

Zugriff auf Daten im Konkurs der Cloud-Dienstleisterin

Vorschlag des Bundesrates zur Revision des Konkursrechts

Hausarbeit MAS ALIS 2018–2020

Marcel Küchler

Im Folgenden wird für Personenbezeichnungen teils die feminine, teils die maskuline Form verwendet. Das jeweils andere Geschlecht ist, soweit sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt, dabei stets mitgemeint.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis	V
Literaturverzeichnis.....	IX
Materialien	XIII
Einleitung und Fragestellung.....	1
I. Rechtliche Ausgangslage	3
1. Rechtsdogmatischer Hintergrund des fehlenden Herausgabeanspruches für Daten im Konkurs	3
A. Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten	3
B. Unterschiedliche Behandlung von relativen und absoluten Rechten im Konkursrecht.....	3
C. Fehlende Sacheigenschaft von Daten und daraus folgende Konsequenzen.....	4
2. Anwendungsbereich des schweizerischen Konkursrechts.....	5
II. Lösungen und Lösungsansätze	7
1. Lösungen in der Praxis.....	7
A. Daten bei mehreren Cloud-Dienstleisterinnen speichern.....	7
B. Server-Housing	7
C. Informationspflicht bei bevorstehendem Konkurs.....	7
D. Weiterführung des Geschäfts durch die Konkursverwaltung	8
E. Kulanz der Konkursämter	8
2. Weitere Lösungsansätze	9
A. Daten als Sachen	9
B. Eigentum an Daten	9
C. Herausgabeanspruch aufgrund des Datenschutzgesetzes.....	10
D. Auftragsrechtlicher Herausgabeanspruch.....	10
III. Politische Vorstösse und Vorschlag des Bundesrates	11
1. Problematisierung in der juristischen Lehre	11
2. Politische Vorstösse	11
A. Anfrage Schwaab.....	11
B. Initiative Dobler.....	12
3. Vorschlag des Bundesrates: Artikel 242b VE-SchKG.....	12

IV. Kritische Würdigung des bundesrätlichen Vorschlags.....	13
1. Vernehmlassungsverfahren	13
2. Die Bestimmung im Einzelnen.....	13
A. Recht auf Datenzugang	13
B. Gerichtliche Klärung des Zugangsanspruchs	14
C. Kosten für den Datenzugang.....	15
D. Vorbehalt des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts.....	16
3. Offene Fragen	16
A. Daten verbleiben in der Konkursmasse.....	16
B. Benachteiligung der (übrigen) Konkursgläubiger	16
C. Vertraulichkeitsansprüche der Berechtigten untereinander.....	17
4. Fazit.....	17
Anhang: Selbstständigkeitserklärung.....	19

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
abg.	abgerufen
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern 1848–)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; Amtliche Sammlung (Lausanne 1875–)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht (https://www.bger.ch)
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar (Basel 1992–)
Bst.	Buchstabe
CC	Code civil (s. ZGB)
CR	Commentaire Romand (Basel 2010–)
Curia Vista	Geschäftsdatenbank des schweizerischen Parlaments (Geschäfte 1995–) (https://www.parlament.ch)
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
DLT	Distributed Ledger Technology (Technik verteilter elektronischer Register) (in der Regel Blockchain-basiert)
DSG	Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; SR 235.1)
GeBüV	Verordnung vom 24.4.2002 über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher (Geschäftsbücherverordnung; SR 221.431)

Gesch.-Nr.	Geschäftsnummer (s. Curia Vista)
Hrsg.	Herausgeber(in)/Herausgeber(innen)
ICT	Information and Communication Technology
Intro.	Introduction
i.V.m.	in Verbindung mit
Jusletter	Juristische Online-Zeitschrift (Bern 2000–) (https://jusletter.weblaw.ch)
Jusletter-IT	Juristische Online-Zeitschrift (Bern 2005–) (https://jusletter-it.weblaw.ch)
lit.	litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note/Randnote
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich 1780–)
NZZaS	NZZ am Sonntag (Zürich 2002–)
RK-N	Rechtskommission des Nationalrates
RK-S	Rechtskommission des Ständerates
S./s.	Siehe/siehe
SchKG	Bundesgesetz vom 11.4.1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel

SIF	Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (https://www.sif.admin.ch)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich–1904)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (https://www.admin.ch)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich 1990–)
Tit. fin.	Titre final
VE	Vorentwurf
VE-SchKG	Artikel des SchKG gemäss VE DLT
Vorb.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)
zit.	zitiert (als)
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel 1852–)

Literaturverzeichnis

A

AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013.

AUF DER MAUR ROLF/KELLER REBEKKA/WYSS DOMINIC A., Digitale Daten im Konkurs, Blogs & News Alerts, Vischer AG, Blogbeitrag vom 30.3.2017 (<http://blog.vischer.com/de/digitale-daten-im-konkurs>) (abg. 6.11.2019).

B

BERGER BERNHARD, Allgemeines Schuldrecht. Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Aufl., Bern 2018.

BÜHLMANN LUKAS/REINLE MICHAEL, Zugriff auf Daten im Konkurs: Bundesrat plant Neureglung des SchKG, Meyerlustenberger Lachenal AG, Newsbeitrag vom 27.4.2019 (zit. Zugriff) (<https://www.mll-news.com/zugriff-auf-daten-im-konkurs-bundesrat-plant-neureglung-des-schkg>) (abg. 6.11.2019).

D

DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, Kundendaten im Konkursverfahren, Zürich 2017 (zit. DSB ZH, Kundendaten) (<https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/gemeinden/betreibungen.html>) (abg. 6.11.2019).

E

ECKERT MARTIN, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, 245–249.

ders., Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, SJZ 2016, 265–274.

ENZ BENJAMIN V., Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkursaussonderung, Zürich 2019.

F

FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012.

FRÖHLICH-BLEULER GIANNI, Eigentum an Daten? Jusletter vom 6.3.2017.

G

GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II. Art. 457–977 ZGB. Art. 1–61 SchlT ZGB. Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-[BEARBEITER]).

H

HESS-ODONI URS, Die Herrschaftsrechte an Daten, Jusletter vom 17.5.2004.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR. Basler Kommentar, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK-[BEARBEITER]).

N

NEUENSCHWANDER ERIC P., Cloud Computing – Eine rechtliche Gewitterwolke? Bern 2014 (zit. Gewitterwolke).

ders., Cloud Computing – eine aktuelle Betrachtung, Jusletter vom 1.6.2015 (zit. Cloud Computing).

NEUENSCHWANDER PETER K./OESCHGER SIMON, Daten im Konkurs, Jusletter-IT Flash vom 11.12.2017.

P

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/PIOTET DENIS (Hrsg.), Code civil II. Art. 457–977 CC. Art. 1–61 Tit. fin. CC. Commentaire romand, Basel 2016 (zit. CR-[BEARBEITER]).

