

„Internet of Toys“-Studie:

Rechtliche Herausforderungen

Die internationale Debatte und die
rechtlichen Rahmenbedingungen

Wien, Jänner 2018

Impressum

Durchführung der Studie:

Österreichisches Institut für angewandte Telekommunikation

Margaretenstraße 70

1050 Wien

Inhalt

Impressum	2
Einleitung	4
I. Rechtliche Herausforderungen	5
1.1 Internationale Debatte	6
1.1.1 „#Toyfail“	6
1.1.2 “Kids & the connected Home”	8
1.1.3 “Internet of Toys“	9
1.2 Regulatorische Rahmenbedingungen	10
1.3 Datenschutzrecht	14
1.1.1 Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes 2000	14
1.1.2 Zulässigkeit der Datenverarbeitung	21
1.1.3 Datenüberlassung	27
1.1.4 Datensicherheit	29
1.4 Gewährleistung	30
1.1.5 Allgemeines	30
1.1.6 Haftung für vernetzte Spielzeuge	32
1.5 Produkthaftung	35
1.1.7 Produkthaftungsgesetz	35
1.1.8 Produktsicherheit	37
1.1.9 Produktbeobachtung	37
1.6 Persönlichkeitsrechte	39
1.1.10 Unerwünschte Veröffentlichung von Fotos- und Videos	39
1.1.11 Unerwünschte Aufnahme von Fotos oder Videos	40
1.1.12 Unerwünschte Tonaufnahme	40
1.1.13 Sonstiges	42

Einleitung

In dem Forschungsprojekt „Internet of Toys – Grundlagenstudie und Praxiswissen“ wurde von Dezember 2016 bis Dezember 2017 das Phänomen um vernetzte und smarte Spielzeuge untersucht. Ein Schwerpunkt war eine Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen – wie im Folgenden dargestellt.



Abbildung 1: Welche rechtlichen Rahmenbedingungen muss die Entwicklung von vernetzten Spielzeugen genügen? Bild: CC0 (Unsplash/Daniel Cheung)

1. Rechtliche Herausforderungen

Vernetztes Spielzeug wirft viele Fragen in unterschiedlichen Rechtsgebieten auf. Das folgende Kapitel widmet sich diesen Herausforderungen – und beginnt mit einem Überblick über die **internationale Debatte** betreffend Daten- und Konsumentenschutzfragen bei „Internet of Toys“ (siehe Kapitel 1.1) und setzt mit der **Regulierung** von Spielzeugen in Österreich fort (siehe Kapitel 1.2).

Die nachfolgenden Kapitel sind das Ergebnis der rechtswissenschaftlichen Analyse der Fallstudien dieses Projekts. Insofern die, beim Spielen im „Internet of Toys“ anfallenden Daten als personenbezogene Daten iSd DSGVO 2018 einzustufen sind, stellt sich die Frage, ob hierdurch nicht das **Datenschutzrecht** des Kindes, der Eltern oder Dritter verletzt wird (siehe Kapitel 1.3) und, wie es um die **Zulässigkeit der Datenverarbeitung** steht. Weiters kann die Nutzung vernetzter Spielzeuge, die in der Lage sind Ton-, Bild- oder Videoaufnahmen anzufertigen unter Umständen einen Eingriff in die **Persönlichkeitsrechte** Dritter darstellen (siehe Kapitel 1.6). Für den Handel sind wiederum **gewährleistungsrechtliche Fragen** (siehe Kapitel 1.4.), für Hersteller/innen die Fragen des **Produkthaftungsrechts** (siehe Kapitel 1.5) relevant.

In der Praxis gestaltet es sich als schwierig den Spielzeugmarkt zu kontrollieren. Aufgrund des starken Wettbewerbs haben Spielzeughersteller Teile der Produktion an Niedriglohn-Länder, vor allem nach China, verlagert. Da die Herstellung von Spielzeug viele Arbeitsschritte in Anspruch nimmt und teilweise auch manuelle Arbeit von Nöten ist, werden so die Produktionskosten erheblich gesenkt. Auf diese Weise kommen auch kleinere Unternehmen auf den Markt, selbst wenn sie keine Erfahrung in der Produktion haben (vgl. ECSIP 2013, S. 65).

1.1 Internationale Debatte

International sind bislang wenig rechtswissenschaftliche Analysen zu den Herausforderungen des „Internet of Toys“ erschienen. Es handelt sich bei den bereits veröffentlichten Publikationen eher um umfassende Sachverhaltsdarstellungen zu Daten, als um rechtliche Analysen des Phänomens. Die Erforschung von vernetztem Spielzeug steht diesbezüglich vor folgender Ausgangslage: zum einen verändert sich der Markt laufend. Diese Dynamik bedingt, dass die Analyse spezifischer Produkte rasch überholt wird von neuen Spielzeugangeboten. Zum anderen sind auch die rechtlichen Analysen aus den USA auf die österreichische bzw. europäische Rechtslage nicht direkt zu übertragen.

Im Folgenden sind drei als bedeutend einzustufende Studien im Zusammenhang mit vernetztem Spielzeug angeführt. Sie sind in die rechtswissenschaftliche Analyse in diesem Projekt eingeflossen.

1.1.1. „#Toyfail“

Die bislang größte Untersuchung im Zusammenhang mit Datenschutz und vernetztem Spielzeug wurde vom norwegischen Konsumentenschutz erstellt und im Dezember 2016 veröffentlicht. Untersucht wurden „My Friend Cayla“, „Hello Barbie“ und der Roboter „i-Que“ – drei mit Spracherkennungstechnologie ausgestattete Spielzeuge. Die Barbie ist nur in den USA verfügbar, die anderen Spielwaren waren zu diesem Zeitpunkt in Europa verfügbar.

Für die Studie „#Toyfail“ evaluierte der norwegische Konsumentenschutzverband diese Spielzeuge und ihre Datenschutzbedingungen anhand eines Kriterienkatalogs für gute Praktiken, erarbeitet anhand der EU-Datenschutzdirektive und Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (vgl. Forbruker Radet 2016, S. 8).

Die Kriterien für die rechtliche Bewertung der Spielzeuge waren die Darstellung (Zugänglichkeit, Lesbarkeit, klare Sprache und nutzerfreundliches Layout) und die Inhalte der Datenschutzbedingungen. Untersucht wurde, ob Kunden vor bzw. bei einer Veränderung der Datenschutzbedingungen informiert werden sollen, bzw. welche Definition von personenbezogenen Daten¹ verwendet wird. Andere

¹ An sich hat dies keine rechtliche Bedeutung, weil ein Unternehmen nicht über die rechtliche Kompetenz verfügt zu definieren, was als personenbezogenes Datum gilt.

Fragen lauteten: Wird ein Prinzip der Datenminimierung verfolgt, insofern ausschließlich Information, die für das Funktionieren des Spielzeugs notwendig ist, gesammelt werden? Sind die von der App verlangten Zustimmungen notwendig, um das Service bereit zu stellen?²

Die Weiterverarbeitung der durch das Spielzeug gesammelten Daten wurde ebenfalls thematisiert. Die anleitenden Fragen waren: Gibt es Info dazu, mit wem Daten geteilt werden (Drittparteien)³? Können die Daten für Marketingzwecke verwendet werden?⁴ Wie werden Sprachdaten genutzt? Können die Daten einfach gelöscht werden (Data Retention)? Werden aufgezeichnete Daten gelöscht, wenn das Spielzeug für eine gewisse Zeit nicht mehr genutzt wird? Gibt es Angaben dazu, wie lange das Service, z.B. die App zum Spielzeug, mindestens weiter betrieben werden soll (vgl. Forbruker Radet 2016, S. 10–29)?

Die Ergebnisse dieser Studie waren erschreckend. Die zwei in Europa verfügbaren Spielzeuge beziehen ihre Informationen über Zugriff auf die Online-Enzyklopädie Wikipedia. Beide nutzen eine zu gering geschützte Bluetooth Verbindung, die es sehr einfach macht, dass sich Dritte mit Smartphone in Gespräche einschleusen und Kinder belauschen. Es wurden bezüglich Konsumentenschutz massive Mängel festgestellt, wie fehlende bzw. ungenügende Informationen und auch datenschutzrechtliche Mängel wie Weitergabe an Drittparteien ohne genauere Angabe an wen (vgl. BEUC 2016).

Aufgrund der massiven Mängel bei der Sicherung von Konsumentenschutzrechten, Sicherheit und Privatsphäre bei den drei vom norwegischen Konsumentenschutzrat untersuchten Spielzeugen, hat der Europäische Verbraucherverband BEUC eine Beschwerde an die EU-Kommission, das EU-Netzwerk, an Datenschutzstellen und das ICPEN (International Consumer Protection and Enforcement Network) gestellt (vgl. BEUC 12/6/2016).

Das Vorhandensein, die Zugänglichkeit sowie Lesbarkeit von Datenschutzbedingungen sind nicht rechtlich verpflichtend. Sie werden nur relevant, wenn eine Zustimmung des/der Nutzer/in zur Datenverarbeitung notwendig wird.

² Anmerkung: Es braucht keine Zustimmung zur Datenverarbeitung, wenn diese für die Kernfunktion des Spielzeugs notwendig ist.

³ Als Erfordernis für die Wirksamkeit der Zustimmung gelten die Angaben dazu, welche Daten zu welchem Zweck und durch welchen Dienstleister verarbeitet werden.

⁴ Die Verarbeitung von Daten für Marketingzwecke wird in der Regel nur mittels einer Zustimmung möglich sein.

1.1.2. „Kids & the connected Home“

Das White Paper „Kids & the connected Home“ ist das Ergebnis einer Expert/innen Tagung zum Thema vernetztes Spielzeug und wurde vom „Future of Privacy“-Forum und dem „Family Online Safety“-Institut im Dezember 2016 herausgegeben. Es geht den Fragen nach, ob der in den USA geltende „Children's Online Privacy Protection Act“ (kurz COPPA) auf vernetztes Spielzeug angewandt werden kann oder, ob die teils ohne Screens ausgestatteten Spielzeuge rechtliche Modifikationen verlangen. Im Bericht wird auch allgemeiner auf das Internet der Dinge Bezug genommen als möglichem Anwendungsbereich des COPPA. Weiters werden elterliche Kontrollmöglichkeiten und Informationsbereitstellung durch die Hersteller-Firmen diskutiert. Letztlich geht es um die Frage, wie Datensicherheit in diesen vernetzten Spielräumen garantiert werden kann (vgl. Alonso et al. 2016, S. 1). Es wurden keine Fallstudien verwendet.

Zu den Ergebnissen zählt, dass der COPPA, auch auf das „Internet of Toys“ angewandt werden kann.⁵ Das ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die meisten vernetzten Spielzeuge über eine App oder andere Mechanismen der Vernetzung (z.B. Plattformen, Geräte) ins Internet gehen. In den USA macht es einen rechtlich gewichtigen Unterschied, ob personenbezogene Daten von Eltern eingegeben werden oder ob sie von den Kindern direkt gesammelt werden. Wenn Informationen zu einem Kind unter 13 Jahren von einem Erwachsenen bereitgestellt werden, findet COPPA keine Anwendung – allerdings schon, wenn die Daten direkt über das Spielzeug gesammelt werden (vgl. Alonso et al. 2016, S. 7).

Angemerkt wird das Problem, dass vernetzte Spielzeuge nur ein Teilphänomen des Internet der Dinge sind. In vielen Haushalten gibt es inzwischen andere, primär an Erwachsene gerichtete, Produkte mit Sprachaufzeichnung. **Da der COPPA dem Schutz der Privatsphäre von Kindern dient, findet er allerdings nur Anwendung, wenn etwas spezifisch und direkt an Kinder unter 13 Jahren gerichtet ist. Die meisten Applikationen des Internet der Dinge**

In dem White Paper „Kids & the connected Home“ wird analysiert, inwiefern die Privatsphäre von Kindern in Zeiten des Internet der Dinge und vernetzten Spielzeugen ausreichend geschützt wird.

⁵ Viele smarte, teils auch vernetzte Spielzeuge fallen allerdings nicht unter die Gesetzgebung des COPPA, weil sie entweder keine Daten vom Kind selbst aufnehmen oder nur untereinander vernetzt sind, nicht aber mit dem Internet verbunden sind.

fallen deshalb außerhalb dieser Gesetzgebung. Dazu kommt, dass Geräte auf Basis von Spracherkennung und nicht Stimmerkennung, keine zuverlässige Aussage darüber treffen können, ob Daten von einem Kind oder einem Erwachsenen erfasst wurden (vgl. Alonso et al. 2016, S. 11).

1.1.3. “Internet of Toys“

In der von dem niederländischen „Mediawijzer“-Institut, zu vergleichen mit der Saferinternet.at-Initiative in Österreich, durchgeführten Kurzstudie⁶ im November 2016 wurde eine kurze Aufschlüsselung aller für „Internet of Toys“ relevanten rechtlichen Aspekte gemacht. Diese beinhaltet Themen von der Umsetzung der Spielzeugzulassungsregulation in den Niederlanden, bis hin zu Konsumentenschutzbestimmungen und Privatsphäre bzw. Datenschutz.

Eine genauere Analyse der Spielzeuge, bzw. den rechtlichen Herausforderungen solcher Objekte, gibt es nicht. Die Studie beruft sich auf Einschätzungen unterschiedlicher Stakeholder in diesem Bereich zur allgemeinen Situation und Rechtslage bei „Internet of Toys“ (vgl. Peetoom/Timmerman 2016).

Deren Schlussfolgerung lautet, dass davon abgeraten wird, vernetztes Spielzeug zu kaufen. Die Sorge der Expert/innen sei, dass es erst zu großen Skandalen in Bezug auf Datenschutz und Privatsphäre kommen müsse, damit ein Bewusstsein zu den Implikationen von Datenverarbeitung durch Spielzeug unter Konsument/innen entstehe. Dabei sei zu beobachten, dass die Datenschutz-, Privatsphäre- und Konsumentenschutz-Expert/innen in dieser Entwicklung wesentlich weniger positive Chancen sehen, als jene, die am kindlichen Spiel verdienen (vgl. Peetoom/Timmerman 2016, S. 7).

