

VERBRAUCHERSCHUTZ

EuGH – Planet49: Cookies und Einwilligung – eine (un-)endliche Geschichte?

von RA Christian Galetzka, LL.M. und Dipl. Jur. Sophie Garling, Würzburg

| Der EuGH hat am 1.10.19 das Verfahren Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. ./ Planet49 ([C-673/17](#)) entschieden. Über die Entscheidung und ihre Konsequenzen gerade im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Cookies im Online-Geschäft wird vielschichtig diskutiert. Jedenfalls in einem Punkt dürfte nun definitiv Klarheit herrschen: Ein voreingestelltes Häkchen genügt nicht für die Einwilligung in das Setzen von Cookies auf dem Endgerät eines Webseitennutzers, wenn der Einsatz solcher Cookies nicht für das Funktionieren der Webseite technisch erforderlich ist. |

1. Sachverhalt

Die Planet49 GmbH hatte im September 2013 zu Werbezwecken ein Online-Gewinnspiel organisiert. Um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, musste der Nutzer seine Postleitzahl eingeben, woraufhin er auf eine Internetseite weitergeleitet wurde, auf der freie Felder für Namen und Adresse angezeigt wurden. Unter diesen Eingabefeldern befanden sich zwei Ankreuzkästchen mit Hinweistexten:

- Das erste Kästchen war nicht mit einem voreingestellten Häkchen versehen und beinhaltete sinngemäß die Einwilligung in Werbung verschiedener Art durch Sponsoren und Kooperationspartner.
- Das zweite Ankreuzkästchen war dagegen voreingestellt und verlangte dem Nutzer für die Teilnahme am Gewinnspiel die Einwilligung in das Setzen von Cookies durch Planet49 ab, um das Surf- und Nutzungsverhalten auf Webseiten von Werbepartnern auszuwerten und damit verbunden interessengerichtete Werbung auszuliefern.

Die Teilnahme an dem Gewinnspiel war nur möglich, sofern zumindest im ersten Ankreuzkästchen ein Häkchen gesetzt war.

2. Verfahrensgang und an den EuGH gerichtete Vorlagefragen

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. hatte die Planet49 GmbH abgemahnt und ihr später im Wege einer Unterlassungsklage vorgeworfen, keine ausreichende Einverständniserklärung für das Setzen von Cookies und die Verarbeitung von personenbezogenen Daten eingeholt zu haben. Der zuletzt im Wege der Revision angerufene BGH wandte sich mit folgenden grundlegenden Fragen zur Vorabentscheidung an den EuGH ([BGH 5.10.17, I ZR 7/16](#)):

1. a) Handelt es sich um eine wirksame Einwilligung i. S. d. Art. 5 Abs. 3 und des Art. 2 Buchst. f RL 2002/58 i. V. m. Art. 2 Buchst. h RL 95/46, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die be-

reits im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen erlaubt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss?

- b) Macht es bei der Anwendung des Art. 5 Abs. 3 und des Art. 2 Buchst. f der RL 2002/58 einen Unterschied, ob es sich bei den gespeicherten oder abgerufenen Informationen um personenbezogene Daten handelt?
- c) Liegt unter den in Vorlagefrage 1. a) genannten Umständen eine wirksame Einwilligung i. S. d. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a VO 2016/679 vor?
2. Welche Informationen hat der Diensteanbieter im Rahmen der nach Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 vorzunehmenden klaren und umfassenden Information dem Nutzer zu erteilen? Zählen hierzu auch die Funktionsdauer der Cookies und die Frage, ob Dritte auf die Cookies Zugriff erhalten?

