

Kinder als digitales Freiwild

Die Welt der Familienblogger und Kinderinfluencer

Wer auf YouTube, Instagram oder Facebook unterwegs ist, kann sich des Eindrucks kaum erwehren, dass Kinder im Netz offensichtlich digitales Freiwild sind. Die Plattformen sind voll an verstörenden Beispielen dafür, wie Kinder von ihren Eltern in sog. Familienblogs vor ein Millionenpublikum gezerrt werden oder sich selbst als Kinderinfluencer in der Öffentlichkeit entblößen. Für ein Einschreiten fühlt sich offensichtlich niemand verantwortlich, Politik und Behörden beschränken sich lieber auf vollmundige Ankündigungen wie ein neues Kinder-Grundrecht oder Wohlfühlaktionen wie Netiquette- und Awareness-Kampagnen.

1 Viele Daten ...

Tagtäglich werden auf Youtube, Instagram und Co. unzählige personenbezogene Daten von Kindern in Form von Bildern, Videos und sonstigen Informationen verarbeitet.¹ Wildfremde Menschen dringen in die Privat- und Intimsphäre von Kindern ein und können mit ein bisschen Kombinationsgeschick ohne Weiteres die komplette Lebensgeschichte von Kindern rekonstruieren. Damit nicht genug scheinen vor allem Krankheitsgeschichten, also Daten, denen das Recht seit jeher eine besondere Schutzbedürftigkeit zuspricht, auf diesen Plattformen eine besondere Anziehungskraft auszuüben. Hunderttausende Menschen täglich verfolgen auf Instagram und Youtube live den Gesundheitszustand von Kindern und informieren sich darüber, ob diese ein Bäuerchen machen, eine Zahnsperre tragen oder Verdauungsbeschwerden haben.

An sich sollte man meinen, dass sich das Datenschutzrecht geradezu aufdrängt als Schutzbastion, um einer solchen umfassenden

¹ Zum Phänomen des sog. Sharenting s. den Beitrag von *Kutscher* (in diesem Heft).

den Verarbeitung von höchstpersönlichen Daten Grenzen zu setzen – und zwar gerade, wenn es um Daten von Kindern geht. Die DS-GVO betont durchgängig die besondere Schutzwürdigkeit von Kindern, egal, ob es um die Interessenabwägung bei der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung geht, um Transparenzanforderungen, den Schutz vor automatisierten Entscheidungen oder das Recht auf Vergessenwerden. Nach EG 38 „verdienen [Kinder] bei ihren personenbezogenen Daten besonderen Schutz“ und ein „solcher besonderer Schutz sollte insbesondere die Verwendung personenbezogener Daten von Kindern für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzprofilen ... betreffen.“²

2 ... aber kein Schutz

Wie die unkontrollierte Datenflut bei Familienbloggern und Kinder-Influencern mit diesen Grundanliegen des Datenschutzrechts vereinbar sein soll, bleibt ein Rätsel. Noch nicht einmal auf Seiten der Datenschutzaufsichtsbehörden scheint das Interesse sonderlich groß zu sein, dem Datenschutzrecht in der Welt der Familienblogger und Kinderinfluencer Geltung zu verschaffen. Nicht anders kann jedenfalls der erfolglose Versuch interpretiert werden, Behörden zu einem Einschreiten gegenüber Bloggern zu bewegen, die auf Instagram ihre Kinder als Werbeträger instrumentalisieren: Kontaktiert und auf konkrete Beispiele in deren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen hingewiesen wurden vier Aufsichtsbehörden. Zwei dieser Behörden haben auf die Hinweise gar nicht reagiert. Eine weitere Behörde hat pflichtgemäß eine Zuständigkeitsprüfung angekündigt, danach dann aber offensichtlich weitere Bemühungen ebenfalls eingestellt.

