

Masterarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades
Master

Technische Hochschule Wildau
Fachbereich Wirtschaft, Informatik, Recht
Studiengang Bibliotheks-informatik (M. Sc.)

Thema (deutsch): Cookie-Chaos auf Webseiten - ein Leitfaden zum technischen und datenschutzrechtlichen Umgang mit Cookies

Thema (englisch): Cookie-Chaos on websites - guidelines for the technical and proper handling of cookies regarding data protection law

Autor/in: Carolin Ludwig
Seminargruppe: BIM/17
Betreuer/in: Prof. Dr. iur. Carsten Kunkel
Zweitgutachter/in: Dr. Frank Seeliger
Spätestmögliche Abgabe: 18.07.2021
Eingereicht am:

Zusammenfassung

Diese Arbeit befasst sich mit Cookie-Bannern und -Pop-Up-Fenstern auf Webseiten und will darlegen, warum sich diese den Internetnutzenden tagtäglich in den Weg stellen. Dazu wird zunächst geklärt was Cookies sind, welche Arten es gibt, (nein, die Sorte mit Schokoladenstückchen ist nicht vertreten) und was deren Namensgeber ursprünglich mit diesem Hilfsmittel erreichen wollte. Natürlich ist auch die Möglichkeit Browser-Einstellungen vorzunehmen ein Teil dieser Arbeit, und es wird besprochen was passiert, wenn die Internetnutzenden regelmäßig alle Cookies löschen. Danach erfolgt eine Befassung mit den rechtlichen Grundlagen für die Einwilligung im Allgemeinen und die Cookie-Einwilligung im Besonderen. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen werden besprochen, darunter das Telemediengesetz, die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und die ePrivacy-Richtlinien sowie die Urteile des Europäischen Gerichtshofs und Bundesgerichtshofs zur Cookie-Einwilligung. Im Hauptteil dieser Arbeit erfolgt zunächst eine Auseinandersetzung mit der Definition der Einwilligung nach DSGVO in ihren vier Bestandteilen: freiwillig, informiert, unmissverständlich, eindeutige bestätigende Handlung; daran anschließend wird festgemacht, wie genau die wirksame Einwilligung erfolgen kann. Hier wird neben der Zweckbindung auch die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Cookies in den Blick genommen und in ihren Konsequenzen analysiert. Dementsprechend werden Cookies in einwilligungsbedürftige und solche über deren Verwendung nur informiert werden muss, eingeteilt. Da zur Einwilligungseinholung Cookie-Banner und -Pop-Up-Fenster genutzt werden, erfolgt daraufhin eine Kontrolle auf rechtliche Zulässigkeit bzw. Datenschutzkonformität der Gestaltungsalternativen bzw. Verhaltensunterschiede. Dazu gehören "Cookie Wall", die Nutzung von Ebenen ("Consent Layer") zur Informationsübermittlung sowie die Technik des "Nudging". Am Ende dieser Betrachtungen steht ein Leitfaden, der klarstellen will, wie ein Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster eine wirksame Einwilligung nach der DSGVO einholen kann und trotzdem noch so benutzungsfreundlich wie möglich bleibt.

Schlagwörter: Cookies, Cookie-Banner, Pop-Up-Fenster, Cookie-Einwilligung, Consent Management, DSGVO, ePrivacy, wirksame Einwilligung, Cookie Wall, Consent Layer, Nudging

Abstract

This thesis addresses the cookie consent banners and pop-up-windows on websites and is set to explore why they are constantly put in the user's way. Therefore, the first order of business is to define what a cookie is, what kinds are out there, (chocolate chip is not among them) and what their inventor actually had in mind with their construction. Then there is the matter of how to manage cookie settings in your browser and what happens if they are not deleted on a regular basis. The second order of business is to delve into the legal groundwork for consent in general and cookie consent in particular. Specifically, the German Teleservices Act, the General Data Protection Regulation (GDPR) and ePrivacy-Regulations, as well as the judgments of the Court of Justice of the European Union and the Federal Court of Justice of Germany concerning cookie consent. The main part of this thesis dissects the definition of consent in its four main parts: freely given, informed and unambiguous, clear affirmative action; and continues to examine how effective consent is legally binding for both users and webmasters, but not for more than one matter at the time. Therefore, it is crucial to know which cookies are in need of consent and which are necessary for the service and cannot or need not be based on consent, as well as what conditions apply to the personal data processed. Since cookie-banners and -pop-up-windows are usually used for this kind of consent management nowadays, the restrictions on their design and behaviour needs to be addressed. Specifically, the Cookie Wall, the coherence of information and consent layers, as well as Nudging in all its shapes and sizes. And finally, the use of Add-Ons to block these consent-banners will be negotiated. The result of this analysis are the guidelines at the end of the thesis, clarifying how a cookie-banner or -pop-up-window can score in usability as well as amount to effective consent.

Keywords: cookies, cookie-banner, pop-ups, cookie consent, consent management, GDPR, ePrivacy, effective consent, cookie wall, consent layer, nudging

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis.....	V
1 Einleitung.....	1
2 Technische Informationen zu Cookies	5
2.1 Definition und Aufbau des Internetstandards.....	5
2.2 Arten und Einsatz von Cookies	7
2.2.1 Temporäre Cookies	7
2.2.2 Permanente Cookies	8
2.3 Kontrolle und Verwaltung von Cookies.....	10
3 Rechtliche Informationen zu Cookies	13
3.1 Rechtliche Grundlagen für Cookie-Nutzung und Einwilligung	13
3.1.1 Telemediengesetz	13
3.1.2 Datenschutz-Grundverordnung	15
3.1.3 ePrivacy-Richtlinie und -Verordnung	18
3.1.4 EuGH- und BGH-Urteil	21
3.2 Anwendbarkeit der Rechtsprechung.....	24
4 Cookies zwischen technischer Notwendigkeit und Einwilligung	26
4.1 Grundsätze der wirksamen Einwilligungseinholung	26
4.1.1 Freiwillig für den bestimmten Fall	26
4.1.2 In informierter Weise und unmissverständlich.....	28
4.1.3 Durch eindeutige bestätigende Handlung	30
4.1.4 Mit der Möglichkeit des Widerrufs	31
4.2 Welche Cookies benötigen eine Einwilligung?.....	33
4.3 Cookie-Verwaltung über Browser-Einstellungen	38
4.4 Cookie-Verwaltung auf Webseiten.....	41

4.4.1	Banner oder Pop-Ups zur vorgeschalteten Abfrage	41
4.4.2	Cookie-Wall auf Webseiten trotz Kopplungsverbot	44
4.4.3	Consent Layer und Informationspflicht bei Cookie-Bannern.....	48
4.4.4	Nudging auf Schaltflächen zur Cookie-Einwilligung.....	57
4.5	Einsatz von Consent Management Tools oder Plattformen.....	66
4.6	Einsatz von Browser-AddOns zur Unterdrückung sinnvoll?.....	68
5	Fazit	70
	Leitfaden zur Cookie-Einwilligung	73
	Literaturverzeichnis.....	87

Abbildungsverzeichnis

Abb. 1: Browser-Datenschutz, Verbesserter Schutz zur Aktivitätenverfolgung	10
Abb. 2: Browser-Datenschutz, Cookies und Website-Daten	11
Abb. 3: Cookies und andere Websitedaten, Allgemeine Einstellungen	11
Abb. 4: Cookies und Website-Daten verwalten	38
Abb. 5: SQLite Viewer von cookies.sqlite, ID, OriginAttributes, Name, Value.....	39
Abb. 6: SQLite Viewer von cookies.sqlite, Host ff.	39
Abb. 7: Diese Website benutzt Cookies... OK.....	41
Abb. 8: Cookies helfen uns bei der Bereitstellung unserer Inhalte und Dienste... ..	42
Abb. 9: Erweiterte Einstellungen.....	43
Abb. 10: This website uses cookies	45
Abb. 11: Wie wollen Sie zeit.de nutzen?.....	47
Abb. 12: Möchtest Du einen Keks?	49
Abb. 13: Wir benötigen Ihre Zustimmung!	50
Abb. 14: Deine Einstellungen	51
Abb. 15: Verantwortungsvoller Umgang mit Ihren Daten.....	52
Abb. 16: Cookie-Erklärung.....	53
Abb. 17: Anzeigeneinstellungen.....	53
Abb. 18: This website uses cookies	54
Abb. 19: Kurz die Cookies, dann gehts weiter	56
Abb. 20: Cookies erleichtern die Bereitstellung unserer Dienste.....	57
Abb. 21: Wir brauchen Deine Zustimmung!	58
Abb. 22: Cookies Tracking für das beste Einkaufserlebnis.....	59
Abb. 23: Cookie Einstellungen.....	60
Abb. 24: Mehr Datenschutz für Ihre Privatsphäre	62

Abb. 25: Netzwelt.....	63
Abb. 26: Der Schutz Ihrer Privatsphäre liegt und am Herzen!.....	64
Abb. 27: Zustimmung des Anbieters	64

1 Einleitung

Cookies begleiten die Internetnutzenden seit 1995¹ und hier und da mal ein Cookie-Banner mit „OK“ zu bestätigen, ließ die kleinen Dateien für Technik, Werbung und Tracking auf Webseiten für die Nutzenden nicht weiter störend wirken. Spätestens seit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) am 25. Mai 2018, also in den letzten drei Jahren, ist ein Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster auf kaum einer Webseite mehr zu übersehen.

„2018 habe ich bisher eigentlich hauptsächlich damit verbracht Cookies auf Internetseiten zu akzeptieren“, twitterte @rebel_berlin am 1.2.2018.“²

Wer regelmäßig die Cookies aus seinem Browser löscht oder von unterschiedlichen (mobilen) Endgeräten Anwendungen und Webseiten aufruft, ist genervt. Das dezente Hinführen auf „Alle Auswählen“ ist nicht jedem Recht, Auswahl- bzw. Einstellungsmöglichkeiten nicht immer auf den ersten Blick zu erkennen oder die Seite ohne die Zustimmung zur Nutzung aller Cookies gar nicht erst verwendbar. Für alle, die nur mal schnell eine Information abrufen wollten, sind Cookies am Ende genauso lästig wie ein Werbe-Banner und damit wird „Alle Cookies akzeptieren“ oft gleichermaßen gehandhabt wie „Ja, ich habe die AGB gelesen“, nämlich als schneller Klick ohne genau zu wissen, was hier eigentlich bestätigt wird. Kurz und gut, die Benutzungsfreundlichkeit von Webseiten ist durch dieses Hindernis zunehmend gestört.³ Warum diese Maßnahmen aber notwendig sind und genervte Internetnutzende dennoch lesen sollten, was sie da bestätigen, soll hier geklärt werden.

Diese Arbeit stellt im Einleitungsteil zunächst die technische und rechtliche Definition von Cookies und Einwilligung dar und will im Folgenden die Fragen klären: [1] Wie und auf welcher Rechtsgrundlage erfolgt die Information und Einwilligung zur Cookie-Nutzung auf Webseiten durch die Nutzenden? [2] Welche Regeln gelten für ein Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster und was muss bzw. darf nicht voreingestellt sein?

[1] Liegt alles an der neuen DSGVO oder gibt es andere Rechtsgrundlagen, die eine solche Praxis auf Webseiten nötig gemacht haben? Und wenn ja, was sagen diese aus und welche Zusammenhänge gibt es? Hier wird neben der DSGVO vor allem Bezug auf die geltenden Regelungen des Telemediengesetzes (TMG), sowie der ePrivacy-Richtlinien (ePrivacy-RL)

¹ Vgl. What are Cookies?, Origins of the Magic Cookie.

² Rauer/Ettig, in: ZD 2018, 255.

³ Vgl. Ebda.

genommen, deren Zusammenspiel und die aktuell gültigen Urteile des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des Bundesgerichtshofes (BGH) zur Einwilligung in Cookies näher betrachtet. [2] Was darf ein Cookie-Banner und -Pop-Up-Fenster und was nicht? Welche Arten von Cookies benötigen eine Einwilligung? Welche Rollen spielen dabei personenbezogene Daten, berechtigtes Interesse an Nutzungsverhalten und technische Notwendigkeit? Was genau muss der Inhalt einer solchen Einwilligung sein, damit die Internetnutzenden umfassend informiert sind und reicht eine konkludente bzw. implizite Einwilligung aus oder muss diese aktiv gegeben werden? Darf die Webseite unbenutzbar sein, bevor die Zustimmung erfolgt ist und wie sollte die Auswahlmöglichkeit gestaltet sein? Welche Informationen gehören zu einer wirksamen Einwilligung und wo müssen sich diese befinden?

Im Hauptteil (Kapitel 4) wird unter Bezugnahme auf die rechtlichen Grundsätze von Einwilligung und Co. an Beispielen verdeutlicht, welche Konzepte greifen und an welchen Stellen Änderungen vorgenommen werden müssen. Diese Beispiele für Cookie-Banner bzw. -Pop-Up-Fenster stammen aus dem "Bewegungsumfeld" der Verfasserin und stellen eine pragmatische Auswahl dar, da ein „Best Case“- bzw. „Worst Case“-Szenario des gesamten Internets nicht das Ziel sein kann. Hier soll vor allem herausgehoben werden, ob die Cookie-Banner und -Pop-Up-Fenster, die täglich auf den von uns besuchten Webseiten auftauchen, auch tatsächlich rechtlich zulässig und datenschutzkonform in ihrer Ausführung sind. Natürlich soll an dieser Stelle auch geklärt werden, ob es ratsam ist für Webseitenbetreibende, ein Consent Management von Anbietenden zu nutzen und für Nutzende, Browser-AddOns zur Unterdrückung zu verwenden. Nach einer kurzen Zusammenfassung steht am Ende ein Leitfaden, welcher die Ergebnisse der technischen und rechtlichen Betrachtungen zusammenträgt und Hilfestellung bei der Umsetzung gibt. Wie sieht das ideale Cookie-Banner aus und warum finden wir es so selten auf Webseiten? Und vor allem, wie kann die Benutzungsfreundlichkeit von Webseiten wieder hergestellt werden und trotzdem eine wirksame Einwilligung zustande kommen? Das Ziel dieser Arbeit soll es sein den Nutzenden vor Augen zu führen, dass nicht alles schwarz und weiß ist und auch das Cookie-Chaos eine Studie von Grauzonen sein kann. Auch sollen die Webseitenbetreibenden nicht vergessen werden, die zwischen kostenlosem Service, der Notwendigkeit Daten zu verarbeiten, und der Einwilligung der Nutzenden auf einem schwer begehbaren Pfad wandern.⁴

⁴ Vgl. *Haberer*: Anforderungen an Cookie Banner, in: MMR 2020, 810, 814.

Doch zunächst noch folgende Hinweise:

Diese Arbeit richtet sich an Internetnutzende, vor allem diejenigen, die in ihrem Alltag von den Bannern und Pop-Up-Fenstern genug haben. Sie versucht zu klären, was davon nötig ist und gleichzeitig ein Verständnis für die Webseitenbetreibenden zu erzeugen, da diese sich auch nur an gesetzliche Auflagen halten und der Grundsatz der Datenschutzkonformität am Ende auch den Nutzenden zugutekommt.

Sofern nicht als direkte Zitate aus Quellen übernommen, wird das Neutrum verwendet, um einen umfassenden Personenkreis anzusprechen. Die Verfasserin will damit zum Ausdruck bringen, dass kein Mensch gerne ein * oder ein / ist.

Die zitierten Quellen variieren von Artikeln aus rechtlichen Fachzeitschriften, vornehmlich aus Beck-online, sowie praktischen Tipps aus Computermagazinen, wie auf die neuen rechtlichen Bestimmungen zu reagieren ist. Die Quellenlage ist hinreichend, aber redundant, daher werden die zitierten Stellen sicherlich nicht zuletzt in ebendiesem Dokument angesprochen sein. Nicht zuletzt werden in die Betrachtung dieses aktuellen Themas auch Social Media Postings und Zeitungsartikel eingebracht, die die Sicht der Nutzenden verdeutlichen.

Die hier betrachteten Beispiele sollen eine qualitative Breite an Bannern und Pop-Up-Fenstern zur Cookie-Einwilligung zeigen und werden lediglich als Beweis für eine Aussage herangezogen. Es soll keine Wertung der datenschutzrechtlichen Kenntnisse des Webseitenbetreibenden erfolgen, sondern lediglich der Eindruck des Consent Managements festgehalten werden. Die Techniken von Google, Facebook und Co. können und sollen hier nicht unter die Lupe genommen werden, sind an einigen Stellen aber als Nachgedanke einbezogen. Es soll nicht der Eindruck entstehen, es wäre mit ihren Bannern bzw. Pop-Up-Fenstern oder gar Webseitenweiterleitungen zur Cookie-Einwilligung, Datenschutz, Werbe-einwilligung, etc. alles in Ordnung, nur weil diese hier nicht explizit in den „Worst Case“ Beispielen auftauchen.

Es befinden sich des Weiteren häufig Anspielungen auf Marc-Uwe Klings Roman „QualityLand“ und seine Känguru-Werke, zwischen den Zeilen oder als Zitate, da die vom Autor vertretenen Weltanschauungen, wenn auch scherzhaft, nach Ansicht der Verfasserin dieser Arbeit sehr gut in die Botschaften passen, die aus der Beschäftigung mit dem Thema „Cookie-Chaos auf Webseiten“ gewonnen werden können.

*„Kein Mensch ist mehr gezwungen, schwierige Entscheidungen zu treffen –
denn in QualityLand lautet die Antwort auf alle Fragen: OK“*

Marc-Uwe Kling, QualityLand, Willkommen in QualityLand

2 Technische Informationen zu Cookies

2.1 Definition und Aufbau des Internetstandards

Um zu verstehen, warum die Verwendung von Cookies gebräuchlich ist, gilt es sich zunächst bewusst zu machen, dass die für das Internet verwendeten Protokolle, also sowohl das Hypertext Transfer Protocol (HTTP) als auch das Hypertext Transfer Protocol Secure (HTTPS), zustandslos sind. Dies bedeutet, dass beispielsweise eine Anmeldung/ein Login auf einer Webseite von Seitenaufruf zu Seitenaufruf erneuert werden müsste, weil über die genannten Protokolle keine "Merkfunktion" stattfindet, sie haben kein Gedächtnis. Will man nun eine solche wiederholte Identifizierung oder Authentifizierung vermeiden, muss die HTTP- bzw. HTTPS-Sitzung zustandsbehaftet sein, beziehungsweise eine solche nachgebildet werden.⁵ Hier kommen nun die "kleinen Textdateien"⁶ ins Spiel, die vom Server der jeweiligen Webseite (Sender) generiert und im verwendeten Browser (Empfänger) gespeichert werden,⁷ um "Informationen über den zugreifenden Benutzer codiert"⁸ als Gedächtnis zu verwenden. Dieses Speichern erfolgt nicht durch das jeweilige Protokoll selbst, sondern aus einer Hypertext Markup Language (HTML)-Datei heraus.⁹ Diese Textdateien, einmal auf der Hardware gespeichert, können nur ein- und ausgelesen werden und beinhalten keinen ausführbaren Programmcode,¹⁰ d.h. die Gefahr, dass Schadsoftware, wie Viren oder Trojaner, durch Cookies auf das (mobile) Endgerät gelangen, ist ausgeschlossen.¹¹ "Außerdem können Cookies keine unkontrollierten Datenmengen auf den Anwender-Rechner schreiben, sondern nur eine begrenzte Anzahl von Zeilen."¹²

Genauer gesagt, besteht ein Cookie meistens aus sieben bis acht Informationsfeldern, die nach *Eckert* wie folgt definiert sind (1) Name der Domäne, d.h. (der Verweis auf) eine IP-Adresse im Internet.¹³ (2, 3) Zugriffsbeschränkungen zum Lesen der Informationen des Cookies, (4) Zugriff nur über ein Secure Sockets Layer (SSL), sowie (5, 6, 7) Name des Cookies

⁵ Vgl. *Eckert*: IT-Sicherheit, 154.

⁶ What are Cookies?; m.w.N.

⁷ Vgl. *Neagu*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, What do cookies do?

⁸ *Eckert*: IT-Sicherheit, 154.

⁹ Vgl. Cookie.

¹⁰ Vgl. *Eckert*: IT-Sicherheit, 154.

¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17.

¹² JavaScript/Tutorials/cookies.

¹³ Vgl. *Srocke/Karlsetter*: Was ist eine Domain?

und dessen Werte.¹⁴ Bei *Neagu* finden sich die Informationsfelder, folgendermaßen aufgeführt (1) Name, (2) Inhalt = Informationen, (3) Domäne, (4) Pfad, (5) Sicherheitslevel, (6) Zugriff durch http oder andere Skripte, (7) Erstellungsdatum, (8) Funktionsdauer.¹⁵

Der Begriff "Cookie" für eben diese Textdateien wurde 1995 von dem Web-Browser-Programmierer Lou Montulli erdacht und 1998 patentiert.¹⁶ Sie waren ursprünglich dazu gedacht, den Nutzenden das Einkaufen in Online-Shops zu erleichtern, indem die Waren, die zuvor in den Warenkorb gelegt worden waren, nach jedem Suchvorgang im Shop erhalten blieben.¹⁷ So „ermöglichen Cookies ein bequemes Surfen. Die Waren bleiben [...] im Warenkorb, Voreinstellungen bleiben bestehen, so dass man diese nicht immer wieder neu eingeben muss.“¹⁸ Und natürlich, obwohl so nicht Montullis Intention,¹⁹ ist dadurch faktisch gesehen auch das Einkaufsverhalten verfolg- und die Nutzungsdaten abrufbar.²⁰ Im nächsten Kapitel soll deshalb auf die zwei unterschiedlichen Hauptarten von Cookies eingegangen werden, die heute vornehmlich Anwendung finden.

¹⁴ Vgl. *Eckert*: IT-Sicherheit, 155.

¹⁵ Vgl. *Neagu*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, What is inside of a cookie?

¹⁶ Vgl. What are Cookies?

¹⁷ Vgl. *Kihn*: Cookies, Chaos and the Browser.

¹⁸ Czernik: Cookies – Funktion und Aufbau einfach erklärt.

¹⁹ Vgl. *Kihn*: Cookies, Chaos and the Browser.

²⁰ Vgl. *Oerding*: Gehen Ihnen Cookies auch so auf den Keks?

2.2 Arten und Einsatz von Cookies

2.2.1 Temporäre Cookies

Temporäre Cookies sind im Allgemeinen besser bekannt unter dem englischen Begriff "Session-Cookies". Diese werden, wie der Name schon sagt, nur für die Dauer einer Sitzung, vom englischen "Session", gespeichert. Wird die Sitzung beendet, also der Browser geschlossen, löschen sich auch die gesetzten Cookies automatisch von ihrem Speicherort,²¹ ohne dass die Nutzenden die gespeicherten Cookies manuell über die Browser-Einstellungen entfernen lassen müssen. Sie sind damit nur im Cache, dem Kurzzeitgedächtnis des Browsers, abgelegt.²²

„In der Regel speichert ein solcher Session Cookie keinen Hinweis, der der Identifikation des Users dient, sondern lediglich einen Sitzungsbezeichner (Session-ID). Dieser dient lediglich dazu, mehrere Anfragen eines Nutzers auf einer Seite dessen Sitzung zuzuordnen.“²³ Diese Session-ID könnte also ein personenbeziehbares Datum sein.

Der logischste Einsatz ist nach dieser Definition bei der Registrierung, Anmeldung und ggf. Authentifizierung der Webseitennutzenden. Hier können Nutzerdaten - ggf. mit integrierter Kontrolle der Nutzungsberechtigung - gespeichert und damit die Nutzenden für die Dauer einer „Browser-Session“ wiedererkannt werden. Nicht umsonst erscheint auf manchen Seiten nach dem Ausloggen der Ratschlag, die Browser-Sitzung vorsorglich zu beenden, sollte ein öffentlicher Computer verwendet worden sein.

Ein solches Vorgehen ist ohne Voreinstellungen nur bei Session-Cookies möglich. Dies bedeutet, dass die „User“ zwar einmalig erkannt bleiben, ein weiterer Besuch der Webseite aber eine neue Browser-Sitzung aufrufen und dementsprechend ein neues Cookie speichern würde, welches die Nutzenden nicht wiedererkennt. Der Fakt, dass die Person wiederholt die Seite benutzt, bliebe unbekannt. Um eine solche Wiedererkennung zu gewährleisten, müssen also Cookies länger als eine Sitzung lang gespeichert werden können. Dies führt uns zur zweiten Art von Cookies.

²¹ Vgl. Cookies kontrollieren und verwalten, hrsg. v. Verbraucherzentrale, Session Cookies.

²² Vgl. Neagu: Simple questions: what are cookies and what do they do?, What is inside of a cookie?

²³ Session Cookie, Definition.

2.2.2 Permanente Cookies

Permanente, persistente oder dauerhafte Cookies sind solche, die über die Dauer einer Sitzung hinaus im Browser gespeichert bleiben.²⁴ Sie werden „nach Ablauf [einer] eingestellten Lebensdauer“²⁵ gelöscht. Hier führt das einfache Schließen einer Browser-Sitzung nicht automatisch zum Löschen von Cookies. Die Nutzenden müssen diese Einstellung manuell im Browser tätigen. Erst dann löschen sich (regelmäßig) alle Cookies aus dem Browser-Speicher, unabhängig von der im Cookie eingestellten Lebensdauer. Ansonsten bleiben die Cookies also im „Langzeitgedächtnis“ und sammeln Informationen.²⁶ Eine Ausnahme davon sind laut *Neagu* die sogenannten „Zombie-Cookies“, welche auf dem Computer gespeichert, Browser-übergreifend arbeiten und sich regenerieren, wenn die Nutzenden ebendiese löschen wollen.²⁷

Gehen wir davon aus, dass die Cookies über Jahre hinweg auf einem konsistent genutzten (mobilen) Endgerät gespeichert, abgerufen und mit aktuellen Informationen wieder gespeichert werden, können diese gespeicherten Daten über kurz oder lang dazu dienen ein Profil der Nutzenden anzulegen.²⁸ Dieses Vorgehen heißt „Profiling“ und hat Folgen. Auf diese Cookies greift dann oft nicht nur die Webseite zu, die diese angelegt hat, sondern auch andere Webseiten, sogenannte Partner oder Dritte, nutzen die Informationen und können damit unter Umständen auch personenbezogene Daten scheinbar gegen die Nutzenden verwenden. Bei diesen Cookies handelt es sich um sogenannte „First-Party-Cookies“, die Dritte als Verarbeitungsberechtigte Personen einsetzen. Natürlich können auch Cookies von Drittanbietenden selbst auf der Webseite gesetzt werden, das sind dann „Third-Party-Cookies“, auf Deutsch: Drittanbieter-Cookies. In den meisten Fällen ist das Ziel dieser Cookies den Nutzenden personenbezogene Werbung präsentieren zu können oder eben auch „Profiling“ zu erlauben. Vielleicht bezeichnet Chip in seinen Praxistipps also diese Cookies nicht umsonst als „böse Cookies“, gegenüber den „guten [Session] Cookies“.²⁹

²⁴ Vgl. *Neagu*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, How many types of cookies are there?

²⁵ *Haberer*: Anforderungen an Cookie Banner, in: MMR 2020, 810, 811.

²⁶ Vgl. *Neagu*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, How many types of cookies are there?

²⁷ Vgl. Ebda.

²⁸ Vgl. Cookies kontrollieren und verwalten, hrsg. v. Verbraucherzentrale, Tracking-Cookies.

²⁹ *Schulz*: Was sind Cookies?

Und wer jetzt meint: Böse, gut, „meins, deins... das sind doch bürgerliche Kategorien.“³⁰: Fakt ist, Tracking-Cookies, auf Deutsch: Verfolgungs-Cookies, sind die bekanntesten unter den permanenten Cookies und erlauben meist Drittanbietern, wie Werbetreibenden, den Nutzenden über Webseitengrenzen hinweg auf sie abgestimmte Inhalte zu präsentieren,³¹ oder eben auch Nutzerprofile anzulegen. Der Browserverlauf wird hier verfolgt und die auf dem Weg gesammelten Informationen werden gespeichert und weiterverwendet: für personalisierte Werbung zum Beispiel oder für „Das könnte Sie auch interessieren“-Vorschläge.

