

DATENSCHUTZKONFORME GESTALTUNG EINES COOKIE-BANNERS

Informationen zum Datenschutz | Februar 2024

Einleitung

Für den größten Teil der Online-Angebote kommen Tools zum Nutzertracking und weitere Dienste von Drittanbietern zum Einsatz, zum Beispiel für die Einbindung von Kartenmaterial oder Videos. Zum Schutz der Privatsphäre hat die Rechtsprechung unter Berufung auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verschiedene Anforderungen formuliert, die bei der Nutzung entsprechender Dienste einzuhalten sind. Die Anforderungen sind vor allem dann zu beachten, wenn technisch nicht notwendige Cookies eingesetzt werden. In diesen Fällen ist es nach Auffassung von EuGH ([EuGH, Urt. v. 01.10.2019, Az. C-673/17](#)) und BGH ([BGH, Urt. v. 28.05.2020, Az. I ZR 7/16](#)) erforderlich, eine Einwilligung der Nutzer in die in diesem Zusammenhang erfolgenden Datenverarbeitungsprozesse einzuholen. Zum Einsatz von mit Cookies vergleichbaren Technologien hat sich die höchstgerichtliche Rechtsprechung zwar bislang nicht ausdrücklich geäußert. Unter Berücksichtigung von e-Privacy-Richtlinie und Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) sind insoweit wohl allerdings entsprechende Anforderungen zu stellen. Zur Einwilligungsabfrage wird typischerweise ein sogenanntes Cookie-Banner verwendet. Da die Seitenbetreiber in der Regel ein großes Interesse an der Analyse des Verhaltens und der Interessen der Nutzer haben, um ihnen unter anderem auf sie zugeschnittene Angebote und Werbung präsentieren zu können, wird häufig versucht, eine für den Betreiber möglichst optimierte Gestaltung des Cookie-Banners zu verwenden, um auf diese Weise eine möglichst hohe Einwilligungsquote zu erreichen. Entsprechende Gestaltungen sind in gewissen Grenzen auch zulässig; es müssen allerdings die grundlegenden Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), die zu dieser Thematik ergangenen Rechtsprechung und das Ende 2021 in Kraft getretene Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) beachtet werden.

Einholung einer wirksamen Einwilligung und Nutzer-Information

Als Reaktion auf die Rechtsprechung von EuGH und BGH hat der deutsche Gesetzgeber explizit ein Einwilligungserfordernis in § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG vorgesehen. Die Speicherung von Informationen in den Endgeräten von Nutzern sowie der Zugriff auf bereits in der Endeinrichtung gespeicherte Informationen ist nur zulässig, wenn der Nutzer basierend auf einer klaren und umfassenden Information in die Datenverarbeitung eingewilligt hat, soweit keiner der Ausnahmetatbestände des § 25 Abs. 2 TTDSG erfüllt ist. Hinsichtlich der Anforderungen, die an die Information des Nutzers und dessen

Einwilligung zu stellen sind, verweist § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG auf die Vorgaben der DSGVO.

Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine wirksame Einwilligung vorliegt, ergibt sich insoweit insbesondere aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Danach ist eine Einwilligung jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Die Anforderungen an die transparente Information des Nutzers ergeben sich grundsätzlich aus den Art. 13 und 14 DSGVO. Die Informationspflicht umfasst insbesondere die Kontaktdaten des Verantwortlichen und des Datenschutzbeauftragten, die Kategorien der verarbeiteten Daten, die Zwecke der Datenverarbeitung sowie die insoweit einschlägige Rechtsgrundlage, die Empfänger der Daten, die Dauer der Speicherung sowie die Rechte der Betroffenen. In seiner Entscheidung führt der EuGH zudem aus, dass die Nutzer im Zuge der Einwilligungsabfrage insbesondere über den Umfang der Cookie-Nutzung sowie Zugriffsmöglichkeiten und Speicherdauer zu informieren sind.

