

F. Prüfung der Anwendbarkeit der DSGVO

I. Art. 2 Abs. 1 DSGVO: Sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO

In Art. 2 DSGVO wird der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung und dessen Ausnahmen festgelegt. Während Art. 2 Abs. 1 DSGVO den Geltungsbereich der Norm absteckt und definiert, welche Verarbeitungen erfasst werden, werden in Art. 2 Abs. 2 - 4 DSGVO hingegen Tatbestände aufgezählt, die von der Verordnung ausgenommen sind. Da die dort genannten Ausnahmen für diese Arbeit keine Relevanz besitzen, werden diese hier nicht weiter thematisiert. Es wird sich somit nur auf den konkreten sachlichen Anwendungsbereich in Art. 2 Abs. 1 DSGVO konzentriert.

Art. 2 Abs. 1 DSGVO besagt, dass die Verordnung dann gilt, wenn eine ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten vorliegt. Ergänzt wird dies durch die Hinzunahme von nicht-automatisierten Verarbeitungen personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Dem folgend fordert ErwG. 15 eine Technologieneutralität der DSGVO, da das Risiko einer Umgehung der Vorschriften nur eingedämmt werden kann, wenn diese nicht von der verwendeten Technik abhängig gemacht werden.

II. Art. 4 Abs. 1 DSGVO: Personenbezogene Daten

Der Anwendungsbereich der DSGVO ist gemäß Art. 2 Abs. 1 DSGVO eröffnet, wenn eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten vorliegt. Dabei ist der Begriff „Daten“ nach herrschender Meinung weit auszulegen.²²⁴ Personenbezogene Daten sind i.S.v. Art. 4 Abs. 1 DSGVO „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“. Demnach sind mit Informationen jegliche objektive Tatsachen (Geburtsort, Name, Vermögensverhältnisse etc.), als auch subjektive Einschätzungen (Bewertungen, Urteile, Scorings etc.)²²⁵ und individuelle Merkmale

224 Ernst (2021), Art. 4 Rn. 3; EuGH, Urt. v. 7.5.2009 – C-553/07, EuZW 2009, 546 (549); Schefzig, DSRITB 2014, S. 103 (104); Art.-29-Gruppe, WP 136, 2007, S. 4.

225 Klabunde (2018), Art. 4 Rn. 7; Art.-29-Gruppe, WP 136, 2007, S. 7.

(Meinungen, Werte, Beziehungen etc.) gemeint.²²⁶ Dabei ist es völlig egal, in welcher Form diese Informationen vorliegen und wie diese gespeichert werden.²²⁷ Der Personenbezug dieser Informationen kann sich dabei entweder alternativ oder kumuliert durch Inhalts-, Zweck- oder Ergebniselemente ergeben.²²⁸ Ein Inhaltselement liegt vor, wenn sich Informationen direkt auf eine bestimmte Person beziehen (Patientenakte, Personalakte etc.), ein Zweckelement liegt vor, wenn die Informationen genutzt werden können, um Auswirkungen für eine bestimmte Person herbeizuführen (z.B. kann die Zuordnung einer Telefonnummer zu einem Mitarbeiter vorgenommen werden, um zu überprüfen, mit wem dieser telefoniert hat) und ein Ergebniselement liegt vor, wenn die Informationen unter Berücksichtigung aller Umstände ggf. eine Auswirkung auf die Rechte und Interessen einer bestimmten Person haben könnten (z.B. die Satellitenortung von Firmenfahrzeugen zum Zweck der Optimierung von Geschäftsprozessen, kann auch genutzt werden, um Mitarbeiter zu überwachen).²²⁹

Voraussetzung für das Vorliegen solcher personenbezogenen Daten ist, dass diese sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen. Als identifiziert gilt eine Person dann, wenn die vorhandene Information unmittelbar zur Feststellung der Identität führt.²³⁰ Diese direkte Identifizierung kann bspw. kontextbedingt durch einen Namen gewährleistet werden.²³¹ Ausschlaggebend ist, dass die Person durch die Information vollkommen ausgesondert werden kann.²³² Als identifizierbar gilt eine Person im Gegensatz dazu, wenn eine Information lediglich indirekt, also durch Verknüpfung mit anderen Informationen, zur Feststellung ihrer Identität führen kann.²³³ Nach Art. 4 Nr.1 DSGVO ist dies gegeben, wenn eine Person, direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann. Bei der Einschätzung, ob eine solche

226 Klar/Kühling (2020), Art. 4 Nr. 1 Rn. 8.

227 Arning/Rothkegel (2019), Art. 4 Rn. 7.

228 Art.-29-Gruppe, WP 136, 2007, S. 11 ff.

229 Ebenda.

230 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, NVwZ 2017, 213 (214).