Wie schon erwähnt, war es Montullis Intention einer Webseitendomäne die Speicherung von Cookies und damit die Wiedererkennung eines spezifischen Nutzenden zu erlauben bzw. was in dessen Warenkorb liegt. Laut seiner Aussage können Cookies nur für das Tracking genutzt werden, wenn mehrere Webseiten sich zusammenschließen und in einem Komplott zusammenspielen. Und natürlich würde das Cookie allein hier auch nicht ausreichen, sondern sogenannte „Referrer“, zu Deutsch: Verweiser, im Internet-Protokoll und Javascript müssten zusätzlich verwendet werden.³²

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass neben den hier besprochenen Arten von Cookies (Session-Cookies, Persistent Cookies, Third-Party-Cookies, Tracking-Cookies und Zombie-Cookies) von *Neagu* noch die Secure-Cookies, welche nur über HTTPS arbeiten, und HttpOnly-Cookies, welche, wie der Name schon sagt, nur unter http zur Verfügung stehen, unterschieden werden.³³ Im Internet finden sich sicherlich noch zahlreiche andere Unterscheidungen der Arten von Cookies. Die Hauptsache aber ist, zu wissen, wie und wo diese kontrollierbar sind und ggf. gelöscht werden können, wenn es sich nicht gerade um Zombie-Cookies handelt.

Wer also nicht möchte, dass das persönliche Surfverhalten verfolgt wird, sollte sich um die Verwaltung der Cookies im Browser kümmern bzw. diese regelmäßig löschen und selbstverständlich darauf achten, welchen Cookies auf den Bannern und Pop-Up-Fenstern der einzelnen Webseiten zugestimmt bzw. welche abgelehnt werden können.

³⁰ *Kling*: Die Känguru-Chroniken, 23.

³¹ Vgl. Cookies kontrollieren und verwalten, hrsg. v. Verbraucherzentrale; m.w.N.

³² Vgl. *Kihn*: Cookies, Chaos and the Browser.

³³ Vgl. *Neagu*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, How many types of cookies are there?

2.3 Kontrolle und Verwaltung von Cookies

Die Einstellungsmöglichkeiten, ob Cookies generell gespeichert bzw. zugelassen werden sollen oder nur bestimmte oder gar keine, sind in jedem verwendeten Browser individuell konfigurierbar. In Mozillas Firefox finden sich die gewünschten Einstellungsmöglichkeiten zum Beispiel unter "Datenschutz & Sicherheit". Hier gibt es zunächst drei Optionen: „Standard“, „Streng“ und „Benutzerdefiniert“, wie in Abb. 1 dargestellt.

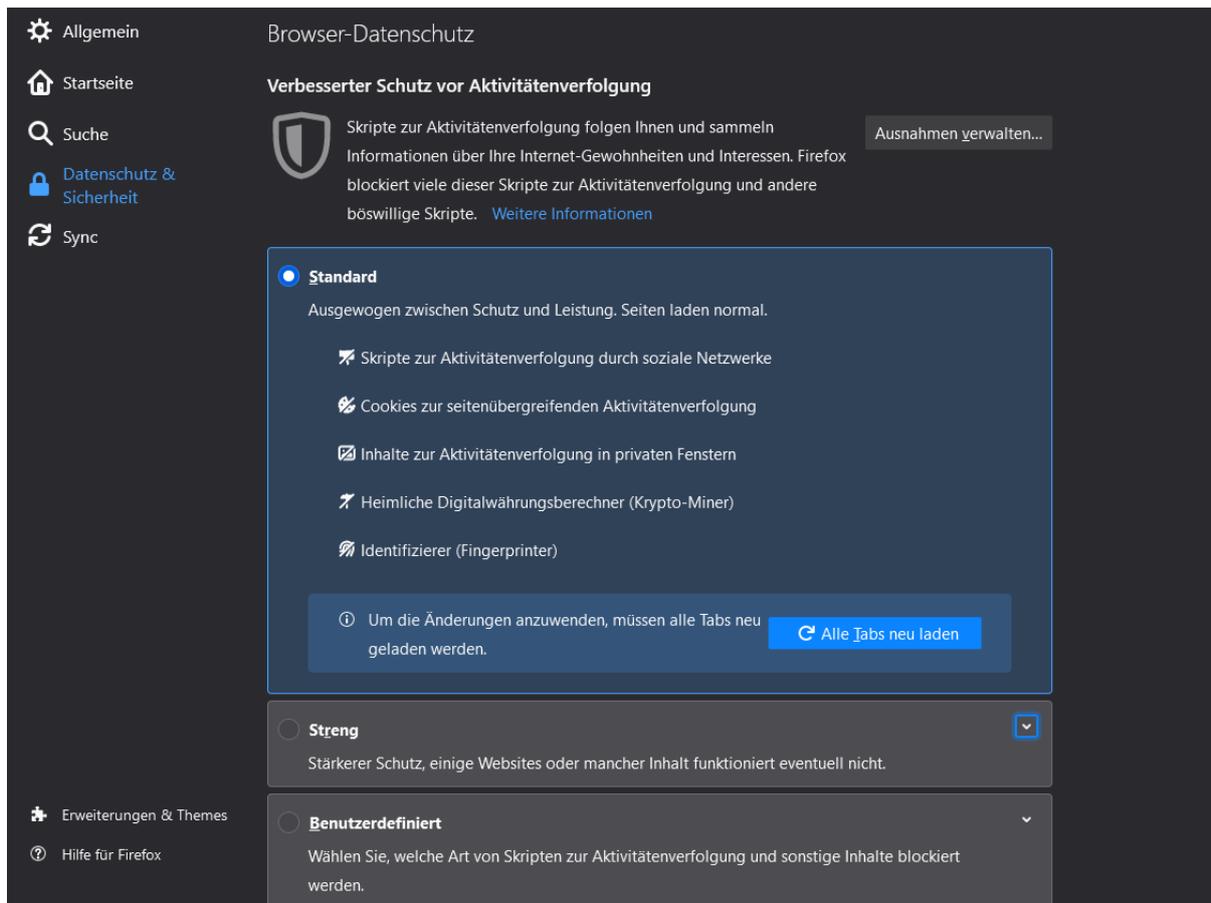


Abb. 1: Browser-Datenschutz, Verbesserter Schutz zur Aktivitätenverfolgung³⁴

Standardmäßig sind hier Tracking-Cookies und „Fingerprinting“ blockiert. Benutzerdefinierte Einstellungen lassen es zu, Cookies in vier Kategorien zu blockieren, jedoch nur je eine davon zur gleichen Zeit. Will man sowohl das Tracking, hier als „seitenübergreifende [...] Aktivitätenverfolgung“, als auch Cookies von Drittanbietern nicht zulassen, muss entschieden werden, welches Anliegen das Vorrangige ist.

³⁴ Firefox, about:preferences#privacy (zuletzt besucht am 02.03.2021).

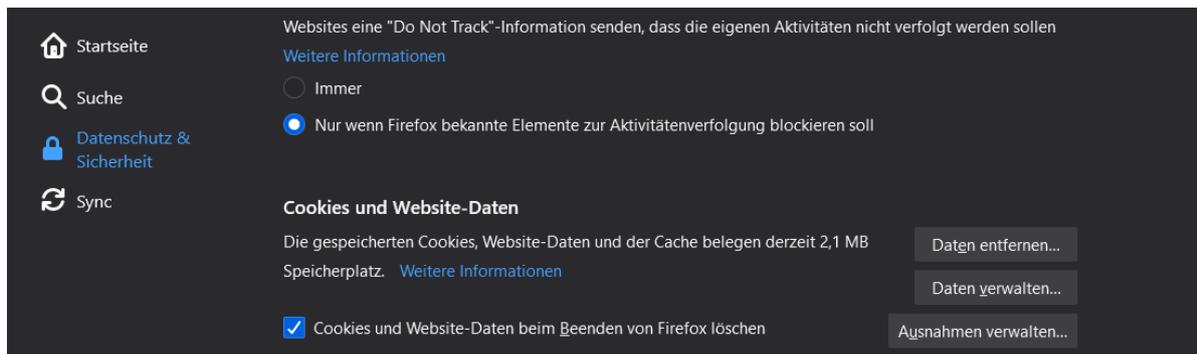


Abb. 2: Browser-Datenschutz, Cookies und Website-Daten³⁵

Wie in Abb. 2 zu sehen ist, gibt es, scrollt man auf der Seite weiter nach unten, zusätzlich die Möglichkeit die „Do Not Track“-Funktion einzuschalten, sowie die Standardeinstellung zu wählen, dass alle Cookies immer beim Beenden des Browsers gelöscht werden. Hier können die bereits gespeicherten Cookies auch verwaltet und/oder manuell gelöscht werden. Auch in Googles Chrome Browser findet sich unter “Datenschutz und Sicherheit” die Möglichkeit Cookie-Einstellungen vorzunehmen, siehe Abb. 3.

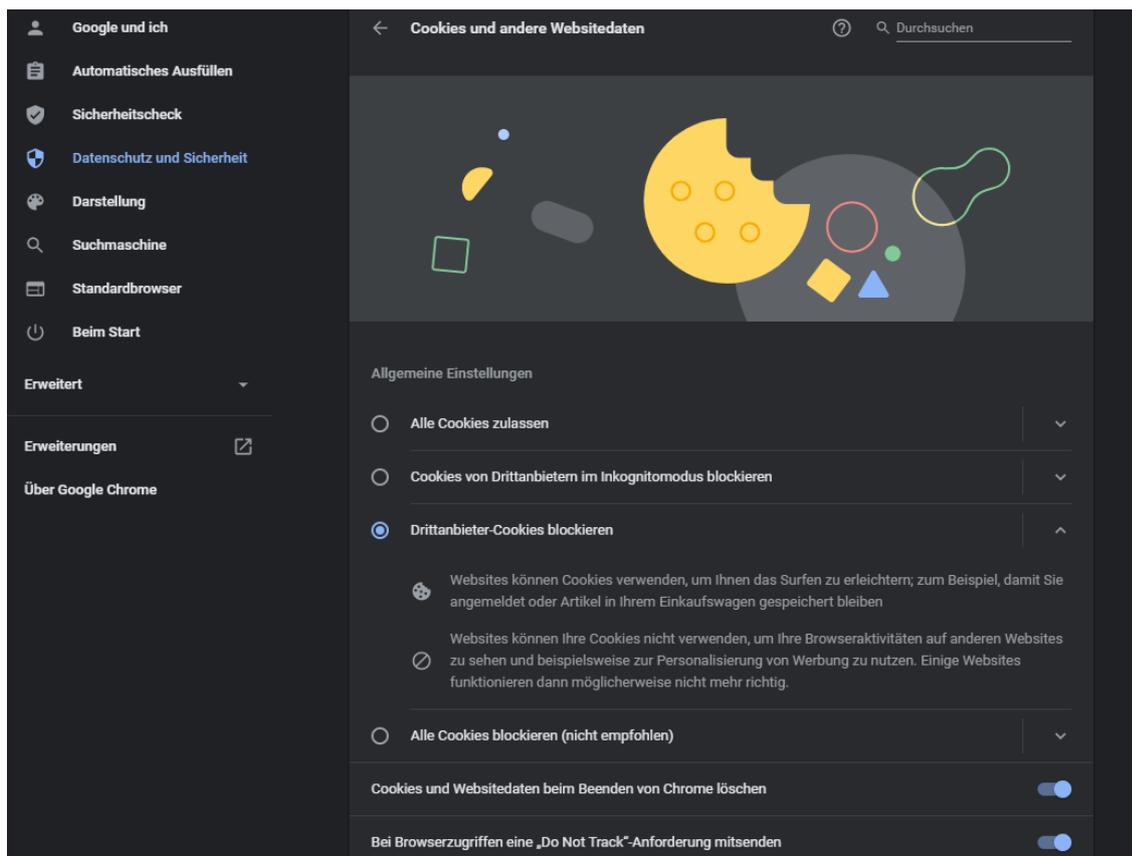


Abb. 3: Cookies und andere Websitedaten, Allgemeine Einstellungen³⁶

³⁵ Firefox, <about:preferences#privacy> (zuletzt besucht am 02.03.2021).

³⁶ Google Chrome, <chrome://settings/cookies> (zuletzt besucht am 02.03.2021).

Dies sind nur zwei Beispiele von derzeit gängigen Browsern und ihren Einstellungsmöglichkeiten zu Cookies und anderen Tracking-Technologien. Natürlich finden sich im Internet auch diverse Anleitungen,³⁷ wie diese Einstellungen, wenn nicht intuitiv auffindbar, im jeweils vom Nutzenden präferiert verwendeten Browser erfolgen können.

Die Verbraucherzentrale erachtet bei allen Einstellungsmöglichkeiten „alle Cookies grundsätzlich abzulehnen [als] nicht sinnvoll [an]“³⁸, da auch die technisch notwendigen Cookies hiervon betroffen sind. Aus diesem Grund finden sich bei dieser Option oft Warnungen wie „nicht empfohlen“ oder „einige Webseiten funktionieren dann eventuell nicht mehr“, vgl. Abb. 1 und 3. Was regelmäßig in Texten über Cookies und auch von der Verbraucherzentrale und Chip empfohlen wird, ist die Option „Nichtzulassen von Drittanbieter-Cookies“ bzw. „Third-Party-Cookies“ über die Browser-Einstellungen auszuwählen.³⁹ Auch hier kann diese Einstellung unter Umständen dazu führen, dass verschiedene Funktionen einer Webseite nicht mehr benutzbar sind, das Herunterladen von Dokumenten aus der Google Drive Cloud fällt zum Beispiel darunter. Generell kann sich jede Person den eigenen Browser aber abgestimmt auf die eigenen Bedürfnisse einrichten (lassen).

Wer nicht im Browser Cookies löschen will oder kann, sollte wenigstens in der Lage sein, den Speicherort im Computer ausfindig zu machen. Wo die Cookies, bei welchem Browser abgespeichert werden, ist am besten über Anleitungen des Browsers im „Support“-Bereich oder über die gängigen Fachportale im Internet herauszufinden. Chip bietet beispielsweise in seinen Praxistipps sowohl Anleitungen zu Mozillas Firefox⁴⁰ als auch zu Googles Chrome⁴¹ Browser. Die Nutzenden sind also jederzeit in der Lage, Einstellungen für Cookies auch ohne Banner oder Pop-Up-Fenster zu verwalten. Die Cookies können über die Chronik mit gelöscht werden oder beim Beenden des Browsers über ebendiese bereinigt werden. Warum Cookies nun aber solche Banner und Pop-Up-Fenster brauchen, damit Webseitenbetreibende eine Einwilligung zu ihrer Verwendung einholen können, wird in den folgenden Kapiteln aus der rein rechtlichen Sicht genauer betrachtet.

³⁷ Vgl. *Parchisanu*: Block third-party cookies in Chrome, Firefox, Opera, Edge, and Internet Explorer; Cookies kontrollieren und verwalten, hrsg. v. Verbraucherzentrale, Anleitung: Cookies am Windows-PC verwalten.

³⁸ Cookies kontrollieren und verwalten, hrsg. v. Verbraucherzentrale, Was tun gegen Cookies?

³⁹ Vgl. Ebda.

⁴⁰ Abrufbar unter: https://praxistipps.chip.de/firefox-speicherort-der-cookies-finden_34553 (Stand: 07.09.2018, zuletzt besucht am 02.03.2021).

⁴¹ Abrufbar unter: https://praxistipps.chip.de/google-chrome-wo-werden-die-cookies-gespeichert_34832 (Stand: 07.09.2018, zuletzt besucht am 02.03.2021).

3 Rechtliche Informationen zu Cookies

3.1 Rechtliche Grundlagen für Cookie-Nutzung und Einwilligung

3.1.1 Telemediengesetz

Zunächst betrachten wir das Telemediengesetz (TMG) genauer, da dieses Gesetz „für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste [gilt]“ und in der Literatur zu Cookie-Nutzung und -Einwilligung immer wieder mit seinem §15 Abs. 3 referenziert wird.⁴² Es handelt sich hierbei um ein für das Thema relevantes Internetgesetz, welches am 01. März 2007 in Kraft trat und die Telemediennutzung in Deutschland regelt. Es gilt für alle Anbietenden, inklusive öffentlicher Stellen (§1 Abs. 1 TMG), sowie natürliche und juristische Personen (§2 Abs. 1 TMG). Als Nutzende sind sowohl natürliche als auch juristische Personen einbezogen (§2, Abs. 3 TMG), womit es sowohl über die DSGVO als auch die ePrivacy-RL in diesem Punkt hinausreicht, wie in den folgenden zwei Kapiteln näher betrachtet wird.

Neben dem genannten §15 TMG, wird auch der §12 Abs. 1 TMG, als wichtige Regelung angesehen, die zur Cookie-Nutzung bzw. -einwilligung herangezogen werden kann. Dieser lautet wie folgt:

“Der Diensteanbieter darf personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat.”

Hier haben wir also den Tatbestand der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Rechtsvorschrift bzw. Gesetz, sowie Einwilligung. §13 Abs. 1 TMG, welcher die Pflichten des Diensteanbietenden erläutert, gibt auch Auskunft darüber was eine solche Einwilligung enthalten sollte:

“Der Diensteanbieter hat den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorgangs über Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie über die Verarbeitung seiner Daten in Staaten außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995

⁴² Vgl. *Rauer/Ettig*: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18; *Spindler*: Klarheit für Cookies, in: NJW 2020, 2513; *Böhm/Halim*: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651; m.w.N.

zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. EG Nr. L 281 S. 31) in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, ...”

Hier stehen also die Stichworte bzw. relevanten Phrasen: Art, Umfang, Zweck, Erhebung, Verarbeitung, personenbezogene Daten und allgemein verständliche Form.

Die Grundsätze der Einwilligung, dass diese „... bewusst... eindeutig... protokolliert...“ stattfindet, regelt §13 Abs. 2 TMG und die TOM werden in §13 Abs. 4 TMG erläutert. Eine elektronische Einwilligung ist dabei ausdrücklich nicht ausgeschlossen (§13 Abs. 2 TMG). Während §12 Abs. 1 TMG hier also rechtliche Grundlagen oder die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten erlaubt, zieht §15 Abs. 1 TMG noch den Grundsatz der Erforderlichkeit hinzu. Wir haben also drei Rechtsgrundlagen, auf die sich bei der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach TMG gestützt werden kann. Folgen nun im genannten §15 Abs. 3 TMG die Zwecke, für die eine solche erlaubt ist:

“Der Diensteanbieter darf für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Der Diensteanbieter hat den Nutzer auf sein Widerspruchsrecht im Rahmen der Unterrichtung nach § 13 Abs. 1 hinzuweisen. Diese Nutzungsprofile dürfen nicht mit Daten über den Träger des Pseudonyms zusammengeführt werden.”

Hier werden zum einen eindeutig Werbung, Marktforschung und ausschließlich pseudonyme Nutzungsprofile erlaubt; zum anderen wird die Opt-Out-Lösung, also die generelle Erlaubnis mit Widerspruchsrecht, als ausreichend angesehen. Warum Letzteres im Rahmen der Cookie-Nutzung nicht mehr zulässig ist, wird im Laufe dieser Arbeit noch betrachtet. Festzustellen ist für den Moment, dass mit dem TMG im deutschen Recht zumindest im Ansatz Festlegungen getroffen sind, wie sie für den Einsatz und die Einwilligung zur Cookie-Nutzung rechtssicher anwendbar sind. Nicht festgeschrieben sind hier die Verbindungen bzw. Anwendungsszenarien der aktuellen DSGVO⁴³ und ePrivacy-RL, lediglich auf die Richtlinie 95/46/EG wird u.a. im §13 Abs. 1 TMG Bezug genommen.

⁴³Vgl. Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, hrsg. v. DSK, 2.

3.1.2 Datenschutz-Grundverordnung

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ist als EU-Verordnung 2016/679 am 25. Mai 2018 in Kraft getreten und löste ebenso, wie die im vorangegangenen Kapitel genannte ePrivacy-RL, Richtlinie 95/46/EG ab⁴⁴, auf die sich das TMG heute noch bezieht; insofern besteht offenbar kein direkter Zusammenhang zwischen diesen rechtlichen Grundsätzen mehr. Im Kapitel 3.1.4 wird diese These aufgegriffen und auf ihren Wahrheitsgehalt überprüft.

In diesem Kapitel werden im Rahmen der Cookie-Nutzung und Einwilligung folgende Regelungen der DSGVO betrachtet: der Art. 6 Abs. 1 lit. a,) b) und f) zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, die Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 sowie der Erwägungsgrund 32, welche sich mit Einwilligungen beschäftigen, und der Art. 95, der die Verbindung zur ePrivacy-RL darstellt.

Zur Einordnung sei zunächst erwähnt, dass sich diese Verordnung auf „natürliche [...] Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten.“ (Art. 1 DSGVO) bezieht und Anbietende bzw. Verantwortliche wie Auftragsverarbeitende von personenbezogenen Daten sowohl in als außerhalb der Europäischen Union (EU) umfasst (Art. 3 Abs. 2 DSGVO).

In Art. 6 DSGVO wird auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten eingegangen. Prinzipiell steht hinter dem Begriff der Verarbeitung aber immer auch „das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“ (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) von personenbezogenen oder personenbeziehbaren Daten. Personenbeziehbare Daten sind Daten oder Informationen, von denen aus auf eine natürliche Person geschlossen werden kann, dazu zählen IP-Adressen und Cookie-Kennungen (Erwägungsgrund 30 DSGVO).

Die DSGVO gibt sechs verschiedene Rechtsgrundlagen vor, die einzeln oder in Kombination Anwendung finden können. Für den Einsatz von Cookies kommt laut Datenschutzkonferenz (DSK)⁴⁵ Art. 6 Abs. 1 lit. a) Einwilligung, b) Vertrag und f) berechtigtes Interesse DSGVO in Betracht.

⁴⁴Vgl. Art 94 DSGVO, Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

⁴⁵Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, hrsg. v. DSK, 7 ff.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zur "Vertragserfüllung bzw. die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen"⁴⁶ nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) ist dann rechtmäßig, wenn die "Vertragspartei die betroffene Person ist".⁴⁷ Dabei ist anzumerken, dass ein Vertrag "jedes Schuldverhältnis [ist], welches von beiden Seiten durch eine eindeutige Willensäußerung bestätigt wurde."⁴⁸ Hier besteht zwar Informationspflicht, aber keine Auflage zur Freiwilligkeit, da der Vertrag alle zur Erfüllung notwendigen Datenverarbeitungen, auch zu Vorbereitung und Nachbereitung, impliziert und keine gesonderten Rechte dazu benötigt.⁴⁹

Die Verarbeitung personenbezogener Daten zur "Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen"⁵⁰, auch als "Verarbeitung aufgrund Interessenabwägung" bezeichnet, nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) ist dann rechtmäßig, "wenn als Ergebnis einer Interessenabwägung die berechtigten Interessen des Verantwortlichen/eines Dritten an der Datenverarbeitung gegenüber denjenigen der betroffenen Personen am Unterbleiben der Datenverarbeitung überwiegen"⁵¹ und "sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen."⁵² Eine Interessenabwägung impliziert die Definition der Abwägungsgesichtspunkte, sowie deren Inhaltsbestimmung und die Abwägung selbst.⁵³ Hier müssen nach Erwägungsgrund 47 DSGVO Grundrechte, Erwartungshaltungen und nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO der Schutz Minderjähriger in die Waagschale geworfen werden. Anerkannte Zwecke sind dabei zum Beispiel die Direktwerbung, IT-Sicherheit, konzerninterne Datenverarbeitung und Interessen Dritter.⁵⁴ Auch hier muss der Tatbestand der Informationspflicht erfüllt sein.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten mit Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) ist dann rechtmäßig, wenn die Betroffenen dieser aus eigenem Interesse zustimmen⁵⁵, entspricht also dem Recht auf "informationelle Selbstbestimmung".⁵⁶

⁴⁶ Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 226, 85.

⁴⁷ Voigt/Bussche: EU-Datenschutz-Grundverordnung, 130.

⁴⁸ Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 226, 85; m.w.N.

⁴⁹ Vgl. Edba., 227, 87, 90.

⁵⁰ Voigt/Bussche: EU-Datenschutz-Grundverordnung, 132.

⁵¹ Edba.

⁵² Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO.

⁵³ Vgl. Voigt/Bussche: EU-Datenschutz-Grundverordnung, 135.

⁵⁴ Vgl. Edba., 132 ff.

⁵⁵ Vgl. Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 220, 48.

⁵⁶ Voigt/Bussche: EU-Datenschutz-Grundverordnung, 158.

Die Einwilligung ist die Rechtsgrundlage zur Cookie-Nutzung, auf die auch das TMG verweist, und damit muss geklärt sein, was laut DSGVO eine solche ausmacht. Art. 4 Nr. 11 DSGVO regelt dazu folgendes:

„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“

Hier stehen also die Stichworte bzw. relevanten Phrasen: freiwillig, bestimmter Fall, informiert, unmissverständlich, eindeutige bestätigende Handlung. Die DSGVO geht also im Vergleich zum TMG noch einen Schritt weiter, indem „Freiwilligkeit“ und „aktive Handlung“ zur Einwilligung gehören. Die im TMG genannte Protokollierung findet sich in Art. 7 Abs. 1 DSGVO, der einen Nachweis der Einwilligung vorsieht. Der anschließende Absatz präzisiert dann sogar die Unmissverständlichkeit auf „leicht zugängliche [...] Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist.“ Im dazugehörigen Erwägungsgrund 32 DSGVO kommt noch hinzu, dass die Einwilligung schriftlich, elektronisch oder mündlich erteilt werden kann. Hier heißt es im Wortlaut:

„Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen.“

Daran fällt auf, dass aus dem Opt-Out, welches das TMG noch ausreichend befand mit der DSGVO ein Opt-In, also ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wird und damit die Verhaltensweise des informierten Weitersurfens auf der Webseite als Einwilligung ausgeschlossen ist.

Das Widerrufsrecht, welches nicht mit dem Widerspruchsrecht/Opt-Out zu verwechseln ist, ist in Art. 7 Abs. 3 DSGVO geregelt und besagt, gleich dem TMG, dass der Widerruf nur für die zukünftige Verarbeitung gilt und dass dieser die personenbezogene Datenverarbeitung ab Einwilligung nicht berührt. Herauszuheben ist hier, im Rahmen der Cookie-Nutzung: „Der

Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.“ (Art. 7 Abs. 3 DSGVO), sowie der Fakt, dass jeder einzelne Zweck eine eigene Einwilligung benötigt (Erwägungsgrund 32 DSGVO).

Und natürlich bleiben neben dem Widerrufsrecht immer auch die Art. 16 bis 18 DSGVO und der dazugehörige Erwägungsgrund 65 DSGVO mit dem Recht auf Löschung, Berichtigung und Einschränkung, bestehen. Darüber muss vorab in der Datenschutzerklärung informiert werden.⁵⁷

Da wie eingangs erwähnt die DSGVO und die ePrivacy-RL die Richtlinie 95/46/EG ablösen, wird in Art. 95 DSGVO darauf eingegangen, dass diese „in der Union keine zusätzlichen Pflichten auf[erlegt], soweit sie besonderen in der Richtlinie 2002/58/EG festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen.“ Welche Ziele dies genau sind und was die ePrivacy-RL ansonsten zur Cookie-Nutzung und Einwilligung vorschreibt, wird im folgenden Kapitel näher betrachtet.

3.1.3 ePrivacy-Richtlinie und -Verordnung

Die ePrivacy-Richtlinie (ePrivacy-RL) ist die vom Europäischen Parlament und Rat am 29. November 2009 erlassene Richtlinie 2009/139/EG „Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation“, welche unter anderem die Änderung der Richtlinie 2002/58/EG darstellt, die wiederum die Richtlinie 95/46/EG ablöste. Ursprünglich sollte die ePrivacy-RL von der ePrivacy-Verordnung (ePrivacy-VO) abgelöst werden und zeitgleich mit der DSGVO am 25. Mai 2018 in Kraft treten⁵⁸, befand sich jedoch zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Arbeit noch im Entwurfsstadium unter 2017/0003(COD) und ist damit keine anwendbare Richtlinie. Dennoch soll sie, aufgrund der umfangreichen Klarheiten, die diese Verordnung schaffen würde, hier mit betrachtet werden.

