

Gefördert vom



Bundesministerium  
für Familie, Senioren, Frauen  
und Jugend



Deutsches  
Jugendinstitut

Louisa Specht-Riemenschneider

# Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunsturheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht

## **Forschung zu Kindern, Jugendlichen und Familien an der Schnittstelle von Wissenschaft, Politik und Fachpraxis**

Das Deutsche Jugendinstitut e.V. (DJI) ist eines der größten sozialwissenschaftlichen Forschungsinstitute Europas. Seit über 50 Jahren erforscht es die Lebenslagen von Kindern, Jugendlichen und Familien, berät Bund, Länder und Gemeinden und liefert wichtige Impulse für die Fachpraxis. Träger des 1963 gegründeten Instituts ist ein gemeinnütziger Verein mit Mitgliedern aus Politik, Wissenschaft, Verbänden und Einrichtungen der Kinder-, Jugend- und Familienhilfe. Die Finanzierung erfolgt überwiegend aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und den Bundesländern. Weitere Zuwendungen erhält das DJI im Rahmen von Projektförderungen vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, der Europäischen Kommission, der Deutschen Forschungsgemeinschaft, Stiftungen und anderen Institutionen der Wissenschaftsförderung. Aktuell arbeiten und forschen mehr als 450 Mitarbeiter/innen (davon rund 280 Wissenschaftler/innen) an den beiden Standorten München und Halle (Saale).

Der vorliegende Band umfasst die Expertisen zum Neunten Familienbericht der Bundesregierung. Ihre Erstellung wurde vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gefördert.

Der Sachverständigenkommission, die diese Expertisen herausgibt, gehörten folgende Mitglieder an: Prof. Dr. Helen Baykara-Krumme, Prof. Dr. Miriam Beblo, Prof. Dr. Nina Dethloff (stellv. Vorsitzende), Prof. Dr. Michaela Kreyenfeld, Prof. Dr. Axel Plünnecke, Prof. Dr. Reinhard Pollak und Prof. Dr. Sabine Walper (Vorsitzende).

In der Geschäftsstelle der Sachverständigenkommission am Deutschen Jugendinstitut e.V. wirkten mit: Dr. Janine Bernhardt, Leonie Kleinschrot, Dagmar Müller (Leitung), Meike Schüle-Tschersich, Dr. Johanna Schütz, Sonja Schußmüller sowie Annika Hudelmayer und Dennis Wolfram als wissenschaftliche Hilfskräfte.

Dieser Einzeldruck der Expertise ist ein seitengleicher Abdruck der Expertise aus dem Buch:

Sachverständigenkommission des Neunten Familienberichts (Hrsg.):

Eltern sein in Deutschland.

Materialien zum Neunten Familienbericht.

DJI Verlag: München 2021

© 2021 DJI Verlag Deutsches Jugendinstitut, München

ISBN: 978-3-87966-461-0

DOI: 10.36189/DJI232021 (Buch)

Herstellung: <sup>prop</sup>graph gmbH, München

## Vorwort

Durch Beschluss des Deutschen Bundestages ist die Bundesregierung aufgefordert, dem Deutschen Bundestag in jeder zweiten Wahlperiode einen Bericht über die Lage der Familien in der Bundesrepublik Deutschland mit einer Stellungnahme der Bundesregierung vorzulegen.

Der Neunte Familienbericht „Eltern sein in Deutschland – Ansprüche, Anforderungen und Angebote bei wachsender Vielfalt. Empfehlungen für eine wirksame Politik für Familien“ wurde am 11. Juli 2018 mit der Einberufung einer aus sieben Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern interdisziplinär zusammengesetzten Sachverständigenkommission durch die Bundesministerin für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Franziska Giffey in Auftrag gegeben. Ziel des Neunten Familienberichts war es, mit einem Fokus auf Elternschaft ein allgemeines Thema der Familienpolitik aufzugreifen, eine umfassende Darstellung der Situation von Familien in Deutschland vorzulegen und Vorschläge für eine nachhaltige und zukunftsorientierte Familienpolitik zu erarbeiten. Der Neunte Familienbericht wurde am 3. März 2021 zusammen mit der Stellungnahme der Bundesregierung veröffentlicht.

Wie auch bei vorangegangenen Berichten war der Entstehungsprozess des Neunten Familienberichts nicht nur von intensiven kommissionsinternen Diskussionen geprägt, es wurde auch auf Fachkenntnisse externer Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler zurückgegriffen. Um das interdisziplinäre Thema Elternschaft in seiner ganzen Vielfalt zu beleuchten, wurden – neben Anhörungen und fachbezogenen Workshops – Expertisen zu Fragestellungen aus Forschungsgebieten und Disziplinen vergeben, welche durch die Kommission nicht repräsentiert wurden. Darüber hinaus wurden detaillierte Analysen von Kolleginnen am Deutschen Jugendinstitut – dem Sitz der Geschäftsstelle des Neunten Familienberichts – erarbeitet, die ebenfalls in den Neunten Familienbericht eingeflossen sind.

Die Kommission hat beschlossen, die Expertisen als Online-Publikationen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die einzelnen Beiträge, deren Inhalte ausschließlich von den Autorinnen und Autoren selbst verantwortet werden, können auf der DJI-Webseite der Geschäftsstelle des Neunten Familienberichts unter [www.dji.de/9\\_familienbericht](http://www.dji.de/9_familienbericht) abgerufen werden.

Die Sachverständigenkommission dankt allen Autorinnen und Autoren der Expertisen für ihre wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des Neunten Familienberichts.

München, im März 2021

Prof. Dr. Sabine Walper,  
Vorsitzende der Sachverständigenkommission für den Neunten Familienbericht

Louisa Specht-Riemenschneider

# Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunsturheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht

I.	Einführung .....	569
II.	Reichweite der digitalen elterlichen Sorge: Präzisierung durch Urheberrecht, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Kunsturheberrecht und Datenschutzrecht .....	571
1.	Urheberrecht.....	571
a)	Drohende Rechtsverletzungen .....	571
b)	Generalisierung der Aufsichtspflicht für den urheberrechtlich relevanten Bereich.....	574
2.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Kunsturheberrecht .....	574
a)	Anwendungsbereich von KUG und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht...	575
b)	Erfordernis der Einwilligung .....	575
c)	Zuständigkeit für die Erteilung der Einwilligung.....	576
d)	Angemessenheit der abgestuften Zuständigkeit .....	578
e)	Übertragbarkeit auf andere Persönlichkeitsgüter .....	580
3.	Datenschutzrecht .....	581
a)	Einwilligung der Eltern für das Kind.....	581
b)	Verpflichtungen der Sorgeberechtigten in Bezug auf die Nutzung digitaler Medien durch Kinder.....	581
4.	Relevante Rechtsprechung aus anderen Rechtsbereichen .....	584
a)	Nutzung von Messenger-Diensten .....	585
b)	Überlassung von Smartphone und Spielekonsolen .....	585

III.	Begrenzung der Reichweite digitaler elterlicher Sorge . . . . .	586
1.	Erziehung zu eigenverantwortlichem Verhalten . . . . .	586
2.	Begrenzung elterlicher Befugnisse durch das Persönlichkeitsrecht des Kindes . . . . .	588
IV.	Konturierung von Elementen digitaler elterlicher Sorge . . . . .	589
1.	Elemente digitaler elterlicher Sorge . . . . .	590
a)	Schutzelement/Aufsichtspflicht . . . . .	590
b)	Aufklärungs- und Hilfestellungselement . . . . .	591
c)	Überwachungs- und Kontrollelement . . . . .	591
d)	Verbotselement . . . . .	592
e)	Fortbildungselement . . . . .	593
2.	Maßnahmen gem. § 1666 BGB . . . . .	593
V.	Kurzzusammenfassung der Ergebnisse . . . . .	594
	Literaturverzeichnis . . . . .	595

## I. Einführung

Auf Grundlage meines am 13.09.2018 erstellten Angebotes hat mich die Sachverständigenkommission für den Neunten Familienbericht der Bundesregierung mit der Erstellung eines Gutachtens zum Thema „Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunsturheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht“ gebeten. Dieser Bitte komme ich gerne nach.

§ 1626 BGB erlegt den Eltern die Pflicht und das Recht auf, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Diese elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge). Die einfachgesetzliche Struktur dieses Pflichtenrechts entspricht den verfassungsrechtlichen Vorgaben. In Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Elternrecht und Elternpflicht von vorneherein unlöslich miteinander verbunden; die Pflicht ist nicht eine das Recht begrenzende Schranke, sondern ein wesensbestimmender Bestandteil dieses „Elternrechts“ (auch als „Elternverantwortung“ bezeichnet).<sup>1</sup> Diese Pflichtbindung unterscheidet das Elternrecht von allen anderen Grundrechten.<sup>2</sup> Funktion und Inhalt der in § 1626 BGB einfachgesetzlich normierten elterlichen Sorge sind an der Werteordnung des Grundgesetzes zu orientieren. Grundgedanke ist es, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft zu entwickeln.<sup>3</sup>

Diesen Grundsätzen entsprechend sieht es § 1626 BGB vor, Kinder und Jugendliche zu selbständigem und verantwortungsvollem Handeln zu erziehen. Die Aufzählung der zu der Personensorge gehörenden Pflichten in § 1631 BGB ist nicht abschließend, vielmehr beinhaltet die Personensorge die umfassende Pflicht, für die Erhaltung, Förderung und Entwicklung des Kindes zu sorgen. Während die Vermögenssorge das Recht und die Pflicht umfasst, für das Vermögen des Kindes zu sorgen und dabei alle tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen einschließt, die darauf gerichtet sind, das Kindesvermögen zu erhalten, zu verwerten und zu vermehren,<sup>4</sup> ist das weitreichendste Element der Personensorge die Erziehung. Sie ist mit vielen weiteren Einzelbefugnissen und -pflichten der Eltern verbunden.<sup>5</sup> Verlangt ist nicht nur der Schutz des Kindes vor Gefahren, sondern auch und gerade ein aktiv unterstützendes Tun der Eltern auf tatsächlicher und rechtsgeschäftlicher Ebene.<sup>6</sup> Wird von der elterlichen Sorge in den von der Digitalisierung betroffenen Bereichen gesprochen, lässt sie sich auch als digitale elterliche Sorge bezeichnen. Das Familiengericht hat in jüngster Zeit vermehrt von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, gem. § 1666 BGB gerichtliche Maßnahmen gegen die Eltern aufgrund der Verletzung dieser digitalen elterlichen Sorge anzuordnen, die darauf gerichtet sind, die Nutzung digitaler Me-

<sup>1</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233, 2235; Stein, Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts, in: Stein/Joest/Dombois, Elternrecht, 1958, S. 5 ff., 10.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233, 2235.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, NJW 1968, 2233 ff.; BeckOK BGB-*Veit*, 48. Edition, Stand: 01.08.2018, § 1626 Rn. 10.

<sup>4</sup> MüKo BGB-*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 56 ff.

<sup>5</sup> MüKo BGB-*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 32.

<sup>6</sup> MüKo BGB-*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 6.

dien durch die Kinder zu überwachen, zu schulen und teilweise auch zu untersagen. Gerichtliche Maßnahmen gem. § 1666 BGB sind grundsätzlich nicht auf die in § 1666 Abs. 3 BGB genannten Ge- und Verbote beschränkt,<sup>7</sup> sodass auch andere Weisungen, z. B. zur Abwehr von Kindeswohlgefährdungen im digitalen Bereich in Betracht kommen. Es muss sich allerdings um Maßnahmen handeln, die den in § 1666 Abs. 3 BGB benannten Maßnahmen vergleichbar sind.<sup>8</sup> Der bei der Auswahl zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert es außerdem, Art und Maß des staatlichen Eingriffs nach dem Grund des Versagens der Eltern sowie danach zu bestimmen, was im Interesse des Kindes geboten ist. Die konkrete Maßnahme muss daher zur Abwehr der Kindeswohlgefährdung geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>9</sup> Ob auch die Nutzung digitaler Medien allein geeignet ist, eine Kindeswohlgefährdung mit der Konsequenz einer Anordnungsbefugnis gerichtlicher Maßnahmen gegen die Eltern nach sich zu ziehen, wird zu diskutieren sein. Zu beachten ist dabei das verfassungsrechtliche Spannungsfeld des in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG garantierten Elternrechtes auf Erziehung und Pflege ihrer Kinder, in das der Staat nur im Rahmen seines Wächteramtes zum Schutz des Kindeswohles (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingreifen darf.<sup>10</sup> § 1666 BGB enthält insofern eine nur begrenzte Ermächtigung für Eingriffe in das elterliche Sorgerecht, wenn das Kindeswohl gefährdet ist und die Eltern in ihrer Schutzfunktion ausfallen.<sup>11</sup>

Sind Eltern gehalten, ihre digitale elterliche Sorge wahrzunehmen, sind sie auch und gerade vor die Herausforderung gestellt, den Umgang mit digitalen Medien aktiv zu begleiten und den Kindern und Jugendlichen als kundiger Ansprechpartner und kundige Ansprechpartnerin zur Verfügung zu stehen. Auch die Zustimmung zu einem durch das Kind vorgenommenen Rechtsgeschäft oder einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung, wie der Einwilligung, Verbreitung oder öffentliche Schaustellung eines Bildnisses z. B. im Internet unterfällt der Ausübung der digitalen elterlichen Sorge.<sup>12</sup> Rechtlich besonders betroffen ist neben dem im Kunsturheberrecht normierten Recht am eigenen Bild das Urheberrecht sowie das Datenschutz- und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Gerade in diesen Bereichen wurden von der Rechtsprechung eine Vielzahl von Handlungspflichten der Eltern in Bezug auf die Nutzung neuer, digitaler Medien entwickelt. Dies gilt neben der „datenschutzrechtlichen Erziehung“ des Kindes auch und gerade in Bezug auf eine deliktische Haftung der Eltern wegen Verletzung ihrer Aufsichtspflicht gem. § 832 BGB. Die Aufsichtspflicht i. S. d. § 832 BGB ist ein Teil der elterlichen Sorge gem. § 1626 BGB,<sup>13</sup> sodass die Rechtsprechung in diesem Bereich überaus relevant für die Reichweite der zu konturierenden digitalen elterlichen Sorge ist.

