (zit. FEZER, *Digitales Dateneigentum*)
- FEZER KARL-HEINZ      Repräsentatives Dateneigentum, Ein zivilgesellschaftliches Bürgerrecht, Studie im Auftrag der Konrad-Adenauer-Stiftung e. V. zum Thema «Einführung eines besonderen Rechts an Daten», Sankt Augustin/Berlin 2018 (zit. FEZER, *Repräsentatives Dateneigentum*)
- FEZER KARL-HEINZ      Dateneigentum der Bürger, Ein originäres Immaterialgüterrecht sui generis an verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger, *ZD* 3/2017, S. 99 ff. (zit. FEZER, *ZD* 2017)
- FEZER KARL-HEINZ      Dateneigentum, Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten, *MMR* 1/2017, S. 3 ff. (zit. FEZER, *MMR* 2017)

- FLÜCKIGER ALEXANDRE L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP 2013, S. 837 ff. (zit. FLÜCKIGER, AJP 2013)
- FORKEL HANS Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, S. 491 ff. (zit. FORKEL, GRUR 1988)
- FURRER ANDREAS / MÜLLER-CHEN MARKUS Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. ... N ...)
- GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014
- GOLDHAMMER MICHAEL Geistiges Eigentum und Eigentumstheorie, Tübingen 2012
- GÖTTING HORST-PETER Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995
- GRÜTZMACHER MALTE Dateneigentum – ein Flickenteppich, CR 2016, S. 485 ff. (zit. GRÜTZMACHER, CR 2016)
- HAAS RAPHAËL Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung ohne Widerrufsmöglichkeit?, Jusletter vom 15. November 2010 (zit. HAAS, Jusletter vom 15.11.2010)
- HAAS RAPHAËL Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. HAAS, Einwilligung)
- HÄRTING NIKO Digital Goods und Datenschutz – Daten sparen oder monetarisieren?, CR 11/2016, S. 735 ff. (zit. HÄRTING, CR 11/2016)
- HÄRTING NIKO «Dateneigentum» - Schutz durch Immaterialgüterrecht?, CR 10/2016, S. 646 ff. (zit. HÄRTING, CR 10/2016)

- HAUCK RONNY / HOFMANN FRANZ / ZECH HERBERT  
Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, ZGE 8 (2016), S. 141 ff.
- HAUSHEER HEINZ / AEBI-MÜLLER REGINA E.  
Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016
- HEINEMANN ANDREAS  
Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002
- HERMSTRÜWER YOAN  
Informationelle Selbstgefährdung, Tübingen 2016
- HESS-ODONI URS  
Die Herrschaftsrechte an Daten, Jusletter vom 17. Mai 2004 (zit. HESS-ODONI, Jusletter vom 17.05.2004)
- HEUN SVEN-ERIK / ASSION SIMON  
Internet(recht) der Dinge, Zum Aufeinandertreffen von Sachen- und Informationsrecht, CR 2015, S. 812 ff. (zit. HEUN/ASSION, CR 2015)
- HEYMANN THOMAS  
Rechte an Daten, Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, S. 650 ff. (zit. HEYMANN, CR 2016)
- HEYMANN THOMAS  
Der Schutz von Daten bei der Cloud Verarbeitung, CR 2015, S. 807 ff. (zit. HEYMANN, CR 2015)
- HOEREN THOMAS  
Datenbesitz statt Dateneigentum, Erste Ansätze zur Neuausrichtung der Diskussion um die Zuordnung von Daten, MMR 2019, S. 5 ff. (zit. HOEREN, MMR 2019)
- HOEREN THOMAS  
Dateneigentum, Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, S. 486 ff. (zit. HOEREN, MMR 2013)
- HOEREN THOMAS / VÖLKEL JONAS  
Eigentum an Daten, in: Hoeren Thomas (Hrsg.), Big Data und Recht, München 2014, S. 11 ff.

- HOFMANN FRANZ Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht?, Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung, GRUR 2018, S. 21 ff. (zit. HOFMANN, GRUR 2018)
- HOFMANN FRANZ Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen, 2017 (zit. HOFMANN, Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf)
- HOFMANN FRANZ The economic part of the right to personality as an intellectual property right?, ZGE 2010, S. 1 ff. (zit. HOFMANN, ZGE 2010)
- HOFMANN HENNING Richtlinie Digitale Inhalte – Schuldrechtliche Kontextualisierung von Daten als Wirtschaftsgut, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 161 ff. (zit. HOFMANN, Richtlinie Digitale Inhalte)
- Honsell Heinrich (Hrsg.) Kurzkomentar Obligationenrecht, Basel 2014 (zit. KUKO OR-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- Geiser Thomas / Fountoulakis Christiana (Hrsg.) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- Geiser Thomas / Wolf Stephan (Hrsg.) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- Widmer Lüchinger Corinne / Oser David (Hrsg.) Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- HOPPEN PETER Sicherung von Eigentumsrechten an Daten, Technisch basierte Anmerkungen zur Rechtsentwicklung, CR 2015, S. 802 ff. (zit. HOPPEN, CR 2015)
- HORNUNG GERRIT Verfügungsrechte an fahrzeugbezogenen Daten: Das vernetzte Automobil zwischen innovativer Wertschöpfung und Persönlichkeitsschutz, DuD 2015, S. 359 ff. (zit. HORNUNG, DuD 2015)