Aber von vorn: Die Ablösung der „Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr [...] schreibt vor, dass die

⁵⁷ Vgl. Art. 13 bzw. Art. 14 DSGVO.

⁵⁸ Vgl. *Rauer/Ettig*: Rechtskonformer Einsatz von Cookies, in: ZD 2018, 255; 2017/0003 (COD), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), hrsg. v. Europäische Kommission, COM(2017) 10 final, Ch. VI, Art. 27, Nr. 1.

Mitgliedstaaten die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und insbesondere ihr Recht auf Privatsphäre sicherstellen, um in der Gemeinschaft den freien Verkehr personenbezogener Daten zu gewährleisten.“⁵⁹

Hier handelt es sich um nationale Regelungen, die zu treffen sind, um den Schutz natürlicher Personen und deren personenbezogener Daten, sowie deren Privatsphäre im Internet, zu gewährleisten, ähnlich der DSGVO. „Konkret verlangte Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nationale Regelungen, wonach die Speicherung von Cookies nur dann erlaubt ist, wenn der Internetnutzer vorher klar und umfassend über die Zwecke der Verarbeitung informiert wurde.“⁶⁰ Das wiederum bedeutet, dass in diesem Zeitraum (1995 ff.), die Information und Bestätigung mit „OK“ vollkommen rechtskonform war. Da sich dies „in der Folge jedoch als unzulänglich heraus[stellte]“⁶¹ erhält der Art. 5 Abs. 3 in der Richtlinie 2009/139/EG den Zusatz „seine Einwilligung gegeben hat.“ Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass die rein technische Nutzung von Cookies davon unberührt bleibt.⁶² Der Begriff der Einwilligung ist in Art. 2 lit. h) der Richtlinie 2009/139/EG konkretisiert:

„Einwilligung der betroffenen Person [...] jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, daß personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.“

Die Richtlinie lässt verschiedene Auslegungen zu: Bedarf es einer ausdrücklichen Einwilligung oder reicht es nicht auch aus, wenn die Nutzenden auf der Webseite verbleiben, wissend, dass Cookies eingesetzt werden?⁶³ Hier kommt nun die DSK ins Spiel, die aufgrund der Rechtsunsicherheit 2019 eine Orientierungshilfe veröffentlichte (s. Kapitel 3.1.2).

Doch zurück zu dem Fakt, dass die ePrivacy-VO grundsätzlich zeitgleich mit der DSGVO hätte in Kraft treten sollen. Damit wären, gemäß dem Entwurf, klare Regelungen getroffen worden, die DSGVO und ePrivacy-RL ausweitend auch „nicht-personenbezogene Informationen [und] juristische Personen“⁶⁴ einschließen.

⁵⁹ Richtlinie 2002/58/EG.

⁶⁰ *Rauer/Ettig*: Rechtskonformer Einsatz von Cookies, in: ZD 2018, 255, 256.

⁶¹ Ebd.

⁶² Vgl. Richtlinie 2009/139/EG.

⁶³ Vgl. *Rauer/Ettig*: Rechtskonformer Einsatz von Cookies, in: ZD 2018, 255, 256;

⁶⁴ Ebd.; 2017/0003 (COD), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und

In Erwägungsgrund 21 bis 24 des Vorschlages 2017/0003 (COD), COM(2017) 10 final finden sich eindeutige Regelungen, die bei Cookie-Nutzung und deren Einwilligung zu beachten sind.

Der hier zuerst genannte Erwägungsgrund 21 lautet wie folgt:

„Beispielsweise sollte keine Einwilligung eingeholt werden für ein technisches Speichern oder Zugreifen, das zu dem rechtmäßigen Zweck, die vom Endnutzer ausdrücklich gewünschte Nutzung eines bestimmten Dienstes zu ermöglichen, unbedingt notwendig und verhältnismäßig ist. Dazu gehört auch das Speichern von Cookies für die Dauer einer für den Besuch einer Website einmal aufgebauten Sitzung,“

Damit wären also Session-Cookies und dienstnotwendige Cookies, neben den technisch notwendigen, offiziell nicht mehr einwilligungsbedürftig.

Im nachfolgenden Erwägungsgrund 22 wird festgelegt, „dass die Einwilligung durch die entsprechenden Einstellungen in einem Browser oder einer anderen Anwendung erteilt werden kann.“ Die Webbrowser-Betreibenden sollen also für die Einwilligungseinholung verantwortlich zeichnen und die ePrivacy-VO macht dazu im Erwägungsgrund 24 ganz deutlich klar, dass diese „eindeutige bestätigende Handlung von der Endeinrichtung des Endnutzers verlangen, mit der dieser seine freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich erklärte Zustimmung zur Speicherung solcher Cookies in seiner Endeinrichtung und zum Zugriff darauf bekundet.“ Auch auf die Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre, vgl. Kapitel 2.3, wird hier explizit eingegangen. In Erwägungsgrund 23 findet sich dazu weiter ausführend:

„Den Endnutzern sollte eine Reihe von Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre angeboten werden, die vom höheren Schutz (z.B. ‚Cookies niemals annehmen‘) über einen mittleren Schutz (z.B. ‚Cookies von Drittanbietern zurückweisen‘ oder ‚Nur Cookies von Erstanbietern annehmen‘) bis zum niedrigeren Schutz (z.B. ‚Cookies immer annehmen‘) reicht.“

Damit wäre also die Wiederherstellung der Benutzungsfreundlichkeit von Webseiten geregelt, indem alle Einstellungen im Browser oder der Anwendung wirksam vorgenommen werden

zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), hrsg. v. Europäische Kommission, COM(2017) 10 final.

können. Da, wie wiederholt gesagt und auch in der Literatur mehrfach bedauert⁶⁵, die ePrivacy-VO aber noch im Entwurfsstadium ist, bedarf es Rechtsprechungen, exakter Urteile des EuGH und BGH, um Rechtssicherheit bei der Cookie-Einwilligung zu schaffen.

3.1.4 EuGH- und BGH-Urteil

Die beiden einschlägigen Rechtsprechungen zur Cookie-Einwilligung sind das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 01. Oktober 2019 (im Folgenden: EuGH-Urteil), umgangssprachlich als „Planet49“ bezeichnet, und das darauf aufbauende Urteil des Bundesgerichtshofes (BGH) „Cookie-Einwilligung II“ vom 28. Mai 2020 (im Folgenden: BGH-Urteil).⁶⁶

Konkret betrifft das EuGH-Urteil die Auslegung des Art. 2 lit. h) und Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL sowie Art. 6 Abs. 1 lit. a) der DSGVO und ergeht im Rechtsstreit zwischen der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. gegen die Planet49 GmbH.⁶⁷

Ausgangspunkt ist ein Gewinnspiel, welches vom Beklagten zu Werbezwecken veranstaltet wurde und bei dem die Teilnehmenden neben der Postleitzahl, dem Namen und der Adresse auch noch mindestens das erste von zwei Ankreuzkästchen anhaken mussten. Das erste Kästchen enthielt zunächst keinen Haken und informierte über das zu gebende Einverständnis zum Werbeempfang von bis zu 57 Unternehmen, welche ausgewählt werden konnten, oder, wenn dies nicht in ausreichender Anzahl geschah vom Anbieter selbst ausgewählt wurden. Das zweite Kästchen war vorangekreuzt und informierte ausführlich über das Setzen von Cookies, damit die Werbepartner die Teilnehmenden tracken und ihnen passende Werbung anzeigen und e-mailen konnten, sowie das Widerrufsrecht. Die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. klagte daraufhin auf unlauteren Wettbewerb und die Nicht-Erfüllung des §12 ff. des TMG.⁶⁸

Dazu legte der BGH dem EuGH folgende Fragen vor: „Wie muss eine Einwilligung aussehen, wenn technisch nicht notwendige Daten auf einem Endgerät gespeichert oder von einem Endgerät ausgelesen werden sollen? Gelten für personenbezogene Daten Besonderheiten?“

⁶⁵ Vgl. *Rauer/Ettig*: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 20; m.w.N.

⁶⁶ Vgl. *Gramlich*: Cookies und kein Ende..., in: ZVertriebsR 2020, 205; m.w.N.

⁶⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 01.10.2019 - C-673/17.

⁶⁸ Vgl. Ebda.

Welche Anforderungen stellt die DSGVO an eine solche Einwilligung und wie umfangreich müssen Nutzer informiert werden?“⁶⁹

Das EuGH kommt zum Urteil, dass ein voreingestelltes Ankreuzkästchen keine wirksame Einwilligung darstellt, da die Speicherung von Informationen nur nicht erfolgt, wenn die Nutzenden das Kästchen abwählen. Hier wird also offiziell Opt-Out nicht mehr als Möglichkeit der wirksamen Einwilligung angesehen. Außerdem wird in diesem Urteil festgelegt, dass personenbezogene und nicht-personenbezogene Daten gleichbehandelt werden, sprich: eine wirksame Einwilligung zur Speicherung der Information auf dem Endgerät benötigen. Und dass notwendige Angaben einer Einwilligung neben der Funktionsdauer, auch der Drittanbieterzugriff auf Daten sind.⁷⁰

Mit dem BGH-Urteil wurde das EuGH-Urteil auch auf Bundesebene festgesetzt und geht noch einen Schritt weiter, indem hier auch das TMG einbezogen wird. Der relevante Leitsatz findet sich unter 2.

„§ 15 Abs. 3 Satz 1 TMG ist mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG dahin richtlinienkonform auszulegen, dass der Diensteanbieter Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung nur mit Einwilligung des Nutzers einsetzen darf. Eine elektronisch zu erklärende Einwilligung des Nutzers, die den Abruf von auf seinem Endgerät gespeicherten Informationen mithilfe von Cookies im Wege eines voreingestellten Ankreuzkästchens gestattet, genügt diesem Einwilligungserfordernis nicht.“⁷¹

Außerdem wird die wirksame Einwilligung durch die Vielzahl an Abwahltätigkeiten aus der Liste der Werbepartner und die damit verbundene Auswahltätigkeit des Beklagten selbst als nicht vorliegend betrachtet.⁷² Da mit dem Urteil des BGH nicht gleichzeitig eine Anpassung des deutschen Rechtes erfolgt ist, gelten die Bestimmungen des Urteils vom 28. Mai 2020.⁷³

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Cookie-Nutzung und -Einwilligung (oder andere rechtliche Grundlagen wie Vertrag, Gesetz oder berechtigtes Interesse), nicht

⁶⁹ *Seip*: BGH zur Einwilligung in Speicherung von Cookies, in: DB 2020, M4.

⁷⁰ Vgl. *Hartung/Schwarze*: Einwilligung in Cookies, in: DB 2020, 2002; EuGH, Ur. v. 01.10.2019 - C-673/17.

⁷¹ BGH, Ur. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16.

⁷² Vgl. Ebda.

⁷³ Vgl. *Hartung/Schwarze*: Einwilligung in Cookies, in: DB 2020, 2002, 2003.

zweifelsfrei und eindeutig im deutschen Recht umgesetzt wurden.⁷⁴ Aufgrund dessen tauchen in der Literatur zur Cookie-Einwilligung häufig Worte wie „Handlungsempfehlungen“, „Umsetzungsspielräume“ oder „Gestaltungsspielräume“ auf.⁷⁵ Im folgenden Kapitel sollen die Rechtsprechungen noch einmal in ihrem Zusammenspiel betrachtet und Lücken aufgedeckt werden.

⁷⁴ Vgl. *Jandt, Silke*: Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten, 551; m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *Böhn/Halim*: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651.

3.2 Anwendbarkeit der Rechtsprechung

Die konsekutiven Urteile von EuGH und BGH zu „Planet49“ scheinen zwar die Einwilligung als einzig wirksame Rechtsgrundlage zur Nutzung jedweder Cookies, ausgeschlossen den technischen, festgeschrieben zu haben, aber in Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL, auf die sich die Urteile berufen, findet sich immer noch die Ausnahme mit „unbedingt erforderlich“, die in keinem der beiden Urteile abschließend geklärt oder ausgeschlossen ist und der Fakt, dass §15 Abs. 3 TMG nur die Einwilligung für Werbe- und Marktforschungszwecke verpflichtend macht, besteht auch weiterhin, sozusagen nebenläufig.⁷⁶ Statistik, Analyse oder andere funktionale, sowie dienstnotwendige Cookies, bleiben also nicht abschließend in ihrer Einwilligungserfordernis geklärt (die ePrivacy-VO muss dazu bisher noch außer Acht gelassen werden). Geklärt ist hingegen, was zu solch einer wirksamen Einwilligung gehört, nämlich Funktionsdauer und Weitergabe an Dritte, aber der Umstand, dass sich das TMG in unveränderter Form auf die außer Kraft gesetzte Richtlinie 95/46/EG stützt, und nur „mit Blick auf Art. 5 III 1 RL 2002/58/EG dahin richtlinienkonform auszulegen“⁷⁷ ist, führt weiterhin zu Auslegungsfragen.⁷⁸

In der Orientierungshilfe des DSK findet sich zur Anwendung der TMG außerdem die Aussage, dass dessen Regelungen zum Datenschutz (§§ 11ff TMG) „nur dann neben der DSGVO zur Anwendung kommen, wenn es sich dabei um Umsetzungen der ePrivacy-RL handelt und sie somit der Kollisionsregel des Art. 95 DSGVO unterfallen.“⁷⁹

Alles in allem haben die hier betrachteten grundlegenden Rechtsprechungen, Richtlinien, Verordnungen und das Gesetz viele Fragen zu Cookie-Nutzung und -Einwilligung noch nicht geklärt. *Seip* fragt beispielsweise in seinem Gastkommentar zum BGH-Urteil: „ob besonders viele Auswahlmöglichkeiten eine rechtmäßige Einwilligung eher gewährleisten, ob Techniken des ‚Nudging‘ zulässig sind oder ob das bloße informierte Weitersurfen für eine Einwilligung ausreicht.“⁸⁰ *Haberer* bemerkt: „dass das Speichern und Auslesen von Cookies einerseits und das Verarbeiten personenbezogener Daten andererseits sowohl nach der gesetzlichen

⁷⁶ Vgl. *Piltz/Kühner*: Ausnahmevorschriften bei Cookie-Einwilligungen, in: ZD 2021, 123, 124.

⁷⁷ BGH, Urt. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16.

⁷⁸ Vgl. *Gramlich*: Cookies und kein Ende..., in: ZVertriebsR 2020, 205, 206.

⁷⁹ Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, hrsg. v. DSK, 3.

⁸⁰ *Seip*: BGH zur Einwilligung in Speicherung von Cookies, in: DB 2020, M4, M5.

Systematik als auch nach dem Sinn und Zweck zwei unterschiedliche Regelungsgegenstände betreffen, die unterschiedlichen Regimen folgen.“⁸¹

DAS rechtskonforme Einholen einer Einwilligung zur Cookie-Nutzung gibt es also nicht. Die Rechtsgrundlage und das Vorgehen ergeben sich aus dem Zweck, den Cookies haben und die Art der Daten, die mit ihnen verarbeitet werden. Die Umsetzung, mittels Banner oder Pop-Up-Fenster zu informieren und die Einwilligung der Nutzenden einzuholen, hat sich in den letzten Jahren etabliert. Dabei rangiert die Aufdringlichkeit von schmalen Bannern, die weniger als ein Viertel des Bildschirms einnehmen und am oberen oder unteren, seltener auch am rechten Seitenrand mitscrollen, ohne die Webseitenbedienung zu behindern, bis zu Pop-Up-Fenstern, die in der Mitte auftauchen und nur noch einen schmalen Spalt als Rahmen für die Sichtbarkeit der Webseite reservieren. Bis die ePrivacy-VO in Kraft tritt bzw. deren Vorgaben umgesetzt sind, d.h. die Einstellung browserseitig für alle Webseiten verpflichtend anzuerkennen sein werden, ist es die Aufgabe jeder einzelnen Webseite bzw. deren Betreibenden, eine wirksame Einwilligung so benutzungsfreundlich wie möglich zu gestalten. Dabei muss es jedoch einen Mittelweg geben, der Nutzenden die Einwilligungsauswahl möglichst unaufdringlich erlaubt, aber Webseitenbetreibende nicht dazu zwingt ihre Webseiten grundsätzlich ohne Cookies anbieten zu müssen.⁸² Die offensichtliche Diskrepanz zwischen der Notwendigkeit von Cookies als Internetstandard und die Umsetzung einer zwanglosen Einwilligung zu deren Verwendung wird in den folgenden Kapiteln Thema sein.

⁸¹ *Haberer*: Anforderungen an Cookie Banner, in: MMR 2020, 810, 812.

⁸² Vgl. Ebda., 814.

4 Cookies zwischen technischer Notwendigkeit und Einwilligung

4.1 Grundsätze der wirksamen Einwilligungseinholung

4.1.1 Freiwillig für den bestimmten Fall

Die Einwilligung ist eine von sechs möglichen Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten.⁸³ Im Folgenden soll diese Grundlage nach DSGVO näher betrachtet werden. Zur Erinnerung: Hier heißt es im Wortlaut in Art. 4 Nr. 11:

„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung [...]“

Was genau bedeutet dies aber nun in der Praxis und welche anderen Rechtsgrundlagen spielen in die Freiwilligkeit einer Einwilligung hinein? Kommen wir zunächst zur generellen Beschreibung der Sachlage: Freiwilligkeit setzt ein autonomes Handeln, d.h. eines „nur nach eigenem Willen und ohne äußeren Zwang“⁸⁴ voraus. Für den bestimmten bzw. konkreten Fall bedeutet das, dass sich eine Entscheidung nur auf einen Zweck zur Zeit beziehen kann. Wollen die Nutzenden naheliegenderweise, dass ihr Warenkorb in einem Online-Shop erhalten bleibt, dies aber direkt mit dem Einsatz von Tracking-Technologien oder Werbe-Einwilligungen verbunden ist und damit die beiden Zwecke bzw. Fälle nicht unabhängig betrachtet bzw. entschieden werden können und letztere Funktion den Nutzenden sozusagen aufgezwungen wird, handelt es sich hier nicht um eine „Freiwillig für den bestimmten Fall“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) gegebene Einwilligung.

Eine Einwilligung ist nur dann freiwillig, wenn sich aus ihrer Ablehnung keine negativen Konsequenzen für die Nutzenden ergeben.⁸⁵ Eine Einwilligung, die nicht ablehnbar ist, kann also niemals wirksam sein. Und damit kommen wir wieder zurück auf die im Laufe der Arbeit mehrfach erwähnten und im Einleitungszitat hervorgehobene Einwilligung mittels „OK“. Hierbei handelt es sich um eine bloße Information über die generelle Verarbeitung und lässt dem Nutzenden keine andere Wahl, als mit allem einverstanden zu sein. Diese Art und Weise

⁸³ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 5, 2.

⁸⁴ Definition laut Wörterbuch, z.B. Oxford Dictionary.

⁸⁵ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 7, 13.

eine Einwilligung für die Datenverarbeitung (mittels Cookies) einzuholen ist also nicht im Sinne des freien Willens - und dieses Vorgehen (im Sinne der konkludenten Einwilligung) spätestens mit dem BGH-Urteil auch nicht mehr zulässig.

Eine Einwilligung für einen bestimmten Fall liegt nur dann vor, wenn es für jeden Zweck der Verarbeitung auch eine eigene Auswahlmöglichkeit (Opt-In) gibt.⁸⁶ Eine Pauschaleinwilligung, d.h. alle eingesetzten Technologien für einen bestimmten, nicht dienstnotwendigen Zweck, wie Werbung von einer Anzahl von Partnern/Dritten komplett abzulehnen oder zu akzeptieren, ohne eine Auswahlentscheidung zu haben, ist damit nicht mehr freiwillig, aber für den bestimmten Fall, nämlich Werbung, zulässig.⁸⁷ Es werden Auswahlmöglichkeiten benötigt, die in ihrer Zusammensetzung logisch und für jeden verständlich sind. Wichtig für die Freiwilligkeit ist hier, dass keine Auswahl getroffen werden muss, außer einer technisch oder zum Angebot des Dienstes zwingend notwendigen, wie beispielweise die, die AGB gelesen zu haben oder technische Cookies zu akzeptieren, um die Webseite überhaupt nutzen zu können. Gibt es zwingend vertragliche Gründe für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, kann die Einwilligung nicht das Mittel der Wahl sein.⁸⁸ Im Art. 7 Abs. 4 DSGVO findet sich dazu das sogenannte Kopplungsverbot, welches aussagt, dass die Freiwilligkeit der Entscheidung nicht durch Zwang in Verbindung der Einwilligung an eine nicht notwendige Funktion erteilt werden darf. Hier spielt die Marktmacht bestimmter Anbietender und die Unterbindung des Ausnutzens von Monopolstellungen eine Rolle.⁸⁹ Ausnahmen, die „datenschutzrechtlich wohl zulässig sind“⁹⁰ finden sich im Medienbereich. Das Zusammenspiel dieser Aussagen wird im Kapitel 4.3.1 zur „Cookie-Wall“ eingehend betrachtet werden.

Um eine wirksame Einwilligung zu geben, wird eine zwanglose, unbeeinflusste Zustimmung der Nutzenden zu keiner, einer oder mehreren Absicht(en) der Anbietenden benötigt, sodass diese ihre personenbezogenen Daten verarbeiten dürfen.⁹¹

⁸⁶ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 14 f., 60.

⁸⁷ Vgl. *Böhn/Halim*: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651, 655.

⁸⁸ Vgl. *Hartung/Schwarze*: Einwilligung in Cookies, in: DB 2020, 2002, 2003; Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 10, 31.

⁸⁹ Vgl. *Strack, Tim*: Service gegen Daten, Kein absolutes Kopplungsverbot.

⁹⁰ *Zimprich*: Zur Einwilligung bei der Datenverarbeitung mittels Cookies, in: DB 2020, 1839.

⁹¹ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 8, 14.

4.1.2 In informierter Weise und unmissverständlich

In Art. 4 Nr. 11 DSGVO heißt es weiter, dass die Einwilligung eine „in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung“ sein muss. Die ePrivacy-RL verlangt dazu im Art. 5 Abs. 3 umfassende Information über die Zwecke der Verarbeitung. Es müssen alle die Verarbeitung betreffenden Informationen in einer verständlichen Weise gegeben sein, damit die Nutzenden klar erfassen können, worin sie einwilligen.⁹² Die DSGVO setzt in Art. 5 Abs. 1 lit. a) auf die Transparenz als wesentlichen Grundsatz für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Sobald die Nutzenden keine Kontrolle, da keine ausreichende Einsicht, über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten haben, ist die Einwilligung als nicht wirksam anzusehen.⁹³

Zu den notwendigen Informationen einer informierten Einwilligung zählen nach DSGVO, Art. 13 Abs. 1 lit. a) der Name und die Kontaktdaten von Verantwortlichen, d.h. Webseitenbetreibende; c) Zweck und Rechtsgrundlage der Verarbeitung; f) ggf. Weitergabe an Dritte und Abs. 2 lit. a) Dauer der Speicherung; b) Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung oder Einschränkung; c) Widerrufsrecht der Verarbeitung. Laut EuGH-Urteil müssen zur Cookie-Setzung „nur“ Dauer und ggf. Weitergabe an Dritte mitgeteilt werden. Die Dauer bzw. Funktionsdauer kann dabei entweder eine exakte Zeitangabe sein oder „Kriterien für die Festlegung dieser Dauer“⁹⁴ beschreiben. Das beste Beispiel dafür wäre, dass die Daten gelöscht werden, sobald der festgelegte Zweck der Verarbeitung erfüllt ist. Die Richtlinien des European Data Protection Board (EDPB) setzen als Minimum an zu gebenden Informationen: Name des Verantwortlichen, Zwecke und Kategorien der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten, das Recht auf Widerruf sowie die Information zu automatisierter Verarbeitung, auch „Profiling“ nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) DSGVO und Garantien bei Weitergabe an Dritte nach Art. 46 DSGVO.⁹⁵

Da dies eine Bandbreite an Informationen von den Webseitenbetreibenden für die Nutzenden nach sich zieht, ist es zum einen sinnvoll, verschiedene Ebenen für grundlegende und detaillierte Informationen zu schaffen,⁹⁶ und zum anderen eine Gruppierung nach Zwecken und/oder Rechtsgrundlagen vorzunehmen. Unabhängig davon, ob die Informationen für

⁹² Vgl. DSGVO Art. 7 Abs. 2.

⁹³ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 15, 62.

⁹⁴ *Omseis*: Einwilligung in die Erfassung von Informationen durch Cookies, in: jurisPR-WettbR 2019, E.

⁹⁵ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 15, 46.

⁹⁶ Vgl. Ebda., 16, 69.

Tracking oder Werbung gespeichert oder ob personenbezogene Daten außerhalb der Einwilligung aus berechtigtem Interesse oder gesetzlicher Grundlage verarbeitet werden, sollte die Darstellung übersichtlich sein, um verstanden werden zu können.

Obwohl die DSGVO keine Angaben zur Ausgestaltung der Informationsübermittlung macht, außer dass deren Einwilligung einen Nachweis braucht,⁹⁷ gibt es Diskussionen, ob mehrere Ebenen wirklich rechtmäßig sind. Hier wird u.a. angeführt, dass keine wirksame Einwilligung auf Ablehnung oder Zustimmung erfolgen kann, wenn Informationen und Auswahl unter „Einstellungen“ versteckt, d.h. einen Klick weiter entfernt sind.⁹⁸ Dieser Gestaltungsspiel wird in Kapitel 4.3.2 unter „Consent Layer“ genauer ausgewertet.

Zur Unmissverständlichkeit einer Einwilligung zählt neben einfachen, klaren Sätzen⁹⁹ auch die Auszeichnung von möglichen Entscheidungswegen (Zustimmen, Ablehnen, Auswahl) und Pflichtfeldern, die die Nutzenden ausfüllen müssen. Darunter fällt zum Beispiel, dass eindeutig erkennbar sein muss, ob ein Kreuz im Kästchen stehen muss (notwendig), dieses nur voreingestellt ist und abgewählt werden kann (Opt-Out) oder das Kästchen auch frei gelassen werden kann, wenn die Nutzenden für diesen Vorgang keine Einwilligung geben möchten. Außerdem ist anzuzeigen, dies gilt besonders bei Formularen, welche Informationen von den Nutzenden verpflichtend zu geben sind und welche optional ausfüllbar sind. Ebenso muss klar gekennzeichnet sein, welche Aktion die Betätigung einer Schaltfläche auslöst - ob mit dem Absenden von Daten beispielsweise auch gleichzeitig den ABG zugestimmt wird. “Kann das Banner mit einem ‚X‘ weggeklickt werden, so muss auch diesem Verhalten ein klarer Erklärungsgehalt zuzuordnen sein.”¹⁰⁰

Um eine wirksame Einwilligung zu geben, braucht es also außerdem die umfassende Kenntnis der Nutzenden um welche Verarbeitungen und personenbezogene Daten es sich handelt und von wem diese genutzt bzw. an wen diese weitergegeben werden, welche in einer einfachen Art und Weise zu vermitteln sind, die keine andere Auslegung oder Unwissenheit zulassen.

⁹⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 1 DSGVO.

⁹⁸ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 15, 46.

⁹⁹ Vgl. Art. 7 Abs. 2 DSGVO.

¹⁰⁰ Rauer/Ettig: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 22.

4.1.3 Durch eindeutige bestätigende Handlung

Neben Freiwilligkeit und umfassender Information ist nach DSGVO Art. 4 Nr. 11 auch eine „eindeutige bestätigende Handlung“ zur wirksamen Einwilligung notwendig. Damit ist nicht (nur) gemeint, aktiv auf eine Schaltfläche zu klicken, sondern auch dass der Haken aktiv gesetzt werden muss und nicht voreingestellt sein darf.¹⁰¹ Diese Auslegung stammt aus der Phrase „seine Einwilligung gegeben“ in Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL und legt nahe, dass die Nutzenden selbstständig tätig werden müssen.¹⁰² Und auch das EuGH und BGH -Urteil sprechen von einer aktiven Handlung, um eine wirksame Einwilligung zu erzielen.

