

Lukas Bühlmann / Michael Schüepp

Begriff und Rechtsfolgen des Profilings im nDSG und der DSGVO

Das Profiling gilt als Kernbegriff der Totalrevision des Schweizer Datenschutzrechts und stand bis zuletzt im Fokus der parlamentarischen Debatten. Gleichwohl fehlen dem Begriff noch immer klare Konturen und auch in Bezug auf die spezifischen Rechtsfolgen bestehen Unsicherheiten. Mit dem vorliegenden Beitrag zeigen die Autoren auf, wie sich das Profiling von anderen Datenbearbeitungen unterscheidet und welche Rechtsfolgen das Profiling nach sich zieht. Ein besonderer Blick wird dabei auch auf die Frage nach der hinreichenden gesetzlichen Grundlage für das Profiling durch Bundesorgane gerichtet.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Datenschutz

Zitiervorschlag: Lukas Bühlmann / Michael Schüepp, Begriff und Rechtsfolgen des Profilings im nDSG und der DSGVO, in: Jusletter 12. September 2022

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage und Aufbau des Beitrags
2. Zusammenfassung der Erkenntnisse
 - 2.1. Kurzfazit zur Begriffsdefinition und Beurteilungsraster
 - 2.2. Zum Begriff des Profilings
 - 2.3. Zu den Rechtsfolgen und dem Vorliegen einer hinreichenden Gesetzesgrundlage
3. Einleitung
4. Legaldefinitionen des Profiling-Begriffs und Grobanalyse
5. Spezifische Rechtsfolgen des Profilings
 - 5.1. Rechtsgrundlage und Einwilligungserfordernis
 - 5.1.1. Erlaubnistatbestand nach der EU-DSGVO
 - 5.1.2. nDSG
 - 5.2. Weitere Rechtsfolgen
 - 5.2.1. EU-DSGVO
 - 5.2.2. nDSG
6. Leitplanken für die Auslegung des Profilingbegriffs
 - 6.1. Vorbemerkungen und Relevanz des EU-Rechts
 - 6.2. EU: früheres Recht, Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen
 - 6.2.1. Früheres Recht und Entstehungsgeschichte
 - 6.2.2. Zielsetzungen
 - 6.3. CH: bisheriges Recht, Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen
 - 6.3.1. Bisheriges Recht und Begriff des Persönlichkeitsprofils
 - 6.3.2. Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen
7. Elemente des Profiling-Begriffs im Einzelnen
 - 7.1. Vorbemerkung: Hinweis auf zwei- und dreiphasiges Profiling
 - 7.2. Automatisierte Verwendung von Personendaten
 - 7.2.1. Verwendung in Abgrenzung von Erhebung
 - 7.2.2. Zweck der Verwendung und Personendaten als Gegenstand
 - 7.2.3. Zentrales Element der Automatisierung
 - 7.3. Bewertung persönlicher Aspekte
 - 7.3.1. Überblick
 - 7.3.2. Zusammenhang zwischen Verwenden und Bewerten
 - 7.3.3. Begriff des Bewertens
 - 7.3.4. Persönliche Aspekte
 - 7.3.5. Erkenntnisgewinn («Output-Daten»)
 - 7.3.5.1. Teilaspekt des Bewertungsbegriffs
 - 7.3.5.2. Zusammenhang mit den Kategorien «bereitgestellter», «beobachteter» und «abgeleiteter» Daten
 - 7.3.5.3. Unverzichtbarkeit der weiteren Anforderungen an den Bewertungsbegriff
 - 7.3.5.4. Beschaffenheit des Erkenntnisgewinns: keine Inferenz erforderlich
 - 7.3.6. Gefahr von Fehlern und unrichtigen Daten
 - 7.4. Massgebliche Bewertungs-«Methoden»
 - 7.4.1. Erfordernis eines Algorithmus oder bestimmter Methoden/Technologien?
 - 7.4.2. Beurteilung einzelner Methoden insb. die «Selektion»
 - 7.5. Fazit zur Begriffsdefinition, Beurteilungsraster und Beispiele
 - 7.6. Abgrenzungen
 - 7.6.1. Abgrenzung zu automatisierter Einzelentscheidung
 - 7.6.2. Abgrenzung zum Profiling mit hohem Risiko
8. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für das Profiling in ausgewählten Bundesgesetzen
 - 8.1. Bedeutung des Legalitätsprinzips im Allgemeinen
 - 8.1.1. Das Prinzip der Spezialermächtigung
 - 8.1.2. Das Erfordernis der Gesetzesform
 - 8.1.3. Das Erfordernis der Normstufe

- 8.1.4. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip
- 8.2. Gesetzliche Grundlage für das Profiling im Besonderen
- 8.3. Gesetzliche Grundlage für das Profiling in ausgewählten Bundesgesetzen

1. Ausgangslage und Aufbau des Beitrags

[1] In der Beratungspraxis der Autoren häufen sich Anfragen dazu, was unter einem Profiling im Sinne des totalrevidierten Schweizer Datenschutzgesetzes (nDSG) zu verstehen ist. Die Autoren haben dies zum Anlass genommen, die Erkenntnisse zu bündeln und in einen wissenschaftlichen Beitrag zu integrieren. Kern des Beitrags ist insoweit der Profiling-Begriff des nDSG und der DSGVO. Um diesen richtig zu erfassen, ist zunächst ein kurzer Blick auf die spezifischen Rechtsfolgen zu werfen. Dabei wird deutlich, dass sich für Bundesorgane grössere Hindernisse für die Durchführung von Profiling-Bearbeitungen stellen als für private Verantwortliche. Diese resultieren aus dem datenschutzrechtlichen Legalitätsprinzip, weshalb der Beitrag abschliessend auch ausführlich der Frage nachgeht, welche konkreten Vorgaben sich daraus für das Profiling ergeben.

2. Zusammenfassung der Erkenntnisse

2.1. Kurzfazit zur Begriffsdefinition und Beurteilungsraster

[2] Nach den Erkenntnissen des vorliegenden Beitrags lässt sich im Sinne eines Kurzfazits und als Beurteilungsraster Folgendes festhalten: Ausgehend von den gesetzlichen Begriffsdefinitionen im Schweizer und EU-Datenschutzrecht zeichnet sich das Profiling im Kern durch eine automatisierte Bewertung persönlicher Aspekte aus. Dies ist dann der Fall und eine Datenbearbeitung stellt insofern dann ein Profiling dar, wenn alle folgenden Fragen bejaht werden können:

- Wird eine Bewertung von Aspekten einer Person vorgenommen, also eine Einschätzung oder Beurteilung, verstanden als Vorgang, bei welchem eine gewisse Subjektivität im Sinne eines subjektiven Beurteilungsspielraums oder Ermessens und damit eine gewisse Unschärfe besteht?
- Erfolgt diese Bewertung automatisiert, ist die Bewertung also als direktes Ergebnis eines computergestützten Vorgangs («einer Maschine») und nicht als unmittelbares Ergebnis eines menschlichen Gedankengangs zu sehen?
- Betrifft diese Bewertung Personendaten, erfolgt sie also nicht anonymisiert und betrifft auch nicht nur eine Gruppe von Personen, aus welcher keine bestimmbar Person ausgesondert werden kann?
- Gehen aus dem Bewertungsvorgang neue Erkenntnisse («Output-Daten») zu persönlichen Aspekten hervor, die nicht bereits vorher vorlagen, liegt also nicht ein blosses Abrufen oder Sortieren vorhandener Daten vor?

2.2. Zum Begriff des Profilings

[3] Die vorliegende Untersuchung zeigt auf, dass die Schweizer Lehre bis anhin dem Profilingbegriff **keine hinreichend klaren Konturen** verliehen hat. Während einzelne Auffassungen von einem offensichtlich zu engen Profilingbegriff ausgehen,¹ vermitteln andere zumindest den Eindruck einer ausserordentlich weiten Definition² oder sind in den entscheidenden Punkten nicht restlos klar³. Verschiedentlich erfolgt auch keine hinreichende Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte und der Lehre zur Regelung in der EU-DSGVO,⁴ obwohl der Schweizer Gesetzgeber bewusst eine inhaltlich übereinstimmende Definition in das nDSG aufgenommen hat.

[4] Die Schwierigkeiten beim Umgang mit der Legaldefinition lassen sich teilweise dadurch verdeutlichen, dass das Profiling als Verarbeitungsprozess durch unterschiedliche Phasen gekennzeichnet ist. Gerade für das Verständnis und die Auslegung der Legaldefinitionen im nDSG und der EU-DSGVO ist allerdings die **Unterscheidung zwischen dem zweiphasigen und dreiphasigen Profiling** zentral. Das dreiphasige Profiling umfasst vereinfacht die folgenden drei Phasen: 1. die Datenerhebung; 2. die automatisierte Analyse zur Ermittlung von Korrelationen; 3. die Anwendung der Korrelation auf eine Person, um Merkmale des aktuellen oder künftigen Verhaltens zu ermitteln.

[5] Diese drei Phasen mögen zwar typisch sein und liegen auch dem wohl meistgenannten und (in der Qualifikation als solchem unumstrittenen) Anwendungsfall des Profilings zugrunde, nämlich dem Kredit-Scoring. Anders als nach der genannten zu restriktiven Auffassung in der Schweizer Lehre sind die drei Phasen aber nicht begriffswesentlich. Bereits ein Blick auf den Wortlaut macht deutlich, dass die Gesetzgeber gänzlich andere und weiter gefasste Elemente in die Begriffsdefinitionen aufgenommen hatten. Verkürzt ausgedrückt genügt danach eine *«automatisierte Bewertung persönlicher Aspekte»*. Daraus ergibt sich zum einen, dass **auch das zweiphasige Profiling von der Legaldefinition erfasst** sein muss, bei welchem nur die Daten eines einzigen Datensubjekts erhoben (1. Phase) und bewertet (2. Phase) werden, also weder eine Ermittlung von Korrelationsmustern noch deren Anwendung auf eine Person erfolgt. Es genügt somit, wenn eine anderweitige, isolierte Bewertung einer (einzigen) betroffenen Person, losgelöst von bestimmten Korrelationsmustern, vorgenommen wird. So reicht bspw. bereits der «banale» automatisierte Rückschluss von einer Verspätung auf «Unzuverlässigkeit» eines Mitarbeitenden aus, sofern die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Zum anderen erstreckt sich das Profiling aber **nicht auf die erste Phase**, wie – neben dem Wortlaut – auch die Entstehungsgeschichte in der EU und in der Schweiz bekräftigt. Das «blosse» Sammeln der Daten, auch wenn es im Hinblick auf ein Profiling erfolgt, löst deshalb nicht die besonderen Rechtsfolgen des Profilings aus.

[6] Nach dem gesetzlichen Profilingbegriff ist somit die automatisierte Bewertung entscheidend. Dabei verlangt das erste Element zwar keine vollständige «Automatisierung», aber einen qualitativ schwergewichtig automatisierten Vorgang. Für die Qualifikation als Profiling ist deshalb

¹ So insb. SIMON ROTH, Das Profiling im neuen Datenschutzrecht, SZW 2021, S. 34 ff.

² So DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020, Rz. 24 ff. mit dem Beispiel des Weinhändlers in Rz. 26.

³ OLIVIER HEUBERGER, Profiling im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020, insb. Rz. 143, wonach bereits die Kenntnisnahme genügen solle, vgl. sodann aber Rz. 146, s. ferner die unklare Rz. 56 betreffend Umgang mit der blossen Profilbildung.

⁴ Bspw. geht aus dem Beitrag von ROSENTHAL (Fn. 2), Rz 24 ff. im relevanten Abschnitt keine Auseinandersetzung mit der DSGVO, deren Entstehungsgeschichte und den dazu ergangenen Stellungnahmen hervor.

vorausgesetzt, dass **zumindest die Bewertung, als Kern der Legaldefinition, computergestützt erfolgt**. Dieses Element fehlt bspw. wenn eine Ärztin die ermittelten Werte aus der Blutdruckmessung mitsamt Bewertung im Krankenhausinformationssystem (KIS) der Krankengeschichte ihrer Patientin hinzufügt oder ein Vorgesetzter seine Wahrnehmungen und Einschätzungen betreffend Verhalten und Produktivität eines Mitarbeiters in das elektronische Personaldossier einträgt. Die Formulierung im Gesetzeswortlaut «*verwendet werden, um... zu bewerten*» könnte ferner so weit verstanden werden, dass der Profilingbegriff auch unzählige alltägliche Verarbeitungen mitumfassen würde, wie das blosse Sortieren von Daten in einer Datenbank. Damit wäre der Profilingbegriff faktisch konturlos und eine praktikable Abgrenzung gegenüber gewöhnlichen Verarbeitungen nicht mehr möglich. Folglich kann es sich bei einer relevanten Verwendung nur um einen (schwergewichtig automatisierten) Vorgang handeln, der insgesamt als ein Bewerten charakterisiert werden kann. Neben einem eigentlichen (computergestützten) Bewerten können also nur Bearbeitungsschritte bzw. «Verwendungen» dazu zählen, die einem Bewerten zuzurechnen sind. Mit anderen Worten sind neben dem Bewerten als solchem nur Verwendungen relevant, die einen engen Zusammenhang mit diesem Kernelement aufweisen.

[7] Der Schlüsselbegriff der Bewertung lässt sich bereits aufgrund seiner allgemeinen sprachlichen Bedeutung dahingehend verstehen, dass dem **Vorgang und dem Ergebnis eine gewisse Subjektivität im Sinne eines subjektiven Beurteilungsspielraums oder Ermessens und damit eine Unschärfe inhärent** ist. Bekräftigt wird dies durch eine der zwei genannten Unterformen des Bewertens, dem Vorhersagen. Auch diese bringt, da sie auf die Zukunft gerichtet, stets ein Element der Unsicherheit mit sich. Zweifel an diesem Verständnis könnten aufkommen, da als zweite Unterform des Bewertens das «Analysieren» gesetzlich vorgesehen wurde. Allerdings ist dieser Begriff mehrdeutig und eine Analyse erfolgt regelmässig nicht zum Selbstzweck. Bereits sprachlich lässt sich der Begriff so verstehen, dass er nicht gewissermassen nach der «Untersuchung» oder «Zergliederung» aufhört, sondern mit einer anschliessenden Einordnung und Erklärung des analysierten Sachverhalts verbunden ist. Nur mit diesem Verständnis ergibt auch die Unterordnung unter den Oberbegriff des Bewertens einen Sinn. Folglich ist das Analysieren als Bewertung von vergangenen oder gegenwärtigen Aspekten und das Vorhersagen als Bewertung von zukünftigen Aspekten zu verstehen, wobei beide Tätigkeiten im Sinne des Profilings stets durch eine Subjektivität im Sinne eines subjektiven Beurteilungsspielraums gekennzeichnet sind.

[8] Bekräftigt wird diese Interpretation auch durch die Überlegungen zur Frage des Gegenstands der Bewertung, nämlich der **persönlichen Aspekte**. Die beispielhafte Aufzählung der persönlichen Aspekte in den Legaldefinitionen ist so breit, dass sie kaum eingrenzend wirkt. Als möglicher Gegenstand der Bewertung kommen deshalb grundsätzlich auch alle weiteren Teil- oder Unteraspekte sowie nicht genannte Persönlichkeitsaspekte in Frage. Gemeinsamkeiten dieser Aspekte können aber am ehesten darin gesehen werden, dass es sich vorwiegend um Themen handelt, welche **nicht einer bestimmten Logik oder mathematischen Regeln folgen** (z.B. Interessen). Zudem liegt den Themen, gerade auch aufgrund des vorgenannten Punkts, potenziell eine **gewisse Komplexität** zugrunde. Diese Aussagen träfen aber nicht mehr zu, würde man das blosse Analysieren solcher Aspekte im Sinne einer blossen «Untersuchung» oder «Zergliederung» genügen lassen. Indirekt ergibt sich somit zumindest aus dem Zusammenspiel der persönlichen Aspekte und dem Bewertungsbegriff eine Eingrenzung der Legaldefinition des Profilings, indem für die Vornahme der Bewertung ein gewisser subjektiver Beurteilungs-/Ermessensspielraum vorhanden sein muss, was nur bei Bewertungsgegenständen mit einer gewissen Komplexität der Fall

sein kann. Diese Anforderung vermag nicht jede «Beurteilung» von Teilaspekten der Persönlichkeit zu erfüllen.

[9] Der Bewertungsbegriff ist ferner dahingehend zu verstehen, dass aus dem Bewertungsvorgang **neue Erkenntnisse («Output-Daten»)** zu persönlichen Aspekten hervorgehen müssen. Diese Erkenntnisse können, wie erläutert, aber müssen nicht zwingend so beschaffen sein, dass sie aus einem zuvor ermittelten Modell oder Korrelationsmuster abgeleitet und einer betroffenen Person zugeordnet worden sind. Vielmehr genügt es, wie beim zweiphasigen Profiling, bloss persönliche Aspekte einer einzigen Person isoliert zu bewerten. Unzureichend ist es demgegenüber, wenn sich das «Ergebnis» des Vorgangs bloss auf die Ansammlung von «beobachteten» Daten («*observed Data*») beschränkt.

[10] Bekräftigt wird dies wiederum durch ein Charakteristikum, das in der Summe aus den vorherigen Anforderungen resultiert: Aufgrund der Komplexität des Gegenstands und des subjektiven Beurteilungsspielraums ist dem Profiling die **Gefahr von Fehlern im Sinne unrichtiger Erkenntnisse** inhärent. So bringt auch der EU-Gesetzgeber genau die Gefahr der Erzeugung von unrichtigen Daten mit dem Profiling in Verbindung und verlangt Massnahmen zur Minimierung der Fehler. Die Gefahr unrichtiger Daten ist aber bei der blossen Erhebung von bereitgestellten Daten («*provided data*») und von beobachteten Daten in aller Regel deutlich kleiner als bei der Generierung von Erkenntnissen mittels einer Bewertung («*derived/inferred data*»). Besteht ferner, wie z.B. bei der Analyse einer Probe im Rahmen eines PCR-Tests, bei der relevanten Bewertungstätigkeit nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft keine oder praktisch keine Fehlermarge und müssen zwei durchschnittlich vernünftige Fachpersonen bei Anwendung der gebotenen beruflichen Sorgfalt zum gleichen Ergebnis gelangen, kann es sich nicht um eine relevante Bewertung handeln. Es fehlt die mit einem subjektiven Bewertungsspielraum einhergehende Fehleranfälligkeit.

[11] Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob aus den genannten Elementen auch Rückschlüsse auf die eingesetzten Methoden und Technologien zu ziehen sind. Entgegen einzelnen Stellungnahmen steht fest, dass auch die Legaldefinition des Profilings technologieneutral ausgestaltet wurde und somit insbesondere der **Einsatz eines Algorithmus nicht begriffswesentlich** ist. Gleichwohl sind kaum automatisierte Bewertungen im Sinne des Profilingbegriffs denkbar, die ohne Algorithmus auskommen, basiert doch wohl jede Software letztlich auch auf einem (in Codiersprache formulierten) Algorithmus und dürften die geschilderten Anforderungen somit kaum anders erfüllt werden können. Für die Praxis erübrigt es sich aber, Vorgänge daraufhin zu untersuchen, ob ihnen ein Algorithmus zugrunde liegt.

[12] Weiter haben die beschriebenen Erkenntnisse zur Folge, dass **Technologien zur blossen Beobachtung oder eben dem Tracking einer Person** allein kein Profiling zugrunde liegt. Software unter Einsatz der GPS-Technologie, bspw. zur Erfassung des Standorts von Service-Mitarbeitern, beinhaltet deshalb als solche grundsätzlich keinen relevanten Bewertungsvorgang. Ausser Zweifel stehen dürfte sodann, dass das blosses Abfragen oder Aufrufen von Daten aus einer Datenbank kein relevanter Bewertungs-Vorgang darstellen kann. Es geht hier mit anderen Worten bloss um einen Zugriff auf bereits vorliegende «Input-Daten», ohne dass mittels eines Bewertungsvorgangs «Output-Daten» generiert würden.

[13] Die entsprechenden Überlegungen sind sodann auch auf die verschiedentlich erwähnte **«Selektion von Kunden»** zu übertragen, welche Parallelen zu zahlreichen vergleichbaren alltäglichen Arbeitsschritten aufweist. Es geht also beispielsweise um Fälle, wo in einer Datenbank Adressaten eines Werbemails im Glauben ausgewählt werden, diese würden sich potenziell am

ehesten für den Inhalt der Nachricht interessieren. Bei diesen Abläufen wird die Bearbeitung selbstredend mit Unterstützung von Computern und insofern bis zu einem gewissen Teil automatisiert durchgeführt. Ferner erfolgt in dem Arbeitsablauf auch eine Bewertung persönlicher Aspekte, aus welcher Schlussfolgerungen (z.B. «Interesse an Produkt») hervorgehen. Inwiefern aber gerade die als Kern des Profilingbegriffs verstandene Bewertung in solchen Fällen automatisiert erfolgen soll, ist meist nicht ersichtlich. Nach wie vor dürfte in sehr vielen Fällen **von einer «manuellen Bewertung»** auszugehen sein, wo die Beurteilung (z.B. des potenziellen Interesses der betroffenen Person) in der Realität gerade nicht auf einen automatisierten Bearbeitungsvorgang zurückgeht. Vielmehr basiert diese ausschliesslich auf einem menschlichen Gedankengang, der gegebenenfalls auf Erfahrungswerte, statistische Berechnungen oder auch nur ein blosses «Bauchgefühl» abgestützt wird. Es ist insofern nicht die «Maschine», die «glaubt», jemand könnte an einem Produkt interessiert sein. Gerade weil der Bewertungsvorgang in solchen Fällen lediglich im Kopf eines Menschen stattfindet, wird die Qualifikation als Profiling auch daran scheitern, dass sich die Bewertung gar nicht erst in neuen Erkenntnissen («Output-Daten») manifestiert.

[14] Nach dem Gesagten ist der Begriff des Profilings im nDSG und in der EU-DSGVO zwar durchaus **breit, aber nicht grenzen- oder konturlos**. Vielmehr lässt sich das Profiling mithilfe der aufgezeigten Elemente von gewöhnlichen Datenbearbeitungen abgrenzen. Dies ist auch zwingend erforderlich, andernfalls müssten unzählige alltägliche Vorgänge ebenfalls als Profiling definiert und dessen spezifischen Rechtsfolgen unterstellt werden, was nicht den Absichten der Gesetzgeber entsprechen würde.

2.3. Zu den Rechtsfolgen und dem Vorliegen einer hinreichenden Gesetzesgrundlage

[15] In Bezug auf die Rechtsfolgen hat die Untersuchung sodann bekräftigt, dass auch mit der Totalrevision des nDSG **kein Einwilligungserfordernis für das Profiling** durch Bundesorgane eingeführt wird. Die Analyse der Entstehungsgeschichte verdeutlicht vielmehr, dass bei den Regelungen für Bundesorgane am Grundsatz des datenschutzrechtlichen **Legalitätsprinzips festgehalten** werden soll. Nur wenn ein Bundesorgan eine Datenbearbeitung nicht auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage abstützen kann, ist im Sinne einer Ausnahme vom Grundsatz bspw. eine Einwilligung einzuholen. Um gültig zu sein, muss diese Einwilligung dann aber im Falle des Profilings ausdrücklich erteilt werden.

[16] Als hinreichende Gesetzesgrundlage, im Sinne des Grundsatzes, wird künftig für das Profiling ferner eine Grundlage «in einem Gesetz im formellen Sinne» erforderlich sein. Änderungen im Wortlaut der relevanten Normen werfen diesbezüglich die Frage auf, wie die Grundlage für das Profiling konkret beschaffen sein muss. Die vorliegende Untersuchung hat diesbezüglich gezeigt, dass der Gesetzgeber trotz Anpassung des Wortlauts keine inhaltliche Änderung angestrebt hat. Vielmehr liegt – entsprechend der bisherigen Praxis in Bezug auf Persönlichkeitsprofile – **nur dann eine hinreichende Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne vor, wenn darin explizit auch die Durchführung des Profilings gestattet** wird. Mit anderen Worten muss das Profiling im jeweiligen Gesetz als solches benannt werden. Das Abstützen auf eine bloss *mittelbare gesetzliche Grundlage* ist zwar grundsätzlich weiterhin möglich, würde aber voraussetzen, dass das Profiling zumindest in einer gesetzlichen Grundlage im materiellen Sinne, also insbesondere einer Verordnung des Bundesrats, gestattet wird. Inwieweit diese oder andere Ausnahmeregelungen und Sondervorschriften in der Praxis sinnvollerweise angerufen werden könnten, müsste

im Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Am potenziell vielversprechendsten erscheint dabei die Sondervorschrift für Bearbeitungen zu nicht personenbezogenen Zwecken, insbesondere für Forschung, Planung oder Statistik.

[17] Für die Beurteilung, ob eine gesetzliche Grundlage im vorgenannten Sinne vorliegt, ist grundsätzlich jeder «Sektor» gesondert zu untersuchen. Zur Veranschaulichung werden im vorliegenden Beitrag ausgewählte Sektoren untersucht, die für einen grossen Teil der Bundesorgane relevant sind, nämlich die Sozialversicherungen, das Epidemiengesetz sowie der Umgang mit Daten von Bundespersonal. Die Frage, ob sich die Bundesorgane in diesen Bereichen für die Durchführung eines Profilings auf eine hinreichende gesetzliche Grundlage berufen können, lässt sich vor diesem Hintergrund rasch beantworten: Die sozialversicherungsrechtlichen Erlasse – mit Ausnahme des UVG und des MVG – namentlich also das AHVG, das IVG und das KVG, **enthalten ebenso wenig wie das Epidemiengesetz (EpG) oder das Bundespersonalgesetz (BPG)** in der Fassung der Totalrevision des DSG eine Regelung, die den unterstellten Bundesorganen ein Profiling erlauben würde. In der künftigen Regelung dieser Gesetze wird an keiner Stelle von einem Profiling gesprochen und es **fehlt somit an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage zu dessen Durchführung in ihrem Anwendungsbereich**. Es kann dabei auch nicht von einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers oder einer Lücke gesprochen werden. Die Begründung dafür, wieso das Profiling genau in diesen Bereichen nicht aufgenommen wurde, mag man zwar als unzureichend empfinden und es ist auch nicht bekannt, ob dies tatsächlich auf einen sorgfältigen Entscheidungsprozess unter Einbezug aller relevanten Stellen zurückgeht. Für die Beurteilung, ob eine Lücke vorliegt, kann aber nicht entscheidend sein, inwiefern der Gesetzgeber sämtliche Bearbeitungsformen, die vom Profiling-Begriff erfasst werden, konkret vor Augen hatte. Zentral ist einzig, dass in Bezug auf die untersuchten Bereiche **im Gesetzgebungsverfahren eine hinreichende Auseinandersetzung mit der Schaffung von Grundlagen für das Profiling erfolgte und gestützt darauf eine bewusste Entscheidung getroffen worden ist**.

[18] Eine andere Frage ist jedoch, ob das Ergebnis der gesetzgeberischen Entscheidung richtig war, weil nun gewisse Datenbearbeitungen unter Umständen mangels gesetzlicher Grundlage nicht mehr erlaubt sind. Dies ist letztlich aber eine politische Frage. Die Beurteilung, ob es bspw. sachgerecht ist, den Bundesorganen im Zoll- und Mehrwertsteuerbereich ein Profiling zu erlauben, nicht aber im Epidemiengesetz oder im Krankenversicherungsgesetz, muss der Gesetzgeber vornehmen. Vor dem Hintergrund, dass das Profiling eine Vielzahl von Bearbeitungsformen erfasst und nicht per se als datenschutzrechtlich problematisch zu betrachten ist, kann das gänzliche Fehlen der Grundlagen in den analysierten Bereichen durchaus kritisch gesehen werden. Die vorliegende Untersuchung verdeutlicht aber immerhin, dass ein grosser Teil von alltäglichen Bearbeitungen von Personendaten kein Profiling darstellen und deshalb auch künftig durchgeführt werden darf, auch ohne formellgesetzliche Grundlage oder Greifen einer gesetzlichen Ausnahme.

3. Einleitung

[19] Am Ursprung der vorliegenden Untersuchung steht die Änderung der Rechtslage durch die Totalrevision des Bundes-Datenschutzgesetzes. Diese wurde vom Parlament in der Schlussab-

stimmung am 25. September 2020 verabschiedet. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens ist mittlerweile auf den 1. September 2023 festgelegt worden.⁵ Eine Übergangsfrist besteht nicht.⁶

[20] Die Revision liess zwar den Kern des Schweizer Datenschutzrechts unangetastet, brachte jedoch eine Vielzahl von Neuerungen mit sich, und dies nicht nur auf der Ebene der Sanktionen und Durchsetzung, sondern auch in materieller Hinsicht. In Bezug auf diese materiellen Neuerungen kann das «Profiling» als Kernbegriff der Revision bezeichnet werden, der im bisherigen Recht nicht existiert. Die konkrete Regelung war seit dem Vorentwurf und bis zuletzt im Parlament umstritten. Sie bildete gar den Brennpunkt der Differenzvereinbarung.

[21] Ähnliches gilt auch für das Gesetzgebungsverfahren in der EU zur Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO)⁷, an welche das Schweizer Recht mit der Totalrevision angeglichen werden sollte. Das Profiling war auch dort stark umstritten und hat letztlich, wie noch zu zeigen ist, zu einer Regelung mit vielen Fragezeichen geführt, wo bereits umstritten ist, ob das gesondert definierte Profiling überhaupt spezifische Rechtsfolgen auslöst.

4. Legaldefinitionen des Profiling-Begriffs und Grobanalyse

[22] Die kontroversen Gesetzgebungsverfahren in der EU und der Schweiz führten letztlich zu folgenden (inhaltlich) identischen Legaldefinitionen:

Art. 5 lit. f nDSG	Art. 4 Ziff. 4 EU-DSGVO
<i>jede Art der automatisierten <u>Bearbeitung von Personendaten</u>, 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;</i>	<i>jede Art der automatisierten <u>Verarbeitung personenbezogener Daten</u>, die darin besteht, dass diese <u>personenbezogenen Daten</u> 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, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen</i>

[23] Die Gegenüberstellung veranschaulicht **einzig zwei (sprachliche) Unterschiede**, die hier zur Verdeutlichung unterstrichen wurden. Der erste besteht darin, dass im Schweizer Recht von «Personendaten» statt «personenbezogene Daten» und von «Bearbeitung» statt «Verarbeitung» gesprochen wird. Dass mit der unterschiedlichen Terminologie keine grundlegenden inhaltlichen Abweichungen gegenüber dem EU-Recht verbunden sind, zeigt bereits der Vergleich der jeweiligen Legaldefinitionen des Begriffs der Personendaten und des Bearbeitens mit den Entsprechun-

⁵ Vgl. die Ankündigung auf der Website des Bundesamts für Justiz, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html> (zuletzt besucht: 14. März 2022).