<sup>7</sup> BGH, Beschl. v. 23.11.2016 – XII ZB 149/16, NJW 2017, 1032 Tz. 23.

<sup>8</sup> *Kasenbacher*, NJW-Spezial 2018, 388, 389.

<sup>9</sup> *Jokisch*, FuR 2017, 479, 479.

<sup>10</sup> *Kasenbacher*, NJW-Spezial 2018, 388, 388.

<sup>11</sup> *Kasenbacher*, NJW-Spezial 2018, 388, 389.

<sup>12</sup> BeckOK BGB-*Veit*, 48. Edition, Stand: 01.08.2018, § 1629 Rn. 4.

<sup>13</sup> BeckOK BGB-*Spindler*, 48. Edition, Stand: 01.08.2018, § 832 Rn. 7.

Strukturell ist das Gutachten in drei Teile gegliedert: Einem ersten die Reichweite der digitalen elterlichen Sorge in den Bereichen Urheberrecht, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Kunsturheberrecht und Datenschutzrecht erörternden Teil, der neben der Darlegung der einschlägigen Entwicklung in der Rechtsprechung auch ihre Auswirkungen diskutiert und stimmige Reichweitenkonzepte zu schaffen versucht; einem zweiten, die Grenzen digitaler elterlicher Sorge aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des der elterlichen Sorge unterstellten minderjährigen Kindes ableitenden Teil; und einem dritten entwicklungs-offenen Teil, der die in den betrachteten Rechtsbereichen gefundenen Ergebnisse und entwickelten Konzepte in eine generelle Konturierung eines Konzeptes digitaler elterlicher Sorge überführt, das auch für andere Rechtsbereiche Geltung beansprucht.

## **II. Reichweite der digitalen elterlichen Sorge: Präzisierung durch Urheberrecht, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Kunsturheberrecht und Datenschutzrecht**

Der erste Teil des Gutachtens bestimmt Inhalt und Reichweite der digitalen elterlichen Sorge in den Bereichen Urheberrecht (Unterpunkt 1.), Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Kunsturheberrecht (Unterpunkt 2.) und Datenschutzrecht (Unterpunkt 3.) sowie weiterer besonders beachteter Rechtsbereiche (Unterpunkt 4.). Im Wesentlichen wird dabei Bezug genommen auf die für diese Bereiche relevante Rechtsprechung und, wo dies erforderlich scheint, auf ihre Bewertung durch die Literatur. Z.T. ergibt sich bereits innerhalb der einzelnen Rechtsbereiche die Notwendigkeit einer Eigenentwicklung strukturell stimmiger Konzeptionen einzelner Inhalte der elterlichen Sorge. Wo dies der Fall ist, werden diese Konzepte entwickelt und erläutert.

### **1. Urheberrecht**

Im Bereich des Urheberrechts wurden in den letzten Jahren verstärkt Aufsichtspflichten für Eltern im Bereich der Nutzung digitaler Medien, insbesondere Filesharing-Plattformen, begründet. Da die Aufsichtspflicht i.S.d. § 832 BGB ein Teil der elterlichen Sorge gem. § 1626 BGB ist, ist die hier ergangene Rechtsprechung überaus relevant auch für die im Rahmen dieses Gutachtens anzustellenden Erwägungen.

#### **a) Drohende Rechtsverletzungen**

Das Urheberrecht schützt Werke i.S.d. § 2 UrhG als persönliche geistige Schöpfungen. Erforderlich ist eine menschliche Schöpfung geistigen Inhalts, die eine Formgebung erfahren hat und einen gewissen Grad an Individualität aufweist. Sie muss sich insofern von rein handwerklichen oder technisch bedingten Schöpfungen unterscheiden. Über Filesharing-



Plattformen können beispielsweise Musikstücke, Filme oder Fotografien ausgetauscht werden, die sämtlich Schutz nach dem Urheberrecht, entweder als Werk i. S. d. § 2 UrhG oder als Gegenstand eines Leistungsschutzrechts, z. B. § 72 UrhG, §§ 94, 95 UrhG, genießen. Die Verwertung eines urheberrechtlichen Werkes ist, wie auch die Verwertung von leistungsschutzrechtlich geschützten Gegenständen über § 15 UrhG umfassend dem Urheber und der Urheberin bzw. dem oder der Leistungsschutzberechtigten über die jeweils einschlägigen Vorschriften zugewiesen. Im Rahmen der Nutzung von Filesharing-Plattformen können Teilnehmende urheberrechtlich geschützte Inhalte untereinander austauschen, wobei sowohl der Upload als auch der Download eine Verletzung von Verwertungsrechten (Upload: Vervielfältigungsrecht, Recht der öffentlichen Zugänglichmachung; Download: Vervielfältigungsrecht) darstellen können, sofern keine Schrankenregelung eingreift.<sup>14</sup> Die Gefahr der Rechtsverletzung durch die Nutzung von Filesharing-Plattformen ist insofern erheblich.

Die Aufsichtsverpflichteten trifft hier sowohl eine Aufklärungspflicht ihrer Kinder über eine mögliche Rechtswidrigkeit der Nutzung von Filesharing-Tauschbörsen als auch eine Pflicht, eine rechtswidrige Nutzung einer solchen Filesharing-Tauschbörse zu verbieten.<sup>15</sup> Nicht ausreichend ist es, dem Kind nur die Einhaltung allgemeiner Regeln zu einem ordentlichen Verhalten aufzugeben.<sup>16</sup> Ihm müssen inhaltlich klare und dem Kind verständliche Verhaltensregeln an die Hand gegeben werden. Inhalt und Umfang der Belehrung müssen sich daher nach Alter und Einsichtsfähigkeit des jeweiligen Kindes richten.<sup>17</sup> Zu Beweis Zwecken erforderlich ist außerdem die Darlegung, wann die Aufklärung erfolgte und in welchem Alter sich das Kind zu diesem Zeitpunkt befand.<sup>18</sup>

Eine generelle Überwachungspflicht ohne konkreten Anlass wäre nach zutreffender Erwägung des BGH mit dem Erziehungsgrundsatz des § 1626 Abs. 2 S. 1 BGB nicht zu vereinbaren.<sup>19</sup> Das Ausmaß der Gefahr, die Dritten dadurch droht, dass ein Kind urheberrechtsverletzende Tauschbörsen nutzt, ist auch wesentlich geringer als beispielsweise die Gefahr, der Dritte durch das Fehlverhalten eines Kindes im Straßenverkehr oder beim Umgang mit Feuer ausgesetzt sind. Auch deshalb ist eine Verpflichtung von Eltern, die Nutzung des Internets durch ihre Kinder ohne konkreten Anhaltspunkt für derartige Rechtsverletzungen zu beschränken oder zu überwachen, nicht geboten.<sup>20</sup> Bestehen aber konkrete Anhaltspunkte für eine Rechtsverletzung durch das Kind, sind die Eltern verpflichtet, die Internetnutzung des Kindes zu überwachen und seinen Zugang zum Internet

<sup>14</sup> Eingreifen können v. a. § 53 und § 44a UrhG.

<sup>15</sup> OLG Köln, Beschl. v. 15.01.2013 – 6 W 12/13, ZUM 2013, 497; vgl. auch: LG Berlin, Urt. v. 24.01.2014 – 15 S 16/12, ZUM 2014, 821.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 11.06.2015 – I ZR 7/14, GRUR 2016, 184 – *Tauschbörse II*

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 21 ff. – *Morpheus*.

<sup>18</sup> LG Berlin, Urt. v. 24.01.2014 – 15 S 16/12, ZUM 2014, 821.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 26 – *Morpheus*.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 28 – *Morpheus*.

ggf. zu sperren.<sup>21</sup> Ein solcher Anhaltspunkt kann sich etwa aus einer Abmahnung ergeben. Die sorgeberechtigten Anschlussinhaber sind dann auch zur Untersuchung der von den der elterlichen Sorge unterstehenden Kindern genutzten Hardware verpflichtet.<sup>22</sup>

Nach einem Urteil des BGH führt der Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG, an dem sich Funktion und Inhalt der in § 1626 BGB einfachgesetzlich normierten elterlichen Sorge orientieren, auch nicht dazu, dass ein als Internetanschlussinhaber oder Internetanschlussinhaberin auftretendes Elternteil, der oder die von der Rechtsverletzung Dritter durch sein oder ihr Kind positive Kenntnis hat, dieses schützen kann, indem er oder sie im Falle mehrerer in Betracht kommender Täter und Täterinnen das Kind nicht als solche/n identifiziert.<sup>23</sup> Verweigern die im Haushalt lebenden Personen, die für die Tat in Betracht kommen, das Zeugnis, so geht dies zwar grundsätzlich nicht zulasten des beklagten Anschlussinhabers oder der beklagten Anschlussinhaberin.<sup>24</sup> Gibt der beklagte Anschlussinhaber oder die beklagte Anschlussinhaberin allerdings vor, zu wissen, wer die Rechtsverletzung begangen hat und entscheidet er bzw. sie sich gegenüber dem Gericht, dessen Namen nicht preiszugeben, so ist dies ein Verteidigungsverzicht mit der Folge des § 138 ZPO.<sup>25</sup> Wichtig hierbei ist es jedoch, dass die bloße Behauptung der Gegenseite, der Beklagte bzw. die Beklagte wisse, wer die Rechtsverletzung begangen hat, für diese Wirkung nicht ausreicht.<sup>26</sup> Dieses Urteil war bislang als Einzelfallentscheidung zu bewerten, da sich selbst aus der Grundrechtecharta (Art. 7 GRCh) ein besonderer Schutz von Mitgliedern derselben Familie ableiten lässt. Grundlage schien im Wesentlichen zu sein, dass die Eltern aktiv behaupteten, zu wissen, wer die Rechtsverletzung begangen hat, es aber dennoch nicht äußern wollten. Inzwischen hat der EuGH jedoch in einem Grundsatzurteil statuiert, dass eine Haftung des Anschlussinhabers bzw. der Anschlussinhaberin generell für die über seinen oder ihren Anschluss begangenen Rechtsverletzungen bestehen kann, wenn er oder sie nicht benennt, welches von mehreren als Täter oder Täterin in Betracht kommenden Familienmitgliedern die Rechtsverletzung begangen hat.<sup>27</sup> Zwar kamen im streitigen Sachverhalt allein die im Haushalt lebenden Eltern des Anschlussinhabers bzw. der Anschlussinhaberin in Betracht,<sup>28</sup> die Begründung des EuGH erfolgt aber pauschal für sämtli-

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 24 – *Morpheus* m Anm *Schaub*; anders noch die Vorinstanz OLG Köln, Urt. v. 23.03.2012 – 6 U 67/11, ZUM 2012, 697; im Sinne des BGH entschieden auch: OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.03.2012 – I-20 U 63/12, ZUM 2014, 406: Keine Haftung bei erfolgter Aufklärung; OLG Hamburg, Urt. v. 07.11.2013 – 5 U 222/10, ZUM-RD 2014, 282: Haftung bei fehlender Aufklärung eines 15-jährigen; LG Rosstock, Urt. v. 31.01.2014 – 3 O 1153/13 (1), ZUM 2014, 916: Keine Pflicht zur Sperrung des Internetzugangs für Töchter und Freunde der Töchter; Bestehen von Prüf- und Instruktionspflichten eines Internetanschlussinhabers noch offen gelassen von BVerfG, Beschl. v. 21.03.2012 – 1 BvR 2365/11, GRUR 2012, 601 – *Leuchtturm und 99 Luftballons*.

<sup>22</sup> AG Nürnberg, Urt. v. 25.10.2017 – 32 C 3784/17, BeckRS 2017, 134246.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 30.03.2017 – I ZR 19/16, MMR 2018, 172 Tz. 23 ff. – *Loud*.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 27.07.2017 – I ZR 68/16, GRUR-RR 2017, 484 – *Ego-Shooter*.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 30.03.2017 – I ZR 19/16, MMR 2018, 172 – *Loud*; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 97 Rn. 48a.

