

Wettbewerbsrecht | ZR 7/16 - Cookie Einwilligung

Der unter anderem für Ansprüche nach dem Unterlassungsklagengesetz zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat über die Frage entschieden, welche Anforderungen an die [Einwilligung](#) in telefonische [Werbung](#) und die Speicherung von Cookies auf dem Endgerät des Nutzers zu stellen sind.

Sachverhalt:

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen. Die Beklagte veranstaltete im September 2013 unter ihrer Internetadresse ein Gewinnspiel. Nach Eingabe der Postleitzahl gelangte der Nutzer auf eine Seite, auf der Name und Anschrift des Nutzers einzutragen waren. Unter den Eingabefeldern für die Adresse befanden sich zwei mit Ankreuzfeldern versehene Einverständniserklärungen.

Mit Bestätigen des ersten Textes, dessen Ankreuzfeld nicht mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, sollte das Einverständnis mit einer [Werbung](#) durch Sponsoren und Kooperationspartner der Beklagten per Post, Telefon, E-Mail oder SMS erklärt werden. Dabei bestand die Möglichkeit, die werbenden Sponsoren und Kooperationspartner aus einer verlinkten Liste von 57 [Unternehmen](#) selbst auszuwählen. Andernfalls sollte die Beklagte diese Auswahl treffen.

Das zweite Ankreuzfeld war mit einem voreingestellten Häkchen versehen und wies folgenden Text auf:

"Ich bin einverstanden, dass der Webanalysedienst Remintrex 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 Werbepartnern und damit interessengerichtete [Werbung](#) durch Remintrex ermöglicht. Die Cookies kann ich jederzeit wieder [löschen](#). Lesen Sie Näheres hier."

In der mit dem Wort "hier" verlinkten Erläuterung wurde darauf hingewiesen, dass die Cookies eine bestimmte, zufallsgenerierte Nummer (ID) erhalten würden, die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet seien, der sich mit Namen und Adresse in das bereitgestellte Webformular eingetragen habe. Falls der Nutzer mit der gespeicherten ID die Webseite eines für Remintrex registrierten Werbepartners besuchen würde, sollte sowohl dieser Besuch erfasst werden als auch, 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 aber nur möglich, wenn mindestens eines der beiden Felder mit einem Haken versehen war.

Soweit im Revisionsverfahren relevant, hat der Kläger verlangt, der Beklagten zu verbieten, entsprechende Einverständniserklärungen in Gewinnspielvereinbarungen mit Verbrauchern einzubeziehen oder sich darauf zu berufen. Der Kläger hat außerdem Ersatz der Abmahnkosten verlangt.

Bisheriger Prozessverlauf:

Das Landgericht hat die Beklagte hinsichtlich beider Einverständniserklärungen zur Unterlassung sowie zur [Zahlung](#) von Abmahnkosten verurteilt. Die Berufung der Beklagten hatte hinsichtlich des Antrags auf Unterlassung der Verwendung der mit einem voreingestellten Ankreuzfeld versehenen Einwilligungserklärung in die Nutzung von Cookies Erfolg. Beide Parteien haben die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision eingelegt.

Der Bundesgerichtshof hat das Verfahren mit Beschluss vom 5. Oktober 2017 ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union verschiedene Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) sowie der [Verordnung \(EU\) 2016/679 \(Datenschutz-Grundverordnung\)](#) hinsichtlich der Wirksamkeit einer [Einwilligung](#) in das Setzen von Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen vorgelegt. Diese Fragen hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit Urteil vom 1. Oktober 2019 beantwortet.

Entscheidung des Bundesgerichtshofs:

Nunmehr hat der Bundesgerichtshof die Revision der Beklagten zurückgewiesen und auf die Revision des Klägers das Berufungsurteil hinsichtlich der Cookie-[Einwilligung](#) aufgehoben und die erstinstanzliche Verurteilung der Beklagten wiederhergestellt.

Hinsichtlich der [Einwilligung](#) in telefonische [Werbung](#) ist die Beklagte gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB und § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG zur Unterlassung und zum Ersatz von Abmahnkosten verpflichtet, weil es sowohl nach der im Zeitpunkt der beanstandeten Handlung geltenden Rechtslage als auch nach der Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt an einer wirksamen [Einwilligung](#) in telefonische [Werbung](#) fehlt. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG dient der Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 und 5 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG, deren Art. 2 Satz 2 Buchst. f für die Definition der [Einwilligung](#) auf Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG verweist, so dass der Begriff der "[Einwilligung](#)" richtlinienkonform zu [bestimmen](#) ist. Für die Zeit ab dem 25. Mai 2018 ist auf die in Art. 4 Nr. 11 der [Verordnung \(EU\) 2016/679](#) vorgesehene Definition abzustellen, weil seither gemäß Art. 94 Abs. 1 und 2 Satz 1 dieser [Verordnung](#) Verweise auf die aufgehobene Richtlinie 95/46/EG als Verweise auf diese [Verordnung](#) gelten.