⁶ Vgl. Art. 69 ff. nDSG.

⁷ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG («Datenschutz-Grundverordnung»).

gen in der EU-DSGVO.⁸ Mögliche inhaltliche Abweichungen bei der Auslegung der Definitionen betreffen, wenn überhaupt, nur Detailaspekte,⁹ die zwar für die Frage nach der Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Vorschriften insgesamt, nicht aber für die vorliegende Fragestellung entscheidend sind. Die zweite sprachliche Abweichung besteht ferner bloss darin, dass im dritten Satzteil in der Schweizer Fassung nur von «*diese Daten*» gesprochen wird, statt nochmals von «*diese personenbezogenen Daten*». Folglich sind die beiden Definitionen als inhaltlich identisch zu betrachten.

[24] Eine Abweichung gegenüber dem EU-Recht ergibt sich aber daraus, dass der Schweizer Gesetzgeber eine **Unterkategorie geschaffen hat, die das EU-Recht nicht kennt**: das «Profiling mit hohem Risiko». Die Legaldefinition in Art. 5 lit. g nDSG lautet wie folgt:

Profiling, das ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, indem es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.

[25] Auf die Tatbestandselemente und die Abgrenzung der beiden Erscheinungsformen ist an späterer Stelle zurückzukommen. Der Vergleich macht jedoch deutlich, dass sich der **Schweizer Gesetzgeber auch hier an der EU-DSGVO orientierte**.¹⁰ Die nachfolgenden Untersuchungen beziehen deshalb auch die Vorgaben des europäischen Vorbilds mit ein.

5. Spezifische Rechtsfolgen des Profilings

[26] Um die Definitionen des Profilings korrekt auszulegen, müssen auch die spezifischen Rechtsfolgen, die damit verbunden sind, analysiert werden. Bevor deshalb auf die Details der Begriffsdefinition eingegangen wird, werden nachfolgend die besonderen Rechtsfolgen des Profilings aufgezeigt. Gerade diese spezifischen Rechtsfolgen erschliessen sich bereits im Grundsatz nicht sofort und erfordern eine Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte, auf die auch an späterer Stelle bei der Begriffsanalyse nochmals einzugehen sein wird.

5.1. Rechtsgrundlage und Einwilligungserfordernis

[27] In einem ersten Schritt stellt sich die Frage, ob für die Vornahme eines Profilings stets – in der Terminologie der EU-DSGVO – eine Rechtsgrundlage (auch: Erlaubnistatbestand) und nach Schweizer Recht eine Einwilligung (als Rechtfertigungsgrund oder als Abweichung vom Legalitätsprinzip für Bundesorgane) erforderlich sein soll.

⁸ Art. 5 lit. a, lit. b und d nDSG sowie Art. 5 Ziff. 1 und 2.

⁹ Zur Debatte stehen könnte namentlich die Frage, ob bereits Personendaten vorliegen, wenn eine Person, z.B. anhand von «Online-Kennungen» wie IP-Adressen aus der Masse ausgesondert oder «singularisiert» werden kann, ohne dass ihr aber auch ein Name oder ein Gesicht einer natürlichen Person zugeordnet werden kann (vgl. hierzu den Teilbescheid der österreichischen Datenschutzbehörde, GZ: D155.027 2021-0.586.257, vom 22. Dezember 2021, in Sachen «Google Analytics», D.2. Spruchpunkt 2. a) und b)).

¹⁰ Vgl. dazu auch unten Rz. 51.

5.1.1. Erlaubnistatbestand nach der EU-DSGVO

[28] Unter der EU-DSGVO kann die Frage vergleichsweise einfach mit einem «Ja» beantwortet werden. Dies ergibt sich bereits aus dem namentlich in Art. 6 EU-DSGVO verankerten Rechtmässigkeitsprinzip, wonach für jede Datenbearbeitung ein **Erlaubnistatbestand gegeben sein muss**. Die diesbezüglichen Voraussetzungen für das Profiling unterscheiden sich nicht von anderen Erscheinungsformen der Bearbeitung von Personendaten. Dies gilt zumindest dann, wenn das Profiling nicht zugleich eine automatisierte Einzelentscheidung darstellt, die nur unter den (strengeren) Anforderungen in Art. 22 EU-DGSVO zulässig ist.¹¹ Da die beiden Vorgänge somit unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen, sind die Begriffe zu unterscheiden. Darauf ist zurückzukommen.¹²

[29] Auch die **Wahl der Rechtsgrundlage** für das Profiling als solchem ist demzufolge im Grundsatz nicht eingeschränkt. Allerdings stellen sich die Datenschutzbehörden teilweise (relativ pauschal) auf den Standpunkt, dass z.B. für ein Profiling zu Direktmarketingzwecken eine Einwilligung erforderlich sei¹³ oder dass sich Verantwortliche nur schwer auf das berechtigte Interesse als Rechtsgrundlage berufen könnten «für massiv in die Privatsphäre eingreifendes Profiling und Tracking zu Marketing- oder Werbezwecken, wenn sie beispielsweise Personen über mehrere Websites, Standorte, Geräte oder Dienste verfolgen oder Datenhandel betreiben»¹⁴.

[30] Diese Stellungnahmen bestätigen insoweit aber implizit, dass die einschlägige Rechtsgrundlage im Einzelfall zu ermitteln ist und insbesondere **nicht für jedes Profiling stets eine Einwilligung erforderlich** ist. Vielmehr kann im Grundsatz auch eine andere Rechtsgrundlage greifen.

5.1.2. nDSG

[31] Die Beantwortung der Frage unter dem nDSG erscheint demgegenüber weniger klar. Zunächst könnte man meinen, dass sich die Schwierigkeiten in der Beurteilung im Vergleich zur EU-DSGVO daraus ergeben, dass **das Schweizer Recht für private Verantwortliche von einem anderen System ausgeht**. Bekanntlich ist für Datenbearbeitungen im Schweizer Datenschutzrecht grundsätzlich keine Rechtfertigung erforderlich, solange diese nicht persönlichkeitsverletzend ist.¹⁵ Die Botschaft zur Totalrevision des DSG sowie die parlamentarischen Debatten zeigen ferner deutlich, dass **an diesem Grundsatz auch unter dem nDSG festgehalten** werden soll.¹⁶

¹¹ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, 6. Februar 2018, WP251rev.01, S. 13; Datenschutzkonferenz (DSK), Erfahrungsbericht der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendung der DS-GVO, November 2019, S. 24, (https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20191213_erfahrungsbericht_zur_anwendung_der_ds-gvo.pdf, zuletzt besucht: 25. Februar 2022); PHILIPP SCHOLZ, in: Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker genannt Döhmann, Datenschutzrecht, Frankfurt/Kassel 2019, Art. 22 N 20; vgl. ferner den unklaren Erwägungsgrund 72.

¹² Vgl. unten Rz. 131 ff.

¹³ Vgl. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, 2. April 2013, WP 203, S. 46, allerdings noch zur Vorgänger-Regelung der DSGVO.

¹⁴ Vgl. jüngst EDSA, Leitlinien 8/2020 über die gezielte Ansprache von Nutzer:innen sozialer Medien, 13. April 2021, Rz. 56.

¹⁵ Vgl. Art. 30 f. nDSG.

¹⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff., 7070 f. (im Folgenden: Botschaft DSG 2017); ferner die Voten von NR Cédric Wermuth AB 2019 N 1785 («bei dem eine Einwilligung überhaupt notwendig ist»), BR Karin Keller-Sutter, AB 2019 N 1788 («kein sogenanntes Opt-in-System») sowie SR Daniel Fässler,

In Bezug auf die Vorgaben für Bundesorgane zeigt die Botschaft (und die ausgebliebene parlamentarische Debatte dazu¹⁷), dass das Legalitätsprinzip bzw. das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, deren Details später im Detail erläutert werden¹⁸, ebenfalls weiterhin gelten soll.¹⁹

[32] Beim Profiling stellt sich nun aber die Frage, ob der Gesetzgeber von diesen beiden Grundsätzen abweichen und ein Einwilligungserfordernis einführen wollte. Denn **einzelne Voten in den parlamentarischen Debatten²⁰ zu den Vorgaben für private Verantwortliche waren in dieser Hinsicht zweideutig**. Sie sind der Grund für die Unsicherheiten im (künftigen) Schweizer Recht. Die Debatten in Bezug auf das Profiling drehten sich primär um die Ausgestaltung der Begriffsdefinitionen von Art. 5 nDSG sowie die Regelung in Art. 6 Abs. 7 nDSG, wo festgelegt wird, wann die Einwilligung eine ausdrückliche sein muss, nämlich bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, einem Profiling mit hohem Risiko durch eine private Person oder einem gewöhnlichen Profiling durch ein Bundesorgan.

[33] Unglücklich ist dabei, dass in Art. 6 Abs. 7 nDSG, anders als in Art. 6 Abs. 6 nDSG, nicht zum Ausdruck gebracht wird, ob die Vorgabe nur gilt, wenn überhaupt eine Einwilligung eingeholt werden muss. In Absatz 6, wo die allgemeinen Anforderungen an die Einwilligung festgehalten sind, wird insofern betont: *«Ist die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich»*. Enthielte auch Absatz 7, welcher erhöhte Anforderungen stellt, eine entsprechende Verdeutlichung, wären wohl auch die Voten im Parlament klarer ausgefallen. Aus nachfolgenden Gründen ist jedoch davon auszugehen, dass **für das Profiling keine Abweichung von den Grundsätzen geschaffen** wurde und die in Art. 6 Abs. 6 nDSG enthaltene Verdeutlichung auch in dessen Absatz 7 hineinzulesen ist.

[34] Ein erstes Argument dafür ergibt sich aus einem Blick auf die geltende Rechtslage. Im bisherigen Recht gilt die erhöhte Anforderung der ausdrücklichen Einwilligung für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen. Für diese beiden Fälle könnte die Regelung in Art. 4 Abs. 5 DSG ebenfalls die Frage nach einem Einwilligungserfordernis aufwerfen, was aber gerade nicht der Fall ist. Einzuräumen ist zwar, dass sich der bisherige Wortlaut zumindest insofern von der künftigen Regelung unterscheidet, als die beiden Teilaspekte («allgemeine Anforderungen» und «erhöhte Anforderungen») im selben Absatz enthalten sind. Die Formulierung *«Ist [...] die Einwilligung [...] erforderlich»* lässt sich insofern einfacher auch auf den anschliessenden Satz übertragen. Zwingend ist dies aber gleichwohl nicht. Die **bisherige Regelung** wird aber jedenfalls mit deutlich überwiegender Mehrheit so verstanden, dass auch die ausdrückliche Einwilligung nur dann erforderlich ist, wenn für eine Datenbearbeitung überhaupt

AB 2019 S 1246 (*«grundsätzlich erlaubt ist, Personendaten ohne besondere Grundlage zu bearbeiten»*) und SR Daniel Fässler, AB 2020 S 991 (*«Konzeption in unserem Recht ist umgekehrt»*); in diesem Sinne auch DAMIAN GEORGE, Prinzipien und Rechtmässigkeitsbedingungen im privaten Datenschutzrecht, Diss. Zürich 2021, S. 179 und 183.

¹⁷ Vgl. nur die Fahne nach der Erstberatung in den beiden Räten, abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/S3-22%20D.pdf> (zuletzt besucht: 23. Februar 2022).

¹⁸ Vgl. unten Rz. 139 ff.

¹⁹ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7079.

²⁰ Vgl. die Ausführungen und Nachweise in Rz. 23.

eine Rechtfertigung²¹ oder Abweichung vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage²² benötigt wird. Bereits die Entstehungsgeschichte ist in dieser Hinsicht eindeutig.²³ Abweichende Lehrmeinungen sind kaum je ausführlich begründet und es fehlt bereits eine Auseinandersetzung mit den Materialien.²⁴ Gleiches gilt für entsprechende Stellungnahmen des EDÖB²⁵, die aber ohnehin nicht einheitlich sind²⁶. Mit anderen Worten wird in Art. 4 Abs. 5 DSGVO nur festgelegt, welche Anforderungen an eine Einwilligung gestellt werden für den Fall, dass die Einwilligung als Rechtfertigung im Sinne von Art. 12 f. DSGVO oder als Abweichung vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im Sinne von Art. 17 ff. DSGVO herangezogen wird.

[35] Daraus ergibt sich folgendes Zwischenfazit: Das Parlament wollte im Rahmen der Totalrevision somit zweifelsohne am bisherigen System festhalten und von diesem System wird bereits im geltenden Recht auch für die Datenkategorien mit erhöhten Anforderungen nicht abgewichen. Wenn der Gesetzgeber somit demgegenüber im künftigen Recht eine Abweichung vom System hätte vorsehen wollen, wären hierfür deutliche Stellungnahmen angezeigt gewesen. Wie erwähnt, sind die Voten diesbezüglich aber – in Bezug auf die Vorschriften für private Bearbeiter – allesamt mehrdeutig. Stellungnahmen im Sinne von «eine ausdrückliche Einwilligung [...] erfordere»²⁷, «die ausdrückliche Einwilligung zu verlangen»²⁸ oder «muss die Einwilligung ausdrücklich erfolgen»²⁹ könnten jeweils so ausgelegt werden, als gälte diese Anforderung absolut oder nur für Fälle, wo überhaupt eine Einwilligung erforderlich ist. Bei jeder Stellungnahme ist unklar, ob der Zusatz «falls überhaupt erforderlich» mit Absicht weggelassen wurde oder man einfach eine etwas verkürzte Formulierung gewählt hat, der Zusatz aber eigentlich mitgemeint war. Ferner sind auch die Stellungnahmen dazu, wieso die Frage der ausdrücklichen Einwilligung in einem neuen Absatz 7 geregelt werden soll (und nicht mehr wie bisher im gleichen Absatz mit den allgemeinen Anforderungen), unschlüssig, sprechen aber jedenfalls nicht für die Einführung

²¹ PHILIPPE MEIER, *Protection des données*, Bern 2010, Rz. 823; TOBIAS FASNACHT, *Die Einwilligung im Datenschutzrecht*, Diss. Freiburg 2017, Rz. 225 f.; DAVID ROSENTHAL, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2008, Art. 4 Rz. 66; ASTRID EPINEY, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, Bern 2011, § 9 N 15.

²² Jeweils implizit YVONNE JÖHRI, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2008, Art. 18 N 26; WALDMANN/BICKEL (Fn. 21), § 12 N 53 (S. 676), § 12 N 90 (S. 702).

²³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003, BBl 2003 1963 S. 2001 ff., 2127 (im Folgenden: Botschaft DSG 2003: («Absatz 5 definiert, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung als gültig gelten kann. Es geht somit nicht darum, die Zustimmung zur Bedingung für jede Datenbearbeitung zu erheben [...]»); Votum von NR Gabi Huber, AB 2005 N 1438 («Was nun Absatz 5 betrifft, so hat sich die Kommission von der Verwaltung ausdrücklich bestätigen lassen, dass es bei dieser Bestimmung nicht um die Zustimmung als Bedingung für jede Datenbearbeitung geht, sondern um die Voraussetzungen der Gültigkeit der Zustimmung bzw. um die Klärung des Begriffes der Zustimmung [...]»)).

²⁴ Soweit ersichtlich, vertritt einzig AMÉDÉO WERMELINGER, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), *SHK-DSG*, Bern 2015, Art. 12 N 4 und 8, den Standpunkt, dass stets eine Rechtfertigung erforderlich sein soll für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen, wobei kein Bezug genommen wird zu Art. 4 Abs. 5 DSGVO.

²⁵ Vgl. z.B. hier: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/technologien/personentracking.html> oder hier: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/merkblaetter/Einsatz.html> (zuletzt besucht: 25. Februar 2022).

²⁶ Vgl. z.B. hier: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/23-taetigkeitsberichte-2015-2016/datenschutz-bei-unterschriftensammlungen.html> (zuletzt besucht: 25. Februar 2022).

²⁷ So SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1240.

²⁸ So NR Cédric Wermuth, AB 2020 N 143.

²⁹ So NR Marco Romano, AB 2020 N 1598.

eines Einwilligungserfordernisses.³⁰ Während die Stellungnahmen zur Beibehaltung des bisherigen grundsätzlichen Systems somit eindeutig sind, trifft dies auf eventuelle Abweichungen im Falle des Profilings nicht zu. Insofern **fehlt es bereits an hinreichend klaren Voten zugunsten einer Abweichung vom System in Bezug auf das Profiling**. Die einzige Ausnahme im Sinne eines unzweideutigen Votums betraf die Bundesorgane.³¹ Dieses Votum erfolgte jedoch ohne jeglichen Bezug zum Legalitätsprinzip und stammte von einem Vertreter der (zunächst) unterliegenden Minderheit, weshalb darin ebensowenig eine hinreichende Willensbekundung zur Abweichung vom Grundsatz gesehen werden kann.³²

[36] Bekräftigt wird dieses zweite Zwischenfazit durch drei weitere Aspekte: So wurde die Frage eines Einwilligungserfordernisses im Zusammenhang mit der Datenbekanntgabe an Dritte viel deutlicher diskutiert. So wollte die Mehrheit der vorberatenden Kommission des Ständerats in Art. 27 nDSG festlegen, dass die Bekanntgabe von Personendaten an Dritte eine Persönlichkeitsverletzung darstellt und diese nur mit ausdrücklicher Einwilligung zulässig sein soll.³³ Dieser Vorschlag wurde explizit auch mit der Begründung verworfen, dass damit vom bisherigen System abgewichen würde.³⁴ Das verdeutlicht, dass sich das **Parlament der Problematik eines Einwilligungserfordernisses und der damit verbundenen Systemabweichung bewusst war**, diese auch am systematisch richtigen Ort diskutierte, aber anschliessend verworfen hat. Für eine Abweichung vom System im Falle des Profilings hätte insofern eine vergleichbare Diskussion erwartet werden müssen. Später wurde ferner auch die Einführung eines Widerspruchsrechts für das Profiling³⁵ abgelehnt und dies mit der Begründung, dass ein solches Widerspruchsrecht bereits besteht.³⁶ Es wurde in diesem Zusammenhang also nicht damit argumentiert, dass das Profiling ohnehin eine (ausdrückliche) Einwilligung erfordere. Bekräftigt wird die Schlussfolgerung ferner dadurch, dass **im Vorentwurf des Bundesrats in Bezug auf das Profiling noch explizit ein Einwilligungserfordernis für private Verantwortliche enthalten** war, aufgrund der Kritik in der Vernehmlassung aber noch vor Beginn der parlamentarischen Debatten verworfen wurde.³⁷

[37] Zusammenfassend ist deshalb das Erfordernis der ausdrücklichen Einwilligung in Art. 5 Abs. 7 nDSG (wie bisher) so zu verstehen, dass damit nur die erhöhten Anforderungen an eine Einwilligung festgelegt werden für den Fall, dass überhaupt eine Einwilligung als Rechtfertigung oder für eine Abweichung vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage herangezogen wird. **Mit-**

³⁰ Vgl. z.B. NR Kurt Fluri, AB 2019 N 1787, und BR Karin Keller Sutter, AB 2019 N 1788; vgl. ferner die Fahne für die zu diesem Zeitpunkt diskutierten Varianten: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-1%20D.pdf> (zuletzt besucht: 25. Februar 2022).

³¹ NR Balthasar Glättli, AB 2020 N 1597: «Wenn wir hier nicht der Minderheit Wermuth zustimmen, dann muss der Staat bei einem Profiling durch ein Bundesorgan nicht mehr Ihre Einwilligung einholen – nicht bei einem Profiling mit hohem Risiko: Bei jedem Profiling muss der Staat Ihre Einwilligung nicht mehr einholen. Dem würden Sie zustimmen; dass der Staat ohne Ihre Einwilligung «profilen» darf.»

³² Letzten Endes setzte sich zwar im Ergebnis die mit dem Votum unterstützte Minderheit Wermuth durch, welche die Fassung des Ständerats befürwortete. Allerdings finden sich weder in den späteren Debatten der beiden Räte noch in den vorangehenden Debatten des Ständerats vergleichbare Voten.

³³ Vgl. den in der nachfolgenden Fahne abgebildeten Entwurf: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/S3-2%20D.pdf> (zuletzt besucht: 25. Februar 2022).

³⁴ Vgl. SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1246 sowie BR Karin Keller-Sutter, AB 2019 S 1246.

³⁵ Vgl. für diese «Minderheit Glättli» die Fahne zu Art. 5 Abs. 8: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-5%20D.pdf> (zuletzt besucht: 25. Februar 2022).

³⁶ NR Mathias Samuel Jauslin, AB 2020 N 1601.

³⁷ Vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. d VE-DSG («Eine Persönlichkeitsverletzung liegt insbesondere vor: [...] d. durch Profiling ohne ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person»), abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-12-21.html> (zuletzt besucht: 25. Februar 2022).

hin gilt auch für das Profiling und das Profiling mit hohem Risiko kein Einwilligungserfordernis.³⁸ Vielmehr können diese auch ohne Einwilligung zulässig durchgeführt werden. Wird aber die Rechtfertigung einer Persönlichkeitsverletzung infolge eines Profilings (mit hohem Risiko) oder die Durchführung eines Profilings durch ein Bundesorgan ohne gesetzliche Grundlage auf eine Einwilligung abgestützt, muss diese ausdrücklich sein. Für die Anforderungen an diese ausdrückliche Einwilligung wird auf die entsprechende Literatur verwiesen.³⁹

5.2. Weitere Rechtsfolgen

5.2.1. EU-DSGVO

[38] In der EU wurde über die Rechtsfolgen des Profilings bei der Ausarbeitung der DSGVO kontrovers debattiert. Wie bereits aus den vorangehenden Abschnitten hervorgeht, blieb eine eigenständige Regelung auf der Ebene der Rechtmässigkeit aus.⁴⁰ Vielmehr wird das Profiling in der DSGVO fast durchwegs nur **in Kombination mit der automatisierten Entscheidungsfindung genannt** («*einschliesslich Profiling*») und zwar:

- bei den Informationspflichten: Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14 Abs. 2 lit. g;
- beim Auskunftsrecht: Art. 15 Abs. 1 lit. h;
- bei der spezifischen Regelung für automatisierte Entscheidungen im Einzelfall: Art. 22;
- bei der Datenschutzfolgenabschätzung (allerdings in abweichender Formulierung): Art. 35 Abs. 3 lit. a;
- bei den verbindlichen internen Datenschutzvorschriften: Art. 47 Abs. 2 lit. e;
- bei den Aufgaben des Ausschusses: Art. 70 Abs. 1 lit. f.

[39] Was die zusätzliche Nennung des Profilings in den einzelnen Artikeln bedeutet, wird nach wie vor kontrovers diskutiert. Am wenigstens kontrovers scheint die Nennung in Art. 22 DSGVO zu sein. Denn dort treten jedenfalls keine (anderen) Rechtsfolgen ein, falls (zusätzlich oder alleine) ein Profiling zur Anwendung kommt oder nicht. Vielmehr ist entscheidend, ob eine «*ausschliesslich automatisierte Entscheidung*» vorliegt.⁴¹ Nur dann – und bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – greift das spezifische Verbot mit eingeschränkten Ausnahmen und sind be-

³⁸ So im Ergebnis auch ROSENTHAL (Fn. 2), Rz. 28; MICHÈLE BURNIER/NANDO LAPPERT/SIMON WINKLER, *Consumer manipulation through online behavioural advertising*, in: Jusletter 2. August 2021; Rz. 39, allerdings ohne eigene Begründung und Auseinandersetzung mit der parlamentarischen Debatte; so ebenfalls SYLVAIN MÉTILLE, *Le traitement de données personnelles sous l'angle de la (nouvelle) Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020*, SJ 2021 II p. 1 ff., 26; MARTINA ARIOLI, § 5 Datenschutz und Datensicherheit im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), *Handbuch Homeoffice*, Zürich/St. Gallen 2021, Rz. 76–78.

³⁹ Vgl. jüngst die Darstellung des Meinungsstands bei LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPP, *Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht*, in: Jusletter 15. März 2021, Rz. 113 ff.

⁴⁰ Vgl. auch die Hinweise auf die Entstehungsgeschichte bei JÜRGEN TAEGER, in: Jürgen Taeger/Detlev Gabel (Hrsg.), *DSGVO – BDSG – TTDSG*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022, Art. 22 N 4 ff.

⁴¹ Vgl. MARIO MARTINI, in: Boris Paal/Daniel A. Pauly (Hrsg.), *DS-GVO BDSG*, 3. Aufl., München 2021, Art. 22 N 23; MARIAN ARNING/TOBIAS ROTHKEGEL, in: Jürgen Taeger/Detlev Gabel (Hrsg.), *DSGVO – BDSG – TTDSG*, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022, Art. 4 N 116 f.; BENEDIKT BUCHNER, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), *DS-GVO BDSG*, 3. Aufl. München 2020, Art. 22 N 21; in diesem Sinne wohl implizit auch Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 9.

sondere Betroffenenrechte zu wahren.⁴² Daraus erhellt, dass das Profiling zumindest **nicht mit diesem Begriff gleichzusetzen** ist, auch wenn eine enge Verbindung zwischen den beiden besteht. Die beiden Begriffe sind folglich voneinander abzugrenzen.⁴³

[40] Bei den übrigen Vorschriften ist ungeklärt und (noch) umstrittener, was die Nennung des Profilings zu bedeuten hat.⁴⁴ Am Beispiel der **Informationspflicht** ist insbesondere fraglich, ob über ein Profiling stets zu informieren ist (und ggf. auch deren Folgen und die involvierte Logik) oder nur, wenn das Profiling in Verbindung mit einer automatisierten Entscheidung erfolgt. Geht es nach der Artikel-29-Datenschutzgruppe⁴⁵ sowie einem Grossteil der deutschen Literatur⁴⁶, ist, entgegen dem Wortlaut, aber in Übereinstimmung mit Erwägungsgrund Nr. 60, stets zu informieren.⁴⁷ Schliesslich ist die Pflicht zur Durchführung von **Datenschutzfolgenabschätzungen** (DSFA) erwähnenswert. So wird in Art. 35 Abs. 1 EU-DSGVO als Anknüpfungskriterium das hohe Risiko festgelegt, das mit einer Bearbeitung für die Rechte und Freiheiten einer Person verbunden ist. Als Konkretisierung wird sodann in dessen Absatz 3 festgelegt, wann in jedem Falle eine DSFA durchzuführen ist, also von einem hohen Risiko auszugehen ist. Der für das Profiling relevante lit. a von Absatz 3, nach welchem zwingend eine DSFA erforderlich ist, lautet: *«systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf automatisierte Verarbeitung einschliesslich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen»*. Bereits nach dem Wortlaut müsste insofern klar sein, dass nicht jedes Profiling die DSFA-Pflicht auslöst, sondern weitere Elemente hinzukommen müssen. Dies entspricht der Mehrheitsauffassung⁴⁸ und wird zu Recht auch von Datenschutzbehörden⁴⁹ so vertreten, ist aber gleichwohl nicht unbestritten⁵⁰.

[41] Im Sinne eines Zwischenfazits⁵¹ kann somit festgehalten werden, dass **das Profiling, zumindest je nach Lehrmeinung, auch eigenständige und von den automatisierten Entscheidungen losgelöste Rechtsfolgen nach sich ziehen kann** und daher mehr als nur symbolische Bedeutung hat.

⁴² Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 9; vgl. aber auch zur Diskussion in Deutschland, ob nicht doch auch das Profiling, das nicht zu einer Einzelentscheidung führt, von Art. 22 DSGVO erfasst sein soll, TAEGER (Fn. 40), Art. 22 N 32 ff.

⁴³ Vgl. dazu unten Rz. 130 ff.

⁴⁴ Keine spezifischen Rechtsfolgen für das Profiling sollen bspw. grundsätzlich gelten nach der Ansicht von PETER SCHANTZ/HEINRICH AMADEUS WOLFF, *Das neue Datenschutzrecht*, München 2017, Rz. 731, wobei die in Erwägungsgrund Nr. 71 Absatz 2 genannten *«geeigneten mathematischen oder statistischen Verfahren»* die Ausnahme bilden sollen.

⁴⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 18.

⁴⁶ Vgl. nur die Nachweise bei BORIS PAAL/MORITZ HENNEMANN, in: Boris Paal/Daniel A. Pauly (Hrsg.), *DS-GVO BDSG*, 3. Aufl., München 2021, Art. 13 N 31; ausführlich und letztlich ablehnend NORA LORENTZ, *Profiling – Persönlichkeitsschutz durch Datenschutz*, Diss. Köln, Tübingen 2020, S. 234 ff., insb. 239 (wonach aber eine Information im Rahmen der Erlaubnistatbestände der Einwilligung und des berechtigten Interesses erforderlich sein soll).

⁴⁷ Ablehnend hierzu z.B. in der Schweizer Literatur: CORNELIA STENGEL/LUCA STÄUBLE, *Vom Persönlichkeitsprofil zum Profiling mit hohem Risiko*, in: Jusletter 20. Januar 2020, Rz. 39.

⁴⁸ Vgl. MARTINI (Fn. 41), Art. 35 N 29.

⁴⁹ Vgl. nur die «Blacklists» der französischen Datenschutzbehörde (CNIL), <https://bit.ly/3sSejvh>, sowie der Datenschutzbehörde des Vereinigten Königreichs (ICO), <https://bit.ly/3Kr1oq7> (zuletzt besucht: 9. März 2022).

⁵⁰ Siehe z.B. INDRA SPIECKER genannt DÖHMANN, *Profiling, Big Data, Artificial Intelligence und Social Media – Gefahren für eine Gesellschaft ohne effektiven Datenschutz*, in: Jusletter IT 21. Dezember 2020, S. 354.

⁵¹ S. ferner als potenziell weitere wichtige Vorgabe auch Erwägungsgrund 71, der unter anderem den Fairnessgrundsatz konkretisiert und geeignete Massnahmen verlangt, welche die Generierung von unrichtigen Daten verhindern und das Risiko von Fehlern und Diskriminierung verhindert werden.

