

Christopher Huber*

Das Opportunitätspotential von Gesetzesmaterialien: Ente oder Kaninchen?

Verdeutlicht anhand der Entscheidung *Cookie-Einwilligung II* des BGH vom 28.5.2020 – I ZR 7/16

*In der Rechtsprechung wird nicht nur im Rahmen der richtlinienkonformen Interpretation wiederkehrend vom „Willen des Gesetzgebers“ Gebrauch gemacht. Dass dieser Argumentationstopos ein Einfallstor für die verschleierte ratio iudicis sein kann, lässt sich besonders gut an der BGH-Entscheidung *Cookie-Einwilligung II* nachvollziehen. Ein eingehender Blick auf die Urteilsbegründung legt offen, welche Detailschärfe für eine überzeugende genetische Analyse notwendig ist und welche Gefahren drohen, wenn der Zugriff auf die Gesetzesmaterialien lediglich punktuell erfolgt. Die Analyse der Wortlautexegese und genetischen Auslegung dieses Urteils könnte darüber hinaus auch Antworten auf Fragen der Gesetzgebungspraxis geben: Wie müssen Gesetzesmaterialien und Wortlaute gestaltet werden, damit insbesondere bei einem Unionsrechtsproblem die eigene Linie in der Rechtsanwendung bestmöglich zur Geltung kommt? Die Gesetzgebungspraxis aufhorchen lassen sollte schließlich auch der im Urteil verwendete Typus von Materialien.*

I. Einführung und Problemaufriss: Von Enten und Kaninchen

Entscheidungen des BGH greifen zur Auslegung von Rechtsnormen wiederkehrend auf die von den am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organen produzierten Materialien zurück. Der aus dieser Materialienschau ermittelte „Wille des Gesetzgebers“ wird insbesondere häufig zur Begründung einer richtlinienkonformen Auslegung herangezogen. So geschah es auch in der BGH-Entscheidung *Cookie-Einwilligung II*¹ des Ersten Senats, an die die nachfolgenden Ausführungen anknüpfen.

Auf der Suche nach einer Antwort auf die „Ewigkeitsfrage“², welches Ziel die Auslegung verfolgen solle, insistieren die Vertreter des sog. objektiven Interpretationsansatzes mit dem oft bemühten Radbruch'schen Diktum vom „klügeren Gesetz“³, während manche Apologe-

* Ref. iur. Christopher Huber ist Doktorand am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg und Herrn Professor Dr. Christian Baldus für wertvolle Anmerkungen verbunden.

1 BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 7/16 –, juris.

2 Fleischer, AcP 211 (2011), 317 (321); Hirsch, JZ 2007, 853 (855: „Grundsatzfrage“).

3 Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 207: „Der Ausleger kann das Gesetz besser verstehen, als es seine Schöpfer verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muss sogar klüger sein als seine Verfasser.“; dem folgend Hirsch, JZ 2007, 853 (855); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 316 ff.

ten des subjektiv-historischen Auslegungsansatzes in der Materialienschau den Vorteil eines empirischen Anknüpfungspunktes sehen, der zu einer besonders objektiven Argumentation führe, weil diese einer rationalen Kritik unterzogen werden könne, mithin anhand der Materialien verifizierbar bzw. falsifizierbar sei.⁴ Die Rechtfertigung einer Interpretation entlang der Materialien fungiere als „Umdeutungsbremse“.⁵ Dagegen entziehe sich die Suche nach dem Willen des Gesetzes mangels eines objektiven Maßstabes weitestgehend einer Validitätsprüfung.⁶ Vielmehr lasse sich der Topos vom „klügeren Gesetz“ als Deckmantel für subjektive Erwägungen instrumentalisieren, um auf diese Weise die tatsächliche *ratio iudicis* als *ratio legis* zu camoufflieren.⁷

Dieser Beitrag hat nicht zum Ziel, in diesem Streit grundsätzlich Stellung zu beziehen. Vielmehr geht es darum, aufzuzeigen, dass die genetische Auslegung ebenso ein Einfallstor für die *ratio iudicis* sein kann, wenn es ihr an der erforderlichen analytischen Sorgfalt mangelt. Denn der Blick auf die Gesetzesmaterialien erinnert nicht selten an jene täuschenden Doppelbilder, die sich durch viele Epochen der Kunst mittels raffinierter Technik einer einseitigen Wahrnehmung entziehen und je nach Perspektive ein ganz anderes Bild zeichnen, als die Augen zuvor vermuteten.⁸ Das in dieser Hinsicht am häufigsten rezipierte Doppelbild zeigt einen Entenkopf, dessen leicht geöffneter Schnabel bei verändertem Fokus plötzlich Kaninchenohren illusioniert.⁹ Oder findet die Täuschung umgekehrt statt? Zeigt das Bild ein Kaninchen, das aus anderer Perspektive als Ente wahrgenommen wird? Die Betrachterinnen und Betrachter werden mit einem endlosen Rätsel zurückgelassen: Ente oder Kaninchen?

Zu dieser Konfusion führt auch die Analyse der Materialien im Fall *Cookie-Einwilligung II*, der besonders eindrücklich das Opportunitätspotential von Gesetzesmaterialien als Problem der Rechtsanwendung und Gesetzgebungspraxis vor Augen führt. Um dieses Grundsatzzproblem zu erörtern, lohnt sich ein detaillierter Blick auf das Urteil des BGH. Zu diesem Zwecke wird zunächst ein kurzer Überblick zur Vorgeschichte der Entscheidung gegeben

4 Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rz. 258; vgl. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 136; vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 296 ff.

5 Reimer (Fn. 4), Rz. 255.

6 Hassemer, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (10 f.).

7 Kramer (Fn. 4), S. 150; vgl. T. M. J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2017, § 6 Rz. 60: „interpretative Vernebelungsstrategie“; Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, S. 178, Fn. 160; vgl. auch Rühlers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 11. Aufl. 2016, Rz. 806 ff.; vgl. Engisch/Otto/Würtenberger, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 154: „Zu unserer Erheiterung bemerken wir, dass also vom objektiven Standpunkt nicht nur das Gesetz klüger sein kann als seine Verfasser, sondern auch der Interpret klüger als das Gesetz selbst.“; Pestalozza, NJW 1981, 2081 (2087); vgl. auch Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1 (7): „Die Rede vom ‚Willen des Gesetzes‘ soll suggerieren, der Interpret zaubere durch seine ‚Auslegung‘ einen bis dahin verborgenen ‚objektivierten‘ (‚vernünftigen‘) Willen des Gesetzes hervor. In Wahrheit handelt es sich um eine Täuschung oder Selbsttäuschung der Interpreten. Der Gesetzestext enthält und transportiert ausschließlich den Regelungswillen der Normsetzer, sonst nichts. Die Behauptung eines eigenen Willens des Gesetzes ist eine der richterlichen Machterweiterung nützliche Fiktion, ein juristisches Märchen.“.

8 Vgl. zur kunstgeschichtlichen Auseinandersetzung mit Doppelbildern Martin/Andrae (Hrsg.), Das endlose Rätsel, Ostfildern-Ruit 2003.

9 Vgl. zu diesem im 19. Jahrhundert anonym publizierten Doppelbild Andrae in Martin/Andrae (Hrsg.), (Fn. 8), S. 29 (S. 29).

(II.) und die problematische Auslegung des Wortlautes und der Systematik des Gesetzes als Ausgangslage des Methodenproblems hinsichtlich der genetischen Auslegung erläutert (III.). Nachfolgend zeigt der Beitrag die mannigfachen Problemkreise der vom BGH vorgenommenen Materialienschau auf. Es wird der Frage nachgegangen, welche Detailschärfe für eine überzeugende genetische Untersuchung von Nöten ist und welche Gedanken im Hinblick auf die Frage anzustellen sind, welche Materialien sich für eine solche Analyse überhaupt eignen (IV.). Daran schließen sich abschließende Schlussfolgerungen und Anregungen für die Gesetzgebungspraxis an (V.).

II. Ausgangslage

Dem hier betrachteten Urteil des BGH ging eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Vorabentscheidungsverfahren *Planet49* voraus.¹⁰ Dieses Verfahren betraf die Erlaubnisanforderungen bezüglich des Setzens und Auslesens von Cookies. Dabei handelt es sich um Dateien, die bei einem Besuch einer Webseite über den Browser auf dem jeweiligen Endgerät gespeichert werden, so dass dieses Gerät bei einem erneuten Zugriff auf die Seite beispielsweise zum Zwecke eines individuellen Aktivitätentrackings wiedererkannt werden kann (zumeist hat dies kommerzielle Hintergründe, z.B. Individualisierung von Werbeanzeigen).¹¹ Die rechtlichen Rahmenbedingungen dieses Verfahrens werden von Art. 5 Abs. 3 S. 1 der ePrivacy-Richtlinie¹² vorgegeben, nach dem „*der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen [...] seine Einwilligung gegeben*“ haben muss. Nach dem Luxemburger Urteilsspruch setzt die Einwilligung im Sinne dieser Vorschrift ein aktives Verhalten des Nutzers voraus (Opt-in), ein lediglich passives Verhalten reicht nicht aus.¹³ Dementsprechend entschied der BGH im Urteil *Cookie-Einwilligung II*, dass § 15 Abs. 3 S. 1 TMG, der als Umsetzung der vorerwähnten Richtlinienvorgaben aufgefasst wird, dahingehend richtlinienkonform auszulegen ist, dass eine Einwilligung im Sinne einer aktiven Handlung vorausgesetzt wird.¹⁴

III. Würdigung der Wortlautexegese des Ersten Senats

1. Auslegung nach Wortlaut und Systematik

Nach dem Wortlaut von § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ist die Erstellung von Nutzungsprofilen zulässig, wenn „*der Nutzer dem nicht widerspricht*“. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch setzt dieser Legitimationstatbestand folglich lediglich voraus, dass die Nutzerinnen und Nutzer *nicht* widersprechend handeln. Die Erstellung von Nutzungsprofilen wird also

10 Vgl. EuGH, C-673/17 (*Planet49*), ECLI:EU:C:2019:801.

11 *Steinrötter*, GPR 2020, 106 (106).

12 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. 2002, Nr. L 201, S. 37) in der durch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 (ABl. 2009, Nr. L 337, S. 11) geänderten Fassung (im Folgenden: ePrivacy Richtlinie).

