

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strasse Meyer

Editorial

Dr. Alexander Golland

Vertrauen ist gut, Kontrolle ist... möglich?

Seite 161

Stichwort des Monats

Ninja Marnau

Die Corona-Warn-App: Was kann datenschutzfreundliche Technik

Seite 162

Datenschutz im Fokus

Dr. Jan-Michael Grages

Risikosteuerung durch vertragliche Haftungsregelungen

Seite 168

Dr. Dennis-Kenji Kipker

Neues vom IT-SiG 2.0

Meilensteine des aktuellen zweiten Referentenentwurfs

Seite 172

Guido Hansch

Whistleblowing-Richtlinie EU 2019/1937: Neue Compliance-Anforderungen für Unternehmen (Teil 1)

Seite 175

Simon Pentzien und Daniel Lösch

Corona-Warn-App und Personenbezug: Eine kritische Betrachtung

Seite 178

Fragen aus der Praxis

Tilman Herbrich

Legitimate Interests Assessment (LIA): Methodik und Praxisleitfaden für Interessenabwägungen

Seite 181

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Dagmar Hartge und Dr. Nina Elisabeth Herbort

Der beste Weg im aufsichtsbehördlichen Verfahren?

Seite 184

Rechtsprechung

Dr. Jan-Peter Ohrtmann und Carl Christoph Möller

BGH entscheidet zu „Planet 49“: „Werbe-Cookies erfordern grundsätzlich eine Einwilligung“

Seite 188

▪ Nachrichten Seite 165 ▪ Service Seite 192

Dr. Jan-Peter Ohrtmann und Carl Christoph Möller

BGH entscheidet zu „Planet 49“: „Werbe-Cookies erfordern grundsätzlich eine Einwilligung“

BGH, Urt. v. 28.05.2020 – I ZR 7/16

Die Gerichtsentscheidung in Kürze

Der BGH legt § 15 Abs. 3 Satz 1 Telemediengesetz („TMG“) dahin aus, dass der Einsatz von Werbe-Cookies grundsätzlich eine Einwilligung erfordert.

Die Bestätigung eines Hinweistextes mit einem vor-eingestellten Ankreuzfeld stellt keine wirksame Einwilligung dar.

Zudem ist es zur Wirksamkeit einer Einwilligung erforderlich, dass sie informiert und für den bestimmten Fall erteilt wird. Intransparente, aufwändige zu bewertende Werbepartnerlisten und -zwecke sind dafür unzureichend.

Die Vorgeschichte

Der Europäische Gerichtshof („EuGH“) hatte am 1. Oktober 2019 (Az.: C-673/17) im Planet49-Verfahren vielbeachtet über verschiedene vom BGH vorgelegte Fragen entschieden. Insbesondere hatte der EuGH in Anwendung von Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2002/58/EG („ePrivacy-Richtlinie“) festgelegt, dass Cookies grundsätzlich der Einwilligung bedürfen, es sei denn, dass sie unbedingt erforderlich sind, um dem Nutzer den gewünschten Dienst zur Verfügung zu stellen.

Dem steht im deutschen Recht, zumindest dem Wortlaut nach, § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG entgegen, demzufolge der Diensteanbieter für Zwecke der Werbung, Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen darf, sofern der Nutzer nach einer Unterrichtung über sein Widerspruchsrecht dem nicht widerspricht. Ein ausdrückliches Einwilligungserfordernis enthält das TMG für Cookies nicht.

In der Folge ist die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG seit Langem umstritten. Der deutsche Gesetzgeber hatte – trotz erheblicher Zweifel an der Europarechtskonformität – keinen Änderungsbedarf erkannt. Demgegenüber erklärten die Datenschutzaufsichtsbehörden die §§ 11 ff. TMG seit Geltung der Datenschutz-Grundverordnung („DSGVO“) für nicht mehr anwendbar. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für Online-Diensteanbieter.

Der Fall

Der Bundesverband der Verbraucherzentralen hatte in dem zugrundeliegenden Fall gegen Planet49 geklagt. Die Beklagte veranstaltete im September 2013 im Internet ein Gewinnspiel. Der Nutzer sollte hierfür auf einer Webseite seinen Namen und seine Anschrift angeben. Unter den

Eingabefeldern für die Adresse befanden sich zwei mit Ankreuzfeldern versehene Einverständniserklärungen.

