

Serdal Avsar

Abklärungen und Untersuchungen von Facebook nach geltendem Recht

The author examines if the social network facebook respects the legal data protection principles under the applicable law, and the possibility of the Federal Data Protection and Information Commissioner to investigate under art. 29 of the Federal Act on Data Protection. It results that facebook violates the proportionality, the consent and the binding to a purpose of the data processing. Also, the conditions of cross-border data transfer and data files subject to registration are not respected. However, due to the structure of art. 29 Federal Act on Data Protection as a *nicanz*-regulation no measures are taken with the justification of costs and legal security. (as)

Category: Articles

Region: Switzerland

Field of law: Data Protection

Citation: Serdal Avsar, Abklärungen und Untersuchungen von Facebook nach geltendem Recht, in: Jusletter IT 26 September 2018

Inhaltsübersicht

1. Einleitung

[Rz 1] Das soziale Netzwerk Facebook verbindet unabhängig von nationalstaatlichen Grenzen Millionen von Menschen. Der Erhalt von räumlich distanzierten Freundschaften scheint durch einfache *Daumen-hoch* Zeichen kinderleicht. Angepriesen wird Facebook als kostenlose Plattform, die Nutzer bezahlen allerdings indirekt trotzdem. Mit den über die Nutzer gesammelten Daten werden im Rahmen von *Big Data* Persönlichkeitsprofile¹ erstellt und diese genutzt um personalisierte Werbung anzubieten. In diesem Prozess werden viele datenschutzrechtliche Aspekte tangiert. In der Schweiz werden die Persönlichkeits- und Grundrechte von Personen, deren Daten bearbeitet werden, mittels Datenschutzgesetz geschützt.² Mit dem eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (im weiteren EDÖB)³ wurde eine Aufsichts- und Beratungsfunktion im Datenschutzgesetz institutionalisiert. Die Behörde hat im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit über die Datenbearbeitung im Privatbereich mehrere Abklärungen nach Art. 29 des Datenschutzgesetzes (DSG) durchgeführt. Jüngste Beispiele sind die Empfehlungen des EDÖB an das Bonusprogramm der Helsana Gruppe (April 2018) und an Decathlon Schweiz (Mai 2018).⁴ Im erstgenannten Fall ist eine Klage beim Bundesverwaltungsgericht hängig, da die Helsana Zusatzversicherungen AG die Empfehlungen des EDÖB abgelehnt hat. Bei den Kundenbindungsprogrammen von Coop (Supercard) und Migros (Cumulus) wurden ebenso Abklärungen und diese wurden durch die Datenschutzbehörde getroffen, Empfehlungen wurden durch die Beteiligten jedoch mehrheitlich eingehalten.⁵ Die tragenden Argumente für die Kontrolle der Datenbearbeitungen der jeweiligen Unternehmen waren regelmässig der grosse Benutzerkreis und die Sensibilität der bearbeiteten Daten.

[Rz 2] Ausgehend von den letztgenannten Fällen, stellt sich der Autor die Frage, ob die Datenschutzbehörde aufgrund der Grösse des Benutzerkreises und der Sensibilität der bearbeiteten Daten auch die Datenbank und die Datenbearbeitungsmethoden des in der Schweiz meistgenutzten sozialen Netzwerks Facebook im Rahmen von Art. 29 DSG überprüfen sollte.

¹ In Art. 3 lit. d des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) wird die Bedeutung eines Persönlichkeitsprofils legal definiert als eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.

² Unter Persönlichkeit wird die Summe der individuellen Grundwerte einer Person verstanden, m.a.W. das was eine Person «*ausmacht*» und zur Unterscheidung von anderen dient (HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, S. 124, N 10.02).

³ Der EDÖB hat im Bereich des Datenschutzes insbesondere folgende Aufgaben; Aufsicht und Beratung von Bundesorganen und Privatpersonen, Information der Öffentlichkeit, ferner Zusammenarbeit mit in- und ausländischen Datenschutzbehörden. Wenn der Begriff EDÖB ohne nähere Bezeichnung verwendet wird, ist die Behörde als Ganzes gemeint und nicht die Person des Beauftragten selbst.