13 EuGH, C-673/17 (*Planet49*), ECLI:EU:C:2019:801, Rz. 49 ff.

14 BGH (Fn. 1), Rz. 47 ff.

durch ein passives Nutzerverhalten legitimiert und gerade nicht durch eine aktive Handlung. Dieser Legitimationstatbestand lässt sich somit nicht mit dem vom Unionsrecht vorausgesetzten Opt-in-Verfahren in Einklang bringen.¹⁵ Die vorstehende Wortlautauslegung wird besonders von der Systematik des TMG bestätigt, die unterstreicht, dass § 15 Abs. 3 S. 1 TMG nicht etwa eine vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende gesetzesimmanente Bedeutung zukommt. Denn in § 12 Abs. 1 TMG, der im selben Gesetzesabschnitt normiert ist wie § 15 Abs. 3 S. 1 TMG, ist ein weiterer Erlaubnistatbestand positiviert, der voraussetzt, dass der „Nutzer eingewilligt hat“. Eine Legitimation nach dieser Regelung wird also durch eine dem unionsrechtlichen Opt-in-Verfahren entsprechende aktive Nutzerhandlung herbeigeführt. Die Gegenüberstellung von § 15 Abs. 3 S. 1 TMG und § 12 Abs. 1 TMG macht deutlich, dass das TMG zwei unterschiedliche Legitimationskonzepte bereithält. Ein Auslegungsansatz, der die von § 15 Abs. 3 S. 1 TMG geforderte Erlaubnisvoraussetzung deckungsgleich ausbuchstabiert wie die nach § 12 Abs. 1 TMG einzuholende Einwilligung, widerspräche der Systematik des TMG. Insofern muss § 15 Abs. 1 S. 3 TMG zwingend eine andere Bedeutung haben als § 12 Abs. 1 TMG. Hätte der Gesetzgeber für das TMG lediglich *ein* Legitimationskonzept vorsehen wollen, so hätte er auch in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG eine Einwilligung verlangt und mithin denselben Wortlaut wie in § 12 Abs. 1 TMG gewählt oder umgekehrt. Dabei handelt es sich auch nicht um ein Redaktionsversehen, denn das Konzept von Einwilligung einerseits und Widerspruch andererseits findet sich in zahlreichen Vorschriften des deutschen Rechts zur datenrechtlichen Thematik. Gesetzliche Ausprägungen dieser Legitimationskonzepte sind etwa bereits im inzwischen aufgehobenen TDDSG in § 3 Abs. 1 und 2 TDDSG (Einwilligung) und § 6 Abs. 3 TDDSG (Widerspruch), aber auch in den §§ 4 Abs. 1, 4a, 28 Abs. 3 BDSG a.F.¹⁶ (Einwilligung) und § 28 Abs. 4 BDSG a.F. (Widerspruch) kodifiziert gewesen.¹⁷ Der Widerspruch kann also nicht zur Einwilligung umgedeutet werden.

Gewiss, in einer erteilten Einwilligung steckt auch ein Verzicht auf den Widerspruch. Eine Einwilligung, die sich durch ihre erforderliche aktive Nutzerhandlung als „Mehr“ gegenüber dem ausbleibenden Widerspruch darstellt, der lediglich die Passivität des Nutzers als Erlaubnisvoraussetzung erfordert, muss erst recht als ausbleibender Widerspruch gelesen werden können. Das gilt jedoch nur für die Situation, in der der Rechtsverkehr durch eine Einwilligung freiwillig übererfüllt, nicht aber für die vom BGH behandelte Frage, was das Gesetz vom Rechtsverkehr hinsichtlich der Erstellung von Nutzungsprofilen höchstens verlangen darf. Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass als Erlaubnisvoraussetzung das Ausbleiben eines Widerspruchs gefordert wird, also die Passivität der Nutzerinnen und Nutzer. Der ausbleibende Widerspruch stellt sich im Vergleich zur Einwilligung, die eine aktive Handlung voraussetzt, als „Weniger“ dar. Wie eben gesehen, ist zwar das „Weniger“ im „Mehr“ enthalten, allerdings kann das „Mehr“ nicht in das „Weniger“ hineingelesen werden. An-

15 So etwa auch das OLG Frankfurt, Urt. v. 17.12.2015 – 6 U 30/15 –, Rz. 30 f., juris, das in der Vorinstanz zur hier gegenständlichen Entscheidung in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ausdrücklich ein Opt-out-Verfahren ausgedrückt sah, so dass das Gericht hinsichtlich der Interpretation dieser Norm im Sinne einer Opt-in-Lösung zu Recht die Frage aufwarf, „ob insbesondere der insoweit klar entgegenstehende Wortlaut des § 15 III TMG einer solchen Auslegung überhaupt zugänglich ist“.

16 In der bis zum 24.5.2018 geltenden Fassung.

17 Dazu auch Moos, K&R 2012, 635 (638).

ders gewendet: In einer erteilten Einwilligung steckt auch der Verzicht auf einen Widerspruch, in dem Erlaubniserfordernis des ausbleibenden Widerspruchs aber nicht die Voraussetzung, durch aktive Handlung die Zustimmung zu erteilen.

2. Schlussfolgerung: Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als gangbare Option

Somit schließen der Wortlaut des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG und die Gesetzessystematik, in die diese Norm eingebettet ist, einen Auslegungsansatz klar aus, der von einer Legitimationsvoraussetzung im Sinne des unionsrechtlich geforderten Opt-in-Verfahrens ausgeht.¹⁸ Der Wortlaut bildet in Deutschland nach (wohl) herrschender Auffassung die Grenze der Auslegung.¹⁹ Folglich ist die vom BGH vorgenommene richtlinienkonforme Anpassung nur im Wege einer Rechtsfortbildung denkbar.²⁰ Irritierender Weise geht der Erste Senat jedoch davon aus, dass eine den Richtlinienvorgaben entsprechende Auslegung mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG vereinbar sei.²¹ Zumindest das Ergebnis dieser unzulässigen Schlussfolgerung könnte vertretbar sein, wenn die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung vorlägen.

a. Grundsätzliche Zulässigkeit

Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbot muss die Judikative grundsätzliche Leerstellen in Gesetzen rechtsfortbildenden füllen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen dafür gegeben sind.²² Zwar sprechen die Richterinnen und Richter in Luxemburg in ständiger Spruchpraxis vom Gebot der richtlinienkonformen „Auslegung“ (in der Arbeitssprache des Gerichtshofs: „*interprétation conforme*“),²³ damit ist jedoch keine Ausklammerung des deutschen Instituts der richterlichen Rechtsfortbildung bezweckt. Grund hierfür ist, dass die in Deutschland tradierte Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung keine gemeineuropäische Praxis ist.²⁴ Es liegt für den Gerichtshof daher nahe, ebenso keine strenge begriffliche Trennung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung vorzunehmen, vielmehr führt er auch jene Interpretationen, die der Sache nach einer Analogiebildung im Sinne des deutschen Methodenverständnisses entsprechen, unter der Bezeichnung „*inter-*

18 I.E. auch *Spindler*, NJW 2020, 2513 (2515); *Lang*, K&R 2019, 698 (700); vgl. auch *Zimprich*, DB 2020, 1839 (1839); *Spittka*, DB 2019, 2850 (2853); *Moos*, K&R 2012, 635 (637 f.).

19 Siehe nur *Kramer* (Fn. 4), S. 63 ff.; vgl. BVerfGE 118, 212 (243); *Hummel*, EuZW 2007, 268 (272); *Fischinger*, EuZW 2008, 312 (313).

20 Vgl. dazu auch *Eckhardt*, ZD 2020, 470 (470 ff.): „Der BGH schafft Recht“.

21 BGH (Fn. 1), Rz. 55.

22 *Bethge* in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), BVerfGGesetz, 59. EL April 2020, § 90 Rz. 307 m.w.N.; *Baldauf*, Richtlinienverstoß und Verschiebung der Contra-legen-Grenze im Privatrechtsverhältnis, 2013, S. 209.

23 EuGH, C-397/01 bis C-403/01 (*Pfeiffer*), ECLI:EU:C:2004:584, Slg. 2004, I-08835, Rz. 114; EuGH, C-441/14 (DI), ECLI:EU:C:2016:278, Rz. 43; EuGH, C-193/17 (*Cresco Investigation*), ECLI:EU:C:2019:43, Rz. 75; EuGH, C-414/16 (*Egenberger*), ECLI:EU:C:2018:257, Rz. 75.

24 *Zedler*, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015, S. 406 m.w.N.; *Baldus/Raff* in Gebauer/Teichmann (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht (EnzEuR Bd. 6), 2016, § 3 Rz. 187; *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 874 (883).

prétation“.²⁵ Somit ist vom Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auch eine entsprechende Rechtsfortbildung in den Grenzen der deutschen Methodenlehre erfasst.²⁶

b. Methodenehrliche Rechtsfindung – ein Hochamt der Rechtsstaatlichkeit

Die Ausführungen des BGH zeigen, dass sich der Senat der methodischen Problematiken einer richtlinienkonformen Anpassung natürlich bewusst war, denn neben der rechtlichen Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nannten die Richterinnen und Richter ausdrücklich das Instrument der teleologischen Reduktion als Rechtsfortbildung, „*wo dies nötig und möglich ist*“.²⁷ Mit der apostrophierten rechtlichen Möglichkeit einer solchen Rechtsfortbildung setzt sich der Senat sodann allerdings nicht ausdrücklich auseinander. Die planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung der teleologischen Reduktion wird nicht benannt und auch nicht explizit geprüft. In den nachfolgenden Ausführungen zum Willen des Gesetzgebers, der die bestehende Rechtslage in Deutschland für richtlinienkonform erachtet habe,²⁸ könnte freilich eine implizite Begründung einer planwidrigen Regelungslücke erblickt werden. Dazu im Widerspruch steht dann aber das abschließende Diktum: „*Mit dem Wortlaut des § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG ist eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung noch vereinbar*.“²⁹ Begründet wird das nicht, vielmehr folgt die apodiktische Feststellung: „*Im Fehlen einer (wirksamen) Einwilligung kann mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber mit § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG das unionsrechtliche Einwilligungserfordernis umgesetzt sah, der nach dieser Vorschrift der Zulässigkeit der Erstellung von Nutzungsprofilen entgegenstehende Widerspruch gesehen werden [...]*“.³⁰ Der Erste Senat geht also von einer Auslegung innerhalb des möglichen Wortsinns aus.

Die vorstehende Analyse zum Wortlaut und der Systematik des TMG widerlegt die Vertretbarkeit dieser Aussage jedoch deutlich. Vor allem ist eine Begründung für diese Wortlautauslegung zu vermissen. Dass der Wortlaut von § 15 Abs. 3 S. 1 TMG mit dem vom Unionsrecht geforderten Opt-in-Verfahren korrespondiert, ist keinesfalls offensichtlich, so dass eine ausführliche Erläuterung notwendig gewesen wäre.³¹ Gerichtliche Entscheidungen können sich nur durch eine entsprechende Begründung legitimieren. Diese Begründungspflicht ist dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmen, denn durch sie wird der Unterbau einer jeden Entscheidung transparent, so dass eine rechtliche Überprüfbarkeit gewährleistet ist und willkürliches Verhalten offengelegt wird.³²

25 EuGH, C-402/07 und C-432/07 (Sturgeon u.a.), ECLI:EU:C:2009:716, Slg. 2009, I-10923, Rz. 41 ff.; vgl. auch EuGH, C-581/10 und C-629/10 (Nelson u.a.), ECLI:EU:C:2012:657, Rz. 29 ff.

26 *Baldus/Becker*, ZEuP 1997, 874 (883); *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261 (265 f.).