Mit Bestätigen des ersten Hinweistextes, bei welchem das Ankreuzfeld nicht mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, sollte der Nutzer sein Einverständnis mit einer Werbung durch Sponsoren und Kooperationspartner der Beklagten per Post, Telefon, E-Mail oder SMS erklären. Der Nutzer konnte dazu die werbenden Sponsoren und Kooperationspartner aus einer verlinkten Liste von 57 Unternehmen selbst auswählen. Wählte der Nutzer die Werbepartner nicht selbst aus, erfolgte die Auswahl durch die Beklagte.

Der zweite Hinweistext, dessen Ankreuzfeld mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, lautete: „Ich bin einverstanden, dass der Webanalysedienst R bei mir eingesetzt wird. Das hat zur Folge, dass der Gewinnspielveranstalter, [die Beklagte], nach Registrierung für das Gewinnspiel Cookies setzt, welches [der Beklagten] eine Auswertung meines Surf- und Nutzungsverhaltens auf Websites von Werbepartner und damit interessengerichtete Werbung durch R ermöglicht. Die Cookies kann ich jederzeit wieder löschen. Lesen Sie Näheres hier.“

Mit dem Wort „hier“ war eine Erläuterung verlinkt, durch welche der Nutzer darauf hingewiesen wurde, dass die Cookies eine bestimmte, zufallsgenerierte Nummer (ID) erhalten würden, die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet sind, der sich mit Namen und Adresse in das bereitgestellte Webformular einzutragen hatte. Falls der Nutzer mit der gespeicherten ID die Webseite eines für R registrierten Werbepartners besuchen würde, sollte sowohl dieser Besuch erfasst werden als auch die Information, für welches Produkt sich der Nutzer interessiert und ob es zu einem Vertragsschluss kommt.

Der voreingestellte Haken konnte entfernt werden. Eine Teilnahme am Gewinnspiel war jedoch nur möglich, wenn mindestens eines der beiden Felder mit einem Haken versehen war.

Der Kläger begehrte letztlich, der Beklagten zu verbieten, entsprechende Einverständniserklärungen in Gewinnspielvereinbarungen mit Verbrauchern einzubeziehen.

Die Gründe

Der BGH hat die erstinstanzliche Verurteilung der Beklagten wiederhergestellt.

Maßstab der Einwilligung: Verbot von Dark Pattern

Es fehle an einer wirksamen Einwilligung zur telefonischen Werbung. Daher sei die Beklagte gem. §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 Unterlassungsklagegesetz („UKlaG“) in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 Bürgerliches Gesetzbuch („BGB“) und § 7 Abs. 2 Nr. 2 1. Fall Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“) zur Unterlassung und zum Ersatz der Abmahnkosten verpflichtet. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG diene der Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 und 5 Satz 1 der ePrivacy-Richtlinie, deren Art. 2 Satz 2 lit. f für die Definition der Einwilligung auf den zum Zeitpunkt der beanstandeten Handlung maßgeblichen Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG („Datenschutz-Richtlinie“) verweist. Dieser erfordere die Erteilung einer Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“. Das bedeute, dass der Verbraucher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf dieses sich bezieht. Die Einwilligung erfolgt im Sinne dieser Vorschrift „für den konkreten Fall“, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher konkreten Unternehmen durch sie erfasst werden.

Daran fehlte es dem BGH zu Folge im Streitgegenständlichen Fall. Die beanstandete Gestaltung der Einwilligungserklärung sei darauf angelegt, den Verbraucher mit einem aufwendigen Verfahren der Auswahl von in der Liste aufgeführten Partnerunternehmen zu konfrontieren, um ihn zu veranlassen, von dieser Auswahl abzusehen und stattdessen der Beklagten die Wahl der Werbepartner zu überlassen. Weiß der Verbraucher mangels Kenntnisnahme vom Inhalt der Liste und ohne Ausübung des Wahlrechts nicht, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmer die Einwilligung erfasst, liegt keine Einwilligung für den konkreten Fall vor.

