

Cornelia Stengel / Luca Stäuble

Vom Persönlichkeitsprofil zum Profiling mit hohem Risiko

Ein Beitrag zur Begriffsabgrenzung im Differenzbereinigungsverfahren für ein totalrevidiertes Datenschutzgesetz

Im Mittelpunkt der laufenden Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes steht unter anderem die kontrovers diskutierte Frage der Ausgestaltung und Einordnung von Profiling. Der vorliegende Beitrag stellt die Versionen des Bundesrats und der beiden Räte dem geltenden Recht und der Regelung der EU-DSGVO gegenüber und zeigt auf, dass Profiling nicht dem Persönlichkeitsprofil nach geltendem Recht gleichgestellt werden kann. Mit Profiling wird eine Form einer Datenbearbeitung bezeichnet, während ein Persönlichkeitsprofil deren Ergebnis ist. Gerade bei der Anknüpfung von Rechtsfolgen ist dieser Unterschied zu berücksichtigen.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Datenschutz

Zitiervorschlag: Cornelia Stengel / Luca Stäuble, Vom Persönlichkeitsprofil zum Profiling mit hohem Risiko, in: Jusletter 20. Januar 2020

Inhaltsübersicht

1. Geltendes Schweizer Recht: Persönlichkeitsprofil
 - 1.1. Definition und Auslegung des Begriffs
 - 1.2. Qualifizierte Rechtsfolgen
2. Totalrevision DSG
 - 2.1. Stand der Gesetzgebung
 - 2.2. Profiling gemäss Vorschlag des Bundesrats
 - 2.2.1. Vorschlag
 - 2.2.2. Beurteilung
 - 2.3. Profiling gemäss Beschlüssen des Nationalrats
 - 2.4. Profiling gemäss Beschlüssen des Ständerats
3. Profiling nach EU-DSGVO
 - 3.1. Definition und Auslegung des Begriffs
 - 3.2. Rechtmässigkeit
 - 3.3. Abgrenzung zur automatisierten Einzelfallentscheidung
4. Fazit

1. Geltendes Schweizer Recht: Persönlichkeitsprofil

1.1. Definition und Auslegung des Begriffs

[1] Als Persönlichkeitsprofil gilt gemäss geltendem Art. 3 lit. d des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) «eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt». In der *Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988* wird das Persönlichkeitsprofil ferner als «Zusammenstellung einer grösseren Zahl von Daten über die Persönlichkeitsstruktur, die beruflichen Fähigkeiten und Aktivitäten oder auch die ausserberuflichen Beziehungen und Tätigkeiten, die ein Gesamtbild oder ein wesentliches Teilbild der betreffenden Person ergibt» bezeichnet.¹

[2] Die Legaldefinition sowie die Begriffsbeschreibung in der *Botschaft* sind insofern auslegungsbedürftig, als nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, was als «*wesentliche Aspekte der Persönlichkeit*» gilt. Angesichts des Wortlauts steht jedoch fest, dass nicht jede Kombination von Daten ein Persönlichkeitsprofil im Sinne des Gesetzes zu begründen vermag.² Die *Botschaft* nennt zwar beispielhaft Sicherheitsüberprüfungen, Anstellungsverhältnisse sowie Datensammlungen über das Konsumverhalten oder schulische und berufliche Qualifikationen.³ Auch aus dieser Aufzählung erschliesst sich freilich nicht, wann die Grenze zur Wesentlichkeit überschritten ist. Dies muss stets aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall beurteilt werden, wobei die Rechtsprechung zum Persönlichkeitsprofil überschaubar und mit Blick auf die Begriffsabgrenzung nur beschränkt aufschlussreich ist.^{4,5}

¹ *Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988*, 446 f.

² URS BELSER, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, 2. A. 2006 (zit. BSK DSG-VERFASSER), Art. 3 N 21.

³ *Botschaft DSG 1988 (FN 1)*, 447.

⁴ So hat etwa das Bundesgericht ohne vertiefte Auseinandersetzung mit dem Begriff die Gesamtheit von detaillierten Angaben über «Herkunft, Einkommen, Vermögen, Ausbildung, Tätigkeit, Sprachkenntnisse, Familienverhältnisse, Freizeitgestaltung, Leumund, usw.» als Persönlichkeitsprofil qualifiziert (BGE 129 I 232, E. 4.3.2).

