

# NUTZER-TRACKING, COOKIE-BANNER UND PUR-ABO-MODELLE

Informationen zum Datenschutz | Mai 2023

## English version

### Einleitung

Viele Unternehmen binden in ihr Online-Angebot Tools zum Nutzer-Tracking ein. Mittels dieser Softwareanwendungen, die vor allem auch von (amerikanischen) Drittanbietern zur Verfügung gestellt werden, werden Unternehmen unter anderem in die Lage versetzt, die „Einkaufsreise“ sowie das Verhalten des Kunden zu analysieren, Auswertungen zur Kundenstruktur, zu den Interessen der Kunden und zum Kaufverhalten zu erstellen und den Nutzern auf sie zugeschnittene Informationen, Angebote und Werbung zu präsentieren. Unternehmen haben häufig ein großes Interesse an diesem Tracking, da es ihnen hilft, ihre Kunden besser zu verstehen sowie ihre Angebote an die Interessen der Kunden anzupassen und zu verbessern. Demgegenüber haben Nutzer des Online-Angebots ein Interesse am Schutz ihrer Daten und ihrer Privatsphäre. Zu berücksichtigen ist in diesem Kontext das den Nutzern zustehende und verfassungsrechtlich verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses besagt, dass Betroffene grundsätzlich selbst darüber entscheiden können, welche personenbezogenen Daten von ihnen von welchen Stellen zu welchem Zweck verarbeitet werden dürfen. Hieraus sind insbesondere von Seiten der Rechtsprechung verschiedene Anforderungen entwickelt worden, die bei der Durchführung des Nutzer-Trackings einzuhalten sind.

### Rechtsgrundlagen

Wie für jede Datenverarbeitung ist auch für Datenverarbeitungsprozesse im Zusammenhang mit einem Nutzer-Tracking oder der Anzeige personalisierter Werbung das Vorliegen einer Rechtsgrundlage erforderlich. Es gilt insoweit der über Art. 6 DSGVO verankerte datenschutzrechtliche Grundsatz des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“. Demnach ist jede Datenverarbeitung nur dann zulässig, wenn sie auf eine Rechtsgrundlage gestützt werden kann.

### Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH

Im Oktober 2019 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einem Vorlageverfahren entschieden, dass die bis dato in Deutschland praktizierte Variante, auf eine datenschutzrechtliche Einwilligung des Nutzers für das Setzen von Cookies zu verzichten, nicht ausreichend ist ([EuGH, Urteil vom 01.10.2019, Az. C-673/17](#)). Nach Auffassung des EuGH ist eine aktive Zustimmung des Nutzers für das Setzen von technisch nicht notwendigen Cookies erforderlich. Es ist dementsprechend eine Einwilligung des Nutzers i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO für die Nutzung von Analyse- und Werbe-Cookies einzuholen. Außerdem sind die Betroffenen darüber zu informieren, inwieweit Dritte auf die Cookies zugreifen können und wie lange diese auf den Nutzer-Endgeräten gespeichert werden. Der EuGH kritisierte in diesem Zusammenhang auch die Verwendung

von Cookie-Bannern, die Nutzern lediglich die Möglichkeit der Zustimmung zu den in Rede stehenden Cookies, nicht aber die Möglichkeit der Ablehnung dieser Cookies bieten. Entsprechend ausgestaltete Cookie-Banner genügen den Anforderungen des EuGH grundsätzlich nicht.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich sodann im Mai 2020 inhaltlich der Auffassung des EuGH angeschlossen ([BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 - I ZR 7/16](#)). Er führte insbesondere aus, dass die wirksame Einholung der datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Speicherung von Cookies mittels voraktivierter Checkbox nicht möglich ist. Auch vergleichbare Maßnahmen, die darauf hinauslaufen, dass der Nutzer nicht aktiv dem Einsatz von Cookies zustimmt, werden insoweit als nicht ausreichend betrachtet. Für die zuvor vertretene Auffassung, unter Berufung auf die Vorschrift in § 15 Abs. 3 TMG im Falle von Marketing- und Analysecookies ausschließlich eine Widerspruchslösung umzusetzen oder nur einen Cookie-Hinweis einzublenden, blieb unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH kein Raum mehr.

