

Persönlich, familiär oder öffentlich? Grenzverschiebungen im Datenschutz- und Kunsturheberrecht am Beispiel des *Sharenting*

Katharina Kaesling

A. Einleitung und Gang der Untersuchung

Wurden früher regelmäßig Freunden und Familie in Fotoalben zusammengefasste Erinnerungen und Schnappschüsse von Kindern im heimischen Wohnzimmer präsentiert, so teilen Eltern mittlerweile häufig Fotos und Videos von Kindern aller Altersgruppen auf sozialen Netzwerken. Im Zeichen des Tagungsthemas „Das Private im Privatrecht“ spürt dieser Beitrag damit einhergehenden Grenzverschiebungen zwischen Privatem und Öffentlichem nach.

Kinderbilder sind zunehmend online auf sozialen Netzwerken zu finden. Zum einen posten Kinder selbst Videos und Fotos von sich. Schon vor ihrer aktiven Partizipation in sozialen Netzwerken finden sich aber häufig bereits Fotos von ihnen, die insbesondere ihre Familie hochgeladen hat. Teilen Eltern Bilder von ihren Kindern, wird regelmäßig von *Sharenting* gesprochen. Mit Blum-Ross und Livingstone wird *Sharenting* hier verstanden als Akt des Teilens von Darstellungen der eigenen Elternschaft oder der eigenen Kinder im Internet.¹ Teilweise wird mit dem aus *Sharing* und *Parenting* gebildeten Kofferwort bereits das übermäßige Teilen von Kinderbildern durch die Eltern, also ein *Oversharing*, gemeint.² Es hat jedenfalls eine negative Konnotation.³

1 Blum-Ross/Livingstone, Sharenting: Parent Blogging and the Boundaries of the Digital Self, 15 Popular Communication: The International Journal of Media and Culture (2017), 110 (“sharing representations of one’s parenting or children online”).

2 Teilweise wird dies, in Abgrenzung zum sharenting, dann aber auch als „oversharenting“ bezeichnet.

3 Blum-Ross/Livingstone, Sharenting: Parent Blogging (Fn 1), 110.

In den USA sind bereits 92 % aller Zweijährigen im Internet zu finden.⁴ Einer Umfrage unter ca. 1500 Eltern in Spanien und der Tschechischen Republik belegte, dass in diesen Ländern 70-80 % der Eltern *Sharenting* praktizieren.⁵ Bereits 2010 fand sich eine vergleichbare Rate von 75 % teilungswilliger Eltern auch in Deutschland.⁶ Dies überrascht angesichts der Bedeutung digitaler Sozialität und neuer Formen von Kommunikation online, die sich mit analogen Praktiken vermischen, nicht.⁷ Für Eltern kann das private Teilen von Kinderbildern daher wichtige soziale Funktionen erfüllen, wie sie im analogen Bereich anerkannt sind. Die Praxis des Fotografierens von Kindern gehört seit Langem zum Konzept des *Doing Family*⁸ als Dimension der familialen Lebensführung, die zu Selbstdefinition und Inszenierung der Familie als Gruppe beiträgt.⁹

-
- 4 Studie durchgeführt von Research Now im Auftrag des Sicherheitssoftware-Unternehmens AVG Technologies, siehe AVG Now, Digital Birth: Welcome to the Online World, 2010, <https://now.avg.com/digital-maturity-latest-avg-digital-diaries-installment-reveals-average-11-year-old-has-adult-skills-in-technology>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022.
 - 5 Kopeck et al., The Phenomenon of Sharenting and its Risks in The Online Environment. Experiences from Czech Republic and Spain, Children and Youth Services Review 3/2020 (Volume 110).
 - 6 Studie im Auftrag der AVG (Fn 4).
 - 7 Thimm, Digitale Werteordnung: Kommentieren, kritisieren, debattieren im Netz, Forschung und Lehre, 12/2017, <https://www.wissenschaftsmanagement-online.de/beitrag/digitale-werteordnung-kommentieren-kritisieren-debattieren-im-netz-8506>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022; zu *Sharenting* als familiärer Praxis siehe nur Kutscher/Bouillon, Kinder. Bilder. Rechte. Persönlichkeitsrechte von Kindern im Kontext der digitalen Mediennutzung in der Familie, Berlin: Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e.V., Issue 4 (2018), S. 10.
 - 8 Siehe nur Jurczyk, Familie als Herstellungsleistung. Elternschaft als Überforderung?, in: Jergus/Krüger/Roch (Hrsg.), Elternschaft zwischen Projekt und Projektion, Wiesbaden 2017, S. 143 ff.
 - 9 Rose, Doing Family Photography: The Domestic, the Public and the Politics of Sentiment, Farnham 2010; siehe auch Autenrieth, The Case of “Sharenting” – Parental Action Strategies in the Contested Field of Visualizing Children in Online Environments, in: Dethloff/Kaesling/Specht-Riemenschneider (Hrsg.), Comparative Perspectives on Families and New Media, Heidelberg 2022, im Erscheinen.

Eltern möchten ihrem Stolz auf ihre Kinder Ausdruck verleihen,¹⁰ Verbindungen mit Freunden und Familie aufrechterhalten,¹¹ (bestätigendes) Feedback¹² und soziale Unterstützung¹³ erhalten und ihre Erziehung durch den Austausch mit anderen verbessern.¹⁴ Eltern möchten mit Freunden und Familie sowie mit anderen Eltern, insbesondere solchen in ähnlichen Situationen,¹⁵ in Kontakt treten.¹⁶ Virtuelle Gemeinschaften bieten Eltern die Möglichkeit, Sorgen, Zweifel und Fragen zu alltäglichen Problemen auszutauschen.¹⁷ In einer US-amerikanischen Studie zum *Sharenting* von Eltern von 0–4 jährigen Kindern geben 72 % der befragten Eltern an, dass soziale Medien ihnen helfen, sich nicht alleine zu fühlen.¹⁸ Die Eltern sind sich dabei auch einer Rei-

- 10 Wagner/Gasche, Sharenting: Making Decisions about Other's Privacy on Social Networking Sites, Proceedings Multikonferenz Wirtschaftsinformatik 2018, https://mkwi2018.leuphana.de/wp-content/uploads/MKWI_81.pdf; 977 (982–985).
- 11 Wagner/Gasche, Sharenting (Fn 10), 982; siehe auch McDaniel et al., New Mothers and Media Use: Associations Between Blogging, Social Networking, and Maternal Well-Being, *Maternal and Child Health J.* (2012) 16 (7), 1509 ff.
- 12 Vgl Steinberg, Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media, 66 *Emory Law Journal* (2017), 839 (846); Pettigrew/Archer/Harrigan, A Thematic Analysis of Mothers' Motivations for Blogging, *Maternal and Child Health J.* (2016) 20 (5), 1025 ff.
- 13 Latipah et al., Elaborating Motive and Psychological Impact of Sharenting in Millennial Parents, *Universal Journal of Educational Research* (2020) 8 (10), 4807 (4809); siehe zudem Morris, Social Networking Site Use by Mothers of Young Children, in: Association for Computing Machinery (Hrsg.), *Proceedings of the 17th ACM conference on Computer Supported Cooperative Work & Social Computing* (2014), 1272 ff.
- 14 Latipah, Motive and Impact (Fn 13), 4809–4810.
- 15 Duggan/Lehnhart/Lampe/Ellison: Parents and Social Media, Pew Research Center, 16.07.2015, <http://www.pewinternet.org/2015/07/16/parents-and-social-media/>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022; Blum-Ross/Livingstone, Sharenting: Parent Blogging (Fn 1), 121 f.
- 16 Latipah, Motive and Impact (Fn 13), 4809 f.
- 17 Brady/Guerin, Not the Romantic, All Happy, Coochy Coo Experience: A Qualitative Analysis of Interactions on an Irish Parenting Web Site., *Family Relations* 59 (February 2010), 14 (22).
- 18 C.S. Mott Children's Hospital, National Poll on Children's Health (https://mottpoll.org/sites/default/files/documents/031615_sharenting_0.pdf).

