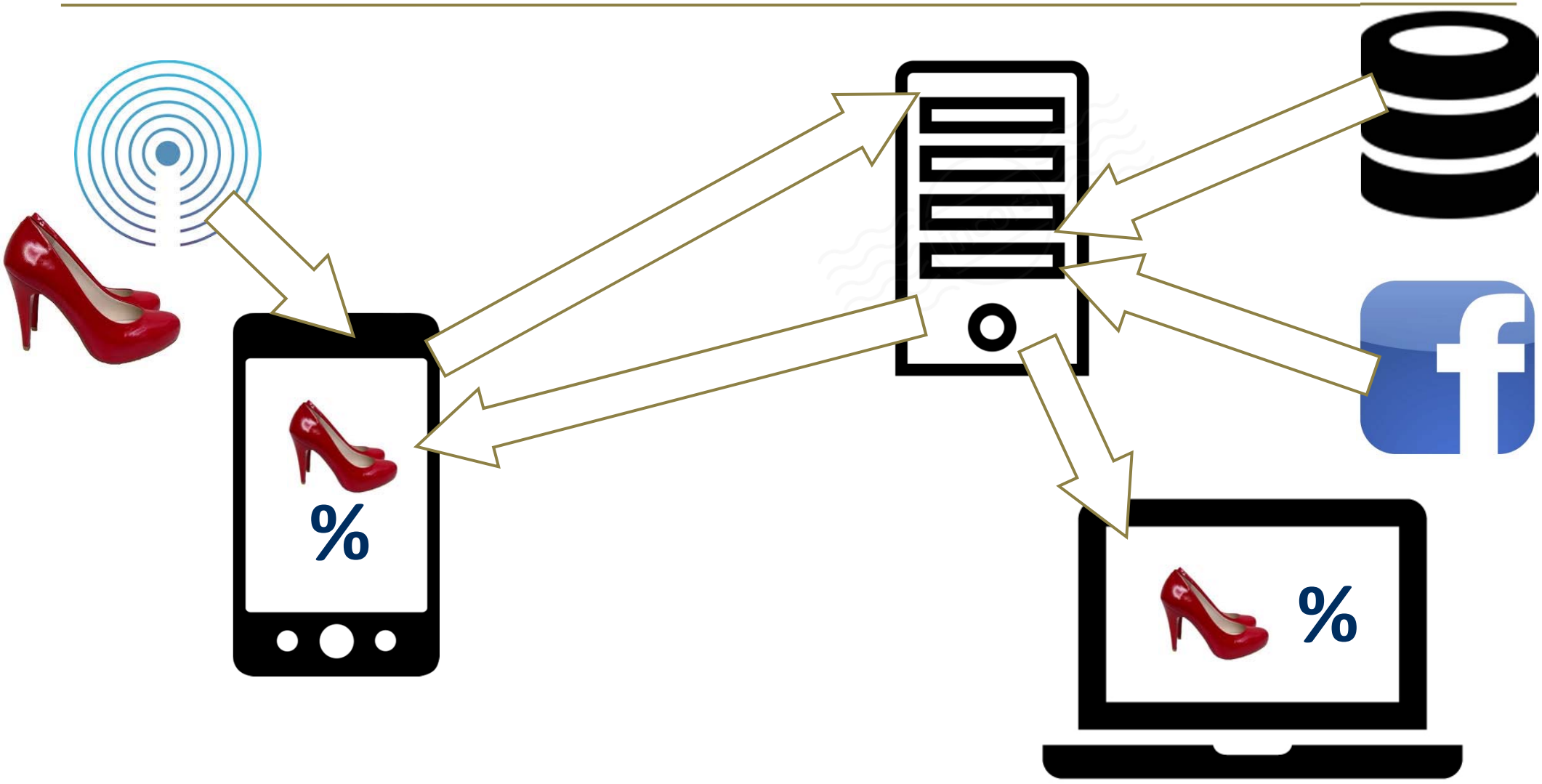
# Im Kreuzfeuer der Beacons

Kundenanalyse und Kundensteuerung am Verkaufspunkt
(und darüber hinaus…)

