

Personalisierte Medien und Unterhaltung

DIRK SPACEK*

«Personalisierung» ist zu einem neuen Schlagwort in der modernen Online-Medien- und -Unterhaltungsindustriewelt herangewachsen. Neue technologische Rahmenbedingungen ermöglichen die im Voraus getroffene Abstimmung medialer Inhalte mit mutmasslichen Empfängerbedürfnissen. Das Phänomen ist in der Medienlandschaft insofern neu, als klassische Medien bislang eine an die Allgemeinheit gerichtete Massenkommunikation erbrachten. Massschneidung von Inhalten auf unterschiedliche Empfänger widerspricht aber diesem Konzept und wirft neue rechtliche Fragen auf.

Der vorliegende Diskussionsbeitrag untersucht Personalisierung als neues Phänomen anhand diverser neuer Geschäftsmodelle in der modernen Medien- und Unterhaltungsbranche. Dabei werden zuerst ökonomische und soziologische Faktoren der Personalisierung erörtert («Personalisierungsfaktoren»). In einem zweiten Schritt werden vier der wichtigsten Wirkungsebenen der Personalisierung anhand praktischer Beispiele illustriert: a) das persönliche Gerät, b) der personalisierte Inhalt, c) interaktiv-persönliche Medienangebote und schliesslich d) das persönliche Smart Home, die sich wohl am nächsten in der Privatsphäre von Kunden befindende Personalisierungsstation. Jedes Beispiel beschränkt verschiedene rechtliche Anwendungsfelder. In einem dritten Schritt werden diese überblicksweise analysiert und vertieft, insbesondere Aspekte des Datenschutzrechts und des Lauterkeitsrechts.

Personalisierung wirft nicht zuletzt auch verfassungs- und rundfunkrechtliche Fragestellungen auf, insbesondere das Risiko einer zunehmenden Gesellschaftsfragmentierung zulasten eines demokratischen Diskurses. Mit diesem Aspekt schliesst der Beitrag im Sinne eines Ausblicks in die Zukunft der Medienlandschaft.

La « personnalisation » est devenue le nouveau slogan du monde des médias en ligne et de l'industrie du divertissement. De nouvelles technologies permettent de faire correspondre à l'avance des contenus médiatiques avec des besoins présumés des destinataires. Le phénomène est nouveau dans le paysage médiatique dans la mesure où les médias classiques fournissaient jusqu'ici une communication de masse destinée au grand public. Or, le découpage sur mesure de contenus à l'intention de différents destinataires contredit ce concept et soulève de nouvelles questions juridiques.

La présente contribution étudie la personnalisation comme un phénomène parmi divers nouveaux modèles d'affaires de la branche moderne des médias et du divertissement. Elle discute tout d'abord les facteurs économiques et sociologiques de la personnalisation dans le paysage médiatique actuel («facteurs de personnalisation»). Dans un second temps, elle illustre quatre des plus importants niveaux d'effet de la personnalisation à l'aide d'exemples pratiques: a) l'appareil personnel, b) le contenu personnalisé, c) les offres médiatiques interactives personnelles, et enfin d) le « smart home » personnel, la station de personnalisation qui se trouve sans doute le plus près de la sphère privée du client. Chaque exemple présente divers champs d'applications juridiques. Dans un troisième temps, l'auteur soumet ces derniers à une analyse globale et approfondit en particulier les aspects du droit de la protection des données et du droit de la concurrence déloyale.

La personnalisation soulève également des questions de droit constitutionnel et de droit de la radiodiffusion, par exemple le risque d'une fragmentation croissante de la société aux dépens d'un discours démocratique. C'est sur cet aspect que conclut la contribution dans le sens d'un aperçu de l'avenir du paysage médiatique.

* Rechtsanwalt, Dr. iur., LL.M., Zürich. Dieser Diskussionsbeitrag basiert auf einem vom Autor am 25. Januar 2018 an der 11. Zürcher Datenschutztagung im «Lake Side» Zürich gehaltenen Referat. Es gibt die essenziellen Inhalte des Referats in Schriftform mit selektiven Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung wieder. Soweit Aussagen nicht belegt sind, basieren sie auf eigenen Erfahrungen des Autors als praktisch tätiger Rechtsanwalt.

- I. Einleitung
 - II. **Personalisierungsfaktoren in der heutigen Medienlandschaft**
 - 1. Bequemlichkeit
 - 2. Keine Loyalität zu Anbietern
 - 3. Kurze Aufmerksamkeitsspanne
 - 4. Bereitschaft zur persönlichen Interaktion
 - 5. Übermass an Inhalten
 - 6. Privacy-Paradox
 - III. **Wirkungsebenen der Personalisierung**
 - 1. Das persönliche Gerät
 - 2. Ausgewählte rechtliche Anwendungsfelder
 - 3. Personalisierte Inhalte (Targetting)
 - 4. Persönliches Engagement durch interaktive Unterhaltung
 - 5. Smart Home als Vehikel für personalisierte Unterhaltung
 - IV. **Datenschutzrecht**
 - 1. Neue Regularien
 - 2. Herausforderungen für personalisierte Medienangebote
 - V. **Exkurs: Öffentliches Rundfunk- und Verfassungsrecht**
- Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

Der Ausdruck «Personalisierung» hat in der Medien-, Werbe- und Unterhaltungsindustriellandschaft in den letzten Jahren stark an Resonanz gewonnen. Die genaue Bedeutung dieses Ausdrucks erweist sich denn auch als unscharf. Gemeinhin wird darunter die *im Voraus getroffene Abstimmung von Inhalten mit mutmasslichen Bedürfnissen von Empfängern* verstanden, eine Art systematische «Massschneidung» von Inhalten auf ihre inskünftigen Empfänger. Das Phänomen ist in der Medienlandschaft insofern neu, als klassische Medien bislang eine an die Allgemeinheit gerichtete Massenkommunikation erbrachten. Massschneidung von Inhalten auf unterschiedliche Empfänger widerspricht diesem Konzept und wirft deshalb neue rechtliche Fragen auf.

Personalisierung ist auch als Trend in einer zunehmend individualisierten, anonymen Massengesellschaft zu verstehen. Dahinter steht letztlich auch das wirtschaftliche Bedürfnis von Medienanbietern, Kunden vermehrt eine «persönlichere» Erfahrung zu vermitteln. Medienunternehmen suchen nach neuen Mitteln, um Kunden auf persönlichere Art und Weise näher an sich zu binden. Personalisierungsansätze sind bislang auch unter dem Begriff «*Growth Hacking*» bekannt geworden. Der Ausdruck beschreibt die Strategie, Angebote konkreter auf persönliche Nutzerbedürfnisse und virales Wachstum in sozialen Netzwerken auszurichten. Erfolgsbeispiele dazu liefern die grossen Online-Plattformen wie Facebook, Google, Youtube oder Twitter, die sich so ohne traditionelle Plakat- oder TV-Werbung etabliert haben (siehe dazu weitere Hinweise unter M. Kaufmann, *Growth Hacking: So funktioniert das Marketing der Zukunft*, in: Vischer, *Digital Business Law Bites*, abrufbar auf: <create-send.com/t/r-D8273D0C75FB51EA2540EF23-FEDED>, 25. Mai 2018).

Wie nachfolgend gezeigt wird, lässt sich Personalisierung als Phänomen nicht klar eingrenzen. Es kann auf unterschiedlichen Wirkungsebenen erfolgen und taucht selektiv in mannigfaltigen Formen auf. Um dies konkreter zu erörtern, erweist es sich als sachgerecht, zuerst (i) die wichtigsten Personalisierungsfaktoren in der heutigen Medienlandschaft überblicksweise zu schildern. In einem zweiten Schritt sind sodann (ii) vier der wichtigsten Wirkungsebenen zu beleuchten: a) das persönliche Gerät, b) der personalisierte Inhalt, c) interaktiv-persönliche Angebote und schliesslich d) das persönliche Smart Home, die sich wohl am nächsten in der Privatsphäre des Kunden befindende Personalisierungsstation. Anhand dieser ausgewählten Beispiele sollen rechtliche Anwendungsfelder überblicksweise skizziert werden. Nicht diskutiert werden in diesem Beitrag personalisierte *Preisfestlegungsmethoden* («dynamic pricing»). Selbst wenn dies zweifellos auch eine bedeutsame Variante der Personalisierung darstellt, beschlägt sie spezifisch die preisliche Angebotskomponente. Dieser Aspekt bleibt aus Platzgründen ausgeklammert und wurde in der Literatur bereits wettbewerbsrechtlich vertieft (siehe z.B. N.F. Diebold, *Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrecht*, in recht, 2017, 157 ff.).

II. Personalisierungsfaktoren in der heutigen Medienlandschaft

Trends in der Medienlandschaft fallen nicht vom Himmel. Sie sind meistens ein Abbild gesellschaftlicher Veränderungsprozesse und werden durch Marktkräfte rezipiert. Das Verständnis solcher Veränderungsprozesse erleichtert den Einstieg in die Personalisierungsthematik. Der Autor nennt diese Prozesse Personalisierungsfaktoren. Sie zeigen exemplarisch auf, welche Interessen und Motive der Personalisierung zugrunde liegen.

1. Bequemlichkeit

Kunden wünschen Medieninhalte zunehmend jederzeit, überall und auf Abruf verfügbar, auf welchem Endgerät auch immer (sei es Smartphone, Laptop, Tablet etc.). Dieser neue Umstand hat eine prägende Auswirkung auf die Geschäftsstrategie von Medienunternehmen. Will ein Unternehmen seine Kunden nicht an die Konkurrenz verlieren, muss es vermehrt in «Multi-Chanel-Marketing» investieren. D.h., es muss in der Lage sein, seine Inhalte auf mehreren Kanälen parallel zu übermitteln, um letztlich sicherzustellen, dass diese am Ende (mit Glück) auf mindestens einem Bildschirm der jeweiligen Zielkonsumenten landen. Dies verdeutlicht bereits eine erste wichtige Wirkungsebene: das *persönliche Gerät* des Kunden. Das persönliche Gerät dient sozusagen als Vehikel für einen personalisierten Medienkonsum.

2. Keine Loyalität zu Anbietern

Die heutige Nutzergeneration (auch bisweilen als sog. «Millenials» bezeichnet) ist eine zunehmend individualisierte, mehr auf Inhalte als auf Marken fokussierte Kundengeneration. Sie fühlt sich i.d.R. nicht zu einem bestimmten Inhaltsanbieter hingezogen. I.d.R. bezieht sie verschiedene Inhalte über das Internet von zeitgemässen OTT-Streaming-Anbietern wie Hulu, Netflix oder Youtube unabhängig von der Herstellerprovenienz des Inhalts. Dahinter steht möglicherweise ein Streben nach Emanzipation von Medienanbietern, Inhalte selbstbestimmt zu empfangen und zu verwalten. Die Emanzipation ist natürlich eine «vermeintliche»; die Generation steht genauso in den Fängen der OTT-Streaming-Anbieter, wie die frühere Generation mehr traditionellen Medienanbietern folgte. Auch dieser Umstand hat geschäftsstrategische Auswirkungen. Er erklärt, weshalb technologiegetriebene Unternehmen in letzter Zeit ein solch starkes Wachstum verzeichnen und traditionelle Medienanbieter mit schwindenden Umsätzen kämpfen. Um die *persönlichen* Bedürfnisse dieser neuen Generation besser zu adressieren, ist es traditionellen Medienunternehmen nahegelegt, technologische Investitionen oder Partnerschaften in diesem Bereich in Erwägung zu ziehen. Dabei ist nicht nur an die externe Lizenzierung von Inhalten an z.B. OTT-Streaming-Plattformen zu denken (um eine allgemeine Plattformpräsenz von Inhalten zu sichern), sondern auch an die Möglichkeit, technologisch optimierte Delivery-Konzepte selbst einzuführen. Vorreiter des letzten Beispiels ist z.B. der Unterhaltungsindustriekonzern Walt Disney, der seit letztem Jahr eine eigene Streaming-Plattform für die Zugänglichmachung von Disney-Inhalten lanciert hat (siehe dazu w.H. unter N. Rehfeld, Disneys Streaming-Service, Der Kampf hat begonnen, in: SPIEGEL Online, abrufbar unter <www.spiegel.de/kultur/kino/disneys-streaming-service-der-kampf-hat-begonnen-a-1202116.html>, 25. Mai 2018).

