

# Einwilligung von Kindern gegenüber Diensten der Informationsgesellschaft

Schutz von Kindern unter 16 Jahren durch Art. 8 DS-GVO vor Beeinträchtigungen im Netz

Jugendschutz  
Zahlen mit Daten  
Einsichtsfähigkeit  
Werbezwecke  
Altersverifikation

■ Mit §§ 312 Abs. 1a, 327 Abs. 3 BGB wird das „Zahlen mit Daten“ eine Kategorie des BGB. Aus datenschutzrechtlicher Perspektive werden solche vom Verbraucher einem Unternehmen „bereitgestellten“ Daten, die für die Leistungserbringung nicht erforderlich sind, gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO verarbeitet. Dafür spricht der § 327q BGB, der die Rechtsfolgen für das Vertragsverhältnis bei einem Widerruf der Einwilligung regelt. Im Internet sind es häufig Kinder, die mit ihren Daten „bezahlen“. Nach Art. 8 DS-GVO ist dies nur mit Einwilligung der Eltern zulässig. Wegen der erheblichen Bedeutung dieses Vorgangs setzt sich der folgende Beitrag mit ungeklärten Tatbestandsmerkmalen des Art. 8 DS-GVO auseinander und prüft die Alltagstauglichkeit der Norm.

Lesedauer: 18 Minuten

■ With Section 312 (1a) German Civil Code (BGB), “paying with data” becomes a category of the BGB. From a data protection law perspective, such data that is “provided” by the consumer to a company and is not necessary for the provision of the service is processed pursuant to Art. 6 (1) lit. a GDPR. This is supported by Section 327q BGB, which regulates the legal consequences for the contractual relationship in the event of a withdrawal of consent. On the Internet, it is often children who “pay” with their data. According to Art. 8 GDPR, this is only permitted with the consent of the parents. Given the considerable importance of this process, the following article deals with unresolved elements of Art. 8 GDPR and examines the everyday suitability of the norm.

## I. Einführung

Mehr als 90% der Jugendlichen über 14 Jahren nutzten 2020 das Internet durchschnittlich 258 Minuten am Tag.<sup>1</sup> Kinder haben das Recht, sich zu informieren und miteinander zu kommunizieren; das gilt auch und besonders für die Nutzung elektronischer Medien.<sup>2</sup> Neben dem Recht auf Teilhabe können sie auch das Recht beanspruchen, vor Gefährdungen geschützt zu werden, die in vielfältiger Form bei der Nutzung von Telemedien drohen und ihre Entwicklung beeinträchtigen können. Der europäische und der deutsche Gesetzgeber verfolgen deshalb das Ziel eines wirksamen Jugendschutzes bei der Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft und anderer Medien durch Minderjährige. Auf Ebene der EU betont etwa die AVMD-Richtlinie die Notwendigkeit von Maßnahmen und Vorschriften zum Schutz der körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung Minderjähriger und zur Wahrung der Menschenwürde.<sup>3</sup> Die Mitgliedstaaten sollen angemessene Maßnahmen ergreifen, die sicherstellen, dass diese Entwicklung von Minderjährigen durch audiovisuelle Medien und Fernsehprogramme nicht beeinträchtigt wird, Art. 12, 27 AVMD-RL.

Art. 5 Abs. 2 GG enthält eine Schrankenregelung, nach der das Grundrecht aus Absatz 1 zum Schutz der Jugend eingeschränkt werden kann. Eine solche Schranke ist der Jugendmedienschutz-Staatsvertrag,<sup>4</sup> der ausweislich seines § 1 JMStV u.a. den „Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Angeboten in elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien, die deren Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden“, bezweckt.<sup>5</sup>

Das Ziel, Kinder und Jugendliche vor entwicklungsbeeinträchtigenden und jugendgefährdenden Medien zu schützen, verfolgt gemäß der Schutzzielbestimmung des § 10a JuSchG auch das Jugendschutzgesetz. Die Bundesländer wollen sich nach einer Protokollerklärung zum Medienstaatsvertrag (MStV)<sup>6</sup> dafür einsetzen, Kindern und Jugendlichen ein sicheres Heranwachsen in der Mediengesellschaft zu ermöglichen. Eine Gesetzesinitiative des Bundesrats zum Schutz von Kindern bei der Nutzung von Telemedien blieb 2011 allerdings erfolglos.<sup>7</sup>