- HORNUNG GERRIT / GOEBLE THILO «Data Ownership» im vernetzten Automobil, CR 2015, S. 265 ff. (zit. HORNUNG/GOEBLE, CR 2015)
- HORNUNG GERRIT / HOFMANN KAI Handlungsempfehlungen, in: Hornung Gerrit (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, Datenhoheit – Verantwortlichkeit – rechtliche Grenzen der Vernetzung, Baden-Baden 2018, S. 213 ff.
- HUGENHOLTZ P. BERNT Data Property in the System of Intellectual Property Law: Welcome Guest or Misfit?, in: Lohsse Sebastian/Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, Baden-Baden 2017, S. 75 ff.
- HUGUENIN CLAIRE Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019
- HÜRLIMANN DANIEL / ZECH HERBERT Rechte an Daten, sui-generis 2016, S. 89 ff. (zit. HÜRLIMANN/ZECH, sui-generis 2016)
- HUSI-STÄMPFLI SANDRA Die DSGVO-Revision oder: Ein Beziehungsdrama in drei Akten, Jusletter vom 7. Mai 2018 (zit. HUSI-STÄMPFLI, Jusletter vom 07.05.2018)
- INDERKUM MATTHIAS Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus Persönlichkeitsverletzung, Zürich/Basel/Genf 2008
- JENTZSCH NICOLA Datenhandel und Datenmonetarisierung: Ein Überblick, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 177 ff. (zit. JENTZSCH, Datenhandel und Datenmonetarisierung)

- JENTZSCH NICOLA      Dateneigentum – eine gute Idee für die Datenökonomie?, Berlin 2018, abrufbar bei der Stiftung Neue Verantwortung unter [https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/nicola\\_jentzsch\\_dateneigentum.pdf](https://www.stiftung-nv.de/sites/default/files/nicola_jentzsch_dateneigentum.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. JENTZSCH, Dateneigentum)
- JENTZSCH NICOLA / PREL-      Study on monetizing privacy. An economic model for pricing  
BUSCH SÖREN / HARASSER      personal information, 2012, abrufbar unter  
ANDREAS      <https://www.enisa.europa.eu/publications/monetising-privacy>  
(zuletzt besucht am 05.07.2019)
- KAISER MARKUS / RÜE-      Immaterialgüterrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen  
TSCHI DAVID      2018
- KARIKARI BERNARD A.      Big Data in der Automobilindustrie, Die Erhebung von Fahrzeug-  
funktionsdaten als Rechtsproblem, Frankfurt am Main 2018
- KERBER WOLFGANG      Rights on Data: The EU Communication ‘Building a European  
Data Economy’ from an Economic Perspective, in: Lohsse Sebastian/Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk (Hrsg.), Trading Data in  
the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, Baden-Baden  
2017, S. 109 ff. (zit. KERBER, Rights on Data)
- KERBER WOLFGANG      Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer  
Law, and Data Protection, GRUR Int. 2016, S. 639 ff. (zit. KER-  
BER, GRUR Int. 2016-1)
- KERBER WOLFGANG      A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An  
Economic Analysis, GRUR Int. 2016, S. 989 ff. (zit. KERBER,  
GRUR Int. 2016-2)

- KILIAN WOLFGANG      Angriff auf die Privatsphäre, Wie der Staat unsere Daten schützen kann, FAZ vom 04.07.2014 (abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/vom-recht-auf-die-eigenen-daten-13025525.html>, zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. KILIAN, FAZ)
- KILIAN WOLFGANG      Personenbezogene Daten als schuldrechtliche Gegenleistung, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 191 ff. (zit. KILIAN, Gegenleistung)
- KILIAN WOLFGANG      Personal Data: The Impact of Emerging Trends in the Information Society. How the marketability of personal data should affect the concept of data protection law, CRi 2012, S. 169 ff. (zit. KILIAN, CRi 2012)
- KLÄVER MAGDALENE      Bereicherungsrechtliche Ansprüche bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Hamburg 1999
- KÜHLING JÜRGEN      What to do with OTT? – Die Regulierung von Gmail, WhatsApp & Co. de lege ferenda, in: Körber Torsten/Kühling Jürgen (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Baden-Baden 2017, S. 165 ff.
- KÜHLING JÜRGEN / KLAR MANUEL      Unsicherheitsfaktor Datenschutzrecht – Das Beispiel des Personenbezugs und der Anonymität, NJW 2013, S. 3611 ff. (zit. KÜHLING/KLAR, NJW 2013)
- LADEUR KARL-HEINZ      Recht – Wissen – Kultur, Die fragmentierte Ordnung, Berlin 2016 (zit. LADEUR, Fragmentierte Ordnung)
- LADEUR KARL-HEINZ      Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken, DuD 2000, S. 12 ff. (zit. LADEUR, DuD 2000)
- LANGHANKE CARMEN      Daten als Leistung, Tübingen 2018

