

Das Cookie-Einwilligung II-Urteil des BGH (Planet49): Welche Anforderungen gelten künftig für Website-Betreiber?

Das Setzen nicht unbedingt erforderlicher Cookies erfordert eine aktive Einwilligung des Nutzers. Die teilweise noch verbreitete Praxis vorausgefüllter Ankreuzkästchen genügt diesen Anforderungen nicht.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Grundsatzurteil (vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16) über Anforderungen an eine Einwilligung in die Speicherung von Cookies entschieden. Bislang hat der BGH hierzu nur eine [Pressemitteilung](#) veröffentlicht. Danach, dürfen Website-Betreiber für den Betrieb der Website nicht unbedingt erforderliche Cookies auf dem Endgerät eines Nutzers nur nach vorheriger aktiver Einwilligung des Nutzer setzen. Das Nichtabwählen eines voreingestellten Ankreuzkästchens sieht der BGH nicht als wirksame Einwilligung an. Für Website-Betreiber bringt die Entscheidung erhöhte Anforderungen an die Verwendung von Cookies, Pixels oder ähnlichen Technologien mit sich. Das Urteil dürfte auch das Risiko von DSGVO-Bußgeldern, Schadensersatzforderungen, Unterlassungsklagen und sonstiger Nachteile erhöhen.

Hintergrund der Cookie-Problematik

Für Website-Betreiber sind die rechtlichen Anforderungen an einen rechtskonformen Einsatz von Cookies und ähnlichen Technologien ein wesentlicher Risikofaktor. Nicht nur für den Online-Handel, werbefinanzierte Websites und Werbenetzwerke sind die Grenzen und Möglichkeiten des Einsatzes von Cookies auch ein erheblicher wirtschaftlicher Faktor. Die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen lassen aufgrund einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe teilweise erhebliche Auslegungsspielräume. Erschwerend kommt hinzu, dass noch nicht abschließend geklärt ist, ob bzw. für welche Anwendungsbereiche für den Einsatz von Cookies die Vorgaben der EU Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) oder des Telemediengesetzes (TMG) maßgeblich sind. Rechtsprechung und Datenschutz-Aufsichtsbehörden geben auf diese Fragen keine abschließenden und teilweise widersprüchliche Antworten.

In der Praxis führte dies bisweilen dazu, dass Website-Betreiber auf recht unterschiedliche Lösungsansätze zurückgreifen, um Einwilligungen für den Cookie-Einsatz von Nutzern einzuholen. Dabei sind nicht voreingestellte Ankreuzkästen oder Kippschalter (Opt-in) und voreingestellten Ankreuzkästen (Opt-out) ebenso verbreitet wie Cookie-Banner mit bloßen Hinweisen auf die Verwendung von Cookies. Machen Websites verzichten hierauf auch vollständig.

Funktionen und Arten von Cookies

Cookies sind kleine Dateien mit individuellen Kennungen (IDs), die die jeweilige Website auf dem Endgerät des Nutzers setzt und speichert. Mithilfe von Cookies können Website-Betreiber (First-Party-Cookies) oder Dritte (Third-Party-Cookies) dann bestimmte Informationen von dem Endgerät des Nutzers auslesen. Individuellen Kennungen ermöglichen es, den Nutzer wiederzuerkennen, teilweise über unterschiedliche Websites und verschiedene Geräte hinweg.

Dabei dienen Cookies unterschiedlichen, unbedingt erforderlichen und nicht unbedingt erforderlichen Zwecken. Unbedingt erforderlich bzw. essentiell sind Cookies, ohne die der Betrieb der jeweiligen Website nicht gewährleistet werden kann. Das betrifft z.B. Cookies, die in Webshops Artikel im Warenkorb des Nutzers speichern, oder gewährleisten, dass Websiteeinstellungen des Nutzers auch beim nächsten Besuch verwendet werden.

Cookies können aber auch nicht unbedingt erforderlich bzw. nichtessentiell sein. In diese Kategorie können Cookies fallen, die der Auswertung von Website-Besuchen (Analyse-Cookies) oder der Nachverfolgung des Surfverhaltens von Nutzern über mehrere Websites hinweg (Tracking-Cookies) dienen. Häufig erfolgt eine webseitenübergreifende Nachverfolgung zu Werbezwecken, etwa um anhand der aufgerufenen Website-Inhalte oder getätigten Einkäufen interessensbasierte Werbeanzeigen auf der besuchten oder auf anderen Websites zu platzieren oder entsprechende Werbung zuzusenden (Werbe-Cookies).