Nur eine Behörde sah sich veranlasst, überhaupt die Konstellation näher zu prüfen – um dann allerdings zu dem Ergebnis zu kommen, dass von der Einleitung eines Bußgeldverfahrens letztlich aus sog. Opportunitätsgründen abzusehen sei. Nicht opportun soll ein Einschreiten vor allem aus drei Gründen sein: Die im konkreten Fall genannte Bloggerin habe mit „nur“ 20.000 Followern eine vergleichsweise geringe Reichweite. Zudem sei rechtlich unklar, ob der Instagram-Auftritt möglicherweise als privat einzuordnen und

² Ausführlich zum besonderen Schutzbedarf von Kindern *Roßnagel*, ZD 2020, 88.

daher datenschutzrechtlich irrelevant sei. Und schließlich könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Veröffentlichung der Kinderfotos schon deshalb zulässig sei, weil von einer entsprechenden Einwilligung der Bloggerin als Sorgeberechtigten stellvertretend für ihre Kinder auszugehen sei. Würde man einer Bloggerin die Möglichkeit verwehren, ihre Kinder auf Instagram zu präsentieren, würde dies in letzter Konsequenz dazu führen, dass Bildveröffentlichungen der eigenen Kinder selbst bei rein privaten Profilen stets rechtswidrig und damit dem Grunde nach bußgeldbewehrt wären.

3 Zur Verantwortlichkeit der Eltern

Rechtlich sind all diese Argumente nicht haltbar, auch nicht letztere Befürchtung, bei einer konsequenten Durchsetzung datenschutzrechtlicher Vorgaben könnten Eltern auch im privaten Kontext keine Bilder der eigenen Kinder mehr veröffentlichen. Würde es sich tatsächlich um *rein private* Profile handeln, wäre es Eltern durchaus erlaubt, dort auch die Bilder ihrer Kinder zu veröffentlichen. Eben für diesen Fall gilt die Haushaltsausnahme nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO, die eine Datenverarbeitung „zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten“ vom sachlichen Anwendungsbereich der DS-GVO ausnimmt. Eine solche *ausschließlich* persönlich oder familiär veranlasste Datenverarbeitung ist tatsächlich datenschutzrechtlich irrelevant und bedarf daher auch keines Erlaubnistatbestands etwa in Gestalt einer Einwilligung.

Mit einem Datenteilen im engsten Familienkreis hat aber die hier inmitten stehende Konstellation auch nicht ansatzweise etwas zu tun, wenn 20.000 Menschen als Abonnenten einem Instagram-Account folgen und die Bilder darüber hinaus mehr als einer Milliarde aktiven Nutzern einsehbar sind. Eine irgendwie geartete Privatsache, wie sie der Gesetzgeber bei der Normierung der Haushaltsausnahme in Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO vor Augen hatte, stellt ein solcher Instagram-Auftritt ganz offensichtlich nicht dar.³ Vielmehr gilt in solcherlei Konstellationen, dass Eltern, wenn sie auf Youtube oder Instagram ihre Kinder präsentieren, in den datenschutzrechtlichen Anwendungsbereich fallen und die Vorgaben der DS-GVO zur Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung zu beachten haben.

3.1 ... sowohl für Familienblogs ...

Eltern sind als Familienblogger im datenschutzrechtlichen Sinne verantwortlich für die Preisgabe der Daten ihrer Kinder. Dagegen spricht auch nicht, dass bei Youtube oder Instagram nicht allein die Eltern, sondern vor allem auch die Plattformanbieter selbst in ganz weitem Umfang über die Art und Weise der Datenverarbeitung entscheiden und damit als Verantwortliche i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO einzuordnen sind. Warum auch in einer solchen Konstellation gleichwohl die Nutzer (Eltern) selbst ebenfalls verantwortlich sein können, hat der EuGH in seiner Facebook-Fanpage-Entscheidung überzeugend herausgearbeitet.⁴ Letztlich ist in einer solchen Konstellation von einer gemeinsamen Verantwortlichkeit auszugehen, wie sie in Art. 26 DS-GVO geregelt ist. Sachgerecht ist eine

³ Vgl. insoweit schon zur gleichlautenden Vorgängerregelung des Art. 3 Abs. 2 DSRL EuGH, Urt. v. 6.11.2003 – Rs. C-101/01, EuZW 2004, 245, 249 (Lindqvist); ebenso EuGH, Urt. v. 10.7.2018 – Rs. C-25/17, EuZW 2018, 897, 900 (Zeugen Jehovas); s. dazu auch den Beitrag von *Bessant/Schnebbe* (in diesem Heft).