- LANGHANKE CARMEN / SCHMIDT-KESSEL MARTIN Consumer Data as Consideration, EuCML 6/2015, S. 218 ff. (zit. LANGHANKE/SCHMIDT-KESSEL, EuCML 2015)
- LOCKE JOHN The Works of John Locke in Nine Volumes, reprint of the 1794 edition, Volume IV, London 1997
- MARBACH EUGEN / DUCREY PATRIK / WILD GREGOR Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2017
- Maurer-Lambrou Urs / Blechta Gabor-Paul (Hrsg.) Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK DSGVO-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- METZGER AXEL Digitale Mobilität – Verträge über Nutzerdaten, GRUR 2019, S. 129 ff. (zit. METZGER, GRUR 2019)
- METZGER AXEL Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), S. 817 ff. (zit. METZGER, AcP 2016)
- MORIK KATHARINA Daten – wem gehören sie, wer speichert sie, wer darf auf sie zugreifen?, in: Morik Katharina/Krämer Walter (Hrsg.), Daten – Wem gehören sie, wer speichert sie, wer darf auf sie zugreifen?, Paderborn 2018, S. 15 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizer Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK OR-MÜLLER, Art. ... N ...)
- NAUMER HANS-JÖRG Dateneigentum statt Datenkapitalismus, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 233 ff.
- NEUENSCHWANDER PETER K. / OESCHGER SIMON Daten im Konkurs, Jusletter IT Flash vom 11. Dezember 2017 (zit. NEUENSCHWANDER/OESCHGER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017)

- NIRK RUDOLF / ULLMANN EIKE / METZGER AXEL Patentrecht, mit Gebrauchsmuster- und Sortenschutzrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2018
- OHLY ANSGAR «Volenti non fit iniuria», Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002
- PAAL BORIS P. Datenschutz – Regulierung – Wettbewerb: Online-Plattformen als Referenzgebiet, in: Körber Torsten/Kühling Jürgen (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Baden-Baden 2017, S. 143 ff.
- PEARCE HENRY Personality, Property and Other Provocations, EDPL 2018, S. 190 ff. (zit. PEARCE, EDPL 2018)
- PEUKERT ALEXANDER Die Gemeinfreiheit, Tübingen 2012 (zit. PEUKERT, Gemeinfreiheit)
- PEUKERT ALEXANDER Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008 (zit. PEUKERT, Güterzuordnung)
- PICHT PETER GEORG Dateneigentum und Datenzugang, Schutz von Geschäftsgeheimnissen als Alternative?, Jusletter IT Flash vom 11. Dezember 2017 (zit. PICHT, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017)
- POSNER RICHARD A. Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014
- RADLANSKI PHILIP Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen 2016
- REHBINDER MANFRED / VIGANÒ ADRIANO URG Kommentar, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte mit ausführenden Verordnungen, Nebengesetzen, zwischenstaatlichen Verträgen (insbesondere WIPO- und TRIPS-Abkommen, RBÜ und Rom-Abkommen), weiteren Materialien sowie Sachregister, 3. Aufl., Zürich 2008 (zit. OFK URG-REHBINDER/VIGANÒ, Art. ... N ...)