R

REUTTER MARK A., Wenn Ihr Cloud Provider bankrott geht, ComputerWorld vom 25.4.2016 (zit. Cloud-Provider) (<https://www.computerworld.ch/technik/digitalisierung/cloud-provider-bankrott-geht-1341186.html>) (abg. 6.11.2019).

REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum. Grundriss des schweizerischen Sachenrechts. Band I, 2. Aufl., Bern 2000.

S

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017.

SCHULIN HERMANN/VOGT NEDIM PETER, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht I. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 5. Aufl., Zürich 2012.

SCHWANINGER DAVID/LATTMANN STEPHANIE S., Cloud Computing: Ausgewählte rechtliche Probleme in der Wolke, Jusletter vom 11.3.2013.

STAEHELIN DANIEL/BAUER THOMAS (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. SchKG I & II. Art. 1–352 SchKG. Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK-[BEARBEITER]).

T

THOUVENIN FLORENT/FRÜH ALFRED/LOMBARD ALEXANDRE, Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung, SZW 2017, 25–34.

THOUVENIN FLORENT/WEBER ROLF H., Zum Bedarf nach einem Dateneigentum, Jusletter IT Flash vom 11.12.2017.

V

VON DER CRONE HANS CASPAR/KESSLER FRANZ J./ANGSTMANN LUCA, Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie, SJZ 2018, 337–345.

W

WEBER ROLF H./CHROBAK LENNART, Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, Jusletter 4.4.2016.

WEBER ROLF H./THOUVENIN FLORENT, Dateneigentum und Datenzugangsrechte – Bausteine der Informationsgesellschaft? ZSR 2018 I, 43-74.

Materialien

PARLAMENTARISCHE ANFRAGE SCHWAAB vom 16.9.2014: «Muss das Konkursrecht in Bezug auf Computerdaten ergänzt werden?» (inkl. Antwort des Bundesrates vom 12.11.2014) (Curia Vista, Gesch.-Nr. 14.1064) (zit. Anfrage SCHWAAB).

PARLAMENTARISCHE INITIATIVE DOBLER vom 7.3.2017: «Daten sind das höchste Gut privater Unternehmen. Datenherausgabe beim Konkurs von Providern regeln» (Curia Vista, Gesch.-Nr. 17.410) (zit. Initiative DOBLER).

BOTSCHAFT vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017, 6941 ff.) (zit. Botschaft DSG).

BERICHT DES BUNDESRATES vom 14.12.2018 zu den rechtlichen Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz. Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor (zit. Bericht Blockchain) (abrufbar auf <https://www.efd.admin.ch> unter Themen: Digitalisierung) (abg. 6.11.2019).

ERLÄUTERNDER BERICHT zur Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates vom 22.3.2019 zu einem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (zit. Bericht DLT) (abrufbar auf <https://www.efd.admin.ch> unter Themen: Digitalisierung) (abg. 6.11.2019).

VORENTWURF DES BUNDESRATES vom 22.3.2019 zu einem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (zit. VE DLT) (abrufbar auf <https://www.efd.admin.ch> unter Themen: Digitalisierung) (abg. 6.11.2019).

STELLUNGNAHMEN der Vernehmlassungsteilnehmerinnen zum Vorentwurf des Bundesrates vom 22.3.2019 zu einem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (Ablauf der Vernehmlassungsfrist 28.6.2019) (zit. [TEILNEHMERIN], Stellungnahme DLT) (abrufbar auf <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2019.html> unter EFD) (abg. 6.11.2019).

Einleitung und Fragestellung

Das Speichern elektronischer Daten in der Cloud¹ – sei es in Form reiner Datenspeicherung oder als das Beziehen erweiterter cloud-basierter Anwendungen – hat für die Geschäftstätigkeit vieler Unternehmen einen zentralen Stellenwert.² Gesetzliche Vorschriften und regulatorische Vorgaben können dazu verpflichten, Daten physisch in der Schweiz zu speichern. Etwa die Geschäftsbücherverordnung (GeBüV), die verlangt, dass «Geschäftsbücher und die Buchungsbelege ... so aufbewahrt werden, dass sie bis zum Ende der Aufbewahrungsfrist von einer berechtigten Person innert angemessener Frist eingesehen und geprüft werden können»³ oder das Strafgesetzbuch (StGB), nach dem sich strafbar macht, «wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht».⁴

Als weitere Gründe für die Datenspeicherung in der Schweiz können schliesslich Standortvorteile, Datensicherheit, datenschutzrechtliche Reputation oder strategische Aspekte in Frage kommen.⁵

In diesen Fällen können cloud-basierte Dienstleistungen nur von Anbietern bezogen werden, die lokale Speicherung anbieten und garantieren. Fällt eine solche Cloud-Dienstleisterin⁶ allerdings in Konkurs, stehen die Dateninhaber⁷ vor dem Problem, dass das Schweizer Konkursrecht keinen Anspruch auf Herausgabe von Daten kennt.⁸ Damit kann der Zugang zu eigenen, allenfalls existentiell wichtigen Daten verwehrt sein (z.B. zur Buchhaltung oder zu Kundeninformationen).⁹

Auch weitere Ansprüche (z.B. auf Datenlöschung) können im Konkurs oft nur schwer durchgesetzt werden. Und nicht nur dies: haben die Daten einen objek-

¹ Der Begriff der Cloud steht stellvertretend für «den Ansatz, IT-Infrastrukturen über ein Rechnernetz zur Verfügung zu stellen, ohne dass diese auf dem lokalen Rechner installiert sein müssen» (https://de.wikipedia.org/wiki/Cloud_Computing) (abg. 6.11.2019).

² NEUENSCHWANDER, Gewitterwolke, 1 und 11 ff.

³ Art. 6 Abs. 1 GeBüV.

⁴ Art. 273 Abs. 2 StGB.

⁵ «Die Schweiz wird als sicherer Daten-Hafen angesehen», NZZaS vom 25.8.2019, 28 f.

⁶ Im Folgenden verwendeter Begriff für Anbieter cloud-basierter Dienstleistungen. – Zum Begriff auch etwa NEUENSCHWANDER, Gewitterwolke, 3 ff.

⁷ Als Dateninhaber ist hier diejenige Person zu verstehen, der die Daten, untechnisch verstanden, gehören.

⁸ BÜHLMANN/REINLE, Zugriff; NEUENSCHWANDER, Gewitterwolke, 30; NEUENSCHWANDER, Cloud Computing, N 23; NEUENSCHWANDER/OESCHGER, N 11; SCHWANINGER/LATTMANN, N 54; WEBER/THOUVENIN, 58.