27 BGH (Fn. 1), Rz. 53.

28 Vgl. BGH (Fn. 1), Rz. 54.

29 BGH (Fn. 1), Rz. 55.

30 BGH (Fn. 1), Rz. 55.

31 In diesem Sinne auch BVerfGE 71, 122 (136); BVerfG NJW 1998, 3484 (3485).

32 T. M. J. Möllers (Fn. 7), § 1 Rz. 60; s. auch *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 64 ff. m.w.N.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Band I, 10. Aufl. 2009, Rz. 222 ff.

Nur mittels Methodenehrlichkeit lässt sich ein rationaler Diskurs über die Vertretbarkeit der richterlichen Entscheidung führen und letztlich die Akzeptanz des Rechtsverkehrs gewinnen.³³ Insbesondere bei einer Rechtsfortbildung bewegen sich die Gerichte in einem rechtsstaatlich äußerst sensiblen Bereich, weil die Richterinnen und Richter im Grenzbereich zur Legislative operieren. Erforderlich ist daher eine qualifizierte Begründung, aus der ersichtlich wird, warum nicht in unzulässiger Weise in die Domäne des Gesetzgebers eingegriffen wird. Insgesamt also ist das Pathos in der Überschrift dieses Absatzes keinesfalls überhöht.

c. Voraussetzungen der Rechtsfortbildung

Voraussetzung für eine teleologische Reduktion bzw. Extension ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke.³⁴ In Betracht kommt vorliegend eine sog. verdeckte Regelungslücke,³⁵ die dann gegeben ist, wenn eine gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortsinn, aber nach der zugrunde liegenden Regelungsabsicht und der Teleologie des Gesetzes einer Korrektur bedarf.³⁶ Die *ratio decidendi* des Urteils *Cookie-Einwilligung II* gründet sich auch auf den Willen des Gesetzgebers, den der Erste Senat aus verschiedenen von Gesetzgebungsorganen verfassten Materialien entnahm. Diese genetischen Schlussfolgerungen sind nachfolgend zu analysieren.

IV. Gesetzgeberischer Konformitätswille gemäß den Gesetzesmaterialien?

Zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens ist im Urteil des Ersten Senats nicht sonderlich viel zu lesen, außer dem – wie sich sogleich zeigen wird – einseitigen Verweis auf abgelehnte Gesetzesinitiativen und auf eine Antwort der Bundesregierung auf einen Fragebogen der Kommission zum Umsetzungsstand der ePrivacy-Richtlinie.³⁷ Nachfolgend soll der Genese des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG detaillierter nachgespürt werden, um aufzuzeigen, dass der BGH einige nicht unerhebliche Punkte unberücksichtigt ließ.

1. Der Wille des Gesetzgebers als Zurechnungsfigur

Wenn in diesem Beitrag vom „Willen des Gesetzgebers“ gesprochen wird, ist selbstverständlich nicht von einem real-psychischen Willen die Rede, denn der Gesetzgeber ist keine bestimmte natürliche Person, vielmehr dient diese Wendung als Metapher, hinter der sich eine normative Zurechnung von Inhalten, die von natürlichen Personen der Gesetzgebungsorgane während des Legislativprozesses hervorgebracht werden, verbirgt.³⁸

33 Vgl. Zedler (Fn. 24), S. 46 f., 392 ff.

34 Larenz (Fn. 3), S. 370 ff.

35 Larenz (Fn. 3), S. 377 ff., 391 ff.

36 Larenz (Fn. 3), S. 377 ff., 391 ff.

37 BGH (Fn. 1), Rz. 54.

38 Dazu ausführlich und m.w.N. Fleischer, NJW 2012, 2087 (2089); Sehl, Was will der Gesetzgeber?, 2019, S. 94 ff.; Baldus in Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung, 2013, S. 5 (S. 7).

2. Rückschlüsse aus der Ablehnung von Gesetzesinitiativen

In der vorliegenden Entscheidung folgert der Erste Senat auf der Basis zweier gescheiterter Gesetzgebungsvorhaben von Bundesrat und der SPD-Fraktion im Bundestag, die die Einführung des Einwilligungsvorbehalts für Cookies zum Gegenstand hatten, dass der Gesetzgeber die bestehende Rechtslage in Deutschland für richtlinienkonform erachtet hat und der Auffassung war, es bestehe kein Änderungsbedarf.³⁹ Diese Feststellung ist in dieser Lakonie hoch problematisch, denn der vom Senat vorgetragene Syllogismus ist mitnichten zwingend. Vielmehr ist die Ablehnung einer Gesetzesinitiative auslegungsbedürftig, grundsätzlich nämlich kann ein solches gesetzgeberisches Verhalten in unterschiedliche und sich diametral entgegenstehende Richtungen ausgedeutet werden: Auf der einen Seite kann die Ablehnung von Gesetzesvorhaben in der Tat als Auffassung des Bundestages gelesen werden, dass das deutsche Recht bereits im Sinne der Richtlinie ausgestaltet sei. Auf der anderen Seite ist es aber auch möglich, dass sich der Gesetzgeber der Initiative verweigerte, weil er die Rechtslage gerade nicht richtlinienkonform anpassen wollte und sich bewusst dagegen entschied. So könnte angenommen werden, dass das Scheitern des Gesetzesvorschlages die Aussage enthält, der Gesetzgeber habe eine entsprechende Regelung nicht schaffen wollen, weshalb die Gerichte an einer Rechtsfortbildung im Sinne der verweigerten Initiative gehindert sein müssten.⁴⁰ Immerhin hatte der Gesetzesvorschlag der SPD-Fraktion auf den problematischen Widerspruch zwischen dem Wortlaut des TMG und den Anforderungen der Richtlinie ausdrücklich hingewiesen.⁴¹ Insofern könnte man sich durchaus auf den Standpunkt stellen, dass sich der Gesetzgeber sehenden Auges in den richtlinienwidrigen Zustand begeben wollte. Wie oben gesehen, widersprechen sich der Wortsinn von § 15 Abs. 3 S. 1 TMG und der des Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie offenkundig. Wäre das Vorgehen des Gesetzgebers tatsächlich von einem generellen Konformitätswillen getragen gewesen, hätte es in Anbetracht der sich flagrant widersprechenden Wortlaute dann nicht nahegelegen, den Text der deutschen Vorschrift entsprechend der Wortwahl der Richtlinie anzupassen?⁴²

Die Ablehnung von Gesetzesinitiativen lässt folglich unterschiedliche Lesarten zu. – Ente oder Kaninchen? Rückschlüsse aus gescheiterten Gesetzesinitiativen auf den Willen des Gesetzgebers bedürfen daher einer Fundierung. Die folgenden Ausführungen gehen der Frage nach, ob das genetische Material die Annahme des Ersten Senats stützt, die vorbenannten Gesetzgebungsvorschläge seien nicht verwirklicht worden, weil der Gesetzgeber von der Richtlinienkonformität der deutschen Rechtslage ausgegangen war.

3. Genese des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG

Im Vorlagebeschluss hatte sich der BGH noch neutraler geäußert, indem er schlicht konstatierte, dass der deutsche Gesetzgeber seit Ablauf der Umsetzungsfrist noch keinen Umset-

39 BGH (Fn. 1), Rz. 54.

40 Vgl. dazu *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 230.

41 BT-Drucks. 17/8454 vom 24.1.2012, S. 3.

42 Vgl. *Nettesheim*, AöR 119 (1994), 261 (267).

zungsakt vorgenommen und insbesondere die in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG enthaltene Widerspruchslösung nicht geändert habe.⁴³ Damit hatte der Senat auch alles zusammengefasst, was sich aus der Gesetzgebungshistorie schlussfolgern ließ. Denn das TMG wurde mit Art. 1 des Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetzes vom 26.2.2007 eingeführt und trat am 1.3.2007 in Kraft. Den Bundestagsdrucksachen⁴⁴ und dem Gesetzestext selbst lässt sich entnehmen, dass dessen Einführung zur Umsetzung diverser Richtlinien diene, jedoch nicht zur damals schon umzusetzenden Vorgängerrichtlinie⁴⁵ der hier gegenständlichen ePrivacy-Richtlinie. Zu den durch dieses Gesetz eingeführten §§ 11 bis 15 TMG lässt sich der Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung entnehmen, dass diese die Datenschutzbestimmungen des TDDSG und des MDStV bis auf einige hier nicht relevante Ausnahmen und redaktionelle Änderungen übernehmen sollten.⁴⁶ Die Systematik von Einwilligung und Widerspruch als zwei mögliche Legitimationskonzepte findet sich entsprechend auch in den §§ 3 bis 6 TDDSG, insbesondere § 6 Abs. 3 S. 1 TDDSG diene § 15 Abs. 3 S. 1 TMG als Vorbild. Die Einführung des Widerspruchsrechts in § 6 Abs. 3 S. 1 TDDSG bezweckte nach der Begründung der Bundesregierung der 14. Wahlperiode der Umsetzung der Richtlinie 95/46/EG.⁴⁷ Zunächst ist also festzuhalten, dass mit § 15 Abs. 3 S. 1 TMG und seiner Vorgängernorm ursprünglich gar keine Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie bezweckt war.

4. Divergierende Rechtsauffassungen der Bundesregierung

a. Rechtsauffassung der Bundesregierung der 17. Wahlperiode zu § 15 Abs. 3 S. 1 TMG

Sofern man wie der Erste Senat neben den amtlichen Drucksachen von Bundestag und Bundesrat auch weitere Dokumente als zulässiges genetisches Material zulassen möchte (hierzu sogleich), ist eine Stellungnahme der Bundesregierung an die Kommission vom 13.9.2010 besonders brisant. Es handelt sich dabei um eine Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission zu einer Beschwerde wegen fehlender Umsetzung u.a. des Art. 5 Abs. 3 der Vorgängerrichtlinie.⁴⁸ Dass sich das vorliegende Urteil zu diesem Dokument ausschweigt, ist inkonsequent, weil die in der Entscheidung behandelte und sogleich zu analysierende Antwort auf einen Kommissionsfragebogen ebenso wie diese Stellungnahme von der Bundesregierung stammt, sich desgleichen an die Kommission richtet und ebenfalls die Richtlinienkonformität des TMG zum Gegenstand hat. Beide Dokumente weisen damit dieselbe sachliche Natur auf. Zwar bezieht sich die Stellungnahme nicht in erster

43 BGH, EuGH-Vorlage v. 5.10.2017 – I ZR 7/16 –, Rz. 16, juris.

44 BT-Drucks. 16/3078 vom 23.10.2006, S. 1 und 11 f.

45 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) (ABl. 2002, Nr. L 201, S. 37) (im Folgenden: Vorgängerrichtlinie).

46 BT-Drucks. 16/3078 vom 23.10.2006, S. 12 und 15 f.

47 BT-Drucks. 14/6098 vom 17.5.2001, S. 30.

48 Beschwerde EU Pilot 2010/931, Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Union vom 13.9.2010, abrufbar unter: <https://www.daten-speicherung.de/wp-content/uploads/Reply-EU-Pilot2010-931.pdf>.

