

Aufgabe 1	20
<b>Teilaufgabe 1a</b>	<b>15</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Handelt es sich bei dem in der sic! aufbereiteten Bundesgerichtsentscheid um ein Werk im Sinne von Art. 2 URG?               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Werk der Literatur und Kunst                   <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Art. 2 Abs. 2 lit. a Sprachwerk</li> </ul> </li> <li>○ Geistige Schöpfung                   <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Äusserung gedanklicher Tätigkeit eines Menschen <i>i.c. gegeben</i></li> </ul> </li> <li>○ Individueller Charakter                   <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Der individuelle Charakter muss sich im Werk selbst widerspiegeln, nicht in der Person des Urhebers</li> <li>▪ Massgeblich ist der Gesamteindruck</li> <li>▪ Abstrakte Kriterien                       <ul style="list-style-type: none"> <li>– Das Werk weist unverkennbar charakteristische Züge auf</li> <li>– Kein anderer hätte das Werk so geschaffen</li> <li>– Das Werk ist etwas Einmaliges und Besonderes</li> </ul> </li> <li>▪ Die konkrete Beurteilung erfolgt immer relativ, mit Bezug auf die einschlägige Werkkategorie</li> <li>▪ Bei Sprachwerken erfüllen fiktionale Texte in der Regel die Schutzvoraussetzung des individuellen Charakters</li> <li>▪ Bloss banale Zusammenstellungen von Alltagsredewendungen (wie standardisierte Geschäftsbriefe) oder durch die Sachlogik vorgegebene Texte (wie Produkteinformationen oder Gebrauchsanweisungen) weisen hingegen in der Regel keinen individuellen Charakter auf <i>i.c.</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Die Erwägungen von Bundesgerichtsentscheiden weisen an sich einen individuellen Charakter auf</i></li> <li>– <i>Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c URG werden Entscheidungen jedoch nicht durch das Urheberrecht geschützt</i></li> <li>– <i>Der sic! Redaktor bereitet den Entscheid jedoch auf, indem er einen Titel setzt, Leitsätze verfasst und den Sachverhalt in eigenen Worten wiedergibt</i></li> <li>– <i>Die Leitsätze weisen einen individuellen Charakter auf. Kein anderer hätte die Leitsätze genau gleich verfasst.</i></li> <li>– <i>Der Sachverhalt wird zu einem grossen Teil durch die tatsächlichen Umstände des Falles bestimmt. Nichtsdestotrotz hätte ein anderer den Sachverhalt nicht exakt gleich zusammengefasst. Ein individueller Charakter ist deswegen wohl zu bejahen.</i></li> <li>– <i>Titel weisen in der Regel keinen individuellen Charakter auf. Es kommt jedoch auf den konkreten Titel an, den der sic! Redaktor setzt.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> <p><i>Insgesamt betrachtet liegt ein individueller Charakter vor.</i> <i>Es liegt somit ein Werk im Sinne von Art. 2 URG vor. Bei guter Begründung kann die gegenteilige Auffassung vertreten werden.</i></p>	4
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wird ein Ausschliesslichkeitsrecht beeinträchtigt?               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Bewertung der einzelnen Handlungen                   <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Durchsicht der Zeitschrift sic! auf neue Bundesgerichtsentscheide <i>reiner Werkgenuss</i></li> <li>2. Einscannen der identifizierten Bundesgerichtsentscheide                       <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) <i>Das Einscannen eines Werks ist eine Vervielfältigung</i></li> </ul> </li> <li>3. Verschicken des Bundesgerichtsentscheids per E-Mail an die Mitarbeiter                       <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG) <i>Durch das Verschicken der Bundesgerichtsentscheide per E-Mail werden technisch bedingte Vervielfältigungen erstellt.</i></li> </ul> </li> </ol> </li> </ul> </li> </ul>	5

<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verbreitungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. b URG)             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Def.: Überlassung eines Werkexemplars, das es dem Empfänger erlaubt, den Zeitpunkt und den Ort des Werkgenusses individuell zu bestimmen. Das Werkexemplar gelangt auf Dauer in den Herrschaftsbereich des Empfängers.</li> <li>– Dies trifft insbesondere auch auf den Versand eines Werks per E-Mail zu, da die elektronische Nachricht im Postfach des Empfängers stabil gespeichert wird (AppH BE, sic! 2001, 617, «Elektronischer Pressespiegel I»)</li> <li>– Die Schweizer Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass das Verbreitungsrecht auch innerhalb eines Unternehmens zur Anwendung kommt (siehe insb. BGE 133 III 473, E. 3.1). <i>Das Verschicken des Bundesgerichtsentscheids per E-Mail an die Mitarbeiter ist eine Verbreitung.</i></li> </ul> </li> <li>▪ Recht des Zugänglichmachens (Art. 10 Abs. 2 lit. c URG): zu verneinen, es liegt kein Abruf über Datennetze vor</li> <li>4. Abruf des Scans durch den Mitarbeiter             <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Falls der Mitarbeiter die Bundesgerichtsentscheide als Anhang herunterlädt <i>Vervielfältigungsrecht (Art. 10 Abs. 2 lit. a URG), sog. Download (Barrelet/Egloff, Art. 10 N 12)</i></li> <li>▪ Falls der Mitarbeiter die Bundesgerichtsentscheide nur online ansieht <i>Reiner Werkgenuss (BGE 133 III 473)</i></li> </ul> </li> <li>• Schranken             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Vorübergehende Vervielfältigungen (Art. 24a URG)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Def.:                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– flüchtig oder begleitend</li> <li>– stellt einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens dar</li> <li>– dient ausschliesslich der Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder einer rechtmässigen Nutzung; und</li> <li>– hat keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung</li> </ul> <i>Die Vervielfältigungen, die während des E-Mail Versands entstehen, werden von Art. 24a URG erfasst.</i>  <i>Die Vervielfältigung beim Einscannen und beim Download werden jedoch nicht von dieser Schranke erfasst.</i>  <i>Das Verbreitungsrecht wird auch nicht von der Schranke erfasst.</i> </li> </ul> </li> <li>○ Firmeninterner Gebrauch (Art. 19 Abs. 1 lit. c URG)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Berechtigte                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Betriebe, öffentliche Verwaltung, Institute, Kommissionen und ähnliche Einrichtungen</li> <li>– Darunter fällt die gesamte Berufs- und Arbeitswelt, egal ob öffentlich oder privat, auch Selbstständige sind erfasst <i>LF ist ein Betrieb</i></li> </ul> </li> <li>▪ Veröffentlichtes Werk <i>Bei der Zeitschrift sic! handelt es sich um ein veröffentlichtes Sprachwerk (siehe oben)</i></li> <li>▪ Vervielfältigung eines Werkexemplars                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Nur die Vervielfältigung, nicht jede Werkverwendung ist erlaubt (Abgrenzung zu Art. 19 Abs. 1 lit. a und b URG)</li> <li>– Im Sinne der <i>ratio legis</i> schliesst die Schranke aber auch das Recht ein, die Vervielfältigung zu verbreiten (BGE 133 III 473, E. 3.1) <i>i.c. liegen eine Vervielfältigung und eine Verbreitung vor (siehe oben). Beide Nutzungshandlungen sind von der Schranke erfasst.</i></li> </ul> </li> <li>▪ zum Zwecke der internen Information oder Dokumentation <i>LF lässt die Bundesgerichtsentscheide nur für die interne Weiterbildung der Mitarbeiter vervielfältigen und verbreiten</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>1 ZP</p> <p>5</p>
--	----------------------