- RICHTER HEIKO / HILTY  
RETO M. Die Hydra des Dateneigentums – eine methodische Betrachtung,  
in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhan-  
del, Berlin 2019, S. 241 ff.
- RIEHM THOMAS Dateneigentum – Schutz nach allgemeinem Zivilrecht, in: Hor-  
nung Gerrit (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, Baden-Baden  
2018, S. 73 ff.
- RIESENHUBER KARL Eine «Daten-GEMA»? Zur kollektiven Wahrnehmung von Da-  
tenschutzrechten nach dem Modell urheberrechtlicher Verwer-  
tungsgesellschaften, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 8 ff. (zit.  
RIESENHUBER, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018)
- ROGOSCH PATRICIA MA- Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Baden-Baden 2013  
RIA
- ROSENTHAL DAVID Personendaten ohne Identifizierbarkeit?, digma 2017, S. 198 ff.  
(zit. ROSENTHAL, digma 2017)
- Rosenthal David / Jöhri Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausge-  
Yvonne (Hrsg.) wählten Bestimmungen, 2. Aufl., Zürich 2008 (zit. HK DSGVO-RO-  
SENTHAL/JÖHRI, Art. ... N ...)
- RUDIN BEAT Digitalisierung braucht mehr als Feigenblätter, digma 2/2018,  
S. 66 f. (zit. RUDIN, digma 2/2018)
- RUDIN BEAT Nun braucht es den zweiten Schritt, digma 1/2018, S. 24 ff. (zit.  
RUDIN, digma 1/2018)
- SATTLER ANDREAS Autonomie oder Heteronomie – Welchen Weg geht das Daten-  
schuldrecht?, in: Ochs Carsten/Friedewald Michael/Hess  
Thomas/Lamla Jörn (Hrsg.), Forum Privatheit – Die Zukunft der  
Datenökonomie, Wiesbaden 2019, S. 215 ff. (zit. SATTLER, Da-  
tenschuldrecht)

- SATTLER ANDREAS      Personenbezug als Hindernis des Datenhandels, in: Pertot Tereza (Hrsg.), Rechte an Daten, Tübingen 2020, S. 49 ff. (zit. SATTLER, Personenbezug)
- SATTLER ANDREAS      Proposal for a two-tier interpretation of Art. 6 I GDPR, in: Lohsse Sebastian/Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk (Hrsg.), Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?, 5<sup>th</sup> Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V, erscheint demnächst (zit. SATTLER, Proposal (erscheint demnächst))
- SATTLER ANDREAS      From Personality to Property? – Revisiting the Fundamentals of the Protection of Personal Data, in: Bakhom Mor/Gallego Beatriz Conde/Mackenrodt Mark-Oliver/Surblytë-Namavicine Gintare (Hrsg.), Personal Data in Competition, Consumer Protection an IP Law – Towards a Holistic Approach?, Berlin 2018, S. 27 ff. (zit. SATTLER, Personality)
- SATTLER ANDREAS      Auf Kollisionskurs – Datenschutz und Schuldrecht. Ein Gastbeitrag im Rahmen der Artikelreihe «Disconnecting Frameworks» in Kooperation mit der PinG, Telemedicus vom 4. Dezember 2017, abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/article/3247-Auf-Kollisionskurs-Datenschutz-und-Schuldrecht.html>, (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. SATTLER, Telemedicus 04.12.2017)
- SATTLER ANDREAS      Emanzipation personenbezogener Daten?, in: GRUR-Newsletter 01/2017, S. 7 f., abrufbar unter [http://www.grur.org/uploads/media/2017-01\\_GRUR\\_Newsletter.pdf](http://www.grur.org/uploads/media/2017-01_GRUR_Newsletter.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. SATTLER, GRUR-Newsletter 01/2017)
- SATTLER ANDREAS      Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, S. 1036 ff. (zit. SATTLER, JZ 2017)

- SCHACK HAIMO Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, in: Depenheuer Otto/Peifer Klaus-Nikolaus (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, Berlin/Heidelberg 2008, S. 123 ff.
- SCHÄFER ANDREAS Die ökonomische Analyse des Rechts, Historie, Grundlagen und Methodik, Berlin 2017
- SCHÄFER HANS-BERND / OTT CLAUS Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin 2012
- SCHEUCH ALEXANDER Eckpunkte der rechtlichen Behandlung von Daten, in: Morik Katharina/Krämer Walter (Hrsg.), Daten – Wem gehören sie, wer speichert sie, wer darf auf sie zugreifen?, Paderborn 2018, S. 49 ff.
- SCHMID ALAIN / SCHMIDT KIRSTEN JOHANNA / ZECH HERBERT Rechte an Daten – Zum Stand der Diskussion, sic! 11/2018, S. 627 ff. (zit. SCHMID/SCHMIDT/ZECH, sic! 11/2018)
- SCHMIDLIN BRUNO Art. 23-31 OR, Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013 (zit. SCHMIDLIN, BK OR ... N ...)
- SCHMIDT KIRSTEN JOHANNA Datenschutz und Big Data – Ein Spannungsverhältnis, in: Maute Lena/Mackenrodt Mark-Oliver (Hrsg.), Recht als Infrastruktur für Innovation, GRUR Junge Wissenschaft München 2018, Baden-Baden 2019, S. 265 ff. (zit. SCHMIDT, Spannungsverhältnis)
- SCHMIDT KIRSTEN JOHANNA Die datenschutzrechtliche Einwilligung – Ein Instrument zur Kommerzialisierung, aber keine Verfügung, GRUR Newsletter 2/2018, S. 14 ff., abrufbar unter [http://www.grur.org/uploads/media/2018-02\\_GRUR\\_Newsletter.pdf](http://www.grur.org/uploads/media/2018-02_GRUR_Newsletter.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. SCHMIDT, GRUR Newsletter 2/2018)