Linie auf die ePrivacy-Richtlinie, sondern auf deren Vorgängerrechtsakt, der noch kein Einwilligungserfordernis vorsah. Dennoch fördert dieses Dokument klare Erkenntnisse zum Wissensstand und zur rechtlichen Auffassung der Bundesregierung zutage, die auch bei der Auslegung der Antwort auf den Kommissionsfragebogen hätten berücksichtigt werden müssen, zumal der Veröffentlichungszeitpunkte beider Stellungnahmen nur knapp über ein Jahr auseinanderliegen und Urheber beider Dokumente dieselbe Bundesregierung ist. Der damalige Art. 5 Abs. 3 der Vorgängerrichtlinie sah noch kein Einwilligungserfordernis vor, vielmehr reichte eine umfassende und klare Information aus sowie der Hinweis auf das Recht, die „Verarbeitung zu verweigern“. Die Bundesregierung erblickte in dieser Regelung ein Opt-Out-Verfahren und weil bereits das TDDSG sowie auch das nachfolgende TMG eine Einwilligungslösung vorsähen, sei das in Deutschland geltende Recht bereits über die Erfordernisse der Vorgängerrichtlinie hinausgegangen.⁴⁹ Zu § 15 Abs. 3 S. 1 TMG führt die Bundesregierung Folgendes aus:

„§ 15 Abs. 3 TMG enthält [...] einen besonderen gesetzlichen Erlaubnistatbestand, der eine Widerspruchslösung (opt-out) vorsieht. Diese Regelung bestand bereits vor Inkrafttreten der [Vorgängerrichtlinie], steht aber wegen des darin enthaltenen opt-out auch in Einklang mit Art. 5 Abs. 3 der [Vorgängerrichtlinie]. In allen übrigen Fällen ist für die in Art. 5 Absatz 3 der [Vorgängerrichtlinie] genannten Verfahren die Einwilligung erforderlich.“⁵⁰

Nachfolgend wird zu den durch die ePrivacy-Richtlinie eingeführten Neuerungen konstatiert: „Die wesentliche Änderung besteht darin, dass die bisherige Opt-out-Regelung durch eine Opt-in-Regelung ersetzt wurde.“⁵¹ Zwar hielt sich die Bundesregierung die Entscheidung über die Erforderlichkeit von gesetzgeberischen Maßnahmen aufgrund der ePrivacy-Richtlinie bewusst offen,⁵² allerdings gewährt Vorstehendes einen Einblick in die rechtliche Sichtweise der Bundesregierung auf die hier gegenständliche ePrivacy-Richtlinie, die bei der Auslegung der Antwort auf den Kommissionsfragebogen und der Suche nach dem gesetzgeberischen Willen nicht ausgeblendet werden kann. Aus dieser Stellungnahme folgt nämlich eindeutig, dass die Bundesregierung in der Vorgängerrichtlinie und in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ein Opt-out-Verfahren erblickte, während sie die Voraussetzung der ePrivacy-Richtlinie ausdrücklich als Opt-in-Verfahren auffasste. Die Annahme, die Bundesregierung sei irrtümlich von der Richtlinienkonformität des TMG ausgegangen, erscheint angesichts dieser Stellungnahme geradezu absurd. Vielmehr lässt dieses Dokument deutlich erkennen, dass sich auch die Bundesregierung über den flagranten Widerspruch zwischen § 15 Abs. 3 S. 1 TMG und Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie gewahr war. Davon ausgehend muss von einer bewusst in Kauf genommenen Richtlinienwidrigkeit ausgegangen werden, mithin von einer beabsichtigten Regelungslücke.

49 Beschwerde EU Pilot 2010/931 (Fn. 48), S. 4 f.

50 Beschwerde EU Pilot 2010/931 (Fn. 48), S. 7 f.

51 Beschwerde EU Pilot 2010/931 (Fn. 48), S. 8.

52 Beschwerde EU Pilot 2010/931 (Fn. 48), S. 8: „Derzeit wird noch geprüft, ob und inwieweit der neue Art. 5 Abs. 3 [ePrivacy-Richtlinie] Maßnahmen des Gesetzgebers zur Umsetzung erfordert.“; an anderer Stelle äußerte die Bundesregierung, dass zunächst umfangreiche Konsultationen auf europäischer Ebene zu Einzelfragen der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie vor einer Entscheidung über weitergehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zunächst abgewartet werden sollte, s. BT-Drucks. 17/5707 vom 4.5.2011, S. 3.

b. Antworten auf den Fragebogen der Kommission

Vor dem Hintergrund dieser Stellungnahme lässt sich ein Konformitätswille auch aus der vom Senat zitierten Antwort der Bundesregierung auf einen Fragebogen der Kommission zum Umsetzungsstand von Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie nicht mehr zweifelsfrei folgern.⁵³ Hinsichtlich der Umsetzung der von diesem Artikel geforderten klaren und umfassenden Information über die Zwecke der Verarbeitung verweist die Bundesregierung noch teilweise⁵⁴ eingängig auf § 13 Abs. 1 TMG.⁵⁵ Das von der Richtlinie geforderte Opt-in-Verfahren sah die Bundesregierung in § 12 Abs. 1 und § 15 Abs. 1 S. 1 TMG ausgedrückt.⁵⁶ Zu § 15 Abs. 3 S. 1 TMG wird in dem gesamten Dokument aber kein Wort verloren. Die Bundesregierung argumentiert wie folgt:⁵⁷ § 12 TMG stelle klar, dass personenbezogene Daten ohne Einwilligung nur verarbeitet werden dürfen, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich erlaubt. Eine solche gesetzliche Erlaubnis enthalte § 15 TMG, weil nach dieser Norm eine Verarbeitung von Nutzerdaten bei der Inanspruchnahme von Telemedien ohne Einwilligung nur erlaubt sei, wenn die Verarbeitung für diesen Zweck erforderlich ist. Das bedeute, dass die Speicherung und der Abruf von Informationen wie z.B. Cookies in Deutschland ohne Einwilligung des Nutzers nur zulässig sind, wenn dies aus technischen Gründen für die Inanspruchnahme erforderlich ist. Im Übrigen dürften solche Verfahren ohne Einwilligung des Nutzers nicht verwendet werden.

Diese Ausführungen treffen in der Tat auf § 12 und bis auf Absatz 3 auch auf alle Absätze des § 15 TMG zu. Insofern scheinen die Normen auch mit Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie übereinzustimmen. Allerdings verschweigt die Bundesregierung, dass § 15 Abs. 3 S. 1 TMG noch eine weitere Fallgruppe beschreibt, die einen Legitimation vorsieht, die nicht an eine Einwilligung anknüpft. Schon die Bundesregierung der 14. Wahlperiode hatte die Vorgängerbestimmung in § 6 Abs. 3 TDDSG als „gesetzliche Erlaubnis“ bezeichnet.⁵⁸ Aber auch von der Bundesregierung der 17. Wahlperiode wurde § 15 Abs. 3 TMG an anderer Stelle ausdrücklich als „besondere[r] gesetzliche[r] Erlaubnistatbestand“ aufgefasst.⁵⁹ In § 15 Abs. 3 S. 1 TMG ist also ein weiterer Erlaubnistatbestand ausgedrückt, der den Anforderungen der ePrivacy-Richtlinie klar nicht gerecht wird.⁶⁰ Dieser Umstand war auch der Bundesregierung bewusst, wie die zuvor dargestellte Beschwerdestellungnahme ohne jegliche Zweifel dokumentiert.

53 BGH (Fn. 1), Rz. 54.

54 Von einer vollständigen Umsetzung kann nicht gesprochen werden, weil sich § 13 Abs. 1 TMG im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie auf personenbezogene Daten beschränkt.

55 COCOM11-20, Questionnaire on the implementation of Article 5(3) of the ePrivacy Directive, S. 3 f., abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/COCOM11-20QuestionnaireonArt.53e-PrivacyDir.pdf>.

56 COCOM11-20 (Fn. 55), S. 4 f.

57 COCOM11-20 (Fn. 55), S. 5 f.

58 BT-Drucks. 14/6098 vom 17.5.2001, S. 29.

59 Beschwerde EU Pilot 2010/931 (Fn. 48), S. 7 f.

60 In diesem Sinne auch *Schmidt/Babylon*, K&R 2016, 86 (89); *Dieterich*, ZD 2015, 199 (202); vgl. auch *Moos*, K&R 2012, 635 (635 und 640); nach *Rauer/Ettig*, ZD 2015, 255 (256) ist auch die Auffassung der Bundesregierung zur Informationspflicht nicht richtlinienkonform.

5. Bewertung der genetischen Auslegung

a. Methodologischer Wert der verwendeten Materialien

Nicht zu verkennen ist insbesondere, dass es sich bei der Stellungnahme und der Antwort auf den Kommissionsfragebogen um Dokumente handelt, die nicht durch das Gesetzgebungsverfahren hervorgebracht wurden. Es können grundsätzlich nur solche Materialien beachtlich sein, die auch eine Prozessstufe des Gesetzgebungsverfahrens abbilden, weil nur bei diesen Dokumenten davon ausgegangen werden kann, dass ihr Inhalt dem Gesetzgeber als gemeinsame (Zwischen)-Entscheidung zurechenbar ist.⁶¹ Dadurch fehlt der Antwort der Bundesregierung auf den Fragebogen der Kommission auch jene Promulgation, die dem Rechtsverkehr die amtliche Zugehörigkeit des Dokuments zu Bundestag oder Bundesrat signalisiert. Darüber hinaus sind solche Dokumente auch schwerer auffindbar, weil sie nicht über die gängige Datenbank für Dokumente des Gesetzgebungsverfahrens DIP (Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge) abgerufen werden können. „Amtliche Gesetzesmaterialien im herkömmlichen Sinne“ sind auch nach einer schon älteren Entscheidung des BGH nicht solche Dokumente, die kein Produkt des Gesetzgebungsverfahrens sind, sondern deren Urheberschaft auf Sachverständige zurückzuführen ist, und für die nicht nachgewiesen werden kann, ob sich die Gesetzgebung auf diese Sachverständigendokumente stützte.⁶² So liegt es auch im vorliegenden Fall.