[42] Anders verhält es sich demgegenüber – soweit ersichtlich – unstrittig im Sonderfall der Regelung des **Widerspruchsrechts** in Art. 21 Abs. 1 und 2 DSGVO, wo das Profiling losgelöst von der automatisierten Entscheidfindung genannt wird. Denn dort kommt der Nennung des Profilings keine besondere Relevanz zu, weil es auch ohne Nennung wie jede andere Datenverarbeitungsform erfasst gewesen wäre.⁵² Vielmehr kommt der Nennung hier unstrittig eher eine Hinweis- oder Warnfunktion zu.⁵³

5.2.2. nDSG

[43] Während die spezifischen Rechtsfolgen eines Profilings in der EU-DSGVO demnach nicht restlos klar sind, ist die Situation in der Schweiz – zumindest auf den ersten Blick – vergleichsweise überschaubar und im Grundsatz unbestritten. So löst ein **gewöhnliches Profiling im Bereich der Vorschriften für private Verantwortliche keine besonderen Rechtsfolgen** aus. Vielmehr wurden ebensolche bloss in den Regelungen für Bundesorgane vorgesehen. Für private Verantwortliche bestehen lediglich für das Profiling mit hohem Risiko besondere Rechtsfolgen. Dieses Ergebnis gilt es nachfolgend zu verdeutlichen:

[44] In der parlamentarischen Debatte wurde gar befürchtet, dass man letztlich eine Definition in das nDSG einfügen werde, an welche keinerlei Rechtsfolgen geknüpft werden, sodass man, in den Worten von Nationalrat Cédric Wermuth⁵⁴ gerade so gut auch eine Umschreibung des blauen Pavians in das Gesetz hätte einfügen können. So wurden denn auch im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens weitere Nennungen und damit potenzielle spezifische Rechtsfolgen des Profilings wieder entfernt, die noch im Entwurf des Bundesrats vorgesehen waren. Neben dem erwähnten (expliziten) Einwilligungserfordernis im Vorentwurf, das bereits der Vernehmlassung zum Opfer fiel, betrifft dies die Streichung aus den Vorschriften zur Datenschutzfolgenabschätzung (DSFA) und zur automatisierten Entscheidfindung (bereits durch den Nationalrat als erstberatende Kammer⁵⁵).

[45] Konkret ist somit entgegen der Regelung im Entwurf des nDSG (ehemals Art. 20 Abs. 2 lit. b, neu: Art. 22) **nicht bei jedem Profiling von einem hohen Risiko auszugehen, welches eine DSFA erforderlich machen würde**.⁵⁶ Mit anderen Worten wird eine DSFA für das Profiling nur erforderlich sein, wenn dieses ein hohes Risiko mit sich bringen kann, also definitionsgemäss jedenfalls bei einem Profiling mit hohem Risiko im Sinne von Art. 5 lit. g nDSG. Allerdings bedeutet dies nicht, dass Profiling nur unter den Voraussetzungen der Legaldefinition ein hohes Risiko mit sich bringen⁵⁷ und damit die Pflicht zur Durchführung einer DSFA auslösen kann.⁵⁸

[46] Aus der Vorlage gestrichen wurde ferner der Hinweis «*einschliesslich Profiling*» in der Regelung zur **Informationspflicht** bei einer automatisierten Einzelentscheidung in Art. 21 nDSG (ehemals: Art. 19 E-nDSG). Die Gründe dafür gehen aus der parlamentarischen Debatte nicht

⁵² Vgl. ARNING/ROTHKEGEL (Fn. 41), Art. 4 N 114.

⁵³ Vgl. MARTIN MUNZ, in: Jürgen Taeger/Detlev Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022, Art. 21 N 11.

⁵⁴ NR Cédric Wermuth, AB 2020 N 1596.

⁵⁵ Vgl. die Fahne mit den entsprechenden Beschlüssen: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/S3-22%20D.pdf> (zuletzt besucht: 28. Februar 2022).

⁵⁶ Vgl. dazu auch SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1244.

⁵⁷ Zu denken ist etwa an ein Profiling mit Daten aus der Intimsphäre.

⁵⁸ So auch DAVID VASELLA, Widersprüche im Datenschutzrecht, *digma* 2020, S. 174 ff., 177.

restlos klar hervor. Darin wurde festgehalten, dass die Mehrheit in der vorberatenden Kommission des Nationalrats zugunsten der Streichung der Ansicht gewesen sei, im Falle eines Profiling müsse nicht informiert werden, selbst wenn das Profiling zu einer Entscheidung mit rechtlichen Folgen oder einer erheblichen Beeinträchtigung führt. Die Minderheit habe demgegenüber die Ansicht vertreten, Profiling als Kriterium für die Pflicht zur Information beizubehalten.⁵⁹ In der ständerätlichen Debatte wurde dann aber erläutert, dass das Profiling in dieser Bestimmung keine eigenständige Bedeutung habe und dies im Nationalrat teilweise unzutreffend ausgeführt wurde. Profiling falle auch ohne ausdrückliche Erwähnung in den Anwendungsbereich der Bestimmung, sofern es zu einer automatisierten Einzelentscheidung mit Rechtsfolgen oder einer erheblichen Beeinträchtigung führt.⁶⁰ Der Gesetzgeber wollte mit der Streichung folglich nicht bewirken, dass für das Profiling keinerlei Informationsanforderungen mehr bestehen sollen.⁶¹ Vielmehr sollen die allgemeinen Anforderungen gelten, was letztlich aber auch bedeutet, dass diesbezüglich ebensowenig – anders als je nach Lehrmeinung unter der DSGVO – spezifische Rechtsfolgen bestehen für das Profiling. Mit anderen Worten **muss bei der Vornahme eines Profilings in Datenschutzerklärungen auch nicht zwingend der Begriff «Profiling» aufgenommen und/oder die involvierte Logik umschrieben werden**, um den Transparenz- und Informationsanforderungen im nDSG zu genügen. Denkbar ist zwar, dass dies ausnahmsweise und mit Blick auf den nicht-abschliessenden Charakter der Regelung und den Transparenzgrundsatz erforderlich sein könnte, gerade wenn das Profiling infolge des Umfangs und/oder der Art der betroffenen Daten besonders einschneidend ist. Fest steht aber, dass im Unterlassungsfall aufgrund des Bestimmtheitsgebots keine strafrechtliche Sanktionierung erfolgen kann.⁶²

[47] Daraus ergibt sich somit, dass die **Regelungen für private Verantwortliche nur für das Profiling mit hohem Risiko spezifische Rechtsfolgen vorsehen**. Neben der bereits erwähnten Anforderung der ausdrücklichen Einwilligung wird dieses in der Liste der beispielhaften Rechtfertigungsgründe aufgeführt. So soll die Prüfung der Kreditwürdigkeit jedenfalls dann als Rechtfertigungsgrund «in Betracht» fallen, wenn es nicht auf einem Profiling mit hohem Risiko basiert und die weiteren gesetzlich genannten Anforderungen erfüllt.⁶³ Nachdem der Bundesrat hier in seinem Entwurf noch das gewöhnliche Profiling als «Ausschluss»-Kriterium verwenden wollte und sich der Nationalrat für einen gänzlichen Verzicht aussprach, blieb es trotz mehrfachem Hin- und Her bei diesem vom Ständerat in erster Lesung eingebrachten Kompromissvorschlag.⁶⁴

[48] Die **einzigsten Sondervorschriften im nDSG für das gewöhnliche Profiling gelten somit nur für Bundesorgane**. Neben dem oben dargestellten Erfordernis der Ausdrücklichkeit von Einwilligungen betrifft dies die Anforderung der gesetzlichen Grundlage in Art. 34 nDSG. Wie später im Detail zu erläutern ist, wird für das Profiling nicht bloss eine gesetzliche Grundlage als solche, sondern gar eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn verlangt. Diese Vorschriften müssen die Bundesorgane in all ihren Tätigkeitsbereichen beachten, in welchen nach Art. 40 nDSG

⁵⁹ NR Valérie Piller Carrard AB 2019 N 1806.

⁶⁰ BR Karin Keller-Sutter, AB 2019 S 1241; in diesem Sinne auch bereits NR Balthasar Glättli, AB 2019 N 1800.

⁶¹ Missverständnis in dieser Hinsicht das Votum von NR Balthasar Glättli, AB 2019 N 1800; gleicher Meinung wie hier: ARIOLI (Fn. 38), Rz. 78: «Profiling mit und ohne hohes Risiko unterliegt wie jede andere Datenbearbeitung der allgemeinen Informationspflicht gemäss Art. 19 revDSG.».

⁶² Vgl. hierzu BÜHLMANN/SCHÜEPF (Fn. 39), Rz. 75.

⁶³ Art. 31 Abs. 2 lit. c nDSG.

⁶⁴ Vgl. die entsprechenden Beschlüsse in der nachfolgenden Fahne: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/NS3-7%20D.pdf> (zuletzt besucht 2. März 2022).

nicht ausnahmsweise die Regelungen für private Verantwortliche greifen. Betroffen sind insofern zumindest aber im Grundsatz Tätigkeiten der Bundesorgane im Bereich der Sozialversicherungen, des Epidemiengesetzes (EpG) und des Bundespersonalgesetzes (BPG), auf welche an späterer Stelle eingegangen wird.

6. Leitplanken für die Auslegung des Profilingbegriffs

6.1. Vorbemerkungen und Relevanz des EU-Rechts

[49] In einem nächsten Schritt stellt sich somit die Frage, wann überhaupt von einem Profiling auszugehen ist, das die beschriebenen Rechtsfolgen auslöst. Bevor auf die entscheidenden Begriffselemente eingegangen wird, wird nachfolgend untersucht, wie es zu diesen Definitionen gekommen ist. Mit anderen Worten ist nachfolgend auf die Entstehungsgeschichte einzugehen. Daraus ergeben sich zugleich die mit den Regelungen verfolgten Zielsetzungen.

[50] Zunächst ist hervorzuheben, dass die beiden Legaldefinitionen des Profilings im nDSG und der DSGVO nicht rein zufällig inhaltlich identisch sind.⁶⁵ Vielmehr war, wie bereits angesprochen, ein unbestrittenes Kernziel der Totalrevision des Schweizer Datenschutzrechts, die Gesetzgebung an diejenige der EU anzugleichen. Namentlich soll die Schweiz auch künftig von einem Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission profitieren können, mit welchem das Datenschutzniveau der Schweiz als angemessen anerkannt wird.⁶⁶ Darüber hinaus sollten aber auch Vorgaben, die über diejenigen der EU hinausgehen («Swiss Finishes»), vermieden werden.⁶⁷ Selbst wenn in Bezug auf die besonderen Rechtsfolgen vom europäischen Vorbild abgewichen wurde, zeigt die Übernahme der Legaldefinition, dass **auf der Begriffsebene eine Auslegung in Übereinstimmung mit der EU-DSGVO angestrebt** wurde. Die Regelung in der DSGVO ist dementsprechend für das Verständnis des Profilingbegriffs von grosser Bedeutung.

6.2. EU: früheres Recht, Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen

6.2.1. Früheres Recht und Entstehungsgeschichte

[51] Folglich bietet es sich an, zunächst kurz die Entstehungsgeschichte in der EU darzulegen. Vor dem Erlass der DSGVO war der Begriff des Profilings im EU-Datenschutzrecht nicht definiert. Die Vorgängerin der DSGVO, die **EU-Datenschutzrichtlinie**⁶⁸, kannte aber bereits in deren Artikel 15 eine Regelung für automatisierte Entscheidungen. Danach mussten die Mitgliedstaaten jeder Person das Recht einräumen, *«keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschliesslich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht, wie beispielsweise ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer Kreditwürdigkeit, ihrer Zuverlässig-*

⁶⁵ Vgl. dazu oben Rz. 23 ff.

⁶⁶ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 6970.

⁶⁷ Vgl. z.B. die Voten von NR Beat Flach, AB 2020 N 144; NR Marco Romano, AB 2020 N 145 und AB 2020 N 1598; SR Daniel Fässler, AB 2020 S 1026.

⁶⁸ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 1995, S. 31.

keit oder ihres Verhaltens.» Wie die Hervorhebung zeigt, waren gleichwohl einige wichtige Elemente der Profiling-Definition bereits darin enthalten und bekannt.

[52] In ihrem DSGVO-Entwurf nahm die **EU-Kommission** diese Elemente wieder auf, wobei generell von (auf Profiling basierenden) «*Massnahmen*» statt «*Entscheidungen*» die Rede war. Gegen solche Massnahmen wurde weiterhin ein grundsätzliches Widerspruchsrecht vorgesehen.⁶⁹ Die EU-Kommission berücksichtigte bei ihrem Vorschlag explizit die Empfehlungen des Europarats zum Profiling⁷⁰ wick aber sowohl in Bezug auf die begriffliche Umschreibung als auch betreffend Rechtsfolgen davon ab.⁷¹

[53] Im Entwurf des **EU-Parlaments** wurde sodann eine daran angelehnte Definition des Profiling-Begriffs eingefügt.⁷² Das Widerspruchsrecht sollte demnach aber bereits gegen das Profiling als solches, nicht erst gegen die darauf basierte Massnahme bestehen.⁷³ Die minimalen Anpassungen an der Begriffsdefinition sowie die weniger strengen Vorgaben bei der gemeinsamen Regelung des Profilings und der automatisierten Entscheidungen gehen sodann auf den Standpunkt des **EU-Rats** zurück.⁷⁴

[54] Spezifische Voraussetzungen, nach denen das Profiling als solches rechtmässig sein könnte, auch wenn es nicht mit einer Einzelentscheidung verbunden ist, enthält die DSGVO folglich nicht. Vorschläge in dieser Hinsicht fanden im Rahmen der Einigungsverhandlungen («Trilog») offenbar keine Zustimmung. Der Berichterstatter im EU-Parlament wird deshalb so zitiert, dass mit der Erwähnung des «Profilings» primär ein «Anknüpfungspunkt» für die nachfolgenden Debatten über dieses wichtige Zukunftsthema geschaffen werden sollte.⁷⁵ In der Erwähnung des Profilings in Art. 22 DSGVO kann somit auch etwas eher Symbolhaftes gesehen werden, mit dem isoliert keine Rechtsfolgen aus Art. 22 DSGVO verknüpft sind.⁷⁶

⁶⁹ Vgl. den entsprechenden Art. 20 Abs. 1: «*Eine natürliche Person hat das Recht, nicht einer auf einer rein automatisierten Verarbeitung von Daten basierenden Massnahme unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkungen entfaltet oder sie in massgeblicher Weise beeinträchtigt und deren Zweck in der Auswertung bestimmter Merkmale ihrer Person oder in der Analyse beziehungsweise Voraussage etwa ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer wirtschaftlichen Situation, ihres Aufenthaltsorts, ihres Gesundheitszustands, ihrer persönlichen Vorlieben, ihrer Zuverlässigkeit oder ihres Verhaltens besteht.*», Vorschlag der EU-Kommission vom 25. Januar 2012, 2012/0011 (COD).

⁷⁰ Empfehlung CM/Rec(2010)13 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Profiling, vom 23. November 2010; vgl. nun aber die überarbeitete Empfehlung CM/Rec(2021)8, vom 3. November 2021.

⁷¹ Vgl. insb. die Definition des Profilings in Art. 1 lit. d Empfehlung CM/Rec(2010)13 als «*ein Verfahren der automatisierten Verarbeitung von Daten, das darin besteht, einer natürlichen Person ein «Profil» zuzuordnen, um insbesondere Entscheidungen in Bezug auf ihre Person zu treffen oder um ihre persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen und Einstellungen zu analysieren oder vorherzusagen*;».

⁷² Vgl. den entsprechenden Art. 4 Ziff. 3a: «*«Profiling» jede Form automatisierter Verarbeitung personenbezogener Daten, die zu dem Zweck vorgenommen wird, bestimmte personenbezogene Aspekte, die einen Bezug zu einer natürlichen Person haben, zu bewerten oder insbesondere die Leistungen der betreffenden Person bei der Arbeit, ihre wirtschaftliche Situation, ihren Aufenthaltsort, ihre Gesundheit, ihre persönlichen Vorlieben, ihre Zuverlässigkeit oder ihr Verhalten zu analysieren oder vorauszusagen*;».

⁷³ Vgl. Artikel 20 Abs. 1: «*Unbeschadet der Bestimmungen des Artikels 6 hat jede natürliche Person das Recht, dem Profiling gemäss Artikel 19 zu widersprechen. Die betroffene Person ist über ihr Recht, dem Profiling zu widersprechen, in deutlich sichtbarer Weise zu unterrichten.*», Vorschlag des EU-Parlaments vom 12. März 2014, P7_TA(2014)0212.

⁷⁴ Vgl. den Standpunkt (EU) Nr. 6/2016, des EU-Rates in erster Lesung vom 8. April 2016, (2016/C 159/01); vgl. zum Ganzen auch LORENTZ (Fn. 46), S. 79 ff.

⁷⁵ Vgl. die Hinweise bei TAEGER (Fn. 40), Art. 22 N 5.

⁷⁶ TAEGER (Fn. 40), Art. 22 N 5.

6.2.2. Zielsetzungen

[55] Dieser Blick auf die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die Regelung des Profilings auch in der EU stark umstritten war und es schwerfiel, eine ausgewogene Kompromisslösung zu finden. Ein Erklärungsansatz dafür kann in der grossen Bedeutung gesehen werden, welche den Technologien zugeschrieben wird, die mit den Vorschriften rund um das Profiling geregelt werden sollen. So wurden die Regelungen jeweils auch in **Verbindung zum technischen Fortschritt und den Möglichkeiten zur Bearbeitung grosser Datenmengen** unter Einsatz von Data-Mining- bzw. Big Data Technologien sowie Algorithmen und maschinellem Lernen bzw. künstlicher Intelligenz gebracht.⁷⁷ Dieser Bezug wird denn auch zu Recht regelässig in den einschlägigen Stellungnahmen von Behörden⁷⁸ und in der Literatur⁷⁹ betont.

[56] Der EU-Gesetzgeber war sich demnach der Bedeutung dieser Technologien, die mit dem Profiling in Verbindung stehen, oder – generell und technologieutral – der entsprechenden Bearbeitungsvorgänge bewusst. Zugleich sollte aber den Risiken, die mit den Bearbeitungsvorgängen verbunden sind, durch die neuen Vorschriften angemessen begegnet werden können. Spezifisch mit Blick auf das Profiling – losgelöst von automatisierten Einzelentscheidungen – wird denn auch in den Erwägungsgründen implizit zum Ausdruck gebracht, was die **Gefahren sind, die damit assoziiert werden**. So hat der Gesetzgeber offenbar Bedenken in Bezug auf die Transparenz und Fairness von solchen automatisierten Bearbeitungen.⁸⁰ Je nach Lehrmeinung muss in diesem Sinne somit, wie erwähnt, auch beim «blossen» Profiling über die in die Automatisierung involvierte Logik und die Folgen informiert werden.⁸¹ Die betroffene Person soll demnach zumindest die Grundannahmen erfahren können, die der automatisierten Bearbeitung zugrunde liegen und was das Ergebnis der Bearbeitung für sie bedeuten kann.⁸²

[57] Zum Ausdruck kommt in den Erwägungsgründen auch die **Befürchtung der Fehlerhaftigkeit der Bearbeitungen** oder, genauer, der diesen zugrundeliegenden mathematischen oder statischen Verfahren mit der Folge von unrichtigen personenbezogenen Daten.⁸³ Dieser Aspekt wird treffend mit der Gefahr eines «Generalisierungsunrechts» beschrieben, die dem Profiling bzw. den diesem üblicherweise zugrunde liegenden statistisch-mathematischen Verfahren innewohnt. Denn ob die im Zuge eines Profilings vorgenommene Persönlichkeitsbewertung im konkreten Fall tatsächlich der betroffenen Person gerecht wird, hängt von der Genauigkeit des automatisierten Verfahrens ab.⁸⁴ Zugleich können Personen mittels Profiling auch auf eine bestimmte Kategorie festgelegt und auf ihre vorgeschlagenen Präferenzen beschränkt werden, was zu einer Einschränkung ihrer Wahlfreiheit beispielsweise in Bezug auf bestimmte Produkte oder Dienst-

⁷⁷ Vgl. z.B. COMMISSION STAFF WORKING PAPER, Impact Assessment, vom 25. Januar 2012, SEC(2012) 72 final, S. 23 f.; Generaldirektion Interne Politikbereiche, Reform des Datenschutzpakets, September 2012, PE 492.431, 72 ff.; Begründungen zu den Änderungsanträgen im Bericht zum Vorschlag des EU-Parlaments, A7-0402/2013, z.B. Nr. 88 auf S. 660; ferner die Mitteilung der Kommission, Der Schutz der Privatsphäre in einer vernetzten Welt, Ein europäischer Datenschutzrahmen für das 21. Jahrhundert, 25. Januar 2012, S. 1 erster Absatz.

⁷⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 5.

⁷⁹ Vgl. z.B. SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 1; SPIECKER genannt DÖHMANN (Fn. 50), S. 350 f. und 363.

⁸⁰ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 71.

⁸¹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 60.

⁸² Vgl. PAAL/HENNEMANN (Fn. 46), Art. 13 N 31a-31c.

⁸³ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 71.

⁸⁴ BUCHNER (Fn. 41), Art. 4 Abs. 4 N 8.

leistungen führen kann.⁸⁵ Zuletzt geht aus den Erwägungsgründen⁸⁶ auch hervor, dass der EU-Gesetzgeber dem Profiling eine Gefahr für Diskriminierung gestützt auf verpönte Merkmale zuschreibt, es also letztlich bspw. auch zur ungerechtfertigten Verweigerung von Leistungen führen kann.⁸⁷

6.3. CH: bisheriges Recht, Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen

6.3.1. Bisheriges Recht und Begriff des Persönlichkeitsprofils

[58] Ähnlich wie im EU-Datenschutzrecht existierte der Begriff des Profilings im Schweizer Recht bislang nicht. Im Unterschied zur EU fehlte hierzulande aber auch eine Regelung zur automatisierten Entscheidungsfindung. Vielmehr **enthält das bisherige Recht nur den Begriff des Persönlichkeitsprofils**. Für die Bearbeitung desselben gelten dieselben erhöhten Anforderungen wie für besonders schützenswerte Personendaten. Als Persönlichkeitsprofil gilt nach Art. 3 lit. d DSG: «eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt».

[59] Aus einer der wenigen einschlägigen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts⁸⁸ ergibt sich zur Konkretisierung des Begriffs Folgendes: Ein Persönlichkeitsprofil ist eine 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. Gemäss Bundesverwaltungsgericht kann der Begriff des Persönlichkeitsprofils allerdings nicht generell definiert werden, vielmehr ist das Vorliegen eines Persönlichkeitsprofils im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände zu bestimmen. Zentrale Kriterien sind dabei der konkrete Zusammenhang der Verwendung der Daten sowie die Menge und der Inhalt der Daten und ob und inwiefern diese Werturteile über die betroffene Person erlauben. Auch die zeitliche Dimension sei entscheidend: Personendaten, die über einen längeren Zeitraum zusammengetragen werden und dadurch gleichsam ein biografisches Bild ergeben, indem sie eine Entwicklung, einen Werdegang der betroffenen Person aufzeigen, sind eher als Persönlichkeitsprofil zu qualifizieren als Daten, die eine bloss Momentaufnahme darstellen.

6.3.2. Entstehungsgeschichte und Zielsetzungen

[60] Entsprechend dem erklärten Vorbild der DSGVO wurde das Profiling dann bereits im **Vorentwurf** des nDSG geregelt und eine Streichung der Regelungen zum Persönlichkeitsprofil vorgeschlagen. Letzteres blieb bis zum Schluss des Gesetzgebungsverfahrens unbestritten, wobei das Persönlichkeitsprofil eine späte und unerwartete Wiederauferstehung erfuhr, nämlich in der Definition des Profilings mit hohem Risiko. Darauf ist später einzugehen.⁸⁹ Der Vorentwurf enthielt jedenfalls bereits eine Definition des Profilings, das Ausdrücklichkeitserfordernis (Art. 4 Abs. 6

⁸⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 6.

⁸⁶ Erwägungsgrund Nr. 71.

⁸⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 6.

⁸⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4232/2015 vom 18. April 2017, E. 5.2.1.

⁸⁹ Vgl. dazu unten Rz. 67 und Rz. 260 ff.

VE-nDSG), das erwähnte explizite Einwilligungserfordernis (Art. 23 Abs. 2 lit. d VE-nDSG) sowie das Erfordernis der Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne (Art. 27 Abs. 2 VE-nDSG).

[61] Der **Verzicht auf den Begriff des Persönlichkeitsprofils** begründete der Bundesrat⁹⁰ damit, dass er eine Schweizer Besonderheit darstelle, ihm keine grosse Bedeutung zukomme und als durch die Entwicklung neuer Technologien überholt erscheine. Der Begriff weise zwar Ähnlichkeiten zum Profiling auf, jedoch seien sie nicht deckungsgleich. Das Persönlichkeitsprofil sei das Ergebnis eines Bearbeitungsprozesses und erfasse damit etwas Statisches. Hingegen umschreibe das Profiling eine bestimmte Form der Datenbearbeitung, mithin einen dynamischen Prozess. Darüber hinaus sei der Vorgang des Profilings auf einen bestimmten Zweck ausgerichtet.

[62] Die ursprünglich im Vorentwurf vorgeschlagene Definition des Profilings lautete wie folgt:

«jede Auswertung von Daten oder Personendaten, um wesentliche persönliche Merkmale zu analysieren oder Entwicklungen vorherzusagen, insbesondere bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, Intimsphäre oder Mobilität.»

[63] Diese Definition stiess sodann in der Vernehmlassung auf Kritik. Beanstandet wurde namentlich, dass sie von derjenigen der EU-DSGVO abwich, auf den zweiten Grund ist zurückzukommen.⁹¹ Ausgehend davon passte der Bundesrat die Definition an, um die Kritik aufzunehmen. Auch das erwähnte Einwilligungserfordernis des Vorentwurfs fand sich sodann bereits im bundesrätlichen Entwurf nicht mehr. Nach der (zwischenzeitlichen) Definition im Entwurf des Bundesrats wurde unter Profiling Folgendes verstanden:

«die Bewertung bestimmter Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten, insbesondere um die Arbeitsleistung, die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Gesundheit, das Verhalten, die Vorlieben, den Aufenthaltsort oder die Mobilität zu analysieren oder vorherzusagen.»

[64] Auf die weiteren Schritte und Diskussionen in der parlamentarischen Debatte rund um die Rechtsfolgen wurde vereinzelt bereits hingewiesen. Hervorzuheben ist hier die neuerliche Anpassung der Begriffsdefinition aus dem bundesrätlichen Entwurf bereits in der ersten Debatte im Nationalrat als erstberatender Rat. Er folgte damit dem Vorschlag seiner vorberatenden Kommission.⁹² Damit verbunden war das auch hier **bekräftigte Ziel der möglichst grossen Übereinstimmung mit der Regelung in der EU-DSGVO**.⁹³ Dieser Definition schloss sich auch der Ständerat an, weshalb die letztlich verabschiedete Fassung bereits vergleichsweise früh feststand, während die Profiling-Vorschriften auf der Rechtsfolgenseite bis zuletzt strittig blieben.

[65] Der parlamentarische Kompromiss führte sodann zu den erwähnten Rechtsfolgen, differenziert nach gewöhnlichem Profiling und Profiling mit hohem Risiko. Dies geht auf die dahingehend erzielte Einigung zurück, dass nicht jedes Profiling datenschutzrechtlich problematisch

⁹⁰ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7021, sowie der erläuternde Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21. Dezember 2016, S. 44.

⁹¹ Vgl. unten Rz. 80.

⁹² Vgl. den in der folgenden Fahne enthaltenen Beschluss: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-1%20D.pdf> (zuletzt besucht: 5. März 2022).

⁹³ Vgl. NR Marco Romano, AB 2018 N 962; NR Marco Romano, AB 2019 N 1774; NR Mathias Samuel Jauslin, AB 2019 N 1790; NR Mathias Samuel Jauslin, AB 2020 N 148.

ist.⁹⁴ Die Beratungen nach den ersten Debatten in den Räten drehten sich in der Folge nur noch darum, wie das «problematischere» Profiling umschrieben werden soll, aber **nicht mehr um die Definition des gewöhnlichen Profilings**.⁹⁵ Jedenfalls verfolgten die Räte bei der Regelung des Profilings letztlich ein risikobasiertes Konzept.⁹⁶ Es wurde explizit zum Ausdruck gebracht, dass Profiling nicht nur für Unternehmen und die Verwaltung, sondern **auch für die betroffenen Personen nützlich und sinnvoll sein kann**.⁹⁷ Mit der Regelung sollte aber gleichwohl den Risiken der neueren Technologien wie Big Data und künstlicher Intelligenz, die mit dem Profiling assoziiert wurden, angemessen begegnet werden können.⁹⁸

[66] Im Rahmen der Differenzvereinbarung wurde sodann primär noch darüber gestritten, wie das **Profiling mit hohem Risiko** definiert werden soll. Zur Debatte stand namentlich,⁹⁹ bei der Definition des Profilings mit hohem Risiko darauf abzustellen, ob das Profiling im Ergebnis zu besonders schützenswerten Daten führt. Dieser Vorschlag stammte ursprünglich aus dem Nationalrat, der aber zwischenzeitlich sogar vollständig auf die Definition eines Profilings mit hohem Risiko verzichten wollte. Demgegenüber sollte nach der «nachgebesserten» Auffassung des Ständerats darauf abgestellt werden, dass ein Profiling mit hohem Risiko bei einem Profiling vorliegt, *«das ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, indem es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt»*. Etwas verkürzt liegt danach ein Profiling mit hohem Risiko vor, wenn es zu einem Persönlichkeitsprofil führt, wie es im geltenden Recht definiert wird. Diese Version setzte sich schliesslich durch. Begründet wurde dies damit, dass hierdurch **das bestehende Schutzniveau nicht unterschritten** werde.¹⁰⁰

7. Elemente des Profiling-Begriffs im Einzelnen

[67] Die Analyse der Hintergründe der Profiling-Vorschriften in der EU und der Schweiz hat gezeigt, wie kontrovers die Debatten waren. Es fiel den Gesetzgebern entsprechend schwer, eine Einigung über die spezifischen Rechtsfolgen zu finden. Während in der EU umstritten ist, ob das Profiling überhaupt spezifische Rechtsfolgen auslöst, oder stets nur, wenn es zugleich eine automatisierte Einzelentscheidung darstellt, differenzierte der Schweizer Gesetzgeber nach Kategorien von Profiling, und zwar dem gewöhnlichen Profiling und dem Profiling mit hohem Risiko.

