Datenschutzrechtliche Bewertung des Einsatzes von Cookies¹

I. Einführung: Praxisbeispiel²

Möchte ein Nutzer heute eine Webseite aufrufen, um sich über ein Kochrezept, aktuellen Nachrichten oder über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Tracking-Cookies zu informieren, wird er von einem großen Banner begrüßt, dass ihn davon abhält die Seite zu besuchen. Denn der Webseitenbetreiber muss den Besucher darüber informieren, dass er Cookies verwendet und bestenfalls dessen Einwilligung ergattern.

Frage: Wofür brauchen wir Cookies?

Antwort: Indem Sie Cookies akzeptieren, unterstützen Sie uns dabei, täglich zu verbessern. Somit können wir Ihnen weiterhin durch personalisierte Werbung in kostenlos anbieten. Die Cookies ermöglichen es uns, die Seitennutzung zu verstehen, zu verbessern und persönlicher auf Ihre Interessen abzustimmen.

Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen

Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen

Einige unserer Partner verarbeiten Ihre Daten auf Grundlage von berechtigtem Interesse, welches Sie jederzeit widerrufen können. Weitere Informationen zu den Datenverabeitungszwecken sowie unseren Partnern finden Sie unter "Einstellungen".

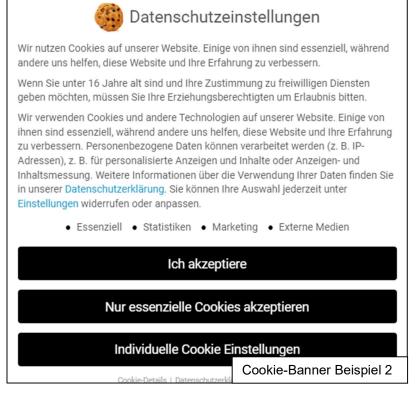
Impressum | Datenschutz

Einstellungen

Zustimmen

Cookie-Banner Beispiel 1

Darüber hinaus möchte dieser



auch noch weitere Cookies verwenden und fragt das Einverständnis zu dieser Verwendung ab. Am einfachsten scheint es für den Besucher zu sein einfach zu allem "Ja und Amen" zu sagen und auf den deutlich hervorgehobenen Button zu klicken. Möchte er aber genauer herausfinden, was denn eigentlich passiert wird es schwierig. Es besteht die Möglichkeit über die Art der Verwendung nachzulesen, bspw. dass die gesammelten Informationen Profilbildung und Erstellung von personalisierten

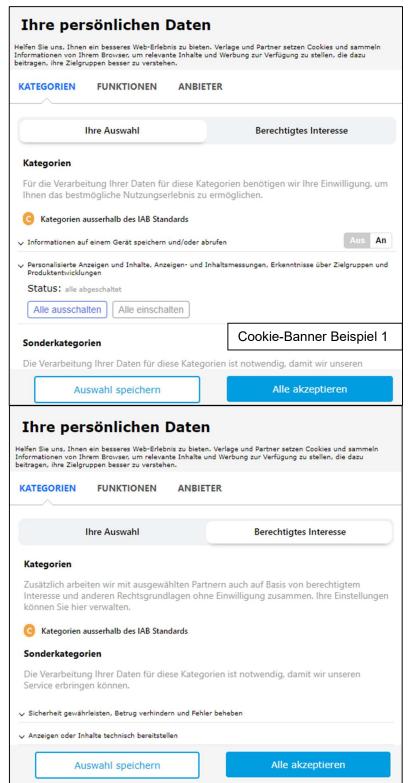
¹ Der Beitrag entstand im Rahmen von Recherchetätigkeiten des Autors, Nicolas Kutschera, im April und Mai 2022 als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik bei Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf. Der Text wurde im August 2023 überarbeitet. Verwendete Beispiele können sich mittlerweile geändert haben. Der Autor ist für den Inhalt allein verantwortlich.

² Die Screenshots der Cookie-Banner entsprechen jeweils dem Stand vom 20. und 21.04.2022.

Anzeigen verwendet wird. Darüber hinaus wird deutlich. dass der Betreiber mit Partnern auch ohne die Einwilligung des **Nutzers** zusammenarbeitet. Darüber hinaus gebe es aber noch die Möglichkeit Einstellungen vorzunehmen. Dieser Button, um die "Einstellungen" deutet aufzurufen, Beispiel 1 gerade einmal an. dass die Möglichkeit besteht, etwas anderes als klicken.3 "Zustimmen" zu Andere Webseiten sind hier deutlicher und besitzen mehrere

Auswahlmöglichkeiten, sodass auch mit einem Klick bereits ausschließlich "essenzielle Cookies" akzeptiert werden können, ohne eine Vielzahl an Marketing-Cookies.

Zurück zum Beispiel 1 des Cookie-Banners. Klickt der Besucher dort auf "Einstellungen" wird das Fenster unterteilt in mehrere Reiter. Zuerst wird stets der Reiter angezeigt, indem auf die Einwilligung eingegangen wird. Manche Cookie-Banner setzen das Einverständnis des Besuchers bereits voraus. was der Besucher dann deaktivieren muss. Das Beispiel 1 geht nicht von einem Einverständnis aus.



Andernfalls würde es für einen Besucher bedeuten, dass er nicht mit zwei Klicks nur dem nötigsten zustimmen könnte. Darüber hinaus möchten Betreiber stets auch auf Basis von Berechtigten Interessen, Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DSGVO, Cookies verwenden. Dort besteht zwar nicht die Möglichkeit eine Einwilligung zu verneinen, oft kann der Besucher hier aber der Verarbeitung widersprechen, was ihm Art. 21 DSGVO zusichert. Im Fall von Beispiel 1 wurde

³ Stand August 2023 hat der Betreiber von Beispiel 1 den Button "Einstellungen oder Ablehnen" genannt.

zwar auf S. 1 des Cookie Banners (S. 1 oben) auf die Widerrufsmöglichkeit hingewiesen. Zum Zeitpunkt des Screenshots vom 21.04.2022 besteht die Widerrufsmöglichkeit hier jedoch nicht.⁴

Andere Webseiten, wie Beispiel 3 besitzen hier die Möglichkeit gegen das berechtigte Interesse des Betreibers zu widersprechen.



II. Gründe für den Einsatz von Cookies

Cookies sind wirklich, wie es in den Datenschutzerklärungen vieler Webseiten heißt, "kleine Textdateien, die auf Ihrem Computer abgelegt werden." Webserver speichern darin Informationen über den Nutzer, um diesen immer wieder identifizieren zu können. Diese Identifikation kann auch im Sinne des Nutzers sein. Denn das Internet belebende http-Protokoll allein erlaubt es einem Webserver nicht festzustellen, ob die gleiche oder eine völlig andere Person eine Anfrage schickt. Möchte ein Internetnutzer bei einem Online-Händler einkaufen, muss die Seite sich merken können, welcher Nutzer einen Artikel in den Einkaufswagen gelegt hat. Ohne einen den Nutzer identifizierenden Cookie, ist kein Online-Shopping möglich.⁵

Die Möglichkeit einen Nutzer stets identifizieren zu können, drängt aber auch weitere Anwendungsbereiche von Cookies auf. Denn Betreiber von Webseiten, insbesondere von Online-Shops sind sehr interessiert daran zu wissen, ob Werbeanzeigen Wirkung zeigen und wer sich welche Seiten bzw. Produkte angesehen hat. Diese Informationen können sodann gezielt weiterverwendet werden, um personalisierte Werbeanzeigen einzublenden. Solche Cookies werden als Marketing Cookies bezeichnet.⁶ Neben dem Einsatz von reinen Marketing Cookies, die das Surfverhalten auf der eigenen Seite auswerten, besteht auch die Möglichkeit seitenübergreifend einen Nutzer zu tracken. Dabei verwenden Betreiber den gleichen Cookie eines Drittanbieters, der jeweils ebenfalls das Surfverhalten auf den einzelnen Seiten speichert. Durch das seitenübergreifende Tracking steigt der Personalisierungsgrad der Werbeanzeigen und der damit erwarteten Einnahmen.⁷

III. Funktionsweise von Cookies

Bei dem Erstbesuch einer Seite schickt der Webserver dem Rechner zusätzlich zur Internetseite auch eine Cookie-Zeile mit. Diese Zeile sendet der Browser des anfragenden

⁴ Stand August 2023 ist ein deaktivieren "Personalisierter Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen" im Rahmen der berechtigten Interessen möglich.