Eine Ausnahme davon ist möglich, wenn die das Gesetzgebungsverfahren dokumentierenden Materialien auf eine externe Äußerung rekurren.⁶³ So bezogen sich etwa die Redner der Regierungsfractionen während der ersten Beratung des sogleich zu behandelnden Gesetzgebungsvorschlags zur Änderung des TMG auf die Antwort der Bundesregierung zum Kommissionsfragebogen.⁶⁴ Darin könnte man zumindest ein Indiz erblicken, dass dieses Dokument den abstimmenden Abgeordneten bekannt war. Allerdings lässt sich daraus nicht zwingend folgern, dass die darin ausgedrückte Rechtsauffassung der Bundesregierung auch tatsächlich Grundlage der Abstimmungsentscheidung war. Dies wäre nur der Fall, wenn etwa ein Ausschuss, der die Gesamtheit des Gesetzgebungsorgans repräsentativ abzubilden in der Lage ist,⁶⁵ dieses externe Dokument zur Grundlage seiner Beschlussempfehlung gemacht hätte. Hierzu ist aber, wie sogleich dargelegt werden wird, nichts bekannt. Aus diesen Gründen darf dem vom Ersten Senat verwendeten Dokument kein methodologischer Wert zukommen.

b. Aussagewert des genetischen Materials

Der methodologische Wert von Gesetzesmaterialien muss außerdem von inhaltlicher Konsistenz abhängig gemacht werden, deshalb muss Berücksichtigung finden, ob die Materialien in sich widersprüchlich sind und/oder ob sie Diskrepanzen zum Normtext aufweisen.⁶⁶

61 Wischmeyer, JZ 2015, 957 (964).

62 BGH, Urt. v. 21.10.1954 – IV ZR 171/52 –, Rz. 18, juris.

63 Wischmeyer, JZ 2015, 957 (964).

64 BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18700, 18702 f.

65 Vgl. dazu Wischmeyer, JZ 2015, 957 (964).

In dieser Hinsicht sei nochmals hervorgehoben, dass es schwer fällt zu glauben, dass dieselbe Bundesregierung ihre vorherige rechtliche Einschätzung zu § 15 Abs. 3 S. 1 TMG in der Stellungnahme zur oben beschriebenen Beschwerde plötzlich mit einer akrobatischen Volte geändert hätte. Näherliegend ist, dass diese problematische Norm in der Antwort auf den Fragebogen der Kommission taktisch und mithin bewusst unter den Teppich gekehrt wurde. Immerhin muss aufhorchen lassen, dass es sich hierbei um ein Dokument handelt, in dem die Bundesrepublik gegenüber der Kommission Rechenschaft zur Richtlinienumsetzung ablegen sollte. Dass die Bundesregierung in einem solchen Prozedere nicht freimütig einen in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG radizierten richtlinienwidrigen Umstand einräumt und damit Angriffsfläche bei etwaigen unionsrechtlichen Staatshaftungsfällen oder einem Vertragsverletzungsverfahren offenlegen will, liegt auf der Hand.

In der Gesamtbetrachtung sind die Äußerungen der Bundesregierung in der Stellungnahme und der Antwort auf den Fragebogen widersprüchlich. Daher lässt sich ihnen keine eindeutige und für die Auslegung verwertbare Willensäußerung entnehmen. Darüber hinaus kann aus den oben dargelegten Gründen unter keinen Umständen davon ausgegangen werden, dass der Bundesregierung der besondere Erlaubnistatbestand in § 15 Abs. 3 S. 1 TMG und sein konzeptioneller Widerspruch zu § 12 Abs. 1 und § 15 Abs. 1 S. 1 TMG entgangen war. Davon abgesehen konnte weder die Bundesregierung noch die Mehrheit des Bundestages aus weiteren offenkundigen Gründen von einer richtlinienkonformen nationalen Rechtslage ausgehen, denn der Einbezug von nicht-personenbezogenen Daten des Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie lässt sich angesichts seines unzweifelhaften Wortlauts ebenfalls nicht mit § 15 Abs. 3 S. 1 TMG umsetzen.⁶⁷ Ferner weisen beide Vorschriften hinsichtlich der Zwecksetzung⁶⁸ und der Speicherung bzw. Auslese von Daten⁶⁹ Diskrepanzen auf.⁷⁰

c. Looking over a crowd and picking out your friends

Schließlich vermag die Argumentation mit der Antwort der Bundesregierung auf den Fragebogen der Kommission nicht zu überzeugen, weil die genetische Analyse lediglich einseitig erfolgte und das einschlägige Material – sofern man Dokumenten jenseits der amtlichen Drucksachen von Bundestag und Bundesrat überhaupt einen methodologischen Wert beimessen möchte – nicht umfassend in den Blick genommen wurde. Die Analyse der Entstehungsgeschichte darf sich selbstverständlich nicht mit dem ersten opportun erscheinenden Fund zufrieden geben, erforderlich ist vielmehr eine umfassende Würdigung aller Materialien.⁷¹ Dass der Erste Senat die Stellungnahme zur oben dargelegten Beschwerde unter den Tisch fallen ließ, redet der Kritik von *Wald* das Wort, die im Zusammenhang mit der gene-

66 *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (964 f.).

67 *Spittka*, DB 2019, 2850 (2853); *Spindler*, NJW 2020, 2513 (2515); vgl. auch *Eckhardt*, ZD 2020, 470 (470 f.).

68 § 15 Abs. 3 S. 1 TMG bezieht sich auf Handlungen zum Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien, während Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie keine derartige Zweckbestimmung enthält.

69 § 15 Abs. 3 S. 1 TMG enthält im Vergleich zu Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie keine Regelung zur Speicherung bzw. Auslese von Daten.

70 Dazu *Eckhardt*, ZD 2020, 470 (470 f.).

71 *Schluckebier/Hermanns*, Sondervotum BVerfG, JZ 2015, 676 (679, Rz. 22 ff.).

tischen Auslegung in der US-amerikanischen Diskussion vor einer Übung warnt, die sie in Anlehnung an einen Richterkollegen als „*looking over a crowd and picking out your friends*“ beschreibt.⁷²

6. Gesetzesinitiative von Bundesrat und SPD-Fraktion

Noch einige Monate vor Ablauf der Antwortfrist des oben erwähnten Fragebogens der Kommission, aber zeitlich nach der Stellungnahme der Bundesregierung zur oben beschriebenen Beschwerde, erreichten den Bundestag zwei Gesetzgebungsinitiativen. Diese parlamentarischen Aktivitäten nahm auch der Erste Senat in seinem Urteil in den Blick. Die Richterinnen und Richter schlossen aus diesen erfolglosen Initiativen, dass der Gesetzgeber bereits von der Richtlinienkonformität des deutschen Rechts ausging.⁷³

a. Methodologischer Wert der gescheiterten Initiative des Bundesrates

Zunächst schob der Bundesrat eine Änderung des TMG an.⁷⁴ Von der passiven Haltung des Bundestages zu dieser Gesetzesinitiative auf einen Beleg für einen Konformitätswillen des Gesetzgebers zu schlussfolgern, wie es der Erste Senat tat, ist aus mehreren Gründen nicht vertretbar: Der Bundesrat wollte mit diesem Gesetzentwurf Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie umsetzen.⁷⁵ Man könnte daraus zumindest einen generellen Umsetzungswillen des Bundesrates ableiten. Der Wille des Gesetzgebers muss aber allen Gesetzgebungsorganen zugerechnet werden können, also auch dem Bundestag. Die Haltung der Mehrheit des Bundestages zu diesem Gesetzentwurf kann allerdings gar nicht zweifelsfrei nachvollzogen werden, weil es diesbezüglich im Bundestag zu keiner Abstimmung kam, vielmehr hatte sich die Initiative durch Ablauf der Wahlperiode erledigt.⁷⁶ Somit lässt sich dem Bundestag eine bestimmte Auffassung zu dieser Gesetzesinitiative nicht zurechnen. Die Frage, ob von einem einheitlichen Gesetzgeberwillen gesprochen werden kann, wenn der Bundesrat bei der Initiative anderer Auffassung ist als der den Gesetzgebungsvorschlag ablehnende Bundestag, muss daher nicht diskutiert werden.⁷⁷

b. Methodische Analyse des erfolglosen Gesetzgebungsvorschlags der SPD-Fraktion

Daran schloss sich ein weiterer Gesetzgebungsvorschlag der SPD-Bundestagsfraktion an.⁷⁸ Im Unterschied zur Initiative des Bundesrates fand diesbezüglich eine Abstimmung statt, die negativ ausfiel. Der Vorschlag wurde mit den Stimmen der Regierungsfractionen gegen die Stimmen der Oppositionsfractionen abgelehnt.⁷⁹ Lässt sich daraus nun ein Konfor-

72 Wald, Iowa L. Rev. 68 (1983), 195 (214).

73 BGH (Fn. 1), Rz. 54.

74 BR-Drucks. 156/11 vom 21.3.2011.

75 Vgl. BT-Drucks. 17/6765 vom 3.8.2011, S. 6, 9 f.

76 Diese Information ist unter der Dokumentensuchmaschine des Bundestages (DIP – Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge) abrufbar, wenn die oben genannte Nummer der Drucksache bezüglich des Gesetzesvorschlages eingegeben wird.

77 Vgl. zu diesem Themenkomplex die Ansätze bei Sehl, (Fn. 38), S. 135 f.

78 BT-Drucks. 17/8454 vom 24.1.2012.

mitätswille des Gesetzgebers schließen? Zumindest die Richtlinienwidrigkeit wurde in dieser Initiative adressiert, so dass diese Gegenstand der Abstimmung war: Die Begründung des Vorschlags nimmt ausdrücklich auf § 15 Abs. 3 TMG Bezug, der die Widerspruchslösung im Sinne eines Opt-out enthalte, während Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-Richtlinie vorsehe, dass Cookies nicht mehr ohne vorherige Einwilligung der Nutzerinnen und Nutzer auf deren Computer installiert werden dürfen; die im TMG enthaltene datenschutzrechtlich schwächere Widerspruchslösung stehe in Widerspruch zur europarechtlich gebotenen Einführung eines Einwilligungsvorbehalts.⁸⁰ Irritierend ist dabei freilich, dass man die Änderung des besagten § 15 Abs. 3 S. 1 TMG offenbar für nicht erforderlich hielt, sondern sich nur auf die Einführung eines umfassenden Einwilligungsvorbehaltes beschränkte.

Zu den Gründen der Ablehnung lässt sich den zu dieser Initiative auffindbaren Bundestagsdrucksachen nichts entnehmen, insbesondere nicht der Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie sowie dem Bericht über die Stellungnahme der mitberatenden Ausschüsse.⁸¹ Ein ausdrücklich bekundeter Konformitätswille oder eine explizite Stellungnahme zur bereits richtlinienkonformen Rechtslage, die keine weitere Umsetzungsmaßnahme notwendig mache, wie sie in Drucksachen des Bundestages zu anderen Gesetzen bereits nachgewiesen werden konnte,⁸² lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Auch wenn man die Antwort der Bundesregierung auf den Kommissionsfragebogen zugrunde legt, dann lässt sich hieraus gerade kein Konformitätswille hinsichtlich § 15 Abs. 3 S. 1 TMG schlussfolgern. Denn dieses Dokument bezog sich spezifisch auf die §§ 12, 13 und 15 Abs. 1 TMG und gerade nicht auf jene Vorschriften, die zur neuen Fassung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie in der oben behandelten Beschwerdestellungnahme noch als einschlägige Normen adressiert worden waren, namentlich fehlt die Auseinandersetzung mit § 15 Abs. 3 S. 1 TMG. Daher lässt sich auch daraus kein implizit geäußertes Konformitätswille zu dieser Norm ableiten.