⁴ 25. Tätigkeitsbericht des EDÖB, abrufbar unter: www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news.html (alle Websites zuletzt besucht am 29. August 2018).

⁵ EDÖB, Berichte über die Datenschutzkontrollen der Kundenbindungsprogramme Cumulus (Migros) und Supercard (Coop) vom 23. Mai 2005, abrufbar unter: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/medieninformationen/medienmitteilungen-archiv/medienmitteilungen-2005/berichte-ueber-die-datenschutzkontrollen-der-kundenbindungsprogr.html>.

2. Geltungsbereich des DSG in Bezug auf Facebook

[Rz 3] Bei den Nutzern eines sozialen Netzwerks handelt es sich um Datenbearbeiter i.S. des DSG, wenn Personendaten von Dritten zugänglich gemacht werden.⁶ Hingegen ist beim sog. *posten* von eigenen Informationen auf Facebook das DSG nicht anwendbar.⁷ Die von den Nutzern bereitgestellten Daten sind als Personendaten im Sinne des DSG zu beurteilen.⁸ Regelmässig handelt es sich bei den durch Facebook bearbeiteten Daten um besonders schützenswerte Personendaten⁹ oder um Persönlichkeitsprofile, die einen höheren Schutz geniessen als gewöhnliche Personendaten.¹⁰ Die Plattformbetreiber sind als Inhaber der Datensammlung von den Datenschutzregeln miterfasst, da in der Regel alle Daten auf dem sozialen Netzwerk gespeichert werden und dem Netzwerkbetreiber unbeschränkt zur Verfügung stehen.¹¹

[Rz 4] Die aktuellen Kollisionsregeln¹² in der Schweiz stossen bei Haftungsthemen hinsichtlich sozialer Netzwerke, die ihr Angebot global anbieten ohne gleichzeitig einen inländischen Sitz zu haben, schnell an ihre Grenzen.¹³ Inwieweit Nutzer in einem Streitfall gegen den Betreiber von Facebook auf rechtlichen Beistand der Schweizer Gerichte zählen können, ist grösstenteils noch offen.¹⁴ Es mangelt an einer klaren Anknüpfung hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts.¹⁵ In den AGB¹⁶ von Facebook wird zwar eine Rechtswahl angegeben und gleichzeitig auch eine Wahl des Gerichtsstandes.¹⁷ Die Rechtswahl und der Gerichtsstand liegen allerdings regelmässig sehr weit vom Wohnsitz des Betroffenen entfernt. Das Anliegen den grundrechtlichen Charakter des Datenschutzes zu verwirklichen wird dementsprechend behindert. Dies könnte sich dann ändern, wenn den betroffenen Personen für die Beurteilung der Datenbearbeitungen das Recht an ihrem Wohnsitz und ihr Wohnsitzgerichtsstand zwingend offenstehen würden.¹⁸

⁶ BRUNO BAERISWYL, Neuer Regulierungsschub im Datenschutzrecht?, in: Rolf H. Weber/Florent Thouvenin (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, Zürich 2012, S. 102.

⁷ Ebd. (Fn. 6).

⁸ Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Amherd (11.3912) vom 29. September 2011, Rechtliche Basis für Social Media, S. 20 ff.

⁹ Besonders schützenswerte Personendaten sind insbesondere Daten, die religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten, die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Rassenzugehörigkeit einer Person beinhalten (Art. 3 lit. c DSG).

¹⁰ Rechtliche Basis für Social Media, S. 20 ff. (Fn. 8).

¹¹ In Art. 3 lit. i DSG liegt diesbezüglich eine Legaldefinition vor. Demnach ist der Inhaber einer Datensammlung eine private Person oder ein Bundesorgan, welcher über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheidet.

¹² Unter anderem: Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.12) sowie das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

¹³ Rechtliche Basis für Social Media, S. 29 (Fn. 8); vgl. auch Art. 33, 129 f., 139 IPRG.

¹⁴ CLAUDIA KELLER, AGB von Social Media Plattformen, Medialex 2012, S. 188.

