Clearview AI und die DSGVO

Matthias Marx and Alan Dahi

Zusammenfassung

Clearview AI ist eine US-amerikanische Gesichtersuchmaschine, die mehr als zwanzig Milliarden Fotos von Gesichtern im Internet gesammelt und biometrisch analysiert hat. Nutzer:innen dieser Suchmaschine können Porträtfotos hochladen und die Suchmaschine wird mitteilen, an welchen Orten im Internet das Gesicht der abgebildeten Person oder zumindest ein ähnliches Gesicht zu finden ist. Dieser Artikel zeichnet den Weg einer Beschwerde nach, die beim Hamburgischen Beauftragen für Datenschutz und Informationsfreiheit von Matthias Marx eingereicht wurde. Zudem beleuchten wir einige der rechtlichen Fragen, darunter die Anwendbarkeit der DSGVO, die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sowie die Handlungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden. Schließlich werden Entscheidungen anderer europäischer Aufsichtsbehörden zu Clearview AI kurz vorgestellt.

1. Einleitung

Clearview AI ist eine US-amerikanische Gesichtersuchmaschine, die mehr als zwanzig Milliarden Fotos von Gesichtern im Internet gesammelt und biometrisch analysiert hat. Nutzer:innen dieser Suchmaschine können Porträtfotos hochladen und die Suchmaschine wird mitteilen, an welchen Orten im Internet das Gesicht der abgebildeten Person oder zumindest ein ähnliches Gesicht zu finden ist. Damit unterscheidet sich Clearview AI von anderen Suchmaschinen, die nur eine Suche nach optisch ähnlichen Bildern zulassen. Clearview AI nutzt biometrische Merkmale, um Gesichter wiederzuerkennen und ist so auch in der Lage Fotos zu finden, die schon älter sind, auf denen die abgebildete Person eine andere Frisur hat, geschminkt ist oder nicht frontal in die Kamera schaut.

In Clearview AIs Suchindex befinden sich auch europäische Bürger:innen, deren biometrische Daten durch die DSGVO besonderen Schutz genießen und gemäß Artikel 9 Abs. 1 einem grundsätzlichen Verarbeitungsverbot unterliegen. Nur in Ausnahmefällen können biometrische Daten verarbeitet werden, z.B. weil in die Verarbeitung eingewilligt wurde.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dennoch hat Matthias Marx sein Gesicht in Clearview AIs Datenbank wiedergefunden, ohne jemals darin eingewilligt zu haben. Er beschwerte sich daraufhin beim Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (HmbBfDI) und konnte mit Unterstützung von der digitalen Bürgerrechts-NGO *noyb* erreichen, dass Clearview AI sein biometrisches Datum löschte.

Zwar wurde vorläufig festgestellt, dass Clearview AIs biometrische Fotodatenbank in der EU illegal ist, dennoch wurde nur eine begrenzte Löschungsanordnung, die nur den Beschwerdeführer schützt, aber nicht das Sammeln und die biometrische Verarbeitung von Fotos aller Europäer:innen verbietet, angekündigt.

In diesem Papier zeichen wir den Weg der Beschwerde nach und sprechen über mögliche weitere Schritte. Zudem beleuchten wir einige der rechtlichen Fragen, darunter die Anwendbarkeit der DSGVO, die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sowie die Handlungsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden.

Zunächst stellen wir in Abschnitt 2 Clearview AI und andere Gesichtersuchmaschinen vor. Danach geben wir in Abschnitt 3 den chronologischen Ablauf von Marx' Beschwerde wieder. In Abschnitt 4 nehmen wir eine rechtliche Einordnung vor und schließen in Abschnitt 5 mit einem Fazit.

2. *Was ist Clearview AI?*

Clearview AI ist eine US-amerikanische Gesichtersuchmaschine. Mit ihr können nicht ähnliche Bilder, sondern ähnliche Gesichter gesucht werden – auf Grundlage biometrischer Daten. Als Suchergebnisse werden Bildausschnitte mit gleichen oder ähnlichen Gesichtern präsentiert sowie die dazugehörigen URLs und Seitentitel der Fundorte im Internet. Abhängig vom Fundort können mit Hife der Suchmaschine daher nur auf Grundlage eines Fotos der Name, die Arbeitsstelle oder andere Informationen über eine Person in Erfahrung gebracht werden.

Für seinen Suchindex crawlt Clearview AI das Internet. Anfang 2020 umfasste der Suchindex 3 Milliarden Bilder (Hill 2020a), im Oktober 2021 10 Milliarden Bilder (Knight 2021) und im Februar 2022 erklärte das Unternehmen, die Größe des Index auf 100 Milliarden Bilder erhöhen zu wollen (Krempl 2022).

Die gesammelten Bilder stammen laut New York Times (Hill 2020a) u.a. von Jobbörsen, von Nachrichten- und Bildungs-Webseiten sowie aus sozialen Netzwerken wie Facebook, Youtube, Twitter und Instagram. Ver-

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

öffentlichte Suchergebnisse von Clearview AI zeigen, dass auch Stockfotografie-Anbieter, die sozialen Netzwerke LinkedIn und vk.com sowie private Webseiten gecrawlt worden sind.

Clearview AI soll heute nur noch US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden zugänglich sein (Clearview AI, Inc. 2022). Außerdem bestehen Verträge mit dem US-Verteidigungs- und dem Innenministerium (Tech Inquiry 2022). In der Vergangenheit wurde der Dienst aber auch von Unternehmen und zu privaten Zwecken (Hill 2020b) eingesetzt. Ein Datenleck zeigt, dass die Gesichtersuchmaschine auch in mehr als fünfzehn europäischen Staaten eingesetzt wurde (Mac et al 2021).

3. Chronologischer Ablauf

In diesem Abschnitt beschreiben wir den Ablauf des Verfahrens in chronologischer Reihenfolge. Zunächst berichten wir von Matthias Marx' Auskunftsersuchen an Clearview AI. Anschließend zeichnen wir den Weg von Marx' Beschwerde bis zur Entscheidung des HmbBfDI, an Clearview AI heranzutreten, nach. Danach berichten wir vom weiteren Verlauf des Verfahrens bis heute.

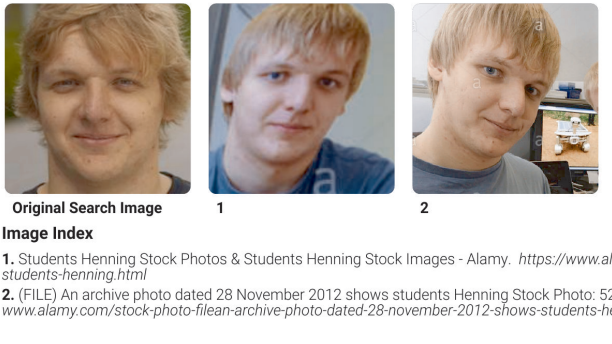
3.1 Das Auskunftsersuchen

Am 18.01.2020 wurde Clearview AI mit der Veröffentlichung eines Artikels in der New York Times der breiten Öffentlichkeit bekannt (Hill 2020a). Zwei Tage später, am 20.01.2020, machte Matthias Marx von seinem Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO Gebrauch. Er fragte Clearview AI per E-Mail u.a. nach einer Kopie seiner Daten, nach den Verarbeitungszwecken und Kategorien der betroffenen personenbezogenen Daten und hängte der E-Mail ein Foto seines Gesichts an.

Am 29.01.2020 bat Clearview AI darum, ein Foto sowie eine Ausweiskopie einzureichen. Damit wolle Clearview AI Marx' Identität bestätigten, um sich vor betrügerischen Auskunftsverlangen schützen. Auf diese Bitte hat Matthias Marx jedoch nicht reagiert.

Dessen ungeachtet hat Clearview AI das Auskunftsersuchen am 18.02.2020 in Teilen beantwortet (siehe Abb. 1). Clearview AI hat einen Bericht angefertigt, der die Suchergebnisse für das übermittelte Bild sowie die Webseiten-Titel und URLs der Fundorte zeigt. Beide Suchtreffer zeigen tatsächlich Matthias Marx. Die gefundenen Bilder stammen von einer Stockfoto-Webseite.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Face Search Results

Report prepared Feb 18, 2020

In order to complete your request, we have generated this report containing Clearview search results for the image that you shared with us, which is labelled "Original Search Image" below. Search result images are enumerated with corresponding public web page titles and URLs below.