Was bisher geschah (BGH, Cookie Einwilligung-I und EUGH, Planet49)

Das BGH-Urteil vom 28. Mai 2020 geht auf einen Rechtsstreit zwischen dem Bundesverband der Verbraucherzentralen („vzbv“) und der Planet49 GmbH („Planet49“) aus dem Jahr 2014 zurück. Diesem lag unter anderem die Frage zugrunde, ob eine mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens eingeholte „Einwilligung“ für Werbe-Cookies als rechtlich wirksam einzustufen ist. Diese Einwilligung wollte Planet49 bei Teilnehmern eines Gewinnspiels einsetzen, um das Surf- und Nutzungsverhalten der teilnehmenden Nutzern auf Websites von Werbepartnern auszuwerten und damit interessensbasierte Werbung zu ermöglichen. vzbv hatte Planet49 auf Unterlassung bestimmter Praktiken in Anspruch genommen.

Der BGH legte die für den Fall entscheidende Frage, ob nach geltendem Recht für die Speicherung oder den Zugriff auf Informationen mittels Cookies eine Opt-in Lösung erforderlich, oder eine Opt-out Lösung ausreichend ist, im Jahr 2017 dem EuGH zur Entscheidung vor ([Beschluss vom 5. Oktober 2017, I AZR 7/16](#), „Cookie-Einwilligung I“). Der EuGH beantwortete die vorgelegten im Oktober 2019 dahingehend, dass ein vorangekreuztes Kästchen keine wirksame Einwilligung im Sinne von Art. 2 Buchst. f und Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG („ePrivacy-Richtlinie“) darstelle (Urteil vom 1. Oktober 2019, [C-673/17](#), „Planet49“). Aus der ePrivacy-Richtlinie ergebe sich das Erfordernis, für nicht unbedingt erforderliche Cookies eine aktive Einwilligung der Nutzer (Opt-In) einzuholen. Hierfür genüge ein bereits voreingestelltes Ankreuzkästchen nicht, welches der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss. Die beschriebenen Anforderungen sollten laut dem EuGH unabhängig davon gelten, ob der Website-Betreiber mit den betreffenden Cookies personenbezogene Daten oder nur technische oder sonstige Daten verarbeitet.

Um eine wirksame Einwilligung einholen zu können, müsse der Website-Betreiber zudem Informationen zur Funktionsdauer der Cookies und dazu machen, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können.

Das Cookie Einwilligung II-Urteil des BGH

Mit seinem aktuellen Urteil schließt sich der BGH den Positionen des EuGH erwartungsgemäß im Wesentlichen an. Insbesondere stimmt der BGH mit der Rechtsauffassung des EuGH in folgenden Punkte überein:

- Nicht unbedingt notwendige Cookies bedürfen der Einwilligung des Nutzers. Insbesondere unterliegen profilbildenden Tracking-, Werbe- und ähnlichen Cookies einem Einwilligungserfordernis.
- Wenn Website-Betreiber eine Einwilligung für nicht unbedingt erforderliche Cookies benötigen, müssen Nutzer diese aktiv in Form eines Opt-ins erteilen können. Bereits voreingestellte Ankreuzkästchen, welche der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss, entspricht diesen Anforderungen nicht.
- Für Erfordernis und Voraussetzungen der Einwilligung soll es keinen Unterschied machen, ob es sich bei den Zusammenhang mit der Cookie-Nutzung gespeicherten Informationen um personenbezogene Daten handelt oder nicht.
- An diesen Grundsätzen hat sich mit der seit dem 25. Mai 2018 geltenden EU-Datenschutz-Grundverordnung nichts geändert. Die beschriebenen Erfordernisse und Voraussetzungen für das Setzen und den Zugriff auf Informationen mittels Cookies gelten also derzeit und künftig bis auf Weiteres fort.

Nicht explizit aus der Pressemitteilung ergibt sich, ob der BGH dem EuGH auch dabei folgen will, dass der Nutzer für eine wirksame Einwilligung über die Funktionsdauer der Cookies und den Umstand, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können, informiert werden muss. Eine entsprechende Bestätigung des BGH ist indes zu erwarten.