Die gleiche Bewertung gilt dem BGH zufolge auch nach aktueller Rechtslage: Nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO muss die Einwilligung „für den bestimmten Fall“ abgegeben werden. Die Anforderungen seien insofern die gleichen wie nach Art. 2 lit. h Datenschutz-Richtlinie.

Voreingestelltes Ankreuzfeld ist keine wirksame Einwilligung

Auch hinsichtlich der Einwilligung in die Speicherung von Cookies stehe dem Kläger ein Unterlassungsanspruch wegen unangemessener Benachteiligung der Nutzer gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB zu.

Die von der Beklagten in Form einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vorgesehene Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, stelle eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers dar. Dabei mache es keinen Unterschied, ob es sich bei den Informationen um personenbezogene Daten handele oder nicht.

Unter Bezugnahme auf das im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens ergangene Urteil des EuGH führt der BGH aus, dass keine wirksame Einwilligung gem. Art. 2 lit. f und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 ePrivacy-Richtlinie in Verbindung mit Art. 2 lit. h Datenschutz-Richtlinie vorliegt, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers einer Website gespeichert sind, mittels Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erlaubt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss.

Das Gleiche gelte auch nach aktuellem Recht für die in Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 DSGVO geregelte Einwilligung.

Werbe-Cookies erfordern grundsätzlich eine Einwilligung

Der Einsatz von Cookies durch die Beklagte im konkreten Fall, diene der Erstellung von Nutzerprofilen zum Zwecke der Werbung im Sinne des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG. Bei der in den Cookies gespeicherten zufallsgenerierten Identifikationsnummer (ID), die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet ist, handele es sich um ein Pseudonym im Sinne dieser Vorschrift.

§ 15 Abs. 3 Satz 1 TMG sei mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der ePrivacy-Richtlinie dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass für den Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung die Einwilligung des Nutzers erforderlich sei.

Der richtlinienkonformen Auslegung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG stehe nicht entgegen, dass der deutsche Gesetzgeber bisher keinen Umsetzungsakt vorgenommen hat. Denn es sei anzunehmen, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage in Deutschland für richtlinienkonform erachtete.

Der BGH stellt explizit fest, dass eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG noch vereinbar sei. Bei Fehlen einer (wirksamen) Einwilligung des Nutzers könne hierin ein Widerspruch i. S. d. § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG gesehen werden, welcher der Zulässigkeit der Erstellung von Nutzerprofilen entgegenstehe. Dies ist insoweit überraschend, als dass ein Nichthandeln, nach ständiger Rechtsprechung des BGH, keine Willenserklärung darstellt. Vorliegend wird das Nichthandeln, dem entgegenstehend, als Willenserklärung eingestuft.

Auswirkungen auf die Praxis

Aus der Entscheidung des BGH ergeben sich erhebliche Konsequenzen für die Diensteanbieter.

Prüfungsschema

Während die Datenschutzaufsichtsbehörden §§ 11 ff. TMG seit Geltung der DSGVO für nicht anwendbar erklärten, erlebt die Norm des § 15 Abs. 3 TMG nun durch den BGH eine Wiedergeburt.

Für die Datenverarbeitungsvorgänge im Zusammenhang mit Webseiten ist jetzt eine mehrstufige Prüfung vorzunehmen:

- Zunächst ist zu untersuchen, ob (1.) das TMG den Sachverhalt regelt (= liegt ein Telemediendienst vor und enthält das TMG für die spezifische Verarbeitung eine Datenschutzvorschrift) und/oder ob (2.) personenbezogene Daten verarbeitet werden. Sind beide Prüffragen zu verneinen, ist keine Rechtsgrundlage zu Verarbeitung der Daten erforderlich. Trifft alleinig erstere zu, findet das TMG Anwendung, bei exklusiver Bejahung letzterer, die DSGVO.
- Ist beiden Fragen zuzustimmen, gilt es im nächsten Schritt zu prüfen, ob die TMG-Norm Anwendungsvorrang genießt. Das ist der Fall, wenn die TMG-Norm – bei richtlinienkonformer Auslegung – eine Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie darstellt und den gleichen Regelungszweck wie die DSGVO verfolgt (Art. 95 DSGVO). So dürfte beispielsweise Informationspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TMG unanwendbar sein, weil diese Norm nicht auf der ePrivacy-Richtlinie beruht.
- Genießt die TMG-Norm hingegen keinen Anwendungsvorrang nach Art. 95 DSGVO, ist bei einem privatwirtschaftlichen Diensteanbieter die DSGVO und bei einer öffentlichen Stelle – sofern keine andere Öffnungsklausel existiert (z. B. Art. 6 Abs. 2 DSGVO) – die ePrivacy-Richtlinie anwendbar. Letzteres ergibt sich daraus, dass EU-Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH im Wege vertikaler Direktwirkung unmittelbare Anwendung finden können.

Geänderte Praxis für das Online-Marketing

In der Praxis hatten viele Diensteanbieter bereits sog. Cookie-Bars auf ihren Webseiten implementiert. Die BGH-Entscheidung macht es erforderlich, noch stärker als bisher zwischen den zum gewünschten Betrieb der Website unbedingt erforderlichen, einwilligungsfreien Cookies und den einwilligungsbedürftigen Cookies zu unterscheiden. Letzteres dürften vor allem Targeting- und Marketing-Cookies sein.

Sog. „Cookie-Banner“, bei denen der Besucher der Webseite durch voreingestellte Ankreuzfelder, Schieberegler oder vergleichbare Funktionen einer hohen Anzahl von Cookies und entsprechenden Verarbeitungszwecken zustimmt sofern er diese nicht aktiv abwählt, müssen vom Netz genommen werden.

Hinsichtlich der einwilligungsbedürftigen Werbe-Cookies

stellt sich im Online-Marketing die Frage, inwieweit Anbieter bei der Gestaltung der Webseite die Bequemlichkeit der Nutzer ausnutzen dürfen und wo die Grenze zum Verhaltenszwang überschritten wird, welcher die Einwilligung unwirksam macht. Es ist ein Umdenken der Werbenden notwendig, wie sie zukünftig eine Einwilligung zur Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken erlangen.

Verlagshäuser sind teilweise dazu übergegangen, den Nutzer bei Zugriff auf die Inhalte vor die Wahl zwischen der Erteilung der Einwilligung in das Setzen von Cookies für Werbezwecke und einem Alternativzugang gegen Entgelt zu stellen. Nicht jeder Anbieter kann jedoch das Online-Angebot mit einem kostenpflichtigen Zugang und einem kostenlosen Zugang vorhalten.

Aktualisierung von Datenschutzhinweisen & Co.

Diensteanbieter müssen schließlich Datenschutzhinweise/-erklärungen und die korrespondierenden Einträge im Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten entsprechend aktualisieren.

Ausblick

Es besteht durchaus die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber dieses Urteil des BGH zum Anlass einer (umfassenden) Reform der datenschutzrechtlichen Vorschriften des TMG nimmt. Gleichzeitig hat der BGH ihm durch die richtlinienkonforme Auslegung des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG erspart, in einen unmittelbaren Zugzwang zu kommen. Vorstellbar erscheint daher auch ein Abwarten bis zum Inkrafttreten der zukünftigen ePrivacy-Verordnung. In letzterem Fall droht jedoch eine jahrelange Ungewissheit, ob und in welchem Umfang das TMG auf ihre Datenverarbeitungsvorgänge Anwendung findet – eine große Herausforderung für Unternehmen und Datenschutzaufsicht.

Hinweis: Eine Volltextveröffentlichung des Urteils lag zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Anmerkung noch nicht vor.

Autoren: Dr. Jan-Peter Ohrtmann ist Partner und Rechtsanwalt bei PwC in Düsseldorf. Er leitet das globale Datenschutznetzwerk von PwC Legal und ist Co-Leiter der Praxisgruppe IP/IT/Commercial bei PwC Legal in Deutschland.



Carl Christoph Möller ist Rechtsanwalt bei PwC Legal in Düsseldorf und dort in der Praxisgruppe IP/IT/Commercial tätig.