¹⁵ BAERISWYL, S. 98 ff. (Fn. 6).

¹⁶ Nutzungsbedingungen von Facebook (Version April 2018), abrufbar unter: www.facebook.com/legal/terms/plain_text_terms.

¹⁷ Für die Schweiz als nicht EU Mitgliedsstaat sind die irischen Gerichte zuständig und jedweder Anspruch unterliegt dem irischen Recht ohne Rücksicht auf kollisionsrechtliche Bestimmungen. Vgl. Ziff. 4.4 der Nutzungsbedingungen von Facebook (Fn. 16).

¹⁸ ALEXANDER KERNEN, Schützenhilfe für Opfer von Persönlichkeitsverletzungen im Internet, in: Jusletter 6. Februar 2012. Für Mitgliedstaaten der EU gilt dies aufgrund der neuen Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) bereits heute.

3. Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung

[Rz 5] Beim Betreiber des hier betrachteten sozialen Netzwerks Facebook handelt es sich um das gleichnamige US-amerikanische Unternehmen Facebook Inc. Jedes Mitglied von Facebook muss den AGB des Unternehmens zustimmen. Die AGB stellen eine Einwilligungserklärung im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes dar (Art. 4 Abs. 5 und Art. 13 Abs. 1 DSGVO).¹⁹ Die Einwilligung zum blossen Beitritt in das soziale Netzwerk erfolgt freiwillig, die Rahmenbedingungen der Datenbearbeitung werden jedoch umfassend in den AGB geregelt, wodurch letztlich die Freiheit der Benutzer beschränkt wird. Einwilligungen hinsichtlich der Erfassung von besonders schützenswerten Personendaten werden keine abgefragt und auch nicht erteilt. Dies ist eine potenzielle Gefahr für die Persönlichkeitsrechte der Benutzer und könnte insofern einen Systemfehler darstellen.²⁰

4. Treu und Glauben im Zusammenhang

[Rz 6] Facebook verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches [ZGB]), indem das Unternehmen Daten über Nichtmitglieder sammelt, ohne dass letztere damit rechnen müssten oder vorgängig informiert wurden. Festgestellt hat dies die französische Datenschutzbehörde, Commission Nationale de l'Informatique et de Libertés (CNIL), in einem förmlichen Schreiben an Facebook vom 26. Januar 2016 im Rahmen einer Überprüfung der Datenschutzrichtlinien von Facebook.²¹

5. Erforderlichkeit

[Rz 7] Fraglich ist, ob das Ausmass der Datensammlung für die Erfüllung des Zwecks²² erforderlich ist oder ob er nicht auch mit geringerem Datenvolumen erreicht werden könnte. In den Datenrichtlinien von Facebook wird aufgelistet welche Daten gesammelt und wozu sie benötigt werden.²³ Es werden beispielsweise eher offensichtliche Punkte erwähnt wonach die Aktivitäten auf Facebook oder die bereitgestellten Informationen gesammelt werden. Ferner gibt es auch weniger offensichtliche Punkte wie unter anderem der Hinweis, dass Geräteinformationen gesammelt werden. Daneben werden auch das Betriebssystem, Geräteeinstellungen, Datei- und Software-Namen, der Gerätestandort, Verbindungsinformation, Sprache sowie die IP-Adresse verzeichnet. Das soziale Netzwerk verstösst in diesem Sinne nicht gegen Treu und Glauben bei seinen Mitgliedern, indem es heimlich Datenbearbeitungen betreibt, mit welchen die Benutzer nicht rechnen mussten. Es wird offen deklariert. Nicht offen deklariert wird jedoch, dass die Daten auf Facebook

¹⁹ BAERISWYL, S. 93 (Fn. 6).

²⁰ Vgl. hierzu Ausführungen in Rz. 11.

²¹ Der Originaltext der förmlichen Anschreibung ist nicht mehr auffindbar auf der Homepage von CNIL, aus diesem Grund sei hier auf die Berichterstattung darüber verwiesen; vgl. www.cnil.fr/en/facebook-sanctioned-several-breaches-french-data-protection-act.