Telemediengesetz regelt Speicherung und Zugriff auf Cookies

Auch wenn das Urteil im Ergebnis nicht überrascht, ist die Begründung des BGH indes bemerkenswert. Nicht nur die Datenschutzkonferenz (DSK) waren bislang davon ausgegangen, dass § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG keine richtlinienkonforme Umsetzung der Vorgaben der ePrivacy Richtlinie darstelle (siehe [Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien](#), Stand März 2019). Die Verarbeitung personenbezogener Daten mittels Cookies richte sich nach den Regelungen der DSGVO.

Der Einsatz profilbildender Cookies zu Werbezwecken ist nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG erlaubt, soweit der Nutzer dem nicht widerspricht. Aus dem Wortlaut war bislang teilweise das Verständnis abgeleitet worden, dass die deutsche Vorschrift eine Opt-out Lösung für das Setzen und den Zugriff auf Cookies ausreichen lassen würde.

Der BGH sieht in der deutschen Vorschrift des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG dennoch die europarechtlich vorgegebene Opt-in-Einwilligung umgesetzt. Dieses Ergebnis bewerkstelligen die Bundesrichter der sogenannten richtlinienkonformen Auslegung. Dass § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG seinem Wortlaut nach scheinbar im Widerspruch zur Opt-in-Lösung gemäß Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie stehe, hindere dieses Ergebnis nicht. Der BGH ist also der Auffassung, dass eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung mit dem Wortlaut gerade noch vereinbar ist. Es sei auch davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber die bestehende Rechtslage in Deutschland als richtlinienkonforme Umsetzung von Art. 15 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie erachtete.

Folgen und Handlungsempfehlungen für Website-Betreiber

Das Cookie II-Urteil liegt zwar noch nicht in seiner vollständigen Fassung vor. Auch auf Grundlage der Pressemitteilung des BGH lassen sich jedoch bereits erste Erkenntnisse für Website-Betreiber ableiten.

Erfordernis einer Einwilligung in das Setzen von Cookies

Website-Betreiber sind gehalten, eine Einwilligung des Website-Nutzers einzuholen, wenn sie nicht unbedingt erforderliche Cookies einsetzen möchten. Beim Einsatz von unbedingt erforderlichen Cookies ist dagegen für das Setzen und den Zugriff keine Einwilligung notwendig. Die im Cookie II-Urteil aufgestellten Grundsätze sind auf die Verwendung unbedingt erforderlicher Cookies nicht anwendbar.

Zu den nicht unbedingt erforderlichen Cookies zählen ausweislich des Cookie II-Urteils zumindest solche Cookies, die websiteübergreifend Informationen über das Surfverhalten des Nutzers zu dem Zweck sammeln, um basierend auf einem Nutzerprofil interessengerechte Werbung zu platzieren. Jedenfalls bei Cookies dieser Art ist nach dem Urteil eine Einwilligung einzuholen.

Anforderungen an das Einholen einer wirksamen Einwilligung

Nach dem Urteil erfüllt nur eine aktiv erteilte Einwilligung (Opt-In) die Anforderungen an eine rechtswirksame Einwilligung in die Verwendung von Cookies. Bevor der Nutzer seine Einwilligung erteilt hat, darf die Website keine nicht unbedingt erforderlichen Cookies auf dem Endgerät des Nutzers setzen, aktivieren oder Informationen mit Hilfe nicht unbedingt erforderlicher Cookies vom Nutzerendgerät abrufen.

Um eine Einwilligung einzuholen, kann der Website-Betreiber den Website-Nutzer beispielsweise mittels eines Cookie-Banners auffordern, z.B. ein Ankreuzkästchen anzuklicken oder sonst aktiv eine Auswahl zu treffen. Das Kreuz oder die sonstige Opt-in-Möglichkeit darf nicht bereits als Voreinstellung aktiviert sein. Zudem muss das Cookie-Banner mit dem Ankreuzkästchen oder der sonstiger Opt-In-Möglichkeit bereits beim ersten Aufruf der Website auf der Startseite erscheinen.