⁶ Die Studie ist ausschließlich auf Niederländisch verfügbar und kann insofern im Zuge dieses Kapitels nur grob umrissen werden.

1.2 Regulatorische Rahmenbedingungen

„Spielzeug ist ein sensibles Thema. Bei einer Puppe haben Eltern höhere Erwartungen an Risikofreiheit als bei einem Handy für ihr Kind.“ (IPI)

Was in der Europäischen Union als Spielzeug gilt, ist gesetzlich definiert.⁷ Als Spielzeug gelten Produkte die (ausschließlich oder nicht) dazu bestimmt oder gestaltet sind, um von Kindern unter 14 Jahren zum Spielen verwendet werden. Manches ist davon ausgenommen, z.B. Geräte an öffentlichen Spielplätzen, Roller, Schnuller oder Produkte für Unterrichtszwecke.

Die Sicherheit von Spielzeug ist in Österreich über die Spielzeugverordnung 2011 geregelt, die ihrerseits auf der europäischen Richtlinie 2009/48/EG⁸ basiert. Die in Österreich für die Umsetzung der Richtlinie verantwortliche Behörde ist die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH (AGES). Ähnlich dem System im Lebensmittelhandel, sind die Hersteller von Spielzeug verantwortlich die Sicherheitsanforderungen bei ihren Produkten einzuhalten.

Zu den Sicherheitsbestimmungen bei Spielzeug, das in der EU verkauft wird, zählen zum einen die Abschätzung allgemeine Risiken (Gesundheit und Sicherheit von Kindern und andere Personen wie Eltern, Betreuungspersonen) sowie die speziellen Risiken (physisch und mechanisch, Entzündbarkeit, chemisch, elektrisch, hygienisch und Radioaktivität) (vgl. Europäische Kommission 2017).

Es gibt keine verpflichtende Drittprüfung bevor Spielzeuge auf den Markt kommen. Eine Diskussion dazu gab es in Europa unter anderem in Deutschland und Österreich haben auch dafür plädiert⁹, durchgesetzt hat es sich aber nicht. Spielzeughersteller müssen, bevor sie ihre Ware in Produktion geben, die möglicherweise davon ausgehenden Risiken betrachten. Sie müssen dafür eine **Sicherheitsbewertung** durchführen. Materialien werden getestet, ein Prototyp wird erstellt und dann entschieden, ob intern oder extern geprüft wird. Vor Markteintritt müssen Hersteller eine **Konformitätsbewertung** durchlaufen.

In Österreich kümmert sich die AGES um die Sicherheit von Spielzeug. Allerdings betrifft das in erster Linie die Umsetzung der Spielzeugrichtlinie und somit nicht Datenschutzfragen.

Es gibt keine verpflichtende Drittprüfung von Spielzeug vor Markteinführung, sondern eine Sicherheitsbewertung des Herstellers.

⁷ Im Zuge der Erhebung fanden sich unter den Spielzeugverpackungen einige mit der Angabe des Herstellers „kein Spielzeug“ zu sein. Eine solche Information auf einer Verpackung hat keinen Aussagewert in der Rechtspraxis.

⁸ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sicherheit von Spielzeug (ABl. Nr. L 170 vom 30.06.2009)

⁹ Information aus dem Expert/inneninterview mit der AGES.

Dafür gibt es zwei Wege: Selbstüberprüfung oder eine Verifizierung über eine Drittpartei. Die Entscheidung hängt davon ab wie groß ein Hersteller ist, kleinere Unternehmen sind damit meist überfordert. Wenn nach Abschluss der Prüfung klar ist, dass das Spielzeug sicher ist, muss der Hersteller das CE-Zeichen anbringen lassen.

Zu anderen Formen der Sicherheitsgarantie von Spielzeug zählt, dass Hersteller dazu verpflichtet sind ihrem Spielzeug eine Identifizierung zu geben z.B. eine Modellnummer. Ebenso muss Spielzeug den Namen und die Adresse des Herstellers und eine registrierte Marke aufweisen. Bevor ein Spielzeug in den Handel gelangt, muss vom Hersteller eine EC-„Declaration of Conformity“ (DoC) aufgestellt werden. Damit bestätigt er und trägt die Verantwortung dafür, dass das Spielzeug den Anforderungen der Richtlinie entspricht. Das DoC muss in die Sprachen übersetzt werden, die von den EU-Staaten verlangt werden, in denen es verkauft werden soll (vgl. ECSIP Consortium 2013, S. 55–56).

Der österreichische Spielwarenmarkt wird nach dem Zufallsprinzip, bei Routineüberprüfungen bzw. auch bei Verdacht, von der Aufsichtsbehörde AGES geprüft. Die Probeziehungen im Lebensmittelbereich sind dreigeteilt, es gibt Planproben (d.h. einen Plan für Proben, die nach dem Zufallsprinzip gezogen werden), es werden Verdachtsfälle geprüft und es gibt jedes Jahr so genannte thematische Schwerpunktaktionen, wie z.B. zu akustischem Spielzeug.¹⁰

Bei der Sicherheitsprüfung von Spielzeug wird die mechanische und physikalische Sicherheit auf die Probe gestellt. Es sollte z.B. keine ablösbaren Kleinteile an Spielzeug für Kinder unter drei Jahren geben, bei Spielzeughandys ist die Lautstärke zu untersuchen, aber auch Entflammbarkeit ist ein Thema. Die chemische Zusammensetzung fällt ebenfalls in die Zuständigkeiten der AGES, z.B.

Spielzeug gehört zu den am meist gemeldeten Produktkategorien in der Europäischen Union. Dabei zählen zu den häufigsten Risiken bei Spielzeug das Verschlucken von kleinen Teilen und Reaktionen auf chemische Substanzen (ECSIP 2013, S. 57).

¹⁰ Zu den Herausforderungen bei sicherem Spielzeug zählten u.a. gefälschte Spielwaren. OECD-Schätzungen von 1998 gehen davon aus, dass 12% der Spielzeuge am Europäischen Markt gefälscht sind. In 2010/2011 registrierte DG TAXUD 2,585 Fälle bei Spielen (269.348 Produkte, Wert: 20 Millionen). Die Länder aus denen die meisten dieser Produkte kamen, waren China (88%) und Hong Kong (10%). Das **Fälschen von Spielwaren** unterscheidet sich von anderen Produktkategorien. Oft wird das Design von einem Produkt kopiert und unter nicht derselben, sondern ähnlichen Marke verkauft. Das zählt als Fälschung, macht es aber auch schwieriger zu verfolgen, vor allem weil Design Fälschung vor allem in Asien nicht so stark wie Markenfälschung angesehen wird. In der Evaluationsstudie wurde unter Herstellern erhoben, inwiefern Fälschung als ein Problem angesehen wird. Sorgen bestehen, insofern es den Absatz schmälern von den anderen Herstellern könnte. (vgl. ECSIP Consortium 2013, S. 55)

die Frage nach Weichmachern. Gerade dabei ist eine der Herausforderungen, dass auch bereits aufgefallenes und verbotenes Spielzeug, wieder auf den Markt zurückkehrt, heißt es im Experteninterview (vgl. IPI).

Jeder Hersteller verpflichtet sich dazu, eine Rückverfolgung in den Herstellungsprozessen möglich zu machen. Wenn jeder Produzent dieser Pflicht nachkommt, kann zurückverfolgt werden, wo der Fehler bzw. die Verantwortung angesiedelt oder zu suchen ist. Je nach Schwere des Mangels, wird zwischen einem Verkaufsstopp, Meldung über das RATESTEX-System an andere Länder und Rückruf in der Öffentlichkeit (Aufruf zu Vernichtung) entschieden. Wenn bei der Beanstandung nur ein Kennzeichnungsmangel festgestellt wird, dann lässt sich das in Absprache mit dem Hersteller und z. B. einem Zusatzetikett lösen. Die Öffentlichkeit bekommt davon in der Regel nichts mit.

Eine qualitative Evaluationsstudie über die Sicherheitsprozeduren bei Spielzeug und ihre Funktionsweise in der Europäischen Union aus dem Jahr 2008 zeigt, dass es wichtig ist zwischen verschiedenen Akteuren und Positionen zu unterscheiden.

Je nachdem auf welchem Weg das Spielzeug auf den Markt gelangt, unterscheidet sich die Vorgehensweise. Manche Laboratorien haben einen „notified body status“ in der Direktive. Die Evaluatoren hegen Bedenken, ob der unterschiedlichen Methoden und Standards von diesen Stellen. Von europäischen Mitgliedsländern werde rückgemeldet, dass es Schwierigkeiten gibt, die Regelungen zu Spielzeugsicherheit durchzusetzen, bedingt durch Personalmangel und fehlende Expertise. Die EU-Mitgliedsstaaten sind auch für die Kontrollen der Laboratorien verantwortlich, die Spielzeug überprüfen – das scheint aber laut dieser Studie teilweise nur mangelhaft oder nicht zu gelingen (vgl. ECSIP 2013, S. 56).

Exkurs aus den Expert/innen-Interviews

Zu Regulation und vernetztem Spielzeug werden in einigen Interviews mit Expert/innen anekdotisch-historische Bezüge gemacht:

„Es gab Zeiten, in denen konnte man im Supermarkt kein gekühltes Essen kaufen, es gab keinen Kühlschrank zu Hause und so. Wir sind in einem frühen Moment einer Entwicklung, einer Umgebung, bei der wir Systeme bauen müssen, die eine Mischung sind an Regulierung, Zertifizierung und technologische [sic!] Entwicklung. Bei Fahrzeugen war es am Anfang auch so, dass sie einfach so auf den Straßen waren, ohne Verkehrsregeln, Sicherheitsgurten und zu der Zeit gab es viele Verkehrstote.“ (IP3)

Es müsse nun ein System ausgehandelt werden, um mit vernetzten Objekten, insbesondere Spielzeugen und den damit zusammenhängenden Risiken, umzugehen.

Neu an vernetztem Spielzeug ist nicht, dass die Spielzeugverordnung allein nicht genügt. Manche Spielzeuge fallen schon heute nicht nur unter die Spielzeugverordnung, sondern auch unter andere Regulative wie z.B. Kosmetik (vgl. ECSIP 2013, S. 56). Als die Spielzeugrichtlinie der EU im Jahr 2009 erstellt wurde, war vernetztes Spielzeug allerdings noch kein so kontrovers diskutiertes Thema. Es bleibt abzuwarten, ob zukünftige Novellierungen eine Ausweitung der der Richtlinie dahingehend nach sich ziehen.

1.3 Datenschutzrecht¹¹

Die im Folgenden durchgeführte Analyse von vernetztem Spielzeug mit Fokus auf die ausgewählten Fallstudien ist mit dem Stand von August 2017 abgeschlossen worden. Danach getroffene Urteile u.a. haben darin keinen Einfluss gefunden.

1.1.1. Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes 2000

Im Zuge der Fallstudien dieser Studie fällt zunächst auf, dass sowohl die Hersteller vernetzter Spielzeuge, als auch die Betreiber der dazugehörigen Apps oder Websites ihren Sitz oftmals im Ausland, in der Regel in China, haben. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit österreichisches Datenschutzrecht bei der Datenverarbeitung von „Internet of Toys“-Produkten überhaupt anwendbar ist und wer der Normadressat des DSG 2000 ist. Anders gesagt: Wer letztlich dafür verantwortlich gemacht werden soll, dass ein Spielzeug den gesetzlichen Rahmenbedingungen entspricht.

Räumlicher Anwendungsbereich

Die Frage nach dem räumlichen Anwendungsbereich ist insofern zu beantworten, als dass der Auftraggeber für die Datenverarbeitung ausgemacht wird. Hat der Auftraggeber seinen Sitz (bzw. eine für die Datenverarbeitung relevante Niederlassung) in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union und keine Niederlassung in Österreich, für deren Zwecke die in Österreich vorgenommene Datenverarbeitung erfolgt, so ist das Recht dieses Staates anzuwenden (§ 3 Abs 2 DSG).

Ansonsten ist auf jede Verwendung personenbezogener Daten in Österreich, mit Ausnahme der bloßen Durchfuhr von Daten durch Österreich (§ 3 Abs 3 DSG), das DSG 2000 anzuwenden (§ 3 Abs 1 Satz 1 DSG). Die Anknüpfung über § 3 Abs 1 Satz 2 DSG (Datenverarbeitung im EU-Ausland für Zwecke einer Niederlassung in Österreich) hat bei vernetztem Spielzeug soweit ersichtlich, mangels entsprechender Niederlassungen in Österreich, keine praktische Relevanz. Fraglich ist jedoch, wann im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Internetnutzung von einer Datenanwendung in Österreich auszugehen ist. **Entscheidend wird sein, ob sich die Mittel zur Datenerhebung, auf die**

Wenn ein Kind in Österreich mit einem vernetzten Spielzeug spielt, wird unabhängig davon wo die aufgezeichneten Daten verarbeitet werden, das österreichische Datenschutzrecht anzuwenden sein.

¹¹ Das Kapitel ist inhaltlich auf dem Stand von August 2017.

der Auftraggeber zurückgreift, in Österreich befinden.¹² Als ein solches „Mittel“ kommt potenziell jeder Computer¹³ in Frage, aber auch vernetzte Haushaltsgeräte, Brillen oder Uhren sowie Smartphones, über die andere Geräte mittels speziellen Apps gesteuert werden¹⁴, somit auch zweifelsohne vernetztes Spielzeug.