Insgesamt bleiben folgende Fragen offen: Hat die Mehrheit der abstimmenden Abgeordneten die Beschwerdestellungnahme oder die Antwort auf den Kommissionsfragebogen zugrunde gelegt? Ferner ist zu fragen, ob die Mehrheit der abstimmenden Abgeordneten diese Dokumente überhaupt ihrer Abstimmungsentscheidung zugrunde gelegt haben? Oder handelte es sich bei der Ablehnung des Antrags der oppositionellen SPD-Fraktion lediglich um ein rein politisch motiviertes Manöver, weil man als Regierungsfraktion schlicht ungerne die Vorschläge, die allein auf dem Impetus der Opposition beruhen, übernimmt? Bezeichnend ist in dieser Hinsicht etwa, dass keiner der 172⁸³ in der 17. Wahlperiode ohne Beteiligung der Regierungsfractionen eingebrachten Gesetzesvorschläge der Oppositionsfractionen verabschiedet wurde.⁸⁴ Gesetzgebung ist nun einmal in erster Linie politisch motiviert. Diese Erkenntnis muss reflektiert werden, wenn man belegen möchte, dass eine gesetzgebe-

79 Vgl. BT-PIPr 17/198 vom 18.10.2012, S. 23862.

80 BT-Drucks. 17/8454 vom 24.1.2012, S. 3.

81 Vgl. BT-Drucks. 17/8814 vom 1.3.2012; vgl. auch BT-PIPr 17/198 vom 18.10.2012, S. 23862.

82 Siehe beispielsweise BT-Drucks. 15/2946 vom 22.4.2004, S. 16; BT-Drucks. 14/6040 vom 14.5.2001, S. 233.

83 Statistik der Gesetzgebung, Stand 11.1.2018, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/196202/ee30d500ea94ebf8146d0ed7b12a8972/Kapitel_10_01_Statistik_zur_Gesetzgebung-data.pdf.

84 Vgl. Statistik der Gesetzgebung (Fn. 83), S. 5.

rische Handlung der Herbeiführung rechtlicher Konformität diene, denn Rechtmäßigkeit und politische Interessen müssen keineswegs gemeinsame Schnittpunkte aufweisen.

7. Rückschlüsse aus der Bundestagsdebatte?

Ein Beleg für einen Konformitätswillen könnte sich jedoch aus den Reden zur ersten Beratung des Gesetzgebungsvorschlags der SPD-Fraktion ergeben.

a. Analyse der Bundestagsdebatte

Die Reden der Abgeordneten der Regierungsfractionen weisen darauf hin, dass man das TMG bereits für richtlinienkonform erachtete.⁸⁵ Die Debattenbeiträge machen aber auch deutlich, dass sich die Regierungsfractionen ausdrücklich für eine Beschränkung auf personenbezogene Daten entschieden und dass nicht alle Cookies unter einen Einwilligungsvorbehalt gestellt werden sollten.⁸⁶ Außerdem verwiesen alle Reden darauf, dass die Kommission der deutschen Gesetzeslage nicht widersprach.⁸⁷ Dabei fällt auf, dass der Fokus dieser Reden auf der Ablehnung einer Erweiterung des Normanwendungsbereichs auf nicht-personenbezogene Daten lag und eine Auseinandersetzung mit § 15 Abs. 3 S. 1 TMG gar nicht stattfand. Vielmehr wurde wie in der Antwort der Bundesregierung auf den Kommissionsfragebogen unter Aussparung der vorbenannten Norm argumentiert, dass ein Einwilligungsvorbehalt bereits bestehe.⁸⁸ Man könnte nun davon ausgehen, dass diese Norm und ihre Konsequenz, nämlich dass auch bei personenbezogenen Daten kein uneingeschränkter Einwilligungsvorbehalt gilt, versehentlich übersehen wurden – mithin läge eine planwidrige Regelungslücke vor. Dagegen spricht aber die Offenkundigkeit dieses Fehlers und vor allem der Umstand, dass der Gesetzesvorschlag, auf den sich diese Reden bezogen, ausdrücklich auf diese Norm und ihre Rechtsfolge hinwies. Den Abgeordneten kann dieser Umstand nicht entgangen sein, weswegen von einem bewussten Ausblenden dieses Umstandes auszugehen ist.

Schließlich muss angemerkt werden, dass die Argumentationslinien der Reden zwei voneinander unabhängige argumentative *Pfeiler* aufwiesen: Die Redebeiträge argumentierten nämlich nicht nur aus rechtlicher Perspektive, also mit der aus Sicht der Redner bestehenden Richtlinienkonformität, sondern auch mit wirtschaftlichen Aspekten, die als Grund für eine Ablehnung der Erweiterung des Einwilligungsvorbehaltes auf sämtliche Cookies angeführt wurden.⁸⁹ Welches Motiv legte nun die Mehrheit der Abgeordneten zugrunde? Die vermeintliche Richtlinienkonformität der deutschen Rechtslage? Oder sollte doch eher das Abwandern der internetorientierten Werbewirtschaft⁹⁰ verhindert bzw. die erhebliche Beeinträchtigung funktionierender Geschäftsmodelle der gesamten Internetwirtschaft⁹¹ abge-

85 BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18700 bis 18703.

86 BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18700 bis 18703.

87 BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18700 bis 18703.

88 Vgl. BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18700 bis 18703.

89 BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18700 bis 18703.

90 So u.a. der Abgeordnete *Lämmel*, BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18701.

91 So u.a. die Abgeordneten Dr. *Nüßlein* und *Bögel*, BT-PIPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18702 f.

wendet werden? Oder folgte man gar der Auffassung des Redners der Oppositionsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, der die vorhandene Opt-out-Regelung ebenfalls für richtlinienwidrig hielt, den Gesetzesvorschlag aber insgesamt nicht für geeignet erachtete, um rechtliche Problemfelder zu Cookies zu lösen?⁹²

Ein eindeutiger Konformitätswille ist also auch den Redebeiträgen nicht zu entnehmen. Die inhaltliche Übereinstimmung dieser Reden birgt natürlich ein Indiz dafür, dass innerhalb der Regierungsfractionen tatsächlich eine diesbezügliche inhaltliche Abstimmung bzw. Übereinstimmung gegeben war und es sich nicht nur um die individuelle Auffassung der Redner handelte. Allerdings zeigt die Argumentation mit den wirtschaftlichen Aspekten auch, dass ein Konformitätswille nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden kann, denn es ist nicht auszuschließen, dass man bei Kenntnis der Richtlinienwidrigkeit trotzdem diesen wirtschaftlichen Aspekten gefolgt wäre. Das legt etwa die Aussage des Abgeordneten Dr. *Nüßlein* in dieser Debatte nahe, der bei einer von der Kommission avisierten Initiative im Bereich des Datenschutzes „*genau hinsehen*“ wollte und nicht dazu bereit war, sich mit dem Vorschlag der SPD-Fraktion in „*vorausgehendem Gehorsam [...] selbst Fesseln anzulegen und [die] Wirtschaft unnötig zu gefährden*“.⁹³

b. Der methodologische Wert von Äußerungen im Plenum

Es verwundert nicht, dass der BGH auf diese Redebeiträge überhaupt keinen Bezug nahm, denn methodologisch belastbar sind sie nicht. Das Plenum ist die Bühne der politischen Auseinandersetzung, die Redebeiträge sind daher nicht frei von politischer „Schönfärberei“, vielmehr werden sie auch mit Blick auf die öffentliche Meinung bzw. das zu umwerbende politische Klientel formuliert.⁹⁴ Aussagen von Abgeordneten aus den Regierungsfractionen können einen ersten, weiter zu fundierenden Hinweis auf eine beispielsweise zuvor im Ausschuss getroffene und von der Mehrheit der Abgeordneten getragene Entscheidung geben.⁹⁵ Einzelaussagen im Plenum müssen sich nicht mit der Auffassung des gesamten Parlaments decken, insbesondere weil diesbezüglich keine detaillierten Absprachen mit den Fraktionen erfolgen.⁹⁶ Solche Aussagen sind lediglich persönliche Meinungen, daher müssten Anhaltspunkte dafür gefunden werden, dass sich diese Einzelauffassungen dem gesamten Parlament zurechnen lassen.⁹⁷ Einzelne Redebeiträge sind regelmäßig nicht in der Lage, das gesamte Parlament und somit den Willen des Gesetzgebers zu repräsentieren; daher sind diese Aussagen etwa im Vergleich zu Äußerungen eines Ausschusses, der in der Lage ist, das Gesamtorgan repräsentativ abzubilden, grundsätzlich keine belastbaren Quellen für den gesetzgeberischen Willen.⁹⁸ Der methodologische Wert solcher Aussagen ist somit stark beschränkt.

92 BT-PlPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18705 f.

93 BT-PlPr 17/155 vom 26.1.2012, S. 18702.

94 *Sehl* (Fn. 38), S. 174.

95 *Sehl* (Fn. 38), S. 220 f.

96 *Seibert* in *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 111 (S. 124).

97 Vgl. *Frieling*, *Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers*, 2017, S. 207 f.

98 *Wischmeyer*, *JZ* 2015, 957 (964); *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaats*, 2015, S. 386, 391.

c. Zwischenfazit

Den Äußerungen aus den Reihen der die Initiative der SPD-Fraktion ablehnenden Mehrheit lassen sich keine eindeutigen Aussagen entnehmen, vielmehr sind sie in sich widersprüchlich. Einerseits weisen sie auf einen generellen Konformitätswillen hin und auf der anderen Seite ist erkennbar, dass man ein alle denkbaren Fälle erfassendes Opt-in-Verfahren klar ablehnte. Diese Ablehnung war nicht zwingend in dem Sinne rechtlich veranlasst, dass man diese Haltung aufgrund der europäischen Rechtslage für verbindlich determiniert gehalten hätte, sondern sie war, soweit erkennbar, mindestens ebenso stark wirtschaftspolitisch motiviert. Aufgrund dessen kann nicht zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass sich der Gesetzgeber, hätte er zu diesem Zeitpunkt die europäische Rechtslage zutreffend eingeschätzt, entgegen dieser wirtschaftspolitischen Motivlage für eine richtlinienkonforme Umsetzung entschieden hätte. Vielmehr legt ein Redebeitrag nahe, dass man den „voraus-eilenden Gehorsam“ der SPD-Fraktion nicht mittragen und sich in Brüssel gegen eine flächendeckende Ausbreitung des Opt-in-Verfahrens einsetzen wollte.

8. Fazit zur genetischen Analyse

Selbst wenn der Gesetzgeber – so wie es der Erste Senat insinuiert – der Ansicht gewesen wäre, dass das Einwilligungskonzept des TMG bereits richtlinienkonform sei, hätte dies in der Konsequenz bedeuten müssen, dass das zweite Opt-out-Legitimationskonzept des TMG zu beseitigen gewesen wäre. Denn während die Richtlinie nur ein Legitimationskonzept zulässt, ist nach dem TMG für eine bestimmte Fallgruppe noch eine von der Einwilligungslösung deutlich abgehobene Legitimationsoption statthaft. Das hat ausweislich der oben dargestellten Beschwerdestellungnahme auch die Bundesregierung erkannt. Ausgehend von diesen Gedankengängen kann das nur bedeuten, dass die Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie eine Aufhebung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG hätte anstreben müssen. Immerhin ist das offenbar auch die aktuelle Auffassung der Bundesregierung, wie die von einem Gesetzentwurf angestrebte Abschaffung und Ersetzung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG verdeutlicht.⁹⁹ Ein gutgläubiges Vertrauen auf die Richtlinienmäßigkeit der deutschen Gesetzeslage kann aus alledem nicht abgeleitet werden, vielmehr ist ausgehend von der Beschwerdestellungnahme der Bundesregierung mindestens von einer bedingt vorsätzlichen richtlinienwidrigen Beibehaltung der Widerspruchslösung auszugehen.

