

Privatheit und Selbstbestimmung von Kindern in der digitalisierten Welt: Ein juristischer Blick auf die Datenschutz-Grundverordnung

Alexander Roßnagel

Abstract

Informationstechniken zu nutzen, ist für Kinder heute selbstverständlich. Viele von ihnen wachsen als „Digital Natives“ auf. Sie leben bereits in der digitalen Welt. Andere werden im Freundeskreis, in den Familien oder in der Schule immer wieder mit der Nutzung von informationstechnischen Geräten konfrontiert. Alle sind jedoch von früher Kindheit an Objekt von informationstechnischen Überwachungspraktiken. Von Kindern werden daher vielfältig und umfangreich personenbezogene Daten verarbeitet. Da diese zwar die Vorteile der Datenverarbeitung in Anspruch nehmen, ihre Risiken aber nicht ausreichend erkennen und bewerten können, bedürfen sie eines besonderen – auch datenschutzrechtlichen – Schutzes. Der folgende Beitrag beschreibt diese besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (1.), erläutert den völker- und verfassungsrechtlichen Rahmen ihres rechtlichen Schutzes (2.) und untersucht, wie dieser Schutzauftrag von der Datenschutzgrundverordnung ausgefüllt wird (3.). Anlässlich der Evaluation dieser Verordnung vier Jahre nach ihrem Inkrafttreten und zwei Jahre nach ihrem Geltungsbeginn in den Mitgliedstaaten prüft er, ob sie diesem Anspruch vollauf gerecht wird und entwickelt Vorschläge, den Schutz von Kindern in der Datenschutz-Grundverordnung zu verbessern (4.). Schließlich fasst er die Erkenntnisse dieser Untersuchung zusammen und benennt den rechtspolitischen Handlungsbedarf (5.).

1. Der besondere Datenschutzbedarf von Kindern

Kinder wachsen heute in einer digitalisierten Welt auf. Sie sind Objekte der Datenverarbeitung im Säuglingsalter etwa durch Baby-Fon-Apps, im Kinderzimmer durch Smart Toys, Sprachassistenten (Wissenschaftliche

Dienste des Deutschen Bundestages 2019) und Tablet-Computer und im Kindergarten durch Lernroboter und Videoüberwachung. In der Schule werden ihre Verwaltungs-, Verhaltens- und Leistungsdaten durch Schulmanagementsysteme, biometrische Daten zum Zugangsschutz und ihre Konsumdaten durch Systeme für bargeldloses Bezahlen in der Schulkantine verarbeitet (Artikel 29-Datenschutzgruppe 2008). Außerdem sind sie in der Welt des Electronic Commerce und der Social Networks, des Ubiquitous Computing und des Big Data den gleichen Praktiken der Datensammlung und der Profilbildung unterworfen wie die Erwachsenen (Roßnagel/Richter 2017: 205).

Kinder nutzen im Lauf ihrer Entwicklung selbst digitale Technologien und Dienste immer mehr und intensiver. Viele von ihnen können als „Digital Natives“ gelten, die mit der vielfältigen Verwendung dieser Medien aufwachsen. Nahezu alle nutzen Smartphones, sind Mitglieder in Social Networks, verwenden Messenger-Dienste, informieren sich über Suchmaschinen und kaufen Waren oder Unterhaltung über das Internet. Z.B. nutzten in der Altersgruppe der 6- bis 13-jährigen im Jahr 2016 57% der Kinder WhatsApp, 50% YouTube und 30% Facebook mehrmals in der Woche oder am Tag (MPFS 2016: 33). Das durchschnittliche Alter der Erstanmeldung bei Facebook lag 2016 bei 10 Jahren (MPFS 2016: 41). 2018 nutzten z.B. 73% der 14- bis 17-jährigen Instagram (MPFS 2018: 39). Zunehmend tragen sie auch Informationstechnik – wie Fitness-Armbänder oder Smart Watches – an ihrem Körper. Zur Unterstützung des Unterrichts oder zur Hilfe bei Hausaufgaben nehmen Schulkinder vielfältige Apps als Lernassistenten in Anspruch. Die Verarbeitung von Kinderdaten ist somit keine Ausnahme, sondern ein Massenphänomen (BITKOM 2017: 8).

Digitale Technologien und Dienste bieten für Kinder Chancen für die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit, die Gemeinschaftsbildung und die Wahrnehmung vieler weiterer Freiheits- und Entwicklungsziele. Sie können sich ungefiltert informieren, mit ihrem sozialen Umfeld einfach kommunizieren und ihre Meinung frei äußern. Sie können ihre Freizeit mit elektronischen Spielen verbringen und dabei viel Spaß haben. Insbesondere Multi-User-Online-Spiele erlauben den Teilnehmern, in neue Rollen zu schlüpfen und in einer Phantasiewelt unterschiedliche Rollen und Realitäten zu erproben und auszuleben. Außerdem ist das Internet ein geeignetes Forum für die Selbstdarstellung. Jedes Kind kann versuchen, durch die Präsentation von Informationen über sich selbst sein Erscheinungsbild in der öffentlichen Wahrnehmung zu beeinflussen und durch die Rückmeldungen zu einer eigenen Identität zu finden. Dabei erlaubt die Virtualität und grundsätzliche Anonymität des Internets, in ganz unterschiedlichen Kontexten unterschiedliche Identitäten anzunehmen und damit die Selbst-

darstellung sehr facettenreich zu gestalten. Digitale Technologien ermöglichen schließlich neue Formen des Lernens, die relativ einfach zu nutzen und von hoher Attraktivität sind, sodass Barrieren, sich zu engagieren, sich anzustrengen und sich zu bilden, fast spielerisch überwunden werden können. Sie können digitale Räume bieten, die den Kindern Freiheit, Entwicklung und Entfaltung ermöglichen.

Digitale Technologien und Dienste hinterlassen allerdings zwangsläufig auch Datenspuren, die zur Überwachung und Verhaltenssteuerung durch unterschiedliche Interessierte genutzt werden können. Beispiele bieten Eltern, die die Aufenthaltsorte ihrer Kinder durch smarte Schulranzen oder Schlüsselanhänger mit GPS-Trackingfunktion ständig verfolgen. Sie können mit Ausspähprogrammen die Smartphones ihrer Kinder überwachen, auslesen und manipulieren. Sprachassistenten – auch in Form von smarten Puppen oder Kuscheltieren –, denen die Kinder ihre geheimen Wünsche und Sehnsüchte mitteilen, können für die Eltern zu Spionen ihrer Kinder werden. Auch wenn nicht die Eltern die entstehenden Daten auswerten – sie werden jedenfalls immer an die Anbieter dieser Dienstleistungen, oft in die USA, übertragen (Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags 2019), die sie zu Persönlichkeitsprofilen zusammenfassen und für Werbezwecke nutzen (Friedewald/Karaboga/Zoche 2015). Solche Überwachungstechniken erfassen auch die Umwelt der Kinder, insbesondere andere Kinder, mit denen sie sich treffen, unterhalten oder spielen.

Schulen, die elektronische Medien einsetzen, um die Lernprozesse der Schüler zu unterstützen, erheben dadurch Verhaltens- und Leistungsdaten für jedes Kind, die personalisiert Auskunft über dessen Fähigkeiten, Intelligenz, Leistungsvermögen, Lernbereitschaft oder inhaltliche Interessen geben. Mit Learning Analytics-Systemen sind Selektionen der Schüler in Leistungsgruppen und letztlich auch prädiktive Aussagen zu ihren Entwicklungschancen möglich.

Daten, die Kinder in Internetplattformen selbst eingeben, ebenso wie die Daten, die Kinder bei der Nutzung von Internetdiensten unvermeidbar verursachen, führen deren Anbieter meist zu Nutzerprofilen zusammen und nutzen diese dafür, die Kinder gezielt anzusprechen und in ihren Meinungen und Verhaltensweisen – vor allem zu Werbezwecken – zu beeinflussen (Roßnagel/Richter 2017: 205).

Kinder können diese Risiken weniger gut vermeiden und sich gegen Eingriffe in ihre Grundrechte weniger gut wehren, als Erwachsene dies können. Sie sind leichter beeinflussbar und erliegen schneller einem sozialen Nutzungsdruck, der von anderen Kindern, Eltern oder Lehrern ausgeht. Auch haben sie vielfach ein hohes intrinsisches Interesse, für sie attraktive Internetangebote zu nutzen. Kinder haben grundsätzlich Vertrau-

en (auch ohne Anhaltspunkte dafür) und erfüllen Anforderungen zur Datenpreisgabe mit wenig Bedenken.

Die Selbstverständlichkeit im Umgang mit digitalen Medien ist allerdings nicht gekoppelt mit einem ausgeprägten Bewusstsein für die Risiken, die mit der Mediennutzung verbunden sind. Auch ausreichendes Risikowissen und Vermeidungskennnisse fehlen (Roßnagel/Richter 2017: 205). Kinder haben in der Regel keine Vorstellungen, was es für sie bedeutet¹, dass das Internet nichts vergisst, dass Verbreitung und Nutzung und Aggregation der Daten im Internet für sie nicht mehr kontrollierbar sind, wenn sie einmal preisgegeben worden sind (Jandt/Roßnagel 2011: 637).