⁵ Nach Ansicht der früheren Eidgenössischen Datenschutzkommission (EDSK) ist für die Frage, ob eine Zusammenstellung mehrerer Daten ein Persönlichkeitsprofil ergibt, die Menge und der Inhalt der personenbezogenen Informationen relevant bzw. ob und inwiefern diese Daten Werturteile über die betroffene Person erlauben. Überdies seien Personendaten, die über einen längeren Zeitraum erhoben werden und so ein biografisches Bild

[3] Klar ist hingegen, dass es sich beim Persönlichkeitsprofil nicht um einen Datenbearbeitungsprozess bzw. die Form einer Datenbearbeitung, sondern um das *Ergebnis* einer Datenbearbeitung und damit um etwas *Statisches* handelt.⁶ Dies ist – wie gleich zu zeigen ist – für die Abgrenzung zu Profiling und damit für die Frage nach der Auslösung qualifizierter Rechtsfolgen von entscheidender Bedeutung.

1.2. Qualifizierte Rechtsfolgen

[4] Das geltende Datenschutzgesetz sieht für Persönlichkeitsprofile dieselben qualifizierten Rechtsfolgen bzw. verschärften Regelungen vor wie für besonders schützenswerte Personendaten. Diese gesetzliche Gleichbehandlung beruht gemäss Botschaft auf der Überlegung, dass durch die systematische Zusammenstellung von an sich nicht besonders schützenswerten Daten sensitive Bereiche einer Person erschlossen werden können und dass die betroffenen Personen vom Bestehen eines solchen Profils oft *keine Kenntnis* haben und daher dessen Richtigkeit und Verwendung *nicht kontrollieren können*.⁷ Es ist somit im Wesentlichen die Informationsasymmetrie und der damit verbundene Kontrollverlust in Bezug auf solche Daten, die (in ihrer Gesamtheit) als besonders schützenswert angesehen werden, welche die Anwendbarkeit der gegenüber der Bearbeitung von «gewöhnlichen» Personendaten verschärften Grundsätze begründen.

[5] Insbesondere muss bei der Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen die Einwilligung – sofern eine solche erforderlich ist – *ausdrücklich* erfolgen (Art. 4 Abs. 5 DSG). Weiter müssen private Personen Datensammlung anmelden, wenn regelmässig Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden (Art. 11a Abs. 3 lit. a DSG). Zudem fällt der Rechtfertigungsgrund der Kreditwürdigkeitsprüfung ausser Betracht, wenn Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden (Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG). Und schliesslich ist der Inhaber der Datensammlung verpflichtet, die betroffene Person über die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen zu informieren (Art. 14 Abs. 1 DSG).

2. Totalrevision DSG

2.1. Stand der Gesetzgebung

[6] Die Totalrevision des Datenschutzgesetzes begann bereits im Frühjahr 2015, als der Bundesrat die Revision des Datenschutzgesetzes beschlossen hat.⁸ Derzeit befindet sich die Vorlage in der

(«Längsprofil») ergeben, eher als Persönlichkeitsprofil zu qualifizieren als Daten, die eine bloss Momentaufnahme («Querprofil») darstellen. Schliesslich sei unter Umständen auch der konkrete Zusammenhang, in dem die Personendaten verwendet werden, mitentscheidend für die Frage, ob der qualifizierte gesetzliche Schutz für die Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen zum Tragen kommen soll oder nicht (VPB 2001 Nr. 48, 544 ff., E. 2b).

⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, 7021.

⁷ Botschaft DSG 1988 (FN 1), 447.

⁸ Siehe die Medienmitteilung des Bundesamts für Justiz (BJ) vom 1. April 2015, abrufbar unter: https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-04-010.html.

Differenzbereinigung der Räte.⁹ Im Mittelpunkt der Diskussionen steht unter anderem auch die kontrovers diskutierte Frage der Ausgestaltung und Einordnung von Profiling.