9. Auffassung der Europäischen Kommission

Früher konnte der Gesetzgeber noch auf die Europäische Kommission verweisen, die die nationale Rechtslage zu billigen schien,¹⁰⁰ wenngleich die Bundesregierung – wie oben auf-

⁹⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10.2.2021 zum Entwurf eines Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien, S. 25 f., 29 und 40 f., abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-zur-regelung-des-datenschutzes-und-des-schutzes-der-privatssphaere-in-der-telekommunikation-und-bei-telemedien.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

¹⁰⁰ *Piltz*, <http://www.delegedata.de/2015/02/deutsche-datenschutzbehoerden-mangelnde-umsetzung-cookie-richtlinie-in-deutschland-nicht-hinnehmbar/>; *Schneider*, <http://www.telemedicus.info/article/2716-EU-Kommi>

gezeigt (IV. 4. b./5. B.) – irreführend auf die Frage nach dem Umsetzungsstand geantwortet hatte, so dass nicht auszuschließen ist, dass die Kommission nur deswegen nicht eingriff, weil sie einer dementsprechenden Täuschung unterlegen war. Nachfolgend waren aus der Brüsseler Behörde deutliche distanziertere Aussagen zur Richtlinienkonformität des TMG zu vernehmen,¹⁰¹ so dass aktuell nicht mehr ohne weiteres davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber in gutem Glauben auf die Einschätzung der Kommission vertrauend eine Änderung des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG unterlassen kann.

10. Ergebnis

Die Genese des § 15 Abs. 3 S. 1 TMG lässt folglich keine eindeutige Aussage über den Willen des Gesetzgebers zu.¹⁰² Die Entstehungsgeschichte ist von widersprüchlichen Aussagen geprägt, die insgesamt deutlicher auf ein bewusstes Ausblenden des Widerspruchs zwischen TMG und der ePrivacy-Richtlinie hindeuten als auf einen Konformitätswillen. Der BGH hat in der Vergangenheit zutreffend angemerkt, dass die Entstehungsgeschichte den gesetzgeberischen Willen rechtssicher zu erkennen geben muss.¹⁰³ Das ist vorliegend hinsichtlich eines für die Rechtsfortbildung notwendigen Konformitätswillens nicht der Fall. Daher kann auch nicht von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen werden.¹⁰⁴

V. Schlussfolgerungen

1. Rechtsfortbildung contra legem

Die von der genetischen Analyse zu Tage geförderte Perplexität kann keinesfalls als fundierte Grundlage für ein Abweichen von der klaren Wertung des TMG dienen. Schon gar nicht darf eine solch unsicherer Befund für eine diesem Gesetz diametral entgegengesetzte Rechtsfortbildung instrumentalisiert werden. Die Rechtsfortbildung operiert in einem aus Rechstaatlichkeitsgesichtspunkten äußerst sensiblen Bereich, weil die Gefahr eines Übergriffs in den Kompetenzbereich der Gesetzgebung besteht. Gegen diese Bedenken muss das vom Rechtsverweigerungsverbot getriebene und dem legitimen Interesse einer Weiterentwicklung des Gesetzes dienende Sprechen von Recht sorgfältig abgesichert werden können. Findet sich eine solche fundierte Grundlage nicht oder können bestehende Bedenken nicht

ssion-Cookie-Richtlinie-ist-in-Deutschland-umgesetzt.html; *Schneider*, <http://www.telemedicus.info/article/2722-Die-Stellungnahme-der-Bundesregierung-zur-Cookie-Richtlinie.html>.

101 Kommission, ePrivacy Directive: assessment of transposition and compatibility with proposed Data Protection Regulation, S. 63 und 65: „When looking at the way Article 5.3 has been transposed by the Member States, a first observation to make is that this provision has not been transposed by the German legislature. [...] The German supposedly ‘equivalent’ of Article 5.3 can be found in the ‘Telemediengesetz’ which is, more or less, the German legal framework for information society services.“, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=9962.

102 I.E., aber nicht mit deckungsgleicher Begründung, auch *Spindler*, NJW 2020, 2513 (2515), der angesichts der historischen Rückschau Zweifel an einer planwidrigen Regelungslücke konstatiert.

103 BGHZ 46, 74 (81).

104 So auch *Lang*, K&R 2019, 698 (700), allerdings ohne Begründung; *Spindler*, NJW 2020, 2513 (2515); ähnlich auch *Spittka*, DB 2019, 2850 (2853); *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86 (90): entgegenstehender Gesetzeszweck; a.A. wohl *Schmitz* in Hoeren/Sieber/Holzner (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 50. EL Oktober 2019, Teil 16.2, Rz. 275 ff.

egalisiert werden, muss die Rechtsfortbildung im Zweifel unterbleiben. So liegt es angesichts der von der genetischen Analyse zu Tage gebrachten Perplexität auch im vorliegenden Fall.

2. Widerlegung eines etwaigen vermuteten Konformitätswillens

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wurde in der Vergangenheit immer wieder eine Vermutung für einen gesetzgeberischen Willen zur richtlinienkonformen Umsetzung ausgesprochen.¹⁰⁵ Selbst wenn von einer solchen Vermutung des Umsetzungswillens auszugehen wäre, müsste die Frage gestellt werden, ob diese vorliegend nicht schon widerlegt ist. Die Auswertung der Entstehungsgeschichte fördert keine eindeutigen Aussagen zutage, vielmehr finden sich einige Indizien dafür, dass der Gesetzgeber die Richtlinienwidrigkeit bewusst in Kauf genommen hat. Mithin kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Ablehnung des Gesetzesvorschlags der SPD-Fraktion der Erklärungswert zukommt, eine Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht nicht gewollt zu haben. Feststellbar sind also gewisse Zweifel am Konformitätswillen. Ob diese Zweifel bereits ausreichen, um eine Vermutung zu widerlegen, ist anhand einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen, die die vom Europäischen Gerichtshof in ständiger Spruchpraxis hervorgehobenen Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung berücksichtigt, namentlich die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die nationalen *contra-legem*-Grenzen.¹⁰⁶ Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz.¹⁰⁷ Die Gewähr des Vertrauens in kontinuierlich beständige Gesetze und Rechtsprechung ist für den Rechtsstaat elementar.¹⁰⁸ Im vorliegenden Fall muss das Vertrauen, das aufgrund des Wortlautes und der Systematik des TMG generiert wurde, besonders hoch gewichtet werden, weil die Botschaft dieser Normbestandteile ausgesprochen eindeutig bzw. wenig auslegungsbedürftig ist. Denn jedem Laien drängt sich geradezu auf, dass das TMG im Gegensatz zur Richtlinie zwei unterschiedliche Erlaubnisvorbehalte bereithält. Dagegen fördert die historische Auslegung Widersprüchliches zutage und stützt teilweise das aus Wortlaut und Systematik gewonnene Vertrauen. In einer solchen Situation müssen bereits geringste Zweifel ausreichen, um die Vermutung zu widerlegen, andernfalls unterliefe man die vom Gerichtshof hervorgehobenen allgemeinen Rechtsgrundsätze, namentlich den Vertrauensschutz.

Ein Festhalten an der Vermutung des Konformitätswillens würde dagegen zu einer einschneidenden Beeinträchtigung des Vertrauensschutzes führen. Die deutsche Methodenlehre streitet in dieser Ausgangssituation ebenso gegen eine Rechtsfortbildung. So hat das

105 EuGH, C-334/92 (Wagner Miret), ECLI:EU:C:1993:945, Slg. 1993, I-06911, Rz. 20; EuGH, C-397/01 bis C-403/01 (*Pfeiffer*), ECLI:EU:C:2004:584, Slg. 2004, I-08835, Rz. 112; GA *Szpunar*, SchlA v. 25.2.2016 – C-458/14 und C-67/15 (Promoimpresa), ECLI:EU:C:2016:122, Rz. 103 und Fn. 23; GA'in *Kokott*, SchlA v. 10.9.2020 – C-735/19 (Euromin Holdings (Cyprus)), ECLI:EU:C:2020:697, Rz. 56 und Fn. 35.

106 EuGH, C-268/06 (*Impact*), ECLI:EU:C:2008:223, Slg. 2008, I-02483, Rz. 100 m.w.N.; EuGH, C-212/04 (*Ade- neler u.a.*), ECLI:EU:C:2006:443, Slg. 2006, I-06057, Rz. 110 m.w.N.; EuGH, C-441/14 (DI), ECLI:EU:C:2016: 278, Rz. 32; EuGH, C-282/10 (*Dominguez*), ECLI:EU:C:2012:33, Rz. 25; EuGH, C-176/12 (*Association de médiation sociale*), ECLI:EU:C:2014:2, Rz. 39; EuGH, C-42/11 (*Lopes Da Silva Jorge*), ECLI:EU:C:2012:517, Rz. 55; EuGH, C-122/17 (*Smith*), ECLI:EU:C:2018:631, Rz. 40; EuGH, C-384/17 (Link Logistik N&N), ECLI: EU:C:2018:810, Rz. 59.

107 Siehe Fn. 106.

108 Vgl. *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 120.

BVerfG judiziert: „Je schwerer die Belastung verfassungsrechtlich wiegt und je schwächer der verfassungsrechtliche Gehalt der damit durchzusetzenden Gegenposition ist, umso enger sind die Grenzen für die Rechtsfortbildung gesteckt, umso strikter muss sich also die zivilgerichtliche Rechtsfindung innerhalb der Grenzen des gesetzten Rechts halten.“¹⁰⁹ Die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung sind nach dem BVerfG in besonderem Maße zu reflektieren, wenn sich dadurch ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung die rechtliche Ausgangslage der Bürgerinnen und Bürger zu ihrem Nachteil verändert.¹¹⁰

Ist im vorliegenden Fall eine solche Rechtfertigung ersichtlich? Kann der Vertrauensschutz in Wortlaut und Systematik des TMG niedriger gewichtet werden, weil beispielsweise die tatsächliche Praxis bereits zu einem richtlinienkonformen Zustand tendierte? Dies wären Fragen, auf die der Erste Senat entsprechende Antworten hätte bekommen müssen, um entgegen Vorstehendem eine Rechtsfortbildung noch rechtfertigen zu können. Insbesondere wären diese Fragen transparent in den Urteilsgründen zu diskutieren gewesen.

