

Cookies – a (never) ending story

Am 28. Mai 2020 hat der Bundesgerichtshof eine lang erwartete Entscheidung verkündet: Cookies dürfen, soweit nicht unbedingt erforderlich, nur mit Einwilligung verwendet werden. Gleiches gilt für Pixel, Tags, die Nutzung des Local Storage und ähnliches. Eine wirksame Einwilligung liegt dabei nur dann vor, wenn aktiv geklickt, gewischt oder markiert wurde. Das bloße „Weitersurfen“ stellt keine wirksame Einwilligung dar. All dies hatte auch der EuGH schon im Oktober in der Rechtssache „planet49“ verkündet. All dies ist letztlich seit bald 20 Jahren EU-rechtlich normiert. Neu ist, dass auch das deutsche Recht dies vorsieht. Und der Fokus ist erneut auf die Cookie-Praxis gerückt. Websitebetreiber sind daher spätestens jetzt gut beraten, ihre Cookie-Policy zu überprüfen und, soweit noch nicht erfolgt und einwilligungsbedürftige Cookies gesetzt werden, auf angepasste Consent Management Tools umzusteigen.

Mit dem BGH-Urteil vom 28.05.2020- I ZR 7/16 – Cookie Einwilligung II, von dem bisher nur die Pressemitteilung veröffentlicht ist, hat die Cookie-Saga vor den Gerichten nun einen (vorläufigen) Abschluss gefunden. Danach ist vor dem Einsatz von Cookies auf Websites (und jedem anderen Zugriff auf die Endgeräte der Nutzer) die Einholung einer ausdrücklichen, informierten Einwilligung erforderlich, wenn das Cookie bzw. der Zugriff nicht „unbedingt erforderlich“ für die Bereitstellung der Website oder die Erbringung des jeweiligen Dienstes ist.

Eines vorweg: Was nun „unbedingt erforderlich“ ist, klärt der BGH nach dem bis jetzt bekannten Entscheidungsinhalt nicht abschließend. Hierüber kann mithin weiterhin gestritten werden.

Nun aber zurück zum Fall und seinen Auswirkungen für die Praxis:

- **Stein des Anstoßes**

Ausgangspunkt des Urteils war eine Klage des Verbraucherzentrale Bundesverbands (VZBV) gegen die Gestaltung eines Gewinnspiels

auf der Website planet49. Für die Teilnahme am Gewinnspiel mussten die Nutzer nicht nur ihre Kontaktdaten angeben, sondern auch über die Nutzung dieser Daten durch Sponsoren und Kooperationspartner zur Werbung per Post, Telefon, Email und SMS und über die Verwendung von Marketing-Cookies entscheiden.

- **Rechtliches Hornissennest**

Mit der Klage lenkte der VZBV das Augenmerk auf eine langanhaltende Streitigkeit zum Umgang mit Cookies und Einwilligungen. Letztlich geht es um das Verhältnis des deutschen TMG und zur europäischen ePrivacy-RL. Diese schienen sich nach bisherigem Verständnis zu widersprechen in Bezug auf die Verwendung von Cookies: Das europäische Recht sieht deren Einsatz nur mit Einwilligung vor (Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL), § 15 Abs. 3 TMG lässt dies für Werbe- und Marketingzwecke auch ohne Einwilligung zu, solange ein Widerspruchsrecht besteht. Seit dem 28. Mai 2020 wissen wir indes, dass hier ein Missverständnis vorliegt: Der BGH legt das nationale Recht richtlinienkonform aus. Heißt übersetzt: In der „korrekten“ Lesart verlangt auch § 15 Abs. 3 TMG eine aktive Nutzereinwilligung.

Dieser BGH-Entscheidung vom 28. Mai 2020 ist ein langwieriger Rechtsstreit vorausgegangen, in dem auch der EuGH eingebunden war (der BGH hatte diesem einige EU-rechtliche Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt). Der EuGH hatte in diesem Komplex am 1. Oktober 2019 entschieden ([wir berichteten im Oktober 2019](#)).