[7] Im Nachfolgenden werden die Vorschläge des Bundesrats und der beiden Räte zur Regelung von Profiling im revidierten Datenschutzgesetz analysiert, bevor anschliessend der Vergleich mit der Regelung in der EU-DSGVO vorgenommen wird.

2.2. Profiling gemäss Vorschlag des Bundesrats

2.2.1. Vorschlag

[8] Der Bundesrat schlägt keine ersatzlose Streichung des Begriffs des Persönlichkeitsprofils vor. Dieser soll vielmehr durch den Begriff «Profiling» nach europäischem Vorbild, d.h. in Anlehnung an die EU-DSGVO,¹⁰ ersetzt werden.¹¹

[9] Vorgeschlagen ist die folgende Definition von Profiling in Art. 4 lit. fE-DSG: «die Bewertung bestimmter Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten, insbesondere um die Arbeitsleistung, die wirtschaftliche Verhältnisse, die Gesundheit, das Verhalten, die Vorlieben, den Aufenthaltsort oder die Mobilität zu analysieren oder vorherzusagen». Nach Auffassung des Bundesrats zeichnet sich Profiling dadurch aus, dass Personendaten *vollständig* automatisiert ausgewertet werden, um auf der Grundlage dieser Auswertung, ebenfalls in automatisierter Weise, die Merkmale einer Person zu bewerten.¹² Diese Auffassung deckt sich nicht ganz mit dem Begriffsverständnis nach EU-DSGVO, wonach auch *teilweise* automatisierte Bearbeitungen im Sinne einer Bewertung ein Profiling darstellen können.¹³

[10] Mit Profiling wird jedenfalls eine besondere *Form der Datenbearbeitung* bezeichnet.¹⁴ Dies im Unterschied zum Persönlichkeitsprofil, bei welchem es sich, wie oben ausgeführt, nicht um einen Datenbearbeitungsprozess, sondern um das *Ergebnis* eines solchen handelt.¹⁵

[11] Auch dem Bundesrat war bewusst, dass die Bedeutung der beiden Begriffe nicht übereinstimmt. So wird in der Botschaft ausgeführt: «Das Persönlichkeitsprofil ist das Ergebnis eines Bearbeitungsprozesses und erfasst damit etwas Statisches. Hingegen umschreibt das Profiling eine bestimmte Form der Datenbearbeitung, mithin einen dynamischen Prozess. Darüber hinaus ist der Vorgang des Profilings auf einen bestimmten Zweck ausgerichtet.»¹⁶

[12] An Profiling sollen nach dem Vorschlag des Bundesrats dennoch (wie dies unter geltendem Recht für Persönlichkeitsprofile der Fall ist) dieselben qualifizierten Rechtsfolgen angeknüpft werden, welche bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten gelten. Dabei handelt es sich namentlich um folgende Bestimmungen:

⁹ Geschäft Nr. 17.059, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170059>.

¹⁰ Vgl. zur Rechtslage gemäss EU-DSGVO unten Ziff. 3.

¹¹ Botschaft DSG 2017 (FN 6), 6978, 7021 und 7075.

¹² Botschaft DSG 2017 (FN 6), 7022.

¹³ Vgl. dazu unten Ziff. 3.1.

¹⁴ Vgl. unten Ziff. 3.1.

¹⁵ Botschaft DSG 2017 (FN 6), 7021.

¹⁶ Botschaft DSG 2017 (FN 6), 7021.

- Art. 5 Abs. 6 E-DSG (Ausdrücklichkeit der Einwilligung)
- Art. 20 Abs. 2 lit. b E-DSG (Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung bei Profiling)
- Art. 27 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 E-DSG (kein überwiegendes Interesse an der Prüfung der Kreditfähigkeit, wenn dabei Profiling erfolgt)
- Art. 30 Abs. 2 lit. b E-DSG (Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage für Profiling durch Bundesbehörden)

2.2.2. Beurteilung

[13] Profiling kann zwar – wie andere Formen der Datenbearbeitung – im Ergebnis zu einem Persönlichkeitsprofil führen. Dies ist jedoch nicht zwingend der Fall. Eine systematische Zusammenführung und Bewertung von persönlichen Aspekten kann auch erfolgen, ohne dass dabei ein (besonders schützenswertes) Persönlichkeitsprofil der betroffenen Person erstellt wird.