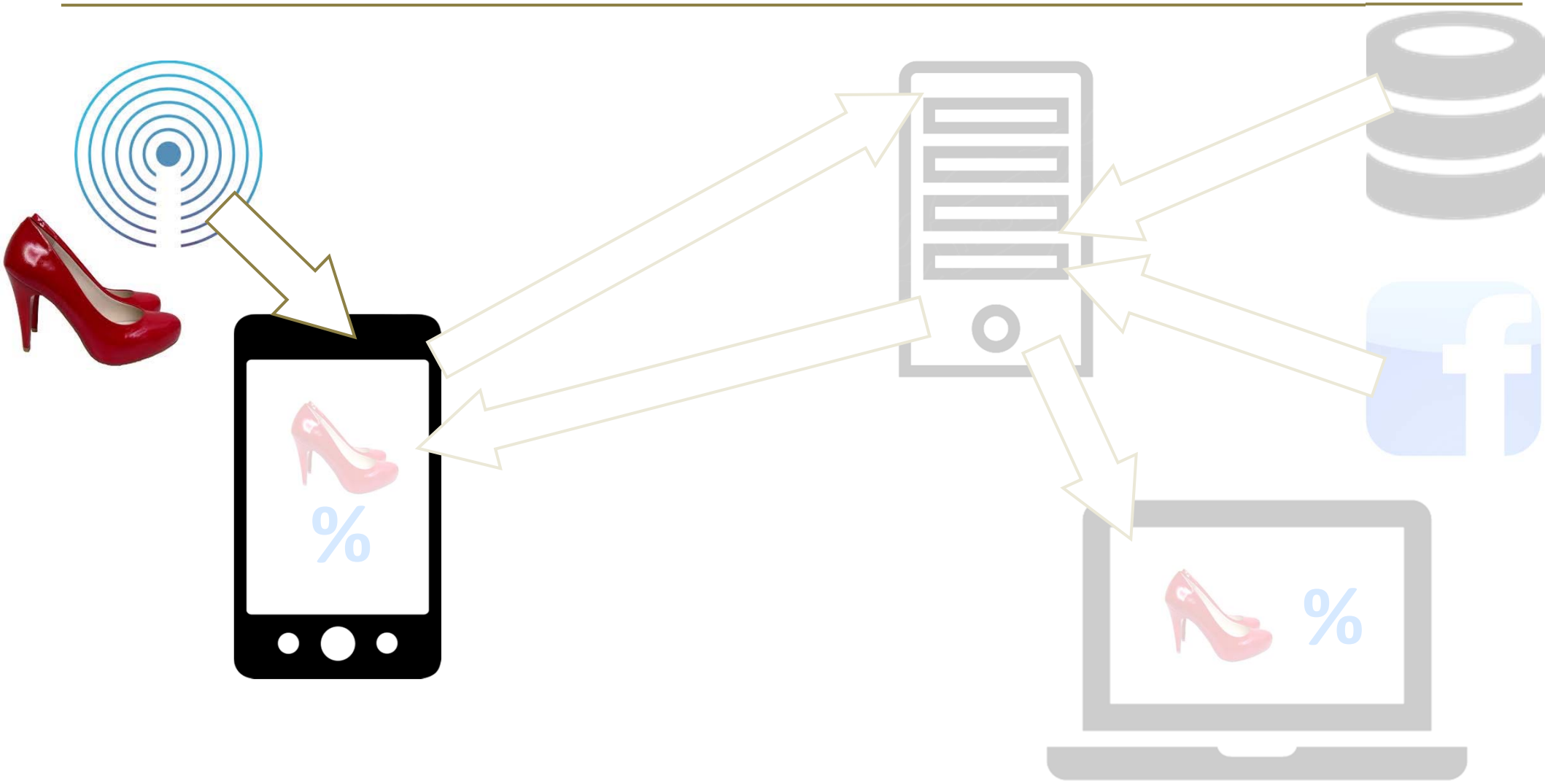
IT meets Law
4. Juni 2015
Michael Isler

walderwyss rechtsanwälte

# Anstelle einer Übersicht
# Das (erweiterte) Beacon-Ökosystem



# Das (erweiterte) Beacon-Ökosystem
# 1. Signalübermittlung



# 1. Signalübermittlung Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Datenschutz
   - Beacon sendet unidirektionales Signal (Broadcasting), keine Kopplung der Geräte