⁹ Bericht DLT, 18 f.

tiven Wert, ist die Konkursverwaltung verpflichtet, die Daten als Aktivum im Konkurs zu verwerten (Art. 252 ff. SchKG).¹⁰ Selbst bei Personendaten steht das Datenschutzrecht einer Veräusserung an Dritte nicht in jedem Fall entgegen.¹¹

- 5 Man braucht nicht so weit zu gehen und Cloud-Dienstleistungen als «in der Schweiz eigentlich nur nutzbar» zu betrachten, «wenn teure, weil redundante Datenhaltungen betrieben werden».¹² Es ist aber offensichtlich, dass unter geltendem Recht viele Unsicherheiten bestehen und zahlreiche Fragen offen sind, wenn eine Cloud-Dienstleisterin in Konkurs fällt.
- 6 Im Folgenden geht es zunächst darum, den rechtlichen Grund für den fehlenden Herausgabeanspruch zu klären. Sodann werden rechtliche und praktische Lösungen erörtert, die zur Umgehung des fehlenden Herausgabeanspruchs diskutiert werden. Schliesslich wird ein Gesetzesvorschlag auf Bundesebene vorgestellt, der vorsieht, im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht einen Anspruch auf Datenzugang zu verankern. Abschliessend soll der Vorschlag gewürdigt und es sollen die Probleme angesprochen werden, die trotz dieser Gesetzesbestimmung bestehen bleiben würden.

¹⁰ SCHWANINGER/LATTMANN, N 58 f.

¹¹ DSB ZH, Kundendaten; NEUENSCHWANDER, Gewitterwolke, 30 f.; NEUENSCHWANDER, Cloud Computing, N 27.

¹² WILDHABER CONSULTING, Stellungnahme DLT, 6.

I. Rechtliche Ausgangslage

1. Rechtsdogmatischer Hintergrund des fehlenden Herausgabeanspruches für Daten im Konkurs

Der Grund, weshalb im Konkurs kein Anspruch auf Datenherausgabe besteht, liegt zum einen in der Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten im Privatrecht, die auch im Konkursrecht unterschiedlich behandelt werden. Zum anderen liegt es daran, dass Daten rechtlich nicht als Sachen qualifiziert werden. 7

A. Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten

Rechte, die einer Person gegenüber einer anderen Person zustehen, werden als subjektive Rechte bezeichnet.¹³ Innerhalb dieser subjektiven Rechte werden absolute und relative Rechte unterschieden:¹⁴ 8

- Relative Rechte stehen einer Person nur gegenüber einer bestimmten anderen Person zu (z.B. Forderungen aus Vertrag oder Haftpflichtansprüche aus Schadenszufügung).¹⁵
- Absolute Rechte dagegen stehen einer Person gegenüber jedermann zu. Zu den absoluten Rechten gehören etwa Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte und – als wohl wichtigstes – das Eigentum. Die Eigentümerin kann eine Sache, die ihr gehört, von jedermann herausverlangen.¹⁶

B. Unterschiedliche Behandlung von relativen und absoluten Rechten im Konkursrecht

Auch das Konkursrecht folgt dieser Unterscheidung: Eigentum kann aus der Konkursmasse herausverlangt (ausgesondert) werden,¹⁷ andere Ansprüche dagegen berechtigen nur zu einem verhältnismässigen Anteil am Konkurserlös (Konkurs- 9

¹³ In Abgrenzung zum objektiven Recht, d.h. den Rechtssätzen und Rechtsnormen der Rechtsordnung als solcher (BERGER, § 1 N 80; FORSTMOSER/VOGT, § 4 N 141 f.).

¹⁴ FORSTMOSER/VOGT, § 4 N 145 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, § 1 N 15 ff.; VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, 338 f.

¹⁵ BERGER, § 1 N 84 ff.; FORSTMOSER/VOGT, § 4 N 147 und 152 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, § 1 N 16.

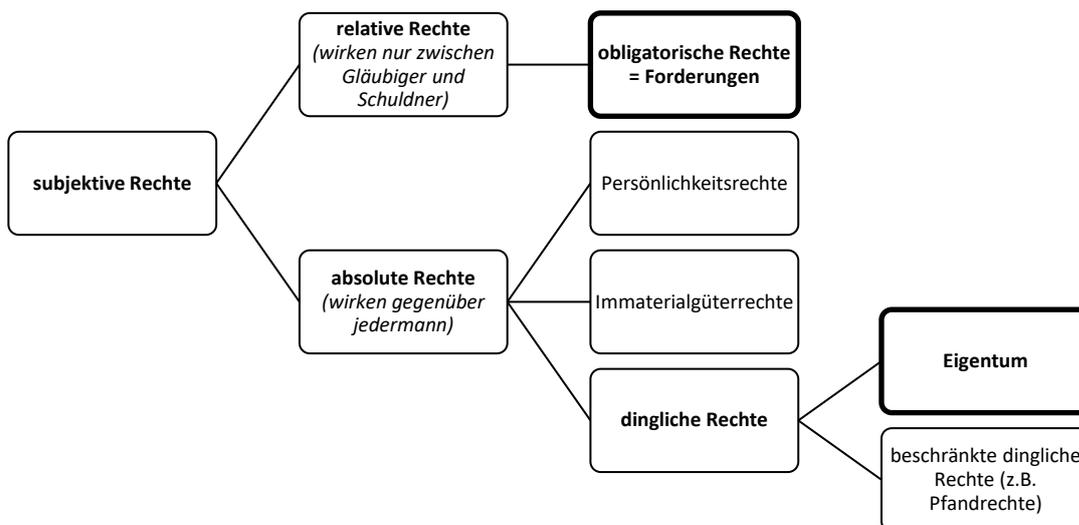
¹⁶ Art. 641 Abs. 2 ZGB; BERGER, § 1 N 94 f.; FORSTMOSER/VOGT, § 4 N 146 und 148 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, § 1 N 17 ff.

¹⁷ Art. 641 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 242 Abs. 1 SchKG; AMONN/WALTHER, § 40 N 28; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, § 1 N 19.

dividende).¹⁸ Sogar «Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben, werden [im Konkurs] in Geldforderungen von entsprechendem Werte umgewandelt».¹⁹

C. Fehlende Sacheigenschaft von Daten und daraus folgende Konsequenzen

- 10 Daten haben als blosse Informationseinheiten keine körperliche Gestalt, weshalb sie rechtlich nicht als Sachen gelten.²⁰ Da nun Eigentum nur an Sachen bestehen kann,²¹ können Daten im Konkursfall nicht als Eigentum herausverlangt (ausgesondert) werden.²²
- 11 Ein Herausgabeanspruch für Daten kann deshalb nur ein relativer Rechtsanspruch (z.B. eine Vertragspflicht) gegen die Cloud-Dienstleisterin sein, der im Konkurs in eine Geldforderung umgewandelt wird.²³ Eine Geldforderung ist für den Dateninhaber in der Regel aber nutzlos.



Tafel 1 – Subjektive Rechte (vereinfachte Darstellung nach SCHULIN/VOGT, Tafel 3).