[14] Dies kann mit ROSENTHAL anhand des folgenden Beispiels illustriert werden: «Wenn der Weinhändler in seiner Adresskartei für eine Werbeaktion jene Kunden selektiert, die bei ihm in der Vergangenheit spanische Weine gekauft haben, weil er davon ausgeht, dass sie an einem bestimmten Produkt besonders interessiert sind, betreibt er nach gängigem Verständnis ein Profiling. Ein Persönlichkeitsprofil wird damit jedoch keines erzeugt; es ist unter dem heutigen Recht unumstritten, dass die resultierende Adressliste der Käufer spanischer Weine kein Persönlichkeitsprofil ist oder solche Profile enthält.»¹⁷

[15] Insofern ist es nicht sachgerecht, den Begriff Profiling demjenigen des Persönlichkeitsprofils gleichzustellen bzw. die qualifizierten Rechtsfolgen, die für Persönlichkeitsprofile und besonders schützenswerte Personendaten gelten, unbesehen auf Profiling zu übertragen. Dies würde dazu führen, dass auch ein Profiling, welches nicht zur Erstellung eines (besonders schützenswerten) Persönlichkeitsprofils führt, unnötig scharfen Regelungen unterworfen wäre.

[16] Und selbst in Fällen, in welchen durch Profiling ein Persönlichkeitsprofil entstünde, ist fraglich, ob – wie dies unter geltendem Recht argumentiert wird – mangelnde Kenntnis bzw. die fehlende Kontrolle der betroffenen Person über die Richtigkeit und Verwendung ihres Profils die Anwendbarkeit der verschärften Regelungen (noch) zu rechtfertigen vermögen. Denn im Rahmen der Revision des DSG soll die heute geltende Informationspflicht bei der Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (Art. 14 Abs. 1 DSG) auf die Beschaffung *aller* Personendaten (also auch die Beschaffung «gewöhnlicher» Personendaten) ausgedehnt werden (Art. 17 Abs. 1 und 2 E-DSG). Dies – zusammen mit der ebenfalls erweiterten Auskunftspflicht – erlaubt es der betroffenen Person, auf die Richtigkeit und Verwendung ihrer Personendaten Einfluss zu nehmen. Zudem gelten für Profiling – wie für jede Form der Datenbearbeitung – die allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze, insbesondere der Grundsatz der Transparenz und der Zweckgebundenheit (Art. 5 Abs. 2 und 3 E-DSG).

[17] Basiert Profiling auf besonders schützenswerten Personendaten (Art. 4 lit. c E-DSG) oder sollten solche Daten im Rahmen von Profiling hergeleitet werden, so greifen für die Bearbeitung die verschärften Bearbeitungsgrundsätze, welche ohnehin im Rahmen der Bearbeitung von be-

¹⁷ DAVID ROSENTHAL, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, in: Jusletter 27. November 2017, N 27.

sonders schützenswerten Personendaten zu berücksichtigen sind (Art. 5 Abs. 6, 20 Abs. 2 lit. a, 26 Abs. 2 lit. c, 27 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 und lit. e Ziff. 2 E-DSG).

[18] Am Beispiel von Art. 27 Abs. 2 lit. c E-DSG lässt sich die Problematik der Übertragung der heute für Persönlichkeitsprofile geltenden qualifizierten Rechtsfolgen auf Profiling gut aufzeigen. Gemäss dieser Bestimmung kommt die Prüfung der Kreditfähigkeit als überwiegendes Interesse und damit als Rechtfertigungsgrund für eine an sich persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung in Betracht. Auch unter geltendem Recht existiert dieser Rechtfertigungsgrund (Art. 13 Abs. 2 lit. c DSG). Sowohl unter geltendem als auch unter neuem Recht gilt er aber nur eingeschränkt. Nach geltendem Recht dürfen dabei insbesondere keine Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden. Der Ausschluss der Rechtfertigung knüpft also unter anderem an die Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen an und damit am *Ergebnis* einer Datenbearbeitung. Durch die schlichte Auswechslung des Begriffs des Persönlichkeitsprofils durch denjenigen des Profiling würde hingegen (neu) eine bestimmte *Form* der Datenbearbeitung die Rechtfertigung der Kreditfähigkeitsprüfung ausschliessen, und zwar genau jene Form der Datenbearbeitung, welche in der Praxis häufig im Rahmen einer Kreditfähigkeitsprüfung stattfindet, nämlich Profiling. Der Rechtfertigungsgrund der Kreditfähigkeitsprüfung würde durch die vorgeschlagene neue Regelung in Art. 27 Abs. 2 lit. c E-DSG zur Makulatur.¹⁸