Zusätzlich wird auch ein gewisser Grad an Kontrolle des Mittels durch den Auftraggeber verlangt: **Der Auftraggeber muss bestimmen, welche Daten in welcher Weise und zu welchem Zweck verarbeitet werden.**¹⁵ Wer Besitzer oder Eigentümer des Mittels ist, ist hingegen irrelevant.¹⁶

Werden Daten von Betroffenen selbst ins Ausland übermittelt, etwa durch das Ausfüllen eines Online-Formulars im Zuge einer Bestellung, soll keine Anknüpfung über das Mittel im Inland erfolgen.¹⁷ Sammelt das Unternehmen Daten jedoch beispielsweise durch den Einsatz von Cookies, quasi ohne aktives Zutun des Betroffenen, soll insoweit das Datenschutzrecht des Mitgliedsstaates anwendbar sein, in dem sich das Mittel befindet.¹⁸ Dies soll scheinbar gleichermaßen für den Einsatz von Apps bei Mobiltelefonen der Betroffenen gelten.¹⁹

Eine solche Unterscheidung erscheint inkonsequent, es dürfte keinen Unterschied machen, ob ein online abrufbares Formular oder aber eine zum Download angebotene App genutzt wird, um personenbezogene Daten über eine eigenmächtige Eingabe des Betroffenen zu erfassen. Anders wäre der Sachverhalt hingegen bei Einsatz von Cookies ohne Zustimmung, wenn eine App Daten ohne Wissen des Users sammelt oder bei Einsatz von Spyware²⁰ zu beurteilen.

Eine Anknüpfung über den Ort an dem sich das Mittel zur Datenerhebung befindet wird beim Einsatz von vernetzten Geräten jedenfalls grundsätzlich angenommen.²¹

Es genügt nicht, wenn bei einem vernetzten Spielzeug bloß in allgemeiner Form angegeben wird, dass Daten verarbeitet werden.

In der Praxis bedeutet das, dass bei Reisen mit vernetztem Spielzeug je nach Land anderes Datenschutzrecht anzuwenden sein könnte.

¹² Art 4 Abs 1 lit c DSRL (Richtlinie 95/46/EG).

¹³ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 56, 10.

¹⁴ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, 11.

¹⁵ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 56, 10.

¹⁶ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 56, 10 f.

¹⁷ Vgl etwa *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 36 FN 110; *Dammann* in *Simitis*, BDSG⁸ § 1 Rz 223.

¹⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 56, 11 f; *Knyrim*, Datenschutzrecht³ 36 FN 110; *Rücker/Brandt* in *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, Kap 3 Teil D Rz 31. Vgl auch KG Berlin 5 U 42/12, wonach deutsches Datenschutzrecht anzuwenden ist, wenn Cookies auf Computern in Deutschland durch Facebook verwendet werden.

¹⁹ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 202, 8 f.

²⁰ Vgl Art-29-Datenschutzgruppe, WP 56, 13.

²¹ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, 11; *Dienst/Falke* in *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, Kap 14

Dies führt wiederum zu dem Ergebnis, dass **für die jeweilige Datenverarbeitung das Datenschutzrecht jenes Mitgliedsstaates anzuwenden ist, in dem sich der Betroffene samt seinem „Mittel“ (z.B. vernetzte Puppe) gerade befindet.**²² Das ist insofern problematisch, da für den Auftraggeber nicht unbedingt erkennbar sein muss, in welchem Staat sich der Betroffene aufhält.

Die für die Abgrenzung des räumlichen Anwendungsbereichs der europäischen Datenschutzgesetze entwickelten Kriterien bezogen auf den Rückgriff auf im Inland gelegene Mittel scheinen somit unbefriedigend. In Anlehnung an die Auffassung der Art-29-Datenschutzgruppe²³ wird hinsichtlich vernetzter Spielzeuge aber davon auszugehen sein, dass mangels datenverarbeitender Niederlassung innerhalb der EU österreichisches Datenschutzrecht anzuwenden sein wird, wenn sich der konkrete Gegenstand, der Daten erfasst – also das Spielzeug selbst oder z.B. das Smartphone auf dem die dazugehörige App installiert ist – in Österreich befindet.

Ein **Ausblick auf die Europäische Datenschutz-Grundverordnung**, die ab Mai 2018 in Österreich gelten wird, lässt einige Schlussfolgerungen bereits zu. Die DSGVO wird auf die **Verarbeitung personenbezogener Daten anwendbar sein**, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines **Verantwortlichen** oder eines **Auftragsverarbeiters** in der EU erfolgt, unabhängig davon, ob die Datenverarbeitung in der EU stattfindet (Art 3 Abs 1 DSGVO). Erfolgt die Datenverarbeitung nicht im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung in der EU, wird nicht mehr darauf abgestellt, ob auf in der EU befindliche Mittel zurückgegriffen wird. Die DSGVO ist vielmehr dann anzuwenden, wenn die Datenverarbeitung dazu dient, den betroffenen Personen, die sich in der EU befinden, (auch unentgeltlich) Waren oder Dienstleistungen anzubieten oder das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der EU erfolgt (Art 3 Abs 2 DSGVO).

Im Zusammenhang mit „Internet of Toys“ wird somit jedenfalls von der Anwendbarkeit der DSGVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten

Mit der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung sollte sich bezüglich vernetztem Spielzeug und der Frage, welches Datenschutzgesetz anzuwenden ist, nicht viel ändern.

Teil C Rz 5; *Wilmer*, DSRITB 2015, I (5); *Schöttle*, DSRITB 2015, 365 (366 f).

²² *Dienst/Falke* in *Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, Kap 14 Teil C Rz 7 f.

²³ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, I I.

auszugehen sein, soweit sich die betroffene Person in der EU aufhält, auch wenn der exakte räumliche Anwendungsbereich der DSGVO aufgrund der Verwendung einiger auslegungsbedürftiger Begriffe im Einzelfall unklar sein mag.

Geschützte Daten

Das DSG 2000 regelt die Verwendung personenbezogener Daten. Dies sind sämtliche Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist (§ 4 Z I DSG). Solche Angaben können im Zusammenhang mit „Internet of Toys“ nicht nur der **Name des Kindes**, sondern beispielsweise **Informationen über dessen Lebensgewohnheiten (z.B. Lieblingsessen) oder Foto-, Video- bzw. Tonaufnahmen** darstellen. Ist die Identität des Betroffenen aus solchen Angaben unmittelbar ersichtlich, ist diese bestimmt.

Problematischer ist die Frage, wann eine Bestimmbarkeit vorliegt. Diese ist nach neuester Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu dynamischen IP-Adressen nicht gegeben, wenn die Identifizierung der betreffenden Person gesetzlich verboten oder praktisch nicht durchführbar ist, z.B. weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskräften erfordern würde, so dass das Risiko einer Identifizierung de facto vernachlässigbar erscheine.²⁴

Demnach ist eine dynamische IP-Adresse des Besuchers einer Website für den Betreiber der Website in der Regel kein personenbezogenes Datum, außer wenn der Besucher sich z.B. unter Angabe von Namen und Adresse auf der Website registriert²⁵ oder wenn der Websitebetreiber über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, die betreffende Person anhand der Zusatzinformationen, über die der Internetzugangsanbieter dieser Person verfügt, bestimmen zu lassen.

Geschützt sind Daten, die zu einer Bestimmbarkeit des Kindes führen können. Angenommen, auf einen Teddybären gesprochene Worte eines Kindes werden z.B. durch einen Hack im Internet veröffentlicht, sind diese Daten nur insofern nach DSG geschützt als diese dazu führen, dass das einzelne Kind hinter den Worten ausfindig gemacht werden kann. Wird vom Inhalt der Konversation abhängen.

Als personenbezogene Daten und insofern geschützt, sind bei vernetztem Spielzeug nicht nur Name des Kindes, sondern unter Umständen auch Informationen zu Lebensgewohnheiten, Foto, Video- und Tonaufnahmen. Dies ist der Fall, wenn ein Bezug zu dem Kind hergestellt werden kann. Die Debatten dazu sind offen.

²⁴ EuGH C-582/14. Nach Kotschy, *jusIT*, 2017/9 (28) geht der EuGH nur auf die Frage ein, wann Bestimmbarkeit durch den Auftraggeber (Websitebetreiber) gegeben ist und setzt sich nicht mit der Frage der Bestimmbarkeit durch Dritte (Provider) auseinander, weshalb die dynamische IP-Adresse sehr wohl als personenbezogen angesehen werden könnte. Nach *Jahnel*, *jusIT* 2016/105 (254) oder *Mantz/Spittka*, *NJW* 2016, 3579 (3583) ist ein Personenbezug mangels einer für den Auftraggeber bestehenden rechtlichen Möglichkeit der Identifizierung ausgeschlossen; idS z.B. auch *Kühling/Klar*, *ZD* 2017, 24 (28), die jedoch wiederum anmerken, dass nicht ganz klar sei, ob der Auftraggeber im konkreten Einzelfall über die rechtlichen Mittel zur Identifizierung verfügen muss oder ob eine abstrakte Existenz solcher Mittel ausreicht.

²⁵ *Jahnel*, *Handbuch Datenschutzrecht* 3/82. Vgl idZ auch Art-29-Datenschutzgruppe, WP 202, 15 wonach Websites, die den Download einer App ohne Authentifizierung erlauben, unter Umständen keine personenbezogenen Daten verarbeiten.

Eine solche Möglichkeit besteht in Österreich derzeit grundsätzlich nicht, zumindest solange beispielsweise kein Verdacht eines strafrechtlich relevanten Verhaltens²⁶ des Websitebesuchers vorliegt und deshalb eine Strafverfolgung eingeleitet werden kann, können in weiterer Folge die zur Herstellung des Personenbezugs erforderlichen Informationen über die Akteneinsicht nach § 68 StPO in Erfahrung gebracht werden. Vorausgesetzt, dass die Behörden im Verdachtsfall überhaupt tätig werden.²⁷

Das DSG 2000 kennt auch noch den Begriff der „nur indirekt personenbezogenen Daten“ (§ 4 Z 1) als quasi eigene, von der DSRL nicht vorgesehene, Datenkategorie, deren Anwendungsbereich im Einzelnen unklar ist.²⁸ Als nur indirekt personenbezogen gelten Daten, dann, wenn deren Personenbezug derart ist, dass der Auftraggeber, Dienstleister oder Übermittlungsempfänger die Identität des Betroffenen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann. Dynamische IP-Adressen wurden in Österreich bis dato immer als personenbezogen oder (zumindest) indirekt personenbezogen qualifiziert.²⁹

Diese Qualifikation kann unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EUGH wahrscheinlich nicht aufrechterhalten werden, dynamische IP-Adressen wären demnach unter Anwendung der oben angeführten Grundsätze nur noch entweder als personenbezogene oder nicht-personenbezogene Daten einzuordnen.³⁰ Selbst wenn man dynamische IP-Adressen weiterhin als indirekt personenbezogene Daten ansieht, so gelten für deren Verarbeitung ohnehin stark vereinfachte Regeln. Denn diese Daten werden als weniger schutzwürdig eingestuft.³¹ Gemäß § 8 Abs 2 bzw. § 9 Z 2 DSG werden bei der Verwendung von indirekt personenbezogenen Daten beispielsweise schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht verletzt, weshalb das Vorliegen einer Zustimmung oder einer sonstigen Rechtfertigung für die Datenverarbeitung nicht erforderlich ist.

Die Frage der Einordnung der dynamischen IP-Adresse als personenbezogenes Datum (bzw. indirekt personenbezogenes Datum) ist deshalb von entscheidender

Die Frage ob eine IP-Adresse als ein personenbezogenes Datum gilt, ist entscheidend für die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zuverlässigkeit von vernetztem Spielzeug. Würde es als personenbezogenes Datum gelten, dann genüge bei einem Spielzeug schon eine Sprachaufzeichnung um einen Personenbezug herzustellen. Ansonsten sind zusätzliche Angaben notwendig, die auf die Person Rückschluss zulassen.

²⁶ Vgl. *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht 3/82.

²⁷ Vgl. *Kartheuser/Gilsdorf*, MMR-Aktuell 2016, 382533.

²⁸ Ausführlich dazu *Bergauer*, Jahrbuch Datenschutzrecht 2011, 55 ff.

²⁹ *Jahnel*, *jusIT* 2016/105 (254); *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht 3/82.

³⁰ *Jahnel*, *jusIT* 2016/105 (254 f); aA *Kotschy*, *jusIT*, 2017/9 (28).

³¹ *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht 3/78.

Bedeutung, weil die IP-Adresse durch die datenverarbeitende Stelle sämtlichen sonstigen beim Spielen im „Internet of Toys“ anfallenden Daten, z.B. Informationen über Lebensgewohnheiten oder Sprachaufzeichnungen, zugeordnet werden kann und diese somit, falls man den Personenbezug bejaht, ebenfalls als personenbezogene bzw. indirekt personenbezogene Daten gelten würden. Es müsste somit nicht geprüft werden, ob sich ein Personenbezug im Einzelfall, z.B. je nach Inhalt der Sprachaufzeichnung, direkt aus solchen Daten ergibt.

Somit muss im Zusammenhang mit vernetztem Spielzeug festgehalten werden: **Es werden zwar zahlreiche Daten des Kindes verarbeitet, diese sind aber möglicherweise, mangels Bestimmbarkeit, als nicht personenbezogen anzusehen.** Nimmt ein Spielzeug z.B. die Stimme des Kindes auf und wird diese extern beim Hersteller oder App-Betreiber gespeichert, so wird für diese, solange sich der Personenbezug nicht aus der Aufnahme selbst ergibt, auch keine Bestimmbarkeit aufgrund der Zuordnung der Stimme zu einer dynamischen IP-Adresse vorliegen. Das DSGVO 2000 wäre also idR nur dann zu berücksichtigen, wenn es zu irgendeiner Registrierung unter Angabe weiterer Daten kommen würde, die es ermöglichen, die Identität des Betroffenen zu bestimmen.³²

Der **Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung** lässt davon ausgehen, dass die Definition personenbezogener Daten mit jener der Datenschutzrichtlinie praktisch ident ist. Die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes wird insoweit auch bei Auslegung der DSGVO zu berücksichtigen sein.³³

Normadressaten des DSGVO 2000

Träger des Grundrechts auf Datenschutz ist der jeweilige Betroffene, dessen Daten verwendet werden (§ 4 Z 3 DSGVO). Wer die Entscheidung trifft personenbezogene Daten zu verwenden, ist Auftraggeber (§ 4 Z 4 DSGVO) und verantwortlich dafür, dass dabei die Bestimmungen des DSGVO einhalten werden. Als Auftraggeber kommen, je nach konkreter Ausgestaltung des Spielzeugs, beispielsweise der Spielzeughersteller, der Website- oder App-Betreiber aber auch die Eltern des Kindes in Frage.