Die implizite Annahme der Anbietenden, dass die Cookie-Einwilligung erfolgt ist, indem die Nutzenden einfach auf der Webseite verbleiben, eine sogenannte konkludente Einwilligung,¹⁰³ ist somit nicht erlaubt. Wenn die Nutzenden zwar informiert werden, dass sie mit dem Verbleib auf der Webseite der Cookie-Setzung zustimmen, ist das zwar eine eindeutige aber keine aktive Handlung. Gleichfalls nicht mehr möglich ist das Vorwegnehmen der Einwilligung mit Widerspruchsrecht (Opt-Out), in dem beispielsweise schon Kreuze in Kästchen sind, die die Nutzenden anklicken sollen, deren Funktionen aber weder technisch noch für die Anbietetung des Dienstes notwendig sind. Wenn die Nutzenden also einer Setzung von Cookies zustimmen, weil sie den Haken nicht entfernt haben, diese damit eingewilligte Verarbeitung aber nicht notwendig war, dann ist dies keine aktive Handlung seitens der Nutzenden. Die Unwirksamkeit einer in dieser Art und Weise eingeholten Einwilligung ist mit den beiden in dieser Arbeit besprochenen Urteilen auch abschließend rechtskräftig.

Eine eindeutige bestätigende Handlung darf also über schriftliche, mündliche oder gestische Zustimmung erfolgen, wenn etwa eine E-Mail beantwortet oder ein Kopfnicken oder ein gesprochenes bzw. gestikuliertes „Ja“ oder „Nein“ aufgenommen wird. In Artikel 4 Nr. 11 DSGVO wird dies nicht weiter spezifiziert, hier heißt es zur eindeutigen Handlung nur: „mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“. Besondere Aufmerksamkeit im Rahmen der Cookie-Einwilligung liegt dabei, wie bereits erläutert, auf dem selbständigen Ankreuzen eines Kästchens.¹⁰⁴ Ein voreingestelltes Kreuz scheint dabei den Nutzenden eine Ankreuzpflicht

¹⁰¹ Vgl. *Kranzer*: DSGVO: Opt-in statt Opt-out.

¹⁰² Vgl. *Omsels*: Einwilligung in die Erfassung von Informationen durch Cookies, in: *jurisPR-WettbR* 2019, A.

¹⁰³ Vgl. *Spindler*: Klarheit für Cookies, in: *NJW* 2020, 2513, 2514.

¹⁰⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16.

vorzugaukeln, die es nicht gibt. Ähnlich wie beim An- oder Abwählen eines Newsletters, ist die Handlung zwar eine freiwillige, weil der Haken nicht entfernt wurde, wo es theoretisch möglich gewesen wäre, aber keine eindeutige bestätigende, da es keiner Tätigkeit von Seiten der Nutzenden bedurfte. Deswegen heißt es im Erwägungsgrund 57 und 63 des EuGH-Urteils auch, dass eine wirksame Einwilligung nicht erfolgt, wenn ein vorangekreuztes Kästchen nicht abgewählt wird. Im Erwägungsgrund 32 DSGVO findet sich dazu der Satz: "Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen." Dies wird auch im Erwägungsgrund 62 des EuGH-Urteils zitiert.

Die durch die Nutzenden ausgeführte Handlung, um eine wirksame Einwilligung zu erzielen, braucht also immer die gerichtete Intention der Zustimmung einer Verarbeitungstätigkeit. Ändert sich aber der Wille der Nutzenden oder die Verarbeitungstätigkeit, muss wieder eine aktive Handlung erfolgen können, auch wenn es im Sinne eines Widerrufs ist.

4.1.4 Mit der Möglichkeit des Widerrufs

Ist nun also eine freiwillige Einwilligung in informierter Weise und durch eindeutige bestätigende Handlung durch die Nutzenden erfolgt und ist diese nachweisbar, muss es nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO auch die Möglichkeit des Widerrufs geben. Ebendieser Artikel sagt auch aus, dass über die Möglichkeit vorab informiert werden muss und dass der Widerruf genauso einfach sein soll wie die Einwilligung selbst. Damit ist es nicht erlaubt, dass eine Einwilligung einen Klick weit entfernt ist, der Widerruf aber eine E-Mail oder Post-Sendung benötigt, durch die ggf. eine zusätzliche Verarbeitung personenbezogener Daten anfällt.¹⁰⁵ Bei Cookies ist das so nicht durchführbar, aber bei Newslettern z.B. gibt es solche die erst über eine E-Mail und mehrere Klicks und zwei bis drei Nachfragen („Sind Sie sich ganz sicher?“) abbestellt werden können. Bei Cookie-Bannern bietet sich dafür zum Beispiel ein Link in der Datenschutzerklärung oder in der Impressumszeile an.¹⁰⁶ Wenn die Nutzenden also über ihr Widerrufsrecht informiert sind und auf der Webseite ein Link existiert, der das Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster wieder aufruft und die Einstellungen anpassbar sind, dann ist der Tatbestand der wirksamen Einwilligung erfüllt. Natürlich kann es durch Widerruf auch unter Umständen passieren, dass der Dienst, die Anwendung bzw. die Webseite nicht mehr nutzbar

¹⁰⁵ Vgl. *Jandt, Silke*: Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten, 551, 555.

¹⁰⁶ Vgl. Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, hrsg. v. LFD Niedersachsen, 8.

ist. Auch diese Information müssen die Nutzenden (vorher), als Teil der Einwilligungserklärung, erhalten haben.

Ein Urteil des LG Rostock, welches sich mit dem Tatbestand des „Nudging“ auf Cookie-Bannern befasst, und im Kapitel 4.3.2 näher ausgeführt wird, entschied jedoch auch, dass die Widerrufsbelehrung nicht im Banner Pflicht ist, sondern in der Datenschutzerklärung ausreicht.¹⁰⁷ Dass die Nutzenden die Webseite schließen, alle Cookies aus dem Browser-Speicher löschen und dann die Webseite wieder öffnen müssen, ist auch denkbar, aber entspricht nicht exakt dem Widerrufsrecht, welches hier gemeint ist. Generell gilt aber, so bestätigen es auch die Richtlinien des EDPB: sobald die Verarbeitung personenbezogener Daten aus vertraglichen oder rechtlichen Gründen notwendig ist, kann die Einwilligung nicht das rechtliche Mittel der Wahl sein.¹⁰⁸

Fassen wir also zusammen: Um eine wirksame Einwilligung nach Art. 4 Abs. 11 DSGVO einzuholen, braucht es eine zwanglose, unbeeinflusste Zustimmung der Nutzenden zu einer selbstbestimmten Auswahl der Zwecke, nach denen Anbietende ihre personenbezogenen Daten verarbeiten dürfen, von denen sie umfassende Kenntnis zu Recht, Dauer und Weitergabe an Dritte erhalten haben, die ihnen in ihrer Gesamtheit, in einer einfachen Art und Weise vermittelt worden sind, sodass eine aktive Handlung mit gerichteter Intention ohne Unwissenheit oder andere Auslegung der Bestätigung, der Ablehnung oder des Widerrufs erfolgen konnte.

¹⁰⁷ Vgl. *Gebhard*: Cookie Consent Tools, Kein Hinweis auf Widerrufsmöglichkeit im Banner; LG Rostock, Urt. v. 15.09.2020 - Az. 3 O 762/19; Entscheidungsgrund II., 2. c), Abs. 1 b).

¹⁰⁸ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 10, 31.

4.2 Welche Cookies benötigen eine Einwilligung?

Während für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten eine oder mehrere der sechs Rechtgrundlagen nach DSGVO zur Auswahl stehen,¹⁰⁹ kann die Cookie-Nutzung nur auf Einwilligung nach DSGVO oder als „unbedingt erforderlich“ nach der ePrivacy RL beruhen.¹¹⁰

Das Paradebeispiel für den einwilligungsfreien Cookie-Einsatz ist der Warenkorb-Cookie¹¹¹, wozu, wir erinnern uns, Montulli Cookies überhaupt erst entwickelt hat.¹¹² Was ist aber mit anderen im Internet möglichen Zwecken, für die Cookies oft und gerne eingesetzt werden, wie Statistiken und personalisierte Werbung? Wird es Webseitenbetreibern mit der Einwilligung schwerer gemacht an ihre „dringend benötigten“ Daten zu kommen? *Haberer* sagt dazu nicht ohne Grund: „Statistiken, bei denen der Großteil der Nutzer gar nicht abgebildet wird, sind im Regelfall wertlos.“¹¹³

Als Gegenargument FÜR die Einwilligung könnte nun angeführt werden, dass mit dem Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO) die Verwendung von nicht-notwendigen Werkzeugen, im Englischen gerne als „Nice-to-have-Tools“ bezeichnet, und die damit verbundene Datensammlung im Sinne von: „Wir wissen noch nicht genau, was wir mit den Daten schlussendlich anfangen, aber was man hat das hat man“¹¹⁴, nicht mehr einfach so erfolgen kann. Und nicht zuletzt heißt es auch in der ePrivacy-VO: „versteckte Kennungen und Verfolgungs-Cookies [, die] ohne das Wissen des Endnutzers in dessen Endeinrichtung eindringen [...] stellen eine ernste Bedrohung der Privatsphäre des Endnutzers dar.“¹¹⁵

Bei der Überlegung, welcher Cookie eine Einwilligung braucht, müssen also folgende Fragen geklärt werden: Sind diese technisch oder zur Anbietung des Dienstes notwendig? Existiert eine vertragliche Verpflichtung oder ein berechtigtes Interesse zur Verarbeitung dieser Daten? Werden nur personenbezogene Daten verarbeitet, die für den erforderlichen Zweck notwendig sind? Stellen diese Daten einen Eingriff in die Privatsphäre dar bzw. einen Personenbezug her? Welche Drittanbieter müssen einbezogen werden?

¹⁰⁹ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 5, 2.

¹¹⁰ Vgl. *Piltz/Kühner*: Ausnahmenvorschriften bei Cookie-Einwilligungen, in: ZD 2021, 123; m.w.N.

¹¹¹ Vgl. Ebda., 127.

¹¹² Vgl. *Kihn*: Cookies, Chaos and the Browser.

¹¹³ *Haberer*: Anforderungen an Cookie Banner, in: MMR 2020, 810, 814.

¹¹⁴ *Kling*: Das Känguru Manifest, Wirklich jeden Morgen.

¹¹⁵ 2017/0003 (COD), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), hrsg. v. Europäische Kommission, COM(2017) 10 final, Erwägungsgrund 20.

Da meistens hinsichtlich technischer Cookies auf keine Einwilligungspflicht und Tracking- oder Drittanbieter-Cookies immer Einwilligungspflicht argumentiert wird, bleibt eine umfangreiche Grauzone von Cookies, bei denen sich die Webseitenbetreibenden sicherlich auch zurecht die Frage stellen, wie gerechtfertigt es ist, deren Akzeptanz den Nutzenden zu überlassen. Zumal, die „als alternativlos wahrgenommenen Dienste [es leichter haben, eine] Einwilligung einzuholen.“¹¹⁶

Auch das BGH- und EuGH-Urteil haben diese Überlegungen nicht im Grundsatz entkräftet. Die derzeitige Stimmung von einigen Internetnutzenden, welche sich im „Ich fordere einen ‚alle Cookies ablehnen‘-Button verpflichtend für alle Webseiten“-Slogan¹¹⁷ widerspiegelt, ist nicht hilfreich für Webseitenbetreibende und verwehrt den Nutzenden technischen Zugang zu fast allen Webseiten bzw. Anwendungen. Wichtig ist es einen Mittelweg zu finden, der Nutzenden und Webseitenbetreibenden zugutekommt.

Dazu wird im Folgenden im Hinblick auf die Eingangsfrage ausgewertet, was genau rechtssicher zu tun ist und wo Spielraum besteht, was Einwilligungen angeht. Ohne Frage gilt nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen, dass alle Cookies, welche eine technische Funktion erfüllen, keiner Einwilligung bedürfen. Diese oft auch als „essenzielle Cookies“ bezeichneten Cookies „dürfen Anbieter [...] ohne Einwilligung verwenden.“¹¹⁸ In Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL steht dazu im Wortlaut: „Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass die rein technische Nutzung von Cookies davon [der Einwilligung, Anm. d. Verf.] unberührt bleibt.“

Technische Cookies, das sind Cookies, die die Verwendung der Webseite bzw. deren Kernfunktionen erst möglich machen. Alle anderen brauchen demzufolge eine Einwilligung? Das beträfe also: Funktionale Cookies, die zum Beispiel eine Design-Präferenz speichern, Werbe-Cookies, Tracking-Cookies, Drittanbieter-Cookies, alle mit deren Hilfe Nutzerprofile angelegt werden können. Außerdem Statistik-Cookies und Analyse-Tools, die mit Hilfe von Cookies arbeiten, Authentifizierungs-Cookies und Cookies zu IT-Sicherheit und Fehlerbehebung.¹¹⁹ Unabhängig ist hierbei, ob es sich um Session- oder permanente Cookies handelt und ob es sich um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten mittels dieser

¹¹⁶ *Zimprich*: Zur Einwilligung bei der Datenverarbeitung mittels Cookies, in: DB 2020, 1839.

¹¹⁷ <https://mademyday.com/38921> (zuletzt besucht am 18.03.2021).

¹¹⁸ *Böhn/Halim*: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651, 652.

¹¹⁹ Vgl. *Hartung/Schwarze*: Einwilligung in Cookies, in: DB 2020, 2002, 2004; *Piltz/Kühner*: Ausnahmenvorschriften bei Cookie-Einwilligungen, in: ZD 2021, 123; Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Teledien, hrsg. v. DSK, 12.

Cookies handelt oder nicht: „das bloße Setzen von Cookies auf dem Endgerät erfordert [...] grundsätzlich eine Einwilligung des Nutzers.“¹²⁰ Hierbei wird jedoch wieder vor allem mit Tracking-Cookies im Hinterkopf argumentiert, da diese über kurz oder lang in die Privatsphäre eingreifen. Warum Cookies, die eine anonyme Statistik speichern, auch darunterfallen, ist mit Grund zu hinterfragen. Denn, wie bereits festgestellt, sind Cookies zu keinem Zeitpunkt in der Lage technischen Schaden am (mobilen) Endgerät anzurichten, weshalb dies nicht der Ansatzpunkt der Urteile sein kann. ABER die Nutzenden können sich durch die von nicht-technischen Zwecken gespeicherten Cookies ausgelesenen Informationen bzw. deren Konsequenzen, im Internet „verfolgt“ fühlen. Diese Informationen, die auf dem (mobilen) Endgerät gespeichert werden, stehen also im Mittelpunkt der Entscheidungen, sprich: die Tracking-Cookies.

Der Fakt, dass von Webseitenbetreibenden und Drittanbietenden mehr „Komfort“ geboten werden kann, indem die Präferenzen der Nutzenden antizipiert werden können, erfordert wiederholtes Ein- und Auslesen der Informationen aus permanenten Cookies, die auf dem (mobilen) Endgerät gespeichert sind. Diese haben einen bestimmten Zweck, eine festgelegte Lebensdauer und tragen ggf. personenbezogene Daten durch das Internet. Damit ist eine Verfolgung des Browserverlaufs des Nutzenden ein Leichtes.¹²¹ Und genau dieses Vorgehen muss von den Nutzenden wissentlich und freiwillig genehmigt worden sein, wenn es nicht zwingend zur Erbringung des Dienstes erforderlich ist, denn sonst kann es hier auch zum Tatbestand der unzumutbaren Belästigung gemäß §7 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) kommen, wie von *Omsels* in seinen Anmerkungen zum EuGH-Urteil besprochen.¹²²

In eben dieser Anmerkung findet sich auch die Aussage, dass „technisch oder durch den Dienst bedingt[e]“ Cookies ohne Einwilligung gespeichert werden dürfen, wohingegen *Böhm/Halim* technische und Analyse-Cookies von der Einwilligung ausnehmen¹²³, da sie nicht unter die explizit genannten Zwecke im BGH-Urteil fallen. *Piltz/Kühner* gehen sogar noch einen Schritt weiter und sehen auch den Einsatz von Tracking im Bereich der Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

¹²⁰ *Böhm/Halim*: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651.

¹²¹ Vgl. *Neagu*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, What do cookies do?

¹²² Vgl. *Omsels*: Einwilligung in die Erfassung von Informationen durch Cookies, in: jurisPR-WettbR 2019, C.

¹²³ Vgl. *Böhm/Halim*: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651, 654.

genannten „unbedingt erforderlichen“ Verarbeitungen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.¹²⁴

Fest steht: Webseitenbetreibende brauchen ihre Werbepartnerschaften und Statistiken oder sogar Tracking in bestimmten Fällen, um den Service anbieten bzw. die Webseite betreiben zu können. Daher ist es, nach Ansicht der Verfasserin dieser Arbeit, sehr wohl wünschenswert diese Cookies unter den Ausnahmefall „unbedingt erforderlich“ (Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL) zu setzen. Denn, kommen wir zurück zu der Aussage, dass „das bloße Setzen von Cookies auf dem Endgerät [...] grundsätzlich eine Einwilligung des Nutzers [erfordert]“,¹²⁵ ist auch die Berufung auf eine gesetzliche oder vertragliche Grundlage, sowie das berechtigte Interesse zur Rechtmäßigkeit der Speicherung nach Art. 6 DSGVO nicht mehr ohne weiteres anwendbar. So heißt es auch in der Orientierungshilfe der DSK von 2019: Die Erhebung der personenbezogenen Daten kann zwar weiterhin auf diese Grundlagen gesetzt werden¹²⁶, aber die Setzung des dazu benutzen Cookies nicht. Hier liegt der Knackpunkt, den keines der beiden Urteile abschließend klärt.

In der Literatur spiegeln sich unterschiedliche Meinungen zur Auslegung der Phrase „unbedingt erforderlich“ aus Art. 5 Abs. 3 e-Privacy-RL. Kommt es hier auf die Auslegungsfrage der Rechtsprechungen im Einzelfall an? Ist die ePrivacy-RL, die nur die technischen Cookies bei Einwilligung ausschließt, das BGH-Urteil nach Auslegung von *Böhm/Halim* oder das EuGH-Urteil nach Auslegung von *Omsels* anzuwenden? Kommt es hier darauf an, auf welche Besprechung der genannten Urteile und Richtlinien sich die Webseitenbetreibenden stützen? Oder ist ausschlaggebend, dass die Nutzenden wollen, was sie angeboten bekommen? Im Sinne von: „„Letztens habe ich im Plattenladen [...] gekauft und als ich mich kurz danach bei Amazon eingeloggt habe, hat mir die Seite gesagt: Dieser Artikel könnte Sie interessieren. Das fand ich schon gruselig.“ – „Das finde ich eher beruhigend. Immerhin wussten sie nicht, dass du dir [...] schon gekauft hattest.““¹²⁷

Spielraum besteht nicht nur in der Auslegung der Rechtsprechung, welche der Cookie-Nutzungen, die sich in der Grauzone befinden nun tatsächlich einer Einwilligung bedürfen, sondern auch in der Ausgestaltung: wie die Einwilligungseinholung möglichst nicht als

¹²⁴ Piltz/Kühner: Ausnahmevorschriften bei Cookie-Einwilligungen, in: ZD 2021, 123.

¹²⁵ Böhm/Halim: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt?, in: MMR 2020, 651.

¹²⁶ Vgl.: Haberer: Anforderungen an Cookie Banner, in: MMR 2020, 810, 812; Bsp.: <https://usercentrics.com/de/datenschutzerklaerung/#toggle-id-8> (zuletzt besucht am 26.03.2021).

¹²⁷ Kling: Die Känguru-Chroniken, Nozama.

Hindernis gesehen wird. Neben der Frage, welche Cookies einwilligungspflichtig sind, stehen auch immer die Fragen, wie die Nutzenden zu informieren und wie die Einwilligungsbanner oder -Pop-Up-Fenster zu gestalten sind. Einen Button, um alle Cookies immer ablehnen zu können, wie es der eingangs genannte Slogan verlangt, ist aber definitiv nicht sinnvoll, da ansonsten zahllose Webseiten nicht mehr funktionieren können. Alle nicht-technischen und dienstnotwendigen Cookies abzulehnen zu können. Ist allerdings aus Sicht der Nutzenden mit Sicherheit eine wünschenswerte Option. Wie dies aber am besten umsetzen?

4.3 Cookie-Verwaltung über Browser-Einstellungen

Grundsätzlich ist die Verwaltung von Cookies über den genutzten Browser denkbar, aber noch nicht verbindlich festgelegt. Natürlich lassen sich im Browser, die im Kapitel 2.3 betrachteten Einstellungen vornehmen, aber wer liest, was die Banner bzw. Pop-Up-Fenster zur Cookie-Einwilligung einholen, wird feststellen, dass dies oftmals dem im Browser gesetzten „Nein“ entgegenläuft, wenn der Allen-Zustimmen-Button gedrückt wird. Ob der Browser das Setzen der Cookies dann doch verhindert, oder ob die Zustimmung in der erneuten Abfrage gewinnt, lässt sich kontrollieren. Hier am Beispiel von Mozillas Firefox:

Zunächst wird der Browser gestartet ohne Voreinstellungen aus vergangenen Sitzungen übernommen zu haben. Die Cookie-Verwaltung ist dementsprechend leer. Die Einstellungen zur Cookie-Verwaltung sind wie im Kapitel 3.2 empfohlen gesetzt. Auf der Seite der Uni Erfurt¹²⁸ werden die drei notwendigen Cookies (fe_typo_user, be_typo_user, dv_consent) und drei Statistik-Cookies (_pk_id, _pk_ses, _pk_ref) gesetzt, der Haken bei den notwendigen Cookies ist richtigerweise voreingestellt, bei Statistik befindet sich kein Haken. Es werden für dieses Beispiel alle Cookies akzeptiert und dann die Cookie-Setzung über „Daten verwalten“ in den Einstellungen überprüft (Abb. 4).

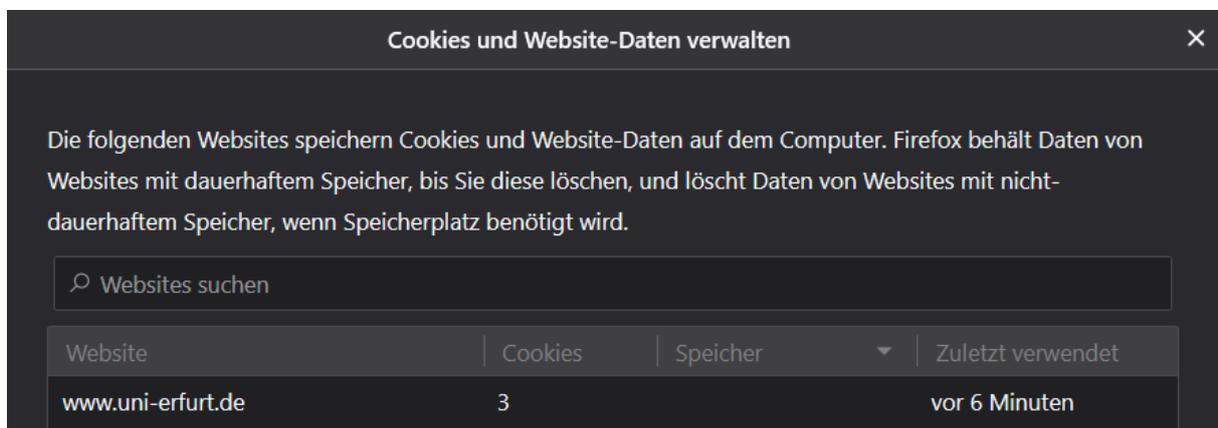


Abb. 4: Cookies und Website-Daten verwalten¹²⁹

Nun kann mittels der Support-Funktion auf den Profildatenspeicher des Browsers zugegriffen und die Datei mit den gespeicherten Cookies eingesehen werden - in Mozilla heißt diese logischerweise „cookies“. Zum Ansehen dieser Datei benötigt es eine Anwendung, die

¹²⁸ <https://www.uni-erfurt.de/> (zuletzt besucht am 23.03.2021).

¹²⁹ Firefox, about:preferences#privacy (zuletzt besucht am 23.03.2021).

SQLite¹³⁰ lesen kann, oder ein „mitgeliefertes“ AddOn des Browsers: für Mozilla der SQLite Viewer.¹³¹ Wie im Beispiel zu sehen ist, handelt es sich hier bei drei der Cookies um Session-Cookies, die im Falle der beiden notwendigen Cookies (fe_typo_user, be_typo_user) nur bei Login auftreten, und um das Statistik-Cookie (_pk_ses), welches sich nach 30 Minuten löschen soll.¹³² In der cookies.sqlite Datei - diese wird jeweils beim Schließen des Browsers aktualisiert - findet sich nun der folgende Ausschnitt dokumentiert:

85	_pk_ses.2.d297	1
63	_pk_id.2.d297	37d3240a003170b9.1616491186.
65	dv_consent	{"accepted":[{"uid":"1"}, {"uid":"2"}], "ts":1616491187}

Abb. 5: SQLite Viewer von cookies.sqlite, ID, OriginAttributes, Name, Value¹³³

host	path	expiry	lastAccessed	creationTime	isSecure	isHttpOnly
www.uni-erfurt.de	/	1616493637	1616491837788000	1616491186112001	0	0
www.uni-erfurt.de	/	1650446386	1616491837378000	1616491186083001	0	0
www.uni-erfurt.de	/	1648027740	1616491837378000	1616491188372000	0	1

Abb. 6: SQLite Viewer von cookies.sqlite, Host ff.¹³⁴

Soweit die grundsätzlichen Funktionen über die Nutzende einsehen können, welche Cookies auf ihrem Gerät gespeichert werden und ob die Cookies auch wirklich erst nach der Einwilligung gesetzt worden sind. Generell fällt auf, erfolgt der Zugang zur Webseite über eine Suchmaschine, sind eine Menge an nicht zuordenbaren Cookies neben den zugestimmten in der Übersicht verzeichnet. Eine regelmäßige Löschung des Browser-Speichers und damit die Bereinigung der Datei können hierbei Abhilfe schaffen.

Nun müssen aber auch die Webseitenbetreibenden eine mögliche Verwaltung von Cookies über die genutzten Browser beachten. Bisher wird, meist als Hinweis in der Datenschutzerklärung, darauf aufmerksam gemacht, dass Cookies über den Browser gelöscht werden können oder die Speicherung über die Browser-Einstellung verhindert werden kann.¹³⁵ Ist ein unlöschbares, bzw. sich regenerierendes Cookie (Zombie-Cookie) dabei, muss

¹³⁰ <https://sqlite.org/index.html> (zuletzt besucht am 23.03.2021).

¹³¹ <https://addOn.com/sqlite-viewer.html> (zuletzt besucht am 23.03.2021).

¹³² <https://www.uni-erfurt.de/datenschutzerklaerung> (zuletzt besucht am 31.03.2021).

¹³³ SQLite Viewer, moz-extension://4230d129-4105-4a24-9b91-72228e18edd7/data/viewer/index.html (zuletzt besucht am 23.03.2021).

¹³⁴ Ebda.

¹³⁵ Hier bspw.: <https://www.zeit.de/hilfe/datenschutz> (zuletzt besucht am 23.03.2021).

auch darauf vor der Einwilligung hingewiesen werden. Im Browser ist es bisher möglich entweder alle Drittanbieter-Cookies grundsätzlich abzulehnen oder nicht. Alle Cookies in Gruppen abzuwählen, d.h. auch Statistik bzw. Analyse-Cookies, zusätzlich zu den Tracking- und Drittanbieter- bzw. Werbe-Cookies, geht aber unter Umständen nicht. Was aber, wenn ich grundsätzlich Google Analytics ablehnen, aber Matomo¹³⁶ erlauben will? Oder einer Seite die Einwilligung zur Cookie-Nutzung erteilen will und einer anderen nicht?¹³⁷ Der Browser muss also in die Lage versetzt werden, die von der Webseite zu setzenden Cookies auszuwerten und auf noch einwilligungsbedürftige Cookies zu prüfen und diese dann den Nutzenden über ein Pop-Up oder sonstigen Hinweis zur Prüfung und ggf. Einwilligung anzuzeigen.