Eine [Einwilligung](#) wird "in Kenntnis der Sachlage" im Sinne des Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG erteilt, wenn der [Verbraucher](#) weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Die [Einwilligung](#) erfolgt im Sinne dieser Vorschrift "für den konkreten Fall", wenn klar wird, die Produkte oder Dienstleistungen welcher [Unternehmen](#) sie konkret erfasst. Daran fehlt es im Streitfall, weil die beanstandete [Gestaltung](#) der Einwilligungserklärung darauf angelegt ist, 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, die Produkte oder Dienstleistungen welcher [Unternehmer](#) die [Einwilligung](#) erfasst, liegt keine [Einwilligung](#) für den konkreten Fall vor. Aus diesen Gründen fehlt es auch an einer

[Einwilligung](#) "für den bestimmten Fall" im Sinne des Art. 4 Nr. 11 der [Verordnung \(EU\) 2016/679](#), die insoweit keine Rechtsänderung herbeigeführt hat.

Hinsichtlich der [Einwilligung](#) in die Speicherung von Cookies steht dem Kläger gleichfalls ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG in Verbindung mit § [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, stellt sowohl nach dem im Zeitpunkt der beanstandeten Handlung geltenden Recht als auch nach dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht eine [unangemessene Benachteiligung](#) des Nutzers dar.

Die Einholung der [Einwilligung](#) mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens war nach der bis zum 24. Mai 2018 geltenden Rechtslage - also vor Geltung der [Verordnung \(EU\) 2016/679](#) - im Sinne von § [307 Abs. 2 Nr. 1 BGB](#) mit wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) unvereinbar. Der beanstandete Einsatz von Cookies durch die Beklagte als [Diensteanbieter](#) dient, wie von § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) vorausgesetzt, der Erstellung von Nutzerprofilen zum Zwecke der [Werbung](#), indem das Verhalten des Nutzers im Internet erfasst und zur Zusendung darauf abgestimmter [Werbung verwendet](#) werden soll. Bei der im Streitfall in den Cookies gespeicherten zufallsgenerierten Nummer (ID), die den Registrierungsdaten des Nutzers zugeordnet ist, handelt es sich um ein Pseudonym im Sinne dieser Vorschrift. § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG in der durch Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung dahin richtlinienkonform auszulegen, dass für den Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der [Werbung](#) oder Marktforschung die [Einwilligung](#) des Nutzers [erforderlich](#) ist. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat auf Vorlage durch den Senat entschieden, dass Art. 2 Buchst. f und Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG in Verbindung mit Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG dahin auszulegen sind, dass keine wirksame [Einwilligung](#) im Sinne dieser Bestimmungen 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. Auf die Frage, ob es sich bei den Informationen um [personenbezogene Daten](#) handelt, kommt es nach der Entscheidung des Gerichtshofs in diesem Zusammenhang nicht an. Der richtlinienkonformen Auslegung des § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) steht nicht entgegen, dass der deutsche Gesetzgeber bisher keinen Umsetzungsakt vorgenommen hat. Denn es ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage in Deutschland für richtlinienkonform erachtete. Mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) ist eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung noch vereinbar. Im Fehlen einer (wirksamen) [Einwilligung](#) kann im Blick darauf, dass der Gesetzgeber mit § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) das unionsrechtliche Einwilligungserfordernis umgesetzt sah, der nach dieser Vorschrift der [Zulässigkeit](#) der Erstellung von Nutzungsprofilen entgegenstehende Widerspruch gesehen werden.

An dieser Rechtslage hat sich seit dem 25. Mai 2018, dem ersten Geltungstag der [Verordnung \(EU\) 2016/679](#), nichts geändert, weil diese [Verordnung](#) nach ihrem Art. 95 die Fortgeltung des § 15 Abs. 3 Satz [1 TMG](#) als den Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG umsetzende nationale Regelung unberührt lässt. Soweit für die Definition der [Einwilligung](#) nicht mehr auf Art. 2 Buchst. h der aufgehobenen Richtlinie 95/46/EG abgestellt werden kann, sondern Art. 4 Nr. 11 der [Verordnung \(EU\) 2016/679](#) heranzuziehen ist, führt dies zum selben Ergebnis. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat auf Vorlage durch den Senat auch mit Blick auf Art. 4 Nr. 11 der [Verordnung \(EU\) 2016/679](#) entschieden, dass ein vom Nutzer abzuwählendes, voreingestelltes Ankreuzkästchen keine wirksame [Einwilligung](#) darstellt