Auch die DS-GVO zielt mit Art. 8 DS-GVO auf den Schutz von Kindern bei der Nutzung von Diensten der Informationsgesellschaft, Art. 4 Nr. 25 DS-GVO. Danach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern bis zur Vollendung des 16. Lebensjahrs durch Dienste der Informationsgesellschaft, die den Kindern direkt angeboten werden, nur nach Erteilung einer Einwilligung der „Träger elterlicher Verantwortung“ – bzw. nur nach deren Zustimmung zu einer von den Kindern erteilten Einwilligung – zulässig. Deutschland hat damit nicht von der Öffnungsklausel des Art. 8 Abs. 1 S. 3 DS-GVO Gebrauch gemacht, das feste Alter für die Annahme einer „Netzmündigkeit“<sup>8</sup> weiter herabzusetzen. Andere Mitgliedstaaten setzten diese Altersgrenze auf 15, 14 oder sogar 13 Jahre mit der Folge herab, dass das Ziel einer Harmonisierung des Datenschutzrechts in der EU hier misslungen ist.

Auf die Verarbeitung der Daten von nicht volljährigen Kindern, die aber das 16. Lebensjahr vollendet haben, findet Art. 8 DS-GVO keine Anwendung; sie können bei Beachtung der Anfor-

<sup>1</sup> mpfs, JIM-Studie 2020, S. 33.

<sup>2</sup> S. Art. 13 UN-Kinderrechtskonvention – Convention on the Rights of the Child (CRC), abrufbar unter: <https://www.kinderrechtskonvention.info/>.

<sup>3</sup> RL 2010/13/EU v. 10.3.2010 über audiovisuelle Mediendienste (ABl. EU L 95/1), Erwägungsgrund 59 f.

<sup>4</sup> Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV), abrufbar unter: [https://www.kjm-online.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsgrundlagen/Gesetze\\_Staatsvertraege/JMStV\\_geaend\\_durch\\_19\\_RAESTV.pdf](https://www.kjm-online.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Gesetze_Staatsvertraege/JMStV_geaend_durch_19_RAESTV.pdf); s. dazu Hopf, K&R 2016, 784; Sümmerrmann, AfP 2016, 388.

<sup>5</sup> Zur Gefährdung Minderjähriger im Internet Gola/Schulz, ZD 2013, 475; Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Dörmann, Datenschutzrecht, 2019, Art. 8 Rn. 4.

<sup>6</sup> Vgl. [https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user\\_upload/Rechtsgrundlagen/Gesetze\\_Staatsvertraege/Medienstaatsvertrag\\_MStV.pdf](https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/Gesetze_Staatsvertraege/Medienstaatsvertrag_MStV.pdf).

<sup>7</sup> Gesetzesentwurf des Bundesrats v. 3.8.2011 zur Änderung des TMG, BT-Drs. 17/6765.

<sup>8</sup> Den Begriff prägte Dammann, ZD 2016, 307 (311).

derungen aus Art. 4 Nr. 11, Art. 7 DS-GVO selbst wirksam nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO einwilligen.

Diese Schutzmaßnahme ist auch geboten. Das zeigt das Beispiel des Videoportals TikTok, gegen das die *Federal Trade Commission (FTC)* eine Strafe i.H.v. 5,7 Mio. USD wegen Verstoßes gegen den Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) verhängte.<sup>9</sup> Der Vorwurf war, dass Namen, Telefonnummer, Standortdaten und biometrische Informationen aus der Gesichtserkennung erhoben wurden, ohne darüber zu informieren oder die Zustimmung der Eltern einzuholen.

Nach den Bedingungen von TikTok durften die Nutzer\*innen nicht unter 13 Jahre alt sein. Tatsächlich nutzen auch wesentlich jüngere Kinder<sup>10</sup> diesen Online-Dienst und willigten wie die unter 16 Jahre alten Kinder darin ein, dass Daten für Werbezwecke übermittelt werden. Als Altersverifikation diene allein die Frage nach dem Geburtsdatum.

Nachdem Aufsichtsbehörden Verfahren gegen *TikTok* einleiteten,<sup>11</sup> errichtete der Dienst einen EU-Sitz in Dublin. Damit ist die als ineffizient bekannte *irische Aufsichtsbehörde* für weitere Verfahren zuständig.

