



Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 14. September 2017 betreffend Datenhoheit

Gestützt auf Artikel 9 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten (KIG) und Artikel 1 des Reglements der EKK vom 1. Februar 1966 unterbreitet die EKK dem Bundesrat folgende

EMPFEHLUNG

In einer digitalisierten Gesellschaft produziert jede Konsumentin und jeder Konsument eine sehr grosse Menge von Daten, die unter Umständen zur Erbringung diverser Dienstleistungen gesammelt, zusammengeführt (aggregiert) und weiterverwendet werden. Die EKK hat sich daher mit der Frage beschäftigt, wie es in rechtlicher Hinsicht um die Hoheit über diese verschiedenen Arten von Daten bestellt ist (Datenhoheit).

Die Entwicklung eines digitalen Marktes wirft diverse Fragen auf, die über den reinen Schutz von *besonders schützenswerten* Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes (DSG) hinausgehen. Es geht konkret darum zu wissen, ob die Konsumentinnen und Konsumenten bezüglich der Daten, die gesammelt, möglicherweise mit anderen Drittdaten aggregiert und auf unterschiedliche Art und Weise verwendet werden, Rechte haben – und wenn ja, welche. Ausserdem stellt sich die Frage, ob die Konsumentinnen und Konsumenten wissen dürfen, wann Werbung oder andere ihnen vorgeschlagene Dienstleistungen das Ergebnis aggregierter Daten sind, die von ihnen selbst übermittelt wurden. Welche Rechte haben die Konsumentinnen und Konsumenten bezüglich gezielter Werbung, die auf Basis dieser Daten geschaltet wird? Können sie sich insbesondere gegen die Verwendung der sie betreffenden aggregierten Daten wehren, und wenn ja, wie? In mehreren Ländern ist die informationelle Selbstbestimmung inzwischen verfassungsrechtlich anerkannt.¹ Die «Interkonnektivität» von Objekten und Maschinen, also deren Verbindung, stellt uns bezüglich der Datenhoheit über die verwendeten Inhalte und mehr noch bezüglich der Steuerung der Datenflüsse und der rechtlichen Folgen vor vergleichbare Probleme.

Darüber hinaus gilt es zu beachten, dass der Zugang zur digitalisierten Gesellschaft über die Identifikation der beteiligten Akteure erfolgt. Hier liegen die grössten Herausforderungen für die SwissID, und es stellt sich die Frage, wer diese digitalen Identifikatoren kontrolliert.

Die EKK ist sich durchaus bewusst, dass sie die Antworten auf diese Fragen nicht alleine finden kann. Dennoch ist sie aufgrund ihrer Radarfunktion dem Bundesrat gegenüber verpflichtet, die verschiedenen technologischen oder gesellschaftlichen Entwicklungen, die sich auf die Zukunft der Konsumentinnen und Konsumenten auswirken könnten, aufmerksam zu verfolgen. Deshalb hat die EKK Fachleute mit drei spezifischen Präsentationen zur Datenhoheit² beauftragt, um festzustellen, ob ein Handlungsbedarf vorliegt und welche Handlungsmöglichkeiten bestehen.

¹ Siehe für das schweizerische Recht, BGE 138 II 486 E. 8.2; BGE 140 I 381 E. 4.1, wo das BGer ein solches Recht aus Art. 13 BV herauskristallisiert; für das deutsche Recht, schon seit langer Zeit, BVerfG, NJW 1984, 419 ff.

² Prof. Astrid Epiney (Universität Fribourg) (2.2.2017) zum Datenschutzrecht in Europa; Andreas Nigg und Theodor Esenwein der Adwebster AG (6.4.2017) zu den Herausforderungen und der technologischen Entwicklung gezielter Werbung; Dr. Martin Eckert (22.6.2017) zur juristischen Behandlung von digitalen Daten, wenn diese als Wirtschaftsgut betrachtet werden.