Original Search Image 1 2

Image Index

1. Students Henning Stock Photos & Students Henning Stock Images - Alamy. *https://www.alamy.com/stock-photo/students-henning.html*

2. (FILE) An archive photo dated 28 November 2012 shows students Henning Stock Photo: 52583329 - Alamy. *https://www.alamy.com/stock-photo-filean-archive-photo-dated-28-november-2012-shows-students-henning-52583329.html*

Abbildung 1: Clearview AIs erste Antwort auf Marx' Auskunftsersuchen.

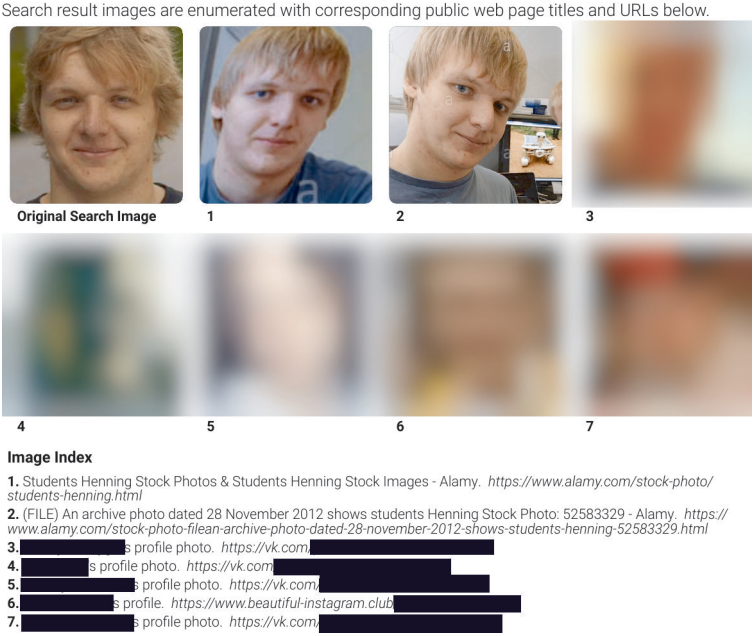
Mit seiner Antwort hat Clearview AI auch mitgeteilt, dass die Bilder, die Marx zur Bearbeitung der Anfrage bereitgestellt hatte, gelöscht worden seien. Dennoch – und ohne erneute Anfrage – wurde Marx' Auskunftsersuchen am 19.05.2020 erneut beantwortet. Das Suchbild war offenbar nicht gelöscht worden (siehe Abb. 2). Diese zweite Antwort zeigt die beiden Treffer vom ersten Mal sowie acht weitere Bilder, die nicht Matthias Marx zeigen.

3.2 Die Beschwerde

Noch am Tag der ersten Antwort, am 18.02.2020, beschwerte sich Marx elektronisch beim HmbBfDI. In seiner Beschwerde merkte er an, dass Clearview AI seine biometrischen Daten ohne seine Zustimmung verarbeitet und dass das Auskunftsersuchen nur unvollständig beantwortet worden ist.

Am 05.03.2020 antwortete der HmbBfDI. Nach Prüfung des Anliegens war die Behörde zu dem Ergebnis gekommen, dass die Anwendbarkeit der DSGVO und damit die Zuständigkeit des HmbBfDI nicht eröffnet sei. Da Clearview AI keine Niederlassung in Europa unterhalte, käme lediglich die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 DSGVO in Betracht. Jedoch richte Clearview AI sich nicht an europäische Nutzer:innen. Auch würde Clearview AI kein Verhalten von Personen, die sich in der Europäischen Union aufhal-

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY



Face Search Results

Report prepared May 18, 2020

Disclaimer: In order to complete your request, we have generated this report containing Clearview search results for the image that you shared with us, which is labelled "Original Search Image" below. Search result images are enumerated with corresponding public web page titles and URLs below.

Original Search Image 1 2 3

4 5 6 7

Image Index

1. Students Henning Stock Photos & Students Henning Stock Images - Alamy. *https://www.alamy.com/stock-photo/students-henning.html*

2. (FILE) An archive photo dated 28 November 2012 shows students Henning Stock Photo: 52583329 - Alamy. *https://www.alamy.com/stock-photo-filean-archive-photo-dated-28-november-2012-shows-students-henning-52583329.html*

3. [redacted]s profile photo. *https://vk.com/*[redacted]

4. [redacted]s profile photo. *https://vk.com*[redacted]

5. [redacted]s profile photo. *https://vk.com/*[redacted]

6. [redacted]s profile. *https://www.beautiful-instagram.club*[redacted]

7. [redacted]s profile photo. *https://vk.com/*[redacted]

Abbildung 2: Clearview AIs zweite Antwort auf Marx' Auskunftsersuchen (Ausschnitt). Nur zwei von zehn Suchergebnissen zeigen tatsächlich sein Gesicht.

ten, beobachten. Weiterhin seien der Behörde keine Fälle bekannt, in denen Clearview AI in der EU eingesetzt wurde. Außerdem würden die USA keinem Recht eines Mitgliedsstaates aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen unterliegen.

Am gleichen Tag noch erwiderte Marx, dass Clearview AI offensichtlich beabsichtigen würde, Dienstleistungen in der EU anzubieten oder dies bereits tut. So wurden auf Clearview AIs Webseite *Privacy Request Forms* für Einwohner:innen der EU, des Vereinigten Königreichs und der Schweiz angeboten. Das dazugehörige Formular wurde durch eine Firma mit Sitz in Barcelona, Spanien bereitgestellt. Auch in Clearview AIs Datenschutzhinweisen wurde darauf hingewiesen, dass Einwohner:innen des Europäischen Wirtschaftsraums sich bei ihrer jeweiligen Datenschutzbehörde beschweren oder diese bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Clearview AI kontaktieren können. Weiterhin wies Marx darauf hin, dass Medienberichten zu Folge diverse, auch europäische Polizeibehörden, bereits einen Clearview AI-Zugang hätten.

Am 20.03.2020 teilte der HmbBfDI mit, dass sie sich nun doch entschlossen hätten, an Clearview AI heranzutreten. Dazu haben sie am 19.03.2020 zunächst 14 allgemeine, von Marx' Fall weitgehend unabhängige Fragen an das Unternehmen übermittelt. Über diese Entscheidung berichtete am 25.03.2020 der Spiegel (Beuth 2020). Am gleichen Tag bot *noyb* Unterstützung in dem Fall an.

3.3 Unterstützung durch noyb

Am 15.04.2020 antwortete Clearview AI auf das erste Schreiben des HmbBfDI. Die 14 Fragen wurden nicht im Einzelnen beantwortet. Stattdessen teilte die Firma mit, dass alle europäischen Nutzer:innen des Dienstes gesperrt worden seien und es keine zahlenden Kund:innen aus der EU gäbe. Betroffene Personen in der EU würde die Firma keine Waren oder Dienstleistungen anbieten, ihr Verhalten würden sie nicht beobachten. Außerdem wurde hervorgehoben, dass Clearview AIs Antwort kein Anerkernntnis der Zuständigkeit darstellen und lediglich als Zeichen ihres guten Willens erfolgen würde.

Am 17.04.2020 übermittelte *noyb* eine Stellungnahme zu der Anwendbarkeit der DSGVO auf die Datenverarbeitung durch Clearview AI an den HmbBfDI.

Da Clearview AIs Antwort einige Fragen offen ließ und neue Fragen aufkamen, hat der HmbBfDI am 26.05.2020 einen weiteren Fragenkatalog mit 17 Fragenkomplexen an Clearview AI übermittelt und darum gebeten, im Einzelnen auf die Fragen einzugehen. Dieses Schreiben wurde am 23.07.2020 wieder oberflächlich durch Clearview AI beantwortet. Der HmbBfDI hätte keine Zuständigkeit über Clearview AI, daher würden sie von der Beantwortung weiterer Fragen absehen.