## II. Regelungszweck der Norm

Das Ziel des Art. 8 DS-GVO ist es, Kinder unter 16 Jahren zu schützen, denen womöglich die Einsichtsfähigkeit fehlt, Folgen der Preisgabe ihrer Daten einzuschätzen.<sup>12</sup> Nach Erwägungsgrund 38 DS-GVO verdienen Kinder „bei ihren personenbezogenen Daten besonderen Schutz, da Kinder sich der betreffenden Risiken, Folgen und Garantien und ihrer Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst sind“. Der Schutz soll die „Verwendung personenbezogener Daten von Kindern für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen“ ohne wirksame Einwilligung verhindern, wenn kein gesetzlicher Erlaubnistatbestand eine Erhebung von Daten etwa für den Zweck der Vertragsanbahnung oder -durchführung rechtfertigt.

## III. Regelungsinhalt der Norm

Die Einwilligung einer betroffenen Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten ist vor dem Hintergrund des auch unter der DS-GVO weiterhin geltenden Grundsatzes des Verbots der Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO – und bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO – ein möglicher Erlaubnistatbestand.

Für die Erlaubnis zur Datenverarbeitung aus Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO normiert Art. 7 i.V.m. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO allgemeine Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung. Ergänzend dazu enthält Art. 8 DS-GVO spezifische Bedingungen, wenn Kinder, die bei Nutzung eines Dienstes der Informationsgesellschaft das 16. Lebensjahr nicht vollendet haben, einen ihnen direkt angebotenen Dienst der Informationsgesellschaft nutzen und dem Dienst Daten bereitstellen, die für die Leistungserbringung nicht erforderlich sind. Die Vorschrift enthält eine feste Altersgrenze, nach der Kinder erst mit Vollendung des 16. Lebensjahrs die unwiderlegbare Einsichtsfähigkeit<sup>13</sup> besitzen, die Folgen einer Datenhergabe an die genannten Dienste einzuschätzen und deshalb selbst die Einwilligungserklärung abgeben können.<sup>14</sup>

Wird mit dem Kind ein Vertrag über die Nutzung des Dienstes unter Beachtung der §§ 107 f. BGB geschlossen, dessen Erfüllung die Mitteilung seiner Daten (z.B. Name, Anschrift) zwingend erfordert, so findet Art. 8 DS-GVO bezogen auf diese Daten keine Anwendung. Anders liegt es bei Angeboten, die eine „Gegenleistung“ in Form der Hergabe von Daten verlangen, die nicht dazu

dienen, die Leistungspflicht zu erfüllen. Bei einem „Zahlen mit Daten“ i.S.v. §§ 312 Abs. 1a, 327 Abs. 3 BGB,<sup>15</sup> die für die Leistungserbringung nicht erforderlich sind, sondern etwa für Zwecke der Werbung genutzt werden sollen, ist auf Grund von Art. 8 DS-GVO eine Einwilligung der Eltern erforderlich.

## IV. Auslegungsbedürftigkeit der Norm

Der Wortlaut des Art. 8 DS-GVO enthält Tatbestandsmerkmale, die unbestimmt sind und der Auslegung bedürfen. Trotz der erheblichen Bedeutung der Norm für die Praxis fehlt es an Konkretisierungen durch die Erwägungsgründe und an Rechtsprechung, die bei der Auslegung herangezogen werden könnten.

### 1. Dienst der Informationsgesellschaft

Die Legaldefinition in Art. 4 Nr. 25 DS-GVO verweist auf die Definition in Art. 1 Nr. 1 lit. b RL (EU) 2015/1535. Danach ist „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“ ein Dienst der Informationsgesellschaft.<sup>16</sup> Die Definition entspricht damit dem Begriff der Telemedien aus dem TMG.<sup>17</sup>

### 2. Direkt an Kinder gerichtete Dienstangebote

Art. 8 DS-GVO ist nur dann anzuwenden, wenn der Dienst der Informationsgesellschaft „einem Kind direkt gemacht wird“. Dieses Merkmal ist angesichts der Unbestimmtheit und fehlender Definitionen höchst problematisch und führt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen.<sup>18</sup> Wann einem Kind ein Angebot direkt gemacht wird, bleibt unklar. Sicher ist, dass hierunter Dienste fallen, die sich – erkennbar an Inhalt, Sprache, Illustration und Aufmachung – ohne Zweifel an Kinder als Zielgruppe richten.<sup>19</sup> Wenn die Norm nur auf solche, eindeutig auf Kinder gerichtete Angebote anwendbar sein soll, dann fragt sich, weshalb der europäische Gesetzgeber dies nicht klarer zum Ausdruck brachte, indem er etwa verlangt, dass sich der Dienst speziell an Kinder richtet.<sup>20</sup>