3. Kurze Aufmerksamkeitsspanne

Kunden zeigen ein zunehmend verstärktes Interesse an Kurzform-Videos. Das US-amerikanische Unternehmen Youtube LLC bildet dazu das beste Exempel einer solchen Plattform. Gesellschaftliche Ursachen dieser Entwicklung sind nicht eindeutig identifizierbar, doch sie indiziert, dass viele Menschen nur noch bereit sind, kurze Aufmerksamkeitsfenster in ihrem Alltag zu öffnen. Umso wichtiger erscheint es für Medienunternehmen, diese kurze Aufmerksamkeit immer wieder mit «Appetithäppchen» anzuregen, die langfristig neue Suchbemühungen der Kundschaft anregen oder sogar ein späteres verbindliches «Followen» oder «Liken» (wie in der Umgangssprache sozialer Netzwerke ausgedrückt) auslösen können (siehe in diesem Zusammenhang auch weiterführend T. Wu, The Attention Merchants, The Epic Scramble to Get Inside Our Heads, New York 2017). Damit lässt sich ein Kunde früher oder später gegebenenfalls in den persönlichen «circle of trust» eines Medienanbieters zurückführen. In anderen Worten: Inhaltskolosse – egal wie gut sie auch sein mögen – sichern Medienunternehmen keine Kunden mehr. Der Aufmerksamkeitshorizont von Menschen ist schlicht zu gering. Für diese Zwecke bieten Internet-Plattformen wie Youtube oder Social-Media-Plattformen (und die Möglichkeit, Kurzvideos via Link darin einzubetten) die ideale Basis. Sie verschaffen insbesondere auch

die Möglichkeit, *persönliche Bedürfnisse* der Kundschaft anhand von deren Reaktionen (wie z.B. Likes, Kommentare und/oder Following) zu beobachten und weitergehend zu analysieren. Dies beschließt eine weitere Wirkungsebene: die *persönliche Interaktion* der Kundschaft mit Inhalten und die Möglichkeit zur Auswertung dieser Interaktionen.

4. Bereitschaft zur persönlichen Interaktion

Kunden zeigen sich zunehmend offener für Interaktionen mit Inhaltsangeboten. Dahinter steht eine neue Kultur der Mitwirkung am Ausgang eines Inhalts oder anders ausgedrückt *persönliches Engagement* des Kunden. Erwähnenswert erweisen sich dabei z.B. Videospiele und persönliche Avatare (wo der Nutzer eine persönliche Spielerfahrung erleben und konkreten Einfluss auf Gewinn oder Verlust nehmen kann), nutzergenerierte Websites oder z.B. Talentwettbewerbe (wo Nutzer via SMS über den Ausgang einer Sendung abstimmen). All dies sind nur ausgewählte Beispiele, bei denen Kunden die persönliche Mitwirkung an konsumierten Inhalten ermöglicht wird. Nach Auffassung des Autors ist auch dies als Wirkungsebene der Personalisierung im weiteren Sinne zu verstehen. Der Kunde kann selbstgestalterisch mitwirken und das Medienunternehmen erhält im Gegenzug Einblick in persönliche Anliegen von Nutzern.

5. Übermass an Inhalten

Die Anzahl von Medienangeboten hat sich in den letzten zehn Jahren vervielfacht. Dabei stellt sich ein Problem: Wer am Abend die rund 400 TV-Kanäle, die man unter einem Digital-TV-Abonnement angeboten erhält, durchforstet, stellt fest: nur Unsinn. Von Live-Diät-Wettbewerben zum Partnertausch mit der Nachbarin oder Adam und Eva nackt auf einer Insel gestrandet, Angebote auf unterirdischem Niveau. Verschärft wird dieses Problem auf «User-generated content»-Plattformen wie z.B. Youtube. Hier bestehen keine qualitativen Eintrittsschwellen. Der grösste Teil von auf solchen Plattformen hochgeladenen Videos ist «Amateur-Content». Die Ausführungen des Autors sind keineswegs kulturkritisch motiviert. Es geht ihm um etwas anderes. Die skizzierten Umstände haben wirtschaftliche Auswirkungen für Medienunternehmen: *Kunden sind immer weniger bereit, für Inhalte zu bezahlen.*

Welche strategischen Schlussfolgerungen sollte man als Medienunternehmen daraus ziehen? Wohl die folgende: Man muss nach neuen Möglichkeiten der Geldschöpfung suchen. Folgende Optionen bestehen und werden heute bereits genutzt:

- Wenn Kunden nicht bereit sind, Geld zu bezahlen, werden sie i.d.R. angehalten, in einer anderen Währung zu bezahlen: mit ihren eigenen Daten. Das Phänomen ist nicht neu und begegnet einem schon an der Kasse jedes Grosswarenkauflades, wenn man beim Bezahlen belästigend gefragt wird, ob man eine Kundenkarte habe und falls nicht, ob man doch nicht gleich jetzt eine erstellen lassen möchte. Im Online-Medien-Umfeld braucht es diese Gespräche nicht. Der Datenaustausch erfolgt über ein Computernetzwerk Punkt-zu-Punkt, d.h. automatisch. Wer Daten (wie z.B. die eigene IP-Adresse oder Kontaktdaten) online nicht preisgibt, erhält elektronische Inhalte gar nicht geliefert. Es erstaunt deshalb nicht, dass wir im Online-Umfeld unsere Daten relativ leichtfertig preisgeben, um Inhalte konsumieren zu können.
- Nun stellt sich die Frage, was ein Medienunternehmen mit solchen einmal gewonnenen Nutzerdaten tun kann. Theoretisch besteht die Option, diese Daten in anonymisierter oder nicht anonymisierter Form an Dritte zu verkaufen und dadurch direkt finanzielle Einnahmen zu generieren (quick cash-out). Abgesehen von der (datenschutz)rechtlichen Bedenklichkeit dieser Methode ist die Sichtweise zu kurzfristig. Interessanter erscheint die Option, einmal gewonnene Daten einer langfristigen, gründlichen Analyse zu unterziehen (Big Data Analytics). Aus solchen Analysen lassen sich persönliche Bedürfnisse von Kunden deutlicher herauskristallisieren und neue Erkenntnisse für eine optimiert-persönliche Kundenbefriedigung gewinnen. Bestes Beispiel einer solchen erfolgreichen Personalisierungsstrategie liefert z.B. der US-amerikanische Streaming-Anbieter Netflix, der mithilfe von Big Data Analytics den Erfolg einer alsdann selbst produzierten TV-Serie mit Kevin Spacey namens «House of Cards» erstaunlich akkurat prognostizieren konnte (in der US-amerikanischen Unterhaltungsindustrie hat sich dazu der Ausdruck des sog. «predictive entertainment» etabliert) (siehe dazu weitere Hinweise unter z.B. G. Petraetis, How Netflix built a House of Cards with big data, abrufbar unter <www.cio.com/article/3207670/big-data/how-net-flix-built-a-house-of-cards-with-big-data.html>, 25. Mai 2018). Abgesehen vom datenanalytischen Befund offenbart sich

auch eine Verschiebung traditioneller Wertschöpfungsketten, zumal Informatik- bzw. Internetdiensteanbieter zunehmend selbst als kreative Medieninhaltsproduzenten tätig werden und sich nicht mehr auf Re-Seller-Funktionen beschränken (siehe als weiteres Beispiel A. Sakoui/M. Gurman/L. Shaw, Apple is close to a deal for an animated movie, abrufbar unter www.blommborg.com/news/articles/2018-06-14/apple-is-said-to-near-deal-for-an-imated-movie-in-hollywood-push, 20. Juni 2018).

6. Privacy-Paradox

Das Privacy-Paradox ist der Titel einer Studie, die an der psychologischen Fakultät der Stanford University, USA, im Jahr 2017 durchgeführt wurde (eine gute Übersicht mit Verweisen auf die Studie ist abrufbar auf news.stanford.edu/2017/08/03/pizza-privacy-stanford-economist-examines-paradox-digital-age/, 25. Mai 2018). Im Rahmen von Online-Befragungen verschiedener Probanden wurde geprüft, wie ernst Online-Konsumenten Privatsphäre-Anliegen nehmen. Das Ergebnis der Studie lässt sich vorweg zusammenfassen: Sie nehmen sie nicht ernst. Befragungen konnten zeigen, dass diejenigen Kandidaten, die von sich selbst angaben, Privatsphäre-Anliegen hohen Wert zuzumessen, Online-Erklärungen zur Privatsphäre praktisch nicht lasen und leichtsinnig mit Klicks übersprangen. Insbesondere schienen schon kleine Anreize auszureichen, um Probanden zur Preisgabe ihrer eigenen oder fremder Daten zu veranlassen (z.B. «Wenn Sie diesen Schritt überspringen, kriegen Sie eine Gratispizza nach dem Ausfüllen» etc.). Der Studie lässt sich ein weiterer wichtiger Personalisierungsfaktor entnehmen: Menschen sind online leichtfertig bereit, ihre Daten preiszugeben, wenn sie dafür einen konkreten Gegenwert in Aussicht gestellt erhalten.

III. Wirkungsebenen der Personalisierung

Wirkungsebenen der Personalisierung nach Begriffsverwendung des Autors sind Sphären, innert deren oder über welche potenzielle Kunden personalisiert adressierbar sind. Der Autor gibt nachfolgend die seiner Auffassung nach derzeit vier wichtigsten Wirkungsebenen anhand praktischer Beispiele wieder.

1. Das persönliche Gerät

Wenn von einem «persönlichen Gerät» die Rede ist, drängt sich unweigerlich ein Bezug zu weitverbreiteten Mobiltelefonen auf. Diese weitverbreiteten persönlichen Geräte stellen einen idealen Anknüpfungspunkt dar, um mediale Inhalte direkter und zeitunabhängiger zugänglich zu machen. Der denkbare Horizont mobiler und internetverbindungsfähiger Geräte ist heute aber weiter zu ziehen: Zu denken ist etwa an iPads, Laptops, Tablets usw., die häufig auch in öffentlich zugänglichen WLAN-Netzwerken für persönliche Zwecke genutzt werden. Durch die zunehmende Interkonnektionsfähigkeit gewöhnlicher Hardware mit dem Internet (Stichwort: «Internet of Things») erschliessen sich zudem neue Einsatzhorizonte für personalisierte Geräte. Ein Beispiel dazu bildet die im Fahrzeugsektor zunehmend verbreitete «Machine to Machine»- («M2M»-)Technologie. Der Ansatz besteht darin, kleine Firmware mit einer interkonnektionsfähigen SIM-Karte zu versehen und sie im persönlichen Fahrzeug eines Kunden einzubauen. Unter gehöriger Zusatzinstallation weiterer Empfangs- und Ausgabegeräte ermöglicht diese Hardware den Abruf und die Rücksendung von Signalen von bzw. an einen lokalen Server. Inhalte werden über verschiedene Telekommunikationsnetzwerke zur SIM-Karte in der installierten Firmware des Empfängers geschleust (vom Server zum Fahrzeug, d.h. von «Maschine zu Maschine» gesteuert bzw. in der Fachsprache «terminiert»). Auf diese Art erhält ein Autofahrer Inhalte direkt in sein Fahrzeug auf seine Empfangshardware persönlich abgestimmt zugestellt. In der Praxis sichtbar sind häufig personalisierte Infotainment-Angebote, wie z.B. verkehrsrelevante Ankündigungen (Staumeldungen), Radiodienste oder Notfalldienste (die z.B. bei einer Kollision des Fahrzeugs automatisch via SIM-Karte mit Meldung an den Server ausgelöst werden könnten).

Das M2M-Beispiel ist nicht abschliessend zu verstehen. Es sind weitere Tendenzen in der Medienlandschaft vermerkbar, Angebote noch direkter an persönliche Geräte von Kunden zu koppeln. Auffallen sind in letzter Zeit die sog. «Airline-Entertainment-Konzepte», d.h. Kooperationen zwischen Film-, Musik- und Mediendiensteanbietern und Fluggesellschaften. Im Rahmen solcher Kooperationen werden Fluggäste aufgefordert, ihr persönliches Gerät (z.B. Laptop, iPad, Tablet, Mobilfunktelefon) an ein Ausgabegerät im Flugzeug anzuschliessen, um Inhalte so direkt auf ihrem Gerät konsumieren zu können (siehe dazu mehr im Einzelnen unter M. Bunders, Legal Implications of Personalized Videos Used for Direct Marketing, in: A. Pecoraro/A. Rendle [Hg.], International Association of Entertainment

Lawyers, Tech: Disruption and Evolution in the Entertainment Industries, London 2017, 297 mit Hinweis auf eine vertragliche Regelung bei der Airline Air France KLM). Eine Auswirkung solcher Modelle ist, dass nunmehr sogar Fluggesellschaften Einblick in mediale Nutzerdaten gewinnen, über die sie bislang gar nicht verfügten. Eine Regelung über die Erhebung und das Teilen solcher Daten mit lizenzierenden Film-, Musik bzw. Medienanbietern ist anzustreben und gegenüber den betroffenen Flugpassagieren transparenz offenzulegen. Denn für einen Flugpassagier mag zwar eine Speicherung seiner Nutzerdaten durch die Fluggesellschaft erkennbar sein, nicht aber ohne Weiteres, dass diese Daten an Walt Disney, Viacom, iTunes oder dergleichen weitergeleitet und dort weiter ausgewertet werden.

2. Ausgewählte rechtliche Anwendungsfelder

a) Fernmelderecht

Das unter III.1 umschriebene M2M-Modell wirft neue rechtliche Fragen auf: Durch den Einbezug von Fernmeldedienstleistungen stellt sich erstens die Frage, ob ein Fahrzeughersteller durch die im Fahrzeug vorinstallierten Geräte und vertraglichen Arrangements mit Fernmeldedienstleistern auch als meldepflichtige Fernmeldedienstleisterin qualifiziert (namentlich als sog. «Reseller» bzw. Wiederverkäufer von Fernmeldedienstleistungen). Als meldepflichtiger Anbieter unter dem Fernmeldegesetz («FMG») gilt grundsätzlich jeder, der eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen gegenüber Dritten erbringt (auch Wiederverkäufer). Die Frage ist im Zweifel vorsichtshalber zu bejahen, allerdings hängt dies auch von der konkreten Ausgestaltung des Vertragsmodells ab. So sind dem Autor Modelle bekannt, bei denen der Fahrzeughersteller die Verantwortung für die Erbringung von Fernmeldedienstleistungen nicht übernehmen wollte und Kunden anhielt, zwei separate Verträge zu unterzeichnen (einen mit dem Fahrzeughersteller, einen anderen mit dem jeweiligen Fernmeldedienstleister).

b) Datenschutz

Zu beachten ist, dass ein Fahrzeughersteller bzw. -verkäufer unter M2M-Vertriebsmodellen über den von ihm kontrollierten Server zahlreiche Daten seiner Abnehmer zugänglich gemacht erhält (Geolokalisationsdaten des Fahrzeugs, Fahrzeiten, -unterbrüche und -dauer etc.). Sofern der jeweilige Abnehmer dem Fahrzeughersteller bekannt ist, qualifizieren sämtliche von ihm gespeicherten Abnehmerdaten grundsätzlich als Personendaten i.S. des Schweizerischen Bundesgesetzes über den Datenschutz («DSG»). Bei der Datenbearbeitung sind deshalb strenge Anforderungen an die Einhaltung datenschutzrechtlicher Prinzipien (insb. das Transparenzgebot von Art. 4 Abs. 3 DSG [Grundsatz der Erkennbarkeit]) zu stellen. Die Thematik ist nicht nur unter dem heutigen DSG virulent. Auch europäische Regelwerke wie z.B. der vom EU-Parlament vorgelegte Entwurf für die sog. E-Privacy-Verordnung (siehe den aktuellen Entwurf, derzeit abrufbar unter <eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC 0010>, 25. Mai 2018) greifen diese Thematik auf. So sieht die E-Privacy-Verordnung etwa vor – schärfer als die Datenschutzgrundsätze unter der Europäischen Datenschutzgrundverordnung («DSGVO») oder dem geltenden DSG –, dass bereits IP-Adressen oder MAC-Adressen mobiler Endgeräte als regulierte Kommunikationsdaten gelten sollen. Damit stünden zahlreiche über ein persönliches Gerät gesammelte Daten bereits unter restriktiven Bearbeitungs- und Verwendungsgrundsätzen, obwohl sie datenschutzrechtlich noch nicht als identifizierbare Personendaten qualifizieren.

c) Überwachung Fernmeldeverkehr

Eine weitere zu stellende Rechtsfrage ist, ob vom beigezogenen Fernmeldedienstleister gespeicherte Telekommunikationsdaten von Untersuchungsbehörden im Einzelfall eingesehen werden könnten. Zu denken ist etwa an mit einem Fahrzeug begangene Verbrechen (z.B. «Raserunfälle») oder Fälle der «Fahrerflucht», bei denen die gespeicherten «Fahrdaten» Aufschlüsse über den Tathergang liefern könnten. Diese Fragestellung beantwortet das Bundesgesetz über die Überwachung des Post und Fernmeldeverkehrs («BÜPF»). Es gestattet Untersuchungsbehörden nur unter restriktiven Voraussetzungen, den Fernmeldeverkehr bei Tatverdacht für Untersuchungszwecke einzusehen.

d) *Netzwerkneutralität*

Nicht ausser Acht zu lassen beim M2M-Modell sind Rechtsfragen der Netzwerkneutralität. Netzwerkneutralität kennzeichnet die grundsätzliche Gleichbehandlung von Daten bei deren Übertragung im Internet. Die Thematik ist in der Schweiz nicht so weit entwickelt wie in benachbarten EU-Ländern oder in den USA, wo bereits konkrete gesetzliche Regelungsentwürfe dazu bestehen (etwa die Netzwerkneutralitätsregeln der amerikanischen Federal Communications Commission [FCC] oder der Vorschlag für eine EU-Verordnung zum Telekommunikationsbinnenmarkt). Nichtsdestotrotz können sich theoretische Fragen bezüglich der Priorisierung von Inhaltsübermittlungen oder vordefinierten Einstellungen der M2M-Geräte zugunsten gewisser Telekommunikationsnetzwerke stellen. In der Schweiz bestehen derzeit nur allgemein greifbare Diskriminierungsverbote für marktmächtige Unternehmen (basierend auf Art. 7 KG) sowie wenige, sektorspezifische Netzwerkneutralitätsvorschriften (wie z.B. die «must carry rule» im Rundfunkrecht [Art. 59, 60 RTVG] oder die Interkonnektionspflicht im Fernmelderecht [Art. 11 FMG]).

e) *Urheberrechtstarife*

Zu guter Letzt zu betonen ist, dass die im Fahrzeug installierte Empfangshardware mit eingebauter SIM-Karte als Speichermedium für audiovisuelle Inhalte, d.h. als fester oder transitorischer Träger urheberrechtlich geschützter Inhalte qualifiziert. Geräte mit digitalen Speichermedien unterstehen grundsätzlich diversen Urheberrechtstarifen schweizerischer Verwertungsgesellschaften. Die auf der Hardware zugunsten der Verwertungsgesellschaften geschuldeten Urheberrechtstantiemen sind deshalb bei der Realisierung eines solchen Projekts in eine vorausschauende Aufwandrechnung (inkl. Einschätzung mutmasslich geschuldeter Steuern) miteinzubeziehen.

3. **Personalisierte Inhalte (Targetting)**

Wie eingangs erwähnt, sind personalisierte Inhalte auf mutmassliche Nutzerinteressen persönlich abgestimmte Inhalte. Diese Form erweist sich als im Online-Bereich wichtige, wenn nicht sogar die derzeit am meisten thematisierte Wirkungsebene der Personalisierung.

a) *Personalisierungsformen und Empfehlungen*

Wie werden personalisierte Inhalte im Onlinebereich überhaupt bewerkstelligt? In einem ersten Schritt müssen i.d.R. sogenannte Identifikatoren aktiviert werden, um eine Nutzerquelle im Netz überhaupt zu identifizieren. Alsdann wird das Verhalten einer identifizierten Nutzerquelle protokolliert und i.d.R. durch einen Algorithmus ausgewertet. Algorithmen generieren approximative «Benutzerprofile». Gestützt auf diese Profile werden mutmasslich interessante Inhalte und Empfehlungen für jeweilige Benutzer selektioniert. Diese sog. Empfehlungen bilden die im Moment am meisten verbreitete Form personalisierter Inhalte. Verschiedene Ausgestaltungsformen sind denkbar. Als einfachste Form erweisen sich (i) *inhaltsbasierte Empfehlungen*. Sie stützen sich in der Regel auf mutmasslich diagnostizierte Interessen eines Nutzers ab und selektionieren identische oder ähnliche Inhalte. Eine andere Kategorie stellen (ii) *kaufbasierte Empfehlungen* dar. Hier werden in der Regel von anderen Nutzern getätigte Käufe mit dem Verhalten des jeweiligen Nutzers in Verbindung gebracht (etwa die Empfehlung: «*Andere Käufer, die dieses Produkt A wie Sie betrachtet haben, haben auch das Produkt B gekauft. Link zum Produkt B*»). Als wohl ausgefeilteste Methode erweisen sich (iii) *relevanzbasierte Empfehlungen*. Diese Kategorie ist häufig bei sozialen Netzwerken vorzufinden. So ist es dem Betreiber eines sozialen Netzwerks i.d.R. möglich, die mutmassliche Nähe zwischen zwei Nutzern aufgrund ihrer Interaktionsdynamik und/oder die Relevanz geposteter Inhalte aufgrund von Interaktionen des Nutzers (wie z.B. Likes) einzuschätzen. Darauf basierend generieren soziale Netzwerke für jeden einzelnen Nutzer individuell-personalisierte Startseiten. Die Startseite eines Nutzers wird deshalb nie derjenigen eines anderen Nutzers entsprechen. Sie ist inhärent auf sein Nutzerprofil, seine Kontakte, Vorlieben, Interaktionen und diagnostizierten «Relevanzen» personalisiert (siehe zu alledem vertieft eine erste technische Einführung mit weiterführenden Verweisen unter C.B. Graber, Personalisierung im Internet, Autonomie der Politik und Service public, sic! 2017, 258 ff.). Als die wohl schärfste Form der Personalisierung erweist sich schliesslich die (iv) *simultan-automatisierte Personalisierung* von Angeboten, d.h. die automatische Abstimmung von Website-Inhalten mit dem diagnostizierten Nutzer unter Ausschluss

seiner Auswahlmöglichkeiten (etwa die automatische Selektion und der Ausschluss von Inhalten oder die automatisch-personalisierte Preisbildung von Angeboten).

b) *Anonyme Singularisierung vs. nicht anonyme Personalisierung*

Mit Blick auf datenschutzrechtliche Beurteilungen sind anonyme Singularisierungs- von nicht anonymen Personalisierungsansätzen abzugrenzen. Schliesst ein Kunde etwa einen Abonnementvertrag mit einem Streaming-Anbieter ab, sind Letzterem dessen Nutzerdaten über das Benutzerkonto bekannt. Konsequenterweise kann eine massgeschneiderte Personalisierung durch vorbekannte, gesammelte Informationen relativ weitgehend erfolgen. Besucht ein Nutzer hingegen nur als anonymen Surfer eine Website (ohne sich erkennen zu geben), ist eine anonyme Singularisierung vorstellbar. Ein Website-Inhaber wird mit via Cookie-Datei bewerkstelligtem «Web-Tracking» die IP-Adresse des Nutzers eruieren und seine Inhalte auf die mutmasslichen Interessen des hinter der IP-Adresse stehenden (zwar anonymen, aber immerhin «singularisierten») Nutzers abstimmen können (siehe dazu auch weiterführend S. Kirchhof/M. Fleck/D. Schaffner, Personalisierung im [Online-]Marketing, digma 2017, 212 ff.). Die datenschutzrechtlichen Implikationen dieser Unterscheidung werden näher unter Ziff. IV. 2. c) untersucht.

c) *Weitere Optionen für personalisierte Inhalte*

Der Personalisierung von Inhalten sind technisch-kommerziell keine Grenzen gesetzt. Weiter als blosser «Empfehlungen» gehen zum Beispiel Ansätze, Website-Inhalte automatisch (in Echtzeit) an die jeweiligen Nutzer anzupassen (z.B. eine Website, die automatisch in der richtigen Sprache angezeigt wird). Eine weitere, ähnliche Form ist der konvergente Einbezug personalisierter Werbung in Inhalte (sog. «*native advertising*»). Werbung und redaktionelle Inhalte verschmelzen dabei in ein und denselben «sponsored story». Der Werbeinhalt wird zum (eingebetteten) Nutzerinhalt und umgekehrt. Werbeauftraggeber nutzen solche Personalisierungsinstrumente zunehmend über soziale Netzwerke, um deren Reichweite durch virale Weiterverbreitung (etwa «Likes» und «Sharing») noch weiter zu erhöhen (siehe dazu weitere Hinweise unter R. Auf der Maur/D. Fehr-Bosshard, Personalisierte Werbung, in: F. Thouvenin/R. H. Weber [Hg.], Werbung – Online, ITSL, Volume 1, Zürich 2017, 27). Andere denkbare Formen der Personalisierung von Inhalten sind personalisierte Geschenke (Gratis-Content-Zustellung), Vorbestellungsmöglichkeiten von Inhalten oder das Senden von Follow-up-Nachrichten mit personalisierten Inhalten.

d) *Ausgewählte rechtliche Anwendungsfelder*

aa) *Datenschutz*

Allen umschriebenen Personalisierungsinstrumenten gemein ist die *direkte inhaltliche Bezugnahme auf mutmassliche Interessen von Datensubjekten*. Damit ist v.a. die zweite (und wenn nicht wichtigste) Personalisierungsebene von Inhalten angesprochen. Auch bei dieser Form erweist sich die Einhaltung datenschutzrechtlicher Rahmenbedingungen (insb. die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes) als höchst relevant. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, sind euroregionale Entwicklungen beachtenswert. Die kürzlich in Kraft getretene DSGVO und die E-Privacy-Verordnung statuieren schärfere Bearbeitungsgrundsätze als das gegenwärtige DSG. Auch Letztgenanntes durchläuft derzeit eine umfassende Revision, die einige Verschärfungen der zwei vorgenannten europäischen Erlasse übernehmen wird («*E-DSG*», eine aktuelle Fassung des Entwurfs für ein neues Schweizer Datenschutzgesetz ist derzeit [25. Mai 2018] unter <www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/7193.pdf> abrufbar).

bb) *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*

Nach Auffassung des Autors erweist sich das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb («*UWG*») als unterschätzte Rechtsquelle im Personalisierungsbereich. Das UWG verbietet intransparente Praktiken, die Adressaten potenziell irreführen könnten. Im Unterschied zum DSG ist das UWG nicht nur auf Personendaten anwendbar (d.h. Angaben, die sich i.S.v. Art. 3 lit. a. DSG auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen). Das UWG schützt potenzielle Abnehmer als Marktadressaten in generell-abstrakter Weise. Wer somit auf intransparente Art und Weise Personalisierung

betreibt und Abnehmer im Markt in die Irre führt (sofern dies möglich ist), riskiert auch, UWG-Tatbestände zu verletzen. Sowohl die Generalklausel von Art. 2 UWG («jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten[...]») als auch Spezialtatbestände unter Art. 3 Abs. 1 lit. b. UWG («[...]unrichtige oder irreführende Angaben[...]») sind in Betracht zu ziehen. Nach eigener Wahrnehmung des Autors denkbar sind z.B. Websites, die von Aktionen («Sales») für gewisse Produkte sprechen und dadurch den Anschein eines an die Allgemeinheit gerichteten Angebots erwecken, obgleich es sich nur um personalisierte Angebote an einen spezifischen User handelt (und sämtliche anderen User wiederum vermeintlich andere «allgemeine Aktionen» angekündigt erhalten, obwohl es sich de facto wiederum um personalisierte Angebote handelt). Nach Auffassung des Autors könnte eine konsequente Anwendung des UWG solche Praktiken verbieten. Wer aber ausreichend klar auf personalisierte Umstände hinweist (z.B. «recommendations for you») oder der personalisierte Kontext von Beginn an transparent erkennbar ist (oder wenn sich dieser aus den Umständen ergibt), sollte einer Inhaftnahme durch das UWG ausreichend vorgebeugt haben. Als UWG-kritisch erweist sich insbesondere auch der personalisierte Direkteinbezug von Werbung in Medieninhalte («native advertising», neuerdings auch unter der Variante des «digital influencer marketing» verbreitet). Hier haben sowohl die Rechtsprechung benachbarter Länder als auch Behörden und selbstregulatorische Werbeorganisationen mit restriktiven Botschaften und Sanktionen reagiert: Sie fordern unter Lauterkeitsgesichtspunkten und auch bei öffentlich-rechtlichen Rundfunkvorschriften eine *strikte Trennung zwischen Werbeinhalten und redaktionellen Inhalten* (Verbot der sog. «Schleichwerbung») (siehe dazu im Einzelnen eine landesvergleichende Übersicht in: D. Spacek, Walder Wyss Newsletter No. 119, Digital Influencer Marketing – Worldwide Legal Developments and Switzerland, abrufbar unter <www.walderwyss.com/publications/2153.pdf>, 25. Mai 2018).

Als bedeutungsvolle Bestimmung erweist sich auch die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG. Gemäss dieser Bestimmung handelt unlauter, wer Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch (d.h. automatisiert) übermittelt, ohne vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen. Der Begriff der «Massenwerbung» erweist sich als entscheidend, zumal darunter eine standardisierte, an eine Mehrheit von Abnehmern gerichtete Werbung verstanden wird. Nun lässt sich die Frage aufwerfen, ob *personalisierte* Werbung (d.h. personalisierte Follow-up-Nachrichten oder unaufgefordert eingeblendete personalisierte Empfehlungen mit daran gekoppelten Inhalten) überhaupt unter den allgemeinen Massenwerbungsbegriff von Art. 3 Abs. 2 lit. o UWG fallen. Konzeptionell betrachtet richtet sich personalisierte Werbung ja eben gerade nicht an eine Masse, sondern an spezifische Empfänger mit jeweils unterschiedlichen, personalisierten Inhalten. Die Frage kann in der vorliegenden Kürze nicht vertieft und beantwortet werden. Nichtsdestotrotz lohnt es sich, die Implikationen personalisierter Werbung von Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG bei personalisierten Marketingformen frühzeitig zu prüfen. Nach Auffassung des Autors ist der Begriff «Massenwerbung» durchaus wandlungsfähig. Er könnte unter Einbezug zeitgemässer Erscheinungen (wie automatisierte Personalisierung) weitergehend verstanden werden. Vorstellbar ist etwa, dass durch automatisierte Personalisierung einzelne Kundensegmentierungen und -gruppierungen geschaffen werden, die ihrerseits untereinander aber wiederum als separate «Massen» qualifiziert werden könnten.

cc) Kartellrecht

Rechtsfragen um Daten werden gemeinhin gerne mit dem Thema Datenschutz in Verbindung gebracht. Als weniger geläufig erweist sich das Thema einer allenfalls marktbeherrschenden Stellung, die Unternehmen mit hohen Datenmengen gegebenenfalls einnehmen und welche kartellrechtlichen Implikationen dies auslöst. Gemäss öffentlich zugänglichen Informationen hat das deutsche Bundeskartellamt eine Untersuchung gegen den Social-Media-Giganten Facebook Inc. eröffnet (siehe dazu im Einzelnen <www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html>, 25. Mai 2018). Die ersten Pfeiler der Untersuchung stützen sich auf den Grundsatz, dass Facebook im Segment der sogenannten «Off Facebook»-Daten (d.h. Daten, die Facebook indirekt über Beteiligungen hält/kontrolliert, wie über WhatsApp, Instagram oder Facebook-verbundene Dienste [z.B. via Like Button]) eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Ferner verdächtigt das deutsche Bundeskartellamt Facebook, seine Stellung zu missbrauchen, wenn es in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen seine Kunden zur Einwilligung anhält, solche «Off Facebook»-Daten sammeln und analysieren zu können, um personalisierte Informationen an dieselben Kunden oder Werbeträger zu richten. Der Ausgang dieser Untersuchung ist noch offen. Der

Umstand zeigt aber, dass Unternehmen mit Personalisierungsmethoden nicht nur Zwängen des Datenschutzrechts unterstehen, sondern gegebenenfalls auch mit dem Kartellrecht in Konflikt geraten können, wenn ihr Dateninventar eine kritische Grösse erreicht hat.

4. Persönliches Engagement durch interaktive Unterhaltung

a) *Interaktive Unterhaltung*

Interaktive Unterhaltungsangebote sind geprägt von einer Kultur der Kundenbeteiligung («Customer Engagement»). Auch hier steht eine Massschneiderung von Inhalten auf Nutzerbedürfnisse im Vordergrund. Doch geht der Anstoss zur Personalisierung hier vom Kunden selber aus. Durch die Möglichkeit der Partizipation wird ihm die Möglichkeit verschafft, auf den Ausgang medialer Ergebnisse Einfluss zu nehmen. Zu denken ist dabei an Videospiele und persönliche Avatare, Crowdsourcing-Plattformen mit von Teilnehmern beigetragenen Inhalten, Live-Übertragungen von Events und Talentwettbewerben (mit Abstimmungsmöglichkeiten via SMS) etc. All dies sind Produktbeispiele, wo Zuschauer in die Lage versetzt werden, Einfluss auf Endergebnisse eines medialen Produkts zu nehmen. Im Gegenzug offenbart der Kunde wiederum eigene Daten, die Aufschluss über seine persönlichen Bedürfnisse geben. Hier ist die dritte Wirkungsebene der Personalisierung zu verzeichnen: die Möglichkeit des Kunden, interaktiv mitzugestalten, dadurch aber selbst eigene Informationen preiszugeben.

b) *Ausgewählte rechtliche Anwendungsfelder*

Auch bei interaktiver Unterhaltung erweist sich die Einhaltung datenschutzrechtlicher Prinzipien (insb. des Transparenzgebots) als relevant. Kunden muss ausreichend bewusst sein, dass sie durch Interaktionshandlungen ihre eigenen Daten übermitteln und was mit diesen beim Anbieter inskünftig geschieht. Ohne angemessen vorinformierte Kenntnisnahme können nachträgliche Interaktionshandlungen der Kunden nicht als gültige Einwilligungen qualifiziert werden. Ähnliche Überlegungen sind mit Bezug auf immaterialgüterrechtliche Schutzpositionen anzustellen. So könnte ein Kunde durch seine Mitwirkung u.U. (Mit-)Inhaber neu geschaffener Inhalte werden, was den Interessen des anbietenden Medienunternehmens entgegenläuft. Hier sind vertragliche Regelungen über die Inhaberschaft an Immaterialgüterrechten im Vorfeld nahegelegt.

5. Smart Home als Vehikel für personalisierte Unterhaltung

a) *Smart Home*

Der Ausdruck «Smart Home» kennzeichnet eine Form der elektronischen Verknüpfung privater Haushalte mit informatikgesteuerten Geräten. In einem Smart Home werden Haushaltsgeräte mit künstlich intelligenten Geräten verbunden, die sodann wie Haushälter agieren können («KI-Haushälter»): Ein KI-Haushälter verwaltet im Haushalt befindliche persönliche Geräte und erfüllt Kundenbedürfnisse damit direkt in ihrem persönlichen Heim. Jüngstes Beispiel ist der sprachgesteuerte Dienst *Amazon Echo*, ein zylinderförmiges Gerät mit der darin eingebetteten digitalen Sprachsteuerung «Alexa», die auf die Nennung ihres Namens reagiert und als Schnittstelle zu internetbasierten Unterhaltungsdiensten agiert. Alexa ist in der Lage, Musik abzuspielen, einen Timer einzustellen, Kalender zu verwalten oder Filme persönlichen Bedürfnissen eines Bewohners entsprechend herunterzuladen. Obwohl sich Smart Home erst in einem Anfangsstadium befindet, ist ein weiter reichendes Potenzial als Unterhaltungsdienste sichtbar. So könnte ein KI-Haushälter inskünftig auch Hilfsfunktionen für ältere Leute wahrnehmen (etwa bei Unfällen automatische Notrufe tätigen). Grundsätzlich eignet sich Smart Home aber durchaus auch als Vehikel für personalisierte Unterhaltungsdienste. Es erlaubt eine Abstimmung von Inhalten und Diensten mit persönlichen Bedürfnissen eines Bewohners.

b) *Ausgewählte rechtliche Anwendungsfelder*

Bei der Konstellation «Smart Home» eröffnen sich diverse rechtlich prüfenswerte Anwendungsfelder. Nicht zuletzt erweist sich die Einhaltung datenschutzrechtlicher Rahmenbedingungen als höchst rele-

vant, zumal sich Smart Home im wohl nächsten bzw. intimsten Bereich einer natürlichen Person befindet. Denkbar ist, dass z.B. Gespräche von Familienmitgliedern von Alexa aufgenommen und als Audiodateien in einer Cloud hochgeladen und abgespeichert werden, ohne dass Mitglieder sich dessen bewusst sind. Vorstellbar sind zudem auch vertragsrechtliche Probleme. Etwa lässt sich die Frage aufwerfen, ob ein KI-Haushälter stellvertretend für seinen Bewohner Verträge abschliessen könnte und ob die Vertragspartner in ihrem Vertrauen auf eine Interaktion mit dem KI-Haushälter geschützt werden sollen oder nicht. Erdenkliche Risikokonstellationen wären zum Beispiel durch den KI-Haushälter automatisiert vorgenommene Bestellungen, die sich hernach als falsch erweisen. Auf eine vertiefte Analyse dieses vertragsrechtlichen Nebenaspekts wird im Beitrag aus Platzgründen verzichtet.

IV. Datenschutzrecht

1. Neue Regularien

Wie eingangs angesprochen, wurde die derzeitige europäische Datenschutzrichtlinie 95/46 EC am 25. Mai 2018 durch die neue europäische Datenschutz-Grundverordnung («DSGVO») ersetzt (siehe offiziellen Text, auf Deutsch derzeit abrufbar unter <ds-gvo-gesetz.de>, 25. Mai 2018). Das neue Regelwerk wird für in der EU befindliche Medienunternehmen direkt anwendbar. Es hat damit seinen bisherigen «Richtliniencharakter» verloren und zeichnet sich auch durch massive Verschärfungen des materiellen Datenschutzrechts aus: Nicht nur wurde die DSGVO in (i) materiell-rechtlicher Hinsicht verschärft (Verbotsregime mit umfassender Informationspflicht, striktem Einwilligungserfordernis und umfassenden Betroffenenrechten), sie auferlegt Unternehmen vor allem (ii) zahlreiche prozedurale Pflichten (Dokumentationspflichten, Bestimmung eines Vertreters in der EU sowie eines unabhängigen Datenschutzbeauftragten, Durchführung von Datenschutzverträglichkeitsprüfungen bei hoher Risikoexponiertheit einer Datenbearbeitung, Benachrichtigungen bei Datenschutzverletzungen [sog. «data breach notifications»] etc.). Hervorzuheben für diesen Beitrag ist auch der neue Begriff des «Profiling» (Art. 4 Abs. 4 DSGVO) und die neue Regelung zu «Automatisierten Entscheidungen inkl. Profiling» (Art. 22 Abs. 1 DSGVO). Für automatisiert generierte Entscheidungen sieht die DSGVO eine Art «Recht auf menschliches Gehör» vor, namentlich ein Widerspruchsrecht Betroffener gegen sie betreffende automatisiert generierte Entscheidungen. Verstöße gegen die DSGVO können mit Bussgeldern von bis zu 20 Millionen Euro oder 4% des weltweiten Jahresumsatzes sanktioniert werden (je nachdem, welcher Betrag höher ist).

Auch das schweizerische Datenschutzgesetz wird derzeit einer rigorosen Revision unterzogen, die voraussichtlich aber erst im Jahr 2020 in Kraft treten wird. Beibehalten werden zwar viele bestehenden Konzepte (z.B. der räumliche Geltungsbereich, der Personendatenbegriff, das Konzept der Erkennbarkeit von Datenbearbeitungen und die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze). Fallen gelassen wird aber der Schutz juristischer Personendaten, eine Besonderheit im Schweizer Datenschutzrecht, die nach der Revision indes wohl weiterhin theoretisch über den allgemeinen Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ZGB möglich bleiben sollte (siehe dazu D. Rosenthal, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, in: Jusletter, 27. November 2017, 6). Neu bzw. ähnlich wie in der DSGVO übernommen werden Begriffe wie z.B. das sog. «Profiling», «Automatisierte Einzelentscheide inkl. Profiling», der Begriff der Einwilligung (der nunmehr wie in der DSGVO nach «angemessener Information, freiwillig und eindeutig» erfolgen muss), die Meldepflicht von Datenschutzverletzungen («data breach notifications») sowie die nun ausformulierten Grundsätze des «privacy by design» und «privacy by default». Während der erste Grundsatz im Grunde nichts Neues ist (bereits das herrschende DSG verlangt unter Art. 7, dass Daten technisch und organisatorisch gegen unbefugte Bearbeitungen gesichert sein müssen), fordert der zweite Grundsatz, dass Grundeinstellungen von Datenbearbeitungen (die sog. «Default-Einstellungen») ohne Mitwirkung eines Kunden bereits nutzerfreundlich ausgestaltet sein müssen, soweit die betroffene Person nicht etwas Abweichendes bestimmt (siehe dazu im Einzelnen Art. 6 Abs. 3 E-DSG).

2. Herausforderungen für personalisierte Medienangebote

Personalisierte Medienangebote in der Schweiz sind mit neuen datenschutzrechtlichen Herausforderungen konfrontiert. Je nach adressiertem Zielpublikum solcher Angebote ist entweder das europäische Recht (DSGVO wenn an in der EU befindliche Kunden adressiert) und/oder das schweizerische Recht (DSG bzw. in naher Zukunft das E-DSG) anwendbar. Bei grenzüberschreitenden Medienangeboten (insb. online via Website) gilt es, sich des länderüberschreitenden Rechtsrisikos bewusst zu

sein und Abwägungen im Voraus zu treffen. Ein möglicher und bei international tätigen Medienunternehmen verbreiteter Ansatz ist, die strikten Regeln des europäischen Regimes einzuhalten und damit automatischen Einklang mit weniger strikten Regeln in der Schweiz anzustreben («strictest compliance approach»).

Folgende ausgewählte datenschutzrechtliche Aspekte werden nachfolgend vertieft:

a) *Striktes Einwilligungserfordernis*

Art. 6, 7 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 DSGVO statuieren ein striktes, informiertes, freiwilliges und eindeutiges Einwilligungserfordernis für Datensubjekte. Dies bedingt, dass alle relevanten Informationen einer anvisierten Datenbearbeitung dem Datensubjekt in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form übermittelt oder zugänglich gemacht werden (Art. 7 DSGVO). Eine Einwilligung des Datensubjekts wird nur dann als gültig angesehen, wenn sie in informierter Weise und unmissverständlich abgegeben wurde. Der Inhalt der Datenbearbeitung muss zudem zu Vertragserfüllungszwecken erforderlich sein (sog. «Koppelungsverbot»). Das Koppelungsverbot verbietet es, die Erbringung von Dienstleistungen von der Einwilligung in eine Datenbearbeitung abhängig zu machen, wenn diese zur Vertragserfüllung nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 2 und 4 DSGVO). Im E-DSG wurde dieses Koppelungsverbot soweit ersichtlich nicht übernommen. Ein Betroffener hat ferner das jederzeitige Recht, seine einmal erteilte Einwilligung zu widerrufen (Art. 7 DSGVO, im geltenden DSG sowie im E-DSG bereits systemimmanent vorgesehen).

Für personalisierte Medienangebote haben diese schärferen Anforderungen konkrete Auswirkungen:

- (i) Schweigen, vormarkierte Kästchen oder Inaktivität werden zumindest unter der DSGVO zur Begründung einer Einwilligung nicht mehr ausreichen. Ferner müssen detaillierte Informationen über anvisierte Datenbearbeitungen abgegeben werden. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wird dies in der Praxis faktisch zu längeren Datenschutzerklärungen führen. Dies läuft dem Ziel, die relevanten Informationen «leicht zugänglich» und «einfach verständlich» zu machen, im Grunde zuwider. Es ist deshalb ein Balanceakt in der Redaktion von Datenschutzerklärungen zwischen Detaillierungsgrad und einfacher Verständlichkeit voraussehbar.
- (ii) Die Erbringung von Mediendienstleistungen darf nicht von der Einwilligung in eine Datenbearbeitung abhängig gemacht werden, die zur Vertragserfüllung nicht erforderlich ist (Koppelungsverbot). Konsequenterweise ist aus Sicht eines Medienunternehmens anzustreben, dass entweder (i) Datenbearbeitungen, in die eingewilligt wurde, durch den Vertragszweck bereits abgedeckt sind oder aber (ii) nur eine optionale Einwilligung gefordert wird (d.h. der Akzeptanzprozess im Online-Verfahren nicht von der zwingenden Annahme einer vertragsfremden Klausel abhängig gemacht wird). An dieser Stelle erweist sich die Frage als relevant, ob Personalisierungstechniken für den Vertragszweck von Mediendienstleistungen erforderlich sind und eine Einwilligung in solche in den Grundeinstellungen statthaft wäre. Nach Auffassung des Autors hängt dies massgeblich von der in Aussicht gestellten Dienstleistung ab. Sind z.B. von einem Online-Medienanbieter gerade «personalized news» oder «personalized content» als Leistungsgegenstand versprochen worden und will ein Kunde eben gerade dies in Anspruch nehmen, dann sollte Personalisierung inhärent vom Vertragszweck erfasst sein. Eine Einwilligung sollte nach Auffassung des Autors dann auch mit dem Koppelungsverbot vereinbar sein. Anders mag eine Beurteilung bei an die Allgemeinheit gerichteten, standardisierten Mediendienstleistungen ausfallen. Gegebenenfalls liesse sich eine zweckfremde Personalisierung in solchen Konstellationen aber im Einzelfall rechtfertigen (siehe weiter hinten Ziff. IV. 2. d)) zu den möglichen Rechtfertigungsgründen).
- (iii) Die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung eines Datensubjekts ist sowohl in der DSGVO ausdrücklich als auch unter dem DSG (und E-DSG) systeminhärent vorgesehen. Selbstredend schafft dies für Medienunternehmen ein unternehmerisches Risiko für fortdauernde Datenauswertungen (z.B. personalisierte Big Data Analytics). In dieser Hinsicht schafft das geltende DSG und E-DSG mit dem beibehaltenen Prinzip der «Erkennbarkeit» von Datenbearbeitungen (Art. 4 DSG) nach Auffassung des Autors eine praktikablere Lösung, weil sie nicht immer zwingend eine explizite Einwilligung des Datensubjekts erfordert. Diese bleibt unter dem DSG besonderen Fällen vorbehalten (z.B. bei Persönlichkeitsprofilen, besonders schützenswerten Daten oder der Bearbeitung entgegen dem ausdrücklichen Willen der betroffenen Person; siehe Art. 12 Abs. 2 lit b. und c. DSG; siehe dazu auch Auf der Maur/Fehr-Bosshard, Personalisierte Werbung, 32).

b) *Personalisierung und «Profiling»?*

Art. 4 Abs. 4 DSGVO definiert Profiling als jede Art automatisierter Verarbeitungen personenbezogener Daten, um bestimmte persönliche Aspekte einer Person zu bewerten (insbesondere, um deren Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel zu analysieren oder vorherzusagen). Gemäss Art. 22 DSGVO hat eine betroffene Person das Recht, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Diese sog. «Profilingbestimmungen» wurden teilweise auch im E-DSG aufgenommen: Art. 4 lit. f. E-DSG definiert Profiling als «*die Bewertung bestimmter Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten*» (anders als im Vorentwurf, der noch technologieneutral, d.h. ohne «Automatisierung» ausgestaltet war). Ferner sieht Art. 19 Abs. 1 E-DSG für Datensubjekte ein analoges Widerspruchsrecht gegen automatisierte Einzelfallentscheidungen, einschliesslich Profiling, vor, sofern diese «*für sie mit einer Rechtsfolge verbunden sind oder sie erheblich beeinträchtigt*».

Nach Auffassung des Autors ist die Regelung im E-DSG etwas missglückt formuliert worden. Sie schafft jedenfalls unter schweizerischem Recht ein unklares Verhältnis zum im DSG vorbestehenden Begriff des «*Persönlichkeitsprofils*» (Art. 3 lit. d. DSG). Nicht jede automatisierte Datenbearbeitung schafft zwingend ein besonders schützenswertes Persönlichkeitsprofil. Umgekehrt entspringt aber nicht jedes Persönlichkeitsprofil zwingend aus einer automatisierten Datenbearbeitung. In diesem Sinne erfasst der Terminus viele aus Betroffenen­sicht schützenswerte Konstellationen gar nicht. Die Bestimmung könnte leicht umgangen werden, indem nur gewisse Vorauswertungen automatisiert erfolgen, während eine primäre Schlussauswertung (eigentliche Profilbildung) durch menschliche Intelligenz erfolgt (siehe dazu ähnlich Rosenthal, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, 38 ff. m.w.H.).

Die vorgenannten Profilingbestimmungen schaffen Rechtsunsicherheit für personalisierte Medienangebote. Online-Personalisierung basiert definitorisch auf automatisierten Profilbildungen gerade in der Absicht, inskünftige Bedürfnisse von Adressaten besser vorhersagen zu können. Sie fällt streng gesehen unter den Profiling-Begriff im engeren Sinn. Fraglich erscheint, ob die daraus generierten Empfehlungen oder personalisierten Inhaltsanpassungen aber auch als «*Entscheidungen*», die «*erhebliche Auswirkungen auf die Betroffenen*» qualifizieren. Über Betroffene wird mit Empfehlungen an sich noch nichts entschieden. Konkrete Entscheidungen treffen höchstens die Betroffenen selbst, wenn sie einer personalisierten Empfehlung später in Form eines Kaufs eigenständig folgen und sie selbstständig implementieren. Nach Auffassung des Autors lässt sich die Position vertreten, dass personalisierte Werbung oder Medieninhalte im Regelfall noch keine rechtlichen oder erheblichen Beeinträchtigungen durch eine Datenbearbeitung mit sich bringen. Mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers wurde der Zweck der Profilingbestimmungen vor allem auf automatische Kredit- oder Anstellungs-, personalisierte Preisbildungen, automatische Bestellungen von Angeboten und vergleichbare Konstellationen zugeschnitten (siehe dazu Rosenthal, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, 38 ff. m.w.H.; siehe auch Auf der Maur/Fehr-Bosshard, Personalisierte Werbung, 45 f., allerdings für die Schweiz noch unter dem Vorentwurf für ein revidiertes Datenschutzgesetz). Immerhin anders zu beurteilen wäre die simultan automatisierte Personalisierung von Angeboten (d.h. die automatische Abstimmung von Website-Inhalten mit dem diagnostizierten Nutzer unter Ausschluss seiner Auswahlmöglichkeiten; siehe dazu im Einzelnen unter Ziff. III.3.a)). Hier müsste wohl von einer Entscheidungsfindung in der Sphäre des Medienanbieters ausgegangen werden, was zweifellos als «*automatisierte Entscheidung*» i.S. der DSGVO qualifiziert und mithin strengerer datenschutzrechtlicher Regeln unterstünde. Offen bleibt aber, ob solche Entscheidungen für Kunden auch mit einer Rechtsfolge oder einer erheblichen Interessengefährdung verbunden sind. Eine jeweils individuell-konkrete Abwägung wird dies beantworten müssen.

Eine andere Sichtweise mit Blick auf die DSGVO vertritt die Art.-29-Datenschutzgruppe. In einem auf den 3. Oktober 2017 datierten Leitfaden zu automatisierten Einzelfallentscheidungen (der erst als Entwurf veröffentlicht wurde) werden andere Konstellationen unter die Profilingbestimmungen subsumiert, sofern sie das Potenzial haben, die Umstände, das Verhalten oder die Wahlmöglichkeiten einer Person erheblich zu beeinflussen (siehe die derzeitige Version, öffentlich abrufbar unter <ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053>, 25. Mai 2018). Dabei äussert die

Gruppe, gezielte Werbung («targeted advertising») könne erhebliche Auswirkungen i.S. der Profilingbestimmungen zeitigen, etwa die Werbung für Online-Gewinnspiele, die einer verschuldeten Person wiederholt angezeigt werden, oder die Anwendung differenzierter Verkaufspreise. Unter dieser Prämisse wird der Einzelfallentscheid über Betroffene mit ihren eigenen Entscheidungen scheinbar gleichgesetzt oder fingiert. Aus Sicht des Autors scheinen hier aber besonders risikoreiche Konstellationen (wie z.B. das Verschuldungspotenzial labiler Personen) adressiert worden zu sein. Solche Konstellationen sollten bei personalisierten Medien- und Werbendiensten (z.B. Empfehlungen auf Youtube) nicht leichthin und pauschal angenommen werden können.

c) *Nicht anonyme Personalisierung vs. anonyme Singularisierung*

Anonyme Personalisierung erfolgt basierend auf noch nicht personell identifizierbaren Kriterien (wie z.B. der IP-Adresse eines Webbesuchers). Diesbezüglich ist unter dem herrschenden DSGVO anzunehmen, dass solche Praktiken zulässig sind, zumal es i.d.R. bereits am Tatbestandsmerkmal eines Personendatums i.S.v. Art. 3 lit. a. DSGVO mangelt. Vorbehalten bleiben gewiss Fälle, in denen die Identifizierbarkeit des Inhabers einer IP-Adresse aufgrund anderer Umstände für den Medienanbieter möglich bleibt. Diese Sichtweise wird von Vertretern der sog. «Singularisierungsthese» nicht geteilt. Ihrer Auffassung nach ist von einer Identifizierbarkeit i.S. des DSGVO bereits auszugehen, wenn Daten einer bestimmaren Quelle eindeutig zugeordnet werden können. Dahinter scheint auch ein gewisser Vorsorgeschutzgedanke zu stehen, das DSGVO zum Schutz potenziell Betroffener bereits bei Singularisierungsmomenten anzuwenden (siehe dazu z.B. D. Rosenthal, Personendaten ohne Identifizierbarkeit?, *digma* 2017, 198 und N 15 mit Verweis auf Vertreter der Singularisierungsthese). Im geltenden DSGVO (sowie im E-DSG) findet die Singularisierungsthese keine klare Stütze. Das Bundesgericht hat den Singularisierungsansatz bislang in seinem Entscheid «Logistep» (BGE 126 II 508) verneint und den herrschenden, relativen Ansatz bestätigt. Demgemäss kommt es immer darauf an, ob aus Sicht des Bearbeitenden eine Identifizierbarkeit der betroffenen Person aufgrund sämtlicher Umstände realistisch möglich erscheint oder nicht (BGE 126 II 508 E. 3). Insofern ist davon auszugehen, dass anonyme Personalisierungsmethoden derzeit noch in einer legalen Grauzone schweben. Sobald eine persönliche Identifizierbarkeit solcher Daten umstandsbedingt realistisch möglich wird, sind die Profilingbestimmungen des DSGVO/E-DSG zur inhaltlichen Personalisierung (siehe dazu vorne unter Ziff. IV. 2. b)) für sämtliche (d.h. auch zuvor erhobene) Daten einzuhalten.

d) *Rechtfertigungsgründe für Personalisierung?*

Sowohl Art. 6 DSGVO als auch Art. 24 E-DSG statuieren Rechtfertigungsgründe für Datenverarbeitungen. Sind solche gegeben, erweist sich eine Datenbearbeitung auch ohne ausdrückliche Einwilligung als gerechtfertigt. Für personalisierte Medienangebote stellt die Vertragserfüllung ein interessantes Auffangkriterium dar. So erweist sich eine Datenbearbeitung dann als gerechtfertigt, wenn sie «für die Erfüllung eines Vertrags» [...] «erforderlich» ist (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO/Art. 24 Abs. 2 lit. a E-DSG). Hier liesse sich vernünftigerweise argumentieren, dass personalisierte Empfehlungen, die das mutmassliche Nutzerinteresse genauer adressieren und ihm helfen, die Informationsflut in der Medienlandschaft zu reduzieren oder die Navigation im Web zu erleichtern u.U. als optimierte Vertragserfüllung bzw. technische Vereinfachung des Dienstleistungserbringungsprozesses betrachtet werden und deshalb im Einzelfall gerechtfertigt sein könnten.

