

JULIUS SCHRADER

Datenschutz  
Minderjähriger

*Internet und Gesellschaft*



**Mohr Siebeck**

Internet und Gesellschaft  
Schriften des Alexander von Humboldt Institut  
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von  
Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettemann,  
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer  
und Wolfgang Schulz

24





Julius Schrader

# Datenschutz Minderjähriger

Geschäftsfähigkeit als  
Grundlage der Einwilligungsfähigkeit  
im Datenrecht

Mohr Siebeck

*Julius Schrader*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Münster; 2015 Erstes Staatsexamen; Referendariat im Bezirk des OLG Hamm am LG Dortmund; Rechtsanwalt in Frankfurt am Main und Berlin.  
orcid.org/0000-0003-1658-0735

ISBN 978-3-16-160751-6 / eISBN 978-3-16-160752-3

DOI 10.1628/978-3-16-160752-3

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie



## Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Wintersemester 2019/2020 von der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Februar 2020 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Axel Metzger für seine eindrucksvolle Unterstützung und sein Engagement bei der Betreuung dieser Arbeit. Die fachlichen Diskussionen etwa über den Themenzuschnitt, die Schwerpunktsetzung und weiterführende inhaltliche Aspekte haben mich bei der Erstellung der Arbeit stets inspiriert. Auch danke ich ihm und Frau Prof. Dr. Anna-Bettina Kaiser für die zügige Erstellung der beiden Gutachten.

Ganz herzlich möchte ich mich ferner bei meinen Freunden und Kollegen bedanken, die diesen Weg mit mir gegangen sind, insbesondere Herrn Benjamin Otto für seine wegweisenden Anregungen sowie Herrn Adrian Kraus und Frau Patricia Wiemer für das Lektorat. Besonders hervorheben möchte ich meine Partnerin Frau Gülşah Civelek, die mit ihrer Erfahrung sowie ihrer unermüdlichen und liebevollen Unterstützung maßgeblich das Gelingen dieser Doktorarbeit mitgeprägt hat. Schließlich gilt mein unendlicher Dank meinen Eltern, Ute und Norbert sowie meinem Bruder Philipp Schrader. Ohne sie wäre diese Arbeit als Abschluss meiner juristischen Ausbildung nicht möglich gewesen. Ihre Liebe sowie ihre unnachahmliche Art, meine Stärken zu fördern und meine Schwächen zu akzeptieren, werde ich ihnen nie vergessen. Ihnen gemeinsam ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin im Sommer 2021

Julius Schrader



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einführung .....	1
I. <i>Problemaufriss: Die Insuffizienz der DS-GVO zum Schutz Minderjähriger bei der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung</i> .....	1
II. <i>Gegenstand und Ziel der Arbeit</i> .....	4
III. <i>Gang der Abhandlung</i> .....	5
Teil 1: Die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit als Grundlage des Schutzes Minderjähriger im Rechtsverkehr .....	7
I. <i>Modelle zur Bestimmung der Geschäftsfähigkeit</i> .....	7
II. <i>Die widerstreitenden Interessenbezogen auf den Schutz Minderjähriger</i> .....	32
III. <i>Verbindung der einzelnen Ansätze zu einem Regelungsmodell</i> ....	58
IV. <i>Zusammenfassung und Zwischenergebnis: Kombination einer starren Volljährigkeitsgrenze mit der Möglichkeit der Emanzipation des Minderjährigen</i> .....	71
V. <i>Die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit de lege ferenda – Implementierung in das Bürgerliche Gesetzbuch</i> .....	71
Teil 2: Die Fähigkeit zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligungen .....	73
I. <i>Einseitige datenschutzrechtliche Einwilligungen</i> .....	73

<i>II. Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Vertragsverhältnis . . . .</i>	94
<i>III. Die datenschutzrechtliche Einwilligung auf der Ebene der vertraglichen Leistungspflichten . . . . .</i>	114
<i>IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zur datenschutzrechtlichen Einwilligung de lege ferenda . . . . .</i>	132
<b>Teil 3: Evaluation des Minderjährigenschutzes in der DS-GVO . . . . .</b>	<b>133</b>
<i>I. Darstellung und Bewertung der DS-GVO anhand der gefundenen Ergebnisse . . . . .</i>	133
<i>II. Implementierung der Einwilligungsfähigkeitserklärung in das Rechtssystem der DS-GVO . . . . .</i>	206
<b>Fazit . . . . .</b>	<b>217</b>
<b>Zusammenfassung in Thesen . . . . .</b>	<b>221</b>
<i>I. Die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit als Grundlage des Schutzes Minderjähriger im Rechtsverkehr . . . . .</i>	221
<i>II. Die Fähigkeit zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligungen . . . . .</i>	222
<i>III. Evaluation des Minderjährigenschutzes in der DS-GVO . . . . .</i>	224
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>229</b>
<b>Register . . . . .</b>	<b>245</b>