Das Wissen über Handlungsfolgen und zu Verhaltensmöglichkeiten muss sich bei Kindern erst nach und nach herausbilden und festigen. Das komplexe Zusammenwirken mehrerer Datenverarbeitungssysteme ist ihnen nicht bekannt, ebenso wenig die eigentlichen Geschäftsmodelle insbesondere von digitalen Diensten, die ihnen ihre Dienste scheinbar kostenlos anbieten. Ihnen ist nicht klar, dass aus den Daten, die sie preisgeben und die durch die Beobachtung ihres Verhaltens entstehen, neue Daten über sie generiert werden, die ihr Weltverständnis bestimmen, ihre sozialen Beziehungen beeinflussen, ihr Selbstbild prägen und Vorhersagen über ihr Verhalten ermöglichen.² Kindern fehlt daher vielfach die Möglichkeit, künftige Nachteile zu erkennen, insbesondere die Fähigkeit, die negativen Folgen der umfassenden Datenverarbeitung und Profilbildung in den von ihnen genutzten Internetangeboten richtig zu bewerten.

Auch die Fähigkeit zu autonomer Entscheidung müssen Kinder erst noch ausbilden. Dies setzt zum einen ein gefestigtes Selbstkonzept voraus. Um dieses auszubilden, müssen Kinder ihre vielen Persönlichkeitsfacetten und Persönlichkeitseigenbilder ausprobieren. Sie müssen lernen, verschiedene soziale Rollen mit unterschiedlichen Verhaltenserwartungen je nach sozialem Kontext anzunehmen. Zum anderen erfordert eine autonome Entscheidung geeignete normative Kriterien. Vorstellungen von Fairness und Gerechtigkeit müssen Kinder aber ebenfalls erst noch ausbilden und erproben.³

Kinder unterliegen einer besonderen strukturell bedingten Gefährdungslage: Sie verstehen die meist langfristigen Nachteile der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten noch unzureichend, sind aber für

-
- 1 S. z.B. den Beitrag von *Stapf*, Aufwachsen in überwachten Umgebungen, in diesem Band.
 - 2 S. hierzu den Beitrag von *Dreyer*, Recht auf mein Selbst, in diesem Band.
 - 3 S. hierzu den Beitrag von *Dreyer*, Recht auf mein Selbst, in diesem Band.

die meist kurzfristigen positiven Effekte der Nutzung von digitalen Technologien und Diensten sehr offen und für Verführungen zu ihrer Nutzung leicht zugänglich.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Kinder in der Regel ihre eigenen Rechte als betroffene Person nicht kennen. Selbst wenn sie ihnen bekannt wären, wären sie unfähig, sie wahrzunehmen. Das Gleiche gilt für die Fähigkeit, die eigenen Grundrechte technisch selbst zu schützen. Selbst wenn es um einfache Selbstschutzmaßnahmen geht, sehen sie überwiegend nicht ein, warum sie zusätzliche Umständlichkeiten auf sich nehmen sollen, wenn die Nutzung der Dienste doch auch einfacher geht.

Aus diesen Gründen haben Kinder einen besonderen Bedarf an Schutz und Fürsorge – gerade in digitalen Kontexten (Artikel-29-Datenschutzgruppe 2008: 3). Ihre informationelle Selbstbestimmung und Handlungsautonomie sind in besonderer Weise gefährdet. Bei der Ausgestaltung von Schutz und Fürsorge ist jedoch zu berücksichtigen, dass Kinder auch einen Freiraum benötigen, um mit digitalen Angeboten Erfahrungen zu gewinnen und einen bewussten und verantwortlichen Umgang mit ihnen zu lernen. Den notwendigen Ausgleich zwischen Schutz und Fürsorge einerseits sowie Freiraum für Entwicklung und Entfaltung andererseits zu finden, ist auch eine Aufgabe des Datenschutzrechts.

2. Völker- und verfassungsrechtliches Schutzgebot

Der besondere Schutzbedarf von Kindern wird im internationalen Recht von der Kinderrechtskonvention (Artikel-29-Datenschutzgruppe 2008: 3), in der Europäischen Union von der Grundrechte-Charta und in der Bundesrepublik Deutschland vom Grundgesetz anerkannt.

2.1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen

Dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 sind alle Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen mit Ausnahme der USA beigetreten. Nach Art. 1 UN-KRK ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK verpflichtet alle öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichte, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorgane, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen. Zu diesem gehört auch nach Art. 16 UN-KRK der Schutz des Privatlebens,

des Schriftverkehrs und der Ehre eines Kindes vor willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen. Diesem Schutz entspricht die Bundesrepublik Deutschland durch die Grundrechte auf freie Entfaltung und Schutz der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG, auf Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG, auf Schutz des Brief- und Fernmeldegeheimnisses nach Art. 10 GG und auf Schutz der Wohnung nach Art. 13 GG (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2014).

In Deutschland ist das Übereinkommen 1992 nach seiner Ratifikation im Rang eines einfachen Gesetzes in Kraft getreten.⁴ Aus Art. 4 Abs. 1 UN-KRK ergibt sich, dass aus dem Übereinkommen direkt keine individuellen Rechtsansprüche abgeleitet und vor Gericht eingeklagt werden können. Sie müssen erst im nationalen Recht begründet worden sein (Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend 2014). Nach Art. 4 Abs. 1 UN-KRK treffen die Vertragsstaaten jedoch alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen, um die im Übereinkommen anerkannten Rechte zu verwirklichen.

2.2 Grundrechte-Charta

Nach Art. 24 Abs. 1 Satz 1 GRCh haben Kinder „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind.“ Dieser eigenständige Anspruch des Kindes auf Schutz und Fürsorge⁵ gilt für alle Lebenssituationen⁶ – auch in Bezug auf die Verarbeitung ihrer Daten. Auch für Kinder gelten die Grundrechte auf Privatleben nach Art. 7 GRCh und auf Datenschutz nach Art. 8 GRCh.⁷ Schutz und Fürsorge ist nicht nur Aufgabe staatlicher Stellen, sondern fällt auch in die Verantwortung privater Stellen. Daher bestimmt Art. 24 Abs. 2 GRCh: „Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“⁸ Das Wohl des Kindes als Treuhänder seiner Interessen zu vertreten, ist nach Art. 24 Abs. 3 GRCh die Aufgabe seiner Eltern.

4 BGBl. II, 990.

5 S. z.B. *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, EUV, AEUV mit EU-GRCh, 5. Aufl. 2016, Art. 24 GRCh, Rn. 1; *Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 24 Rn. 3f.

6 S. hierzu auch Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und Abs. 5 EUV.

7 S. auch Art.-29-Datenschutzgruppe 2008, S. 5 und 7, die aber auch darauf hinweist, dass die Gewährleistung einer angemessenen Fürsorge auch eine Verarbeitung der Daten von Kindern erforderlich machen kann.

8 *Zur Verpflichtung privater Stellen s. Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 24 Rn. 6, 15.

Dem Wohl des Kindes entspricht es, seine Persönlichkeit zu entwickeln und zu entfalten.⁹ Daher garantiert Art. 24 Abs. 1 Satz 2 und 3 GRCh auch Kindern, ihre Meinung frei zu äußern.¹⁰ „Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.“ Eltern müssen dies dem Alter und Reifegrad des Kindes entsprechend berücksichtigen, wenn sie im Rechtsverkehr ihre Kinder vertreten oder im Kontext der Datenverarbeitung über eine Zustimmung zu einer Einwilligung des Kindes entscheiden¹¹.

2.3 Grundgesetz

Nicht ganz so eindeutig sind die Aussagen des Grundgesetzes. Nach Art. 6 Abs. 2 GG sind „Pflege und Erziehung der Kinder [...] das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“ Träger des Grundrechts sind die Eltern, nicht die Kinder. Verpflichtete sind alle Träger öffentlicher Gewalt. Das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG schützt die Verantwortung der Eltern für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes und das Recht, Erziehungsziele und -mittel autonom festzulegen.¹² Für das Bundesverfassungsgericht ist das „Elternrecht ein Recht im Interesse des Kindes“,¹³ zumal das Kind auf Schutz und Hilfe angewiesen ist.¹⁴ Maßgebliche Richtschnur für die Eltern muss das Wohl des Kindes sein.¹⁵ Somit ist das Elternrecht ein treuhänderisches Recht.¹⁶

Allerdings hat das Kind auch eigene Grundrechte, die das Elternrecht einschränken können. Daher nehmen die im Elternrecht wurzelnden Rechtsbefugnisse mit fortschreitendem Alter des Kindes ab und erlöschen mit dessen Volljährigkeit.¹⁷ Das Recht des Kindes gegen den Staat auf Sicherung seiner Pflege und Erziehung folgt aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung

9 S. auch *Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 24 Rn. 10, 16.

10 S. auch *Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 24 Rn. 15.

11 S. z.B. Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 8 Rn. 27.

12 BVerfGE 107, 104 (117); *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 42.

13 BVerfGE 121, 68 (92); 72, 122 (137).

14 BVerfGE 79, 51 (73); 108, 52 (72).

15 BVerfGE 121, 68 (92).

16 BVerfGE 59, 360 (377); 64, 180 (189); 107, 104 (121); *Jarass*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 45.