⁴ EuGH, Urt. v. 5.6.2018 – Rs. C-2010/16, DuD 2018, 518 (Wirtschaftsakademie).

solche rechtliche Verantwortlichkeit auch der Eltern für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten ihrer Kinder schon deshalb, weil ohne den Willensentschluss der Eltern, Daten und Aufnahmen ihrer Kinder online zu stellen, eine Datenverarbeitung von Youtube oder Instagram von vornherein nicht möglich wäre.⁵

3.2 ... als auch für Kinderinfluencing

An der datenschutzrechtlichen (Mit-)Verantwortlichkeit der Eltern ändert sich auch dann nichts, wenn diese in der Konstellation des Kinderinfluencing zunächst einmal im Hintergrund bleiben und es den Anschein hat, dass nicht sie, sondern stattdessen die Kinder selbst ihren Auftritt auf Youtube oder Instagram steuern. Schon aus Art. 8 DS-GVO folgt, dass Kinder bis zum Alter von 16 Jahren gar nicht eigenverantwortlich die Verarbeitung ihrer Daten durch Online-Plattformen legitimieren können, sondern es insoweit der Einbindung der Eltern bedarf. Letztere bestimmen also über das Ob und Wie einer Datenverarbeitung – egal wie „eigenverantwortlich“ sich ein minderjähriger Influencer in den einschlägigen Videos oder Bildern auch präsentieren mag.

Abgesehen von dieser klaren rechtlichen Wertung des Art. 8 DS-GVO entspricht es darüber hinaus auch dem familiären Alltag der Kinderinfluencer, dass es tatsächlich deren Eltern sind, die i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO über die Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung entscheiden. Ausschlaggebend sind hierfür oftmals schon die finanziellen Rahmenbedingungen, wenn Kinderinfluencer als Cash-Cow für die ganze Familie fungieren. Schon ein Kinderkanal ab 100.000 Abonnenten kann, wenn alles richtig gemacht wird, den Lebensunterhalt einer ganzen Familie sichern. Eltern agieren in diesen Konstellationen als Aufpasser und „Arbeitgeber“ ihrer Kinder, die Beziehung zwischen Eltern und Kind beinhaltet ein – mal mehr mal weniger subtiles – kommerzielles Interesse. Ganz konkret: Schon wenn ein solches Influencerkind einmal nicht brav für ein Vorschaubild posieren möchte, dann entgehen seinem „Arbeitgeber“ bereits ein- bis zweihundert Euro möglicher Profit.⁶ Dass dies aber erst gar nicht passieren wird, dafür sorgt schon die subtile und unbewusste Abhängigkeit des Kindes von seinen Eltern. Dieses wird sich regelmäßig schon deshalb „gerne“ und „freiwillig“ vor der Kamera präsentieren, um dem kindlichen Grundbedürfnis nachzukommen, die elterlichen Erwartungen nicht zu enttäuschen.

All diese tatsächlichen Rahmenbedingungen sind im Rahmen der Beurteilung, wer datenschutzrechtlich als der Verantwortliche einzuordnen ist, zu berücksichtigen. Eltern sind also – egal ob Familienblog oder Kinderinfluencing – als datenschutzrechtlich (Mit-)Verantwortliche zu behandeln (neben den Plattformen, auf denen die Datenverarbeitung stattfindet). Rechtsfolge dieser gemeinsamen Verantwortlichkeit von Eltern und Plattformbetreiber ist zunächst einmal, dass beide in transparenter Form klären müssen, wer jeweils welche Verpflichtung aus der DS-GVO zu erfüllen hat. Nach Art. 26 Abs. 2 DS-GVO sollen sich dabei „die jeweiligen tatsächlichen Funktionen und Beziehungen der gemeinsam Verantwortlichen gegenüber betroffenen Personen gebührend widerspiegeln“. Für den Instagram- und Youtube-Auftritt heißt dies, dass die Plattformen in erster Linie für die „technische Pflichtenseite“ verantwortlich sind, während die Eltern insbeson-

⁵ Vgl. *Wagner*, ZD 2018, 307, 309; *Buchner*, FamRZ 2019, 665, 666 f.