he von Risiken bewusst, die mit dem *Sharenting* verbunden sind,¹⁹ und versuchen oft, darauf zu reagieren – insbesondere wenn sie mit der Kritik ihrer (älteren) Kinder an der Verbreitung bestimmter Bilder konfrontiert werden.²⁰

Sharenting betrifft Regelungen aus einer Reihe von Rechtsbereichen. So verarbeiten die Eltern mit dem Teilen auf sozialen Netzwerken personenbezogene Daten des Kindes.²¹ Gleichzeitig wird damit das Recht am eigenen Bild des Kindes, geschützt durch das Kunsturheberrecht, berührt. Diese beiden Rechtsbereiche sollen heute im Mittelpunkt stehen, aber auch das Familienrecht, das Vertretungsrecht und weitere Rechtsbereiche wie das Urheberrecht werden angesprochen. Das Zusammenspiel des Bürgerlichen Rechts mit Datenschutz- und Kunsturheberrecht wird nicht außer Acht gelassen. Zunächst einmal, und auch im Schwerpunkt, wird es aber um die Grenzziehung von Öffentlichem und Privaten in der DSGVO und im KUG gehen.

Nach einer Auslegung des persönlich-familiären Bereichs i. S. der DSGVO (B.) und der Bestimmung der Öffentlichkeit i. S. des KUG (C.) erfolgt eine integrative Betrachtung dieser Abgrenzungen von Öffentlichem und Privatem (D.). Vor diesem Hintergrund werden dann die Anforderungen an rechtmäßiges *Sharenting*, wie sie sich aus dem Zusammenspiel der Anforderungen der DSGVO und des KUG mit dem deutschen Bürgerlichen Recht ergeben, konkretisiert. Abschließend wird der hierdurch erzielte Schutz des Kindes in den weiteren familien- und kinderrechtlichen Rahmen eingebettet, der wiederum durch eine Abgrenzung des Öffentlichen i. S. des Staatlichen vom Privat-Familiären i. S. der durch das Elternrecht geprägten Sphäre geprägt wird.

19 Bspw. mit Blick auf die Weitergabe von Informationen, insbes. Fotos, von ihren Kindern C.S. Mott Children's Hospital (Fn 18).

20 Autenrieth, Family Photography in a Networked Age. Anti-sharenting as a Reaction to Risk Assessment and Behaviour Adaption, in Mascheroni/Ponte/Jorge (Hrsg.), Digital Parenting, Göteborg 2018, S. 219 (222 ff.).

21 Lorenz, Kinderrechte im Digitalzeitalter – Das Beispiel des Sharenting, K & R 2021, 322 (324).

B. Der persönlich-familiäre Bereich i. S. der DSGVO

Die Anwendbarkeit der DSGVO setzt voraus, dass es sich *nicht* um eine persönliche oder familiäre Tätigkeit handelt, die unter die sog. Haushaltsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO fällt. Der Bereich des Haushalts ist nicht räumlich im Sinne des Schutzes der Wohnung oder des eigenen Grundstücks zu verstehen,²² sondern nach dem sozialen Zweck und dem Kontext der konkreten Tätigkeit zu bestimmen.

Diese Haushaltsausnahme soll die Privatsphäre gegen eine übermäßige Regulierung schützen, welche die freie Entfaltung der Persönlichkeit gefährden könnte.²³ Sie geht auf die Erwägung zurück, dass es einen geschützten Bereich der persönlichen Entfaltung und Kommunikation gibt, in welchem von einer Datenverarbeitung nur *geringe Risiken* für die Betroffenen ausgehen. Eine Definition dieses persönlich-familiären Bereichs steht noch aus.²⁴

In Betracht kommt erstens eine extensive Auslegung der Haushaltsausnahme als die private Nutzung sozialer Medien durch natürliche Personen umfassend (I.), zweitens ein restriktives, Online-Aktivitäten schlechthin ausschließendes Verständnis des Persönlich-Familiären (II.) und drittens eine Einhegung dieser Sphäre auf der Grundlage differenzierender Kriterien (III.).

22 Schmidt, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Kommentar DSGVO – BDSG, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2019, Art. 2 Rn 18.

23 Kühling/Raab, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, BDSG, 3. Aufl., München 2020, Art. 2 Rn 10 und 23; Bäcker, in: Brink/Wolff (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 37. Aufl., München 2021, Art. 2 Rn 12.

24 Schimke, Rechtliche Rahmenbedingungen der Veröffentlichung von Kinderotos im Netz durch Eltern, NZFam 2019, 851 (852); Lettmaier, Die Veröffentlichung von Bildnissen des Kindes durch die sorgeberechtigten Eltern: Rechtsprobleme des „Sharenting“, in: Lorz/Regenfus/Röthel/Spengler (Hrsg.), Recht, Sport, Technik und Wirtschaft in mehrdimensionalen Perspektiven, Berlin 2021, S. 355 (358).

I. Extensive Auslegung der Haushaltsausnahme

Mit Blick auf ein Verständnis der Haushaltsausnahme als eine *de minimis*-Regelung,²⁵ die auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgeht, kann eine extensive Auslegung der Haushaltsausnahme erwogen werden, nach der die private *Social Media*-Nutzung durch natürliche Personen insgesamt als vom Haushaltsprivileg erfasst anzusehen wäre.²⁶ Privatpersonen – beim *Sharenting* also den Eltern – würden die datenschutzrechtlichen Anforderungen für eine solche Tätigkeit dann nicht auferlegt.²⁷ Der verbleibende, durch das allgemeine Zivil- und Strafrecht vermittelte Schutz der Persönlichkeit²⁸ genüge.²⁹ Eine solche Datenverarbeitung ohne kommerziellen Hintergrund habe zudem typischerweise nur ein geringes Risikopotential; das private Tätigwerden auf sozialen Medien nur eine begrenzte Breitenwirkung.³⁰ Dem stehe auch die Möglichkeit der viralen Verbreitung von nutzergenerierten Inhalten nicht entgegen, da es sich dabei nur um ein seltenes Phänomen handele.³¹

Gegen diese Ansicht spricht bereits die Rechtsprechung des EuGH zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung.³² In der Rechtssache *Lindquist* stellte der Gerichtshof fest, dass die Veröffentlichung personenbezogener Daten im Internet gegenüber einer unbegrenzten Zahl von Personen jedenfalls nicht unter die Haushaltsausnahme fällt.³³ Durch eine solche internetbasierte Verarbeitung der Daten werde die Information von einem bestimmten Verarbeitungszweck entkoppelt und verlasse

25 Zerdick, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 2 Rn 10.

26 So Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 21; siehe auch Lewinski, in: Eßer/Kramer/Lewinski (Hrsg.), Auernhammer, DSGVO/BDSG–Kommentar, 7. Aufl., Köln 2020, Art. 2 Rn 25.

27 Bäcker, Datenschutzrecht (Fn 23), Art. 2 Rn 19 und 21; siehe auch Rake, Kinderrechte und Sorgerechtsbefugnisse bei elterlichen Foto-Postings in sozialen Medien, FamRZ 2020, 1064 (1067).