So könnte in Zukunft die Einwilligung über den Browser erfolgen, aber ganz ohne Pop-Up wird dies sicher nicht funktionieren. Irgendwo müssen auch die notwendigen Informationen zu finden sein, worin genau die Nutzenden einwilligen, wie es nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO und Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL erwartet wird. Wünschenswert wäre, dass diese groben Voreinstellungen, die als aktive Einwilligung im Browser gesetzt wurden, auch dort gespeichert bleiben und zugleich die Cookies beim Beenden der Browser-Sitzung gelöscht werden können. Dies ist wesentlich komfortabler für die Nutzenden, als bei jedem Seitenaufruf die Cookies auf dem Banner oder Pop-Up-Fenster wieder und wieder bestätigen zu müssen. Doch auch die gebräuchlichen Banner und Pop-Up-Fenster sind (noch) nicht normiert; daher sollen im Folgenden die Rechtsprechungen und Richtlinien zur Cookie-Einwilligung besprochen werden, die bereits existieren.

¹³⁶ <https://matomo.org/> (zuletzt besucht am 07.03.2021).

¹³⁷ Vgl. Rauer/Ettig, in: ZD 2018, 257.

4.4 Cookie-Verwaltung auf Webseiten

4.4.1 Banner oder Pop-Ups zur vorgeschalteten Abfrage

Auf Webseiten sind Banner und Pop-Up-Fenster zur Cookie-Einwilligung eingesetzt, diese werden auch als „Consent Management Tools“ (CMT) bezeichnet. Die, deren Gestaltung und Inhalt zugrunde liegenden Rechtsprechungen wurden bereits besprochen und auch was solch ein Cookie-CMT darf oder nicht. Wie aber sieht es nun in der Praxis aus?

Ganz klar ist, dass Cookies erst gesetzt werden dürfen, wenn die Einwilligung eingeholt ist (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, Opt-In)¹³⁸ und nicht schon beim Betreten der Webseite. Das Löschen, wenn die Einwilligung doch nicht gegeben wurde (Erlaubnis mit Widerspruchsrecht, Opt-Out) ist seit dem Inkrafttreten der DSGVO, spätestens aber mit dem EuGH-Urteil unzulässig, vgl. Kapitel 3.1.2 ff. Außerdem ist es unzulässig, dass eine Webseite so lange unbenutzbar ist, bis mehr als den notwendigen Cookies zugestimmt wurde. Für Cookie-CMT gilt, dass sie den Nutzenden die freie Entscheidung lassen müssen, ohne Zwang auszuüben. Im Hintergrund notwendige Cookies, die zur vollen Funktionsfähigkeit der Webseite gesetzt werden müssen, bedingen dadurch aber manchmal, dass die Webseite bis zu einer Entscheidung der Nutzenden nicht benutzbar ist. Hier gilt es zu unterscheiden, wann das dazu verwendete Banner am unteren oder oberen Seitenrand mitlaufen kann, und wann es notwendig ist ein Pop-Up-Fenster in der Seitenmitte zu platzieren:

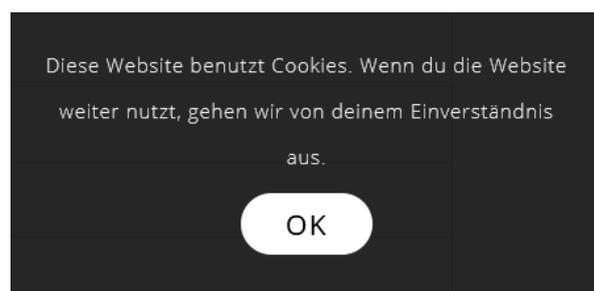


Abb. 7: Diese Website benutzt Cookies... OK¹³⁹

¹³⁸ Vgl. Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, hrsg. v. LFD Niedersachsen, 2.

¹³⁹ <https://fobizz.com/> (zuletzt besucht am 18.03.2021).

Es fehlt in diesem Cookie-Banner an allem, was eine freiwillige, informierte Einwilligung durch eindeutige bestätigende Handlung ausmacht. Damit könnte es also direkt aus „QualityLand“ entnommen sein, denn auch hier lautet die Antwort immer, ausschließlich und auf alle Fragen: „OK“.¹⁴⁰ Leider finden sich aber solche Beispiele wie in Abb. 7 immer noch auf aktuellen Webseiten. In der Orientierungshilfe der DSK steht dazu:

„Auch genügt es für eine Einwilligung i. S. d. DSGVO nicht, wenn, wie bei vielen einfachen Cookie-Bannern im Web, ein Hinweis auf das Setzen von Cookies zusammen mit einem ‚OK‘-Button erfolgt. In diesen Fällen fehlt es an der nach Art. 7 DSGVO erforderlichen Freiwilligkeit, wenn die betroffenen Personen zwar ‚OK‘ drücken können, aber keine Möglichkeit erhalten, das Setzen von Cookies abzulehnen.“¹⁴¹

Damit wird eine Zustimmung vorausgesetzt und keine wirksame Einwilligung eingeholt. Dieses Phänomen, als „Cookie-Wall“ bezeichnet, wird im unmittelbar anschließenden Kapitel besprochen. Um die Webseite zu besuchen, müssen die Nutzenden mit allem einverstanden sein, ohne genau zu wissen, was diese Einwilligung eigentlich beinhaltet.

Natürlich finden sich auch Cookie-Banner, die zwar eine Auswahl lassen, aber nicht umfassend genug informieren, um eine wirksame Einwilligung darzustellen. Im Beispiel der Abb. 8 haben die Nutzenden die Entscheidung: alles oder nichts.

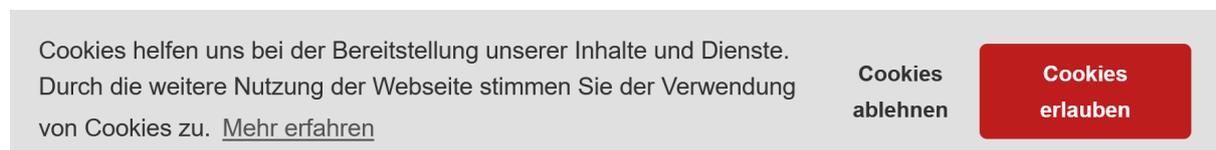


Abb. 8: Cookies helfen uns bei der Bereitstellung unserer Inhalte und Dienste...¹⁴²

Zudem steht hier im zweiten Satz, dass die Weiternutzung eine Einwilligung darstellt. Daraus lässt sich schließen, dass zunächst grundsätzlich alle Cookies akzeptiert sind, bis die Nutzenden auf dem Banner aktiv „Cookies ablehnen“ auswählen. Unter „Mehr erfahren“ stehen dann aber keine konkreten Informationen zu den Cookies der Webseite, ihren konkreten Zwecken und den Rechtsgrundlagen, sondern eine generelle Erklärung der Funktionsweise von Cookies und deren Einsatz im Allgemeinen. Der Hinweis, dass der

¹⁴⁰ Vgl. *Kling*: QualityLand.

¹⁴¹ Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, hrsg. v. DSK, 10.

¹⁴² <https://www.wit-wildau.de/> (zuletzt besucht am 11.04.2021).

Widerruf einfach über den Browser erfolgen kann, ist vorhanden, die Möglichkeit das Cookie-Banner wieder aufzurufen nicht.

Das Gegenteil von keiner bzw. einer „alles oder nichts“ Auswahl ist eine zu hohe Anzahl an Auswahlmöglichkeiten. Diese ist, wenn die Zustimmung voreingestellt ist, als ebenso unzulässig einzustufen, aber nicht so eindeutig in der Rechtsprechung geklärt.¹⁴³

Erweiterte Einstellungen

Auf dieser Seite können Sie Informationen zu den Zwecken und Anbietern erfahren die personenbezogene Daten auf unserer Webseite verarbeiten.

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.

Anbieter können:

- Informationen wie z. B. Cookies und Geräte-Kennungen zu den dem Nutzer angezeigten Verarbeitungszwecken auf dem Gerät speichern und abrufen.

Zweck	
Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen	Inaktiv <input type="checkbox"/> OFF
Einwilligung: Inaktiv <input type="checkbox"/> OFF	
Anbieter	
1plusX AG	Inaktiv <input type="checkbox"/>
Einwilligung: Inaktiv <input type="checkbox"/> OFF Berechtigtes Interesse: Aktiv <input type="checkbox"/> ON	

[Datenschutzerklärung](#)

Unternehmen, das die Daten verarbeitet
 1plusX AG
 Technopark ZE 5003 Technoparkstrasse 1

Zurück

Abb. 9: Erweiterte Einstellungen¹⁴⁴

Bei diesem Beispiel (Abb. 9) sind unter „Einstellungen“ eine Vielzahl an Anbietenden unter verschiedenen Zwecken genannt, und obwohl die Regler fast ausschließlich auf “Off” („Aus“) oder “Inaktiv” stehen, bringt ein Klick auf das Fragezeichen zutage, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten über das berechtigte Interesse trotzdem erfolgt. Die Cookies werden also gesetzt, wenn nicht jedes einzelne “On” („An“) in “Off” („Aus“) umgeschaltet wird. Die Nutzenden mögen dabei denken: „Da ist es doch viel einfacher, alles zu akzeptieren, ehe

¹⁴³ Vgl. Seip: BGH zur Einwilligung in Speicherung von Cookies, in: DB 2020, M4, M5.

¹⁴⁴ <https://interaktiv.morgenpost.de/corona-virus-karte-infektionen-deutschland-weltweit/> (zuletzt besucht am 31.03.2021)

eine Stunde vergangen ist, bevor ich Webseite benutzt kann.“ Ähnlich macht es auch Google: Wollen Nutzende hier ohne vorheriges Login, d.h. ohne Google Konto, eine Suche durchführen oder bei Youtube ein Video ansehen, werden sie zunächst mit einer Webseite konfrontiert, die informiert und „alle akzeptieren“ zulässt. Wollen die Nutzenden das nicht, muss dies einzeln auf einer zweiten Webseite angepasst werden. Hier ist eindeutig darauf gezielt die Nutzenden müde zu machen, die regelmäßig ihre Cookies und Seiten-Logins löschen.¹⁴⁵ Dieses Vorgehen beinhaltet: die Blockierung der Webseite bis zur Entscheidung, das Angebot von zwei Möglichkeiten Zustimmung oder Auswahl und der Fakt, dass keine Voreinstellungen zu treffen wörtlich genommen wurde. Warum dies nicht rechtens ist, wird in den folgenden Kapiteln betrachtet.

Werden Cookie-Banner und -Pop-Up-Fenster also zur vorgeschalteten Abfrage verwendet, sind die gängigen Rechtsprechungen aus Kapitel 3 zu beachten. Vielfach existieren Handreichungen und Orientierungshilfen, sowie Anbietende, die dabei helfen, dass die Einwilligung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten via Cookie-CMT datenschutzkonform erfolgt.

4.4.2 Cookie-Wall auf Webseiten trotz Kopplungsverbot

Als „Cookie-Wall“ wird ein Pop-Up-Fenster bezeichnet, welches zum Besuch einer Webseite die Zustimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten fordert, etwa die Akzeptanz von Tracking-Dienste oder Drittanbieter-Cookies.¹⁴⁶ Hierdurch wird die Verwendung der Webseite unmöglich bzw. nicht mehr freiwillig. „Eine Cookie-Wall in Form einer vollständigen Sperrung entspricht damit nicht den Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung.“¹⁴⁷ Die Vorgaben dazu wurden bereits in den vorigen Kapiteln unter 4.1 ff. zur Einholung einer wirksamen Einwilligung besprochen.

Ein Cookie-CMT, welches nur die technischen oder dienstnotwendigen Cookies zur Einwilligung festsetzt, ist keine Cookie-Wall, genauso wenig spielt die Veränderung des Hintergrundes eine Rolle, während das Banner bzw. Pop-Up aktiv ist. Eine unzulässige Art der Einwilligungseinholung ist erst dann gegeben, wenn die Webseite nicht ohne (Aus)Wahl benutzbar ist.¹⁴⁸ In Auslegung der besprochenen Rechtsgrundlagen und in Anwendung des

¹⁴⁵ Vgl. <https://www.google.com/webhp> (zuletzt besucht am 17.04.2021).

¹⁴⁶ Vgl. Cookie walls, What is a cookie wall?

¹⁴⁷ Rauer/Ettig: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 22.

¹⁴⁸ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 12, 40.

Freiwilligkeitsansatzes der Einwilligung steht einer Cookie-Wall also entgegen, dass die Benutzung der Webseite nicht an die Einwilligung in die personenbezogene Daten- und Informationsverarbeitung durch nicht-zwingend notwendige Cookies gekoppelt sein darf.¹⁴⁹

Das Kopplungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO macht eine solche kostenlose Dienstleistung oder Anwendungsnutzung im Tausch gegen Werbegenehmigungen oder anderer personenbezogener Daten nicht ohne Weiteres zulässig.¹⁵⁰ D.h. eine freiwillige Einwilligung kann nicht erteilt werden, wenn diese an der Zustimmung zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten hängt bzw. bereits gespeicherte Informationen aus den im Endgerät gespeicherten Cookies ausliest.¹⁵¹

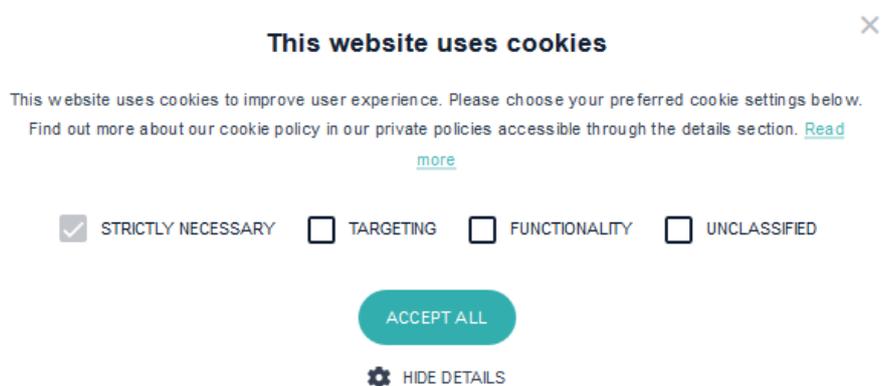


Abb. 10: This website uses cookies¹⁵²

Am Beispiel der Abb. 10 ist zwar zunächst nur die Setzung der notwendigen Cookies voreingestellt, aber es gibt keine sichtbare Möglichkeit, diese Einstellung auch zu speichern. "Alle akzeptieren" ist der einzige Weg die Webseite zu benutzen. Damit stehen die Nutzenden vor einer Cookie-Wall. Unter "Read more" ist, wenn auch abgedunkelt, die Datenschutzerklärung auf der Webseite lesbar, stellt aber keine ausreichenden Informationen für eine wirksame Einwilligung dar. Der Consent Management Plattform (CMP)-Anbieter Cookiebot bezeichnet dies in seinem Blogpost als "take it or leave it"¹⁵³-Szenario, auf Deutsch etwa "nimm es an oder lass es sein", und fasst damit zusammen, dass eine Cookie-Wall genutzt wird, damit die freiwillige Einwilligung nicht dem Setzen der gewünschten Cookies im Weg steht. Die Nutzenden laufen also buchstäblich vor eine Wand. Die Richtlinien des EDPB

¹⁴⁹ Vgl. Art. 7 Nr. 4 DSGVO; BGH, Urt. v. 28.05.2020 - I ZR 7/16.

¹⁵⁰ Vgl. *Hacker*: Daten als Gegenleistung, in: ZfPW 2019, 148.

¹⁵¹ Vgl. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 12, 39.

¹⁵² <https://www.wonder.me/> (zuletzt besucht am 02.03.2021)

¹⁵³ Cookie walls, What is a cookie wall?

schließen die Nutzung einer solchen Plattform deshalb konsequent aus. Im §39 EDPB heißt es darin etwa: Eine freie, wirksame Einwilligung ist nicht gegeben, wenn der Zugriff durch Verarbeitung von personenbezogenen Daten gewährleistet wird.¹⁵⁴

In der Frage, ob eine Cookie-Wall so zulässig ist, ist das also eine klare Aussage, doch es gilt nicht zu vergessen, dass auch die ePrivacy-VO noch in Bearbeitung ist. *Heise.de* wertet, die neue Fassung der e-Datenschutzvorschriften¹⁵⁵ wie folgt aus:

“Wer auf seiner Webseite unentgeltlich Nachrichteninhalte verfügbar macht und das durch Werbung finanziert, soll dabei Cookies ohne Zustimmung der Nutzer setzen können. Eine ‚Cookie-Wall‘ als Alternative zu einer Bezahlschranke soll also zulässig bleiben. User, die nicht für Werbezwecke analysiert werden möchten, müssen gegebenenfalls ein kostenpflichtiges Abo abschließen. Diese Klausel wird an die Voraussetzung geknüpft, dass die User prinzipiell zwischen verschiedenen Varianten wählen können.”¹⁵⁶

Zunächst könnten diese Aussagen also die Schlussfolgerung erlauben, dass eine Cookie-Wall nur dann zulässig ist, wenn sie den Nutzenden die Entscheidung zwischen “Bezahlen mit Daten” oder “Bezahlen mit Geld” lässt.¹⁵⁷ Die Cookie-Wall wäre damit keine Wand mehr, sondern eine „Bezahlschranke“.

Wie *Hacker* im ersten Absatz in “Daten als Gegenleistung” bereits anspricht, sind diese „Geschäftsmodelle, bei denen Dienste gegen die Überlassung von Kundendaten angeboten werden, [...] Kernbestand der digitalen Wirtschaft.“ Er wertet „die Möglichkeiten und Grenzen“¹⁵⁸ im Laufe seiner Analyse wie folgt aus:

Zunächst verweist er darauf, dass eine solche Gegenleistung auch immer einen Wert hat bzw. Grundlage einer Wertschöpfung sein muss, und spricht die Schwierigkeit an, den Kundendaten aufgrund ihrer unterschiedlichen Informationsgehalte einen solchen zuzuweisen. In diesem Szenario wären personenbezogene Daten mehr wert als die Browser-Historie mit den daraus gewonnen Informationen zum

¹⁵⁴ Vgl. Cookie walls, EDPB guidelines on valid consent: are cookie walls legal?; Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, 12.

¹⁵⁵ Vgl. <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2021/02/10/confidentiality-of-electronic-communications-council-agrees-its-position-on-eprivacy-rules/> (zuletzt besucht am 17.04.2021).

¹⁵⁶ E-Privacy-Verordnung: EU-Rat für Vorratsdatenspeicherung und Cookie-Walls, Cookie-Wall soll bleiben.

¹⁵⁷ Vgl. *Rauer/Ettig*: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 22.

¹⁵⁸ *Hacker*: Daten als Gegenleistung, in: ZFPW 2019, 148.

Nutzerverhalten. Er unterscheidet zwischen dem komplett datenfinanzierten Modell, welches durch Tracking Nutzerprofile erzeugt und damit für den Anbietenden einen geschäftlichen Wert erzielt, dem kostenlosen Modell mit Aufpreis und dem kostenpflichtigen Modell, welches günstiger wird je mehr Daten-Überlassung durch die Nutzenden erfolgt.¹⁵⁹

Die passive Datenerhebung durch Cookies ist laut seinen Recherchen „tauglicher Gegenstand einer datenbasierten Gegenleistung nach nationalem Recht.“¹⁶⁰ Die angesprochenen „Ausnahmen im Medienbereich“¹⁶¹, scheinen also tatsächlich zulässig zu sein.

Wie wollen Sie zeit.de nutzen?

zeit.de mit Werbung	zeit.de Pur
Besuchen Sie zeit.de wie gewohnt mit Werbung und Tracking. Details zum Tracking finden Sie in der Datenschutzerklärung und im Privacy Center .	Nutzen Sie zeit.de mit weniger Werbung und ohne Werbettracking für 1,20 €/Woche (für Digital-Abonnenten nur 0,40 €/Woche).
EINVERSTANDEN	JETZT ABONNIEREN
Zustimmung jederzeit über den Link Privacy Einstellungen am Ende jeder Seite widerrufbar.	Bereits PUR-Abonnent? Hier anmelden .

Für die Nutzung mit Werbung: Wir erheben personenbezogene Daten und übermitteln diese auch an [Drittanbieter](#), die uns helfen, unser Webangebot zu verbessern und zu finanzieren. Eine Verarbeitung der auf Ihrem Gerät gespeicherten Informationen wie z.B. Cookies oder persönliche Identifikatoren, IP-Adressen sowie Ihres individuellen Nutzungsverhaltens erfolgt dabei zu den folgenden Zwecken:

- **Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen**
- **Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen**

Abb. 11: Wie wollen Sie zeit.de nutzen?¹⁶²

Hier am Beispiel von zeit.de (Abb. 11), in deren Banner entweder Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Tracking und Werbung, auch über Dritte, zugestimmt werden kann oder ein entgeltliches Abonnement abzuschließen ist. Akzeptieren Nutzende die

¹⁵⁹ Vgl. Ebda., 151 ff.

¹⁶⁰ Hacker: Daten als Gegenleistung, in: ZfPW 2019, 148, 166 ff.

¹⁶¹ Vgl. Kapitel 4.1.1.

¹⁶² <https://www.zeit.de/> (zuletzt besucht am 15.03.2021).

Auswahl, erhalten sie Zugang zum Angebot der Webseite. Ob diese Ausnahme im Medienbereich dadurch zustande kommen, dass Nachrichten auch in Print-Zeitschriften oder Fernsehsendungen zugänglich sind und genau dieses Angebot nicht zwingend vom Nutzenden gebraucht wird, um informiert zu bleiben, kann nicht abschließend begründet werden. Für eine wirksame Einwilligung sind jedenfalls die Informationen nicht ausreichend.

Fassen wir also zusammen: Verlangt das Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster die Einwilligung zu nicht-technischen oder dienstnotwendigen Cookies, fällt diese also unter „unbedingt erforderlich“, und wollen die Nutzenden keinen kostenpflichtigen Zugang erwerben, dann ist die Freiwilligkeit nur noch in dem Punkt gegeben, dass die Nutzenden sich gegen die Anwendung oder den Besuch der Webseite entscheiden können (“take it or leave it”).

4.4.3 Consent Layer und Informationspflicht bei Cookie-Bannern

„Consent-Layer“, Pop-Up-Fenster oder auch Consent-Fenster sind alles Begriffe für das Element, welches sich über die Webseite legt, um eine vorgeschaltete Interaktion, in diesem Falle die Einwilligung zur Cookie-Nutzung, von Nutzenden zu erreichen.¹⁶³ Cookie-Banner oder Pop-Up-Fenster dienen dem gleichen Zweck und werden im Großen und Ganzen in dieser Arbeit synonym verwendet.

Neben der Freiwilligkeit der Einwilligung zur Cookie-Nutzung von Webseiten oder dem Fehlen derselben (siehe „Cookie-Wall“) braucht eine wirksame Einwilligung auch eine Reihe an grundlegenden Pflicht- oder auch Detailinformationen, die auf so einem Banner oder Pop-Up übersichtlich Platz finden müssen. Daher sollte eine dafür Lösung geschaffen werden, dass die Einwilligung informiert erfolgen kann, ohne zu einer „User-Fatigue“ - d.h. Überforderung der Nutzenden durch zu viele, unübersichtliche Informationen - zu führen. Der Aufbau der Consent-Layer kann dabei von Unterseiten/-ebenen hin zu Drop-Down-Menüs unterschiedlich tief und/oder übersichtlich gegliedert sein. Ab wann ist eine freiwillige Einwilligung nun aber auch informiert genug und wo sind die Informationen zu platzieren, damit das Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster rechtmäßig eine solche einholen kann?

Wie bereits erwähnt, erfolgt eine informierte Einwilligung nur dann datenschutzkonform, wenn alle Informationen gelesen werden könnten, bevor eine Auswahl durch die Nutzenden getroffen wird. Das erscheint im ersten Moment zwar logisch, kann jedoch, wie im Beispiel

¹⁶³ Vgl. *Becker, Hanna*: Was ist ein Pop-Up? Einfach erklärt.

der Abb. 12, nicht bei jedem Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster gefunden werden. Immerhin macht die Überschrift Spaß!

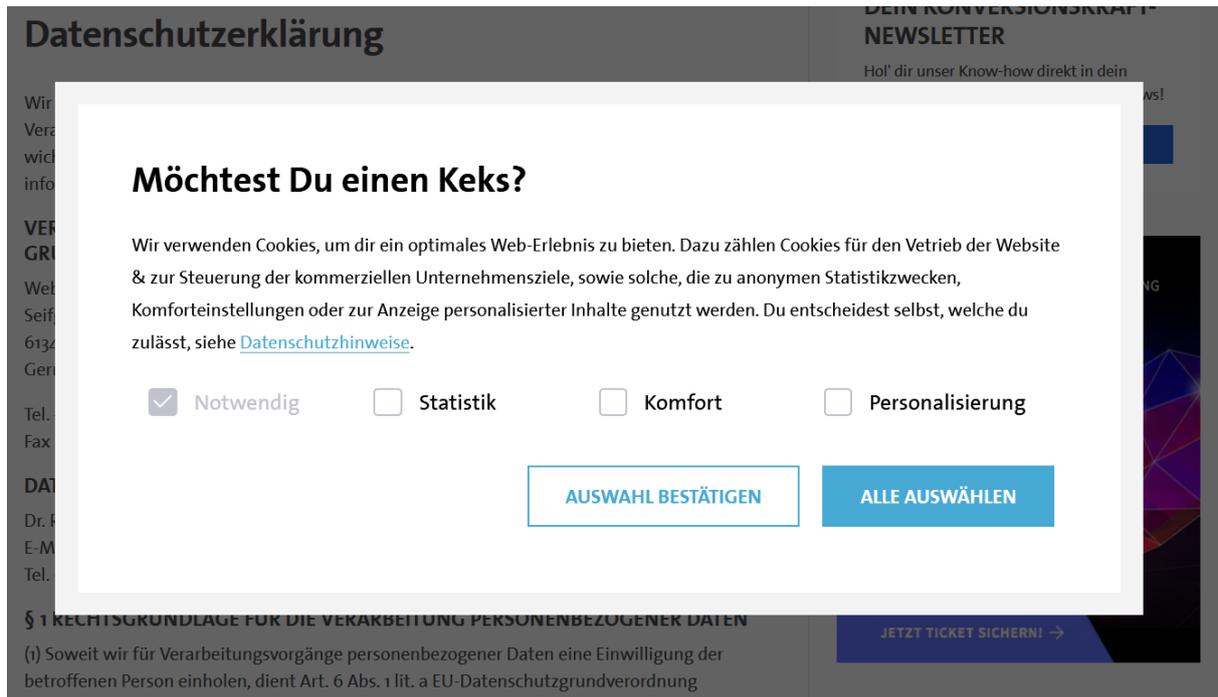


Abb. 12: Möchtest Du einen Keks?¹⁶⁴

Hier „verstecken“ sich die Einstellungsoptionen und die Informationen zu den Cookies mit dem Versprechen der Entscheidungsfreiheit hinter dem Link zur Datenschutzerklärung. Diese ist jedoch so dunkel und in Kombination mit der Größe des Pop-Ups so unlesbar, dass hier schon aus Gründen der Barrierefreiheit keine informierte Auswahl erfolgen kann. Die erste Ebene dieses Consent-Layers beinhaltet ansonsten sowohl die Möglichkeit nur die notwendigen Cookies zu akzeptieren als auch durch das aktive Ankreuzen weitere Cookies aus den drei anderen Zweck-Gruppen anzuwählen. Die Informationspflicht, dass Cookies und für welche Zwecke sie eingesetzt werden, ist ebenso vorhanden. Somit erfüllt dieses Cookie-Pop-Up-Fenster den Tatbestand der Freiwilligkeit sowie der eindeutig bestätigenden Handlung, aber nicht den der informierten Weise nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Damit kann hier keine wirksame Einwilligung von Nutzenden eingeholt werden. Um dies zu ändern, kann das Consent-Fenster offensichtlich zum Lesen der Datenschutzerklärung verkleinert oder diese, in einem wiederum vorgeschalteten Fenster, geöffnet werden. Gesetz den Fall, dass die weitere Information wie gehabt auf der Webseite und nicht im Banner selbst erfolgen soll.