3. Die Entscheidung des EuGH

Behandlung voreingestellter Ankreuzkästchen

Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58 (= ePrivacy-RL) muss der Nutzer auf Grundlage von klaren und umfassenden Informationen über die Zwecke der Verarbeitung seine Einwilligung gegeben haben. Demnach erfordert eine „Willensbekundung“ ein aktives Verhalten der zustimmenden Person. Ein lediglich passives Verhalten reicht dem EuGH nicht aus, um „ohne jeden Zweifel“ eine entsprechende Einwilligung annehmen zu können. Einem voreingestellten Ankreuzkästchen lasse sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob der Nutzer die Informationen gelesen oder sie möglicherweise einfach nur nicht wahrgenommen habe ([EuGH 1.10.19, Rz. 52, 55](#)).

Für eine freiwillige Einwilligung in einen konkreten Umstand könne auch im Lichte der DS-GVO nichts anderes gelten, zumal dort im 32. Erwägungsgrund ausdrücklich ausgeschlossen worden sei, dass „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit“ eine Einwilligung darstellen können. Demnach werde von Planet49 durch das zweite Ankreuzkästchen keine wirksame Einwilligung eingeholt, wenn die Speicherung der Informationen oder der Zugriff auf solche, die bereits im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, mittels Cookies erlaubt werde ([EuGH 1.10.19, Rz. 65](#)).

Personenbezogene Daten – ja oder nein?

Der EuGH urteilt weiter, dass es keinen Unterschied macht, ob es sich bei den via Cookies auf dem Endgerät des Nutzers erhobenen Informationen um personenbezogene Daten handelt oder nicht. Er begründet dieses Ergebnis insbesondere mit Erwägungsgrund 24 der ePrivacy-RL. Demnach seien die Informationen, die in Endgeräten von Nutzern gespeichert sind, Teil der Privatsphäre des Nutzers und somit aufgrund der Europäischen Konvention zum Schutze von Menschenrechten und Grundfreiheiten geschützt. Hierbei bestehe kein Unterschied zwischen Informationen mit Personenbezug oder anderen. Gerade die „Hidden Identifiers“ und ähnliche Instrumente, die ohne Kenntnis des Nutzers in sein Endgerät eindringen, seien erfasst ([EuGH 1.10.19, Rz. 70](#)).

Funktionsdauer von Cookies und Weitergabe an Dritte

Die zweite Vorlagefrage, ob der Nutzer über die Funktionsdauer von Cookies informiert werden muss, bejaht der EuGH und zieht als Begründung insbesondere Art. 10 RL 95/46 (= Datenschutzrichtlinie, DS-RL) heran. Diese Regelung sieht u. a. vor, dass der betroffene Nutzer Informationen zur Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen und den Zweckbestimmungen der Datenverarbeitung erhält, sofern diese unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände der Erhebung notwendig sind, um gegenüber der betroffenen Person eine Verarbeitung nach Treu und Glauben zu gewährleisten. Zwar zähle die Dauer der Verarbeitung nicht zu diesen Informationen, jedoch sei die Aufzählung nicht abschließend, so der EuGH. Es stehe im Einklang mit dem Erfordernis einer Verarbeitung nach Treu und Glauben, die Information über die Funktionsdauer zu erteilen. Ohne die Angabe einer Funktionsdauer müsse der Nutzer von einer unendlichen Funktionalität der Cookies ausgehen ([EuGH 1.10.19, Rz. 78](#)). Da die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen ebenfalls zu den „klaren und umfassenden Informationen“ gehöre, werde von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL auch umfasst, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können (vgl. auch Art. 10 Buchst. c DS-RL, Art. 13 Abs. 1 Buchst. e DS-GVO; [EuGH 1.10.19, Rz. 75](#)).

Diese umfassende Informationspflicht, die dem Anbieter auferlegt wird, wird damit begründet, dass der Nutzer in die Lage versetzt werden soll, die Konsequenzen einer Einwilligung leicht bestimmen zu können, und so zu gewährleisten, dass die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt wird ([EuGH 1.10.19, Rz. 74](#)).