Als Reaktion auf diese Antwort erließ der HmbfDI am 13.08.2020 einen Auskunftsheranziehungsbescheid (HmbBfDI 2020). Mit diesem wurde Clearview AI aufgefordert, bis zum 14.09.2020 auf 17 Fragenkomplexe zu antworten. Für jeden Fall der Nichterteilung einer Auskunft wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,00 EUR angedroht. Auf diesen Bescheid antwortete Clearview AI am 14.09.2020. In seiner Antwort äußerte sich Clearview AI zu jedem Fragenkomplex. Außerdem brachte Clearview AI Bedenken zur Anwendbarkeit der DSGVO an.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zu den Ausführungen Clearview AIs nahm *noyb* am 16.10.2020 Stellung. In einem zweiten Schreiben ergänzte *noyb* am 07.12.2020 Ausführungen bezüglich der Kompetenzen der Aufsichtsbehörden.

Im Rahmen einer Anhörung vor Erlass einer Anordnung wurde Clearview AI am 27.01.2021 durch den HmbBfDI informiert, dass ein Verwaltungsverfahren eingeleitet wurde, mit dem Ziel Clearview AI anzuweisen, den Hashwert zu löschen und die Löschung zu bestätigen (HmbBfDI 2021). Am 12.02.2021 wurde bestätigt, dass Clearview AI den biometrischen Hashwert zur Person des Beschwerdeführers, Herrn Matthias Marx, gelöscht habe.

3.4 Neues Auskunftsverlangen

Am 23.02.2021 hat Matthias Marx ein weiteres Auskunftsverlangen an Clearview AI übermittelt. Dazu hat er eine andere E-Mail-Adresse als zuvor genutzt. Diese Anfrage wurde am 08.03.2021 von Clearview AI damit beantwortet, dass er bereits am 18.05.2020 eine Auskunft erhalten habe, sein Gesicht de-identifiziert worden sei und keine Clearview AI vorliegenden biometrischen Informationen mit dem von Marx bereitgestellten Bild übereinstimmen würden.

Zu dieser Antwort übermittelte *noyb* am 11.07.2021 eine Stellungnahme an den HmbBfDI. Darin stellten wir die Frage, wie Clearview AI das neue Auskunftsverlangen (vom 23.02.2021) mit dem ersten Auskunftsverlangen (vom 20.01.2020) verknüpfen konnte, wenn keine biometrischen Daten mehr vorliegen und die Anfrage von einer anderen E-Mail-Adresse aus gestellt wurde.

Daraufhin stellte der HmbBfDI am 03.09.2021 weitere Fragen an Clearview AI, welche am 30.09.2021 beantwortet wurden. Clearview AI erklärte, dass der für frühere Anträge des Beschwerdeführers zuständige Mitarbeiter sein Foto bei der Bearbeitung wiedererkannt hätte.

Mit Stand vom März 2022 ist das Verfahren noch nicht abgeschlossen.

3.5 Europäische Kunden

Vor dem Hintergrund der Frage, ob die DSGVO anwendbar sei, kam auch die Frage auf, ob Clearview AI Kunden in der Europäischen Union hat. Dazu stellten bereits im Januar 2020 Abgeordnete des Europäischen Parlaments drei parlamentarische Anfragen zur schriftlichen Beantwortung an

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Europäische Kommission (Kouloglou 2020; Veld et al 2020; Vollath 2020). Die Abgeordneten fragten,

- ob der Kommission Anwendungsfälle von Clearview AI in Europa bekannt sind,
- ob Clearview AI auch Bilder von Bürgern in der EU erfasst,
- ob die Nutzung der Anwendung mit den Rechtsvorschriften der EU zum Datenschutz und zur Privatsphäre und den einschlägigen Abkommen zwischen der EU und den USA über die Zusammenarbeit im Bereich der Strafverfolgung vereinbar ist und
- wie die Kommission die Grundrechte der Europäischen Bürgerinnen und Bürger im Falle eines Auftretens solcher Gesichtersuchmaschinen auf dem europäischen Markt zu schützen plant.

Bevor diese Fragen im Juni und Juli 2020 beantwortet wurden, berichteten Medien im Februar 2020, dass Clearview AI weltweit mehr als 2200 Kunden hatte, einschließlich Strafverfolgungsverhörden, Unternehmen und Privatpersonen. Den Berichten zu Folge gab es in mehr als fünfzehn europäischen Ländern Kunden (Haskins et al 2020; Mac et al 2020).

Im Zeitraum März bis Juni 2020 wurden in einigen europäischen Ländern weitere parlamentarische Anfragen gestellt, dazu kamen Informationsfreiheitsanfragen und Anfragen durch Medien:

- Dänemark: Nach einer parlamentarischen Anfrage teilt das Justizministerium mit, dass die Polizei an einer Demonstration von Clearview AI teilnahm und Kontaktinformationen hinterließ. Die Polizei soll die Gesichtersuchmaschine nicht eingesetzt haben (Justizministerium des Königreichs Dänemark 2020).
- Deutschland: Nach einer Informationsfreiheitsanfrage teilt das Innenministerium mit, dass über einen Kontakt der Bundesregierung mit Clearview AI nichts bekannt sei (Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat 2020).
- Griechenland: Auf eine Anfrage der Bürgerrechtsorganisation Homo Digitalis antwortet die Polizei, dass sie Clearview AI nicht nutzen würden (Homo Digitalis 2020).
- Italien: Auf eine Informationsfreiheitsanfrage der Bürgerrechtsorganisation Hermes Center antwortet das Innenministerium, dass sie Clearview AI nicht gekauft hätten und kein Kontakt zwischen Unternehmen und Ministerium bestehen würde.
- Niederlande: Auf eine parlamentarische Anfrage antwortet das Ministerium für Justiz und Sicherheit, dass nicht bekannt sei, dass öffentliche Einrichtungen Clearview AI nutzen oder in der Vergangenheit einge-

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzt haben (Ministerium für Justiz und Sicherheit der Niederlande 2020).
- Schweden: Medienberichten zu Folge hat die schwedische Polizei Clearview AI genutzt (Pettersson and Carlén 2020).[1]
- Slovenien: Der Bürgerrechtsorganisation Državljan D wurde von Innen- und Verteidigungsministerium mitgeteilt, dass sie nicht mit Clearview AI kooperieren würden.
- Vereinigtes Königreich: Auf eine parlamentarische Anfrage antwortete die Innenministerin, dass es keine Verträge mit Clearview AI gäbe (Britisches Innenministerium 2020).

Im Juni und Juli 2020 teilte die Kommission schließlich mit, dass ihr keine Informationen über eine Verwendung von Clearview AI durch Strafverfolgungsbehörden in der EU und die Erfassung von Daten von europäischen Bürgerinnen und Bürgern vorlägen (Kouloglou 2020; Veld et al 2020; Vollath 2020). Am 03.09.2020 zeigten sich Abgeordnete des Europäischen Paralments verärgert über die in ihren Augen unzureichenden Antworten der Kommission. Zu dem Zeitpunkt der Antworten war bereits öffentlich über verschiedene Anwendungen von Clearview AI in der EU und über betroffene EU-Bürger:innen berichtet worden (Stolton 2020).

Im August 2021 veröffentlichte BuzzFeed News einen weiteren Artikel über Clearview AI, in dem u.a. die Anzahl der von verschiedenen Behörden bis zum Februar 2020 durchgeführten Suchen veröffentlicht wurden. Die Zahlen zeigen, dass Clearview AI u.a. in Dänemark, Italien, den Niederlanden, Schweden, Slovenien und im Vereinigten Königreich eingesetzt worden war (Mac et al 2021). Diese Zahlen stehen zum Teil im Widerspruch zu Antworten auf die oben aufgeführten Anfragen.