¹⁶⁴ <https://www.konversionskraft.de/> (zuletzt besucht am 03.04.2021).

Ein wesentlich gebräuchlicherer Ansatz ist es jedoch, die Auswahl im Cookie-Pop-Ups zu steuern und notwendige Informationen über eine Schaltfläche freizugeben. Hier am Beispiel der Abb. 13 zu sehen:

Wir benötigen Ihre Zustimmung!

Um Ihnen das bestmögliche Nutzererlebnis auf unserer Webseite zu bieten und Ihnen passende Inhalte und Werbung zu liefern, setzen wir Cookies und andere Technologien ein. Wir und unsere Partner möchten Ihre personenbezogenen Daten (wie bspw. IP-, ID- und Browserinformationen) für statistische und Marketingzwecke verwenden. Dies bedeutet, dass wir Informationen auf Ihrem Gerät speichern und /oder darauf zugreifen, um personalisierte Anzeigen und Inhalte anzuzeigen, Anzeigen- und Inhaltsmessungen vorzunehmen, Standortdaten und Geräte Merkmale zu erfassen sowie Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen zu gewinnen. Wir übermitteln bestimmte Informationen zu Ihrer Verwendung unserer Website für Werbung und Analysen (Google) und sozialen Medien (Facebook) in die USA.

Diese Partner führen diese Informationen möglicherweise mit weiteren Daten zusammen, die Sie ihnen bereitgestellt haben oder die sie im Rahmen Ihrer Nutzung anderer Dienste gesammelt haben. Es besteht das Risiko, dass Ihre Daten bei diesen US-Unternehmen nicht in der gleichen Weise geschützt sind, wie es in der Europäischen Union der Fall ist.

Unter Optionen sowie in unserer [Datenschutzerklärung](#) finden Sie weitere Informationen zur Verwendung Ihrer Daten sowie zu unseren Partnern. Dort können Sie die Einstellungen zu Ihrer Privatsphäre jederzeit anpassen.



Abb. 13: Wir benötigen Ihre Zustimmung!¹⁶⁵

Die wesentlichen Informationen zu Zwecken und Kategorien personenbezogener Daten und Weitergabe an Dritte, eine Verlinkung zur Datenschutzerklärung und der Hinweis auf das Widerrufsrecht finden sich im Fließtext in der ersten Ebene des Consent-Fensters.

Zur Datenübermittlung an die USA sei an dieser Stelle angemerkt, dass mit dem Schrems II-Urteil das EU-US „Privacy Shield“ vom EuGH als Grundlage für eine solche als nichtig erachtet wurde.

Am Ende befinden sich zwei Schaltflächen, der Akzeptieren-Button hervorgehoben, der Optionen-Button ist gleichgroß, aber ausgegraut darunter. Im Fließtext werden die Nutzenden

¹⁶⁵ <https://www.openthesaurus.de/> (zuletzt besucht am 26.03.2021).

deutlich darauf hingewiesen, dass Einstellungsmöglichkeiten und weitere Informationen sowohl unter „Optionen“ als auch in der Datenschutzerklärung zu finden sind.

Deine Einstellungen

Die Verarbeitung Ihrer Daten erfolgt teilweise auf der Grundlage des berechtigten Interesses, teilweise benötigen wir Ihre explizite Zustimmung: Mit einem Klick auf *Kategorien* können Sie unter *Einwilligungen* sehen, für welche Zwecke und welche Partner wir Ihre Einwilligung benötigen. Unter *Berechtigte Interessen* haben Sie die Möglichkeit, der Datenverarbeitung, die auf der Grundlage des berechtigten Interesses erfolgt, zu widersprechen.

Sie haben die Möglichkeit, die Datenverarbeitung nur für bestimmte Marketingpartner zuzulassen. Unter *Anbieter* können Sie Ihr Einverständnis individuell konfigurieren.

KATEGORIEN FUNKTIONEN ANBIETER

Einwilligungen Berechtigte Interessen

Kategorien

Ihre Einwilligungen für die Verarbeitung für bestimmte Zwecke

I Individuelle Zwecke

✓ **Personalisierte Anzeigen auswählen** Aus An

✓ **Auswahl einfacher Anzeigen** Aus An

Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen Aus An

Einstellungen speichern & schließen **Alle akzeptieren**

Abb. 14: Deine Einstellungen¹⁶⁶

Unter Optionen (Abb. 14), also auf der zweiten Ebene des Consent-Layers, finden sich im Fließtext die Informationen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO und die Möglichkeit eine Auswahl ohne Zwang zu treffen. Die Gliederung der zweiten Ebene erfolgt durch die Reiter „Kategorien“, „Funktionen“ und „Anbieter“, und darin die Unterteilung in einwilligungspflichtige und auf berechtigtes oder legitimes Interesse gestützte Cookie-Setzungen. Bis auf den Punkt, dass die Funktions-Cookies für berechtigtes Interesse alle angewählt sind, sind die sonstigen Cookies rechtmäßig ausgeschaltet und benötigen eine aktive Handlung zur Einwilligung in die Verarbeitung. Auch die voreingestellten Cookies können abgewählt und so in den Einstellungen gespeichert werden. Hier findet sich daneben noch immer die Möglichkeit, diesmal umfassend informiert, alle Cookies zu akzeptieren.

¹⁶⁶ <https://www.openthesaurus.de/> (zuletzt besucht am 26.03.2021).



Verantwortungsvoller Umgang mit Ihren Daten

Wir und unsere Partner verarbeiten Ihre persönlichen Daten, wie z. B. Ihre IP-Nummer, mithilfe von Technologien wie Cookies, um Informationen auf Ihrem Gerät zu speichern und darauf zuzugreifen und so personalisierte Werbung und Inhalte, Messungen von Werbung und Inhalten, Einsichten in Zielgruppen und Produktentwicklung zu ermöglichen. Sie entscheiden darüber, wer Ihre Daten und für welche Zwecke nutzt.

Wenn Sie es erlauben, würden wir auch gerne:

- Informationen über Ihre geografische Lage erfassen, welche bis auf einige Meter genau sein können
- Ihr Gerät durch aktives Scannen nach bestimmten Merkmalen (Fingerprinting) identifizieren

Erfahren Sie mehr darüber, wie Ihre persönlichen Daten verarbeitet werden, und legen Sie Ihre Präferenzen im Abschnitt Einzelheiten fest. Sie können Ihre Zustimmung in der Cookie-Erklärung jederzeit ändern oder zurückziehen.

Wir verwenden Cookies, um Inhalte und Anzeigen zu personalisieren, Funktionen für soziale Medien anbieten zu können und die Zugriffe auf unsere Website zu analysieren. Außerdem geben wir Informationen zu Ihrer Verwendung unserer Website an unsere Partner für soziale Medien, Werbung und Analysen weiter. Unsere Partner führen diese Informationen möglicherweise mit weiteren Daten zusammen, die Sie ihnen bereitgestellt haben oder die sie im Rahmen Ihrer Nutzung der Dienste gesammelt haben.

Wir halten es für grundfalsch, die Entscheidung ob man als Nutzer Cookies möchte oder nicht als lästige Abfrage in jeden einzelnen Website integrieren zu lassen, da diese Funktion vernünftigerweise im Browser angesiedelt ist und sich dort auch seit jeher befindet. Leider werden viele Gesetze ohne Sinn und Verstand erstellt, daher belästigen auch wir Sie nun mit dieser unnötigen Abfrage.

		Auswahl erlauben	Cookies zulassen
<input checked="" type="checkbox"/> Notwendig	<input checked="" type="checkbox"/> Präferenzen	<input checked="" type="checkbox"/> Statistiken	Details zeigen / Cookies erlauben oder sperren ▼
<input checked="" type="checkbox"/> Marketing			

Abb. 15: Verantwortungsvoller Umgang mit Ihren Daten¹⁶⁷

In diesem Beispiel (Abb. 15) können die Nutzenden, wollen sie nur die notwendigen Cookies akzeptieren, diese Wahl nur erreichen, wenn sie zunächst alle drei voreingestellten, grünen Häkchen eigenständig abwählen. Außerdem steht hier zwar "Details anzeigen / Cookies erlauben oder sperren", für Präferenzen (Abb. 16) und Statistiken ist jedoch keine eigene Auswahl vorgesehen, diese kann man nur im bereits sichtbaren Menü treffen:

¹⁶⁷ <http://oeffentlicher-dienst.info/> (zuletzt besucht am 24.04.2021).

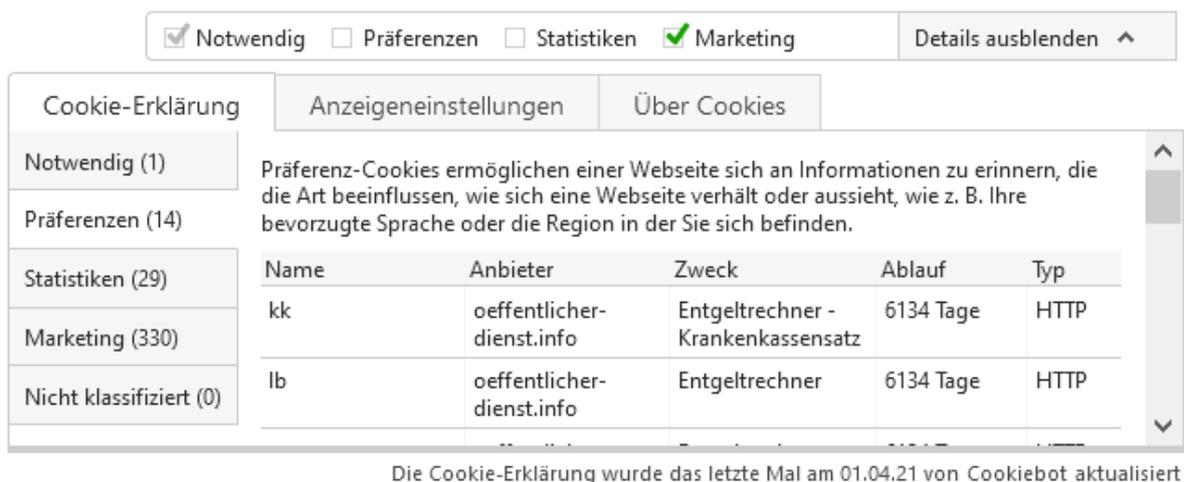


Abb. 16: Cookie-Erklärung¹⁶⁸

Bei Anzeigeneinstellungen (Abb. 17), welche nicht gleichbedeutend mit der Cookie-Setzung und der Verarbeitung personenbezogener Daten zu sein scheinen, ist für Marketing eine Auswahl möglich.

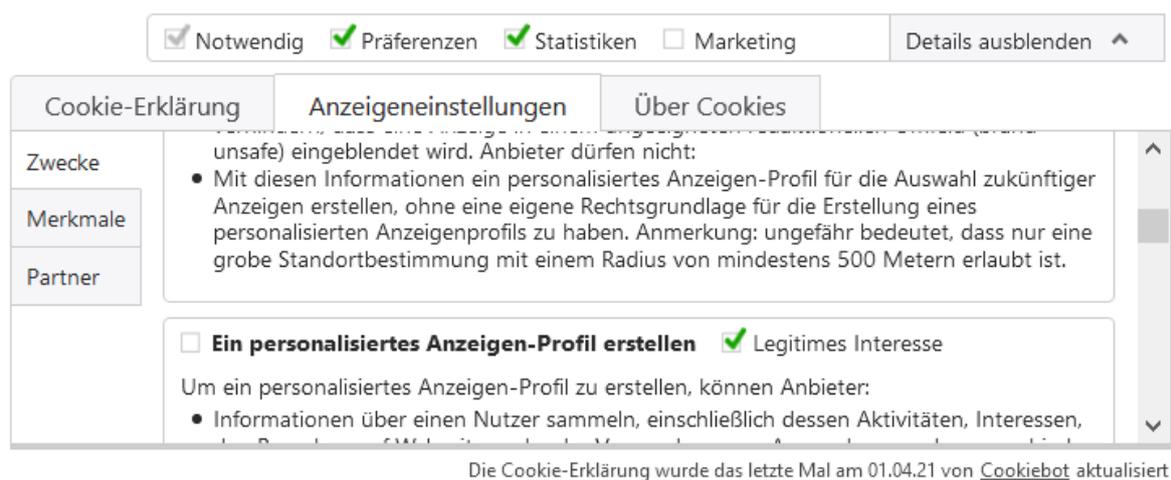


Abb. 17: Anzeigeneinstellungen¹⁶⁹

Die unter dem Reiter "Anzeigeneinstellungen" voreingestellten Kästchen lassen sich sowohl für „Zwecke“ als auch für „Merkmale“ sowie für „Partner“ gleichzeitig mit dem Haken aus dem Kästchen „Marketing“ entfernen (so in der Abb. geschehen) und dann einzeln auswählen, oder einzeln abwählen, wenn der Haken entsprechend nicht entfernt wird. Die Informationen zu Zwecken und Funktionsdauer finden sich dann wiederum bei jedem einzelnen Kästchen hinter dem Pfeil. Die ist unnötig kompliziert. Zudem lässt sich darüber streiten, wer sich die Informationen im Fließtext durchliest oder nur die Links wahrnimmt, bevor eine Entscheidung

¹⁶⁸ <http://oeffentlicher-dienst.info/> (zuletzt besucht am 24.04.2021).

¹⁶⁹ Edba.

getroffen wird. Während der Link zu den Partnern noch die versprochene Auswahl bringt, sind bei “Abschnitt Einzelheiten” lediglich die Cookies zu Präferenzen genannt, aber nicht auswählbar. Lesen Nutzende nun aber über die Links hinaus, was im Fließtext geschrieben steht, fällt auf, dass auch die Webseitenbetreibenden diese Art der Einwilligungseinholung nicht gutheißen. Auf dem Pop-Up-Fenster von oefentlicher-dienst.info steht zwar:

„Wir halten es für grundfalsch, die Entscheidung ob man als Nutzer Cookies möchte oder nicht als lästige Abfrage in jeden einzelnen Website integrieren zu lassen, da diese Funktion vernünftigerweise im Browser angesiedelt ist und sich dort auch seit jeher befindet. Leider werden viele Gesetze ohne Sinn und Verstand erstellt, daher belästigen auch wir Sie nun mit dieser unnötigen Abfrage.“

Die Unwilligkeit der Webseitentreibenden sich mit dieser “lästigen Abfrage” zu beschäftigen, könnte also, obwohl sie das Consent Management Tool von Cookiebot verwenden, dazu geführt haben, dass die hier eingeholte Einwilligung der Nutzenden nicht wirksam, da nicht datenschutzkonform ist.

This website uses cookies

We use cookies to personalise content and ads, to provide social media features and to analyse our traffic. We also share information about your use of our site with our social media, advertising and analytics partners who may combine it with other information that you've provided to them or that they've collected from your use of their services

Use necessary cookies only Allow selection Allow all cookies

Necessary Preferences Statistics Marketing Hide details ^

Cookie declaration About cookies

Necessary (35) Necessary cookies help make a website usable by enabling basic functions like page navigation and access to secure areas of the website. The website cannot function properly without these cookies.

Preferences (8)

Statistics (19)

Marketing (24)

Unclassified (0)

Name	Provider	Purpose	Expiry	Type
__RequestVerificationT	Cookiebot	Helps prevent Cross-Site Request Forgery (CSRF) attacks.	Session	HTTP
ASP.NET_SessionId [x2]	Cookiebot	Preserves the visitor's	Session	HTTP

Cookie declaration last updated on 26.03.21 by [Cookiebot](#)

Abb. 18: This website uses cookies¹⁷⁰

Ein ähnliches Beispiel bietet Abb. 18. Aber: hier hat kein Kästchen außer das der notwendigen Cookies einen voreingestellten Haken, eine Schaltfläche für “nur notwendige Cookies

¹⁷⁰ <https://www.cookiebot.com/> (zuletzt besucht am 26.03.2021).

auswählen“ existiert, weitere Informationen verbergen sich aber noch immer hinter dem “Show Details“-Button. Die Informationen im Fließtext über Zwecke, Weitergabe an Dritte und „Profiling“ sowie die Navigation der Cookie-Details über Reiter in tabellarischer Form mit Verantwortlichen, Dritten, Zweck und Funktionsdauer erfüllen den Tatbestand der informierten Weise. Auch die Freiwilligkeit und eindeutige bestätigende Handlung sind vorhanden, dennoch ist auch dieses Pop-Up-Fenster, diesmal von der Cookiebot-Webseite selbst, unzulässig und holt damit keine wirksame Einwilligung ein. Warum?

Nach DSGVO und ePrivacy muss eine wirksame Einwilligung informiert erfolgen, und es findet sich keine klare Aussage GEGEN die Verwendung von Consent-Layern darin. Aber wenn die Schaltfläche zur Zustimmung auf der ersten Ebene ist und die Detail-Informationen zu den einzelnen Cookies, ihren Zwecken und Rechtgrundlagen, auf der zweiten Ebene, dann kann es unter Umständen sein, dass die Einwilligung darüber auf der ersten Ebene nicht als umfassend genug, unzulässig und damit nicht rechtskräftig wirksam angesehen werden kann.

Genau so hat nämlich das LG Rostock (mehr dazu in Kapitel 4.4.4) geurteilt. Hier heißt es im Wortlaut des Urteils unter II., 1. b), Abs. 2:

„Zwar hat der Verbraucher die Möglichkeit sich die Details anzeigen zu lassen und einzelne Cookies abzuwählen. Tatsächlich wird der Verbraucher jedoch regelmäßig den Aufwand eines solchen Vorgehens scheuen und deshalb den Button ohne vorherige Information über die Details betätigen. Damit weiß der Verbraucher aber gerade nicht, welche Tragweite seine Erklärung hat.“

Anzumerken ist bei dieser Entscheidung, dass es sich im Streitfall um ein Banner handelte, welches alle Kästchen voreingestellt hatte (Abb. 16) und nicht um eines, welches nur die notwendigen voreingestellt ließ und zudem eine Schaltfläche für “nur notwendige Cookies zulassen” anbot (Abb. 19). Dennoch unterscheidet das Urteil diese beiden Umstände nicht. Damit ist sowohl die Schaltfläche für Einstellungen, welche zu einer zweiten Ebene führt, als auch das „Verstecken“ der Detailinformationen hinter einem Button auf der ersten Ebene (Abb. 16 und Abb. 19) unzulässig.

Der Weg aus dieser Zwickmühle hinaus, könnte so aussehen, dass entweder die Details direkt beim Aufruf des Banners sichtbar sind oder erst dann die beiden grünen Schaltflächen betätigt werden können, wenn die Details über den zugehörigen Button angezeigt worden sind. Für die Weiterleitung auf eine zweite Ebene wäre dementsprechend eine Auswahl nötig - oder

„Alle akzeptieren“ erst dann als Schaltfläche anzubieten. Dies mögen theoretisch machbare Lösungen sein, aber für die Praxis sind sie nur schwer umsetzbar. Ein Beispiel zur Veranschaulichung konnte auch nach einiger Recherche nicht ausfindig gemacht werden und zeigt die praktischen Unwägbarkeiten der Rechtsprechung. Stattdessen ein anderes letztes Beispiel zu diesem Thema in Abb. 19.

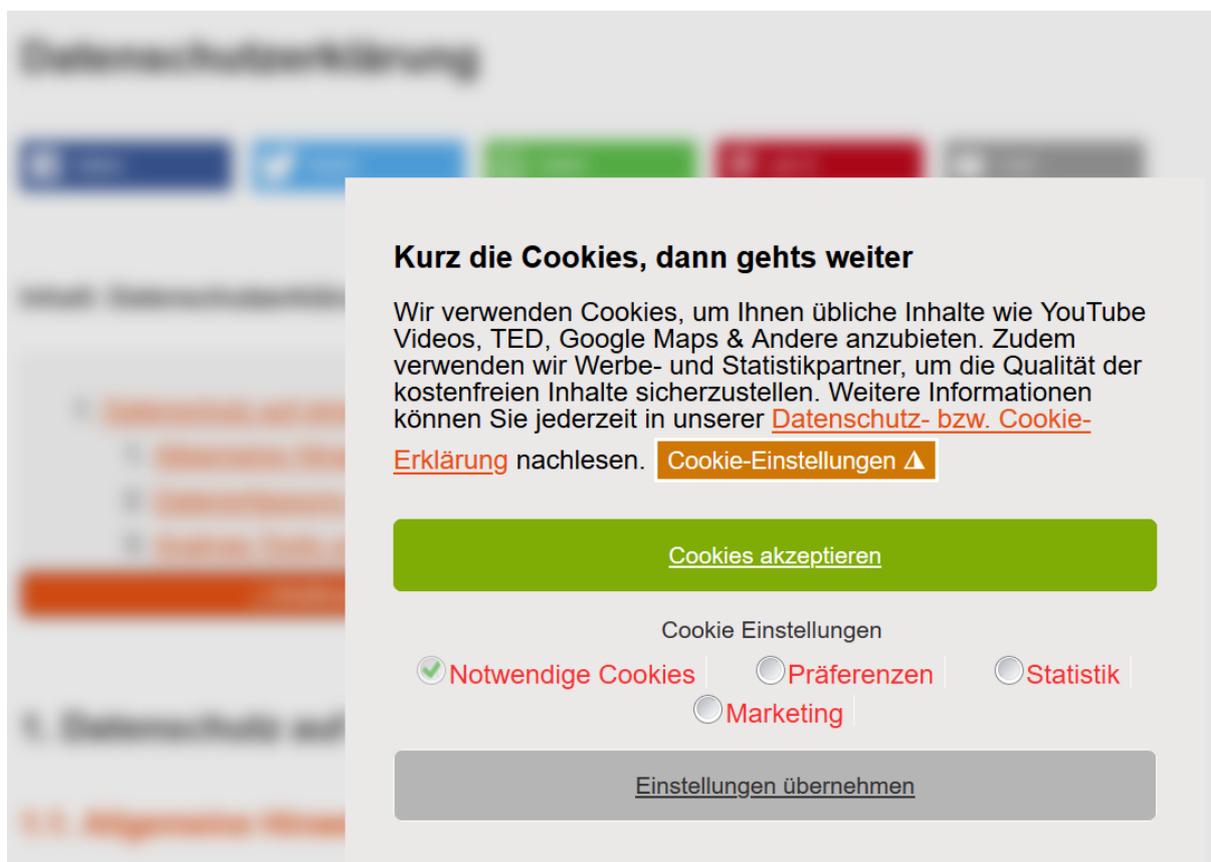


Abb. 19: Kurz die Cookies, dann gehts weiter¹⁷¹

Ignorieren wir kurz das Fehlen des Apostrophs in der Überschrift, wäre es hier auch kein Problem gewesen, die unter "Cookie-Einstellungen" zunächst verborgenen Auswahlmöglichkeiten gleich in der ersten Ebene sichtbar zu machen (wie hier geschehen). Die Webseitenbetreibenden haben sich also offenbar bewusst dagegen entschieden. Sie wollen auf den ersten Blick nur "Cookies akzeptieren" anbieten und die Einstellungsmöglichkeiten hinter einer andersfarbigen Schaltfläche mehr oder weniger im Fließtext verbergen. Das Versprechen, dass die „Datenschutz- bzw. Cookie-Erklärung“ jederzeit nachlesbar ist, stimmt. Eben nur nicht schon im Banner. Denn bei Betätigung des Links wird zwar die Datenschutzerklärung aufgerufen, wie im Hintergrund der Abb. 20 zu sehen, die

¹⁷¹ <https://www.blueprints.de/> (zuletzt besucht am 16.04.2021).

Informationen können jedoch, wie im ersten Beispiel dieses Kapitels, diesmal durch Verwischung im Hintergrund, nicht ohne eine Entscheidung auf dem vorgeschalteten Pop-Up gelesen werden. Mit diesem Cookie-Pop-Up-Fenster kann also keine wirksame Einwilligung erzielt werden. Richtig ist hier natürlich, dass keine außer der notwendigen Cookies voreingestellt sind.

Was hat es nun aber mit den vielen farbig hervorstechenden und unauffällig in den Hintergrund gerückten Schaltflächen auf sich, und was hat das Urteil des LG Rostock weiter entschieden?

4.4.4 Nudging auf Schaltflächen zur Cookie-Einwilligung

Schaltflächen oder engl. „Buttons“ sind Steuerelemente auf Webseiten, die durch Anklicken eine bestimmte Aktion ausführen, meistens das Login, zurück/vorwärts oder die Weiterleitung auf eine Unterseite. Sie sind vom Text eindeutig abgehoben, meist durch Farbe, seltener durch Animationen, um das Auge der Nutzenden auf eben die Aktion, welche mit dieser Schaltfläche ausgeführt wird, aufmerksam zu machen.

Ein Beispiel für gute „Usability“ ist in Abb. 20 zu sehen:

Cookies erleichtern die Bereitstellung unserer Dienste. Weitere Informationen dazu erhalten Sie über den folgenden Link:

[▶ Datenschutz](#)



Abb. 20: Cookies erleichtern die Bereitstellung unserer Dienste¹⁷²

Hier sind die beiden Schaltflächen für Zustimmung und Ablehnung vollkommen identisch und lösen damit kein bevorzugtes Klick-Verhalten aus. Dies ist im Cookie-Banner besonders wichtig, da eine wirksame Einwilligung nach DSGVO u.a. die Freiwilligkeit der Nutzenden benötigt. Weitere Informationen finden sich auf einer zweiten Ebene, in diesem Fall eine lesbare Webseite. Mit diesem Banner kann beinahe eine wirksame Einwilligung eingeholt werden, denn „es reicht nicht aus, dass sich in diesem ein Link auf die Datenschutzerklärung befindet, die dann [...] einen Hinweis auf das Widerrufsrecht enthält“¹⁷³ und weitere Informationen gibt.

Ein weiteres Beispiel der Gestaltung von Schaltflächen ist in Abb. 21 gegeben:

¹⁷² https://www.bmju.de/DE/Startseite/Startseite_node.htm (zuletzt besucht am 18.03.2021).

¹⁷³ *Jandt, Silke*: Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten, 551, 555.

Wir brauchen Deine Zustimmung!

Unsere Webseite verwendet Cookies. Diese haben zwei Funktionen: Zum einen sind sie erforderlich für die grundlegende Funktionalität unserer Website. Zum anderen können wir mit Hilfe der Cookies unsere Inhalte für dich immer weiter verbessern. Hierzu werden pseudonymisierte Daten von Website-Besucherinnen und -Besuchern gesammelt und ausgewertet. Das Einverständnis in die Verwendung der Cookies kannst du natürlich jederzeit widerrufen. Weitere Informationen zu Cookies auf unserer Website findest du in unserer Datenschutzerklärung und im Impressum.

Einstellungen >

Alle ablehnen

Alle akzeptieren

Abb. 21: Wir brauchen Deine Zustimmung!¹⁷⁴

Auf der ersten Ebene finden sich zwei Entscheidungsmöglichkeiten, „Alle ablehnen“ und „Alle akzeptieren“, sowie die Möglichkeit durch die Schaltfläche „Einstellungen“ weitere Informationen zu erhalten. Hier fällt auf, dass „Alle ablehnen“ und „Einstellungen“ identisch gestaltet sind, der „Alle akzeptieren“-Button aber deutlich durch seine rote Farbhinterlegung hervorsticht. Hier haben wir als einen Fall des sogenannten „Nudging“, also das „Hinführen zum erwünschten [...] Verhalten“.¹⁷⁵ Dieses erfolgt in diesem Beispiel über die farbliche Gestaltung, nicht aber über Größenunterschiede oder prominente Platzierung.

Eine Steigerung findet sich am Beispiel der Abb. 22.

¹⁷⁴ <https://www.gew-thueringen.de/wissenschaft/> (zuletzt besucht am 08.03.2021).