⁶ Rechtlich würden sämtliche Einkünfte aus dem Influencing allerdings ohnehin ausschließlich den Kindern selbst zustehen; s. dazu den Beitrag von *Götz* (in diesem Heft).

dere für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung Sorge tragen müssen, also dafür, dass überhaupt ein Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO für die Datenverarbeitung erfüllt ist.⁷

4 Die Grenzen des Datenschutzrechts

Einen solchen Erlaubnistatbestand, der die elterliche Datenverarbeitung legitimieren könnte, sieht das Datenschutzrecht allerdings nicht vor. Als gesetzlicher Erlaubnistatbestand käme allein die allgemeine Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO in Betracht. Insoweit ist allerdings schon zweifelhaft, ob das Interesse der Eltern, auf Kosten ihrer Kinder Aufmerksamkeit für ihren Instagram- oder Youtube-Account zu generieren, als ein *berechtigtes* Interesse eingeordnet werden kann. Unabhängig davon überwiegen aber jedenfalls die Interessen der betroffenen Kinder, die im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers eine besondere Berücksichtigung finden müssen. Angesichts des Umfangs und der Sensibilität der preisgegebenen Daten auf den einschlägigen Plattformen kann hier ein überwiegendes Schutzinteresse der betroffenen Kinder nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.

Daneben scheidet als möglicher Erlaubnistatbestand für eine Datenverarbeitung aber auch die Einwilligung seitens der Eltern aus. Grundsätzlich gilt zwar nach § 1626 BGB, dass Eltern „die Pflicht und das Recht [haben], für das minderjährige Kind zu sorgen“ und sie deshalb nach § 1629 BGB im Rahmen dieser elterlichen Sorge ihre Kinder vertreten dürfen, also etwa auch stellvertretend für das Kind eine Einwilligung erteilen dürfen.⁸ Relevant ist dieses Recht zur Stellvertretung allerdings nur dann, wenn Eltern ihre Kinder im Verhältnis zu *Dritten* vertreten, wenn sie also im datenschutzrechtlichen Kontext einem *anderen Verantwortlichen* stellvertretend für ihre Kinder die Erlaubnis erteilen, dass deren personenbezogenen Daten verarbeitet werden dürfen. Eben dies ist die Konstellation, die auch Art. 8 DS-GVO vor Augen hat.

5 ... und auch des elterlichen Sorgerechts

Von dieser Konstellation des Art. 8 DS-GVO zu unterscheiden ist die hier inmitten stehende Fallgestaltung, in der Vater und Mutter selbst die datenschutzrechtlich Verantwortlichen sind. Sie sind es, die einer Legitimation für die Zurschaustellung ihrer Kinder bedürfen. Stehen die Eltern wie hier auf beiden Seiten – als Sorgeberechtigte auf Seiten des betroffenen Kindes und als Datenverarbeiter auf Seiten der datenschutzrechtlich Verantwortlichen – so bliebe allein der Ausweg, dass die Eltern letztlich sich selbst stellvertretend für ihr Kind im Rahmen ihres elterlichen Sorgerechts die Erlaubnis zur Datenverarbeitung erteilen. Allerdings sind die Grenzen des elterlichen Sorge- und Vertretungsrechts stets dann überschritten, wenn sich Eltern bei der Ausübung des Sorgerechts selbst in einem Interessenkonflikt befinden. Eben dies ist aber bei der öffentlichen Zurschaustellung der eigenen Kinder auf Youtube und Co. der Fall, wenn sich Eltern hier selbst eine Erlaubnis zum Eingriff in Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder erteilen würden. Rechtlich ist ein sol-

⁷ In diesem Sinne *Wagner*, ZD 2018, 307, 310 f.; ebenso *Buchner*, FamRZ 2019, 665, 666 f.; *Buchner/Schnebbe*, ZD-Aktuell 2021, 05171.