- SCHMIDT KIRSTEN JOHANNA / ZECH HERBERT Datenbankherstellerschutz für Rohdaten?, CR 7/2017, S. 417 ff. (zit. SCHMIDT/ZECH, CR 2017)
- SCHNEIDER JENS-PETER Innovationsoffene Regulierung datenbasierter Dienste in der Informationsgesellschaft. Datenschutz, Regulierung, Wettbewerb, in: Körber Torsten/Kühling Jürgen (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Baden-Baden 2017, S. 113 ff.
- SCHÖNENBERGER WILHELM / JÄGGI PETER Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Zürich 1973 (zit. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. ... N ...)
- SCHULZ SÖNKE E. Wie lässt sich Dateneigentum konstruieren und was spricht für und gegen ein solches Recht?, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 287 ff.
- SCHWARTMANN ROLF / HENTSCH CHRISTIAN-HENNER Parallelen aus dem Urheberrecht für ein neues Datenverwertungsrecht, PinG 2016, S. 117 ff. (zit. SCHWARTMANN/HENTSCH, PinG 2016)
- SCHWEITZER HEIKE Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen, in: Körber Torsten/Kühling Jürgen (Hrsg.), Regulierung – Wettbewerb – Innovation, Baden-Baden 2017, S. 269 ff.
- SCHWEITZER HEIKE / PEITZ MARTIN Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?, NJW 5/2018, S. 275 ff. (zit. SCHWEITZER/PEITZ, NJW 5/2018)
- SCHWEITZER HEIKE / PEITZ MARTIN Datenmärkte in der digitalisierten Wirtschaft: Funktionsdefizite und Regelungsbedarf?, Discussion Paper No. 17-043 vom 18. Oktober 2017 des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH, abrufbar unter <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp17043.pdf> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. SCHWEITZER/PEITZ, Discussion Paper)

- SCHWENZER INGEBORG Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016
- SEARLE NICOLA / BRASSELL MARTIN Economic Approaches to Intellectual Property, Oxford 2016
- SPECHT LOUISA Diktat der Technik, Regulierungskonzepte technischer Vertragsinhaltsgestaltung am Beispiel von Bürgerlichem Recht und Urheberrecht, Baden-Baden 2019 (zit. SPECHT, Diktat der Technik)
- SPECHT LOUISA Rechte an Daten – Regulierungsbedarf aus Sicht des Verbraucherschutzes, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 301 ff. (zit. SPECHT, Regulierungsbedarf)
- SPECHT LOUISA Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, Briner Robert G./Funk Axel (Hrsg.), DGRI-Jahrbuch 2017, Köln 2018, S. 35 ff. (zit. SPECHT, DGRI 2017)
- SPECHT LOUISA Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht, GRUR Int. 2017, S. 1040 ff. (zit. SPECHT, GRUR Int. 2017)
- SPECHT LOUISA «Bezahlen mit Daten» - mögliche Auswirkungen des Richtlinienvorschlags über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte auf das nationale Vertrags- und Datenschutzrecht, ODW 2017, S. 121 ff. (zit. SPECHT, ODW 2017)
- SPECHT LOUISA Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, S. 763 ff. (zit. SPECHT, JZ 2017)

- SPECHT LOUISA                    Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen. Eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung, CR 2016, S. 288 ff. (zit. SPECHT, CR 2016)
- SPECHT LOUISA                    Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels, Köln 2012 (zit. SPECHT, Konsequenzen der Ökonomisierung)
- SPECHT LOUISA / BIENE-        Zur Zukunft der datenschutzrechtlichen Einwilligung, K & R  
MANN LINDA                    Beilage 1 zu Heft 9/2018, S. 22 f. (zit. SPECHT/BIENEMANN, K & R Beilage 1 zu Heft 9/2018)
- SPECHT LOUISA / ROHMER        Zur Rolle des informationellen Selbstbestimmungsrechts bei der  
REBECCA                    Ausgestaltung eines möglichen Ausschließlichkeitsrechts an Daten, PinG 2016, S. 127 ff. (zit. SPECHT/ROHMER, PinG 2016)
- SPINDLER GERALD                Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet, GRUR-Bei-  
lage 1/2014, S. 101 ff. (zit. SPINDLER, GRUR-Beilage 1/2014)
- THOUVENIN FLORENT            Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung  
des Eigentumsbegriffs, SJZ 113/2017, S. 21 ff. (zit. THOU-  
VENIN, SJZ 113/2017)
- THOUVENIN FLORENT            Erkennbarkeit und Zweckbindung: Grundprinzipien des Daten-  
schutzes auf dem Prüfstand von Big Data, in: Weber Rolf  
H./Thouvenin Florent (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Ge-  
genseitige Herausforderungen, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 61 ff.  
(zit. THOUVENIN, Erkennbarkeit und Zweckbindung)
- THOUVENIN FLORENT /        Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung, SZW 2017,  
FRÜH ALFRED / LOMBARD        S. 25 ff. (zit. THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, SZW 2017)  
ALEXANDRE

