

## Stellungnahme des Bundesverbands Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V. zum BGH Urteil „Planet49“

16. Juli 2020

### Vorbemerkungen

Der **Bundesverband Digitale Wirtschaft (BVDW) e.V.** ist die Interessenvertretung für Unternehmen, die digitale Geschäftsmodelle betreiben oder deren Wertschöpfung auf dem Einsatz digitaler Technologien beruht. Als Impulsgeber, Wegweiser und Beschleuniger digitaler Geschäftsmodelle vertritt der BVDW die Interessen der Digitalen Wirtschaft gegenüber Politik und Gesellschaft und setzt sich für die Schaffung von Markttransparenz und innovationsfreundlichen Rahmenbedingungen ein. Sein Netzwerk von Experten liefert mit Zahlen, Daten und Fakten Orientierung zu einem zentralen Zukunftsfeld.

Ansprechpartner:

**Katharina Rieke**  
Bereichsleiterin Politik und  
Gesellschaft  
T: +49 30 206 218 617  
[rieke@bvdw.org](mailto:rieke@bvdw.org)

### Statement

Am 28. Mai 2020 hat der Bundesgerichtshof (BGH) sein Urteil im Fall Bundesverband der Verbraucherzentralen gegen die Planet49 GmbH (I ZR 7/16) gesprochen. Die erste Stellungnahme des BVDW vom 30. Juni 2020 basierte auf der Pressemitteilung des BGH zum Urteil, doch seit dem 6. Juli 2020 liegt die Urteilsbegründung des BGH vor und der BVDW möchte seine Stellungnahme nach einer Analyse des Textes weiter ergänzen.

### Hintergründe des BGH-Urteils

In diesem Verfahren ging es um den Gewinnspielanbieter „Planet49“, der Online-Gewinnspiele ermöglicht. Zu Werbezwecken hatte das Unternehmen ein Ankreuzkästchen mit einem voreingestellten Häkchen verwendet, mit dem Nutzer ihre Einwilligung in die Speicherung von Cookies erklärten. Dagegen wandte sich der deutsche Bundesverband der Verbraucherverbände.

### Kernaussagen des BGH-Urteils

Der BGH setzt im Urteil die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom Oktober 2019 zu der Frage um, ob es sich bei einem vorangekreuzten Häkchen um eine wirksame Einwilligung handelt. Auch das Fazit des BGH ist ein klares „Nein“, weil das Vorankreuzen eines Cookie-Einwilligungsfeldes keine rechtskonforme Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung darstellt. Die Einwilligung sei in diesem Fall somit nicht freiwillig erfolgt, es bedarf einer aktiven Einwilligung. Diese Entscheidung war auf Basis des EuGH-Urteils zu erwarten.

Richtungsweisend ist die Entscheidung des BGH zu § 15 Abs. 3 des Telemediengesetzes (TMG). Die Interpretation des BGH widerspricht der Haltung der deutschen Aufsichtsbehörden, die eine Anwendbarkeit des TMG in ihrer Orientierungshilfe „Telemedien“ vom März 2019 verneinten. Der BGH interpretiert in seinem Urteil § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der aktuellen E-Privacy-Richtlinie. Das bedeutet, der BGH ist in diesem Fall der Ansicht, dass § 15 Abs. 3 des TMG in seiner jetzigen Form dahingehend richtlinienkonform ausgelegt werden kann, dass für den Einsatz von Cookies zur Erstellung von Nutzerprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung eine Einwilligung des Nutzers erforderlich ist. Die Urteilsbegründung legt zudem deutlich in Absatz 60 fest, dass eine Einwilligung für alle Tatbestände des § 15 Abs. 3 erforderlich ist. Die Formulierung geht somit über den Streitfall hinaus und legt allgemein fest, dass für die Erstellung von Nutzungsprofilen bei der Verwendung von Pseudonymen zu Zwecken der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung eine Einwilligung notwendig ist. Jegliche Datenverarbeitung, die von § 15 Abs. 3. TMG erfasst wird, braucht somit eine Einwilligung. Festzuhalten ist aber auch, dass Datenverarbeitungen, die „unbedingt erforderlich“ sind, also z.B. technisch notwendige Cookies, auch weiterhin ohne Einwilligung möglich sind. In keinem Fall sind somit Einwilligungen für Cookies erforderlich, um den Dienst (z.B. Website, App, Shop) wie vertraglich vereinbart bereitstellen zu können (Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, z.B. Cookies für Warenkorb, Login oder Spracheinstellungen, Zuordnung von Transaktionen, Reichweitenmessung, Angebotsoptimierung).