Eine derart enge Auslegung überzeugt auch nicht, weil Jugendliche unter 16 Jahren, die die DS-GVO zu den Kindern zählt, häu-

<sup>9</sup> Vgl. <https://netzpolitik.org/2021/kinder-vs-video-app-tiktok-steht-vor-milliardenklage/>; <https://netzpolitik.org/2020/kinderdatenschutz-tiktok-setzte-seine-eigenen-altersbeschränkungen-nicht-durch/>.

<sup>10</sup> Nach einer Erhebung des *Bitkom* e.V. nutzen 25% der 10- bis 11-Jährigen TikTok, 70% der 14- bis 15-Jährigen, abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Mit-10-Jahren-haben-die-meisten-Kinder-ein-eigenes-Smartphone>.

<sup>11</sup> Die *italienische Aufsicht* ordnete im Januar 2021 an, dass *TikTok* keine Daten von europäischen Nutzer\*innen mehr verarbeiten dürfe, „deren Alter nicht mit voller Sicherheit festgestellt werden konnte“ (vgl. <https://bit.ly/3l1f4yK>). Die *niederländische Datenschutzaufsichtsbehörde* verhängte am 22.7.2021 ein Bußgeld über 750.000,- EUR wegen der bereits vor Einrichtung eines europäischen Sitzes der Gesellschaft in Irland erfolgten Verletzung des Jugendschutzes (vgl. <https://bit.ly/3eZHaXb>).

<sup>12</sup> Der *BGH* ZD 2014, 469 m. Anm. *Terhaag/Laoutoumai* – Nordjob-Messe, bezweifelt, dass Jugendliche zwischen 15 und 17 Jahren die erforderliche Reife besitzen, um die Tragweite einer Einwilligung in die Datenspeicherung und -verwendung für Werbezwecke zu erkennen.

<sup>13</sup> Allg. zur Einsichtsfähigkeit von Kindern *Taege*, in: *Taege/Gabel*, DS-GVO BDSG TTDSG, 4. Aufl. 2021, Art. 8 Rn. 4 ff.

<sup>14</sup> Dazu mwN *Taege* (o. Fußn. 13), Rn. 1; a.A. wohl *Karg*, in: BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 8 Rn. 35; *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 1.

<sup>15</sup> Eingefügt durch Gesetz v. 25.6.2021 (BGBl. I 2123), mit dem die RL (EU) 2019/770 v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistung (ABl. EU L 136) umgesetzt wird.

<sup>16</sup> Wortgleiche Definition in der RL 98/34/EG.

<sup>17</sup> Näher zur Begriffsbestimmung *Taege* (o. Fußn. 13), Rn. 13 ff., *Taege/Kremer*, Recht im E-Commerce und Internet, 2. Aufl. 2021, Kap. 9.

<sup>18</sup> Ebenso *Heckmann/Paschke*, in: *Ehmann/Selmayr*, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 8 Rn. 22; *Schulz* (o. Fußn. 14), Rn. 15; *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 15.

<sup>19</sup> Beispiele bei *Möhrke-Sobolewski/Klas*, K&R 2016, 373; *Schulz* (o. Fußn. 14), Rn. 15; *Gierschmann*, in: *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, 2018, DS-GVO Art. 8 Rn. 29.

<sup>20</sup> So auch *Buchner/Kühling* (o. Fußn. 18), Rn. 16.

fig andere Interessen haben als an speziell auf Kinder abzielende Angebote. Sie teilen eher schon Interessen der Erwachsenen, wenn man an Unterhaltungs-, Gaming- oder Sportseiten im Internet oder an Kommunikationsangebote denkt. Es dürfte daher eher dem Schutzzweck der Norm entsprechen, wenn Art. 8 DS-GVO Dienste erfasst, die sich auch an Kinder richten oder von diesen ebenfalls genutzt werden („Dual-Use“-Dienste).<sup>21</sup>

