

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 Transformation .....9
  - 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 Data .....26
  - 1. Element des Datenvolumens .....29
  - 2. Element der Datenvielfalt.....30
  - 3. Element der Datengeschwindigkeit .....33
  - 4. Element der Datengenauigkeit .....33
- III. Informationsarchitektur der künstlichen Intelligenz .....34
  - 1. Datenbearbeitung in einem Data Warehouse ..... 34
  - 2. Datenbearbeitung in einem Data Lake .....38
    - 2.1 Skalierbarkeit und Komplexität bei relationalen Datenbanken .....38
    - 2.2 Relationale in Abgrenzung zu nichtrelationalen Datenbanken .....39
    - 2.3 Datenbearbeitungsprozess in einem Data Lake .....40

<b>Kapitel 2: Zum Konzept des Profilings im Datenschutzrecht.....</b>	<b>43</b>
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

<b>Teil 2: Profiling im Lichte der massgebenden Datenschutzgrundsätze und Rechtfertigungs- gründe .....</b>	<b>123</b>
<b>Kapitel 3: Profiling im Kontext von Technologie und Datenschutz- recht.....</b>	<b>125</b>
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
<b>Kapitel 4: Grundsätze der Zweckbindung und Erkennbarkeit beim Profiling .....</b>	<b>141</b>
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
<b>Kapitel 5: Allgemeine Strukturen der Einwilligung .....</b>	<b>159</b>
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
<b>Kapitel 6: Datenschutzrechtliche Einwilligung beim Profiling.....</b>		<b>171</b>
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
<b>Kapitel 7: Überwiegendes Interesse beim Profiling .....</b>	<b>223</b>
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
<b>Teil 3: Zur datenschutzrechtlichen Adäquanz beim Profiling .....</b>	<b>235</b>
<b>Kapitel 8: Herausforderungen und Lösungsansätze beim Profiling .....</b>	<b>237</b>
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
<b>Kapitel 9: Schlussbetrachtungen .....</b>	<b>261</b>
Zwölf Kernaussagen zum Profiling.....	265
Sachregister.....	271