28 Vgl. Lauber-Rönsberg/Hartlaub, Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (1060).

29 Bäcker, Datenschutzrecht (Fn 23), Art. 2 Rn 21.

30 Bäcker, BeckOK(Fn 23), Art. 2 Rn 21.

31 Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 20 f.

32 Zur Übertragbarkeit auf die DSGVO siehe Kühling/Raab (Fn 23), Art. 2 Rn 25.

33 EuGH EuZW 2004, 245 Rn 37 ff. – *Lindquist* (Az. C-101/01).

den Bereich persönlicher Informationsverwendung, so der EuGH.³⁴ Das Potenzial für die Gefährdung von Persönlichkeitsrechten³⁵ und das Ziel effektiven Datenschutzes lassen sich mithin gegen eine extensive Auslegung der Haushaltsausnahme anführen.³⁶ Bei einer Zugriffsmöglichkeit eines unbegrenzten Personenkreises kann die Ausnahme nach alledem jedenfalls nicht greifen.³⁷

II. Restriktive Auslegung der Haushaltsausnahme

Aus dieser Rechtsprechung wird nun wiederum teilweise abgeleitet, dass sämtliches Teilen von personenbezogenen Daten online nicht unter die Haushaltsausnahme falle. Nach dieser restriktiven Ansicht fällt das Hochladen von Fotos auf sozialen Netzwerken nicht unter die Haushaltsausnahme, und zwar unabhängig davon, ob die Fotos öffentlich freigegeben oder nur für eine bestimmte Gruppe von Personen sichtbar sind.³⁸ Auch bei einer solchen Beschränkung auf „Facebook-Freunde“ oder andere Gruppen von Personen werde die Kontrolle über

34 EuGH EuZW 2004, 245 Rn 37 ff – *Lindqvist* (C-101/01); siehe auch EuGH EuZW 2009, 108 – *Satamedia* (C-73/07); EuGH 10.7.2018, C-25/17 *Jehovan todistajat* Rn 42 (ECLI:EU:C:2018:551); EuGH 14.2.2019, C-345/17 *Buivids* Rn 43 (ECLI:EU:C:2019:122).

35 Siehe *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 2 Rn 23; *Gola/Lepperhoff*, Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung – Aufnahme und Umfang der Ausnahmeregelung in der DS-GVO, ZD 2016, 9 (11); *Roßnagel/Kroschwald*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung?, ZD 2014, 495 (496); *Spindler/Dalby*, DS-GVO, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019, Art. 2 Rn 6.

36 *Kühling/Raab* (Fn 23), Art. 2 Rn 23; *Roßnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 23.

37 *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1067; *Borges*, in: Borges/Hilber (Hrsg.), BeckOK IT-Recht, 3. Aufl., München 2021, Art. 2 DS-GVO Rn 20; *Ernst*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung, BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 2 Rn 21; *Kühling/Raab*, (Fn 23) Art. 2 Rn 25; *Zerdick*, (Fn 25) Art. 2 Rn 11.

38 Vgl. *Gola/Lepperhoff*, Reichweite des Haushalts- und Familienprivilegs bei der Datenverarbeitung – Aufnahme und Umfang der Ausnahmeregelung in der DS-GVO, ZD 2016, 9 (11); *Buchner*, Von der Wiege bis zur Bahre? – Datenschutz im Familienrecht unter der DS-GVO, FamRZ 2019, 665 (666).

die geposteten Fotos aus der Hand gegeben;³⁹ die persönlich-familiäre Tätigkeit sei jedoch in jeder Hinsicht „öffentlichtkeitsfeindlich“.⁴⁰

Dies würde für die Eltern, die Kinderfotos online teilen möchten, bedeuten, dass sie in jedem Fall vollumfänglich die Vorgaben der DSGVO einhalten müssten. Damit würde die Nutzung des Mediums soziales Netzwerk zwangsläufig zu einer Grenzverschiebung des Privaten zum Öffentlichen führen, wenn mit digitalem *Sharenting* vergleichbare Funktionen erfüllt werden sollen wie mit einem analogen Fotoalbum, das Freunden, Familie und anderen Eltern gezeigt wird.⁴¹

Erwägungsgrund 18 DSGVO enthält jedoch bereits eine deutliche Absage an diese Auslegung.⁴² Erwägungsgrund 18 DSGVO stellt nicht nur den persönlichen und familiären Tätigkeiten kontrastierend Tätigkeiten mit Bezug zu einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit gegenüber. Er stellt auch klar, dass eine persönliche oder familiäre Tätigkeit im Bereich der sozialen Medien stattfinden kann. Es bedarf daher differenzierender Kriterien, die eine Abgrenzung des Persönlich-Familiären vom Öffentlichen für die private Online-Tätigkeiten in sozialen Netzwerken ermöglichen.

III. Differenzierende Auslegung

Jeder *all-or-nothing approach*, der entweder die Haushaltsausnahme in jedem Fall ablehnt,⁴³ oder sie insgesamt auf die Nutzung sozialer Netzwerke erstrecken will⁴⁴, zieht mit Blick auf Öffentliches und Privates eine recht deutliche Trennlinie, die jedoch nicht die Vielfalt an Online-Umgebungen und technischen Möglichkeiten widerspiegelt. Physische Kontrolle und physische Grenzen bezüglich der Größe eines Raumes und potenzielle Anzahl an Personen, die man im Analogem antrifft, existieren online nicht in vergleichbarer Art und Weise. Gleichzeitig bieten gerade soziale Netzwerke auch technische Schutzmaßnahmen

39 *Gola/Lepperhoff*, Familienprivileg (Fn 38), 11; *Buchner*, Datenschutz im Familiengericht (Fn 38), 666.

40 *Ernst*, Datenschutzgrundverordnung (Fn 37), Art. 2 Rn 21.

41 Vgl zu den Funktionen des *Sharenting* für die Eltern oben unter A.

42 Siehe auch *Schmidt* (Fn 22), Art. 2 Rn 18.

43 Siehe oben unter B II.

44 Siehe oben unter B I.

zugunsten von Strukturmerkmalen von Privatheit.⁴⁵ Diese beinhalten etwa die Ermöglichung des Postens unter Pseudonymen, der Auswahl der im Rahmen von nutzergenerierten Inhalten geteilten personenbezogenen Daten und des Empfängerkreises dieser Daten. *Sharenting* kann also privat oder öffentlich sein; Differenzierungskriterien, die die digitalen Ökosysteme berücksichtigen, sind erforderlich. Das Telos der DSGVO insgesamt und der in ihr angelegte besondere Schutz der Daten von Kindern legt nahe, dass Datenverarbeitung grundsätzlich den in dieser Verordnung niedergelegten Regeln unterworfen werden und die Ausnahme nur bei geringen Risiken für die Betroffenen eingreifen soll.⁴⁶ Hier ist für die Auslegung der Haushaltsausnahme anzusetzen.

1. Technische Beherrschbarkeit

Zur Differenzierung des persönlich-familiären und des öffentlichen Raumes ist die technische Beherrschbarkeit der geteilten Inhalte zu berücksichtigen.⁴⁷ Die Ökosysteme der sozialen Netzwerke halten unterschiedliche Möglichkeiten der technischen Beherrschbarkeit vor. Die Abstufungen der Wahrnehmbarkeit von Inhalten sind bereits per Design oder Voreinstellung integriert und weitgehend (aber nicht ausnahmslos) durch Nutzerbestimmung abänderbar. Profilfotos selbst sind hingegen oft – alternativlos – öffentlich, so etwa bei WhatsApp.

