



Manuel Bucher

M.A. HSG in Law and Economics,
Rechtsanwalt
Telefon +41 58 258 10 00
Manuel.Bucher@bratschi-law.ch

Datenschutz im Marketing – Personentrackingsysteme: Was Ihnen das Mobiltelefon Ihrer Kunden alles erzählen kann

„Know Your Customer“ ist nicht nur ein relevantes Schlagwort für den Bankensektor. Für sämtliche Wirtschaftsteilnehmer ist es von grosser Wichtigkeit, alles über ihre Kunden zu wissen. Die technischen Möglichkeiten der heutigen Zeit lassen Datenerhebungen in einem Ausmass zu, wie es bis vor kurzer Zeit undenkbar gewesen wäre. Umso wichtiger ist es, ein Augenmerk auf die rechtlichen Rahmenbedingungen zu werfen.

1. Marketing mit Personendaten

Wirtschaftsteilnehmer wollen heute möglichst alles über die Bedürfnisse ihrer Kunden wissen: Welche Kunden besuchen zu welchen Zeiten ein Geschäft und wie bewegen sie sich durch ein solches? Bei welchen Regalen bleiben sie wie lange stehen? In welche Richtung bewegen sie sich anschliessend weg? Wie lange verbleiben sie generell in einem Geschäft? Der technologische Fortschritt hat dazu geführt, solche Daten mit sogenannten „Personentrackingsystemen“ einfach zu erfassen. Ein solches Unterfangen kann je nach Ausprägung jedoch in die Privatsphäre der Kunden eingreifen und datenschutzrechtliche Themen tangieren, bei welchen erhöhte Aufmerksamkeit geboten ist.

2. Systeme

Personentrackingsysteme sind heute weit verbreitet und kommen in den unterschiedlichsten Varianten vor. Allgemein hin unterscheidet man in datenschutzrechtlicher Hinsicht zwei Hauptformen:

- a) Es sind dies einerseits meist optische Systeme wie Kameras, welche direkt personenbezogene Daten (Gesicht, Körpergrösse, Nummernschilder etc.) aufzeichnen und zur Kategorisierung der Kunden (Alter, Geschlecht, etc.) dienen.
- b) Andererseits existieren Systeme, welche Daten von Mobilfunkgeräten (insbesondere eindeutig zuordenbare „Identifikationsdaten“ wie MAC-Adressen von Mobiltelefonen) von an Sensoren/Erfassungssektoren vorbeigehenden Passanten respektive Kunden erfassen und so in der Lage sind, die Verweildauer an einer bestimmten Stelle im Geschäft zu erfassen sowie Bewegungsprofile zu erstellen.

Werden solche Daten bearbeitet, handelt es sich gemäss der Einschätzung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB grundsätzlich um eine Datenbearbeitung personenbezogener Daten nach dem Eidgenössischen Datenschutzgesetz (DSG) und es sind dessen Grundsätze einzuhalten.

3. Datenbearbeitung zu nicht personenbezogenen Zwecken

Der wichtigste zu beachtende Grundsatz ist derjenige der **Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung**. Damit eine Datenbearbeitung im Sinne des DSG rechtmässig ist, bedarf sie stets eines Rechtfertigungsgrundes. Ein solcher liegt vor bei (1) Einwilligung der betroffenen Person, (2) überwiegend öffentlichem oder (3) privatem Interesse sowie (4) bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage.

Die Einholung der Zustimmung als Rechtfertigungsgrund ist bei konventionellen Datenbearbeitungen einer der beliebtesten, da einfachsten und kostengünstigsten Wege, eine DSG-konforme Datenbearbeitung zu rechtfertigen. Im Bereich der Personentrackingsysteme kann es sich jedoch als schwierig herausstellen, eine gültige und insbesondere freiwillig erteilte Einwilligung einzuholen. Neben technischen Schwierigkeiten ist stets auch die **Freiwilligkeit** der abgegebenen Einwilligung zu prüfen. Dies kann sich unter anderem dann als schwierig herausstellen, wenn es keine gleichwertige Alternative für die betroffene Person gibt, bspw. dass die betroffene Person ein Ladengeschäft betreten könnte, **ohne** von den Systemen erfasst zu werden. Gewisse Systeme lassen sich zwar technisch entsprechend ausrüsten, dies führt jedoch zu hohen Mehrinvestitionen und gefährdet die Wirtschaftlichkeit der Marketingmassnahme.

Das Datenschutzgesetz sieht in Artikel 13 Abs. 2 lit. e ein Beispiel eines Rechtfertigungsgrundes des überwiegenden privaten Interesses vor, nämlich für die **Bearbeitung von Personendaten zu nicht personenbezogenen Zwecken**, insbesondere in der Forschung, Planung und Statistik. Vorausgesetzt wird hierbei, dass die Ergebnisse so veröffentlicht werden, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind.