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einführung .....	1
<i>I. Problemaufriss: Die Insuffizienz der DS-GVO zum Schutz Minderjähriger bei der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung .....</i>	<i>1</i>
<i>II. Gegenstand und Ziel der Arbeit .....</i>	<i>4</i>
<i>III. Gang der Abhandlung .....</i>	<i>5</i>
Teil 1: Die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit als Grundlage des Schutzes Minderjähriger im Rechtsverkehr .....	7
<i>I. Modelle zur Bestimmung der Geschäftsfähigkeit .....</i>	<i>7</i>
1. Geschichtlicher Überblick über die Regelungsmodelle der Geschäftsfähigkeit .....	7
a) Das Recht der Mündigkeit im römischen Reich .....	8
b) Die Entwicklung des deutschen Minderjährigenrechts im Mittelalter .....	11
aa) Ausdehnung des Zeitraums der Unmündigkeit vor der Rezeption des römischen Rechts .....	11
bb) Nahezu vollständige Rezeption des verkehrsfreundlicheren römischen Rechts .....	12
cc) Territoriale Partikularrechte nach der Rezeption des römischen Rechts .....	13
c) Das Recht der Geschäftsfähigkeit in Deutschland ab dem 19. Jahrhundert .....	14
aa) Der Code civil (Code Napoléon) im 19. Jahrhundert .....	14
bb) Die Entwicklung in Deutschland bis zum heutigen BGB .....	15

(1) Vereinheitlichung der Rechtsordnungen durch die preußischen Reichsgesetze .....	15
(2) Entwicklung im Deutschen Reich: vereinheitlichte Großjährigkeit und Geschäftsfähigkeit .....	16
(3) Die Ergebnisse der Beratung der 1. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch .....	18
d) Die heutige Rechtslage in Deutschland .....	19
e) Minderjährigenschutz in anderen europäischen Ländern ....	19
aa) Österreich: Kombination fester und teilbereichsabhängiger Altersgrenzen .....	20
bb) Frankreich: <i>émancipation</i> und einzelfallabhängige Befugnisse .....	21
cc) England und Wales, <i>common law</i> : bereichsabhängige Wirksamkeit im Einzelfall .....	23
f) Zwischenergebnis .....	24
2. <i>Kognitive</i> und <i>voluntative</i> Fähigkeiten als Bestandteile des Begriffs der Geschäftsfähigkeit .....	24
3. Keine Differenzierung nach der Art des Rechtsgeschäfts .....	26
4. Die einzelnen Modelle zur Regelung der Geschäftsfähigkeit ....	26
a) Einzelfallentscheidung in Abhängigkeit der individuellen Fähigkeiten .....	26
b) Starre Altersgrenze .....	27
c) Teilbereichsabhängige Altersgrenze .....	28
d) Doppelzuständigkeit .....	30
e) Erlangung der Geschäftsfähigkeit mit Eintritt eines besonderen Ereignisses bzw. durch Bestehen einer Prüfung .....	31
II. <i>Die widerstreitenden Interessenbezogen auf den Schutz Minderjähriger</i> .....	32
1. Paternalismus .....	32
2. Entwicklungspsychologie .....	34
a) Einführung und Begriffsbestimmung .....	34
b) Entwicklungspsychologische Erkenntnisse für ein geeignetes Alter zur Bestimmung der Geschäftsfähigkeit .....	35
aa) Das Kriterium der kognitiven Entwicklung .....	35
(1) <i>Piagets</i> Theorie zur geistigen Entwicklung des Kindes .....	36
(a) Das formal-operative Stadium der Denkentwicklung .....	36
(b) Kritik an <i>Piagets</i> Theorie der Denkentwicklung .....	37
(c) Schlussfolgerungen für die Ermittlung des adäquaten Volljährigkeitsalters .....	38