<sup>26</sup> LG Frankfurt a.M., Urt. v. 18.09.2017 – 2-03 S10/17; Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 97 Rn. 48a.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17, ECLI:EU:C:2018:841 = GRUR 2018, 1234 – *Bastei Lübbe/Strotzer*.

<sup>28</sup> LG München, Beschl. v. 17.03.2017 – 21 S 24454/14, GRUR-RR 2017, 188 – *Das verlorene Symbol*.

che Familienangehörige, weshalb davon auszugehen ist, dass sie auch auf die der Sorgspflicht unterstellten Kinder übertragen werden kann.

Dies bedeutet im Ergebnis jedenfalls eine Obliegenheit zur Prüfung und Benennung des rechtsverletzenden Familienmitglieds, der die elterliche Sorge nicht entgegengelassen werden kann.

## b) Generalisierung der Aufsichtspflicht für den urheberrechtlich relevanten Bereich

Urheberrechtswidrige Handlungen sind aber nicht nur bei der Nutzung von Filesharing-Plattformen denkbar, sondern auch bei der anderweitigen Nutzung von urheberrechtlich relevanten Diensten, z. B. bei der Nutzung von Streamingportalen<sup>29</sup>, der Vornahme von Verlinkungen<sup>30</sup> etc. Die für die Nutzung von Filesharing-Plattformen bestehenden Aufsichtspflichten müssen ebenso für jedwede andere die Gefahr der Rechtswidrigkeit in sich tragende Nutzungsmöglichkeit von Diensten der Informationsgesellschaft gelten. Insofern lässt sich generell für den Bereich des Urheberrechts statuieren, dass Aufsichtspflichtige nach § 832 BGB die Pflicht trifft,

- (1) den Aufsichtspflichtigen oder die Aufsichtspflichtige über eine mögliche Rechtswidrigkeit der Nutzung digitaler Medien aufzuklären;
- (2) ihm oder ihr eine rechtswidrige Nutzung zu verbieten;
- (3) im Falle konkreter Anhaltspunkte für eine Rechtsverletzung Dritter die Mediennutzung zu überwachen und den Zugang zum Internet ggf. zu sperren. Auch eine Hardwareüberwachung ist geschuldet.
- (4) Überdies besteht eine Obliegenheit zur Nachforschung und Benennung des rechtsverletzenden Familienmitglieds.

## 2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Kunsturheberrecht

Auch die Zustimmung zu einem durch das Kind vorgenommenen Rechtsgeschäft oder einer rechtsgeschäftsähnlichen Handlung, wie der Einwilligung, unterfällt der Ausübung der elterlichen Sorge.<sup>31</sup> Dies ist v. a. im Bereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Kunsturheberrechts relevant. Hier stellt sich die Frage, ob Sorgeberechtigte in die Anfertigung, Verbreitung und öffentliche Schaustellung von Personenbildnissen des Kindes neben

<sup>29</sup> EuGH GRUR Int. 2017, 527 – *Filmspeler*: Keine Rechtfertigung des Streamings unrechtmäßig in das Internet gelangter Filme über Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29

<sup>30</sup> Zu den Voraussetzungen, unter denen Linking und Framing zulässig bzw. unzulässig sind, vgl. BGH GRUR 2013, 818 – *Die Realität I*; EuGH GRUR 2014, 1196 – *Best Water International*; BGH GRUR 2016, 171 – *Die Realität II*; EuGH GRUR 2014, 360 – *Svensson*; EUGH GRUR 2016, 1152 – *GS Media*.

<sup>31</sup> BeckOK BGB-*Veit*, 48. Edition, Stand: 01.08.2018, § 1629 Rn. 4.

(Doppelzuständigkeit) oder statt diesem (Vertretung) einwilligen müssen, oder ob das Kind alleine in die Verwertung von Personenbildnissen einwilligen kann. Dasselbe gilt für die Einwilligung in die Verwendung anderer Persönlichkeitsgüter, wie etwa der eigenen Stimme oder personenbezogener Daten.

## a) Anwendungsbereich von KUG und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird verfassungsrechtlich über Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geschützt. Zivilrechtlich ist es als sonstiges Recht i.S.d. § 823 sowie § 1004 Abs. 1 BGB analog gewährleistet.<sup>32</sup> Dabei ist es als Rahmenrecht und offener Tatbestand ausgestaltet, das durch sondergesetzliche Ausprägungen und Fallgruppen konkretisiert wird. Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht sich immer neuen sozialen, ökonomischen aber auch technischen Herausforderungen gegenüberstellt, auf die es reagieren können muss. Es unterliegt daher der stetigen Fortschreibung durch die Gerichte.<sup>33</sup> Eine der wichtigsten Fallgruppen ist das Recht am eigenen Bild, das sondergesetzlich im Kunsturhebergesetz gewährleistet wird. Es hält Sonderregelungen für die öffentliche Schaustellung und die Verbreitung von Personenbildnissen bereit, während die Anfertigung und anderweitige Verwertung von Personenbildnissen (z. B. die Vervielfältigung) dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterliegt. Ein Personenbildnis ist ein solches Bildnis, auf dem die abgebildete Person erkennbar ist, wobei es ausreicht, dass der Bekanntenkreis sie erkennt. Nicht erforderlich ist, dass jedermann die Person identifizieren kann. Da es sich bei einem Personenbildnis um ein personenbezogenes Datum i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO handelt, gelten dieselben strengen Anforderungen für die Personenbeziehbarkeit eines Bildnisses wie für jedes andere Datum.

## b) Erfordernis der Einwilligung

Nach dem von EGMR<sup>34</sup> vorgegebenen und von BVerfG<sup>35</sup> und BGH<sup>36</sup> aufgenommenen sogenannten abgestuften Schutzkonzept ist eine öffentliche Schaustellung und Verbreitung von Personenbildnissen grundsätzlich nur mit Einwilligung des Abgebildeten zulässig. Nur im Falle des Eingreifens der Ausnahmetatbestände des § 23 KUG ist diese Einwilligung entbehrlich. Ein „Verbreiten“ ist entsprechend der urheberrechtlichen Werkverwertung in körperlicher Form (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 UrhG; § 17 UrhG) grundsätzlich jede Art

<sup>32</sup> StRspr.: BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 711 – *Marlene Dietrich*; BGH, Urt. v. 18.03.1959 – IV ZR 182/58, NJW 1959, 1269, 1270 – *Caterina Valente*.

<sup>33</sup> BeckOGK BGB-*Specht*, Stand: 01.10.2018, § 823 Rn. 1085; Götting/Schertz/Seitz-Götting, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 1.

<sup>34</sup> EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, NJW 2004, 2647 – *Caroline von Hannover*.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07 u. a., GRUR 2008, 539 – *Caroline von Hannover*.

<sup>36</sup> BGH Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 13/06, GRUR 2007, 523 – *Abgestuftes Schutzkonzept I* sowie BGH Urt. v. 3. 7. 2007 – VI ZR 164/06, GRUR 2007, 902 – *Abgestuftes Schutzkonzept II*

der Weitergabe körperlicher Exemplare an Dritte, z.B. in Druckwerken, auf Postkarten oder Werbeträgern.<sup>37</sup> Eine öffentliche Schaustellung ist hingegen die unkörperliche Sichtbarmachung eines Bildnisses, wie sie zu Zeiten der Verabschiedung des KUG (1907) erfolgte. Dennoch ist der Schutz nicht auf diese damaligen Verwertungsmöglichkeiten beschränkt. Schaustellen bedeutet heute insgesamt, Dritten die Möglichkeit zu verschaffen, das Bildnis wahrzunehmen, z.B. in Film oder Fernsehen.<sup>38</sup> Öffentlich ist eine Schaustellung, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Dabei hat man jedenfalls bislang auf den urheberrechtlichen Begriff der Öffentlichkeit (§ 15 Abs. 3 UrhG) in seiner durch die Rechtsprechung getroffenen Präzisierung abgestellt, was in Anbetracht der an der InfoSoc-Richtlinie orientierten Ausdifferenzierung des Öffentlichkeitsbegriffs durch den EuGH, die nicht zwingend gleichermaßen für das nicht auf der InfoSoc-Richtlinie beruhenden KUG gelten muss, heute mehr als fraglich ist.<sup>39</sup> Jedenfalls nicht öffentlich ist eine Zugänglichmachung, wenn zwischen handelnder Person und Publikum oder zwischen den Teilnehmern und Teilnehmerinnen des Publikums untereinander eine persönliche Verbundenheit besteht. Das Einstellen eines Bildnisses in das Internet ist ein äußerst wichtiger Fall der öffentlichen Schaustellung. Für eine persönliche Verbundenheit ist dabei eine Facebook-Freundschaft wohl noch nicht ausreichend.<sup>40</sup>

## c) Zuständigkeit für die Erteilung der Einwilligung

### *aa) Ideelle und vermögenswerte Bestandteile des Rechts am eigenen Bild*

Das Recht am eigenen Bild weist sowohl ideelle als auch kommerzielle Komponenten auf. Während die ideelle Komponente betroffen ist, wenn der oder die Abgebildete generell ohne seinen Willen dargestellt wird, sind die kommerziellen Bestandteile betroffen, wenn das Bildnis zu Werbezwecken verwendet wird und zwar auch dann, wenn der oder die Abgebildete lediglich neutral gezeigt wird.

Diese Unterscheidung ist wichtig, weil sich mit Blick auf die Einwilligung graduelle Unterschiede ergeben, je nachdem, welche Bestandteile des Rechts am eigenen Bild betroffen sind.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9.

<sup>38</sup> Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10.

<sup>39</sup> Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10a.

<sup>40</sup> Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 10a.

<sup>41</sup> Dass die kommerziellen Bestandteile des Rechts am eigenen Bild noch immer nicht verfassungsrechtlich anerkannt sind, hat für die hier relevante Fragestellung keine Auswirkungen.

## *bb) Einwilligung in die Verwertung ideeller Bestandteile des Rechts am eigenen Bild*

Im Grundsatz zuständig für die Erteilung der Einwilligung ist der oder die Abgebildete. Daran ändert es erst einmal auch nichts, wenn der oder die Abgebildete minderjährig ist. Allerdings ist man sich einig, dass unabhängig von der noch immer streitigen Frage der Rechtsnatur der Einwilligung als Rechtsgeschäft, rechtsgeschäftsähnliche oder tatsächliche Handlung die Vorschriften der §§ 104ff. BGB zum Schutz der minderjährigen Person jedenfalls entsprechende Anwendung finden. Hat die minderjährige Person das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet, müssen also die Eltern anstelle der minderjährigen Person in die kunsturheberrechtlich relevanten Handlungen einwilligen.<sup>42</sup> Leben diese getrennt, ist eine einvernehmliche Entscheidung erforderlich.<sup>43</sup> Ist die minderjährige Person über sieben aber unter 18 Jahre alt, bedarf sie für die Einwilligung in die öffentliche Schaustellung und Verbreitung eines sie zeigenden Personenbildnisses der Zustimmung oder Genehmigung ihres gesetzlichen Vertreters bzw. ihrer gesetzlichen Vertreterin. Die Eltern können im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsbefugnis nach §§ 1626, 1629 BGB jedenfalls dann nicht allein in die Verbreitung und öffentliche Schaustellung eines Kindes einwilligen, wenn das Kind einsichtsfähig, d.h. in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite ihrer Einwilligung zu überblicken. Es ist in diesen Fällen also sowohl die Zustimmung bzw. die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bzw. der gesetzlichen Vertreterin als auch die Einwilligung der minderjährigen Person erforderlich. Die erforderliche Einsichtsfähigkeit wird bislang ab einem Alter von 14 Jahren angenommen, was de facto zu einer Doppelzuständigkeit für die Einwilligung ab diesem Alter führt.<sup>44</sup> Ob das für die Einsichtsfähigkeit erforderliche Alter angesichts der Datenschutz-Grundverordnung, die eine unwiderlegliche Vermutung dieser Einsichtsfähigkeit ab dem vollendeten 16. Lebensjahr für Einwilligungen in die Nutzung von an Kinder gerichtete Dienste der Informationsgesellschaft enthält (Art. 8 Abs. 1 DS-GVO), auf dieses Alter hinaufzusetzen ist, bis zu dieser Altersgrenze eine alleinige Einwilligungserteilung durch die Eltern ausreicht oder es bei der bestehenden Abstufung (alleinige Einwilligungsfähigkeit der Eltern bis zum vollendeten siebten Lebensjahr, Doppelzuständigkeit ab dem vollendeten siebten Lebensjahr) bleibt und die Datenschutz-Grundverordnung lediglich dazu führt, dass die minderjährige Person ab dem vollendeten 16. Lebensjahr allein einwilligen kann, ist bislang nicht entschieden. Vieles spricht aber für die letztgenannte Wertung.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> AG Menden, Urt. v. 03.02.2010 – 4 C 526/09, NJW 2010, 1614: Veröffentlichung von Kinderfotos auf Internetseite durch den nicht sorgeberechtigten Vater.