Von besonderer Bedeutung im Rahmen der Haushaltsausnahme ist die Bestimmung eines zahlenmäßig begrenzten Personenkreises.⁴⁸ Viele soziale Netzwerke bieten die Möglichkeit der Kommunikation in

45 Zum Begriff der Privatheit in 32 Entscheidungen des BVerfG und den verschiedenen Kontexten siehe *Johannes*, „Privatheit“ in der Rechtsprechung des BVerfG, ZD-Aktuell 2018, 06007; zu den grundrechtlichen Zielsetzungen im deutschen und europäischen Recht *Nebel*, Schutz der Persönlichkeit – Privatheit oder Selbstbestimmung?, ZD 2015, 517.

46 Siehe *Roßnagel*(Fn 35), Art. 2 Rn 23; *Gola/Lepperhoff*, Familienprivileg (Fn 38), 11; *Roßnagel/ Kroschwald*, Datenschutzgrundverordnung (Fn 35), 496; *Spindler/ Dalby* (Fn 35), Art. 2 Rn 6.

47 *Kühling/Raab*, Datenschutz-Grundverordnung (Fn 23), Art. 2 Rn 25; *Gola*, in: *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 2 Rn 2; *Ennöckl*, in: *Sydow* (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 2 Rn 13; *Roßnagel*, Datenschutzrecht (Fn 35), Art. 2 Rn 29; *Bäcker*, BeckOK(Fn 23), Art. 2 Rn 19.

48 *Spindler/Dalby*, DS-GVO (Fn 35), Art. 2 Rn 6.

Gruppen, wobei dann teilweise beliebige Personen beitreten können oder die Gruppe in sich geschlossen ist. Richten sich Postings nur an einen abgegrenzten und bestimmten Personenkreis, so kann dies für ein Eingreifen der Haushaltsausnahme sprechen.⁴⁹ Zu berücksichtigen ist hierbei allerdings auch, inwiefern sich dieser Empfängerkreis durch das Nutzen entsprechender technischer Funktionen über die Gruppe hinaus potenzieren kann.⁵⁰

Zunehmend gibt es auch Möglichkeiten, Bilder nur für einen kurzen Zeitraum oder nur zur einmaligen Wahrnehmung zugänglich zu machen. Bei Nutzung einer solchen „View Once-Funktion“ kann das Bild auch nicht weitergeleitet werden. Im Übrigen hängen – wie auch beim Versenden des Bildes in einem Briefumschlag – weitere Risiken vom Handeln des Kommunikationspartners ab. Diesem stehen in sozialen Netzwerken auf Click Möglichkeiten der digitalen Verbreitung an eine Vielzahl weiterer Nutzer dieser oder auch anderer sozialer Netzwerke zur Verfügung.

2. Verbindung von Postenden und Empfängern

Auf diese Kommunikationspartner stellt das zweite hier vorgestellte Differenzierungskriterium ab, das das Persönlich-Familiäre in der Bindung zwischen Postenden und Empfängern sucht. So wird vertreten, dass das Teilen von Bildern mit sämtlichen Freunden des Postenden von der Haushaltsausnahme erfasst sei.⁵¹ Eine solche Aktivität gehöre noch zum gesellschaftsbezogenen Familienleben.⁵² Teilweise wird, wohl über den Mindeststandard für Facebook-Freundschaft hinausgehend,⁵³ eine „besondere Nähebeziehung und darauf fußendes Vertrauen in die Vertraulichkeit der Kommunikation“⁵⁴ gefordert. Der persönlich-familiäre Charakter der Datenverarbeitung bestehe nur mit Blick

49 Für ein Eingreifen der Haushaltsausnahme bei aus zwischen Familienangehörigen oder engsten Freunden bestehenden Gruppen *Roßnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 29.

50 *Kühling/Raab*, Datenschutz-Grundverordnung (Fn 23), Art. 2 Rn 25.

51 *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1067; *Bäcker*, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 19.

52 *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1067.

53 *Roßnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 29.

54 *Schimke*, Kinderfotos (Fn 24), 852 f.

auf einen engen Familien- und Freundeskreis.⁵⁵ Der familiäre Bereich ist daher nicht mit dem familienrechtlichen Verwandtschaftsverhältnis gleichzusetzen,⁵⁶ mit dem nicht zwangsläufig ein tatsächliches Nähe- und Vertrauensverhältnis einhergeht. Solange die Anforderungen an die Verbindung von Postenden und Empfängern erfüllt sind, stünden die Abgebildeten damit schutzlos. Begründet wird dies damit, dass die Gefahr von Persönlichkeitsverletzungen der Abgebildeten in diesem engen Kreis geringer sei, denn die Kommunikation finde im Vertrauen darauf statt, dass die Daten nicht an Dritte weitergegeben werden.⁵⁷ Dieser Zusammenhang zwischen Bindung von Postendem und Empfänger einerseits und Risiken für die Abgebildeten andererseits wird im folgenden Schritt, im Rahmen der Betrachtung des Öffentlichkeitsbegriffs des KUG, gespiegelt und schließlich im Rahmen der integrativen Betrachtung von DSGVO und KUG⁵⁸ kritisch gesehen sowie anders gewichtet werden.

C. Öffentlichkeit i. S. des § 22 KUG

Das KUG und die DSGVO kollidieren genau dann, wenn ein digitales Bildnis, auf welchem eine lebende natürliche Person realitätsgerecht und erkennbar abgebildet ist, in seiner Gesamtheit verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird.⁵⁹ Nach überzeugender Ansicht sind aber Vorschriften des KUG zum Schutz des Rechts am eigenen Bild über Art. 85 Abs. 1 DSGVO neben den weiteren Vorschriften der DSGVO anzuwenden.⁶⁰ Art. 85 DSGVO umfasst insbesondere nicht

55 *Roßnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 29.

56 *Roßnagel* (Fn 35), Art. 2 Rn 25; *Ernst*, Datenschutzgrundverordnung (Fn 37), Art. 2 Rn 18; *Borges* (Fn 37). Art. 2 Rn 20.

57 *Schimke*, Kinderfotos (Fn 24), 853; *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 1.Aufl., Baden Baden 2005, 87 ff.

58 Siehe unten unter D.

59 Siehe *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, Baden-Baden 2021, 35.

60 Für ein Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel vgl. nur *Bienemann*, Kunsturhebergesetz im digitalen Zeitalter (Fn 59), 64 f; siehe auch *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, Personenbildnisse (Fn 28), 1062; BT-Drs. 19/2653 S. 14 f.

nur neue, sondern auch bereits bei Inkrafttreten der DSGVO bestehende Regelungen.⁶¹

Nach § 22 S. 1 KUG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Unter dem öffentlichen zur Schau stellen ist insbesondere die Wahrnehmbarmachung durch das Internet bzw. sonstige elektronische Medien zu verstehen.⁶² Anders als die DSGVO normiert das KUG also die Öffentlichkeit und nicht die persönlich-familiäre Sphäre. Die Abgrenzungsfrage stellt sich gleichwohl für beide Instrumente.

Für die Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit des KUG wird weithin die Auslegung der Öffentlichkeit i. S. des § 15 Abs. 3 UrhG übertragen.⁶³ Nach § 15 Abs. 3 UrhG ist die Wiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Der EuGH spricht von „recht vielen Personen“.⁶⁴ Diese Mindestschwelle ist bei einer allzu kleinen oder unbedeutenden Anzahl an Personen nicht erfüllt.⁶⁵ Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist. Öffentlichkeit wird also grundsätzlich verstanden als unbestimmter, nicht abgegrenzter Adressatenkreis.⁶⁶

Die Nichtöffentlichkeit setzt demgegenüber eine Abgrenzung voraus, die kunsturheberrechtlich etwa durch Beschränkungen der

61 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18 – juris, Rn 5.