Nicht in den Anwendungsbereich der Norm dürften in der Regel Online-Shops fallen, auch wenn sie Waren wie Kleidung oder Spielzeug für Kinder als Teil eines nicht speziell an Kinder gerichteten Sortiments anbieten.<sup>22</sup> Auch speziell an Senior\*innen gerichtete Angebote etwa zu Seniorenreisen oder anderen Diensten mit der Zielgruppe der Älteren fallen aus dem Anwendungsbereich. Darüber hinaus dürfte eine Abgrenzung aber außerordentlich schwierig sein. Empirische Erhebungen wie etwa die JIM-Studien des *Medienpädagogischen Forschungsverbunds Südwest*<sup>23</sup> zeigen, dass Jugendliche unter 16 Jahren in erheblichem Umfang Angebote nutzen, die sich (auch) an Erwachsene als Zielgruppe richten.

Bisweilen unterliegen Diensteanbieter der Versuchung, in AGB zu erklären, dass sich ihr Angebot nur an Nutzer\*innen über 16 Jahre richte, um dadurch formal – aber mangels Altersverifikation nicht in der Realität und wohl unwirksam – die jüngere Nutzergruppe auszuschließen und sich der Verpflichtung aus Art. 8 DS-GVO zu entziehen. So haben Dienste der Informationsgesellschaft vor dem Wirksamwerden der DS-GVO in ihren Nutzungsbedingungen als Zielgruppe, die die Dienste zu nutzen berechtigt sei, die über 13-Jährigen angegeben. Danach änderten sie ihre ausschließlich für Nutzer\*innen innerhalb der EU zu Grunde gelegten Nutzungsbedingungen dahingehend, dass nun nur über 16 Jahre alte Personen die Dienste nutzen dürfen.<sup>24</sup> Die dann bestimmungswidrig von Kindern genutzten Dienste sollen nach den vom *Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA)* gebilligten Leitlinien der Art. 29-Datenschutzgruppe von der Anwendung des Art. 8 DS-GVO ausgeschlossen sein.<sup>25</sup> Das dürfte mit dem Normzweck nicht vereinbar sein, wenn durch eine AGB mit einer Ausschlussklausel, deren Einhaltung zudem nicht überprüft wird, der Verpflichtung aus Art. 8 DS-GVO entgangen werden kann.<sup>26</sup> Auch die angeklückte wahrheitswidrige Versicherung, man sei über 16 Jahre alt, verhindert nicht die Anwendung des Art. 8 DS-GVO, wenn der Dienst – dem diese wahrheitswidrige Praxis bekannt ist und von ihm hingenommen wird – von Kindern genutzt wird.

### 3. Verifikation des Alters und der Einwilligung der Eltern

Der Dienst der Informationsgesellschaft hat als Verantwortlicher nach Art. 8 Abs. 2 DS-GVO „unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen“ zu unternehmen, um sich „zu vergewissern, dass die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wurde“. Will der Verantwortliche also Daten von Nutzer\*innen des sich direkt an Kinder unter 16 Jahren wendenden Dienstes – was Dual-Use-Dienste nach der hier vertretenen Ansicht einschließt – erheben, die nicht für eine Leistungserbringung erforderlich sind, muss er danach die o.g. Anstrengungen unternehmen.

Art. 8 Abs. 2 DS-GVO enthält keine weitere Anforderung an die Wirksamkeit der Einwilligung, sondern eine Obliegenheit, i.R.d. Angemessenen mit geeigneten technischen Mitteln zu überprüfen, ob die Anforderungen aus dem Absatz 1 eingehalten werden. Dazu gehören zwei Feststellungen (zweistufige Prüfung):

- zum einen, ob das erreichte Alter eine Einwilligung oder Zustimmung der Eltern entbehrlich macht (Altersverifikation) und
- zum anderen, ob eine erforderliche Einwilligung der Eltern vorliegt und tatsächlich von diesen abgegeben wurde (Authentifizierung).

Die Ergebnisse der Prüfung sind auf Grund der Rechenschaftspflicht (Accountability) zu dokumentieren.