Die Fallstudien zeigen, dass selbst, wenn viele Daten des Kindes durch Spielzeug gespeichert sind – dies möglicherweise mangels Bestimmbarkeit nicht als personenbezogen angesehen werden müssen und deshalb nicht geschützt sind.

³² Die Puppe „Little Love - Lotta mit Ärzteset“ kann beispielsweise ohne Registrierung über eine Website personalisiert werden.

³³ Vgl. Mantz/Spittka, NJW 2016, 3579 (3582); Rücker/Brandt in Bräutigam/Rücker, E-Commerce, Kap 3 Teil D Rz 60.

Wer Daten hingegen bloß zu Herstellung eines ihm (durch den Auftraggeber) aufgetragenen Werkes verwendet, ist Dienstleister (§ 4 Z 5 DSGVO). Der Dienstleister kann jedoch selbst zum Auftraggeber werden, etwa wenn er eine Datenverarbeitung entgegen den Anordnungen des Auftraggebers vornimmt.³⁴

Sowohl die App als auch die Website, mit der das Spielzeug verbunden wird, müssen nicht zwangsläufig vom Hersteller betrieben werden. Der Hersteller des Spielzeugs wird in solchen Fällen selbst keine personenbezogenen Daten verarbeiten, außer wenn er irgendeinen Zugriff auf die datenverarbeitende Software hat.³⁵ Die bloße Herstellung von Waren, die personenbezogene Daten verarbeiten können, führt jedenfalls nicht zur Qualifikation als Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSGVO.

Wer hingegen eine App oder Website betreibt, über die personenbezogene Daten verarbeitet werden, ist als datenschutzrechtlicher Auftraggeber anzusehen, soweit er nicht, z.B. vom Hersteller, mit der Bereitstellung der App oder Website und der damit verbundenen Datenverarbeitung beauftragt wurde. Entscheidend ist somit auch das interne Verhältnis der beiden Akteure, welches in der Praxis wohl selten einsehbar sein wird. Bei den derzeit am Markt befindlichen Spielzeugen ist es zum Teil nur schwer möglich festzustellen, wer der Hersteller ist und wer die dazugehörige App- bzw. Website (tatsächlich) betreibt.³⁶ Soweit ersichtlich handelt es sich meist um chinesische Unternehmen.

Als Auftraggeber kommen aber auch die Eltern bzw. sonstige natürliche Personen aus dem Umfeld des Kindes in Frage.³⁷ Werden personenbezogene Daten, beispielsweise über eine, mit dem Spielzeug verbundene App, durch ein Elternteil eingegeben und gespeichert, etwa um das Spielzeug dadurch zu individualisieren, so ist das Elternteil diesbezüglich als Auftraggeber, der App-Betreiber als Dienstleister zu qualifizieren. Dies gilt natürlich nicht für Fälle in denen die Daten eigenmächtig zu anderen Zwecken verarbeitet oder für jene Daten, die der App-Betreiber möglicherweise zusätzlich selber erfasst.³⁸ Bei Speicherung von

Als Auftraggeber gilt, wer entscheidet personenbezogene Daten zu verwenden. Bei vernetztem Spielzeug können das der Hersteller, die Website- bzw. App-Betreiber, aber auch die Eltern des Kindes sein. Sie sind dafür verantwortlich die Bestimmung des Datenschutzes einzuhalten.

Im Falle eines Teddybären, der von den Eltern durch die Eingabe von Informationen zum Kind und seinen Lebensgewohnheiten, personalisiert wird, sind die Eltern die Auftraggeber.

³⁴ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSGVO § 4 Anm 6.

³⁵ Vgl. Wilmer, DSRITB 2015, I (8).

³⁶ So findet sich z.B. auf der Website www.vtechdolls.com, über die die Puppe „Little Love - Lotta mit Ärzteset“ personalisiert werden kann, kein Impressum (20.07.2017).

³⁷ Wiebusch, DSRITB 2015, 157 (163 f).

³⁸ Zum vergleichbaren Fall der Datenverarbeitung durch soziale Netzwerke siehe Jahnelt in Jahnelt/Mader/Staudegger, IT-Recht³ 425.

Datensätzen bloß am Gerät ohne Zugriffsmöglichkeit durch den Hersteller oder sonstige Akteure kommen eigentlich nur die Eltern als Auftraggeber in Frage.

Der **Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung** lässt sagen, dass die Definition des Auftraggebers, nunmehr Verantwortlicher, und des Dienstleisters, nunmehr Auftragsverarbeiter, jener des DSG 2000 entspricht.³⁹ Den Dienstleister treffen jedoch weitergehende Pflichten, seine Verantwortlichkeit wird der des Auftraggebers angenähert.⁴⁰

1.1.2. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Wenn geklärt wird, dass das DSG 2000 anzuwenden ist, stellt sich in einem weiteren Schritt die Frage, wann schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung von Daten im *Internet of Toys* nicht verletzt werden. Obwohl das DSG 2000 spezielle Regelungen für den Schutz von Daten von Kindern explizit nicht vorsieht, gelten für die Verarbeitung solcher Daten teilweise besondere Grundsätze.

Zustimmung

Zulässig ist jedenfalls jene Datenverarbeitung, die mit Zustimmung des Betroffenen erfolgt (§ 8 Abs 1 Z 2 DSG), wobei nach österreichischer Rechtsprechung an eine wirksame Zustimmungserklärung sehr hohe Anforderungen zu stellen sind.⁴¹ Demnach wird etwa vorausgesetzt, dass genau beschrieben wird, welche Daten zu welchen Zwecken verarbeitet und an wen genau diese gegebenenfalls übermittelt werden sollen. Erforderlich ist auch ein ausdrücklicher Hinweis auf den jederzeit möglichen schriftlichen Widerruf. In der Praxis werden diese Voraussetzungen nur äußerst selten eingehalten.⁴²

Es genügt nicht, wenn der Betreiber eines Spielzeugs angibt, dass die aufgezeichneten Tonaufnahmen an Dritte zu Analysezwecken weitergegeben werden. Es muss genau angegeben werden welche und an wen im Speziellen.

³⁹ Feiler/Forgó, EU-DSGVO, Art 4 Anm 11 und 15.

⁴⁰ Feiler/Forgó, EU-DSGVO, Einführung 4.2.

⁴¹ Siehe Knyrim, Datenschutzrecht³ 193 f.

⁴² Vgl idZ Knyrim, Datenschutzrecht³ 165 FN 472.

Zu beachten ist des Weiteren, dass die Ausübung höchstpersönlicher Rechte dem Betroffenen vorbehalten bleibt und eine Vertretung ausgeschlossen ist.⁴³ Dies gilt auch für die datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung.⁴⁴ **Die Zustimmung der Eltern zur Datenverarbeitung ersetzt somit nicht die Zustimmung des Kindes.** Ein Kind kann seine Zustimmung wiederum nur bei Vorliegen der erforderlichen Einsichts- und Urteilsfähigkeit wirksam abgeben.⁴⁵

Ob ein Kind über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt hängt von den Umständen des Einzelfalls ab und wird nur dann zu bejahen sein, wenn es den Umfang und die Folgen der konkreten Datenverarbeitung überhaupt versteht.⁴⁶ Dies wird bei Minderjährigen wohl selten der Fall sein.⁴⁷ Im Zusammenhang mit vernetzten Alltagsgegenständen wird sogar die Meinung vertreten, dass aufgrund der Komplexität der Datenverarbeitung und der unübersichtlichen Anzahl der beteiligten Akteure auch Erwachsene unter Umständen nicht wirksam in die Datenverarbeitung einwilligen können.⁴⁸

In der Praxis wird eine (wirksame) Zustimmung zur Datenverarbeitung somit oft nicht möglich sein. Werden Daten Dritter verarbeitet (z.B. der Name des besten Freundes des Kindes), so müssten außerdem auch diese zustimmen, was die Möglichkeit der Rechtfertigung der Datenverarbeitung bloß über die Zustimmung faktisch wesentlich einschränkt. Denkbar sind auch Fälle, in denen vernetzte Spielzeuge, etwa von den Geschwistern oder in einem Kindergarten, von mehreren Kindern gleichzeitig genutzt werden. Da der Auftraggeber

Eltern können nicht für ihr Kind einer Datenverarbeitung ohne Weiteres zustimmen. Das Kind muss ausreichend Einsicht- und Urteilsfähig sein. Es ist davon auszugehen, dass das bei Minderjährigen ob der Komplexität nicht gegeben sein wird.

Werden Daten von einem anderen Kind vom Spielzeug verarbeitet, wie der Name des besten Freundes, müsste auch hier eine wirksame Zustimmung zuvor eingeholt werden. Dasselbe gilt für Geschwister oder im Kindergartenkontext.

⁴³ OGH 15 Os 176/15v iZm der Zustimmung iSd § 7 MedienG; zu § 78 UrhG siehe etwa *Dokalik*, FamZ 2006, 4 (6 f); *Seiss/Raabe-Stuppig*, ZIR 2014, 100 (102 f); *A. Kodek in Kucsko*, Urheberrecht 1069; *Walter*, Handbuch I Rz 1707; *Guggenbichler in Ciresa*, Urheberrecht § 78 Rz 38.

⁴⁴ *Haidinger*, Dako 2017/9 (17); *Marous*, jusIT 2016/55 (120); *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht 3/143 ff.

⁴⁵ OGH 15 Os 176/15v; *Marous*, jusIT 2016/55 (120).

⁴⁶ Vgl *Marous*, EF-Z 2013/160 (255); *Dokalik*, FamZ 2006, 4 (6).

⁴⁷ In Bezug auf die Veröffentlichung von Fotos und Videos im Internet iSd *Marous*, EF-Z 2013/160 (255). Vgl auch BGH I ZR 218/12, wonach nicht davon ausgegangen werden kann, dass Minderjährige die Tragweite einer Zustimmung zur Datenverarbeitung zu Werbezwecken absehen können.

⁴⁸ *Venzke-Caprarese*, DSRITB 2015, 377 (384); *Dienst/Falke in Bräutigam/Rücker*, E-Commerce, Kap 14 Teil C Rz 41; vgl auch Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, 7 f. Zur vergleichbaren Problematik iZm „Big Data“ vgl *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137 (1140). Nach *Schwartzmann* (Interview mit Prof. Dr. Rolf Schwartzmann, abrufbar unter www.rdv-online.com/serie/interview-mit-prof.-dr.-rolf-schwartzmann-gdd; abgerufen am 20.04.2017) wird es für eine wirksame Einwilligung iZm der Nutzung vernetzter Autos oftmals bereits an ausreichenden technischen Kenntnissen bezüglich der zahlreichen Funktionen solcher Fahrzeuge fehlen.

in der Regel nicht überprüfen können wird, wer das Spielzeug gerade nutzt, wird eine Zustimmung auch aus diesem Grund nicht zweckmäßig sein.

Der **Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung** zeigt auf, dass sich einiges ändern könnte. Bei direkt an das Kind (iSv Minderjähriger)⁴⁹ gerichteten Diensten der Informationsgesellschaft⁵⁰, also etwa kommerziellen Websites oder Apps⁵¹, wird nach Art 8 DSGVO die Einwilligungsfähigkeit in die Datenverarbeitung ab 16 Jahren angenommen. Hat das Kind noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet, so ist die Verarbeitung nur rechtmäßig, sofern und soweit die Einwilligung durch die Eltern für das Kind oder vom Kind mit deren Zustimmung erteilt wird. Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften zu diesen Zwecken eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf. Der österreichische Gesetzgeber wollte im ursprünglichen Gesetzesentwurf (322/ME XXV. GP) nicht von der Öffnungsklausel Gebrauch machen, hat sich schlussendlich jedoch dafür entschieden. **Das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 sieht nun in § 4 Abs 4 vor, dass eine Einwilligung rechtmäßig ist, wenn das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat.**

Dass mit der Anpassung des Datenschutzgesetzes eine Einwilligung ab 14 Jahren rechtmäßig wird, könnte es für Hersteller von vernetztem Spielzeug einfacher machen, sofern es ihre Zielgruppe wird und es sich um mit Spielzeugen handelnde, die mit Apps oder Websites verbunden

Die DSGVO geht, jedenfalls bei direkt an das Kind gerichteten Diensten der Informationsgesellschaft, ausdrücklich davon aus, dass **eine gesetzliche Vertretung bei der Einwilligung möglich** ist. Die generellen Anforderungen an eine wirksame Zustimmung entsprechen ansonsten jenen, die die Rechtsprechung in Österreich an eine solche bereits bisher gestellt hat, wobei zusätzlich noch das Koppelungsverbot nach Art 7 Abs 4 DSGVO zu beachten ist.⁵² Abzuwarten bleibt, wie die jeweiligen Diensteanbieter das Alter des Kindes bzw. die Einwilligung der Eltern überprüfen werden können.⁵³

Vertragserfüllung

Eine Datenverarbeitung ist auch ohne Vorliegen einer Zustimmung zulässig, soweit sie zur Vertragserfüllung notwendig ist (§ 8 Abs 3 Z 4 DSG). Hierbei ist

⁴⁹ Feiler/Forgó, EU-DSGVO Art 6 Anm 10.

⁵⁰ Art 4 Z 25 DSGVO.

⁵¹ Auch wenn die Nutzung der Website oder der App kostenlos möglich ist, vgl dazu Zankl, ECG² § 3 Rz 63.