<sup>43</sup> OLG Oldenburg, Beschl. v. 24.05.2018 – 13 W 10/18, NJRW-RR 2018, 1134 und dazu: *Engelmann*, NZFam 2018, 614; zur gerichtlichen Geltendmachung persönlichkeitsrechtlicher Ansprüche gegen einen von beiden sorgeberechtigten Elternteile bedarf es eines Ergänzungspflegers, vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 08.07.2016 – 18 WF 183/15, NJW-RR 2016, 1158 Tz. 18 und dazu: *Galinsky*, NZFam 2016, 906.

<sup>44</sup> *Dasch*, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, 1990, S. 103; *Götting*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, 1995, S. 154; *Klass*, AfP 2005, 507, 515; der BGH hat die Frage der Doppelzuständigkeit bislang offengelassen, sich ihr gegenüber aber nicht ablehnend gezeigt: BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73, NJW 1974, 1947, 1950 ff. – *Nacktbilder*.

<sup>45</sup> Unterschiede können sich jedoch ergeben, wenn die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag erteilt wird, vgl. Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 24.

cc) *Einwilligung in die Verwertung vermögenswerter Bestandteile des Rechts am eigenen Bild*

Für die vermögensrechtliche Verwertung des Rechts am eigenen Bild gilt die für die Verwertung von Personenbildnissen in ideeller Hinsicht bestehende Doppelzuständigkeit nicht. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung „Nacktbilder“ zutreffend wie folgt begründet:

*„Die Ausführungen des Berufungsurteils hierzu sind in ihrem Gesamtzusammenhang dahin zu verstehen, die Klägerin [das minderjährige Kind] sei mit einer Veröffentlichung ihrer Nacktaufnahmen und deren Ergebnis – dass das Bild einer breiten Öffentlichkeit bekannt würde – an sich einverstanden gewesen. Ob sie einer Verbreitung gegen die von ihrer Mutter ausgehandelten wirtschaftlichen Bedingungen, insbesondere gegen das vereinbarte Entgelt, zugestimmt hat, hält das Berufungsgericht dagegen rechtlich für unerheblich. Dieser Sicht liegt die Rechtsauffassung zugrunde, dass die Zustimmung der Klägerin [des minderjährigen Kindes], sofern sie unter dem Gesichtspunkt der „Grundrechtsmündigkeit“ überhaupt erforderlich sein sollte, nicht notwendig ist, soweit es um den Schutz ihrer vermögensrechtlichen Belange geht („kommerzielle“ Verwertung), sondern nur, soweit es um die Veröffentlichung ihrer Nacktaufnahmen an sich geht, in denen eine Preisgabe gegenüber der Öffentlichkeit liegt. Diese Meinung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Wenn man in Erwägung zieht, die Einwilligung der Klägerin [des minderjährigen Kindes] – neben dem Einverständnis ihrer Mutter als gesetzlichen Vertreterin – sei im Streitfall erforderlich, beruht das darauf, dass man die Mitwirkung der Klägerin [des minderjährigen Kindes] bei solchen Eingriffen aus persönlichkeitsrechtlichen Gesichtspunkten für notwendig hält. Dagegen gebietet eine derartige Sicht nicht, dass die Klägerin [das minderjährige Kind] auch insoweit mitwirkt, als es um ihre vermögensrechtlichen Belange geht.“<sup>46</sup>*

Ist die vermögensrechtliche Komponente des Rechts am eigenen Bild betroffen, können die Eltern also im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsbefugnis ohne Beteiligung des Kindes entscheiden.<sup>47</sup>

d) **Angemessenheit der abgestuften Zuständigkeit**

Angesichts der häufig gegenüber ihren Eltern gesteigerten Medienkompetenz Minderjähriger stellt sich die Frage, ob die abgestufte Zuständigkeit für Einwilligungen im Anwendungsbereich des KUG noch angemessen ist oder ob die Erforderlichkeit der elterlichen Zustimmung für die kunsturheberrechtlich relevante Verwertung von Personenbildnissen

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73, NJW 1974, 1947 1950 ff. – *Nacktbilder*.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu auch: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 26.

Minderjähriger hier nicht ihr Ziel verfehlt oder jedenfalls keinen zusätzlichen Schutz der minderjährigen Person begründet. Dies hängt jedoch einerseits maßgeblich davon ab, über welches Wissen Eltern im Umgang mit neuen Medien verfügen und andererseits berücksichtigt ein solcher Blickwinkel nicht die generellen Wertungen der §§ 104ff. BGB sowie der §§ 1626, 1629 BGB. Diese Regelungen gehen davon aus, dass der gesetzliche Vertreter bzw. die gesetzliche Vertreterin grundsätzlich über eine größere geistige Reife und Weit-sicht verfügt, als die minderjährige Person und dies unabhängig davon, ob es um Fragen digitaler oder analoger Sachverhalte geht. Auch in analogen Sachverhalten kommt es vor, dass Eltern ihren Kindern wissensmäßig unterlegen sind, ohne dass dies zu einer Unanwendbarkeit der §§ 104ff., §§ 1626, 1629 BGB führt. Die auf Grundlage der §§ 104ff., §§ 1626, 1629 BGB statuierte Doppelzuständigkeit in kunsturheberrechtlich relevanten Sachverhalten, die die ideellen Bestandteile des Rechts am eigenen Bild betreffen, muss daher auch im digitalen Umfeld erhalten bleiben. Die Herabsetzung des für eine alleinige Einwilligungszuständigkeit erforderlichen Alters der minderjährigen Person auf das vollendete 16. Lebensjahr durch Art. 8 Abs. 1 DS-GVO<sup>48</sup> trägt der größeren Sachkunde der minderjährigen Person im digitalen Umfeld ausreichend, wenn nicht gar zu sehr Rechnung. Kompensiert wird dieses „Mehr“ an autonomer Entscheidung der minderjährigen Person aber über das in Art. 17 Abs. 1 lit. f) DS-GVO normierte Recht auf Löschung personenbezogener Daten, wenn diese in Bezug auf einen angebotenen Dienst der Informationsgesellschaft auf Grundlage einer Einwilligung eines Minderjährigen erhoben wurden. Mit dieser Regelung erkennt der Gesetzgeber die Gefahren, die gerade mit der Verarbeitung personenbezogener Daten, zu denen auch Bilddaten gehören, im Internet einhergehen. Die Ausübung des Lösungsrechtes bedarf in Ermangelung eines hierdurch begründeten rechtlichen Nachteils auch nicht der Zustimmung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bzw. der gesetzlichen Vertreterin.

In Anbetracht der durch die Komplexität und Schnelligkeit technischer Entwicklungen nicht selten geringen digitalen Sachkunde der Eltern sollte statt einer Ausweitung der alleinigen Einwilligungsfähigkeit der minderjährigen Person vielmehr über eine Einschränkung der alleinigen elterlichen Einwilligungsbefugnis bis zum vollendeten siebten Lebensjahr der minderjährigen Person nachgedacht werden. Denn auch wenn Art. 17 Abs. 1 lit. f) DS-GVO einen Lösungsanspruch für Daten begründet, die in Bezug auf einen Minderjährigen bei Diensten der Informationsgesellschaft durch Einwilligung des Minderjährigen erhoben wurden, so ist dieser Lösungsanspruch erstens nicht uneingeschränkt gewährleistet (vgl. Art. 17 Abs. 3 DS-GVO) und zweitens wird auch Art. 17 DS-GVO nicht verhindern, dass einmal in das Internet gelangte Daten durch die simplen Vervielfältigungs- und Verlinkungsmöglichkeiten insgesamt nur sehr schwer wieder zu entfernen sind. Der portugiesische Acórdão do Tribunal da Relação de Évora hat daher ein die Eltern treffendes „Veröffentlichungsverbot“ von Daten minderjähriger Personen, die diese identifizieren, im Online-Bereich unmittelbar aus der elterlichen Sorge hergeleitet, und zwar generell und nicht allein bis zum vollendeten siebten Lebensjahr. Begründet hat das Gericht dieses Ver-

<sup>48</sup> Wobei die Mitgliedstaaten ein geringeres Alter vorsehen können.



bot mit der Erwägung, Kinder seien keine den Eltern gehörenden Objekte, sondern Personen mit Rechten, über die nicht nach Belieben verfügt werden darf und die dadurch nicht Gefahren und Risiken ausgesetzt werden dürfen. Dabei sind Gefahren, die mit einer Veröffentlichung von Personenbildnissen einhergehen, vielfältig<sup>49</sup> (Gefahren bestehen nicht nur für das Persönlichkeitsrecht des Kindes, sondern auch für seine körperliche und geistige Unversehrtheit sowie seine persönliche Ehre, denkt man an die Gefahr sexueller Übergriffe und Mobbing, die über das Internet begangen oder jedenfalls initiiert werden).

Ein altersunabhängiges Veröffentlichungsverbot selbst mit Zustimmung des Kindes fördert allerdings den Umgang mit Medien nicht angemessen. Sinnvoller schiene es daher, die Einzelzuständigkeit der Eltern für Einwilligungen in kunsturheberrechtlich relevante Vorgänge bis zum vollendeten siebten Lebensjahr abzuschaffen und durch ein allgemeines Veröffentlichungsverbot zu ersetzen, die Doppelzuständigkeit ab dem vollendeten siebten Lebensjahr aber aufrecht zu erhalten.

Damit ergäbe sich folgendes abgestuftes Einwilligungskonzept im Falle der Betroffenheit ideeller Bestandteile des Rechts am eigenen Bild:

1. Bis zum vollendeten siebten Lebensjahr der minderjährigen Person: Veröffentlichungsverbot von Bildnissen der minderjährigen Person durch die Eltern bzw. gesetzlichen Vertreter
2. Vollendetes siebtes bis vollendetes 16. bzw. 18. Lebensjahr (16. Lebensjahr im Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 DS-GVO): Doppelzuständigkeit für die Einwilligung in kunsturheberrechtlich relevante Handlungen
3. Ab vollendetem 16. bzw. 18. Lebensjahr (16. Lebensjahr im Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 DS-GVO): Alleinige Zuständigkeit des Kindes für die Einwilligung in kunsturheberrechtlich relevante Handlungen

Ergänzen ließe sich dieses abgestufte Einwilligungskonzept um Schulungsgebote für Eltern, sofern ein Medienkompetenzmangel festzustellen ist und eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, wie dies für das Datenschutzrecht bereits besteht (siehe dazu II.3.).

## e) Übertragbarkeit auf andere Persönlichkeitsgüter

Das hier vorgeschlagene abgestufte Einwilligungskonzept ist zwar im Ganzen auf andere besondere Persönlichkeitsgüter, wie z. B. die eigene Stimme übertragbar. Nicht übertragbar ist es hingegen auf die vom KUG nicht erfassten persönlichkeitsrechtlich relevanten Handlungen, wie das Anfertigen und Vervielfältigen von Bildnissen, Stimmzeichnungen etc., da diese Handlungen regelmäßig sehr viel weniger beeinträchtigend wirken, weil sie die private Sphäre nicht verlassen.

<sup>49</sup> *Filgueiras*, ZD 2016, 227.

### 3. Datenschutzrecht

#### a) Einwilligung der Eltern für das Kind

Für das Datenschutzrecht kann das soeben entwickelte abgestufte Schutzkonzept ebenfalls nicht gelten, da Datenverarbeitungen minderjähriger Personen eine geringere Eingriffsqualität haben können, weil es erstens nicht stets um Bilddaten geht und zweitens die Datenverarbeitungsvorgänge gerade in einer zunehmend digitalisierten Gesellschaft so vielfältig sein können, dass ein generelles Verbot bis zum vollendeten siebten Lebensjahr nicht angemessen erscheint. Im Datenschutzrecht gilt vielmehr generell, dass eine minderjährige Person im Falle einer Datenverarbeitung bei einem Angebot von Diensten der Informationsgesellschaft, das einem Kind direkt gemacht wird, bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres, anderenfalls bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bzw. seiner gesetzlichen Vertreterin bedarf. Diese können zwar auch an seiner Stelle die Einwilligung erteilen, allerdings darf sie nicht gegen seinen erklärten oder mutmaßlichen Willen erfolgen, weshalb de facto auch im Datenschutzrecht eine Doppelzuständigkeit besteht, wenngleich diese auch keine aktive Einwilligung des Kindes, sondern nur das Absehen von einem Widerspruch durch dieses erfordert. Im Einzelfall kann sich eine alleinige Zuständigkeit der minderjährigen Person für die datenschutzrechtliche Einwilligung ergeben, wenn ein erhebliches Interesse daran besteht, die Erziehungsberechtigten in diesem Stadium nicht einbeziehen zu müssen. Erwägungsgrund 38 DS-GVO führt hierfür beispielhaft an, die Einwilligung der die elterliche Verantwortung tragenden Personen sollte im Zusammenhang mit Präventions- oder Beratungsdiensten, die unmittelbar einem Kind angeboten werden, nicht erforderlich sein. Hieraus lässt sich ein allgemeiner Rechtsgedanke ableiten, der nicht auf diesen speziellen Fall beschränkt ist.<sup>50</sup>

#### b) Verpflichtungen der Sorgeberechtigten in Bezug auf die Nutzung digitaler Medien durch Kinder

In Bezug auf die Nutzung digitaler Medien hat die Rechtsprechung verschiedene Verpflichtungen der Eltern hergeleitet, die erforderlich sind, damit es nicht zu Verletzungen des Datenschutzrechts kommt, die zu einer Gefährdung des Kindeswohles führen. Liegt eine Gefährdung des Kindeswohles vor und sind die Eltern nicht gewillt oder in der Lage, die Gefahr abzuwenden, so hat das Familiengericht Maßnahmen zu treffen, die zur Abwendung der Gefahr erforderlich sind, § 1666 BGB. Eine solche Gefährdung des Kindes wird in der Rechtsprechung auch dann angenommen, wenn sich das Kind deliktisch gegenüber Dritten haftbar macht und die Eltern dem nicht vorbeugen. Relevant wurde dies im

<sup>50</sup> Gola-Schulz, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 18.