Eine Einwilligung darf sich auch nicht pauschal auf den Einsatz nicht unbedingt erforderlicher Cookies insgesamt beziehen. Der Nutzer muss zumindest die Wahl haben, ob und ggf. welchen einzelnen nicht unbedingt erforderlichen Cookies oder zumindest Kategorien solcher Cookies er zustimmt.

In der Praxis können z.B. professionelle Cookie-Management-Systeme Website-Betreibern dabei helfen, rechtliche Anforderungen und wirtschaftliche Interessen an den Einsatz von Cookies möglichst in Einklang zu bringen.

Informationsanforderungen für Website-Betreiber

Nach dem Planet49-Urteil des EuGH muss der Website-Betreiber dem Nutzer bei der Einholung seiner Einwilligung bestimmte Mindestinformationen über die Cookies zur Verfügung stellen, die zum Einsatz kommen sollen. Dazu zählen die „Funktionsdauer“ der Cookies, insbesondere wenn abzusehen ist, dass die gesammelten Informationen zum Nutzungsverhalten für einen langen oder unbegrenzten Zeitraum gespeichert werden. Ebenso muss der Nutzer darüber erfahren, ob Dritte Zugriff auf seine im Zusammenhang mit den betreffenden Cookies gesammelten Daten erhalten können.

Da beim Einsatz von Cookies regelmäßig auch personenbezogene Daten der Nutzer verarbeitet, müssen diese auch nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften Informationen zur Datenverarbeitung bei Verwendung der Cookies zur Verfügung erhalten. Website-Betreiber sollten diese Informationen z.B. in der Datenschutzerklärung für die Website oder einer gesonderten Cookie-Erklärung abbilden.

Ein Urteil – zahlreiche offene Fragen

Nach dem Grundsatzurteil des BGH steht nunmehr fest, dass die Rechtsprechung im Wege eines Opt-out-Modells eingeholte Cookie-Einwilligungen künftig nicht mehr als rechtskonform bewerten wird. Die Entscheidung markiert jedoch nicht den Schlussstrich unter der Debatte um die Anforderungen an den rechtlich zulässigen Einsatz von Cookies. Sie lässt eine Reihe von Fragen ungeklärt. Daraus folgen rechtliche Risiken, aber gegebenenfalls auch Gestaltungsspielräume für Website-Betreiber.

- Insbesondere klärt das Cookie II-Urteil nicht, für welche Cookies im Einzelnen eine Einwilligung erforderlich ist. Zwar stellt das Cookie II-Urteil klar, dass „Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung“ einwilligungsbedürftig sind. Unter welchen Voraussetzungen Cookies aber genau als unbedingt erforderlich für den Betrieb einer Website anzusehen und damit vom Erfordernis einer Opt-in-Einwilligung ausgenommen sind lässt das Urteil offen. Dies hatte der BGH nicht im Einzelnen zu entscheiden. Zwar deutet die Pressemitteilung des BGH darauf hin, dass deutsche Gerichte künftig die meisten (wenn nicht gar alle) Analyse-, Tracking und Werbe-Cookies als nicht unbedingt erforderlich und damit als einwilligungsbedürftig einstufen könnten. Mit Sicherheit vorhersehen lässt sich dies indes nicht. In manchen Fallkonstellationen erscheint auch eine abweichende Position als gegebenenfalls vertretbar.
- Nicht abschließend geklärt bleibt jedenfalls auf Grundlage der Pressemitteilung auch die Frage, in welcher Detailtiefe der Website-Betreiber den Nutzern Informationen über die konkret eingesetzten Cookies bereitstellen muss. Insbesondere im Fall von sogenannten Third-Party-Cookies, die von Drittanbietern gesetzt werden, stehen Website-Betreibern wesentliche Informationen über die gesetzten Cookies teilweise nicht zur Verfügung oder sind schwer zugänglich.
- Die Pressemitteilung gibt auch keine Antwort auf die Frage, welche Anforderungen an den Widerruf einer erteilten Cookie-Einwilligung zu stellen sind. Der Website-Betreiber wird die Webseitenbesucher regelmäßig nicht persönlich identifizieren können, sodass die Zuordnung eines Widerrufs neben rechtlichen auch technische Fragen aufwirft.

Rechtliche Risiken für Website-Betreiber

Für Website-Betreiber bringt das Cookie II-Urteil nicht nur Klarheit. Es erhöht jedenfalls für solche Website-Betreiber, die die Vorgaben des BGH an wirksame Cookie-Einwilligungen nicht vollständig umsetzen, das Risiko von Sanktionen, Schadensersatzforderungen, Unterlassungsklagen und sonstigen Nachteilen.