<ul style="list-style-type: none"> <li>– Der Umfang von Art. 19 Abs. 2 URG ist deckungsgleich mit dem Umfang von Art. 19 Abs. 1 URG. Dies bedeutet, dass sich die Handlung von RF im Rahmen des firmeninternen Gebrauchs bewegen muss             <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ RF darf nur eine Vervielfältigung und Verbreitung vornehmen, weitere Ausschliesslichkeitsrechte werden vom firmeninternen Gebrauch nicht erfasst (siehe oben)</li> <li>➤ LF muss den Umfang der Vervielfältigung genau vorgeben, eine Vervielfältigung auf Vorrat sprengt den Rahmen von Art. 19 Abs. 2 URG</li> <li>➤ Nicht erforderlich ist, dass LF das zu vervielfältigende Werkexemplar selbst zur Verfügung stellt  <i>RF nimmt keine Handlung vor, die LF nicht auch selbst unter Art. 19 Abs. 1 lit. c URG vornehmen dürfte. Die Gegen Ausnahme in Art. 19 Abs. 3 URG findet keine Anwendung, weil auf das im Handel erhältliche Verkaufsexemplar, die Zeitschrift sic!, abgestellt wird und i.c. nur einzelne Entschiede, nicht jedoch die ganze Zeitschrift gescannt und verschickt werden. Das Einscannen erfolgt im Rahmen des Auftrags von LF und nicht auf Vorrat.                  Die Handlungen von RF sind daher von der Schranke in Art. 19 Abs. 2 URG erfasst.</i> </li> </ul> </li> <li>▪ Kopiervergütung             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Auch die Vervielfältigung durch einen Dritten unterliegt der Vergütungspflicht (Art. 20 Abs. 2 URG)</li> <li>– Nicht der zum firmeninternen Gebrauch Berechtigte, sondern der Dritte schuldet sie.  <i>RF schuldet der betreffenden Verwertungsgesellschaft (ProLitteris) eine Vergütung für das Einscannen der Bundesgerichtsentscheide. Die Vergütung ist von den Gemeinsamen Tarifen GT 8 und 9 abgedeckt.</i> </li> </ul> </li> <li>• Änderung der Rechtslage für LF             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Da RF keine Urheberrechtsverletzung begeht, kann LF auch nicht Teilnehmer an einer solchen sein (als Anstifter). Es fehlt die akzessorische rechtswidrige Haupttat.</li> </ul> </li> </ul>	<p>1 ZP</p> <p>1 ZP</p>
---	-------------------------

<b>Aufgabe 2</b>	<b>40</b>
<b>Teilaufgabe 2a</b>	<b>24</b>
<b>i) Persönlichkeitsrecht</b>	<b>8</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Schutz der Persönlichkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Recht am eigenen Bild</li> <li>○ Recht auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung</li> </ul> </li> <li>• Verletzung der Persönlichkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Jeder mehr als harmlose Angriff, jede spürbare Störung, jede ernstzunehmende Bedrohung (gewisse Intensität, qualifizierter Eingriff)</li> <li>○ Verletzung des Rechts am eigenen Bild                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Das Recht am eigenen Bild erfasst schon die Aufnahme eines Bildes</li> <li>▪ Ausnahme: Teil der Landschaft/Umgebung/Ereignis; blosse Staffage/Beiwerk; Person der Zeitgeschichte; mittelbare Abbildung</li> <li>▪ Das Bundesgericht hat in BGer 5C.26/2003 entschieden, dass das Mittel der Bildnisverkörperung/des Bildträgers beim Recht am eigenen Bild irrelevant ist. Somit kann das Recht am eigenen Bild auch durch die Live-Übertragung eines Bildes verletzt werden</li> <li>▪ Diese Ansicht wurde in der Lehre teilweise kritisiert. Wenn die blosse Anfertigung eines Bildes bereits das Recht am eigenen Bild verletzt, liegt kein auf Einzelrechte beschränkter Schutz gegen Persönlichkeitsverletzungen mehr vor. Vielmehr wird dadurch der «Zustand der Nichtanfertigung» ein durch Art. 28 ZGB geschütztes Gut, ohne dass eine erhebliche Beeinträchtigung der Persönlichkeit vorliegen muss. Um dies zu verhindern, müsse auch bei Bildaufnahmen eruiert werden, ob zusätzlich zur Aufnahme noch eine anderweitige Beeinträchtigung der Persönlichkeit vorliegt. Bei filmischen oder fotografischen Aufnahmen treffe dies in der Regel zu, weil durch die Aufnahme ein bestimmter Moment im Leben einer Person fixiert und perpetuiert wird, wodurch die betroffene Person in ihrer Entfaltungsfreiheit behindert wird (siehe Aebi-Müller, ZBJV 2004, S. 246). Eine anderweitige Beeinträchtigung der Persönlichkeit liegt z.B. dann vor, wenn das Bild sensible oder ehrenrührige Tatsachen wiedergibt (Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 13.29).</li> <li>▪ Demgegenüber stellt die Veröffentlichung eines individualisierenden Bildes ohne Einwilligung der betroffenen Person immer eine Persönlichkeitsverletzung dar (Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 13.30)</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> <p><i>Es lassen sich hier beide Ansichten vertreten.</i></p> <p><i>Argumente für eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Mithilfe der Puppe Eyela werden Bilder von den Kindern aufgenommen</i></li> <li>– <i>Das Nichtanfertigen eines Bildes ist nach Art. 28 ZGB per se geschützt, sodass jede Herstellung eine Persönlichkeitsverletzung darstellt.</i></li> </ul> <p><i>Argumente gegen eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Die blosse Herstellung eines Bildes ist noch nicht von Art. 28 ZGB erfasst</i></li> <li>– <i>Es liegt keine fotografische oder filmische Aufnahme vor, weil die Aufnahmen nur übertragen, aber nicht gespeichert werden</i></li> <li>– <i>Eine anderweitige Beeinträchtigung der Persönlichkeit der Kinder ist nicht ersichtlich. Der Sachverhalt legt nicht nahe, dass die aufgezeichneten Bilder sensible oder ehrenrührige Tatsachen zeigen.</i></li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Verletzung des Rechts auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung             <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Das Recht selbst zu bestimmen, wer welches Wissen über einen haben darf bzw. welche persönlichen Begebenheiten und Ereignisse einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen</li> <li>▪ Traditionellerweise gehen die Literatur und Rechtsprechung von einer Dreiteilung des gesamten Lebensbereichs eines Menschen aus (Geheim-, Privat- und Gemeinbereich)</li> <li>▪ Diese Sphären werden teilweise um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergänzt, um das Phänomen der massenweisen elektronischen Datenverarbeitung zu erfassen</li> </ul> </li> </ul>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1 ZP</p> <p>2</p> <p>1</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Das Recht auf Privatsphäre/informationelle Selbstbestimmung ist verletzt, wenn die betroffene Person durch eine bestimmte Verhaltensweise in ihrer Persönlichkeit tatsächlich und spürbar beeinträchtigt wird</li> <li>▪ Eine dieser möglichen Verhaltensweisen ist das gezielte, mehr oder weniger systematische Beobachten oder Ausforschen einer Person ohne deren Wissen. Diese schränken die Unbefangenheit der Lebensgestaltung der betroffenen Person ein und führen zu einem Verhalten unter falschen Voraussetzungen. Bei einer Beobachtung kommt es für die Schwere des Eingriffs in das Recht auf Privatsphäre u.a. darauf an, wo die Beobachtung stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange sie dauert (nur tagsüber, befristet oder dauerhaft) und welchen Inhalt sie hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) (Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 12.28 und Rz. 132)</li> </ul> <p><i>Der Sachverhalt legt nahe, dass die Kinder und ihre Eltern nicht wissen, dass sie mithilfe von Eyela beobachtet werden, wenn die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen nicht im Raum sind. Ihr Verhalten erfolgt daher unter falschen Voraussetzungen, weil sie davon ausgehen, dass die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen sie für die Dauer ihrer Abwesenheit unbeaufsichtigt lassen. Die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen forschen jedoch nicht die Lebensgestaltung der Kinder aus, sondern setzen lediglich ein technisches Hilfsmittel ein, um ihrer Aufsichtspflicht weiterhin ausüben zu können. Sie dringen daher nicht in die Privatsphäre der Kinder ein, sondern wären vielmehr verpflichtet, mit ihnen gemeinsam Zeit zu verbringen und ihre Verhaltensweisen zu steuern.</i></p> <p><i>Es können beide Ansichten vertreten werden.</i></p> <p><i>Argumente für eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Unter der Annahme, dass die Kinder nicht wissen, dass sie beobachtet werden, wenn die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen abwesend sind, gehen die Kinder von falschen Voraussetzungen aus, was sich auf ihr Verhalten auswirkt</i></li> <li>– <i>Der Kindergarten CDE hat den Kindergärtnern und Kindergärtnerinnen explizit erlaubt, Eyela bei der Verrichtung ihrer Arbeit zu verwenden. Der Sachverhalt legt daher nahe, dass die Beobachtung über eine längere Zeitspanne immer wieder stattfindet und geplant ist.</i></li> </ul> <p><i>Argumente gegen eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Es liegt kein Ausforschen der Lebensgestaltung der Kinder vor. Die Beobachtung dient im Gegenteil der Beaufsichtigung der Kinder, wozu die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen verpflichtet sind.</i></li> <li>– <i>Der Sachverhalt legt nahe, dass die Puppe Eyela nur für kurze Zeitspannen zur Überwachung eingesetzt wird</i></li> <li>– <i>Jeder Kindergärtner oder Kindergärtnerin kann selbst entscheiden, wann er/sie die Puppe Eyela einsetzt. Die Bilder werden nicht gespeichert und auch nicht in einem zentralen System zusammengeführt. Es liegt daher keine systematische Überwachung vor.</i></li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Widerrechtlichkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Diese wird bei jeder Verletzung der Persönlichkeit vermutet, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt</li> </ul> </li> <li>• Rechtfertigungsgründe             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Einwilligung des Verletzten                     <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Einwilligung im Voraus oder nachträglich möglich</li> <li><i>Der Sachverhalt legt nahe, dass die Kinder und ihre Eltern keine Kenntnis von den Bildaufnahmen haben. Es wäre aber auch denkbar, dass die Eltern über den Einsatz von Eyela informiert wurden. In diesem Fall läge eine gültige Einwilligung vor.</i></li> </ul> </li> <li>○ Überwiegende private oder öffentliche Interessen                     <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden überwiegende private oder öffentliche Interessen nur zurückhaltend angenommen (BGE 136 II 521)</li> <li>▪ Öffentliches Interesse:                             <ul style="list-style-type: none"> <li><i>Es besteht kein öffentliches Interesse daran, dass die Kinder nicht von den Kindergärtnern und den Kindergärtnerinnen persönlich beaufsichtigt werden, sondern über eine Kamera beobachtet werden</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>2</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Überwiegende private oder öffentliche Interessen             <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Öffentliches Interesse:                     <ul style="list-style-type: none"> <li><i>Es besteht kein öffentliches Interesse daran, dass die Kinder nicht von den Kindergärtnern und den Kindergärtnerinnen persönlich beaufsichtigt werden, sondern über eine Kamera beobachtet werden</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>1</p>