¹⁸ AMONN/WALTHER, § 42 N 65; FORSTMOSER/VOGT, § 4 N 159; SCHWANINGER/LATTMANN, N 54.

¹⁹ Art. 211 Abs. 1 SchKG.

²⁰ CR-FOËX, Intro. aux CC 641 ff. N 15 ff.; FRÖHLICH-BLEULER, N 13 f.; HESS-ODONI, N 5; REY, N 66 m.w.H.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, § 1 N 4 ff.; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, 26; BSK-WOLF/WIEGAND, Vorb. zu ZGB 641 ff. N 5 ff. und N 19b f. m.w.H.

²¹ Art. 641 Abs. 1 und 713 ZGB; BSK-WOLF/WIEGAND, ZGB 641 N 29.

²² Bericht DLT, 18 f.

²³ Art. 211 Abs. 1 SchKG.

2. Anwendungsbereich des schweizerischen Konkursrechts

Unter das Konkursrecht des SchKG fallen Unternehmen, die im Handelsregister eingetragen sind,²⁴ unabhängig davon, ob es sich um eine schweizerische Hauptniederlassung oder um den Zweigbetrieb eines ausländischen Unternehmens handelt; im letzteren Fall gilt das SchKG sowohl für selbständige Tochtergesellschaften als auch für blosse Zweigniederlassungen.²⁵ Das SchKG gilt damit für schweizerische Cloud-Dienstleisterinnen mit Hauptsitz in der Schweiz (z.B. Swisscom, green.ch)²⁶ und für schweizerische Zweigbetriebe internationaler Cloud-Dienstleisterinnen (z.B. Microsoft).²⁷

²⁴ Art. 39 SchKG.

²⁵ Art. 935 Abs. 2 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 24 N 28 (fünftes Lemma).

²⁶ Swisscom, Cloud & Data Center (<https://www.swisscom.ch/de/business/enterprise/angebot/cloud-data-center.html>) (abg. 6.11.2019); green.ch, Datacenter (<https://www.green.ch/de-ch/datacenter/colocation.aspx>) (abg. 6.11.2019).

²⁷ S. Fn 5.

II. Lösungen und Lösungsansätze

1. Lösungen in der Praxis

A. Daten bei mehreren Cloud-Dienstleisterinnen speichern

Das Konkursrisiko lässt sich minimieren, wenn die Daten bei zwei (oder mehreren) unabhängigen Cloud-Dienstleisterinnen gespeichert sind.²⁸ Dabei kann es sich beim zweiten Speicherort um ein blosses Backup handeln oder um ein redundantes Komplettsystem, das einspringt, wenn das erste ausfällt. Ein erster Nachteil dieser Lösung ist jedoch der erhöhte finanzielle Aufwand, während, als Zweites, ein System mit Redundanz über unterschiedliche Dienstleister hinweg zusätzlich die Komplexität der Infrastruktur erhöht. 13

B. Server-Housing

Das Konkursrisiko lässt sich auch dadurch mindern, dass anstelle der Datenspeicherung bei der Cloud-Dienstleisterin ein sogenanntes Server-Housing vereinbart wird. Dabei stellt die Cloud-Dienstleisterin nur die äussere Infrastruktur für den Betrieb von Servern zur Verfügung, während die Server selbst im Eigentum des Dateninhabers bleiben.²⁹ Im Konkurs der Cloud-Dienstleisterin können die Server und die darauf gespeicherten Daten ohne weiteres als Eigentum zurückgenommen werden. 14

Mit dem Server-Housing gehen jedoch einige Vorteile von Cloud-Dienstleistungen verloren, indem z.B. der Bedarf für eigenes IT-Knowhow bestehen bleibt. Zudem schützt Server-Housing im Konkurs der Cloud-Dienstleisterin nicht davor, dass die äussere Infrastruktur wegen fehlender Zahlungsfähigkeit ausfallen kann (z.B. Elektrizität, Kühlanlage, Gebäudesicherung etc.). 15

C. Informationspflicht bei bevorstehendem Konkurs

Der Dateninhaber und die Cloud-Dienstleisterin können vereinbaren, dass die Cloud-Dienstleisterin bei ihrem drohenden Konkurs umgehend den Dateninhaber informiert und ihm – soweit praktisch möglich – sämtliche Daten herausgibt.³⁰ Die 16

²⁸ AUF DER MAUR/KELLER/WYSS, *passim*; REUTTER, Cloud-Provider.

²⁹ Z.B. bei green.ch (<https://www.green.ch/de-ch/datacenter/colocation.aspx>) (abg. 6.11.2019).

³⁰ REUTTER, Cloud-Provider.

Wirksamkeit der Vereinbarung dürfte praktisch jedoch begrenzt sein; im Konkurs kommt der Information der Kunden oft keine oberste Priorität zu.

D. Weiterführung des Geschäfts durch die Konkursverwaltung

- 17 Die Konkursverwaltung kann, wenn dies auch im Interesse der Konkursmasse ist (weil z.B. Einnahmen generiert werden oder es der Werterhaltung dient), «zwei-seitige Verträge, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind, anstelle des Schuldners» erfüllen bzw. für beschränkte Zeit weiterführen.³¹ Ein solches Zeitfenster kann dann auch vom Dateninhaber genutzt werden, um (weiterhin) Zugang zu seinen Daten zu erhalten und diese an einen anderen Ort zu verschieben.³² Im Hinblick auf diesen Fall können gewisse Vorkehrungen einen Nutzen bringen:
- Das Speichern der Daten nach offenen oder zumindest gebräuchlichen Standards gewährleistet die Datenportabilität und damit den problemlosen Umzug der Daten auf eine neue Infrastruktur.³³
 - Sind die Daten nach Dateninhaber separiert gespeichert und ist bekannt, wo sich die Daten örtlich befinden (z.B. auf welchen Servern) (Datenseparation),³⁴ erleichtert dies auch im Konkursfall den Datenzugriff.

E. Kulanz der Konkursämter

- 18 Konkursämter bieten – auch wenn eine gesetzliche Grundlage dafür fehlt – «im Einzelfall nach eigenem Ermessen Hilfeleistung und [zeigen] Pragmatismus», wenn Anfragen um «Herausgabe von Daten, welche auf Datenträgern von konkur-siten Unternehmen zu finden sind» eingehen.³⁵
- 19 Selbst wenn ein Dateninhaber nicht ausschliesslich auf die Kulanz der Konkurs-ämter hoffen sollte, lassen sich die Chancen dafür durch klar kommunizierte Ver-einbarungen fördern: Vertraglich lässt sich festhalten, dass das Eigentum an den

³¹ Art. 211 Abs. 2 SchKG. – AMONN/WALTHER, § 42 N 34.

³² SCHWANINGER/LATTMANN, N 57.

³³ REUTTER, Cloud-Provider.