⁵² Feiler/Forgó, EU-DSGVO Art 4 Anm 29. Inwieweit ein Koppelungsverbot auch nach derzeitiger Rechtslage besteht ist fraglich, vgl dazu Knyrim, Datenschutzrecht³ 190 ff.

⁵³ Vgl Pilgermaier, Dako 2017/4 (8).

aber zu beachten, dass dies nur für die Daten des Vertragspartners des Auftraggebers gelten kann, weshalb die Verwendung von Daten über Dritte (z.B. Angaben über den besten Freund des Kindes) nicht erfasst wäre. Auch eine über die Vertragserfüllung hinausgehende Verwendung der Daten (z.B. zur Weiterentwicklung des Produkts) wäre nicht gedeckt. Der **Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung** zeigt, dass die Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung von Art 6 Abs 1 lit b DSGVO abgedeckt wird.

Private Zwecke

In der Praxis wird eine Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Nutzung vernetzter Spielzeuge, auch wenn meist nur teilweise, durch § 45 DSG gedeckt sein. Für ausschließlich persönliche oder familiäre Tätigkeiten dürfen natürliche Personen Daten verarbeiten, wenn diese ihnen vom Betroffenen selbst mitgeteilt wurden oder sonst rechtmäßig zustande gekommen sind. Was genau unter einer „ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeit“ zu verstehen ist, kann im Einzelfall fraglich sein⁵⁴, das Filmen bei einem Kindergeburtstag⁵⁵ oder der Einsatz eines „Babyphone“⁵⁶ fallen aber grundsätzlich darunter. Dasselbe muss somit für den Gebrauch vernetzter Kinderspielzeuge gelten.

Soweit z.B. ein Elternteil als Auftraggeber zu qualifizieren ist, wird die Verarbeitung der Daten durch diesen und auch z.B. den App-Betreiber (als Dienstleister) zulässig sein, egal ob es sich um Daten des Kindes oder beispielsweise des Freundes des Kindes handelt.

Nicht durch § 45 DSG abgedeckt wären jedoch Fälle in denen z.B. der App-Betreiber als Auftraggeber handelt.⁵⁷ Im Einzelfall könnte eine nach § 45 DSG zulässige Datenverarbeitung jedoch z.B. nach § 16 ABGB unzulässig sein, etwa bei ungewollter Bildaufnahme Dritter durch das Kind mit Hilfe des Spielzeugs.⁵⁸

Auch umfasst § 45 DSG nicht die Veröffentlichung von Daten im Internet, wenn diese einer unbegrenzten Zahl von Personen zugänglich gemacht werden.⁵⁹ Daten, die eine natürliche Person für ausschließlich persönliche oder familiäre Tätigkeiten

So wie der Einsatz von einem Babyphone oder das Filmen eines Kindergeburtstags in einer Familie erlaubt ist, kann davon ausgegangen werden, dass ähnlich bei vernetztem Spielzeug ein solcher Gebrauch als privater Zweck rechtmäßig sein wird.

⁵⁴ Jähnel, Handbuch Datenschutzrecht 8/4 f.

⁵⁵ ErläutRV 472 BlgNR XXIV. GP 17.

⁵⁶ Datenschutzbericht 2007, 65.

⁵⁷ Vgl Art-29-Datenschutzgruppe, WP 202, 12.

⁵⁸ Vgl idZ OGH 6 Ob 256/12h.

⁵⁹ EuGH C-101/01.

verarbeitet, dürfen nach § 45 Abs 2 DSGVO für andere Zwecke nur mit Zustimmung des Betroffenen übermittelt, also etwa veröffentlicht, werden. Ein überwiegendes Interesse an der Veröffentlichung solcher Daten ist irrelevant, **weshalb sämtliche beim Spielen anfallenden Datensätze, mangels der Möglichkeit der Zustimmung durch das Kind, nicht durch die Eltern veröffentlicht werden dürften.**⁶⁰

Sollten ausnahmsweise auch (direkt personenbezogene) sensible Daten des Kindes verarbeitet werden, bildet § 45 DSGVO hierfür wohl die einzige Grundlage, da die Einholung einer Zustimmung an der mangelnden Einsichts- und Urteilsfähigkeit scheitern wird und weder die Notwendigkeit zur Vertragserfüllung noch überwiegende Interessen des Auftraggebers in der taxativen Aufzählung der zulässigen Verwendungsfälle des § 9 DSGVO zu finden sind.

Der **Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung**: Nach Art 2 Abs 2 lit c DSGVO ist eine Datenverarbeitung durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten generell vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Anders als nach § 45 DSGVO kommt es nicht darauf an woher die Daten stammen. Die Ausnahme greift ausdrücklich bei Nutzung Sozialer Netzwerke⁶¹, somit wohl auch bei Nutzung vernetzter Spielzeuge. Zu beachten ist allerdings, dass **Veröffentlichungen von Daten im Internet nur insoweit ausgenommen sein werden, als diese gegenüber dem Freundes- und Bekanntenkreis und nicht gegenüber einem unbegrenzten Kreis von Personen erfolgen**, wobei die Abgrenzung im Einzelfall schwer sein kann.⁶² Die DSGVO gilt außerdem für den Betreiber der Website oder App, über die jemand Daten für private Zwecke verarbeitet.⁶³

Eltern dürfen allerdings privat aufgezeichnete Daten nicht ohne Weiteres z.B. online veröffentlichen. Es ist davon auszugehen, dass keine bei Spielen anfallenden Datensätze durch Eltern veröffentlicht werden dürfen. Selbst das Kind könnte dem nicht wirksam zustimmen.

⁶⁰ Zur Veröffentlichung von Familienfotos vgl *Marous*, *jusIT* 2016/55 (122).

⁶¹ *ErwGr* 18.

⁶² *Schulz/Gola in Gola*, *DS-GVO*, Art 6 Rz 166.

⁶³ *ErwGr* 18.

Interessenabwägung

Als praktisch wohl letzte Möglichkeit Datenverarbeitungen im „Internet of Toys“ zu rechtfertigen bleibt die Interessenabwägung nach § 8 Abs I Z 4 DSGVO, die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist.

Dabei ist zu beachten, dass das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung der Daten von deren Inhalt abhängt.⁶⁴ Es wird somit einen Unterschied machen, ob beispielsweise bloß der Name und die E-Mail-Adresse oder ob Videoaufnahmen aus dem privaten Bereich verarbeitet werden. Fälle, in denen die Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen gegenüber überwiegenden berechtigten Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten zurücktreten müssen, sind theoretisch möglich, da auch rein wirtschaftliche Interessen des Herstellers bzw. App-Betreibers zu berücksichtigen sind⁶⁵ und das Spielen möglicherweise auch im Interesse des Kindes selbst liegen kann⁶⁶.

Gewähren Datensätze einen Einblick in die privaten Lebensgewohnheiten der Kinder und deren Eltern, so ist auf Grund der potenzielle Schwere des Eingriffs in die Privatsphäre der Betroffenen davon auszugehen, dass hier rein wirtschaftliche Interessen idR nicht überwiegen werden.⁶⁷ Außerdem spricht die Vermutung im Zweifel für die Schutzwürdigkeit.⁶⁸ Soweit Daten von Kindern betroffen sind, ist dies bei der Interessenabwägung besonders zu berücksichtigen.⁶⁹

Der Ausblick auf die **Datenschutz-Grundverordnung**: Art 6 Abs I lit f DSGVO sieht die Möglichkeit einer Interessenabwägung vor, wobei die Datenverarbeitung immer dann zulässig ist, wenn die Interessen des Betroffenen nicht überwiegen, somit auch bei einem Interessengleichgewicht.⁷⁰ Bei dieser sind nun auch

Es steht das Geheimhaltungsinteresse des Kindes z.B. den wirtschaftlichen Interessen des Herstellers gegenüber. Abzuwägen ist das in jedem konkreten Fall.

⁶⁴ Grabenwarter, ÖJZ 2000, 861 ff; Dörfler/Siegwart in Bauer/Reimer, Handbuch Datenschutzrecht 519.

⁶⁵ RS0131021.

⁶⁶ Vgl Marous, EF-Z 2013/160 (255).

⁶⁷ Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, 18; Dienst/Falke in Bräutigam/Rücker, E-Commerce, Kap 14 Teil C Rz 37.

⁶⁸ RS0107203 (T2); Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 8 Anm 9.

⁶⁹ Vgl Art-29-Datenschutzgruppe, WP 160, 10, wonach bei der Interessenabwägung besondere Fürsorge in Bezug auf den Status von Kindern als betroffene Personen geboten ist, wobei ihr Wohl als Richtschnur zu verwenden ist.

⁷⁰ Gemäß § 8 Abs I Z 4 DSGVO müssen die Interessen des verantwortlichen überwiegen. Zur Richtlinienkonformität von § 8 Abs I Z 4 DSGVO siehe Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht 4/37; vgl auch Kastelitz in Knyrim, Datenschutz-Grundverordnung 107.

die „vernünftigen Erwartungen“ des Betroffenen zu berücksichtigen.⁷¹ Die Interessen von Kindern sind bei der Interessenabwägung scheinbar besonders hoch zu bewerten.⁷²

1.1.3. Datenüberlassung

Auftraggeber dürfen gemäß § 10 Abs I DSGVO bei ihren Datenanwendungen Dienstleister in Anspruch nehmen, wenn diese ausreichende Gewähr für eine rechtmäßige und sichere Datenverwendung bieten. Außerdem hat der Auftraggeber mit dem Dienstleister die hierfür notwendigen Vereinbarungen zu treffen und sich von ihrer Einhaltung durch Einholung der erforderlichen Informationen über die vom Dienstleister tatsächlich getroffenen Maßnahmen zu überzeugen. § 11 Abs I DSGVO sieht einen umfassenden Pflichtenkatalog für Dienstleister vor.

In der Praxis werden viele der vernetzten Spielzeuge von chinesischen Unternehmen fabriziert, die dazugehörigen Apps werden Usern von chinesischen Betreibern zur Verfügung gestellt.⁷³ Das führt dazu, dass eine Überlassung personenbezogener Daten einer Genehmigung der Datenschutzbehörde nach § 13 DSGVO bedarf, da China nicht zu den Staaten mit angemessenem Datenschutzniveau im Sinne des § 12 Abs 2 DSGVO zählt. Dies spielt etwa bei jener Konstellation eine Rolle, in der ein Elternteil als Auftraggeber und der App-Betreiber (mit Sitz in China) als Dienstleister zu qualifizieren ist.

Ausgenommen von der Genehmigungspflicht sind jedoch z.B. Daten aus Datenanwendungen für private Zwecke nach § 45 DSGVO (§ 12 Abs 3 Z 4), Fälle in denen eine (besondere) Zustimmung⁷⁴ des Betroffenen vorliegt (§ 12 Abs 3 Z 5) oder indirekt personenbezogene Daten (§ 12 Abs 3 Z 2). Außerdem Fälle in denen ein vom Auftraggeber mit dem Betroffenen oder mit einem Dritten eindeutig im Interesse des Betroffenen abgeschlossener Vertrag nicht anders als durch Übermittlung der Daten ins Ausland erfüllt werden kann (§ 12 Abs 3 Z 6). Ein solcher Fall wäre eben die Überlassung von Daten des Kindes durch die Eltern an den App-Anbieter im Drittstaat, soweit diese erforderlich ist um das konkrete Spielzeug nutzen zu können und das Spielen eindeutig den Interessen des Kindes

Es genügt, wenn Eltern ein Spielzeug kaufen und zustimmen, dass Videoaufnahmen des Kindes gespeichert werden, dass sie Auftraggeber werden. Sofern die App-Betreiber das nur umsetzen, sind sie in der Position des Dienstleisters.

⁷¹ ErwGr 47; krit. Feiler/Forgó, EU-DSGVO Art 6 Anm 9.

⁷² Vgl. Art 6 Abs I lit f letzter HS.

⁷³ So beispielsweise „JAMARA SpyVi“ vom Entwickler Leo Lu mit Sitz in China (Quelle: Google Play Store, 20.04.2017).

⁷⁴ Siehe dazu Jähnel, Handbuch Datenschutzrecht 4/148.

dient. Zusätzlich bedarf es gemäß § 12 Abs 5 DSG aber einer vertraglichen Verpflichtung des Dienstleisters zu Einhaltung der Pflichten nach § 11 Abs 1 DSG. Auch daran kann die Rechtmäßigkeit der Datenüberlassung an einen chinesischen Dienstleister in der Praxis scheitern.

Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung

Für die Beauftragung eines Dienstleisters sieht Art 28 Abs 3 DSGVO eine Dienstleistungsvereinbarung vor, die über die jetzigen Anforderungen nach § 11 DSG hinausgeht.⁷⁵ Außerdem dürfen nur solche Dienstleister eingesetzt werden, die hinreichend Garantien dafür bieten, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet.⁷⁶

Die Übermittlung⁷⁷ personenbezogener Daten an Dienstleister in Drittländern ist in Art 44 ff DSGVO geregelt. Hinsichtlich chinesischer Dienstleister wäre die Übermittlung in der Praxis am einfachsten über einer der Ausnahmen des Art 49 Abs 1 DSGVO zu rechtfertigen. Ausnahmen sind für das Vorliegen einer (informierten) Einwilligung (UAbs 1 lit a) von der betroffenen Person (dem Datensubjekt) oder die Notwendigkeit zur Vertragserfüllung vorgesehen, wobei nicht nur jene Fälle erfasst werden, in denen es um die Erfüllung des Vertrages zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen (UAbs 1 lit b), sondern auch Fälle, in denen es um die Erfüllung eines vom Verantwortlichen im Interesse des Betroffenen abgeschlossenen Vertrags geht (UAbs 1 lit c). Ein „eindeutiges Interesse“, wie derzeit nach § 12 Abs 3 Z 6 DSG gefordert, ist nicht erforderlich.

