

## **Verkündungstermin am 28. Mai 2020, 9.00 Uhr in Sachen I ZR 7/16 (Einwilligung in die Speicherung von Cookies) (Verhandlungstermin: 30.1.2020)**

**Datum:** 28.05.2020  
**Akkreditierungsschluss:** 27.05.2020 10:00 Uhr  
**Kameraöffentlichkeit:** Ja

Der unter anderem für Ansprüche nach dem Unterlassungsklagengesetz zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat über die Frage zu entscheiden, welche Anforderungen an die Einwilligung in 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. Das Einverständnis konnte nach dem Hinweistext jederzeit widerrufen werden.

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 [die Beklagte] 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 sind, der sich mit Namen und Adresse in das bereitgestellte Webformular einzutragen hatte. 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, begehrt der Kläger, der Beklagten zu verbieten, entsprechende Einverständniserklärungen in Gewinnspielvereinbarungen mit Verbrauchern einzubeziehen oder sich darauf zu berufen. Dabei betrifft der Antrag hinsichtlich des zweiten Textes zur Einverständniserklärung auch die Voreinstellung im Ankreuzfeld. Der Kläger verlangt außerdem Ersatz der Abmahnkosten.

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 voreingestellten Einwilligungserklärung in die Nutzung von Cookies Erfolg. Das Oberlandesgericht hat angenommen, allein der Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Werbung durch Dritte bestehe nach § 1 UKlaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 BGB. Die von der Beklagten vorformulierte und im Zusammenhang mit der Teilnahme an dem von ihr veranstalteten Gewinnspiel verwendete Erklärung zur Einwilligung in Werbung stelle eine gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung dar. Die Ausgestaltung der Klausel trage den Vorgaben des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht hinreichend Rechnung. Demgegenüber halte die vorformulierte Erklärung über die Einwilligung in die Nutzung von Cookies einer Inhaltskontrolle stand. Die verlangte Erklärung werde den Anforderungen an eine Einwilligung in die Cookie-Nutzung nach den insoweit maßgeblichen Vorschriften (§ 4a, § 28 Abs. 3a Satz 2 BDSG aF sowie § 13 Abs. 2, § 15 Abs. 3 TMG aF) gerecht.

Beide Parteien haben die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision eingelegt. Der Kläger will auch die Stattgabe seines Antrags bezogen auf die Einwilligungserklärung in die Setzung und Nutzung von Cookies erreichen. Die Beklagte verfolgt ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Der Bundesgerichtshof hat das Verfahren mit Beschluss vom 5. Oktober 2017 ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union verschiedene Fragen zur Auslegung des Unionsrechts hinsichtlich der Wirksamkeit einer Einwilligung in die Setzung von Cookies durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen vorgelegt. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 Buchst. f der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) in Verbindung mit Art. 2 Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie) sowie Art. 6 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

Diese Fragen hat der Gerichtshof der Europäischen Union mit Urteil vom 1. Oktober 2019 (C-673/17, WRP 2019, 1455 - PLANET49) beantwortet. Der Bundesgerichtshof wird nun die mündliche Verhandlung in dem Rechtsstreit fortsetzen.

Die maßgeblichen Vorschriften lauten:

§ 1 UKlaG:

Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlers auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.

#### § 307 Abs. 1 BGB:

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.

#### § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 UWG:

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, ist unzulässig. Dies gilt insbesondere für Werbung, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.

(2) Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen

2. bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung.

#### § 4a Abs. 1 BDSG aF:

Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.

#### § 28 Abs. 3a BDSG aF:

Wird die Einwilligung nach § 4a Absatz 1 Satz 3 in anderer Form als der Schriftform erteilt, hat die verantwortliche Stelle dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen, es sei denn, dass die Einwilligung elektronisch erklärt wird und die verantwortliche Stelle sicherstellt, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben.

#### § 13 Abs. 2 TMG aF:

Die Einwilligung kann elektronisch erklärt werden, wenn der Diensteanbieter sicherstellt, dass

1. der Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt hat,
2. die Einwilligung protokolliert wird,
3. der Nutzer den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen kann und
4. der Nutzer die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann.

#### § 15 Abs. 3 TMG aF:

Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.

#### Art. 2 Satz 2 Buchst. f der Richtlinie 2002/58/EG:

Weiterhin bezeichnet im Sinne dieser Richtlinie der Ausdruck

f) "Einwilligung" eines Nutzers oder Teilnehmers die Einwilligung der betroffenen Person im Sinne von Richtlinie 95/46/EG;

Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG:

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG u.a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder wenn dies unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann.

Art. 2 Buchst. f und Buchst. h der Richtlinie 95/46/EG:

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

f) "Dritter" die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, außer der betroffenen Person, dem für die Verarbeitung Verantwortlichen, dem Auftragsverarbeiter und den Personen, die unter der unmittelbaren Verantwortung des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters befugt sind, die Daten zu verarbeiten;

h) "Einwilligung der betroffenen Person" jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.

Art. 6 Abs. 1 Buchst a der Verordnung (EU) 2016/679:

Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main - Urteil vom 10. Dezember 2014 - 2/6 O 30/14

OLG Frankfurt am Main - Urteil vom 17. Dezember 2015 - 6 U 30/15

Karlsruhe, den 13. Januar 2020