Um die Rechtsordnung an die technologischen Innovationen und die neuen Marktmöglichkeiten anpassen zu können, muss man die Entwicklung der digitalisierten Gesellschaft verstehen. Dazu gilt es zunächst die Risiken zu erkennen, sich gleichzeitig aber auch der neuen Potenziale, welche sich damit eröffnen, bewusst zu sein.

Im Anschluss an die erwähnten Präsentationen und nach Diskussionen im Plenum sowie in einer Subkommission hat die EKK angesichts der Herausforderungen und Bedeutung der zu behandelnden Frage in ihrer Sitzung vom 14. September 2017 mit einer Mehrheit von 8 zu 2 Stimmen beschlossen,

dem Bundesrat zu empfehlen, in folgenden drei Bereichen aktiv zu werden:

I. Aggregierte Daten

Unter dem Begriff „Aggregierte Daten“ ist das Ergebnis der Zusammenführung sehr grosser Mengen von Einzeldaten zu verstehen, die über das Internet oder andere elektronische Hilfsmittel gesammelt werden (allgemein als *Big Data* bezeichnet) und mit deren Hilfe Informationen über individuelle oder kollektive Verhaltensweisen gewonnen werden können. Solche aggregierten Daten bieten diverse Vorteile. Insbesondere kann für Personen, die auf Basis solcher aggregierten Daten ausgewählt oder identifiziert werden, gezielt Werbung aufgeschaltet werden oder es können ihnen Sonderangebote oder anderweitige Angebote unterbreitet werden, welche exakt auf sie zugeschnitten sind. Ausserdem können statistische Daten ermittelt werden, die sich grundsätzlich nicht mehr auf einzelne Personen zurückverfolgen lassen. Schliesslich erlauben sie den Unternehmen, welche diese Daten sammeln, eine bessere Verwaltung ihres Kundenstamms sowie ihrer Angebotspalette und Verträge. Insbesondere hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes bergen aggregierte Daten allerdings auch Risiken. Zwar gewährleistet das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) einen gewissen Schutz von besonders schützenswerten Personendaten, doch wird das DSG den Informationsbedürfnissen der Konsumentinnen und Konsumenten sowie deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur bedingt gerecht. In der Informationsgesellschaft gewährleistet das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung jeder Person das Recht, selbst zu bestimmen, wer die von ihr übermittelten oder über sie gesammelten Informationen verwenden darf und in welchem Umfang. Dieses Selbstbestimmungsrecht wird durch das DSG nicht geregelt.

Die EKK empfiehlt daher dem Bundesrat:

1. die Schaffung eines Systems, das Nutzerinnen und Nutzer (die mithilfe aggregierter Daten gezielt ausgewählt wurden) darüber **informiert**, dass die an sie gerichtete Werbung, die ihnen unterbreitete Offerte oder das ihnen vorgeschlagene Sonderangebot das Ergebnis einer Datenaggregation ist. Eine solche Information könnte ganz einfach erfolgen (z.B. über ein Ampelsystem: rot [=gezielte Werbung], grün [=zufällige Werbung]);
2. die **Identifikation des Ursprungs der Datenaggregation** zu ermöglichen (Urheber/in und andere wichtige Daten), namentlich durch einfaches Anklicken eines roten Lichtes, falls ein solches existiert;
3. den Konsumentinnen und Konsumenten zu ermöglichen, **jede künftige Verwendung ihrer Daten auszuschliessen (Opt-out)**, falls diese Daten zu einem anderen als dem ursprünglich von ihnen genehmigten Zweck verwendet werden sollen, namentlich beim Abschluss eines Vertrags oder durch eine spezifische Vereinbarung. Ausgeschlossen werden soll vor allem aber jede Übermittlung dieser aggregierten Informationen an Dritte. Beim *Opt-out* müsste wahrscheinlich unterschieden werden zwischen Daten, die aus kostenlosen Quellen stammen, und solchen aus einem Vertrag, in dem die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien bereits geregelt sind;
4. die Möglichkeit, eine **mehrfachen Erneuerung des Opt-out** zuzulassen.