²² Ausschnitt aus den Nutzungsbedingungen von Facebook: «*Unsere Mission ist es, den Menschen die Möglichkeit zu geben, Gemeinschaften zu bilden, und die Welt näher zusammenzubringen*», abrufbar unter: <https://de-de.facebook.com/terms>.

²³ Die Datenrichtlinien von Facebook (Version April 2018) sind abrufbar unter: <https://www.facebook.com/privacy/explanation/>.

kombiniert werden können und so im Ergebnis viel mehr Aufschluss über den Benutzer geben als tatsächlich suggeriert wird. Gemäss einem Bericht der *Washington Post* und dem Schreiben der französischen Datenschutzbehörde (CNIL) verwertet Facebook 96 persönliche Daten einer Person durch Kombinationen im Rahmen von *Big Data Analytics*²⁴, um personalisierte Werbungen anbieten zu können. Darunter auch sexuelle Orientierung, religiöse sowie politische Anschauungen, Hausbesitz oder Informationen über den Lebensmitteleinkauf.²⁵ Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vernetzung der Menschen untereinander gedient wird, wenn Facebook weiss, wie und wo die Nutzer einkaufen oder ob die Nutzer zur Miete oder im eigenen Haus wohnen. Eine klare Grenzziehung hinsichtlich der erforderlichen Informationen ist jedoch nicht wirklich möglich, eine offene Deklaration aller gesammelten Daten wäre hingegen für das Unternehmen aber problemlos möglich.

6. Zumutbarkeit

[Rz 8] Hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.) ist festzuhalten, dass Facebook ein Geschäftsinteresse an der Sammlung von Daten hat. Ferner spricht für das Sammeln von jeglichen Daten durch Facebook, dass es realitätsfern wäre zu glauben, dass das Unternehmen eine Dienstleistung ohne jegliche Gegenleistung anbietet. Die Entwicklung und Betreuung eines sozialen Netzwerks bedeutet einen enormen finanziellen Aufwand.²⁶ Die Plattform ist für Werbetreibende umso attraktiver, je mehr die Betreiber solcher Plattformen über ihre Nutzer wissen. Auch wenn gewisse Informationen prima vista nicht erforderlich erscheinen könnten sie im Rahmen von Big Data Analytics monetarisiert werden. Andererseits liegen Risiken für die Privatsphäre und die informationelle Selbstbestimmung der Nutzer vor. Es besteht viel Ungewissheit und Intransparenz hinsichtlich der Datenbearbeitungsmethoden von Facebook. Das Geschäftsgeheimnis kann nicht als Argument dienen für die Datenaufbewahrung von ehemaligen Benutzern, der Speicherung von Daten von Nicht-Mitgliedern, die Überwachung von persönlichen Nachrichten oder die Verwertung von Kontaktdaten bei der Eingabe der Mobiltelefonnummer.²⁷ Die Rechte der Nicht-Mitglieder bzw. die Privatsphäre der Mitglieder wiegen schwerer als die wirtschaftlichen Interessen der Plattformbetreiber.

7. Zweckbindung der Datenbearbeitung

[Rz 9] Der Zweck von Facebook ist sehr weit formuliert.²⁸ Darunter leidet die Zweckbindung der Datenbearbeitung und damit mangels Erkennbarkeit der Datenbearbeitung gleichzeitig auch das

²⁴ Eine Analysemethode worin einmal gewonnene Daten systematischen Überprüfungen unterzogen werden, um daraus die persönlichen Bedürfnisse von Benutzern deutlicher herausfiltern zu können.

²⁵ 98 personal data points that Facebook uses to target ads to you, in: *The Washington Post Online* vom 9. August 2016, abrufbar unter: www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2016/08/19/98-personal-data-points-that-facebook-uses-to-target-ads-to-you/?utm_term=.f52d2e89bb22.

²⁶ Facebook's \$1 Billion Data Center Network, abrufbar unter: <https://www.datacenterknowledge.com/archives/2012/02/02/facebooks-1-billion-data-center-network>.

²⁷ So auch *Rechtliche Basis für Social Media*, S. 16 (Fn. 8).

²⁸ Vgl. Fn. 22.