   ⇨ Keine Bearbeitung von Personendaten; keine datenschutzrechtliche Relevanz

2. Fernmelderecht
   - Nutzung eines konzessionsfreien Frequenzbands

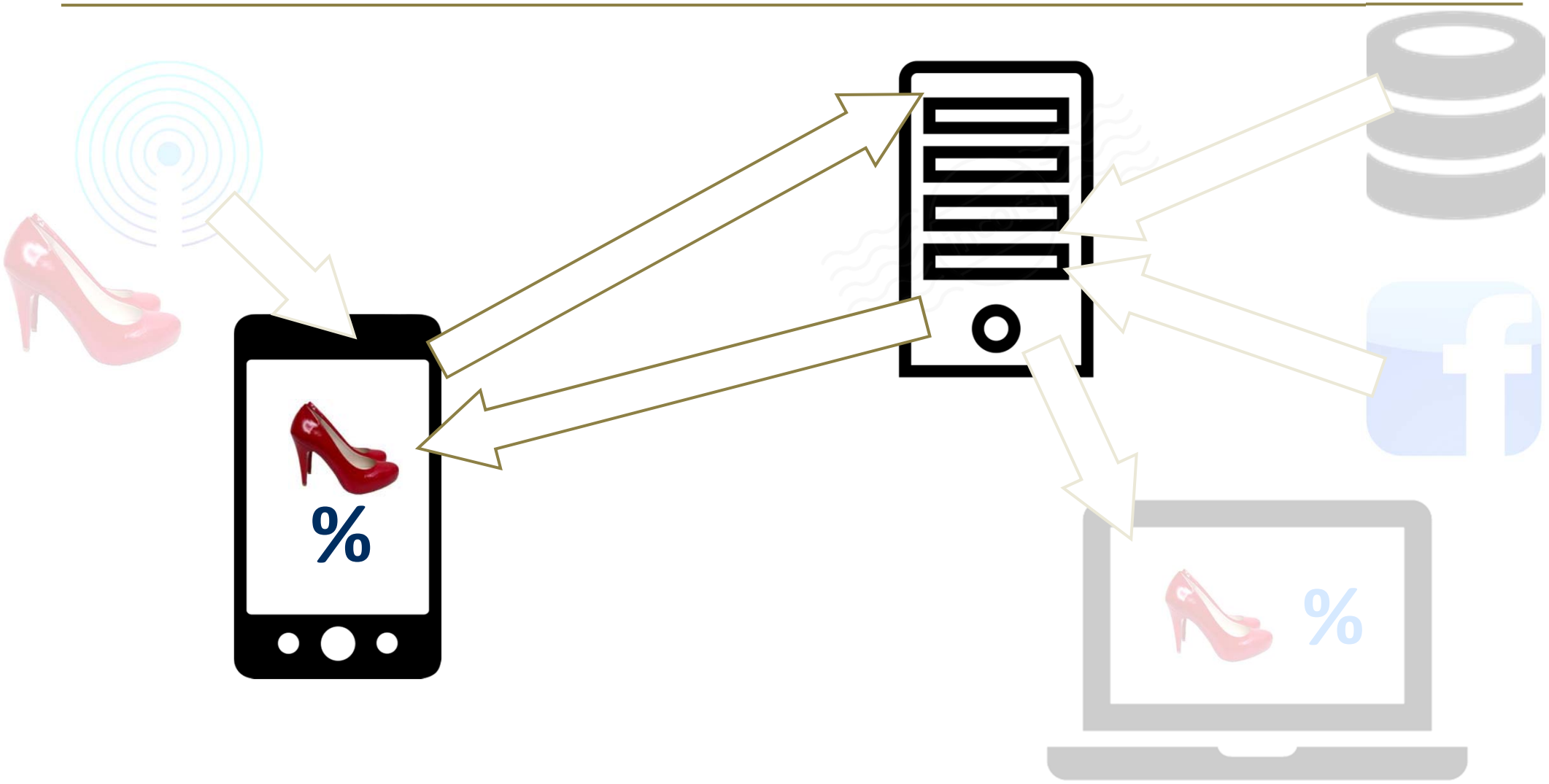
   ⇨ Keine fernmelderechtliche Relevanz (inhouse und outdoor)

3. Unlauterer Wettbewerb
   - Innerhalb und in unmittelbarer Nähe des eigenen Geschäftslokals unproblematisch
   - Platzieren von Beacons im öffentlichen Raum oder gar vor dem Geschäft der Konkurrenz?