[68] Die spezifischen Rechtsfolgen in der Schweiz gelten deshalb primär für das Profiling mit hohem Risiko. Einzig für Bundesorgane hat er es bei einer spezifischen Rechtsfolge für die Vornah-

⁹⁴ Vgl. NR Marco Romano AB 2019 N 1777, NR Marco Romano AB 2019 N 1784; Schriftliche Begründung zum Einzelantrag Glättli AB 2019 N 1793; SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1240; SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1244; NR Andi Silberschmidt, AB 2020 N 142; SR Ruedi Noser, AB 2020 S 292; NR Corine Gredig, AB 2020 N 1598.

⁹⁵ Vgl. SR Daniel Fässler, AB 2019 S 1240.

⁹⁶ BR Karin Keller-Sutter, AB 2020 S 291.

⁹⁷ NR Beat Flach, AB 2020 N 144.

⁹⁸ NR Balthasar Glättli, AB 2020 N 140; BR Karin Keller-Sutter, AB 2020 N 146; vgl. ferner bereits die Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 6969.

⁹⁹ Vgl. die in der nachfolgenden Fahne abgebildeten Beschlüsse: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/NS3-7%20D.pdf> (zuletzt besucht: 7. März 2022).

¹⁰⁰ Vgl. BR Karin Keller-Sutter, AB 2020 S 291; SR Daniel Fässler, AB 2020 S 292; NR Cédric Wermuth, AB 2020 N 1596, NR Corine Gredig, AB 2020 N 1598; BR Karin Keller-Sutter, AB 2020 N 1599.

me eines gewöhnlichen Profilings belassen. Wann diese konkret ausgelöst wird, soll nachfolgend untersucht werden.

7.1. Vorbemerkung: Hinweis auf zwei- und dreiphasiges Profiling

[69] Der einleitend erfolgte Blick auf die (inhaltlich) identischen Legaldefinitionen bringt **zwei Tatbestandselemente** hervor:

1. automatisierte Verwendung von Personendaten;
2. mit dem Ziel der Bewertung persönlicher Aspekte.

[70] Im Übrigen wird aber deutlich, dass sich die Lehre mit der sehr weit gefassten und als unscharf bezeichneten Begriffsdefinition und der Abgrenzung gegenüber der gewöhnlichen «Bearbeitungen» sehr schwer tut.¹⁰¹ Ein möglicher Grund für die Schwierigkeiten sei an dieser Stelle bereits vorausgeschickt: So wurde in der Literatur bereits früh erkannt, dass sich das Profiling durch unterschiedliche Verarbeitungsphasen auszeichnet,¹⁰² wobei es das **zweiphasige und das dreiphasige Profiling zu unterscheiden** gilt.¹⁰³ Die Auseinandersetzungen mit dem Profiling fokussieren dabei aber regelmässig auf das dreiphasige Profiling. Auch in Behördenstellungnahmen wird darauf hingewiesen, dass das Profiling drei Phasen umfassen «kann»: Es handelt sich vereinfacht um die folgenden drei Phasen, die bereits im erläuternden Bericht des Ministerkomitees zu den Empfehlungen des Europarats zum Profiling 2010¹⁰⁴ aufgezeigt werden:¹⁰⁵

1. Datenerhebung;
2. automatisierte Analyse zur Ermittlung von Korrelationen;
3. Anwendung der Korrelation auf eine Person, um Merkmale des aktuellen oder künftigen Verhaltens zu ermitteln.

[71] In der Lehre werden diese Schritte regelmässig aufgenommen und als typisch bezeichnet, teilweise aber ohne klarzustellen, inwieweit sie begriffswesentlich sein sollen oder inwiefern bereits ein isolierter Teilschritt alleine als Profiling qualifiziert werden soll oder nicht, wobei dies im besonderen Ausmass für die Schweizer Literatur zutrifft.¹⁰⁶ Wie noch zu zeigen ist, mögen diese drei Phasen zwar typisch sein und liegen auch dem wohl meistgenannten und (in der Qualifikation als solchem unumstrittenen) Anwendungsfall des Profilings¹⁰⁷ zugrunde, dem Kredit-Scoring,

¹⁰¹ Vgl. auch SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 1; ROSENTHAL (Fn. 2), Rz. 25.

¹⁰² Vgl. dazu NIKO HÄRTING, Profiling: Vorschläge für eine intelligente Regulierung, CR 2014, 528 ff., 529.

¹⁰³ Vgl. zur Unterscheidung LORENTZ (Fn. 46), S. 33 ff.

¹⁰⁴ Erläuternder Bericht des Ministerkomitees des Europarats vom 25. November 2010, CM(2010)147-add3final, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cdcd1, z.B. Rz. 38 und 98.

¹⁰⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7.

¹⁰⁶ Klar, aber zu Unrecht das zweiphasige Profiling implizit ausschliessend, ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35; wohl auch das zweiphasige Profiling einschliessend, HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 58 im Unterschied zu Rz. 177, unklar aber in Bezug auf die erste Phase, Rz. 56.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. TAEGER (Fn. 40), Art. 22 N 39; DAVID VASELLA, Profiling nach der DSGVO und dem E-DSG bei Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken und Datenschutz, Basel 2019, S. 193 und 196.

das zur Kreditwürdigkeitsprüfung eingesetzt wird.¹⁰⁸ **Begriffswesentlich sind die drei Phasen aber nicht.**

[72] Vielmehr erfassen die Begriffsdefinitionen des nDSG und der DSGVO zum einen auch das zweiphasige Profiling, bei welchem nur die Daten eines einzigen Datensubjekts erhoben (1. Phase) und bewertet (2. Phase) werden, also weder eine Ermittlung von Korrelationsmustern noch deren Anwendung auf eine Person erfolgt.¹⁰⁹ Es genügt, wenn eine anderweitige, isolierte Bewertung einer (einzigen) betroffenen Person, losgelöst von bestimmten Korrelationsmustern, vorgenommen wird. Zum anderen erstreckt sich das Profiling aber auch nicht auf die erste Phase, sodass das «blosse» Sammeln der Daten, auch wenn es im Hinblick auf ein Profiling erfolgt, nicht die besonderen Rechtsfolgen des Profilings auslöst.¹¹⁰

7.2. Automatisierte Verwendung von Personendaten

7.2.1. Verwendung in Abgrenzung von Erhebung

[73] Nach den Legaldefinitionen handelt es sich beim Profiling um eine besondere Erscheinungsform der Bearbeitung von Personendaten. Anders als der Begriff des Persönlichkeitsprofils im geltenden Schweizer Datenschutzrecht, der auf das Profil als solches und damit etwas Statisches abstellte, wird hier auf einen Vorgang und damit etwas Dynamisches abgestellt.¹¹¹ Konkret geht es um die «*Verwendung*» von Personendaten. Bereits daraus muss abgeleitet werden, dass das Profiling im Sinne der Legaldefinition **nicht auch die Erhebung und Speicherung von Daten umfasst**, die einer Verwendung denklogisch vorgelagert sind. Wurden keine Daten erhoben und gespeichert, können sie auch nicht «*verwendet*» werden.

[74] Indem nun in der Legaldefinition nur von der «*Verwendung*» gesprochen wird, sollte eine Ausdehnung auf die vorgelagerten Verarbeitungsschritte gerade nicht erfolgen.¹¹² So hatten namentlich **Vorschläge im EU-Rat, die auf einen Einbezug der «Erstellung von Profilen» abzielten, keinen Erfolg**.¹¹³ Zudem ist nicht ersichtlich, dass die Gesetzgeber die Verarbeitungsbegriffe der Erhebung bzw. Beschaffung und Verwendung nicht zu unterscheiden gewusst hätten.¹¹⁴ Dieses Ergebnis entspricht auch der Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe, welche in einer ersten Fassung ihrer einschlägigen Leitlinien¹¹⁵ auch die Phase der Datenerhebung dem Profilingbegriff unterstellen wollte, in der überarbeiteten Fassung allerdings nicht mehr.¹¹⁶ Auch die

¹⁰⁸ Vgl. SCHOLZ (Fn. 11), Art. 22 N 24; LORENTZ (Fn. 46), S. 110 f., ferner zum Scoring allgemein S. 70 f.

¹⁰⁹ Vgl. dazu unten Rz. 108.

¹¹⁰ Vgl. dazu sogleich unten Rz. 74 ff.

¹¹¹ Vgl. Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7021.

¹¹² In diesem Sinne auch LORENTZ (Fn. 46), S. 100.

¹¹³ Vgl. die Nachweise bei LORENTZ (Fn. 46), S. 92.

¹¹⁴ Vgl. bereits die Legaldefinitionen des Verarbeitungsbegriffs in Art. 4 Ziff. 2 EU-DSGVO und Art. 5 lit. d nDSG oder die Regelung der Informationspflicht, die ausdrücklich an die Erhebung bzw. Beschaffung anknüpfen (Art. 12 ff. DSGVO und Art. 19 ff. nDSG).

¹¹⁵ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, WP251, 3. Oktober 2017, S. 7, <https://bit.ly/37bbtcn> (zuletzt besucht: 7. März 2022: «... description of the three distinct stages of profiling: • data collection; • automated analysis to identify correlations; • applying the correlation to an individual to identify characteristics of present or future behaviour. Each of the above stages represents a process that falls under the GDPR definition of profiling.»).

¹¹⁶ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 8: «... Verantwortliche, die Profiling durchführen, müssen sicherstellen, dass sie die Anforderungen der DSGVO in Bezug auf alle oben genannten Phasen erfüllen.»).

Konferenz der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden (DSK) teilt diese Auffassung.¹¹⁷ Hiervon abweichende Stellungnahmen in der Literatur¹¹⁸ vermögen insofern zu Recht nicht einmal die Datenschutzbehörden zu überzeugen, selbst wenn diese eigentlich eine Ausdehnung gewünscht hätten bzw. de lege ferenda fordern.¹¹⁹ Auch die einzelnen möglicherweise anderslautenden Auffassungen im Schweizer Recht¹²⁰ vernachlässigen diese Argumente, namentlich den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Legaldefinition.

7.2.2. Zweck der Verwendung und Personendaten als Gegenstand

[75] Wie jede andere Bearbeitung auch, ist (oder muss) sie letztlich auf einen bestimmten Zweck gerichtet (sein), wobei beim Profiling ein Teilaspekt des Bearbeitungs-Zwecks bereits gesetzlich vorgegeben ist, nämlich die Bewertung persönlicher Aspekte.¹²¹ Auf diesen Zusammenhang zwischen «Verwenden» und «Bewerten» ist zurückzukommen.¹²² Zu ergänzen zur hinreichenden Zweckfestlegung ist jedoch der finale Zweck der Bewertung, z.B. die Personalisierung von Angeboten oder Werbung, wobei dies für die Qualifikation als Profiling irrelevant ist.¹²³

[76] Wie jede andere Bearbeitungsform, kommt auch als Profiling im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften nur eine Bearbeitung in Frage, die **Personendaten zum Gegenstand** hat. Werden mit dem Profiling nur Sachdaten oder anonymisierte Daten bearbeitet, gilt es nicht als Profiling im Sinne des Datenschutzrechts.¹²⁴ Ferner ist für die Unterstellung unter den Profilingbegriff essentiell, dass eine **individuelle Person** Gegenstand der Bearbeitung ist und nicht ausschliesslich eine Gruppe, innerhalb welcher einzelne Personen nicht aussonderbar sind.¹²⁵ Trägt ein Unternehmen z.B. die Altersklasse und den Wohnort seiner Kunden in aggregierter Form, also ohne weitere identifizierende Merkmale, zusammen, um eine Übersicht der Zusammensetzung seiner Kundschaft zu erhalten, um in Kombination mit weiteren Daten das unausgeschöpfte Marktpotential bestimmter Regionen abzuleiten, liegt zwar eine Datenbearbeitung,¹²⁶ nicht aber ein Profiling vor.¹²⁷ Ohne hier auf die Einzelheiten der (kontroversen) Diskussion rund um die

¹¹⁷ Datenschutzkonferenz (DSK) (Fn. 11), S. 24.

¹¹⁸ Wie hier: LORENTZ (Fn. 46), S. 100; SCHANTZ/WOLFF (Fn. 44), Rz. 732 f.; ANDREAS NICOLAS HÄUSELMANN, *Profiling and the GDPR: Harmonised Confusion*, in: Jusletter 12. Februar 2018, Rz. 4; a.A. RUSTICI, *GDPR Profiling and Business Practice*, CRi 2018, S. 34 ff., S. 41 f.; vgl. ferner ohne eingehende Begründung die Beispiele bei: STEFAN ERNST, in: Boris Paal/Daniel A. Pauly (Hrsg.), *DS-GVO BDSG*, 3. Aufl., München 2021, Art. 4 N 39; ferner wohl auch SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 2.

¹¹⁹ Datenschutzkonferenz (DSK) (Fn. 11), S. 24.

¹²⁰ So möglicherweise HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 56; Unklar, aber wohl auch wie hier: ROSENTHAL (Fn. 2), Rz. 24; klarer, allerdings noch zum bundesrätlichen Entwurf: DERS. *Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz*, in: Jusletter 27. November 2017, Rz. 22.

¹²¹ Vgl. auch Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7021.

¹²² S. unten Rz. 86 f.

¹²³ Vgl. auch ROLF AUF DER MAUR/DELIA FEHR-BOSSHARD, *Personalisierte Werbung*, in: Florent Thouvenin/Rolf H. Weber (Hrsg.), *Werbung – Online*, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 45.

¹²⁴ Vgl. z.B. auch ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35.

¹²⁵ Vgl. dazu aber LORENTZ (Fn. 46), S. 99 und 101, nach welcher gerade in der sog. Modellierungsphase, in welcher mittels Analysen der Daten Korrelationen, z.B. einer möglichst homogenen Gruppe, ermittelt werden sollen, oftmals bloss ein Bezug zu einer Gruppe, nicht aber einer einzelnen natürlichen Person bestehe.

¹²⁶ So fällt auch die Anonymisierung, falls im Beispiel überhaupt eine solche vorliegen würde, noch unter den Begriff der Datenbearbeitung, vgl. ALEXANDER ROSSNAGEL, in: Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker genannt Döhmman, *Datenschutzrecht*, Frankfurt/Kassel 2019, Art. 4 N 12; ferner ROSENTHAL (Fn. 21), Art. 4 N 63.

¹²⁷ In diesem Sinne wohl auch ARNING/ROTHKEGEL (Fn. 41), Art. 4 N 122; HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 147; ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 36.

Identifizierbarkeit einzugehen,¹²⁸ bleibt zu betonen, dass gerade im Kontext der automatisierten Verarbeitung von grossen Datenmengen unter Verwendung neuester Technologien eine Identifizierbarkeit sehr rasch gegeben sein oder sich zu einem späteren Zeitpunkt ergeben kann. Zumindest in der Praxis sollte daher nur zurückhaltend darauf abgestellt werden, dass gar nicht erst eine Bearbeitung von Personendaten vorliegt.

7.2.3. Zentrales Element der Automatisierung

[77] Eine zentrale Besonderheit der Bearbeitung besteht beim Profiling in der Automatisierung. Die DSGVO und das nDSG kennen dabei beide bereits eine breite Definition des Bearbeitungsbegriffs und es spielt bei anderen Bearbeitungsformen keine Rolle, ob die Bearbeitung automatisiert oder manuell erfolgt. Unter der DSGVO ist anders als im Schweizer Recht zumindest entscheidend, dass die Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 EU-DGSVO). Demgegenüber werden im Schweizer Recht grundsätzlich unterschiedslos auch alle nicht-automatisierten Formen des Umgangs mit Personendaten erfasst. Zur Abgrenzung des Profilings von «gewöhnlichen» Bearbeitungen dient deshalb mitunter die Automatisierung. Als Gegenstück der Automatisierung gilt die manuelle Bearbeitung¹²⁹. In diesem Sinne ist von einer automatisierten Bearbeitung die Rede, wenn sie **mit Hilfe von computergestützten Techniken** erfolgt.¹³⁰

[78] Beim Profiling wird somit explizit nur auf die automatisierten Vorgänge abgezielt. Im EU-Recht wird dabei wohl aber einhellig nicht verlangt, dass die Verarbeitung «ausschliesslich» automatisiert erfolgt, wie es für die Einzelentscheidungen im Sinne von Artikel 22 und Artikel 21 nDSG der Fall ist.¹³¹ Vielmehr muss bei einer Gesamtbetrachtung des Vorgangs noch davon gesprochen werden können, dass es sich um eine «*Art der automatisierten Verarbeitung*» handelt. Insofern schliesst ein manuelles Eingreifen einer Person in einen Verarbeitungsvorgang noch nicht unbedingt das Vorliegen eines Profilings aus.¹³²

[79] Mit Blick auf das Schweizer Recht könnte angesichts einzelner Stellungnahmen fraglich erscheinen, ob bei der Auslegung des Profilingbegriffs hiervon abgewichen werden soll. Grund dafür sind die bundesrätlichen Entwürfe der Begriffsdefinitionen. So bezog der Vorentwurf auch noch jegliche rein manuellen Verwendungen mit ein.¹³³ Nach der Kritik in der Vernehmlassung wurde hiervon jedoch zu Recht Abstand genommen. Der Bundesrat erläuterte dies mitunter damit, dass der Begriff «*nun insbesondere nur noch die automatisierte Bearbeitung von Personendaten*» erfasse und dass ein Profiling nur vorliege, «*wenn der Bewertungsprozess vollständig automatisiert*

¹²⁸ Zur Debatte steht namentlich die Frage, ob bereits Personendaten vorliegen, wenn eine Person, z.B. anhand von «Online-Kennungen» wie IP-Adressen aus der Masse ausgesondert oder «singularisiert» werden kann, ohne dass ihr aber auch ein Name oder ein Gesicht einer natürlichen Person zugeordnet werden kann (vgl. hierzu den Teilbescheid der österreichischen Datenschutzbehörde, GZ: D155.027 2021-0.586.257, vom 22. Dezember 2021, in Sachen «Google Analytics», D.2. Spruchpunkt 2. a) und b)).

¹²⁹ Erwägungsgrund Nr. 15 EU-DSGVO; BUCHNER (Fn. 41), Art. 4 N 5.

¹³⁰ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7022; HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 141 spricht von jeglichen Formen von elektronischen Kommunikationssystemen.; ROSSNAGEL (Fn. 127), Art. 2 N 14 spricht von «*durch Informationstechnik unterstützt*».

¹³¹ LORENTZ (Fn. 46), S. 99; Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7; Entscheidung der österreichischen Datenschutzbehörde (DSB), GZ: 2020-0.436.002 vom 8. September 2020 (Verfahrenszahl: DSB-D124.909), Abschnitt D 1. f.

¹³² Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7.

¹³³ Vgl. dazu AUF DER MAUR/FEHR-BOSSHARD (Fn. 124), S. 45 f.; DAVID ROSENTHAL, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet, in: Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 7.

ist.»¹³⁴ Bezugnehmend darauf liegt auch nach einem Teil der Schweizer Lehre nur dann ein Profiling vor, wenn der Bewertungsprozess vollständig automatisiert erfolgt.¹³⁵

[80] Sofern diese Auffassung so zu verstehen ist, dass der Verarbeitungsprozess beim Profiling vollumfänglich automatisiert zu erfolgen hat, ist sie abzulehnen. Der Grund dafür ist zum einen bereits, dass die relevante Stelle in der Botschaft nicht so absolut verstanden werden muss.¹³⁶ Umso mehr ist sie aber abzulehnen, weil, wie oben erwähnt, das Parlament explizit von der bundesrätlichen Fassung abgewichen ist und eine Übernahme der Definition der EU-DSGVO angestrebt hat. Damit verbunden sein muss auch die im Grundsatz übereinstimmende Auslegung.

[81] Das Profiling muss daher auch nach Schweizer Recht nicht vollständig automatisiert, aber schwergewichtig automatisiert erfolgen.¹³⁷ Es genügt, auch zur Verhinderung von missbräuchlichen Umgehungen, nicht, dass an irgendeiner Stelle im gesamten Vorgang ein Mensch eingeschaltet wird.¹³⁸ Zentral und begriffswesentlich ist unabhängig vom quantitativen Umfang der Automatisierung, dass **die angestrebte Bewertung, als qualitativ entscheidendes Element der Bearbeitung, automatisiert erfolgt.**¹³⁹ Darauf ist zurückzukommen.¹⁴⁰ Gleiches gilt auch für den Umstand, dass die Automatisierung nicht begriffsnotwendig, unter Einsatz von Algorithmen zu erfolgen hat.¹⁴¹ Trotzdem dürften faktisch kaum Vorgänge denkbar sein, die eine automatisierte Bewertung im Sinne der Definition durchführen können, ohne Zuhilfenahme von Algorithmen.¹⁴² An der Qualifikation als Profiling ändert schliesslich aber auch der Umstand nichts, dass das Ergebnis einer automatisierten Bewertung einer Nachprüfung und Plausibilitätskontrolle durch einen Menschen unterzogen wird,¹⁴³ solange dies nicht zu einem eigentlichen «Eingreifen» in die Bewertung führt. Denn wie erwähnt, ist für das Profiling auch im Schweizer Recht, anders als bei automatisierten Einzelentscheidungen, keine vollständige, sondern eine **qualitativ schwergewichtige Automatisierung** erforderlich. Mit anderen Worten kommen nur solche Vorgänge in Frage, bei welchen man, überspitzt ausgedrückt, zum Schluss gelangen muss, dass die **Bewertung das direkte Ergebnis einer «Maschine» ist und nicht auf einen Menschen zurückgeht.**

[82] Ausgehend davon wird klar, dass die elektronische Erfassung der Resultate von Blutdruckmessungen durch eine Hausärztin und deren Würdigung in der elektronischen Krankengeschichte einer Patientin oder die Erstellung eines Gutachtens mit Hilfe einer Textverarbeitungssoftware,

¹³⁴ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7021 f.

¹³⁵ So z.B. ARIOLI (Fn. 38), Rz. 78.

¹³⁶ Vgl. auch VASELLA (Fn. 108), S. 196; ROSENTHAL (Fn. 121), Rz. 24.

¹³⁷ Wie hier wohl ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35; ROSENTHAL (Fn. 2), Rz. 24; anders wohl HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 141: wohnach bereits eine Automatisierung vorliegt, «wenn sie nicht in jedem einzelnen Schritt durch einen Menschen manuell stattfindet».

¹³⁸ Vgl. DIRK SPACEK, Personalisierte Medien und Unterhaltung, sic! 2018 S. 377 ff.

¹³⁹ SIMON ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35; in diesem Punkt wie hier, unklar aber inwieweit im Übrigen eine Automatisierung vollständig zu erfolgen hat, ROSENTHAL (Fn. 2), Rz. 24 f.; ihm folgend, aber eine vollständige Automatisierung verlangend, ARIOLI (Fn. 38), Rz. 78.

¹⁴⁰ Vgl. dazu unten Abschnitt 7.3.2.

¹⁴¹ S. dazu unten insb. Rz. 117 ff.; ferner Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7022; HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 139.

¹⁴² Vgl. auch SPIECKER genannt DÖHMANN (Fn. 50), S. 363; auch der Bundesrat scheint davon auszugehen, dass regelmässig Algorithmen zum Einsatz kommen, Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7109 («Beim Profiling werden bestimmte Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten, namentlich mittels Algorithmen, bewertet.»).

¹⁴³ Vgl. in diesem Sinne auch die Entscheidung der österreichischen Datenschutzbehörde (DSB), GZ: 2020-0.436.002 vom 8. September 2020 (Verfahrenszahl: DSB-D124.909), Abschnitt D I. c-f.

wie z.B. Microsoft Word, durch einen Psychologen¹⁴⁴ kein Profiling im Sinne des nDSG und der DSGVO darstellen können. Anderslautende Stellungnahmen in der Lehre, in welchen keine Auseinandersetzung mit dem Begriffselement «automatisiert» erfolgt, sind deshalb klar abzulehnen.¹⁴⁵ Die Überlegungen lassen sich ferner auch auf den Arbeitskontext übertragen. Wenn also bspw. ein Vorgesetzter seine Wahrnehmungen und Einschätzungen betreffend Verhalten und Produktivität eines Mitarbeiters in das elektronische Personaldossier einträgt, liegt darin kein Profiling im Sinne der DSGVO und des nDSG vor.

7.3. Bewertung persönlicher Aspekte

7.3.1. Überblick

[83] Das zweite Element der Profiling-Definition wird zu Recht als das charakterisierende und damit das entscheidende Element für die Qualifikation einer Datenbearbeitung als Profiling bezeichnet.¹⁴⁶ Nach dem Wortlaut geht es hier im Kern um die automatisierte Verwendung von Personendaten, um bestimmte persönliche Aspekte zu bewerten. Zentral ist das Element der Bewertung und zwar der Bewertung persönlicher Aspekte. Mit der Einleitung des letzten Teilsatzes durch «*insbesondere*» wird sodann zum Ausdruck gebracht, dass dessen Inhalt primär der Veranschaulichung dient. Zum einen wird veranschaulicht, was in jedem Falle zu den relevanten persönlichen Aspekten zu zählen ist, nämlich: «*Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel*». Zum anderen lässt der Satzaufbau auch vermuten, dass in jedem Falle das Analysieren oder Vorhersagen solcher Aspekte als relevante Bewertungs-Vorgänge gelten sollen.¹⁴⁷

[84] Bereits relativ früh wurde anschaulich dargelegt, dass mitunter drei Auslegungen der Profiling-Definition in Frage kommen:¹⁴⁸

1. Nach *der extensiven Auslegung* würde man bereits bei der ersten Phase ansetzen und auch die Sammlung von Daten mit dem Zweck der späteren Nutzung für das Profiling als Profiling bezeichnen. Wie bereits dargelegt, kommt eine solche Interpretation bereits aufgrund der Entstehungsgeschichte nicht in Frage und wird nicht einmal von den EU-Datenschutzbehörden vertreten.¹⁴⁹
2. Des Weiteren könnte man im Sinne einer *sehr engen Auslegung* zum Schluss gelangen, dass neben der Bewertung stets kumulativ auch eine Vorhersage erforderlich ist, wird doch gerade in Letzterem ein besonders grosses wirtschaftliches Potenzial des Profilings gesehen.¹⁵⁰ Eine solche Auslegung scheidet aber bereits am Wortlaut, der wie dargelegt, viel eher zum

¹⁴⁴ LORENTZ (Fn. 46), S. 99.

¹⁴⁵ Vgl. insbesondere RAINER J. SCHWEIZER, Digitalisierung im Gesundheitswesen, *digma* 2020, S. 204 ff., 210, und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich an der Schlussfolgerung etwas ändern sollte durch den Umstand, dass die so generierten Informationen Eingang in eine «*ausführliche Krankengeschichte*» finden.

¹⁴⁶ Vgl. SCHOLZ (Fn. 11), S. 34 ff., 35; ferner auch BUCHNER (Fn. 41), Art. 4 Abs. 4 N 6.

¹⁴⁷ Vgl. auch NORA LORENTZ (Fn. 46), S. 94.

¹⁴⁸ RUSTICI (Fn. 119), S. 34 ff., S. 41 f.

¹⁴⁹ Vgl. oben Rz. 74 ff.

¹⁵⁰ Vgl. ERNST (Fn.119), Art. 4 N 39.

Ausdruck bringt, dass auch eine «Analyse» ausreichen kann. Zu Recht hat sich diese Auffassung auch nicht durchgesetzt.

3. Vielmehr ist *der dritten Lesart*¹⁵¹ zu folgen, wonach für die Qualifikation als Profiling nur das Bewerten, nicht aber sämtliche Vorstufen davon, insbesondere nicht das Sammeln relevant sind, wobei auf das Verhältnis zwischen Bewerten und Vorhersagen und Analysieren zurückzukommen ist.

7.3.2. Zusammenhang zwischen Verwenden und Bewerten

[85] Sodann wird durch die Formulierung «um... zu bewerten» klar, dass das **Ziel der Verwendung in der Bewertung der persönlichen Aspekte liegen muss**. Entscheidend soll deshalb das Ziel sein und nicht die konkrete technische Ausgestaltung des Verarbeitungsvorgangs.¹⁵² Allerdings ist wiederum nicht restlos klar, wie dieser Punkt zu verstehen ist. Soll deshalb allein auf das Endziel und damit die Absicht einer Verarbeitung abgestellt werden? Genügt also bereits jegliche Verwendung, die in den Augen des Verantwortlichen der Bewertung dienen soll? Soll auch schon jede Verarbeitung, die eine Vorstufe eines Prozesses darstellt, an dessen Ende eine Bewertung erfolgt, hierzu gehören? Dies ist bereits deshalb zu verneinen, weil andernfalls wiederum bereits die Erhebung und Speicherung von Daten erfasst wäre, wenn dies mit dem Ziel der späteren Bewertung erfolgt. Der Gesetzgeber hat sich gegen eine derart weite Definition entschieden. Der Profilingbegriff hätte in diesem Fall auch kaum mehr Konturen und eine praktikable Abgrenzung gegenüber gewöhnlichen Verarbeitungen wäre nicht mehr möglich. Wie noch zu zeigen ist,¹⁵³ würde der Profilingbegriff andernfalls auch unzählige alltägliche Verarbeitungen mitumfassen, wie das bloße Sortieren von Daten in einer Datenbank.

[86] Folglich kann es sich bei einer relevanten Verwendung nur um einen (schwergewichtig automatisierten)¹⁵⁴ Vorgang handeln, der insgesamt als ein Bewerten charakterisiert werden kann. Dass für diese Beurteilung die Absicht im Sinne des Gedankens eines Menschen, der, z.B. als Anwender einer Software, in den Bewertungsvorgang involviert ist, nicht entscheidend sein kann, ergibt sich bereits aus dem Element der Automatisierung.¹⁵⁵ **Massgeblich kann nur sein, inwiefern der (automatisierte) Vorgang als solcher auf eine Bewertung abzielt**. Die Absicht oder das Ziel des Verantwortlichen ist deshalb nur, aber immerhin insofern relevant, als sie im Vorgang selbst in irgendeiner Form verkörpert ist. Für die Beurteilung ist deshalb eine **objektive Perspektive** massgeblich und es ist zu prüfen, ob der Verantwortliche mit dem konkreten Vorgang unter den gegebenen Umständen insgesamt auf eine Bewertung abzielt oder nicht. Diese Beurteilung wird nicht immer leicht fallen und eine vorgenommene Bewertung nicht immer offensichtlich sein. Dies gilt gerade auch deshalb, weil das Ergebnis der Bewertung nicht zwingend visuell wahrnehmbar sein muss und sich nicht zwingend ausdrücklich manifestieren muss, sondern aus den «Output-Daten» auch nur implizit hervorgehen kann, also über einen zusätzlichen Gedankenschritt.¹⁵⁶ Anders als die Bewertung selbst, können deshalb solche Rückschlüsse auch

¹⁵¹ Als «*moderately restrictive interpretation*» bezeichnet, RUSTICI (Fn. 119), S. 34 ff., S. 41.

