

Die Cookie-Einwilligungs-Entscheidung des BGH und was sie sonst noch sagt

Am 28. Mai 2020 entschied der Bundesgerichtshof ("BGH") im Verfahren „Planet49“ zum Thema Cookies (I ZR 7/16). Diese Entscheidung folgte auf die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union („EuGH“) vom 1. Oktober 2019 (siehe unsere Publikation hierzu). Am 6. Juli 2020 wurden nun endlich die vollständigen Entscheidungsgründe des BGH veröffentlicht, die wir in diesem Client Alert zusammenfassen.

Unternehmen, die Cookies auf ihren Webseiten einsetzen, sollten ihre Cookie-Banner und Cookie-Notices entsprechend der Entscheidung des BGH überprüfen. Neben den Äußerungen zum Thema Cookies traf der BGH noch weitere Feststellungen, die für werbetreibende Unternehmen relevant sind.

1. Cookies

Dem EuGH folgend hat der BGH festgestellt, dass ein voreingestelltes Ankreuzkästchen dem Einwilligungserfordernis der DSGVO nicht genügt. Was aus EU-rechtlicher Sicht und im Ergebnis nicht überrascht, bedurfte vor dem Hintergrund des in Deutschland nach wie vor geltenden § 15 Abs. 3 TMG einigen Begründungsaufwandes.

a) Wortlaut des § 15 Abs. 3 TMG fordert nur ein Widerspruchsrecht

Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 TMG darf ein Diensteanbieter (z.B. Anbieter von Websites oder Apps) für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien pseudonymisierte Nutzungsprofile erstellen, vorausgesetzt, der Nutzer wurde auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen und hat nicht widersprochen. Diese Regelung wurde in der Vergangenheit auch für die Erstellung von pseudonymisierten Nutzungsprofilen mittels Cookies herangezogen. Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG ist also ein Widerspruchsrecht/Opt-Out (im Gegensatz zur Einwilligung/Opt-In) für die Erstellung pseudonymisierter Nutzungsprofile durch Cookies ausreichend.

b) Art. 5 Abs. 3 ePrivacy Richtlinie - Einwilligung durch aktives Verhalten erforderlich

Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy Richtlinie (Richtlinie 2002/58/EU in der durch die Richtlinie 2009/136/EU geänderten Fassung) verlangt hingegen, dass „die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende



Teilnehmer oder Nutzer (...) seine Einwilligung gegeben hat“. Dies ist die EU-rechtliche Grundlage für das Einwilligungserfordernis bei Cookies. Welche Anforderungen an diese Einwilligung (Opt-In) zu stellen sind, entschied der EuGH im vorangegangenen Vorabentscheidungsverfahren dahingehend, dass ein aktives Verhalten des Nutzers erforderlich ist (siehe hierzu auch ausführlich unsere [Publikation](#) zur EuGH-Entscheidung).

c) BGH: Richtlinienkonforme Auslegung des § 15 Abs. 3 TMG

Der BGH folgte nicht der Auffassung der deutschen Datenschutzbehörden ([Datenschutzkonferenz](#)), dass § 15 Abs. 3 TMG von der DS-GVO verdrängt wird und deshalb nicht mehr anzuwenden sei, sondern kam zu dem Ergebnis, dass § 15 Abs. 3 TMG weiterhin Anwendung findet.

Der BGH entschied, § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG sei mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy Richtlinie (2002/58/EG), dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers verwendet werden dürfen. Vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung entschied der BGH weiterhin, dass diese Einwilligung des Nutzers nicht mittels eines voreingestellten, durch den Nutzer abwählbaren, Ankreuzkästchens eingeholt werden kann.

Obwohl der BGH im Grunde genommen eine Auslegung entgegen des Wortlauts von § 15 Abs. 3 TMG vornahm, ist eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung des § 15 Abs. 3 TMG nach Auffassung des BGH mit dem Wortlaut noch vereinbar. Laut BGH verlangt die richtlinienkonforme Auslegung mehr als die bloße Auslegung innerhalb des Gesetzeswortlauts - wo nötig und möglich, eine richtlinienkonforme Fortbildung im Wege der teleologischen Reduktion.

d) Offene Fragen

Auch wenn die Entscheidung des BGH - wie auch die Entscheidung des EuGH - etwas Klarheit schafft, so bleiben einige Fragen im Zusammenhang mit Cookies und ähnlichen Technologien ungeklärt, z.B.:

- Wie hat der Text einer Cookie-Einwilligung in der Praxis auszusehen?
- Wie granular muss der Einwilligungstext gestaltet sein?
- Unter welchen Voraussetzungen sind sog. Cookie-Walls vor dem Hintergrund der Freiwilligkeit der Einwilligung zulässig (Stichwort: Bezahlen mit personenbezogenen Daten)?