1 Zwischenzeitlich hat die schwedische Aufsichtsbehörde IMY die Verwendung von Clearview AI durch die schwedische Polizei untersucht und am 10.02.2021 u.a. entschieden, dass die Polizei Clearview AI widerrechtlich verwendet hat: https://www.imy.se/globalassets/dokument/beslut/beslut-tillsyn-polismyndigheten-cvai.pdf

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Rechtliche Einordnung

Datenschutzrechtlich sind insbesondere zwei Fragen zu erörtern:

1. Erfasst die DSGVO überhaupt die Verarbeitungsprozesse Clearview AIs?
2. Falls ja, kann sich Clearview auf eine Rechtsgrundlage berufen, um die Fotos zu verarbeiten?

4.1 (Räumliche) Anwendbarkeit der DSGVO

Ob die Verarbeitungsprozesse Clearview AIs von der DSGVO erfasst werden, hängt davon ab, ob sowohl der sachliche und der räumliche Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet sind .

Der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet, weil die Erfassung von Profilfotos und deren anschließende biometrische Verarbeitung eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt und keine der ausgeklammerten Bereiche einschlägig ist . Dieser Punkt wurde auch nicht von Clearview AI problematisiert.

Clearview AI verneinte jedoch den räumlichen Anwendungsbereich nach Artikel 3 Abs. 2 DSGVO. Gemäß Artikel 3 Abs. 2 DSGVO ist die DSGVO anwendbar, wenn zwar keine Niederlassung in der Union gegeben ist, aber

- wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht
  a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;
  b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.

Nach eigenen Angaben bietet Clearview AI seine Dienste nicht direkt betroffenen Personen an.

Die DSGVO verlangt jedoch nur eine Datenverarbeitung, die im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der Union steht. Folglich wäre es für die räumliche Anwendbarkeit ausreichend, wenn Clearview AI Kunden hätte, die Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der EU anböten und diese Kunden in diesem Zusammenhang die Dienste von Clearview AI in Anspruch nähmen.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zwar gibt es Indizen, dass Kunden von Clearview AI Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der EU anbieten (vgl. oben Punkt 2.5), aber Clearview AI bestreitet die Behauptung.

Dennoch, die DSGVO greift auch unabhängig vom Vorliegen eines Angebots von Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der EU nach Artikel 3 Abs. 2 lit. a) gemäß Artikel 3 Abs. 2 lit. b) DSGVO) auch dann,

> wenn die Verarbeitung im Zusammenhang damit steht, (...) b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.

Clearview AI argumentierte, dass der Dienst für die Beobachtung des Verhaltens betroffener Personen im Sinne des Artikel 3 Abs. 2 lit. b) DSGVO nicht geeignet sei. Eine Beobachtung im Sinne der DSGVO sei nur gegeben, wenn die Beobachtung einer Überwachung des Verhaltens einer Person gleichkomme.

Dieses Verständnis werde von der französischen und der englischen Sprachversion der DSGVO unterstützt (*monitor* bzw. *au suivi du comportement*) sowie von einigen Kommentaren (Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (2019), Art. 3 Rn. 57: „Eine objektiv lediglich punktuelle Erfassung eines Zustands ist nicht ausreichend"; Ehmann/Selmayr/Zerdick(2018), Art. 3 Rn. 20: „Daraus wird deutlich, dass unter einem 'Beobachten' nicht bloß punktuelle Maßnahmen zu verstehen sind, sondern die Verarbeitungstätigkeit ihrer Intensität nach vielmehr einer 'Überwachung' gleich kommen muss.")

Die Aktivitäten Clearview AIs kämen keiner Überwachung gleich, weil das Unternehmen nur Schnappschüsse zur Verfügung stelle und damit nur Momentaufnahmen. Eine Momentaufnahme könne aber keine Beobachtung sein. Zudem sei die Suche mit Clearview AI eher mit einer Google-Suche anhand eines Namens zu vergleichen, welche wohl unzweifelhaft nicht als Beobachtung zu klassifizierung sei.

Das Problem liegt darin, dass die DSGVO den Begriff Beobachtung nicht definiert und es keine höchstrichterliche Klarstellung gibt. Als Richtschnur für die Auslegung des Begriffs kann aber Erwägungsgrund 24 S. 2 DSGVO herangezogen werden, welcher als Beispiel für eine Beobachtung das Nachvollziehen der Internetaktivitäten von betroffenen Personen nennt.

Eben jenes Beispiel wird von Clearview AI unter Verweis auf *Zerdick* herangezogen, um zu argumentieren, dass die Verarbeitungstätigkeit in ihrer Intensität einer Überwachung gleichkommen muss, ohne aber diesen Begriff selbst näher zu bestimmen.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unserer Ansicht nach deutet das Beispiel jedoch eher darauf hin, dass die Verarbeitung Informationen über die Tätigkeit / das Verhalten der beobachteten Person liefern muss – und tatsächlich wird dieses Verständnis wohl von *Zerdick* geteilt, wenn er in der Verwendung von Gefällt mir-Schaltflächen eine Überwachung sieht. Entsprechend verlangt auch *Hornung* keine systematische Überwachung, sondern nur das zielgerichtete Erfassen von Verhalten.

Zu beachten ist, dass Clearview AI keine Suchmaschine für ein bestimmtes, einzelnes Foto ist. Nachdem Clearview AI ein Foto erfasst hat, wird mit dem berechneten biometrischen Profil des Fotos ein Index-ähnlicher Hash erzeugt. Dieser Wert erlaubt es Clearview AI, verschiedene Fotos miteinander zu vergleichen und, sofern die jeweiligen Werte (d.h. im Endeffekt die Profilbilder) eine gewisse Ähnlichkeitsschwelle erreichen, zu verknüpfen. Damit können verschiedene Bilder einer Person eben dieser Person zugeschrieben werden, ohne dass die eigentliche Identität der Person notwendigerweise bekannt ist. Darüber hinaus kann der Kontext der Bilder (z.B. URL, Namen der Bilddatei, das Foto selbst) weitere personenbezogene Daten offenbaren, welche auf das Verhalten der betroffenen Personen schließen lassen.

Wir argumentierten, dass eine Anzahl verknüpfter Fotos, auch wenn die Fotos für sich genommen jeweils Schnappschüsse sind, nichts anderes als eine Beobachtung der abgebildeten Person ist. Als grober Vergleich dienen Filmaufnahmen, wie z.B. von Überwachungskameras, welche nichts anderes als eine Serie statischer Einzelbilder und damit aneinander gereihte Momentaufnahmen sind.

Denn Artikel 3 Abs. 2 lit. b) DSGVO ist weder vom Wortlaut noch vom Sinn zu entnehmen, dass erst ab einer gewissen Anzahl von aneinandergereihten Schnappschüssen oder Momentaufnahmen eine Anwendbarkeit der DSGVO vorgesehen ist. Tatsächlich kann sogar ein einziges Foto in gewissen Situationen eine Beobachtung darstellen, z.B. wenn das aufgenommene Foto zeigt, wer durch eine Tür schreitet oder dass sich ein Paar dort küsst und wenn es letztlich darauf ankommt, diese Informationen den Fotos zu entnehmen.

Dabei ist unerheblich, ob die Auswertung von Aufzeichnungen in Echtzeit oder nachträglich erfolgt, weil auch durch nachträgliche Auswertungen ein Bild der beobachteten Person entstehen kann.

Des Weiteren kann eine Beobachtung auch spärlich über längere Zeiträume erfolgen. Doping-Tests alle 6 Monate oder jährliche medizinische Untersuchungen sind Beispiele für Aktivitäten, die trotz größeren Zeitintervallen durchaus Informationen über das Verhalten einer Person liefern.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch der Vergleich mit einer Textsuche nach einem Namen bei Google hinkt, weil Clearview AI als Suchparameter ein biometrisches Datum verwendet. Dieses biometrische Datum ist der Natur nach eindeutig und soll ausschließlich Ergebnisse der gesuchten Person liefern. Eine Suche nach einem Namen kann regelmäßig auch Ergebnisse liefern, die nichts mit der Person zu tun haben, während eine Suche mit dem biometrischen Profil einer Person nur das Gesicht dieser Person und die verknüpften Quelldaten liefern soll.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Artikel 3 Abs. 2 lit. b) DSGVO, ebenso wie Artikel 3 Abs. 2 lit. a) DSGVO, wegen der Formulierung „im Zusammenhang steht" einen durchaus weiten Anwendungsbereich eröffnet.