   ⇨ Ev. Verstoss gegen Art. 2 UWG wegen unlauterer Kundenbeeinflussung oder Behinderungswettbewerbs (Guerilla Marketing)

   ⇨ Nutzung von fremdem Eigentum und gesteigerter Gemeingebrauch (ev. Bewilligungspflicht)

# Das (erweiterte) Beacon-Ökosystem
# 2. Signalempfang und Targeting



# 2. Signalempfang und Targeting Rechtliche Rahmenbedingungen

## 1. Datenschutz

### – Personendaten

- Aktivierung des Empfängerprogramms (App) erfordert in der Regel Registrierung über ein Nutzerkonto
- Selbst wenn kein Nutzerkonto eröffnet wird, kann der Personenbezug von zunächst gerätebezogenen Daten hergestellt werden, sobald sich der Nutzer selbst identifiziert oder ohne unverhältnismässigen Aufwand infolge Zusatzwissens bestimmt werden kann (vgl. BGE 136 II 508 - *Logistep*)
- Laufende Anreicherung des erstellten Nutzerprofils mit Daten zu Bewegungs- und Kaufverhalten

### – Datenbearbeitungsgrundsätze

- Transparenz (Erkennbarkeit) der Datenbeschaffung und des Bearbeitungszwecks (Art. 4 Abs. 4 DSG)
- Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSG)
- Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG)
- Einwilligung in bestimmten Fällen (Art. 4 Abs. 5 DSG)