⁷⁵ Feiler/Forgó, EU-DSGVO Art 28 Anm 6.

⁷⁶ Vgl idZ Art 28 Abs 5 DSGVO wonach die Einhaltung genehmigter Verhaltensregeln gemäß Art 40 oder eines genehmigten Zertifizierungsverfahrens gemäß Art 42 durch einen Auftragsverarbeiter als Faktor herangezogen werden kann, um hinreichende Garantien nachzuweisen.

⁷⁷ Als „Übermittlung“ gilt jedenfalls auch eine „Überlassung“ nach der Definition des § 4 Z 11 DSG, vgl Feiler/Forgó, EU-DSGVO Art 44 Anm 1.

1.1.4. Datensicherheit

§ 14 DSGVO verpflichtet den Auftraggeber und Dienstleister Datensicherheitsmaßnahmen zu ergreifen. Diese Maßnahmen müssen unter Berücksichtigung des Standes der Technik und der bei der Durchführung erwachsenden Kosten ein Schutzniveau gewährleisten, das den von der Verwendung ausgehenden Risiken und der Art der zu schützenden Daten angemessen ist. Je schutzwürdiger die Daten, desto höher müssen die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen sein.⁷⁸

Demnach müsste beispielsweise die Übertragung von Videos, die ein Kind mittels einer am Spielzeug befestigten Kamera quer durch die die Wohnung aufnimmt, eigentlich eine verschlüsselte Übertragung gewährleistet sein. Hierfür müsste allerdings (auch) der Hersteller sorgen⁷⁹, dieser wird aber oft weder datenschutzrechtlicher Auftraggeber noch Dienstleister sein. Der vom Hersteller verschiedene Auftraggeber (z.B. App-Anbieter) hat alleine nämlich gar keine Möglichkeit für eine sichere Übertragung der Daten vom Spielzeug zu sorgen.

Außerdem wird ein verschlüsselter Datentransfer, da die Spielzeuge eventuell nicht über die dafür erforderliche Rechenleistung bzw. Energie verfügen werden, ohnehin schwer technisch umsetzbar sein.⁸⁰ Insoweit läuft § 14 DSGVO ein wenig ins Leere. Die technische Realisierbarkeit einer sicheren Datenübertragung scheint in der Praxis jedoch nicht das einzige Problem zu sein. (Siehe Kapitel 4.4. zur Fallstudie SpyVI)

Der **Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung**: Art 25 DSGVO enthält Regeln zum Datenschutz durch Technikgestaltung („Privacy by Design“) und Datenschutz durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen („Privacy by Default“). Die Pflichten treffen jedoch ausschließlich den Verantwortlichen, nicht den Auftragsverarbeiter und auch nicht den (bloßen) Hersteller.⁸¹ Lediglich in ErwGr 78 wird angemerkt, dass Hersteller ermutigt werden sollten, das Recht auf

An sich muss, wenn über Spielzeug ein Video übertragen wird, eine verschlüsselte Übertragung gewährleistet sein. Dafür müsste der Hersteller sorgen, der aber in vielen Fällen nicht Auftraggeber ist. Das kann zu einem Dilemma führen.

Vernetztes Spielzeug verfügt teilweise in der Form nicht über die erforderliche Rechenleistung bzw. Energie, um technisch gesehen sichere

⁷⁸ Knyrim, Datenschutzrecht³ 314.

⁷⁹ Die Verschlüsselung der Daten müsste vor der Übertragung erfolgen, weshalb vorausgesetzt wird, dass das Gerät eine solche Verschlüsselung überhaupt vornehmen kann; vgl hierzu etwa Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, 21, wonach die meisten Geräte im Internet der Dinge über keine Sensoren verfügen, die eine verschlüsselte Verbindung aufbauen können.

⁸⁰ Vgl Art-29-Datenschutzgruppe, WP 223, 21 f; Schöttle, DSRITB 2015, 365 (375).

⁸¹ Vgl Hötendorfer in Knyrim, Datenschutz-Grundverordnung 146 FN 23 und 150; zu Gewährleistungsansprüchen im Falle der unvollständigen Umsetzung der Vorgaben nach Art 25 DSGVO durch den Hersteller siehe Schuster/Hunzinger, CR 2017, 141 (146 f).

Datenschutz bei der Entwicklung und Gestaltung der Produkte, Dienste und Anwendungen zu berücksichtigen und unter gebührender Berücksichtigung des Stands der Technik sicherzustellen, dass die Verantwortlichen und die Verarbeiter in der Lage sind, ihren Datenschutzpflichten nachzukommen. Art 32 verpflichtet den Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter dazu umfangreiche Datensicherheitsmaßnahmen zu treffen. Was den Anwendungsbereich betrifft etwas weiter geht der Entwurf der geplanten ePrivacy-VO⁸², welcher in Art 10 Softwareanbieter verpflichtet „Privacy by Design“-Grundsätze einzuhalten, unabhängig davon, ob diese überhaupt selbst personenbezogene Daten verarbeiten.

1.4 Gewährleistung

1.1.5. Allgemeines

Bei der Gewährleistung handelt es sich um eine gesetzlich angeordnete **verschuldensunabhängige Haftung** für **entgeltliche Geschäfte**⁸³. Wer Waren verkauft, muss also im Rahmen der Gewährleistung (§§ 922 ff ABGB) dafür einstehen, dass diese zum **Zeitpunkt der Übergabe** keine **Mängel** aufweisen.

Ein **Sachmangel** liegt in erster Linie dann vor, wenn die Ware nicht die vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Zu berücksichtigen sind dabei aber auch **öffentliche Äußerungen** des **Übergebers** (z.B. Verkäufers), **Herstellers**, **EWR-Importeurs** oder **Anscheinsherstellers**⁸⁴, vor allem in der **Werbung** und in den der Sache beigefügten Angaben. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Verkäufer jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrags berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten. Verschafft der Verkäufer dem Erwerber nicht die

Bei vernetztem Spielzeug relevant ist, dass der/die Käufer/in zwei Jahre lang Ansprüche auf Gewährleistung geltend machen kann, wenn bei der Übergabe der Ware ein Mangel vorgelegen ist.

⁸² COM(2017) 10 final.

⁸³ ISv synallagmatische Verträge (siehe etwa *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} Vor §§ 922 - 933b Rz 6).

⁸⁴ Als Anscheinshersteller gilt wer sich durch die Anbringung des Namens, des Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet.

rechtliche Position, die er ihm nach dem Vertrag hätte einräumen müssen, so liegt ein **Rechtsmangel** vor.⁸⁵

Ist die Ware mangelhaft hat der Käufer die Wahl zwischen **Verbesserung** oder **Austausch** der Ware. Erst wenn beispielsweise das Unternehmen trotz Aufforderung nicht reagiert oder ein Verbesserungsversuch fehlschlägt, kann der Käufer verlangen, dass der **Kaufpreis gemindert** oder der Vertrag rückgängig gemacht wird (**Wandlung**). Handelt es sich um einen geringfügigen Mangel, besteht kein Wahlrecht, sondern bloß der Anspruch auf Preisminderung.

Die Frist zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen beträgt bei beweglichen Waren zwei Jahre nach Übergabe. Kommt ein Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervor, so geht das Gesetz davon aus, dass dieser bereits bei Übergabe bestanden hat. Kann der Verkäufer in diesem Fall nicht das Gegenteil beweisen, so ist er zu Gewährleistung verpflichtet. Gewährleistungsrechte des Verbrauchers können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (§ 9 KSchG). Zwischen Unternehmern sind zusätzlich die Spezialbestimmungen des §§ 377 f UGB zu beachten.

Unabhängig von der gesetzlich geregelten Gewährleistung können sich der Verkäufer oder Hersteller im Rahmen der **Garantie** freiwillig verpflichten, bestimmte Mängel innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu beheben. Das z.B. auch dann, wenn der Mangel erst nach der Übergabe der Ware entsteht. Liegt Verschulden vor, kann statt der Gewährleistung auch Schadenersatz nach § 933a ABGB verlangt werden. Der Ersatz etwaiger Mangelfolgeschäden richtet sich hingegen nach allgemeinem Schadenersatzrecht (§§ 1295 ff ABGB).⁸⁶

Hat ein Unternehmer (Händler) einem Verbraucher Gewähr geleistet, so kann er von seinem Vormann (z.B. Hersteller oder Importeur) auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist die Gewährleistung fordern (**Regress** nach § 933b ABGB). Dasselbe gilt für frühere Übergeber im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Käufers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben (z.B. Importeur gegenüber dem Hersteller). Der Anspruch ist jeweils mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt. Die

Wenn eine vernetzte Puppe gekauft wurde und Tests ergeben, dass es bei der es grobe Sicherheitsmängel bei der Datenübertragung gibt, könnten Ansprüche auf Gewährleistung geltend gemacht werden.

⁸⁵ OGH 10 Ob 502/94 (10 Ob 503/94).

⁸⁶ OGH 9 Ob 31/13v.

Gewährleistungspflicht muss hierfür tatsächlich bestanden haben, weshalb etwa Kulanzleistungen nicht zum Regress berechtigen.⁸⁷ Wurde die Gewährleistung zwischen den Parteien ausgeschlossen, muss durch Auslegung ermittelt werden, ob dies auch für den Regress nach § 933b ABGB gilt.⁸⁸ Voraussetzung für den Regress ist außerdem die Erfüllung der Rügeobliegenheiten nach §§ 377 f UGB.⁸⁹

1.1.6. Haftung für vernetzte Spielzeuge

Gewährleistungsansprüche kommen bei vernetztem Spielzeug naturgemäß auch hinsichtlich jener Mängel in Frage, die auch bei nicht vernetztem Spielzeug vorkommen und die nicht in der Natur des Spielzeugs als vernetztes Spielzeug gründen (z.B. ein Teil bricht aufgrund fehlerhafter Konstruktion ab). Zu berücksichtigen ist hier insbesondere, dass Spielzeuge im *Internet of Toys* zum Teil wesentlich teurer sind, als vergleichbare „analoge“ Spielzeuge und die Höhe des Entgelts ein Indiz für die vereinbarte Qualität des Produkts sein kann.⁹⁰

Sollten die Hard- und/oder die Softwarekomponenten des Spielzeugs im Einzelfall nicht die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen, also etwa in Bezug auf die Datensicherheit nicht dem **Stand der Technik** entsprechen, so kann der Käufer Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Händler geltend machen.⁹¹

Händler, die vernetzte Spielzeuge verkaufen, sollten deshalb prüfen, inwieweit diese Sicherheitsmängel aufweisen. Ein Mangel kann auch dann angenommen werden, wenn eine **gewöhnliche Nutzung** des Spielzeugs im Einzelfall überhaupt **nicht datenschutzkonform möglich sein sollte**.⁹²

Gewährleistungsansprüche sind ebenfalls gegenüber dem Anbieter einer **App** eines „IoToys“-Produkts denkbar. Sollten Sicherheitslücken auftauchen, wäre dieser verpflichtet solche fristgerecht zu beheben, etwa indem entsprechende **Sicherheitsupdates** zur Verfügung gestellt werden.⁹³

Wenn die Nutzung von vernetztem Spielzeug durch ein Kind nicht datenschutzkonform möglich ist oder die Datensicherheit des Spielzeugs nicht auf dem Stand der Technik ist, werden Ansprüche auf Gewährleistung möglich. Das trifft derzeit auf viele der erhältlichen Spielzeuge wahrscheinlich zu.

⁸⁷ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 933b Rz 18; Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 933b Rz 6.

⁸⁸ Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 933b 12.

⁸⁹ Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 933b Rz 18; Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 933b 21.

⁹⁰ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 923 Rz 4.

⁹¹ Ofner in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 923 Rz 2.

⁹² Vgl Schuster/Hunzinger, CR 2017, 141 (142 ff).

⁹³ Dies jedenfalls, wenn die Sicherheitslücke im Zeitpunkt des Downloads bestanden hat. Ebenso

Fraglich scheint in dem Zusammenhang jedoch, ob der Download kostenloser Apps überhaupt als **entgeltliches Geschäft** oder beispielsweise als **Schenkung** zu qualifizieren ist.⁹⁴ So wird etwa für die Frage der Anwendbarkeit der Verbraucherrechterichtlinie überwiegend anerkannt, dass das Entgeltlichkeitserfordernis auch bei Datenhingabe als Gegenleistung gegeben ist.⁹⁵ Auch in Bezug auf die kostenlose Nutzung sozialer Netzwerke, bei der sich die gleiche Frage stellt, wird von einem synallagmatischen Vertragsverhältnis ausgegangen.⁹⁶

Entsprechend kann man auch das Vorliegen der Entgeltlichkeit bei kostenlosen Apps argumentieren⁹⁷. Teilweise wird bei Gratis-Apps jedoch ein Schenkungsvertrag angenommen⁹⁸, was dazu führen würde, dass Gewährleistungsansprüche ausscheiden. Jedenfalls in Fällen, in denen die App als Bestandteil des Produkts dargestellt wird und somit als Teil der geschuldeten Leistung anzusehen ist, wird man von einem entgeltlichen Geschäft ausgehen müssen, auch wenn der Download nach dem Kauf des Spielzeugs ohne zusätzliche Zahlung möglich ist. Anders jedoch z.B. bei optionalen Apps externer Anbieter.

Der Entwurf der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte⁹⁹, die unter anderem die Gewährleistung für digitale Inhalte wie etwa Apps regeln soll, erfasst zwar Fälle, in denen die Gegenleistung des Verbrauchers in der Datenüberlassung besteht. Dies aber nicht, wenn die Datenhingabe passiv erfolgt (Art 3 Abs 1), also der Anbieter z.B. im Hintergrund Standortdaten des Nutzers erfasst. Die Unterscheidung könnte leider dazu führen, dass Anbieter somit vermehrt Daten im Hintergrund sammeln, statt auf eine bewusste Übermittlung von Daten durch Verbraucher zu setzen, um sich so dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu entziehen. Bezogen auf die im Spielzeug

Denkbar wären auch Ansprüche auf Gewährleistung gegenüber dem Betreiber einer App, sollten Sicherheitslücken nicht behoben werden.