17 BVerfGE 59, 360 (382); 72, 122 (137); *Jarass*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 44, 51.

mit Art. 6 Abs. 2 GG.¹⁸ Aufgrund dessen hat der Staat eine Schutz- und Förderpflicht, dieses Grundrecht durch geeignete Rahmenbedingungen zu gewährleisten.¹⁹ Er hat durch seine Gesetzgebung eine „kinderfreundliche Gesellschaft“ zu fördern.²⁰ Dieses Ziel ist auch im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung den für Unternehmen geltenden Rechtsregeln zugrunde zu legen.²¹

Da ein eigenes Kinderrecht im Grundgesetz fehlt, hat die Regierungskoalition in ihrem Vertrag beschlossen, Kinderrechte ausdrücklich im Grundgesetz zu verankern (Die Bundesregierung 2018: 20). Im November 2019 hat das Bundesjustizministerium einen Entwurf zur Änderung des Grundgesetzes vorgelegt.²² Danach soll in Art. 6 GG ein neuer Abs. 1a mit folgendem Wortlaut aufgenommen werden: „Jedes Kind hat das Recht auf Achtung, Schutz und Förderung seiner Grundrechte einschließlich seines Rechts auf Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft. Das Wohl des Kindes ist bei allem staatlichen Handeln, das es unmittelbar in seinen Rechten betrifft, angemessen zu berücksichtigen. Jedes Kind hat bei staatlichen Entscheidungen, die seine Rechte unmittelbar betreffen, einen Anspruch auf rechtliches Gehör.“ Mit dieser Ergänzung sollen „die Grundrechte von Kindern im Text des Grundgesetzes besser sichtbar werden“. Eine inhaltliche Änderung von Elternrechten und Elternverantwortung soll damit jedoch nicht erreicht, das Verhältnis zwischen Eltern, Kindern und Staat „bewusst nicht angetastet werden“.

3. *Datenschutz von Kindern in der Datenschutz-Grundverordnung*

Diese besondere Schutzpflicht hat auch der Gesetzgeber der Europäischen Union erkannt. Nach Erwägungsgrund 38 Satz 1 DSGVO 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“. Wen die Datenschutz-Grundverordnung unter den Begriff

18 BVerfGE 133, 59, Rn. 43; 135, 48 Rn. 98.

19 BVerfGE 130, 240 (252, 256).

20 BVerfGE 88, 203 (260).

21 S. z.B. Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 53.

22 Süddeutsche Zeitung vom 26.11.2019, S. 1.

„Kinder“ fasst, hat sie nicht definiert.²³ Aus dem systematischen Zusammenhang ist jedoch zu schließen, dass die Datenschutz-Grundverordnung unter „Kindern“ alle Personen versteht, die das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben.²⁴

Den Begriff „Jugendliche“ kennt die Datenschutz-Grundverordnung dementsprechend nicht.²⁵ Die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern berücksichtigt die Datenschutz-Grundverordnung in sechs Regelungen für unterschiedliche datenschutzrechtliche Zusammenhänge.

3.1 Einwilligung von Kindern

Willigen Kinder in die Verarbeitung ihrer Daten ein, gelten auch für sie die allgemeinen Regelungen zur Definition einer wirksamen Einwilligung in Art. 4 Nr. 11 DSGVO, zur grundsätzlichen Erlaubniswirkung der Einwilligung in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO, zur ausdrücklichen Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten in Art 9 Abs. 2 lit. a DSGVO und in automatisierte Entscheidungen nach Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO sowie zu weiteren Voraussetzungen jeder Einwilligung in Art. 7 DSGVO.

Da eine Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO Freiwilligkeit voraussetzt und diese fehlt, wenn der Erklärende nicht fähig ist, den Gegenstand der Einwilligung, ihre Bedeutung und ihre Folgen kognitiv zu erfassen und seinen Willen selbstbestimmt zu bilden und zu betätigen, ist ein Kind nicht einwilligungsfähig, wenn es zu dieser Einsicht und Handlung noch nicht in der Lage ist. Diese Einsicht ist in der Regel im Einzelfall je nach

23 Anders als der Entwurf der Kommission und des Parlaments, die in Art. 4 Nr. 18 Kind als „jede Person bis zur Vollendung des achtzehnten Lebensjahres“ definierten.

24 Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz, WP 260 rev.01, 2018, 12; *Schwartmann/Hilgen*, in: *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DSGVO, 2018, Art. 8 Rn. 1, 24; *Ernst*, ZD 2017, 110 (111); s. hierzu auch Art.-29-Datenschutzgruppe, Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, WP 147, 2.

25 Im deutschen Recht wird der Begriff „Jugendliche“ unterschiedlich gebraucht. Das Zivilrecht unterscheidet nur zwischen Volljährigen und Minderjährigen, das GG spricht nur von „Kindern“ und meint damit Minderjährige unter 18 Jahren. Dagegen kennen etliche Vorschriften des Sozialrechts den Begriff der „Jugendlichen“ und meinen damit meist jungen Menschen unter 25 Jahren. Das Jugendschutzrecht versteht unter Jugendlichen Minderjährige zwischen 14 und 17 Jahren. Ebenso sieht das Strafrecht die Jugendlichen, kennt aber zusätzlich noch die Heranwachsenden zwischen 18 und 21 Jahren – s. hierzu *Wabnitz* 2017: 13 ff.

Umfang und Bedeutung der Datenverarbeitung, dem Inhalt der Einwilligung und den Fähigkeiten des Kindes zu beurteilen.²⁶

Die Verordnung regelt jedoch keine Altersgrenze, von der an das Kind als einsichtsfähig gilt. Nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 DSGVO gilt die Einwilligung eines Kindes bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft (Simitis/Hornung/Spiecker 2019),²⁷ das einem Kind direkt unterbreitet wird,²⁸ als rechtmäßig, wenn das Kind das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat.²⁹ Mit dieser starren Altersgrenze, die einen Kompromiss zwischen sehr unterschiedlichen Vorstellungen im Gesetzgebungsprozess darstellt,³⁰ soll im Internet, in dem die Einsichtsfähigkeit nicht durch Augenschein festgestellt werden kann, Rechtssicherheit für alle Beteiligte gewährleistet werden. Von dieser typisierenden Festlegung der Einwilligungsfähigkeit kann im Einzelfall in Bezug auf die Altersgrenze weder nach unten noch nach oben abgewichen werden.

Nach der Öffnungsklausel des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO dürfen jedoch Mitgliedstaaten durch gesetzliche Regelung diese Grenze bis zur Vollendung des dreizehnten Lebensjahres senken. Diese Grenze richtet

-
- 26 S. z.B. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 8 Rn. 1 und 10; *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG-neu, 2018, Art. 8 DSGVO, Rn. 2; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 9f.; ebenso nach dem bisherigen deutschen Datenschutzrecht – s. z.B. *Roßnagel/Richter*, Aufwachsen in virtuellen und technologisierten Welten, 2017, 205 (243); *Jandt/Roßnagel*, in: Schenk/Niemann/Reimann/Roßnagel, Digitale Privatsphäre, 2012, 309 ff.; *dies.*, MMR 2011, 637 ff.
- 27 Ein „Dienst der Informationsgesellschaft“ ist nach der Definition des Art. 4 Nr. 25 DSGVO eine Dienstleistung im Sinn des Art. 1 Nr. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, EU ABL L 241 vom 17.9.2015, 1. Praktisch greift diese Regelung bei allen über das Internet angebotenen Diensten – s. z.B. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Art. 4 Nr. 25 Rn. 5 ff. und Art. 8 Rn. 1; *Weichert*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG-neu, 2018, Art. 4 DSGVO, Rn. 173 ff.
- 28 Dies soll nur dann der Fall sein, wenn der Dienst ausdrücklich Kinder anspricht – s. *Kampert*, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 9.
- 29 Nach der bisherigen herrschenden Meinung in Deutschland bestand ein informeller Richtwert von 14 Jahren – s. z.B. OVG Lüneburg, NJW 2015, 502; *Holz-nagel/Sonntag*, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 4.8 Rn. 22; *Gola/Schulz*, ZD 2013, 475 (478).
- 30 Der Entwurf der Kommission und des Parlaments sahen in Art. 8 Abs. 1 eine feste Altersgrenze von 13 Jahren ohne Möglichkeit davon abzuweichen, vor, nach Art. 8 Abs. 1 des Entwurfs des Rats sollte die Einwilligung eines Kindes bis zum Alter von 18 Jahren unwirksam sein.

sich wohl nach den Nutzungsbedingungen der großen amerikanischen Plattformen wie Facebook, WhatsApp, Twitter und YouTube, die die Nutzung ab 13 Jahren zulassen. Von dieser Öffnungsklausel haben die Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich Gebrauch gemacht. Die Altersgrenze auf 13 Jahre festgesetzt haben Belgien, Dänemark, Estland, Finnland, Lettland, Malta, Portugal und Schweden. Ab 14 Jahren dürfen Kinder in Bulgarien, Italien, Litauen, Österreich, Spanien und Zypern ohne Zustimmung ihrer Eltern in die Datenverarbeitung von Diensten der Informationsgesellschaft einwilligen. Eine Grenze mit 15 Jahren sehen Frankreich, Griechenland, Slowenien und Tschechien vor. Die Altersgrenze der Datenschutz-Grundverordnung haben nur Deutschland, Irland, Kroatien, Luxemburg, Niederlande, Polen, Rumänien, Slowakei und Ungarn beibehalten.³¹

Die starre Altersgrenze gilt jedoch nur für die Datenverarbeitung, um Dienste der Informationsgesellschaft zu erbringen. Für alle anderen Datenverarbeitungen muss anhand der Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Kindes individuell festgestellt werden, ob die Einwilligung freiwillig ist. Auf diese Feststellung übt allerdings die gesetzliche Festlegung der Einwilligungsfähigkeit bei 16 Jahren für Dienste der Informationsgesellschaft einen indirekten Einfluss aus. Es wird vertreten, dass unterhalb dieser Altersgrenze im Streitfall der Verantwortliche die Einwilligungsfähigkeit und oberhalb der Altersgrenze die betroffene Person die fehlende Einwilligungsfähigkeit nachweisen muss.³²

Hat das Kind die festgesetzte Altersgrenze oder die individuelle Einwilligungsfähigkeit³³ noch nicht erreicht, so ist die Datenverarbeitung nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 DSGVO „nur rechtmäßig, sofern und soweit diese Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird“. Art. 8 Abs. 2 DSGVO verpflichtet den Verantwortlichen, dass er „unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik angemessene Anstrengungen unternimmt, 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“ (Roßnagel/Richter 2017: 205). In der Praxis hat sich das Verfahren des Double-Opt-in als bevorzugte Lösung etabliert: Der Anbieter