3. Ratio legis und ratio iudicis

Der Beitrag hat gezeigt, dass die Argumentation mit dem „Willen des Gesetzgebers“ ebenso ein Einfallstor für die *ratio iudicis* sein kann wie die Bezugnahme auf den „Willen des Gesetzes“, wenn die Analyse der Entstehungsgeschichte nicht sorgfältig oder gar einseitig vorgenommen wird. Die Entscheidung *Cookie-Einwilligung II* ist ein weiteres eindrückliches Beispiel für dieses hinlänglich bekannte Problem. Wenn nach der genetischen Analyse nicht erkennbar ist, ob es das weitere Auslegungsprogramm mit einer Ente oder doch mit einem Kaninchen aufzunehmen hat, dann sind die Materialien für die Auslegung unbrauchbar. Erst recht dürfen bei einer solchen Ausgangslage keine derart weitreichenden Schlussfolgerungen gezogen werden, wie es der Erste Senat in der vorliegenden Entscheidung tat.

4. Reflexionen zur Gesetzgebungspraxis

Die Konklusionen zum vorliegenden Fall sollten nicht bereits bei der Analyse des Urteils und der Gesetzesmaterialien enden. Vielmehr sollte gefragt werden, welche Schlussfolgerungen für die Gesetzgebung aus den aufgezeigten Problemkreisen gezogen werden können. Wie könnten die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten von vornherein die in diesem Beitrag aufgezeigten Inkohärenzen und Defizite vermeiden? Gewiss sind solche Mängel oftmals Kinder politischer Kompromisse, von denen die demokratische Gesetzgebung lebt und die sich daher nicht vermeiden lassen. Allerdings sollte von den Schwierigkeiten nicht ohne weitere Versuche auf die Unmöglichkeit geschlossen werden.

a. Gestaltung von Gesetzesmaterialien

Abgesehen davon, wie der Einzelne methodologisch zu den Gesetzesmaterialien steht, kommt die Gesetzgebungspraxis nicht an der Erkenntnis vorbei, dass die Materialien in der Auslegungspraxis immer wieder eine (mitunter zentrale) Rolle spielen. Daher müssen sich

109 BVerfG NJW 2015, 1506 (1508, Rz. 42).

110 BVerfG NJW 2015, 1506 (1508, Rz. 42); BVerfG NJW 2009, 1469 (1481, Rz. 144).

die am Legislativprozess Beteiligten fragen, wie die Materialien auszugestalten sind, so dass die eignen Linien bei der nachgelagerten genetischen Auslegung im Rahmen der Rechtsanwendung bestmöglich zum Ausdruck kommen. Aus den aufgezeigten Defiziten des vorliegenden Falls könnte sich hierzu etwas erlernen lassen. Das Gesetzgebungsverfahren wurde im vorliegenden Fall von einem Teil der Opposition initiiert. Die Ingerenz eines solchen Initiativdokuments auf die Rechtsanwendung könnte deutlich schlagkräftiger ausfallen, wenn in der Begründung ausführlicher deutlich gemacht würde, warum eine Ablehnung des Antrags unionsrechtswidrig ist. Eine vertiefere (auch rechtswissenschaftliche) Auseinandersetzung, die möglicherweise auch Gegenargumente antizipiert und widerlegt, hätte der Öffentlichkeit die Unionsrechtswidrigkeit einer davon abweichenden Entscheidung deutlich vor Augen führen können. Dadurch ließe sich auch beim politischen Tauziehen der Druck auf die Gegenseite erhöhen. Akzente dieser Art könnten darüber hinaus auch in den Ausschussberichten gesetzt werden (vgl. § 66 Abs. 2 S. 1 GO-BT). Freilich steht einer Fraktion nicht dieselbe Expertise zur Verfügung wie einem Ministerium. Das trifft insbesondere auf Oppositionsfraktionen zu, die nicht wie Regierungsfraktionen im Hintergrund auf ein Ministerium zurückgreifen können.

Ferner sollte Sorge getragen werden, dass die einzigen konkreteren Aussagen nicht Stellungnahmen der Bundesregierung, die nicht durch das in Rede stehende Gesetzgebungsverfahren veranlasst wurden, oder Redebeiträge aus dem Plenum sind. Brauchbar können aus den oben genannten Gründen allenfalls Beiträge sein, die zum einen über die Datenbank *DIP* abrufbar sind und die zum anderen das Parlament repräsentativ abzubilden vermögen. Das sind insbesondere die Stellungnahmen der Ausschüsse als „parlamentarische Notare“¹¹¹. Durch eine Äußerung eines solchen Organs hätten im vorliegenden Fall auch die erheblichen inhaltlichen Schwächen der Stellungnahmen der Bundesregierung bereinigt werden können. Aus einer anderen Perspektive, die nach der in diesem Beitrag vertretenen Auffassung freilich nicht eingenommen werden sollte, eröffnen diese Dokumente, weil sie vom Ersten Senat als brauchbar erachtet wurden, zusätzliches Potential zur Lancierung von bestimmten Inhalten.

Ob eine richtlinienkonforme Anpassung des nationalen Rechts notwendig ist, kann generell eine objektiv weitaus offenere und umstrittenere Frage sein als im vorliegenden Fall. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Europarechtsproblemen, die nicht nur apodiktisch feststellt, dass die nationale Rechtslage bereits richtlinienkonform sei, sondern sich in der Sache mit diesem Problem auseinandersetzt und auch auf Gegenargumente eingeht, könnte die Überzeugungskraft solcher Materialien erhöhen. Aus Gesetzgebungskreisen sind zu solchen eingehenden rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen bisweilen ablehnende Stimmen zu vernehmen.¹¹² *Lex moneat, non doceat?* In der Tat sollen Gesetze schlicht Normbefehle zeitigen, keine wissenschaftlichen Abhandlungen. Für die Gesetzesmaterialien erscheinen die hinter dieser Parömie stehenden Gedanken jedoch nicht ohne weiteres zwingend. Warum sollten die Materialien – zumal sie inhaltlich und räumlich vom anordnenden Recht getrennt sind – nicht versuchen, argumentativ und rechtswissenschaftlich vom

111 Sehl (Fn. 38), S. 179 ff.

112 Seibert (Fn. 96), S. 111 (S. 119 f.).

eigenen Standpunkt zu überzeugen, wenn sie doch an späterer Stelle in der Rechtsanwendung als *persuasive authority* zur Geltung kommen sollen?¹¹³ Diese Frage wird insbesondere von dem Umstand unterstrichen, dass die Rechtsprechung zuweilen aus einer ausgebliebenen legislativen Kenntnisnahme von Stimmen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums Schlüsse zieht.¹¹⁴

b. Gestaltung des Rechtstextes

Schließlich ließe sich bei ungeklärten unionsrechtlichen Fragen erwägen, den nationalen Wortlaut möglichst offen zu formulieren, so dass auch die Gegenseite darin Ausdruck finden kann, während politisch weiterhin auf der eigenen (und möglicherweise in den Materialien kommunizierten) unionsrechtlichen Auffassung beharrt wird. Freilich ist ein solcher Lösungsweg politisch weniger attraktiv, weil er als Zugeständnis empfunden werden kann und von der politischen Opposition gewiss auch als ein solches instrumentalisiert werden wird. Allerdings ließe sich auf diesem Wege das Damoklesschwert der Staatshaftung vermeiden und der spätere politische Schaden bei einer dem eigenen Standpunkt entgegengesetzten EuGH-Entscheidung minimieren. Paradoxerweise könnte mittels eines solch offenen, in seiner Bedeutung noch nicht eindeutigen und daher rechtsunsicheren Wortlaut tatsächlich ein Mehr an Rechtssicherheit geschaffen werden, weil dadurch dem Rechtsverkehr offene Auslegungsfragen signalisiert würden, die es zunächst zu klären gälte, so dass Vorsicht und Zurückhaltung (insbesondere im rechtsberatenden Sektor) geboten wäre.

VI. Fazit

Die vorliegende Entscheidung *Cookie-Einwilligung II* des BGH ist kein Muster einer methodisch überzeugenden Rechtsfortbildung. Gewiss soll nicht geleugnet werden, dass die Auslegung mitunter schwer von der Rechtsfortbildung unterscheidbar ist. Bequemer Fatalismus ist angesichts dessen gleichwohl nicht angebracht, vielmehr hat sich die Rechtsanwendung um eine sorgfältige Grenzziehung zu bemühen, um das von Wortlaut und Systematik für den Rechtsverkehr generierte Vertrauen zu schützen und die Reichweite der eigenen Kompetenzen adäquat reflektieren zu können. Überzeugend gelingen kann dies nur durch methodenehrliche Ausführungen. Das zeigt insbesondere die vorliegende Entscheidung, die durch ihre apodiktische Wortlautauslegung die Möglichkeit verwehrt, eine sich in der Karlsruher Rechtsprechung möglicherweise andeutende methodische Binnendivergenz¹¹⁵ zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung korrekt einzuordnen. Das evoziert Rechtsunsicherheit. Bei allem gebotenen Respekt, der einer Kollegialentscheidung eines

113 Vgl. dazu auch *Wedemann* in *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013, S. 127 (S. 130 f.).

114 Siehe etwa BGH NJW-RR 2018, 1204 (1206, Rz. 14).

115 Die folgenden Urteile des XI. Senats scheinen eher den hier vertretenen Ansichten zu den Grenzen der Rechtsfortbildung zu folgen: BGH NJW-RR 2018, 1204 (1205 f., Rz. 13 f.): Die Relevanz eines in den Materialien geäußerten generellen Konformitätswillens wurde deswegen abgelehnt, weil der Gesetzgeber sich die im Schrifttum geäußerte Kritik nicht zum Anlass genommen hatte, in einem verabschiedeten Änderungsgesetz eine der Richtlinie entsprechenden Anpassung vorzunehmen; außerdem dürfe das im vorliegenden Fall eindeutige Regelungskonzept des Gesetzgebers nicht verfälscht werden; vgl. dazu auch BGH NJW-RR 2019, 867 (868 f., Rz. 17); BGH NJW 2020, 148 (150 f., Rz. 24 bis 29).

fünfköpfigen Senats und den damit einhergehenden Schwierigkeiten für eine konsistente Entscheidungsfindung entgegen zu bringen ist, darf man von einer obergerichtlichen Entscheidung methodisch Elaborierteres erwarten.

Entsprechendes gilt für die genetische Auslegung des Ersten Senats, die gefährlich einseitig und unreflektiert erfolgte, weil für die gegenständliche Auslegungsfrage relevante Dokumente ausgeblendet wurden und die aus dem genetischen Material gezogenen Umkehrschlüsse nicht fundiert, mithin unvertretbar sind. Zudem überzeugt die Konsultation von Dokumenten, die nicht Produkt des Gesetzgebungsverfahrens sind, nicht, weil von den Richterinnen und Richtern nicht nachgewiesen wurde, dass diese tatsächlich dem Legislativprozess zugrunde gelegt waren.

Die Gesetzgebungslehre ist in Bezug auf die Materialien ein noch recht unbeschriebenes Blatt.¹¹⁶ Die vorstehende Untersuchung unterstreicht, dass das Füllen dieser leeren Seiten nicht nur für die Legislativarbeit lohnend sein könnte, sondern auch für die Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft, weil das Verständnis zu den Gesetzesmaterialien geschärft würde.

116 Vgl. *Wedemann* (Fn. 113), S. 127 (S. 127 f.).