Im Entwurf der Richtlinie wird die passive Hingabe von Daten, das könnte vermehrt dazu führen, dass Anbieter im Hintergrund Daten des Nutzers erfassen, was gerade bei Spielzeug sehr problematisch werden könnte.

wenn im Zuge eines seitens des App-Anbieters zur Verfügung gestellten Updates neue Sicherheitslücken entstehen. Vieles spricht jedoch dafür, dass der Anbieter der Software zusätzlich verpflichtet sein kann auch erst im Nachhinein auftretende Gefahren zu beseitigen (vgl. dazu *Andréewitch/Amlacher*, *justIT* 2015, 133).

⁹⁴ Gegen eine Einstufung als Schenkung *Datta/Klein*, CR 2017, 174 (180).

⁹⁵ Vgl etwa *Leupold* in *Kosesnik-Wehrle*, *KSchG*⁴, § 1 FAGG Rz 8; *Wendehorst* in *MüKoBGB*⁷, § 312 Rz 19; *Busch* in *BeckOGK* § 312 Rz 11.

⁹⁶ *Bräutigam*, *MMR* 2012, 635 (639 f).

⁹⁷ Vgl *Graf von Westphalen*, *EuZW* 2017, 373 (376); *Schmidt-Kessel/Grimm*, *ZfPW* 2017, 84 (94 f).

⁹⁸ Sie Nachweise bei *Datta/Klein*, CR 2017, 174 (177).

⁹⁹ COM(2015) 634 final.

integrierte Software scheint die Richtlinie möglicherweise überhaupt nicht anwendbar zu sein.¹⁰⁰

Von großer Bedeutung in dem Zusammenhang ist außerdem, was passiert, wenn der **Dienst** (z.B. App oder Website) nicht nur mangelhaft ist, sondern etwa **gänzlich eingestellt** wird und das vernetzte Spielzeug deshalb nicht mehr wie vorgesehen genutzt werden kann. In der Praxis fehlt es leider in der Regel an einer expliziten vertraglichen Regelung dieser Frage. Möglich wäre in solchen Fällen die Annahme, dass die Bereitstellung des Dienstes zumindest während der Gewährleistungsfrist von zwei Jahren als konkludent vereinbart gilt.¹⁰¹ Bei hochpreisigen Spielzeugen oder Spielzeugen, die ohne den jeweiligen Zusatzdienst quasi wertlos sind, wird von einem entsprechend längeren Zeitraum auszugehen sein.¹⁰²

Einige Spielsachen funktionieren nur noch über eine dazugehörige App. Wenn ein Betreiber eine Angabe dazu macht, wie lange das Service zumindest betrieben wird, ist dies als Vertragsinhalt in der Folge auch rechtsverbindlich. Auf Ablaufdaten bei Apps von vernetztem Spielzeug zu achten, kann insofern Sinn

¹⁰⁰ Vgl. ErwGr 11, wonach die Richtlinie nicht für digitale Inhalte gelten sollte, die derart in einer Ware integriert sind, dass sie fester Bestandteil der Ware sind und ihre Funktionen den Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind und die Ausnahme für das „Internet der Dinge“ in ErwGr 17.

¹⁰¹ Solmecke/Vondriik, MMR 2013, 755 (756 f); nach dem Produktzweck differenzierend Bräutigam/Klindt, NJW 2015, 1137 (1138); Chirco, DSRITB 2015, 519 (530).

¹⁰² Vgl. Solmecke/Vondriik, MMR 2013, 755 (757).

1.5 Produkthaftung

1.1.7. Produkthaftungsgesetz

Das **Produkthaftungsgesetz (PHG)** sieht eine **verschuldensunabhängige Haftung** des **Herstellers**, des **EWR-Importeurs** oder, im Falle der Verletzung der Benennungspflicht¹⁰³, auch des Verkäufers für Schäden die durch **fehlerhafte Produkte** verursacht wurden („Folgeschäden“). Hersteller ist derjenige, der das Endprodukt (Endhersteller), einen Grundstoff oder ein Teilprodukt erzeugt hat (Teilhafter), sowie jeder, der als Hersteller auftritt, indem er seinen Namen, seine Marke oder ein anderes Erkennungszeichen auf dem Produkt anbringt (Anscheinshersteller). Die Haftung erstreckt sich jedoch nur auf **Personenschäden** oder an vom Produkt verschiedenen körperlichen Sachen, wobei im Falle von **Sachschäden** gemäß § 2 PHG ein **Selbstbehalt von 500 Euro** vorgesehen ist. Schäden die durch einen Fehler am Produkt selber entstehen können nicht nach dem PHG geltend gemacht werden, ebenso Schäden an überwiegend unternehmerisch genutzten Sachen. Im Unterschied zur Produkthaftung regelt das Gewährleistungsrecht die verschuldensunabhängige Haftung für Mängel am gekauften Produkt. Ansprüche nach dem PHG können, auch im B2B-Bereich, weder ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.

Fehlerhaft ist ein Produkt dann, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist, besonders angesichts der Darbietung des Produkts, des Gebrauchs des Produkts, mit dem billigerweise gerechnet werden kann oder des Zeitpunkts, zu dem das Produkt in den Verkehr gebracht worden ist. Der Fehler muss im **Zeitpunkt des Inverkehrbringens**, also wenn diese in die Verfügungsmacht eines Dritten übergeht, vorliegen. Die Haftung kann aber unter anderem durch den Nachweis ausgeschlossen werden, dass die Eigenschaften des Produkts nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu dem es der in Anspruch Genommene in den Verkehr gebracht hat, nicht als Fehler erkannt werden konnten. Hat ein Ersatzpflichtiger Schadenersatz geleistet und ist der Fehler des Produkts nicht von

Wenn ein vernetztes Spielzeug schon, wenn es in den Handel kommt fehlerhaft ist, kann Produkthaftung wirksam werden. Fehlerhaft ist es, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man zu erwarten berechtigt ist.

¹⁰³ Kann der Hersteller oder - bei eingeführten Produkten - der Importeur nicht festgestellt werden, so haftet nach § 1 Abs 2 PHG ausnahmsweise der Verkäufer, wenn dem Geschädigten nicht in angemessener Frist den Hersteller beziehungsweise - bei eingeführten Produkten - den Importeur oder denjenigen nennt, der ihm das Produkt geliefert hat.

ihm verursacht worden, so kann er vom Hersteller des fehlerhaften Endprodukts, Grundstoffs oder Teilprodukts Ersatz verlangen. Sind mehrere Personen rückerstattungspflichtig, so haften sie zur ungeteilten Hand.

Haftung für vernetzte Spielzeuge

Ein **Produkt** ist gemäß § 4 PHG jede **bewegliche körperliche Sache**, auch wenn sie ein Teil einer anderen beweglichen Sache oder mit einer unbeweglichen Sache verbunden worden ist, einschließlich Energie. **Vernetzte Spielzeuge sind, als bewegliche körperliche Sachen, als Produkt einzustufen**, für die der Endhersteller nach den Grundsätzen des PHG einzustehen hat. Die Qualifikation von **Software** als solche, also der Spielzeugsoftware und von dazugehörigen Apps, als Produkt iSd § 4 PHG ist hingegen im Einzelnen umstritten¹⁰⁴, wobei eine Haftung für Softwarefehler jedenfalls dann anzunehmen sein wird, wenn diese auf irgendeine fehlerhafte körperliche Beschaffenheit des Datenträgers zurückzuführen ist.¹⁰⁵ Wenn ein Schaden durch einen echten Softwarefehler (iSv Programmierfehler) verursacht wurde wird eine Haftung in der Literatur teilweise abgelehnt, wobei hier zwischen Standard- und Individualsoftware¹⁰⁶ sowie auch noch zwischen auf Datenträgern abgespeicherter Software und Softwaredownloads¹⁰⁷ differenziert wird.

Überwiegend wird Software jedoch als Produkt angesehen.¹⁰⁸ Dies richtigerweise auch dann, wenn diese als Download zur Verfügung gestellt wird.¹⁰⁹ Die Haftung wird wohl auch bei Schäden, die durch **Software-Updates** verursacht wurden, zu bejahen sein.¹¹⁰ Eine Haftung des Softwareherstellers (als Teilersteller) für Schäden am Produkt selber kommt nach der Rechtsprechung des OGH nicht in Frage.¹¹¹ Konnten bestimmte Sicherheitslücken im Zeitpunkt des In-Verkehr-Bringens nicht erkannt werden, scheidet eine Haftung nach dem PHG aus,

Ein Praxisbeispiel: Um das vernetzte Spielzeug nutzen zu können ist eine App erforderlich. Sie wird unter der Marke des Spielzeugherstellers vertrieben. Die App enthält eine Schadssoftware, das Smartphone muss für 300 Euro repariert werden. Wer die App programmiert hat, ist in diesem Fall irrelevant. Der Spielzeughersteller haftet hier jedenfalls als Anscheinshersteller nach § 3 PHG. Kann der Hersteller nicht festgestellt werden, kommt auch eine Haftung des App-Store-Betreibers in Frage, wenn dieser nicht der Benennungspflicht nachkommt. Da bei Sachschäden jedoch ein Selbstbehalt von 500 Euro vorgesehen ist scheidet Ansprüche nach dem PHG aus.

¹⁰⁴ Zum derzeitigen Meinungsstand siehe *Harnoncourt*, ZVR 2016/228 (550).

¹⁰⁵ *Rebin* in BeckOGK § 2 ProdHaftG Rz 49.

¹⁰⁶ Vgl etwa *Posch/Terlitz* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 4 PHG Rz 10; *Rebin* in BeckOGK § 2 ProdHaftG Rz 55.

¹⁰⁷ Vgl *Posch/Terlitz* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 4 PHG Rz 10; *Rebin* in BeckOGK § 2 ProdHaftG Rz 56 ff.

¹⁰⁸ Siehe etwa *Horwath*, *ecolex* 2000, 784; *Harnoncourt*, ZVR 2016/228 (550); *Rebin* in BeckOGK § 2 ProdHaftG Rz 54.

¹⁰⁹ Vgl. *Harnoncourt*, ZVR 2016/228 (550); *Rebin* in BeckOGK § 2 ProdHaftG Rz 56 mwN; aA etwa *Beckmann/Müller*, MMR 1999, 14 (19).

¹¹⁰ *Harnoncourt*, ZVR 2016/228 (551).

¹¹¹ RS0071502.

möglicherweise treffen den Hersteller jedoch Warnpflichten (siehe Kapitel 5.5.3. Produktbeobachtung). Da Personenschäden und 500 Euro übersteigende Sachschäden, die jeweils in der Eigenschaft des Spielzeugs als vernetztes Spielzeug gründen, wohl nur theoretisch denkbar sind, wird das Thema Produkthaftung im Bereich „Internet of Toys“, zumindest derzeit, keine wesentliche Rolle spielen.

1.1.8. Produktsicherheit

Anders als Produkthaftungsgesetz verfolgt das **Produktsicherheitsgesetz 2004** das Ziel des präventiven Schutzes des Lebens und der Gesundheit von Menschen durch bestimmte Sicherheitsmaßnahmen und trifft keine Regelung zur Haftung der Hersteller für durch fehlerhafte Produkte verursachte Schäden. Wird den Sicherheitsanforderungen nicht entsprochen können etwa gemäß § 11 PSG bestimmte behördliche Maßnahmen, sogar ein Rückruf des Produkts, angeordnet werden.

Speziell für Spielzeuge ist in dem Zusammenhang beispielsweise auch die **Spielzeugverordnung 2011** zu beachten.

1.1.9. Produktbeobachtung

Die Produktbeobachtung gilt im Unterschied zur Produkthaftung für den **Zeitraum nach dem In-Verkehr-Bringen des Produkts**, Schadenersatzansprüche im Falle der Verletzung der Produktbeobachtungspflicht setzen außerdem ein **Verschulden** voraus. Sie ist nicht explizit gesetzlich geregelt, sondern hat ihre Grundlage in den Verkehrssicherungspflichten.¹¹² Software gilt in dem Bereich unumstritten als Produkt.¹¹³ Die Pflichten treffen den **Produkthersteller** für das Gesamtprodukt, insbesondere hinsichtlich des Zusammenspiels der Hard- und Software, auch wenn die Bestandteile extern eingekauft wurden.¹¹⁴ Ob auch eine Haftung des **Händlers** oder **Importeurs** besteht ist unklar¹¹⁵ und wohl nur in Ausnahmefällen denkbar.¹¹⁶

¹¹² OGH 6 Ob 215/11b.

¹¹³ Vgl Spindler, NJW 2004, 3145 mwN.

¹¹⁴ Droste, CCZ 2015, 105 (108).

¹¹⁵ Linder, wbl 2004, 455 FN 4; in Deutschland ist unter bestimmten Voraussetzungen vom Vorliegen entsprechender Pflichten auszugehen (BGH VI ZR 74/93).

¹¹⁶ Vgl idZ OGH 6 Ob 521/81.