Die Anforderungen, die EuGH und BGH in ihren jeweiligen Cookie-Entscheidungen formuliert haben, sind in Deutschland durch das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) aufgegriffen worden. Nach § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG erfordern die Speicherung von Informationen in den Endgeräten von Nutzern sowie der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen, dass der Nutzer basierend auf einer klaren und umfassenden Information in diese Datenverarbeitung eingewilligt hat, soweit keiner der Ausnahmetatbestände des § 25 Abs. 2 TTDSG erfüllt ist. Bezüglich der Anforderungen, die an die Information des Nutzers und dessen Einwilligung zu stellen sind, verweist § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG sodann auf die Vorgaben der DSGVO.

### Einwilligung

Zumindest hinsichtlich der Nutzung von Cookies zu Analyse- und Tracking-Zwecken ist durch die Entscheidungen von EuGH und BGH geklärt, dass eine Einwilligung des Nutzers gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO für die in diesem Kontext erfolgenden Datenverarbeitungsprozesse eingeholt werden muss. Erst dann, wenn der Nutzer in die Setzung technisch nicht notwendiger Cookies eingewilligt hat, dürfen diese auch von jeweiligen Verantwortlichen verwendet werden.

Eine wirksame Einwilligung setzt nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO voraus, dass die betroffene Person freiwillig, für den bestimmten Fall, in

informierter Weise und unmissverständlich in Form einer Erklärung oder einer sonstigen bestätigenden Handlung erklärt hat, dass sie mit der in Rede stehenden Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Um diesen Anforderungen gerecht werden zu können, ist eine die verschiedenen Voraussetzungen berücksichtigende Ausgestaltung des Cookie-Banners bzw. einer anderweitigen Consent-Lösung, sowie der im Rahmen des Online-Angebots eingebundenen Datenschutzerklärung erforderlich.

### **Berechtigte Interessen**

Zu der Frage, inwieweit auch für die Nutzung von anderen, mit Cookies vergleichbaren Technologien zwingend eine Einwilligung des Nutzers eingeholt werden muss, hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung bisweilen nicht ausdrücklich geäußert. Insoweit könnte - mangels gegenteiliger Rechtsprechung - vertreten werden, dass die Nutzung solcher Technologien auch auf das überwiegende berechtigte Interesse des Unternehmens i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO gestützt werden kann. Diese Sichtweise ist jedoch mit einem gewissen Risiko behaftet.

Der EuGH äußerte sich in seiner Entscheidung zwar ausdrücklich nur zur Nutzung von Cookies, bezieht sich in seiner Begründung jedoch auf die e-Privacy-Richtlinie. Die insoweit vor allem maßgebliche Regelung des Art. 5 Abs. 3 e-Privacy-Richtlinie spricht jedoch wiederum nicht unmittelbar von der Nutzung von Cookies, sondern stellt auf die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Nutzers gespeichert sind, ab. Unter Berücksichtigung dieses Umstands sowie von Sinn und Zweck müssten alle Technologien, die in irgendeiner Weise auf Informationen auf dem Endgerät des Nutzers zugreifen oder dort Informationen ablegen, konsequenterweise gleich behandelt werden, sodass auch für deren Nutzung eine Einwilligung des Nutzers erforderlich wäre. Für eine solche Sichtweise sprechen letztlich auch die diesbezüglichen Regelungen des neuen TTDSG.

Fällt ein Tool hingegen nicht unter die von der e-Privacy-Richtlinie und dem TTDSG in Bezug genommenen Technologien, ist es denkbar, die zugehörigen Datenverarbeitungsprozesse auf das überwiegende berechtigte Interesse des Unternehmens zu stützen. Etwas anderes gilt auch dann, wenn eine Technologie genutzt wird, bei der sichergestellt ist, dass eine Identifizierbarkeit des Nutzers durch technische und organisatorische Maßnahmen sicher ausgeschlossen ist. In diesem Fall kann die Auswertung von anonymisierten Daten aus dem Anwendungsbereich der DSGVO herausfallen. Um Risiken zu minimieren und Bußgelder zu vermeiden, ist insoweit eine genaue Bewertung des verwendeten Tools und der konkreten Funktionsweise im Einzelfall erforderlich.

### **Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung**

Wird für das Nutzer-Tracking das Tool eines Drittanbieters verwendet und werden bei der Nutzung des Tools Daten an den Anbieter übermittelt und durch diesen verarbeitet, liegt zudem in der Regel ein Fall der Auftragsverarbeitung vor, da der Dienstleister die Daten des verantwortlichen Unternehmens in dessen Auftrag und nach dessen Weisung verarbeitet – insbesondere Auswertungen erstellt. Zur datenschutzrechtlichen Absicherung ist deshalb der Abschluss einer Vereinbarung zur Auftragsverarbeitung mit dem jeweiligen Anbieter erforderlich.