62 Hermann, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 33. Aufl., München 2021, § 22 KunstUrhG Rn 12.

63 Hermann, Informations- und Medienrecht (Fn 62), § 22 Rn 12; Wandtke, Persönlichkeitsschutz versus Internet, MMR 2019, 142 (145); Engels, in: Ahlberg/Götting/Lauber-Rönsberg (Hrsg.), BeckOK Urheberrecht, 31. Aufl., München 2021, § 22 KunstUrhG Rn 54; Götting, in: Loewenheim/Leistner/Ohly (Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 6. Aufl., München 2020, § 22 KUG Rn 37; Lorenz, Kinderrechte (Fn 21), 325; LG Oldenburg AfP 1991, 652; siehe auch Lettmaier, Sharenting (Fn 24), S. 357.

64 Siehe nur EuGH GRUR 2012, 593 Rn 84 – SCF.

65 EuGH GRUR 2007, 225 Rn 38 – SGAE/Rafael; GRUR 2013, 500 Rn 33 – ITV Broadcasting/TVC; GRUR 2014, 473 Rn 28 – OSA/Léebné lázn; EuGH GRUR 2012, 593 Rn 86 und 87 – SCF/Del Corso; GRUR 2012, 597 Rn 35 – PPL/Irlan.

66 Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, § 15 UrhG Rn 25; LG München ZUM-RD 2018, 427 Rn 28; OLG Frankfurt ZUM-RD 2015, 296.

Wahrnehmbarkeit eines geposteten Bildes zugunsten aktiv ausgewählter Empfänger umzusetzen ist. Eine solche Abgegrenztheit verneinte das Landgericht München etwa in dem Fall einer geschlossenen Facebook-Gruppe, in der der Zugang regelmäßig auch unbekannten Personen freigegeben wird.⁶⁷ Bei einer strikteren Auswahl durch den Administrator könnte nach Ansicht des Gerichts wiederum eine Abgegrenztheit vorliegen.⁶⁸ Abweichend von § 15 Abs. 3 UrhG wird beim Öffentlichkeitsbegriff i. S. von § 22 KunstUrhG wegen der stärkeren persönlichkeitsrechtlichen Ausprägung ein kleinerer Adressatenkreis als ausreichend angesehen.⁶⁹

Gerade vor dem Hintergrund der DSGVO ist die Rolle der persönlichen Verbindung im Rahmen des KUG von Interesse. Dieses in § 15 Abs. 3 UrhG genannte Element der persönlichen Verbindung geht aber bereits in dem Erfordernis der Abgrenzbarkeit auf.⁷⁰ Die persönliche Verbindung stellt eine hinreichende, jedoch keine notwendige Bedingung der Abgrenzbarkeit dar.⁷¹ An das Vorliegen einer solchen Verbundenheit zu den Postenden, hier den Eltern, werden also keine entsprechenden Erwartungen an einen verantwortungsvollen Umgang mit dem Bild geknüpft. Entsprechend werden auch nur weitaus geringere Anforderungen an die persönliche Beziehung gestellt als im Datenschutzrecht. Voraussetzung für die Verbindung durch soziale Beziehungen ist lediglich ein enger gegenseitiger Kontakt.⁷² Eine familiäre oder freundschaftliche Verbindung ist nicht notwendig.⁷³

67 LG München ZUM-RD 2018, 427 (Rn 28).

68 LG München ZUM-RD 2018, 427 (Rn 28); zust. *Herbort*, Digitale Bildnisse – Objektbezogene Interessengeflechte zwischen Urhebern, Abgebildeten und Nutzern in der digital-vernetzten Kommunikation, (Tübingen 2017) 167 f.

69 *Götting*, Urheberrecht Kommentar (Fn 63) § 22 KUG Rn 37; *Specht*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München 2018, § 22 KUG Rn 10a.

70 Vgl. EuGH GRUR 2016, 60; BGH ZUM 2016, 162; *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 22 f; wohl aA *Engels* KunstUrhG (Fn 63), § 22 Rn 54.

71 *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 22: „Wenn der Empfängerkreis persönlich verbunden ist, ist er abgegrenzt. Aber nicht jeder Empfängerkreis, der abgegrenzt ist, ist persönlich verbunden.“

72 *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 23; LG München ZUM-RD 2018, 427 Rn 28.

73 *Heerma*, Urheberrecht (Fn 66), § 15 Rn 23; BGH GRUR 1975, 33 (34).

In den 1970ern wurde auch darauf abgestellt, dass sich die Mitglieder des infrage stehenden Personenkreises persönlich kennen.⁷⁴ Eine persönliche Verbundenheit ist nicht bereits bei einer Facebook-Freundschaft oder einem Twitter-Follower gegeben.⁷⁵ Gerade angesichts der zunehmenden Sozialität online kann ein solches persönliches Kennen aber nicht mehr auf Kontakte von Angesicht zu Angesicht beschränkt werden – gerade soziale Netzwerke ermöglichen persönliche und intime Kommunikation auch digital.

Äußere Umstände, wie etwa gleichgerichtete Interessen, können ein Zusammengehörigkeitsgefühl erzeugen und bilden regelmäßig einen Anlass, durch den die durch diese Interessen verbundenen Personen auch einen engeren persönlichen Kontakt pflegen.⁷⁶ Ein rein sachbezogenes Interesse reicht dafür aber nicht aus.⁷⁷ Die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft bestätigt das insbesondere für den Fall, dass Beziehungen nur in einer technischen Verbindung zu einer Werknutzung liegen, etwa im Rahmen von File-Sharing-Systemen.⁷⁸ Entsprechend würde der bloße Zusammenschluss in einer Gruppe zum Teilen von Kinderbildern in einem sozialen Netzwerk auch nicht für eine solche Verbundenheit ausreichen.

D. Integrative Betrachtung von DSGVO und KUG: Private Räume in der digital-vernetzten Kommunikation

DSGVO und KUG grenzen Privates von Öffentlichem ab mit der Folge, dass für das Öffentliche weitere Anforderungen vorgesehen werden.⁷⁹ Dabei ist der Begriff der Öffentlichkeit des deutschen § 22 KUG bereits stärker ausgeformt als der unionsrechtliche Begriff der persönlichen oder familiären Tätigkeit, die unter die sog. Haushaltsausnahme des

74 BGH GRUR 1975, 33 (34).

75 Specht, Urheberrechtsgesetz (Rn 69), § 22 KUG Rn 10a.

76 BGH GRUR 1975, 33 (34).

77 Dustmann in: Nordemann/Nordemann/Czychowski (Hrsg.), Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl., Stuttgart 2018, § 15 UrhG Rn 34; Wiebe, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019, § 15 UrhG Rn 12.

78 BT-Drs. 15/38, S. 17.

79 Zur Vergleichbarkeit siehe auch Rake, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1065.

vergleichsweise jungen Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO fällt. Für die Abgrenzung wird im Rahmen des § 22 KUG sowie im Rahmen der differenzirenden Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO auf den Adressatenkreis und seine Abgegrenztheit abgestellt. Auch die persönliche Verbundenheit zwischen Postendem und Empfänger(n) wird in beiden Rechtsbereichen herangezogen. Ihre Voraussetzungen sowie ihre Relevanz für die Abgrenzung zwischen Öffentlichem und Privatem variiert jedoch. Mit Blick auf den auch nach der DSGVO anzustrebenden Schutz der Abgebildeten wird für das Vorliegen eines privat-familiären, nicht öffentlichen Raumes in der digital-vernetzten Kommunikation die Anzahl der Empfänger in den Fokus gerückt. Wie im Rahmen des § 22 S. 1 KUG wird der persönlichen Verbundenheit nur sekundäre Bedeutung beigemessen, da sie keine hinreichende Gewähr für den verantwortungsvollen Umgang mit den zugänglich gemachten Kinderbildern bietet.