³⁴ REUTTER, Cloud-Provider.

³⁵ NEUENSCHWANDER/OESCHGER, N 15 (Zit.); REUTTER, Cloud-Provider.

Daten (wenn auch untechnisch) beim Dateninhaber liegt und dieser einen Herausgabeanspruch hat, allenfalls ergänzt mit einem Verwertungsverbot.³⁶

2. Weitere Lösungsansätze

A. Daten als Sachen

Es ist eine Tatsache, «dass Daten in der digitalen Wirtschaft wie Waren produziert, übertragen und gehandelt werden».³⁷ In der juristischen Lehre ist deshalb versucht worden, den Sachbegriff auf Daten auszudehnen und diese damit dem Eigentumsrecht zugänglich zu machen.³⁸ Der Sach- bzw. Eigentumsbegriff des geltenden Rechts ist nicht starr auf die körperliche Gegenständlichkeit fixiert, sondern kennt funktionale Ein- und Ausschlüsse: Naturkräfte wie Wasserkraft und Elektrizität können Gegenstand des Eigentums sein,³⁹ während Tiere wiederum vom Sachbegriff ausgenommen sind.⁴⁰ 20

Ein Recht auf Aussonderung der Daten im Konkurs wäre damit gegeben. Die juristische Lehre steht einer solchen Gesetzesauslegung jedoch mehrheitlich ablehnend gegenüber;⁴¹ es ist wohl auch nicht zu erwarten, dass die Gerichte dieser Auslegung folgen werden. 21

B. Eigentum an Daten

In die gleiche Richtung wie die Ausweitung des Sachbegriffs zielen Bestrebungen, ein eigentliches Dateneigentumsrecht einzuführen.⁴² Dies wäre allerdings nicht durch Auslegung zu erreichen, sondern nur auf dem Weg der Gesetzgebung. Entsprechende Ideen hat der Bundesrat jedoch kürzlich verworfen.⁴³ 22

³⁶ AUF DER MAUR/KELLER/WYSS, *passim*; NEUENSCHWANDER, Cloud Computing, N 27; REUTTER, Cloud-Provider.

³⁷ ECKERT, 246.

³⁸ Insb. ECKERT, *passim*.

³⁹ Art. 713 ZGB; HESS-ODONI, N 10; BSK-SCHWANDER, ZGB 713 N 8.

⁴⁰ Art. 641a Abs. 1 ZGB.

⁴¹ HESS-ODONI, N 22 ff.; VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, 339 f. (in Bezug auf Blockchain-Token); WEBER/CHROBAK, N 16.

⁴² THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, 26 f.; THOUVENIN/WEBER, N 1; WEBER/THOUVENIN, 44. und 49 ff.

⁴³ Botschaft DSG, 6988.

C. Herausgabeanspruch aufgrund des Datenschutzgesetzes

- 23 Das Datenschutzrecht gilt auch im Fall des Konkurses einer Cloud-Dienstleisterin. Handelt es sich bei den gespeicherten Daten um Personendaten, hat der Dateninhaber zumindest das Recht, von der Konkursverwaltung Auskunft über diese Daten zu erhalten.⁴⁴ In der Regel dürfte eine solche Auskunft aber nicht einer Herausgabe der Daten in einer verarbeitbaren Form gleichkommen⁴⁵ – und ist auf Personendaten beschränkt. Allenfalls aber kann das Datenschutzrecht in diesem Fall verhindern, dass die Daten gegen den Willen des Dateninhabers verwertet und an Dritte veräussert werden.⁴⁶

D. Auftragsrechtlicher Herausgabeanspruch

- 24 Das Auftragsrecht sieht vor, dass «der Auftraggeber im Konkurse des Beauftragten ... die beweglichen Sachen herausverlangen [kann], die dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat».⁴⁷ Es handelt sich bei dieser Bestimmung um einen Ausnahmefall, in welchem ein Herausgabeanspruch besteht, auch wenn die betreffende Person kein Eigentum an der herauszugebenden Sache hat.⁴⁸ In der juristischen Lehre wird diskutiert, ob diese Bestimmung sich auch auf Daten übertragen liesse.⁴⁹ Zum einen jedoch besteht der Herausgabeanspruch ausdrücklich nur für bewegliche Sachen, und zum anderen schmälert die Einschränkung, dass nur solche Sachen herausverlangt werden können, die der Auftragnehmer von Dritten für den Auftraggeber erworben hat,⁵⁰ den möglichen Anwendungsbereich empfindlich. Alle vom Dateninhaber selbst zur Cloud-Dienstleisterin übertragenen Daten würden nicht unter den Herausgabeanspruch fallen.

⁴⁴ Art. 8 Abs. 1 DSG.

⁴⁵ Art. 8 Abs. 5 DSG.

⁴⁶ Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG; AUF DER MAUR/KELLER/WYSS, *passim*.

⁴⁷ Art. 401 Abs. 3 OR.

⁴⁸ BSK-WEBER, OR 401 N 2.

⁴⁹ ENZ, N 527 ff. und 580 ff. (in Bezug auf Bitcoins bzw. Token) (m.w.H.).

⁵⁰ BSK-WEBER, OR 401 N 5.

III. Politische Vorstösse und Vorschlag des Bundesrates

1. Problematisierung in der juristischen Lehre

Die rechtliche Einordnung von Daten bzw. das Schicksal von Daten im Konkurs ist erst in den letzten fünf Jahren in der juristischen Lehre zum Thema geworden. Die einschlägigen Beiträge stammen – mit Ausnahme von HESS-ODONI – durchgehend aus diesem Zeitabschnitt und auch einer der massgeblichen Rechtskommentare zum Sachenrecht enthält erst seit seiner neuesten, sechsten Auflage von 2019 einen Abschnitt zu digitalen Daten.⁵¹ 25

2. Politische Vorstösse

A. Anfrage Schwaab

Auch in der Politik wurde das Thema nicht früher lanciert. Am 16.9.2014 richtete Nationalrat Schwaab eine parlamentarische Anfrage an den Bundesrat, ob dieser es als «nötig [erachte], Artikel 242 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs ... zu ergänzen, damit ... Computerdaten, die Teil der Konkursmasse sind, aber dritten Personen <gehören>, von diesen beansprucht werden können?» und ob der Bundesrat «weitere Überlegungen hinsichtlich einer Reform zum <Eigentum> der Daten anzustellen» gedenke.⁵² 26

Der Bundesrat erachtete zu diesem Zeitpunkt «die Einführung einer Sonderregel für den Konkursfall ... nicht [als] angemessen». Soweit es sich um «Personendaten [handelt], wird die betroffene Person durch die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz ... geschützt.» Im Rahmen der Revision des Datenschutzgesetzes werde zudem «auch die Frage geprüft, ob in Abweichung von der geltenden Rechtslage ein eigentliches <Eigentum an Personendaten> eingeführt werden soll, ... eine breitangelegte Reflexion über ein Eigentum an Daten im Allgemeinen [sei] dagegen nicht vorgesehen».⁵³ In der Botschaft DSG erhielt die Frage eines Eigentums an Personendaten aber schliesslich nur eine kurze Erwähnung als verworfene Alternative.⁵⁴ 27

⁵¹ BSK-WOLF/WIEGAND, Vorb. zu ZGB 641 N 19a ff. – Die Voraufgaben von 2011 und 2015 enthielten diesen Textabschnitt noch nicht.