#### a) Altersverifikation

Für Verantwortliche und Nutzer\*innen stellt sich die Frage, welche technischen Mitteln als angemessen angesehen werden können. Diese Frage muss sich auch derjenige Verantwortliche stellen, der durch seine AGB die Nutzung von Personen vor Vollendung des 16. Lebensjahrs ausschließen will und die Einhaltung dieser Klausel – soweit sie denn AGB-rechtlich zulässig ist – überprüfen muss. Ein Anklicken einer Checkbox zur Bestätigung der „Netzmündigkeit“ wäre unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt für den Verantwortlichen vorzugswürdig, würde aber bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung die Interessen des Kindes nicht berücksichtigen und ist daher abzulehnen.<sup>27</sup> Der Einsatz von Altersverifikationssystemen wäre aus Sicht des Verantwortlichen mit höheren Kosten, zusätzlichen Barrieren und komplexeren Abläufen verbunden, könnte aber die von der Norm gewünschte Sicherheit bieten, dass das Schutzziel erreicht wird.

Auch nach § 24a Abs. 1 JuSchG haben „Diensteanbieter, die fremde Informationen für Nutzerinnen und Nutzer mit Gewinnerzielungsabsicht speichern oder bereitstellen, ... durch angemessene und wirksame strukturelle Vorsorgemaßnahmen dafür Sorge zu tragen“,<sup>28</sup> dass die Schutzziele des § 10a Nr. 1 bis 3 gewahrt werden“. Als geeignete Vorsorgemaßnahme nennt § 24a Abs. 2 Nr. 4 JuSchG auch die „Bereitstellung technischer Mittel zur Altersverifikation für nutzergenerierte audiovisuelle Inhalte“. Auch der JMStV sieht Altersverifikationssysteme als probate Möglichkeit zur Prüfung des Alters. Die Jugendschutzpraxis zeigt, dass Verfahren verfügbar sind, mit denen „ohne Medienbruch und weitestgehend ohne Zeitverzug“ das Alter überprüft werden kann.<sup>29</sup> In § 7 Abs. 2 TTDSG wird die Vorlage eines amtlichen Ausweises als elektronischer Identitätsnachweis, aus dem sich auch das Alter des Nutzers ergibt, gem. § 18 PAuswG oder § 12 eID-Karte-Gesetz (eIDKG) genannt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass § 20 TTDSG in seinem Anwendungsbereich dem Verantwortlichen untersagt, die etwa durch die Altersverifikation gewonnenen Daten für kommerzielle Zwecke zu verwenden.<sup>30</sup> Eine Zweckänderung wäre im Lichte von Art. 6 Abs. 4 DS-GVO auch unter der DS-GVO nicht zulässig.

<sup>21</sup> Ebenso Spindler/Dalby, in: Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, Art. 8 DS-GVO Rn. 6; Karg (o. FuBn. 14), Rn. 50; Däubler, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, *EU-DSGVO und BDSG*, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 5; Heckmann/Paschke (o. FuBn. 18), Rn. 21; Buchner/Kühling (o. FuBn. 18), Rn. 16; anders Schwartmann/Hilgert, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, *DS-GVO/BDSG*, 2. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 31, die nur Dienste adressiert sehen, die Kinder als „gezielt angesprochene Zielgruppe“ im Blick haben.

<sup>22</sup> So auch Schulz (o. FuBn. 14), Rn. 16.

<sup>23</sup> Vgl. <https://www.mpfs.de/studien/jim-studie/2020/>.

<sup>24</sup> So ein Bericht, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/WhatsApp-erhoeht-Mindestalter-fuer-Nutzung-auf-16-Jahre-4032761.html>.

<sup>25</sup> Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß der Verordnung 2016/679, WP259 rev. 01, 28.11.2017, aktualisiert am 10.4.2018, S. 30; EDSA, Endorsement of GDPRWP29 guidelines by the EDPB, Endorsement 1/2018, 25.5.2018.

<sup>26</sup> Buchner/Kühling (o. FuBn. 18), Rn. 18; Heckmann/Paschke (o. FuBn. 18).

<sup>27</sup> Ebenso Gierschmann (o. FuBn. 19), Rn. 43; die Altersabfrage „Wie alt bist Du?“ wird von Schulz (o. FuBn. 14), Rn. 20, als ausreichende und angemessene Prüfung angesehen.

<sup>28</sup> „Sorge zu tragen“ heißt „sicherzustellen“, *OLG Stuttgart WRP* 2014, 866 m. Anm. Schütt.

<sup>29</sup> Hilgert/Sümmermann, *MMR-Beil.* 8/2020, S. 26 (27); Ettig, in: Taeger/Gabel (o. FuBn. 13), § 20 TTDSG Rn. 11.