Folglich kann selbst eine entsprechende (ggf. nur geplante) nachgelagerte Verarbeitung die Einordnung der ersten Stufe als „Beobachtung" beinflussen, sofern die nachgelagerte Verarbeitung eine Beobachtung umfasst (vgl. Gola DS-GVO/Piltz, Art. 3 Rn. 33; Kühling/Buchner/KlarArt. 3 Rn. 91, 92).

In diesem Sinne erklärt Erwägungsgrund 24 S. 2 DSGVO (eigene Hervorhebung):

> Ob eine Verarbeitungstätigkeit der Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen gilt, sollte daran festgemacht werden, ob ihre Internetaktivitäten nachvollzogen werden, *einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten*.

Berücksichtigt man die Kunden von Clearview AI und die Zwecke, für die der Dienst beworben wird, ist zusätzlich zur vorliegenden Beobachtung unmittelbar durch Clearview AI von einer nachgelagerten Beobachtung durch die Kunden auszugehen.

4.2 Fehlende Rechtsgrundlage

Weil der Anwendungsbereich der DSGVO zu bejahen war, wurde im nächsten Schritt untersucht, ob sich Clearview AI auf eine Rechtsgrundlage für die durchgeführten Verarbeitungen stützen kann, um diese zu rechtfertigen. Die DSGVO sieht vor, dass jede Verarbeitung eine eigene Rechtsgrundlage bzw. Ausnahme eines Verarbeitungsverbots bedarf.

Clearview AI äußerte sich gegenüber dem HmbBfDI im Rahmen des Verfahrens zu keiner Zeit klar zur Rechtmäßigkeit seines Dienstes – ggf. weil es schon die Anwendbarkeit der DSGVO verneinte.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die relevanten Verarbeitungsprozesse Clearview Ais können auf den ersten Blick grob in zwei Ebenen aufgeteilt werden: i) Zunächst das Erfassen und Speichern der öffentlich zugänglichen Fotos. Ii) Die anschließende biometrische Verarbeitung der erfassten Fotos, damit sie zur eindeutigen Identifizierung einer Person verwendet werden können.

Allerdings werden die jeweiligen Ebenen von einem einzigen Zweck (im Sinne der Zweckbindung nach Artikel 5 Abs. 1 lit. B) i.V.m. Artikel 6 Abs. 4 DSGVO) derart umklammert, dass eine isolierte Betrachtung widersinnig wäre. Jede Ebene zielt auf das Betreiben eines biometrischen Foto-Suchdienstes für Gesichter ab.

Daher sind die beiden Ebenen im Rahmen der Rechtmäßigkeitserörterung als eine einzige Verarbeitungstätigkeit zu betrachten.

Diese umfasst auch die Verarbeitung biometrischer Daten. Die DSGVO definiert biometrische Daten in Artikel 4 Nr. 14 DSGVO als

> mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die die eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten.

Als sog. besondere Kategorie personenbezogener Daten unterliegt deren Verarbeitung zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person dem grundsätzlichen Verarbeitungsverbot des Artikel 9 Abs. 1 DSGVO.

Nur wenn eine der Ausnahmen in Artikel 9 Abs. 2 DSGVO vorliegt, dürfen biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung einer betroffenen Person verarbeitet werden.

Eine Ausnahme nach Artikel 9 Abs. 2 DSGVO muss dabei wohl stets zusätzlich zu einer Rechtsgrundlage nach Artikel 6 Abs. 1 DSGVO vorliegen (vgl. DSGVO, Erwägungsgrund 51 S. 5; BeckOK DatenschutzR/Albers/ VeitDS- GVO Art. 9 Rn. 11).

Rechtsgrundlage nach Artikel 6 Abs. 1 DSGVO. Als Rechtsgrundlage nach Artikel 6 Abs. 1 DSGVO kommt nur berechtigtes Interesse gemäß Artikel 6 Abs. 2 lit. F) DSGVO in Betracht. Danach muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein und die Interessen oder Rechte der betroffenen Person dürfen dieses Interesse nicht überwiegen.

Weder Clearview AI noch dessen Kunden als Dritte haben ein berechtigtes Interesse, auf welches sie sich berufen können.

Das fehlende relevante Interesse von Clearview AI. Clearview AI hat an der Verarbeitung ein lediglich kommerzielles Interesse, d.h. die Erbringung einer Dienstleistung mit Gewinnerzielungsabsicht.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gewinn an sich kann aber niemals ein zu berücksichtigendes Interesse sein, weil grundsätzlich jedes betriebswirtschaftliche Unternehmen eine Einkünfteerzielungsabsicht hat und letzlich jede Verarbeitungstätigkeit auf diese Absicht zurückgeführt werden kann (vgl. auch EuGH, C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. V Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) und Mario Costeja González [2014] ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 81).

Daher muss ein zu allgemeines Interesse im Lichte der Zweckbindung nach Artikel 5 Abs. 1 lit. B) DSGVO weiter konkretisiert werden. Dieser Konkretisierungsgedanke lässt sich indirekt der Regelung des Artikel 21 Abs. 2 DSGVO zu Direktwerbung entnehmen, denn das Interesse eines Verantwortlichen an Direktwerbung ist letzlich grundsätzlich das der Einkünfteerzielung.

Ein konkreteres Interesse als das der Gewinnerzielung ist für Clearview AI nicht ersichtlich.

Das fehlende relevante Interesse von Dritten. Das berechtigte Interesse der Dritten, die Clearview Ais Dienste in Anspruch nehmen, ist die Identifizierung von Personen und das Erlangen von Informationen über diese, z.B. zur Aufklärung von Straftaten.

Nimmt man aber den wohl häufigsten Clearview-Kunden, eine Strafverfolgungsbehörde, schreibt Artikel 6 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich vor, dass die Rechtsgrundlage der berechtigten Interessen nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung [gilt]. Weil diese Art der Kunden sich nicht auf die Rechtsgrundlage berechtigte Interessen stützen kann, wäre es widersprüchlich, wenn sich der Verantwortliche der vorgelagerten Verarbeitung auf die berechtigten Interessen dieser bestimmten nachgelagerten Stellen berufen könnte.

Bei privaten Unternehmen und Einzelpersonen als Kunden bzw. Dritte ist das Interesse ebenfalls die Identifizierung von Personen und das Erlangen von Informationen über diese zu einem näher zu bestimmenden Zweck – und im Vergleich zu Behörden können sich diese auch prinzipiell auf berechtigte Interessen berufen.

Das Interesse ist aber rein abstrakter Natur, denn die gesamte Verarbeitung durch Clearview AI, von der ursprünglichen Erfassung und Speicherung bis zur biometrischen Verarbeitung der Fotos, erfolgt regelmäßig bevor der Dienst von einem bestimmten Kunden in Anspruch genommen wird. Welcher konkrete Nutzen aus der Verarbeitung gezogen wird, ist daher zunächst unbekannt. Ein Kunde wird den Dienst verwenden, um sich zu vergewissern, dass krankgeschriebene Mitarbeiter sich nicht tätsächlich am Strand vergnügen und Selfies posten. Ein anderer Kunde wird den Dienst verwenden, um sich über Bewerber:innen zu informieren.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Damit aber sozusagen nicht auf Vorrat (in gedanklicher Anlehnung am Konzept der Vorratsdatenspeicherung) verarbeitet werden kann, muss das Interesse zum Zeitpunkt der Verarbeitung entstanden und vorhanden sein (…) und zu diesem Zeitpunkt nicht hypothetisch sein (EuGH, C708/18 TK [2019] EU:C:2019:1064, Rn. 44; vgl. auch BeckOK DatenschutzR/ Albers/Veit DSGVO Art. 6 Rn. 68).

Daher kann sich Clearview AI nicht auf berechtigte Interessen für die Verarbeitung berufen.

Obgleich folglich keine Rechtsgrundlage nach Artikel 6 Abs. 1 DSGVO vorliegt, untersuchen wir der Vollständigkeit halber, ob eine Ausnahme nach Artikel 9 Abs. 2 DSGVO vorliegen könnte.