<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Privates Interesse             <ul style="list-style-type: none"> <li>– Das private Interesse liegt meistens im Interesse des Verletzers, es kann aber auch im Interesse des Verletzten oder eines Dritten liegen <i>Das Bedürfnis der Kindergärtner und Kindergärtnerinnen, die Kinder vorübergehend alleine zu lassen und stattdessen mit einem technischen Hilfsmittel von Weitem zu beobachten, ist kein überwiegendes privates Interesse. Es ist sogar fraglich, ob es sich dabei überhaupt um ein legitimes Interesse handelt, weil die Sicherheit der Kinder nicht auf die gleiche Art und Weise gewährleistet ist wie wenn die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen persönlich anwesend wären. Allenfalls könnte in der Entscheidung von CDE, die Puppen zu benutzen, ein finanzielles Interesse gesehen werden. Es wäre jedoch auch nicht überwiegend.</i></li> </ul> </li> <li>○ Gesetz <i>i.c. nicht gegeben</i></li> </ul> <p><i>Fazit:</i> <i>Das Recht am eigenen Bild und das Recht auf Privatsphäre/informationelle Selbstbestimmung sind nicht verletzt.</i> <i>oder</i> <i>Das Recht am eigenen Bild und das Recht auf Privatsphäre/informationelle Selbstbestimmung sind verletzt und es liegt (vorbehaltlich einer gültigen Einwilligung) kein Rechtfertigungsgrund vor, der die Widerrechtlichkeit aufhebt.</i></p>	
<p><b>ii) Datenschutzrecht</b></p>	<b>8</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anwendbarkeit des DSGVO             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Personendaten (Art. 3 lit. a DSGVO)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Weites Begriffsverständnis</li> <li>▪ Angabe: Information oder Aussage jeder Art, jeden Inhalts und jeder Form</li> <li>▪ Betroffene Person bestimmt oder bestimmbar                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Angaben beziehen sich auf eine bestimmte Person</li> <li>– Die Person ist identifizierbar</li> <li>– Bei einem eindeutigen Bezug ist die Person bestimmt</li> <li>– Wenn man die Daten einer Person zuordnen kann, ist die Person „bestimmbar“</li> </ul> </li> </ul> <p><i>Bei einem Bild handelt es sich zweifelsfrei um Personendaten. Die Kinder (inklusive ihrer Gesichter) sind über die Kamera von der Puppe Eyela klar erkennbar, sonst könnten die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen die Kinder gar nicht unbeaufsichtigt lassen.</i></p> </li> <li>○ Besonders schützenswerte Personendaten                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Daten, die die Persönlichkeit der betroffenen Person in erhöhtem Mass berühren</li> <li>▪ Rassenzugehörigkeit (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO)                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Die Unterscheidung nach ethnischen Gruppen erfolgt aufgrund physischer Merkmale wie z.B. Hautfarbe, Gesichtszüge etc.</li> <li>– In der Lehre wird zu Recht kritisiert, dass eine solch weite Auslegung im Bereich von Bildaufnahmen dazu führen würde, dass praktisch jede Fotografie einer Person als besonders schützenswertes Personendatum zu qualifizieren wäre (vgl. Rosenthal/Jöhri, Art. 3 N 51). <i>i.c. ist davon auszugehen, dass die ethnischen Merkmale der Kinder auf den Bildern klar erkennbar sind.</i> <i>Es können beide Ansichten vertreten werden. Es kann entweder argumentiert werden, dass es sich bei den Bildaufnahmen um Daten über die Rassenzugehörigkeit handelt, weswegen besonders schützenswerte Personendaten vorliegen. Alternativ kann argumentiert werden, dass eine solch weitgehende Auslegung von Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO nicht mit dem Zweck der Bestimmung vereinbar ist.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>○ Bearbeitung von Personendaten (Art. 3 lit. e DSGVO)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Erfasst wird jeder Umgang mit personenbezogenen Informationen (unabhängig von Methode und Hilfsmittel). Die Liste der Bearbeitungsvorgänge ist nicht abschliessend (Aufbewahren, Umarbeiten, Verwenden, Beschaffen, Bekanntgeben).</li> <li>▪ Beschaffen ist jede Aktivität der beschaffenden Person, wodurch sie gewollt Kenntnis von den Daten erhält (SHK DSGVO 3 N 34)</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>1</p> <p>1 ZP</p>