- THOUVENIN FLORENT / WEBER ROLF H. Zum Bedarf nach einem Dateneigentum, Jusletter IT Flash vom 11. Dezember 2017 (zit. THOUVENIN/WEBER, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017)
- UHLIG KAI-PETER Persönlichkeitsrecht im Film, AJP 2013, S. 327 ff. (zit. UHLIG, AJP 2013)
- UNSELD FLORIAN Die Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten, GRUR 2011, S. 982 ff. (zit. UNSELD, GRUR 2011)
- UNSELD FLORIAN Die Kommerzialisierung personenbezogener Daten, München 2010 (zit. UNSELD, Kommerzialisierung)
- VASELLA DAVID Revision des DSGVO: Entwurf und Botschaft veröffentlicht, swissblawg vom 15.09.2017, abrufbar unter [swissblawg.ch/2017/09/entwurf-des-datenschutzgesetzes.html](http://swissblawg.ch/2017/09/entwurf-des-datenschutzgesetzes.html) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. VASELLA, swissblawg)
- VASELLA DAVID Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter vom 16. November 2015 (zit. VASELLA, Jusletter vom 16.11.2015)
- VON ARX IVO Grundrechtlicher Eigentumsschutz, Eine rechtsvergleichende Studie, Zürich 2011
- VON BRAUN JOACHIM / ABRESCH VICKI Ökonomie des Wandels: Die Rolle von IKTs und Big Data für wirtschaftliche Transformation und Entwicklung, in: Morik Katharina/Krämer Walter (Hrsg.), Daten – Wem gehören sie, wer speichert sie, wer darf auf sie zugreifen?, Paderborn 2018, S. 143 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR / KESSLER FRANZ J. / ANGSTMANN LUCA Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie, SJZ 114/2018, S. 337 ff. (zit. VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, SJZ 114/2018)

- VON LEWINSKI KAI Wert von personenbezogenen Daten, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 209 ff. (zit. VON LEWINSKI, Wert von personenbezogenen Daten)
- VON LEWINSKI KAI Die Matrix des Datenschutzes, 2014 (zit. VON LEWINSKI, Matrix des Datenschutzes)
- VON TUHR ANDREAS / PE-TER HANS Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979
- WANDTKE ARTUR-AXEL Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, Diskussion des «Warencharakters» von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht, MMR 2017, S. 6 ff. (zit. WANDTKE, MMR 2017)
- WEBER ROLF H. Big Data: Herausforderungen für das Datenschutzrecht, in: Epiney Astrid/Nüesch Daniela (Hrsg.), Big Data und Datenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 1 ff. (zit. WEBER, Herausforderungen)
- WEBER ROLF H. Geldentschädigung als Rechtsfolge von Persönlichkeitsverletzungen?, medialex 2000, S. 75 ff. (zit. WEBER, medialex 2000)
- WEBER ROLF H. / CHROBAK Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, Jusletter vom 4. April 2016 (zit. WEBER/CHROBAK, Jusletter vom 04.04.2016)
- WEBER ROLF H. / OERTLY DOMINIC Aushöhlung des Datenschutzes durch De-Anonymisierung bei Big Data Analytics?, Jusletter IT vom 21. Mai 2015 (WEBER/OERTLY, Jusletter IT vom 21.05.2015)
- WEBER ROLF H. / SOMMERHALDER MARKUS Das Recht der personenbezogenen Information, Zürich/Basel/Genf 2007

- WEBER ROLF H. / THOUVENIN FLORENT Dateneigentum und Datenzugangsrechte – Bausteine der Informationsgesellschaft?, ZSR 2018, S. 43 ff. (zit. WEBER/THOUVENIN, ZSR 2018)
- WEBER ROLF H. / THOUVENIN FLORENT Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS), 22. Dezember 2017, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/big-data.html> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. WEBER/THOUVENIN, Datenportabilitätsrecht)
- WEICHERT THILO Big Data und Datenschutz – Chancen und Risiken einer neuen Form der Datenanalyse, ZD 6/2013, S. 251 ff. (zit. WEICHERT, ZD 2013)
- WEICHERT THILO Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, S. 1463 ff. (zit. WEICHERT, NJW 2001)
- WELLENHOFER MARINA Sachenrecht, 34. Auflage, München 2019 (zit. WELLENHOFER, § ... N ...)
- WENDEHORST CHRISTIANE Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy, in: Lohsse Sebastian/Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, Baden-Baden 2017, S. 327 ff. (zit. WENDEHORST, Data Economy)
- WERKMEISTER CHRISTOPH / BRANDT ELENA Datenschutzrechtliche Herausforderungen für Big Data, CR 2016, S. 233 ff. (zit. WERKMEISTER/BRANDT, CR 2016)
- WIEBE ANDREAS Schutz von Daten im Immaterialgüterrecht, in: Hornung Gerrit (Hrsg.), Rechtsfragen der Industrie 4.0, Baden-Baden 2018, S. 97 ff.