Ausnahme nach Artikel 9 Abs. 2 DSGVO. Mangels einer ausdrücklichen Einwilligung gemäß Artikel 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO in die gegenständliche Verarbeitung kommt als mögliche Ausnahme vom Verbot der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten grundsätzlich nur Artikel 9 Abs. 2 lit. e) DSGVO in Betracht, d.h. die Verarbeitung müsste sich auf Daten beziehen, welche die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat.

Die Fotos, die Clearview AI verarbeitet, müssten daher i) von der jeweiligen betroffenen Person offensichtlich öffentlich und zusätzlich ii) für den jeweiligen Zweck der beabsichtigten Verarbeitung durch Clearview AI öffentlich gemacht worden sein. Keines dieser Elemente ist zu bejahen.

Offensichtlich öffentlich gemacht. Im Sinne des Grundsatzes der Rechenschaftspflicht nach Artikel 5 Abs. 2 DSGVO obliegt es dem Verantwortlichen nachzuweisen, dass die zu verarbeitenden Daten *durch die betroffene Person* offensichtlich öffentlich gemacht wurden. Das ist nicht möglich, weil in den allermeisten Fällen nicht ersichtlich ist, ob die abgebildete Person die Fotos selber veröffentlicht hat oder ob die Fotos gegen ihren Willen von einem Dritten veröffentlicht wurd–n - wie auch vorliegend im konkreten Fall. Die Fotos von Marx wurden zwar auf einer Stockfotografie-Webseite gefunden, wurden aber gegen seinen Willen dort hochgeladen.

Veröffentlichung für den Zweck der Verarbeitung. Zudem muss das relevante personenbezogene Datum gerade zu dem bestimmten Zweck der intendierten Verarbeitung öffentlich gemacht worden sein, um dem Grundsatz der Zweckbindung nach Artikel 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO zu entsprechen.

Tatbestandlich manifestiert sich dies in dem Erfordernis der offensichtlichen Veröffentlichung, denn jede bewusste Veröffentlichung erfolgt zu einem bestimmten Zweck.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Für eine betroffene Person ist es oft nicht möglich, überhaupt zu erahnen, welche Schlussfolgerungen oder Informationen die Öffentlichkeit (sprich ein potentieller Verantwortlicher) durch eine Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten ziehen kann oder wird.

Veröffentlicht eine betroffene Person auf ihrer Kanzleiwebseite ein Profilfoto von sich, ist der intendierte Zweck der Förderung der anwaltlichen Tätigkeit.

Dass der benachbarte Supermarkt über Videoüberwachung Fotos von seinen Kunden aufnimmt, diese bei Clearview AI hochlädt, damit die Kunden ggf. persönlich begrüßt werden können, war nicht vom Zweck der ursprünglichen Veröffentlichung umfasst. Ebenso wäre die Verarbeitung des Fotos durch die benachbarte Apotheke zum Angebot einer Dermatitissalbe zweckfremd. Die jeweiligen Zwecke der Veröffentlichung und der anschließenden Verarbeitungen fallen auseinander.

Die ursprüngliche Zweckbestimmung muss sich daher in der anschließenden Zweckbindung nach Artikel 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO des Verantwortlichen spiegeln, damit es zu keinem Zweckbruch zwischen den beiden Verarbeitungstätigkeiten kommt. Dass die beiden Verarbeitungen im Zusammenhang stehen, ergibt sich auch daraus, dass die spätere Verarbeitung ohne die erste (veröffentlichende) Verarbeitung nicht erfolgen kann.

4.3 Weitere Aspekte

Sperrliste. Clearview AI bietet eine Sperrliste im Sinne eines Opt-Out von seinen Suchergebnissen an. Die Sperrliste verwendet den biometrischen Hashwert der betroffenen Person, um diese von den Suchergebnissen zu filtern. Das bedeutet aber auch, dass die personenbezogenen Daten der betroffenen Person weiterhin verarbeitet werden, sowohl Fotos als auch der biometrische Hashwert. Die betroffene Person ist gewissermaßen in einer Zwickmühle: obwohl die zugrundeliegende Verarbeitung durch Clearview AI rechtswidrig ist, soll die betroffene Person eine Einwilligung erteilen, damit sie auf eine Sperrliste kommt.

Durchsetzung. Clearview AI hat keine Niederlassung innerhalb der EU. Wie in allen anderen Rechtsbereichen ist die Frage der Zuständigkeit und der Rechtsprechung vom Problem der faktischen Vollstreckung zu trennen. Eine Entscheidung gegen einen Verantwortlichen ohne Niederlassung oder vollstreckbarem Vermögen in der EU ist u.U. schlicht faktisch nicht durchsetzbar. Dies ist jedoch auch aus allen anderen Rechtsbereichen bekannt (Flucht des Schuldners) und sollte den Rechtsstaat nicht darin hindern, eine Entscheidung zu erlassen. Die Extraterritorialität der

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

DSGVO durch Artikel 3 Abs. 2 DSGVO ist weithin anerkannt und schließt die Verpflichtung zur Einhaltung der Grundsätze der DSGVO für Verantwortliche ohne Niederlassung in der EU, wie Clearview AI, nicht aus.

4.5 Situation in anderen EU-Mitgliedstaaten und dem Vereinigten Königreich

In Frankreich, dem Vereinigten Königreich und Italien hat es in parallel zu Marx Fall gelagerten Fällen schon (vorläufige) aufsichtsbehördliche Entscheidungen zu Clearview AI gegeben.

Frankreich. Die französische Aufsichtsbehörde *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) hat am 26.11.2021 in ihrer Entscheidung MED 2021-134 (MDMM211166) Clearview AI die weitere Verarbeitung personsonenbezogener Daten von betroffenen Personen in Frankreich untersagt und Clearview AI aufgefordert, dem Recht auf Löschung betroffener Personen nachzukommen (CNIL 2021a; b).

Hinsichtlich der Frage der Beobachtung hat sie ausgeführt (CNIL 2021b, eigene Übersetzung):

> Ein solches Suchergebnis ermöglicht es auch, das Verhalten einer Person im Internet zu identifizieren, indem die Informationen, die diese Person online gestellt hat, sowie ihr Kontext, analysiert werden. Tatsächlich ist schon das Einstellen von Fotos an sich ein Verhalten der jeweiligen Person, das die Entscheidung der Person darüber widerspiegelt, in welchem Umfang sie Elemente ihres Privat- oder Berufslebens preisgeben möchte. Daher sollte davon ausgegangen werden, dass das mit einem Foto verknüpfte Suchergebnis zumindest teilweise als ein Verhaltensprofil der betroffenen Person zu betrachten ist, da es zahlreiche Informationen über diese Person und insbesondere ihr Verhalten enthält. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der eigentliche Zweck der Verarbeitung nicht die Verhaltensüberwachung ist, beinhalten die Mittel, die für das biometrische Identifizierungssystem von Clearview eingesetzt werden, die Erstellung eines solchen Profils, und die Verarbeitung kann somit als mit der Beobachtung des Verhaltens im Zusammenhang stehend angesehen werden.

Vereinigtes Königreich. Am 29.11.2021 hat die *Information Commissioner's Office* (ICO), die zuständige Aufsichtsbehörde für Datenschutz im Vereinigten Königreich, nach einer gemeinsamen Untersuchung mit der australischen Aufsichtsbehörde *Office of the Australian Information Commissioner* (OAIC), ihre Absicht bekannt gegeben, Clearview AI auf Grund

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von Verstößen gegen die UK-DSGVO eine Geldbuße zu verhängen (ICO 2021).