231 Art.-29-Gruppe, WP 136, 2007, S. 15.

232 Schantz (2017), Rn. 291.

233 Arning/Rothkegel (2019), Art. 4 Rn. 30.

Zuordnung möglich ist, ergänzt ErwG. 26 dies dahingehend, dass alle Mittel auf Grundlage der verfügbaren Technologie und der technologischen Entwicklung zu berücksichtigen sind, die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen, unter Berücksichtigung der Kosten und des Zeitaufwandes, wahrscheinlich genutzt werden, um die natürliche Person direkt oder indirekt zu identifizieren. Der EuGH konkretisierte dies und stellte fest, dass sich nicht alle Mittel und Informationen, die zur Identifizierung der Person notwendig sind, in den Händen einer Person befinden müssen, um den Tatbestand zu erfüllen.²³⁴ Die verantwortliche Stelle ist somit dazu angehalten, sich auch die Mittel und Informationen zuzurechnen, die von Dritten genutzt werden können, um eine Person zu identifizieren.²³⁵ Beschränkt wird diese mögliche Verknüpfung von Informationen und die Nutzung von Mitteln nur dadurch, dass diese rechtlich zulässig sein muss und der Zugriff auf die Informationen und Mittel Dritter vernünftigerweise vorgenommen werden können muss.²³⁶ Wichtig dabei ist, dass der Personenbezug nicht unbedingt tatsächlich hergestellt werden muss, sondern die alleinige Möglichkeit reicht schon aus, damit eine Identifizierbarkeit i.S.v. Art. 4 Abs. 1 DSGVO vorliegt.²³⁷

III. Art. 4 Abs. 2 DSGVO: Verarbeitung

Damit der sachliche Anwendungsbereich gemäß Art. 2 Abs. 1 DSGVO tatsächlich eröffnet ist, ist es notwendig, dass diese personenbezogenen Daten von identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Personen auch verarbeitet werden. Gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO liegt eine Verarbeitung dann vor, wenn ein Vorgang, der im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten steht, mit oder ohne automatisierte Verfahren ausgeführt wird. Diese Legaldefinition zielt darauf ab, den Begriff der „Verarbeitung“ sehr weit auszulegen, sodass jegliche konkrete Handlung, die in irgendeiner Art und Weise mit personenbezogenen Daten zu tun hat und auf egal welcher Art und Weise tatsächlich ausgeführt wird, unter dieser Definition zu subsumieren ist.²³⁸ Die konkrete Benennung von solchen Vorgängen in

234 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, NVwZ 2017, 213 (215).

235 Karg (2019), Art. 4 Rn. 61; Arning/Rothkegel (2019), Art. 4 Rn. 35; Brink/Eckhardt, ZD 2015, S. 205 (211).

236 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, NVwZ 2017, 213 (215).

237 Karg (2019), Art. 4 Rn. 62.

238 Klabunde (2018), Art. 4 Rn. 22 f.; Ernst (2021), Art. 4 Rn. 21 f.

Art. 4 Abs. 2 DSGVO ist demnach nicht als abschließend, sondern nur als beispielhaft zu verstehen.²³⁹

IV. Wesensdaten als personenbezogene Daten

Um festzustellen, ob Wesensdaten personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Abs.1 u. 2 DSGVO sind, bedarf es einer Aufteilung der zuvor definierten Wesensdaten in ihre zwei initialen Bestandteile (neurologische Rohdaten und die Auswertung dieser Daten), damit diese gesondert voneinander betrachtet werden können.

Neurologische Rohdaten sind keine Daten, die eine direkte Identifikation von Personen ermöglichen. Allerdings kann eine Kopplung mit anderen Daten dazu führen, dass die Person theoretisch identifizierbar wird. BCI werden derzeit hauptsächlich in Forschungseinrichtungen genutzt. Hier könnte eine Zuordnung der neurologischen Rohdaten zu der jeweiligen Testperson eine Identifizierung ermöglichen. Sollten BCI zukünftig für den privaten Gebrauch genutzt werden, wird hier auch eine Zuordnung zu einem Nutzerkonto und/oder einer Gerätenummer der jeweiligen Hardware möglich sein, womit die nutzende Person identifizierbar ist. Unter Berücksichtigung der dazu notwendigen Mittel, der verfügbaren Technologie und des Aufwandes, ist eine Identifizierbarkeit gemäß Art. 4 Abs.1 DSGVO eindeutig gegeben. Der konkrete Personenbezug ergibt sich bei neurologischen Rohdaten aus einem Inhaltselement, wenn die Zuordnung zu einer Testperson oder Hardware bereits stattgefunden hat und aus einem Zweckelement, da eine Zuordnung der Daten zu einer bestimmten Person vorgenommen werden kann, um damit den Zweck der letztendlichen Auswertung der Daten (bspw. um bestimmte Outputs zu generieren) zu ermöglichen. Ergänzend könnte auch ein Ergebniselement vorliegen, wenn die neurologischen Rohdaten bspw. für die Steuerung eines automatisierten Rollstuhls erhoben werden, aber theoretisch auch dafür genutzt werden könnten, andere Auswertungen mit anderer Aussagekraft vorzunehmen. Neurologische Rohdaten sind demnach eindeutig als personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Abs. 1 DSGVO zu definieren.

