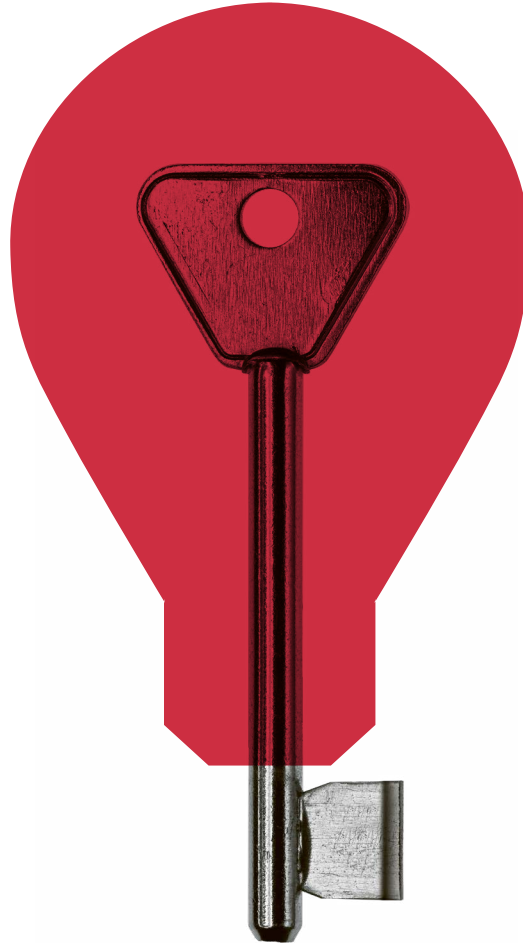


N

Monthly
Newsletter
October 2021

Intellectual Property
ICT

Schellenberg
Wittmer



Daten und Datenbanken: Rechtlicher Rahmen und Marktrelevanz

Lorenza Ferrari Hofer, Peter Georg Picht, Roland Mathys, David Mamane

Key Take-aways

- 1.** Schweizer Recht kennt kein Eigentum an Daten. Durch den Schutz des geistigen Eigentums und durch Verträge können jedoch ausschliessliche Nutzungsrechte an nicht-personenbezogenen Daten entstehen.
- 2.** Der Zugang zu Daten kann sich aus Immaterialgüter-, Datenschutz- und Kartellrecht ergeben; er ist nicht immer uneingeschränkt oder kostenlos. Das Schweizer Recht kennt keine spezifischen Regelungen für digitale Daten.
- 3.** Jede Bearbeitung und Übermittlung personenbezogener Daten unterliegt dem Datenschutz. Für jeden, der personenbezogene Daten bearbeitet, gilt eine strenge Verantwortung und Haftung.

1 Einführung

Daten und Datenbanken sind wesentliche Bestandteile unseres Wirtschaftslebens. Aus rechtlicher Sicht geht es darum, die Rechte an diesem "Rohstoff" zu sichern, Eigentums- und Ausschliesslichkeitsrechte daran zu nutzen und gleichzeitig zu erkennen, wo Grenzen diesbezüglich liegen.

Daten können personenbezogen sein und Personen identifizieren, oder nicht-personenbezogen sein und nur wegen ihres Inhalts wirtschaftlich wertvoll sein. Eine Kombination ist üblich.

Datentransaktionen, unter anderem der Zugang zu und die Verarbeitung von Daten, ihre Nutzung auf digitalen Plattformen und ihre grenzüberschreitende Übermittlung, müssen speziell geregelt werden. Im Zuge der Entwicklung von digitalen Technologien, Big Data und künstlicher Intelligenz haben die Gesetzgeber die Notwendigkeit eines Rechtsrahmens für die kommerzielle Nutzung von Daten anerkannt.

Nach Schweizer Recht kann kein vollwertiges Eigentum an Daten erworben werden.

2 Eigentum an Daten

Nach Schweizer Recht kann **kein vollwertiges Eigentum an Daten** erworben werden. Grundsätzlich darf jede Person, die rechtmässig Zugang zu Daten hat, diese auch nutzen. Eine gesetzliche Grundlage ist dafür nicht notwendig. Um den Herausforderungen des Umgangs mit Daten in der digitalen Gesellschaft gerecht zu werden, sieht das Schweizer Recht die Möglichkeit vor, faktische Eigentumsrechte an Daten zu erwerben oder ein gewisses Mass an Kontrolle über sie auszuüben. Rechte Dritter können den Zugang zu Daten einschränken.

Nach Schweizer Recht unterliegen **personenbezogene Daten** den strengen Bestimmungen des Datenschutzes, die den betroffenen Personen obligatorische Zugangs- und Nutzungsrechte einräumen.

Nicht-personenbezogene Daten (z.B. auch maschinell erzeugte Daten) werden durch eine Reihe von Normen geregelt, die ihren Inhabern eine Stellung einräumen, die einem Eigentumsrecht nahekommt. Im Zentrum stehen der Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen und der Leistungsschutz nach Art. 162 StGB sowie Art. 5 und 6 UWG. Darüber hinaus können weitere strafrechtliche Bestimmungen (bspw. die unbefugte Datenbeschaffung nach Art. 143 StGB und das unbefugte Eindringen in eine Datenverarbeitungsanlage nach Art. 143bis StGB) zur Anwendung gelangen. Die In-

haber nicht-personenbezogener Daten geniessen somit einen relativ weitgehenden Rechtsschutz.

Zudem können nicht-personenbezogene Daten Schutz als geistiges Eigentum, insbesondere als urheberrechtlich geschützte Werke geniessen. Dies kann bei Datenbanken, digitalen Werken und Software der Fall sein, wenn sie die Anforderungen des Urheberrechts erfüllen. Besonders kontrovers wird die rechtliche Diskussion um Daten geführt, die durch künstliche Intelligenz oder mathematische Methoden erzeugt werden, die bei der Lösung technischer Probleme wichtig und heute häufig von der Patentierbarkeit ausgeschlossen sind.

Die **Einführung eines Eigentumsrechts** an nicht-personenbezogenen Daten wird seit einiger Zeit diskutiert. Nach dem Bericht der Expertengruppe "Datenbearbeitung und Datensicherheit" vom 17. August 2018 hat sich der Bundesrat gegen ein Eigentumsrecht an Daten entschieden. Der Bundesrat zögert auch mit der Einführung eines Rechts "sui generis" an Datenbanken, wie es im EU-Recht existiert (Richtlinie 96/9/EG über den rechtlichen Schutz von Datenbanken).

3 Zugang zu Daten

Auch ohne vollwertiges Eigentum kann die **faktische Kontrolle** über Daten ein hohes Mass an Exklusivität und Schutz erzeugen. Dies wirft die Frage auf, ob, wann und wie das Gesetz nicht marktbeherrschenden Unternehmen und Individuen einen zwingenden Zugang zu Daten gewähren sollte. Solche Zugangsrechte können sich insbesondere aus dem Immaterialgüterrecht (bspw. Urheberrechtsbeschränkung für Big-Data-basierte Forschung, Art. 24d URG), aus dem Kartellrecht (vgl. Rechtsprechung i.S. Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), BVGer B-831/2011) oder aus dem Datenschutzrecht (bspw. Auskunftsrecht der betroffenen Person oder Recht auf Datenportabilität) ergeben.

Die zunehmende Durchsetzung datenbezogener Wettbewerbsvorschriften legt es nahe, dass datenkontrollierende Unternehmen, insbesondere wenn sie eine starke Marktposition innehaben, die Einhaltung ihrer Datenregelungen und der entsprechenden Vereinbarungen überprüfen. Die EU ist daran, mit ihren Gesetzen über digitale Märkte, digitale Dienste und Data Governance ("D-Paket") eine sektorspezifische Regulierung einzuführen, der möglicherweise bald ein noch umfassenderes Datengesetz folgen wird. Als eine der vielen Auswirkungen auf die datenbezogenen Rechte und die Datenwirtschaft in der EU enthält das D-Paket verschiedene Bestimmungen, die den **Zugang zu Daten gewähren oder sicherstellen** (bspw. Zugang für Werbetreibende, Verleger und geschäftliche Nutzer zu ihren Transaktionsdaten, die von einem digitalen Gatekeeper kontrolliert werden, Art. 6 (1)(g)-(i) Digital Markets Act; Datenzugang für Forschungszwecke, Art. 31 Gesetz über digitale Dienstleistungen; Verbot von exklusiven Zugangsvereinbarungen, Art. 4 Data Governance Act).

Wichtig ist jedoch, dass das Recht auf Datenzugang **keinen uneingeschränkten oder freien Zugang** garantiert. Im Standardmodell ist der Zugang nur unter bestimmten, kontextspezifischen Bedingungen zu gewähren, bspw. einer Vergütung an den Datenverantwortlichen, Beschränkungen des Kreises der Zugangsberechtigten oder Einschränkungen bei der Nutzung der Daten. Es kann daher kaum überraschen, dass das Konzept

der FRAND-Bedingungen (fair, reasonable, and non-discriminatory) für den Zugang zu immateriellen Gütern, das vor allem bei der Lizenzierung von standardessentiellen Patenten entwickelt wurde, nun auf den Datenzugang übertragen wird (vgl. z.B. Art. 6(1)(j) Digital Markets Act zum FRAND-Zugang zu Suchdaten für Anbieter von Online-Suchmaschinen). Im weiteren Sinne sind FRAND- oder sonstige Datenzugangsrechte nur ein – wenn auch zentrales – Element einer sich entwickelnden, umfassenden Data Governance. Das D-Paket sieht unter anderem Daten-Altruismus-Organisationen und Datenvermittler als Bestandteile einer solchen Governance auch in der Schweiz vor.

Faktische Kontrolle über Daten kann Exklusivität und Schutz bewirken.

4 Nutzung von Daten und Vertragsabschlüsse über Daten

Die rasante Entwicklung der Datenmärkte und der entstehende Rechtsrahmen schaffen ein anspruchsvolles Umfeld. Dabei ist die angemessene Strukturierung von Datentransaktionen auf vertraglichem Wege von entscheidender Bedeutung.

Ein eigentumsähnlicher Rechtsstatus für nicht-personenbezogene Daten kann durch **Verträge** sichergestellt werden. Vertragliche Verpflichtungen sind bspw. für den Schutz von Know-how unerlässlich, um den Wert des jeweiligen Datenbestands und die Attraktivität des Inhabers als Geschäftspartner zu sichern.

Komplexe Herstellungs- und Lieferkettenstrukturen, u.a. für Lebensmittel, Pharma- und Medizinprodukte, erfordern ein leistungsfähiges Datenbeschaffungssystem. Darüber hinaus werden die Datenerfassung und -analyse durch digitale Technologien zur Grundlage aller zukünftigen Dienstleistungsangebote und Geschäftsmodelle. Der Gestaltung von Datenverträgen zwischen Datenlieferanten, Datenempfängern und Datennutzern sollte besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden, sowohl hinsichtlich der Übertragung von Rechten an Daten als auch der zulässigen Nutzungsrechte an diesen Daten.

Nach Schweizer Recht gelten für die Überlassung und Lizenzierung von Daten und Datenbanken die allgemeinen vertragsrechtlichen Bestimmungen. Es ist keine Schriftform erforderlich, und die Parteien können den Inhalt ihrer Rechte und Pflichten sowie das anwendbare Recht nahezu frei bestimmen. Flexible Regelungen machen die alternative Streitbeilegung nach Schweizer Recht zu einer attraktiven Option für Datentransaktionen.

Die Abfassung von Datenverträgen bleibt eine Herausforderung. Ihr Inhalt kann sehr unterschiedlich sein: Verträge über die Gestaltung von Daten und Datenbanken in Softwareprojek-

ten sind anders strukturiert als Verträge über den Austausch oder Vergleich von Daten.

5 Datenschutz

Wenn sich Daten auf natürliche oder juristische Personen beziehen und deren Identifizierung ermöglichen, ist ihre Bearbeitung nur dann zulässig, wenn sie mit den Grundsätzen der Datenschutzgesetzgebung übereinstimmt. Die enorme Zunahme des Zugangs zu und der automatisierten Nutzung von Informationen stellt eine Herausforderung für den Datenschutz dar.

Das Datenschutzrecht stützt sich auf eine Reihe von Grundsätzen, die der Bearbeitung personenbezogener Daten **Grenzen** setzen: Der Grundsatz der Zweckbindung verlangt, dass personenbezogene Daten nur für die Zwecke verarbeitet werden, die der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Datenerhebung mitgeteilt wurden, sich aus den Umständen ergeben oder gesetzlich vorgesehen sind. Wenn personenbezogene Daten für Data-Mining und Big-Data-Analysen verwendet werden, so ist der Bearbeitungszweck oft noch unbestimmt und nicht offensichtlich und wird entsprechend bei der Datenerhebung auch nicht mitgeteilt.

Jede Bearbeitung personenbezogener Daten und insbesondere ihr Zweck sollen transparent gemacht werden. In Anbetracht der riesigen Anzahl von Betroffenen bei Massendatenanalysen ist dies häufig nicht möglich. In einem Big-Data-Kontext kommen immense Datenmengen zusammen, die für künftige Analysen aufbewahrt werden, was hinsichtlich der Verhältnismässigkeit der Bearbeitung Fragen aufwirft. Schliesslich basieren datenbezogene Algorithmen häufig auf der Ermittlung von Korrelationen und nicht auf Kausalität, was in Einzelfällen zu unrichtigen Daten führen kann.

Der Datenschutz kann der Bearbeitung personenbezogener Daten Grenzen setzen.

Grenzüberschreitende Datenübertragungen sind ein fester Bestandteil von Transaktionen in der Datenwirtschaft. Anonymisierung und Aggregation von Daten können nützlich sein, aber gewisse personenbezogene Daten sind schwer zu anonymisieren (bspw. Gesundheitsdaten); zudem können anonymisierte Daten durch Big-Data-Analysetechniken wieder personalisiert werden.

Sehr wichtig sind die Verantwortung und strenge **Haftung** privater und öffentlicher Stellen, die personenbezogene Daten bearbeiten, für die angemessene Dokumentation der Datenbearbeitung und für die Erfüllung ihrer datenschutzrechtlichen Pflichten. Verstösse gegen den Datenschutz können Schadenersatz, Strafverfolgung und auch hohe Geldstrafen nach sich ziehen.

6 Cybersecurity

Die Digitalisierung von Daten stellt grosse Herausforderungen an die Datensicherheit und erfordert strenge Massnahmen zur Verhinderung von Hacking, Phishing, Identitätsdiebstahl und anderen Cyberverbrechen. Die massive Zunahme von Cyberfällen und Datenschutzverletzungen zeigt, dass Daten nicht nur ein Vermögenswert, sondern auch eine Altlast sein können.

Obwohl Cyberkriminalität in der Schweiz strafrechtlich oder verwaltungsrechtlich verfolgt wird, ist die rechtliche Haftung für jeden, der Daten bearbeitet, ein wichtiges Thema. Wer von einem Datenvorfall betroffen ist, kann sich an den Anbieter eines fehlerhaften Produkts wenden. Geschädigte Dritte können Organisationen, die Datensicherheitsstandards nicht eingehal-

ten haben, verantwortlich machen. In Verträgen ist die Ausarbeitung von Nutzungs- und Haftungsbedingungen deshalb von grösster Relevanz.

7 Fazit

Datenmanagement und Data Governance sind heute für jedes Unternehmen von strategischer Bedeutung, insbesondere im internationalen Kontext. Die digitale Transformation hat neue Chancen für Datentransaktionen mit sich gebracht, wobei auch die rechtlichen Risiken berücksichtigt werden müssen. Dies bedingt eine eingehende Auseinandersetzung mit den rechtlichen Fragestellungen rund um das Wirtschaftsgut Daten.



Roland Mathys
Partner Zürich
roland.mathys@swlegal.ch



David Mamane
Partner Zürich
david.mamane@swlegal.ch



Dr. Lorenza Ferrari Hofer
Partnerin Zürich
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch



Grégoire Tribolet
Partner Genf
gregoire.tribolet@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

Zürich
Löwenstrasse 19
Postfach 2201
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genf
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapur
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapur 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg