

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 144

Olivier Heuberger

Profiling im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht der Schweiz

Schulthess § 2020

Inhaltsverzeichnis

- Inhaltsübersicht IX
- Inhaltsverzeichnis XI
- Abkürzungsverzeichnis XIX
- Literaturverzeichnis XXI
- Materialienverzeichnis XXXIX

- Einleitung..... 1**

- Teil 1: Profiling im digitalen Zeitalter 7**

- Kapitel 1: Die Mechanik von Profiling..... 9**
- I. Technologien der künstlichen Intelligenz.....9
 - 1. Digitale Transformation9
 - 2. Die Beschreibung von künstlicher Intelligenz..... 12
 - 2.1 Künstliche Intelligenz, Machine Learning und Deep Learning 13
 - 2.2 Algorithmen als Basis von Profiling..... 14
 - a Funktionsweise von künstlicher Intelligenz..... 16
 - b Selbstlernende Algorithmen..... 18
 - 2.3 Blackbox-Algorithmus 21
- II. Künstliche Intelligenz und Big Data26
 - 1. Element des Datenvolumens29
 - 2. Element der Datenvielfalt.....30
 - 3. Element der Datengeschwindigkeit33
 - 4. Element der Datengenauigkeit33
- III. Informationsarchitektur der künstlichen Intelligenz34
 - 1. Datenbearbeitung in einem Data Warehouse 34
 - 2. Datenbearbeitung in einem Data Lake38
 - 2.1 Skalierbarkeit und Komplexität bei relationalen Datenbanken38
 - 2.2 Relationale in Abgrenzung zu nichtrelationalen Datenbanken39
 - 2.3 Datenbearbeitungsprozess in einem Data Lake40

Kapitel 2: Zum Konzept des Profilings im Datenschutzrecht.....	43
I. Definition von Profiling	43
II. Stereotypisierung	46
1. Stereotypisierung und Profiling.....	47
2. Die Nadel im Heuhaufen.....	48
III. Korrelationen: Beziehungen und Merkmale zwischen Daten	49
IV. Automatisiertes Bearbeiten von Personendaten beim Profiling.....	52
1. Abgrenzung von Daten und Informationen	52
1.1 Definition von Daten	53
1.2 Personendaten in Abgrenzung zu Sachdaten	54
1.3 Definition von Informationen.....	55
1.4 Datenkategorien der besonders schützenswerten Personendaten	58
1.5 Der Verwendungszusammenhang bei der Bearbeitung von Daten.....	59
2. Der Personenbezug im Datenschutzrecht	61
2.1 Direkter und indirekter Personenbezug	62
2.2 Bestimmte oder bestimmbare Person	64
a Tatbestandselement «bestimmt oder bestimmbar»	65
b Cookies, IP-Adresse, Beacons, digitaler Fingerabdruck und Benutzer-Identität	69
2.3 Identifizierbarkeit von Personen.....	71
a Fallgruppe: Kontext	73
b Fallgruppe: Zweck	74
c Fallgruppe: Auswirkungen.....	76
2.4 Anonymisierung und Pseudonymisierung von Personendaten	77
a Anonymisierung.....	77
b Pseudonymisierung.....	81
2.5 Re-Identifikation von Personen	82
a Tatbestandselement «nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand».....	82
b Der Mosaikeffekt als datenschutzrechtliche Herausforderung der Re-Identifikation.....	83
3. Automatisierte Datenanalysen.....	87
3.1 Tatbestandselement «automatisiert».....	87
3.2 Auswertungs- und Bewertungsprozess von Personendaten.....	89
V. Bewertung bestimmter Merkmale einer Person	90
1. Tatbestandselement «Merkmale einer Person»	90
2. Tatbestandselement «insbesondere».....	92

2.1 Digitale Elemente	93
2.2 Demographische Elemente	94
2.3 Element der zeitlichen Dimension	95
3. Strukturelle Elemente von Persönlichkeitsmerkmalen beim Profiling	95
3.1 Arbeitsleistung	95
3.2 Wirtschaftliche Verhältnisse	96
3.3 Gesundheit.....	97
a Gesundheitsdaten als besonders schützenswerte Personendaten	98
b Health-Profiling im Besonderen	100
3.4 Verhalten und Vorlieben	102
3.5 Mobilität.....	102
VI. Arten und Methoden des Profilings.....	103
1. Individuelles Profiling und Gruppenprofilng	103
2. Direktes Profiling	104
2.1 Direktes Profiling von Individuen	104
2.2 Direktes Profiling von Gruppen	104
3. Indirektes Profiling.....	104
3.1 Indirektes Profiling von Individuen.....	105
3.2 Indirektes Profiling von Gruppen	105
4. Zusammenfassender Überblick	107
VII. Profiling in Abgrenzung zur automatisierten Einzelentscheidung	107
1. Zweck der automatisierten Einzelentscheidung	109
1.1 Ausschliesslich automatisierte Einzelentscheidung.....	112
1.2 Automatische Bewertung von Persönlichkeitsmerkmalen	113
2. Nutzung der Profiling-Ergebnisse	114
2.1 Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigungen bei automatisierten Einzelentscheidungen.....	115
a Rechtsfolge einer automatisierten Einzelentscheidung.....	115
b Vorliegen einer «erheblichen Beeinträchtigung».....	116
2.2 Ausnahmetatbestände.....	117
a Ausnahmetatbestand bei Stattgeben des Begehrens der betroffenen Person	117
b Ausnahmetatbestand bei ausdrücklicher Einwilligung	118
VIII. Stellungnahme und Ausblick	118

**Teil 2: Profiling im Lichte der massgebenden
Datenschutzgrundsätze und Rechtfertigungs-
gründe 123**

**Kapitel 3: Profiling im Kontext von Technologie und Datenschutz-
recht 125**

I. Gesetzlicher Ordnungsrahmen 125

II. Profiling im Kontext des europäischen Datenschutzrechts 127

 1. Europäische Datenschutzkonvention..... 128

 2. Europäische Datenschutz-Grundverordnung..... 129

 2.1 Unmissverständliche Willensbekundung..... 131

 2.2 Freiwilligkeit 133

 2.3 Informiertheit 134

III. Profiling im Kontext der Privatautonomie..... 134

IV. Profiling im Kontext des Verhältnismässigkeitsprinzips..... 137

**Kapitel 4: Grundsätze der Zweckbindung und Erkennbarkeit
beim Profiling 141**

I. Profiling ohne Zweckbindung 141

II. Zweckbindung und Erkennbarkeit 142

III. Erkennbarkeit der Datenbearbeitung 144

 1. Tatbestandselement «aus den Umständen ersichtlich»..... 144

 2. Zweckänderung und Datenbearbeitung mit erweitertem Zweck 146

 2.1 Die Kriterien «unerwartet, unangebracht oder beanstandbar» bei der
 Zweckänderung 148

 a Kompatibilität 149

 b Kontext..... 150

 c Datenarten..... 153

 d Folgen einer Weiterbearbeitung..... 154

 e Garantien..... 155

 2.2 Erneuter Rechtfertigungsgrund bei geändertem Zweck 155

 3. Die Zweckbindung bei der Datenweitergabe an Dritte 156

Kapitel 5: Allgemeine Strukturen der Einwilligung 159

I. Begriffliche Grundlagen 159

II. Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung im Allgemeinen 161

 1. Der Aspekt der Freiwilligkeit..... 161

 1.1 Drohung..... 164

1.2	Machtasymmetrie	165
1.3	Abhängigkeit von einem Produkt oder einer Dienstleistung	167
1.4	Sozialer Druck	167
2.	Aspekte der Informiertheit	168
Kapitel 6: Datenschutzrechtliche Einwilligung beim Profiling.....		171
I.	Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt im Schweizer Datenschutzrecht.....	171
II.	Das Tatbestandselement der Freiwilligkeit	175
1.	Kriterien der Freiwilligkeit beim Profiling	175
1.1	Ungleichgewicht.....	176
1.2	Kontext	176
1.3	Synallagma	177
1.4	Fehlende Handlungsalternative	181
2.	Opt-in und Opt-out	182
2.1	Definition von Opt-in und Opt-out.....	182
2.2	Abgrenzung zum Widerruf.....	183
2.3	Verhalten der Betroffenen im digitalen Zeitalter	183
III.	Das Tatbestandselement der Informiertheit	184
1.	Kriterium der angemessenen Information	184
2.	Kriterium der Bestimmtheit.....	185
2.1	Beschaffenheit.....	185
2.2	Verständlichkeit.....	188
IV.	Form und Inhalt der datenschutzrechtlichen Einwilligung beim Profiling	189
1.	Ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung.....	189
2.	Das Tatbestandselement der «Eindeutigkeit».....	194
3.	Das Tatbestandselement der «Ausdrücklichkeit».....	196
3.1	Ausdrückliche Form und Inhalt der Willenserklärung	196
3.2	Schweigen als «ausdrückliche Einwilligung» beim Profiling	200
a	Besondere Natur des Geschäfts.....	202
b	Besondere Umstände	203
3.3	Ausdrückliche Einwilligung durch Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Datenschutzerklärungen	204
a	Konsenskontrolle	206
b	Auslegungskontrolle	210
c	Inhaltskontrolle	210
V.	Ausdrückliche Einwilligung durch Kinder und Jugendliche.....	213
1.	Beschränkte Handlungsunfähigkeit.....	213
2.	Einwilligung der gesetzlichen Vertreter	217

VI. Zusammenfassendes	218
Kapitel 7: Überwiegendes Interesse beim Profiling	223
I. Rechtfertigung einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung durch überwiegendes Interesse	223
II. Berechtigte Interessen der betroffenen Person	224
1. Das Datenschutzinteresse der betroffenen Person	225
2. Weitere Interessen	225
III. Berechtigte Interessen des Verantwortlichen	225
IV. Das überwiegende Interesse des Verantwortlichen oder des Betroffenen	226
1. Die Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen	227
2. Zweck der Rechtfertigung des Vertragsabschlusses	227
2.1 In unmittelbarem Zusammenhang eines Vertragschlusses	228
2.2 Während der unmittelbaren Abwicklung eines Vertrags	229
2.3 Erforderlichkeit	230
V. Zusammenfassendes	233
Teil 3: Zur datenschutzrechtlichen Adäquanz beim Profiling	235
Kapitel 8: Herausforderungen und Lösungsansätze beim Profiling	237
I. Disruptive Technologien	237
1. Personen- und Sachdaten	238
1.1 Dilemma: Personenbezug	238
1.2 Lösungsansatz	239
2. Anonymisierung	239
2.1 Dilemma: Re-Anonymisierung	239
2.2 Lösungsansatz	240
3. Zweckbindung	241
3.1 Dilemma: Algorithmen und Korrelationen	241
3.2 Lösungsansatz	242
4. Einwilligung	242
4.1 Dilemma: Kontrolle	242
4.2 Lösungsansatz	246
II. Datenschutzrechtliche Adäquanz	247
1. Vorstellung des Konzepts	247

2. Elemente der Adäquanzprüfung	249
2.1 Kontext.....	249
2.2 Personenkreis	253
2.3 Informationsarten	254
2.4 Informationsfluss zwischen Personen.....	255
3. Plädoyer	258
Kapitel 9: Schlussbetrachtungen	261
Zwölf Kernaussagen zum Profiling.....	265
Sachregister.....	271