31 S. die Übersicht von *Nebel/Dräger*, Altersgrenzen in den Mitgliedstaaten, ZD-aktuell 8/2019, VIII.

32 S. z.B. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 8 Rn. 12.

33 Dies muss auch für die nicht von Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 DSGVO erfassten Fälle gelten – s. z.B. *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 8 Rn. 25.

schickt eine E-Mail an die E-Mail-Adresse der Sorgeberechtigten und lässt sich ihre Einwilligung oder Zustimmung per E-Mail erteilen oder bestätigen.³⁴

Die Regelung in Art. 8 DSGVO lässt nach dessen Abs. 3 „das allgemeine Vertragsrecht der Mitgliedstaaten, wie etwa die Vorschriften zur Gültigkeit, zum Zustandekommen oder zu den Rechtsfolgen eines Vertrags in Bezug auf ein Kind, unberührt“. Dies bedeutet zweierlei: Erstens kommt es für die Einwilligungsfähigkeit nicht auf die Geschäftsfähigkeit der betroffenen Person an, sondern auf die Freiwilligkeit der Einwilligung. Zum anderen kann in Deutschland eine betroffene Person erst einen Vertrag abschließen und damit den Erlaubnistatbestand der Vertragserfüllung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO begründen, wenn sie mit 18 Jahren die Geschäftsfähigkeit erlangt hat (Jandt/Roßnagel 2011: 637, Roßnagel/Richter 2017: 205).

3.2 Abwägung mit schutzwürdigen Interessen von Kindern

Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich“ ist, „sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen“ (Nebel 2018: 106). An diese Zulässigkeitsvoraussetzung schließt der Nebensatz an: „insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt“. Diese unglückliche Formulierung soll zum Ausdruck bringen, dass bei der notwendigen Interessenabwägung die der Datenverarbeitung entgegenstehenden Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten in besonderer Weise berücksichtigen müssen, „wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt“.³⁵ Allerdings werden kein bestimmter Zweck und keine bestimmte Form der Datenverarbei-

34 S. z.B. Däubler, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG-neu, 2018, Art. 8 DSGVO, Rn. 9.

35 Nach Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO, Rn. 155, sollen bei einem Kind unter 16 Jahren regelmäßig die schutzwürdigen Interessen überwiegen; ähnlich Art.-29-Datenschutzgruppe, Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern, WP 147, 14, für die Verarbeitung von Kinderdaten für Werbezwecke; s. dagegen Reimer, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 64: nur „besonders gewichtig“.

tung zum Schutz des Kindes ausgeschlossen, sondern überwiegend nur eine intensivere Abwägung durch den Verantwortlichen gefordert.³⁶

3.3 Informationen für Kinder

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 DSGVO sind Informationen nach Art. 13 und 14 DSGVO und alle Mitteilungen gemäß den Art. 15 bis 22 und 34 DSGVO „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln“. „Dies gilt insbesondere für Informationen, die sich speziell an Kinder richten“. Damit soll erreicht werden, dass auch Kinder aufgrund dieser Informationen ihre informationelle Selbstbestimmung ausüben können. Die Informationen müssen daher in kindgerechter Sprache abgefasst sein.³⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Träger der elterlichen Verantwortung in die Datenverarbeitung einwilligen (Artikel-29-Datenschutzgruppe 2018: 12f). „Wenn sich die Verarbeitung an Kinder richtet, sollten“ nach Erwägungsgrund 58 Satz 4 DSGVO „aufgrund der besonderen Schutzwürdigkeit von Kindern Informationen und Hinweise in einer dergestalt klaren und einfachen Sprache erfolgen, dass ein Kind sie verstehen kann“.³⁸ „Speziell an Kinder“ richten sich Informationen, wenn sie Datenverarbeitungen betreffen, die Grundlage für spezifische Angebote sind, die von Kindern oder auch nicht unerheblich von Kindern genutzt werden.

3.4 Löschung der personenbezogenen Daten von Kindern

Nach Art. 17 Abs. 1 DSGVO hat jede betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass sie betreffende personenbezogene Daten unverzüglich gelöscht werden, und der Verantwortliche ist verpflichtet, personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, sofern einer

36 S. z.B. *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 Abs. 1 Rn. 112.

37 *Dix*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 12 Rn. 16; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 12 DSGVO, Rn. 11.

38 Hier verweist die Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien für Transparenz, WP 260 rev.01, 2018, 12, auf die „Konvention über die Rechte des Kindes – Für Kinder erklärt“ des Kinderhilfswerks der Vereinten Nationen als gelungenes Beispiel für kindgerechte Sprache.

der in Abs. 1 genannten Gründe zutrifft. In lit. f wird der Grund genannt, dass „die personenbezogenen Daten [...] in Bezug auf angebotene Dienste der Informationsgesellschaft gemäß Art. 8 Abs. 1 erhoben“ wurden.³⁹ Die Vorschrift knüpft daran an, dass Kinder häufig Daten über sich im Internet preisgeben, deren Preisgabe sie später bereuen könnten, und scheint dieser Schutzbedürftigkeit besonders Rechnung zu tragen (Roßnagel/Richter 2017: 205). Mit diesem Löschananspruch soll erreicht werden, dass Kinder beim Übergang in das Erwachsenenalter nicht von „Jugendsünden“ verfolgt werden, deren langfristige Folgen sie im Kindesalter noch nicht abschätzen konnten.⁴⁰ Dieses Recht soll einen Ausgleich dazu darstellen, dass Art. 8 Abs. 1 DSGVO den Verantwortlichen erlaubt, bei Diensten der Informationsgesellschaft, d.h. praktisch allen über das Internet angebotenen Diensten, die personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der Eltern zu verarbeiten, wenn ein Kind, das bereits 16 Jahre alt ist, in die Datenverarbeitung einwilligt.⁴¹ Nach anderer Meinung sind nur die Fälle erfasst, in denen das Kind – je nach mitgliedstaatlicher Regelung der Einwilligungsfähigkeit – unter 13 bis 16 Jahren seine Einwilligung mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gegeben hat.⁴² Nach wieder anderer Meinung besteht der Löschananspruch nur, wenn das Kind unter 16 Jahren ohne Zustimmung der Träger der elterlichen Verantwortung eingewilligt hat.⁴³ Hier ist eine gesetzliche Klarstellung erforderlich.

3.5 Verhaltensregeln von Verbänden

Nach Art. 40 und 41 DSGVO können Verbände und andere Vereinigungen, die Kategorien von Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern vertreten, Verhaltensregeln für ihre jeweilige Branche beschließen, mit denen die Anwendung der Verordnung präzisiert wird. Diese Verhaltensregeln sind den Aufsichtsbehörden vorzulegen und von diesen zu genehmigen,

39 Diese Regelung gilt somit auch, wenn Mitgliedstaaten nach der Öffnungsklausel des Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 DSGVO die Altersgrenze für eine wirksame Einwilligung weiter gesenkt haben – s. hierzu Kap. 3.1.

40 S. Erwägungsgrund 65; s. hierzu z.B. *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 17 DSGVO, Rn. 31.

41 S. Kap. 3.1.

42 S. *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG-neu, 2018, Art. 17 DSGVO, Rn. 18; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 17 DSGVO, Rn. 34.

43 S. *Peuker*, in: Sydow, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 17 Rn. 30.

wenn sie der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen. Sie sind dann für die weitere Aufsichtstätigkeit verbindlich.⁴⁴ Art. 40 Abs. 2 DSGVO nennt Beispiele für Inhalte solcher Verhaltensregeln. Nach lit. g sind auch „Unterrichtung und Schutz von Kindern und Art und Weise, in der die Einwilligung des Trägers der elterlichen Verantwortung für das Kind einzuholen ist,“ mögliche Regelungsgegenstände. Damit reagiert die Verordnung auf ihre eigene Abstraktheit und Unterkomplexität (Roßnagel 2018a: 27), überlässt aber Konkretisierungen und Spezifizierungen nicht der Kommission oder den Mitgliedstaaten, sondern Branchenverbänden.⁴⁵ Dabei geht es grundsätzlich um den Schutz von Kindern in der Datenverarbeitung, aber vor allem geht es um die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO, um die Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO, um die Information von Kindern nach Art. 12 Abs. 1 DSGVO und um die Einwilligung oder Zustimmung des Trägers der elterlichen Verantwortung zur Verarbeitung von Daten ihres Kindes nach Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 DSGVO und deren Einhaltung durch den Verantwortlichen nach Art. 8 Abs. 2 DSGVO. Zu diesen Themen können Branchenverbände, deren Mitglieder sich an Kinder wenden oder deren Angebote stark von Kindern genutzt werden, die offenen Regelungen der Verordnung jeweils spezifisch für sich präzisieren und konkretisieren.