<sup>30</sup> Dazu Ettig, in: Taeger/Gabel (o. FuBn. 13), § 20 TTDSG Rn. 18 ff.; Schreiber/Gottwald, *MMR* 2021, 467.

Wirksame Vorsorgemaßnahmen sah auch der § 5a JMStV<sup>31</sup> vor. Danach sollten Anbieter von Video-Sharing-Diensten angemessene Maßnahmen treffen, um Kinder und Jugendliche vor entwicklungsbeeinträchtigenden Angeboten (§ 5 JMStV, § 10b JuSchG) zu schützen. § 5a Abs. 2 Nr. 1 JMStV nannte als angemessene Maßnahme auch die Einrichtung und den Betrieb von Systemen zur Altersverifikation.

#### b) Einwilligung oder Zustimmung der Träger elterlicher Verantwortung

Art. 8 Abs. 2 DS-GVO sieht zwei Möglichkeiten einer Einwilligungslösung vor. Entweder erklärt ein Elternteil die Einwilligung in die Verarbeitung im Namen des vertretenen Kindes. Hat das Kind bereits eingewilligt, müssen die Eltern zustimmen. Zustimmung ist die Erklärung des Einverständnisses mit der Einwilligung des Kindes, die ohne Zustimmung nicht wirksam ist. Die Einwilligungserklärung bzw. die Zustimmung muss vor der Datenverarbeitung erfolgen.<sup>32</sup> Sie ist vor jeder weiteren Bereitstellung von Daten durch das Kind nach einer Abwägung erneut zu erklären und kann nicht pauschal für die Zukunft erteilt werden.

Über die – möglicherweise ohne Kenntnis des Kindes – erfolgte Einwilligung durch die Eltern hat der Diensteanbieter das Kind entsprechend Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO zu informieren. Die Kenntnis von der Einwilligung durch die Eltern ist schon deshalb erforderlich, damit das Kind nach Eintritt der Einwilligungsfähigkeit von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann.

Der Verantwortliche muss laut Art. 8 Abs. 2 DS-GVO sichergehen, dass die Einwilligung bzw. Zustimmung tatsächlich von den Eltern erklärt wurde. Das Anklicken einer Checkbox oder das Ausfüllen einer Abfragemaske mag eine eindeutige bestätigende Handlung i.S.d. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO sein; sie kann aber auch von dem Kind vorgenommen worden sein und erfüllt damit selbst die vage formulierte Anforderung nicht.<sup>33</sup> Auch die Bestätigung des Kindes, seine Eltern hätten zugestimmt, genügt nicht. Der Verantwortliche hat durch geeignete, am Markt vorhandene Verifikationsverfahren sicherzustellen, dass ein Kind dem Verantwortlichen nicht eine bei einem Freemailer besorgte und auf den Namen der Eltern lautende E-Mail-Adresse mitteilt, woraufhin das Kind auf Bitte des Dienstleisters um Einwilligung bzw. Zustimmung die vermeintlich von den Eltern erteilte fingierte Erklärung übermittelt. Auch dieses Verfahren erweist sich auf Grund der Missbrauchsgefahr als nicht angemessen und damit als untauglich. Es ist nicht nachvollziehbar, wenn es in der Kommentarliteratur zu Art. 8 DS-GVO heißt, „Missbrauch sei hinzunehmen“.<sup>34</sup>

Ungeklärt ist die Frage, ob eine Einwilligung der Eltern auch gegen den Willen des Kindes erfolgen darf, das noch keine 16 Jahre alt ist, aber bereits über die Einsichtsfähigkeit in die Risiken der Datenhergabe im Internet verfügt. Hier wird die Ansicht vertreten, dass die Einwilligung zwar wirksam erteilt wurde, sie aber aus der Sicht des Kindes nicht gegen dessen Willen hätte erfolgen dürfen.<sup>35</sup> Der in Art. 8 DS-GVO nicht geregelte Widerruf kann in diesem Fall vom Kind erklärt werden.<sup>36</sup>

### V. Fortgeltung des allgemeinen Vertragsrechts

Nach Art. 8 Abs. 3 DS-GVO bleibt das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten unberührt. Die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts mit beschränkt Geschäftsfähigen ist eine von Absatz 3 ausdrücklich ausgeklammerte Frage, die unter Beachtung der §§ 107 f. BGB zu beantworten ist. Kommt ein Vertrag mit einem Minderjährigen danach zu Stande, so folgt die Erlaubnis, die für die Vertragserfüllung erforderlichen personenbezogenen Daten des Kindes zu verarbeiten, aus Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO.