¹⁵² SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 4.

¹⁵³ S. unten Rz. 122.

¹⁵⁴ S. dazu bereits oben Rz. 82.

¹⁵⁵ Vgl. dazu oben Abschnitt 7.2.3.

¹⁵⁶ Vgl. dazu insbesondere auch unten Abschnitt 7.3.5.4.

bloss gedanklich bzw. «im Kopf» erfolgen und es ist aus objektiver Perspektive zu beurteilen, inwiefern darin ein relevanter Bewertungsvorgang zu sehen ist. Es wird hier also ein Wertungsentscheid im Einzelfall vorgenommen werden müssen, wobei die Kriterien der nachfolgenden Abschnitte heranzuziehen sind.

[87] Gelangt man zum Schluss, dass ein solches (computergestütztes) Bewerten vorliegt, stellt sich jeweils noch die **Frage, welche Bearbeitungsschritte bzw. «Verwendungen» konkret dazu zu zählen** sind. Es kann sich dabei nur um Bearbeitungsschritte handeln, die objektiv einem Bewerten zuzurechnen sind. Mit anderen Worten können neben dem Bewerten als solchem nur Verwendungen relevant sein, die einen engen Zusammenhang mit diesem Kernelement aufweisen.¹⁵⁷ Hierzu zu zählen ist deshalb, anders als das Erheben, bspw. das Auslesen und Abfragen der bereits vorhandenen Datenbasis aus der eigenen Datenbank, welche in der Folge ausgewertet wird, auch wenn diese Vorgänge als solche allein nicht als Profiling qualifizieren.¹⁵⁸ Der Bewertung zuzurechnen ist sodann insbesondere auch das Speichern des Ergebnisses der Bewertung, d.h. der «Output-Daten» im Sinne von neuen Erkenntnissen,¹⁵⁹ in einer Datenbank, also ein eventuelles Ergänzen oder Anpassen des bisherigen Datenbankeintrags. Demgegenüber wird aber die Weitergabe bzw. Übermittlung der entsprechenden Datensätze an einen Dritten bzw. Datenempfänger nicht mehr der «Bewertung» zuzurechnen sein.

7.3.3. Begriff des Bewertens

[88] Die Kernfrage, was konkret unter einer Bewertung zu verstehen ist, bleibt damit noch unbeantwortet. Ein Blick auf die englische («*evaluate*») und die französische («*évaluer*») Sprachfassungen der DSGVO sowie die französischen («*évaluer*») und italienischen («*valutare*») Fassungen des nDSG zeigt, dass die deutsche Fassung sich inhaltlich mit diesen deckt. Gemäss Duden kann «bewerten» umschrieben werden mit: «*dem [Geld]wert, der Qualität, Wichtigkeit nach [ein]schätzen, beurteilen*» und Synonyme von «bewerten» sind demnach: «*begutachten, beurteilen, eine Wertung vornehmen, einschätzen*».¹⁶⁰ Auch nach der Ansicht der EU-Datenschutzbehörden legt das Wort «Bewerten» «nahe, dass es **beim Profiling um eine Art Einschätzung oder Beurteilung einer Person geht.**»¹⁶¹

[89] Klar wird bereits daraus, sowie aus der Analyse des Wortlauts, dass es sich bei einem Bewerten nicht bloss unspezifisch um jegliches Verwenden von Daten handeln kann, sondern dass es von diesem abzugrenzen ist.¹⁶² Wie vorangehend ausgeführt, muss die Wendung «*verwendet werden, um ... zu bewerten*» dahingehend verstanden werden, dass nicht nur das Bewerten als solches, sondern auch diesem zuzurechnende Bearbeitungsschritte dem Profiling-Begriff unterfallen. Im Kern geht es aber eben um das Bewerten. Wie bereits angedeutet, muss sodann die

¹⁵⁷ Anders, also nicht aufgrund des fehlenden engen Zusammenhangs verneinend, zumindest die zweite Begründung bei LORENTZ (Fn. 46), S. 100, welche das Erheben und Speichern von Daten im Rahmen der sog. Datenaggregationsphase als erste Stufe des Profilingprozesses nicht unter das Profiling fallen lässt, weil darin selbst keine Bewertung liege, auch wenn sie die Bewertung ermöglichen.

¹⁵⁸ Vgl. dazu auch unten Rz. 122 ff.

¹⁵⁹ S. dazu unten Rz. 100 ff.

¹⁶⁰ Duden, Wörterbuch, Eintrag zu «bewerten», <https://www.duden.de/rechtschreibung/bewerten> (zuletzt besucht: 9. März 2022).

¹⁶¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 13.

¹⁶² So könnte aber HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 143, missverstanden werden, wonach bereits die Kenntnisnahme genügen solle, vgl. sodann aber Rz. 146.

Wendung «*insbesondere... zu analysieren oder vorherzusagen*» so verstanden werden, dass es sich um Erscheinungsformen bzw. Veranschaulichungen des Oberbegriffs «bewerten» handelt.¹⁶³

[90] Gemeinsam ist zumindest dem «Bewerten» und «Vorhersagen», dass ihre Bedeutung leichter fassbar ist, und zwar in dem Sinne, dass der Tätigkeit und dem Ergebnis eine **gewisse Subjektivität im Sinne eines subjektiven Beurteilungsspielraums oder Ermessens und damit eine Unschärfe inhärent** ist.¹⁶⁴ Dies bekräftigen die Synonyme, die damit in Verbindung gebracht werden, namentlich das «Einschätzen». Mit anderen Worten geht es um eine Tätigkeit, deren Ergebnis in der Regel nicht identisch ausfällt, wenn sie von zwei unterschiedlichen Personen durchgeführt wird.

[91] Demgegenüber ist der **Begriff der Analyse** im vorliegenden Kontext vieldeutiger, vermittelt aber eher den Eindruck einer präzisen Tätigkeit. So wird «analysieren» denn auch wie folgt umschrieben: «*auf einzelne Merkmale hin untersuchen; zergliedern und dadurch klarlegen*».¹⁶⁵ Nach dieser Umschreibung lässt sich «analysieren» allerdings schwer mit den anderen beiden Varianten und insbesondere dem Oberbegriff in Verbindung setzen. So dürfte sich doch das reine Untersuchen oder Aufgliedern in Einzelteile vielfach nach einer gewissen Logik und auch frei von subjektiven Wertungen vornehmen lassen. Eine Analyse erfolgt jedoch regelmässig nicht zum Selbstzweck. Vielmehr dient sie zumindest dem besseren Verständnis eines Gegenstands oder Lebenssachverhalts oder dessen Erklärung.¹⁶⁶ Daraus wird deutlich, dass auch der Begriff der Analyse so verstanden werden kann, dass er nicht gewissermassen nach der «Untersuchung» oder «Zergliederung» aufhört, sondern mit einer anschliessenden Einordnung und Erklärung des zergliederten Sachverhalts verbunden ist. Da es sich um einen Unterbegriff der Bewertung handelt, kann von mehreren Bedeutungen nur diejenige massgeblich sein, die noch mit derjenigen des Oberbegriffs im Einklang steht. Bekräftigt wird diese Interpretation auch durch nachfolgende Überlegungen zur Frage des Gegenstands der Bewertung, nämlich der persönlichen Aspekte und der damit verbundenen Komplexität. Diese weiteren Charakteristiken der massgeblichen Bewertung könnten von einer blossen Analyse im erstgenannten Sinne nicht erfüllt werden. Zudem zeigt die Entstehungsgeschichte in der EU, dass die drei Begriffe ursprünglich gleichrangig nebeneinander gestellt wurden, anschliessend aber das Bewerten vorangestellt und damit als Oberbegriff, auch der Analyse, verankert wurde.¹⁶⁷

[92] Im Sinne eines **Zwischenfazits** lassen sich die drei Begriffe deshalb wie folgt in Verbindung bringen: Während die Analyse so zu verstehen ist, dass damit eine Bewertung von vergangenen oder gegenwärtigen Aspekten vorgenommen wird, enthält das Vorhersagen eine Bewertung bzw. Prognose von zukünftigen Aspekten.¹⁶⁸ Das Profiling umfasst insofern richtigerweise beide Betrachtungsweisen, wobei es für die Qualifikation nicht entscheidend ist, ob die fragliche Tätigkeit

¹⁶³ So auch LORENTZ (Fn. 46), S. 90 und 94 mit Hinweisen zur Entstehungsgeschichte und insbesondere darauf, dass die drei Verben nach dem Vorschlag des EU-Parlaments einander gleichgestellt waren.

¹⁶⁴ In diesem Sinne auch ROSENTHAL (Fn. 2), Rz. 24.

¹⁶⁵ Duden, Wörterbuch, Eintrag zu «analysieren», <https://www.duden.de/rechtschreibung/analysieren> (zuletzt besucht: 9. März 2022).

¹⁶⁶ In diesem Sinne lautet die Umschreibung von «analyse» in den Oxford Learner's Dictionaries denn auch: «*to examine the nature or structure of something, especially by separating it into its parts, in order to understand or explain it*», <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/analyse?q=analyze> (zuletzt besucht: 9. März 2022).

¹⁶⁷ Vgl. LORENTZ (Fn. 46), S. 90 und 94.

¹⁶⁸ HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 145.

entweder als Analyse oder Vorhersage eingestuft werden kann. Es genügt, wenn die Tätigkeit als ein «Bewerten» zu betrachten ist. Begriffswesentlich für das Bewerten im Sinne des Profilings ist, dass dem Vorgang und dem Ergebnis eine gewisse Subjektivität im Sinne eines subjektiven Beurteilungsspielraums oder Ermessens und damit eine Unschärfe inhärent ist.

7.3.4. Persönliche Aspekte

[93] Der Fokus des Profilingbegriffs liegt somit richtigerweise auf dem Oberbegriff des Bewerrens.¹⁶⁹ Für dessen Verständnis und Konkretisierung haben die Gesetzgeber sogleich den Gegenstand der Bewertung vorgegeben. Massgeblich für den Profiling-Begriff ist die Bewertung «*persönlicher Aspekte*». Zu diesen Persönlichkeitsaspekten zählen exemplarisch («*insbesondere*»): «*Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel.*» Es handelt sich somit um sehr verschiedenartige Aspekte und damit um einen breiten Begriff. Die Aufzählung ist ferner nicht abschliessend.¹⁷⁰

[94] In Frage kommen daher grundsätzlich **sämtliche eine bestimmte Person beschreibenden oder sie charakterisierenden Umstände, Merkmale, Eigenschaften, Verhältnisse und Beziehungen**.¹⁷¹ Somit erscheint eine sprachliche Verkürzung, als ginge es beim Profiling um die «*Persönlichkeitsbewertung*», insbesondere deshalb problematisch, weil kaum jemand Aspekte wie Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Aufenthaltsort und Ortswechsel den zentralen Elementen einer Persönlichkeit zuschreiben wird. Diesbezüglich fällt auf, dass anders als noch in der Regelung der automatisierten Entscheidungen in der EU-Datenschutzrichtlinie¹⁷² nicht mehr bloss von «*Kreditwürdigkeit*», sondern weiter von «*wirtschaftlicher Lage*» gesprochen wird. Somit sind potenziell auch jegliche Bewertungen finanzieller Aspekte einer Person relevant, also z.B. sogar Bewertungen von persönlichen Gegenständen mit namhaftem Wert. Wenn also bspw. mit Hilfe einer Website der Wert eines Grundstücks einer (identifizierbaren) Person automatisiert geschätzt werden kann, muss darin wohl ebenfalls ein Profiling gesehen werden, auch wenn der Rückschluss auf die «*wirtschaftliche Lage*» einen zusätzlichen Gedankenschritt erfordert.¹⁷³ Selbst wenn man aber solche indirekten Rückschlüsse aus der Definition ausschliessen möchte, macht der Wortlaut («*Aspekte bezüglich*») aber zumindest klar, dass nicht nur die Bewertung der aufgeführten Aspekte, wie z.B. der Gesundheit oder der Arbeitsleistung in ihrer Gesamtheit, sondern **auch Teilaspekte davon** relevant sein können, also z.B. die psychische Gesundheit oder die Qualität der Arbeitsergebnisse einer Person. Auch nicht aufgeführte Aspekte¹⁷⁴ können somit relevant sein. Im vorgenannten Grundstück-Bespiel kann insofern der Besitz wertvoller Gegenstände als Unteraspekt der wirtschaftlichen Lage gesehen werden, sodass unmittelbar eine Bewertung eines persönlichen Aspekts erfolgt.

¹⁶⁹ Dies dürfte auch der Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe entsprechen (Fn. 11), S. 7.

¹⁷⁰ Vgl. z.B. ARNING/ROTHKEGEL (Fn. 41), Art. 4 N 121, welche z.B. auch die DNA, die (ethnische) Herkunft oder die Körpersprache zu relevanten Aspekten zählen.

¹⁷¹ So SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 4.

¹⁷² S. dazu oben, Rz. 53.

¹⁷³ Anders als die Bewertung selbst, können die Zurechnung der Bewertung zu einer bestimmbar Person und auch der Rückschluss von der Bewertung auf einen persönlichen Aspekt auch bloss gedanklich bzw. «im Kopf» des für die Verarbeitung Verantwortlichen erfolgen und müssen nicht unmittelbar in den «Output-Daten» manifestiert sein, vgl. dazu auch unten Abschnitt 7.3.5.4.

¹⁷⁴ Ausführlich dazu HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 148 ff.

[95] Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Begriff der persönlichen Aspekte damit tatsächlich grenzen- und konturlos ist. Dies ist nicht nur für die Frage der relevanten Unter Aspekte, sondern auch mit Blick auf nicht explizit genannte Aspekte wichtig. Ein Ansatz zur Einschränkung könnte darin liegen, die Gemeinsamkeiten der explizit genannten Aspekte zu beschreiben und daraus die Anforderungen abzuleiten. Aufgrund der Unterschiedlichkeit der Aspekte fällt dies allerdings schwer. Am ehesten kommen zwei Punkte in Betracht, die aber nicht auf sämtliche Aspekte gleichermaßen zutreffen.

1. Erstens geht es vorwiegend um Themen, welche nicht einer bestimmten Logik oder mathematischen Regeln folgen. Dies zeigt sich besonders deutlich in den Aspekten «*persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit und Verhalten*».
2. Zweitens liegt den Themen, gerade auch aufgrund des vorgenannten ersten Punkts, potenziell eine gewisse Komplexität zugrunde.¹⁷⁵ So können die Aspekte in unzähligen Varianten und Facetten auftreten, von Widersprüchen geprägt sein und von den verschiedensten Faktoren abhängen. Dementsprechend gibt es auf die Frage nach den Vorlieben, Interessen oder dem Verhalten einer Person eine Vielzahl von denkbaren individuellen Antworten.

[96] Ausgehend davon könnte man zum Schluss gelangen, dass Aspekte wie das Alter, das Geschlecht und die Grösse von vornherein nicht als persönliche Aspekte in Betracht kommen, weil sie nicht mit den genannten Aspekten vergleichbar sind.¹⁷⁶ Dies greift jedoch in dieser Allgemeinheit zu kurz. So kann auch die Ermittlung dieser Aspekte sehr anspruchsvoll und komplex sein und sie lassen sich nicht ohne weiteres logisch her- oder ableiten. Entscheidend sind die Umstände und namentlich die vorhandene Datenbasis. Sollen z.B. das Alter und die Grösse bloss aus der Stimme einer Person abgeleitet werden, sind diese Anforderungen durchaus erfüllt.¹⁷⁷ Etwas anderes ergibt sich ferner auch nicht aus dem Hinweis darauf, dass solche Aspekte nicht in gleichem Masse die Person ausmachen, wie die «*Vorlieben*» oder das «*Verhalten*», oder die Person, wie die Gesundheit, potenziell beeinträchtigen können.¹⁷⁸ Während die Frage, was eine Person ausmacht bzw. die Persönlichkeit umfasst, letztlich nicht objektiv beantwortbar bzw. eingrenzbar ist,¹⁷⁹ kann auch die Sensitivität eines Datums, zumindest ohne explizite Wertung des Gesetzgebers, nie generell eingestuft werden, sondern ist vom Kontext abhängig, in dem es verarbeitet wird.¹⁸⁰ **Folglich kann aus der exemplarischen Aufzählung der persönlichen Aspekte nicht geschlossen werden, dass gewisse Unter Aspekte oder nicht genannte Aspekte irrelevant sind.**¹⁸¹

¹⁷⁵ Vgl. auch HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 147, der, allerdings im Kontext der automatisierten Einzelentscheidung, festhält, dass sich die Komplexität «aus der Interpretation und/oder der Kombination von Persönlichkeitsmerkmalen» ergibt.

¹⁷⁶ So im Ergebnis LORENTZ (Fn. 46), S. 104.

¹⁷⁷ Vgl. das Beispiel und die Nachweise bei OLIVIER HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 154.

¹⁷⁸ Die Begründung bei NORA LORENTZ (Fn. 46), S. 104.

¹⁷⁹ Vgl. HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 149 mwN.

¹⁸⁰ Vgl. dazu auch grundlegend DAMIAN GEORGE (Fn. 16), S. 158 ff., insb. 167.

¹⁸¹ Wie hier SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 4 mit Hinweis darauf, dass potenziell auch die Adresse oder der Kontostand relevant sein können; in diesem Sinne auch in Bezug auf Identitätsmerkmale wie der Fingerabdruck und andere biometrische Merkmale (welche dann ausgeschlossen sein sollen, «*wenn es sich um einen blossen und dann nicht bewertenden Identifizierungskontext handelt*»), anders aber offenbar bspw. in Bezug auf den Kontostand einer Person, der generell nicht als relevanter Aspekt gelten soll, KAI VON LEWINSKI, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 38. Edition, Stand: 01. November 2021, Art. 22 N 10 f.

Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass die Definition von Profiling umfassend die Bewertung sämtlicher Aspekte einer Persönlichkeit erfassen soll.

[97] Aufschlussreich sind die Aufzählung und die aus ihr ableitbaren Rückschlüsse gleichwohl, namentlich im **Zusammenspiel mit dem Bewertungsbegriff**.¹⁸² So wird durch dieses Zusammenspiel bekräftigt, dass dem für das Profiling massgeblichen Bewertungsgegenstand eine **gewisse Komplexität inhärent** ist.¹⁸³ Dies lässt sich am Beispiel des Gewichts einer Person veranschaulichen, das als Teilaspekt der Gesundheit betrachtet werden kann und damit potenziell zu den relevanten persönlichen Aspekten zählt. Gleichwohl wird wohl niemand den Vorgang, in dem das durch eine Körperwage ermittelte Gewicht automatisiert in eine App oder Datenbank übertragen wird, als Profiling bezeichnen wollen. Es dürfte auch niemandem in den Sinn kommen, in einem solchen Kontext von einem «Bewerten» oder «Analysieren» des Gewichts zu sprechen. Es fehlt hier bereits an der erforderlichen Komplexität und an einem Beurteilungs-/Ermessensspielraum. Etwas anderes würde demgegenüber gelten, wenn versucht wird, das Gewicht einer Person, bspw. gestützt auf das Einkaufsverhalten, in einem Jahr vorherzusagen.

[98] Indirekt ergibt sich somit zumindest aus dem Zusammenspiel der persönlichen Aspekte und dem Bewertungsbegriff eine Eingrenzung des Profilingbegriffs, indem für die Vornahme der Bewertung **ein gewisser subjektiver Beurteilungs-/Ermessensspielraum vorhanden sein muss, was nur bei Bewertungsgegenständen mit einer gewissen Komplexität der Fall sein kann**. Diese Anforderung vermag nicht jede «Beurteilung» von Teilaspekten der Persönlichkeit zu erfüllen. Hervorzuheben ist schliesslich aber, dass sich die Komplexität auf den Bewertungsgegenstand und die Subjektivität auf die abstrakte Aufgabe der Bewertung dieses Gegenstands (z.B. «Interesse einer Person») bezieht. Sie beziehen sich nicht auf die konkrete Umsetzung der Bewertung (z.B. «Interesse, wenn Website besucht»). Anders ausgedrückt muss für die Lösung der *Aufgabenstellung* ein subjektiver Ermessensspielraum bestehen und die Aufgabe insofern komplex sein. **Irrelevant ist dabei, ob auch die vom Verantwortlichen gewählte Methode zur Lösung der Aufgabenstellung komplex ist oder einen Ermessensspielraum aufweist**.¹⁸⁴ Wie noch zu zeigen ist,¹⁸⁵ ist gerade der Umstand, dass für ein komplexes Problem eine (automatisierte) einfache Lösung gesucht wird, ein Element und eine Gefahr, die mit dem Profiling in Verbindung gebracht werden.

7.3.5. Erkenntnisgewinn («Output-Daten»)

7.3.5.1. Teilaspekt des Bewertungsbegriffs

[99] Zur Umschreibung des Profilingbegriffs wird es sodann in zahlreichen Stellungnahmen zumindest als «*kennzeichnend*» bezeichnet, dass aus dem Bewertungsvorgang neue Erkenntnisse

¹⁸² Vgl. auch VON LEWINSKI (Fn. 182), Art. 22 N 9 f.

¹⁸³ SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 4; a.A. ACHIM KLABUNDE, in: Eugen Ehmann/Martin Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage, München 2018, Art. 4 N 28, nach welchem auch «*das blosses Klassifizieren von Personen aufgrund der gesammelten Daten, auch wenn keine komplexen Auswertungen oder Schlussfolgerungen stattfinden*» genügt; s. zu diesem Klassifizieren unten Rz. 126 f.

¹⁸⁴ Vgl. dazu aber unten Abschnitt 7.6.2 zum Begriff der automatisierten Einzelentscheidung, wo anders als hier zumindest die konkrete automatisierte Entscheidung, also die gewählte «Lösung der Aufgabenstellung» komplex sein muss und nicht bloss die Aufgabenstellung bzw. der Gegenstand der Entscheidung.

¹⁸⁵ Vgl. zur Fehleranfälligkeit unten Abschnitt 7.3.6.

oder Schlussfolgerungen resultieren.¹⁸⁶ Die Rede ist auch von der «*Generierung von neuen Daten*», also «*Output-Daten*», in Abgrenzung zu den «*Input-Daten*», die dem Profiling zugrunde liegen.¹⁸⁷ Oftmals wird aber nicht klar zum Ausdruck gebracht, inwiefern es für das Profiling begriffswesentlich sein soll, dass aus dem Profiling-Vorgang ein eigentlicher Output im Sinne von neuen Erkenntnissen oder Schlussfolgerungen hervorgeht.¹⁸⁸

[100] Ein (nicht ausgesprochener Grund) für diese Zurückhaltung könnte darin bestehen, dass bei der Beratung des DSGVO-Entwurfs im EU-Rat eine Profiling-Definition diskutiert wurde, die explizit das Element der Generierung neuer Daten mitaufnehmen wollte.¹⁸⁹ Es handelt sich ferner um ein Element, das im erläuternden Bericht zu den Empfehlungen des Europarats zum Profiling als begriffswesentlich bezeichnet wird,¹⁹⁰ wobei der EU-Gesetzgeber die Empfehlungen zwar «berücksichtigt», aber bewusst sowohl in Bezug auf die Definition als auch die Rechtsfolgen nicht identisch übernommen hat.¹⁹¹ Unklar ist in diesem wesentlichen Punkt insbesondere die **Haltung der Datenschutzbehörden**. So wird in den Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe zum Profiling¹⁹² zunächst explizit darauf hingewiesen, dass nach der Definition in den Empfehlungen des Europarats ohne Schlussfolgerungen kein Profiling vorliegen könne. Die Definition in der DSGVO orientiere sich zwar an dieser Definition, sei aber nicht identisch. In einem Beispiel im Abschnitt zuvor wird aber die Einteilung von Kunden nach Alter oder Geschlecht zu statistischen Zwecken dann nicht als Profiling bezeichnet, wenn dies erfolgt, «*ohne Voraussetzungen zu treffen oder Schlussfolgerungen über eine einzelne Person zu ziehen*». Insofern wird dem Kriterium offensichtlich eine wesentliche Bedeutung zugemessen, wobei unklar bleibt, ob es begriffswesentlich sein soll oder nicht.

[101] Nach der hier vertretenen Auffassung spielt diese Frage nach einer eigenständigen Voraussetzung aber keine entscheidende Rolle. Denn bereits aus der richtigen Auslegung des Bewertungsbegriffs ergibt sich, dass am Ende eines Bewertungsvorgangs unweigerlich neue Erkenntnisse resultieren. **Die Anforderung ist daher begriffswesentlich**. So kann, wie erläutert, insbesondere auch die Analyse als Unterform der Bewertung nicht so verstanden werden, als würde ein blosses Beobachten und Zergliedern von gesammelten (Input-)Daten ausreichen. Vielmehr ist auch die Analyse stets mit einer anschliessenden Einordnung und Erklärung des analysierten Sachverhalts und damit Schlussfolgerungen oder neuen Erkenntnissen verbunden. Mit anderen Worten ist dieses Kriterium als Teil des Bewertungsbegriffs aufzufassen, sodass sich auch kein

¹⁸⁶ SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 N 6 («*Kennzeichnend – und für das Vorliegen eines Profilings notwendige Voraussetzung – ist, dass [...] neue Informationen und weiterführende Erkenntnisse [...] generiert werden*») m.w.N.; LORENTZ (Fn. 46), S.112 und 154 («*lässt aber einen wesentlichen Aspekt des Profilings unerwähnt, das Generieren neuer Daten.*»); VASELLA (Fn. 108), S. 193 («*Erforderlich ist deshalb eine Auseinandersetzung [...], die zu einer zusätzlichen Aussage führt*»); a.A. wohl KLABUNDE (Fn. 184), Art. 4 N 30, wobei unklar bleibt, ob keinerlei Schlussfolgerungen verlangt sind oder diese zumindest nicht komplex sein müssen.

¹⁸⁷ LORENTZ (Fn. 46), S.112 und 154.

¹⁸⁸ Vgl. insbesondere BUCHNER (Fn. 41), Art. 4 Abs. 4 N 6 («*Kennzeichnend [...], dass [...] auf bestimmte Erkenntnisse [...] abzielt*»); Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7 f.; implizit auch Datenschutzkonferenz (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Februar 2022, S. 5 («*[...] sich aber kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn durch Individualisierung (Profiling) aus der Selektion ergibt[...]*»); Belgische Datenschutzbehörde (APD), Recommendation relative aux traitements de données à caractère personnel à des fins de marketing direct, n°01/2020, 17. Januar 2020, Rz. 95, klarer demgegenüber die in Fn. 187 angegebenen Stellungnahmen.

¹⁸⁹ Vgl. LORENTZ (Fn. 46), S. 91.

¹⁹⁰ Erläuternder Bericht des Ministerkomitees (Fn. 105), z.B. Rz. 38 und 98.

¹⁹¹ Vgl. dazu bereits oben Rz. 53.

¹⁹² Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7.

Widerspruch zur Entstehungsgeschichte und der Ablehnung der expliziten Aufnahme des Kriteriums in die Profilingdefinition ergibt. Da die genauen Gründe für die Ablehnung des Vorschlags durch den EU-Rat nicht bekannt sind,¹⁹³ könnte diese auch damit erklärt werden, dass das Kriterium auch vom Gesetzgeber als bereits vom Begriff der Bewertung umfasst betrachtet wurde.

7.3.5.2. Zusammenhang mit den Kategorien «bereitgestellter», «beobachteter» und «abgeleiteter» Daten

[102] Bekräftigt wird das (Unter-)Erfordernis der neuen Erkenntnisse auch durch einen **Blick auf die Regelung zum Recht auf Datenübertragbarkeit**. Dort gelten abgeleitete Daten (engl. «*derived*» oder «*inferred data*»), anders als von der betroffenen Person selbst «*bereitgestellte*» («*provided data*») und – je nach Lehrmeinung – auch anders als bloss «*beobachtete*» («*observed data*») Daten,¹⁹⁴ nicht als Gegenstand des Rechts auf Datenübertragbarkeit.¹⁹⁵ Dies veranschaulicht zusätzlich den Bedarf, dass zumindest zwischen Input-Daten und Output-Daten zu unterscheiden ist.¹⁹⁶ Darüber hinaus können auch die durch das bloss «Beobachten» generierten Daten nicht als relevante Erkenntnisse bzw. Output-Daten im Sinne des Profilings gelten. Denn in diesem Fall wäre auch eine Unterscheidung zum blossen Sammeln von Daten im Hinblick auf ein Profiling, das nach dem Willen der Gesetzgeber nicht davon erfasst sein soll, praktisch nicht möglich. So ist nur dann nicht mehr von Input-Daten auszugehen, wenn Daten das Resultat von «Ableitungen» aus den Input-Daten sind. In Bezug auf diese Ableitungen bekräftigen auch die EU-Datenschutzbehörden in den Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, dass von abgeleiteten Daten oder eben neuen Erkenntnissen jedenfalls bei Daten auszugehen ist, die aus einem Profiling hervorgehen.¹⁹⁷ Insofern ist das Ergebnis auch aus systematischen Erwägungen stimmig und wird damit auch die Haltung der Datenschutzbehörden verdeutlicht.

[103] Die vorstehenden Überlegungen haben auch **Einfluss auf die Beurteilung der Rechtmässigkeit** des Profilings. So ist, wie bereits erläutert,¹⁹⁸ das bloss Sammeln von (Input-)Daten und die Erstellung von Profilen eine vom Profiling zu unterscheidende eigenständige Datenbearbeitung, die auch in Bezug auf das Vorliegen eines Erlaubnistatbestands gesondert zu prüfen ist. Demgegenüber ist die Generierung neuer Daten, also der Output-Daten, dem Bewertungsvorgang und damit dem Profiling zuzurechnen und bedarf insofern keiner vom Profiling getrennter Rechtfertigung.¹⁹⁹

¹⁹³ Vgl. zur Ablehnung und Entstehungsgeschichte LORENTZ (Fn. 46), S. 91.

¹⁹⁴ Vgl. zur Unterscheidung bspw. auch Leitlinien 8/2020 des EDSA (Fn. 14), Rz. 36.

¹⁹⁵ Vgl. nur ALEXANDER DIX, in: Spiros Simitis/Gerrit Hornung/Indra Spiecker genant Döhmman, Datenschutzrecht, Frankfurt/Kassel 2019, Art. 20 N 8; VON LEWINSKI (Fn. 182), Art. 20 N 45 und 47.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu ausführlich im Hinblick auf die Unterscheidung von Profiling und dem Profilbegriff LORENTZ (Fn. 46), S. 122 ff.