II. Das Konzept der SwissID

Die digitale Wirtschaft setzt voraus, dass man sich auf dem digitalen Markt auf irgendeine Weise identifizieren kann. Der Bund möchte die Verbreitung einer SwissID fördern, die sowohl für Online-Einkäufe als auch für Bezüge von Bankkonten oder die Zahlung von Steuern eingesetzt werden könnte. Die Schweizerische Post bietet seit März 2017³ eine neue Generation der SwissID an.

³ <https://www.post.ch/de/geschaeflich/themen-a-z/suisseid?shortcut=informationen-zu-suisseid>.

Es ist durchaus möglich, dass sich dieses Konzept auf dem Markt als einzige digitale Identifikation durchsetzen wird.

Die EKK empfiehlt daher dem Bundesrat:

- ein **vollständig digitalisiertes und zentralisiertes SwissID-System zu vermeiden**. Die *Zentralisierung sämtlicher geschäftlicher und staatlicher Transaktionen auf einem einzigen Schlüssel* würde im Alltag zweifelsohne eine Erleichterung darstellen, macht das ganze System aber auch äusserst verletzlich, namentlich im Falle von Cyber-Angriffen, die das gesamte Schweizer Wirtschaftssystem auf einen Schlag lahmlegen könnten. Unter keinen Umständen darf der *gesamte Prozess an einen oder mehrere private Akteure ausgelagert werden, zumal es sich dabei um eine essentielle Grundlage der Beziehungen* von Bürgerinnen und Bürger bzw. Konsumentinnen und Konsumenten zu Staat und Unternehmen handelt. Der Bund muss bei diesem System die Zügel unbedingt in der Hand behalten.

III. Vernetzte Objekte – *Internet of Things* (IoT)

Immer mehr Objekte sind vernetzt und zusammengeschaltet. So übermitteln Autos bereits heute Nutzungsdaten an den Hersteller⁴, die Versicherung oder anderen. Dank Domotik (intelligenter Gebäudesteuerung) lässt sich die eigene Wohnung auch aus der Ferne steuern⁵. Hier lautet die Frage weniger, wer „Eigentümer“ dieser Daten ist, sondern vielmehr, wie sich diese Datenflüsse, deren Übermittlung oder Lokalisierung sowie die Konsequenzen ihrer Verwendung beherrschen lassen.

Die EKK empfiehlt daher dem Bundesrat:

- die **Einführung eines *Opt-in-Systems***, bei dem Informationen nur mit der ausdrücklichen Zustimmung der Nutzer bzw. Konsumenten übermittelt werden dürfen. Das vorgeschlagene System sollte benutzerfreundlich bleiben. Ein *Opt-in-System* ist einfacher als ein *Opt-out-System* (das von einer grundsätzlichen Zustimmung ausgeht). Ausserdem gewährleistet ein *Opt-in-System* eine effizientere Information der Nutzer;
- die Einsetzung einer **Arbeitsgruppe zur Prüfung der Gültigkeit von** zwischen Maschinen (*Machine-to-Machine*, M2M), namentlich über das *Internet of Things* (IoT), abgeschlossenen **Verträgen**⁶.

Die EKK ist der Überzeugung, dass ihre Empfehlungen an den Bundesrat im Hinblick auf die Entwicklung einer authentischen digitalisierten Gesellschaft und die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung von grundlegender Bedeutung sind. Es gilt im Interesse des Konsumentenschutzes einen vorsichtigen Umgang mit den neuen Technologien zu pflegen, um so die Grundrechte der Konsumentinnen und Konsumenten zu wahren.

Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK)

⁴ <https://www.tcs.ch/de/der-tcs/presse/medienmitteilungen/daten-im-auto.php>.

⁵ <https://www.letemps.ch/economie/2016/10/02/echo-amazon-permet-parler-maison>.

⁶ Alexa (Algorithmus von Amazon) gibt Bestellungen auf und organisiert Lieferungen mittels einfachem Sprachbefehl. https://en.wikipedia.org/wiki/Amazon_Alexa; oder auch <http://www.stern.de/digital/homeentertainment/amazon-echo-bestellt-eigenmaechtig-massenhaft-puppenhaeuser-7272744.html>.