<p><i>Durch das Aktivieren der zur Puppe Eyela gehörenden Software erhalten die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen gewollte Kenntnis von den Daten der Kinder. Es liegt daher ein Beschaffen im Sinne des DSG vor. Dass die Daten allenfalls nur kurz und nicht dauerhaft bearbeitet werden, spielt keine Rolle.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Private Person (Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG) <i>Die Daten werden durch den privaten Kindergarten CDE bearbeitet</i></li> </ul> <p><i>Zwischenfazit: Das DSG ist anwendbar.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Datenbearbeitungsgrundsätze (Art. 4, 5 und 7 DSG)</li> <li>○ Rechtmässigkeit (Art. 4 Abs. 1 DSG)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verstoss gegen eine Norm der Schweizer Rechtsordnung (die zumindest auch, direkt oder indirekt, den Schutz der Persönlichkeit einer Person bezweckt)                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Verstoss gegen Art. 28 ZGB (siehe oben, je nach vertretener Ansicht) <i>Die Datenbearbeitung ist - je nach vertretener Ansicht - nicht rechtmässig.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>○ Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Die Datenbearbeitung muss im Hinblick auf den Zweck verhältnismässig sein</li> <li>▪ Zweck: Zweck, dem eine bestimmte Datenbearbeitung tatsächlich dient <i>i.c. die Beaufsichtigung der Kinder</i></li> <li>▪ Voraussetzungen Verhältnismässigkeit (kumulativ):                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Eignung (geeignet, das angestrebte Ziel zu erreichen)</li> <li>– Erforderlichkeit (geringstmöglicher Eingriff)</li> <li>– Zumutbarkeit <i>i.c. Eignung: Es ist fraglich, ob das Beobachten der Kinder mithilfe der Puppe Eyela grundsätzlich dazu geeignet ist, die Kinder auch einmal kurz unbeaufsichtigt zu lassen.</i> <i>Erforderlichkeit: CDE könnte dasselbe Ziel erreichen, wenn weitere Mitarbeiter eingestellt würden, sodass mehrere Kindergärtner und Kindergärtnerinnen am gleichen Tag arbeiten würden.</i> <i>Zumutbarkeit: Fraglich, ob die Beobachtung zumutbar ist. Die Tatsache, dass die Beobachtung keine spürbar negativen Folgen hat, spricht nicht per se für die Zumutbarkeit. Das finanzielle Interesse von CDE an einer «billigen» Beaufsichtigung kann nicht über dasjenige der Kinder am Recht auf Privatsphäre / am eigenen Bild gestellt werden.</i> <i>Die Verhältnismässigkeit ist daher wohl nicht gegeben.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>○ Erkennbarkeit (Art. 4 Abs. 4 DSG)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Sowohl die Tatsache der Bearbeitung als auch deren Zweck müssen aus den Umständen erkennbar sein <i>Der Sachverhalt legt nahe, dass die Kinder und ihre Eltern nicht wissen, dass die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen mithilfe der Puppe Eyela Daten über sie beschaffen</i></li> <li>▪ Wird von besonders schützenswerten Personendaten ausgegangen, besteht eine spezielle Informationspflicht nach Art. 14 DSG, welche als Konkretisierung des Erkennbarkeitsgrundsatzes gilt (siehe unten)</li> </ul> </li> <li>○ Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSG)                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Der Datenbearbeiter muss Schutzmassnahmen treffen, die eine rechtmässige Datenbearbeitung sicherstellen</li> <li>▪ Die Schutzmassnahmen müssen angemessen sein (zumutbar, geeignet und erforderlich)</li> <li>▪ Ein absoluter/maximaler Schutz ist nicht möglich <i>Bei Geräten aus dem Bereich des Internet der Dinge bestehen regelmässig Probleme mit der Datensicherheit. Der Sachverhalt liefert keinerlei Anhaltspunkte, dass die zur Puppe Eyela gehörende Software tatsächlich sicher ist.</i></li> </ul> </li> </ul> <p><i>Zwischenfazit: Es liegt eine Verletzung mehrerer Grundsätze der Datenbearbeitung (Erkennbarkeit, Verhältnismässigkeit, Datensicherheit und ev. Rechtmässigkeit) vor.</i></p> </li></ul>	<p>2 ½</p>
---	------------



<ul style="list-style-type: none"> <li>• Informationspflicht beim Beschaffen besonders schützenswerter Personendaten (Art. 14 DSGVO)             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Voraussetzungen                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beschaffen:                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Beschaffen ist jede Aktivität der beschaffenden Person, wodurch sie gewollt Kenntnis von den Daten erhält (siehe oben) <i>i.c. die Kindergärtner und Kindergärtnerinnen beschaffen sich die Bilder aktiv bei Benutzung der Puppe Eyela</i></li> </ul> </li> <li>▪ Inhaber einer Datensammlung                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Datensammlung (Art. 3 lit. g): jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind <i>i.c. mangels Abspeichern der Bilder liegt keine Sammlung vor, die als Datensammlung qualifiziert werden könnte</i></li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>1 ZP</p>
<p><i>Fazit: Es liegt keine Datensammlung vor, weshalb Art. 14 DSGVO keine Anwendung findet.</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verletzung (Art. 12 DSGVO)             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Gewisse Intensität: Eingriff in informationelle Selbstbestimmung</li> <li>○ Im Falle von Art. 12 Abs. 2 DSGVO liegt eine unwiderlegbare Vermutung vor, dass die Persönlichkeit verletzt wurde (Rosenthal/Jöhri, Art. 12 N 14)</li> <li>○ i.c. einschlägig ist Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO:                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verstoss gegen Grundsätze nach Art. 4 und Art. 7 Abs. 1 DSGVO <i>Wie oben dargelegt, liegt i.c. ein Verstoss gegen mehrere Bearbeitungsgrundsätze vor. Somit liegt auch eine Persönlichkeitsverletzung vor.</i></li> </ul> </li> </ul> </li> <li>• Widerrechtlichkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Eine Persönlichkeitsverletzung ist per se widerrechtlich, wenn nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt</li> </ul> </li> </ul>	<p>1</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rechtfertigungsgründe (Art. 13 DSGVO)             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Entgegen dem Wortlaut kann auch ein Verstoss gegen Art. 12 Abs. 2 lit. a DSGVO mit Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden</li> <li>○ Einwilligung                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Gültig wenn angemessen informiert und freiwillig; bei besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen ist eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich (Art. 4 Abs. 5 DSGVO) <i>Der Sachverhalt legt nahe, dass die Kinder und ihre Eltern nicht über die Bildaufnahmen durch die Puppe Eyela informiert wurden. Es wäre jedoch auch denkbar, dass die Eltern von CDE informiert wurden. In diesem Fall könnte eine gültige Einwilligung vorliegen.</i></li> </ul> </li> <li>○ Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Interessenabwägung                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Auf Seite der betroffenen Person insb. Diskretions- und Vertraulichkeitsinteresse</li> <li>– Ausmass an Schutzwürdigkeit bemisst sich nach Sensitivität der Daten und dem Verletzungspotential</li> </ul> </li> <li>▪ Überwiegendes öffentliches Interesse                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Vorzunehmen ist eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen Interessen und dem Datenschutzinteresse der betroffenen Person. Öffentliche Interessen sind aber bei einer privaten Datenbearbeitung nur sehr zurückhaltend anzunehmen und haben meist nur eine unterstützende Funktion. <i>i.c. gleiche Begründung wie bei Art. 28 ZGB, ein Verweis ist ausreichend. Es werden keine doppelten Punkte vergeben.</i></li> </ul> </li> <li>▪ Überwiegendes privates Interesse                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Grundsätzlich können alle schützenswerten Interessen an der Datenbearbeitung berücksichtigt werden, Beispielkatalog in Art. 13 Abs. 2 DSGVO</li> <li>– Es ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen den privaten Interessen an der Datenbearbeitung (Datenbearbeitungsinteresse, meist das der bearbeitenden Person) und den Interessen der betroffenen Person, nicht in der Persönlichkeit verletzt zu werden (Datenschutzinteresse)</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>3 ½</p>