(2) Informationsverarbeitungsansätze .....	39
(a) <i>Neopiagetische</i> Stadientheorie .....	41
(b) Originäre Informationsverarbeitungsansätze .....	43
(3) Soziokulturelle Theorien .....	46
(4) Theorien domänenspezifischen begrifflichen Wissens .....	47
(5) Theorien dynamischer Systeme .....	48
(6) Zusammenfassung der Ergebnisse .....	49
bb) Das Kriterium der Fähigkeit zur freien Willensentscheidung .....	50
cc) Ergebnis: Schluss auf einen Eintritt in die Volljährigkeit mit 18 Jahren .....	51
c) Vorgaben der Entwicklungspsychologie bei der Bestimmung eines Regelungsmodells .....	52
d) Zwischenergebnis .....	53
3. Grundsatz des Kindeswohls .....	54
4. Erziehungsrecht der Eltern .....	55
5. Rechtssicherheit .....	56
<i>III. Verbindung der einzelnen Ansätze zu einem Regelungsmodell</i> .....	58
1. Abwägung der aufgezeigten Interessen .....	58
2. Kombination aller Regelungsmodelle durch Abstellen auf den Eintritt eines Ereignisses .....	60
3. Rechtshistorische Bedenken gegen derartige Regelungen .....	64
a) Ablehnung der <i>Emanzipation</i> bei der Kodifizierung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900 .....	64
b) Abschaffung der Volljährigerklärung im Jahr 1974 .....	65
4. Rechtsökonomische Analyse der <i>Emanzipation</i> .....	67
a) Das <i>Coase-Theorem</i> als Ausgangspunkt der Untersuchung .....	68
b) Das Verhältnis zwischen <i>Allokationseffizienz</i> und <i>Gerechtigkeit</i> .....	69
c) Der Schutz Minderjähriger als Effizienzargument .....	69
d) Die <i>Emanzipation</i> als Kompromiss zu Erreichung einer erhöhten Effizienz .....	70
<i>IV. Zusammenfassung und Zwischenergebnis: Kombination einer starren Volljährigkeitsgrenze mit der Möglichkeit der Emanzipation des Minderjährigen</i> .....	71
<i>V. Die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit de lege ferenda – Implementierung in das Bürgerliche Gesetzbuch</i> .....	71

Teil 2: Die Fähigkeit zur Erteilung datenschutzrechtlicher Einwilligungen .....	73
<i>I. Einseitige datenschutzrechtliche Einwilligungen .....</i>	<i>73</i>
1. Regelungsmodelle der Fähigkeit zur Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten .....	74
a) Definition der datenschutzrechtlichen <i>Einwilligungsfähigkeit</i> : Gleichlauf mit den Kriterien der Geschäftsfähigkeit .....	74
aa) Der Meinungsstand zur Rechtsnatur der datenschutzrechtlichen Einwilligung .....	75
bb) Intention des Meinungsstreits: Dogmatisch defizitäre Bestimmung der anzuwendenden Normen für die datenschutzrechtliche Einwilligung .....	76
cc) Irrelevanz des Meinungsstreits für die Forschungsfrage: Identität zwischen Einsichtsfähigkeits- und Geschäftsfähigkeitskriterien .....	77
b) Regelungsmodelle für die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit .....	79
aa) Einzelfallentscheidung je nach den individuellen Fähigkeiten des Einwilligenden .....	79
bb) Starre Altersgrenze .....	81
cc) Verschiedene Altersgrenzen in Abhängigkeit des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts .....	81
dd) Anwendung der herausgearbeiteten Möglichkeit der <i>Emanzipation</i> .....	82
ee) Doppelzuständigkeit .....	82
2. Die widerstreitenden Interessen bei der Regelung der datenschutzrechtlichen Einwilligungsfähigkeit .....	83
a) Abzuwägende Interessen der Beteiligten bei der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger .....	83
aa) Paternalismus .....	83
bb) Entwicklungspsychologie .....	84
(1) Einwilligungsfähigkeitsalter .....	84
(2) Mögliches Alter für die <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> .....	85
(3) Vorgabe der Entwicklungspsychologie für den gesetzlichen Minderjährigenschutz .....	86
(4) Zusammenfassung und Zwischenergebnis .....	86
cc) Grundsatz des Kindeswohls .....	87
dd) Erziehungsrecht der Eltern .....	87
ee) Rechtssicherheit .....	88
b) Bedeutung der Widerruflichkeit der Einwilligung für den Minderjährigenschutz .....	88