2.3. Profiling gemäss Beschlüssen des Nationalrats

[19] Der Nationalrat hat – in Abweichung vom Entwurf des Bundesrats – folgende Legaldefinition von Profiling beschlossen:¹⁹ Als Profiling soll gemäss Art. 4 lit. f E-DSG «jede Art der automatisierten Bearbeitung von Personendaten [gelten], die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.»

[20] Damit hat der Nationalrat eine Legaldefinition für Profiling vorgeschlagen, welche derjenigen von Art. 4 Nr. 4 EU-DSGVO (mit zwei sprachlichen Anpassungen) wortwörtlich entspricht. Damit könnte mit Blick auf die Begriffsauslegung auch auf die Rechtspraxis und Rechtsfortbildung in der EU abgestellt und entsprechend erhöhte Rechtssicherheit geschaffen werden.

[21] Zudem hat der Nationalrat die Anwendbarkeit der qualifizierten Rechtsfolgen auf die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten beschränkt bzw. Profiling davon ausgenommen.²⁰

¹⁸ Vgl. dazu auch VASELLA, welcher in diesem Zusammenhang von einem Kunstfehler bei der Formulierung des Gesetzestextes spricht: DAVID VASELLA, Profiling nach der DSGVO und dem E-DSG bei Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Schweizerische Bankrechtstagung 2019, 200.

¹⁹ Amtliches Bulletin des Nationalrats vom 24. und 25. September 2019, 1792.

²⁰ AB N 2019 (FN 19), 1794, 1810 f., 1825 f.

2.4. Profiling gemäss Beschlüssen des Ständerats

[22] Der Ständerat hat der Legaldefinition von Profiling gemäss Beschluss des Nationalrats zwar zugestimmt. Allerdings schlägt er zusätzlich die Einführung einer «qualifizierten» Form von Profiling vor, die mit einem neuen Art. 4 lit. f^{bis} E-DSG Eingang in die Gesetzesfahne gefunden hat.²¹

[23] Als «Profiling mit hohem Risiko» soll demnach Profiling gelten, «das ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, namentlich

1. bei der systematischen Verknüpfung von Daten aus verschiedener Herkunft, die verschiedene Lebensbereiche einer natürlichen Person betreffen; oder
2. bei einer systematischen und umfangreichen Bearbeitung von Daten, um Rückschlüsse auf verschiedene Lebensbereiche einer Person zu ziehen.»

[24] Die Anwendbarkeit der qualifizierten Rechtsfolgen für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten sollen gemäss den Beschlüssen des Ständerats künftig auch für «Profiling mit hohem Risiko» zur Anwendung gelangen. Für «gewöhnliches» Profiling sollen die verschärften Bestimmungen hingegen nicht gelten.

[25] Die systematische Verknüpfung von Personendaten aus verschiedener Herkunft dürfte im Rahmen von Profiling allerdings eher die Regel als die Ausnahme sein. Ebenso dürften die Daten regelmässig aus verschiedenen Lebensbereichen der betroffenen Personen stammen. Angesichts dieser weiten und auslegungsbedürftigen Definition von «Profiling mit hohem Risiko» verbleibt kaum mehr ein Anwendungsbereich für «gewöhnliches» Profiling.