Die ICO ist zu der vorläufigen Auffassung gelangt, dass Clearview AI Inc. in mehrfacher Hinsicht gegen die britischen Datenschutzgesetze verstoßen hat, unter anderem dadurch, dass:

- die Daten von Personen im Vereinigten Königreich nicht in einer Art und Weise verarbeitet werde, die sie wahrscheinlich erwarten können oder die fair ist;
- kein Verfahren eingerichtet ist, um die Speicherung der Daten auf unbestimmte Zeit zu verhindern;
- eine Rechtsgrundlage für die Erhebung der Daten fehlt;
- die höheren Datenschutzstandards für biometrische Daten (die nach der Datenschutz-Grundverordnung und der britischen Datenschutzverordnung als besondere personenbezogene Daten eingestuft werden) nicht eingehalten werden;
- Personen im Vereinigten Königreich nicht darüber informiert werden, was mit ihren Daten geschieht, und
- zusätzliche personenbezogene Daten, einschließlich Fotos, verlangt werden, was Personen, die der Verarbeitung ihrer Daten widersprechen wollen, davon abschrecken könnte."'

Italien. Am 10.02.2022 hat die italienische Aufsichtsbehörde *Garante per la protezione dei dati personali* (Garante) gegen Clearview AI eine Geldbuße von 20 Millionen Euro verhangen und das Unternehmen angewiesen, sämtliche personenbezogene Daten, inkl. der biometrischen Daten, von betroffenen Personen in Italien zu löschen sowie einen Vertreter in der Union nach Artikel 27 DSGVO zu benennen (Garante 2022).

Exkurs: Einheitliche Entscheidungen. Vor dem Hintergrund der jeweiligen nationalen Entscheidungen kommt zwangsläufig die Frage auf, ob eine nationale Behörde nicht ein europaweites Verarbeitungsverbot hinsichtlich der Verarbeitungstätigkeiten von Clearview AI aussprechen dürfte oder wie zumindest einheitliche Entscheidungen erreicht werden könnten. In diesem Exkurs soll die Thematik kurz angerissen werden.

Wegen des völkerrechtlichen Souveränitätsprinzips erstreckt sich die Staatsgewalt grundsätzlich nur auf das eigene Hoheitsgebiet. Demnach könnte eine nationale Behörde kein europaweites Verbot erlassen. Im Unionsrechtsraum sind jedoch transnationale Verwaltungsakte, d.h. Entscheidungen einer nationalen Behörde, die unionsweit Geltung entfalten, bekannt. In der Regel vollziehen Mitgliedstaaten dabei Europarecht (vgl. allgemein zum Thema: Danwitz (2008S. 609 ff.); Danninger (2019S. 15 f.)).

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Solche Entscheidungen werden grundsätzlich im Rahmen der sog. Verwaltungskooperation (vgl. zur Verwaltungskooperation: Danwitz (2008S. 609 ff.)) getroffen. Mit diesen Kooperationspflichten „soll ausgeglichen werden, dass das Verwaltungshandeln entgegen dem völkerrechtlich geltenden Territorialprinzip nicht auf das Gebiet des Erlassstaates beschränkt ist, sondern in der gesamten Union Geltung erlangt" (siehe Danwitz (2008S. 630), der im Übrigen auch Bereiche nennt, in denen transnationale Verwaltungsakte auch ohne vorhergehende Kooperation erlassen werden können).

Es ist nicht auszuschließen, dass auch die DSGVO mit dem Kooperationsmechanismus in Kapitel VII transnationale Verwaltungsakte ermöglicht. Auf jeden Fall könnten Aufsichtsbehörden gemeinsame Maßnahmen nach Art. 62 Abs. 1 DSGVO ergreifen, um eine gewisse Einheitlichkeit der Entscheidungen herbeizuführen.

5. Fazit

Zunächst ist festzustellen, dass das Verfahren in Hamburg zu lange andauert. Seit dem ersten Auskunftsersuchen bis zur Löschung des Hashwertes ist mehr als ein Jahr vergangen. Nun, nach mehr als zwei Jahren, ist das Verfahren noch immer nicht abgeschlossen.

Zwar dauern Beschwerden bei den Aufsichtsbehörden in der Regel sehr lange (noyb 2022), in der Zwischenzeit konnten die ICO im Vereinigten Königreich, die CNIL in Frankreich und die Garante in Italien Beschwerden zu Clearview AI in kürzerer Zeit (vorläufig) abschließen, obwohl Hamburg ursprünglich eine europäische Vorreiterrolle innehatte.

Erfreulich an den (vorläufigen) Entscheidungen ist jedoch, dass diese trotz der Schwierigkeit der Durchsetzung getroffen wurden.

Zum Teil lehnen Aufsichtsbehörden leider die Untersuchung von Beschwerden ab, in denen der Verantwortliche außerhalb des europäischen Wirtschaftsraums sitzt und keine lokale Niederlassung hat, obwohl die DSGVO auf den Sachverhalt klar Anwendung findet. Begründet wird dies mit der Unmöglichkeit, eine Entscheidung tatsächlich durchzusetzen (noyb 2021).

Abgesehen von der fraglichen Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens wird dabei verkannt, dass insbesondere Verbotsanordnungen und Geldbußen durchaus eine beachtliche Wirkung entfalten können. Kein Verantwortlicher mit Sitz in der Union wird nun vernünftigerweise das Risiko eingehen, die offensichtlich rechtswidrigen Dienste von Clearview AI in Anspruch zu nehmen. Ebenso wird kein europäischer Auftragsverarbeiter,

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch mit Blick auf seine Hinweispflicht auf widerrechtliche Verarbeitungen aus Artikel 28 Abs. 3 lit. h) zweiter Absatz DSGVO, für Clearview AI tätig werden. Trotz der zahnlos erscheinenden Anordnungen ist der europäische Markt für Clearview AI gesperrt.

Solche Anordnungen gegenüber Verantwortlichen mit alleinigem Sitz im außereuropäischen Ausland können zudem etwaige potentielle europäische Nachahmer oder gegenwärtige Mitbewerber abschrecken sowie zukünftige Verfahren vereinfachen, weil die rechtlichen Fragen schon erörtert wurden.

Dass die Möglichkeit des Zugriffs abschreckt, zeigt sich an dem Dienst PimEyes, eine weitere Gesichtersuchmaschine, die grundsätzlich wie Clearview AI funktioniert: Das Internet wird im großen Stil nach Gesichtsbildern gecrawlt, gefundene Gesichter werden biometrisch verarbeitet und durchsuchbar gemacht. Im Gegensatz zu Clearview AI ist PimEyes für die Allgemeinheit zugänglich und hat europäische Kunden. Das Unternehmen saß zunächst in Wrocław, Polen (Laufer and Meineck 2020). Matthias Marx hat sich am 31.07.2020 über PimEyes beim HmbBfDI beschwert und auch dieses Verfahren wurde bis heute nicht abgeschlossen. Anfang September, womöglich wegen dieser und weiterer Beschwerden, hat sich PimEyes nämlich auf die Seychellen umfirmiert. Die Behörden in Hamburg und Polen stellt das vor das gleiche Problem der Durchsetzungen wie bei Clearview AI. Dabei gibt es Anzeichen, dass die beiden Gründer sich noch in Polen aufhalten und dort weitere Unternehmen in der gleichen Branche gegründet haben.[2]

Die DSGVO ermöglicht jedoch nicht nur Beschwerden vor Aufsichtsbehörden. Betroffene Personen können gemäß Artikel 82 Abs. 1, Abs. 6 DSGVO i.V.m. Artikel 79 Abs. 2 DSGVO dem jeweiligen nationalen Recht regelmäßig auch vor Zivilgerichten auf Schadensersatz klagen. Bei einem Verantwortlichen mit Sitz in den USA, je nach Bundesstaat, könnte u.U. nach dem *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act* vollstreckt werden (vgl. allgemein *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 428; für den Bundesstaat Delaware: 10 Del. C. §§ 4801 et seqq). Die Erörterung des Problems der Durchsetzbarkeit sprengt jedoch den Rahmen dieses Beitrags.

