



DATENSCHUTZ-RECHT/GAMES

BGH urteilt zur Cookie-Einwilligung – wir zeigen die Auswirkungen auf Games-Unternehmen

„Wir verwenden Cookies“ lautet auf vielen Websites die Begrüßung der Nutzer. Die Cookies setzt z. B. der Analysedienst Google Analytics. Ähnliche Dienste finden sich häufig auch in Videospielen (wie Google Analytics for Firebase). Obwohl solche Cookies und Dienste weithin genutzt werden, war der rechtliche Rahmen dafür nicht genau abgesteckt. Unklar war bisher insbesondere, ob hierfür eine Einwilligung erforderlich ist und wie diese auszusehen hat.

Die Aufsichtsbehörden verlangen von Anbietern sicherzustellen, dass jedes genutzte Cookie nach der DSGVO gerechtfertigt ist. Konkret äußern sie sich nur zu Google Analytics, für das eine Einwilligung des Nutzers notwendig sei.

Die Games-Branche geht mit diesen Maßgaben zwiespältig um. Auf ihren Websites weisen Publisher und Entwickler meist auf den Einsatz von Cookies hin. Vermehrt wird auch die Einwilligung des Nutzers erfragt. In Videospielen ist dagegen selten ein Hinweis auf Cookies oder anderes Tracking zu finden. In der Datenschutzerklärung mancher Spiele sind solche Technologien zwar erwähnt, eine Möglichkeit für Nutzer zum Opt-out oder gar zum Opt-in ist aber auch in diesen Fällen die Ausnahme.

Einen wesentlichen Beitrag zur Klärung leistet das heutige Urteil des BGH in Sachen „Planet49“ (Az. I ZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II). Der BGH hat entschieden, dass Cookies zur Werbung oder Marktforschung eine Einwilligung erfordern. Dies folgt direkt aus der ePrivacy-Richtlinie, nicht aus der DSGVO. Nicht ausreichend für die Einwilligung ist ein Opt-out-Verfahren, bei dem die Einwilligung vorausgewählt ist und vom Nutzer aktiv abgewählt werden muss, um sie zu verweigern.

1. SACHVERHALT

Gegenstand des Urteils ist die Klage einer Verbraucherzentrale gegen eine Einwilligungserklärung, die in einem Online-Anmeldeformular für Gewinnspiele verwendet wurde. Die Einwilligung betraf einen Webanalysedienst, der mithilfe von Cookies das Verhalten der Teilnehmer auf Websites Dritter auswertet und „interessengerechte“ Werbung ermöglicht. Unter einem Link waren Details zu erfassten Daten, Empfängern und der beabsichtigten E-Mail-Werbung verfügbar. Die Teilnehmer konnten mittels Check-Box über ihre Einwilligung entscheiden. Stein des Anstoßes war dabei,

dass die Check-Box bereits „vorausgewählt“ war, das Häkchen also wieder entfernt werden musste, um die Einwilligung zu verweigern (Opt-out).

2. RECHTLICHER HINTERGRUND

Nach der DSGVO bedarf die Verarbeitung personenbezogener Daten, z. B. Nutzer-IDs in Cookies und damit verknüpfter Daten, einer Rechtfertigung. Der Verarbeitung vorgelagert ist das Setzen des Cookies selbst, das die ePrivacy-Richtlinie reguliert, die von der DSGVO unberührt bleibt (Art. 95 DSGVO). Seit 2009 fordert die Richtlinie zum Speichern von Daten auf dem Nutzergerät und zum Zugriff auf dort gespeicherte Daten generell eine Einwilligung des Nutzers, also ein Opt-in statt eines Opt-out (Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie in der durch die sog. Cookie-Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung).

Laut Mitteilung der Bundesregierung sind diese Vorgaben im nach wie vor gültigen Telemediengesetz (TMG) umgesetzt, wonach Diensteanbieter personenbezogene Daten von Nutzern nur verarbeiten dürfen, wenn die Nutzer einwilligen oder eine Rechtsnorm dies gestattet (§ 12 Abs. 1 TMG). Zugleich erlaubt das TMG aber, Nutzerprofile für Zwecke der Werbung mittels Pseudonymen zu erstellen, wenn der Nutzer nicht widerspricht (§ 15 Abs. 3 TMG). Für solche Nutzerprofile setzen Anbieter regelmäßige Cookies, die nur ein pseudonymes Kennzeichen enthalten, da die genaue Identität des Nutzers dem Anbieter meist unbekannt ist. Die Cookies könnten dem Wortlaut des TMG nach also über ein Opt-out, wie im vorliegenden Fall, zulässig sein. Der BGH hat jetzt entschieden, dass das Fehlen einer wirksamen Einwilligung als Widerspruch gegen die Erstellung von Nutzerprofilen im Sinne des § 15 Abs. 3 TMG anzusehen ist.