2. Einwilligung in Direktmarketingmaßnahmen

Die Entscheidung des BGH enthält darüber hinaus interessante Ausführungen zu Einwilligungen in Direktmarketingmaßnahmen. Diesen Ausführungen lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Einwilligungstext für Direktmarketingmaßnahmen war mit einem nicht-voreingestellten Ankreuzkästchen versehen und verwies auf eine weitere Webseite, auf der die zur Werbung berechtigten Unternehmen (57 an der Zahl) mit Beschreibung der jeweiligen Geschäftsbereiche und der beabsichtigten Kommunikationskanäle aufgelistet waren. Der Nutzer konnte einzelne Unternehmen abwählen und erhielt den Hinweis, dass der Webseitenbetreiber nach freiem

Ermessen Unternehmen, höchstens 30, auswählen darf, wenn der Nutzer keine Auswahl trifft.

a) Für UWG-Einwilligungen gilt der Maßstab der DSGVO

Der BGH stellte klar, dass eine nach dem UWG erforderliche Einwilligung in Werbemaßnahmen seit dem 25. Mai 2018 dem Maßstab der DSGVO genügen muss.

b) Einwilligung für den konkreten Fall

Sowohl unter Berücksichtigung der Rechtslage vor der DSGVO als auch gemäß der DSGVO entschied der BGH, dass eine Werbeeinwilligung für den konkreten Fall gegeben sein muss. Insbesondere muss klar sein, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen von der Einwilligung umfasst sind. Die Gestaltung der Einwilligung mit einem Link auf eine weitere Webseite, die wiederum die konkreten Informationen zu den zur Werbung berechtigten Unternehmen und deren Geschäftsbereichen enthält, darf nicht so aufwendig und komplex sein, dass der Verbraucher regelmäßig davon abgehalten wird, von den Informationen auf der verlinkten Webseite Kenntnis zu nehmen. Eine so gestaltete Einwilligung führt nicht zu einer wirksamen Einwilligung in Direktmarketingmaßnahmen.

c) Ausblick

In seiner Entscheidung kritisierte der BGH nicht die folgenden Aspekte der streitgegenständlichen Einwilligung in Werbung. Es kann deshalb vermutet werden, dass diese Aspekte rechtlich nicht zu beanstanden sind:

- Der Einwilligungstext selbst nannte die zur Durchführung von Werbemaßnahmen Berechtigten nicht namentlich. Stattdessen verwies der Einwilligungstext auf eine weitere Webseite, auf der die zur Durchführung von Werbemaßnahmen berechtigten Unternehmen genannt wurden, samt Adresse und Beschreibung des jeweils zu bewerbenden Geschäftsbereich („Layered Approach“).
- Eine Einwilligung (d.h. ein Ankreuzfeld) für Werbung per Post, Telefon, E-Mail und/oder SMS. Dies ist wohl so zu verstehen, dass dem Nutzer keine Entscheidungsmöglichkeiten im Einwilligungstext für die einzelnen Kommunikationskanäle gewährt werden müssen.
- Der Gegenstand der Werbeangebote wurde im Einwilligungstext nicht weitergehend spezifiziert; die streitgegenständliche Einwilligung nannte nur „Angebot aus ihrem jeweiligen Geschäftsbereich“. Weitere Spezifikationen zu den Geschäftsbereichen waren über die weitere Webseite abrufbar.

Für weitere Fragen stehen Ihnen unsere Spezialisten zur Verfügung:



Julia Kaufmann LL.M.
julia.kaufmann@bakermckenzie.com



Dr. Michaela Nebel
michaela.nebel@bakermckenzie.com



Dr. Holger Lutz, LL.M.
holger.lutz@bakermckenzie.com



Prof. Dr. Michael Schmid LL.M.
michael.schmid@bakermckenzie.com



Florian Tannen
florian.tannen@bakermckenzie.com

Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB

Berlin

Friedrichstraße 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 30 2 20 02 81 0
Fax: +49 30 2 20 02 81 199

Düsseldorf

Neuer Zollhof 2
40221 Düsseldorf
Tel.: +49 211 3 11 16 0
Fax: +49 211 3 11 16 199

Frankfurt am Main

Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt am Main
Tel.: +49 69 2 99 08 0
Fax: +49 69 2 99 08 108

München

Theatinerstraße 23
80333 München
Tel.: +49 89 5 52 38 0
Fax: +49 89 5 52 38 199

www.bakermckenzie.com

Get Connected:



Dieses Mandantenrundsreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrundsreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als „Partner“ einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als „Büros“ bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© Baker McKenzie