3.	Vorzugswürdigkeit der <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> .....	89
	a) Unzureichende Praktikabilität einer Einzelfallprüfung im Internet .....	90
	b) Fehlende Notwendigkeit der Doppelzuständigkeit .....	91
	c) Zulässige Einschränkung des Elternrechts .....	92
	d) Zwischenergebnis .....	93
4.	Zusammenfassung: Vorschlag zur Einführung einer datenschutzrechtlichen <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> .....	93
5.	Gesetzesvorschlag zur Regelung der datenschutzrechtlichen Einwilligungsfähigkeit .....	94
II.	<i>Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Vertragsverhältnis</i> ....	94
1.	Die Einwilligung als Leistungspflicht im Vertragsverhältnis ....	95
	a) Rechtsnatur der schuldrechtlichen Einwilligung .....	96
	b) Anwendung einer <i>modifizierten</i> <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> .....	97
	c) <i>Partielle Emanzipation</i> betreffend den Vertrag <i>Dienst gegen</i> <i>Daten</i> .....	99
	d) Zusammenfassung und Anregung der Einführung der <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> für die datenschutzrechtliche Einwilligung im Vertragsverhältnis .....	100
2.	Widerruflichkeit der Einwilligung im Vertragsverhältnis .....	100
	a) Die einzelnen datenschutzrechtlichen Lösungsansätze .....	101
	b) Widerstreitende verfassungsrechtliche Rechtsprinzipien ....	104
	c) Der <i>status quo</i> des datenschutzrechtlichen Widerrufsrechts in der Praxis .....	106
	d) Steigende Schutzbedürftigkeit des Betroffenen aufgrund des Kommerzialisierungstrends .....	107
	e) Der Minderjährigenschutz als ausschlaggebendes Argument	108
	f) Das jederzeitige Widerrufsrecht als folgerichtige Konsequenz .....	108
3.	Das datenschutzrechtliche Kopplungsverbot .....	109
	a) Das Kopplungsverbot als Grenze der Vertragsgestaltungsfreiheit .....	110
	b) Ermöglichung des Vertragsabschlusses mit alternativer Gegenleistungspflicht des Betroffenen .....	111
	c) Vorschlag eines alternativen Gegenleistungsmodells für das Kopplungsverbot .....	113
	d) Gesetzesvorschlag zum Kopplungsverbot unter Einführung des alternativen Gegenleistungsmodells .....	114
III.	<i>Die datenschutzrechtliche Einwilligung auf der Ebene der</i> <i>vertraglichen Leistungspflichten</i> .....	114

1.	Der Verfügungsbegriff im deutschen Recht .....	115
2.	Der Verlust der Verfügungsmacht als bedeutendes Kriterium einer Verfügung .....	116
3.	Abgrenzung zum <i>Verpflichtungsgeschäft</i> .....	117
4.	Fehlender Verbrauch der Erteilungsberechtigung und keine Übertragbarkeit der Rechte an personenbezogenen Daten .....	118
	a) Kein Verlust der Berechtigung zur Erteilung weiterer Einwilligungen .....	118
	b) Keine Rechtsübertragung durch die Einwilligung .....	120
	aa) Mangelnde Dinglichkeit des Rechts an personenbezogenen Daten .....	120
	(1) Die Vererblichkeit des kommerziellen Teils des Persönlichkeitsrechts .....	120
	(2) Der Begriff des <i>dinglichen</i> Rechts .....	122
	(3) Die Arten der Rechtsverhältnisse nach <i>v. Savigny</i> .....	124
	(4) Zwischenergebnis: Kein dinglicher Charakter von Persönlichkeitsrechten .....	127
	bb) Keine Zulässigkeit der Übertragung von Persönlichkeitsrechten aus anderen Gründen .....	127
	c) <i>Konstitutive</i> Rechtsübertragung und <i>obligatorische</i> Verpflichtung nach <i>v. Thur</i> .....	128
5.	Zwischenergebnis: Kein Verfügungscharakter der datenschutzrechtlichen Einwilligung auf Ebene der vertraglichen Leistungspflicht .....	130
6.	Trennung von Verpflichtungs- und Leistungsebene im Vertrag <i>Dienst gegen Daten</i> .....	130
IV.	<i>Zusammenfassung der Ergebnisse zur datenschutzrechtlichen Einwilligung de lege ferenda</i> .....	132
Teil 3: Evaluation des Minderjährigenschutzes in der DS-GVO .....		133
I.	<i>Darstellung und Bewertung der DS-GVO anhand der gefundenen Ergebnisse</i> .....	133
1.	Einführung in die DS-GVO .....	133
2.	Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach der DS-GVO .....	136
	a) Die Einwilligung im System der Verordnung .....	136
	b) Die Rechtsnatur der Einwilligung unter der DS-GVO .....	137
	c) Einwilligungsfähigkeit nach der DS-GVO .....	138
	aa) Die Sonderregelung der Einsichtsfähigkeit nach Art. 8 DS-GVO .....	139
	(1) <i>Dem Kind direkt gemachtes Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft</i> .....	140