⁵ Vgl. *Czernik, Agnieszka,* Cookies – Funktion und Aufbau einfach erklärt. Auf dr-datenschutz.de vom 16.09.2016, https://www.dr-datenschutz.de/cookies-funktion-und-aufbau-einfach-erklaert/, zuletzt abgerufen am 21.08.2023

⁶ Vgl. das Glossar zu Cookies auf advidera.com, https://www.advidera.com/glossar/cookies/, zuletzt abgerufen am 21.08.2023.

⁷ Holl, Alexander, Cookies: Definitionen, Einsatzgebiete und Unterschiede zwischen First- und Third Party Cookies. Artikel auf 121WATT.de von September 2016, https://www.121watt.de/analyse-optimierung/cookies-alles-was-du-darueber-wissen-musst/, zuletzt abgerufen am 21.08.2023.

Rechners beim nächsten Besuch oder beim Seitenwechsel – bspw. bei dem Anklicken eines Reiters im Menü – wieder an den Webserver. Dadurch kann dieser den Seitenbesucher wiedererkennen. Der reine Wiedererkennungswert durch eine eindeutige "ID" des Besuchers kann erweitert werden um Angaben für welche Domains oder Unterseiten ein Cookie gelten, wie lange er bestehen oder dass er nur bei Verwendung von Verschlüsselungstechnologien versendet werden soll. Eine solche Cookie-Zeile setzt sich aus dem Befehl an den Browser zum Setzen eines Cookies, dem Namen des Cookies und eine zufällige Nummer, die den Nutzer identifiziert zusammen: "Set-Cookie: TestCookie = 123456789".⁸

IV. Beurteilung unter Datenschutzgesichtspunkten

Die Speicherung von Identifiern auf dem Rechner eines Seitenbesuchers als auch an Informationen über das Surfverhalten eines Nutzers stellen personenbezogene Daten nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO dar. Insoweit liegt es auf der Hand, dass bei der Verwendung von Cookies die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung eingehalten werden müssen. Vorrangig anzuwenden sind jedoch die Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG oder Cookie-Richtlinie).⁹ Die Richtlinie soll telekommunikationsspezifische Regelungen zum Datenschutz die DSGVO kommt insoweit nur ergänzend zur Anwendung. Nachfolgerrechtsakt der ePrivacy-Richtlinie, die ePrivacy-Verordnung, sollte eigentlich zeitgleich mit der DSGVO in Kraft treten. 10 Die deshalb noch geltende Richtlinie wurde in Deutschland zunächst nicht umgesetzt, da der deutsche Gesetzgeber das TMG und TKG für ausreichend hielt, mit dem 01.12.2021 trat schließlich aber das TTDSG (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz) in Kraft. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 25 TTDSG Regelungen zur Einwilligung zur Speicherung von Informationen auf Endgeräten umgesetzt und dabei die DSGVO ausdrücklich zur Beurteilung für anwendbar erklärt. 11 Hinsichtlich § 25 TTDSG ist insoweit allerdings anzumerken, dass die Norm "für das Speichern und/oder Auslesen von Informationen auf bzw. aus einem Endgerät unabhängig von einem Personenbezug der Informationen" gilt.¹²

Zur Speicherung bzw. dem Auslesen von Informationen muss sich ein Betreiber einer Webseite auf eine Rechtsgrundlage berufen. Diese sind § 25 TTDSG, Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a und Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DSGVO.

_

⁸ Vgl. Czernik, Agnieszka, Cookies – Funktion und Aufbau einfach erklärt. Auf dr-datenschutz.de vom 16.09.2016, https://www.dr-datenschutz.de/cookies-funktion-und-aufbau-einfach-erklaert/ und vgl. auch Gemeinsamer Artikel der Verbraucherzentralen Nordrhein-Westfalen und Brandenburg, Cookies kontrollieren und verwalten. Artikel auf Verbraucherzentrale.de vom 28.11.2021, https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/datenschutz/cookies-kontrollieren-und-verwalten-11996, jeweils zuletzt abgerufen am 21.08.2023.

⁹ Dazu vgl. Art. 95 DSGVO und *Europäischer Datenschutzausschuss*, Stellungnahme 5/2019 zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutz-Richtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden. Vom 12.03.2019, S. 14. ¹⁰ *Assion, Simon,* TTDSG Handkommentar. Nomos 2022. § 1 Rn. 12.

¹¹ Vgl. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG. Im Übrigen zur Diskussion um die Konkurrenz von TTDSG und DSGVO: *Hanloser, Stefan,* Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG. Neue Cookie Regeln ab dem 1.12.2021. In: Zeitschrift für Datenschutz. ZD 2021, 399 (399).

¹² Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021) Version 1.1. Stand Dezember 2022. S. 9. Im Folgenden "OH Telemedien 2021 1.1".

1. (Technisch) notwendige Cookies

Das TTDSG unterscheidet insoweit zwischen notwendigen und nicht notwendigen Cookies. In § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG ist ein notwendiges Cookie eine Information, die "unbedingt erforderlich ist, damit der Anbieter eines Telemediendienstes einen vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung stellen kann". Liegt ein solches notwendiges Cookie vor, ist die Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG nicht erforderlich, § 25 Abs. 2 Hs. 1 TTDSG.