Um den insoweit geltenden Anforderungen gerecht werden zu können, ist eine die verschiedenen Voraussetzungen berücksichtigende Ausgestaltung des Cookie-Banners sowie der im Rahmen des Online-Angebots eingebundenen Datenschutzerklärung erforderlich. Daneben ist auf eine korrekte technische Umsetzung zu achten. Die einwilligungspflichtigen Technologien dürfen insbesondere erst dann genutzt werden, wenn der Nutzer tatsächlich in die in Rede stehende Datenverarbeitung aktiv eingewilligt hat. Vorherige Datenübermittlungen an den Drittanbieter sind gegebenenfalls mittels der Implementierung der sog. „Zwei-Klick-Lösung“ zu unterbinden.

Gestaltung des Cookie-Banners

Bei der datenschutzkonformen Gestaltung des Cookie-Banners sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen.

Aktive Einwilligung

Nach Auffassung von EuGH und BGH ist für das Setzen von technisch nicht notwendigen Cookies und entsprechend der Ausgestal-

tung von § 25 TTDSG auch für die Nutzung vergleichbarer Technologien grundsätzlich eine aktive Zustimmung des Nutzers erforderlich. Es ist insoweit zunächst festzuhalten, dass eine Vorauswahl einzelner Check-Boxen, die über die nicht abwählbaren, technisch notwendigen Cookies hinausgeht, grundsätzlich unzulässig ist. Andere Maßnahmen, die ebenfalls darauf hinauslaufen, dass kein aktives Handeln des Nutzers vorliegt, scheiden mit Blick auf die Voraussetzung der Erklärung oder sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung aus.

Einwilligungstext

Der Text des Cookie-Banners sollte so gestaltet werden, dass der Nutzer darauf hingewiesen wird, dass technisch notwendige Cookies unabhängig von der Einwilligung des Nutzers verwendet werden, er aber bei den weiteren Cookies bzw. weiteren Technologien wählen kann, ob diese ebenfalls aktiviert werden. Eine eindeutige Formulierung der Einwilligungserklärung ist insbesondere angesichts der Kriterien „unmissverständlich“ und „für den bestimmten Fall“ erforderlich.

Positionierung und Gestaltung der Auswahlmöglichkeiten

Unter Berücksichtigung der Anforderung „freiwillig“ ist weiter darauf zu achten, dass es für den Nutzer genauso einfach ist, die Verwendung der nicht erforderlichen Marketing- und Analyse-Technologien abzulehnen, wie dieser zuzustimmen. Um dies zu gewährleisten sind die beiden erforderlichen Auswahlmöglichkeiten - Zustimmung und Ablehnen - grundsätzlich auf der ersten Seite des Cookie-Banners zu platzieren. Ob dem Nutzer lediglich ein allgemeiner Zustimmung-Button zur Verfügung gestellt wird oder er die Möglichkeit hat, eine separate Auswahl hinsichtlich einzelner Kategorien von Tools vorzunehmen, liegt im Ermessen des Unternehmens. Die generelle Ablehnung des Einsatzes nicht erforderlicher Tools darf ihm demgegenüber nicht durch das Erfordernis mehrfacher Klicks erschwert werden. Unspezifische Konfigurationsoptionen sind insoweit nicht zulässig. Es ist vielmehr ein Ablehnen-Button zu implementieren, der mit einem Klick vom Nutzer ausgewählt werden kann.

Die weitere Ausgestaltung des Cookie-Banners muss für den Nutzer transparent sein. Inwieweit grafische Gestaltung, die den Nutzer zum Zustimmung bewegen sollen, zulässig sind, ist insoweit höchst umstritten. Hervorhebungen, die derart ausgeprägt sind, dass der Nutzer regelrecht zu einer Entscheidung gedrängt wird, sind mit Blick auf den Transparenzgrundsatz und das Kriterium der Freiwilligkeit, unter Berücksichtigung dessen dem Nutzer eine echte Wahlmöglichkeit zukommen muss, unzulässig. Die Rechtsprechung ([LG München I, Urt. v. 29.11.2022, Az. 33 O 14776/19](#) und [LG Köln, Urt. v. 23.03.2023, Az. 33 O 376/22](#)) vertritt insoweit sogar teilweise die Auffassung, dass eine Ablehnmöglichkeit, die innerhalb des Fließtextes versteckt ist oder in blasser Schrift am Rand des Fenster und damit außerhalb des unmittelbaren Sichtbereichs des Nutzers platziert ist, nicht als gleichwertige Alternative zu einer auffällig gestalteten Zustimmungsmöglichkeit angesehen werden kann.