3.6 Aufklärung der Öffentlichkeit durch Aufsichtsbehörden

Nach Art. 57 Abs. 1 lit. b DSGVO ist es eine von vielen Aufgaben der Aufsichtsbehörden, „die Öffentlichkeit für die Risiken, Vorschriften, Garantien und Rechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung (zu) sensibilisieren und sie darüber auf(zu)klären. Besondere Beachtung finden dabei spezifische Maßnahmen für Kinder.“ Diese Aufklärungsmaßnahmen sollen die rechtlichen und technischen Maßnahmen zum Datenschutz unterstützen. Sie sollen besonders sowohl auf den Schutz von Kindern gerichtet sein als auch sich an Kinder richten.⁴⁶ Bei solchen spezifischen Maßnahmen für Kinder sind deren informationstechnische Praktiken, deren Auf-

44 S. hierzu *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 40 Rn. 67 ff.

45 S. z.B. *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 40 Rn. 45.

46 *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 57 Rn. 11 und 20.

fassungs- und Handlungsfähigkeit sowie mögliche Vermittlungswege (z.B. Eltern, Schule, Verein) zu berücksichtigen.⁴⁷

3.7 Generelle Gleichbehandlung von Kindern mit Erwachsenen

Alle anderen Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung behandeln Kinder so wie Erwachsene. Für sie gelten beispielsweise die gleichen Regelungen zur Erlaubnis von Datenverarbeitungen und die gleichen Verarbeitungsgrundsätze. Sie haben als betroffene Personen die gleichen Rechte wie Erwachsene. Die Verantwortlichen haben ihnen gegenüber grundsätzlich die gleichen Verpflichtungen wie gegenüber erwachsenen betroffenen Personen und ihre personenbezogenen Daten können unter den gleichen Voraussetzungen in Staaten außerhalb des Geltungsbereichs der Datenschutz-Grundverordnung übertragen und dort verarbeitet werden. In all diesen Fällen fordert die Datenschutz-Grundverordnung nicht, die Schutzbedürftigkeit von Kindern besonders zu berücksichtigen.

4. Notwendige Verbesserungen des Schutzes von Kindern

Die Datenschutz-Grundverordnung trat am 25. Mai 2016 in Kraft und gilt seit dem 25. Mai 2018 in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unmittelbar. Bereits zwei Jahre später sollte eine erste Evaluation dieses Normenwerks vorliegen. Nach Art. 97 DSGVO musste die Europäische Kommission bis zum 25. Mai 2020 einen Bericht über die Bewertung und Überprüfung der Datenschutz-Grundverordnung veröffentlichen. Danach sollen Evaluationen alle vier Jahre erfolgen. Für die Evaluationen sind jeweils „die Standpunkte und Feststellungen des Parlaments, des Rates und anderer einschlägiger Stellen oder Quellen“ zu berücksichtigen. Soweit erforderlich, soll die Kommission Änderungen der Datenschutz-Grundverordnung vorschlagen. Sie soll dabei insbesondere „die Entwicklungen in der Informationstechnologie und die Fortschritte in der Informationsgesellschaft“ berücksichtigen.

47 S. z.B. Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG-neu, 2018, Art. 57 DSGVO, Rn. 11; Polenz, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 57 Rn. 20.

Die Kommission legte ihren Bericht – um einen Monat verspätet – am 24. Juni 2020 vor.⁴⁸ Sie stellt in ihrem nur 18 Seiten umfassenden Bericht⁴⁹ zwar fest, dass es zwei Bereiche gäbe, in denen in der Zukunft Verbesserungen möglich seien, schlägt jedoch keine Änderungen des Verordnungstextes vor, die diese Schwachstellen beseitigen.⁵⁰ Sie beschränkt sich ausschließlich auf ausgewählte Fragen des Umgangs mit der Verordnung. Bezogen auf diese hat sich die Datenschutz-Grundverordnung aus Sicht der Kommission bewährt.⁵¹ Mit diesem Bericht enttäuscht die Kommission alle Stellen, die wie der Rat, die Mitgliedstaaten, die Bundesregierung, der Bundesrat, die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden sowie viele Verbände, Organisationen und Initiativen aus ganz Europa viele (auch unterschiedliche) Vorschläge zur Verbesserung der Verordnung vorgelegt haben, die ihre Praktikabilität, Effizienz und Rechtssicherheit erhöhen sollten.⁵²

Dieser Verbesserungsbedarf gilt auch für den Schutz von Kindern. Die Datenschutz-Grundverordnung enthält zwar punktuelle Regelungen zum Schutz von Kindern, diese betreffen jedoch nicht alle Situationen, in denen der besondere Schutz von Kindern erforderlich ist oder ihre besonderen Interessen zu berücksichtigen sind. Außerdem wird hinter diesen wenigen Regelungen kein Gesamtkonzept eines Kinderdatenschutzes sichtbar.⁵³ Daher sollte die Kommission in der Evaluation überprüfen, wo und wie sie diesen Schutz verbessern kann. Dies hat sie versäumt. Dennoch unterbreitet der Beitrag im Folgenden beispielhafte Vorschläge, wie die Verordnung – in der Reihenfolge ihrer Vorschriften – in ihrem Wortlaut diesen besonderen Aspekt zusätzlich und ausdrücklich berücksichtigen kann (Roßnagel/Geminn 2020).

48 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition -two years of application of the General Data Protection Regulation, COM(2020) 264 final (SWD(2020) 115 final).

49 Dieser wird ergänzt um ein inoffizielles Commission Staff Working Document von 52 Seiten.

50 S. hierzu näher und kritisch *Roßnagel*, MMR 2020, 657 ff..

51 *Jourová*, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.6.2020.

52 S. zu den Stellungnahmen ausführlich *Roßnagel*, DuD 2020, 287.

53 So auch *Däubler*, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG-neu, 2018, Art. 8 DSGVO, Rn. 2.

4.1 Änderung des Verarbeitungszwecks

Nach dem Datenschutzgrundsatz der Zweckbindung des Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO dürfen personenbezogene Daten nur „für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden“. Nach dem Wortlaut dieses Grundsatzes ist nicht jede Zweckänderung unzulässig, sondern nur diejenige, die mit dem ursprünglichen Zweck nicht zu vereinbaren ist.⁵⁴ Wie die Prüfung der Vereinbarkeit eines neuen Verarbeitungszwecks mit dem bisherigen Verarbeitungszweck erfolgen soll und wann eine Vereinbarkeit anzunehmen ist, regelt Art. 6 Abs. 4 DSGVO. Um diese Feststellung treffen zu können, nennt diese Regelung fünf Aspekte, die der Verantwortliche unter anderem berücksichtigen soll.⁵⁵ Zum Schutz von Kinder, die nicht erkennen oder erahnen können, für welche vereinbaren Zwecke ihre Daten später noch verwendet werden können, sollte der Gesetzgeber außerdem vorschreiben, dass der Verantwortliche auch zu berücksichtigen hat, wenn die Daten eines Kindes für einen anderen Zweck verwendet werden sollen. In diesem Fall sollte die Feststellung der Vereinbarkeit einer Zweckänderung mit dem ursprünglichen Zweck restriktiver erfolgen als bei Daten von Erwachsenen.

4.2 Keine Datenverarbeitung für Zwecke der Werbung und der Erstellung von Profilen

Nachdem Satz 1 des Erwägungsgrunds 38 DSGVO feststellt, dass Kinder bei ihren personenbezogenen Daten besonderen Schutz verdienen, konkretisiert Satz 2 diese Aussage dahingehend, dass ein solch besonderer Schutz „insbesondere die Verwendung personenbezogener Daten von Kindern für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen und die Erhebung von personenbezogenen Daten von Kindern bei der Nutzung von Diensten, die Kindern direkt angeboten werden, betreffen“ sollte. Erwägungsgründe erläutern jedoch nur die Gründe, die den Gesetzgeber veranlasst haben, die betreffende Regelung in den Normtext der Verordnung aufzunehmen, und die Ziele, die er damit ver-

54 S. z.B. *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 5 Rn. 96 ff.

55 S. z.B. *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 Abs. 4 Rn. 32 ff.

folgen will. Sie sind bei dessen Auslegung zu berücksichtigen, sie sind aber nicht Teil der normativen Anordnungen der Verordnung.

Wenn der Unionsgesetzgeber den von ihm angestrebten besonderen Schutz von Kindern rechtlich wirksam werden lassen will, sollte er die Wertung des Erwägungsgrunds 38 DSGVO in den Normtext des Art. 8 DSGVO übernehmen. Er sollte dort festlegen, dass die Verwendung personenbezogener Daten von Kindern für Werbezwecke oder für die Erstellung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen unzulässig ist. Ein solches Verbot würde die Werbung für Spiele und Spielsachen nicht ausschließen, sondern nur die Nutzung von Persönlichkeits- oder Nutzerprofilen und andere Sammlungen von Kinderdaten für Werbezwecke. Dabei sollte es keinen Unterschied machen, ob diese Datenverarbeitung auf eine Einwilligung des Kindes oder seiner Erziehungsberechtigten oder auf überwiegende berechnete Interessen gestützt wird.

Die Risiken für Kinder werden allein durch die jeder betroffenen Person zustehende Opt-out-Möglichkeit nach Art. 21 Abs. 2 DSGVO, gegen die Datenverarbeitung zur Direktwerbung und gegen ein „Profiling, soweit es mit solcher Direktwerbung in Verbindung steht“, jederzeit Widerspruch einzulegen,⁵⁶ nicht ausreichend ausgeglichen. In diesem Fall darf zwar der Verantwortliche gemäß Art. 21 Abs. 3 DSGVO die personenbezogenen Daten nicht mehr für diese Zwecke verarbeiten. Diese Opt-out-Möglichkeit ist für Kinder jedoch ein ungenügendes Schutzinstrument. Erstens besteht ein solches Recht nicht, wenn die Daten für eine andere Form der Werbung als Direktwerbung verarbeitet werden oder die Profilbildung auch anderen Zwecken dient. Zweitens erfordert es, dass Kinder die Bedeutung dieses Rechts und seine Rechtsfolgen kennen und erkennen. Drittens müssen sie im Regelfall in vierfacher Weise initiativ werden. Sie müssen den Verantwortlichen ausfindig machen, bei diesem eine Auskunft zu den über sie gespeicherten Daten und ihren Zweck einfordern, schließlich den Widerspruch einlegen und über eine weitere Einforderung einer Auskunft die Umsetzung seiner Rechtsfolgen überprüfen. Die Wahrnehmung dieser Opt-out-Möglichkeit ist sehr umständlich und kann Kindern im Regelfall nicht zugemutet werden. Sie erfasst außerdem nur einen Bruchteil des von Erwägungsgrund 38 Satz 2 DSGVO angesprochenen Schutzes.⁵⁷ Der Schutz der Kinder kann daher nicht allein auf diese nachträgliche Ab-

56 Für dieses Recht gelten die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 1 Satz 1 DSGVO nicht – s. z.B. *Caspar*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 21 Rn. 20.