Bei den Auswertungen der neurologischen Rohdaten, die eine fallabhängige Aussagekraft besitzen, besteht die Möglichkeit, eine direkte und eindeutige Identifikation einer bestimmten Person zu ermöglichen. Hier

239 Reimer (2018), Art. 4 Rn. 53.

ist besonders der mögliche Einsatz bei Authentifizierungs- bzw. Identifizierungsmaßnahmen zu erwähnen,²⁴⁰ wobei zwangsläufig Informationen vorliegen, die sich auf eine identifizierte Person beziehen. Bedenkt man das Informationsschöpfungspotenzial von BCI-Daten und die in Kapitel D.I. bereits zusammengefassten existierenden Möglichkeiten, ist eine direkte Identifikation von Nutzern, auch außerhalb von Authentifizierungs- bzw. Identifizierungsmaßnahmen, in Zukunft denkbar und wahrscheinlich. Daneben können sich diese Auswertungen ebenso auf identifizierbare Personen beziehen. Auch hier könnte eine Kopplung mit anderen Daten dazu führen, dass eine bestimmte Person ausgesondert werden kann. Wie bei den neurologischen Rohdaten ist bspw. eine Zuordnung der konkreten Auswertungen zu der jeweiligen Testperson oder einer spezifischen Geräte-Nummer möglich. Des Weiteren können auch die Auswertungen an sich eine Identifizierbarkeit ermöglichen. Hier ist besonders die Ermittlung des Standortes und die Erzeugung von Bankdaten erwähnenswert.²⁴¹ Unter Berücksichtigung der dazu notwendigen Mittel, der verfügbaren Technologie und des Aufwandes, ist eine Identifizierung und Identifizierbarkeit bei der Auswertung von neurologischen Rohdaten gemäß Art. 4 Abs. 1 DSGVO gegeben. Der konkrete Personenbezug kann sich hierbei, je nach Auswertung, aus einem Inhaltselement, Zweckelement oder Ergebniselement ergeben. Ein Inhaltselement liegt vor, wenn die Auswertung als Authentifizierungs- bzw. Identifizierungsmaßnahme genutzt wird, womit eine Person eindeutig identifiziert wird. Ein Zweckelement ist in einigen Fällen denkbar, da eine Zuordnung der Auswertungen zu einer bestimmten Person vorgenommen werden kann, um z.B. zu überprüfen, ob stereotype Vorurteile vorliegen²⁴² oder ob einer politischen Rede zugestimmt wird.²⁴³ Damit könnten weitreichende Auswirkungen für die Person herbeigeführt werden. Das Ergebniselement ergibt sich bspw. bei Auswertungen, die für die Steuerung von Smart Home-Anwendungen erzeugt werden, aber ebenso dafür genutzt werden können, den Nutzer zu überwachen. Die Auswertungen der neurologischen Rohdaten sind demnach ebenso eindeutig als personenbezogene Daten i.S.v. Art. 4 Abs. 1 DSGVO zu definieren.

240 Landau/Puzis/Nissim, AMC Computing Surveys 2020, S. 1 (12 ff.).

241 Martinovic et al., Proceedings of the 21st USENIX Security Symposium 2012, S. 1 (5 ff.).

242 Knutson et al., Human Brain Mapping 2007, S. 915 (927).

243 Vecchiato et al., 31st Annual International Conference of the IEEE EMBS 2009, S. 57 (59f.).

F. Prüfung der Anwendbarkeit der DSGVO

Damit der Anwendungsbereich der DSGVO vollständig eröffnet ist, muss auch eine Verarbeitung der Wesensdaten vorliegen. Da BCI neurologische Rohdaten aufzeichnen und mithilfe einer KI auswerten, liegt ohne Zweifel ein konkreter Vorgang vor, der im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten steht und mit Hilfe von automatisierten Verfahren tatsächlich ausgeführt wird. Damit kann festgehalten werden, dass die Verarbeitung von Wesensdaten mittels BCI bereits vom sachlichen Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 DSGVO erfasst ist.