¹⁷⁵ Rauer/Ettig: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 22.

COOKIE TRACKING FÜR DAS BESTE EINKAUFSERLEBNIS

Mit der Auswahl „Akzeptiere Tracking“ erlauben Sie der ECE die Verwendung von Cookies, Pixeln, Tags und ähnlichen Technologien. Wir nutzen diese Technologien, um Ihre Geräte- und Browsereinstellungen zu erfahren, damit wir Ihre Aktivität nachvollziehen können. Dies tun wir, um Ihnen personalisierte Werbung bereitzustellen zu können sowie zur Sicherstellung und Verbesserung der Funktionalität der Website. ECE kann diese Daten an Dritte – etwa Social Media Werbepartner wie Google, Facebook und Instagram – zu Marketingzwecken weitergeben. Bitte besuchen Sie [unsere Datenschutzerklärung](#) (siehe Abschnitt zu Cookies) für weitere Informationen. Dort erfahren Sie auch, wie wir Ihre Daten für erforderliche Zwecke (z. B. Sicherheit, Warenkorbfunktion, Anmeldung) verwenden.

Mit einem Klick auf den Button „Akzeptiere Tracking“ geben Sie Ihre Einwilligung dafür ab. Mit Klick auf den Link ["Cookies ablehnen"](#) können Sie Ihre Einwilligung ablehnen.



Abb. 22: Cookies Tracking für das beste Einkaufserlebnis¹⁷⁶

Zu sehen ist auf den ersten Blick nur noch genau eine hervorgehobene, mittig unten platzierte Schaltfläche. Wissen die Nutzenden, dass es eine Möglichkeit zur Ablehnung irgendwo geben muss, dann finden sie den Link im Fließtext. Der Grund für dieses Verstecken ist von Seiten der Webseitenbetreibenden klar, da es sich hier, wie schon der Überschrift anzumerken ist, um einen Service handelt, der, so wird suggeriert, gerne angenommen werden soll. Diese Schaltfläche als einzig zentral platzierte anzubieten, fällt also sowohl unter „Nudging“ als auch unter die Frage, ob hier noch Freiwilligkeit gegeben ist. Eine wirksame Einwilligung scheint damit unwahrscheinlich.

Hinzu kommt, dass „der Prozess des Ablehnens in vielen Fällen unnötig kompliziert“¹⁷⁷ ist.

In Abb. 23 artet die Intention die Cookies ablehnen zu wollen, dann sogar förmlich in ein Suchspiel aus:

¹⁷⁶ <https://www.anger1erfurt.de/> (zuletzt besucht am 03.03.2021).

¹⁷⁷ Jandt, Silke: Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten, 551, 555.

Cookie-Einstellungen

Wir setzen Cookies ein, um unsere Webseiten optimal für Sie zu gestalten, unsere Produkte für Sie zu verbessern sowie Ihnen zusammen mit Drittanbietern interessengerechte Werbung anzuzeigen. In den [Einstellungen](#) können Sie auswählen, welche Cookies Sie zulassen wollen, sowie Ihre Auswahl jederzeit ändern. Weitere Infos finden Sie in unserer [Richtlinie zur Verwendung von Cookies](#) und in unseren [Datenschutzhinweisen](#). Technisch notwendige Cookies werden auch bei der Auswahl von [ablehnen](#) gesetzt.

Mit einem Klick auf ["Zustimmen"](#) akzeptieren Sie diese Verarbeitung.

[Impressum](#)

Zustimmen

[Einstellungen](#)

Abb. 23: Cookie Einstellungen¹⁷⁸

Statt einigen wenigen Link-Hervorhebungen ist ca. ein Drittel des Fließtextes farbig hervorgehoben und damit fällt das Finden der Möglichkeit die Cookies auch „ablehnen“ zu können, umso schwerer. Hier bieten sich dem Nutzenden zwar mehr Optionen, aber das Hinführen zum erwünschten Verhalten kann nicht abgesprochen werden. Natürlich könnten die Nutzenden auch unter Einstellungen eine Auswahl treffen, die noch weniger hervorgehoben, aber direkt unter der „Zustimmen“-Schaltfläche positioniert ist.

Bei Cookie-Bannern und -Pop-Up-Fenstern ist das „Nudging“ also eine weit verbreitete Art und Weise, die Einwilligung zu Cookies und damit ggf. verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten einzuholen. Hierbei sind die Schaltflächen für „Zustimmen“, „Alle auswählen“ oder „Alle akzeptieren“ entweder farbig(er) hinterlegt und/oder größer als andere Schaltflächen, die eine Ablehnung oder Einstellungsmöglichkeiten erlauben, oder gar die einzige sichtbare Möglichkeit weiter, auf die Webseite oder zur Anwendung, zu gelangen. Die Webseitenbetreibenden machen sich durch Gestaltungs-alternativen „die Trägheit des Besuchers zunutze, der die Einwilligungstexte häufig ohnehin nicht liest, sondern das Banner gewohnheitsmäßig mit dem auffälligsten Button ‚wegklickt‘“.¹⁷⁹ Die erwünschte Handlung soll auf den ersten Blick die Zustimmung zum Setzen aller Cookies sein.

Die Art des „Nudging“ erscheint damit auf den ersten Blick nicht unrechtmäßig, solange es Entscheidungsmöglichkeiten gibt. Warum sonst gäbe es kaum ein Beispiel ohne diese

¹⁷⁸ <https://www.ionos.de/digitalguide/websites/online-recht/eprivacy-verordnung/> (zuletzt besucht am 15.03.2021).

¹⁷⁹ Gebhard: Cookie Consent Tools, Der interessante Teil des Urteils beginnt jetzt.

Gestaltungsalternative? Dass es nicht rechtens ist, darüber hat allerdings das Landesgericht (LG) Rostock mit dem Urteil vom 15.09.2020, Az. 3 O 762/19 entschieden.¹⁸⁰

Zwar werden Nutzende lediglich darauf aufmerksam gemacht, d.h. nicht gezwungen den ersten Button anzuklicken, der ihnen ins Auge fällt - vergleichbar mit einer Kaufentscheidung, die die Nutzenden noch immer selbst treffen, auch wenn ihnen Werbung und Platzierung andere Produkte anbieten – aber das LG Rostock sieht im Fall der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. gegen advocado.de das „Nudging“ als unzulässig an. Hier heißt es im Wortlaut unter II., 1. b), Abs. 2:

„Der Umstand, dass der Nutzer bei dem nun verwendeten Cookie-Banner auch die Möglichkeit hat, über den Bereich ‚Nur notwendige Cookies verwenden‘ seine Einwilligung auf technisch notwendige Cookies zu beschränken, ändert an der Beurteilung nichts. Insoweit ist festzuhalten, dass dieser Button gar nicht als anklickbare Schaltfläche zu erkennen ist. Zudem tritt er auch neben dem grün unterlegten und damit als vorgelegt erscheinenden ‚Cookie zulassen‘-Button in den Hintergrund. Diese Möglichkeit wird von einer Vielzahl der Verbraucher deshalb regelmäßig gar nicht als gleichwertige Einwilligungsmöglichkeit wahrgenommen werden. Daran ändert auch der Einleitungstext nichts, da dieser bereits nicht darüber aufklärt, welche Cookies wie vorgelegt sind und damit durch welchen Button, welche Cookies ‚aktiviert‘ werden.“

Wir haben hier also den Fall, dass ein Content Management Tool¹⁸¹ so konfiguriert wurde, dass alle Kästchen voreingestellt und notwendige Informationen unter „weitere Details“ verborgen sind und das Gericht daraufhin auch das „Nudging“ als nicht wirksame Einwilligungseinholung urteilte.¹⁸² Die Suche eines Links oder das Klicken einer nicht hervorgehobenen Schaltfläche, um doch noch eigene Einstellungen an der Cookie-Setzung vorzunehmen oder alle nicht notwendigen abzulehnen, ist damit nicht in allen Fällen nur der Einbau eines Schwierigkeitsgrades, sondern „jedenfalls nach Auffassung des Gerichtsrechtswidrig.“¹⁸³

¹⁸⁰ Vgl. *Hiddemann*: LG Rostock bejaht Unterlassungsanspruch bei „Nudging“ über Cookie-Banner.

¹⁸¹ Vgl. *Gebhard*: Cookie Consent Tools, Hintergrund.

¹⁸² Vgl. Edba.; LG Rostock, Urt. v. 15.09.2020 - Az. 3 O 762/19.

¹⁸³ *Hiddemann*: LG Rostock bejaht Unterlassungsanspruch bei „Nudging“ über Cookie-Banner, Fazit.

Die unumstrittenen Fälle, in denen die Hinführung auf das gewünschte Verhalten nicht existiert oder nach diesem Urteil rechtswidrig ist, haben wir eingangs betrachtet. Auch für das „Nudging“ im Rahmen der „Cookie-Wall“ wurden Beispiele an gegebener Stelle besprochen. Dazu gehört weiterhin, dass “die Ablehnung der Einwilligung mindestens einen Klick weiter entfernt [ist] als die Zustimmung”.¹⁸⁴ Dies ist dann der Fall, wenn es neben dem Zustimmung-Button keine Möglichkeit zum Ablehnen gibt, z.B. durch weitere Schaltflächen oder Links, sondern “Alle zustimmen” nur durch die Einstellungen unter „mehr“ umgangen werden kann, wie in Abb. 24 zu sehen:

Mehr Datenschutz für ihre Privatsphäre

Diese Seite nutzt Website Tracking-Technologien, um ihre Dienste anzubieten, stetig zu verbessern und Werbung entsprechend der Interessen der Nutzer anzuzeigen. Dabei geben wir Informationen auch an Partner weiter, die diese Informationen möglicherweise mit weiteren Daten zusammenführen, die Sie ihnen bereitgestellt haben oder die sie im Rahmen Ihrer Nutzung von deren Diensten gesammelt haben. Ich bin damit einverstanden und kann meine Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen oder ändern.

↔ Datenschutzerklärung ↔ Impressum  mehr

Allen zustimmen

Abb. 24: Mehr Datenschutz für Ihre Privatsphäre¹⁸⁵

Die Möglichkeit unter „mehr“ Einstellungen vorzunehmen und diese auch zu speichern, ist nach Urteil des LG Rostock als „nicht als gleichwertige Einstellungsmöglichkeit wahrgenommen“ zu betrachten. Obwohl über die gegebenen Links alle möglichen Informationen für die Nutzenden einsehbar sind und keine Voreinstellungen bei den Einstellungsmöglichkeiten auftauchen, fällt dieses Banner damit ebenso unter „unzulässig“ für die Einholung einer wirksamen Einwilligung, wie das von advocado.de.

Auffallend ist, dass sich in kaum einem der bisher angeführten Beispiel-Banner oder Pop-Up-Fenster für Cookie-Einwilligung ein „Schließen“ oder „X“ fand.

¹⁸⁴ *Rauer/Ettig*: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 22.

¹⁸⁵ <https://www.hugendubel.de/> (zuletzt besucht am 18.05.2021).

Das Schließen über eine dafür extra angebotene Schaltfläche ist ein antizipiertes Verhalten. Das „X“ in der rechten oberen Ecke ist sicherlich die beliebtesten Möglichkeiten von Nutzenden ein Banner oder Pop-Up-Fenster unkompliziert und schnell zu schließen, ohne sich mit dem Inhalt befassen zu müssen. Durch die antizipierte Handlung, dass die Nutzenden ohne Lesen klicken, fällt auch das „Schließen“ oder „X“ in seiner optischen Gestaltung unter „Nudging“.

Akzeptieren und Schließen X



Wir benötigen deine Zustimmung zur Verwendung von Cookies und anderen Technologien durch uns und unsere Partner, um persönliche Daten auf deinem Gerät zu speichern und zu verarbeiten.

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 ^

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. v

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

Einstellungen

Zustimmen

[Impressum](#) | [Datenschutz](#)

Abb. 25: Netzwelt¹⁸⁶

Mit dem Cookie-Pop-Up-Fenster in Abb. 25 kann aufgrund der grauen Unterlegung des „Einstellung“-Buttons, des nicht Vorhandenseins eines „Ablehnen“-Buttons auf der gleichen Ebene wie dem „Zustimmen“-Button und dem Fakt, dass umfassende Pflichtinformationen zu einzelnen Cookies fehlen, von keiner wirksamen Einwilligungseinholung ausgegangen werden.

¹⁸⁶ <https://www.netzwelt.de/> (zuletzt besucht am 13.04.2021).

Immerhin ist dem „X“, wie in Kapitel 4.1.2 besprochen, der notwendige Erklärungsgehalt zugeordnet. Und zwar werden hier beim einfachen Schließen alle Cookies akzeptiert.

Zuletzt sei an dieser Stelle die Frage gestellt, ob es sich noch um eine eindeutig bestätigende Handlung handelt, wenn sich zwar die farbliche Gestaltung nicht ändert, aber die Reihenfolge der Schaltflächen auf der zweiten Ebene vertauscht ist, vgl. Abb. 26 und Abb. 27.



Abb. 26: Der Schutz Ihrer Privatsphäre liegt und am Herzen!¹⁸⁷

Die Wahl besteht zwischen dem hell hinterlegten Button für Auswahlmöglichkeiten links und dem dunkel hinterlegten Button für die Zustimmung rechts. Wollen die Nutzenden nun die Einstellungen anpassen und betätigen die linke der beiden angebotenen Schaltflächen, erscheint die Ebene wie in Abb. 27.

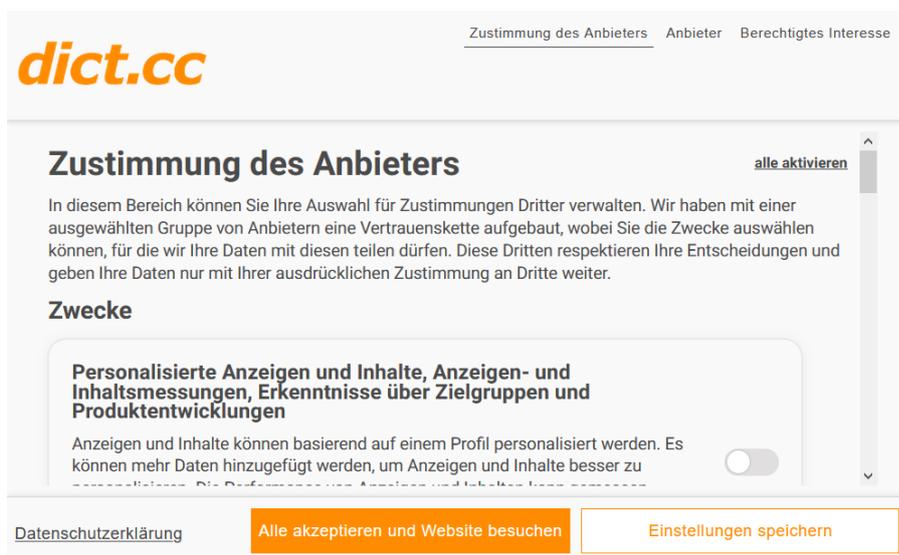


Abb. 27: Zustimmung des Anbieters¹⁸⁸

¹⁸⁷ <https://www.dict.cc/> (zuletzt besucht am 13.04.2021).

¹⁸⁸ Ebda.

Der hell hinterlegte Button heißt nun "Einstellungen speichern" und befindet sich rechts, der dunkel hinterlegte Button zur Zustimmung hat seinen Platz eingenommen. Sehen die Nutzenden nun also, dass keine Voreinstellungen existieren und wissen, dass die Einstellungen direkt so gespeichert werden können und klicken automatisch dorthin, wo der Mauszeiger noch positioniert ist, sind doch alle Cookies akzeptiert. Macht nichts! Browser-Einstellungen öffnen, Cookies löschen, weiter im Text. Dieser Tausch und dazu die Wortwahl „und Webseite besuchen“ nur bei der Akzeptanz aller Cookies, suggeriert den Nutzenden also ein klares Verhalten, welches die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung, die durch dieses Pop-Up-Fenster eingeholt wird mit: „eine verhaltensmanipulierende Ausgestaltung soll danach zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung führen können“¹⁸⁹ beantwortet.

Bei einem solchen Banner fällt einem nicht nur die Hinführung auf gewünschtes Verhalten durch farbige Hervorhebung, zentral platzierte Schaltflächen und Tauschkonzepte auf, es drängt sich auch die Frage auf, ob die Einholung von Cookie-Einwilligungen durch Banner und Pop-Ups vielleicht doch nicht der ideale Weg ist, wenn Webseitenbetreibende zu ebensolchen Überlistungsstrategien und Zwängen greifen müssen, um ihr Webseitenangebot aufrechterhalten zu können.

Es gibt eine Reihe von rechtlichen Fallstricken, die zur Unwirksamkeit der Einwilligung durch Gestaltungsalternativen führen können. Wie sinnvoll es in diesem Fall sein kann, CMT von Anbietenden zu verwenden, soll hier im Folgenden natürlich auch noch betrachtet werden.

¹⁸⁹ Jandt, Silke: Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten, 551, 555.

4.5 Einsatz von Consent Management Tools oder Plattformen

Wo Bedarf ist, werden zur Verwaltung von Cookie-Einwilligungen auch sogenannte Consent Management Tools (CMT) oder Consent Management Plattformen (CMP) angeboten. Europäische Standards für CMT bzw. CMP hierzu stellt das Interactive Advertising Bureau (IAB) mit dem Transparency and Consent Framework (TCF) v2.0 bereit.¹⁹⁰ Das Ziel ist die Wahlmöglichkeiten und Transparenz für Nutzende zu erhöhen, damit die Werkzeuge zur Einwilligung standardisiert verwaltet werden können.¹⁹¹ Auch hier werden die Einwilligung nach DSGVO bzw. - um exakt zu sein - General Data Protection Regulation (GDPR), sowie Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL zugrunde gelegt.¹⁹²

Im Strategiepapier der IAB Europe heißt es außerdem, dass wenngleich TCF nützlich ist, die einzelnen Webseitenbetreibenden sich trotzdem mit ihren rechtlichen Verpflichtungen auseinandersetzen müssen.¹⁹³ Neben Verlagen, Werbeagenturen und anderen Anbietern, können auch CMP -Anbietende teilhaben, für eine jährliche Grundgebühr von 1.500 Euro.¹⁹⁴ *Usercentrics* werben beispielweise damit, dass “eine fehlende Einwilligung [...] zu erheblichen Einschränkungen Ihres digitalen Marketings und zu sinkenden Werbeeinnahmen [führt]”¹⁹⁵ und bieten Services unter anderem dazu an, die Einwilligung von Nutzenden einfacher und legal zu bekommen.¹⁹⁶

Cookiebot, deren CMP nach eigenen Aussagen weltweit führend sind und die Zustimmung, Kontrolle und Überwachung von Cookies und Trackern anbieten,¹⁹⁷ versprechen dagegen, dass “wertvolle Webseiten-Analysen in voller Übereinstimmung mit allen wichtigen Datenschutz-gesetzen (DSGVO, ePrivacy-Richtlinie, CCPA) zu erhalten [sind].”¹⁹⁸

Beide Anbietende erfüllen nach eigenen Aussagen die Anforderungen des TCF v2.0-Standards, finden sich auch in der CMP Liste¹⁹⁹ wieder, und beziehen Google’s Consent Mode ein. Die genaue Funktionsweise und automatische Prüfroutinen werden auf den Webseiten erklärt.

¹⁹⁰ Vgl. *Zimprich*: Zur Einwilligung bei der Datenverarbeitung mittels Cookies, in: DB 2020, 1839; *Rauer/Ettig*: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 24; m.w.N.

¹⁹¹ Vgl. TFC - Transparency & Consent Framework v2.0, What is TCF v2.0?

¹⁹² Vgl. Transparency and Consent Framework Policies, hrsg. v. IAB Europe, Appendix A, A, Purpose 1.

¹⁹³ Vgl. Ebda., Preamble, v.

¹⁹⁴ Vgl. TFC - Transparency & Consent Framework v2.0, Join the TCF.

¹⁹⁵ Usercentrics Consent Management Platform, Marketing.

¹⁹⁶ Vgl. Ebda.

¹⁹⁷ Vgl. Cookiebot, Privatsphäre schützen.

¹⁹⁸ Ebda., Konforme Webseiten-Analyse.

¹⁹⁹ <https://iabeurope.eu/cmp-list/> (zuletzt besucht am 14.04.2021).

Wollen Webseitenbetreibende also Werbung, Tracking und Analyse mittels Einwilligung rechtmäßig fortsetzen, dann scheint kaum ein Weg an diesen kostenpflichtigen Angeboten vorbeizuführen. Die Nutzung von CMT/CMP auf der eigenen Webseite ist jedoch nicht automatisch datenschutzkonform! Die entsprechenden Konfigurationsmöglichkeiten müssen stimmen.²⁰⁰

²⁰⁰ Vgl. Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, hrsg. v. LFD Niedersachsen, 1.

4.6 Einsatz von Browser-AddOns zur Unterdrückung sinnvoll?

Nachdem nun in aller Ausführlichkeit die technischen und rechtlichen Vorgaben rund um den Einsatz und die Einwilligung zu Cookies erläutert worden sind, ist die Frage der Sinnhaftigkeit der Unterdrückung deren Banner und Pop-Up-Fenster wohl eher eine Rhetorische. Im Sinne der Vollständigkeit soll im Folgenden dennoch eine kurze Betrachtung folgen, warum die Unterdrückung von Werbung und die Unterdrückung von Cookie-Einwilligungen ganz und gar nicht dasselbe ist.

Browser-AddOns zur Unterdrückung von Pop-Ups, die sich im gleichen Tab als Überlagerung anzeigen oder neue Tabs oder Fenstern öffnen, sind Bestandteile der täglichen Internetnutzung und werden bekanntlich gerne mit Tools wie Ad-Blockern unterdrückt. Diese gibt es in allen Varianten für nahezu alle Browser und machen das Benutzen von Webseiten oft sehr viel komfortabler. Dass dieses Vorgehen auch bei den nicht minder hinderlichen, ja nervigen, Cookie-Bannern und -Pop-Up-Fenstern Anwendung finden kann, ist beinahe eine Selbstverständlichkeit, die jedoch ganz klar nicht im Sinne der eigenen Verantwortung ist. Denn im Gegensatz zu Werbung, die uns zum Kauf verlocken will, bieten diese die Möglichkeit, die Erfassung unserer Daten selbständig zu steuern und damit unsere Privatsphäre im Internet zu schützen. Eine Unterdrückung des Banners oder Pop-Ups führt damit in den meisten Fällen dazu, dass der Webseite/den Webseitenbetreibende die Entscheidung überlassen wird, welche Cookies gesetzt werden - und das sind im Fall der Fälle alle. Im Sinne von: „Alle Daten werden von unseren Algorithmen verarbeitet, um dir für dich relevantere Werbung anzeigen zu können. Davon abgesehen bleiben deine Geheimnisse absolut geheim! (Änderungen der AGB vorbehalten!)“²⁰¹ Keine Entscheidung zu wollen und keine zu haben sind also zwei Paar Schuhe. Daneben ist die Vorgehensweise der Änderung der AGB, wie bereits erahnt werden kann, im Urteil des LG Rostock am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB geprüft, unzulässig.²⁰² Zum einen müssen beide Vertragspartner der Änderung zustimmen, zum anderen braucht diese wichtige Gründe, und „damit ist für vorhersehbare Änderungen der vertraglichen Gegebenheiten eine Änderung der AGB über eine Änderungsklauseln ausgeschlossen.“²⁰³

²⁰¹ *Kling*: QualityLand, 136.

²⁰² Vgl. LG Rostock, Urt. v. 15.09.2020 - Az. 3 O 762/19, Entscheidungsgründe II., 3. a), Abs. 4 b).

²⁰³ Ebd.

Ist es dem gemeinen Internetnutzer egal, ob Cookies über Jahre in seinem Browser ungelöscht mitlaufen und so ein exaktes Nutzerprofil entsteht? Utopisten könnten jetzt einwerfen, dass es doch sehr hilfreich ist, wenn der Online-Handel gar nicht mehr auf einen Kaufentscheid wartet, sondern bereits die Ware verschickt, die in das Kauf-Profil der Nutzenden passt.²⁰⁴ Realisten dagegen sehen, dass so Entscheidungen immer mehr abgenommen werden und dies zu einer Unfreiheit führt, die auch die eigenen Daten betrifft. Dennoch gibt es eine Reihe von Browser-AddOns, die sich um die unerwünschten Cookie-CMT kümmern.

“I don’t care about cookies”²⁰⁵ (zu Deutsch: „Ich interessiere mich nicht für Kekse“) steht als AddOn u.a. für Mozillas Firefox und Googles Chrome Browser zur Verfügung und beinhaltet in diesem Sinne sicherlich eine sehr wahre Aussage für einige Nutzende, ist aber dennoch keine Alternative für die wirksame, aktive Einwilligung. Zwar versucht das Browser-AddOn das Cookie-Banner, sowie die Cookie-Setzung zu blockieren, aber akzeptiert auch alle dort, wo das nicht möglich ist.²⁰⁶

„Ninja-Cookies“²⁰⁷ daneben, laut *Oerding* eine aus Datenschutzsicht bessere Browser-AddOn-Alternative, lehnt aber auch grundsätzlich alle nicht-notwendigen Cookies ab, sodass Nachrichtenseiten, die ihre Services gegen Daten anbieten, nicht mehr benutzbar sind. Außerdem greift es (logischerweise) auch auf die Browser-Aktivitäten zu; ob dieses Verfahren der Sammlung harmloser ist als die eines Tracking-Cookies, bleibt abzuwarten.²⁰⁸

Die informierte, freiwillige Einwilligung durch eine bestätigende Handlung mit Widerrufsrecht nach DSGVO über Banner und Pop-Up-Fenster einzuholen, setzt also voraus, dass diese auch gesehen und aktiv betätigt werden. Sonst haben Webseitenbetreibende entweder die Möglichkeit immer alle Cookies zu setzen und personenbezogene Daten zu verarbeiten, wie sie es für richtig halten, oder gar keine Möglichkeit mehr einwilligungsbedürftige Cookies zu setzen, je nachdem wie zuverlässig das Browser-AddOn arbeitet und welche technischen Gegenmaßnahmen die Webseitenbetreiber für deren Zugriffe getroffen haben. Genauso wie es Webseiten gibt, die das Ausschalten des Ad-Blockers fordern, bevor es weitergeht.

²⁰⁴ Vgl. *Kling*: QualityLand, 17 ff.

²⁰⁵ <https://addons.mozilla.org/de/firefox/addon/i-dont-care-about-cookies/> (zuletzt besucht am 15.03.2021).

²⁰⁶ Vgl. *Oerding*: Gehen Ihnen Cookies auch so auf den Keks?, I don’t care about cookies; m.w.N.

²⁰⁷ <https://addons.mozilla.org/de/firefox/addon/ninja-cookie/> (zuletzt besucht am: 11.04.2021).

²⁰⁸ Vgl. *Oerding*: Gehen Ihnen Cookies auch so auf den Keks?, Ein neues Add-on verspricht Datenschutz und Benutzerfreundlichkeit ; m.w.N.

5 Fazit

Damit lässt sich belegen, dass nicht die DSGVO an allem Schuld ist, wie die Eingangsbehauptung vermuten ließ, sondern dass erst die Rechtsprechung des BGH mit der „Cookie-Einwilligung II“ zweifelsfrei die Notwendigkeit einer Einwilligung in die Cookie-Setzung nach ePrivacy-RL im deutschen Rechtsgebiet beschlossen hat.²⁰⁹ Unabhängig davon, ob es sich um personenbezogene Daten handelt oder nicht, ist in fast allen Fällen eine Einwilligung nötig, die sich durch eine eindeutige bestätigende Handlung und nicht-voreingestellte Auswahlmöglichkeiten auszeichnet.²¹⁰

Wollen Webseitenbetreibende Cookies für ihre Webseite nutzen, heißt das jedoch nicht, dass die DSGVO nicht trotzdem in bestimmten Fällen, nämlich wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden, direkt zur Anwendung kommt. Nicht zuletzt, da die Urteile des EuGH und BGH und LG Rostock sowohl auf der ePrivacy-RL als auch der DSGVO aufbauen bzw. auf diese verweisen.²¹¹

Es ist also essenziell, die Notwendigkeit der Cookie-Nutzung zu prüfen, deren Rechtsgrundlagen zu kennen und bei Einwilligungseinholung und Information der Nutzenden die hier besprochenen Anleitungen und Gestaltungsspielräume zu nutzen bzw. deren Nutzung zu unterlassen. Bis die ePrivacy-VO in Kraft tritt, aufgrund der so gut wie alle Einwilligungseinstellungen im Browser gesetzt werden können sollten,²¹² dienen zur Einwilligung in die Cookie-Setzung durch die Nutzenden meistens Banner und Pop-Up-Fenster, die oft auf „Alle akzeptieren“ hinführen wollen. Dies tun sie oft auf unzulässige Weise²¹³ und werden als störende Hindernisse für die Nutzenden empfunden.