57 Dies gilt auch für eine Wahrnehmung des Widerspruchsrechts nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO.

wehrmöglichkeit gestützt werden. Daher ist ein präventiver Schutz von Kindern gegen die Datenverarbeitung für alle Werbezwecke und der damit zusammenhängenden Profilbildung erforderlich.

4.3 Keine Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Art. 9 Abs. 1 DSGVO untersagt „die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person“. Von diesem Verbot, besondere Kategorien personenbezogener Daten zu verarbeiten, sieht Art. 9 Abs. 2 DSGVO zehn Ausnahmen vor. Nach Abs. 2 lit. a gilt das Verbot nicht, wenn „die betroffene Person [...] in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt“ hat. Diese Einwilligungsmöglichkeit gilt unabhängig davon, ob ein Erwachsener oder ein Kind einwilligt.⁵⁸

Von der Ausnahme des Verbots der Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten bei einer Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO sollte die Einwilligung eines Kindes ausgenommen werden. Kinder können noch zu wenig die künftigen Folgen einer Einwilligung gerade in die Verarbeitung solcher, besonders schützenswerter Daten erkennen und darüber frei und informiert entscheiden. Das Schadenspotential der Verarbeitung solcher Daten ist sehr groß. Die Schwierigkeiten, nach einer positiven Einschätzung der Einwilligungsfähigkeit durch den Verantwortlichen die Datenverarbeitung in der Praxis wieder rückgängig zu machen und alle Daten bei allen Verantwortlichen löschen zu lassen, sind ebenfalls beträchtlich. Daher ist die Verankerung dieser Rückausnahme in Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO – sowohl für Angebote von Diensten der Informationsgesellschaft als auch für alle anderen Fälle der Einwilligung eines Kindes – sowohl notwendig als auch gerechtfertigt.

Eine Einwilligung oder Zustimmung durch den Träger der elterlichen Verantwortung bleibt dadurch weiterhin möglich. Die Zielsetzung des Er-

58 S. z.B. Weichert, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 9 DSGVO, Rn. 47 ff.

wägungsgrunds 38 Satz 3 DSGVO, dass „die Einwilligung des Trägers der elterlichen Verantwortung [...] im Zusammenhang mit Präventions- oder Beratungsdiensten, die unmittelbar einem Kind angeboten werden, nicht erforderlich sein“ sollte, hat im Text der Verordnung keinen Ansatzpunkt gefunden. Sie könnte ebenfalls in Art. 8 oder in Art. 9 DSGVO geregelt werden. Ein Kind sollte in psychischen Zwangslagen z.B. eine Sucht- oder Schwangerschaftsberatung in Anspruch nehmen können, ohne befürchten zu müssen, dass die Eltern davon erfahren.⁵⁹

4.4 Recht auf Widerspruch

Nicht nur bei der Forderung der betroffenen Person nach Löschung ihrer personenbezogenen Daten nach Art. 17 DSGVO,⁶⁰ sondern auch beim Widerspruch nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO sollte die Verordnung in besonderer Weise berücksichtigen, wenn die personenbezogenen Daten im Kindesalter erhoben worden sind.

Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 DSGVO hat jede betroffene Person „das Recht, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten [...] Widerspruch einzulegen“ (Hohmann/Miedzianowski 2018: 128f). Dieses Recht gilt allerdings nur, wenn die Daten aufgrund überwiegender berechtigter Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO oder für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO verarbeitet werden. Das Widerspruchsrecht erstreckt sich auch auf ein Profiling, das der Verantwortliche auf diese beiden Erlaubnistatbestände stützt. Das Widerspruchsrecht besteht nicht, wenn die Datenverarbeitung aufgrund einer Einwilligung oder zur Erfüllung eines Vertrags, zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen oder zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erfolgt.

Hat die betroffene Person einen Widerspruch eingelegt, prüft der Verantwortliche dessen Berechtigung. Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 DSGVO darf er die personenbezogenen Daten nicht mehr verarbeiten, wenn seine Prüfung ergibt, dass er keine zwingenden schutzwürdigen Gründe für die Ver-

59 S. hierzu auch *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 8 Rn. 16.

60 S. hierzu Kap. 3.4.

arbeitung nachweisen kann, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. Er darf die Daten weiterhin verarbeiten, wenn die Verarbeitung der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient. Im Wesentlichen hat er also die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO unter Berücksichtigung der von der betroffenen Person neu vorgebrachten Argumente zu wiederholen.⁶¹

Welche Gründe, die sich aus der besonderen Situation der betroffenen Person ergeben, zu berücksichtigen sind, ist umstritten. Zum einen wird vertreten, dass es sich um atypische Konstellationen besonders schutzwürdiger persönlicher Interessen handeln muss.⁶² Zum anderen wird dem entgegengehalten, dass diese Sichtweise zu eng sei und das Recht der betroffenen Person zu stark beschneide. Es müsse genügen, wenn diese konkrete Umstände des Einzelfalls vorträgt, die eine Beeinträchtigung ihrer Datenschutzrechte möglich erscheinen lassen.⁶³ Ob solche besonderen Gründe auch vorliegen, wenn die betroffene Person den Widerspruch damit begründet, dass der Verantwortliche die Daten eines Kindes erhoben und dabei dessen besondere Schutzbedürftigkeit nicht erkannt hat (Artikel-29-Datenschutzgruppe 2008: 12), ist somit unklar, weil die Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern nicht atypisch sein muss.

Zu beachten ist jedoch, dass der Verantwortliche die in Erwägungsgrund 38 Satz 1 DSGVO in Erinnerung gerufene besondere Schutzpflicht für Kinder ausreichend beachten muss. Sie sind „sich der betreffenden Risiken, Folgen und Garantien und ihrer Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst“. Um hier Missverständnisse auszuschließen und Rechtsklarheit zu schaffen, sollte der Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 DSGVO klarstellen, dass der Verantwortliche bei der Prüfung der Berechtigung des Widerspruchs den Umstand, dass er Daten von Kindern verarbeitet, berücksichtigen muss.

Dies wäre auch systematisch korrekt. Wenn der Verantwortliche nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO bei seiner Interessenabwägung, die der Datenverarbeitung entgegenstehenden Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten in besonderer Weise berücksichtigen muss, „wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt“, dann muss dies auch für

61 S. auch *Caspar*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 21 Rn. 12.

62 S. z.B. *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 21 Rn. 30; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 21 DSGVO, Rn. 15 ff.

63 S. z.B. *Caspar*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 21 Rn. 7.

den Widerspruch gelten. Denn dieser ist das Recht der betroffenen Person, das diesem Erlaubnistatbestand korrespondiert. Wenn der Verantwortliche die Daten aufgrund seiner überwiegenden berechtigten Interessen auch gegen den Willen der betroffenen Person verarbeiten darf, dann muss sich ihre Möglichkeit des Opt-out darauf erstrecken können, dass der Verantwortliche die entgegenstehenden Interessen eines Kindes gerade nicht ausreichend berücksichtigt hat.

4.5 Keine Einwilligung in automatisierte Entscheidungen

Die betroffene Person hat nach Art. 22 Abs. 1 das Recht, „nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Von diesem Verbot gewährt Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO eine Ausnahme, wenn die automatisierte Entscheidung auf einer ausdrücklichen Einwilligung beruht.⁶⁴ Zwar stellt Erwägungsgrund 71 Satz 5 DSGVO fest, dass „diese Maßnahme [...] kein Kind betreffen“ sollte. Diese Wertung ist jedoch nicht in der Vorschrift wiederzufinden. Auch gibt es im Normtext keine Anhaltspunkte, auf die sich diese Wertung im Sinn eines Verarbeitungsverbots stützen ließe. Daher sollte sie im Normtext des Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO wiederzufinden sein. Die Einwilligung eines Kindes in eine auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung sollte ausdrücklich ausgenommen sein.⁶⁵ Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kind die Wirkungsweise, die Bedeutung und die Folgen einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung nicht ausreichend erkennt⁶⁶ und bewertet, und das Schadenspotential, das für das Kind aus dieser Datenverarbeitung erwachsen kann, sind hoch und rechtfertigen diese Regelung. Diese Ausnahme schließt die Einwilligung oder die Zustimmung eines Trägers der elterlichen Verantwortung zu einer Einwilligung des Kindes nicht aus.

64 Zu den Voraussetzungen diese Einwilligung s. *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 22 Rn. 52 ff.; *Buchner*, in: Kühling/Buchner, *DSGVO – BDSG*, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO, Rn. 41f.

65 Noch weitergehender vzbv, *Modernisierung des Datenschutzrechts*, 2013, 17.

66 S. zu den Informationspflichten vor einer Einwilligung nach Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO s. z.B. *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 22 Rn. 54.