Der **Umfang der Produktbeobachtungspflicht** richtet sich nach Art und Größe der möglicherweise eintretenden Gefahren, welche maßgeblich von den Eigenheiten des konkreten Produkts bestimmt werden. Des Weiteren ist auf Möglichkeit und wirtschaftliche Zumutbarkeit von Beobachtungsmaßnahmen Rücksicht zu nehmen und auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu achten. Bei Neuentwicklungen mit großem Schädigungspotenzial ist die Produktbeobachtungspflicht besonders intensiv.¹¹⁷ Die aktive Produktbeobachtungspflicht verpflichtet den Hersteller etwa zur selbständigen Information über Risiken und Gefahren seiner Produkte, die passive Produktbeobachtungspflicht zur Sammlung und Auswertung von Kundenbeschwerden und Schadensmeldungen sowie zur **Warnung über Sicherheitsrisiken der in Verkehr gebrachten Produkte**.¹¹⁸

Bei Softwareprodukten ist jedoch zu berücksichtigen, dass öffentliche Warnungen möglicherweise erst dazu führen könnten, dass entsprechende Lücken durch Cyberkriminelle ausgenutzt werden, was bei der Wahl der konkreten Abwehrmaßnahme zu berücksichtigen ist.¹¹⁹ Reichen Warnungen nicht aus, muss in Ausnahmefällen wohl auch ein Produktrückruf als Maßnahme in Betracht gezogen werden.¹²⁰ Da durch die Produktbeobachtungspflicht bezweckt wird Gefahren von anderen Rechtsgütern abzuwenden und nicht für die Mangelfreiheit des Produktes zu sorgen, kann hieraus grundsätzlich **keine Pflicht zur Fehlerbehebung**, beispielsweise zur Vornahme von Softwareupdates, abgeleitet werden.¹²¹ In vielen Fällen werden Softwareupdates jedoch die praktisch sinnvollste Maßnahme darstellen.¹²²

Ein Hersteller von vernetztem Spielzeug muss sich aktiv und selbstständig über Risiken und Gefahren seiner Produkte informieren und ist gegebenenfalls zur Warnung darüber verpflichtet.

Ein Praxisbeispiel: Um das vernetzte Spielzeug nutzen zu können ist eine App erforderlich. Einige Monate nach dem Download stellt der App-Anbieter aufgrund von Kundenbeschwerden fest, dass die App in Verbindung mit einem neuen Betriebssystem Sicherheitslücken aufweist, die zu einer dauerhaften Beschädigung des Geräts führen können. Der Nutzer wird deswegen beim nächsten Abruf der App mittels deutlicher Warnmeldung auf das Problem hingewiesen.

¹¹⁷ OGH 6 Ob 215/11b.

¹¹⁸ OGH 6 Ob 215/11b.

¹¹⁹ Vgl. *Spindler*, NJW 2004, 3145 (3147); *Droste*, CCZ 2015, 105 (108).

¹²⁰ Bezüglich Einzelheiten zum Rückruf siehe *Linder*, wbl 2004, 455.

¹²¹ Vgl. zur Rechtslage in Deutschland BGH VI ZR 170/07; *Spindler*, NJW 2004, 3145 (3148).

¹²² *Droste*, CCZ 2015, 105 (110).

1.6 Persönlichkeitsrechte

1.1.10. Unerwünschte Veröffentlichung von Fotos- und Videos

Durch die Veröffentlichung von Bildaufnahmen dürfen berechnigte Interessen des Abgebildeten nicht verletzt werden (Recht am eigenen Bild nach § 78 UrhG). Dabei sind auch der mit dem veröffentlichten Bild zusammenhängende Text, das im Video gesprochene Wort und der Gesamtzusammenhang der Veröffentlichung zu berücksichtigen.¹²³ Berechnigte Interessen einer oder eines Abgebildeten werden etwa dann verletzt, wenn von ihm oder ihr **ohne Zustimmung** ein Bild verbreitet wird, das **entwürdigend, herabsetzend, ent- bzw. bloßstellend** wirkt, wenn dadurch das **Privatleben (Intimsphäre) der Öffentlichkeit preisgegeben** wird oder ein Bild für Werbezwecke verwendet wird.¹²⁴ Auf die Anzahl der abgebildeten Personen kommt es nicht an.¹²⁵ Die Erteilung einer Zustimmung kann auch konkludent (stillschweigend) erfolgen, etwa wenn man sich beim Spielen mit dem Kind bewusst durch dieses filmen lässt.

Nicht nur das Hochladen eines Fotos oder Videos auf einer **öffentlich zugänglichen Website** (z.B. YouTube) kann das Recht am eigenen Bild verletzen. Es wird grundsätzlich bereits ausreichend sein, wenn Aufnahmen via **App** für mehrere Freund/innen sichtbar gemacht werden.¹²⁶

Ob auch **Minderjährige** der Veröffentlichung von Fotos, auf denen sie zu sehen sind, zustimmen können, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Man geht jedoch davon aus, dass von **Personen unter 14 Jahren in der Regel keine wirksame Zustimmung** eingeholt werden kann. Das Kind muss nämlich bezogen auf die konkrete Veröffentlichung über eine **ausreichende Einsichts- und Urteilsfähigkeit** verfügen, wobei im Falle ihres Fehlens die Zustimmung des Kindes nicht durch eine Zustimmung der Eltern ersetzt werden kann.¹²⁷ Die Veröffentlichung eines Fotos darf, sollte eine Zustimmung des Kindes nicht

Auf das Recht auf Bild ist auch bei vernetztem Spielzeug zu achten. Demnach dürfen die berechnigten Interessen der abgebildeten Person nicht verletzt werden. Zustimmung dazu von einem Kind mit einem Spielzeug gefilmt zu werden, kann auch stillschweigend gegeben werden, indem man sich filmen lässt.

Es kann davon ausgegangen werden, dass Kinder gar keine wirksame Zustimmung dazu geben können, dass Bildmaterial von ihnen öffentlich zugänglich gemacht wird. Öffentlich zugänglich wäre nicht nur eine Website, sondern auch wenn etwas für mehrere Freund/innen in einer App sichtbar ist.

¹²³ Guggenbichler in Ciresa, Urheberrecht § 78 Rz 17 f.

¹²⁴ Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG2 § 78 Rz 6; A. Kodek in Kucsko, urheber.recht 1065 f; Walter, Handbuch I Rz 1698 f.

¹²⁵ Walter, Handbuch I Rz 1695.

¹²⁶ Vgl. Fischer, AnwBl 2013, 476 (477); Guggenbichler in Ciresa, Urheberrecht § 78 Rz 12; aA aber etwa Walter, Handbuch I Rz 1692, wonach eine Verbreitung im privaten Rahmen nicht ausreicht.

¹²⁷ OGH 15 Os 176/15v; Dokalik, FamZ 2006, 4 (6); Seiss/Raabe-Stuppig, ZIR 2014, 100 (102 f); A. Kodek in Kucsko, urheber.recht 1069; Walter, Handbuch I Rz 1707; Guggenbichler in Ciresa, Urheberrecht § 78 Rz 38.

möglich sein, also nur dann erfolgen, wenn dadurch berechnigte Interessen nicht verletzt werden.¹²⁸

1.1.11. Unerwünschte Aufnahme von Fotos oder Videos

Das Recht am eigenen Bild schützt nur vor der Veröffentlichung von Personenfotos und -videos. Der Oberste Gerichtshof bejaht allerdings, bei Vorliegen bestimmter Umstände, den Schutz auch vor der bloßen **Bildaufnahme**, ohne dass es auf eine Veröffentlichung derselben ankommt.¹²⁹ Sollten im Einzelfall die **Interessen der abgebildeten Person** die **Interessen des spielenden Kindes** überwiegen, wäre die Aufnahme unzulässig. Wird eine Person jedoch nicht gezielt fotografiert bzw. gefilmt, sondern befindet sich diese an einem öffentlichen Ort und bloß zufällig im Bild, so wird die Aufnahme in der Regel zulässig sein. Dies gilt umso mehr, je weniger die Person erkennbar ist. Im Einzelfall kann die Abgrenzung durchaus Schwierigkeiten bereiten.

Ein Praxisbeispiel:
Ein Kind spielt mit dem Video-Auto während eine Verwandte am Tisch sitzt. Je nach der Situation, die gefilmt wird, wird die Abwägung der Interessen laufen.

1.1.12. Unerwünschte Tonaufnahme

Die **heimliche Aufnahme von nicht für die Öffentlichkeit bestimmten Äußerungen ist rechtswidrig** und kann auf § 16 ABGB gestützte zivilrechtliche Ansprüche auslösen.¹³⁰ Dies gilt bereits für die Aufnahme an sich, unabhängig davon, ob es später zu einer Veröffentlichung der Aufnahme kommt.¹³¹ Ob der, an sich kein Verschulden voraussetzende, **Unterlassungsanspruch** theoretisch auch gegenüber einem Kind durchsetzbar wäre, ist strittig.¹³² Ist das Kind aufgrund bestehender Handlungsunfähigkeit nicht in der Lage, einem vom Kläger begehrten Unterlassungsgebot willentlich Folge zu leisten, kann es hierzu nach Ansicht des OGH nämlich urteilsmäßig nicht verpflichtet werden.¹³³

¹²⁸ Bei Kindern (vor allem bei Kleinkindern) wird eine Verletzung berechtigter Interessen in der Regel weniger leicht anzunehmen sein (vgl. *Dokalik*, FamZ 2006 4, 5; *A. Kodek* in *Kucsko*, urheber.recht 1069 FN 99).

¹²⁹ OGH 6 Ob 256/12h.

¹³⁰ OGH 9 Ob A215/92; OGH 6 Ob190/01m; *Aicher* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 34; *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 16 Rz 136 ff.

¹³¹ OGH 9 Ob A215/92; *Aicher* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 34.

¹³² Vgl *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 16 Rz 160.

¹³³ RS0108220.

Die **Tonaufnahme** im „Internet of Toys“ kann aber auch **strafrechtlich relevant** sein. Wer ein Tonaufnahmegerät (darunter fallen auch Videokameras mit Tonspur)¹³⁴ oder ein Abhörgerät benützt, um sich oder einem anderen Unbefugten von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung eines anderen, Kenntnis zu verschaffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen (§ 120 Abs I StGB).

Die Bestimmung setzt voraus, dass die Aufnahme durch eine Person erfolgt, für die die Äußerung nicht bestimmt ist. Dies wäre etwa der Fall, wenn ein Spielzeug im Wohnzimmer versteckt wird, um die dort stattfindenden Gespräche aus einem anderen Zimmer aus aufzunehmen. Eine heimliche Aufnahme von an das spielende Kind gerichteten Worten bleibt nach Abs I straffrei, kann jedoch nach § 120 Abs 2 StGB strafbar sein. Demnach ist ebenso zu bestrafen, wer ohne Einverständnis des Sprechenden die Tonaufnahme einer nicht öffentlichen Äußerung eines anderen einem Dritten, für den sie nicht bestimmt ist, zugänglich macht oder eine solche Aufnahme veröffentlicht.

Die heimliche Aufnahme einer Äußerung, die für einen selber bestimmt ist, bleibt hier an sich somit straffrei, kann jedoch, wie oben ausgeführt, zivilrechtliche Folgen haben.

Die praktische Relevanz der Bestimmungen im Zusammenhang mit der Nutzung vernetzter Spielzeug scheint jedoch, solange diese im engen Familien- und Freundeskreis erfolgt, naturgemäß gering.¹³⁵ Auch sonst wird es zudem meist an der **Deliktsfähigkeit** bzw., falls die Aufnahme bloß zufällig erfolgt, den **subjektiven Tatbestandmerkmalen** mangeln.

Probleme könnten sich allerdings in Folge der Verwendung entsprechender Spielzeuge in Schulen ergeben, etwa beim „Abhören“ der Lehrkräfte durch bereits deliktsfähige Schüler.

Wird ein Spielzeug, das aufzeichnet, in einem Zimmer versteckt, um Gespräche dort aufzunehmen, kann strafrechtlich relevant sein. Ebenso, wenn eine nicht öffentliche Äußerung einem Dritten zugänglich gemacht wird bzw. veröffentlicht wird.

Ein Praxisbeispiel: Arthur (über 14 Jahre) borgt Anna ein Spielzeug. Über dieses wird bei der Familie Anna ein Gespräch aufgezeichnet. Problematisch wird es, wenn Ann das Spielzeug zurückbringt und der Familie von Arthur zeigt. Allerdings muss dies vorsätzlich erfolgen.

¹³⁴ Lewisch/Reindl-Krauskopf in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 120 Rz 5.

¹³⁵ Es handelt sich um ein Ermächtigungsdelikt (§ 120 Abs 3 StGB), die Strafverfolgung kann somit nicht gegen den Willen des Betroffenen erfolgen.

1.1.13. Sonstiges

Bei der Nutzung von Apps durch Minderjährige und somit nicht oder nur beschränkt geschäftsfähigen Personen stellt sich immer auch die Frage nach dem Entstehen-Müssen der Eltern für durch die Kinder getätigte **In-App-Käufe**. In der Praxis wird man nicht selten eine Zahlungspflicht der Eltern bejahen müssen.¹³⁶ Desweiteren sind hier seitens der App-Anbieter die Bestimmungen des FAGG zu beachten. Wird etwa die **Button-Lösung** (§ 8 Abs 2 FAGG) nicht richtig umgesetzt ist der Verbraucher nicht an den Vertrag gebunden, wobei auch Bereicherungsansprüche des App-Anbieters ausscheiden.¹³⁷

Werden die Voraussetzungen für den Wegfall des **Widerrufsrechts beim Kauf digitaler Inhalte** (§ 18 Abs 1 Z II FAGG) nicht eingehalten, so trifft den Verbraucher ebenfalls keine Zahlungspflicht.¹³⁸ An Kinder über das Spielzeug oder die dazugehörige App bzw. Website gerichtete **Werbung** wird nicht selten unter unterschiedliche Verbotstatbestände des UWG subsumiert werden können (z.B. Schleichwerbung).¹³⁹

Ein Praxisbeispiel:
Spricht eine Puppe immer wieder explizit davon, wie gerne sie Filme eines bestimmten Produzenten ansieht oder Zerealien einer bestimmten Marke isst, ist diese Form der Schleichwerbung wettbewerbswidrig und insofern verboten.

¹³⁶ Vgl dazu *Burkowski/Schamberger*, EF-Z 2015/4 (12 f); *Härting*, Internetrecht⁵ Rz 562 ff.

¹³⁷ *Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴, § 8 FAGG Rz 11.

¹³⁸ *Hammerl* in *Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴, § 18 FAGG Rz 36.

¹³⁹ Ausführlich dazu *Hofmacher*, *ecolex* 2017, 101.