(a)	Legaldefinition des <i>Dienstes der Informationsgesellschaft</i> als Ausgangspunkt .....	140
(b)	Angebot, das einem Kind <i>direkt gemacht</i> wird ...	142
(aa)	An Kinder gerichtete Dienste .....	142
(bb)	<i>Dual-use-Angebote</i> .....	143
(cc)	Dienste ohne Zugangssperre .....	144
(c)	Einem Kind gemachtes Angebot .....	148
(d)	Qualität des erforderlichen Altersverifikationssystems .....	149
(aa)	Verpflichtung zur hinreichend sicheren Altersverifikation .....	149
(bb)	Maßstab der Qualität der Verifikation analog Art. 8 Abs. 2 DS-GVO .....	151
(cc)	<i>Angemessene Anstrengungen unter Berücksichtigung der verfügbaren Technik</i> .....	154
(e)	<i>Cookies</i> als besonders zu behandelnder Anwendungsfall? .....	160
(aa)	Gegenstand und Funktionsweise von <i>Cookies</i> .....	160
(bb)	Anwendbarkeit des Art. 8 Abs. 1 DS-GVO auf <i>Cookies</i> .....	162
(cc)	Ausblick: Die Rechtslage nach der geplanten ePrivacyVO .....	163
(dd)	Umsetzung der ePrivacyRL in Deutschland .....	164
(2)	Starre Altersgrenze mit Öffnungsklausel in Art. 8 DS-GVO .....	166
(3)	Mangelnde Beachtung der individuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen .....	167
bb)	Einsichtsfähigkeit als grundsätzliche Voraussetzung der Einwilligung von Kindern .....	168
3.	Die Einwilligung im Rahmen des Vertrags <i>Dienst gegen Daten</i> .....	171
a)	Die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag .....	171
aa)	Grundsätzliche Zulässigkeit der Einwilligung als vertragliche Gegenleistung .....	171
bb)	Der besondere Erlaubnistatbestand bei der Datenverarbeitung im Vertrag .....	171
cc)	Die Pflicht zur Erteilung der Einwilligung im Vertrag <i>Dienst gegen Daten</i> .....	173
(1)	Die Einwilligung als echte vertragliche Leistungspflicht .....	174
(2)	Fehlende Vollstreckbarkeit der Einwilligung im Vertrag .....	175

(3) Vertraglicher Anspruch auf Erteilung der Einwilligung .....	177
(4) Schadensersatzanspruch und einseitiges Kündigungsrecht des Verantwortlichen bei Nichtleistung des Betroffenen .....	178
(5) Ergebnis: Echte vertragliche Leistungspflicht auf Erteilung der Einwilligung .....	179
b) Widerruflichkeit der Einwilligung .....	179
aa) Keine Einschränkung des Widerrufsrechts im Vertrag <i>Dienst gegen Daten</i> .....	180
bb) Folgen eines Widerrufs für das Vertragsverhältnis .....	183
c) Das Kopplungsverbot als Grenze der Vertragsfreiheit .....	185
aa) Die grundsätzliche Regelung des Kopplungsverbots in der DS-GVO .....	185
bb) Kein strenges Kopplungsverbot nach der DS-GVO .....	186
cc) Das Kopplungsverbot und das deutsche <i>Trennungs- und</i> <i>Abstraktionsprinzip</i> .....	190
dd) <i>Erforderlichkeit</i> der Datenverarbeitung .....	190
ee) Der übrige Regelungsgehalt des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO	190
(1) Das Kriterium der <i>sachfremden Begleiterscheinung</i> ...	191
(2) Das Kopplungsverbot der DS-GVO und der Vertrag <i>Dienst gegen Daten</i> .....	192
(a) Zulässigkeit des Vertragsmodells <i>Dienst gegen</i> <i>Daten</i> .....	192
(b) Vorschlag der Einführung eines alternativen Gegenleistungsmodells .....	194
(c) Angemessenes Entgelt als Alternative zur Einwilligung in die Datenverarbeitung .....	196
(3) <i>Monopolstellung am Markt</i> .....	198
4. Divergierender Paternalismus in den Vorschriften zur datenschutzrechtlichen Einwilligung .....	201
5. Zusammenfassung: Notwendigkeit der Änderung der DS-GVO zur Erreichung eines angemessenen Minderjährigenschutzes ....	205
II. <i>Implementierung der Einwilligungsfähigkeitserklärung in das</i> <i>Rechtssystem der DS-GVO</i> .....	206
1. Der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers nach Art. 8 Abs. 1 S. 3 DS-GVO .....	207
a) Einleitung .....	207
b) Die Öffnungsklauseln in der DS-GVO .....	207
c) Die spezielle Reichweite des Art. 8 Abs. 1 S. 3 DS-GVO .....	211
2. Einführung der <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> durch den deutschen Gesetzgeber .....	213