2 siehe https://publicmirror.com/ und https://nitter.net/henkvaness/status/1453723583616716810

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literatur

Alle Online-Quellen zuletzt aufgerufen am: 16.03.2022

Beuth, Patrick (2020): Hamburgs Datenschützer leitet Prüfverfahren gegen Clearview ein. *Der Spiegel (online)* vom 25. März 2020. URL: https://www.spiegel.de/netzwelt/web/clearview-hamburgs-datenschuetzer-leitet-pruefverfahren-ein-a-0ec1870d-c2a5-4ea1-807b-ac5c385ae165

Britisches Innenministerium (4. März 2020): Written question for Home Office, UIN 25178. URL: https://questions-statements.parliament.uk/written-questions/detail/2020-03-04/25178

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (2020): Antwort auf FragDenStaat-Anfrage 188977. URL: https://fragdenstaat.de/a/188977

Clearview AI, Inc. (2022): Clearview AI Principles. URL: https://www.clearview.ai/principles

CNIL (2021a): Facial recognition: the CNIL orders CLEARVIEW AI to stop reusing photographs available on the Internet. URL: https://www.cnil.fr/en/facial-recognition-cnil- orders-clearview-ai-stop-reusing-photographs-available-internet

CNIL (2021b): Décision n° MED-2021-134 du 26 novembre 2021 mettant en demeure la société CLEARVIEW AI (No. MDMM211166). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/ cnil/id/CNILTEXT000044499030

Danninger, Christoph (2019): *Transnationale Verwaltungsakte*. Dissertation, Universität Wien. URL: http://othes.univie.ac.at/58397/1/61401.pdf.

von Danwitz, Thomas (2008): *Europäisches Verwaltungsrecht*. Berlin: Springer.

HmbBfDI (Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit) (2020): Auskunftsheranziehungsbescheid vom 13.08.2020, 2020. URL: https://fragdenstaat.de/a/195578

– (2021): Anhörung vor Erlass einer Anordnung. URL: https://noyb.eu/sites/default/files/2021-01/545_2020_ Anhörung_CVAI_DE_Redacted.pdf (last accessed 16 March 2022).

Ehmann, Eugen; Selmayr, Martin und Zerdick, Thomas (2018): *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO,* 2. Auflage. München: C.H.Beck.

Garante (2022): Ordinanza ingiunzione nei confronti di Clearview AI10 febbraio 2022 [9751362]. URL: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/ docweb/9751362.

Gola, Peter (2018): *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO*, 2. Auflage. München: C.H.Beck.

Haskins, Caroline; Mac, Ryan und McDonald, Logan (2020): Clearview AI Wants To Sell Its Facial Recognition Software To Authoritarian Regimes Around The World. *BuzzFeed News* vom 6. Februar 2020. URL: https://www.buzzfeednews.com/article/carolinehaskins1/clearview-ai-facial-recognition-authoritarian-regimes-22

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hill, Kashmir (2020a) The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It. *The New York Times* vom 18. Januar 2020. URL: https://www.nytimes.com/2020/01/18/technology/clearview-privacy-facial-recognition.html

Hill, Kashmir (2020b): Before Clearview Became a Police Tool, It Was a Secret Plaything of the Rich. *The New York Times* vom 05. März 2020. URL: https://www.nytimes.com/2020/03/05/technology/ clearview-investors.html

Homo Digitalis (2020): EL.AS. apantáei gia tis fímes synergasías me tin CLEARVIEW AI. URL: https://www.homodigitalis.gr/posts/6765.

ICO (Information Commissioner's Office) (29 November 2021): ICO issues provisional view to fine Clearview AI Inc over £17 million. URL: https://ico.org.uk/about-the-ico/media-centre/news-and-blogs/2021/11/ico-issues-provisional-view-to-fine-clearview-ai-inc-over-17-million/

Justizministerium des Königreichs Dänemark (3. April 2020): Besvarelse af Spørgsmål nr. 998 (Alm. del) fra Folketingets Retsudvalg (Antwort auf die Anfrage 998 (Tagung) des Rechtsausschusses des Folketing). URL: https://www.ft.dk/samling/20191/almdel/reu/spm/998/svar/ 1648801/2174301.pdf

Knight, Will (2021): Clearview AI Has New Tools to Identify You in Photos. *WIRED* vom 4. Oktober 2021. URL: https://www.wired.com/story/clearview-ai-new-tools-identify-you-photos/.

Kouloglou, Stelios (2020): Clearview AI, privacy and data protection breaches. Question for written answer E-000491/2020 to the Commission. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000491_EN.html.

Krempl, Stefan (2022): Überwachung: Clearview will Datenbank mit 100 Milliarden Gesichtsfotos füllen. *heise online* vom 17. Februar 2022. URL: https://www.heise.de/-6491056.

Kühling, Jürgen und Benedikt Buchner (2020): *Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG*, 3. Auflage. München: C.H.Beck.

Laufer, Daniel und Meineck, Sebastian (10. Juli 2020): Eine polnische Firma schafft gerade unsere Anonymität ab. *netzpolitik.org*. URL: https://netzpolitik.org/2020/gesichter-suchmaschine-pimeyes-schafft-anonymitaet-ab/.

Mac, Ryan; Haskins, Caroline und McDonald, Logan (2020): Clearview's Facial Recognition App Has Been Used By The Justice Department, ICE, Macy's, Walmart, And The NBA. *BuzzFeed News* vom 27. Februar 2020. URL: https://www.buzzfeednews.com/article/ryanmac/clearview-ai-fbi-ice-global-law-enforcement.

Mac, Ryan; Haskins, Caroline und Pequeño, Antonio IV (2021): Police In At Least 24 Countries Have Used Clearview AI. Find Out Which Ones Here. *BuzzFeed News* vom 25. Juli 2021. URL: https://www. buzzfeednews.com/article/ryanmac/clearview-ai-international-search-table.

Ministerium für Justiz und Sicherheit der Niederlande (5. März 2020): Antwort auf parlamentarische Anfrage 2020Z04331. URL: https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kv-tk-2020Z04331.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Noyb - Europäisches Zentrum für digitale Rechte (25. Januar 2021): Luxemburgs Datenschutzbehörde weigert sich, US-Unternehmen die Zähne zu zeigen. URL: https://noyb.eu/de/luxemburgs-datenschutzbehoerde-weigert-sich-us-unternehmen-die-zaehne-zu-zeigen

(23. Januar 2022): Europäischer Datenschutztag: 41 Jahre Datenschutz am Papier?!. URL: https://noyb.eu/de/europaeischer-datenschutztag-41-jahre-datenschutz-am-papier

Grill Pettersson, Mikael und Carlén, Linnea (11. März 2020): Polisen: Utsatt barn kunde identifieras med hjälp av omdiskuterade AI-tjänsten. *Sveriges Television*. URL: https://www.svt.se/nyheter/inrikes/polisen-utsatt-barn-identifierades-med-hjalp-av-clearview-ai

Simitis, Spiros; Hornung, Gerrit und Spieker genannt Döhmann, Indra (2019): *Kommentar Datenschutzrecht (DSGVO mit BDSG)*. Baden-Baden: Nomos.

Stolton, Samuel (2020): MEPs furious over Commission's ambiguity on Clearview AI scandal. *Eurcativ* vom 3. September 2020. URL: https://www.euractiv.com/section/data-protection/news/meps-furious-over-commissions-ambiguity-on-clearview-ai-scandal/.

Tech Inquiry (2022): Clearview AI, Inc., US Federal Contracts. URL: https://techinquiry.org/ explorer/vendor/clearviewai,inc./

Veit, Raoul-Darius und Albers, Marion (2021): Kommentierung der Art. 6 und 9 DS-GVO, in: Wolff, Heinrich Amadeus und Brink, Stefan (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, *Beck'scher Online-Kommentar*, 27. Auflage. München: C. H. Beck. https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=400&w=BeckOKDatenS

in 't Veld, Sophie; Moritz Körner, Šimečka, Michal; Keller, Fabienne; Oetjen, Jan-Christoph; Donáth, Anna Júlia; Pagazaurtundúa, Maite; Chastel, Olivier (28. Januar 2020): Clearview. Question for written answer E-000507/2020 to the Commission. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000491_EN.html

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). *Amtsblatt der Europäischen Union* L 119 (04. Mai 2016): p. 1-88.

Vollath, Bettina (2020): Gesichtserkennung in Europa. Anfrage zur schriftlichen Beantwortung E-000383/2020 an die Kommission. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000383_DE.html.

https://doi.org/10.5771/9783748913344-153 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY