

**EMPFEHLUNGEN ZUM EINSATZ VON COOKIES  
IN ONLINE-ANGEBOTEN DER RUNDFUNKANSTALTEN**  
September 2020

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 1. Oktober 2019 - C 673/17 - die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zur Speicherung von oder den Zugriff auf Informationen konkretisiert, die bereits im Endgerät des Nutzers einer Website gespeichert sind. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urt. vom 28. Mai 2020 - I ZR 7/16 -) gelten diese Grundsätze auch für Cookies, die Dienstanbieter einsetzen, um mithilfe von Pseudonymen Nutzungsprofile für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien zu erstellen. § 15 Abs. 3 Telemediengesetz (TMG) lässt Cookies zu diesen Zwecken zwar dem Wortlaut nach vorbehaltlich eines ausdrücklichen nutzerseitigen Widerspruchs zu; dies interpretiert der BGH jedoch im Sinne der Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie als Einwilligungserfordernis.

Aus dieser Rechtsprechung ergeben sich aus der Sicht der RDSK die folgenden Konsequenzen und Empfehlungen für den Einsatz von Cookies in den Angeboten der Rundfunkanstalten, insbesondere soweit es um die Nutzungsmessung zu publizistischen Zwecken geht.

**I. GRUNDSÄTZLICHES ZUM EINSATZ VON COOKIES**

**1. Wann ist eine Einwilligung wirksam**

Auf eine Einwilligung kann sich der Verantwortliche berufen, wenn die betroffene Person die entsprechende Erklärung zweifelsfrei aktiv, freiwillig und in Kenntnis aller für die Datenverarbeitung relevanten Umstände abgegeben hat. Diese Voraussetzungen sind im allgemeinen nur dann erfüllt, wenn der Verantwortliche die Person über die mit dem Cookie verbundene Datenverarbeitung umfassend informiert hat. Außerdem muss er ihr die Möglichkeit geben, das Einverständnis durch eigenes Handeln bzw. eine eigene Willenserklärung zu erteilen, etwa durch Ankreuzen eines entsprechenden Kästchens. Wenn sich die Person gegen die Einwilligung entscheidet, darf sich das für sie nicht nachteilig auswirken.

Die Person muss die Einwilligungserklärung leicht als solche erkennen können. Das schließt zwar nicht aus, dass der Verantwortliche sie mit weiteren Willensbekundungen verbindet. Dann muss die Einwilligungserklärung aber von den anderen Sachverhalten klar unterscheidbar sein.

Eine Einwilligung kann sich auch auf mehrere Cookies beziehen, wenn diese jeweils denselben Zweck verfolgen.

**2. In welchen Fällen ist eine Einwilligung einzuholen**

**a) Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO**

Nach der Systematik des Art. 6 Abs. 1 DSGVO benötigt der Verantwortliche für die Verarbeitung personenbezogener Daten immer dann die Einwilligung des Betroffenen, wenn er sich nicht auf

einen der gesetzlichen Erlaubnistatbestände stützen kann, die Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) bis f) DSGVO nennt.

### **b) Art. 5 Abs. 3 S. 1 ePrivacy-Richtlinie, § 15 Abs. 3 TMG**

Während die DSGVO die Grundrechte und -freiheiten natürlicher Personen schützt, dient Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RiLi und damit § 15 Abs. 3 TMG dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer unabhängig davon, ob es dabei um personenbezogene Daten geht. Nach der Rechtsprechung des BGH würden die Rundfunkanstalten nach dieser Vorschrift eine Einwilligung benötigen, wenn sie Cookies einsetzen, mithilfe derer sie „pseudonymisierte Nutzungsdaten der betroffenen Person für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung ihres Online-Angebots“ auswerten.

## **3. Wann ist keine Einwilligung erforderlich**

### **a) Unbedingt erforderliche Cookies**

Eine Einwilligung ist nicht nötig, wenn die mit dem Einsatz des Cookies verbundene Speicherung oder der Zugang zu den entsprechenden Daten unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünscht wurde, diesen Dienst zur Verfügung stellen kann.

Danach bedürfen jedenfalls sogenannte ‚funktionale Cookies‘ keiner Einwilligung, die etwa

- dem Verantwortlichen eine (technische) Fehleranalyse ermöglichen,
- der Sicherheit seines Angebots dienen,
- die Login-Daten seiner Nutzer speichern,
- für Transaktionen (Warenkorbfunktion) oder
- zur Individualisierung von Webseiteninhalten erforderlich sind.

### **b) Sonstige Cookies**

Der Verantwortliche benötigt keine Einwilligung, wenn er personenbezogene Daten unter den in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) bis f) DSGVO genannten Voraussetzungen verarbeitet. Diese Erlaubnistatbestände betreffen aber jeweils sehr spezifische Sachverhalte und kommen deshalb für den Einsatz von Cookies nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht.

## **II. EINSATZ VON COOKIES ZUR ANONYMISIERTEN NUTZUNGSMESSUNG**

### **1. Zulässigkeit nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) und f) DSGVO**

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk verbreitet Telemedien, um seinen verfassungsrechtlichen Funktionsauftrag zu erfüllen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf (und muss) er sein von den Beitragszahlern finanziertes Angebot im gesellschaftlichen Interesse auf allen publizistisch relevanten Plattformen zugänglich machen. Ob, wo und wie er damit seinen publizistischen Auftrag erfüllt, hängt von der Konfiguration dieses Angebots ab. Die Rundfunkanstalten sind dazu auf Erkenntnisse zur Akzeptanz und Nutzung ihres Angebots angewiesen. Dies gilt allerdings ausschließlich für anonymisierte Auswertungen, wie sie auch im linearen Rundfunk

üblich sind. Vergleichbar statistisch belastbare Methoden wie etwa die Messung der Zuschauerquote (Fernsehen) oder die Media-Analyse (Hörfunk) stehen dafür im Online-Bereich jedoch bislang nicht zur Verfügung. Die Rundfunkanstalten haben daher im Rahmen ihres verfassungsrechtlichen Funktionsauftrags ein berechtigtes Interesse am Einsatz von Cookies, die diese Aufgabe für ihr Onlineangebot übernehmen. Sie verfolgen damit kein (markt-)wirtschaftliches, sondern ein ausschließlich publizistisches Ziel.

Für die Rundfunkanstalten ist die anonymisierte Nutzungsmessung daher erforderlich, damit sie die ihnen durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG übertragene Aufgabe optimal wahrnehmen können, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e) DSGVO. Auch nach Maßgabe einer Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO ist die Nutzungsmessung zulässig. Nach dem Urteil des EuGH vom 1.10.2019 kann das allgemeine Interesse des Verantwortlichen an einer Erfassung und Auswertung des Nutzungsverhaltens (insbesondere für die in § 15 Abs. 3 TMG genannten Zwecke) zwar nicht per se als „berechtigtes Interesse“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO qualifiziert werden. Im Falle einer ausschließlich publizistisch motivierten anonymisierten Nutzungsmessung überwiegt jedoch das Interesse der Rundfunkanstalt (und der Gesamtheit ihres Publikums) ein etwa entgegenstehendes individuelles Interesse, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO.

## 2. Kein Einwilligungserfordernis nach § 15 Abs. 3 TMG

§ 15 Abs. 3 TMG sollte es Telemedienanbietern ursprünglich ermöglichen, auch ohne Einwilligung pseudonymisierte Nutzungsprofile „für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung ihrer Telemedien“ anzulegen. Nach ihrem Sinn und Zweck zielte die Vorschrift darauf, dem Verantwortlichen das Anlegen personalisierbarer Nutzerprofile für die genannten Zwecke zu erleichtern. Eine anonymisierte Nutzungsmessung ermöglicht den Rundfunkanstalten jedoch keine personalisierbare, sondern ausschließlich eine auf ihr Onlineangebot insgesamt bezogene statistische Auswertung. Daher unterfällt die Nutzungsmessung der Rundfunkanstalten nicht dem Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 TMG und dem nach Auffassung des BGH dort postulierten Einwilligungserfordernis.

## III. EMPFEHLUNGEN FÜR DIE RUNDFUNKANSTALTEN

### Rechtsgrundlage prüfen

Die Rundfunkanstalten sollten jedes von ihnen eingesetzte Cookie darauf überprüfen, ob sie es auf einen Erlaubnistatbestand stützen können. Dies kann einer der in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) - f) DSGVO genannten Tatbestände und muss ansonsten stets eine Einwilligung der betroffenen Person sein.

### Wirksamkeit der Einwilligungserklärung sichern

Die Rundfunkanstalten sollten die von ihnen eingesetzten Tools, mithilfe derer sie die im Regelfall erforderliche Einwilligung der betroffenen Person einholen, daraufhin überprüfen, ob sie die Anforderungen erfüllen, die sich aus Art. 4 Nr. 11, Art. 7 und ggf. Art. 8 DSGVO sowie der Rechtsprechung des EuGH ergeben.

### **Datenschutzerklärung/Cookie-Hinweis anpassen**

Die Datenschutzerklärung muss Hinweise zur Funktion des jeweiligen Cookies mit mindestens allen Angaben enthalten, die Art. 13 DSGVO fordert.

### **Spezifische Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erklären**

Zurecht erwarten die Nutzer vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk einen besonders hohen Datenschutzstandard. Da im allgemeinen gerade Cookies, die das Nutzungsverhalten erfassen und auswerten, nur mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person eingesetzt werden dürfen, entsteht erhöhter Aufklärungs- und Beratungsbedarf, wenn die Rundfunkanstalten weiterhin für einzelne Cookies keine Einwilligung einholen. Sie sollten daher ihre Datenschutzerklärungen bzw. Cookie-Hinweise besonders sorgfältig und verständlich formulieren. Allgemeinplätze wie etwa das Bestreben, mithilfe eines Cookies „den Nutzern ein bestmögliches Angebot zur Verfügung zu stellen“, werden dem nicht gerecht. Insbesondere sollten die Rundfunkanstalten daher die spezifische Aufgabe und Funktion des öffentlich-rechtlichen Rundfunks erläutern und die sich daraus ergebende Rechtsgrundlage für den Einsatz des betreffenden Cookies nennen.