<p><i>i.c. gleiche Begründung wie zu Art. 28 ZGB, ein Verweis ist ausreichend. Es werden keine doppelten Punkte vergeben</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Gesetz <i>i.c. nicht gegeben</i></li> </ul> <p><i>Fazit: Die Beschaffung der Bilder durch CDE verstösst gegen mehrere Grundsätze der Datenbearbeitung. Vorbehaltlich einer gültigen Einwilligung liegt auch kein Rechtfertigungsgrund vor. Im Ergebnis liegt damit eine widerrechtliche Bearbeitung von Personendaten vor.</i></p>	
<p><b>iii) Zivilrechtliche Verantwortlichkeit von TW</b></p>	<p><b>8</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nach Art. 28 ZGB kann der Verletzte gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, vorgehen. Der Kreis der potentiell Haftenden ist damit sehr weit gefasst; die Rechtsprechung hat den Begriff der „Mitwirkung“ aber konkretisiert. Art. 15 Abs. 1 DSG verweist auf Art. 28 ZGB.</li> <li>○ BGer 5A_792/2011, Urteil vom 14. Januar 2013 (Tribune de Genève)             <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Persönlichkeitsverletzung verursachen, zulassen oder begünstigen</li> <li>▪ Unabhängig von Wissen oder Wissenmüssen</li> <li>▪ Unabhängig von einem Verschulden</li> </ul> </li> <li>○ BGer 5A_658/2014, Urteil vom 6. Mai 2015 (Carl Hirschmann)             <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Das Mitwirken muss spezifisch genug sein, um die Persönlichkeitsverletzung ermöglichen oder begünstigen zu können</li> </ul> </li> <li>○ BGE 141 III 513             <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Haftung knüpft an rechtswidriges Verhalten Dritter an</li> <li>▪ Es braucht hinreichend spezifischen Kausalzusammenhang zwischen Verhalten des Passivlegitimierten und persönlichkeitsverletzender Wirkung</li> <li>▪ Unterlassungen sind nur eine Mitwirkung, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand und die konkrete Unterlassung hypothetisch kausal für die Persönlichkeitsverletzung ist.</li> </ul> </li> </ul> <p><i>i.c. liegt als rechtswidrige Haupttat eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB und eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 12 DSG vor. Die Mitwirkung von TW besteht darin, dass sie eine Puppe auf den Markt bringt, die zu einer persönlichkeitsverletzenden Handlung verwendet werden kann und dafür auch explizit von TW angepriesen wird. Es liegt folglich ein hinreichend spezifischer Kausalzusammenhang vor. Bei guter Argumentation kann auch das Gegenteil vertreten werden.</i></p>	<p>3</p> <p>5</p>
<p><b>Teilaufgabe 2b</b></p>	<p><b>16</b></p>
<p><b>i) Persönlichkeitsrecht</b></p>	<p><b>8</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Schutz der Persönlichkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Recht am eigenen Bild</li> <li>○ Recht auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung</li> </ul> </li> <li>• Verletzung der Persönlichkeit             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Siehe oben</li> <li>○ Die unterschiedlichen Handlungen von TW sind einzeln zu prüfen</li> <li>○ Verletzung des Rechts am eigenen Bild                 <ol style="list-style-type: none"> <li>1. TW speichert die Filmaufnahmen in ihrem Computersystem ab Bei filmischen Aufnahmen liegt in der Regel eine Persönlichkeitsverletzung vor (siehe oben) <i>TW speichert die von der Puppe Eyela übertragenen Bilder als Filme ab, somit liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor.</i></li> <li>2. TW verkauft die Filmaufnahmen an Forschungsunternehmen, die das Verhalten von Kindern im Kindergarten studieren Die Verbreitung von Bildaufnahmen an ein grösseres Publikum stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar (siehe oben). <i>Mit dem Verkauf der Filmaufnahmen an Forschungsunternehmen verbreitet TW die Filmaufnahmen und macht sie somit einem grösseren Bereich zugänglich. Dies stellt wiederum eine Persönlichkeitsverletzung dar.</i></li> <li>3. TW verkauft ausgewählte Bilder an Werbeagenturen, die diese in der Werbung einsetzen</li> </ol> </li> </ul> </li> </ul>	<p>1</p> <p>2</p>

<p><i>Siehe oben. Die Weitergabe der Bilder an Dritte stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar.</i></p> <p><i>Bei 2. und 3. kann auch argumentiert werden, dass eine Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit vorliegt, weil TW die Persönlichkeitsattribute der Kinder kommerziell nutzt (siehe dazu unten).</i></p> <p>○ Verletzung des Rechts auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung</p> <p>1. TW speichert die Filmaufnahmen in ihrem Computersystem ab</p> <p>In der Lehre wird teilweise diskutiert, dass bereits die Speicherung von persönlichkeitsrelevanten Daten gegen das Recht auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung verstösst. Dies daher, weil in Anbetracht der Entwicklung der Informationstechnik die Gefahr besteht, dass sich Daten bei Dritten in einem einzigen Datenspeicher ansammeln, wodurch schützenswerte Persönlichkeitsprofile entstehen können und die betroffene Person nicht mehr weiss, wer was bei welcher Gelegenheit über sie weiss (Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 12.136).</p> <p><i>Es können beide Ansichten vertreten werden.</i></p> <p><i>Argumente für eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Die Speicherung der Daten bei TW birgt die Gefahr, dass die Daten an Dritte weitergegeben werden und sich zu schützenswerten Persönlichkeitsprofilen verdichten</i></li> <li>– <i>Die Kinder (bzw. ihre Eltern) verlieren dadurch die Herrschaft über ihre Daten und wissen nicht mehr, wer bei welcher Gelegenheit was über sie weiss</i></li> </ul> <p><i>Argumente gegen eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Die blosser Speicherung von Daten stellt noch keinen qualifizierten Eingriff dar, der zu einer Persönlichkeitsverletzung führt</i></li> <li>– <i>Die theoretische Gefahr, dass die Daten weitergegeben werden und in einem einzigen Datenspeicher angesammelt werden, genügt noch nicht für die Verletzung der Persönlichkeit</i></li> </ul> <p>2. TW verkauft die Filmaufnahmen an Forschungsunternehmen, die das Verhalten von Kindern im Kindergarten studieren</p> <p>Die unbefugte Weitergabe von persönlichkeitsrelevanten Daten kann eine Persönlichkeitsverletzung darstellen. Im Vordergrund steht hier die Beeinträchtigung der selbstbestimmenden Beziehungsgestaltung. Allerdings stellt nicht jede Weitergabe von persönlichkeitsrelevanten Daten per se eine Persönlichkeitsverletzung dar. Es müssen weitere Umstände vorliegen, die das Interesse der betroffenen Person an der Nichtweitergabe nahelegen (z.B. die Weitergabe von Informationen, die geeignet sind, die Stellung der betroffenen Person in ihrem Umfeld zu verändern) (vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 12.133 f.). Andererseits verstösst die Weitergabe der Daten wiederum gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weil die betroffene Person damit die Herrschaft über ihre Daten verliert (siehe gerade oben). Zur kommerziellen Nutzung von persönlichkeitsrelevanten Daten siehe gerade unten.</p> <p><i>Es können beide Ansichten vertreten werden.</i></p> <p><i>Argumente für eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Mit der Weitergabe der persönlichkeitsrelevanten Daten besteht die Gefahr, dass diese mit anderen, bereits anderweitig vorhandenen, Daten zusammengefügt werden und somit die Herrschaft über die Daten verloren geht (siehe oben)</i></li> <li>– <i>die Weitergabe der Filmaufnahmen verletzt das Recht der Kinder auf informationelle Selbstbestimmung, weswegen eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt</i></li> </ul> <p><i>Argumente gegen eine Persönlichkeitsverletzung:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Die blosser Weitergabe von persönlichkeitsrelevanten Daten stellt per se noch keine Persönlichkeitsverletzung dar</i></li> <li>– <i>Die weitergegebenen Filmaufnahmen stellen hinsichtlich der Persönlichkeit der Kinder einen völlig indifferenten Sachverhalt dar</i></li> </ul>	<p>2</p>
---	----------