a) vom Nutzer ausdrücklich gewünscht

Zunächst ist auf einen Telemediendienst einzugehen, der vom Nutzer ausdrücklich gewünscht ist. Die Datenschutzkonferenz unterscheidet in ihrer "OH Telemedien 2021"-Orientierungshilfe zwischen Basis- und Zusatzfunktionen von Telemedien. 13 Basisfunktionen sind demnach solche, die den objektiv geschuldeten Funktionsumfang bieten, also in Anlehnung an § 327e Abs. 3 BGB, die berechtigte Verbrauchererwartung, dass ein digitales Produkt die produktüblichen Funktionen aufweist und sich für die produktüblichen Zwecke eignet. Zusatzfunktionen sind dagegen "Spracheinstellungen, Chatboxen, Kontaktformulare, Push-Nachrichten, Kartendienste, Wetterdienste, Videos und Audios, Log-in-Bereiche inkl. Authentifizierung, Werbung, Verwaltung von Einwilligungen mittels Consent-Management-Tools, Merklisten und Favoritenlisten". 14 Die aufgezählten Funktionen wären demnach ausschließlich über eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG, Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a DSGVO möglich. Hier wird die Abgrenzbarkeit kritisiert, da eine Basisfunktion zu einer Zusatzfunktion werden könne, wenn Anbieter von Telemedien eine dahingehende unternehmerische Entscheidung träfen. 15 Die Möglichkeit der Gestaltungsfreiheit der Anbietenden von Telemediendiensten hat die DSK bereits erkannt. Allerdings rekurriert sie zur Auflösung dieser Unklarheit auf § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG. Die Norm nennt explizit den "vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienst", stellt also auf die Perspektive von Seitenbesuchern ab. Was von Nutzern gewünscht sei, soll aus Sicht eines durchschnittlich verständigen Nutzers beurteilt werden. So soll der Warenkorb-Cookie eines Online-Shops erst erforderlich sein, wenn tatsächlich ein Produkt in den Warenkorb gelegt wird. 16 Anhaltspunkte für den Wunsch der Nutzer können sich auch aus einem Vertrag über einen Telemediendienst ergeben. Das ist jedenfalls dann möglich, wenn sich aus dem Vertrag oder ergänzenden Nutzungsbedingungen der konkrete Leistungsumfang ergibt und es insoweit zu erwarten ist, dass Nutzer dies Leistungen wollten.¹⁷

Mit diesen Ausführungen der DSK kann meines Erachtens nicht der von *Hanloser* angeführten Kritik gefolgt werden, dass die Abgrenzbarkeit aufgrund unternehmerischer Entscheidungen problematisch sei. Das Abstellen auf die Besucherperspektive schränkt die Möglichkeit unternehmerischer Entscheidungen ausreichend ein.

¹³ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021 (OH Telemedien 2021). Stand 20.12.2021. S. 21-22. Im Folgenden "OH Telemedien 2021".

¹⁴ Hanloser, Stefan, DSK-Orientierungshilfe Telemedien: Vereinbarkeit mit § 327e BGB. Funktionsumfang eines mangelfreien Telemediendienstes. In: Zeitschrift für Datenschutz. ZD 2022, 135 (137f).

¹⁵ Ebd. Rn. 138.

¹⁶ DSK, OH Telemedien 2021 S. 21-22; DSK, OH Teledien 2022 1.1, S. 24.

¹⁷ Vgl. *DSK*, OH Telemedien 2021 1.1, S. 22.

b) unbedingt erforderliche Cookies

Weiter ist auch fraglich, was unter unbedingt erforderlichen Cookies zu verstehen ist. Dabei wird regelmäßig auf die technische Erforderlichkeit abgestellt, während sich die Einschränkung auf "technisch" so nicht in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG wiederfindet.¹⁸ Im Grundsatz ist die technische Erforderlichkeit äußerst einleuchtend. Die Speicherung ist erforderlich, um eine Funktion anbieten zu können, die für den Betrieb der Webseite oder des Dienstes, den Nutzer anfragen, technisch notwendig ist. Ohne Session-Cookie kann also kein Einkaufswagen oder Warenkorb in einem Online-Shop funktionieren. Hier wird aber bereits deutlich, dass es sich damit nicht um eine technische Erforderlichkeit, sondern um rechtliche, wirtschaftliche, betriebliche oder vertragliche vereinbarte Erforderlichkeit handelt, an die jeweils eine technische Funktion anknüpft, die sodann korrespondierende Cookies nach sich zieht. Wird die technische Erforderlichkeit wie u.a. von der französischen und der italienischen Datenschutzaufsicht so angewendet, kommt es auch zu einer technischen Erforderlichkeit von Analyse-Cookies, die zur Leistungsmessung, Erkennung von Navigationsproblemen, Schätzung der erforderlichen Serverkapazität, Analyse der abgerufenen Inhalte usw. verwendet werden. 19 Die so scheinbar ausufernde Auslegung von technisch erforderlichen Cookies wird aber von der Besucherperspektive (a) eingeschränkt. Ausgehend von der Besucherperspektive kann die technische Erforderlichkeit zusätzlich von einer zeitlichen, inhaltlichen und personellen Notwendigkeit begrenzt werden. Der Warenkorb-Cookie ist bspw. erst mit einem Artikel im Einkaufswagen notwendig und endet mit Abschluss oder Löschung der Bestellung.²⁰

c) Beurteilung nach Art. 6 DSGVO

Werden auch personenbezogene Daten verarbeitet, ist der Einsatz von Cookies nach Ansicht der DSK dann rechtmäßig, wenn mindestens einer der Bedingungen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO erfüllt ist.²¹ Die Beurteilung anhand Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. b-f DSGVO möchte *Hanloser* als "vermittelnde Lösung" zur besseren Unterscheidung von ausdrücklich gewünschten Telemediendiensten anwenden. Ist also nach den Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. b-f DSGVO, also bei Erfüllung eines Vertrags (b), einer rechtlichen Verpflichtung (c), für lebenswichtige Interessen (d), der Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt (e) oder den berechtigten Interessen, denen keine Rechte und Freiheiten des Betroffenen überwiegend entgegenstehen (f), eine Speicherung zulässig, soll die Verarbeitung erforderlich sein.²² Die DSK sieht hier für nicht-öffentliche Verantwortliche neben der Einwilligung ausschließlich Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. b und f als taugliche Rechtsgrundlagen an.²³ Die vermittelnde Lösung, die nach Ansicht von *Hanloser* der Auslegung der Erforderlichkeit dient, sollte, um die Ansicht der DSK nicht zu unterlaufen, stets die Besucherperspektive im Blick behalten.

¹⁸ Die Gesetzesbegründung zu § 25 TTDSG geht mit Blick auf § 15 TMG von einer technischen Erforderlichkeit aus, BT-Drucksache 19/27441, S. 38.

¹⁹ Vgl. *Hanloser, Stefan,* Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG. Neue Cookie Regeln ab dem 1.12.2021. In: Zeitschrift für Datenschutz. ZD 2021, 399 (401).

²⁰ DSK, OH Telemedien 2021 1.1, S. 25.

²¹ DSK, OH Telemedien 2021. S. 27.

²² Vgl. *Hanloser, Stefan,* Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG. Neue Cookie Regeln ab dem 1.12.2021. In: Zeitschrift für Datenschutz. ZD 2021, 399 (401).

²³ *DSK*, OH Telemedien 2021. S. 27. In der aktualisierten Fassung geht die DSK oberflächlich auf c und e ein und nennt deren Anknüpfungserfordernis an eine Rechtsgrundlage im Gesetz, die konkret eine Datenverarbeitung verlangt: *DSK*, OH Telemedien 2021 1.1, S. 33.

aa) zur Erfüllung eines Vertrages

Für den erstgenannten Fall lassen sich Cookies anführen, die im Rahmen des Online-Handels zur Abwicklung benötigt werden. Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. b DSGVO, der die unternehmerische Freiheit in Art. 16 der EuGrCh stärkt, greift nur dann, "wenn die spezifische Verarbeitung wesentlicher Bestandteil der Erbringung der angeforderten Dienstleistung ist". 24 Die Verarbeitung von Kreditkartendaten oder Adressen des Bestellers sind damit solche zur Erfüllung eines Vertrages zu verarbeitenden Daten. Diese sind zur Erfüllung eines konkreten Vertragszwecks notwendig und nicht nur nützlich.²⁵

Sieht ein Webseitenbetreiber die umfassende Verarbeitung der Daten des Besuchers als Gegenleistung für die Nutzung seiner Webseite an, liegt ein Fall vor in dem Vertrag und Einwilligung gleichermaßen betroffen zu sein scheinen.²⁶ Hier besteht ein Streit, ob das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO einer Einwilligung bzw. Zustimmung zur Verarbeitung von Daten durch den Besucher im Gegenzug für den Zugriff auf entsprechende Inhalte im Weg steht. Hierzu unter IV.3.