a) Zulässigkeit und Grenzen der Einführung .....	213
b) Umsetzung als formelles Gesetz .....	214
3. Zusammenfassung: Ausreichender Gestaltungsspielraum für den deutschen Gesetzgeber zur teilweisen Einführung der <i>Einwilligungsfähigkeitserklärung</i> .....	215
Fazit .....	217
Zusammenfassung in Thesen .....	221
I. <i>Die Bestimmung der Geschäftsfähigkeit als Grundlage des Schutzes         Minderjähriger im Rechtsverkehr</i> .....	221
II. <i>Die Fähigkeit zur Erteilung         datenschutzrechtlicher Einwilligungen</i> .....	222
III. <i>Evaluation des Minderjährigenschutzes in der DS-GVO</i> .....	224
Literaturverzeichnis .....	229
Register .....	245



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Auffassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AtP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Amtsgericht
ARPU	Average Revenue per User
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVwVfg	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BDSG a.F.	Bundesdatenschutzgesetz vor der umfassenden Gesetzesänderung vom 25. Mai 2018
BDSG n.F.	Bundesdatenschutzgesetz ab der umfassenden Gesetzesänderung vom 25. Mai 2018
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Zeitschrift)
Begr.	Begründer
Behav. Sci. Law.	Behavioral Sciences & the Law (Zeitschrift)
BGB a.F.	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung vor der Gesetzesänderung durch das Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31. Juli 1974
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BlgNR	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cc	Französischer Code civil
COPPA	U.S. Children's Online Privacy Protection Act
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt

DANA	Datenschutz Nachrichten (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DS-RL	Datenschutzrichtlinie
DSRITB	Tagungsband der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik
DuD	Datenschutz und Datensicherheit; Datenschutz und Datensicherung
ECLI	European Case Law Identifier
Einl.	Einleitung
ePrivacyRL	Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation
ePrivacyVO	Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUR	Euro
f., ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angele- genheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Geschäftsfähig- keitsG	Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875
GG	Grundgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungs- sammlung (Zeitschrift)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GS	Gesetz-Sammlung für die Königlich-Preußischen Staaten
h.M.	herrschende Meinung
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.E.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
IPRB	IP-Rechtsberater (Zeitschrift)
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)

Leg.-Per.	Legislaturperiode
lit.	littera
MIR	Medien Internet und Recht (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MMR-Beil.	Beilage zu Multimedia und Recht (Zeitschrift)
mpfs	Medienpädagogischer Forschungsverband Südwest
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
PinG	Privacy in Germany (Zeitschrift)
Pub. L.	Public Law
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RE	Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
RelKERzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache(n)
S.	Seite
SCHUFA	Schufa Holding AG
Sess.	Session
Slg.	Amtliche Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichtshofs
Sp.	Spalte
Stat.	United States Statutes at Large
Sten. Ber. d. preuß. Abg.-Hauses	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Preußischen Abgeordnetenhauses
Sten. Ber. d. preuß. Herrenhauses	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Preußischen Herrenhauses
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TMG a.F.	Das Telemediengesetz in der vom 01. März 2007 bis zum 31. August 2009 geltenden Fassung.
u.	und
u.a.	und andere
U.S.C.	United States Code
UAbs.	Unterabsatz
USA	United States of America
USD / US-Dollar	United States Dollar
v.	vom; von
v. Chr.	vor Christus
verb.	verbundene
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VO 1875	Vormundschaftsordnung des Deutschen Reichs vom 05. Juli 1875
Vorb.	Vorbemerkung
VwVfg	Verwaltungsverfahrensgesetz der Bundesrepublik Deutschland

WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst

# Einführung

## I. Problemaufriss: Die Insuffizienz der DS-GVO zum Schutz Minderjähriger bei der Erteilung der datenschutzrechtlichen Einwilligung

