

**BUNDESGERICHTSHOF\***  
**Urteil vom 28.05.2020, Az. I ZR 7/16**  
**ECLI:DE:BGH:2020:280520UIZR7.16.0**

**Amtliche Leitsätze**

- a) Eine wirksame Einwilligung in telefonische Werbung i.S.v. § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG liegt nicht vor, wenn der Verbraucher bei der Erklärung der Einwilligung mit einem aufwendigen Verfahren der Abwahl von in einer Liste aufgeführten Partnerunternehmen konfrontiert wird, das ihn dazu veranlassen kann, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen und stattdessen dem Unternehmer 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.
- b) § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie 2002/58/EG dahin richtlinienkonform auszulegen, dass der Diensteanbieter Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers einsetzen darf. Eine elektronisch zu erklärende Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, genügt diesem Einwilligungserfordernis nicht.

---

\* **Anmerkungen:** Das Urteil wurde von WERNER RI verarbeitet und dabei teils ergänzt (so um die Zwischenüberschriften und das Inhaltsverzeichnis) und teils gekürzt (so um die Bezeichnungen der Richtlinien und Verordnung); die Seitenzahlen dieses Dokumentes stimmen daher mit den Seitenzahlen des Originalurteils nicht überein. Die Randziffern hingegen sind original.

## Gliederung

Tenor.....	3
Tatbestand.....	3
Die Prozessparteien .....	3
Das Gewinnspiel der Beklagten .....	3
Die Klageanträge.....	5
Die Entscheidungen der I. und der II. Instanz.....	6
Die Vorlage an den EuGH .....	7
Das Urteil des EuGH .....	7
Entscheidungsgründe:.....	8
A. Darstellung des Berufungsurteils.....	8
B. Rechtliche Würdigung in der Revisionsinstanz .....	9
I. Erfolgreiche Revision der Beklagten .....	9
1. Klageantrag I. 1. zulässig (Einwilligung in Kontaktaufnahme).....	9
2. Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB und § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.....	11
a) Darstellung der Argumentation des Berufungsgerichts	11
b) Unwirksamkeit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.....	11
aa) Einwilligungserklärung als Allgemeine Geschäftsbedingung .....	11
bb) Anforderungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG nicht erfüllt .....	12
3. Ersatz der Abmahnkostenpauschale.....	15
II. Erfolgreiche Revision des Klägers .....	15
1. Darstellung der Argumentation des Berufungsgerichts .....	15
2. Klageantrag I. 3. begründet (Einwilligung in Webanalyse). 15	
a) Vorangekreuzte Einwilligungserklärung ist Allgemeine Geschäftsbedingung .....	16
b) Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB .....	16
aa) Wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG.....	16
bb) Richtlinienkonforme Auslegung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG.....	17
c) Keine Änderung durch DS-GVO.....	19
aa) Fortgeltung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG.....	20
bb) Einwilligung nach Maßgabe des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO.....	21
3. Auf die Informationen der Beklagten gegenüber Betroffenen kommt es nicht (mehr) an.....	22
C. Zusammenfassung und Kostenentscheidung .....	22

## **Tenor**

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30.01.2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17.12.2015 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der im zweiten Absatz des Urteilstenors genannte Zusatz lautet "(...) wenn diese Bestimmung verwendet wird i.V.m. einer Liste wie in Anlage K 1 zur Klageschrift wiedergegeben".

Auf die Revision des Klägers wird das vorgenannte Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main - 6. Zivilkammer - vom 10.12.2014 zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz hat der Kläger zu 1/3 zu tragen. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits fallen der Beklagten zur Last.

## **Tatbestand**

### **Die Prozessparteien**

- 1 Der Kläger ist der in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Bundesverband der Verbraucherzentralen. Die Beklagte bietet die Teilnahme an Gewinnspielen im Internet an.

### **Das Gewinnspiel der Beklagten**

- 2 Am 24.09.2013 veranstaltete die Beklagte unter der Internetadresse "www. .de" ein Gewinnspiel. Nach Eingabe der Postleitzahl gelangte der Nutzer hierbei auf eine Seite, auf der Name und Anschrift des Nutzers einzutragen waren. Unter den Eingabefeldern

für die Adresse befanden sich zwei mit Ankreuzfeldern versehene Hinweistexte. Der erste Hinweistext, dessen Ankreuzfeld nicht mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, lautete:

Ich bin einverstanden, dass einige Sponsoren und Kooperationspartner mich postalisch oder telefonisch oder per E-Mail/SMS über Angebote aus ihrem jeweiligen Geschäftsbereich informieren. Diese kann ich hier selbst bestimmen, ansonsten erfolgt die Auswahl durch den Veranstalter. Das Einverständnis kann ich jederzeit widerrufen. Weitere Infos dazu hier.

- 3 Der zweite Hinweistext, der mit einem voreingestellten Häkchen versehen war, lautete:

Ich bin einverstanden, dass der Webanalysedienst R. bei mir eingesetzt wird. Das hat zur Folge, dass der Gewinnspielveranstalter, die P. mbH, nach Registrierung für das Gewinnspiel Cookies setzt, welches P. eine Auswertung meines Surf- und Nutzungsverhaltens auf Websites von Werbepartnern und damit interessengerichtete Werbung durch R. ermöglicht. Die Cookies kann ich jederzeit wieder löschen. Lesen Sie Näheres hier.

- 4 Eine Teilnahme am Gewinnspiel war nur möglich, wenn mindestens das Häkchen vor dem ersten Hinweistext gesetzt wurde.

- 5 Der im ersten Hinweistext den Worten "Sponsoren und Kooperationspartner" und "hier" unterlegte elektronische Verweis führte zu einer Liste, die 57 Unternehmen, ihre Adresse, den zu bewerbenden Geschäftsbereich und die für die Werbung genutzte Kommunikationsart (E-Mail, Post oder Telefon) sowie nach jedem Unternehmen das unterstrichene Wort "Abmelden" enthielt. Der Liste vorangestellt war folgender Hinweis:

Durch Anklicken auf dem Link "Abmelden" entscheide ich, dass dem genannten Partner/Sponsoren kein Werbeeinverständnis erteilt werden darf. Wenn ich keinen oder nicht ausreichend viele Partner/Sponsoren abgemeldet habe, wählt P. für mich Partner/Sponsoren nach freiem Ermessen aus (Höchstzahl: 30 Partner/Sponsoren).

- 6 Bei Betätigung des im zweiten Hinweistext dem Wort "hier" unterlegten elektronischen Verweises wurde folgende Information angezeigt:

Bei den gesetzten Cookies mit den Namen ceng\_cache, ceng\_etag, ceng\_png und gcr handelt es sich um kleine Dateien, die auf Ihrer Festplatte von dem von Ihnen verwendeten Browser zugeordnet gespeichert

werden und durch welche bestimmte Informationen zufließen, die eine nutzerfreundlichere und effektivere Werbung ermöglichen. Die Cookies enthalten eine bestimmte zufallsgenerierte Nummer (ID), die gleichzeitig Ihren Registrierungsdaten zugeordnet ist. Besuchen Sie anschließend die Webseite eines für R. registrierten Werbepartners (ob eine Registrierung vorliegt, entnehmen Sie bitte der Datenschutzerklärung des Werbepartners), wird automatisch aufgrund eines dort eingebundenen iFrames von R. erfasst, dass Sie (d.h. der Nutzer mit der gespeicherten ID) die Seite besucht haben, für welches Produkt Sie sich interessiert haben und ob es zu einem Vertragsschluss gekommen ist.

Anschließend kann die P. GmbH aufgrund des bei der Gewinnspielregistrierung gegebenen Werbeeinverständnisses Ihnen Werbemails zukommen lassen, die Ihre auf der Website des Werbepartners gezeigten Interessen berücksichtigen. Nach einem Widerruf der Werbeerlaubnis erhalten Sie selbstverständlich keine E-Mail-Werbung mehr.

Die durch die Cookies übermittelten Informationen werden ausschließlich für Werbung verwendet, in der Produkte des Werbepartners vorgestellt werden. Die Informationen werden für jeden Werbepartner getrennt erhoben, gespeichert und genutzt. Keinesfalls werden werbepartnerübergreifende Nutzerprofile erstellt. Die einzelnen Werbepartner erhalten keine personenbezogenen Daten.

Sofern Sie kein weiteres Interesse an einer Verwendung der Cookies haben, können Sie diese über Ihren Browser jederzeit löschen. Eine Anleitung finden Sie in der Hilfefunktion Ihres Browsers.

Durch die Cookies können keine Programme ausgeführt oder Viren übertragen werden.

Sie haben selbstverständlich die Möglichkeit, dieses Einverständnis jederzeit zu widerrufen. Den Widerruf können Sie schriftlich an die P. GmbH [Adresse] richten. Es genügt jedoch auch eine E-Mail an unseren Kundenservice [E-Mail-Adresse].

## **Die Klageanträge**

- 7 Der Kläger hat geltend gemacht, die von der Beklagten verlangten Einverständniserklärungen in Telefonwerbung und das Setzen von Cookies genügten nicht den Anforderungen des § 307 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG und §§ 12 ff. TMG. Eine vorgerichtliche Abmahnung ist ohne Erfolg geblieben.
- 8 Der Kläger hat – soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung – zuletzt beantragt,

- I. die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen, deren Akzeptanz für die Teilnahme an einem Gewinnspiel obligatorisch ist, in Gewinnspielvereinbarungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01.04.1977, zu berufen:
1.  Ich bin einverstanden, dass einige Sponsoren und Kooperationspartner mich postalisch oder telefonisch oder per E-Mail/SMS über Angebote aus ihrem jeweiligen Geschäftsbereich informieren. Diese kann ich hier selbst bestimmen, ansonsten erfolgt die Auswahl durch den Veranstalter. Das Einverständnis kann ich jederzeit widerrufen. Weitere Infos dazu hier; (...)
  3. nachfolgende Bestimmung mit voreingestelltem Ankreuzfeld:  
 Ich bin einverstanden, dass der Webanalysedienst R. bei mir eingesetzt wird. Das hat zur Folge, dass der Gewinnspielveranstalter, die P. GmbH, nach Registrierung für das Gewinnspiel Cookies setzt, welches P. eine Auswertung meines Surf- und Nutzungsverhaltens auf Websites von Werbepartnern und damit interessengerichtete Werbung durch R. ermöglicht; (...)
- II. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 214 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.03.2014 zu zahlen.

### **Die Entscheidungen der I. und der II. Instanz**

- 9 Das Landgericht hat den Klageanträgen zu I. 1., I. 3. und II. stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat die Beklagte Berufung eingelegt, mit der sie ihren Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt hat. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz beantragt, die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der – dem Klageantrag I. 1. stattgebende – erste Teil des Tenors des Unterlassungsanspruchs um den Zusatz "wenn diese Bestimmung verwendet wird i.V.m. einer Liste wie in Anlage K 1 zur Klageschrift wiedergegeben" ergänzt wird. Das Berufungsgericht hat den Klageantrag I. 3. abgewiesen und die Berufung im Übrigen mit der vom Kläger beantragten Maßgabe zurückgewiesen, wobei es statt Klageschrift "Antragsschrift" formuliert hat. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag I. 3. und die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

## Die Vorlage an den EuGH

10 Der Senat hat dem EuGH zur Auslegung des Art. 5 Abs. 3 und des Art. 2 lit. f) der Richtlinie 2002/58/EG vom 12.07.2002 (ePrivacy-Richtlinie) in der durch Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie 2009/136/EG vom 25.11.2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie), der Richtlinie 2002/58/EG (ePrivacy-Richtlinie) und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz geänderten Fassung i.V.m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie) sowie zur Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. a) der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.04.2016 (DS-GVO) folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (Beschluss vom 05.10.2017 - I ZR 7/16, GRUR 2018, 96 - Cookie-Einwilligung I):

1. a) Handelt es sich um eine wirksame Einwilligung i.S.d. Art. 5 Abs. 3 und des Art. 2 lit. f) der Richtlinie 2002/58/EG in der durch Art. 2 Nr. 5 der Richtlinie 2009/136/EG geänderten Fassung i.V.m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG, wenn die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits 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 lit. f) der Richtlinie 2002/58/EG i.V.m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG 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 lit. a) der Verordnung (EU) 2016/679 vor?
2. Welche Informationen hat der Diensteanbieter im Rahmen der nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG 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?

## Das Urteil des EuGH

11 Der EuGH hat diese Fragen wie folgt beantwortet (Urteil vom 01.10.2019 - C-673/17, GRUR 2019, 1198 - Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49):

1. Art. 2 lit. f) und Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung i.V.m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG bzw. mit Art. 4 Nr. 11 und Art. 6

Abs. 1 lit. a) der Verordnung (EU) 2016/679 sind dahin auszulegen, 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.

2. Art. 2 lit. f) und Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung i.V.m. Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46 bzw. mit Art. 4 Nr. 11 und Art. 6 Abs. 1 lit. a) der Verordnung 2016/679 sind nicht unterschiedlich auszulegen, je nachdem, ob es sich bei den im Endgerät des Nutzers einer Website gespeicherten oder abgerufenen Informationen um personenbezogene Daten i.S.d Richtlinie 95/46 bzw. der Verordnung 2016/679 handelt oder nicht.
3. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58 in der durch die Richtlinie 2009/136 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass Angaben zur Funktionsdauer der Cookies und dazu, ob Dritte Zugriff auf die Cookies erhalten können, zu den Informationen zählen, die der Diensteanbieter dem Nutzer einer Website zu geben hat.

### **Entscheidungsgründe:**

#### **A. Darstellung des Berufungsurteils**

- 12 **A.** Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger könne nur hinsichtlich der Einwilligungserklärung zur telefonischen Werbung, nicht aber hinsichtlich der Einwilligungserklärung zur Nutzung von Cookies Unterlassung verlangen. Hierzu hat es ausgeführt:
- 13 Die Klage sei hinsichtlich des Antrags I. 1. zulässig. In der im Berufungsantrag erfolgten Bezugnahme auf die Anlage K 1 liege keine Klageänderung, sondern eine Klarstellung des mit der Klageschrift der Sache nach verfolgten Verbots. Die Einwilligungserklärung zur telefonischen Werbung sei eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die den Verbraucher unangemessen benachteilige, weil die Einwilligungserklärung für eine Rechtfertigung von Werbeanrufen nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG nicht ausreiche. Der Klageantrag I. 3. sei hingegen unbegründet, weil die Einwilligungserklärung zur Nutzung von Cookies weder angesichts der Voreinstellung eines Häkchens noch in inhaltlicher Hinsicht zu beanstanden sei. Die Beklagte schulde auch die Zahlung der Abmahnkostenpauschale (Antrag II.), weil die Abmahnung hinsichtlich des Antrags I. 1. berechtigt gewesen sei.



## **B. Rechtliche Würdigung in der Revisionsinstanz**

14 **B.** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat keinen Erfolg (dazu B. I.). Die Revision des Klägers hat hingegen Erfolg (dazu B. II.).

### **I. Erfolglose Revision der Beklagten**

15 **I.** Die Revision der Beklagten richtet sich ohne Erfolg gegen die Verurteilung nach den Klageanträgen I. 1. und II.

#### **1. Klageantrag I. 1. zulässig (Einwilligung in Kontaktaufnahme)**

16 **1.** Das Berufungsgericht hat den Klageantrag I. 1. mit der Bezugnahme auf die Anlage K 1 zutreffend für zulässig gehalten.

17 **a)** Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 U-KlaG klagebefugt, lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision der Beklagten nicht in Zweifel gezogen.

18 **b)** Ohne Erfolg macht die Revision der Beklagten geltend, über den in der Berufungsinstanz durch seine Ergänzung um die Bezugnahme auf die Anlage K 1 geänderten Klageantrag I. 1. hätte mangels Zustimmung der Beklagten nicht in der Sache entschieden werden dürfen.

19 Die Entscheidung, dass eine Änderung der Klage nicht vorliege, ist nach § 268 ZPO nicht anfechtbar. Im Übrigen stellte die Ergänzung des Klageantrags I. 1. um die Bezugnahme auf die Anlage K 1 keine Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO dar. Der Kläger hat mit der Klage beanstandet, der Verbraucher erkenne die Bedeutung der von ihm abgegebenen Einwilligung nicht, weil die Möglichkeit der Abmeldung einzelner Unternehmen aus der 57 "Sponsoren und Kooperationspartner" umfassenden Liste (Anlage K 1) so kompliziert gestaltet sei, dass er die Auswahl regelmäßig der Beklagten überlassen werde. Der Kläger hatte jedoch eine Bezugnahme auf die Anlage K 1 im Antrag zunächst für nicht erforderlich gehalten und sie erst auf den Hinweis des Berufungsgerichts vorgenommen, dass der Antrag seinem Wortlaut nach auch Konstellationen erfasse, in denen die Liste nur wenige Unternehmen enthalte. Die daraufhin erfolgte Antragsmodifikation diene lediglich der Klarstellung, dass der Beklagten mit dem Unterlassungsantrag die Verwendung der beanstandeten Einwilligungserklärung nicht schlechthin, sondern lediglich in der konkreten Verletzungsform verboten werden sollte,

bei der die Liste gemäß Anlage K 1 Verwendung findet (vgl. BGH, Urteil vom 25.06.2015 - I ZR 145/14, GRUR 2015, 1019 Rn. 12 - Mobiler Buchhaltungsservice).

- 20 c) Ohne Erfolg wendet die Revision der Beklagten ein, der auf den Klageantrag I. 1. er-gangene Unterlassungstenor sei unbestimmt, weil die Anlage K 1 nicht Bestandteil des Urteils sei.
- 21 Für die Bestimmtheit der Urteilsformel (§ 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) gelten die Grundsätze für die Bestimmtheit des Klageantrags gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechend (vgl. BGH, Urteil vom 16.11.2006 - I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 15 - Telefon-werbung für "Individualverträge"; Urteil vom 15.03.2012 - I ZR 128/10, GRUR-RR 2012, 475 Rn. 16). Der Inhalt eines Urteils ist in erster Linie der Urteilsformel zu ent-nehmen. Reicht die Urteilsformel allein für die Bestimmung des Inhalts nicht aus, sind zur Auslegung der Urteilsformel der Tatbestand und die Entscheidungsgründe, erforder-lichenfalls auch das Parteivorbringen, heranzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 14.02.2008 - I ZR 135/05, GRUR 2008, 933 Rn. 13 - Schmiermittel; Urteil vom 24.07.2014 - I ZR 27/13, GRUR 2015, 269 Rn. 19 - K-Theory). Der Urteilsausspruch muss äußerlich in einer Art und Weise festgelegt werden, dass er auch nach Verkündung bestimmbar bleibt, da andernfalls nach Rechtskraft der Entscheidung und insbesondere bei der Zwangsvollstreckung Unsicherheiten entstehen können. Zur Gewährleistung der Be-stimmbarkeit ist daher grundsätzlich der Urteilsinhalt in einer einheitlichen Urkunde festzulegen (BGH, Urteil vom 14.10.1999 - I ZR 117/97, BGHZ 142, 388, 391 [juris Rn. 16 und 17] - Musical-Gala).
- 22 Ein Mangel in der Urteilsformel ist allerdings auch dann unschädlich, wenn deren Sinn anhand des Inhalts der zur Auslegung heranzuziehenden Gerichtsakten ausreichend deutlich zu erkennen ist (vgl. BGH, Urteil vom 30.04.2009 - I ZR 66/07, GRUR 2009, 1183 Rn. 6 - Räumungsverkauf wegen Umbau; Urteil vom 20.06. 2013 - I ZR 55/12, GRUR 2013, 1235 Rn. 13 - Restwertbörse II). So verhält es sich im Streitfall. Weder für die Parteien des Rechtsstreits noch für das im Rahmen der Vollstreckung des Unterlas-sungsgebots gemäß § 890 Abs. 1 S. 1 ZPO zuständige Prozessgericht erster Instanz kön-nen Zweifel darüber bestehen, dass mit der vom Berufungsgericht im Unterlassungsge-bot in Bezug genommenen Anlage K 1 ausschließlich die der Klageschrift vom 28.01.2006 angefügte Liste gemeint sein konnte. Soweit das Berufungsgericht im Tenor formuliert hat "wie in Anlage K 1 zur Antragsschrift wiedergegeben", handelt es sich

um eine nach § 319 Abs. 1 ZPO vom Senat von Amts wegen zu berichtigende offensichtliche Unrichtigkeit; gemeint war - wie vom Kläger beantragt und im Tatbestand des Berufungsurteils richtig wiedergegeben - ersichtlich "wie in Anlage K 1 zur Klageschrift wiedergegeben".

**2. Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB und § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG**

23 **2.** Das Berufungsgericht hat die Beklagte auch in der Sache zu Recht zur Unterlassung nach dem in der Berufungsinstanz modifizierten Klageantrag I. 1. verurteilt. Die Beklagte ist gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 BGB und § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zur Unterlassung verpflichtet.

**a) Darstellung der Argumentation des Berufungsgerichts**

24 **a)** Das Berufungsgericht hat angenommen, die beanstandete Einwilligungserklärung zur telefonischen Werbung verstoße gegen § 307 Abs. 1 BGB i.V.m. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, weil der mit der Liste verbundene Auswahlvorgang dem Nutzer einen unverhältnismäßigen Aufwand abverlange und in der Erwartung angeboten werde, dass dieser der Auswahl von Unternehmen durch die Beklagte zustimmen werde. Eine so veranlasste Einwilligung sei nicht in Kenntnis der Sachlage abgegeben. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

**b) Unwirksamkeit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB**

25 **b)** Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB bestimmt, dass eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall mit Blick auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vor.

**aa) Einwilligungserklärung als Allgemeine Geschäftsbedingung**

26 **aa)** Das Berufungsgericht hat die beanstandete Einwilligungserklärung als von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB angesehen.

hen. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB finden auf die durch die Veranstalter von Gewinnspielen vorformulierten Einverständniserklärungen Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2012 - I ZR 169/10, GRUR 2013, 531 Rn. 16 bis 20 - Einwilligung in Werbeanrufe II).

**bb) Anforderungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG nicht erfüllt**

- 27 **bb)** Die beanstandete Einwilligungserklärung genügt nicht den Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG und ist daher wegen unangemessener Benachteiligung der Verbraucher nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.
- 28 Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG stellt Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung stets eine unzumutbare Belästigung dar. Diese Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 und Abs. 5 S. 1 der Richtlinie 2002/58/EG. Der Begriff der "Einwilligung" ist mithin richtlinienkonform zu bestimmen (vgl. BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 23 - Einwilligung in Werbeanrufe II).
- 29 **(1)** Art. 2 S. 2 lit. f) der Richtlinie 2002/58/EG verweist für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG. Bei der Berücksichtigung dieses Verweises ist zu beachten, dass die Richtlinie 95/46/EG durch Art. 94 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 mit Wirkung vom 25.05.2018 aufgehoben worden ist. Seither gelten gemäß Art. 94 Abs. 2 S. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 Verweise auf die aufgehobene Richtlinie als Verweise auf die vorgenannte Verordnung. Für die Bestimmung des Begriffs der Einwilligung ist mithin für die Zeit ab dem 25.05.2018 auf die in Art. 4 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2016/679 vorgesehene Definition abzustellen.
- 30 Der vom Kläger geltend gemachte, auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn die beanstandete Handlung sowohl zum Zeitpunkt ihrer Vornahme rechtswidrig war als auch nach der Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 16.01.2020 - I ZR 74/16, GRUR 2020, 432 Rn. 11 - Kulturchampignons II, mwN). Das Bestehen des Unterlassungsanspruchs setzt mithin voraus, dass die im Streitfall beanstandete Erklärung weder die Anforderungen des Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG noch die des Art. 4 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2016/679 erfüllt.

- 31 (2) Nach Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG ist Einwilligung jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt. Nach ErwG 17 der Richtlinie 2002/58/EG kann die Einwilligung in jeder geeigneten Weise gegeben werden, durch die der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt; hierzu zählt auch das Markieren eines Feldes auf einer Internet-Webseite. Eine Einwilligung wird "in Kenntnis der Sachlage" erteilt, wenn der Verbraucher weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Die Einwilligung erfolgt "für den konkreten Fall", wenn klar wird, die Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 17.07.2008 - I ZR 75/06, GRUR 2008, 923 Rn. 16 - Faxanfrage im Autohandel [zu § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG]; BGH, GRUR 2013, 531 Rn. 24 - Einwilligung in Werbeanrufe II; BGH, Urteil vom 14.03.2017 - VI ZR 721/15, BGHZ 214, 204 Rn. 24; Urteil vom 01.02.2018 - III ZR 196/17, GRUR 2018, 545 Rn. 22).
- 32 Daran fehlt es im Streitfall, weil nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts die vom Kläger angegriffene Gestaltung der Einwilligungserklärung darauf angelegt ist, den Verbraucher mit einem aufwendigen Verfahren der Abwahl von in der Liste aufgeführten Partnerunternehmen zu konfrontieren, um ihn zu veranlassen, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen 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.
- 33 Der Umstand, dass der Verbraucher durchaus die gegebene Vielzahl von Werbepartnern erkennen mag, wie die Revision der Beklagten geltend macht, ändert nichts daran, dass der Verbraucher aufgrund der Gestaltung des Auswahlvorgangs regelmäßig keine Kenntnis über den konkreten Inhalt der gegebenen Einwilligung haben wird.
- 34 (3) Nach Art. 4 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2016/679 ist Einwilligung jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Nach ErwG

32 der Verordnung (EU) 2016/679 sollte die Einwilligung durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Für den bestimmten Fall ist eine Einwilligung abgegeben, wenn Inhalt, Zweck und Tragweite der Erklärung hinreichend konkretisiert sind (vgl. BeckOK.DatenschutzR/Schild, 31. Edition [Stand 01.02.2020], Art. 4 DS-GVO Rn. 125; Buchner/Kühling in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Aufl., Art. 4 DS-GVO Rn. 8). In der Sache ist damit eine Rechtsänderung gegenüber den nach Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG vorgeschriebenen Tatbestandsmerkmalen der für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage zu erfolgenden Einwilligung nicht eingetreten.

- 35 Die im Streitfall beanstandete Erklärung erfüllt danach auch nicht die Voraussetzungen des Art. 4 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2016/679, weil es nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen an einer hinreichend konkreten Einwilligung fehlt.
- 36 (4) Die Revision der Beklagten macht ohne Erfolg geltend, der Einwilligungstext und der mittels eines elektronischen Verweises erreichbare Text der Liste seien als Einheit zu werten, weil der mit den Besonderheiten des Internets vertraute Nutzer wisse, dass Informationen auf mehreren Seiten verteilt sein könnten, die er unschwer durch einfachen Mausklick aufsuchen könne. Die Revision der Beklagten setzt hiermit ihre eigene Würdigung des Sachverhalts an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen. Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich unbedenklicher Weise festgestellt, im Falle eines Internet-Gewinnspiels der vorliegenden Art stehe der mit der angegriffenen Gestaltung verbundene Aufwand für die Auswahl von Werbepartnern für den Verbraucher schon aus zeitlichen Gründen außer Verhältnis zur angestrebten Spielteilnahme und sei daher zu erwarten, dass der Verbraucher der Auswahl durch die Beklagte zustimmen werde. Aus diesem Grund bleibt auch der Einwand der Revision ohne Erfolg, die Liste enthalte eine übersichtliche Bezeichnung der Werbepartner und ihres Geschäftsbereichs.
- 37 (5) Die Revision der Beklagten dringt auch nicht mit ihrem Einwand durch, eine Allgemeine Geschäftsbedingung könne nicht allein wegen ihrer Länge als unwirksam angesehen werden. Das Berufungsgericht hat die angegriffene Einwilligungserklärung nicht allein wegen der Länge der mit ihr verlinkten Sponsorenliste als unwirksam angesehen, sondern deshalb, weil die Gestaltung der Einwilligung unter Berücksichtigung ihres

Einsatzzwecks - der Teilnahme an einem Gewinnspiel im Internet - darauf angelegt erscheint, den Verbraucher von einer Kenntnisnahme abzuhalten und ihn dazu zu veranlassen, das Wahlrecht der Beklagten zu übertragen.

### **3. Ersatz der Abmahnkostenpauschale**

38 **3.** Das Berufungsgericht hat zu Recht auch den auf Ersatz der Abmahnkostenpauschale gerichteten Klageantrag II. als begründet angesehen, weil die Abmahnung mit Blick auf die mit dem Klageantrag I. 1. beanstandete Handlung i.S.d. § 12 Abs. 1 S. 1 UWG berechtigt war (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2009 - I ZR 149/07, GRUR 2010, 744 Rn. 51 - Sondernewsletter).

## **II. Erfolgreiche Revision des Klägers**

39 **II.** Die Revision des Klägers, mit welcher dieser sich gegen die Abweisung des Klageantrags I. 3. wendet, hat Erfolg.

### **1. Darstellung der Argumentation des Berufungsgerichts**

40 **1.** Das Berufungsgericht hat den Klageantrag I. 3. für nicht begründet erachtet und hierzu ausgeführt, die Einwilligungserklärung zur Nutzung von Cookies sei weder angesichts der Voreinstellung eines Häkchens noch in inhaltlicher Hinsicht zu beanstanden. Der Nutzer erkenne, dass er das voreingestellte Häkchen entfernen könne. Die Einwilligungserklärung sei drucktechnisch hinreichend deutlich gestaltet. Sie informiere inhaltlich klar und deutlich über die Art und Weise der Nutzung von Cookies. Die Identität Dritter, die auf die mittels der Cookies erhobenen Informationen zugreifen könnten, müsse nicht offenbart werden. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

### **2. Klageantrag I. 3. begründet (Einwilligung in Webanalyse)**

41 **2.** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem Kläger der mit dem Antrag I. 3. geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB zu.

42 Die von der Beklagten in Form einer Allgemeinen Geschäftsbedingung vorgesehene elektronisch zu erklärende Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem

Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, stellt – wie für einen auf Wiederholungsgefahr gestützten Unterlassungsanspruch erforderlich (dazu bereits Rn. 30) – sowohl nach dem im Zeitpunkt der beanstandeten Handlung geltenden Recht als auch nach dem im Entscheidungszeitpunkt geltenden Recht eine unangemessene Benachteiligung dar.

**a) Vorangekreuzte Einwilligungserklärung ist Allgemeine Geschäftsbedingung**

43 a) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei der angegriffenen Einwilligungserklärung mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 BGB, erhebt die Revision zu Recht keine Einwände.

**b) Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB**

44 b) Die Einholung der Einwilligung mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens war nach der bis zum 24.05.2018 geltenden Rechtslage - also vor Geltung der Verordnung (EU) 2016/679 - i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG nicht vereinbar.

**aa) Wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG**

45 aa) Nach § 15 Abs. 3 S. 1 TMG darf der Diensteanbieter für Zwecke der Werbung, Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer nach einer Unterrichtung über sein Widerspruchsrecht dem nicht widerspricht.

46 Der beanstandete Einsatz von Cookies durch die Beklagte als Diensteanbieter dient, wie von § 15 Abs. 3 S. 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 i.S.d. § 15 Abs. 3 TMG. Nach § 3 Abs. 6a BDSG in der bis zum 24.05.2018 geltenden Fassung ist Pseudonymisierung das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren. Durch die Zuordnung einer zufallsgenerierten Nummer zu den Registrierungsdaten des Nutzers ist dessen Identifizierung durch Dritte - etwa durch die als



Werbepartner der Beklagten bezeichneten Betreiber vom Nutzer besuchter Webseiten - ausgeschlossen oder wesentlich erschwert.

**bb) Richtlinienkonforme Auslegung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG**

- 47 **bb)** § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 S. 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.
- 48 **(1)** Nach der Ursprungsfassung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG hatte der Diensteanbieter im Falle der Speicherung von Informationen auf dem Endgerät des Nutzers oder des Zugriffs auf dort gespeicherte Informationen den Nutzer nicht nur klar und umfassend insbesondere über den Zweck der Verarbeitung zu informieren, sondern ihn auch auf das Recht hinzuweisen, die Verarbeitung zu verweigern. Nach der Neufassung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG durch die Richtlinie 2009/136/EG stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der Richtlinie 95/46/EG - unter anderem - über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat. Das Einwilligungserfordernis steht der Speicherung oder dem Zugang nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie 2002/58/EG nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung der Nachrichtenübertragung über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder wenn Speicherung oder Zugang erforderlich sind, um dem Nutzer den von ihm ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen.
- 49 Die in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG behandelten Maßnahmen der Speicherung oder des Abrufs von auf dem Endgerät des Nutzers gespeicherten Informationen werden typischerweise mithilfe von Cookies vorgenommen. Cookies sind Textdateien, die der Anbieter einer Internetseite auf dem Computer des Benutzers speichert und beim erneuten Aufrufen der Webseite wieder abrufen kann, um die Navigation im Internet oder Transaktionen zu erleichtern oder Informationen über das Nutzerverhalten abzurufen (vgl. BGH, GRUR 2018, 96 Rn. 15 - Cookie-Einwilligung I). Im Streitfall sind Speicherung oder Abruf der Informationen nicht i.S.d. Art. 5 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie

2002/58/EG technisch notwendig, sondern sie dienen der Werbung, so dass die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis nicht vorliegt.

- 50 (2) Nach Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG, auf den Art. 2 lit. f) der Richtlinie 2002/58/EG für die Definition (auch) der nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 dieser Richtlinie erforderlichen Einwilligung verweist, ist unter Einwilligung jede Willensbekundung zu verstehen, 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.
- 51 Der EuGH hat auf Vorlage durch den Senat entschieden, dass Art. 2 lit. f) und Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG i.V.m. Art. 2 lit. 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 (EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 46 bis 59 - Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49). Auf die Frage, ob es sich bei den Informationen um personenbezogene Daten handelt, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 68 bis 71 - Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49).
- 52 (3) Danach ist § 15 Abs. 3 S. 1 TMG dahingehend richtlinienkonform auszulegen, dass der Diensteanbieter Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nicht einsetzen darf, wenn die Einwilligung des Nutzers mittels eines voreingestellten Ankreuzkästchens eingeholt wird, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss.
- 53 Die nationalen Gerichte sind aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 AEUV und des Grundsatzes der Unionstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV gehalten, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Dieser Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten mehr als die bloße Auslegung innerhalb des Gesetzeswortlauts, sondern findet seine Grenze erst in dem Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfortbildung nach nationalen

Methoden unzulässig ist. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform im Wege der teleologischen Reduktion fortzubilden (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 19 ff.; Beschluss vom 16.04.2015 - I ZR 130/13, GRUR 2015, 705 Rn. 26 - Weihrauch-Extrakt-Kapseln; Urteil vom 21.10.2015 - I ZR 51/12, GRUR 2016, 497 Rn. 35 - Davidoff Hot Water II).

- 54 Der richtlinienkonformen Auslegung des § 15 Abs. 3 S. 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 (vgl. Moos, K&R 2012, 635 f.; Rauer/Ettig, ZD 2016, 423, 424; Schmidt/Babilon, K&R 2016, 86, 89; Working Document des Communications Committee der EU-Kommission vom 04.10.2011, COCOM11-20, S. 3 ff.). Gesetzgebungsvorhaben des Bundesrats und der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag, die die Einführung des Einwilligungsvorbehalts für Cookies zum Gegenstand hatten (vgl. BT-Drucks. 17/6756 und 17/8454), sind nicht verwirklicht worden. Die Bundesregierung war offenkundig der Auffassung, es bestehe kein Änderungsbedarf; die EU-Kommission hat dies nicht beanstandet (vgl. Rauer/Ettig, ZD 2015, 255, 256).
- 55 Mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ist eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung noch vereinbar. Im Fehlen einer (wirksamen) Einwilligung kann mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber mit § 15 Abs. 3 S. 1 TMG das unionsrechtliche Einwilligungserfordernis umgesetzt sah, der nach dieser Vorschrift der Zulässigkeit der Erstellung von Nutzungsprofilen entgegenstehende Widerspruch gesehen werden (vgl. Schmitz in Spindler/Schmitz, TMG, 2. Aufl., § 15 Rn. 96; aA Hanloser, ZD 2019, 264, 266; Moos, K&R 2012, 635, 637 und K&R 2015, 220, 222).
- 56 (4) Im Streitfall ist danach die in der angegriffenen Allgemeinen Geschäftsbedingung mittels voreingestelltem Ankreuzkästchen vorgesehene Einwilligung des Nutzers mit einem im Wege richtlinienkonformer Auslegung ermittelten wesentlichen Grundgedanken des § 15 Abs. 3 TMG nicht vereinbar.
- c) **Keine Änderung durch DS-GVO**
- 57 c) An dieser Rechtslage hat sich seit dem 25.05.2018, dem ersten Geltungstag der Verordnung (EU) 2016/679, nichts geändert.

**aa) Fortgeltung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG**

58 **aa)** Die Verordnung (EU) 2016/679 lässt die Fortgeltung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG als Art. 5 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie 2002/58/EG umsetzende nationale Regelung unberührt.