4.6 Datenschutzgerechte Systemgestaltung

Eine besondere Innovation der Datenschutz-Grundverordnung ist die in Art. 25 Abs. 1 geforderte datenschutzgerechte Systemgestaltung (Roßnagel 2019: 467). Die Vorschrift verpflichtet den Verantwortlichen, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, die die Datenschutzgrundsätze wirksam umsetzen und den Schutz der Rechte der betroffenen Personen garantieren.⁶⁷ Die Pflicht ist allerdings sehr weich formuliert und hochgradig unbestimmt. Hinzu kommen fünf Einschränkungen, diese Pflicht zu erfüllen. So sollen der Stand der Technik, die Implementierungskosten und die Art, der Umfang, die Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie die unterschiedliche Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen Berücksichtigung finden. Die Bestimmung und Abwägung dieser Faktoren sind jedoch äußerst schwierig und geben dem Datenverarbeiter einen sehr großen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum.⁶⁸

Damit dieser Spielraum nicht zu Lasten oder unter Vernachlässigung der Schutzpflicht gegenüber Kindern ausgenutzt wird, sollte die Vorschrift zur datenschutzgerechten Systemgestaltung den Schutz der Grundrechte und Interessen von Kindern in besonderer Weise einfordern (Datenethikkommission der Bundesregierung 2019: 115). Gerade bei der Systemgestaltung wäre ein grundlegender Schutz von Kindern – vor allem in Social Networks und anderen Angeboten mit datengetriebenen Geschäftsmodellen – besonders wichtig – und meist auch leicht zu realisieren.

4.7 Datenschutzfreundliche Voreinstellungen

Eine besondere Gestaltungspflicht des Verantwortlichen enthält auch Art. 25 Abs. 2 DSGVO. Nach dieser Vorschrift trifft der Verantwortliche geeignete technische und organisatorische Maßnahmen, die sicherstellen, dass durch Voreinstellung⁶⁹ grundsätzlich nur personenbezogene Daten,

67 S. hierzu ausführlich *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 25 Rn. 28 ff.

68 S. z.B. *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 25 Rn. 37f.; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 25 DSGVO, Rn. 19 ff.

69 S. zur Bedeutung und zu Beispielen vor Voreinstellungen *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, Art. 25 Rn. 41 ff.

deren Verarbeitung für den jeweiligen bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich ist, verarbeitet werden. Diese Verpflichtung unterliegt nicht den einschränkenden Bedingungen der datenschutzgerechten Systemgestaltung gemäß Art. 25 Abs. 1 DSGVO.⁷⁰ Die Verpflichtung zur datenschutzfreundlichen Voreinstellung gilt für die Menge der erhobenen personenbezogenen Daten, den Umfang ihrer Verarbeitung, ihre Speicherfrist und ihre Zugänglichkeit. Solche Maßnahmen müssen insbesondere sicherstellen, dass personenbezogene Daten durch Voreinstellungen nicht ohne Eingreifen der Person einer unbestimmten Zahl von natürlichen Personen zugänglich gemacht werden.

Auch für datenschutzfreundliche Voreinstellung nach Art. 25 Abs. 2 DSGVO sollte die Vorschrift den Schutz von Kindern in besonderer Weise einfordern. Sie übernehmen – mehr noch als Erwachsene – die voreingestellten Werte und konzentrieren sich allein auf die Nutzung des Geräts oder des Dienstes. Diese spezifische Voreinstellung für Kinder ist vor allem für Social Networks wichtig (Roßnagel/Richter 2017: 205). In diesen ist oft die Weitergabe von Nutzungsdaten an Trackingdienste oder Werbenetzwerke voreingestellt. Gerade von Kindern kann nicht angenommen werden, dass sie Voreinstellungen erkennen und deren Bedeutung für ihre informationelle Selbstbestimmung verstehen. Auch kann nicht erwartet werden, dass sie sich mühsam durch die Einstellmöglichkeiten in den Menüs der Software klicken und die geeigneten Einstellungen finden, um ihre Selbstbestimmungsmöglichkeiten in dem von ihnen gewünschten Umfang zu wahren. Sie sind in besonderer Weise darauf angewiesen, dass die Grundeinstellungen das geringstmögliche Risiko für ihren Datenschutz aufweisen.

4.8 Datenschutz-Folgenabschätzung

Ein innovatives Instrument zur Durchsetzung von Datenschutzanforderungen ist die Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 DSGVO (Friedewald/Schiering/Martin 2019: 473, Roßnagel 2019: 467). Eine solche hat der Verantwortliche nach Abs. 1 bei jeder Form der Datenverarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, durchzuführen, wenn diese „aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwe-

70 S. z.B. *Hansen*, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Art. 25 Rn. 45; *Hartung*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 25 DSGVO, Rn. 27.

cke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge“ hat (Marschall 2018: 193ff). In diesem Fall hat er vor dem Beginn der Verarbeitung „eine Abschätzung der Folgen der vorgesehenen Verarbeitungsvorgänge für den Schutz personenbezogener Daten“ vorzunehmen.⁷¹

Aus den bereits vielfach genannten Gründen besteht bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kindern ein besonderes Risiko und ein besonderer Schutzbedarf. Daher sollte sowohl für die Bestimmung der Notwendigkeit einer Datenschutzfolgenabschätzung nach Abs. 2 bis 4 als auch bei der Risikoanalyse und bei der Festlegung der Schutzmaßnahmen nach Abs. 7 dem Schutz der Grundrechte und Interessen von Kindern eine besondere Aufmerksamkeit entgegengebracht werden.⁷²

4.9 Ergänzungen des Datenschutz-Grundverordnung

Diese Schutzregelungen können mit geringem Aufwand, aber hoher Wirkung in den Text der jeweiligen Vorschrift aufgenommen werden.⁷³ Hiermit sollte nicht bis zur nächsten Evaluation der Verordnung im Jahr 2024 gewartet werden. Über die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern dürfte auch kein politischer Streit entstehen.

5. Zusammenfassung und Ausblick

Die Datenschutz-Grundverordnung hat die Aufgabe eines besonderen Datenschutzes für Kinder erkannt, aber bisher nur punktuell und daher weder konzeptionell noch situativ ausreichend gelöst. Der Beitrag unterbreitet acht Vorschläge, die aus der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern in der digitalen Welt abgeleitet sind. Diese sollte die Kommission auch außerhalb eines Evaluationsverfahrens aufnehmen und in eine rechtspolitische Diskussion zur praxisgerechten Fortentwicklung der Datenschutz-Grundverordnung einbringen. Sie würde damit einen wesentlichen

71 S. z.B. *Jandt*, in: Kühling/Buchner, DSGVO – BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 35 DSGVO, Rn. 31 ff.

72 So noch der Kommissionsentwurf in Art. 32 Abs. 2 lit. d, der eine Datenschutzfolgenabschätzung forderte, wenn Daten von Kindern verarbeitet werden.

73 S. hierzu ausführlich mit Formulierungsvorschlägen *Roßnagel/Geminn*, Datenschutz-Grundverordnung verbessern, 2020.

Beitrag zur Erfüllung ihres Schutzauftrags und zur Akzeptanzsteigerung der Datenschutz-Grundverordnung leisten.

Neben der rechtspolitischen Fortbildung von Schutzstandards ist zu berücksichtigen, dass Datenschutz von Kindern auch eine Bildungs- und Erziehungsaufgabe ist. Das normative Konzept der informationellen Selbstbestimmung enthält grundsätzlich kein paternalistisches Schutzprogramm, sondern die Zielsetzung einer *Selbstbestimmung*. Die datenschutzrechtliche Einwilligung bietet dem Einzelnen die Möglichkeit, mit seinen personenbezogenen Daten so freizügig oder so restriktiv umzugehen, wie er selbst es möchte. Auch wenn diese Möglichkeit für Kinder wie dargestellt noch eingeschränkt ist, wachsen sie doch stetig weiter in die Eigenverantwortlichkeit hinein und sollten daher mit Erreichen des Erwachsenenalters ein aufgeklärtes, verantwortungsvolles Verhältnis zu ihren personenbezogenen Daten entwickelt haben, um ihre Selbstbestimmung auch wirklich ausüben zu können. Hieraus ergibt sich politisch und gesellschaftlich ein besonderer Bildungs- und Erziehungsauftrag (Roßnagel/Richter 2017: 205).

Literatur

- Artikel-29-Datenschutzgruppe (2008): *Arbeitspapier zum Schutz der personenbezogenen Daten von Kindern* (Allgemeine Leitlinien und Anwendungsfall Schule, WP 147, Brüssel. Online verfügbar unter: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Guidelines/WP147_WorkingDoc12008OnProtectionOfChildren.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (Abfrage am: 05.10.2020).
- Artikel 29-Datenschutzgruppe (2018): *Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 rev.01, Brüssel*. Online verfügbar unter: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DokumenteArt29Gruppe_EDSA/Guidelines/WP260_LeitlinienFuerDieTransparenz.pdf;jsessionid=5D6705E60980393E0C6EA2B35D8511C.1_cid344?__blob=publicationFile&v=2 (Abfrage am: 05.10.2020).
- BITKOM (2017): *Kinder und Jugend in der digitalen Welt*. Berlin. Online verfügbar unter <https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/170512-Bitkom-PK-Kinder-und-Jugend-2017.pdf> (Abfrage am: 05.10.2020).
- Buchner, Benedikt (2018) in Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (Hg.): *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG. Kommentar*. 2. Aufl., München: C.H. Beck.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (2014): *Übereinkommen über die Rechte des Kindes. VN-Kinderrechtskonvention im Wortlaut mit Materialien*. Berlin. Online verfügbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/93140/78b9572c1bffdda3345d8d393acbbfe8/uebereinkommen-ueber-die-rechte-des-kindes-da-ta.pdf> (Abfrage am: 05.10.2020).