Ein anderer vorstellbarer Rechtfertigungsgrund ist die «Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten» (Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO/Art. 24 Abs. 1 E-DSG). Interessanterweise nennt der Erwägungsgrund 47 der DSGVO «Direktwerbung» als ein berechtigtes Interesse i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO. Direktwerbung ist ein Branchenausdruck. Er kennzeichnet grundsätzlich jede Werbeform, um bereits bestehende Kunden zu re-kontaktieren und ihre Interessen zu reaktivieren. Es liesse sich somit argumentieren, dass Personalisierungsinstrumente (wie z.B. inhaltlich adressierte Empfehlungen, Follow-up-E-Mails oder dergleichen) als Direktwerbungsbemühungen i.S. der Erwägung 47 DSGVO qualifiziert werden und deshalb gerechtfertigt sein könnten. Ungeachtet der Beantwortung dieser Frage ist ihr aber nicht zu hohes Gewicht beizumessen. Betroffene können nämlich jederzeit Einwände gegen Direktwerbung erheben (sei es basierend auf den datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten oder basierend auf dem in Art. 3 Abs. 1, lit. o UWG unter anderem ebenfalls vorgesehenen Opt-out-Prinzip). Insofern schafft der Rechtfertigungsgrund der Direktwerbung noch kein

zeitlich dauerhaftes, übergeordnetes Interesse eines Medienanbieters (siehe zu alledem weiterführend R. Auf der Maur/ D. Fehr-Bosshard, Data Monetization and User Consent: Better Privacy or More Bureaucracy?, in: International Association of Entertainment Lawyers, A. Pecoraro/A. Rendle (Hg.), London 2017, 245).

e) *Herausforderungen im personalisierten Smart Home*

Wenig wurde bislang im Detail erörtert, wie ein KI-Haushälter (wie etwa Amazon Echo mit seiner Stimmerkennungsassistentin Alexa) operiert und welche datenschutzrechtlichen Risiken seine Tätigkeit mit sich zieht. Das Gerät Amazon Echo ist grundsätzlich unterschiedlich einstellbar. Es kann (i) manuell aktivierbar, (ii) sprachaktivierbar oder (iii) konstant eingeschaltet sein. Je nach gewählter Voreinstellung wird Alexa anders aktiviert und es ist mit einem anderen Grad des «Mithörens» zu rechnen. Zu unterscheiden sind zudem die Spracherkennungsfunktionalitäten selbst: So ist Alexa z.B. in der Lage, Aufträge sprachbasiert auszuführen, etwa Musik auf Befehl abzuspielen oder Einträge im Terminkalender vorzunehmen. Dieser Vorgang wird gemeinhin als «*Spracherkennung*» bezeichnet. Gleichzeitig ist Alexa aber auch in der Lage, Stimmen sprichwörtlich zu identifizieren (sog. «*Stimmerkennung*»). Dieser zweite Vorgang ist datenschutzrechtlich als kritischer zu bewerten. Denn hier werden biometrische Erkennungsdaten des Smart-Home-Bewohners erhoben und alsdann in der Amazon Cloud hochgeladen und abgespeichert.

Als datenschutzrechtlich relevant erweisen sich in diesem Zusammenhang die neu formulierten Anforderungen des «privacy by design» (Art. 25 Abs. 1 DSGVO, Art. 6 E-DSG) sowie des «privacy by default» (Art. 25 Abs. 2 DSGVO, Art. 6 E-DSG). Das erste Erfordernis verlangt geeignete technische und organisatorische Massnahmen eines Datenbearbeiters, Datenschutzgrundsätze wirksam umzusetzen. Das zweite verlangt, dass allgemeine Grundeinstellungen technischer Dienste (sog. «default settings») nutzerfreundlich sind, d.h., die Bearbeitung von Personendaten muss auf ein für Verwendungszwecke nötiges Mindestmass beschränkt sein. Immerhin sieht Art. 6 E-DSG für die Schweiz vor, dass «privacy by default» nur gilt, wenn ein Betroffener «nicht etwas anderes bestimmt». Es ist somit denkbar, dass unter schweizerischem Recht vorgängig andere Abreden getroffen werden.

Mit Blick auf Amazon Echo und ähnliche, personalisierte KI-Haushaltsgeräte erweisen sich deshalb *Gerätesteuerungsansätze* i.S. eines «privacy by design» oder «privacy by default» als entscheidend. Vorstellbar ist z.B., dass ein KI-Haushaltsgerät (i) in den Standardeinstellungen ausgeschaltet bleibt und es stets eine aktive Bestätigung des Nutzers zum Einschalten der Spracherkennungsfunktion braucht. Auch nahegelegt ist eine (ii) Option des Nutzers zur vollständigen Deaktivierung des Mikrofons. Weiter ideal erscheinen (iii) optische Signale, die jederzeit anzeigen, ob das Mikrofon eingeschaltet ist oder nicht (z.B. rotes/grünes Leuchten). Auch eine (iv) Ex-post-Kontrollmöglichkeit für Betroffene, einmal hochgeladene Audiobefehle bzw. Texttranskripte zu löschen, ist aufgrund der Betroffenenrechte nahegelegt.

Mit Blick auf biometrische «Voice Prints» (d.h. biometrische Erkennungsdaten des Nutzers) ist (i) eine Segregation und Anonymisierung solcher Dateien empfehlenswert, d.h. die Speicherung biometrischer Erkennungsmerkmale sollte auf das physische Amazon-Echo-Gerät des Nutzers beschränkt werden. Dies stünde im Einklang mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht der Nutzer, zumal diese eine Löschung auf ihrem Gerät jeweils selbst veranlassen könnten. Betroffenen sollte zudem (ii) die Möglichkeit gewährt sein, ihre biometrischen Audiodateien jederzeit zu entfernen. Schliesslich lässt sich die Frage aufwerfen, ob die Verwendung biometrischer Erkennungsdaten für die Vertragserfüllung eines KI-Haushaltsassistenten überhaupt i.S. eines Vertragszweckerfordernisses oder sogar i.S. eines Rechtfertigungsgrundes notwendig ist. Nach Auffassung des Autors liesse sich in beide Richtungen hin argumentieren: So könnte die Identifikation des *leistungsberechtigten* Nutzers eine biometrische Stimmerkennung gerade legitimieren (insbesondere, wenn das Vergütungsmodell nutzerbasiert ist). Andererseits könnte das Bedürfnis eines Nutzers gerade sein, den KI-Haushaltsassistenten jedem in der Wohnung befindlichen Mitmenschen zur Verfügung zu stellen (wie übliche Haushaltsgeräte). Solche Bedürfniskonstellationen sprächen eher gegen ein Erfordernis der Stimmerkennung in den Grundeinstellungen (siehe zu alledem weiterführend P. OU/C. CAO/N. KAISER, Smart Home Future, Privacy Law and AI Contracting, in: International Association of Entertainment Lawyers, A.-M. Pecoraro/ A. Rendle (Hg.), Tech: Disruption and Evolution in the Entertainment Industries, London 2017, 265 ff.). Es bleibt offener Argumentationsspielraum und der Autor will sich an dieser Stelle noch nicht festlegen.

V. Exkurs: Öffentliches Rundfunk- und Verfassungsrecht

Befürworter zeitgemässer Personalisierungstechniken begrüssen diese als zeitgemässe Optimierung bzw. Rationalisierung des Dienstleistungserbringungsprozesses. Personalisierung sei ein wirkungsvolles Instrument gegen die zunehmende Überinformation in der Medienlandschaft, die es Kunden erschwert, relevante Informationen zu selektionieren. Von akademischer Seite bestehen auch kritische Gegenmeinungen: So hat der Verfassungsrechtler Cass Sunstein von der Harvard Law School neue Kritikbegriffe geschaffen. Er spricht von sog. «Echokammern» oder «Enklaven von Gleichgesinnten» (siehe C. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton, New Jersey 2007). In dieselbe Stossrichtung fügt sich der Internetaktivist Eli Pariser, der von sog. «Filterblasen» spricht (siehe E. Pariser, *The Filter Bubble, What the Internet is hiding from you*, London 2011). Worum geht es bei diesen neuen Ausdrücken? Beide Autoren diagnostizieren für technische Personalisierungsformen ein gesellschaftliches Risiko: Langfristig droht gemäss ihrer Auffassung eine Fragmentierung der Gesellschaft: Menschen hören über internetbasierte Kanäle im Grunde nur noch dasjenige, was sie selber gerne hören wollen. Dadurch werde die Abschottung von anderen Auffassungen gefördert und «Reibungsflächen» unterschiedlicher Meinungen nähmen in der Gesellschaft langfristig ab, was Polarisierung fördere und letztlich den demokratischen Diskurs bedrohe, der auf einem gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Informationen basiert (siehe ähnliche Hinweise in M. GROSZ, *Personalisierte Nachrichten, Meinungsbildung und Demokratie zwischen Datenschwungel und Filterblasen*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl) 119/2018). Man kann diese Auffassungen und Prognosen als akademisch abstrakt taxieren, etwa mit dem Argument, die Menschen hätten sich schon immer nur für ihre eigenen Meinungen interessiert und Anderslautendes ignoriert. Doch die Realität eines abnehmenden Teilnahmewangs in öffentlichen Debatten bzw. eine Abschwächung der Integrationsfunktion bisheriger Massenmedien lässt sich in einer fortschreitend individualisierten Gesellschaft nicht leugnen. Gemäss einer kürzlich durchgeführten Umfrage in England äusserte ein Drittel der Befragten, dass Mitbewohner sich im selben Haushalt im selben Raum aufhalten könnten, aber drei verschiedene Programme auf drei verschiedenen Geräten verfolgen würden. Jeder lebe mithin in seiner eigenen «Unterhaltungsblase». Die klassische soziale Versammlungsfunktion des Radio- oder Fernsehgeräts, das Familien bislang örtlich und inhaltlich vereinte, erodiert (siehe dazu S. Thiruchelvam, *Data privacy in a personalized media world*, in *Raconteur*, 14. Mai 2018, abrufbar unter <www.raconteur.net/media-entertainment-2018>, 25. Mai 2018). Unklar verbleibt nach Auffassung des Autors denn auch das effektive gesellschaftliche Fragmentierungspotenzial. Diese Frage ist soziopolitisch, zukunftsgerichtet und nicht verlässlich beantwortbar.