### VI. Fazit

Art. 8 DS-GVO ist nur auf solche personenbezogenen Daten von Kindern anzuwenden, die nicht für den Abschluss eines Vertrags und die Leistungserbringung erforderlich sind. Es geht in der Regel um Daten, die das Kind bereitstellt, um – nicht immer, aber häufig – den Dienst i.S.d. §§ 312 Abs. 1a, 327 Abs. 3 BGB „kostenfrei“ nutzen zu dürfen. Das Bemühen des EU-Gesetzgebers, auch im Datenschutzrecht den Schutz von Kindern mitzudenken und mit Art. 8 DS-GVO zu regulieren, ist anzuerkennen. Für die Praxis erweist sich die Vorschrift aber als in vielen Merkmalen zu unbestimmt, um sie rechtssicher anzuwenden. Weder ist hinreichend klar, was solche Dienste der Informationsgesellschaft sind, die einem Kind direkt gemacht werden, noch gibt es Kriterien, nach denen bestimmt werden kann, was für den Verantwortlichen „unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen (sind)“, um sich in solchen Fällen zu vergewissern, dass die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wurde“.

Der EDSA sieht zwar die Risiken der Nutzung von Social-Media-Angeboten für Kinder,<sup>37</sup> befasst sich aber nicht mit der Auslegung des Art. 8 DS-GVO. Es ist im Interesse einer rechtssicheren Anwendung des Art. 8 DS-GVO zu wünschen, dass der EDSA Leitlinien zur Anwendung des Art. 8 DS-GVO erarbeitet.

Eine rechtskonforme und rechtssichere Lösung besteht für Verantwortliche auch darin, als Dienst der Informationsgesellschaft erst gar keine Daten zu erheben, die für die Erbringung einer Leistung nicht zwingend erforderlich sind.

#### Schnell gelesen ...

- Zum Schutz von Kindern vor Vollendung des 16. Lebensjahrs haben Eltern einzuwilligen oder zuzustimmen, wenn ihre Kinder Diensten der Informationsgesellschaft ihre Daten überlassen, Art. 8 Abs. 1 S. 2 DS-GVO.
- Die Einwilligung bzw. Zustimmung nach Art. 8 DS-GVO bezieht sich nicht auf Daten, die für Zwecke eines Vertragsverhältnisses mit dem Kind erforderlich sind.
- Art. 8 DS-GVO ist nur bei Kindern direkt angebotenen Diensten, einschließlich der auch von Kindern genutzten Dual-Use-Angebote, zu beachten.
- Diensteanbieter müssen unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen zur Feststellung des Alters unternehmen, wofür sich Altersverifikationssysteme anbieten.
- Die Herkunft der Einwilligung bzw. Zustimmung der Eltern ist zu verifizieren.



Professor Dr. Prof. h.c. Jürgen Taeger

ist Universitätsprofessor i.R. an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Vorsitzender der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik (DSRI), Rechtsanwalt/Of Counsel bei DLA Piper und Mitglied des Wissenschaftsbeirats der ZD.

<sup>31</sup> Auf Grund des seit 1.5.2021 geltenden § 24a JuSchG ist § 5a JMStV wegen der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht mehr anwendbar.

<sup>32</sup> Dazu näher Taeger (o. Fußn. 13), Rn. 26.

<sup>33</sup> Anders Plath, in: Plath, BDSG DSGVO, 3. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 11.

<sup>34</sup> Nw. zu dieser verbreiteten Ansicht bei Taeger (o. Fußn. 13), Rn. 40.

<sup>35</sup> Möhrke-Sobolewski/Klas, K&R 2016, 373 (375); Schwartmann/Hilgert (o. Fußn. 21), Rn. 37.

<sup>36</sup> Taeger (o. Fußn. 13), Rn. 30.

<sup>37</sup> Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Vers. 2.0, v. 13.4.2021, abrufbar unter: [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb\\_guidelines\\_082020\\_on\\_the\\_targeting\\_of\\_social\\_media\\_users\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_en.pdf).