¹⁹⁷ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, 13. Dezember 2016, S. 12; vgl. auch Leitlinien 8/2020 des EDSA (Fn. 14), Rz. 77.

¹⁹⁸ Siehe oben Rz. 74 f.

¹⁹⁹ LORENTZ (Fn. 46), S. 183.

7.3.5.3. Unverzichtbarkeit der weiteren Anforderungen an den Bewertungsbegriff

[104] Selbst wenn man nun aber der (Unter-)Anforderung der neuen Erkenntnis richtigerweise eine grosse Bedeutung zumisst, darf nicht aus den Augen verloren werden, dass dieses Kriterium allein nicht ausreicht, um das Profiling bzw. den Bewertungsvorgang hinreichend zu umschreiben. Es kann für die Qualifikation als Profiling **nicht bereits jegliche inhaltliche Auseinandersetzung ausreichen, die zu einer zusätzlichen Aussage führt.**²⁰⁰ Vielmehr sind die zuvor erläuterten Anforderungen an die Bewertung (insb. Subjektivität) unverzichtbar.

[105] Besonders anschaulich wird dies bei **Beispielen aus dem Medizinbereich**. So wird, soweit ersichtlich, nirgends vertreten, dass in der blossen Untersuchung einer Blutprobe zur Ermittlung der Blutgruppe einer Person oder zur Prüfung auf eine Hepatitis-Erkrankung oder in vergleichbaren Vorgängen ein Profiling zu sehen sei, obwohl aus diesen Vorgängen neue Erkenntnisse resultieren. Im Gegenteil hat bspw. die österreichische Datenschutzbehörde bekräftigt, dass ein PCR-Test zur Ermittlung einer Infektion mit SARS-CoV-2 kein Profiling darstellt.²⁰¹ Es fehlt bereits an der erforderlichen Subjektivität und an einem Beurteilungsspielraum. Mit Blick auf die oben angesprochene Unterteilung von Daten gilt dies auch für das blosses Beobachten des Verhaltens von Datensubjekten, z.B. des Surfverhaltens einer Person. Selbst wenn man beobachtete Daten – entgegen der hier vertretenen Auffassung – als relevante Erkenntnisse betrachten würde, müsste dem Vorgang die Subjektivität abgesprochen werden.²⁰²

7.3.5.4. Beschaffenheit des Erkenntnisgewinns: keine Inferenz erforderlich

[106] In Bezug auf die weiteren Anforderungen an die neuen Erkenntnisse, die aus dem Profiling resultieren (müssen), gilt es ferner Folgendes anzumerken: Damit von einem Profiling auszugehen ist, müssen sich die Erkenntnisse, wie erwähnt, auf persönliche Aspekte einer natürlichen Person beziehen. Folglich liegt grundsätzlich kein Profiling vor, wenn Daten einer natürlichen Person genutzt werden, um ein Gruppenprofil oder Modelle (auch: Cluster) zu erstellen,²⁰³ wie z.B. die sog. Sinus Milieus²⁰⁴, also bspw., um Erkenntnisse wie gemeinsame Attribute einer Zielgruppe zu ermitteln und zu beschreiben.²⁰⁵ Verdeutlicht wird dies bereits im Wortlaut durch die Formulierung «*dieser natürlichen Person*». Zielt ein Vorgang also, wie die sog. Modellierungsphase des dreiphasigen Profilings²⁰⁶, nur auf die **Gewinnung von Erkenntnissen über eine Gruppe ab, kann darin grundsätzlich kein Profiling gesehen werden**. Allerdings wird in solchen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen sein, ob nicht zuvor auch eine (automatisierte) Bewertung in

²⁰⁰ So aber wohl VASELLA (Fn. 108), S. 193.

²⁰¹ Entscheidung der österreichischen Datenschutzbehörde (DSB), GZ: 2021-0.101.211 vom 15. Februar 2021 (Verfahrenszahl: DSB-D124.3158), D. 2.4.

²⁰² A.A. MARCUS HELFRICH, in: Gernot Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 4 Rz. 86.

²⁰³ Vgl. zur Gruppenbildung, die oftmals in der zweiten Phase beim sog. dreiphasigen Profiling zum Einsatz gelangt LORENTZ (Fn. 46), S. 68 ff.

²⁰⁴ Es handelt sich dabei um eine vom Sinus-Institut, einem Markt- und Sozialforschungsunternehmen, entwickelte Gesellschafts- und Zielgruppen-Typologie, mit welchen Menschen, die sich in ihrer Lebensauffassung und Lebensweise ähneln, gruppiert werden, vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Sinus-Milieus> (zuletzt besucht: 12. März 2022).

²⁰⁵ Vgl. auch LORENTZ (Fn. 46), S. 101 ff.

²⁰⁶ Vgl. zur Unterscheidung LORENTZ (Fn. 46), S. 33 ff; ferner der erläuternde Bericht des Ministerkomitees (Fn. 105), z.B. Rz. 38 und 98.

Bezug auf persönliche Aspekte der konkreten natürlichen Person vorgenommen werden, von der die Daten stammen, und erst diese Erkenntnisse dann in Bildung des Gruppenprofils einfließen. Offensichtlicher ist dagegen, dass die Anwendung eines zuvor entwickelten Modells oder eines Korrelationsmusters auf ein Datensubjekt, z.B. um diesem gewisse Eigenschaften zuzuschreiben, die z.B. mit einer typologisierten Zielgruppe (bspw. dem Sinus Milieu «*genügsame Traditionelle*») in Verbindung gebracht werden, oder dessen Verhalten vorherzusagen (sog. Inferenzphase),²⁰⁷ zu einer relevanten Bewertung führt.²⁰⁸

[107] Zu beachten ist schliesslich aber, dass die Erkenntnisse nicht stets so beschaffen sein müssen wie im letztgenannten Beispiel oder wie im Falle eines Credit-Scores bei der Kreditwürdigkeitsprüfung²⁰⁹. Es kann mithin auch ein Profiling vorliegen, wenn die Erkenntnisse nicht aus einem zuvor ermittelten Modell oder Korrelationsmuster abgeleitet werden. Bei sehr vielen wirtschaftlich bedeutsamen Einsatzbereichen des Profilings werden zwar in der Tat solche Erkenntnisse resultieren.²¹⁰ Diese Schritte der Modellierung und Inferenz, die man dem sog. dreiphasigen Profiling zuordnen kann, sind aber nicht begriffswesentlich. Vielmehr umfasst der Profilingbegriff **auch das blossе zweiphasige Profiling**, bei welchem nur die Daten eines einzigen Datensubjekts erhoben und bewertet werden.²¹¹ So reicht bspw. bereits der «banale» Rückschluss von einer Verspätung auf die «Unzuverlässigkeit» eines Mitarbeitenden als «Erkenntnisgewinn» aus.

[108] Unzutreffend ist deshalb die in der Schweizer Literatur vertretene Auffassung, wonach eine relevante Bewertung nur vorliege, wenn ein grosser Datensatz auf Korrelationen analysiert wird und in diesem Rahmen identifizierte Korrelationsmuster anschliessend auf den Datensatz einer oder mehrerer betroffenen Person(en) angewendet wird, um sich ein Urteil über gewisse Aspekte dieser Person(en) zu bilden.²¹² Dass der Profilingbegriff derart stark eingeschränkt sein soll, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte oder den Zielsetzungen der Normen. Folgerichtig wird ein entsprechender Standpunkt soweit ersichtlich auch nirgends sonst vertreten. Einzig der erläuternde Bericht zu den Empfehlungen des Europarats zum Profiling enthält ein solches Verständnis, das aber nicht Eingang in die DSGVO fand. Der Hinweis in der Stellungnahme²¹³ auf den «*Einklang mit der unionsrechtlichen Praxis*» ist insofern unzutreffend und auch unbelegt. Namentlich kann auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe nicht so verstanden werden.²¹⁴

[109] Schliesslich gilt es auch zu beachten, dass in Bezug auf die **Erscheinungsform der Erkenntnisse bzw. der Output-Daten ebenfalls keine hohen Anforderungen** gestellt werden können. Dies liesse sich weder mit dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte vereinbaren. So müssen sich die Output-Daten zwar von den Input-Daten unterscheiden, aber es muss sich nicht zwingend um visuell wahrnehmbare Daten oder Erkenntnisse handeln. Vielmehr kann das Ergebnis der Bewertung bspw. auch in einem Cookie als Code hinterlegt sein. Ferner kann bspw. am Ende

²⁰⁷ Vgl. LORENTZ (Fn. 46), S. 72 ff.; ferner der erläuternde Bericht des Ministerkomitees (Fn. 105), z.B. Rz. 38 und 98.

²⁰⁸ LORENTZ (Fn. 46), S. 101 f.

²⁰⁹ Vgl. dazu SCHOLZ (Fn. 11), Art. 22 N 24; LORENTZ (Fn. 46), S. 110 f., ferner zum Scoring allgemein S. 70 f.

²¹⁰ Vgl. HEUBERGER (Fn. 3), Rz. 67.

²¹¹ Vgl. zur Unterscheidung LORENTZ (Fn. 46), S. 33 ff. und S. 153 f. betreffend Erfassung (auch) des zweiphasigen Profilings.

²¹² So ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35.

²¹³ ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35.

²¹⁴ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7 f., wo zwar betont wird, dass Profiling dies «*umfassen kann*», dass es aber nicht muss, zeigt das anschliessend aufgeführte Beispiel, welches als Profiling beurteilt wird.

eines Vorgangs auch das Ergebnis/Output-Datum stehen, dass keine von mehreren untersuchten Personen einen bestimmten Aspekt aufweist und es kann sich gleichwohl um ein Profiling handeln, solange nur im Verlauf des Vorgangs eine automatisierte Bewertung der Kriterien in Bezug auf die einzelnen Personen vorgenommen wurde. Sodann kann es auch genügen, wenn ein weiterer Gedankenschritt erforderlich ist, um vom Ergebnis der automatisierten Bewertung zu einer Erkenntnis mit Bezug zu einer bestimmbar Person zu gelangen. Dies veranschaulicht das oben genannte Beispiel der Bewertung von Grundstücken einer Person.²¹⁵ Anders als die Bewertung (z.B. Schätzung des Werts eines Grundstücks) selbst, die nicht bloss im Kopf eines Menschen erfolgen darf, sondern automatisiert erfolgen muss, können die Zurechnung des Bewertungsergebnisses (z.B. Grundstückwert in CHF) zu einer bestimmbar Person (z.B. Max Muster ist Eigentümer des Grundstücks) und auch der Rückschluss von der Bewertung auf einen persönlichen Aspekt (z.B. gute wirtschaftliche Lage von Max Muster) auch bloss gedanklich bzw. «im Kopf» des für die Verarbeitung Verantwortlichen erfolgen und müssen nicht unmittelbar in den «Output-Daten» manifestiert sein.

[110] **Zusammenfassend** ist der Bewertungsbegriff dahingehend zu verstehen, dass aus dem Bewertungsvorgang zwar neue Erkenntnisse zu persönlichen Aspekten hervorgehen müssen. Diese Erkenntnisse müssen allerdings nicht so beschaffen sein, dass sie aus einem zuvor ermittelten Modell oder Korrelationsmuster abgeleitet und der betroffenen Person zugeordnet worden sind, auch wenn dies ein typischer Anwendungsfall darstellt. Vielmehr genügt es, wie beim sog. zweiphasigen Profiling, bloss persönliche Aspekte einer einzigen Person isoliert zu bewerten. Unzureichend ist demgegenüber, wenn sich das «Ergebnis» des Vorgangs bloss auf die Ansammlung von beobachteten Daten beschränkt. Schliesslich sind auch keine hohen Anforderungen an die Erscheinungsform der Erkenntnisse bzw. Output-Daten zu stellen. Sie müssen insbesondere nicht visuell wahrnehmbar sein und in ihnen muss der Rückschluss auf persönliche Aspekte auch nicht ausdrücklich enthalten sein.

7.3.6. Gefahr von Fehlern und unrichtigen Daten

[111] Aus den vorgenannten Zwischenergebnissen resultiert sodann in der Summe ein weiteres Merkmal der Bewertung im Rahmen des Profilings: Aufgrund der Komplexität des Gegenstands und des Bewertungsspielraums sowie der Subjektivität ist der Bewertung die **Gefahr von Fehlern im Sinne unrichtiger Erkenntnisse** inhärent.²¹⁶ Es wird zwar teilweise festgehalten, dass es für die Qualifikation als Profiling irrelevant sei, ob die Bewertung richtig oder falsch bzw. vollständig oder unvollständig ist. Diese Umstände seien bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit des Profilings zu berücksichtigen.²¹⁷ Damit wird aber implizit ebenfalls anerkannt, dass Profiling regelmässig fehleranfällig ist.

[112] In diesem Sinne bringt auch der EU-Gesetzgeber genau die Gefahr der Erzeugung von unrichtigen Daten mit dem Profiling in Verbindung und verlangt Massnahmen zur Minimierung der Fehler.²¹⁸ Bezeichnenderweise wird aber nicht verlangt, dass Fehler gänzlich «verhindert», son-

²¹⁵ S. dazu Abschnitt 7.3.4.

²¹⁶ Vgl. auch BUCHNER (Fn. 41), Art. 4 Abs. 4 N 8 («Üblicherweise liegen dem Profiling statistisch-mathematische Verfahren zugrunde, denen stets die Gefahr eines <Generalisierungsunrechts> [...] innewohnt»).

²¹⁷ ARNING/ROTHKEGEL (Fn. 41), Art. 4 N 123; VASELLA (Fn. 108), S. 193.

²¹⁸ Erwägungsgrund Nr. 71 EU-DSGVO.

dern durch geeignete mathematische oder statistische Verfahren «minimiert» werden. Hierdurch bringt der Gesetzgeber einen der Schutzzwecke der Profiling-Regelungen zum Ausdruck.²¹⁹ Automatisierten Verfahren, namentlich in Form von Big-Data-Analysen, fehlt die soziale Kompetenz und sie können entsprechend komplexe menschliche Sinnzusammenhänge nicht erfassen.²²⁰ Gleichwohl sind die entsprechenden Verfahren verbreitet im Einsatz und es sollen deshalb die damit verbundenen Gefahren vermindert werden. Demgegenüber existiert bei automatisierten Vorgängen, bei welchen diese Gefahr aber mangels subjektivem Beurteilungsspielraum nicht besteht, entsprechend auch kein besonderer Schutzbedarf.

[113] Eine Bewertung im Sinne des Profilingbegriffs kann insofern nur vorliegen, wenn sie «fehleranfällig» ist. Der Schwierigkeit, den **Fehlerbegriff** zu umschreiben, kann dadurch begegnet werden, dass eine Verknüpfung mit dem Begriff der Unrichtigkeit von Daten hergestellt wird. Dies entspricht auch dem Verständnis des EU-Gesetzgebers, das er in Erwägungsgrund Nr. 71 der DSGVO zum Ausdruck bringt. Ein Vorgang ist folglich dann fehlerhaft, wenn er zu unrichtigen Personendaten im Sinne des einschlägigen Datenbearbeitungsgrundsatzes²²¹ führt. Nach korrektem Verständnis desselben ist Richtigkeit denn auch nicht mit «objektiv falsch» gleichzusetzen, vielmehr ist von einem relativen Verständnis auszugehen.²²² Deshalb können auch Werturteile und nicht nur Tatsachenbehauptungen zu unrichtigen Daten führen²²³ und die Frage, ob ein Datum richtig oder falsch ist, kann deshalb nicht abstrakt, sondern nur im konkreten Einzelfall beantwortet werden.²²⁴

[114] Bekräftigt wird die Anforderung der Fehleranfälligkeit durch einen Blick auf die bereits genannten drei Kategorien von Daten: So ist die bloße Erhebung von bereitgestellten Daten und von beobachteten Daten in aller Regel weniger fehleranfällig als die Generierung von abgeleiteten Daten. Wird also bspw. ein Interesse einer Person an bestimmten Produkten von der betroffenen Person selbst bekundet, wird die Richtigkeit in einem bestimmten Zeitpunkt eher gegeben sein, als wenn darauf bspw. aus den mit einem bestimmten Browser konsultierten Websites geschlossen wird. Die Unrichtigkeit folgt insofern häufig, aber nicht nur, gerade aus einem in den Output-Daten innewohnenden Rückschluss.²²⁵

[115] Umgekehrt bestätigt auch der Blick auf medizinische Tests die Bedeutung der Anforderung. So gelten PCR-Tests nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft als «Goldstandard» und die automatisierte Analyse der Probe, anders als die Probeentnahme, gilt als zuverlässig und insofern kaum fehleranfällig.²²⁶ Besteht also bei der relevanten Bewertungs-Tätigkeit **nach dem ak-**

²¹⁹ S. dazu bereits oben, Rz. 58 ff.

²²⁰ SCHOLZ (Fn. 11), Art. 22 N 10.

²²¹ Art. 5 Abs. 1 lit. d EU-DGSVO; Art. 6 Abs. 5 nDSG.

²²² ROSENTHAL (Fn. 21), Art. 5 N 3.

²²³ ROSENTHAL (Fn. 21), Art. 5 N 3; implizit auch die Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 413 ff., 450 (im Folgenden: Botschaft DSG 1988; wo das Beispiel des (veralteten) Arbeitszeugnis genannt wird, dessen «Wert» sich primär aus den darin enthaltenen Wertungen und nicht den Tatsachenbehauptungen ergeben dürfte); vgl. ferner PETER SCHANTZ, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 38. Edition, Stand: 1. November 2021, Art. 5 N 27 mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.

²²⁴ Botschaft DSG 1988, 450.

²²⁵ Vgl. dazu, allerdings mit Blick auf den Personenbezug, auch NORA LORENTZ (Fn. 46), S. 114 f.; auch SCHANTZ (Fn. 224), Art. 5 N 27 identifiziert dies als massgebliche Fehlerquelle.

²²⁶ Vgl. die ausführlichen Informationen auf der Website des Robert Koch Instituts, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Vorl_Testung_nCoV.html (zuletzt besucht: 16. März 2022).

tuellen Stand der Wissenschaft keine oder praktisch keine Fehlermarge²²⁷ und müssen zwei durchschnittlich vernünftige Fachpersonen bei Anwendung der gebotenen beruflichen Sorgfalt zum gleichen Ergebnis gelangen, kann es sich nicht um eine relevante Bewertung handeln.

7.4. Massgebliche Bewertungs-«Methoden»

7.4.1. Erfordernis eines Algorithmus oder bestimmter Methoden/Technologien?

[116] Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob weiter auch bestimmte Anforderungen an die Art und Weise bestehen, wie eine Bewertung zu Stande kommt. Zumindest im Grundsatz dürfte diesbezüglich Einigkeit bestehen, dass der Profilingbegriff **technologieneutral** ausgestaltet ist.²²⁸ Vereinzelt Stellungnahmen bringen jedoch zum Ausdruck, dass Profiling auf einem Algorithmus²²⁹ oder Technologien der künstlichen Intelligenz basieren müsse.²³⁰ Nach dem Konzept im erläuternden Bericht zu den Empfehlungen des Europarats zum Profiling muss das Profiling ferner auf einem Prozess statistischer Hochrechnung beruhen.²³¹

[117] Eine solche Einschränkung findet weder im Wortlaut noch in der Entstehungsgeschichte der Regelung des Profilings in der DSGVO und dem nDSG eine Stütze. Vielmehr wurde die DSGVO bewusst technologieneutral ausgestaltet, wie Erwägungsgrund Nr. 15 bekräftigt. Ferner wurde im Gesetzgebungsverfahren zwar richtigerweise zum Ausdruck gebracht, dass das Profiling regelmässig auf Algorithmen beruht.²³² Gleichwohl gibt es keinerlei Hinweise auf den Willen, eine dahingehende Einschränkung in die Definition des Profiling aufzunehmen. Im Gegenteil wurde bereits in der Botschaft bekräftigt, dass der **Einsatz von Algorithmen nicht konstitutiv für das Vorliegen von Profiling** sei.²³³ Abgesehen von der bereits erläuterten Anforderung der Automatisierung ist es deshalb irrelevant, wie der konkrete Verarbeitungsvorgang bei einem Profiling ausgestaltet ist. Die Definition des Profilings wurde damit sinnvollerweise für alle denkbaren technischen Varianten und Entwicklungen einer automatisierten Datenverarbeitung offengehalten und es können ganz vielfältige Formen der Verarbeitung unter das Profiling fallen.²³⁴

[118] In der Praxis wird das Profiling somit zwar regelmässig auf Algorithmen beruhen, gerade auch, weil man zur Durchführung einer automatisierten Bewertung unter Einhaltung der hier aufgezeigten Kriterien kaum um Technologien umhinkommen wird, die auf Algorithmen basieren. Deren Einsatz ist jedoch nicht erforderlich und es kann auch auf die Beurteilung verzichtet werden, inwiefern einem bestimmten automatisierten Vorgang ein Algorithmus zugrunde liegt oder nicht. Das Abstellen auf das Erfordernis eines Algorithmus wäre im Übrigen ohnehin wenig zielführend. Zum einen müssen Algorithmen nicht komplex sein, wie das Beispiel im englischen

²²⁷ Vgl. zu dieser Anforderung auch der erläuternde Bericht des Ministerkomitees (Fn. 105), Rz. 41 ff.

²²⁸ ARNING/ROTHKEGEL (Fn. 41), Art. 4 N 123; ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 36.

²²⁹ ROTH (Fn. 1), S. 34 ff., 35.

²³⁰ BURNIER/LAPPERT/WINKLER (Fn. 38), Rz. 37 («*The basis for profiling is AI technologies. Self-learning algorithms use statistical analysis to automatically identify correlations between data. . . .*»); ablehnend YVES POULLET, *L'IA un défi pour nos législations et notre vie privée*, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Datenschutz/L'intelligence artificielle et protection des données*, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 23 f.

²³¹ Erläuternder Bericht des Ministerkomitees (Fn. 105), Rz. 41.

²³² Vgl. Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7022; ferner NR Balthasar Glättli, AB 2019 N 1800.

²³³ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7022.

²³⁴ BUCHNER (Fn. 41), Art. 4 Abs. 4 N 6.

Wikipedia Artikel veranschaulicht.²³⁵ So handelt es sich bereits bei Instruktionen mit dem Ziel, die grösste Zahl in einer Liste von Zahlen mit zufälliger Reihenfolge zu finden, um einen Algorithmus. Zum anderen basiert wohl jedes Computerprogramm letztlich auch auf einem in Co-diersprache formulierten Algorithmus und es liegt damit wohl jeder Software ein Algorithmus zugrunde.²³⁶ Das Kriterium wäre insofern auch kaum einschränkend.

[119] Die genannten Stellungnahmen dürften aber zumindest auch so verstanden werden, dass sie eine gewisse Komplexität des Vorgangs verlangen. Auch die Vertreter dieser Stellungnahmen dürften insofern wohl nicht Vorgänge genügen lassen, die sich auf ein blosses Beobachten oder Feststellen und Aufzeichnen beschränken, selbst wenn diese mit einer Software zur Beobachtung («Tracking») und Dokumentation vollzogen werden, denen ein Algorithmus zugrunde liegt.

7.4.2. Beurteilung einzelner Methoden insb. die «Selektion»

[120] Weiter fragt sich, wie einzelne häufig in Stellungnahmen zum Profiling genannte Vorgänge zu beurteilen sind. Spätestens die vorangehenden zwei Abschnitte haben dabei verdeutlicht, dass **Technologien zur blossen Beobachtung oder eben dem Tracking einer Person nicht als Profiling qualifiziert** werden können.²³⁷ Software und Apps unter Einsatz der GPS-Technologie, bspw. zur Erfassung des Standorts von Service-Mitarbeitern, beinhalten deshalb als solche grundsätzlich keinen relevanten Bewertungsvorgang. Gleiches gilt für Tools zur Nachverfolgung bspw. der Nutzung einer Website oder einer App (z.B. Analytics-Tools oder «Heatmaps»). Selbstredend können diese aber Funktionalitäten beinhalten, mit welchen eine Bewertung persönlicher Aspekte vorgenommen wird, bspw. wenn aus der Website-Nutzung Rückschlüsse auf die Interessen der Nutzer gezogen werden, um diesen möglichst relevante Werbung anzuzeigen. Eine relevante Bewertung erfolgt auch, wenn mit einem Analyse-Tool aus der IP-Adresse eines Nutzers diesem ein Aufenthaltsgebiet zugeordnet wird.

[121] Ausser Zweifel stehen dürfte sodann, dass das **blosse Abfragen oder Aufrufen von Daten aus einer Datenbank kein relevanter Bewertungsvorgang** darstellen kann.²³⁸ Es geht hier mit anderen Worten bloss um einen Zugriff auf bereits vorliegende Input-Daten. Selbst wenn beim Aufrufen der Daten im Arbeitsspeicher oder in anderer Form temporär Vervielfältigungen entstehen sollten, qualifizieren diese zweifelsohne nicht als relevante Output-Daten bzw. neue Erkenntnisse. Die entsprechenden Überlegungen sind sodann aber auch auf die verschiedentlich erwähnte **Selektion von Kunden** zu übertragen. Zu veranschaulichen ist dies an folgendem Beispiel der Auswahl von Adressaten eines Werbemails:

Eine Anbieterin von Kaffeebohnen will zur Verkaufsförderung ausgewählte Kunden per Mail erinnern, dass ihr Vorrat bald aufgebraucht sein könnte, und ihnen deshalb eine Nachbestellung nahelegen. Der zuständige Marketing-Mitarbeiter setzt für die Wahl der Mail-Empfänger in der Kundendatenbank die Filter «Erwerb Produkt X» und «Letzte Bestellung vor mehr als X Monaten», weil er glaubt, diese könnten am ehesten auf das Mail reagieren

²³⁵ Wikipedia, Algorithm, <https://en.wikipedia.org/wiki/Algorithm#Examples> (zuletzt besucht: 12. März 2022).

²³⁶ Vgl. Wikipedia, Computerprogramm, https://de.wikipedia.org/wiki/Computerprogramm#Vom_Algorithmus_zum_Programm (zuletzt besucht: 8. März 2022).

²³⁷ A.A. womöglich in Bezug auf das Tracking, SCHOLZ (Fn. 11), Art. 4 Abs. 4 N 8.

²³⁸ BUCHNER (Fn. 41), 2020, Art. 4 Abs. 4 N 6; Erläuternder Bericht des Ministerkomitees (Fn. 105), Rz. 41.

und eine Nachbestellung tätigen. Über das E-Mail-Versand-Tool werden in der Folge alle Kunden angeschrieben, welche den beiden Kriterien entsprechen.

[122] Inwiefern ein solcher Verarbeitungsvorgang als Profiling zu qualifizieren ist, wird offenbar unterschiedlich beurteilt in den bisherigen Stellungnahmen, wobei diese oftmals unklar sind. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe führt dazu Folgendes aus:²³⁹

«Eine einfache Einteilung von Personen anhand bekannter Merkmale wie Alter, Geschlecht und Grösse führt nicht notwendigerweise zu Profiling. Hierbei kommt es auf den Grund der Einteilung an. So kann ein Unternehmen zum Beispiel seine Kunden zu statistischen Zwecken nach Alter oder Geschlecht einteilen, um einen zusammenfassenden Überblick über seine Kunden zu erhalten, ohne Voraussagen zu treffen oder Schlussfolgerungen über einzelne Personen zu ziehen. In diesem Fall besteht der Grund der Einteilung nicht in der Bewertung individueller Merkmale, weshalb es sich hier nicht um Profiling handelt.»

[123] Wie das obige Beispiel durch das Gremium der EU-Datenschutzbehörden gewürdigt würde, wird daraus nicht restlos klar, jedoch könnte diese Erwägung darauf hindeuten, dass sie von einem Profiling ausgehen würden. So lässt sich zunächst zwar festhalten, dass es sich um eine blossе «Einteilung der Kunden anhand bekannter Merkmale» handelt. Der Grund der Einteilung könnte demgegenüber aber in einer Bewertung gesehen werden, nämlich dem Interesse an einem (neuerlichen) Kauf oder der Voraussage eines Kaufs. In eine ähnliche Richtung gehen Stellungnahmen in der Literatur, allerdings bleiben auch diese unklar, da – zumindest in Bezug auf die Elemente im Beispiel – keine vertiefte Auseinandersetzung erfolgt.²⁴⁰

[124] Sollten die Stellungnahmen aber tatsächlich so zu verstehen sein, dass ein Profiling im genannten Beispiel bejaht würde, kann ihnen nicht gefolgt werden. So ist zwar einzuräumen, dass gerade das **Direktmarketing** ein vielfach genannter Einsatzbereich ist, der mit dem Profiling in Verbindung gebracht wird.²⁴¹ Ferner erfolgt in dem Arbeitsablauf auch eine Bewertung persönlicher Aspekte, aus der Schlussfolgerungen («Interesse an Produkt») hervorgehen. Diese Bewertung erfolgt aber gerade nicht automatisiert. Selbstredend wird die Bearbeitung unter Einsatz von elektronischen Datenverarbeitungssystemen und bis zu einem gewissen Teil automatisiert durchgeführt. Inwiefern aber die als Kern des Profilingbegriffs verstandene Bewertung in solchen Fällen automatisiert erfolgen soll oder insgesamt von einer überwiegend automatisiert durchgeführten Datenverarbeitung ausgegangen werden müsste, ist nicht ersichtlich.

[125] Vielmehr ist **hier von einer «manuellen Bewertung» auszugehen**. Die Beurteilung des potenziellen Interesses an Produkten geht gerade nicht auf einen automatisierten Bearbeitungsvorgang zurück, sondern basiert ausschliesslich auf einem menschlichen Gedankengang, der gegebenenfalls auf Erfahrungswerte, statistische Berechnungen oder ein blosses Bauchgefühl abgestützt wird. Es ist insofern nicht die «Maschine», die «glaubt», jemand könnte an einer Nachbestellung interessiert sein. In unserem Beispiel ist insofern zwar das Selektionsverfahren automatisiert, aber eventuelle neue Erkenntnisse ergeben sich nicht daraus, sondern aus der Bewertung, die aber eben nicht automatisiert erfolgt. In diesem Sinne kann die Qualifikation als Profiling

²³⁹ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 7.

²⁴⁰ Vgl. VON LEWINSKI (Fn. 182), Art. 22 N 7 «eine Auswahl zu Werbezwecken kann als Profiling [...] verstanden werden»; ROSENTHAL (Fn. 2), Rz 28; STENGEL/STÄUBLE (Fn. 47), Rz. 26.