### **Standardvertragsklauseln**

Handelt es sich bei dem verwendeten Tool um die Anwendung eines Anbieters aus einem Drittstaat, bedarf auch die insoweit erfolgende Drittstaatenübermittlung einer zusätzlichen datenschutzrechtlichen Absicherung. Nachdem das Privacy-Shield-Abkommen seitens des EuGH für unwirksam erklärt wurde, bietet

sich hierzu vor allem der Abschluss der im Jahr 2021 neu verabschiedeten Standardvertragsklauseln an. Die Einbeziehung dieser in die datenschutzrechtlichen Vereinbarungen wird von den jeweiligen Dienstleistern in der Regel auch angeboten und sollte unbedingt erfolgen. Zu berücksichtigen ist dabei allerdings, dass der Abschluss der Standardvertragsklauseln die weitergehende Prüfung der Angemessenheit des Datenschutzniveaus in dem betreffenden Drittstaat nicht entbehrlich macht, sondern diese gerade voraussetzt. Diese Problematik könnte künftig zumindest mit Blick auf amerikanische Anbieter entschärft werden, sofern der geplante Angemessenheitsbeschluss zur Datenübermittlung in die USA von der Europäischen Kommission verabschiedet wird. Dieser könnte sodann ohne weitere Prüfungserfordernisse zur Absicherung der Drittstaatenübermittlung in die USA genutzt werden.

### **Einwilligung mittels Cookie-Banner**

Um die für die Setzung von technisch nicht notwendigen Cookies erforderliche Einwilligung der Nutzer einzuholen, wird von vielen Unternehmen ein sog. Cookie-Banner verwendet. Dieser ist grundsätzlich so auszugestalten, dass die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung i.S.v. Art. 4 Nr. 11 DSGVO eingehalten werden. Aus der Rechtsprechung ergeben sich insoweit verschiedene Anforderungen.

Der Text des Cookie-Banners sollte zunächst so gestaltet sein, dass der Nutzer darauf hingewiesen wird, dass technisch notwendige Cookies, unabhängig von der Einwilligung des Nutzers, verwendet werden, er aber bei den weiteren Cookies wählen kann, ob diese ebenfalls aktiviert werden. Eine Vorauswahl einzelner Fragestellungen, die über die nicht abwählbaren, technisch notwendigen Cookies hinausgeht, ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zu unterlassen.

Weiter ist darauf zu achten, dass es für den Nutzer genauso einfach ist, die Verwendung von Marketing- und Analyse-Cookies abzulehnen, wie dieser zuzustimmen. Hierzu sind die beiden Auswahlmöglichkeiten – Zustimmung und Ablehnen – auf der ersten Seite des Cookie-Banners zu platzieren. Die konkrete Gestaltung des Cookie-Banners muss für den Nutzer zudem transparent sein. Denkbar sind aber – zumindest in einem gewissen Umfang – grafische Gestaltungen, welche den Nutzer nach Möglichkeit dazu bewegen sollen, die Marketing- und Analyse-Cookies zu aktivieren. Die Hervorhebungen dürfen jedoch nicht derart ausgeprägt sein, dass der Nutzer regelrecht zu einer Entscheidung gedrängt wird. Eine solche Gestaltung ist sowohl mit Blick auf den Transparenzgrundsatz als auch die Freiwilligkeit der Einwilligung problematisch und von der Rechtsprechung als unzulässig bewertet worden. Unter Berücksichtigung der Kriterien der Bestimmtheit und der Unmissverständlichkeit der Einwilligung sowie unter Transparenzgesichtspunkten sollten die vom Nutzer auswählbaren Schaltflächen zudem möglichst eindeutig beschriftet werden.

Um der Anforderung der Informiertheit der Einwilligung gerecht zu werden, müssen dem Nutzer des Weiteren die für seine Entscheidung wesentlichen Informationen innerhalb des Cookie-Banners bereitgestellt werden. Hinsichtlich weitergehender Informationen sollte zudem auf die Datenschutzerklärung des Unternehmens verwiesen werden. Umfangreiche Untermenüs mit weiteren Einzelinformationen sind nach derzeitigem Stand wohl hingegen nicht zwingend erforderlich. Sollen solche dennoch genutzt werden, ist auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen zu achten.

Inwieweit eine konkrete Ausgestaltung des Cookie-Banners den rechtlichen Anforderungen entspricht, muss jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bewertet werden.