- Der nicht rechtskonforme Einsatz von Cookies bringt für Website-Betreiber Bußgeldrisiken mit sich. Nach Auffassung des BGH sind für das Setzen und der Zugriff auf Cookies die Anforderungen von § 15 Abs. 3 TMG maßgeblich. In diesem Anwendungsbereich bestehe kein Anwendungsvorrang der DSGVO. Somit könnten sich streng genommen auch etwaige Sanktionen nur nach den Bußgeldvorschriften des TMG bemessen. Während Verstöße gegen § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG nicht bußgeldbewährt sind, sieht § 16 TMG für eine unzulässige Zusammenführung erhobener Nutzerprofildaten Bußgeldern in Höhe von bis zu EUR 50.000 vor. Demgegenüber regelt Art. 83 DSGVO einen sehr viel höheren Bußgeldrahmen. Jedenfalls für unzulässige, anschließende Verarbeitungen personenbezogener Daten von Website-Besuchern, die nach dem ersten Auslesen eines Cookies stattfinden, dürften weiterhin Bußgelder nach der DSGVO und andere aufsichtsbehördliche Maßnahmen drohen.

- Ähnliches gilt für die Frage, ob betroffene Nutzer in Fällen des rechtswidrigen Einsatzes von Cookies immateriellen Schadensersatz von Website-Betreibern und/oder Cookie-Anbietern verlangen können. Den mit dem Einsatz von Cookies geht in fast allen Fällen einher, dass personenbezogene Daten der Nutzer verarbeitet werden.
- Das Cookie II-Urteil könnte zudem auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Konsequenzen für Website-Betreiber haben. Unzulässige Cookie-Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen können Verbraucherschutzverbände und Wettbewerber zu Abmahnungen und Unterlassungsklagen berechtigen. Ob darüber hinaus Verbraucherschutzverbände auch wegen behaupteter Datenschutzverstöße unabhängig von der Verletzung konkreter Rechte einzelner betroffener Personen wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend machen können, muss demnächst der EuGH klären. Diese Frage ist Gegenstand eines weiteren [Vorlagebeschlusses](#) des BGH vom 28. Mai 2020, IZR 186/17.

Website-Betreiber sollten die Urteilsbegründung des Cookie II-Urteils und unsere weiteren Überblicke zu dem Thema und aufmerksam mitverfolgen. In der Zwischenzeit sollten Website-Betreiber ihre Verwendung von Cookies überprüfen und erforderlichenfalls anpassen. Zudem sollten sie eine Verteidigungsstrategie gegen mögliche Bußgelder, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche sowie sonstige Datenschutzrisiken vorbereiten.

Wir halten Sie über die rechtlichen Entwicklungen und die Konsequenzen regelmäßig auf dem Laufenden. Sprechen Sie unsere Experten bei Fragen jederzeit gerne an.

Wenn Sie Fragen zu diesem *Client Alert* haben, wenden Sie sich bitte an einen der unten aufgeführten Verfasser oder an den Latham Anwalt, mit dem Sie normalerweise Kontakt aufnehmen:

[Tim Wybitul](#)

tim.wybitul@lw.com
+49.69.6062.6560
Frankfurt

[Valentino Halim](#)

valentino.halim@lw.com
+49.69.6062.6556
Frankfurt

[Wolf-Tassilo Böhm](#)

wolf.boehm@lw.com
+49.69.6062.6558
Frankfurt

Das könnte Sie auch interessieren

[Gesundheits- und Datenschutz schließen sich nicht aus](#)

[Bußgelder wegen Datenschutzverstößen – aus Sicht von Aufsichtsbehörden und Unternehmen](#)

[Datenschutzklagen als Geschäftsmodell kommerzieller Anbieter – Was müssen Unternehmen jetzt beachten](#)

[Fehler beim Datenschutz eröffnen Möglichkeiten zu Massenklagen](#)

Der *Client Alert* wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause. Eine Übersicht aller *Client Alerts* finden Sie unter www.lw.com. Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite <https://www.sites.lwcommunicate.com/5/178/forms-english/subscribe.asp> für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.