²⁴¹ Vgl. bereits Art. 21 Abs. 2 DSGVO; ferner z.B. ARNING/ROTHKEGEL (Fn. 41), Art. 4 N 122.

auch deshalb verneint werden, weil sich die Bewertung gar nicht erst in neuen Erkenntnissen manifestiert. So ist **nicht ersichtlich, worin die Output-Daten zu sehen wären, welche aus dem Bewertungsvorgang hervorgehen.**²⁴² Vielmehr sind die verarbeiteten Daten (hier: die Bestellhistorie) mit den Input-Daten identisch, welche durch die Filterfunktion lediglich anders dargestellt werden. Es kann jedenfalls nicht genügen, wenn die «neue Erkenntnis» bzw. die Schlussfolgerung lediglich in den Köpfen der jeweiligen Mitarbeitenden vorhanden ist.

[126] Etwas anderes könnte somit nur dann gelten, wenn eine «Selektion» so ausgestaltet wäre, dass damit auch die automatisierte Zuordnung zu einer bestimmten Klasse oder einem Gruppenprofil verbunden wäre, also nicht bloss von einer automatisierten Auswahl oder Sortierung, sondern einer automatisierten «Einteilung» oder «Klassifizierung» auszugehen wäre.²⁴³ In diesem Sinne könnten auch Stellungnahmen einzelner Datenschutzbehörden verstanden werden, allerdings bleiben auch diese diesbezüglich vage.²⁴⁴ Es sind somit zwar keine hohen Anforderungen an die Erscheinungsform oder Verkörperung der Output-Daten zu stellen und es kann, wie bereits erläutert, bspw. genügen, wenn am Ende eines Vorgangs das Ergebnis/Output-Datum steht, dass keine von mehreren untersuchten Personen einen bestimmten Aspekt (z.B. Zugehörigkeit zu bestimmten Segmenten) aufweisen.²⁴⁵ Erforderlich ist aber, dass im Verlauf genau dieses Vorgangs eine automatisierte, also computergestützte Bewertung der Kriterien in Bezug auf die einzelnen Personen vorgenommen wurde. Ungenügend ist es in jedem Falle aber, wenn **bloss eine Filterung bestehender Daten** (z.B. nach zuvor manuell zugeordneten Segmenten) vorgenommen wird und dies im Kopf eines Menschen, der in Vorgang involviert ist, eine Bewertung auslöst. Es braucht eine automatisierte/computergestützte Bewertung, die zu gesonderten Output-Daten führt.

[127] Dass Vorgänge wie im Beispiel zu Beginn des Abschnitts nicht als Profiling betrachtet werden können, veranschaulicht jedenfalls auch der Vergleich mit folgenden Sachverhalten:

1. Eine Kosmetikerherstellerin will Kunden per E-Mail anschreiben, die in den vergangenen drei Monaten eines ihrer Produkte über den Online-Shop gekauft hatten, weil der Verdacht besteht, dass aufgrund eines **Produktionsfehlers** Gesundheitsgefährdungen bei der Anwendung drohen. In diesem Fall erfolgt ebenfalls eine «Selektion» der betroffenen Kunden und es liegt dem Vorgang die Bewertung zugrunde, dass die Gesundheit dieser Kunden gefährdet sein könnte. Würde man den Stellungnahmen zur Selektion im Direktmarketing folgen, müsste man auch hier von einem Profiling ausgehen.
2. Gleiches gälte für folgenden Sachverhalt: Die HR-Abteilung eines Unternehmens wählt, nach Rücksprache mit den betroffenen Vorgesetzten, aus der **Bewerberdatenbank** diejenigen Bewerber aus, die über einen eidg. diplomierten Fachausweis und bereits über mehr

²⁴² Die im Newsletter-Versand-Tool generierten Daten stellen denn auch nicht das Ergebnis des Bewertungsvorgangs dar, sondern sind Ausfluss des Entscheids, die identifizierten Personen anzuschreiben, also der Reaktion auf die Erkenntnis. Es fehlt insofern der erforderliche Bezug zu einem automatisierten Bewertungsvorgang.

²⁴³ Vgl. betreffend der «Klassifizierung» wohl KLABUNDE (Fn. 184), 4 N 30; VASELLA (Fn. 108), S. 193.

²⁴⁴ Datenschutzkonferenz (DSK) (Fn. 189), S. 5 («*Eingriffsintensivere Massnahmen wie automatisierte Selektionsverfahren zur Erstellung detaillierter Profile, Verhaltensprognosen bzw. Analysen, die zu zusätzlichen Erkenntnissen führen, [...] In diesen Fällen handelt es sich um Profiling*» (Hervorhebung nur hier)); Datenschutzstelle Fürstentum Liechtenstein, Profiling, <https://www.datenschutzstelle.li/index.php?cID=683> (zuletzt besucht: 8. März 2022): («*Nicht als Profiling gemäss DSGVO gilt aber z.B. eine bloss Sortierung personenbezogener Daten anhand bestimmter Merkmale, ohne eine Bewertung derselben bzw. eine Analyse oder Verhaltensvorhersage zu einzelnen Personen vorzunehmen, wie z.B. eine Selektion von Kunden-Adressen nach Wohnort für die Zustellung von Briefpost oder für statistische Zwecke.*»).

²⁴⁵ Vgl. dazu bereits oben Abschnitt 7.3.5.4.

als ein Jahr Berufserfahrung im betreffenden Gebiet verfügen, um diese für die Teilnahme an einem Online-Assessment einzuladen. Wiederum erfolgt eine automatisierte Selektion und ist im Vorgang eine Bewertung in Bezug auf die Arbeitsleistung/Eignung der Bewerber enthalten. Aus den genannten Gründen kann jedoch auch hier nicht von einem Profiling gesprochen werden. Es fehlt bereits an einer *automatisierten* Bewertung.

7.5. Fazit zur Begriffsdefinition, Beurteilungsraster und Beispiele

[128] Nach den Erkenntnissen des vorliegenden Beitrags stellt eine Datenbearbeitung somit **zusammengefasst** dann ein Profiling dar, wenn alle folgenden Fragen bejaht werden können:

- Wird eine Bewertung von Aspekten einer Person vorgenommen, also eine Einschätzung oder Beurteilung, verstanden als Vorgang, bei welchem eine gewisse Subjektivität im Sinne eines subjektiven Beurteilungsspielraums oder Ermessens und damit eine gewisse Unschärfe besteht?
- Erfolgt dieser Bewertungsvorgang automatisiert, ist die Bewertung also als direktes Ergebnis eines computergestützten Vorgangs («einer Maschine») und nicht als unmittelbares Ergebnis eines menschlichen Gedankengangs zu sehen?
- Betrifft diese Bewertung Personendaten, erfolgt sie also nicht anonymisiert und betrifft auch nicht nur eine Gruppe von Personen, aus welcher keine bestimmbare Person ausgesondert werden kann?
- Gehen aus dem Bewertungsvorgang neue Erkenntnisse («Output-Daten») zu persönlichen Aspekten hervor, die nicht bereits vorher vorlagen, liegt also nicht ein blosses Abrufen oder Sortieren vorhandener Daten vor?

[129] Daraus wird deutlich, dass der Profilingbegriff nicht uferlos ist und anhand der hier entwickelten Kriterien von «gewöhnlichen» Datenbearbeitungen abgegrenzt werden kann. Nichtsdestotrotz bleibt der **Profilingbegriff immer noch weit**, wie die folgenden zwei Sachverhalte zeigen, die als (zweiphasiges) Profiling zu qualifizieren sind:

1. **Bewertung von Personal:** Geht es um die automatisierte Bewertung von (bestehendem oder künftigem) Personal, z.B. die Eignung für eine Stelle, ist sehr rasch von einem Profiling auszugehen. Offensichtlich ist dies, wenn die Beurteilung der Eignung für eine Stelle oder Ermittlung bestimmter Charaktereigenschaften, wie Zuverlässigkeit oder Offenheit, mit Hilfe einer Software vorgenommen wird, welche Sprache oder Stimme analysiert und Aussagen zu diesen Aspekten macht. Um dabei verwertbare Ergebnisse zu erzielen, wird regelmässig auf eine grosse Datenmenge zurückgegriffen werden (müssen) und der Vorgang letztlich einem dreiphasigem Profiling nahekommen.²⁴⁶ Für die Aufgabe, die Eignung oder Zuverlässigkeit einer Person zu bewerten, können aber auch banalere automatisierte Vorgänge genügen, um von einem (zweiphasigen) Profiling auszugehen. Macht eine Software zur Verwaltung und Durchführung von internen Online-Schulungen bspw. eine Aussage zur Zu-

²⁴⁶ Vgl. bspw. die Umschreibung der Software bei Jüngling, Diese Stimmanalyse entlarvt all unsere Geheimnisse, www.welt.de/wissenschaft/article138138577/Diese-Stimmanalyse-entlarvt-all-unsere-Geheimnisse.html (zuletzt besucht: 14. März 2022).

verlässigkeit (z.B. durch grüne oder rot Ampeln beim Feld «Zuverlässigkeit») von Mitarbeitenden gestützt auf die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Fristen zum Abschluss der Schulungen, kann dies bereits ein Profiling darstellen.

2. **Geotargeting:** Auch im Online-Kontext und bei der Verarbeitung von Daten von Website-Besuchern kann es sehr rasch zu einem Profiling kommen. Dabei ist sehr oft die hier nicht näher thematisierbare Frage mitentscheidend, ob überhaupt Personendaten vorliegen.²⁴⁷ Will man keine Risiken eingehen und unterstellt man dies, wird man bspw. beim sogenannten Geotargeting von einem (zweiphasigen) Profiling ausgehen müssen. Beim Geotargeting wird beim Zugriff auf eine Website die IP-Adresse des Routers des Nutzers automatisiert mit einer Datenbank abgeglichen, die Angaben über die frühere Zuteilung der Adresse oder des betreffenden Adressraums durch den Access Provider zu einem bestimmten geografischen Gebiet enthält.²⁴⁸ Ausgehend davon wird der Nutzer einem Gebiet zugeordnet, gestützt darauf wiederum z.B. die Website-Sprache voreingestellt und insoweit eine Einschätzung zu seinem Aufenthaltsort vorgenommen.

7.6. Abgrenzungen

7.6.1. Abgrenzung zu automatisierter Einzelentscheidung

[130] Ausgehend von der vorangehenden Umschreibung des «gewöhnlichen Profilingbegriffs» stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zur automatisierten Einzelentscheidung. Diesbezüglich ist gleich vorweg festzuhalten, dass eine genaue Umschreibung des «Entscheidungsbegriffs» in Abgrenzung zum «Bewertungsbegriff» bislang offenbar noch nicht gefunden wurde.²⁴⁹ Dies dürfte auch auf die nicht-restlos klare Formulierung «*automatisierte Einzelentscheidung einschliesslich Profiling*» zurückzuführen sein. So lässt sich zu deren Verhältnis, der Artikel-29-Datenschutzgruppe²⁵⁰ folgend, zumindest festhalten, dass automatisierte Entscheidungen mit oder ohne Profiling getroffen werden können. Zugleich kann Profiling ohne automatisierte Entscheidungen erfolgen. **Profiling und automatisierte Entscheidungsfindung müssen jedoch nicht unbedingt getrennt voneinander erfolgen**, sondern können auch zusammen oder im Anschluss aneinander auftreten. Für die Abgrenzung ist damit aber noch nicht viel gewonnen.²⁵¹ Gleiches gilt, da sie noch ungeklärt ist, für die Frage, ob sich auch die automatisierte Einzelentscheidung auf «persönliche Merkmale» beziehen muss.²⁵²

[131] Letztlich wird die Abgrenzung zwischen dem Profiling und der automatisierten Einzelentscheidung in der Lehre deshalb primär dadurch vorgenommen, dass für das Vorliegen von Letz-

²⁴⁷ Zumindest dann, wenn man das Konzept der Singularisierung (richtigerweise) ablehnt (vgl. dazu z.B. aktuell die Entscheidung der österreichischen Datenschutzbehörde vom 22. April 2022 in Sachen Google Analytics, S. 27 ff.), wird man bei IP-Adressen nicht ohne Weiteres von der Bestimmbarkeit und damit Personendaten ausgehen können, vgl. dazu ausführlich LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPF, Marketing und Internet, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, Rz. 19.6 ff.

²⁴⁸ Vgl. ALEXANDER KERNEN, Persönlichkeitsverletzungen im Internet, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 475.

²⁴⁹ Vgl. in diesem Sinne auch VON LEWINSKI (Fn. 182), Art. 22 N 7.

²⁵⁰ Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 8.

²⁵¹ Dies gilt auch für den Verweis auf den «Umfang»: «Die automatisierte Entscheidungsfindung unterscheidet sich in ihrem Umfang vom Profiling und kann sich teilweise mit diesem überschneiden oder sich aus diesem ergeben.», Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 8.

²⁵² Bejahend z.B. VON LEWINSKI (Fn. 182), Art. 22 N 7 ff.; ablehnend SCHOLZ (Fn. 11), Art. 22 N 19.

terer zusätzliche Anforderungen erfüllt sein müssen, werden doch auch nur dann die qualifizierten Rechtsfolgen von Art. 22 DSGVO und Art. 21 nDSG ausgelöst.²⁵³ Folglich wird primär darauf abgestellt, dass automatisierte Einzelentscheidungen im Sinne der genannten Bestimmungen nur vorliegen, wenn sie *ausschliesslich* automatisiert durchgeführt werden. Insofern muss ein **vollautomatisierter Vorgang ohne inhaltliche Überprüfung durch einen Menschen** zur Entscheidung geführt haben.²⁵⁴ Demgegenüber kann ein Profiling grundsätzlich, wie erläutert, auch dann noch vorliegen, wenn bei einem Vorgang ein Mensch eingreift, solange die Bewertung bzw. die Verarbeitung insgesamt **schwergewichtig automatisiert** erfolgt. Ferner ist eine relevante automatisierte Einzelentscheidung nur dann gegeben, wenn sie mit einer Rechtsfolge für die betroffene Person verbunden ist oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.²⁵⁵

[132] Über die letztgenannte Anforderung kann insoweit auch am ehesten noch eine **Abgrenzung zwischen Entscheidung und Bewertung erfolgen**. Denn entsprechende Rechtsfolgen oder ähnliche Auswirkungen einer Entscheidung werden regelmässig nur dann vorliegen können, wenn das Ergebnis des Verarbeitungsvorgangs eine **Aussenwirkung** hat. So wird bspw. gestützt auf ein relevantes Entscheidungsverfahren ein Vertragsabschluss verweigert oder eine Kündigung ausgesprochen, was in aller Regel auch eine Kommunikation mit der betroffenen Person implizieren wird. Demgegenüber wird das Profiling als solches meist keine entsprechende Aussenwirkung haben, solange es nicht in eine Entscheidung einfliesst.²⁵⁶ Nicht geeignet für die Unterscheidung zwischen Bewertung und Entscheidung ist demgegenüber, darauf abzustellen, ob eine Auswahl aus mehreren Möglichkeiten getroffen wird.²⁵⁷ Dies ist auch bei der Bewertung, bspw. der möglichen Vorlieben eines Kunden oder der Voraussage eines Standorts eines Nutzers der Fall, und es ist, wie erläutert, auch für das Vorliegen einer relevanten Bewertung ein Beurteilungsspielraum erforderlich. Im Übrigen bestehen in Bezug auf die Anforderungen an automatisierte Entscheidungen auch insofern Parallelen zum Bewertungsbegriff, als eine gewisse Komplexität verlangt wird. Reine «Wenn-Dann-Entscheidungen» sollen nicht darunter fallen.²⁵⁸

7.6.2. Abgrenzung zum Profiling mit hohem Risiko

[133] Die aufgezeigten Konturen des Profilingbegriffs haben schliesslich auch Auswirkungen auf die Qualifikation als Profiling mit hohem Risiko im Schweizer Recht. Dessen Legaldefinition in Art. 5 lit. g nDSG lautet wie folgt:

«Profiling, das ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, indem es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt.»

²⁵³ Vgl. Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 11), S. 9; vgl. aber auch zur Diskussion in Deutschland, ob nicht doch auch das Profiling, das nicht zu einer Einzelentscheidung führt, von Art. 22 DSGVO erfasst sein soll, TAEGER (Fn. 40), Art. 22 N 32 ff.

²⁵⁴ Vgl. SCHOLZ (Fn. 11), Art. 22 N 26.

²⁵⁵ Vgl. Art. 22 Abs. 1 DSGVO und Art. 21 Abs. 1 nDSG.

²⁵⁶ Nach KLABUNDE (Fn. 184), Art. 4 N 28, dient das Profiling letzten Endes der Steuerung von Interaktionen mit der betreffenden Person; zustimmend HELFRICH (Fn. 203), Art. 4 Rz. 83.

²⁵⁷ So VASELLA (Fn. 108), S. 195.

²⁵⁸ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7055 f.; VON LEWINSKI (Fn. 182), Art. 22 N 12; SCHOLZ (Fn. 11), Art. 22 N 18; Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass, anders als beim Profiling, zumindest die konkrete automatisierte Entscheidung, also die gewählte «Lösung der Aufgabenstellung» komplex sein muss und nicht bloss die Aufgabenstellung bzw. der Gegenstand der Entscheidung.

[134] Zunächst kommt darin zum Ausdruck, dass das «qualifizierte» Profiling **auf dem «gewöhnlichen» Profiling aufbaut**. Für die Beurteilung dieses Elements der Legaldefinition muss deshalb dasselbe gelten wie für die Beurteilung, ob ein gewöhnliches Profiling vorliegt. Die Wertungen müssen insofern übernommen werden.

[135] Diesbezüglich wurde bereits aufgezeigt, dass die «blosse» **Erstellung von Profilen nicht dem Profiling zuzurechnen** ist und deshalb keinen gesonderten Vorschriften untersteht, insbesondere nicht denjenigen für das Profiling.²⁵⁹ Dies muss folgerichtig selbst dann gelten, wenn es um das blosse Sammeln von Daten geht, die im Sinne der Legaldefinition «zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt». Der Wortlaut, der auf dem im bisherigen Recht²⁶⁰ verwendeten Begriff des Persönlichkeitsprofils beruht, wirft diesbezüglich allerdings Fragen auf.

[136] Grund dafür ist die Wendung «eine Beurteilung [...] erlaubt». Sie impliziert, dass bereits die abstrakte Möglichkeit zur Beurteilung (wesentlicher Persönlichkeitsaspekte) genügt, diese Beurteilung also noch gar nicht durchgeführt worden sein muss. Daraus entsteht auf den ersten Blick ein gewisser Widerspruch, weil mit der Ersetzung des Persönlichkeitsprofils durch das (gewöhnliche) Profiling von einem statischen Verständnis Abstand genommen werden sollte.²⁶¹ Der zweite Blick macht jedoch deutlich, dass auch das Profiling mit hohem Risiko nicht rein statisch verstanden werden kann. Vielmehr ist es als «**Hybrid» mit einem dynamischen und einem statischen Element** zu sehen. Das dynamische Element besteht darin, dass das (dynamische) gewöhnliche Profiling die Basis des qualifizierten Profilings bildet. Das statische und qualifizierende Element ist sodann das aus dem dynamischen Vorgang hervorgehende Resultat.

[137] So ist das (gewöhnliche) Profiling, wie erläutert, als Vorgang zu verstehen, der durch eine Bewertung gekennzeichnet ist, woraus neue Erkenntnisse resultieren. Bezogen auf das Profiling mit hohem Risiko hat dies zur Folge, dass auch dieses nur bei Vorgängen vorliegen kann, mit welchen eine Bewertung bzw. – nach dem Wortlaut wohl als Synonym zu verstehen – eine «Beurteilung» tatsächlich durchgeführt wird. Mit anderen Worten muss in einem Vorgang letztlich **mindestens eine Bewertung persönlicher Aspekte durchgeführt werden**, damit er als Profiling mit hohem Risiko qualifiziert werden kann. Im Unterschied zum «gewöhnlichen Profiling» ist zusätzlich erforderlich, dass die daraus resultierenden Schlussfolgerungen so beschaffen sind, dass sie die Verknüpfung mit anderen Daten ermöglichen und so eine Beurteilung wesentlicher Persönlichkeitsaspekte erlauben. Nur wenn dies der Fall ist, kann von Profiling mit hohem Risiko ausgegangen werden. In Bezug auf Letzteres ist ferner auf die einleitenden Ausführungen zum Persönlichkeitsprofil zu verweisen.²⁶²

8. Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage für das Profiling in ausgewählten Bundesgesetzen

[138] Wie einleitend dargelegt, besteht eine der zentralen spezifischen Rechtsfolgen des Profilings darin, dass Bundesorgane dieses nur einsetzen dürfen, wenn dafür eine Grundlage in einem Ge-

²⁵⁹ Vgl. oben Rz. 75.

²⁶⁰ Art. 3 lit. d DSG.

²⁶¹ Vgl. nur die Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7021.

²⁶² Vgl. oben Rz. 59 f.

setz im formellen Sinn besteht. Nachdem aufgezeigt wurde, was konkret unter Profiling zu verstehen ist, wird nachfolgend erläutert, welche Anforderungen sich aus dem datenschutzrechtlichen Legalitätsprinzip im Allgemeinen und für das Profiling im Besonderen ergeben. Anschliessend wird zur Veranschaulichung untersucht, inwieweit in ausgewählten Bundesgesetzen, die für viele Bundesorgane relevant sind, entsprechende gesetzliche Grundlagen für das Profiling vorhanden sind. Zur Veranschaulichung werden – gestützt auf eine rein subjektive Auswahl – die sozialversicherungsrechtlichen Erlasse, das Epidemiengesetz (EpG) und das Bundespersonalgesetz (BPG) untersucht. Die nachfolgenden Erläuterungen legen den Fokus auf die totalrevidierten Regelungen, da im geltenden Recht keine besonderen Vorgaben betreffend Profiling bestehen.

8.1. Bedeutung des Legalitätsprinzips im Allgemeinen

8.1.1. Das Prinzip der Spezialermächtigung

[139] Die einschlägigen Vorschriften für das datenschutzrechtliche Legalitätsprinzip wurden im Wesentlichen aus dem geltenden Recht übernommen und waren in der parlamentarischen Debatte wenig umstritten. Folglich kann die Lehre und Rechtsprechung zum bisherigen Recht grundsätzlich für die Auslegung der neuen Vorschriften beigezogen werden. Bereits im Rahmen des bundesrätlichen Entwurfs wurde aber der punktuellen Kritik an der geltenden Regelung Rechnung getragen und es wurden einzelne Präzisierungen vorgenommen.²⁶³

[140] Unter dem künftigen Recht ist der Kern des datenschutzrechtlichen Legalitätsprinzips in Artikel 34 nDSG enthalten. Dieses gilt für sämtliche Bearbeitungsformen,²⁶⁴ wobei insbesondere für die spezifischen Datenbearbeitungen in Form der Datenbekanntgabe, der automatisierten Bearbeitung im Rahmen von Pilotversuchen und der Datenbearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke Sondervorschriften bestehen. Art. 34 Absatz 1 übernimmt dabei den Grundsatz von Art. 17 Abs. 1 DSGVO, wonach Bundesorgane Personendaten nur bearbeiten dürfen, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage oder eine Ausnahme davon vorliegt. Mit der Regelung wird das in Art. 5 BV verankerte Gesetzmässigkeits- oder Legalitätsprinzip konkretisiert, welches für jegliches Verwaltungshandeln gilt.²⁶⁵

[141] Für Bundesorgane gilt somit, ähnlich wie generell für alle Verantwortlichen unter der EU-DSGVO, gewissermassen ein **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**.²⁶⁶ Die Rede ist auch vom Prinzip der Spezialermächtigung, das für Bundesorgane, anders als für private Bearbeiter, im DSGVO gilt.²⁶⁷ Das DSGVO ist insofern als Rahmengesetz zu verstehen, welches das Legalitätsprinzip datenschutzrechtlich konkretisiert und im Grundsatz eine gesonderte Ermächtigung in einem anderen Erlass verlangt. Das heisst, **jede Datenbearbeitung durch Bundesorgane muss sich grundsätzlich auf eine bereichsspezifische bzw. spezialgesetzliche Rechtsgrundlage stützen können**. Neben den eigentlichen Ausnahmen vom datenschutzrechtlichen Legalitätsprinzip²⁶⁸ als solchem kann aber

²⁶³ Botschaft DSGVO 2017 (Fn. 16), 7079.

²⁶⁴ Vgl. CLAUDIA MUND, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), SHK-DSG, Bern 2015, Art. 17 N 4.

²⁶⁵ Vgl. nur JÖHRI (Fn. 22), Art. 17 N 3.

²⁶⁶ Vgl. z.B. DOMINIKA BLONSKI, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Diss. Bern 2015, S. 77.

²⁶⁷ JÖHRI (Fn. 22), Art. 17 N 4.

²⁶⁸ Art. 34 Abs. 3 und 4 nDSG sowie Art. 36 Abs. 2 und 3 nDSG.

bereits das DSG in einigen ausgewählten Fällen direkt die erforderliche «besondere» Grundlage bereitstellen, wie bspw. bei der Bekanntgabe von «Stammdaten» in Art. 36 Abs. 4 nDSG oder für die Datenbearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke in Art. 39 nDSG. In diesen Konstellationen bedarf es somit ausnahmsweise keiner Spezialermächtigung in einem anderen Erlass.²⁶⁹

8.1.2. Das Erfordernis der Gesetzesform

[142] Entsprechend dem verwaltungsrechtlichen «Erfordernis der Gesetzesform», als Teilaspekt des Legalitätsprinzips, verlangt das nDSG nicht für jegliche Bearbeitungen eine Grundlage auf gleich hoher Stufe. Verwaltungsrechtlich ist für «wichtige» Normen sowie schwerwiegende Eingriffe in Grundrechte die Form des Gesetzes zu wählen.²⁷⁰ Im nDSG ist dies datenschutzrechtlich so konkretisiert worden, dass für besondere Verarbeitungsformen eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne verlangt wird, während für alle anderen Bearbeitungen eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne genügen kann.²⁷¹ Mit Gesetz im formellen Sinne ist ein Gesetz gemeint, das im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ergeht,²⁷² also vom Parlament, je nach Verfassung unter Mitwirkung des Volkes, erlassen worden ist.²⁷³ Demgegenüber genügt als Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne bereits eine (Rechts-)Verordnung der Regierung.²⁷⁴

[143] Als besondere Bearbeitungen, für welche im Grundsatz explizit ein **Gesetz im formellen Sinne verlangt** wird, zählen die Folgenden:

1. Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten;
2. Es handelt sich um ein Profiling;
3. Der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung können zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen.

8.1.3. Das Erfordernis der Normstufe

[144] Der zweite Teilaspekt des verwaltungsrechtlichen Legalitätsprinzips, das Erfordernis der Normstufe,²⁷⁵ gilt sodann auch im Datenschutzrecht.²⁷⁶ Daraus ergibt sich die Anforderung der **hinreichenden Bestimmtheit der Norm** bzw. eine hinreichende Normdichte. Das Erfordernis der Bestimmtheit dient der Verwirklichung der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit und soll zur Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns beitragen.²⁷⁷ Der datenschutzrechtliche Verhält-

²⁶⁹ Vgl. dazu z.B. auch MICHAEL MONTAVON, *Cyberadministration et protection des données*, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2021, S. 219 f.

²⁷⁰ Vgl. Art. 36 Abs. 1 und Art. 164 BV; ferner ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, S. 85, Rz. 351.

²⁷¹ Vgl. Art. 34 Abs. 2 (und Abs. 3 e contrario) nDSG.

²⁷² PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Bern 2014, S. 100, §13 Rz. 1.

²⁷³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 271), S. 85, Rz. 351.

²⁷⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 273), S. 101, §13 Rz. 7.

²⁷⁵ Vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 271), S. 82 ff., Rz. 338 ff.

²⁷⁶ Vgl. nur MUND (Fn. 265), Art. 17 N 5 ff.

²⁷⁷ BGE 139 I 280, E. 5.1.

nismässigkeitsmassstab gilt auch hier:²⁷⁸ Je sensibler die zu verarbeitenden Daten und je einschneidender die Datenbearbeitung, desto höhere Anforderungen sind an die Bestimmtheit der Norm zu stellen.²⁷⁹ Der historische Gesetzgeber des DSG verlangt dabei, dass in der jeweiligen Vorschrift «grundsätzlich» die folgenden drei Elemente in den Grundzügen festgelegt sein müssen:²⁸⁰

1. der Zweck,
2. die beteiligten Organe und
3. das Ausmass der Datenbearbeitung.

[145] Der EDÖB fordert sodann aber gelegentlich weitere Elemente,²⁸¹ wobei diese nicht restlos klar definiert werden und diesbezüglich auch kaum von einer gefestigten Praxis gesprochen werden kann.

[146] Einigkeit dürfte letztlich also zumindest dahingehend bestehen, dass Blankettnormen ohne eine Anbindung der Bearbeitung an einen bestimmten Zweck ungenügend wären.²⁸² Dass der Gesetzgeber aber im Übrigen nicht nur beim Erlass des bisherigen DSG, sondern auch in der Folge keine allzu hohen Anforderungen an die Bestimmtheit bzw. Normdichte stellte, veranschaulicht der Umgang mit den Grundlagen im Bereich des Sozialversicherungsrechts. In diesem Rahmen wurde es als ein «Ding der Unmöglichkeit» bezeichnet, sämtliche unzähligen anwendbaren Bestimmungen zu vervollständigen. Deshalb wurde in jedem Sozialversicherungsgesetz eine «allgemeine Bestimmung» eingeführt, welche die Rechtsgrundlage für sämtliche Bearbeitungen der Personendaten bildet, die zur Erfüllung der auf dem jeweiligen Gesetz basierenden Aufgaben benötigt werden.²⁸³ Derartige **Normen, in welchen der Zweck sehr weit umschrieben wird, müssen deshalb als hinreichend betrachtet werden** und es ist von anderen Anforderungen an die Bestimmtheit des Zwecks auszugehen, als bspw. im Rahmen der Datenbearbeitungsgrundsätze. Sinnvoll, aber nicht zwingend, ist es deshalb, dass zusätzlich eine beispielhafte Auflistung von konkreteren Zwecken erfolgt. Hiervon ist auch künftig auszugehen, wie ein Blick auf die verschiedenen im Rahmen der Totalrevision des DSG geänderten Ermächtigungsgrundlagen zeigt.²⁸⁴

[147] Wie bereits der Wortlaut der bisherigen Regelungen nahelegt,²⁸⁵ wurde bei der erwähnten Harmonisierung der Vorschriften im Sozialversicherungsrecht das Erfordernis zum Ausdruck gebracht, die beiden Erscheinungsformen mit erhöhtem Schutzbedarf, d.h. die besonders schüt-

²⁷⁸ Vgl. zum Begriff BÜHLMANN/SCHÜEPP (Fn. 39), Rz. 54.