## Pur-Abo-Modelle

Neben klassischen Cookie-Bannern und erweiterten Consent Management Tools wurden zuletzt auch vermehrt sog. „Tracking-Walls“ bzw. konkret „Pur-Abo-Modelle“ von Unternehmen genutzt. Es finden sich insoweit etwa Gestaltungen, bei denen die Ablehnung der Marketing- und Analyse-Cookies von einer Registrierung oder dem Abschluss eines kostenpflichtigen Abos abhängig gemacht wird. Will der Nutzer die Seite in letzterem Fall kostenfrei nutzen, muss er der Nutzung von Cookies faktisch zustimmen. Die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung wurde in der Vergangenheit, insbesondere mit Blick auf den Aspekt der Freiwilligkeit der Einwilligung, diskutiert.

Die Datenschutzkonferenz (DSK), der Zusammenschluss der Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, äußerte sich nunmehr dahingehend, dass es grundsätzlich zulässig ist, den Besuch einer Webseite von der Einwilligung zum Tracking abhängig zu machen, sofern alternativ ein trackingfreies Modell angeboten wird, auch wenn dieses bezahlpflichtig ist ([Beschluss d. DSK v. 22.03.2023](#)). Dabei muss die Leistung, die der Nutzer bei dem kostenpflichtigen Modell erhält, entsprechend der Ausführungen der DSK aber gleichwertig zu der Leistung sein, die er durch seine Einwilligung erlangt. Darüber hinaus muss die Einwilligung alle Wirksamkeitsvoraussetzungen der DSGVO erfüllen. Entscheidet sich der Nutzer für das trackingfreie Angebot, dürfen nur solche Datenverarbeitungsprozesse vorgenommen werden, die den Anforderungen der DSGVO und des TTDSG entsprechen. Insbesondere ist für jede Datenverarbeitung das Vorliegen einer Rechtsgrundlage erforderlich.

Die österreichische Datenschutzbehörde hat sich ebenfalls für die Zulässigkeit von Pur-Abo-Modellen ausgesprochen ([Beschluss d. österreichischen Datenschutzbehörde v. 29.03.2023](#)). Sie führte insoweit aus, dass ein kostenpflichtiges Abo grundsätzlich eine tragfähige Alternative für eine Einwilligung sein könne. Allerdings müssten sich die damit zusammenhängenden Datenverarbeitungsprozesse auf das absolut notwendige Maß beschränken. Weiter geht sie auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligungsvoraussetzungen ein, die in Summe vorliegen müssen. Dabei geht die Datenschutzbehörde insbesondere auf die Granularität als Aspekt der Freiwilligkeit der Einwilligung ein, die in jedem Fall einzuhalten sei. Hiernach sind für verschiedene Verarbeitungszwecke gesonderte Einwilligungen einzuholen. Wird diese Voraussetzung nicht eingehalten, ist von einer unfreiwilligen und damit unwirksamen Einwilligung auszugehen.

## Technische Umsetzung und weitergehende Informationspflichten

Neben der Ausgestaltung des Cookie-Banners ist auch im Übrigen auf eine technisch korrekte Umsetzung zu achten. Insbesondere dürfen technisch nicht notwendige Cookies erst dann gesetzt werden und Datenübermittlungen erst dann erfolgen, wenn der Nutzer seine Einwilligung erteilt. Da nicht bei allen Anbietern ohne Weiteres sichergestellt werden kann, dass eine Verbindung zu den Servern des Tool-Anbieters - und dementsprechend auch eine Datenübermittlung - tatsächlich nur bzw. erst dann hergestellt wird, wenn der Nutzer der Datenverarbeitung zugestimmt hat, sollte in diesen Fällen zusätzlich die sog. „Zwei-Klick-Lösung“ implementiert werden. Hierbei muss der Nutzer den Drittanbieter-Inhalt zunächst mittels eines ersten Klicks aktivieren und kann anschließend durch einen zweiten Klick mit dem Inhalt interagieren. Hierdurch kann sichergestellt werden, dass keine Nutzerdaten ohne ausdrückliche Zustimmung an den Anbieter übermittelt werden, sondern nur dann, wenn der Nutzer durch Anklicken bewusst die Verbindung zu den jeweiligen Servern herstellt.

Bei vielen Tools kann zudem zwischen verschiedene Einstellungsoptionen mit Bezug zum Datenschutz gewählt werden. Sind entsprechende Möglichkeiten vorhanden, sollte grundsätzlich darauf geachtet werden, die datenschutzfreundlichste Variante zu wählen.