# 2. Signalempfang und Targeting Rechtliche Rahmenbedingungen

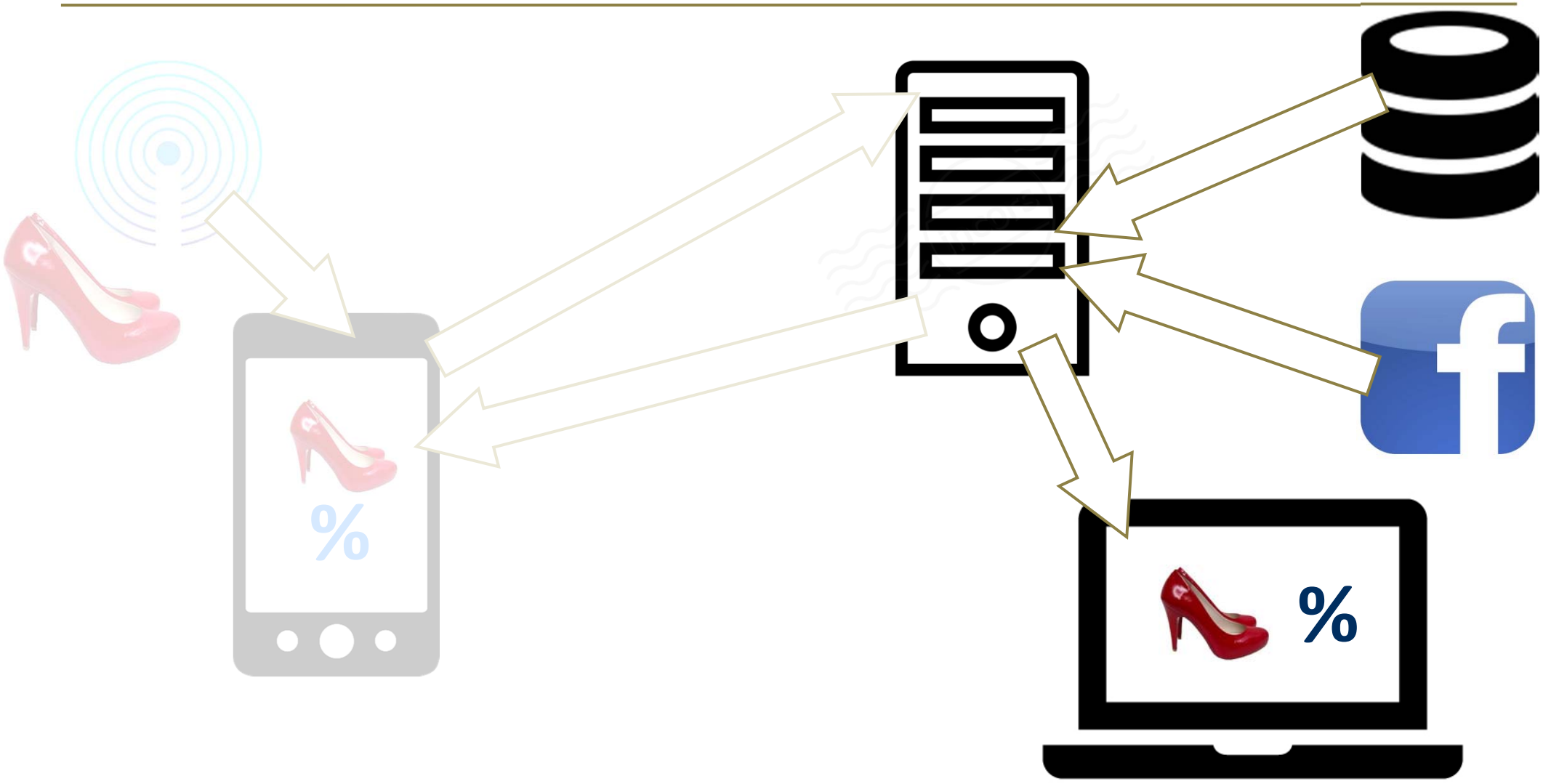
## 2. Fernmelderecht

- Bearbeiten (u.a. Speichern und Abgreifen) von Daten auf Fernmeldeanlagen (z.B. Mobiltelefonen) bedarf vorgängiger Information über Art und Zweck der Bearbeitung sowie Ablehnungsmöglichkeit des Nutzers (*opting-out*, Art. 45c FMG)
- Systemdatenschutz (z.B. *opt-in* zur Aktivierung von Ortungsdiensten bei Mobiltelefonen)

## 3. Unlauterer Wettbewerb

- Push-Mitteilungen gelten als Massenwerbung (Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG):
  - Grundsätzlich Einwilligung erforderlich
  - Registrierung durch Nutzer ersetzt Einwilligung nicht
  - Jederzeitige problemlose Ablehnungsmöglichkeit

# Das (erweiterte) Beacon-Ökosystem
# 3. Verknüpfung und Retargeting



# 3. Verknüpfung und Retargeting Probleme, Probleme, Probleme…

«Gesamthaft lässt sich feststellen, dass ein Grossteil der Data-Mining-Verfahren, welche personenbezogene Daten verwenden, **mit dem Datenschutzrecht kaum vereinbar** sind.»

*Rolf H. Weber*

«Nicht ganz zu Unrecht geht daher ein Teil der Datenschützer und Juristen davon aus, analytisches CRM für **insgesamt rechtswidrig** zu halten, da die Kundeninformation nicht zweck- und vertragsbezogen gespeichert und ausgewertet werden, sondern für gänzlich unbestimmte automatisierte Analysen und personenbezogene Hypothesen als Grundlage dienen sollen.»

*Alex Schweizer*

«Im allgemeinen wird jedoch mehrheitlich davon ausgegangen, dass ein wesentlicher Teil der Data-Mining-Verfahren **datenschutzrechtlich unzulässig** sind.»

*Lukas Bühlmann/Michael Schüpp*

«Datenschutz und Big Data **vertragen sich schlecht**.»

*Michael Isler*

# 3. Verknüpfung und Retargeting Probleme, Probleme, Probleme…

**Problem Nr. 1: Durch das Anzapfen zusätzlicher Datenquellen werden bereits beschaffte Personendaten zweckentfremdet:**

- *Proprietäre Datenquellen:* Nachträgliche Erweiterung des Bearbeitungszwecks oder Weitergabe an Dritte erfordert grundsätzlich die Einwilligung der betroffenen Person, soweit das Zusammenführen nicht erkennbar ist (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG)
- *Öffentliche Datenquellen:* In der Regel liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (Art. 12 Abs. 3 DSG), doch unterliegen auch öffentlich zugängliche Daten einer gewissen Zweckbindung
- *Anonymisierte Daten:* Anonymisierungsvorgang stellt eine zweckfremde Datenbearbeitung dar; die Bearbeitung anonymer Datenprofile zur Speisung von Algorithmen mit Erfahrungswerten kann aber gerechtfertigt sein (Art. 13 Abs. 2 lit. e DSG)

# 3. Verknüpfung und Retargeting Probleme, Probleme, Probleme…

**Problem Nr. 2: Durch Verknüpfung und Auswertung der zusammengeführten Personendaten entstehen laufend neue Nutzerprofile und daraus ableitbare Prognosen über das Konsumverhalten:**

- Die Erzeugung neuer, bisher unbekannter Daten ohne Information der betroffenen Person verstösst gegen das Transparenz- und Zweckbindungsgebot
- Durch das Zusammenführen von Daten aus verschiedenen Quellen können besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile entstehen:
  - Qualifizierte Anforderungen an Einwilligung (Art. 4 Abs. 5 DSG) und Beschaffungstransparenz (Art. 14 DSG)
  - Datenweitergabe an Dritte erfordert Einwilligung oder anderen Rechtfertigungsgrund (Art. 12 Abs. 2 lit.c DSG)
- Informationen über die Zuordnung einer Person zu einem bestimmten Kundensegment (z.B. Potential-Score) und die dahinterstehende Logik stellen ebenfalls Personendaten dar, was im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht (Art. 8 DSG) und dem Grundsatz der Datenrichtigkeit (Art. 5 DSG) in Konflikt geraten kann.