### Reichweitenmessung und Attribution

Analyse-Cookies, mit denen man den journalistischen bzw. inhaltlichen Bedarf der Nutzer auf Webseiten überhaupt nachvollziehen und damit die Angebote entsprechend präsentieren kann, sind „unbedingt erforderlich“. Hierbei handelt es sich um Cookies die eben nicht zu Werbezwecken eingesetzt werden.

Der BVDW ist der Meinung, dass es nicht Wille und Intention des BGH sein kann und darf, dass die Reichweitenmessung unter den Begriff „Marktforschung“ fällt. Mess- und Prüfverfahren, die im deutschen Markt eingesetzt werden, sind somit hiervon nicht erfasst und können weiterhin ihre Arbeit in der aktuellen Form fortsetzen.

Sowohl die DSGVO als auch die E-Privacy-Richtlinie sind zudem nur Sekundärrecht. Das Grundgesetz sowie die Verträge und die Grundrechtecharta der Europäischen Union haben juristisch einen höheren Rang. In der Grundrechtecharta ist zum einen in Artikel 8 der Schutz personenbezogener Daten festgeschrieben, aber eben auch in Artikel 11 die Freiheit der Medien und ihrer Pluralität. Die Reichweitenmessung ist dabei elementar, nicht nur für die Medienbranche, sondern auch für die Aufsichtsbehörden, da diese Zahlen die Grundlage bilden, die Rechtsdurchsetzung zu ermöglichen und gesetzlichen Verpflichtungen (wie z.B. AVMD Richtlinie oder Medienfusionen) nachzukommen. Reichweitenmessung muss aus Sicht des BVDW vor diesem Hintergrund auch weiterhin ohne Einwilligung möglich sein, wobei natürlich Nutzer weiterhin das Recht haben, einer Reichweitenmessung zu widersprechen. Ein Einwilligungserfordernis würde nicht nur die Reichweitenmessung qualitativ wesentlich verschlechtern, sondern auch zu weniger Markttransparenz und zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen führen (unfair level playing field).

Darüber hinaus stellt der BVDW fest, dass die schlichte Zuordnung (Attribution) von Transaktionen (z.B. Kauf im Onlineshop) als Ergebnis von Vertriebsmaßnahmen zur Vermarktung selbst bei Verwendung von Cookies nicht in den Regelungsbereich des § 15 Abs. 3 fällt, da hier keine Nutzungsprofile erstellt werden. Die Attribution – auch unter Verwendung von Cookies – kann weiterhin durch berechtigtes Interesse i.S.d Art. 6. Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt sein. Beim Setzen von Cookies zur Zuordnung von Transaktionen, wie beispielsweise im Bereich des Affiliate-Marketings, handelt es sich um eine technische Lösung unter Nutzung von pseudonymen Daten, die allein dazu dienen diese Vertriebsmaßnahmen erfolgsgerecht abrechnen zu können. Die Attribution ist erforderlich zur Sicherstellung der Finanzierung von Inhalten, die vom Nutzer im Internet aktiv angefragt werden.

#### Zuständigkeiten der Datenschutzaufsichtsbehörden

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Datenschutzbehörden jetzt noch für das Verhängen von Bußgeldern zuständig sein können. Denn die E-Privacy-Richtlinie gewährt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eine oder mehrere Stellen mit der Durchsetzung zu beauftragen. Auf Basis des noch geltenden

Rundfunkstaatsvertrages sind die Aufsichtsbehörden in jedem Fall für die Einhaltung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen zuständig. Allerdings gibt es keine nationale Regelung zur Zuständigkeit für die Verhängung von Bußgeldern bei Verstößen gegen das TMG, auch nicht im TMG selbst. Der BVDW ist darüber hinaus der Ansicht, dass die Aufsichtsbehörden sich nicht automatisch auf die DSGVO stützen können, um die nationalen Vorschriften der E-Privacy-Richtlinie umzusetzen. Das könnte zur Folge haben, dass die allgemeinen Regelungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes gelten und somit nicht die Aufsichtsbehörden, sondern die jeweiligen Bezirksämter oder vergleichbare Behörden für die Verhängung von Bußgeldern nach TMG zuständig wären und zudem nur der Bußgeldrahmen des § 16 TMG gelten könnte, also ein Rahmen von maximal 50.000 €. Der BVDW sieht hier weiteren Klärungsbedarf, ob die Interpretation des BGH (§ 15 Abs. 3 TMG im Sinne der E-Privacy-Richtlinie) auch diese Konsequenzen hervorruft.