⁸ S. ausführlich zur elterlichen Sorge den Beitrag von *Götz* (in diesem Heft); grundsätzlich kritisch zur Delegation der Einwilligung an die Eltern der Beitrag von *Andresen/Dreyer* (in diesem Heft).

ches „Insichgeschäft“ nicht zulässig, § 181 BGB untersagt dieses ausdrücklich, und nach §§ 1629 Abs. 2, 1796 Abs. 2 BGB gilt dieses Verbot auch für das Verhältnis zwischen Eltern und Kind.⁹

Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb diese nationalen Regelungen zum elterlichen Sorgerecht unter der DS-GVO nicht gelten sollten. Die DS-GVO selbst verhält sich zu einer Konstellation des Insichgeschäfts nicht. Jedoch wird schon aus der Formulierung des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 DS-GVO deutlich, dass sich die Einzelheiten des Sorgerechts für Kinder nach den jeweiligen mitgliedstaatlichen Vorschriften bestimmen sollen. Der europäische Gesetzgeber hat hier mit seiner Anknüpfung an „den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind“ bewusst eine sehr weite Formulierung gewählt, die der Heterogenität mitgliedstaatlicher Regelungen zum Sorgerecht für Kinder Rechnung tragen soll.¹⁰

Damit scheidet also eine Einwilligung seitens der Eltern in eine Datenpreisgabe auf Plattformen wie Youtube oder Instagram aus – und auch eine Einwilligung seitens der betroffenen Kinder selbst kommt nicht in Betracht, da diese jedenfalls bis zum Alter von 13 Jahren (oder je nach Einzelfall und Standpunkt auch darüber hinaus) selbst noch nicht „einsichtsfähig“ sind und damit auch keine wirksame Einwilligung erteilen können.¹¹

6 Fazit

Was folgt aus alledem? Zunächst einmal nicht, dass – wie mitunter befürchtet¹² – Bildveröffentlichungen der eigenen Kinder durch ihre Eltern stets rechtswidrig wären. Bei rein privaten Profilen greift vielmehr, wie schon dargelegt, die Haushaltsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO.¹³ Auch das Datenschutzrecht ist nicht so paternalistisch, dass es Eltern Vorschriften dazu erteilen würde, ob ein Babyfoto mit den Großeltern geteilt werden darf oder nicht. Um diesen Bereich der privaten und familiären Lebensführung geht es aber bei Familienbloggern und Eltern von Kinderinfluencern nicht, die vielmehr auf Kosten der Privat- und Intimsphäre der betroffenen Kinder gezielt die Öffentlichkeit suchen.

Aber wenn Eltern, aus welchen Gründen auch immer, es nicht lassen können, ihre Kinder in die Öffentlichkeit zu zerren, hat das Recht auch für diesen Fall Vorsorge getroffen. Eltern müssen sich in einem solchen Fall eben gemäß § 1909 BGB um eine sog. Ergänzungspflegschaft bemühen und dies dem Familiengericht unverzüglich anzeigen. Ein Ergänzungspfleger kann dann entscheiden, ob es dem Kindeswohl tatsächlich zuträglich ist, wenn Eltern öffentliche Roomtours durch die Zimmer ihrer Kinder anbieten, detailliert deren Krankheitsgeschichten mit wildfremden Dritten teilen oder sonstwie das Leben ihrer Kinder vor aller Augen ausbreiten.

⁹ Zur Anwendbarkeit des § 181 BGB auch auf geschäftsähnliche Handlungen wie die Einwilligung siehe *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 11 m.w.N.

¹⁰ Vgl. *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl., Art. 8 Rn. 20.

¹¹ Zur Einsichtsfähigkeit als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung durch Minderjährige vgl. *Armin/Rothkegel* in *Taeger/Gabel*, DS-GVO, Art. 4, Rn. 359 m.w.N. Zu klären wäre des Weiteren, ob hier nicht ohnehin die Altersgrenze des Art. 8 DS-GVO (16 Jahre) einschlägig ist, da die Einwilligung zugleich auch die Datenverarbeitung durch die beteiligten Plattformen betrifft.

¹² S. die Einschätzung besagter Datenschutzaufsichtsbehörde oben unter 2.

¹³ Wobei allerdings noch offen ist, in welchen Konstellationen im Einzelnen von einem „rein privaten“ Profil ausgegangen werden kann. So ist es etwa fraglich, ob angesichts von durchschnittlich 300 sogenannten „Freunden“ bei einem Facebook-Profil automatisch schon dann von einer rein privaten Datenpreisgabe ausgegangen werden kann, wenn Bilder der eigenen Kinder „nur“ diesen 300 Freunden gezeigt werden.