# 3. Verknüpfung und Retargeting Probleme, Probleme, Probleme…

**Problem Nr. 3: Sofern die betroffene Person einer Datenbearbeitung widerspricht oder eine erforderliche Einwilligung nicht erteilt, muss die Nutzung der Dienstleistung trotzdem möglich bleiben.**

- Nach Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG kann die betroffene Person die Beschaffung bzw. weitere Bearbeitung ihrer Personendaten untersagen:
  - Echtes Alternativverhalten muss gewährleistet bleiben, damit Freiwilligkeit nicht zur Leerformel verkommt
  - Ganze oder teilweise Löschung des vorhandenen Datenbestandes
- Alleinige Tatsache, dass Widerspruch einen Nachteil für die betroffene Person nach sich zieht, kann die Gültigkeit der Zustimmung nicht beeinträchtigen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn dieser Nachteil keinen Bezug zum Zweck der Bearbeitung hat oder diesem gegenüber unverhältnismässig ist (BGE 138 I 331, E. 7.4.1)

# 3. Verknüpfung und Retargeting Probleme, Probleme, Probleme…

***Sind die Bedenken gerechtfertigt?***

- Digitale Datenspuren und deren Auswertung zu Sekundärzwecken (Profilbildung) sind eine Realität
- Das Bewusstsein hat sich gewandelt: Wer an Kundenbindungsprogrammen partizipiert, tut dies im Wissen darum, dass er mehr von sich preisgibt, als er selbst über sich weiss
- Das Transparenzgebot erfüllt seinen Zweck in der Praxis nicht; langfädige Datenschutzerklärungen überfordern die Nutzer
- Verwesentlichung des Datenschutzes durch:
  - Systemdatenschutz
  - Privacy by default (*opt-in* Lösungen)
  - Diskriminierungsverbot bei Widerspruch gegen bestimmte Datenbearbeitungen

# 3. Verknüpfung und Retargeting Lösungsvorschlag zur Diskussion

*«Wir setzen Technologien (**Beacons**) ein, um ihr **Bewegungs- und Konsumverhalten** detailliert aufzuzeichnen, wenn sie sich **in unseren Verkaufslokalen** oder in deren unmittelbarer Nähe befinden und ihr Mobiltelefon sowie die Applikation in Betrieb sind. Solange die Applikation in Betrieb ist und die Ortungsdienste aktiviert sind, erfassen wir Ihre **standortbezogenen Daten auch ausserhalb dieses Radius**. Wir **verknüpfen** diese Daten laufend mit historischen und zukünftigen Personendaten, über die wir oder unsere Konzerngesellschaften verfügen, namentlich [Aufzählung der in Frage kommenden **Datenkategorien**]. Wir verfügen über diese zusätzlichen Daten, weil*

- *Sie uns diese **zur Verfügung gestellt** haben;*
- *wir diese aufgrund von Kontakten mit Ihnen in unseren Verkaufslokalen oder über elektronische Kommunikationsmittel **manuell oder maschinell erfasst** haben;*
- *Sie diese ohne Einschränkung **öffentlich zugänglich** gemacht haben oder diese aus öffentlichen Registern abrufbar sind; oder*
- *wir diese von einem hierzu befugten **Dritten beschafft** haben.*

*Wir nutzen diese Daten, **um** Sie mit situativen und personalisierten **Werbebotschaften** oder Angeboten auf unterschiedlichen Kanälen (online, mobil, postalisch) zu bedienen, das Konsumverhalten und Kundenpotential zu **analysieren** und gestützt darauf automatisierte **Prognosen** über zukünftige Kundenbedürfnisse und Kaufentscheidungen zu erstellen. Für die genannten Zwecken setzen wir diese Daten auch mit individuellen oder gruppenbezogenen **Daten oder Datenauswertungen anderer Personen** in Bezug…»*

walderwyss rechtsanwälte

walderwyss rechtsanwälte