Um den Kriterien der Bestimmtheit und der Unmissverständlichkeit der Einwilligung sowie dem Transparenzgrundsatz gerecht zu werden, sollten die auswählbaren Schaltflächen zudem möglichst eindeutig beschriftet werden.

So genannte Tracking-Walls oder Pur-Abo-Modelle, bei denen die Ablehnung der Marketing- und Analyse-Tools von einer Registrierung oder dem Abschluss eines kostenpflichtigen Abos abhängig gemacht werden, werden demgegenüber überwiegend für zulässig [erachtet](#), obwohl der Nutzer, will er das Angebot kostenfrei nutzen, der Nutzung der Dienste faktisch zustimmen muss. Da es sich in diesem Fall bei der Registrierung bzw. dem Abo um das Äquivalent

zur Ablehnmöglichkeit handelt, muss diese dem Nutzer aber wohl ebenfalls auf der ersten Seite des Cookie-Banners in geeigneter Weise zur Wahl angeboten werden.

Weiterführende Informationen

Um darüber hinaus auch den Anforderungen an die Informiertheit der Einwilligung gerecht zu werden müssen dem Nutzer die für seine Entscheidung wesentlichen Informationen innerhalb des Cookie-Banners bereitgestellt werden. Hinsichtlich weitergehender Informationen ist zusätzlich auf die umfassende Datenschutzerklärung des Unternehmens, in der die verpflichtend zu erteilenden Informationen für den Nutzer aufzubereiten sind, zu verweisen. Der Cookie-Banner sollte insoweit eine Verlinkung zur Datenschutzerklärung enthalten. Ausführliche Untermenüs mit näheren Informationen zu den einzelnen Tools innerhalb des Cookie-Banners sind demgegenüber nicht erforderlich. Soll eine entsprechende Gestaltung gleichwohl gewählt werden, ist darauf zu achten, dass die bereitgestellten Informationen in jedem Fall korrekt und vollständig sind.

Perspektive

Künftig könnten anstelle von Cookie-Bannern auch sog. Personal Information Management-Systeme (PIMS) zur Einwilligungsabfrage genutzt werden. Hierdurch sollen die Nutzer die Möglichkeit erhalten, ihre Präferenzen nicht mehr separat in jedem einzelnen Online-Angebot abzugeben, sondern an zentraler Stelle zu hinterlegen. Eine solche Lösung sieht auch § 26 TTDSG ausdrücklich vor, allerdings handelt es sich bisher noch um eine nationale Einzellösung. Es ist insoweit noch zu klären, ob und wie PIMS den Anforderungen der DSGVO an eine wirksame Einwilligung gerecht werden können. Die weiteren Entwicklungen bleiben insoweit abzuwarten, dennoch kann dieser Ansatz perspektivisch zur Eindämmung der Cookie-Banner helfen, die regelmäßig als störend angesehen werden.

Fazit

Für einen datenschutzkonformen Einsatz von Marketing- und Analyse-Tools ist es erforderlich, die Anforderungen, die sich aus den verschiedenen Rechtsquellen und der Rechtsprechung ergeben, umzusetzen. Wie für jede andere Datenverarbeitung ist insbesondere das Vorliegen einer belastbaren Rechtsgrundlage erforderlich. Insoweit ist unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und den gesetzlichen Neuerungen maßgeblich auf die Einwilligung der Nutzer abzustellen. Eine wirksame Einwilligung setzt dabei unter anderem voraus, dass den von der Datenverarbeitung Betroffenen die erforderlichen datenschutzrechtlichen Informationen zur Verfügung gestellt werden. Zur Erfüllung der übrigen Voraussetzungen ist vor allem auf eine den Anforderungen entsprechende Ausgestaltung des Cookie-Banners zu achten. Darüber hinaus ist auch von Relevanz, dass die Nutzerentscheidung technisch korrekt umgesetzt wird.

Christina Prowald



Kontakt:

BRANDI Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld

Christina Prowald

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

T +49 521 96535 - 980

F +49 521 96535 - 113

M christina.prowald@brandi.net