Der Europäische Datenschutzausschuss hat zur Erfüllung des Vertrages klargestellt, dass "Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b keine Rechtsgrundlage für verhaltensbasierte Werbung im Internet bieten [kann], nur, weil die Erbringung des Dienstes indirekt mit einer solchen Werbung finanziert wird. Auch wenn eine solche Verarbeitung die Erbringung eines Dienstes unterstützen kann, reicht dies allein nicht aus, um zu begründen, dass sie für die Erfüllung des betreffenden Vertrags erforderlich ist. "27

bb) berechtigtes Interesse

Für die Praxis am bedeutsamsten ist jedoch Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DSGVO, die Verarbeitung aufgrund überwiegenden berechtigten Interesses, der von einer Vielzahl an Webseitenbetreiber als ihr Recht auf Verarbeitung aller möglichen Daten von Seitenbesuchern angesehen wird.

Die DSK verlangt in ihrer Orientierungshilfe eine dreistufige Prüfung: Vorliegen eines berechtigten Interesses, Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung dieses Interesses und die Abwägung mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten der Betroffenen im konkreten Einzelfall. Im Fall von Tracking geht sie davon aus, dass in den wenigsten Konstellationen die Voraussetzungen vorliegen würden. So kann eine Datenverarbeitung nach Ansicht der DSK, bei der ein Drittanbieter involviert ist und dieser sich die Verarbeitung zu eigenen Zwecken zumindest abstrakt vorbehält, nicht zulässig sein.²⁸

Zur genaueren Prüfung verweist die ursprüngliche Fassung der OH Telemedien 21 auf die OH Telemedien 2019. Berechtigte Interessen sollen solche sein, die im Einklang mit der Rechtsordnung stehen und wirtschaftlicher, ideeller oder rechtlicher Natur sind. Die Verhinderung von Betrug und die Direktwerbung seien laut Erwägungsgrund 47 zudem auch

²⁶ Ebd.

²⁴ Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen. Version 2.0. 8. Oktober 2019. S. 4.

²⁵ Heberlein, Ehmann/Selmayr DSGVO, 2. Auflage 2018. Art. 6 Rn. 13.

²⁷ Europäischer Datenschutzausschuss. Leitlinien 2/2019 für die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Erbringung von Online-Diensten für betroffene Personen. Version 2.0. 8. Oktober 2019. S. 16-17.

²⁸ *DSK*, OH Telemedien 2021 1.1, S. 34.

berechtigte Interessen.²⁹ Daneben nennt die DSK noch die Bereitstellung besonderer Funktionalitäten, Einbinden von Inhalten, die auf anderen Servern gehostet werden, IT-Sicherheitsmaßnahmen, Analysetools, Personalisierung des Angebots, Wiedererkennung von Nutzern sowie die Abwehr von überlastenden Anfragen.³⁰ Die Datenverarbeitung muss dabei stets den berechtigten Interessen dienen, es darf kein milderes, gleich effektives Mittel zur Wahrung des Interesses zur Verfügung stehen.31 Entgegenstehende Interessen des Betroffenen können vielfältig sein, besonders zu beachten sind jedoch Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere Art. 7 und 8 EuGrCh. Darüber hinaus sind auch vernünftige Erwartungen der betroffenen Person zu berücksichtigen. War eine Verarbeitung zum Zeitpunkt der Erhebung zu diesem Zweck nicht absehbar, ist dies ein gewichtiger Anhaltspunkt, dass die Interessen des Betroffenen überwiegen.³² Daneben ist auch das Interesse keine wirtschaftlichen Nachteile, u.a. aufgrund personalisierter Preisbildung, zu erleiden zu berücksichtigen. Zu beachten ist, dass das Recht auf Vertraulichkeit der Kommunikation nach Art. 7 EuGrCh vor der Anwendung von eindeutigen Identifiern schützt. Diese Interessen müssen sodann abgewogen werden. Die DSK gibt dabei zumindest zwei Grundsätze: "Ein spezifisch, verfassungsrechtlich anerkanntes Interesse [...] hat ein höheres Gewicht als ein Interesse, dass nur einfachgesetzlich in der Rechtsordnung anerkannt ist." Außerdem sei ein Interesse "gewichtiger, wenn es nicht nur dem Verantwortlichen dient, sondern gleichzeitig auch der Allgemeinheit".33 Des Weiteren könnten besondere Sicherheitsmaßnahmen durch den Verantwortlichen eigentlich nicht in der Abwägung berücksichtigt werden. Wären die Beeinträchtigungen durch die Verarbeitung aber durch zusätzliche Schutzmaßnahmen in einem besonderen Maße reduziert, könne dies die Interessenabwägung zugunsten des Verantwortlichen bewegen.³⁴

Die DSK führt die Interessenabwägung in der Orientierungshilfe von 2019 noch weitere sechs Seiten aus und nennt dabei noch folgende Kriterien: "Vernünftige Erwartung der betroffenen Person und Vorhersehbarkeit/ Transparenz", "Interventionsmöglichkeiten der betroffenen Person", "Verkettung von Daten", "Beteiligte Akteure", "Dauer der Beobachtung", "Kreis der Betroffenen", "Datenkategorien" und "Umfang der Datenverarbeitung".³ Insbesondere ist hier auf die Verkettung von Daten und die Beteiligten Akteure einzugehen. Die Tatsache, dass Dritte als Dienstleister über Analysetools eingebunden werden und selbst eine Verknüpfung mit eigenen Daten vornehmen sowie Webseiten und Geräte zusammenführen ist als risikoerhöhend zu beurteilen. Auch eine steigende Anzahl an Akteuren ist problematisch. Zum einen steigt das Risiko einer Datenschutzverletzung, zum anderen ist die Zugriffsmöglichkeit des Verantwortlichen aufgrund räumlicher Entfernung häufig sehr schwierig.³6

d) Fazit zur Verarbeitung (technisch) erforderlicher Cookies

Abschließend lässt sich festhalten, dass über den Wünschen eines Verbrauchers hinaus das Setzen von Cookies nur schwer als "notwendig" i.S.v. § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG angesehen werden kann. Besteht für einen Cookie keine Funktion, die dem Seitenbesucher dient,

²⁹ So auch *Heberlein*, Ehmann/Selmayr DSGVO. 2. Auflage 2018. Art. 6, Rn. 25f.

³⁰ Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien. Stand März 2019. S. 11-12 (Im Folgenden OH Telemedien 2019).

³¹ Ebd. S. 13.

³² Vgl. Heberlein, Ehmann/Selmayr DSGVO. 2. Auflage 2018. Art. 6, Rn. 28.

³³ Vgl. den Abschnitt und die beiden Zitate: DSK, OH Telemedien 2019, S. 13-14.

³⁴ Ebd. S. 14.

³⁵ Ebd. S. 16-21.

³⁶ Ebd. S. 18.

verbleibt es regelmäßig bei der Abwägung der Berechtigten Interessen. Eine solche Abwägung muss im Einzelfall durchgeführt werden. Eine Auswertung sämtlicher Nutzerdaten durch eine Vielzahl an Drittanbieter kann nicht als den Interessen des Nutzers überwiegend angesehen werden. Solche Modelle hinken nicht nur hinsichtlich des Teilnehmerkreises, der Verkettung von Daten, sondern auch der Transparenz.