Etwas konkreter wird diese Thematik im Bereich des schweizerischen Rundfunkrechts geregelt: Art. 93 Abs. 2 der schweizerischen Bundesverfassung hält für den Rundfunkbereich fest: «*Radio und Fernsehen tragen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone. Sie stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.*» Die Klausel hält den sogenannten «Service public»-Auftrag des schweizerischen öffentlichen Rundfunkanbieters SRG SSR fest. Die Formulierung «*Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck*» ist mit dem Grundsatz einer absoluten Personalisierung und den befürchteten «Echokammern» oder «Filterblasen» nicht ohne Weiteres kompatibel. Die Thematik ist somit nicht nur akademisch-abstrakt. Im Jahr 2015 widerfuhr dem geplanten Joint Venture ADMEIRA zwischen der SRG SSR, Swisscom (der nationale Telekommunikationsdienstleister der Schweiz) und Ringier (ein grosses schweizerisches Medienunternehmen) Kritik: Als umstritten erwies sich, dass die Swisscom Fernmeldedaten mit der SRG SSR teilen könnte und dies der SRG SSR die Möglichkeit verschaffen würde, persönliche Datenauswertungen, personalisierte Werbung und personalisierte redaktionelle Inhalte für ihre Zuschauer zu erstellen. Am 14. Dezember 2015 wurde das Joint Venture durch die schweizerische Wettbewerbskommission genehmigt, weil zumindest keine (quantitativen) kartellrechtlichen Bedenken bestanden. Nach wie vor beim Bundesgericht hängig ist eine rundfunkrechtliche Beschwerde des Verbands Schweizer Medien (VSM) wegen der angeblichen Unvereinbarkeit der Personalisierung mit dem «Service-public»-Leistungsauftrag der SRG SSR. Im Übrigen hat die Thematik nicht nur juristische Wellen geschlagen. Auch die am 4. März 2018 vom Schweizer Souverain abgeschmetterte «No Billag»-Initiative tangierte gerade dasselbe Spannungsfeld. Die Initianten forderten eine Abschaffung öffentlicher Zwangsgebühren für die Programmaktivitäten der SRG SSR unter anderem mit dem Argument, jeder Mensch solle selber entscheiden, über welche Medienkanäle und zu welchem Preis er sich über öffentliche Ereignisse informieren wolle. Auch der Umstand, dass sich ein grosser Teil der Bevölkerung nur noch über das Internet informiere und den traditionellen

Rundfunk der SRG SSR nicht unbedingt brauche, war im Abstimmungskampf federführend. Ungeachtet dieser Initiative hat der Bundesrat inzwischen eine Teilrevision des Bundesgesetzes über das Radio und Fernsehen (RTVG) angekündigt. Er hat in Aussicht gestellt, der SRG SSR personalisierte Werbung in limitiertem Umfang (d.h. für eine begrenzte Stundenzahl) zu gestatten. Dies könnte Auswirkungen auf die pendente «Service public»-Beschwerde vor dem Schweizerischen Bundesgericht zeitigen, als der Gesetzgeber so einer rechtlichen Entscheidung zuvorkommen könnte.

Nach Auffassung des Autors wird die Politik in dieser Sache ein richtungsweisendes Urteil sprechen müssen. Letztlich steht nicht nur eine rechtliche, sondern eine politische Frage zur Debatte: Wollen wir uns von einer bislang eher massenmedienintegrativen Austauschgesellschaft mit öffentlichem Diskurs (community) stärker zu einer Individualgesellschaft hin bewegen (jeder schaut online für sich selbst)? Oder streben wir eine ausgewogene Kombination beider Aspekte an (community content und personal content)? Das Internet, seine Informationsportale und die immer raffinierteren Personalisierungstechniken bergen ein nicht unbeachtliches Beeinflussungspotenzial. Vor diesem Hintergrund ist es undifferenziert, Personalisierung als unwesentliches Faktum abzutun. Rechtlich gesehen ist gegenüber dem Publikum Transparenz und Verantwortung im Umgang mit solchen Instrumenten zu fordern. Diverse Rechtsgrundlagen bieten dazu bereits Hand (insbesondere das DSG, UWG und das RTVG). Sie müssen nur konsequent auf die neuen Begebenheiten angewendet werden. Hierzu fehlt in der Schweiz noch praktischer Erfahrungsschatz. Eine ausgewogene Balance zwischen Transparenz (d.h. der Erkennbarkeit und Abgrenzung von allgemeinen, standardisierten gegenüber individuell-personalisierten Inhalten) und einem vorhandenen Kundenbedürfnis nach Personalisierung und Suchaufwandreduktion ist anzustreben.

Nach Auffassung des Autors liegt der Personalisierung aus Kundensicht ein fundamentaler Irrtum zugrunde: Personalisierte Dienste befriedigen Kundenbedürfnisse oft nicht zwingend besser. Weshalb? Weil wir Menschen oft gar nicht so genau wissen, was wir eigentlich wollen. Und oft stossen wir in thematisch sachfremden Gebieten per Zufall auf Inhalte, von denen wir nicht im Entferntesten gedacht hätten, dass sie uns interessieren könnten. Vielleicht ist es aus Kundensicht sinnvoller, dem Element des Zufalls mehr Raum im Leben einzugestehen, als sich von berechnenden Personalisierungsalgorithmen zu stark steuern zu lassen.

Zusammenfassung

Personalisierung kennzeichnet die im Voraus getroffene Abstimmung von Inhalten mit mutmasslichen Bedürfnissen von Empfängern. Neue technische Entwicklungen in der Online-Medienwelt schaffen dafür einen idealen Nährboden. So erweist sich (i) das persönliche Gerät (z.B. Mobiltelefon oder persönlicher Computer) als ideales Vehikel, um Mediendienste personalisiert an Empfänger zu erbringen. Auf dieser Wirkungsebene stellen sich mannigfaltige Rechtsfragen, die das Fernmelderecht, das Datenschutzrecht, die Netzwerkneutralität und das Urheberrecht beschlagen. Als weitere Wirkungsebene erweisen sich (ii) personalisierte Inhalte selbst. Hier bestehen diverse Gestaltungsformen, die von blossen personalisierten Empfehlungen (zum Erwerb neuer Dienstleistungen) bis zu simultan automatisierter Personalisierung (automatische Anpassung von Website-Inhalten unter Ausschluss von Auswahlmöglichkeiten des Kunden) reichen. Als relevante rechtliche Anwendungsfelder erweist sich nebst dem Datenschutzrecht auch das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), zumal beide Gesetze intransparente Marktpraktiken verbieten. Eine weitere Wirkungsebene betrifft (iii) interaktiv-personalisierte Unterhaltungsangebote. Hier wird Kunden die Möglichkeit verschafft, mediale Inhalte interaktiv mitzugestalten, dadurch aber wiederum eigene Informationen preiszugeben, die ein Medienunternehmen weiter auswerten kann. Auch auf dieser Ebene erweist sich die Einhaltung datenschutzrechtlicher Grundsätze als relevant. Kunden muss ausreichend bewusst sein, dass sie durch Interaktionshandlungen eigene Daten übermitteln und was mit diesen beim Anbieter inskünftig geschieht. Schliesslich erweist sich das (iv) Smart Home als die wohl im nächsten bzw. intimsten Kreis einer natürlichen Person befindliche Wirkungsebene für personalisierten Medienkonsum mithilfe künstlich intelligenter Haushaltsgeräte. Konkrete Gerätesteuersätze («privacy by design»), die dem Nutzer ein Selbstbestimmungsrecht über seine Daten verschaffen, sind hier nahezulegen. Mannigfaltige Optionen dazu bestehen.

Personalisierungspraktiken stehen vor neuen Herausforderungen: Am 25. Mai 2018 ist die neue europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Kraft getreten. Das neue Regelwerk zeichnet sich u.a. durch Verschärfungen des materiellen Datenschutzrechts aus. Für Schweizer Unternehmen ist

die DSGVO zwar nicht direkt anwendbar, doch ihr extraterritorialer Anwendungsbereich ist beträchtlich. Ferner wird das schweizerische Datenschutzrecht derzeit einer umfassenden Revision unterzogen (E-DSG), die voraussichtlich in zwei Jahren abgeschlossen sein könnte und viele Aspekte der DSGVO übernehmen wird. Vor diesem Hintergrund ist es kurz- oder langfristig auch aus Schweizer Sicht sinnvoll, sich mit diesen neuen Regularien gerade auch mit Blick auf personalisierte Medienleistungen zu befassen.

Résumé

La personnalisation désigne la détermination à l'avance de contenus avec les besoins présumés des destinataires. Les nouvelles évolutions techniques du monde médiatique en ligne créent à cet égard un terreau idéal. Ainsi, (i) l'appareil personnel (par ex. le téléphone mobile ou l'ordinateur personnel) s'avère le véhicule idéal pour fournir des services médiatiques de manière personnalisée au destinataire. Diverses questions juridiques se posent au sujet de ce niveau d'effet, qui concernent le droit des télécommunications, le droit de la protection des données, la neutralité du réseau et le droit d'auteur. Les contenus personnalisés eux-mêmes (ii) s'avèrent être un autre niveau d'effet. Il y a ici diverses formes de structures qui vont des simples recommandations personnalisées (pour l'acquisition de nouveaux services) à la personnalisation simultanée automatisée (adaptation automatique de contenus de sites internet à l'exclusion des possibilités de choix du client). En sus du droit de la protection des données, la loi contre la concurrence déloyale (LCD) s'avère aussi un champ d'application juridique pertinent, puisque les deux lois interdisent les pratiques de marché non transparentes. Un autre niveau d'effet concerne (iii) les offres de divertissement personnalisées de manière interactive. Ici, le client se voit offrir la possibilité de façonner des contenus médiatiques de manière interactive, mais en divulguant de nouveau des propres informations qu'une entreprise médiatique peut exploiter. Sur ce plan aussi, le respect des principes du droit de la protection des données s'avère pertinent. Le client doit être suffisamment conscient du fait qu'il transmet des données propres via des actions interactives et de ce que le fournisseur en fait. Enfin, le smart home (iv) s'avère le niveau d'effet qui se trouve bel et bien dans la sphère la plus proche ou la plus intime d'une personne physique pour la consommation médiatique personnalisée à l'aide des appareils ménagers dotés de l'intelligence artificielle. Il convient d'encourager ici des approches concrètes de commande des appareils («privacy by design») qui fournissent à l'utilisateur un droit à l'autodétermination sur ses données. Diverses options existent à ce sujet.

Les pratiques de personnalisation font face à de nouveaux défis: le nouveau règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD) est entré en vigueur le 25 mai 2018. Ce nouvel ensemble de règles se distingue entre autres par des durcissements du droit matériel de la protection des données. Le RGPD n'est certes pas directement applicable aux entreprises suisses, mais son domaine d'application extra-territorial est considérable. En outre, le droit suisse de la protection des données est actuellement soumis à une révision complète (E-LPD) qui pourrait se terminer selon toute probabilité dans deux ans et qui reprendra de nombreux aspects du RGPD. Dans ce contexte, il est raisonnable également du point de vue de la Suisse de se confronter à court ou à moyen terme à ces nouvelles règles, en particulier en ce qui concerne les services médiatiques personnalisés.