[26] Um beim obenstehenden Beispiel des Weinhändlers zu bleiben, kann dieses wie folgt weitergedacht werden: Betreibt der Händler also durch Selektion seiner Kunden für eine Werbeaktion Profiling und verwendet dafür Daten aus verschiedenen Quellen und Lebensbereichen der Kunden, also beispielsweise Daten von früheren Online-Verkäufen und Daten aus einem Wettbewerb, den die Kunden an einem Messestand ausgefüllt haben, dürfte es sich je nach Auslegung bereits um «Profiling mit hohem Risiko» handeln. Und dies, obwohl nicht ersichtlich ist, inwiefern ein solches Profiling ein «hohes Risiko» für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der Kunden mit sich bringen könnte. Wenn diese Datenbearbeitung nicht mit dem Zweck der Datenbeschaffung vereinbar oder für die Kunden nicht erkennbar ist, wäre eine vorgängige ausdrückliche (!) Einwilligung (oder ein anderer Rechtfertigungsgrund) erforderlich.

3. Profiling nach EU-DSGVO

3.1. Definition und Auslegung des Begriffs

[27] Anders als das geltende Schweizer DSG kennt die EU-DSGVO den Begriff des Persönlichkeitsprofils nicht. Hingegen regelt die EU-DSGVO das sog. «Profiling». Dieses ist in Art. 4 Nr. 4 EU-DSGVO definiert und meint «jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, In-

²¹ Amtliches Bulletin des Ständerats vom 18. Dezember 2019 (provisorische Fassung), Beschluss.

teressen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen».

[28] Profiling im Sinne der EU-DSGVO besteht demnach aus folgenden drei Elementen:²²

- es handelt sich um eine automatisierte Form der Verarbeitung,
- es sind personenbezogene Daten betroffen und
- Ziel ist die Bewertung persönlicher Aspekte einer natürlichen Person.

[29] Wie dieser Begriffsumschreibung unschwer zu entnehmen ist, geht es bei Profiling nach EU-DSGVO – im Gegensatz zum Persönlichkeitsprofil nach geltendem Schweizer DSG – nicht um das (schützenswerte) Ergebnis einer Datenbearbeitung. Profiling stellt vielmehr selbst eine besondere und in der Praxis wichtige *Form der Datenbearbeitung* dar, die sich durch eine (zumindest teilweise²³) automatisierte Bearbeitung von Personendaten mit dem Ziel einer Bewertung persönlicher Aspekte auszeichnet.²⁴

[30] Für die Beurteilung der Frage, ob eine Datenbearbeitung Profiling darstellt, ist ausschliesslich auf die oben genannten Elemente abzustellen. Andere (quantitative) Faktoren, wie bspw. die Anzahl und/oder die Kategorien der bearbeiteten Personendaten spielen – im Gegensatz zur Frage nach dem Vorliegen eines Persönlichkeitsprofils – keine Rolle.²⁵ Folgerichtig kann unter Umständen auch eine kleine Anzahl von nicht sensiblen Personendaten Gegenstand von Profiling bilden. Profiling im Sinne der EU-DSGVO führt damit nicht *per se* zu einem (besonders schützenswerten) Persönlichkeitsprofil wie es das geltende Schweizer Datenschutzgesetz kennt.

3.2. Rechtmässigkeit

[31] Profiling untersteht – wie jede Form der Datenbearbeitung – den allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen und damit insbesondere auch demjenigen der Rechtmässigkeit. Es bedarf mithin einer Rechtsgrundlage gemäss Art. 6 oder 9 f. EU-DSGVO. In der Praxis kommt den Rechtfertigungsgründen von Art. 6 Abs. 1 lit. b und f EU-DSGVO regelmässig eine grosse Bedeutung zu, wonach eine Datenbearbeitung dann rechtmässig ist, wenn diese für die Erfüllung oder Durchführung eines Vertrags (lit. b) bzw. zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (lit. f) erforderlich ist.

[32] Wenn aus Profiling sensible und damit besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 EU-DSGVO hergeleitet werden, so hat der Verantwortliche – wie bei jeder Bearbeitung solcher Personendaten – sicherzustellen, dass²⁶

- die Verarbeitung nicht mit dem ursprünglichen Zweck unvereinbar ist;
- eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der besonderen Datenkategorie ermittelt wurde und

²² Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling 3. Oktober 2017, überarbeitet am 6. Februar 2018, 7.

²³ Artikel-29-Datenschutzgruppe 2017 (FN 22), 7.

²⁴ BENEDIKT BUCHNER, Kommentar zu Art. 4 Nr. 4 DS-GVO, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), DS-GVO, Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, München 2017, N 1.

²⁵ DAVID VASELLA (FN 18), 193 (m.w.H.).

²⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe 2017 (FN 22), 17.

- die betroffene Person über die Verarbeitung unterrichtet wird.

[33] Die EU-DSGVO knüpft die Anwendung qualifizierter Rechtsfolgen für die Rechtmässigkeit der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten damit nicht an das Vorliegen einer bestimmten Form der Datenbearbeitung (wie etwa Profiling), sondern vielmehr an die Schutzwürdigkeit der dabei bearbeiteten, d.h. verwendeten und/oder hergeleiteten Personendaten an.

3.3. Abgrenzung zur automatisierten Einzelfallentscheidung

[34] Für eine gewisse Verwirrung bei der Anknüpfung anderer qualifizierter Rechtsfolgen sorgt die Tatsache, dass Profiling in mehreren Bestimmungen der EU-DSGVO explizit erwähnt wird (insb. Art. 13–15, 22 und 35). Jedoch ist es auch in diesen Kontexten *nicht* das Profiling an sich, welches die entsprechenden qualifizierten Rechtsfolgen nach sich zieht. Die Erwähnungen von Profiling erfolgen regelmässig im Zusammenhang mit der «automatisierten Entscheidung im Einzelfall» im Sinne von Art. 22 EU-DSGVO, welche die qualifizierten Rechtsfolgen auslöst. Die beiden Begriffe gilt es deshalb klar zu trennen.

[35] Bei der «automatisierten Entscheidung im Einzelfall» handelt es sich gemäss Art. 22 Abs. 1 EU-DSGVO um eine «ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung», die der betroffenen Person gegenüber eine rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

[36] Dabei stellt die «automatisierte Entscheidung im Einzelfall» gemäss Art. 22 Abs. 1 EU-DSGVO keinen Datenbearbeitungsprozess, sondern eine darauf beruhende *Entscheidung* dar. Bei der Datenbearbeitung, welche einer solchen Entscheidung zugrunde liegt, handelt es sich in der Praxis regelmässig – aber nicht zwingend – um ein Profiling. So wird auch in den «Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling» explizit festgehalten: «Automatisierte Entscheidungen können mit oder ohne Profiling getroffen werden; Profiling kann ohne automatisierte Entscheidungen erfolgen.»²⁷ Die Wendung «einschliesslich Profiling» bezweckt daher einzig, die hervorragende Bedeutung von Profiling im Zusammenhang mit automatisierten Entscheiden anschaulich zu betonen.²⁸

[37] Auch in der Literatur zur EU-DSGVO wird die Vermischung von Profiling und automatisierter Entscheidung im Einzelfall als «ungenau» kritisiert mit der Begründung, dass es sich beim Profiling um einen *Prozess* der Datenbearbeitung handelt, der den allgemeinen Regeln zu den Grundsätzen und der Rechtmässigkeit einer Datenbearbeitung unterstellt ist, wohingegen die automatisierte Entscheidung im Einzelfall auf einem solchen Prozess basiert, indem sie an dessen Ergebnisse konkrete Folgen für die betroffene Person knüpft.²⁹ Konsequenterweise ist dem Profiling immer dann keine eigenständige Bedeutung beizumessen, wenn dieses im Zusammenhang mit der automatisierten Entscheidung im Einzelfall erwähnt wird.

²⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe 2017 (FN 22), 8.

²⁸ BENEDIKT BUCHNER, Kommentar zu Art. 22 DS-GVO, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), DS-GVO, Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, München 2017, N 20, der Profiling «als praktisch wichtigstes Anwendungsbeispiel einer automatisierten Verarbeitung iSd Art. 22 [EU-DSGVO]» bezeichnet.

²⁹ BUCHNER (FN 24), N 1; BUCHNER (FN 28), N 4.

[38] Eine eigenständige Bedeutung – losgelöst von der automatisierten Entscheidung im Einzelfall – kommt dem Profiling gemäss Verordnungstext daher lediglich in Art. 4 Nr. 4 (Legaldefinition) und Art. 70 Abs. 1 lit. f (Aufgaben des Ausschusses) zu.³⁰ Darüber hinaus sind lediglich in den rechtlich unverbindlichen Erwägungsgründen und Leitlinien Hinweise für die Anknüpfung qualifizierter Rechtsfolgen an Profiling um seiner selbst willen zu finden (und dies ausschliesslich im Zusammenhang mit der Informations- und Auskunftspflicht, nicht jedoch mit anderen qualifizierten Rechtsfolgen).³¹

[39] Anders als die automatisierte Entscheidung im Einzelfall löst Profiling gemäss Verordnungstext keine qualifizierten Rechtsfolgen insbesondere in Bezug auf Rechtmässigkeit (Art. 22 EU-DSGVO), Information (Art. 13 f. EU-DSGVO) und Auskunft (Art. 15 EU-DSGVO) aus. Bei blossem Profiling ohne automatisierte Einzelfallentscheidung sind – wie bei allen anderen Formen der Datenbearbeitung – daher nur, aber immerhin die allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze und Betroffenenrechte zu beachten.

4. Fazit

[40] Unter *Profiling* wird im Allgemeinen eine *Form* der Datenbearbeitung, also ein Datenbearbeitungsprozess, verstanden, die automatisiert abläuft und darauf abzielt, bestimmte persönliche Aspekte einer natürlichen Person zu bewerten.

[41] Davon zu unterscheiden ist das unter geltendem Schweizer Recht geregelte *Persönlichkeitsprofil*. Dieses ist das *Ergebnis* eines Datenbearbeitungsprozesses und gilt von Gesetzes wegen als «besonders schützenswert». Seine Bearbeitung ist daher an qualifizierte Rechtsfolgen geknüpft.

[42] So kann (muss aber nicht zwingend) ein Datenbearbeitungsprozess, wie zum Beispiel Profiling, im Ergebnis zu einem Persönlichkeitsprofil im Sinne des geltenden Gesetzes, also zu besonders schützenswerten Personendaten führen.

[43] Eine bestimmte Form der Datenbearbeitung (Profiling) an qualifizierte Rechtsfolgen zu knüpfen, kann unseres Erachtens höchstens dann gerechtfertigt werden, wenn diese Bearbeitung auf der Grundlage von besonders schützenswerten Personendaten erfolgt oder zu besonders schützenswerten Personendaten führt. Dann aber hat die Form der Datenbearbeitung keine eigenständige Bedeutung. Ob es sich um Profiling oder eine andere Form der Datenbearbeitung handelt, spielt also keine Rolle. Vielmehr findet die Unterscheidung für die Anknüpfung qualifizierter Rechtsfolgen bei der Art der involvierten Personendaten (besonders schützenswert oder nicht) statt.

[44] An Profiling allein sollten deshalb – anders als an die automatisierte Entscheidung im Einzelfall – wie im europäischen Recht keine besonderen Rechtsfolgen anknüpfen. Eine andere Auffassung zu vertreten, würde bedeuten, für die Schweiz gegenüber der europäischen Regelung deutlich verschärfte und grundlegend andere Massstäbe anzulegen.

³⁰ So im Ergebnis auch David Vasella (FN 18), 191 f.

³¹ Erwägungsgründe 60 (Informationspflicht) und 63 (Auskunftsrecht) und 71 (Profiling); Artikel-29-Datenschutzgruppe 2017 (FN 22), 17 f.; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz 29. November 2017, überarbeitet am 11. April 2018, 27.

DR. CORNELIA STENDEL, Partnerin bei Kellerhals Carrard, Rechtsanwältin für Finanzmarktrecht und Datenschutz mit besonderer Erfahrung in der rechtlichen Analyse neuer Produkte, (Zahlungs-)Systeme und Technologien (Fintech, IoT, Blockchain-Technologien).

LUCA STÄUBLE, Mitarbeiter bei Kellerhals Carrard, Rechtsanwalt für Handels- und Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht sowie Finanzmarktrecht und Datenschutzrecht.