2. Die Einwilligung

Klickt der Seitenbesucher auf den gut hervorgehobenen Button "Alle akzeptieren" oder "Zustimmen" eines Cookie-Banners wurde zumindest der Form halber eine Einwilligung nach § 25 Abs. 1 TTDSG, Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. a DSGVO eingeholt.

Damit es sich aber um eine wirksame Einwilligung handelt müssen die Vorgaben des Art. 7 DSGVO eingehalten werden.³⁷ Dabei ist zu beachten, dass das "Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen [muss], dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist."³⁸

Das heißt das Betreiber einer Webseite klar darlegen müssen, für was eine Einwilligung eingeholt wird und vor allem was mit den personenbezogenen Daten gemacht werden soll, sollte der Besucher einwilligen. Sagt ein Betreiber, wie in Beispiel 1, allerdings nur, dass mit den gespeicherten Daten Anzeigen personalisiert werden sollen, ist damit noch nicht gesagt, dass die Daten gleichzeitig an über 174 Drittanbieter übermittelt werden, die als "Partner" bezeichnet werden. Eine vollständige Liste, die scheinbar kein Ende nimmt, durch die der Besucher sodann scrollen kann schafft zwar Klarheit über einzelne Drittanbieter, kann aber nichts an der Unbestimmtheit der Einwilligung ändern. Besucher wissen nicht, welcher Partner welche personenbezogenen Daten und wie verarbeitet. Darüber hinaus fallen bei Beispiel 1 auch Begriffe wie "IAB Standards"⁴¹, was für normale Besucher einer Seite lediglich Fragezeichen aufwirft.

Darüber hinaus dürfen laut Erwägungsgrund 32 der DSGVO keine Kästchen bereits angekreuzt sein und so das Stillschweigen einer betroffenen Person als Einwilligung angenommen werden.⁴²

Doch unabhängig von der Informiertheit der Einwilligung muss es auch die Möglichkeit einer unmittelbaren Ablehnung geben. Denn die in Art. 7 Abs. 4 DSGVO garantierte Freiwilligkeit der Einwilligung darf nicht durch das Vorenthalten schneller Ablehnungsmöglichkeiten

³⁷ Vgl. § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG.

³⁸ Vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO.

³⁹ Die EDSA führt auf S. 35 in ihrem Leitfaden 3/2022 zu Dark Patterns auch aus, dass klar sein muss, was gerade vom Nutzer gewollt ist. Ein Cookie-Banner darf bspw. nicht durch Humor von dem eigentlichen Gegenstand der Anfrage abweichen. Zu Nudging und Dark Patterns ab S. 12.

⁴⁰ Der Betreiber, der Beispiel 1 als Banner verwendet, listet in seinem Cookie-Banner unter "Partner" 174 Drittanbieter auf. Bei Spiegel.de waren es laut einer Beschwerde von noyb über 190: noyb, Beschwerde nach Artikel 77(1), 80(1) DSGVO, noyb Fallnummer: C-045, S. 6, https://noyb.eu/sites/default/files/2021-08/SPIEGEL_Beschwerde_PUBLIC.pdf, abgerufen am 21.04.2022.

⁴¹ Der IAB-Standard ist ein von "IAB Europe" (Interactive Advertising Bureau) erstellter Standard, der im Einklang mit den Vorgaben der DSGVO stehen soll. So ein Artikel von cookiebot.com, https://www.cookiebot.com/en/iab-cookies/. Die Belgische Datenschutzbehörde hat diesen aber jüngst für nicht im Einklang mit der DSGVO gehalten,

https://www.wilmerhale.com/en/insights/blogs/WilmerHale-Privacy-and-Cybersecurity-Law/20220207-belgian-data-protection-authority-rules-iab-cookie-consent-framework-violates-the-gdpr. Jeweils zuletzt abgerufen am 21.08.2023.

⁴² Vgl. auch Stemmer, BeckOK Datenschutzrecht. DSGVO, Art. 7 Rn. 86.

unterlaufen werden. Bereits Anfang 2020 hat die dänische Datenschutzaufsichtsbehörde ein Cookie-Banner des Dänischen Meteorologischen Instituts für unzulässig gehalten, bei dem der Nutzer mit einem Klick Cookies akzeptieren und mit Klick auf Konfigurieren auch die Möglichkeit hatte Cookies mit weiteren Klicks abzulehnen. Kritisiert wurde insbesondere, dass die Einwilligung nicht freiwillig sei, da Besucher einer Seite mit akzeptieren gar nicht genau wissen welche Cookies sie alle akzeptieren würden, es fehle also eine gewisse Granularität. Daneben war es sehr problematisch, dass die Möglichkeit die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten abzulehnen nicht genauso leicht gewesen war, wie die Einwilligung selbst. Dies verstoße gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO, der dies so auspräge. Außerdem würde durch die Option der Einstellungen oder Konfigurieren nicht klar genug kommuniziert, dass es auch möglich sei die Einwilligung nicht zu erteilen. Hier liege auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Transparenz vor.⁴³ Diese damals in Dänemark kritisierte Praxis wurde bereits in der Orientierungshilfe der deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden im März 2019 genauso angesprochen.44 Diese Auffassung hat der Bundesverband der Verbraucherzentralen in Deutschland auch gegen den Anwaltssuchdienst advocado vor dem Landgericht Rostock im August 2020 durchgesetzt.⁴⁵ Die Konferenz der deutschen unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden hat mit ihrer "OH Telemedien 2021" die bisherige Auffassung bestätigt.46

Mit Blick auf diese Vorgaben hinsichtlich der Einwilligung sind Cookie-Banner, die neben einer Möglichkeit zur Einwilligung keine zur Ablehnung, bzw. den rein essenziellen Cookies, bieten, als nicht im Einklang mit den Vorgaben der DSGVO anzusehen. Genauso hatte auch jüngst die französische Datenschutzaufsichtsbehörde entschieden und Google LLC 90 Millionen Euro und Google Ireland Ltd. 60 Millionen Euro Bußgeld auferlegt. Daraufhin hat Google aus ihrem bisherigen und gegenständlichen Cookie-Banner mit den Optionen Konfigurieren und Akzeptieren zunächst in Frankreich im April 2022 ein neues Banner gelauncht, das neben "ACCEPT ALL" auch "REJECT ALL" sowie einen Button für mehr Informationen enthält.⁴⁷

-

⁴³ Kötter, Nicolas, Aufsichtsbehörde erklärt viele Cookie-Banner für rechtswidrig. Dr.Datenschutz vom 18.02.2020, https://www.dr-datenschutz.de/aufsichtsbehoerde-erklaert-viele-cookie-banner-fuer-rechtswidrig/ und Dänische Datenschutzaufsichtsbehörde, DMI's behandling af personoplysninger om hjemmesidebesøgende, https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2020/feb/dmis-behandling-af-personoplysninger-om-hjemmesidebesoegende, jeweils abgerufen am 25.04.2022.

<a href="https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2020/feb/dmis-behandling-af-personoplysninger-om-hjemmesidebesoegende, jeweils abgerufen am 25.04.2022.

https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2020/feb/dmis-behandling-af-personoplysninger-om-hjemmesidebesoegende, jeweils abgerufen am 25.04.2022.

https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2020/feb/dmis-behandling-af-personoplysninger-om-hjemmesidebesoegende, jeweils abgerufen am 25.04.2022.

https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/afgoerelser/2020/feb/dmis-behandling-af-personoplysninger-om-hjemmesidebesoegende, jeweils abgerufen am 25.04.2022.