- ZECH HERBERT Die «Befugnisse des Eigentümers» nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 219 (2019), S. 488 ff. (zit. ZECH, AcP 2019)
- ZECH HERBERT Data as a tradeable commodity, in: de Franceschi Alberto (Hrsg.), European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution, Cambridge (UK) 2016, S. 51 ff. (zit. ZECH, Data as a tradeable commodity)
- ZECH HERBERT «Industrie 4.0» - Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, S. 1151 ff. (zit. ZECH, GRUR 2015)
- ZECH HERBERT Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem «Recht des Datenerzeugers». Gibt es für Anwenderdaten ein eigenes Vermögensrecht bzw. ein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht?, CR 2015, S. 137 ff. (zit. ZECH, CR 2015)
- ZECH HERBERT Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012 (zit. ZECH, Information als Schutzgegenstand)
- ZECH HERBERT / ANGER  
CHRISTIAN Die Zerstörung urheberrechtlich geschützter Werke, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 1149 ff.
- ZIMMER DANIEL Fragwürdiges Eigentum an Daten, in: Stiftung Datenschutz (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, S. 315 ff. (zit. ZIMMER, Fragwürdiges Eigentum)

- ZIMMER DANIEL      Property Rights Regarding Data?, in: Lohsse Sebastian/Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden 2017, S. 101 ff. (zit. ZIMMER, Property Rights)
- ZOLL FRYDERYK      Personal Data as Remuneration in the Proposal for the Directive on Supply of Digital Content, in Schulze Reiner/Staudenmayer Dirk/Lohsse Sebastian (Hrsg.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Baden-Baden 2017, S. 179 ff.

## Materialienverzeichnis

Arbeitsgruppe «Digitaler Neustart» der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder, Bericht vom 15. Mai 2017 unter Mitwirkung der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen (Federführung), Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig Holstein (zit. Bericht AG Digitaler Neustart)

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 18. August 2017, abrufbar unter [www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2014/Kommissionsbericht\\_SPK-N\\_14.434\\_2017-08-17.pdf](http://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2014/Kommissionsbericht_SPK-N_14.434_2017-08-17.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. Bericht SK NR vom 18.08.2017)

Bericht des Bundesrates «Auswirkungen der EU-Strategie für einen digitalen Binnenmarkt auf die Schweiz vom 7.12.2018, Bericht in Erfüllung des Postulats 16.3080 Vonlanthen vom 15.03.2016» (zit. Bericht BR digitaler Binnenmarkt)

BITKOM, Big Data im Praxiseinsatz, Berlin 2012, abrufbar unter [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM\\_LF\\_big\\_data\\_2012\\_online\(1\).pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_LF_big_data_2012_online(1).pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. BITKOM)

Botschaft des Bundesrates vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 413 ff. (zit. Botschaft DSG 1988)

Botschaft des Bundesrates vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff. (zit. Botschaft DSG 2017)

Botschaft des Bundesrates vom 19. Februar 2003 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung, BBl 2003 2101 ff. (zit. Botschaft DSG 2003)

Brand Valuation Forum, Zehn Grundsätze der monetären Markenbewertung, vom 27.02.2007, abrufbar unter <http://www.markenverband.de/kompetenzen/markenbewertung/brand-valuation-forum-grundsaeetze-der-monetaeren-markenbewertung/10%20Grundsaeetze%20der%20monetaeren%20Markenbewertung.pdf> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. BVF, Zehn Grundsätze der monetären Markenbewertung)

Bundesverband Deutscher Unternehmensberater e.V., Grundsätze ordnungsgemässer Markenbewertung, abrufbar unter [https://www.bdu.de/media/119762/grundsaeetze\\_markenbewertung.pdf](https://www.bdu.de/media/119762/grundsaeetze_markenbewertung.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. BDU, Grundsätze ordnungsgemässer Markenbewertung)

DIVSI Studie, Daten – Ware und Währung, Eine repräsentative Bevölkerungsbefragung des Instituts für Markt- und Politikforschung (dimap) im Auftrag des Deutschen Instituts für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI), Hamburg 2014, abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/11/DIVSI-Studie-Daten-Ware-Waeh-rung.pdf> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. DIVSI, Ware und Währung)

