



DATENSCHUTZ-RECHT

BGH urteilt zur Cookie-Einwilligung – es lässt sich nicht mehr ignorieren

„Wir verwenden Cookies“ lautet auf vielen Websites die Begrüßung der Nutzer. Obwohl der Einsatz von Cookies weit verbreitet ist, war der rechtliche Rahmen dafür nicht eindeutig 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 zum Analysedienst Google Analytics, für den eine Einwilligung des Nutzers jedenfalls notwendig sei.

Viele Anbieter bitten Nutzer um eine ausdrückliche Einwilligung zu allen oder bestimmten Cookies. Einige begnügen sich auch nur mit einem Hinweis auf Cookies, die sie mit berechtigten Interessen rechtfertigen, oder unterstellen eine stillschweigende Zustimmung der Nutzer bei weiterer Nutzung der Website.

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 (Richtlinie 2002/58/EG) 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 regelmäßig 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. VERFAHRENGANG

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 Einwilligungsmaßstab 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 PRAXIS

Der BGH verschärft die bisher angelegten Maßstäbe. 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.

Anbieter 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. Umgekehrt ist für Cookies, die unter die genannten Ausnahmen fallen, keine Opt-out-Lösung notwendig.

Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, welche der verwendeten Cookies auf die genannten Ausnahmefälle gestützt werden können. Eine erste Orientierung hierbei bieten die [Empfehlungen der Datenschutzbehörde Frankreichs \(CNIL\)](#) und [des Vereinigten Königreichs \(ICO\)](#) zur Verwendung von Cookies, die folgende Beispiele aufführen:

		
Warenkorb-funktion	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
Werbeausspielung	nur mit Einwilligung zulässig	
Social Media Plugins	nur mit Einwilligung zulässig	

Diese Maßstäbe sind nicht auf Cookies beschränkt, sondern gelten für jegliche Technologien, die Daten auf dem Nutzergerät speichern oder auslesen. Nicht notwendig ist, dass es sich um personenbezogene Daten handelt, auch reine Geräteinformationen sind erfasst. Die ePrivacy-Richtlinie gilt nämlich auch, wenn anstelle von Cookies Daten zum Browser des Nutzers ausgelesen werden, um Nutzer wiederzuerkennen (sog. Browser-Fingerprinting).

Häufig anzutreffende Anwendungsfälle und genutzte Dienste, die Anbieter nach den vorgenannten Maßstäben genauer prüfen sollten, sind insbesondere:

- **Webanalyse-Dienste** wie Google Analytics, etracker oder econda Analytics;
- **Conversion-Tracking-Tools**, die regelmäßig Teil des Angebots von Werbepattformen sind, um die Resultate von Werbekampagnen zu messen und abzurechnen, z.B. das Facebook Pixel, Tracking über Google Ads oder die sog. universelle Ereignisnachverfolgung von Microsoft Advertising;
- Separate **Remarketing-Tools** für gezielte personalisierte Werbung an Website-Besucher, etwa Google Remarketing, Criteo oder Facebook Custom Audiences aus einer Kundenliste bzw. aus dem Facebook Pixel;
- Cookies von **Video-Playern**, insbesondere bei Videos von Videoplattformen wie YouTube und Vimeo, die in den eigenen Web-Auftritt eingebettet sind; oder
- eine „**eingeloggt bleiben**“-Funktion.

Soweit Cookies und andere Technologien danach eine Einwilligung des Nutzers erfordern, müssen Anbieter eine Einwilligungslösung implementieren. 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

Rechtsanwalts-gesellschaft 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 Rechtsanwalts-gesellschaft 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.