Bei entsprechenden aktiven Zugangsbeschränkungen kann ein Raum digital-vernetzter Kommunikation als Pendant zu analogen, nichtöffentlichen, persönlich-familiären Räumen geschaffen werden. Dieser bietet dann als nicht für jedermann einsehbarer Ort eine berechtigte Erwartung des Vertrauens.⁸⁰ Gleichwohl ist ein solches virtuelles Wohnzimmer stets risikobehafteter als ein analoges Wohnzimmer. Nicht nur sind Zugang und Identität schwieriger zu überprüfen, sondern auch die Verbreitung der Kinderbilder ist viel einfacher und schneller möglich über Funktionen zum Teilen von Inhalten mit anderen Nutzern der sozialen Netzwerke und Externen. Um diese Risiken virtueller Wohnzimmer abzufedern und diese gleichsam den analogen Wohnzimmern anzunähern, sollte eine quantitative Beschränkung der Anzahl der Personen im Empfängerkreis⁸¹ pro Teilungsvorgang vorsehen werden, um die Exposition der Abgebildeten zu begrenzen. In diesem virtuellen Raum können dann soziale Funktionen des *Sharing* wahrgenommen werden.

Der persönlichen Verbundenheit sollte nur nachgeordnete Bedeutung zukommen, zumal deren Bestimmung herausfordernd ist und Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Die Risiken, die mit der Verarbeitung einhergehen, werden nicht hinreichend durch diese Verbunden-

80 Vgl *Herbort*, Digitale Bildnisse (Fn 69), S. 161.

81 Für eine Beschränkung des Empfängerkreises auch *Gola/ Lepperhoff*, Familienprivileg (Fn 38), 12.

heit abgefедert. Die persönliche Verbundenheit ist keine Garantie für eine geringere Weiterverbreitung. Personen mit einer engen persönlichen Verbundenheit, wie bspw. beim *Sharenting* die Großeltern, mögen die Bilder sogar erst recht mit weiteren Personengruppen teilen. In falsche Hände, insbesondere in die Online-Sammlungen privater Kinderfotos für Pädosexuelle, geraten diese Bilder in der Regel nicht durch zielgerichtete Weitergabe eines Empfängers, sondern durch Zusammenstellung der öffentlich zugänglichen Bilder.⁸² In den wenigen Fällen gezielter Weitergabe ist zudem unabhängig von der familiären Verbundenheit nicht vorhersehbar, wer sich am Austausch von Kinderbildern in entsprechenden Kreisen beteiligen wird.

Innerhalb des quantitativ begrenzten virtuellen Wohnzimmers können dann soziale Funktionen des *Sharenting* wahrgenommen werden, und zwar grundsätzlich unabhängig davon, ob der Empfängerkreis aus Freunden und Familie oder aus anderen Menschen, wie beispielsweise unbekannten Eltern in ähnlichen Erziehungssituationen, besteht. Eine quantitative Begrenzung sollte entsprechend der Größe analoger Wohnzimmer festgelegt werden, so dass eine rechtssichere Grenze zwischen Öffentlichem und Persönlich-Privatem gezogen wird. Es gelten jedenfalls die zivilrechtlichen Regelungen des Persönlichkeitsschutzes.⁸³ Wird der Rahmen des virtuellen Wohnzimmers überschritten, so sind die Anforderungen an rechtmäßiges öffentliches *Sharenting* durch die Eltern sicherzustellen.

E. Anforderungen an rechtmäßiges öffentliches *Sharenting*

Bei Öffentlichkeit des *Sharenting*, außerhalb des virtuellen Wohnzimmers, sind die Vorschriften der DSGVO und des KUG anzuwenden. Die Haushaltsausnahme des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO greift nicht ein. Die Eltern sind – gemeinsam mit der Plattform⁸⁴ -datenschutzrechtlich

82 Bongen et al., Geklaut: Private Kinderfotos auf Kinderpornografie-Seiten, Reportage vom 22.04.2021, <https://daserste.ndr.de/panorama/archiv/2021/Geklaut-Private-Kinderfotos-auf-Kinderpornografie-Seiten,kinderpornografie210.html>; zuletzt aufgerufen am 01.02.2022.

83 Lauber-Rönsberg, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019, § 4 BDSG und andere sondergesetzliche Datenschutzregelungen, Rn 59.

84 Klarstellend insoweit EG 18, siehe Schmidt (Fn 22), Art. 2 Rn 18.

Verantwortliche im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO,⁸⁵ die die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung sicherzustellen haben. Eine Berufung auf die Wahrung berechtigter Interessen i. S. des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO wird nicht erfolgreich sein. Nach dieser Vorschrift muss die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, dürfen nicht überwiegen. Zwar würde ich – im Gegensatz zu anderen⁸⁶ – berechtigte Interessen mit Blick auf die sozialen Funktionen des *Sharenting* für Eltern durchaus zugestehen, jedoch treten diese hinter dem in dieser Norm hervorgehobenen, besonderen Schutz von Minderjährigen zurück.⁸⁷ Die Verarbeitung könnte aber auf eine Einwilligung gestützt werden, wie sie auch nach § 22 S. 1 KUG bei Öffentlichkeit erforderlich ist.

Die DSGVO normiert allgemeine Voraussetzungen zur Einwilligung und in Art. 8 DSGVO Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft, die dem Kind direkt angeboten werden. Außerhalb dieser spezifischen Angebotssituation – also auch beim *Sharenting* – kommen dann die nationalen Regeln zur Anwendung.⁸⁸ Nach deutschem Recht ist auf die Einsichtsfähigkeit des Kindes abstellen, die i. d. Regel bei 14 Jahren angenommen wird.⁸⁹ Nach vorzugswürdiger Ansicht ist ab diesem Zeitpunkt von einer Doppelzuständigkeit von Eltern und Kind auszugehen.⁹⁰ Dies gilt auch für

85 Lorenz, Kinderrechte (Fn 21), 324.

86 Buchner, Datenschutz im Familienrecht (Fn 38), 667; so auch „regelmäßig“ nach Lettmaier, *Sharenting* (Fn 24), 359 f.

87 Buchner, Datenschutz im Familienrecht (Fn 38), 667; i. Erg. jdf. auch Überwiegen des Kindesinteresses nach Lettmaier, *Sharenting* (Fn 24), S. 359 f.

88 Fritzsche/Knapp, Bildnisse von Kindern im Internet und in sozialen Medien, FamRZ 2019, 1905 (1911); vgl auch Sassenberg, in Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019, § 24 Rn 48.

89 LG Bielefeld NJW-RR 2008, 715 (716); AG Stolzenau FamRZ 2018, 35; *Libertus*, Die Einwilligung als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Bildnisaufnahmen und deren Verbreitung, ZUM 2007, 621 (624); Burger, FF 2018, 243 (244); Rake, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1065 f; Fritzsche/ Knapp, Bildnisse von Kindern (Fn 88), 1908; allg. Taeger, Taeger/Gabel (Fn 22), Art. 7 Rn 108.