Bereich der Nutzung neuer Medien konkret für die Nutzung von WhatsApp durch eine minderjährige Person, dürfte aber ebenso für jede andere Nutzung von Diensten gelten, bei der es zu Datenschutzverstößen oder zu Rechtsverletzungen anderer Art kommt, für die das Kind gegenüber Dritten deliktisch haftbar ist.

aa) Rechtsverletzungen durch die Nutzung von WhatsApp

Konkret kann es durch die Nutzung von WhatsApp zu diversen Datenschutzverstößen kommen. Denn die WhatsApp nutzende Person stellt dem Betreiber WhatsApp Inc. in den USA kontinuierlich die Telefonnummern sowohl der anderen im Smartphone des WhatsApp-Nutzers oder der WhatsApp-Nutzerin gespeicherten WhatsApp-Nutzer bzw. WhatsApp-Nutzerinnen als auch aller sonstigen sich im Smartphone-Telefonbuch der WhatsApp nutzenden Person befindlichen Kontakte zur Verfügung. Der Nutzer bzw. die Nutzerin bestätigt bei Ersteinrichtung von WhatsApp, hierzu berechtigt zu sein. Nach der Installation greift WhatsApp in das Betriebssystem des Smartphones ein, in welchem die App im Systembereich in der Rechteverwaltung des Betriebssystems von z.B. „Google-Android“ oder „Apple iOS“ ein Zugriffsrecht (mind. Kontakte-Lesezugriff sowie darauf bezogene Übertragungsmöglichkeit ins Internet) in Bezug auf das komplette Adressbuch auf dem Smartphone (oder auch Tablet) erhält. Schon bei der ersten für den Nutzer oder die Nutzerin möglichen Verwendung von WhatsApp wird dann das vollständige Adressbuch des Nutzers bzw. der Nutzerin auf dem eigenen Smart-Gerät ausgelesen, und sämtliche dabei erlangten und augenblicklich digital kopierten Datensätze werden unmittelbar via Internetverbindung an die betreibende Firma WhatsApp Inc. in Kalifornien als Klardaten weitergeleitet und dort gespeichert.<sup>51</sup>

Durch die Gewährung des Zugriffs auf die gespeicherten Adressbuchdaten gibt der WhatsApp-Nutzer bzw. die WhatsApp-Nutzerin personenbezogene Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DS-GVO weiter. Es handelt sich um eine Datenverarbeitung i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO, die dem Verbotsprinzip unterliegt, d.h. allein bei Vorliegen eines gesetzlichen Erlaubnistatbestandes oder einer Einwilligung i.S.d. Art. 6 ff. DS-GVO zulässig ist. Allerdings sieht das Gericht bei Handeln eines Kindes eine rein private Angelegenheit, weshalb der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO nicht eröffnet ist. Ebenso hätte hier argumentiert werden können, durch die bewusste Nutzung des Dienstes WhatsApp trotz Information über die durch den WhatsApp Betreiber erfolgende Datenverwendung handele das Kind im Geschäftsinteresse des Datenverarbeiters und damit nicht rein privat i.S.d. Art. 2 Abs. 2 lit. c) DS-GVO.<sup>52</sup> Das Gericht bejahte allerdings statt einer Verletzung der

<sup>51</sup> AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 – F 120/17 EASO, BecksRS 2017, 112602 Tz. 46 ff.

<sup>52</sup> Vgl. die Argumentation in: AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 – F 120/17 EASO, BecksRS 2017, 112602 Tz. 68: *„Es wird hierzu argumentiert, dass der Nutzer infolge der Installation und des – in jedem Fall von ihm letztlich per Klick bestätigten, wenn auch nicht tatsächlich durchgeführten – Durchlesens der AGB von WhatsApp sich bewusst dafür entscheide, zum Mittelsmann des dahinterstehenden Unternehmens WhatsApp Inc. und deren Geschäftsmodell zu werden. Dies bedeute, dass der Nutzer sich gleichsam zum verlängerten Arm des Betreibers WhatsApp Inc. sowie*

DS-GVO eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der von der Datenverarbeitung Betroffenen und damit eine Rechtsverletzung, § 823 Abs. 1 BGB. Zwar erging die Entscheidung noch im Anwendungsbereich des BDSG a. F., das maßgeblich auf der Datenschutzrichtlinie beruhte, auch die DS-GVO nimmt die rein private Datenverarbeitung allerdings von ihrem Anwendungsbereich aus und überlässt die Regelung dieses Bereiches daher den Mitgliedstaaten. Auch nach Geltungserlangung der DS-GVO am 25.05.2018 lässt sich die Argumentation damit aufrecht erhalten. Die Rechtsverletzung könne allein dann ausgeschlossen werden, wenn die Betroffenen in die Zugriffsgewährung auf die Daten einwilligten, was indes auch bei eigener Nutzung von WhatsApp durch die Betroffenen, ohne dass diese eine explizite Erklärung abgeben, abzulehnen sei.<sup>53</sup> Diese Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann abgemahnt und die Rechtsverfolgungskosten nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber der minderjährigen Person geltend gemacht werden, sofern diese deliktstfähig i. S. d. § 828 Abs. 1, Abs. 3 BGB ist. Entscheidend hierfür ist ab einem Alter von sieben Jahren die Einsichtsfähigkeit des minderjährigen Kindes. Unter sieben Jahren ist es für Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht verantwortlich, § 828 Abs. 1 BGB.

#### bb) Rechtsverletzungen durch die Nutzung anderer Dienste

Auch bei der Nutzung anderer Dienste sind Rechtsverletzungen, v. a. Datenschutzverstöße potentiell möglich. Dies gilt v. a. für Dienste, die nicht zu rein privaten Zwecken genutzt werden, etwa im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der minderjährigen Person i. S. d. § 113 BGB.<sup>54</sup> Aber auch dann, wenn man mit dem AG Bad Hersfeld davon ausgeht, dass selbst im Rahmen privater Datenverarbeitungen eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vorliegt, dürfte eine Vielzahl von Diensten betroffen sein, wie etwa die nicht konsentierete Weitergabe von Daten Dritter bei der Nutzung sozialer Medien. Hier kommt es v. a. auch zu Verletzungen des Rechts am eigenen Bild, wenn ungefragt Fotografien Dritter in das Internet eingestellt werden. Auch Urheberrechtsverletzungen, gerade bei der Nutzung von Filesharing- oder Streaming-Diensten, aber auch bei Linking und Framing sind möglich. Bei all diesen Rechtsverletzungen drohen Abmahnungen, die das Vermögen der minderjährigen Person nicht weniger gefährden, als dies im Urteil des AG Bad Hersfeld bei Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Fall ist. Insofern dürften die Ausführungen generalisierbar sein.

*ebenfalls dessen Mutterkonzerns Facebook Inc. mache und für deren Geschäftstätigkeit umfassend mit einstehe. Dann liege aber durch den einzelnen Nutzer auch stets eine (auch-)geschäftliche Verwendung von WhatsApp, mindestens im Sinne von deren vorgegebenen Geschäftszwecken mit vor, für die der Nutzer als nicht- öffentliche Stelle i. S. v. §§ 27 ff. BDSG ebenfalls einzustehen habe und daher einschlägige Tatbestände nach § 28 BDSG verwirklichen könne.“*

<sup>53</sup> Vgl. die Ausführungen des AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 – F 120/17 EASO, BecksRS 2017, 112602 Tz. 97 ff.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu: *Hansen/Schulze-Brüggemann*, GRUR-Prax 2017, 338.

#### cc) Konkret angeordnete Maßnahmen

Konkret ordnete das Gericht folgende Maßnahmen für den Fall der Vermögensgefährdung des Kindes an, die dem Gericht nachzuweisen sind:

1. Abschluss einer schriftlichen Medien-Nutzungsvereinbarung zwischen Kind und der sorgeberechtigten Person;
2. Einholung schriftlicher Zustimmungserklärungen aller im Adressbuch des Smartphones des Kindes gespeicherten Personen zur Speicherung ihrer Daten (Telefonnummer, Name, Vorname, Pseudonym etc.) und Weitergabe an bzw. Zugriffsgewährung für die betreibende Firma von WhatsApp sowie Verarbeitung durch diese zu seinen Nutzungsbedingungen;
3. mindestens monatliches Führen eines Gespräches zwischen sorgeberechtigter Person und Kind über die Verwendung seines Smartphones und über die darauf gespeicherten Kontakte sowie eigene Inaugenscheinnahme des Smartphones und dessen Adressbuch durch die sorgeberechtigte Person. Dabei Prüfung auf neue Kontakte. Bei Identifizierung neuer Kontakte: Ergreifen der Maßnahmen nach Ziffer 2);
4. gelingt der Nachweis schriftlicher Zustimmungserklärungen aller Kontakte nicht: Entfernung der Applikation WhatsApp einstweilen von dem Smartphone des Kindes und Fernhaltung der Applikation von dem Gerät bis der Nachweis für alle dort im Adressbuch gespeicherten Personen gegeben ist;
5. persönliche Weiterbildung der sorgeberechtigten Person zum Themenbereich der digitalen Mediennutzung;
6. Einziehung des Smartphones vor dem Schlafengehen;
7. Bereitstellung eines anderweitigen, nicht online vernetzten Weckers.

#### **4. Relevante Rechtsprechung aus anderen Rechtsbereichen**

Auch in anderen Rechtsbereichen, die nicht unmittelbar Gegenstand dieses Gutachtens sind, haben die Gerichte die Anforderungen an die elterliche Sorge im Zusammenhang mit der Nutzung digitaler Medien konkretisiert. Diese Rechtsprechung soll hier, wenn auch nicht im Detail aufbereitet, im Interesse einer stimmigen und umfassenden Konturierung der Elemente digitaler elterlicher Sorge cursorisch dargestellt und ihre Grundsätze in die Folgerwägungen einbezogen werden.

## a) Nutzung von Messenger-Diensten

Die Nutzung von Messenger-Diensten gefährdet das Kindeswohl auch dann, wenn hieraus Chat-Kontakte mit sexualisierten Inhalten resultieren.<sup>55</sup> Es gehört zur elterlichen Sorge und hier konkret zum Umgangsrecht der Eltern gem. § 1632 Abs. 2 BGB, den Umgang des Kindes mit Dritten zu überwachen, schädliche Einflüsse Dritter im Rahmen des Möglichen zu verhindern und das Kind vor Belästigungen zu schützen.<sup>56</sup> Eltern können daher im Rahmen ihrer unter V. aufgezeigten Grenzen grds. bestimmen, mit wem ihr Kind Umgang über Messenger-Dienste, Soziale Netzwerke und andere digitale Medien pflegt.<sup>57</sup> Auch eine Kindeswohlgefährdung durch den sexualisierten Kontakt mit Dritten über Messenger-Dienste kann daher gerichtliche Maßnahmen nach sich ziehen, durch die die Eltern verpflichtet werden, ihre Kinder im Umgang mit Messenger-Diensten zu schulen, die Nutzung zu überwachen und ggf. zu unterbinden.<sup>58</sup>

## b) Überlassung von Smartphone und Spielekonsolen

Neben den sich aus der datenschutzrechtswidrigen Nutzung des Smartphones ergebenden Gefährdung des Kindeswohls kann sich eine Gefährdung des seelischen und geistigen Wohls des Kindes auch bereits dadurch ergeben, dass das Smartphone nachts und frühmorgens genutzt werden kann.<sup>59</sup> Überlassen Eltern ihrem minderjährigen Kind eine Spielekonsole (z. B. eine Playstation), sind sie verpflichtet, fortwährend sicherzustellen, dass für das Kind keine Spiele zugänglich sind, die gemäß § 14 Jugendschutzgesetz mit „keine Jugendfreigabe“ / „USK ab 18“ eingestuft worden sind, da auch derartige Spiele das geistige und seelische Wohl von Minderjährigen gefährden können.<sup>60</sup>

Allerdings begründet noch nicht allein der von den Eltern geschaffene oder geduldete Zugang zu Medien eine Gefährdung des Kindeswohles.<sup>61</sup> Ohne Vorliegen weiterer, erheblicher Anzeichen für eine konkrete Gefährdung des Kindes lässt sich hier nicht darauf schließen, dass ein Tätigwerden im Rahmen des den Familiengerichten zusammen mit den Jugendämtern überantworteten staatlichen Wächteramts zulässig ist. Die sich aus der Nutzung neuer Medien ergebenden Schädigungsformen sind im Ergebnis nicht anders zu bewerten, als technisch seit längerer Zeit bekannte Medien. Das OLG Frankfurt führt hierzu zutreffend aus:

<sup>55</sup> AG Bad Hersfeld, Urt. v. 22.07.2016 – F 361/16, MMR 2016, 709 ff.