3. VERFAHRENSGANG

Das erstinstanzliche Gericht hat die Verwendung der Einwilligung untersagt, da nach seiner Auffassung die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung nicht erfüllt waren. Demgegenüber hat das Berufungsgericht, gestützt auf § 15 TMG, das vorliegende Opt-out für zulässig erachtet.

Der BGH hat zunächst dem EuGH verschiedene Fragen zur Einwilligung nach der ePrivacy-Richtlinie vorgelegt. In seiner Antwort im Herbst 2019 ([Rs. C-673/17 – „Planet49“](#)) hat der EuGH festgestellt, dass auch für eine Einwilligung nach der ePrivacy-Richtlinie

der Einwilligungmaßstab der DSGVO gilt. Erforderlich ist also eine aktive, eindeutige bestätigende Handlung. Vorausgewählte Check-Boxen oder bloßes Stillschweigen genügen nicht (siehe [BB Datenschutz-Ticker Oktober 2019](#)).

4. FOLGEN DES BGH-URTEILS FÜR DIE GAMES-BRANCHE

Der BGH verschärft die bisher angelegten Maßstäbe für Cookies und auch weitere Analyselösungen. Er stellt klar, dass die Regelungen des TMG weiterhin anwendbar bleiben und gemäß den Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie auszulegen sind. Ausdrücklich bezieht der BGH Cookies zur Werbung und Marktforschung in diese Vorgaben ein. Die Erwägungen des BGH betreffen aber auch Analyse-Cookies, mit deren Hilfe Anbieter ihre Online-Medien bedarfsgerecht gestalten.

Die ePrivacy-Richtlinie erfordert, dass im Grundsatz eine Einwilligung eingeholt wird, bevor Daten wie Cookies auf dem Gerät des Nutzers gespeichert oder ausgelesen werden. Ausgenommen sind nur Prozesse:

- soweit diese unbedingt erforderlich sind, um einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst bereitzustellen oder
- wenn diese allein der Übertragung einer Nachricht dienen.

Publisher und Entwickler können sich daher nicht auf eine Rechtsgrundlage nach der DSGVO berufen, insbesondere nicht auf eine Rechtfertigung mit ihrem berechtigten Interesse und ggf. einer bloßen Opt-Out-Möglichkeit.

Für die Games-Branche können diese Maßgaben erhebliche Folgen haben, da sie für jeglichen Zugriff auf Daten auf dem Nutzergerät gelten, auch wenn keine Cookies genutzt werden und keine personenbezogenen Daten, sondern reine Geräteinformationen betroffen sind. Erfasst werden u. a. auch das Auslesen der Werbe-ID, das Protokollieren von Hardware-Details und der Zugriff auf lokal gespeicherte Dateien wie detaillierte Fehlerberichte.

Publisher und Entwickler müssen diese Maßstäbe insbesondere im Auge behalten bei:

- **In-Game-Analysen** des Spielerverhaltens und der Spiel-Performance sowie Absturzberichten, da diese umfangreiche Hardware-Informationen einschließen können;
- **In-Game Advertising**, bei dem häufig sog. Ad Verification Tools zur Messung der Werbeauspielung und zur Betrugsverhinderung zum Einsatz kommen, die eine Nutzer-ID erstellen und speichern;
- **Anti-Cheat-Systemen**, die entweder personenbezogene Daten und/oder umfassende Hardware-Informationen auswerten, um „betrügerisches“ Verhalten zu erkennen und zu verhindern;
- **DRM-Systemen**, z. B. wenn diese einen Hash-Wert basierend auf der Hardware des Nutzers erstellen und zum Verifizieren der Spiellizenz nutzen; und

- **Online-Shop** und **Web-Auftritt**, in denen ggf. Dienste zum Conversion-Tracking oder zum Retargeting integriert sind.