<a href="https://www.datatilsynet.dk/afgoerelser/a

⁴⁵ GRUR-RS 2020, 32027, LG Rostock (3. Zivilkammer), Urteil vom 11.08.2020 – 3 O 762/19.

⁴⁶ DSK, OH Telemedien 2021. S. 13 und 30; DSK, OH Telemedien 2021 1.1, S. 15f, 38f.

⁴⁷ Vargas Carillo, Juan Carlos, REJECT ALL by Google. Artikel auf datenschutz-notizen.de vom 12.05.2022, https://www.datenschutz-notizen.de/reject-all-by-google-1034962/, abgerufen am 12.05.2022.

3. Kopplungsverbot bei "Abo oder Tracking"

Anbieter Einige von journalistischen Onlineinhalten möchten den Nutzer zum **Abschluss** eines monatlichen Abonnements oder zur Einwilligung der Verarbeitung sämtlicher personenbezogener Daten durch Cookies, insbesondere durch Drittanbieter bewegen.⁴⁸ Viele Anbieter Online-Medien fühlen sich geradezu dazu verpflichtet, was auf heftige Kritik seitens von Datenschützern stößt. Online-Medien berufen sich regelmäßig berechtigte Interessen nach Art. 6 Abs. 1 Uabs. 1 lit. f DSGVO, da sie ihre journalistische und redaktionelle Arbeit ohne

Weiter mit Werbung lesen Besuchen Sie SPIEGEL.de wie gewohnt mit Werbung und üblichem Tracking. (Zustimmung ist jederzeit widerrufbar.) Akzeptieren und weiter > Details zu Werbe- und Analyse-Trackern sowie zum jederzeit möglichen Widerruf finden Sie in unserer Datenschutzerklärung oder im Privacy Center am Ende jeder Seite. ... oder PUR-Abo abschließen Nutzen Sie uns kostenpflichtig ganz ohne Werbetracking und praktisch werbefrei. mehr zum PUR-Abo > Bereits PUR-Abonnent? Hier anmelden.

Tracking: Zur Verbesserung und Finanzierung unseres Webangebots arbeiten wir mit Drittanbietern zusammen. Diese **Drittanbieter** und wir erheben und verarbeiten personenbezogene Daten auf unseren Plattformen. Mit auf Ihrem Gerät gespeicherten Cookies, persönlichen Identifikatoren wie bspw. Geräte-Kennungen oder IP-Adressen sowie basierend auf Ihrem individuellen Nutzungsverhalten können wir und diese Drittanbieter ...

- … Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen: Für die Ihnen angezeigten Verarbeitungszwecke können Cookies, Geräte-Kennungen oder andere Informationen auf Ihrem Gerät gespeichert oder abgerufen werden.
- … Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über
 Zielgruppen und Produktentwicklungen ausspielen: Anzeigen und Inhalte können basierend auf einem
 Profil personalisiert werden. Es können mehr Daten hinzugefügt werden, um Anzeigen und Inhalte
 besser zu personalisieren. Die Performance von Anzeigen und Inhalten kann gemessen werden.
 Erkenntnisse über Zielgruppen, die die Anzeigen und Inhalte betrachtet haben, können abgeleitet
 werden. Daten können verwendet werden, um Benutzerfreundlichkeit, Systeme und Software
 aufzubauen oder zu verbessern.

Sie willigen auch ein, dass Ihre Daten von Anbietern in Drittstaaten und den USA verarbeitet werden. USA-Anbieter müssen ihre Daten an dortige Behörden weitergegeben. Daher werden die USA als ein Land mit einem nach EU-Standards unzureichenden Datenschutzniveau eingeschätzt (Drittstaaten-Einwilligung).

Impressum Datenschutz Nutzungsbedingungen Switch to english version

den Einsatz von Trackern auf ihren Seiten nicht finanzieren könnten oder machen die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten, die nicht zur Abwicklung des Geschäfts erforderlich sind, als Voraussetzung zum Aufruf ihrer Internetseite.

Diese Verknüpfung von Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die nicht zur Abwicklung eines Geschäfts erforderlich sind, mit einem Vertragsabschluss oder der Erbringung einer Leistung wird Kopplung genannt. Die Kopplung ist eine Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung, die in Art. 7 Abs. 4 DSGVO angesprochen wird.⁴⁹

Wenn Besucher im Gegenzug für Daten eine Leistung erhalten können, muss ihnen eine echte Wahl bleiben, ob sie der Datenverarbeitung zustimmen möchten. Betreiber dürfen die Erfüllung eines Vertrages bzw. den Besuch ihrer Webseite "nicht ohne Weiters von einer Einwilligung in eine nicht erforderliche Datenverarbeitung abhängig machen, wenn die betroffene Person dieselbe oder eine gleichwertige Leistung bei Dritten erlangen könnte, ohne dort eine Einwilligung abgeben zu müssen."50 Hierfür muss es "neben dem unentgeltlichen Angebot, das auf einer kommerziellen Verwertung personenbezogener Daten beruht, einen alternativen Zugang [...] [geben], in dessen Rahmen die zur Diensterbringung erforderlichen personenbezogenen Daten nicht wirtschaftlich verwertet werden. Für den alternativen Zugang

⁴⁸ Der Screenshot von spiegel.de ist Stand 11.05.2022.

⁴⁹ Heckmann/Paschke, Ehmann/Selmayr, DSGVO. 2. Auflage 2018, Rn. 94.

⁵⁰ Stemmer, BeckOK DatenschutzR. 39. Edition. 1.11.2021. DSGVO, Art. 7 Rn. 48.

kann ein angemessenes Entgelt erhoben werden. [...] ob die Einwilligung unfreiwillig ist, hängt jedoch wiederum von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei Faktoren wie das Angewiesensein auf die Leistung eine Rolle spielen".⁵¹

Der Spiegel wurde wegen seiner Praxis durch den Verein noyb von Max Schrems gerügt. Ihm wurde vorgeworfen, lediglich 0,16 € pro Monat für jeden Leser mit dem Tracking zu erwirtschaften.⁵² Dem gegenüber stand zum Zeitpunkt der Beschwerde durch den Verein im Sommer 2021 ein "Pur"-Abonnement-Preis von 4,99 €, was Stand 11.05.2022 nunmehr 1,99 € beträgt.⁵³ Hier wurde deutlich, dass Spiegel.de den Besucher in die Einwilligung zwang. Eine freie Einwilligung war zu diesem Zeitpunkt nicht möglich. Verglichen mit den Einnahmen pro Monat pro Leser durch den Einsatz von Tracking ist auch der niedrigere Preis von 1,99 € als unverhältnismäßig hoch und damit als keine Alternative zur Einwilligung anzusehen. Der Spiegel entgegnete in einem Artikel, dass das Abonnement auch nicht-personalisierte Werbung deaktiviere und deshalb die Kalkulation von noyb zu kurz gehe.⁵⁴ Die Tatsache, dass der Spiegel mittlerweile den Preis des Pur-Abonnements auf 1,99 € abgesenkt hat, zeigt aber, dass auch der Spiegel seine Meinung geändert hat. Darüber hinaus ist die komplette Werbefreiheit keine ausreichende Alternative zur Trackingfreiheit.