- **Was wurde entschieden?**

Der BGH-Entscheidung ist in Sachen Cookie-Einsatz (und ebenso jeder vergleichbare Zugriff auf Endgeräte von Nutzern, ganz unabhängig davon, ob dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden oder nicht) dreierlei zu entnehmen:

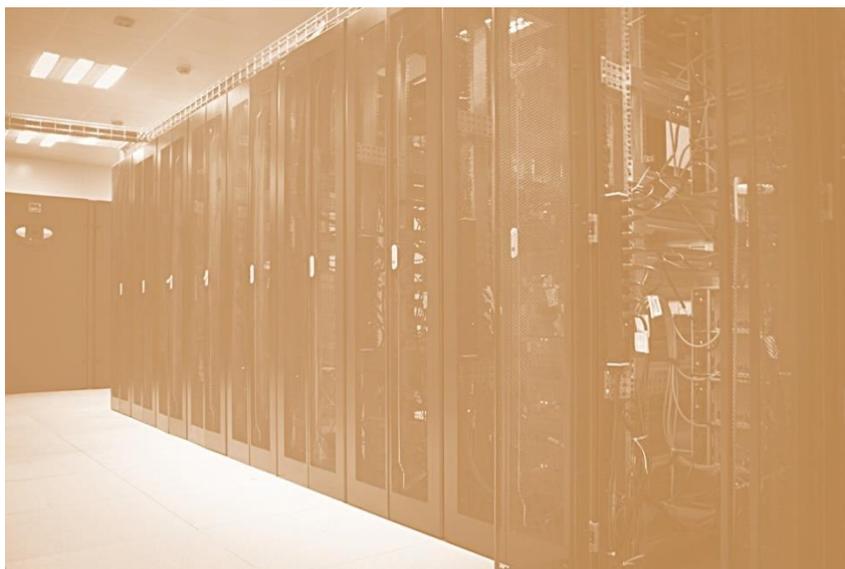
1. Eine Einwilligung wird immer dann benötigt, wenn Cookies & Co. nicht „unbedingt erforderlich“ sind für das Angebot eines Dienstes, auch nach deutschem Recht.
2. Eine Einwilligung ist nur dann wirksam abgegeben, wenn der Endnutzer aktiv handelt, z.B. eine Checkbox anklickt, bevor die Datenverarbeitung erfolgt oder das Cookie gesetzt wird. Eine voreingestellte Checkbox, die abgewählt werden

kann, genügt dem ebenso wenig wie ein Hinweis „durch Weitersurfen willigen Sie ein“.

3. Der Nutzer muss vor der Verarbeitung transparent über alle Vorgänge informiert werden.

Dogmatisch ist mit Spannung zu erwarten, wie genau der BGH seine Entscheidung begründen wird. Für die Praxis aber bedeutet diese Entscheidung, spätestens jetzt den Einsatz von Cookies und vergleichbaren Tools in den verantworteten Online-Anwendungen nochmals zu überprüfen und dokumentiert zu entscheiden, ob diese mit oder ohne Einwilligung eingesetzt werden, eine etwaige Einwilligung wirksam eingeholt wird und die Nutzer hinreichend transparent informiert werden. Werden durch die Tools personenbezogene Daten verarbeitet, droht ansonsten ein hohes Bußgeld unter der DSGVO. Das ePrivacy-Recht (TMG), welches ohne Personenbezug alleine anwendbar ist, entfaltet seine Schlagkraft dagegen eher über Abmahnungen von Wettbewerbern. Der Markt jedenfalls bietet eine große Anzahl an Tools, um Einwilligungen zu managen („Consent Management Tools“), die auch dort helfen, wo keine eigenen Anwendungen programmiert werden sollen.

Einen Gesamtüberblick mit aktualisierter Cookie-Ampel haben wir jüngst auch für die Werbewirtschaft verfasst. Die Kurzversion ist in der Printfassung der WA Medien erschienen, die Langversion finden Sie [hier](#) zum Nachlesen.



**Für alle weiteren Fragen rund um das Datenschutzrecht
stehen Ihnen gerne zur Verfügung**



Dr. Kristina Schreiber
+49(0)221 65065-337
kristina.schreiber@loschelder.de



Dr. Simon Kohm
+49(0)221 65065-200
simon.kohm@loschelder.de



Claudia Willmer
+49(0)221 65065-337
claudia.willmer@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de