<p>– <i>Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass die im Film enthaltenen Darstellungen geeignet sind, die Stellung der Kinder in ihrem Umfeld zu verändern</i></p> <p>– <i>Es fehlt daher ein qualifizierter Eingriff, der eine Persönlichkeitsverletzung rechtfertigt</i></p> <p><i>Weil TW die persönlichkeitsrelevanten Daten an die Forschungsunternehmen verkauft, kann alternativ zum Recht auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung diskutiert werden, ob die Kinder eventuell in ihrer wirtschaftlichen Persönlichkeit verletzt werden (siehe gerade unten). Es werden keine doppelten Punkte vergeben.</i></p> <p>3. TW verkauft ausgewählte Bilder an Werbeagenturen, die diese in der Werbung einsetzen</p> <p>Die kommerzielle Nutzung von Persönlichkeitsattributen einer Person ohne deren Kenntnis stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar (Hausheer/Aebi-Müller, Rz. 12.128). Mit Veröffentlichung der Bilder ohne ihre Einwilligung wird die betroffene Person an die Öffentlichkeit gezerzt und somit in ihrer Privatsphäre verletzt. Es liegt ausserdem eine Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit vor, weil die betroffene Person selbst über die Vermarktung ihrer Persönlichkeitsattribute entscheiden kann und gegebenenfalls damit einen Gewinn erzielen kann.</p> <p><i>TW verkauft die persönlichkeitsrelevanten Daten an Werbeagenturen und erzielt damit einen Gewinn. Es liegt somit eine kommerzielle Nutzung der Persönlichkeitsattribute der Kinder vor. Die Veröffentlichung der Bilder erfolgt jedoch nicht durch TW, sondern durch die Werbeagenturen. Somit zerrt TW die Kinder nicht in die Öffentlichkeit, sondern gibt die persönlichkeitsbezogenen Daten unbefugt an die Werbeagenturen weiter, die die die Bilder dann in ihren Werbekampagnen benutzen und damit die Kinder dann an die Öffentlichkeit zerren. Die Handlung in 3. unterscheidet sich somit nicht von der Handlung in 2. Analog zu 2. können wieder beide Ansichten vertreten werden (siehe oben: ev. Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, ev. Verletzung des Rechts auf Privatsphäre durch unbefugte Weitergabe der persönlichkeitsrelevanten Daten sowie zusätzlich ev. Verletzung der wirtschaftlichen Persönlichkeit).</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Widerrechtlichkeit:             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Diese wird bei jeder Verletzung der Persönlichkeit vermutet, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt</li> </ul> </li> <li>• Rechtfertigungsgründe             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Einwilligung des Verletzten                     <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Einwilligung im Voraus oder nachträglich möglich</li> <li><i>Die Kinder und ihre Eltern haben keine Kenntnis davon, dass TW die Bildaufnahmen speichert und an Dritte verkauft. Eine nachträgliche Einwilligung wäre möglich.</i></li> </ul> </li> <li>○ Überwiegende private oder öffentliche Interessen                     <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden überwiegende private oder öffentliche Interessen nur zurückhaltend angenommen (BGE 136 II 521)</li> <li>▪ Als private Interessen können auch rein wirtschaftliche Interessen dienen. (BSK ZGB 28 N 49; Hausheer/Aebi-Müller, § 12 Rz. 12.28). Persönlichkeitsrechte gehen nicht per se reinen Vermögensinteressen vor.</li> <li>▪ Es muss zwischen den oben beschriebenen Handlungen unterschieden werden                             <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Speicherung der Daten bei TW</li> <li><i>Es sind keine öffentlichen Interessen an der Speicherung der Daten ersichtlich. Als privates Interesse kommt das finanzielle Interesse von TW in Betracht, die Daten zu speichern, um sie weiterverkaufen zu können. Angesichts der Schwere der Persönlichkeitsverletzung vermag dieses Interesse aber die Interessen der Kinder an der Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung und am Recht am eigenen Bild nicht zu überwiegen.</i></li> </ol> </li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	<p>3</p>
---	----------

<p>2. Verkauf der Filmaufnahmen an Forschungsunternehmen  <i>Zu diskutieren ist hier ein allfälliges öffentliches Interesse am Verwenden der Daten für die Verhaltensforschung. Das private Interesse von TW ist gleich wie bei 1.</i></p> <p>3. Verkauf von ausgewählten Bildern an Werbeagenturen  <i>Es sind keine öffentlichen Interessen am Verkauf der Bilder an Werbeagenturen (und damit schlussendlich der Kommerzialisierung der Persönlichkeit der Kinder) ersichtlich. Das private Interesse von TW ist gleich wie bei 1.</i></p> <p>○ Gesetz  <i>i.c. nicht gegeben</i></p> <p><i>Fazit: Das Recht am eigenen Bild und ev. das Recht auf Privatsphäre / informationelle Selbstbestimmung sind verletzt. Vorbehaltlich einer gültigen Einwilligung sowie einem allfälligen öffentlichen Interesse am Verwenden der Daten für die Forschung können sie auch nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gerechtfertigt werden.</i></p>	
<p><b>ii) Datenschutzrecht</b></p>	<p><b>8</b></p>
<p>• Anwendbarkeit des DSG</p> <p>○ Personendaten (Art. 3 lit. a DSG)  <i>Siehe oben</i>  <i>Es liegen Personendaten vor</i></p> <p>○ Besonders schützenswerte Personendaten  <i>Siehe oben</i>  <i>Es können wiederum beide Ansichten vertreten werden</i></p> <p>○ Bearbeitung von Personendaten (Art. 3 lit. e DSG)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beschaffen: <i>siehe oben</i></li> <li>▪ Aufbewahren ist jede Aktivität, wodurch Daten im Bearbeitungszusammenhang verfügbar gehalten werden (SHK DSG 3 N 35)</li> <li>▪ Bekanntgabe ist jede Aktivität, wodurch einer anderen Person als der Person, die die Daten bisher bearbeitet hat, Personendaten zugänglich gemacht werden (ungeachtet der Art, Form oder Verfahren, in denen dies geschieht).  <i>Durch das Aktivieren der zur Puppe Eyela gehörenden Software erhält TW gewollt Kenntnis von den Bildern der Kinder. Es liegt daher ein Beschaffen im Sinne des DSG vor. TW speichert die Daten auch bei sich ab und verkauft sie anschliessend an Dritte. Es liegt somit auch ein Aufbewahren und Bekanntgeben im Sinne des DSG vor.</i></li> </ul> <p>○ Private Person (Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG)  <i>Die Daten werden durch den privaten Spielzeughersteller TW bearbeitet</i>  <i>Zwischenfazit: Das DSG ist anwendbar.</i></p> <p>• Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung</p> <p>○ Datenbearbeitungsgrundsätze (Art. 4, 5 und 7 DSG)</p> <p>○ Rechtmässigkeit (Art. 4 Abs. 1 DSG)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Verstoss gegen eine Norm der Schweizer Rechtsordnung <ul style="list-style-type: none"> <li>– <i>Es liegt ein Verstoss gegen Art. 28 ZGB vor (siehe oben)</i>  <i>Die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung ist nicht gegeben</i></li> </ul> </li> </ul> <p>○ Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG)  <i>Siehe oben</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Zweck: <i>siehe oben</i>  <i>i.c. der Verkauf der Daten an Dritte</i></li> <li>▪ Voraussetzungen Verhältnismässigkeit: <i>siehe oben</i>  <i>i.c. Eignung: Das Sammeln der Daten mittels der Puppe Eyela ist grundsätzlich dazu geeignet, um mit den Daten einen finanziellen Gewinn zu erzielen.</i>  <i>Erforderlichkeit: Das finanzielle Interesse von TW, die Daten zu sammeln und zu verkaufen, macht die Datensammlung mittels der Puppe Eyela nicht erforderlich.</i>  <i>TW könnte sich auch auf andere (legale) Weise einen finanziellen Gewinn erzielen.</i>  <i>Zumutbarkeit: Fraglich, ob das Sammeln und Verkaufen der Daten zumutbar ist.</i>  <i>Dies ist zu verneinen, weil das finanzielle Interesse von TW dasjenige der Kinder am Recht auf informationelle Selbstbestimmung / am eigenen Bild nicht überwiegt.</i>  <i>Die Verhältnismässigkeit ist daher nicht gegeben.</i></li> </ul>	<p>1</p> <p>2½</p>



- Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse
  - Interessenabwägung  
Siehe oben
  - Überwiegendes öffentliches Interesse  
Siehe oben  
*i.c. gleiche Begründung wie bei Art. 28 ZGB, ein Verweis ist ausreichend. Es werden keine doppelten Punkte vergeben.*
  - Überwiegendes privates Interesse  
Siehe oben  
*i.c. gleiche Begründung wie bei Art. 28 ZGB, ein Verweis ist ausreichend. Es werden keine doppelten Punkte vergeben.*
- Gesetz  
*i.c. nicht gegeben*

*Fazit: Die Beschaffung der Bildaufnahmen und das Verkaufen der Aufnahmen als Filme oder Bilder durch TW verstossen gegen mehrere Grundsätze der Datenbearbeitung. Vorbehaltlich einer gültigen Einwilligung sowie einem allfälligen öffentlichen Interesse am Verwenden der Daten für die Forschung liegt auch kein Rechtfertigungsgrund für das Beschaffen und die weitere Bekanntgabe an Dritte vor.*

<b>Aufgabe 3</b>	<b>40</b>
<i>Gefragt waren die Beantwortung einer Frage und die Stellungnahme zu Aussagen. Bepunktet wurden sinnvolle Ausführungen. Die nachfolgende Lösung liefert hierfür Anhaltspunkte.</i>	
<b>Teilaufgabe 3a</b>	<b>10</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zu diskutieren sind die folgenden Punkte:</li> <li>• Die Standortdaten sind bei den Telekommunikationsanbietern Personendaten. Das gilt nicht nur für Namen und Adressen, sondern auch für die Handynummern und die Kennnummern der Mobiltelefone.</li> <li>• Die Telekommunikationsanbieter könnten die Personendaten möglichst weitgehend anonymisieren</li> <li>• An sich könnten die Personendaten soweit anonymisiert werden, dass nicht mehr erkennbar ist, dass Handy X von Mobilfunkzelle Y auf Zelle W gewechselt hat. Das Bundesamt für Statistik hat aber wohl ein Interesse daran, die Daten so zu erhalten, dass die Bewegungsprofile einzelner Personen erkennbar bleiben; damit ist ein sog. «singling out» von Personen immer noch möglich</li> <li>• Auch bei einem singling out liegen nach verbreiteter Auffassung Personendaten vor</li> <li>• Sinnvoll ist wohl, die Daten so weit als möglich zu anonymisieren, bspw.             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ durch «Vermischung» der Daten der verschiedenen Telekommunikationsanbieter, was einen Rückschluss auf spezifische Kunden erschwert</li> <li>○ durch Verzicht auf Daten aus wenig bewohnten Gebieten, weil es in solchen Gebieten einfacher ist, ein abstraktes Bewegungsprofil einer bestimmten Person zuzuordnen</li> </ul> </li> </ul>	
<b>Teilaufgabe 3b</b>	<b>10</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 39d E-URG regelt die Frage der Teilnehmerverantwortlichkeit bei Urheberrechtsverletzungen             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ In Art. 39d E-URG geht es um Pflichten, die den Hosting-Provider trifft, wenn ein Dritter eine Urheberrechtsverletzung mithilfe seines Dienstes begeht</li> <li>○ Gemäss Art. 62 Abs. 1<sup>bis</sup> E-URG wird der Hosting-Provider für die Urheberrechtsverletzung des Dritten verantwortlich gemacht (und somit für negatorische Ansprüche passiv legitimiert), wenn er diese Pflichten verletzt</li> <li>○ Damit wird in Art. 39d E-URG implizit beschrieben, unter welchen Voraussetzungen ein Hosting-Provider für die Urheberrechtsverletzungen des Dritten haftet (d.h. die Verletzung der Stay-down Pflicht begründet die Widerrechtlichkeit für die Teilnehmerverantwortlichkeit)</li> </ul> </li> <li>• In Art. 39d E-URG wird die Teilnehmerverantwortlichkeit von Hosting-Providern jedoch nicht abschliessend geregelt             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Art. 39d E-URG erfasst nur diejenigen Hosting-Provider, die als «schwarze Schafe» der Branche gelten (siehe lit. c: der Hosting-Provider muss eine besondere Gefahr für die Rechtsverletzung des Dritten schaffen)</li> <li>○ Art. 39d E-URG erfasst nur die Konstellation, bei der Werke erneut widerrechtlich zugänglich gemacht werden, nachdem der Hosting-Provider das Werk auf Hinweis des Rechteinhabers entfernt hat (Katz-Maus-Spiel)</li> </ul> </li> <li>• Damit ist nach wie vor ungeklärt, unter welchen materiellen Voraussetzungen Hosting-Provider ausserhalb der in Art. 39d E-URG beschriebenen Konstellation als Teilnehmer verantwortlich gemacht werden können (z.B. die Teilnehmerverantwortlichkeit von kleineren Anbietern oder andere Konstellationen, in denen ein Hosting-Provider als Teilnehmer in Frage kommt)</li> <li>• Es stellt sich die Frage, welche Norm in solchen Fällen <i>per analogiam</i> herangezogen werden kann (Art. 50 Abs. 1 OR, Art. 66 lit. d PatG, Art. 9 Abs. 2 DesG)</li> <li>• Sinnvolle Ausführungen dazu, welche Norm für Urheberrechtsverletzungen herangezogen werden soll und welche materiellen Voraussetzungen für die Teilnehmerverantwortlich von Urheberrechtsverletzungen gelten sollen, werden auch bepunktet</li> </ul>	
<b>Teilaufgabe 3c</b>	<b>10</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bei Fotografien ist der individuelle Charakter schwer zu ermitteln. Die anzuwendenden Kriterien sind durch die Rechtsprechung zwar hinreichend konkretisiert, ihre Anwendung auf den Einzelfall gestaltet sich jedoch als schwierig.             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Die Bedeutung einer Fotografie führt nicht automatisch dazu, dass sie einen individuellen Charakter aufweist (siehe BGE 130 III 714 «Meili»)</li> </ul> </li> </ul>	