Frenzel möchte zur Beurteilung, ob ein solcher Vertragsschluss möglich ist, nicht auf die Freiwilligkeit der Einwilligung, sondern auf die Frage der Freiwilligkeit zur Eingehung des Vertrages abstellen. Seiner Ansicht nach geht es darum, ob der Unternehmer eine marktbeherrschende Stellung innehat, die er zu Lasten des Betroffenen missbraucht.

Stemmer merkt an, dass dies jedoch nicht heißt, dass es auf eine marktbeherrschende Stellung ankäme, da dies gerade nicht dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 4 DSGVO entspricht.

Die Betrachtung des Vertrages insgesamt ist meines Erachtens zur Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung nur förderlich. So jedenfalls, wenn vertragliche Aspekte zusätzlich mit einbezogen werden. Eine wie auch immer geringere Bewertung der Umstände der Einwilligung aufgrund der Betrachtung des Vertrages im Ganzen kann jedoch nicht Art. 7 Abs. 4 DSGVO genügen.

Das sogenannte Kopplungsverbot und damit eine nicht zulässige Einwilligung wird stets dann vorliegen, wenn der Seitenbesucher keine Alternative zur Einwilligung hat oder die Alternative ein teures Abonnement – und damit keine echte Alternative – ist. 1,99 € im Monat kann bereits als zu hoch und damit als keine freie Alternative angesehen werden, muss aber nicht. Allerdings zeigt die Verknüpfung der Pur-Modelle der Anbieter FAZ, Spiegel oder Zeit mit einer kompletten Werbefreiheit, dass die Pur-Modelle keine Alternative zum Tracking, sondern zu Werbung sind. Eine freiwillige Einwilligung kann daraus nur schwer gefolgert werden.

⁵² *Noyb*, Beschwerde nach Artikel 77(1), 80(1) DSGVO, noyb Fallnummer: C-045, S. 22, https://noyb.eu/sites/default/files/2021-08/SPIEGEL Beschwerde PUBLIC.pdf, abgerufen am 21.04.2022.

⁵¹ Ebd. Rn. 49.1

⁵³ Mehr zum Fall von Spiegel.de in der Beschwerde von noyb in FN 43. Mittlerweile kostet Stand August 2023 ein PUR-Abo beim Spiegel 0,99 € pro Woche und damit knapp 1 € unter dem ursprünglichen Preis. Das Abonnement ist alle vier Wochen kündbar.

⁵⁴ *Der Spiegel*, Onlinewerbung. Datenschutz-Aktivisten legen Beschwerden gegen Medienhäuser ein. Artikel vom 13.08.2021 auf Spiegel.de, https://www.spiegel.de/netzwelt/web/onlinewerbung-datenschutz-aktivisten-legen-beschwerden-gegen-medienhaeuser-ein-a-047af71e-692b-4dc2-8dd2-67c4f4a17d23, abgerufen am 11.05.2022.

⁵⁵ Vgl. *Frenzel*, Paal/Pauly, DSGVO. 3. Auflage 2021. Rn. 21.

⁵⁶ Vgl. Stemmer, BeckOK DatenschutzR. 39. Edition. 1.11.2021. DSGVO, Art. 7 Rn. 47.

V. Nudging und Dark Pattern

Nudging ist wie Dark Pattern ein Sammelbegriff für digitale Design-Muster und Mechanismen, der das Verhalten in einer bestimmten Weise beeinflussen soll. Nudging ist dabei als positiver Steuerungsmechanimus zu verstehen, der es Nutzer:innen erleichtern soll Entscheidungen treffen, die ihren Präferenzen und Interessen entsprechen sollen gesamtgesellschaftliche Ziele fördern. Bei Nudging werden regelmäßig Entscheidungen in eine von mehreren Optionen gelenkt. Dies kann durch grafische Gestaltung als auch Voreinstellungen geschehen. Dark Pattern stellen dabei solche Mechanismen dar, die Nutzer:innen zu Handlungen verleiten sollen, die ihren vermuteten entgegenlaufen. Allein die Interessen von Verwender:innen sollen gefördert werden.⁵⁷ Nudging und Dark Pattern helfen Betreibern von Webseiten, Nutzer:innen zu einer Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu bewegen.

Bereits die farbliche Gestaltung der Akzeptieren-Schaltflächen der Beispiele auf den Seiten 1 und 2 fällt unter den Begriff Nudging.⁵⁸ Diese farbliche Gestaltung ist aber dann noch nicht zwangsläufig als datenschutzrechtlich unzulässig anzusehen, wenn es nur bei einem farblichen Hervorheben verbleibt. Dagegen fehlt es an der Freiwilligkeit, wenn die "Konfigurieren"- bzw. "Ablehnen"-Schaltfläche nicht mehr erkennbar oder nicht vorhanden ist.⁵⁹ Darüber hinaus ist das Fehlen einer sofortigen Ablehnungsmöglichkeit ebenfalls ein Verstoß gegen die Freiwilligkeit.⁶⁰

Das stetige Wiederkehren der Abfrage durch ein Consent-Banner stellt ein Fall des Dark Patterns dar, eine sog. "Click Fatigue". Mangels entsprechender Vorgaben hinsichtlich der Speicherdauer einer Ablehnung gestaltet sich die Beurteilung als nicht sehr einfach. Eine Nachfrage bei jedem Seitenaufruf noch im Zeitraum des einen Besuchs ist unweigerlich ein Verstoß gegen die Freiwilligkeit sowie den Grundsatz der Verarbeitung nach Treu und Glauben bzw. dem Fairnessprinzip nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO gegeben. Die Nachfrage, ob wirklich abgelehnt werden soll stellt ebenfalls einen Eingriff in die Freiwilligkeit dar, da hier der Eindruck erweckt wird die Nutzung sei nur mit Einwilligung möglich. Die Erklärung der Ablehnung wird dadurch für Nutzer:innen schwerer gemacht. Daneben ist auch die Einwilligung für mehrere Zwecke unzulässig, da Besucher dabei nicht die freie Wahl haben die Zwecke zu identifizieren und einzeln zu entscheiden.⁶¹

Voreinstellungen, wie Ankreuzkästchen, in einer Einwilligungserklärung sind klassische Fälle von Dark Pattern, die dem Erwägungsgrund 32 S. 3 DSGVO und laut EuGH in der Planet49-Entscheidung auch einer wirksamen Einwilligung entgegenstehen.⁶²

Daneben kann es auch irreführende Dark Patterns geben. Möchten Nutzer:innen individuelle Einstellungen vornehmen und sind diese auf verschiedenen Ebenen des Consent-Banners an unterschiedlichen Positionen bzw. unterschiedlichen Farben anzutreffen liegt ein solches vor. Genauso liegt es, wenn nicht klar ist, was die Position eines Schiebereglers bedeutet.⁶³

⁵⁷ Vgl. *Loy/Baumgartner,* Tracking-Mechanismen: Wie viel "Anstupsen" ist erlaubt? In: Zeitschrift für Datenschutz. ZD 2021, 404 (404).

⁵⁸ Ebd. S. 405.

⁵⁹ Ebd. S. 405-406.

⁶⁰ Ebd. S. 406; DSK, OH Telemedien 2021. S. 13-14; dazu auch die Ausführungen auf S. 9-10.

⁶¹ Vgl. *Loy/Baumgartner*, Tracking-Mechanismen: Wie viel "Anstupsen" ist erlaubt? In: Zeitschrift für Datenschutz. ZD 2021, 404 (406).