Seit jeher ist es Aufgabe des Rechts, auf gesellschaftliche Entwicklungen zu reagieren und einen Ordnungsrahmen für die Realität zu bieten.<sup>1</sup> Das gilt insbesondere für Regelungen über Befugnisse Minderjähriger im Rechtsverkehr. Zu den Herausforderungen des 21. Jahrhunderts zählt, ein allen Interessen gerecht werdendes Recht des Internets, einschließlich des Datenschutzes, zu schaffen. Hier ist der Schutz Minderjähriger von herausragender Bedeutung. Eine gesetzlich gewährleistete Einschränkung der Verarbeitung personenbezogener Daten und die damit gesicherte informationelle Selbstbestimmung bildet einen Grundbaustein einer demokratischen Gesellschaftsordnung.<sup>2</sup> Zudem obliegt dem Gesetzgeber ein Schutzauftrag für Kinder und Jugendliche.<sup>3</sup> Sie darf der Gesetzgeber nicht ungeschützt lassen, da sie sich der Risiken, Folgen, Garantien und Rechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten möglicherweise weniger bewusst sind, Erwägungsgrund 38 S. 1 DS-GVO.<sup>4</sup> Ihre Daten sind für Unternehmen von großem Interesse und Wert, da Kinder und Jugendliche die nächste Kundengeneration darstellen.<sup>5</sup> Digitale Medien werden von Kindern und Jugendlichen intensiv genutzt.<sup>6</sup> Nach der *JIM-Studie*<sup>7</sup> des *mediendidaktischen For-*

---

<sup>1</sup> BGHZ 143, 214, 225 – *Marlene Dietrich*.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 65, 1, 43; *Simitis*, RDV 2007, 143, 144.

<sup>3</sup> Vgl. *Janicki*, DSRITB 2019, 313, 314; vgl. *Jandt/Roßnagel*, MMR 2011, 637, 638.

<sup>4</sup> Mit ähnlichem Wortlaut bereits die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6. Juli 2011 zum Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union (2011/2025(INI)), Punkt M, URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0323+0+DOC+XML+V0//DE> [Stand: 14.03.2021].

<sup>5</sup> Möhrke-Sobolewski/Klas, K&R 2016, 373; *Heckmann/Paschke*, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, 2. Auflage, 2018, Art. 8 Rn. 1; *Rauda*, MMR 2017, 15, 16; *Joachim*, ZD 2017, 414, 418; *Gola/Schulz* ZD 2013, 475.

<sup>6</sup> *Gola/Schulz* ZD 2013, 475.

<sup>7</sup> *JIM-Studie* 2018 (Jugend, Information, Multimedia), Basisuntersuchung zum Me-

schungsverbands Südwest (mpfs) nutzen 97 % der Jugendlichen zwischen zwölf und 19 Jahren das Internet. Hierzu verwenden 97 % der Jugendlichen ein Smartphone. Diese Affinität gegenüber digitalen Medien birgt ein großes Gefährpotential.<sup>8</sup> Im Internet sind Minderjährige sozialem Druck und besonderen Reizen ausgesetzt, die sie aufgrund leichterer Beeinflussbarkeit mitunter noch nicht einordnen können.<sup>9</sup> Eine weitreichende Preisgabe personenbezogener Daten des Minderjährigen sowie von Familie und Freunden kann zu detaillierten Nutzerprofilen über die Interessen, Neigungen und sozialen Kontakte der Minderjährigen führen.<sup>10</sup> Weiter verbreiten Jugendliche auf *Social-Media-Plattformen* nahezu grenzenlos ihre personenbezogenen Daten.<sup>11</sup> Die *JIM*-Studie konstatiert, dass 95 % der zwölf bis 19-Jährigen den Messenger *Whatsapp* verwenden. 67 % der Befragten nutzen *Instagram*. Auf dieser *Plattform* laden sie – datenschutzrechtlich besonders relevant – (persönliche) Bilder hoch und verfolgen die Interessen und Aktivitäten anderer. Der *mpfs* untersuchte ferner in der *KIM*-Studie<sup>12</sup> das Nutzungsverhalten sechs bis 13-jähriger Kinder. 55 % dieser Kinder nutzen mindestens einmal wöchentlich das Internet. *Whatsapp* wird von 47 % der Kinder verwendet, ein Viertel der Kinder ist bei *Facebook* online. Mit einem derart gravierenden Nutzungsverhalten korrespondiert eine hohe Relevanz für den Gesetzgeber. Ferner sind die Handlungen von Kindern und Jugendlichen im Internet wie etwa auf dem Smartphone naturgemäß durch die Eltern nur schwer zu kontrollieren. Aus diesen Gründen sind Kinder und Jugendliche bei der Internetnutzung besonders zu schützen.