Damit Betroffene ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausüben und die von der DSGVO vorgesehenen Betroffenenrechte geltend machen können, ist es erforderlich, dass Betroffene umfassend darüber informiert werden, inwieweit ihre personenbezogenen Daten bei der Nutzung eines Online-Angebotes erhoben, weitergegeben oder in sonstiger Weise verarbeitet werden. Da dem Nutzer innerhalb des Cookie-Banners in der Regel nur die besonders relevanten Kerninformationen zur Verfügung gestellt werden, sind innerhalb der Datenschutzerklärung, auf die im Cookie-Banner verlinkt wird, umfassende Informationen zu den jeweiligen Datenverarbeitungsprozessen bereitzustellen. Dies gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung der für Verantwortliche geltenden Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO.

## Künftige Alternative: Personal Information Management-Systeme

Mit der gesetzlichen Bestimmung in § 26 TTDSG besteht erstmalig eine Regelung für Dienste zur Einwilligungsverwaltung - unter anderem sog. Personal Information Management-Systeme (PIMS) - auf nationaler Ebene. Die zur Nutzung von Cookies ergangene Rechtsprechung von EuGH und BGH hat bisweilen dazu geführt, dass Nutzer sich auf der überwiegenden Mehrzahl der Internetauftritte mit Einwilligungsabfragen sowie zugehörigen Datenschutzzinformationen auseinandersetzen müssen, soweit sie das Online-Angebot nutzen möchten. Dabei werden die Cookie-Banner, entgegen der von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben, häufig nach wie vor so gestaltet, dass der Nutzer in seiner Entscheidung gelenkt wird oder Buttons zur Ablehnung technisch nicht notwendiger Cookies gar nicht oder nur auf Umwegen zum gewünschten Ergebnis führen. Soweit dies letztlich dazu führt, dass Nutzer die Banner und Hinweise möglichst schnell wegklicken, weil sie diese lediglich als lästiges Hindernis wahrnehmen, wird die eigentliche Idee – dem Nutzer die Selbstbestimmung über seine Daten zu ermöglichen – geradewegs unterlaufen. Dieser Problematik soll durch die Einführung von PIMS entgegengesteuert werden, indem der Nutzer mittels der Systeme die Möglichkeit erhält, alle zugehörigen Informationen innerhalb einer Benutzeroberfläche abzurufen und entsprechende Einstellungen vorzunehmen, anstatt auf jeder Internetseite mit einer separaten Abfrage konfrontiert zu werden.

Bislang konnte sich das neue Modell in der Praxis nicht durchsetzen. Eine Umsetzung soll nunmehr auf nationaler Ebene aber durch die Einwilligungsverwaltungs-Verordnung (EinwVO) erreicht werden. Einen entsprechenden Regelungsentwurf, der sich mit der konkreten Ausgestaltung von Diensten zur Einwilligungsverwaltung beschäftigt, legte das Bundesministerium für Digitales und Verkehr Ende 2022 vor. Es bleibt abzuwarten, inwieweit dieser zur Verbreitung entsprechender Dienste beitragen kann, wobei allerdings weiter das Problem bleibt, dass es sich bisher um einen deutschen Alleingang handelt.

## Fazit

Sofern Unternehmen im Rahmen ihrer Online-Angebote ein Nutzer-Tracking durchführen wollen, müssen sie die Anforderungen, die sich zum einen aus den verschiedenen Rechtsquellen und zum anderen aus der Rechtsprechung ergeben, einhalten. Wie für jede andere Datenverarbeitung ist insbesondere das Vorliegen einer belastbaren Rechtsgrundlage erforderlich. Außerdem müssen den Nutzern umfangreiche datenschutzrechtliche Informationen zur Verfügung gestellt werden, damit diese über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten in informierter Weise entscheiden und

von ihren Rechten Gebrauch machen können. Für die Nutzung von Cookies ist inzwischen geklärt, dass grundsätzlich eine aktive Nutzereinwilligung eingeholt werden muss. Werden andere Technologien verwendet, ist in jedem Einzelfall zu überprüfen, inwieweit ebenfalls die Zustimmung des Nutzers in die jeweilige Datenverarbeitung erforderlich ist oder der Prozess gegebenenfalls auf eine

andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann. Neben einer den rechtlichen Anforderungen entsprechenden Ausgestaltung des Cookie-Banners ist außerdem darauf zu achten, dass die Nutzerentscheidung auch im Übrigen technisch korrekt umgesetzt wird.

Christina Prowald



**Kontakt:**

BRANDI Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld

**Christina Prowald**

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

T +49 521 96535 - 890

F +49 521 96535 - 113

M [christina.prowald@brandi.net](mailto:christina.prowald@brandi.net)