DIVSI Studie, Daten als Handelsware, Hamburg 2016, abrufbar unter <https://www.divsi.de/wp-content/uploads/2016/03/Daten-als-Handelsware.pdf> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. DIVSI, Daten als Handelsware)

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Telekommunikationsbereich, Grundsätze, abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/telekommunikation/telefonie/allgemeine-grundsaeetze.html> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. EDÖB, Telekommunikationsbereich, Grundsätze)

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Überblick Datenschutz, abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/ueberblick/datenschutz.html> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. EDÖB, Überblick Datenschutz)

Eidgenossischer Datenschutz- und Offentlichkeitsbeauftragter, 14. Tatigkeitsbericht 2006/2007 (zit. EDOB, TB 14)

Eidgenossischer Datenschutz- und Offentlichkeitsbeauftragter, 16. Tatigkeitsbericht 2008/2009 (zit. EDOB, TB 16)

European Commission, Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, Accompanying the document «Communication Building a European data economy», Brussel, 10.01.2017, SWD (2017) 2 final (zit. EU Kommission, Staff Working Document)

European Data Protection Supervisor, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspect concerning contracts for the supply of digital content, 14.3.2017, S. 7 f. (zit. EDSB, Opinion 4/2017)

Medienmitteilung der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 20. August 2015, Standeratskommission nach wie vor gegen vermehrte Mitsprache der Bundesversammlung bei Verordnungen des Bundesrates, abrufbar unter [www.parlament.ch/press-releases/Pages/2015/mm-spk-s-2015-08-20.aspx](http://www.parlament.ch/press-releases/Pages/2015/mm-spk-s-2015-08-20.aspx) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. Medienmitteilung SK SR vom 20.08.2015)

Medienmitteilung des Bundesrates «Den Datenschutz verbessern und den Wirtschaftsstandort stärken» vom 15.09.2017, abrufbar unter [www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref\\_2017-09-150.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref_2017-09-150.html) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. Medienmitteilung BR 15.09.2017)

Medienmitteilung des Bundesrates vom 15.09.2017, Den Datenschutz verbessern und den Wirtschaftsstandort stärken, abrufbar unter [www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref\\_2017-09-150.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2017/ref_2017-09-150.html) (24. April 2018). (zit. Medienmitteilung BR vom 15.09.2017)

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, 6.5.2015. COM (2015), 192 (final) (zit. Mitteilung EU Kommission, Digitaler Binnenmarkt)

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, «Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft», COM (2017) 9 final (zit. Mitteilung EU Kommission, Datenwirtschaft)

Monopolkommission, Sondergutachten 68, «Wettbewerbspolitik: Herausforderungen digitaler Märkte», 2015 (zit. Monopolkommission, Sondergutachten 68)

OECD, Data-Driven Innovation – Big Data for Growth and Well-Being, OECD Publishing, Paris 2015 (zit. OECD 2015)

OECD, Exploring the Economics of Personal Data, A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, OECD Digital Economy Papers, No 220, 2013 (zit. OECD 2013)

Parlamentarische Initiative 14.413, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, vom 21. März 2014, eingereicht von Daniel Vischer (zit. Parlamentarische Initiative «Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung»).

Parlamentarische Initiative 14.434, Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern, vom 20. Juni 2014, eingereicht von Fathi Derder (zit. Parlamentarische Initiative «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern»).

Stellungnahme 9/2016 des EDSB zu Systemen für das Personal Information Management (PIM) vom 20.10.2016.

Stellungnahme des Bundesrates vom 02.03.2018 zur Interpellation Nr. 17.4088 «Umsetzungsfragen zur EU-Datenschutz-Grundverordnung» vom 13.12.2017, eingereicht von Fiala Doris (zit. Stellungnahme des Bundesrates vom 02.03.2018)

Strategie des Bundesrates vom 5.09.2018 «Digitale Schweiz», abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/infosociety> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. Strategie Digitale Schweiz)

The Boston Consulting Group, The Value of Our Digital Identity, 2001, abrufbar unter <https://2zn23x1nwzzj494slw48aylw-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/06/The-Value-of-Our-Digital-Identity.pdf> (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. BCG)

Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten in der Europäischen Union, COM (2017) 495 final (zit. Vorschlag Verordnung freier Datenverkehr, COM (2017) 495 final)

Vorschlag vom 09.12.2015 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM(2015) 634 final (zit. Entwurf Digitale Inhalte-Richtlinie, COM(2015) 634 final)

World Economic Forum, Personal Data: The emergence of a New Asset Class, Genf 2011), abrufbar unter [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. WEF, Personal Data)

World Intellectual Property Organization, What is Intellectual Property?, WIPO Publication No. 450(E), abrufbar unter [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo\\_pub\\_450.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf) (zuletzt besucht am 05.07.2019) (zit. WIPO)