In diesen Fällen spielen die obigen Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis eine zentrale Rolle. Eine Orientierung hierbei bieten die [Hinweise der Datenschutzbehörde Frankreichs \(CNIL\)](#) und [des Vereinigten Königreichs \(ICO\)](#) zu Cookies mit folgenden Beispielen:

|  |  |  |
|---|--|---|
| Warenkorbfunktion | ohne Einwilligung möglich | ohne Einwilligung, jedenfalls bei Session-Cookies |
| Nutzer-Login und -Authentifizierung | ohne Einwilligung möglich | ohne Einwilligung möglich, sofern nur Session-Cookies |
| Netzwerk-Lastverteilung | ohne Einwilligung möglich | ohne Einwilligung möglich, sofern nur Session-Cookies |
| Tracking | ohne Einwilligung nur unter bestimmten Bedingungen möglich (u. a. weder geräte- noch seitenübergreifend) | stets Einwilligung nötig |
| Werbeauspielung | nur mit Einwilligung zulässig | |
| Social Media Plugins | nur mit Einwilligung zulässig | |

Soweit Cookies und andere Technologien danach eine Einwilligung des Nutzers erfordern, muss eine Einwilligungslösung implementiert werden. Eine mögliche Umsetzung hierfür sind die verbreiteten Cookie-Banner. Die Gestaltung einer solchen Cookie-Einwilligung muss zudem die Vorgaben der DSGVO für die Einwilligung berücksichtigen. Auf voreingestellte Check-Boxen muss deshalb verzichtet werden. Die Details der Einwilligungen hängen von den jeweils eingesetzten Cookies bzw. Technologien und den verfolgten Zwecken ab. Eine pauschale Einwilligungslösung ist unzureichend, da die Einwilligung konkret und für bestimmte Zwecke erteilt werden muss.

Für Rückfragen sprechen Sie den BEITEN BURKHARDT Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das BEITEN BURKHARDT Datenschutz-Team:

MÜNCHEN



Dr. Axel von Walter

Rechtsanwalt | CIPP/E | CIPM
 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
 Fachanwalt für Informationstechnologierecht
 Axel.Walter@bblaw.com
 Tel.: +49 89 35065-1321



Gudrun Hausner

Rechtsanwältin
 Gudrun.Hausner@bblaw.com
 Tel.: +49 89 35065-1307



Dr. Johannes Baumann

Rechtsanwalt
 Johannes.Baumann@bblaw.com
 Tel.: +49 89 35065-1307



Lauren Lee

Rechtsanwältin | LL.M.
 Lauren.Lee@bblaw.com
 Tel.: +49 89 35065-1307

FRANKFURT AM MAIN



Dr. Andreas Lober

Rechtsanwalt
 Andreas.Lober@bblaw.com
 Tel.: +49 69 756095-582



Susanne Klein

Rechtsanwältin | LL.M.
 Fachanwältin für Informations-
 technologierecht
 Susanne.Klein@bblaw.com
 Tel.: +49 69 756095-582



Peter Tzschentke

Rechtsanwalt
 Peter.Tzschentke@bblaw.com
 Tel.: +49 69 756095-582



Lennart Kriebel

Rechtsanwalt
 Lennart.Kriebel@bblaw.com
 Tel.: +49 69 756095-477

BERLIN



Dr. Matthias Schote

Rechtsanwalt | Fachanwalt für Urheber- und
 Medienrecht
 Matthias.Schote@bblaw.com
 Tel.: +49 30 26471-280

DÜSSELDORF



Mathias Zimmer-Goertz

Rechtsanwalt
 Mathias.Zimmer-Goertz@bblaw.com
 Tel.: +49 211 518989-144

Impressum

BEITEN BURKHARDT

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
 (Herausgeber)

Ganghoferstraße 33 | D-80339 München
 AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:
<https://www.beiten-burkhardt.com/de/hinweise/impressum>

REDAKTION (VERANTWORTLICH)

Dr. Andreas Lober | Rechtsanwalt | Partner

© BEITEN BURKHARDT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
 Alle Rechte vorbehalten 2020.

HINWEISE

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie diesen Newsticker nicht mehr erhalten möchten,
 können Sie jederzeit per E-Mail (bitte E-Mail mit Betreff
 „Abbestellen“ an newsletter@bblaw.com) oder sonst
 gegenüber BEITEN BURKHARDT widersprechen.