⁶² Ebd. S. 407.

⁶³ Ebd.

Letztlich ist bei Nudging und Dark Pattern neben den Vorgaben zur Einwilligung und den datenschutzrechtlichen Grundsätzen auch auf Art. 25 DSGVO abzustellen, der Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen fordert.⁶⁴ Consent-Banner fallen ohne weiteres unter diese Norm und müssten dementsprechend in datenschutzfreundlicher Art und Weise entwickelt und eingestellt sein. Verstöße gegen Art. 25 DSGVO sind nach Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO auch mit Bußgeldern belegt. Der BGH hat bereits bei einer Cookie- und Werbeeinwilligung im Zusammenhang mit E-Mail- und Telefonwerbung entschieden, "dass eine Einwilligung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die Gestaltung darauf angelegt ist, die Betroffenen von der Ausübung ihres Wahlrechts abzuhalten."65 Ausgehend von der dort angesprochenen Planet49-Entscheidung ist jegliche Technikgestaltung, die den Nutzer in eine Richtung beeinflussen möchte, die eher den Interessen des Webseitenbetreibers dient, als möglicher Datenschutzverstoß zu behandeln.

VI. Einwilligungsmanagement: Cookie-Kontrollcenter und PIMS

Mit Inkrafttreten des TTDSG am 01.12.2021 hat auch eine Regelung zur Einwilligungsverwaltung Einzug in das deutsche Recht gehalten. Diese Systeme werden auch als "Personal Information Management System", kurz "PIMS" bezeichnet. Damit sollen Nutzer auf ihren Endgeräten abspeichern können, welche Einwilligungen sie erteilen wollen und welche nicht, sodass dies nicht auf jeder einzelnen Webseite per Cookie-Banner entschieden werden muss.66

§ 26 TTDSG stellt in seinem Absatz 1 grundsätzliche Anforderungen an solche Dienste, die Einwilligungen nach § 25 Abs. 1 TTDSG verwalten sollen, auf. Sein Absatz 2 enthält Vorgaben für eine von der Bundesregierung zu erlassende Rechtsverordnung.

Als Voraussetzungen nennt Absatz 1, dass ein Einwilligungsverwaltungssystem nutzerfreundlich und wettbewerbskonform (1), nicht interessengetrieben und unabhängig (2) ist und Daten ausschließlich für die Einwilligungsverwaltung verarbeitet (3) sowie ein überprüfbares Sicherheitskonzept vorlegen muss, was zeigt, dass Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit, die sich insbesondere aus der DSGVO ergeben, erfüllt werden (4). Dieses Einwilligungssystem muss nach Maßgabe der Rechtsverordnung nach Absatz 2 von einer unabhängigen Stelle anerkannt sein.

Der § 26 TTDSG, der damit abstrakt-generelle bzw. pauschale Einwilligungen erlauben soll, steht in eklatantem Widerspruch zu Art. 7 und Erwägungsgrund 32 der DSGVO, die eine Einwilligung für den konkreten Fall voraussetzen. Darüber hinaus würde die voreingestellte Einwilligung nun Dritte binden, was sie zu einem "einseitigen Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter" machen würde. 67 Dieser Widerspruch lässt sich auch nicht durch die Öffnungsklausel des Art. 95 DSGVO ausräumen. Danach könnte zwar die ePrivacy-Richtlinie der DSGVO vorrangig sein, das gilt für nationales Recht aber nur, wenn es sich an den Wortlaut der Richtlinie hält. Das deutsche Umsetzungsgesetz muss stets richtlinien- und DSGVO-konform

⁶⁴ Ebd. S. 408.

⁶⁵ DSK, OH Telemedien 2021. S. 17 mit Verweis auf BGH, NJW 2020, 2540 (2544).

⁶⁶ Vgl. Schreiber, Kristina, Datenschutz im Internet. Kommt jetzt das Aus für die Cookie-Banner? Auf Legal Tribune Online vom 22.11.2021, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/ttdsg-datenschutzinternet-cookies-einwilligung-pims-e-privacy-verbraucherschutz/, abgerufen am 12.05.2022.

⁶⁷ Val. Assion. Simon. Stellungnahme als Sachverständiger zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG), BT-Drucksache 19/27441. Ausschussdrucksache 19(9)1039 vom 19. April 2021. S. 10-13.

sein. Diese Problematik hätte eigentlich mit der zeitgleichen Novellierung der ePrivacy-Richtlinie zur gleichnamigen Verordnung gelöst werden sollen.⁶⁸

Ob Einwilligungsmanagementsysteme oder "PIMS" in Zukunft die von Webseitenbetreibern als lästig konstruierten Cookie-Banner in den Hintergrund drängen können, wird somit davon abhängen, ob die von der Bundesregierung nach § 26 Abs. 2 TTDSG zu erlassende Rechtsverordnung, die noch Bundesrat und Bundestag passieren müsste, auch von der EU-Kommission notifiziert wird und in der Folge auch vor den Gerichten Bestand hat. Die Problematik der Gesetzeskompetenz und der abstrakt-generellen Erteilung der eigentlich als konkret-individuell ausgestalteten Einwilligung werfen jedoch die Frage auf, ob PIMS rechtskonform überhaupt umsetzbar sein werden. ⁶⁹ Für Nutzer wären solche Systeme aber äußerst wünschenswert, um der Vielzahl an Cookie-Bannern in Zukunft entgehen zu können und sich dem eigentlichen Grund für den Besuch einer Webseite zu widmen.

VII. Fazit

Die aktuellen Maßnahmen von Betreibern von Webseiten im Umgang mit Cookies zielen sehr häufig darauf ab, die Akzeptanzraten von Cookies zu erhöhen, um die Werbeeinnahmen durch Tracking erhöhen zu können. Die meisten der dabei verwendeten Maßnahmen stehen klar im Widerspruch zu geltendem Recht. Einige wenige fallen dabei in einen Graubereich, auch wenn bei einer genaueren Auslegung und Beachtung der Orientierungshilfen und Leitlinien der Datenschutzinstitutionen auch diese als unzulässig einzustufen sind.

Deutsche Datenschutzbehörden sollten anstatt auf die Umsetzung von Einwilligungsmanagementsystemen oder den "Good Will" von Unternehmen zu warten es genauso wie die französische Aufsichtsbehörde machen und mit hohen Bußgeldern gegen Verstöße vorgehen. Die Aufsichtsbehörden wissen, wie sich aus deren veröffentlichten Dokumenten ergibt, eindeutig wie ein Cookie-Banner aussehen sollte und wie nicht. Es hapert insoweit ausschließlich an der administrativen Durchsetzung der Vorgaben. Wird eine Aufsichtsbehörde tätig und ist ein Bußgeldbeschwerter nicht einverstanden, kann die Auffassung der Datenschutzbehörde überprüft und Rechtsklarheit geschaffen werden. Im Fall des Bußgelds der französischen Aufsichtsbehörde gegen Google ist Google umgehend tätig geworden und hat bereits im April 2022 ein neues Banner in Frankreich eingeführt, was europaweit folgen soll.⁷⁰

⁶⁸ Ebd. S. 3 und 9.

⁶⁹ Der Referentenentwurf der TTDSG-VO (Einwilligungsverwaltungverordnung – EinwV) vom 01.06.2023 umgeht dieses Problem und möchte in § 3 Abs. 1, dass Anbieter von PIMS die Anforderungen der DSGVO an die Einwilligung erfüllen.
⁷⁰ Vgl. FN 47.