Grundsätzlich lassen sich somit Personendaten im Rahmen von Art. 13 Abs. 2 lit. e DSG zu Zwecken der Messung von Kundenfrequenzen sowie zur Analyse des Verhaltens einzelner **Kategorien** von Kunden analysieren. Nicht jedoch lässt sich damit eine Bearbeitung zur Auswertung des persönlichen Verhaltens einzelner Kunden sowie zur Zustellung auf die Person bezogener Werbung rechtfertigen.

4. Rahmenbedingungen

Damit sich ein Datenbearbeiter auf den Rechtfertigungsgrund der Datenbearbeitung zu nicht personenbezogenen Zwecken berufen und auf die Einholung der Einwilligung der betroffenen Person verzichten kann, ist der technischen Ausgestaltung besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Auf sämtliche Punkte einzugehen würde den Rahmen vorliegenden Artikels sprengen,

weshalb beispielhaft lediglich die wichtigsten Punkte kurz angeschnitten werden:

- Die erhobenen Daten sind so früh wie möglich **vollständig zu anonymisieren**. Das bedeutet, es darf kein Rückschluss auf eine konkrete Einzelperson mehr möglich sein, insbesondere auch nicht in Verbindung mit anderweitig erhobenen Daten. Eine Verknüpfung mit anderweitig erhobenen Daten sollte aus diesem Blickwinkel generell nur mit grosser Zurückhaltung erfolgen;
- In diesem Sinne hat die **Auswertung** der Daten auch lediglich in **Kategorien** zu erfolgen und nicht auf eine Einzelperson ausgerichtet zu sein;
- Unabhängig vom Verzicht auf die Einholung der Einwilligung ist sicherzustellen, dass die betroffenen Personen **umfassend** über die Bearbeitung der Daten **informiert** sind. Dies erfolgt beispielsweise mittels gut sichtbaren Hinweisschildern inklusive Hyperlink für weitere Informationen sowie Flugblätter vor Ort. Auch sind die betroffenen Personen über ihre Rechte nach Datenschutzgesetz zu informieren (Auskunftsrecht, Lösungsrecht, Kontaktpersonen etc.);
- Es empfiehlt sich stets auch, die Möglichkeiten aufzuzeigen, wie eine Teilnahme an der Datenbearbeitung verhindert werden kann („opting out“). Bei Systemen zur Aufzeichnung von MAC-Adressen kann dies beispielsweise mit einem Hinweis erfolgen, dass sämtliche WLAN- und/oder Bluetooth-Adapter am Gerät des Kunden während seines Besuches des Geschäfts deaktiviert werden können.

5. Fazit

Die Wichtigkeit, die Kundenbedürfnisse zu kennen, ist zweifelsfrei von grosser Relevanz. Die heutigen technischen Möglichkeiten erlauben Marktforschung auf hohem Niveau mit zahlreichen Auswertungsvarianten. Die Datenerhebung wirft jedoch grosse datenschutzrechtliche Problemstellungen auf. Nicht zuletzt zur Vermeidung von Reputationsschäden, ist von Anfang an darauf zu achten, sowohl den technischen als auch den rechtlichen Rahmenbedingungen hohe Aufmerksamkeit zu schenken. Unsere Spezialisten im Bereich Datenschutz und Compliance stehen Ihnen hierzu gerne beratend zur Seite.

Bratschi Wiederkehr & Buob AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 75 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Basel	Bern	Lausanne	St. Gallen	Zug	Zürich
Lange Gasse 15	Bollwerk 15	Avenue Mon-Repos 14	Vadianstrasse 44	Industriestrasse 24	Bahnhofstrasse 70
	Postfach 5576	Postfach 5507	Postfach 262		Postfach
CH-4052 Basel	CH-3001 Bern	CH-1002 Lausanne	CH-9001 St. Gallen	CH-6300 Zug	CH-8021 Zürich
Telefon +41 58 258 19 00	Telefon +41 58 258 16 00	Téléphone +41 58 258 17 00	Telefon +41 58 258 14 00	Telefon +41 58 258 18 00	Telefon +41 58 258 10 00
Fax +41 58 258 19 99	Fax +41 58 258 16 99	Téléfax +41 58 258 17 99	Fax +41 58 258 14 99	Fax +41 58 258 18 99	Fax +41 58 258 10 99
basel@bratschi-law.ch	bern@bratschi-law.ch	lausanne@bratschi-law.ch	stgallen@bratschi-law.ch	zug@bratschi-law.ch	zuerich@bratschi-law.ch

© Bratschi Wiederkehr & Buob AG, Vervielfältigung bei Angabe der Quelle gestattet

www.bratschi-law.ch