Der europäische Gesetzgeber hat die Schutzbedürftigkeit Minderjähriger im Umgang mit personenbezogenen Daten erkannt und entsprechende Regelungen geschaffen.<sup>13</sup> Art. 8 Abs. 1 DS-GVO regelt die datenschutzrechtli-

---

dienumgang 12- bis 19-Jähriger, URL: [https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/JIM/2018/Studie/JIM2018\\_Gesamt.pdf](https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/JIM/2018/Studie/JIM2018_Gesamt.pdf) [Stand: 14.03.2021].

<sup>8</sup> Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Auflage, 2018, Art. 8 Rn. 1; Gola/Schulz ZD 2013, 475.

<sup>9</sup> Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Auflage, 2018, Art. 8 Rn. 1; vgl. Gola/Schulz ZD 2013, 475.

<sup>10</sup> Gola/Schulz ZD 2013, 475; Fünfter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, Datenschutz, Persönlichkeitsrechte, S. 30 f., URL: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/089/1708999.pdf> [Stand: 14.03.2021].

<sup>11</sup> Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 6. Juli 2011 zum Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union (2011/2025(INI)), Punkt M, URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0323+0+DOC+XML+V0//DE> [Stand: 14.03.2021].

<sup>12</sup> *KIM*-Studie 2018 (Kindheit, Internet, Medien), Basisuntersuchung zum Medienumgang 6- bis 13-Jähriger, URL: [https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/KIM/2018/KIM-Studie\\_2018\\_web.pdf](https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/KIM/2018/KIM-Studie_2018_web.pdf) [Stand: 14.03.2021].

<sup>13</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

che Einwilligungsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen. Nach dem Wortlaut ist bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Kindes rechtmäßig, wenn das Kind das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat (Art. 8 Abs. 1 S. 1 DS-GVO). Dieses Alter kann der nationale Gesetzgeber nach Art. 8 Abs. 1 S. 3 DS-GVO<sup>14</sup> von 16 Jahren bis auf 13 Jahre herabsetzen. Folglich wird die *Einwilligungsfähigkeit* bei Angeboten von Diensten der Informationsgesellschaft, die einem Kind direkt gemacht werden, mittels starrer Altersgrenze bestimmt. Verarbeitungen der Daten von Kindern unterhalb dieser Altersgrenze sind nach Art. 8 Abs. 1 S. 2 DS-GVO nur sofern und soweit rechtmäßig, wie die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird. Ob bei dieser Regelung die Interessen sämtlicher Beteiligter an der Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger berücksichtigt wurden, ist fraglich. Dies zeigt schon der Erwägungsgrund 38 S. 1 DS-GVO. Das Interesse des Minderjährigen, gemäß seinen individuellen Fähigkeiten zu handeln, wird darin nicht deutlich erkennbar. Zumindest deutet die Formulierung *möglicherweise weniger bewusst* die Erkenntnis des europäischen Gesetzgebers an, dass nicht bei allen Minderjährigen pauschal von demselben Entwicklungsstand ausgegangen werden darf. Indes spiegelt sich diese Erkenntnis nicht im Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 DS-GVO wider, sodass danach die Mitwirkungspflicht der Eltern für Kinder unterhalb der festgesetzten Altersgrenze unabhängig von der geistigen Reife des Kindes gilt. Das einer solchen Regelung zugrundeliegende elterliche Erziehungsrecht hat sich jedoch stets am Interesse des Kindes auszurichten.<sup>15</sup> Es kann nicht mehr uneingeschränkt Geltung entfalten, sobald der Minderjährige die erforderliche Reife für selbstbestimmtes Handeln aufweist.<sup>16</sup> Mit fortschreitender Entwicklung des Kindes verringern sich daher auch die elterlichen Rechtsbefugnisse.<sup>17</sup> Es wird zu zeigen sein, ob der Gesetzgeber mithin ein Regelungsmodell hätte wählen sollen, das an den individuellen Fähigkeiten des Kindes ausgerichtet ist.

---

27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. 2016 L 119, 1 ber. ABl. 2016 314, 72 und ABl. 2018 L 127, 2. Regelungen zum Schutz von Kindern sind etwa Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f. DS-GVO, Art. 8 DS-GVO, Art. 12 DS-GVO, Art. 17 DS-GVO, Art. 40 Abs. 2 lit. g DS-GVO sowie Art. 57 Abs. 1 lit. b DS-GVO. Bedeutsam sind zudem die Erwägungsgründe 38 und 58 DS-GVO.

<sup>14</sup> Mitunter abweichend zitiert als Art. 8 Abs. 1 UA. 1 DS-GVO.

<sup>15</sup> BVerfGE 59, 360, 382.

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 59, 360, 382.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 59, 360, 382.