- Callies, Christian / Ruffert, Matthias (2016): *EUV, AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta*. 5. Aufl. München.
- Caspar, Johannes (2019) in Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmann, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Däubler, Wolfgang (2018) in Däubler, Wolfgang / Wedde, Peter / Weichert, Thilo / Sommer, Imke (2018): *EU-DSGVO und BDSG*. Frankfurt/M.: Bund-Verlag.
- Datenethikkommission der Bundesregierung (2019): *Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung*. Berlin. Online verfügbar unter: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.html> (Abfrage am: 05.10.2020).
- Die Bundesregierung (2018): *Koalitionsvertrag CDU, CSU und SPD*. Online verfügbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (Abfrage am: 05.10.2020).
- Dix, Alexander (2019) in: Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmann, Indra (2019): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Ernst, Stefan (2017): *Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung. Anmerkungen zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO*. In: *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)* (3), S. 110–114.
- Friedewald, Michael / Karaboga, Murat / Zoche, Peter (2015): *Das versteckte Internet – zu Hause – im Auto – am Körper. Whitepaper der Forums Privatheit und selbstbestimmtes Leben in der digitalen Welt*. Karlsruhe. Online verfügbar unter: <http://friedewald.website/wp-content/uploads/2015/05/White-Paper-2-Final.pdf> (Abfrage am: 05.10.2020).
- Friedewald, Michael / Schiering, Ina / Martin, Nicholas (2019): *Datenschutz-Folgenabschätzung in der Praxis. Herausforderungen bei der Implementierung eines innovativen Instruments der DSGVO*. *Datenschutz Datensich* 43, S. 473–477. <https://doi.org/10.1007/s11623-019-1146-y>.
- Gola, Peter (2018): *Datenschutz-Grundverordnung VO (EU)*. 2016/679, 2. Aufl. München: C.H. Beck.
- Gola, Peter / Schulz, Sebastian (2013): *DS-GVO – Neue Vorgaben für den Datenschutz bei Kindern? Überlegungen zur einwilligungsbasierten Verarbeitung von personenbezogenen Daten Minderjähriger*. In: *Zeitschrift für Datenschutz (ZD)* (10), S. 475–480.
- Hansen, Marit (2019) in Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmann, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*, Baden-Baden: Nomos.
- Hartung, Jürgen (2018) in Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (Hg.): *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG. Kommentar*. 2. Aufl., München: C.H. Beck.
- Herbst, Tobias (2018) in Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (Hg.): *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG. Kommentar*. 2. Aufl., München: C.H. Beck.
- Hohmann, Carolin / Miedzianowski, Nadine (2018) in Roßnagel, Alexander (Hg.): *Das neue Datenschutzrecht – Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze*, Baden-Baden: Nomos.

- Holznagel, Bernd / Sonntag, Matthias (2003) in Roßnagel, Alexander (Hg.): *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*. 1. Aufl., München: C.H. Beck.
- Jandt, Silke / Roßnagel, Alexander (2012): *Rechtsgutachten zum Datenschutz und zu Persönlichkeitsrechten im Social Web, insbesondere von Social Networking-Sites*. In: Schenk, Michael / Niemann, Julia / Reinmann, Gabi / Roßnagel, Alexander: *Digitale Privatsphäre – Heranwachsende und Datenschutz auf sozialen Netzwerkkplattformen* (Hg.). Berlin: Vistas, S. 308-373.
- Jandt, Silke / Roßnagel, Alexander (2011): *Social Networks für Kinder und Jugendliche – Besteht ein ausreichender Datenschutz?* In: *MultiMedia und Recht* (10), S. 637–642.
- Jandt, Silke (2018) in Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (Hg.): *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG. Kommentar*. 2. Aufl., München.
- Jarass, Hans D. (2016): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar*. 3. Aufl. München: C.H. Beck.
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo (2018): *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Kommentar. 15. Aufl. München: C.H. Beck.
- Kampert, David (2018) in Sydow, Gernot (Hg.): *Europäischen Datenschutz-Grundverordnung. Handkommentar*. 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kingreen, Thorsten (2016) in Callies, Christian / Ruffert, Matthias (Hg.): *EUV, AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta*. 5. Aufl. München: C.H. Beck.
- Klement, Jan Hendrik (2019) in Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmman, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Kühling, Jürgen / Buchner, Benedikt (2018): *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG. Kommentar*. 2. Aufl., München: C.H. Beck.
- Marschall, Kevin (2018) in Roßnagel, Alexander (Hg.): *Das neue Datenschutzrecht – Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze*. Baden-Baden: Nomos.
- MPFS – Medienpädagogischer Forschungsverbund Südwest (2016): *KIM-Studie 2016. Kindheit, Internet, Medien*. Online verfügbar unter https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/KIM/2016/KIM_2016_Web-PDF.pdf (Abfrage am: 05.10.2020).
- MPFS – Medienpädagogischer Forschungsverbund Südwest (2018): *JIM-Studie 2018. Jugend, Information, Medien*. Online verfügbar unter: https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/KIM/2018/KIM-Studie_2018_web.pdf (Abfrage am: 05.10.2020).
- Nebel, Maxi (2018) in Roßnagel, Alexander (Hg.): *Das neue Datenschutzrecht – Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze*. Baden-Baden: Nomos.
- Nebel, Maxi / Dräger, Magdalena (2019): *Altersgrenzen für die Einwilligung von Kindern nach Art. 8 DS-GVO in den einzelnen Mitgliedstaaten*. In: *ZD-aktuell*, 06645, Heft 8/2019, VIII.

- Martini, Mario (2018) in Paal, Boris P. / Pauly, Daniel (Hg.): *Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar*, 2. Aufl. München: C.H. Beck.
- Paal, Boris P. / Pauly, Daniel (2018): *Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar*, 2. Aufl. München: C.H. Beck.
- Peucker, Enrico (2018) in Sydow, Gernot (Hg.): *Europäischen Datenschutz-Grundverordnung. Handkommentar*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos.
- Polenz, Sven (2019) in Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmman, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Reimer, Philipp (2018) in Sydow, Gernot (Hg.): *Europäischen Datenschutz-Grundverordnung. Handkommentar*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos.
- Roßnagel, Alexander (2018a), *Das neue Datenschutzrecht – Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze*. Baden-Baden: Nomos.
- Roßnagel, Alexander (2018b): *Umsetzung der Unionsregelungen zum Datenschutz – Erste Erfahrungen mit der Datenschutz-Grundverordnung aus rechtswissenschaftlicher Sicht*. In: *Datenschutz und Datensicherheit*, S. 741-745.
- Roßnagel, Alexander (2019): *Innovationen der Datenschutz-Grundverordnung*. In: *Datenschutz und Datensicherheit*, S. 467-472.
- Roßnagel, Alexander (2019) in Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmman, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Roßnagel, Alexander (2020): *Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung. Verfahren – Stellungnahmen – Vorschläge*. In: *Datenschutz und Datensicherheit*, S. 287-292.
- Roßnagel, Alexander (2020): *Die Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung – Eine vertane Chance zur Verbesserung der Verordnung*. In: *MMR 2020*, S. 657-661.
- Roßnagel, Alexander / Geminn, Christian (2020): *Datenschutz-Grundverordnung verbessern – Änderungsvorschläge aus Verbrauchersicht*. Baden-Baden: Nomos.
- Roßnagel, Alexander / Richter, Philipp (2017): *Aufwachsen in virtuellen und technologisierten Welten: Herausforderungen der Datensammlung, Vernetzung, Kommerzialisierung und neuen Überwachungstechnologien für Jugendliche*. In: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugendbericht: Materialien zum 15. Kinder- und Jugendbericht: Zwischen Freiräumen, Familie, Ganztagschule und virtuellen Welten – Persönlichkeitsentwicklung und Bildungsanspruch im Jugendalter. München, S. 205-260.
- Schantz, Peter (2019) in Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmman, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Scholz, Philip (2019) in Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmman, Indra (Hg.): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Schwartmann, Rolf / Jaspers, Andreas /Thüsing, Gregor / Kugelmann, Dieter (2018): *DS-GVO/BDSG. Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz*. München: C.F. Müller.
- Simitis, Spiros / Hornung, Gerrit / Spiecker gen. Döhmman, Indra (2019): *Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG*. Baden-Baden: Nomos.
- Sydow, Gernot (2018): *Europäischen Datenschutz-Grundverordnung. Handkommentar*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos.

- Verbraucherzentrale Bundesverband (2013): *Modernisierung des europäischen Datenschutzrechts. Änderungsvorschläge der Verbraucherzentrale Bundesverbandes*. Berlin. Online verfügbar unter: <https://diedatenschuetzerrheinmain.files.wordpress.com/2013/02/eu-datenschutz-grundverordnung-aenderungen-vzbv-2013-01-04.pdf> (Abfrage am: 05.10.2020).
- Wabnitz, Reinhard J. (2017): *Rechtliche Rahmung von Jugend (einschließlich der Rechte von jungen Erwachsenen) und persönliche Rechte von Jugendlichen (mit Blick auf die föderalen Ebenen und die unterschiedlichen Rechtsgebiete)*. Online verfügbar unter: https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs2017/15_KJB_Wabnitz_b.pdf (Abfrage am: 05.10.2020).
- Weichert, Thilo (2018) in Däubler, Wolfgang / Wedde, Peter / Weichert, Thilo / Sommer, Imke: *EU-DSGVO und BDSG*. Frankfurt/M.: Bund-Verlag.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags (2019): *Zulässigkeit der Transkribierung und Auswertung von Mitschnitten der Sprachsoftware „Alexa“ durch Amazon*. WD 10-3000-032/19. Online verfügbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/650728/3f72e6abc1c524961e5809002fe20f21/WD-10-032-19-pdf-data.pdf> (Abfrage am: 05.10.2020).