<ul style="list-style-type: none"> <li>○ Gleichzeitig wird bei Schnappschüssen, die im entscheidenden Augenblick gemacht werden, der individuelle Charakter bejaht (siehe BGE 130 III 168 «Marley»)</li> <li>● Die Lösung des Gesetzgebers ist wenig überzeugend</li> <li>● Mit der neuen Regelung wird kein neues Unterscheidungskriterium eingeführt, sondern das vorher bestehende einfach gestrichen. Damit wird jede Fotografie eines dreidimensionalen Objektes per se geschützt.</li> <li>● Es liegt nun ein Widerspruch in Art. 2 URG vor             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Abs. 1: „Werke sind (..) geistige Schöpfungen (...), die individuellen Charakter haben“</li> <li>○ Abs. 3<sup>bis</sup>: Fotografien „gelten als Werke, auch wenn sie keinen individuellen Charakter haben“</li> </ul> </li> <li>● Werke erfahren im Schweizer Recht nur dann Urheberrechtsschutz, wenn sie individuellen Charakter aufweisen. Mit dem Verzicht auf diese zentrale Voraussetzung für Fotografien wird ein «race to the bottom» eröffnet, indem auch in anderen Bereichen (z.B. bei der angewandten Kunst) ein Verzicht auf diese Voraussetzung gefordert werden könnte.</li> <li>● Dogmatisch hätte der Lichtbildschutz folglich als Leistungsschutzrecht ausgestaltet werden müssen</li> <li>● Aufgrund der falschen dogmatischen Einordnung ergeben sich auch zahlreiche weitere Widersprüche und praktische Probleme             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ So sind z.B. Fotografien ohne individuellen Charakter nicht gegen die Bearbeitung (Art. 3 URG, sog. Werke zweiter Hand) geschützt, über das Urheberpersönlichkeitsrecht kann der Urheber einer Fotografie ohne individuellen Charakter jedoch trotzdem die Bearbeitung verbieten (Art. 11 URG enthält die Änderung, Verwendung und Entstellung)</li> <li>○ Die Schutzdauer knüpft bei Fotografien ohne individuellen Charakter an die Herstellung (Art. 29 Abs. 2 lit. a<sup>bis</sup> E-URG) und nicht wie bei Urheberrechten üblich an den Tod des Urhebers. Ausserdem wird die Miturheberschaft und die unbekannte Urheberschaft ausgeschlossen (Art. 29 Abs. 4 E-URG)</li> <li>○ Nach Ablauf des Schutzes (50 Jahre nach Herstellung) stellt sich im Fall einer Nutzung durch Dritte dennoch die Frage, ob eine Fotografie individuellen Charakter hat und damit bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers geschützt ist</li> <li>○ Der Schutz vor Zerstörung (Art. 15 URG) bewirkt bei Fotografien ohne individuellen Charakter, dass niemand mehr Negative, Abzüge von Fotos oder digitale Fotos vernichten darf, sofern er die Fotografie nicht selbst gemacht hat und nicht weiss, ob davon noch weitere Exemplare bestehen</li> </ul> </li> <li>● Auch die Regelung an sich ist wenig überzeugend             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Der Schutz bezieht sich nur auf dreidimensionale Objekte, weil sonst auch die Kopien von Textvorlagen, Plänen, grafischen Darstellungen und anderen Fotografien geschützt wären; damit ergeben sich Abgrenzungsprobleme, weil nicht ohne Weiteres klar ist, was ein dreidimensionales Objekt im Sinne der Bestimmung ist (ist bspw. ein Ölgemälde zwei- oder dreidimensional?)</li> <li>○ Es ist unklar, welche Verfahren unter den Rechtsbegriff «mit einem der Fotografie ähnlichen Verfahren hergestellte Wiedergaben» fallen</li> </ul> </li> </ul>	
<p><b>Teilaufgabe 3d</b></p>	<p><b>10</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>● Diese Aussage trifft allenfalls für die Bearbeitung durch Privatpersonen zu, jedenfalls aber nicht für die Bearbeitung durch Bundesorgane</li> <li>● Privatpersonen:             <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Persönlichkeitsverletzung                 <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Art. 12 Abs. 3 DSG sieht eine gesetzliche Vermutung vor, dass keine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, wenn die betroffene Person die Daten selbst allgemein zugänglich gemacht hat oder dazu zugestimmt hat</li> <li>▪ Die gesetzliche Vermutung führt zur Umkehr der Beweislast: nicht die bearbeitende Person, sondern die betroffene Person muss die Persönlichkeitsverletzung beweisen</li> <li>▪ Da es sich um eine widerlegbare gesetzliche Vermutung handelt, kann die betroffene Person sowohl die Vermutungsbasis widerlegen (Gegenbeweis) als auch den Nachweis erbringen, dass trotz der Bearbeitung von öffentlich zugänglichen Daten eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt (Beweis des Gegenteils)</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	

<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Die Vermutung gilt nur solange, wie die betroffene Person die Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht auch hier vor, indem die betroffene Person jederzeit auf ihren Entscheid zurückkommen kann und Daten, die sie zunächst bewusst allgemein zugänglich gemacht hat, wieder der freien Bearbeitung entzieht. Der betroffenen Person steht somit zu jederzeit das Selbstbestimmungsrecht über ihre Daten zu.</li><li>▪ Bedeutet dies, dass bei allgemein zugänglich gemachten Daten die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze nicht beachtet werden müssen? Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 DSG ist diesbezüglich unklar.<ul style="list-style-type: none"><li>– Die Systematik in Art. 12 DSG legt nahe, dass die gesetzliche Vermutung in Art. 12 Abs. 3 DSG die Fiktion einer Persönlichkeitsverletzung in Art. 12 Abs. 2 lit. a übersteuert. Selbst bei einem erbrachten Beweis des Gegenteils kann für die Persönlichkeitsverletzung nicht mehr auf die Fiktion in Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG zurückgegriffen werden. Dies deutet darauf hin, dass die allgemeinen Datenbearbeitungsgrundsätze bei allgemein zugänglich gemachten Daten nicht eingehalten werden müssen</li><li>– Andererseits ist in der Lehre anerkannt, dass der Grundsatz der Zweckbindung auch bei allgemein zugänglich gemachten Daten gilt (Art. 4 Abs. 3 DSG): die Daten dürfen nur im Rahmen des aus den Umständen ersichtlichen Veröffentlichungszwecks bearbeitet werden (z.B. dürfen Daten, die auf einer privaten Website veröffentlicht wurden, nicht von Werbeagenturen für eigene Werbezwecke verwendet werden)</li><li>– Zudem kommen die Informationspflichten (Art. 14 DSG) auch bei allgemein zugänglich gemachten Daten zur Anwendung</li><li>– Da die Informationspflicht den Grundsatz der Erkennbarkeit konkretisiert, kann argumentiert werden, dass auch bei allgemein zugänglichen Daten eine Datenbearbeitung erkennbar sein muss. In der Lehre wird jedoch teilweise das Gegenteil vertreten (Rosenthal/Jöhri, Art. 12 N 53)</li></ul></li><li>• Bundesorgane<ul style="list-style-type: none"><li>○ Bei Bundesorganen gibt es keinen Unterschied zwischen allgemein zugänglich gemachten Daten und anderen Daten</li><li>○ Die Vorschriften zur gesetzlichen Grundlage (Art. 17 DSG, Art. 19 DSG, Art. 22 DSG) und zu den Informationspflichten (Art. 18a DSG) kommen weiterhin zur Anwendung</li><li>○ Allerdings dürfen Bundesorgane besonders schützenswerte Personendaten sowie Persönlichkeitsprofile auch ohne Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn bearbeiten, wenn die betroffene Person ihre Daten allgemein zugänglich gemacht hat (Art. 17 Abs. 2 DSG). In diesen Fällen reicht eine gesetzliche Grundlage im materiellen Sinn.</li></ul></li><li>• Diskussion der Frage, ob unterschiedliche Rechtslage sinnvoll ist</li></ul>	
--	--