⁵² Anfrage SCHWAAB, eingereichter Text.

⁵³ A.a.O., Antwort des Bundesrates.

⁵⁴ Botschaft DSG, 6988.

B. Initiative Dobler

- 28 Am 7.3.2017 lancierte Nationalrat Marcel Dobler einen erneuten politischen Vorstoss. In einer parlamentarischen Initiative ersuchte er das Parlament, Art. 242 SchKG so zu ergänzen, dass «die Konkursverwaltung ... eine Verfügung über die Herausgabe von nichtkörperlichen Vermögenswerten, welche von einem Dritten beansprucht werden» treffen könne.⁵⁵ Der Bundesrat habe «die Brisanz der Lage [unterschätzt]», wie seine Antwort auf die Anfrage Schwaab zeige.
- 29 Der Initiative wurde am 3.5.2018 von der RK-N Folge gegeben und auch die RK-S stimmte ihr am 15.4.2019 zu.⁵⁶ Der Ball liegt nun wieder bei der RK-N, um einen Gesetzesvorschlag auszuarbeiten. Wegen eines inzwischen vorliegenden Vorschlags des Bundesrates⁵⁷ ist allerdings eine vorläufige Sistierung nicht auszuschliessen.

3. Vorschlag des Bundesrates: Artikel 242b VE-SchKG

- 30 In einer eigentlichen Kehrtwendung erachtet es der Bundesrat Ende 2018 nunmehr «als angebracht, dass – in Analogie zum Aussonderungsanspruch des sachenrechtlichen Eigentümers – eine entsprechende rechtliche Grundlage geschaffen wird, die es ermöglichen würde, sämtliche Daten, bei denen eine Person eine besondere persönliche Berechtigung nachweisen kann, aus der Konkursmasse auszusondern».⁵⁸
- 31 Am 22.3.2019 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zu einer Vorlage zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (DLT). Im Rahmen dieser Vorlage schlägt er vor, in einem neuen Art. 242b VE-SchKG ganz allgemein den Zugang zu Daten im Konkurs zu regeln.
- 32 Bis Ende Juni 2019 gingen rund 80 Stellungnahmen bei der Bundesverwaltung ein. Eine abschliessende Zusammenfassung der Eingaben lag bis zum Abschluss dieser Arbeit nicht vor. Die einzelnen Stellungnahmen können jedoch auf der Website des Bundes eingesehen werden.⁵⁹ Die Botschaft des Bundesrates an das Parlament ist gemäss Auskunft des SIF bis Ende 2019 zu erwarten.

⁵⁵ Initiative DOBLER, eingereichter Text.

⁵⁶ S. Curia Vista, Gesch.-Nr. 17.410.

⁵⁷ S. sogleich.

⁵⁸ Bericht Blockchain, 74.

⁵⁹ S. Stellungnahmen DLT.

IV. Kritische Würdigung des bundesrätlichen Vorschlags

1. Vernehmlassungsverfahren

In der juristischen Literatur ist das Thema der Daten im Konkurs oft blosser Neben- 33
schauplatz im Rahmen von Abhandlungen zu DLT oder virtuellen Währun-
gen.⁶⁰ Auch der Bundesrat hat seinen Vorschlag in den Zusammenhang eines Ge-
setzgebungsvorhabens unter dem Titel «Verbesserung der Rahmenbedingungen
für Blockchain/DLT»⁶¹ gestellt. Dass sich in dieser Vorlage eine Bestimmung zu
Daten im Konkurs befindet, dürfte deshalb vielen potenziell interessierten Perso-
nen und Organisationen entgangen sein.

Die Konsequenz ist, dass von den Teilnehmerinnen der Vernehmlassung – neben 34
den Kantonen und den Verbänden vor allem Interessierte aus der Finanz- und Fin-
tech-Branche – sich nur gerade zwölf zu Art. 242b VE-SchKG geäußert haben, wo-
bei die Äusserungen meist kurz und allgemein zustimmend sind.⁶² Eine kritische
Auseinandersetzung und Verbesserungsvorschläge fehlen weitgehend. Dies darf
man als einen ersten Mangel des bundesrätlichen Vorschlags betrachten.

2. Die Bestimmung im Einzelnen

A. Recht auf Datenzugang

*«Befinden sich Daten in der Verfügungsmacht der Konkursmasse, kann
jeder Dritte, der eine gesetzliche oder vertragliche Berechtigung an den
Daten nachweist, den Zugang zu diesen Daten verlangen» (Abs. 1).*

Der Vorschlag beschränkt den Begriff der Daten nicht auf digitale Daten; auch 35
etwa Passwörter auf einem Zettel würden darunterfallen.⁶³ Auch macht die Bestim-
mung keinen Unterschied zwischen geldwerten und nicht geldwerten bzw. pfänd-
baren und nicht pfändbaren Daten. Letztere fallen bisher grundsätzlich nicht in
den rechtlichen Zuständigkeitsbereich der Konkursverwaltung, was zu Abgren-

⁶⁰ Z.B. ENZ, N 476 ff.

⁶¹ Medienmitteilung BR vom 22.3.2019.

⁶² Im Einzelnen (jeweils Stellungnahme DLT): KANTON ZUG, 3; GRÜNLIBERALE PARTEI, 2; SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, 10 f.; CRYPTO VALLEY ASSOCIATION, 8; ICT SWITZERLAND, 2 ff.; MEYERLUSTENBERGER LACHENAL AG, 6; SWISS FINANCE & TECHNOLOGY ASSOCIATION, 6 f.; SWISS LEGALTECH ASSOCIATION, 15 f.; SWISS BLOCKCHAIN FEDERATION, 20; VISCHER AG, 4 f.; WALDERWYSS AG, Anhang, 6; WILDHABER CONSULTING, 6.

⁶³ Bericht DLT, 39; MEYERLUSTENBERGER LACHENAL, Stellungnahme DLT, 6.

zungsproblemen führt.⁶⁴ Der Vorschlag beschränkt sich zudem nicht auf Cloud-Dienstleisterinnen, sondern generell auf Konstellationen, in denen sich Daten einer Drittpartei in der Konkursmasse befinden.⁶⁵ Alle drei Aspekte sind positiv hervorzuheben.