²⁷⁹ Vgl. ferner die weiteren Kriterien in der Botschaft DSG 1988 sowie ausführlich dazu JÖHRI (Fn. 22), Art. 17 N 11 ff.

²⁸⁰ Botschaft DSG 1988, 467.

²⁸¹ Empfehlung des EDÖB betreffend Drogen- und Alkoholttests bei den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), 25. Mai 2007, E. II Ziff. 5. («sowohl den Zweck als auch den Umfang der Datenbearbeitung, die dabei verwendeten Mittel und die zur Bearbeitung befugten Behörden»); Stellungnahme des EDÖB betreffend Bekanntgabe von Arbeitslosen-daten an Betreibungsbehörden, April 1997, VPB 61.72, E. A Ziff. 4 («insbesondere den Zweck und den Umfang der Bearbeitung präzisieren, indem z. B. die Kategorien der bearbeiteten, besonders schützenswerten Personendaten bestimmt oder die Zugriffe definiert werden»).

²⁸² Vgl. BEAT RUDIN, Anpassungsbedarf in den Kantonen, digma 2017, S. 58 ff., 61.

²⁸³ Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000 255 ff., 261; die parlamentarischen Debatten führten zu keinen Abweichungen in den hier betreffenden Punkten, vgl. für die Einzelheiten die in der Parlamentsdatenbank unter der Geschäftsnummer 99.093 abrufbaren Dokumente.

²⁸⁴ Vgl. z.B. nur Art. 96 Abs. 1 nUVG («um die ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen, namentlich um») und Art. 84 Abs. 1 KVG.

²⁸⁵ Vgl. Art. 17 Abs. 2 DSG und Art. 19 Abs. 3 DSG («es ausdrücklich vorsieht» bzw. «dies ausdrücklich vorgesehen ist»).

zenswerten Daten und Persönlichkeitsprofile, in den Gesetzen explizit aufzuführen.²⁸⁶ In diesem Sinne dürfte unter bisherigem Recht auch unbestritten sein, dass eine hinreichende Grundlage für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen nur vorliegen kann, wenn diese «ausdrücklich» im (Gesetz im formellen Sinne) genannt werden.²⁸⁷ Mit anderen Worten **müssen sich die Begriffe in der Norm wiederfinden** bzw. die Erlaubnis zu deren Bearbeitung muss benannt, d.h. ausformuliert sein. Bekräftigt wird dies auch durch die bisherige Ausgestaltung der Spezialermächtigungen in anderen Bereichen, die jeweils Formulierungen enthalten wie «*Personendaten, insbesondere auch besonders schützenswerte Daten oder Persönlichkeitsprofile*».²⁸⁸ Wie es sich damit unter neuem Recht verhält und insbesondere was deshalb für das Profiling gilt, wird anschliessend, nach einem Hinweis auf die Ausnahmen vom Legalitätsprinzip, erläutert.

8.1.4. Ausnahmen vom Legalitätsprinzip

[148] Wie bereits angesprochen, sieht das nDSG Ausnahmen von den soeben beschriebenen Anforderungen vor. Hierzu zählen verkürzt die Folgenden, wobei für die spezifischen Datenbearbeitungen in Form der Datenbekanntgabe (Art. 36 nDSG), der automatisierten Bearbeitung im Rahmen von Pilotversuchen (Art. 35 nDSG) und der Datenbearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke (Art. 39 nDSG) Sondervorschriften bestehen, die zum gleichen Ergebnis führen wie die Ausnahmen (Art. 34 Abs. 3–4 nDSG):

1. Bewilligung des Bundesrats;
2. Einwilligung oder Zugänglichmachung der betroffenen Person;
3. Schutz von Leib und Leben;
4. Erfüllung gesetzlich festgelegter Aufgaben.

[149] Anzumerken sind zwei Punkte: Im nDSG wird anders als im bisherigen Recht deutlich zum Ausdruck gebracht, dass diese Tatbestände nicht nur als Ausnahme vom Erfordernis nach einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern auch für das Erfordernis nach einer Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn gelten.²⁸⁹ So ist namentlich klar, dass **bei Vorliegen einer gültigen Einwilligung nicht dennoch eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne erforderlich ist**.²⁹⁰ Schliesslich lässt die Regelung nach der hier vertretenen Auffassung auch weiterhin das Abstützen einer Datenbearbeitung auf die sog. **mittelbare gesetzliche Grundlage** zu. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist deshalb auch künftig zu bejahen, wenn die Datenbearbeitung mit einer dem Bundesorgan obliegenden Aufgabe in einem hinreichenden sachlichen Zusammenhang steht. Nur soweit es um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder um ein Profiling geht, ergibt sich durch die Totalrevision

²⁸⁶ Vgl. z.B. Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000 255 ff., 261; ferner bereits Botschaft DSG 1988, 467 f.

²⁸⁷ Vgl. JÖHRI (Fn. 22), Art. 17 N 16.

²⁸⁸ Vgl. z.B. Art. 96 Abs. 1 AsylG, Art. 21 Abs. 3 SpoFöG oder Art. 54 Abs. 2 PBG (vgl. zu Letzterem aber die hängige Revision, welche voraussichtlich in beschränktem Ausmass ein Profiling zur Fahrpreisermittlung und Rechnungsstellung erlauben wird (Geschäft 21.039)).

²⁸⁹ Vgl. die Formulierung in Art. 34 Abs. 4 nDSG «Abweichung von den Absätzen 1–3».

²⁹⁰ Vgl. dazu bereits BÜHLMANN/SCHÜEPP (Fn. 39), Rz. 25 m.w.N.

eine Änderung, indem künftig zumindest erforderlich ist, dass hierfür – neben der Unentbehrlichkeit zur Aufgabenerfüllung und dem Fehlen besonderer Risiken – eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne erforderlich ist.²⁹¹

8.2. Gesetzliche Grundlage für das Profiling im Besonderen

[150] Ausgehend von den oben erwähnten Erläuterungen steht fest, dass **für das Profiling von Bundesorganen im Grundsatz eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne erforderlich** ist.²⁹² Es stellt sich sodann aber die Frage, wie diese im Fall des Profilings konkret beschaffen sein muss. Nach den erläuterten allgemeinen Anforderungen müssen zumindest der Zweck, die beteiligten Organe und das Ausmass der Datenbearbeitung «in Grundzügen» festgelegt sein. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm sind dabei umso höher, je sensibler die zu verarbeitenden Daten und je einschneidender die Datenbearbeitung ist.

[151] Übertragen auf das Profiling ist jedoch nicht restlos klar, was dies zu bedeuten hat. Nach bisherigem Verständnis wurde in Bezug auf das Persönlichkeitsprofil und die besonders schützenswerten Daten verlangt, dass diese in der gesetzlichen Grundlage explizit benannt werden. Dies ergab sich bisher bereits aus dem Gesetzeswortlaut. So ist in Art. 17 Abs. 2 DSG und Art. 19 Abs. 3 DSG die Wendung enthalten: «*es ausdrücklich vorsieht*» bzw. «*dies ausdrücklich vorgesehen ist*». Diese fehlt demgegenüber in der neuen Bestimmung in Art. 34 Abs. 2 nDSG, die auch für das Profiling massgeblich ist.

[152] Der Verzicht auf diese Wendung kann jedoch aus folgenden Gründen nicht so ausgelegt werden, dass der Gesetzgeber damit vom bisherigen Verständnis abweichen wollte.²⁹³ Denn auch ohne explizite gesetzliche Erwähnung ist diese Interpretation als Ausfluss der allgemeinen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu sehen, geht es doch bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten und dem Profiling nach den Wertungen des Gesetzgebers augenscheinlich um potenziell sensitive Datenbearbeitungen. Dem kann entgegengehalten werden, dass das Parlament im Verlauf der Debatten zur Einsicht gelangte, dass das Profiling mit unterschiedlich hohem Risiko verbunden sein kann und es deshalb nicht per se als problematisch eingestuft werden sollte. Folglich wurde auch bewusst das Profiling mit hohem Risiko definiert. Diese Erkenntnis gelangte ferner zu einem Zeitpunkt zum Durchbruch, in dem primär noch Regelungen im Bereich der privaten Bearbeiter und im Bereich der allgemeinen Grundsätze, nicht aber die Vorgaben für Bundesorgane strittig waren. Insofern könnte argumentiert werden, dass der Gesetzgeber seine im Bereich der privaten Bearbeiter zum Ausdruck gebrachten Wertungen «aus Nachlässigkeit» oder «aus Versehen» nicht auch auf den Bereich der Vorgaben für Bundesorgane übertragen hat.

[153] Dies reicht jedoch nach der hier vertretenen Auffassung nicht aus, um von der bisherigen Rechtsauffassung und Praxis abzuweichen. So ändert die Entstehungsgeschichte nichts daran, dass das Profiling vom Gesetzgeber als besondere Datenbearbeitungsform behandelt wird und auch in Art. 34 nDSG in einer gemeinsamen Regelung mit der Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten aufgeführt wird. Letzterer ist zweifelsohne die Bewertung als sensitive

²⁹¹ Art. 34 Abs. 3 nDSG; zum Ganzen BÜHLMANN/SCHÜEPP (Fn. 39), Rz. 27 m.w.N.; s. aber auch unten, Rz. 156.

²⁹² Art. 34 Abs. 2 lit. b nDSG.

²⁹³ Nur hinweisend DAVID VASELLA/NOÉMI ZIEGLER, Krankenversicherung und DSG-Revision, digma 2020, S. 80 ff., 82.

Datenbearbeitung inhärent. Zumindest bei besonders schützenswerten Daten läuft der Hinweis auf die Entstehungsgeschichte ins Leere und es bliebe als einziges Argument der Verzicht auf die Wendung im Wortlaut. Schliesslich stünde diese Auffassung aber auch im Widerspruch zu den zahlreichen bereichsspezifischen Grundlagen, die der Gesetzgeber im Rahmen der Totalrevision überarbeitet hat und wo jeweils explizit die Rede ist von «besonders schützenswerten Personendaten» mit (oder eben ohne) zusätzlicher Erwähnung des «Profilings».²⁹⁴ Er hat damit neuerlich zum Ausdruck gebracht, dass die ausdrückliche Nennung weiterhin erforderlich sein soll und die bisherige Praxis weitergeführt wird.

[154] Folglich liegt nur **dann eine nach Art. 34 Abs. 2 nDSG hinreichende Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne vor, wenn darin explizit auch die Durchführung des Profilings gestattet wird.** Zu beachten ist ferner, dass auch für die Bekanntgabe von Daten, die aus einem Profiling stammen, eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne vorliegen muss.²⁹⁵ Auch hier gilt die bisherige Rechtslage²⁹⁶ betreffend Bestimmtheit der Norm weiter. Es muss somit in der Norm ausdrücklich (auch) von einer «*Bekanntgabe*» gesprochen werden, die vom Bundesorgan vorgenommen werden darf, und es genügt nicht, wenn (nur) von «*Bearbeitung*» oder «*Vornahme eines Profilings*» die Rede ist. Verdeutlicht wird dies wiederum durch die im Rahmen der Totalrevision vorgenommenen Anpassungen in einzelnen Spezialermächtigungen.²⁹⁷ Schliesslich gilt auch für das Profiling, dass, wie bereits angedeutet, eine **Ermächtigungsnorm ausreicht, in welcher die Zwecke nur sehr breit umschrieben werden**, also bspw. «*um die ihnen nach diesem Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen*»,²⁹⁸ wobei beispielhafte Konkretisierungen zu begrüssen, aber nicht zwingend sind. Gleiches gilt für die explizite Erwähnung, dass auch das Profiling mit hohem Risiko gestattet ist.²⁹⁹

[155] Für die Fälle, in welchen in Bezug auf das Profiling eine formell-gesetzliche Grundlage im beschriebenen Sinne fehlt, ist mit Blick auf die **Ausnahmen und Sonderregelungen** Folgendes anzumerken:

1. Selbst für den Fall, dass ein Profiling als unentbehrlich zur Erfüllung einer bestimmten formell-gesetzlichen Aufgabe betrachtet werden könnte, müsste, wie erläutert, zumindest eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne vorliegen.³⁰⁰ Dabei erscheint bereits fraglich, ob der Bundesrat eine solche erlassen würde.
2. Eine Einwilligung der betroffenen Personen kann zwar, wie erwähnt, sowohl eine Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne als auch vom Erfor-

²⁹⁴ Vgl. die bereits erwähnten Grundlagen in ihrer künftigen Fassung: Art. 96 Abs. 1 AsylG, Art. 21 Abs. 3 SpofG oder Art. 54 Abs. 2 PBG (vgl. zu Letzterem aber die hängige Revision, welche voraussichtlich in beschränktem Ausmass ein Profiling zur Fahrpreisermittlung und Rechnungsstellung erlauben wird (Geschäft 21.039)), im Unterschied bspw. zu Art. 96 Abs. 1 und 2 nUVG oder Art. 110 Abs. 1 und 2 Zollgesetz.

²⁹⁵ So bereits die Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7082.

²⁹⁶ Vgl. dazu JÖHRI (Fn. 22), Art. 19 N 9.

²⁹⁷ Vgl. z.B. die Regelung im künftigen Art. 112 Abs. 2 Zollgesetz, der die Bekanntgabe von Daten aus einem Profiling ausdrücklich erwähnt, im Unterschied zum künftigen Art. 107a Abs. 5 Luftfahrtgesetz, wo das Profiling zwar gestattet wird, nicht aber die Bekanntgabe von Daten daraus, und dies wiederum anders als die Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten.

²⁹⁸ Vgl. z.B. nur Art. 96 Abs. 1 nUVG und Art. 84 Abs. 1 KVG.

²⁹⁹ Insofern sind die Wendungen «*Profiling, einschliesslich zum Profiling mit hohem Risiko*» z.B. in Art. 96 Abs. 2 nUVG oder Art. 110 Abs. 2 im künftigen Zollgesetz nicht zwingend.

³⁰⁰ Vgl. Art. 34 Abs. 3 nDSG sowie oben Rz. 149.

dernis der gesetzlichen Grundlage im materiellen Sinne darstellen,³⁰¹ dürfte aber in der Praxis mit Unsicherheiten verbunden sein. Zum einen stellen sich z.B. im Mitarbeiterkontext oder im Gesundheitsbereich besondere Fragen in Bezug auf die Wirksamkeit der Einwilligungen.³⁰² Zum anderen dürfte auch der praktische Umgang mit dem Umstand, dass Einwilligungen jederzeit widerrufen werden können, Fragen aufwerfen.³⁰³

3. Potenziell vielversprechender dürfte demgegenüber die sorgfältige Prüfung der Anforderungen von Art. 39 nDSG sein, wenn das Profiling für nicht personenbezogene Zwecke, insbesondere für Forschung, Planung oder Statistik, durchgeführt werden soll. Denn hierfür gilt das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage im formellen Sinne in Art. 34 Abs. 2 nDSG nicht, wie aus dessen Absatz 2 hervorgeht. Wie nach bisherigem Recht³⁰⁴ genügt hier somit eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinne, d.h. z.B. einer (Rechts-)Verordnung. Zur Erfüllung der Anforderung kann sodann, nach der hier vertretenen Auffassung, auch künftig weiterhin eine mittelbare gesetzliche Grundlage genügen.³⁰⁵ Der Ausschluss von Art. 34 Abs. 2 nDSG muss systematisch auch dessen zugehörigen Absatz 3 umfassen. Steht somit ein Profiling, das zu den in dieser Bestimmung genannten Zwecken durchgeführt werden soll, mit einer dem Bundesorgan obliegenden Aufgabe in einem hinreichenden sachlichen Zusammenhang, könnte das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage gleichwohl erfüllt sein. Zugleich sind aber auch die übrigen Anforderungen der Bestimmungen einzuhalten, was in der Praxis mit Unsicherheiten verbunden sein wird.

8.3. Gesetzliche Grundlage für das Profiling in ausgewählten Bundesgesetzen

[156] Vor diesem Hintergrund stellt sich für die Praxis der Bundesorgane die Frage, ob sie ihre Datenbearbeitungen, die als Profiling qualifiziert werden (dürften), auf eine hinreichende Grundlage abstützen können, oder ob eine der genannten Ausnahmen zu prüfen wäre. Die Beantwortung hat grundsätzlich für jeden Bereich gesondert, d.h. sektorspezifisch zu erfolgen. Wie die vorliegende Untersuchung aufgezeigt hat, ist der Profiling-Betritt zwar nicht grenzen- und konturlos, aber gleichwohl breit. Es sind deshalb potenziell in jedem Sektor interessante oder aus Sicht der Beteiligten wünschenswerte Datenbearbeitungen denkbar, die als Profiling zu qualifizieren sind. An dieser Stelle ist es jedoch nur möglich, auf ausgewählte Bereiche einzugehen. Zur Veranschaulichung eignen sich – nach rein subjektiven Erwägungen – die sozialversicherungsrechtlichen Erlasse, das Epidemiengesetz (EpG) und das Bundespersonalgesetz (BPG).

[157] Die abschliessende Beurteilung, ob in diesen Bereichen eine hinreichende gesetzliche Grundlage für das Profiling enthalten ist, lässt sich gestützt auf die oben dargelegten Erkenntnis-

³⁰¹ Vgl. dazu BÜHLMANN/SCHÜEPP (Fn. 39), Rz. 25.

³⁰² Vgl. dazu z.B. MEIER (Fn. 21), Rz. 831 ff. und 856 ff.

³⁰³ Vgl. dazu z.B. MEIER (Fn. 21), Rz. 840 ff.

³⁰⁴ Vgl. dazu JÖHRI (Fn. 22), Art. 22 N 20.

³⁰⁵ S. dazu oben Rz. 150.

se rasch vornehmen: Die sozialversicherungsrechtlichen Erlasse³⁰⁶ – mit Ausnahme des UVG³⁰⁷ und dem MVG³⁰⁸, namentlich also das AHVG, das IVG und das KVG, **enthalten ebenso wenig wie das Epidemiengesetz (EpG)³⁰⁹ oder das Bundespersonalgesetz BPG³¹⁰ in der Fassung der Totalrevision des DSG eine Regelung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 nDSG, die den unterstellten Bundesorganen ein Profiling erlauben würde.** In der künftigen Regelung dieser Gesetze wird an keiner Stelle von einem Profiling gesprochen und es fehlt somit an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage zu dessen Durchführung in ihrem Anwendungsbereich.

[158] In all denjenigen untersuchten Bundesgesetzen, die bisher die Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen gestatten,³¹¹ ist nur noch von der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten die Rede.³¹² Das Persönlichkeitsprofil wird mit anderen Worten ersatzlos gestrichen. Genau diese Ersetzung oder Anpassung bezeichnete der Bundesrat in der Botschaft³¹³ als denkbare Optionen für die Überarbeitung der Spezialermächtigungen und die Umsetzung in den untersuchten Gesetzen steht insofern im Einklang damit. Bereits deshalb **kann auch nicht von einem offensichtlichen Versehen des Gesetzgebers oder einer Lücke gesprochen werden.**³¹⁴

[159] Eine Begründung für die ersatzlose Streichung findet sich in der Botschaft DSG 2017 einzig in Bezug auf die sozialversicherungsrechtlichen Erlasse. Dort wird erläutert, wieso nur im UVG und im MVG eine Grundlage für das Profiling aufgenommen wurde, und dies dahingehend, dass bei diesen Versicherungen, anders als in der Krankenversicherung, das Naturalleistungsprinzip und nicht das Kostenvergütungsprinzip gelte:³¹⁵ «Durch eine zweckmässige Behandlung des Versicherten können unter Umständen künftige Rentenleistungen verhindert werden. Damit die Versicherer die nötigen Anordnungen zur Bestimmung der umfassenden und zweckmässigen Behandlung treffen können, müssen sie jedoch die notwendigen medizinischen Daten bearbeiten können. So kann das Profiling dem Unfallversicherer beispielsweise erlauben, komplexe Fälle frühzeitig zu erkennen und gezielt einer spezialisierten Sachbearbeiterin oder einem spezialisierten Sachbearbeiter zuzuweisen.»

³⁰⁶ Vgl. insb. Art. 49b AHVG (resp. nach der am 17. Juni 2022 verabschiedeten Vorlage zur «Modernisierung der Aufsicht»: Art. 49f AHVG), Art. 66 IVG i.V.m. Art. 49b (bzw. 49f) AHVG, Art. 85a BVG, Art. 26 ELG i.V.m. Art. 49b (bzw. 49f) AHVG, Art. 84 KVG, Art. 29 EOG i.V.m. Art. 49b (bzw. 49f) AHVG, Art. 25 FLG i.V.m. Art. 49b (bzw. 49f) AHVG und das ATSG, das, wenn überhaupt, ohnehin nur sehr spezifische Grundlagen für die Vornahme von Datenbearbeitungen enthält, so insb. Art. 43a ATSG.

³⁰⁷ Art. 96 UVG.

³⁰⁸ Art. 94a MVG.

³⁰⁹ Vgl. insb. Art. 58 ff. EpG.

³¹⁰ Vgl. insb. Art. 27 ff. BPG.

³¹¹ Von allen hier untersuchten enthält einzig das Epidemiengesetz keine Grundlage für die Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen, vgl. insb. Art. 58 EpG.

³¹² Vgl. dazu den Anhang zur Vorlage der Totalrevision des DSG mit den Änderungen an den genannten Erlassen.

³¹³ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7109 f.: «In einigen Bundesgesetzen genügt es, den Verweis auf das Persönlichkeitsprofil einfach zu streichen. [...] In anderen Gesetzen muss der Begriff «Persönlichkeitsprofil» demgegenüber [...] entweder durch den Begriff «Profiling» ersetzt oder angepasst werden.»

³¹⁴ Im erläuternden Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21. Dezember 2016, S. 44, wurde insofern auch Folgendes festgehalten: «Darüber hinaus erlaubt es der neue Begriff [des Profilings], den verschiedenen Bundesorganen gezielter eine gesetzliche Grundlage zu gewähren. Nur jene Bundesorgane, welche tatsächlich Profiling betreiben, sollen eine entsprechende Kompetenz erhalten».

³¹⁵ Botschaft DSG 2017 (Fn. 16), 7146 f.

[160] Ob diese Begründung stichhaltig ist und namentlich auch einen Verzicht auf die Profiling-Grundlage in den anderen Versicherungserlassen rechtfertigt, sei dahingestellt.³¹⁶ Ferner ist auch nicht bekannt, inwieweit dieser Standpunkt oder der (nicht näher begründete) Verzicht auf die Schaffung einer Grundlage für das Profiling in den anderen untersuchten Bereichen, also insbesondere dem EpG und dem BPG, tatsächlich auf einen sorgfältigen Entscheidungsprozess unter Einbezug aller relevanten Stellen zurückgeht. **Für die Beurteilung, ob eine Lücke vorliegt, kann dies aber nicht entscheidend sein.**

[161] Gleiches gilt für die Frage, inwiefern der Gesetzgeber sämtliche Bearbeitungsformen, die vom (bislang noch relativ konturlosen) Profiling-Begriff erfasst werden, konkret vor Augen hatte. Der blosse Blick auf den Wortlaut der in der DSG-Totalrevision vorgenommenen Änderungen am AHVG (und der darauf verweisenden Erlasse, wie dem IVG) könnte daran zweifeln lassen. So wurde darin ausdrücklich auch eine Grundlage geschaffen, um Personendaten zu bearbeiten, *«die namentlich die Beurteilung der Gesundheit, der Schwere des physischen oder psychischen Leidens, der Bedürfnisse und der wirtschaftlichen Situation der versicherten Person erlauben»*.³¹⁷ Mit der Bezugnahme auf die «Beurteilung» zeigt sich eine Nähe zum Profiling. Der Bundesrat schuf diese Grundlage aber ausdrücklich unter Hinweis auf Art. 34 Abs. 2 lit. c nDSG (= Art. 30 Abs. 2. Lit. c E-DSG), also weil er darin einen potenziell schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person sah.³¹⁸ Es liegt deshalb nahe, dass solche Beurteilungen durch die diesen Gesetzen unterstellten Bundesorgane nach Ansicht des Gesetzgebers gerade nicht automatisiert und in Form eines Profilings vorgenommen werden sollen. Daraus und aufgrund der bereits genannten Argumente ist somit zu **schliessen, dass im Gesetzgebungsverfahren eine hinreichende Auseinandersetzung mit der Schaffung von Grundlagen für das Profiling erfolgte und gestützt darauf eine bewusste Entscheidung getroffen worden ist.** Von einem offensichtlichen Versehen oder einer Lücke kann in den untersuchten Bereichen folglich nicht gesprochen werden.

[162] Daran ändert auch der Umstand nichts, dass im Parlament kurz und in Form einer schriftlichen Begründung eines Antrags thematisiert wird, dass die Grundlagen für das Profiling im Anhang des nDSG, je nach Regelung des Profilings, «gegebenenfalls» noch anzupassen wären.³¹⁹ Denn zu diesen grundlegenden Anpassungen kam es letztlich im Rahmen der Totalrevision gerade nicht und sie wurden auch bloss von einem einzelnen Parlamentarier angeregt. Der Anhang wurde sodann gar punktuell angepasst, wie bspw. die einschlägige Regelung im BPG, was aber darauf zurückzuführen war, dass seit dem Entwurf des Bundesrats, am 1. Januar 2018, eine neue Version in Kraft getreten ist.³²⁰ **In den Erlassen aus dem Gesundheitsbereich wurden ferner im Nachgang zur Verabschiedung der Totalrevision bereits Änderungen beschlossen und andere wieder verworfen.** So hat der Gesetzgeber in der Vorlage zur Modernisierung der Aufsicht³²¹ die Grundlagen im AHVG, IVG, BVG, ELG, EOG und FLG angepasst. Auf die Einführung einer

³¹⁶ Ausführlicher ist die Begründung des Bundesrats in der Stellungnahme zur Motion 20.3013 «Bearbeiten von Personendaten im KVG. Rechtssicherheit im Hinblick auf das zukünftige Datenschutzgesetz» vom 21. Februar 2020.

³¹⁷ Vgl. Art. 49b (bzw. künftig 49f) Abs. 2 AHVG i.V.m. Art. 66 IVG/Art. 26 ELG/Art. 29 EOG/Art. 25 FLG; Art. 85a Abs. 2 BVG.

³¹⁸ Botschaft DSG 2017, (Fn. 16), 7145.

³¹⁹ Vgl. die schriftliche Begründung zum Antrag Glättli, AB 2019 N 1793.

³²⁰ Vgl. die nachfolgende Fahne <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/S3-22%20D.pdf> (S. 105) (zuletzt besucht: 14. März 2022).

³²¹ Vgl. den Schlussabstimmungstext der Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 17. Juni 2022 (Modernisierung der Aufsicht), BBl 2022 1563.

Ermächtigungsgrundlage für das Profiling wurde aber auch in diesem Rahmen verzichtet. Erfolglos blieben sodann auch Vorhaben zur Anpassung der Grundlagen des KVG, welche mitunter auf die Einführung einer Ermächtigung für das Profiling abgezielt hätten. Entsprechende Motionen wurden vom Bundesrat abgelehnt und letztlich zurückgezogen.³²² All dies bekräftigt, dass der Gesetzgeber in den untersuchten Bereichen bewusst auf die Schaffung einer für das Profiling erforderlichen Gesetzesgrundlage verzichtet hat.

[163] Eine **andere Frage ist jedoch, ob das Ergebnis der gesetzgeberischen Entscheidung richtig war**, weil nun gewisse Datenbearbeitungen unter Umständen mangels gesetzlicher Grundlage nicht mehr erlaubt sind.³²³ Dies ist letztlich aber eine politische Frage. Die Beurteilung, ob es bspw. sachgerecht ist, den Bundesorganen im Zoll- und Mehrwertsteuerbereich³²⁴ ein Profiling zu erlauben, nicht aber im Epidemien- oder im Krankenversicherungsgesetz, muss der Gesetzgeber vornehmen. Vor dem Hintergrund, dass das Profiling eine Vielzahl von Bearbeitungsformen erfasst und nicht per se als datenschutzrechtlich problematisch zu betrachten ist, kann das gänzliche Fehlen der Grundlagen in den analysierten Bereichen durchaus kritisch gesehen werden. Die vorliegende Untersuchung verdeutlicht aber immerhin, dass ein grosser Teil von alltäglichen Bearbeitungen von Personendaten kein Profiling darstellen und deshalb auch künftig durchgeführt werden darf, auch ohne formellgesetzliche Grundlage oder Greifen einer gesetzlichen Ausnahme.

LUKAS BÜHLMANN (LL.M) ist Rechtsanwalt und Partner und leitet als Co-Head die Fachgruppe ICT & Digital bei MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep AG.

MICHAEL SCHÜEPP (MLaw) ist Rechtsanwalt und Mitglied der Fachgruppe ICT & Digital bei MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep AG.

³²² Vgl. die Motion 20.3013 «Bearbeiten von Personendaten im KVG. Rechtssicherheit im Hinblick auf das zukünftige Datenschutzgesetz» vom 21. Februar 2020 sowie die Motion 19.3963 «Aufnehmen von Case-Management-Massnahmen in die Aufgaben der für den Krankenversicherungsbereich zuständigen Organe» vom 16. August 2019; vgl. ferner das Kreisschreiben des BAG Nr. 7.1 vom 20. Dezember 2021, «Aufsicht des BAG über datenschutzrelevante Bereiche gemäss KVAG 1, KVAV 2, KVG 3 und KVV», worin bereits unter geltendem Recht vom Fehlen einer Grundlage für gewisse Bearbeitungen ausgegangen wird, welche in der Praxis unter Umständen als Profiling qualifiziert werden könnten, vgl. S. 7 («gezielte gesundheits- oder krankheitsspezifische Empfehlung an selektionierte Versicherte» oder «Kategorisierung oder ein Scoring der Versicherten anhand einer Auswertung ihrer individuellen KVG-Daten (z.B. Prämien- und Leistungsdaten)»).

³²³ Interessant ist in dieser Hinsicht die Auffassung des Bundesrats, wonach «die Datenbearbeitung durch die Krankenversicherer [...] durch die Anpassung des KVG infolge der Revision des Datenschutzgesetzes nicht eingeschränkt» werde, so die Stellungnahme zur Motion 20.3013 «Bearbeiten von Personendaten im KVG. Rechtssicherheit im Hinblick auf das zukünftige Datenschutzgesetz» vom 21. Februar 2020.

³²⁴ Vgl. die Anpassungen gemäss Anhang zur Totalrevision des DSG an Art. 110 Zollgesetz und Art. 76 MWSTG.