<sup>56</sup> *Rake*, FamRZ 2017, 1733, 1733.

<sup>57</sup> *Rake*, FamRZ 2017, 1733, 1733.

<sup>58</sup> *Jokisch*, FuR 2017, 479, 480 ff.

<sup>59</sup> AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 15.05.2017 – F 120/17 EASO, BeckRS 2017, 112602 Tz. 188.

<sup>60</sup> AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 27.10.2017 – 63 F 290/17, NZFam 2018, 414 Ls. 1, 2 m. Anm. *Leipold*, NZFam 2018, 414, 417.

<sup>61</sup> Skeptisch auch: *Leipold*, NZFam 2018, 414, 416; *Rake*, FamRZ 2016, 2114, 2118, 2119: Keine Kindeswohlgefährdung allein durch die Nutzung von WhatsApp.

„Auch zu ausgedehnte Fernsehzeiten oder das Anschauen kindergefährdender Sendungen im öffentlich-rechtlichen oder privaten Rundfunk sollten Eltern geeignet verhindern. In gleichem Maß gilt es zu verhindern, dass Kinder sich ausschließlich von Junkfood ernähren, müssen Eltern darauf achten, dass ihre Kinder die ihrem Schutz dienenden Straßenverkehrsregeln einhalten, Körper- und Zahnhygiene betreiben, verordnete Medikamente regelmäßig einnehmen etc pp. In all diesen Bereichen kann Vernachlässigung oder fehlende Kontrolle dazu beitragen, dass Kinder der Gefahr einer Schädigung ausgesetzt sind. Allein der Besitz eines Smartphones, Tablets, Computers oder Fernsehers mit oder ohne Internetzugang rechtfertigt indes nicht die Annahme, dass Eltern durch die Eröffnung eines Zugangs ihr Kind schädigen. Dazu müssen im konkreten Einzelfall Anhaltspunkte hinzutreten, aus denen sich die konkrete Gefahr einer Schädigung ergeben. Es muss insoweit auch hier berücksichtigt werden, dass es nicht zum staatlichen Wächteramt gehört, für eine bestmögliche Förderung des Kindes und seiner Fähigkeiten zu sorgen. Das in Art. 8 EMRK niedergelegte Recht auf Achtung des Familienlebens lässt Eingriffe des Staates nur unter den engen gesetzlich normierten Voraussetzungen zu, sodass der Staat den Eltern grundsätzlich auch keine bestimmte Lebensführung vorschreiben kann. Eingriffe sind insoweit nur zulässig, wenn das Kindeswohl diese konkret erfordert und können nicht unter dem Aspekt bestmöglicher Sorgerechtsausübung gerechtfertigt werden.“<sup>62</sup>

### III. Begrenzung der Reichweite digitaler elterlicher Sorge

Auch wenn es das Umgangsrecht den Eltern grds. gestattet und sie im Falle einer Kindeswohlgefährdung auch dazu verpflichtet, den Umgang des Kindes mit Dritten zu unterbinden, liegt die Grenze der elterlichen Kontrollbefugnis regelmäßig in der Überwachung und Kontrolle des Inhaltes der Kindeskommunikation.<sup>63</sup> Dies gilt im urheberrechtlich relevanten Kontext nur dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Rechte und Rechtsgüter Dritter bestehen.<sup>64</sup> Gleiches dürfte im Falle einer konkreten und gegenwärtigen Gefährdung des Kindeswohles in anderen Bereichen gelten.<sup>65</sup>

#### 1. Erziehung zu eigenverantwortlichem Verhalten

Die mit der elterlichen Sorge verbundenen Befugnisse sind den Eltern durch das Gesetz nicht um ihrer selbst willen verliehen, sondern nur als Hilfsmittel bei der Erziehung ihrer Kinder. Der Charakter der elterlichen Sorge als Pflichtenrecht verdeutlicht, dass Inhalt

<sup>62</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.06.2018 – 2 UF 41/18, NZFam 2018, 689, 691; vgl. auch: vgl. jurisPK BGB-Poncelt/Onstein, Bd. 4: Familienrecht, 8. Aufl. 2017, § 1666 Rn. 20ff.

<sup>63</sup> Rake, FamRZ 2017, 1733, 1733.

<sup>64</sup> BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 24ff. – *Morpheus*.

<sup>65</sup> Rake, FamRZ 2017, 1733, 1733.

und Grenzen am Wohl des Kindes auszurichten und vom Erziehungsziel her zu bestimmen sind, das in einer vom Menschenbild der freiheitlichen, eigenverantwortlichen Persönlichkeit geprägten Rechtsordnung nur in der Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes zur Selbstverantwortlichkeit bestehen kann.<sup>66</sup> Diese Besonderheit des subjektiven Rechts entspricht der Struktur des grundrechtlichen Elternrechts.<sup>67</sup>

Auch bei der Beurteilung der Reichweite der Aufsichtspflicht ist das angestrebte Erziehungsziel zu berücksichtigen, dem Kind zur Entwicklung seiner Persönlichkeit zu verhelfen und ihm zu einem selbständigen, verantwortungsbewussten Handeln zu verhelfen.<sup>68</sup> Selbst bei kleinen Kindern bis zu sechs Jahren ist daher im analogen Bereich lediglich eine gelegentliche, nicht aber eine dauerhafte kleinteilige Beobachtung erforderlich, wenn das Kind vorab belehrt und mit ihm bzw. ihr ein entsprechendes „Alleinspielen“ außer Haus geübt wurde.<sup>69</sup> Eine durchgehende und kleinteilige Überwachung ist für eine gesunde Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes hinderlich und für den Aufsicht führenden Teil untragbar.<sup>70</sup> Dies muss ebenso im digitalen Bereich Geltung beanspruchen.

Die elterliche Sorge erfährt aber vor allem dort Grenzen, wo die Rechtsordnung dem minderjährigen Kind eigene Zuständigkeiten zubilligt. Es gilt ganz im Sinne des § 1626 Abs. 2 BGB: Je mehr das Kind zu einer eigenständigen Persönlichkeit reift und je größer die Einsichtsfähigkeit in die Folgen seiner Entscheidung ist, desto eher sind die Eltern gehalten, das Kind über die betreffende Situation entscheiden zu lassen, wobei auch die Bedeutung und die Risiken der ausstehenden Entscheidung zu berücksichtigen sind.<sup>71</sup> Diese selbständige Entscheidungsbefugnis der minderjährigen Person oder ein echtes Mitspracherecht ist schon vor Erreichen der Volljährigkeit anzuerkennen.<sup>72</sup> Sie kann sich als Teilmündigkeit sowohl für persönlichkeitsrechtlich relevante, als auch für vermögensrechtlich relevante Entscheidungen ergeben und der minderjährigen Person eine unbeschränkte Eigenzuständigkeit geben oder ihre Eigenzuständigkeit an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. der gesetzlichen Vertreterin binden,<sup>73</sup> wie dies etwa für den Bereich des KUG und des Datenschutzrechts eingehend erläutert wurde.

Eine wesentliche Rolle bei der Begrenzung der elterlichen Kontroll- und Überwachungsbefugnisse spielen damit das Allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie die besonderen Persönlichkeitsrechte des Kindes.

<sup>66</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67, NJW 1968, 2233, 2235; BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73, NJW 1974, 1947, 1949 – *Nacktbilder*; *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. 1971, § 7 I 4, § 49 VI 1).

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73, NJW 1974, 1947, 1948 ff. – *Nacktbilder*.

<sup>68</sup> BGH, Urt. v. 27.11.1979 – VI ZR 98/78, NJW 1980, 1044, 1045.

<sup>69</sup> LG Wuppertal, Urt. v. 07.11.2013 – 17 O 169/12, BeckRS 2014, 19221; erst recht ist eine ständige Überwachung im Schulalter ohne konkrete Anhaltspunkte nicht erforderlich: OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.1995 – 18 U 91/95, NJW-RR 1996, 671.

<sup>70</sup> OLG Köln, Urt. v. 31.10.1961 – 9 U 59/60, FamRZ 1962, 124.

<sup>71</sup> MüKo BGB-*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 29.

<sup>72</sup> BGH, Urt. v. 02.07.1974 – VI ZR 121/73, NJW 1974, 1947, 1949 – *Nacktbilder*.

<sup>73</sup> MüKo BGB-*Huber*, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 30.



## 2. Begrenzung elterlicher Befugnisse durch das Persönlichkeitsrecht des Kindes

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist richterrechtlich auf Grundlage des Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt worden, konventionsrechtlich besteht ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, von Wohnung und Kommunikation über Art. 7 EMRK.<sup>74</sup> Sowohl der grundrechtliche als auch der menschenrechtliche Schutz gewährleistet dabei in erster Linie ein Abwehrrecht gegen den Staat,<sup>75</sup> die Grundrechte strahlen allerdings auch in das Zivilrecht aus und sind daher insbesondere bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts zu beachten.<sup>76</sup> Zivilrechtlich ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht daher seit der Leserbrief-Entscheidung<sup>77</sup> als sonstiges Recht i.R.d. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Es gewährleistet der einzelnen Person einen autonomen Bereich der eigenen Lebensgestaltung, in der sie ihre Individualität unter Ausschluss anderer entwickeln und wahrnehmen kann.<sup>78</sup> Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist dabei als Rahmenrecht und offener Tatbestand ausgestaltet, das durch sondergesetzliche Ausprägungen und Fallgruppen konkretisiert wird. Hierdurch soll es auf neue soziale, ökonomische aber auch technische Herausforderungen reagieren können.<sup>79</sup> Als Fallgruppen haben sich insbesondere herausgebildet: Das Recht auf Wahrung von Privat- und Intimsphäre, das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme,<sup>80</sup> das Recht an der eigenen Krankenakte,<sup>81</sup> der Indiskretionsschutz, der Schutz vor der Verfälschung und Entstellung der eigenen Person, der Schutz der geschlechtlichen Identität,<sup>82</sup> das Recht an der eigenen Stimme, das Recht am eigenen Wort, das Recht auf Zittreue, der Schutz vor einem Eindringen und Ausforschen des persönlichen Lebensbereichs, der Schutz vor Belästigung sowie der Schutz vor unbe-

<sup>74</sup> Zu den normativen Grundlagen vgl. auch: Palandt-*Ladeur*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 12 Rn. 84; MüKo BGB-*Rixecker*, 8. Aufl. 2018, Anh. § 12 Rn. 2–25; BeckOK BGB-*Bamberger*, 48. Edition, Stand: 01.11.2018, § 12 Rn. 101 f., auch Rn. 134–137; Spindler/Schuster-*Mann*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 823 Rn. 4; Götting/Schertz/Seitz-*Götting*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 3; Götting/Schertz/Seitz-*Vesting*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 6; Götting/Schertz/Seitz-*Ladeur*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 7.

<sup>75</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 BvR 1168/04, NJW 2006, 3409, 3410 – *Blauer Engel*; *Helle*, AfP 2010, 531 m.w.N.; zur Frage des Verhältnisses zwischen EMRK und GG bzw. zwischen der Rspr. des EGMR und des BVerfG vgl.: EGMR, Urt. v. 26.02.2004 – 74969/01, NJW 2004, 3397 – *Görgülü/Deutschland*; BVerfG, Beschl. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 – *Görgülü*; MüKo BGB-*Rixecker*, 8. Aufl. 2018, Anh. § 12 Rn. 16–22.

<sup>76</sup> StRspr. seit: BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531-96, NJW 1999, 1322, 1324 – *Helwein*; BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 – *Lüth*; zur Drittwirkung vgl. auch: *Wenzel/Burkhardt*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl. 2003, Kap. 2 Rn. 2ff.

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 25.05.1954 – I ZR 211/53, NJW 1954, 1404 – *Leserbrief*.

<sup>78</sup> BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 925 – *Caroline von Monaco II*; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 332/09, ZUM-RD 2012, 12; vgl. auch: BeckOGK BGB-*Specht*, Stand: 01.10.2018, § 823 Rn. 1081.

<sup>79</sup> Vgl. zum Ganzen auch: BeckOGK BGB-*Specht*, Stand: 01.10.2018, § 823 Rn. 1085.

<sup>80</sup> BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 – *Online-Durchsuchung*.

