



Totalrevision des Datenschutzgesetzes (November 2019)

Ausführungen zum Profiling

Grundbemerkung / Forderung

Ein Profiling liegt vor, wenn vollständig automatisiert – insbesondere durch einen Algorithmus – personenbezogene Daten ausgewertet werden, um daraus Persönlichkeitsmerkmale, Lebensumstände und bestimmte Verhaltensweisen einer Person abzuleiten oder vorherzusagen. Der Gesetzesentwurf nennt beispielhaft die Arbeitsleistung, die Gesundheit, das Verhalten, die Vorlieben oder den Aufenthaltsort einer Person. Durch Profiling werden automatisiert Persönlichkeitsprofile erstellt.

Bereits im aktuellen Datenschutzgesetz gilt gemäss Art. 4 Abs. 5 DSG: «Ist die Einwilligung der betroffenen Person in die Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten oder Persönlichkeitsprofilen erforderlich, so ist diese Einwilligung erst gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig und ausdrücklich erfolgt.»

Dies muss auch weiterhin so bleiben. Auch wenn im neuen Gesetz der Begriff «Persönlichkeitsprofil» durch «Profiling» ersetzt wird, darf die Anforderung, dass eine erforderliche Einwilligung ausdrücklich erfolgen muss, beim Profiling nicht gestrichen werden (Art. 5 Abs. 6 sowie Art. 27 Abs. 2 lit. c Ziff. 1).

Für eine anonymisierte Auswertung der Daten zur Forschung, Planung oder Statistik soll keine solche ausdrückliche Einwilligung erforderlich sein. Das Überwachen des Online-Verhaltens und die Voraussage der Vorlieben einer Person, eine Bewertung der Gesundheit oder der Arbeitsleistung soll aber eine informierte, ausdrückliche und freiwillige Einwilligung der betroffenen Personen erfordern. So kann sichergestellt werden, dass solche Einwilligungen nicht mit der pauschalen Zustimmung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder gar einer Datenschutzerklärung eingeholt werden können.

Risikobasierter Ansatz / Rechtsvergleich Datenschutz-Grundverordnung

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) sieht vor, dass betroffene Personen nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden dürfen, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt (Art. 22 DSGVO). Als Ausnahme ist insbesondere die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Personen vorgesehen.

Zusätzlich sieht die EU-DSGVO ein Widerspruchsrecht vor. Dies betrifft insbesondere das Profiling und die Verwendung von personenbezogenen Daten zur Direktwerbung. Auf das Widerspruchsrecht muss ausdrücklich hingewiesen werden. Und es kann mittels automatisierter Verfahren in Anspruch genommen werden (Art. 21 DSGVO).

Sollte die Schweiz einen risikobasierten Ansatz wählen, wie ihn auch das Bundesamt für Justiz vorschlägt, muss auch das Widerspruchsrecht entsprechend geschaffen werden. Das Gesetz muss als Ausgleich überall dort, wo keine ausdrückliche Einwilligung für ein Profiling vorgesehen ist, eine einfache «Opt-out»-Möglichkeit für die betroffenen Personen verankern.

Dieses Widerspruchsrecht muss ohne Nachteile wahrgenommen werden können. Die Zustimmung zum Profiling darf – auch beim risikobasierten Ansatz – insbesondere nicht an die pauschale Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder gar einer Datenschutzerklärung gebunden sein. Das Widerspruchsrecht muss auch ohne aufwändige Klage zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 26 E-DSG) wahrgenommen werden können.

Art. 5 Abs. 8 (neu): Bei jedem Profiling muss auf ein einfach wahrzunehmendes Widerspruchsrecht ausdrücklich hingewiesen werden.