90 Fritsch/Knapp, Bildnisse von Kindern (Fn 88) 1908; a.A. (für eine Alleinentcheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Kindes) Amend-Traut, in: Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK, 59. Aufl., München 2021, § 1626 Rn 111.1 ff; Lack, Gren-

die Einwilligung in die Verwertung ideeller Bestandteile des Rechts am eigenen Bild.⁹¹ Bei fehlender Einsichtsfähigkeit des Kindes kommt es allein auf die Einwilligung der Eltern an.⁹² Mit Blick auf die Bedeutung der Angelegenheit für das Kind müssen beide Sorgeberechtigten datenschutzrechtlich⁹³ und kunsturheberrechtlich⁹⁴ einwilligen, auch wenn sie getrennt leben (vgl. § 1687 BGB). Hier kommt es sowohl im Rahmen der DSGVO als auch im Rahmen des KUG auf die Einsichtsfähigkeit nach deutschem Bürgerlichen Recht an.

Es lässt sich also nicht pauschal sagen, dass „*das Teilen von Kinderfotos schon aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht zulässig sei und insoweit gar kein Raum mehr für eine Ausübung elterlicher „Sorge“ bleibt.*“⁹⁵ Vielmehr erfolgt die Festlegung der Datenautonomie von Kindern durch die DSGVO im Zusammenspiel mit den einschlägigen nationalen Normen des Bürgerlichen Rechts inklusive Familienrecht.⁹⁶ Elterliche Sorge und DSGVO sind miteinander verzahnt. Die DSGVO regelt Einzelheiten der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten Minderjähriger gerade nicht abschließend.

Beim *Sharing* stellt sich nun die Frage, inwiefern Eltern für ihre Kinder einwilligen können, wenn sie selbst Bilder von diesen online zugänglich machen möchten und damit personenbezogene Daten verarbeiten und das Bild öffentlich zur Schau stellen. Die Eltern sind Empfänger der Einwilligungserklärungen und es obliegt ihnen auch als

zen der elterlichen Entscheidungsbefugnis – Wer bestimmt über die Preisgabe persönlicher Daten des Kindes im Internet?, FamRZ 2017, 1730 (1731).

91 BGH ZUM 2004, 919 (920); *Fritzsche/Knapp*, Bildnisse von Kindern (Fn 88), 1908; a.A. (für eine Alleinentscheidungsbefugnis des einwilligungsfähigen Kindes) *Amend-Traut* (Fn 90), 111.1 ff; *Lack*, Elterliche Entscheidungsbefugnis (Fn 90), 1731.

92 Siehe nur *Rake*, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1065.

93 OLG Oldenburg ZUM 2018, 802 (803); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.07.2021 – 1 UF 74/21, BeckRS 2021, 22062 (Rn 8); *Lorenz*, Kinderrechte (Fn 21) 323 f;

94 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.07.2021 – 1 UF 74/21, 2. amtl. Leitssatz.

95 *Buchner/Schnebbe*, Kinderfotos im Netz, ZD-Aktuell 2021, 05171.

96 Vgl hierzu *Dethloff/Kaesling*, Datenmündigkeit Minderjähriger in Europa, in: Fischer et al. (Hrsg.), Gestaltung der Informationsordnung, im Erscheinen (Juni 2022); *Taeger*, Taeger/Gabel(Fn 22), Art. 7 Rn 108; zum ungeklärten Zusammenspiel von nationalem Recht und Unionsrecht siehe auch *Specht*, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl., München 2019, § 9 Verbraucherdatenschutz Rn 44.

datenschutzrechtlich Verantwortliche gem. Art. 7 Abs. 1 DSGVO, die Einwilligung nachweisen zu können.⁹⁷ Die Konstellation erinnert an den Fall des § 181 Alt. 1 BGB. Das Vertretungsverbot nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB würde greifen, wenn der Rechtscharakter der Einwilligung als rechtsgeschäftlich oder zumindest rechtsgeschäftsähnlich zu klassifizieren wäre. Dann wäre die Einwilligung eines gerichtlich eingesetzten Ergänzungspflegers erforderlich (vgl. §§ 1693, 1909 BGB). Durch eine solche Bestellung eines Ergänzungspflegers für den Fall, dass man die Einwilligung als Rechtsgeschäft mit den Folgen des Vertretungsverbots nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB ansieht, würde das öffentliche *Sharenting* wesentlich erschwert.⁹⁸ Die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des öffentlichen *Sharenting* sind mit der Beantwortung der umstrittenen Frage nach der Rechtsnatur der Einwilligung in der DSGVO und im KUG verbunden.

In diesem Kontext bleibt also die Debatte um die Rechtsnatur der Einwilligung, die bereits zu den der DSGVO vorangehenden deutschen datenschutzrechtlichen Normen geführt wurde, von Bedeutung.⁹⁹ Aus deutscher Sicht wird die datenschutzrechtliche Einwilligung teils als rechtsgeschäftlich¹⁰⁰ oder zumindest rechtsgeschäftsähnlich,¹⁰¹ teils als Realakt¹⁰² eingeordnet. Auch die kunsturheberrechtliche Einwilligung gemäß § 22 S. 1 KUG wird teilweise als rechtsgeschäftlich¹⁰³ oder

⁹⁷ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung, BDSG, 3. Aufl., München 2021, Art. 6 Rn 10.

⁹⁸ Kritisch dazu Rake, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1066; Bäcker, BeckOK (Fn 23), Art. 2 Rn 18.

⁹⁹ BeckOK DatenschutzR/Stemmer, 37. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn 28.

¹⁰⁰ Frenzel, Datenschutzgrundverordnung (Fn 97), Art. 6 Rn 10; Libertus, Einwilligung (Fn 89), 624; Simitis, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, § 4a Rn 20; Kohlte, Die rechtfertigende Einwilligung, ACP 185 (1985), 105 ff.; Kloepfer, Informationsrecht, München 2002, § 8 Rn 75; Liedke, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Edewecht 2012, S. 66 ff.; Lindner, Die datenschutzrechtliche Einwilligung nach §§ 4 Abs. 1, 4a BDSG – ein zukunfts-fähiges Institut?, Hamburg 2013, S. 110 ff., siehe auch LG Hamburg ZIP 1982, 1313 (1315); LG Bremen DuD 2001, 620.

¹⁰¹ Siehe zum BDSG Kühling, in Wolff/Brink (Hg), Datenschutzrecht in Bund und Ländern, (München 2013) § 4a BDSG Rn 33.

¹⁰² Schulz, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl., München 2018, Art. 7 DSGVO Rn 9; siehe auch von Uckermann, Einwilligung nach Bundesdatenschutzgesetz – ein Missverständnis?, DuD 1979, 163 (166).

¹⁰³ M. Fricke, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, § 22 KUG Rn 13.

rechtsgeschäftsähnliche Erklärung angesehen.¹⁰⁴ Die Einwilligung wird in Ausübung privatautonomer Willensbetätigung erteilt.¹⁰⁵ Die Rechtsfolgen der Einwilligung treten ein, weil der Erklärende diese will,¹⁰⁶ nicht etwa unabhängig vom Willen. Dies spricht für die Einordnung als rechtsgeschäftliche Handlung.¹⁰⁷ Entsprechend würde auch § 181 BGB eingreifen. Die Erschwerung des öffentlichen *Sharenting* wäre dann zugunsten der sowohl durch die DSGVO geschützten Abgebildeten als auch der durch § 181 BGB geschützten Vertretenen hinzunehmen.