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 09.01.2006 – 2 BvR 443/02, NJW 2006, 1116 – *Einsichtsanspruch in Krankenhausakte*; zur Verpflichtung der Entfernung von Schriftstücken aus der Patientenakte vgl.: BVerfG, Beschl. v. 09.02.2016 – 20 F 11.15, ZD 2016, 239.

<sup>82</sup> BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, NJW 2017, 3643 – *Drittes Geschlecht*.

fugter Kommerzialisierung.<sup>83</sup> Daneben sind v. a. die sondergesetzlich normierten besonderen Persönlichkeitsrechte relevant, wie das Recht am eigenen Bild, §§ 22, 23 KUG, der Ehrschutz, §§ 185 ff. StGB, oder auch das Namensrecht, § 12 BGB.<sup>84</sup>

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und auch die besonderen Persönlichkeitsrechte schützen sehr intensiv v. a. die innere Gedanken- und Gefühlswelt der betroffenen Person, die dem Kernbereich der Privatsphäre (sogenannte Intimsphäre) zuzuordnen ist. Dies gilt etwa für Tagebuchaufzeichnungen.<sup>85</sup>

Auch Kommunikationsinhalte spiegeln regelmäßig, wenn auch nicht in gleichem Maße wie Tagebuchaufzeichnungen, die innere Gefühls- und Gedankenwelt des Kindes wieder. Kommunikationsinhalte werden darüber hinaus auch durch weitere Grundrechte geschützt, etwa über Art. 10 GG oder auch das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als besondere Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG. Kommunikationsinhalte müssen daher auch im Zivilrecht stärker vor dem Zugriff Dritter geschützt werden, als etwa Kommunikationsmetadaten. Die elterlichen Befugnisse sollten daher zumindest ohne konkrete und gegenwärtige Gefährdung des Kindeswohles die Überwachung der Kommunikationsinhalte nicht umfassen.<sup>86</sup>

Auch die heimliche Überwachung stellt einen besonders schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes dar.<sup>87</sup> Die Verwendung von Parental Control-Apps und Ortungs-Apps sollte daher jedenfalls ab einem gewissen, sich am individuellen Entwicklungsstand orientierenden Alter des Kindes nur nach Offenlegung und bei Zustimmung des einsehtfähigen Kindes im Rahmen der elterlichen Sorge gestattet sein.<sup>88</sup>

## IV. Konturierung von Elementen digitaler elterlicher Sorge

Nach all dem lässt sich die digitale elterliche Sorge, wie sie durch die Rechtsprechung entwickelt wurde, in kritischer Auseinandersetzung mit dieser in folgenden Elementen konturieren:

<sup>83</sup> Götting/Schertz/Seitz-Götting, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, 2008, § 1 Rn. 1; vgl. zu den besonderen Persönlichkeitsrechten und Fallgruppen auch: MüKo BGB-Rixecker, 8. Aufl. 2018, Anh. § 12 Rn. 5.

<sup>84</sup> BeckOGK BGB-Specht, Stand: 01.10.2018, § 823 Rn. 1086.

<sup>85</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87, NJW 1990, 563, 565.

<sup>86</sup> So auch: Rake, FamRZ 2017, 1733, 1733.

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 10.03.2009 – VI ZR 261/07, GRUR 2009, 584 Rn. 15 – *Enkel von Fürst Rainier*: Eigenständiger Verletzungseffekt; BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 272/06, GRUR 2009, 86 Tz. 17 – *Gesundheitszustand von Prinz Ernst August von Hannover*: Heimlichkeit bei der Abwägung zugunsten des Betroffenen zu berücksichtigen; eingehend: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 48.

<sup>88</sup> In diese Richtung auch: Götz, FamRZ 2017, 1725, 1726.

# 1. Elemente digitaler elterlicher Sorge

## a) Schutzelement/Aufsichtspflicht

Eltern sind gehalten, ihr Kind im digitalen Raum durch entsprechende Maßnahmen zu schützen. Insbesondere denkbar ist eine Kindeswohlgefährdung durch Cybermobbing, Cybergrooming, Cyberstalking, Sexting, anderweitige Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der besonderen Persönlichkeitsrechte des Kindes o. ä.,<sup>89</sup> aber auch durch die Gefahr der Radikalisierung, des Ausgesetztseins gewaltverherrlichender, anderweitig brutaler, altersunangemessener, pornographischer o. ä. Inhalte.<sup>90</sup> Im Falle der Verletzung dieser Verpflichtung haften die Eltern gegenüber ihren Kindern gem. § 1164 BGB.<sup>91</sup> Korrespondierend hierzu trifft die Eltern gem. § 1631 BGB auch eine Aufsichtspflicht, ihre Kinder von entsprechend drittschädigendem Verhalten im Netz abzuhalten.<sup>92</sup> Dies gilt ebenso für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten Dritter wie für die Verletzung von Urheberrechten oder anderen Rechten und Rechtsgütern dritter Personen. Bei Verletzung haften die Eltern gegenüber Dritten gem. § 832 BGB. Das Maß der Aufsicht ist von mehreren Faktoren abhängig, die im jeweiligen Einzelfall differieren. Hierzu gehören das Alter des Kindes und seine geistige Entwicklung,<sup>93</sup> persönliche Eigenschaften, die auf die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung schließen lassen,<sup>94</sup> aber auch konkrete Anhaltspunkte wie eine vorausgegangene Rechtsverletzung Dritter.<sup>95</sup> In der Sache ist die Aufsichtspflicht eine Konkretisierung des allgemeinen deliktischen Sorgfaltsgebots, sodass sich das Maß der im Einzelfall gebotenen Aufsicht nach denselben Grundsätzen richtet, die für Umfang und Intensität deliktischer Sorgfaltspflichten im analogen Bereich maßgeblich sind.<sup>96</sup> Die Grenze der erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen richtet sich danach, was verständige Eltern nach vernünftigen Anforderungen in der konkreten Situation tun müssen, um Schädigungen Dritter durch ihr Kind zu verhindern (dazu sogleich unter d)).<sup>97</sup>

<sup>89</sup> So sehr zutreffend auch: *Rake*, FamRZ 2017, 1733, 1733; *Götz*, FamRZ 2017, 1725, 1726.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu auch: *Götz*, FamRZ 2017, 1725, 1727; *Rake*, FamRZ 2017, 1733, 1733.

<sup>91</sup> Palandt-Götz, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1631 Rn. 3.

<sup>92</sup> Palandt-Götz, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1631 Rn. 3.

<sup>93</sup> Palandt-Götz, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1631 Rn. 3; BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 21 ff. – *Morpheus*.

<sup>94</sup> BGH, Urt. v. 26.01.1960 – VI ZR 18/59, VersR 1960, 355; OLG Köln, Urt. v. 31.10.1961 – 9 U 59/60, FamRZ 1962, 124; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.09.2000 – 22 U 19/00, NJW-RR 2002, 235; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 28.03.2001 – 23 U 74/00, NJW-RR 2002, 236; OLG Hamm, Urt. v. 09.06.2000 – 9 U 226/99, NJW-RR 2002, 237.

<sup>95</sup> Palandt-Götz, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1631 Rn. 3; BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, GRUR 2013, 511 Tz. 24 – *Morpheus* m Anm *Schaub*.

<sup>96</sup> MüKo BGB-Wagner, 7. Aufl. 2017, § 832 Rn. 1, 23. Dabei besteht grundsätzlich die Pflicht, einen Aufsichtsbedürftigen zu beobachten, zu belehren und zu leiten, vgl. OLG München, Urt. v. 18.06.1996 – 25 U 5607/95, BeckRS 1996, 10464 Tz. 4; LG Wuppertal, Urt. v. 07.11.2013 – 17 O 169/12, BeckRS 2014, 19221.

<sup>97</sup> BGH, Urt. v. 29.05.1990 – VI ZR 205/89, NJW 1990, 2553, 2554; BGH, Urt. v. 27.11.1979 – VI ZR 98/78, NJW 1980, 1044, 1045.

## b) Aufklärungs- und Hilfestellungselement

Sorgeberechtigte Personen müssen ihre Kinder über die Gefahren der Nutzung digitaler Medien aufklären. Dies resultiert aus der Aufsichtspflicht der Eltern, wenn die Mediennutzung die Gefahr der Verletzung von Rechten Dritter begründet. Auch ohne konkrete Anhaltspunkte ist eine solche Aufklärung nach Auffassung der Rechtsprechung geboten. Droht durch die Nutzung neuer Medien eine Kindeswohlgefährdung, folgt diese Aufklärungspflicht unmittelbar aus § 1626 BGB. Die Entwicklung von Kindern zu selbstverantwortlichen Personen könnte es auch gebieten, Kinder an die Nutzung digitaler Medien heranzuführen zu müssen. Hierzu existiert bislang jedoch keine einschlägige Rechtsprechung. Ein Medienverbot ist in der Regel jedenfalls ab einem bestimmten, sich an den individuellen Charaktereigenschaften und dem individuellen Reifegrad des Kindes orientierenden Alter des Kindes, kontraindiziert.

Eine Pflicht der Eltern, das Kind auf die Möglichkeit der Löschung von personenbezogenen, das Kind betreffenden Daten gem. Art. 17 DS-GVO sowie auf weitere nach dem Datenschutzrecht bestehende Betroffenenrechte hinzuweisen, ginge ebenfalls zu weit. Über dieses Wissen werden juristisch nicht fachkundige Personen in der Regel nicht verfügen.

Als Hilfestellungselement erforderlich ist jedoch die Einwilligung bzw. die Versagung der Einwilligung in die kunsturheberrechtlich und anderweitig persönlichkeitsrechtlich relevanten Handlungen der Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung von das Kind betreffenden Bildnissen, Stimmufnahmen etc. Hier ist im Bereich der Doppelzuständigkeit von den Sorgeberechtigten sehr genau zu prüfen, welche Nachteile die Einwilligung in die Verbreitung bzw. öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen, Stimmufnahmen etc. haben kann. Über ein generelles Veröffentlichungsverbot bis zum Kindesalter von sieben Jahren, wie es der portugiesische Acórdão do Tribunal da Relação de Évora für das Datenschutzrecht generell statuiert hat, sollte nachgedacht werden.

## c) Überwachungs- und Kontrollelement

Zwar begründet die Nutzung digitaler Medien für Kinder eine teils erhebliche Gefährdungslage, dies kann aber nicht dazu führen, dass Eltern ihre Kinder altersunabhängig und grenzenlos im digitalen Raum dauerhaft überwachen und die Nutzung digitaler Medien uneingeschränkt kontrollieren dürfen.

§ 1626 Abs. 2 BGB erfordert es vielmehr, bei der Erziehung des Kindes seine wachsende Fähigkeit sowie sein wachsendes Bedürfnis zu selbständigem, verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Eltern sind daher gehalten, mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge zu besprechen und Einvernehmen anzustreben. Parental Control-Apps und Ortungs-Apps sollten daher jedenfalls ab einem gewissen, sich am individuellen Entwicklungsstand orientierenden Alter des Kindes nur nach Offenlegung und bei Zustimmung des einsichtsfähigen Kindes ge-

nutzt werden dürfen.<sup>98</sup> Kommunikationsinhalte dürfen ohne konkrete Gefährdungslage des Kindes nicht überwacht werden. Die Kontrolle der Kontakte des Kindes lässt sich auch im digitalen Raum anhand der zu § 1632 Abs. 2 BGB entwickelten Grundsätze messen: Sie ist umso restriktiver zu handhaben, je älter das Kind wird, es sei denn, es bestehen konkrete Hinweise auf eine Gefährdung.<sup>99</sup>

#### d) Verbotselement

Das Erfordernis der Berücksichtigung der wachsenden Fähigkeiten des Kindes einerseits und der wachsenden Bedürfnisse des Kindes zu selbständigem und verantwortungsbewusstem Handeln andererseits steht einem altersunabhängigen vollständigen Verbot der Nutzung von Smartphones, Sozialen Netzwerken oder anderer digitaler Medien oder gar des Internets insgesamt entgegen<sup>100</sup> und sollte nur als ultima ratio eingesetzt werden dürfen.<sup>101</sup> Aus der fehlenden Möglichkeit des vollständigen Verbotes der Mediennutzung resultiert allerdings kein Anspruch des Kindes auf ein Smartphone. Welches Alter entscheidend ist, um dem Kind ein Smartphone zu überlassen, ist von der Einsichtsfähigkeit des Kindes abhängig.<sup>102</sup>

Ein Smartphoneverbot kann sich aber bei sehr jungen Kindern rechtfertigen und ist hier auch keine entwürdigende Erziehungsmaßnahme i.S.d. § 1631 Abs. 2 BGB, selbst wenn das Kind hierdurch tatsächlich dem Spott seines sozialen Umfelds ausgesetzt ist.<sup>103</sup> Sehr wohl möglich ist auch eine zeitliche und sachliche Einschränkung der Nutzung digitaler Medien, die auch mit technischen Mitteln (z.B. Sperren) umgesetzt werden kann. Kindersicherungs-Apps wie „Kids Place“ oder „Screen Time“ sind hierfür geeignet, selbst wenn sie möglicherweise umgangen werden können.<sup>104</sup> Die Wirksamkeit einer technischen Maßnahme kann nicht schon dadurch generell in Frage gestellt werden, dass technische Umgehungsmöglichkeiten bestehen. Dieser Grundsatz ist bereits aus dem Urheberrecht bekannt und gründet darauf, dass bei Abhängigkeit der rechtlichen Wirksamkeit eines technischen Mittels von dessen faktischer Umgehungsmöglichkeit ein Wettlauf zwischen Entwicklern des technischen Mittels und denen der technischen Umgehungsmöglichkeit entstände.<sup>105</sup> Als Alternative zu einem vollständigen Verbot der Mediennutzung kommt auch ein Ruf-

<sup>98</sup> In diese Richtung auch: *Götz*, FamRZ 2017, 1725, 1726.