- 36 Das Recht auf Datenzugang kann sich gemäss Vorschlag aus einer gesetzlichen oder vertraglichen Berechtigung ergeben. In Bezug auf die gesetzlichen Ansprüche geht der Bundesrat davon aus, dass es sich grundsätzlich um die bereits unter geltendem Recht bestehenden Aussonderungsansprüche handelt.⁶⁶ Von ungleich grösserer Bedeutung sind die vertraglichen Ansprüche, die heute im Konkursfall zu blossen Geldforderungen umgewandelt werden.⁶⁷ Hier schafft der bundesrätliche Vorschlag tatsächlich eine neue Berechtigung.
- 37 Zu bemängeln ist jedoch, dass der Vorschlag nur einen Zugang zu den betreffenden Daten verschaffen soll. Auf der einen Seite ist nicht klar, was ein solcher Zugang konkret beinhaltet: Darf die berechtigte Person die Daten nur begutachten oder darf sie die Daten kopieren und weiterverwenden?⁶⁸ Diese Fragen beantwortet der vorgeschlagene Gesetzestext nicht. Auch der Bericht des Bundesrates führt nicht zu einer Klärung, spricht er doch neben dem Recht auf Zugang auch mehrfach von einem Anspruch auf Herausgabe.⁶⁹ Eine Formulierung des Gesetzestextes entsprechend der Initiative Dobler könnte hier Klarheit schaffen.⁷⁰

B. Gerichtliche Klärung des Zugangsanspruchs

«Hält die Konkursverwaltung den Anspruch für unbegründet, so setzt sie dem Dritten eine Frist von 20 Tagen, innert der er beim Richter am Konkursort Klage einreichen kann. Bis zum rechtskräftigen Entscheid des Gerichts dürfen die Daten nicht vernichtet werden» (Abs. 2).

- 38 Nicht jeder Anspruch ist unbestritten. Es ist deshalb konsequent, für solche Fälle die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung vorzusehen. Die Konkursverwaltung ist während der Dauer eines solchen Verfahrens verpflichtet, die Daten bis zu dessen Abschluss verfügbar zu halten. Eine Vernehmlassungsteilnehmerin macht

⁶⁴ Art. 197 Abs. 1 SchKG; ENZ, N 462 und 480 ff.; BSK-HANDSCHIN/HUNKELER zu SchKG 197 N 7.

⁶⁵ REUTTER, Cloud-Provider.

⁶⁶ Bericht DLT, 40.

⁶⁷ S. vorne N 9.

⁶⁸ ICT SWITZERLAND, Stellungnahme DLT, 3; VISCHER AG, Stellungnahme DLT, 5.

⁶⁹ Bericht DLT, 18 f.

⁷⁰ S. vorne N 28 f. – Initiative DOBLER, Eingereichter Text; ICT SWITZERLAND, Stellungnahme DLT, 3; Vischer AG, Stellungnahme DLT, 5.

allerdings zu Recht darauf aufmerksam, dass diese Pflicht auch für die Dauer der Klagefrist gelten müsse, weil jedenfalls bis zum Ende dieser Frist noch nicht klar sei, ob ein Gerichtsverfahren angestrengt wird oder nicht.⁷¹

Die Bestimmung regelt zudem nicht, ob und inwiefern die Konkursverwaltung verpflichtet ist, in der Konkursmasse befindliche Daten ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung (vorläufig) verfügbar zu halten und allfällige Drittansprüche abzuklären bzw. abzuwarten. Das Recht auf Datenzugang läuft jedenfalls ins Leere, wenn die Konkursverwaltung ohne Weiteres Daten löschen darf, die sie mangels Werthaltigkeit als nicht verwertbar betrachtet. Der Bundesrat scheint jedoch von letzterem auszugehen, wenn er schreibt, «dass durch den Anspruch auf Datenherausgabe keine neue Pflicht der Konkursverwaltung geschaffen werden soll» und dass der Anspruch auf Datenzugang untergehe, wenn die Konkursverwaltung die Daten vernichte (bevor ein Dritter seinen Anspruch anmeldet).⁷²

Einige Teilnehmerinnen der Vernehmlassung möchten schliesslich ergänzend festgehalten wissen, dass nur die Konkursverwaltung verpflichtet ist, die Daten nicht zu vernichten, und nicht auch allfällige Dritte (die ihrerseits Daten für die in Konkurs geratene Cloud-Dienstleisterin speichern).⁷³

C. Kosten für den Datenzugang

«Die Kosten für die Verschaffung des Zugangs zu Daten sind von demjenigen zu übernehmen, der diese (sic!) verlangt. Die Konkursverwaltung kann einen entsprechenden Vorschuss verlangen» (Abs. 3).

Die Pflicht für den Zugangsberechtigten, die Kosten für den Zugang zu übernehmen, wird von den Teilnehmerinnen der Vernehmlassung allgemein als sachgerecht angesehen,⁷⁴ auch wenn einzelne die Kosten der Konkursmasse anlasten möchten.⁷⁵ Unabhängig davon dürften sich die Kosten für einen Datenzugang oftmals in prohibitiver Höhe bewegen, wenn z.B. die Serverinfrastruktur in Betrieb gehalten oder die Daten aufwändig aufbereitet werden müssen.⁷⁶

⁷¹ SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Stellungnahme DLT, 11.

⁷² Bericht DLT, 41.

⁷³ SWISS FINANCE & TECHNOLOGY ASSOCIATION, Stellungnahme DLT, 7; VISCHER AG, Stellungnahme DLT, 5.

⁷⁴ GRÜNLIBERALE PARTEI, Stellungnahme DLT, 2.

⁷⁵ SWISS FINANCE & TECHNOLOGY ASSOCIATION, Stellungnahme DLT, 7.

⁷⁶ Bericht DLT, 40.

D. Vorbehalt des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts

«Vorbehalten bleibt das Auskunftsrecht nach den Datenschutzbestimmungen des Bundes oder der Kantone» (Abs. 4).

- 42 Mehreren Vernehmlassungsteilnehmerinnen ist dieser Vorbehalt richtigerweise zu eng. Das Datenschutzrecht gilt auch im Konkurs und auch für die involvierten Behörden, sodass ein solcher, auf das Auskunftsrecht beschränkter Vorbehalt zu Unklarheiten führen muss. Vermutlich bezieht sich der Vorschlag vor allem auf die Kostenfreiheit des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts (im Gegensatz zu Abs. 3 des Vorschlags).⁷⁷ Eine breitere Formulierung könnte Unklarheiten vorbeugen: «Vorbehalten bleiben die Datenschutzbestimmungen des Bundes und der Kantone.»⁷⁸

3. Offene Fragen

A. Daten verbleiben in der Konkursmasse

- 43 Der Vorschlag des Bundesrates gewährt einen Anspruch auf Datenzugang. Offen bleibt, was mit den Daten passiert, nachdem das Recht auf Datenzugang ausgeübt wurde. Darf die Konkursverwaltung, sofern nichts anderes entgegensteht, diese verwerten? Einen Anspruch des Zugangsberechtigten auf Löschung der Daten sieht die Bestimmung nicht vor; und auch ein Verbot der Verwendung durch Dritte lässt sich nicht daraus ableiten.
- 44 Der Bundesrat ist der Meinung, ein Lösungsanspruch sei nicht im Konkursrecht zu regeln. Im Übrigen habe die Konkursverwaltung entsprechende «Persönlichkeits- und Geheimhaltungsinteressen gestützt auf die allgemeinen Regeln (Art. 28 ZGB, Datenschutzgesetze) zu wahren».⁷⁹ Diese Regeln dürften jedoch nicht das ganze Spektrum möglicher Dateninhalte abdecken.