Qualifiziert man hingegen die Einwilligung als Realakt, so ist § 181 BGB nicht anwendbar.¹⁰⁸ Teilweise wird die Frage nach der Rechtsnatur für Eltern-Kind-Konstellationen gesondert, unabhängig von der grundlegenden Klassifikation der Einwilligung, beantwortet. Bei Elternhandeln wie beim *Sharenting* sei dann nicht davon auszugehen, dass eine rechtsgeschäftliche Handlung vorliege.¹⁰⁹ Es sei vielmehr als selbstverständlicher Teil der elterlichen Fürsorge zu verstehen, dass Eltern derart in das Persönlichkeitsrecht ihrer Kinder eingreifen.¹¹⁰ Insfern wird einer einzelfallabhängigen Prüfung der Einwilligung – hier konkret für das Eltern-Kind-Verhältnis – der Vorrang vor einer abstrakten Festlegung der Rechtsnatur gegeben.¹¹¹

Die mit der umstrittenen Einordnung der Einwilligung durch die Eltern im Zusammenspiel mit § 181 BGB einhergehende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anforderungen an rechtmäßiges öffentliches *Sharenting* führt dazu, dass dem datenschutzrechtlich privat-familiären sowie kunsturheberrechtlich nichtöffentlichen Bereich als *safe harbour*

104 OLG München ZUM 2001, 708 (709).

105 Specht, Urheberrechtsgesetz (Fn 69), § 22 KUG Rn 16a.

106 Frömming, Die Einwilligung im Medienrecht, NJW 1996, 958.

107 Frömming, Einwilligung (Fn 106), 958.

108 Vgl zum von § 181 BGB vorausgesetzten Rechtsgeschäft nur Fröhler, in Gsell et al. (Hrsg.), BeckOGK, 59. Aufl., München 2021, § 181 Rn 252.

109 Lettmaier, Sharenting (Fn 24), 363 („lebensfremd“); Rake, Sorgerechtsbefugnisse (Fn 27), 1066.

110 Lettmaier, Sharenting (Fn 24), 363, unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.

111 Siehe grundlegend hierzu Klass, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer (Hrsg.), Erman – BGB, 16. Aufl., Köln 2020, Anhang zu § 12 – Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Rn 229; kritisch zum deduktiven Vorgehen auch Kobte, Einwilligung (Fn 100), 120; Wagner, in: Säcker et al. (Hrsg.), MüKo-BGB, 8. Aufl., München 2020, § 630d Rn 9 zu ärztlichen Behandlungen.

für das Teilen von Kinderbildern durch ihre Eltern eine noch größere Bedeutung zukommt. Ein Eingreifen des § 181 BGB würde angesichts der Verbreitung von Praktiken des *Sharenting* entweder zur Bestellung einer Vielzahl von Ergänzungspflegern oder – weitaus wahrscheinlicher – zu einem beträchtlichen Auseinanderfallen von rechtlichen Anforderungen und sozialen Normen führen.

F. Fazit: Abgebildetenschutz beim Sharenting zwischen Öffentlichem und Privaten

Die beim *Sharenting* einschlägigen Regeln der DSGVO, des KUG, die Regeln des bürgerlich-rechtlichen Vertretungsrechts sowie des Familiengerichts, letztere unter Berücksichtigung des Elternrechts, sind auf den Schutz des abgebildeten Kindes gerichtet. Dabei wird der Schutz im öffentlichen Raum über die formale Anwendung der Voraussetzungen der DSGVO an eine rechtmäßige Datenverarbeitung und des KUG an ein rechtmäßiges öffentliches Zurschaustellen zu erreichen gesucht. In beiden Rechtsbereichen kommt es primär auf die Einwilligung der Kinder bzw. seiner gesetzlichen Vertreter an. Über die DSGVO als auch das KUG wird der kindliche Wille immerhin ab 14 Jahren berücksichtigt.¹¹² Studien zeigen aber, dass Kinder schon weitaus früher nuanciertere Meinungen zum Posten von ihren Bildern auf sozialen Netzwerken haben.¹¹³ Der private, der DSGVO und § 22 KUG entzogene Bereich, ist zum Schutz der abgebildeten Kinder nicht zu weit auszulegen.¹¹⁴ In Fortführung der zu § 22 S. 1 KUG entwickelten Grundsätze ist primär die Anzahl der Personen im Empfängerkreis durch Nutzung entsprechender technischer Möglichkeiten zu begrenzen.¹¹⁵ Allenfalls sekundär ist auf die persönliche Verbundenheit der Empfänger zur Person des Postenden abzustellen.¹¹⁶ Die privaten Räume in der digital-vernetzten Kommunikation bieten Eltern beim *Sharenting* Gelegenheit, rechtmäßig und rechtssicher Teil virtueller Gemeinschaften zu werden

112 Siehe oben unter E.

113 Zu den Kriterien der Kinder *Kutscher/Bouillon*, Kinder. Bilder. Rechte (Fn 7), S. 56 ff.

114 Siehe oben unter D.

115 Siehe oben unter D.

116 Siehe oben unter D, C. B III 2.

und sich in ihrer Rolle als Eltern mit Freunden, Familie und anderen Eltern auszutauschen.

Im öffentlichen und im privaten Raum haben Eltern nach § 1626 Abs. 2 S. 1 BGB die wachsenden Fähigkeiten und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem, verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und mit dem Kind, je nach Entwicklungsstand, Fragen der elterlichen Sorge, wie das Posten von Bildern des Kindes, zu besprechen und Einvernehmen anzustreben.¹¹⁷ Diese Ausprägung des Kinderrechts, gehört zu werden,¹¹⁸ könnte verfahrensrechtlich abgesichert werden, etwa durch Einführung der Möglichkeit, eine staatliche Stelle anzurufen, um sicherzustellen, dass ihr Standpunkt und ihre Argumente berücksichtigt werden, wenn es zu einem Konflikt mit ihren Eltern über eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind kommt.¹¹⁹ Im Übrigen obliegt der Kinderschutz – bis zur Grenze der Kindeswohlgefährdung i. S. des § 1666 BGB – den Eltern als Inhabern der elterlichen Sorge und als gesetzlichen Vertretern. Hier schlägt die Grenzziehung des Privat-Familiären und des Staatlichen des Art. 6 Abs. 2 GG durch. Die Förderung ihrer Medienkompetenz erlaubt es Eltern, Gefährdungspotentiale online besser zu erkennen und Möglichkeiten technischer Beherrschbarkeit – etwa zur Schaffung eines virtuellen Wohnzimmers – nutzen zu können. Technisches Design, das privatsphäreschonende Einstellungen als *default* setzt¹²⁰ oder zumindest nachhaltig, etwa unter Nutzung von Bildsprache, auf derartige Optionen aufmerksam macht, kann Eltern unterstützen, ihren Wunsch

117 Vgl. zu den tatsächlichen Formen der kindlichen Beteiligung beim Sharenting *Kutscher/Bouillon*, Kinder. Bilder. Rechte. (Fn 7), S. 69 ff.

118 Vgl. Art. 12 und 5 UN-Kinderrechtekonvention.

119 Vgl. Kaesling, Children’s Digital Rights, in: Marrus/Laufer-Ukeles, Global Reflections on Children’s Rights and the Law: 30 Years After the U.N. Convention on the Rights of the Child (Routledge London 2022) 183 (187); Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Vol. II/1, These 13 b (2019); Wellenhofer, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, NJW 2018, 2758 (2761).

120 Zu *privacy by design* und *privacy by default* siehe Krupna/Schmidt, in: Specht-Riemenschneider/ N. Werry/ S. Werry (Hrsg.), Datenrecht in der Digitalisierung, S. 81 ff.

nach dem Schutz der Daten ihrer Kinder¹²¹ und ihr Interesse an einem Austausch über Kinderbilder online in Einklang zu bringen.

121 Vgl. zum „*intention-behavior gap*“, also dem Widerspruch zwischen dem elterlichen Wunsch, die Privatsphäre der Kinder zu schützen, und ihrem faktischen Verhalten, Wagner/Gasche, Sharenting (Fn 10), 985.