<sup>99</sup> Palandt-Götz, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1632 Rn. 10; zu möglichen Gefährdungslagen vgl. BT-Drs. 18/11050, S. 312: Radikalisierung.

<sup>100</sup> *Götz*, FamRZ 2017, 1725, 1726.

<sup>101</sup> *Rake*, FamRZ 2017, 1733, 1734.

<sup>102</sup> *Götz*, FamRZ 2017, 1725, 1726.

<sup>103</sup> So zutreffend: *Götz*, FamRZ 2017, 1725, 1726.

<sup>104</sup> Vgl. hierzu sowie zu weiteren Kindersicherungsmaßnahmen auch: AG Bad Hersfeld, Urt. v. 22.07.2016 – F 361/16, MMR 2016, 709 ff.

<sup>105</sup> *Specht*, Diktat der Technik – Regulierungskonzepte technischer Vertragsinhaltsgestaltung am Beispiel von Urheberrecht und Bürgerlichem Recht, 2019.

nummernwechsel in Betracht, um beispielsweise nicht weiter von Messenger-Kontakten belästigt zu werden.<sup>106</sup>

## e) Fortbildungselement

Die Vorgabe des § 1626 BGB, das Kind in seiner Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu unterstützen, erfordert es, dass Eltern dem Kind zumindest die Grundlagen der digitalen Mediennutzung vermitteln und ihm beratend zur Seite stehen können. Zwar kann nicht erwartet werden, dass Eltern als technische Experten zur Verfügung stehen, jedenfalls grundlegende Bedürfnisse des Kindes bei der Nutzung digitaler Medien sollten aber befriedigt werden können. Im WhatsApp-Urteil hat das Gericht hieraus eine Pflicht zur medialen Weiterbildung des Sorgeberechtigten statuiert. Wie weit diese Verpflichtung aber gehen kann, ist sicherlich streitbar und kann nicht über Grundlagen hinausgehen.

## 2. Maßnahmen gem. § 1666 BGB

Sofern die Pflichten der elterlichen Sorge vernachlässigt werden und hieraus eine konkrete Kindeswohlgefährdung resultiert, kann das Familiengericht verhältnismäßige Maßnahmen zum Schutz des Kindes anordnen. Entsprechende Maßnahmen können in der Begleitung und Schulung der Mediennutzung liegen, die durch entsprechende Nutzungsvereinbarungen zwischen Eltern und Kind konkretisiert werden, aber auch in Verbots- und Gebotsregelungen. Dass Erwachsene selbst häufig nicht über die entsprechende Medienkompetenz verfügen, befreit sie nicht von bestehenden Pflichten im Verhältnis zum Kind.<sup>107</sup>

Ohne eine konkrete Gefährdung des Kindeswohles lässt sich die Zulässigkeit einer gerichtlichen Anordnung durchaus bezweifeln, auch wenn die Instanzrechtsprechung dies z.T. annimmt.<sup>108</sup> Verwiesen sein darf hier auf die auch im digitalen Bereich geltende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach kein Anspruch auf „Idealeltern“ besteht, d.h. durch das Familiengericht angeordnete Maßnahmen ohne konkrete Gefährdung des Kindeswohles einen unzulässigen Eingriff in das Elternrecht darstellen.<sup>109</sup> Erforderlich ist vielmehr die konkrete und gegenwärtige Gefährdung des Kindeswohles, die ohne Intervention eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussehen lässt,<sup>110</sup> wobei der Schadenseintritt umso weniger wahrscheinlich sein muss, je schwerwiegender der dro-

<sup>106</sup> Rake, FamRZ 2017, 1733, 1734.

<sup>107</sup> Götz, FamRZ 2017, 1725, 1726.

<sup>108</sup> AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 27.10.2017 – 63 F 290/17, NZFam 2018, 414 Ls. 1, 2.

<sup>109</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.07.2017 – 1 BvR 1202/17, NZFam 2017, 795 Tz. 16; BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 47/15, NJW-RR 2016, 1089 Tz. 21; BayVGh, Beschl. v. 09.01.2017 – 12 CS 16.2181, NJW 2017, 1976 Tz. 9; Götz, FamRZ 2017, 1725, 1728.

<sup>110</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223 Tz. 23, 46; BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 47/15, NJW-RR 2016, 1089 Tz. 28.

hende Schaden ist.<sup>111</sup> Die Maßnahmen müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Am wenigsten eingriffsintensiv scheinen insofern niederschwellige Weisungen an die Eltern, die allerdings nur geeignet sind, sofern mit ihrer Umsetzung zu rechnen ist. Das Gericht kann auch Kontaktverbote gegenüber Dritten verhängen, § 1666 Abs. 4 BGB.<sup>112</sup>

## V. Kurzzusammenfassung der Ergebnisse

Inhalt und Umfang der in kritischer Auseinandersetzung v.a. mit der urheberrechtlichen, kunsturheberrechtlichen, datenschutz- und persönlichkeitsrechtlichen Rechtsprechung entwickelten digitalen elterlichen Sorge stehen nicht für die gesamte Zeit der Minderjährigkeit des Kindes unveränderlich fest, sondern treten in dem Maße zurück, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwächst, insoweit es also zur Selbstbestimmung und Selbstverantwortung fähig ist.<sup>113</sup> Das Elternrecht ist ein Pflichtenrecht<sup>114</sup> und als solches am Ziel der Erziehung des Kindes zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu orientieren.<sup>115</sup> Die digitale elterliche Sorge umfasst daher v.a. die hier herausgearbeiteten Elemente zum Schutz des minderjährigen Kindes und zu seiner Beaufsichtigung im digitalen Raum, ein Aufklärungs- und Hilfestellungs-element, ein Überwachungs- und Kontrollelement, ein Verbots-element sowie ein Fortbildungselement. Sind die Eltern nicht gewillt oder in der Lage, ihrer digitalen elterlichen Sorge nachzukommen und resultiert hieraus eine Kindeswohlgefährdung, so kann das Familiengericht gem. § 1666 BGB konkrete Maßnahmen zur Abwendung dieser Gefährdung anordnen.

## Abschlussvermerk

Dieses Gutachten ist keine Rechtsberatung i.S.d. Rechtsdienstleistungsgesetzes. Wo Einschätzungen abgegeben werden, beruhen diese auf der subjektiven Bewertung der Verfasserin, weshalb eine abweichende Beurteilung durch Gerichte und Dritte nicht ausgeschlossen ist. Die Auswahl von Rechtsprechung und Diskussionsständen in der Literatur orientiert sich aufgrund der Umfangsbegrenzung des Gutachtens an der Relevanz der Entscheidungen und Literaturmeinungen für die zu erörternde Thematik, ihrer Aktualität und ihren Auswirkungen aus Sicht der Verfasserin.

<sup>111</sup> BGH, Beschl. v. 23.11.2016 – XII ZB 149/16, NJW 2017, 1032 Tz. 14.

<sup>112</sup> Zur Tauglichkeit im digitalen Bereich vgl. Götz, FamRZ 2017, 1725, 1726.; Rake, FamRZ 2017, 1733, 1734.

<sup>113</sup> So generell: BVerfG, Urt. v. 09.02.1982 – 1 BvR 845/79, NJW 1982, 1375, 1378; BeckOK BGB-Veit, 48. Edition, Stand: 01.11.2018, § 1626 Rn. 13.

<sup>114</sup> MüKo BGB-Huber, 7. Aufl. 2017, § 1626 Rn. 7.

<sup>115</sup> BVerfG, Beschl. v. 27.06.2008 – 1 BvR 311/08, BeckRS 2008, 39043 Tz 32; BeckOK BGB-Veit, 48. Edition, Stand: 01.11.2018, § 1666 Rn. 4.

## Literaturverzeichnis

- Bamberger*, Heinz Georg/*Roth*, Herbert/*Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman, Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 48. Edition, München 2018
- Dasch*, Norbert, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München 1990
- Dreier*, Thomas/*Schulze*, Gernot, *Urheberrechtsgesetz*, 6. Auflage, München 2018
- Engelmann*, Franziska, Veröffentlichung von Fotos als Angelegenheit von erheblicher Bedeutung, NZFam 2018, S. 614
- Filgueiras*, Sofia, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (Portugal): Verbot der Veröffentlichung von Fotos der eigenen Kinder in sozialen Netzwerken, ZD 2016, S. 227–228
- Galinsky*, Thorsten, Anordnung der Ergänzungspflegschaft bei Ansprüchen gegen den anderen Elternteil, NZFam 2016, S. 906
- Gernhuber*, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, 2. Auflage, München 1971
- Götting*, Horst-Peter, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995
- Götting*, Horst-Peter/*Schertz*, Christian/*Seitz*, Walter, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, München 2008
- Götz*, Isabell, Digital Natives im Familienrecht, FamRZ 2017, S. 1725–1728
- Gola*, Peter, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage, München 2018
- Gsell*, Beate/*Krüger*, Wolfgang/*Lorenz*, Stephan/*Reymann*, Christoph, Beck'scher Online-Großkommentar Bürgerliches Gesetzbuch, München 2018
- Hansen*, Hauke/*Schulze-Brüggemann*, Nils, WhatsApp-Datenweitergabe ohne Einwilligung unzulässig, GRUR-Prax 2017, S. 338
- Helle*, Jürgen, *Das kommerzielle Persönlichkeitsrecht und das Grundgesetz*, AfP 2010, S. 531–538
- Herberger*, Maximilian/*Martinek*, Michael/*Rüßmann*, Helmut/*Weth*, Stephan, *juris PraxisKommentar BGB*, Band 4: Familienrecht, 8. Auflage, Saarbrücken 2017
- Jokisch*, Beate, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahre 2016, FuR 2017, S. 479–486
- Kasenbacher*, Martin, Gerichtliche Weisungen und Auflagen im Sorgerechtsverfahren, NJW- Spezial 2018, S. 388–389
- Klass*, Nadine, Die zivilrechtliche Einwilligung als Instrument zur Disposition über Persönlichkeitsrechte, AfP 2005, S. 507–518
- Leipold*, Michael, Anmerkung zu AG Bad Hersfeld, Beschl. v. 27.10.2017 – 63 F 290/17 – Auflage an Kindeseltern, ihrem Kind bestimmte elektronische Spieletitel nicht mehr zur Verfügung zu stellen, NZFam 2018, S. 414–418
- Palandt*, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage, München 2018
- Rake*, Ulrich, Social Media und elterliche Umgangsbestimmung, FamRZ 2017, S. 1733–1734
- Rake*, Ulrich, Anmerkung zu OLG Nürnberg, Beschl. v. 08.12.2015 – 11 UF 1257/15 – Keine gerichtliche Anordnung des Wechselmodells im Umgangsverfahren, FamRZ 2016, S. 2114–2119
- Schaub*, Renate, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 15.11.2012 – I ZR 74/12, Reichweite der elterlichen Haftung für illegales Filesharing ihrer minderjährigen Kinder – Morpheus, GRUR 2013, S. 511–516
- Specht*, Diktat der Technik – Regulierungskonzepte technischer Vertragsinhaltsgestaltung am Beispiel von Urheberrecht und Bürgerlichem Recht, Baden-Baden 2019
- Spindler*, Gerald/*Schuster*, Fabian, Recht der elektronischen Medien, 3. Auflage, München 2015
- Stein*, Erwin, *Die rechtsphilosophischen und positiv-rechtlichen Grundlagen des Elternrechts*, in: Stein, Erwin/*Joest*, Wilfried/*Dombois*, Hans, Elternrecht, Heidelberg 1958, S. 5–57
- Wenzel*, Karl Egbert/*Burkhardt*, Emanuel H., Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, Auflage, Köln 2003



Kontaktdaten:

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider

Universität Bonn

Fachbereich Rechtswissenschaft

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht

Adenauerallee 46a

53113 Bonn

E-Mail: sekretariat.specht@jura.uni-bonn.de

**Gefördert vom**



Bundesministerium  
für Familie, Senioren, Frauen  
und Jugend

**Deutsches Jugendinstitut e. V.**

Nockherstraße 2  
D-81541 München

Postfach 90 03 52  
D-81503 München

**Telefon** +49 89 62306-0

**Fax** +49 89 62306-162

**[www.dji.de](http://www.dji.de)**