B. Benachteiligung der (übrigen) Konkursgläubiger

- 45 Die in der Konkursmasse liegenden Daten können werthaltig und damit im Konkurs verwertbar sein (z.B. eine Kundendatei). Eine Zugangsberechtigung und die

⁷⁷ Art. 8 Abs. 5 DSG; Bericht DLT, 41.

⁷⁸ KANTON ZUG, Stellungnahme DLT, 3; WALDERWYSS AG, Stellungnahme DLT, Anhang, 6.

⁷⁹ Bericht DLT, 41.

damit einhergehende Möglichkeit, die Daten zu kopieren,⁸⁰ kann den Wert der Daten im Hinblick auf ihre Verwertung schmälern (z.B. durch Verlust der Exklusivität).⁸¹ Der Vorschlag des Bundesrates enthält keine Regelung zur Koordination der unterschiedlichen Interessen von Konkursgläubigern und Datenzugangsberechtigten, er spricht nur davon, dass «der Datenzugang ... nicht zu einer ungeRechtfertigten Entwertung der Konkursmasse» führen dürfe.⁸²

C. Vertraulichkeitsansprüche der Berechtigten untereinander

Für die Daten bzw. die Datenträger, auf denen die Daten gespeichert sind, kann es mehrere Zugangsberechtigte geben. In der Vernehmlassung wird deshalb gefordert, dass sichergestellt werden müsse, dass die Konkursverwaltung die gegenseitigen Vertraulichkeitsansprüche wahre.⁸³ Das Aussortieren der jeweiligen Daten dürfte indes nicht in jedem Fall ohne Aufwand möglich sein.⁸⁴ 46

In eine ähnliche Richtung zielt die Forderung, in Abs. 1 klarzustellen, dass der Dritte den Zugang zu den Daten «nur im Rahmen seiner [gesetzlichen oder vertraglichen] Berechtigung» verlangen kann.⁸⁵ Das Zugangsrecht soll richtigerweise nicht dazu führen, dass Dritte an Daten gelangen, die ihnen ausserhalb des Konkurses der Cloud-Dienstleisterin nicht zugänglich gewesen wären. 47

4. Fazit

Insgesamt befriedigt der Vorschlag des Bundesrates (noch) nicht. Zum einen wurde verpasst, ein breites Spektrum interessierter Personen und Organisationen in die Vernehmlassung einzubeziehen. Zum anderen schafft der Vorschlag Unklarheiten und lässt zahlreiche Fragen offen. Es könnte sich empfehlen, die Bestimmung aus der DLT-Vorlage herauszulösen und inhaltlich der Initiative DOBLER⁸⁶ anzunähern, die nicht nur ein Zugangs-, sondern ein Herausgaberecht für Daten anvisiert. Diese Lösung entspräche schliesslich im Wesentlichen der luxemburgi- 48

⁸⁰ S. dazu vorne N 37.

⁸¹ NEUENSCHWANDER/OESCHGER, N 12 f.; REUTTER, Cloud-Provider.

⁸² Bericht DLT, 40 f.

⁸³ SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Stellungnahme DLT, 10 f.; SWISS FINANCE & TECHNOLOGY ASSOCIATION, Stellungnahme DLT, 6 f.

⁸⁴ SWISS LEGALTECH ASSOCIATION, Stellungnahme DLT, 16.

⁸⁵ WALDERWYSS AG, Stellungnahme DLT, Anhang, 6.

⁸⁶ S. vorne 28 f.

schen; Luxemburg kennt bereits seit 2013 ein Herausgaberecht für Daten im Konkurs.⁸⁷

- 49 Jedoch lassen sich auch mit einer gesetzlichen Regelung für Daten im Konkurs zahlreiche praktische Problem nicht aus der Welt schaffen:
- Eine Schweizer Regelung schafft wegen des Territorialitätsprinzips keine Abhilfe, wenn die Cloud-Dienstleisterin die Daten ausserhalb der Schweiz speichert.
 - Der zeitliche Ablauf eines Konkursverfahrens dürfte selten den Anforderung nach einem möglichst raschen (Wieder-)Zugriff auf die Daten genügen.⁸⁸
 - Ein Recht auf Zugang oder Herausgabe ist nutzlos, wenn das nötige Knowhow für den Datenzugriff nicht mehr vorhanden ist, weil der Betrieb eingestellt und das Personal entlassen wurde. Zudem kann es an notwendigen Leistungen Dritter fehlen, die wegen des Konkurses eingestellt wurden (z.B. Elektrizität, Softwarelizenzen).⁸⁹
- 50 Insgesamt könnte es sich als ratsam erweisen, die Frage der Daten nicht allein in Bezug auf das Konkursrecht anzugehen, sondern generell die Frage nach der rechtlichen Einordnung von Daten in den Bereich des Privatrechts zu stellen. Während ein Eigentumsrecht an Daten nicht sachgerecht erscheinen mag, könnten Lösungen entwickelt werden, die in die Richtung eines zeitlich und inhaltlich begrenzten Ausschliesslichkeitsrechts gehen, wie dies heute bereits im Urheber- oder im Patentrecht der Fall ist.⁹⁰

⁸⁷ Art. 567 Abs. 2 Code Commerce (<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/commerce/20160101>) (abg. 31.10.2019). Die luxemburgische Bestimmung spricht umfassender von «les biens meubles incorporels non fongibles», worunter auch Daten fallen können. – S. auch ENZ, N 477; REUTTER, Cloud-Provider.

⁸⁸ REUTTER, Cloud-Provider.

⁸⁹ REUTTER, Cloud-Provider.

⁹⁰ HESS-ODONI, N 39 und 42 ff.; THOUVENIN/FRÜH/LOMBARD, 33 f.; THOUVENIN/WEBER, N 13 ff.; WEBER/THOUVENIN, 72 ff.

Anhang: Selbstständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss Art. 36 Abs. 1 Bst. 1 des Gesetzes über die Universität Bern und Art. 69 des Universitätsstatuts zum Entzug des aufgrund dieser Arbeiten verliehenen Titels berechtigt ist.

Zürich, den 7. November 2019



Marcel Kuchler