4. Fazit, Ausblick und Folgen für die Praxis

Nach den Anforderungen des EuGH steht fest, dass nicht mehr mit voreingestellten Ankreuzfeldern für ein personenbezogenes Tracking auf Basis von Cookies oder anderen Identifiern gearbeitet werden darf. Eine auf transparenten Informationen beruhende Einwilligung muss aktiv vom Nutzer vor der Erhebung der Daten auf dessen Endgerät abgegeben werden. Die Entscheidung des EuGH liefert jedoch nicht alle erhofften Antworten auf die zahlreichen Fragen, die Webseitenbetreiber derzeit beschäftigen:

Offen bleibt, ob es möglich ist, Verarbeitungen von auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherten Informationen (unabhängig von einem Personenbezug) neben der Einwilligung auch auf Grundlage von berechtigten Interessen vorzunehmen. Diese Möglichkeit wurde zumindest in Sachen Fashion ID nicht vollends vom EuGH ausgeschlossen ([EuGH 29.7.19, C-40/17](#), vgl. hierzu auch [EuGH: Fashion ID – Facebook-Like-Button im Fokus des Datenschutzes](#)).

- Auch das grundsätzliche Verhältnis zwischen ePrivacy-RL und DS-GVO wurde in keiner der bisherigen EuGH-Entscheidungen problematisiert, sondern vom EuGH mehr oder weniger selbstverständlich angenommen, dass Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL neben der DS-GVO zur Anwendung kommen muss.
- Weiterhin bleibt die Frage vom EuGH ungeklärt, wann es sich überhaupt um technisch notwendige Cookies handelt und wann nicht.

- Auch werden die beiden Ausnahmen vom ePrivacy-Einwilligungserfordernis (vgl. Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL) und deren Anwendungsbereich vom EuGH überhaupt nicht problematisiert. In diesen beiden Varianten dürfte künftig einiges Potenzial für das Erschließen alternativer Lösungsansätze und denklogisch neuer Diskussionsstoff stecken.

Wie die europarechtlichen – leider bei weitem nicht vollständigen – Cookie-Vorgaben des EuGH in das nationale Recht zu spiegeln sind, wird im Nachgang noch der BGH zu klären haben. Dreh- und Angelpunkt wird hier das Telemediengesetz (TMG) als noch geltender spezieller Regelungsrahmen für den Datenschutz von Telemedien sein. Nach § 12 Abs. 1 TMG darf ein Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit das TMG oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf das TMG bezieht, es erlauben oder der Nutzer eingewilligt hat. In seinem Beschluss vom 5.10.17 lässt der BGH bereits anklingen, dass er in richtlinienkonformer Auslegung des § 12 Abs. 1 TMG die Anforderungen des EuGH in die deutschen Rechtsvorgaben hineinlesen und ein Einwilligungserfordernis für das Setzen aller technisch nicht notwendigen Cookies und anderer Identifier auf dem Endgerät des Nutzers und für die über diese Identifier stattfindende Speicherung von Informationen konstatieren wird ([BGH 5.10.17, Rz. 22 f.](#)).

Diese Auslegung kann eine vorrangige Anwendung der ePrivacy-RL bedeuten sowie ein Zurücktreten der DS-GVO für den spezifisch abgrenzbaren Bereich der Verarbeitung von Informationen im Endgerät des Nutzers. Sind allerdings die Informationen personenbezogen (wie im Vorlageverfahren), wird der BGH auch über eine ergänzende Anwendbarkeit der DS-GVO nachdenken müssen. Ziemlich wahrscheinlich dürfte der BGH § 15 Abs. 3 TMG, der bisher das Tracking unter Bildung von pseudonymisierten Nutzungsprofilen zu Werbezwecken als Opt-out-Lösung erlaubte, für nicht mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbar und damit für nicht mehr anwendbar erklären.

Die Entscheidung des BGH darf mit einiger Spannung erwartet werden. Die Geschichte des Cookie-Einsatzes mit seinen rechtlichen Rahmenbedingungen ist nach Planet49 noch lange nicht zu Ende.