59 **(1)** Art. 95 der Verordnung (EU) 2016/679 bestimmt für das Verhältnis zur Richtlinie 2002/58/EG, dass die Verordnung natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung i.V.m. der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit sie besonderen in der Richtlinie festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen. Art. 95 der Verordnung (EU) 2016/679 regelt die Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Rechtsakte im Kollisionsfall, der nur dann gegeben ist, wenn beide Rechtsakte konkurrierende Pflichten enthalten, die dasselbe Ziel verfolgen. In diesem Fall gehen nach Art. 95 der Verordnung (EU) 2016/679 die Regelungen der Richtlinie vor (vgl. Karg in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, Art. 95 DSGVO Rn. 1, 17; Klabunde/Selmayr in Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl., Art. 95 Rn. 16). Soweit allerdings die Richtlinie 2002/58/EG über den Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2016/679 hinausgeht, besteht mangels Regelungskonkurrenz kein Spezialitätsverhältnis und bleibt es (ebenfalls) bei der Anwendung der Richtlinie (vgl. Sydow, DSGVO, 2. Aufl., Art. 95 Rn. 5; Gola/Piltz, DSGVO, 2. Aufl., Art. 95 Rn. 11).

60 **(2)** Danach bleibt es auch unter der Geltung der Verordnung (EU) 2016/679 bei der Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG und des diese Regelung umsetzenden § 15 Abs. 3 S. 1 TMG.

61 Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG betrifft nicht den Regelungsgegenstand der Verordnung (EU) 2016/679, gemäß ihres Art. 1 Abs. 1 die Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern die Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind. Dieser Unterschied im Anwendungsbereich hat seinen Grund in den unterschiedlichen Schutzzwecken der betroffenen Regelungen: Während die Verordnung (EU) 2016/679 nach ihrem Art. 1 Abs. 2 und ErwG 1 und 2 die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren in Art. 8 Abs. 1 der EU-Grundrechtecharta gewährleistetes Recht auf Schutz personenbezogener Daten schützt, dient Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG, wie sich aus ErwG 24 und 25 und ErwG 65 und 66 der diese Richtlinie ändernden Richtlinie

2009/136/EG ergibt, dem durch Art. 8 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention und (inzwischen) durch Art. 7 der EU-Grundrechtecharta garantierten Schutz der Privatsphäre der Nutzer. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG soll den Nutzer vor jedem Eingriff in seine Privatsphäre schützen, unabhängig davon, ob dabei personenbezogene Daten oder andere Daten betroffen sind (vgl. EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 68 - Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49). Mithin geht die Regelung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG über den Anwendungsbereich der Verordnung (EU) 2016/679 hinaus.

62 Wird die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG durch die Geltung der Verordnung (EU) 2016/679 nicht berührt, bleibt es auch bei der Anwendbarkeit dieser Regelung umsetzenden § 15 Abs. 3 S. 1 TMG. Ein Anwendungsvorrang der Richtlinie erstreckt sich auch auf diese Richtlinie umsetzendes nationales Recht (vgl. [zu Art. 95 DSGVO] Schmitz in Spindler/Schmitz aaO Vorbem. zu § 11 bis § 15a Rn. 11, 13 und § 13 Rn. 22 f.; Gola/Piltz, DSGVO, 2. Aufl., Art. 95 Rn. 15).

**bb) Einwilligung nach Maßgabe des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO**

63 **bb)** Soweit Art. 2 lit. f) der Richtlinie 2002/58/EG für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 lit. h) der Richtlinie 95/46/EG verweist, ist zu beachten, dass infolge der Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG durch die Verordnung (EU) 2016/679 seit dem 25.05.2018 für die Bestimmung des Begriffs der Einwilligung auf die in Art. 4 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2016/679 vorgesehene Definition abzustellen ist (dazu Rn. 29).

64 Eine Rechtsänderung ist hierdurch jedoch nicht eingetreten. Der EuGH hat auf Vorlage durch den Senat auch mit Blick auf Art. 4 Nr. 11 und Art. 6 Abs. 1 lit. a) der Verordnung (EU) 2016/679 entschieden, 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 (EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 60 bis 63 - Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49).

**3. Auf die Informationen der Beklagten gegenüber Betroffenen kommt es nicht (mehr) an**

65 **3.** Somit ist der Unterlassungsantrag I. 3. begründet, ohne dass es entscheidungserheblich auf den Umfang der von der Beklagten über Art und Weise des Einsatzes von Cookies erteilten Informationen ankommt (vgl. EuGH, GRUR 2019, 1198 Rn. 72 bis 81 - Verbraucherzentrale Bundesverband/Planet49). Die auf den Umfang der Informationen über Art und Weise des Einsatzes von Cookies bezogene Vorlagefrage 2. des Senats war lediglich für den Fall gestellt, dass nach den Antworten des Gerichtshofs auf die Vorlagefragen 1. a) bis c) des Senats vom Vorliegen einer wirksamen Einwilligung in die Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen mittels des Einsatzes von Cookies auszugehen gewesen wäre.

**C. Zusammenfassung und Kostenentscheidung**

66 **C.** Danach ist die Revision der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der im zweiten Absatz des Tenors des angegriffenen Urteils genannte Zusatz lautet "(...) wenn diese Bestimmung verwendet wird i.V.m. einer Liste wie in Anlage K 1 zur Klageschrift wiedergegeben". Auf die Revision des Klägers ist das angegriffene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als darin hinsichtlich des Unterlassungsantrags I. 3. zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist. Im Umfang der Aufhebung ist das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 S. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.