Über diese Alltäglichkeit der Cookie-CMT regen sich viele, nicht zuletzt in den sozialen Medien und News-Webseiten, auf. „Wer seine Cookies regelmäßig löscht, muss dafür auch damit leben, sich bei jedem neuen Besuch einer Webseite wieder durch die Cookie-Banner-Monster klicken zu müssen.“²¹⁴, heißt es beispielsweise in einem Artikel auf zeit.de.

²⁰⁹ Vgl. *Hartung/Schwarze*: Einwilligung in Cookies, in: DB 2020, 2002.

²¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 18.05.2020 - I ZR 7/16.

²¹¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.10.2019 - C-673/17; BGH, Urt. v. 18.05.2020 - I ZR 7/16.

²¹² Vgl. Erwägungsgrund 21 ePrivacy-VO.

²¹³ Vgl. LG Rostock, Urt. v. 15.09.2020 - Az. 3 O 762/19, Entscheidungsgründe II., 1. b), Abs. 2.

²¹⁴ *Oerding*: Gehen Ihnen Cookies auch so auf den Keks?

Nicht aus den Augen zu verlieren ist dabei, dass Cookies technische Notwendigkeiten haben und für bestimmte Dienste schlicht notwendig sind. Dass die Einwilligung zum Setzen also nicht vollkommen unauffällig platziert werden kann, sondern oft aus gutem Grund den Nutzenden „nervt“. Webseitentreibende können nicht dazu verpflichtet werden ihre Angebote prinzipiell erstmal größtenteils ohne Cookies anzubieten.²¹⁵ Deswegen ist deren Sichtbarkeit und benutzerfreundliche Ausgestaltung ein Knackpunkt in der heutigen Internetnutzung, denn wie *Haberer* schon richtig feststellt, können Nutzende ja auch einfach auf den Besuch der Webseite verzichten.²¹⁶

Auch stellt er fest, dass die Internetnutzung, sprich der Aufruf der meisten Webseiten, kostenfrei ist und Werbung und Partner oft die einzige Einkommensquelle zur Aufrechterhaltung der Webseite darstellen. Das Internet an sich hat sich über Jahre hinweg auf das „Bezahlen mit Daten“ bzw. personalisiertem Verhalten und der Erstellung von Nutzungsprofilen verlegt, anstatt für jeden Webseitenaufruf und jede Suchanfrage Geldbeträge zu erheben.²¹⁷ Für Nutzende steht dies heute auch vollkommen außer Frage, doch etwas kostenfrei zu nutzen und dann Werbung/Werbe-Cookies abzulehnen, funktioniert in der Praxis einfach nicht.

Wenn Google, wie geplant²¹⁸, Tracking-Cookies abschaffen will und wie *zeit.de* titelt: „Tracking-Cookies für Werbezwecke nerven und spionieren uns aus. Google will sie nun tatsächlich abschaffen. Werden wir bald weniger durchs Netz verfolgt?“²¹⁹ eine allgemeine Redensart sein könnte, bleibt der Fakt, dass alle Tracking-Technologien, da sie durch ID personenbezogene Daten verarbeiten eine Einwilligung nach DSGVO benötigen. Ob es Cookies sind oder vergleichbare Technologien, den Nutzenden bleibt durch die gängige Rechtsprechung vorbehalten ihre Privatsphäre (im Internet) zu schützen.²²⁰

Es muss ein Mittelweg gefunden werden, der die Privatsphäre der Nutzenden schützt und ihnen Wahlmöglichkeiten bietet und gleichzeitig Webseitenbetreibende weder vollkommen freie Hand bei der Datensammlung lässt noch sie vor die Frage stellt, ob sie diesen Service noch anbieten können. Denn wir leben (noch?) nicht in QualityLand.

²¹⁵ Vgl. *Haberer*: Anforderungen an Cookie Banner, in: MMR 2020, 810, 813.

²¹⁶ Vgl. Ebda., 814.

²¹⁷ Vgl. Ebda., 813.

²¹⁸ Vgl. <https://blog.google/products/ads-commerce/a-more-privacy-first-web> (zuletzt besucht am 25.03.2021).

²¹⁹ *Kleinz*: Keine lästigen Cookies mehr; m.w.N.

²²⁰ Vgl. *Rauer/Ettig*: Update Cookies 2020, in: ZD 2021, 18, 20; m.w.N.

„Ich verlange nicht, dass Sie alles abschalten. [...] Aber Sie sollten uns Kontrollmöglichkeiten geben! Ich will, dass ich die Algorithmen steuere, und nicht, dass die Algorithmen mich steuern! Ich will mein Profil einsehen können, und ich will es korrigieren können. Ich will nachvollziehen können, was mir warum vorgeschlagen oder vorenthalten wird.“

Marc-Uwe Kling, QualityLand, Die Beschwerde

Leitfaden zur Cookie-Einwilligung

Einleitung

Dieser Leitfaden richtet sich an all diejenigen, die Webseiten betreiben oder sie besuchen und will eine Hilfestellung für das Labyrinth der Cookie-Banner und -Pop-Up-Fenster bieten, damit in all dem Chaos der Überblick nicht verloren geht. Die Einwilligung als eine von sechs Rechtsgrundlagen nach DSGVO wird hier sowohl in ihren Bestandteilen als auch in ihrer Relevanz für den Cookie-Einsatz betrachtet. Außerdem wird erklärt, wann es gerechtfertigt ist, Nutzende vor eine Wand, eine sogenannte "Cookie Wall", laufen zu lassen und warum „Nudging“ nicht mehr zulässig ist. Im Mittelpunkt steht hier die wirksame Einwilligung durch ein benutzerfreundliches Cookie-Banner bzw. -Pop-Up-Fenster zu erhalten.



Cookie-Einsatz

Welche Cookies zu welchen Zwecken auf der Webseite eingesetzt werden, liegt größtenteils in der Hand von Webseitenbetreibenden. Setzen diese auf vollständige Eigenständigkeit im Aufbau und Betrieb der Webseite und Nutzen keinerlei Cookies von Drittanbietern wie Google und Co., dann spricht man von sogenannten First-Party Cookies, auf Deutsch: Erstanbieter-Cookies. Hier werden Cookies von der Webseite selbst gesetzt. Dies kann auch der Fall sein, wenn eine Firma damit beauftragt ist, die Webseite zu erstellen und Vorgaben hat, welche Cookies zusätzlich zu den technisch Notwendigen gesetzt werden sollen. Oft existieren aber auch Verträge mit Partnern, welche den Cookie-Einsatz ebensolcher Drittanbieter-Cookies, auf Englischen: Third-Party Cookies, vorgeben. Die Webseitenbetreibenden haben stets ein Mitspracherecht, wählen die Firma aus bzw. sind die zweite Partei bei einem Vertragsabschluss und daher verantwortlich für die Cookie-Informationen auf ihrer Webseite.

Zur Auswahl von Cookies stellt sich zunächst die Frage, welche Vorgänge von den „guten“ Session-Cookies übernommen werden können. Diese werden nach dem Beenden der Browser-Sitzung gelöscht und sind damit nutzerfreundlicher als die dauerhaften Cookies. Ist ein dauerhaftes Cookie notwendig, welches Informationen über mehrere Sitzungen speichert,

sollte eine angemessene Funktions- bzw. Lebensdauer eingestellt sein und die Nutzenden darüber informiert werden. Wichtig ist bei der Wahl, dass es immer auch Alternativen zu Google, Facebook und Co. gibt.

Vor dem Einsatz von Cookies ist es wichtig, Zwecke formuliert zu haben und deren Rechtmäßigkeit zu prüfen sowie die Einbeziehung von Dritten abzuwägen. Die Grundsätze der DSGVO [<https://dsgvo-gesetz.de/>] und die aktuelle Rechtsprechung sollten genauso bekannt sein, wie die Funktionsweise der Cookies, für die sich die Webseitenbetreibenden bzw. die Firma, welche deren Webseite verwaltet, entschieden haben. Erst dann kann geprüft werden, welche Cookies eine Einwilligung benötigen und welche rechtmäßig ohne diese verwendbar sind.

Technische Cookies benötigen keine Einwilligung

Technische Cookies

Der Einsatz von technisch notwendigen Cookies ist von den im Folgenden zu betrachtenden Einwilligungserfordernissen nicht betroffen, denn sie stellen die Funktionsfähigkeit der Webseite sicher, sodass z.B. das Login erhalten bleibt und die Internetnutzenden nicht bei jedem Seitenwechsel erneut aufgefordert werden, sich anzumelden. Diese notwendigen oder essenziellen Cookies finden sich in Cookie-Bannern oder -Pop-Up-Fenstern oft bereits voreingestellt und nicht-abwählbar. Dies ist rechtmäßig, da sie einwilligungsfrei sind und die Nutzenden keine Kontrolle über deren Setzung haben. Damit einher geht auch, dass mit diesen Cookies keine personenbezogenen Daten verarbeitet werden. Eine Information der Nutzenden über deren Existenz bleibt aber damit nicht aus.

Dienstnotwendige Cookies

Beim Einsatz von dienstnotwendigen Cookies befindet man sich in einer rechtlichen Grauzone. Generell können diese als „unbedingt erforderlich“ nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL [https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/dir_2009_136_de.pdf] betrachtet

werden und gelten damit, genauso wie die technischen, als einwilligungsfreie Cookies. Wenn die Nutzenden also einen Dienst in Anspruch nehmen und dazu bestimmte Aspekte außerhalb der reinen Technik benötigt werden, damit ebendieser Dienst überhaupt angeboten werden kann, können diese einwilligungsfrei gesetzt werden. Dazu zählen z.B. Warenkorb-Cookies oder Cookies, die der Sicherheit oder Performance dienen. Aber einwilligungsfrei heißt auch hier nicht uninformiert. Die Nutzenden müssen wissen, welche Daten verarbeitet und welche Cookies gesetzt werden, auch wenn sie dem ein oder anderen aus den genannten Gründen nicht widersprechen können.

Rechtsgrundlagen für den Einsatz von einwilligungsbedürftigen Cookies

Bei dem Einsatz aller nicht-technischen bzw. dienstnotwendigen Cookies gilt ganz klar eins: Das Setzen von Cookies bedarf einer Einwilligung, so das BGH-Urteil v. 28.05.2020 [<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=107623&pos=0&anz=1>].

Verarbeiten die Cookies zusätzlich personenbezogene Daten, gibt es für diese Verfahren wiederum Rechtsgrundlagen, die zur Verfügung stehen: Der Vertrag nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO kann zur Datenverarbeitung ebenso rechtmäßig sein, wie das berechtigte Interesse, welches mit erfolgter Interessenabwägung, nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO, z.B. für IT-Sicherheit, Marktforschungszwecke oder Direktwerbung, eingesetzt werden kann. Und auch hier kann die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO genutzt werden. Diese muss im Gegensatz zu den anderen beiden Rechtsgrundlagen aktiv von Nutzenden erteilt werden, informiert und freiwillig erfolgen, sowie jederzeit ohne Angabe von Gründen zurückgezogen werden können.

Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

Damit eine Einwilligung rechtmäßig wirksam ist, muss sie, dem Wortlaut von Art. 4 Nr. 11 DSGVO nach, folgende Eigenschaften ausweisen:

- freiwillig für den bestimmten Fall
- in informierter Weise und unmissverständlich
- eindeutige bestätigende Handlung

Die folgenden Bedingungen nach DSGVO Art. 7 erfüllen:

- protokolliert bzw. nachweisbar sein
- in klarer, einfacher Sprache
- von anderen Sachverhalten eindeutig zu unterscheiden
- mit Widerrufsrecht

Und nach Erwägungsgrund 32 DSGVO keine Voreinstellungen ausweisen: „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen.“

Der Zweck heiligt die Mittel

Zweckbindung

Für jedes Cookie und die ggf. damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten muss es einen Zweck (Art. 5 Abs. 1 lit. a) DSGVO) und eine damit verbundene Rechtsgrundlage geben. Übliche Zwecke zum Cookie-Einsatz sind z.B. die Gewährleistung von Sicherheit, die Warenkorb-Funktion oder personalisiertes Marketing. Jeder Verarbeitungsvorgang gehört zu genau einem Zweck, und jede Einwilligung kann nur für genau diesen einen Zweck erfolgen.

Kopplungsverbot

Das bedeutet im Umkehrschluss, dass in jedem Fall nur die eine benannte Funktion bzw. Verarbeitung für den bestimmten Zweck akzeptiert oder abgelehnt werden und es keine Kopplung mit bspw. der Zusage zu einem Newsletter geben kann. Damit soll verhindert werden, dass personenbezogene Daten gegen eine Dienstleistung erhoben werden, für welche diese eigentlich nicht notwendig sind. Die Ausnahme findet sich im Medienbereich und überall da, wo Inhalte gegen Geld, meist der Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements, oder personenbezogene Daten angeboten werden. Eine ausführliche Betrachtung dazu findet sich in: *Hacker: Daten als Gegenleistung*, in: ZfPW 2019.

Datenminimierung

Im Zusammenhang mit Cookies gibt es zwar keine eindeutige Rechtsgrundlage, die auf Datensparsamkeit drängt, aber im Sinne des Datenschutzes von personenbezogenen Daten (Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO) sollten auch hier keine Cookies ohne expliziten Grund gesetzt werden. Genau wie im Falle der passenden Rechtsgrundlage, ist auch bei der Datenminimierung vorher einzuschätzen, ob es eine Notwendigkeit gibt diese Cookies nutzen zu müssen und ob nur die personenbezogenen Daten damit verarbeitet werden, die für das Verfahren unabdinglich sind und dass keine Verarbeitung schlichtweg nur deshalb erfolgt, weil es möglich ist.

Transparenz

Werden personenbezogene Daten erhoben bzw. verarbeitet, fordert die DSGVO in Art. 5 Abs. 1 lit. a) Transparenz für die Nutzenden, d.h. alle Verarbeitungsvorgänge müssen vollständig und unmissverständlich offengelegt werden. Auch bei Cookies gilt, dass jeder verwendete Cookie in seinem Einsatz und die mit diesem im Zusammenhang stehende Verarbeitung personenbezogener Daten den Nutzenden offengelegt werden muss, bevor die Setzung der Cookies auf der Webseite erfolgen kann. Dieser Transparenz-Grundsatz fordert natürlich auch, dass die Informationen nicht auf der Webseite versteckt sein dürfen, sondern den Nutzenden unübersehbar angeboten werden. In Art. 12 DSGVO heißt es im Wortlaut: diese Informationen sind „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu übermitteln.“ Dazu dienen vorgeschaltete Banner und Pop-Up-Fenster auf Webseiten, auf denen die Information und subsequeute Einwilligung zu Cookies und deren Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgen kann.

Nachweispflicht

Damit eine Einwilligung wirksam ist, muss diese auch protokolliert werden, d.h. nachweisbar sein. Nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO heißt es dazu: „muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.“ Bei Webseiten müssen also im Hintergrund die Entscheidungen der Nutzenden resp. die Auswahl, die sie auf dem Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster getroffen haben, nicht nur befolgt, sondern auch gespeichert werden, damit die Verarbeitung rechtmäßig ist.

Notwendige Informationen

Bei der wirksamen Einwilligung zu Cookies gilt es grundsätzlich nicht zwischen denjenigen zu unterscheiden, die personenbezogene Daten verarbeiten und solche, die es nicht tun, so das BGH-Urteil. Aber die Informationspflichten unterscheiden sich sehr wohl.

Notwendige Informationen zur Cookie-Einwilligung sind nach EuGH-Urteil v. 01.10.2019 [<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>]:

- Zweckbindung
- Funktionsdauer
- ggf. Weitergabe an Dritte

Und laut DSGVO bei der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten, hier in Verbindung mit Cookies auf Webseiten präzisiert:

- Name und Kontaktdaten des Webseitenbetreibenden
- Zweck und Rechtsgrundlagen der Verarbeitung
- ggf. Weitergabe an Dritte
- Speicherdauer
- Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung oder Einschränkung
- Widerrufsrecht der Verarbeitung

Diese Informationen sind im Cookie-Banner bzw. Pop-Up-Fenster oder in der Datenschutzerklärung vor der Einwilligung für den Nutzenden einzusehen, **bevor** eine eindeutige bestätigende Handlung, wie die Betätigung einer Schaltfläche die Cookies ablehnt, einer Auswahl oder allen zustimmt, erfolgt.

Widerrufsrecht

Sobald die Auswahl auf dem Cookie-Banner oder -Pop-Up-Fenster erfolgt ist - sei es nach umfassender Lektüre der Informationen oder aus Zeitgründen nur oberflächlich - muss es auf der Webseite, am sinnvollsten unter "Datenschutzerklärung", weiterhin die Möglichkeit geben das Banner oder Pop-Up-Fenster wieder zu öffnen und damit die gegebenen

Einstellungen anzupassen. Denn in Art. 7 Abs. 3 DSGVO heißt es, dass der Widerruf genauso einfach sein muss, wie die Einwilligung selbst. Kann die Einwilligung nicht widerrufen werden, ohne damit auch den Dienst nicht mehr nutzen zu können, muss eine andere Rechtsgrundlage gefunden werden. Deswegen können die Dienst-notwendigen Cookies als einwilligungsfreie Cookies betrachtet werden.



Banner oder Pop-Up-Fenster

Um der Informationspflicht und Einwilligungseinholung nachzukommen, nutzen Webseitenbetreibende zumeist Banner oder Pop-Up-Fenster. Diese werden auch als Consent Management Tools bezeichnet und können von Anbietenden erstellt oder selbst konfiguriert werden. Die Nutzenden erhalten daher oft nicht direkt Zugriff auf die Webseite, sondern müssen erst der Aufforderung nachkommen, alle Cookies zu akzeptieren oder eine Auswahl vorzunehmen, bevor die Webseite hindernisfrei nutzbar ist. Dabei gelten die Grundsätze der wirksamen Einwilligungseinholung und der benutzerfreundlichen Gestaltung.

Cookie- Wall

Wichtig ist im Rahmen der wirksamen Einwilligungseinholung, dass ein Banner oder Pop-Up-Fenster die Benutzung der Webseite nicht unmöglich macht, bis mehr als den notwendigen, also den technischen und unbedingt erforderlichen Cookies zugestimmt ist. Eine Ausnahme findet sich bei Nachrichtenseiten, denen es zulässig ist, Daten oder Geld als Gegenleistung zu fordern. Dass die Webseite verdunkelt oder ausgegraut ist, während das Pop-Up-Fenster im Fokus steht, ist hingegen sehr wohl erlaubt. Genauso wie die vollkommene Blockade des Sichtfensters der Webseite, solange umfassende Informationen für die Einwilligung in dem Banner oder Pop-Up-Fenster selbst und nicht auf besagter Webseite zu lesen sind.

Auswahlmöglichkeiten

Neben der Notwendigkeit, keine nicht erforderlichen Kästchen und die damit verbundenen Verarbeitungstätigkeiten bereits angekreuzt zu haben, um eine wirksame Einwilligung zu gewährleisten, besteht auch die Pflicht, den Nutzenden eine Auswahl zu geben.

Die Einwilligung muss freiwillig, ohne Zwang und informiert für die Cookies erfolgen können, die die Nutzenden - und nicht der Webseitenbetreibende - gerne hätte. Diese muss klar nach Zwecken und/oder Rechtsgrundlagen getrennt anwählbar sein. Die Voreinstellung eines Kästchens ist leer, die Voreinstellung eines Schiebereglers aus. Außerdem muss sichergestellt sein, dass bei einer Fülle von Cookies die Möglichkeit besteht, Cookies mit gleicher Funktion, d.h. alle Werbe-Cookies oder alle Statistikdaten sammelnden Cookies als Gruppe auswählen zu können. Der Fall, dass der Nutzende alle 100 Kästchen einzeln anwählen (oder, bei nicht rechtskonformer Anwendung, abwählen) muss, hat nichts mehr mit freier Wahl zu tun. Auch die Möglichkeit, dass eine bestimmte Anzahl von z.B. Werbepartner-Cookies zur Einwilligung angekreuzt sein muss, bis zu dem Punkt, dass der Webseitenbetreiber sonst auswählt, ist nicht gestattet, so das EuGH-Urteil.

Ein voreingestelltes Ankreuzkästchen ist keine wirksame Einwilligung

Prinzipiell gilt also, es dem Nutzenden bei den Auswahlmöglichkeiten so einfach wie möglich zu machen und nichts voreinzustellen, sodass der Klick auf "Einstellungen/Auswahl anpassen" und daraufhin "Einstellungen/Auswahl speichern" immer dazu führt, dass keine weiteren Cookies gesetzt werden als die technischen oder für den Dienst notwendigen.

Nudging

Dazu kommt, dass es zwar Informationen, Auswahl und Widerruf geben muss, aber Banner und Pop-Up-Fenstern zur Einwilligungseinholung zu oft eines gemeinsam haben: Die Schaltfläche für „Alle auswählen/akzeptieren“ ist farblich hervorgehoben, grün statt grau; mittig platziert, größer als alle anderen Schaltflächen oder in einzelnen Fällen, die einzige auf den ersten Blick sichtbare Möglichkeit das Banner oder Pop-Up-Fenster zu schließen.

Dieses Vorgehen ist mit dem Urteil des LG Rostock v. 15.09.2020 [www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/11/25/lg_rostock_15.09.2020.pdf], wohlgermerkt in Verbindung mit dem Voreinstellen von Ankreuzkästchen, aber nichtsdestotrotz, unzulässig.



Benutzerfreundlichkeit

Die Benutzerfreundlichkeit, engl. „Usability“, einer Webseite oder Anwendung, ist genauso wie Barrierefreiheit im Internet ein wichtiges Kriterium, um sicherzustellen, dass jede Person in der Lage ist diese zu bedienen. Hierzu zählt die instinktive Steuerung einer Webseite und die Konditionierung der Nutzenden auf einen Reiz eine bestimmte Reaktion zu zeigen. Dazu zählen die Auswahl einer farblich hervorgehobenen Schaltfläche und das Wegklicken eines Banners oder Pop-Up-Fenster auf dem schnellsten sichtbaren Weg. Zugegebenermaßen ist es vor diesem Hintergrundwissen nicht ideal zur Information und Einwilligung zur Cookie-Nutzung ein Banner oder Pop-Up-Fenster zu verwenden, welches in Assoziation mit Werbe-Bannern bei Nutzenden die konditionierte Reaktion auslöst, die schnellste Möglichkeit zum Schließen und Weitermachen zu suchen. Was kann der Webseitenbetreibende nun also tun, wenn eine Einwilligung eingeholt werden muss und dafür das Cookie-Banner die gebräuchlichste Variante ist?

Anforderungen an die benutzerfreundliche Gestaltung

Ein Anmelde-Button wird von Nutzenden nur an bestimmten Stellen vermutet und sollte zu einer Login-Seite oder einem -Drop-Down oder -Pop-Up führen. Der Vorwärts-Button sollte rechts, der Rückwärts-/Zurück-Button links liegen und nicht nach jedem neuen Seitenaufruf seine Position wechseln. Kopf- und Fußzeilen haben bestimmte Inhalte, das Logo und die Navigation bestimmte Plätze. Für die Benutzerfreundlichkeit gilt also im Rahmen der wirksamen Einwilligung:

- Firmenlogo bzw. Name des Webseitenbetreibenden auf den ersten Blick sichtbar, möglichst in der Kopfzeile positioniert
- Wiedererkennungswert der farblichen Gestaltung
- aussagekräftige Überschriften
- Informationen auf einen Blick, gliedern oder gruppieren
- keine Voreinstellungen von Kästchen
- Schaltflächen identisch gestalten

Logo und Farbliche Gestaltung

Um den Verantwortlichen, also Webseitenbetreibende für die Datenverarbeitung, direkt zu identifizieren, sollte neben dem Logo auch die farbliche Gestaltung des Banners oder -Pop-Up-Fensters nicht von dem Farbspektrum der Webseite, ggf. Corporate Design, abweichen.

Aufbau

Beim Aufbau eines Cookie-Banners ist zu beachten, dass die Überschrift klar als solche zu erkennen ist und sich unter ihr im Fließtext oder mit Unterüberschriften und/oder Reiter und Drop-Down-Menüs, die eine klare Gliederung und Wegführung für die Nutzenden bieten, weitere Informationen zu Dritten, Funktionsdauer und Zwecken der Cookie-Nutzung finden.

Verlinkungen zu Datenschutzerklärung und/oder Impressum sollten nicht unnötig herausgehoben sein, sondern in der Fußzeile Platz finden.

Neben ggf. Einstellungs- und Auswahlmöglichkeiten muss es auf jeder Ebene eine Möglichkeit geben entweder alles abzulehnen, außer den notwendigen Cookies, oder alles zu akzeptieren.

Existiert ein „X“ oder „Schließen“ in der rechten oberen Ecke, muss auch hier klar sein, ob damit alle Cookies akzeptiert oder abgelehnt werden. Genauso verhält es sich, wenn das Banner oder Pop-Up-Fenster weggeklickt werden kann, ohne eine angebotene Schaltfläche bedient zu haben.

Der Aufbau trägt, genau wie die Gestaltung zur Wirksamkeit der Einwilligung bei.

Möchtest Du einen Keks?²²¹

Überschriften

Nachdem das Banner oder Pop-Up beim ersten Aufruf der Webseite mit erschienen ist, muss auch auf den ersten Blick klar sein, dass es sich hier nicht um Werbung, sondern um die Einwilligung zur Nutzung von Cookies handelt. Diese Einwilligung muss freiwillig und informiert stattfinden und darf weder vorausgesetzt noch erzwungen werden.

²²¹ <https://www.konversionskraft.de/> (zuletzt besucht am 24.04.2021).

Eine Aussage wie “Diese Webseite verwendet Cookies”²²² oder “Mehr Datenschutz für Ihre Privatsphäre”²²³ ist zwar löblich und sicherlich notwendig, aber es ist nicht ersichtlich, dass dem Nutzenden eine Wahl bleibt. Aufforderungen wie “Wir brauchen Ihre Zustimmung!”²²⁴ sind hier ebenfalls fehl am Platz. Solche Überschriften fallen genauso unter das „Nudging“, wie ein grün hervorgehobener „Alles akzeptieren“-Button. Deswegen ist Vorsicht geboten, wie eindringlich oder gar aufdringlich die Überschrift formuliert sein darf.

Die Freiwilligkeit der Zustimmung sollte auch in der Überschrift zum Tragen kommen:

- Wir verwenden Cookies - Wählen Sie aus
- Cookies - Sie entscheiden
- Ihre Einwilligung zur Cookie-Nutzung auf unserer Webseite

Die Ausnahme, dass eine Überschrift wie “Diese Webseite verwendet Cookies” ausreicht, ist dann gegeben, wenn ausschließlich technische bzw. Dienst-notwendige Cookies verwendet werden und hier lediglich über diesen Umstand informiert wird. Es bedarf keiner Einwilligung und ist informierend. Das Schlüsselwort hier ist jedoch **ausschließlich**, und es geschieht selten, dass Webseiten keine weiteren Cookies verwenden außer der technisch notwendigen.

Die Überschriften der einzelnen Ebenen sollten ebenso klar darauf hinweisen, dass eine Einwilligung für Cookies eingeholt wird. Im Fließtext erfolgt dann die Angabe wie genau diese erfolgt bzw. gegliedert ist.

„Wer fängt denn da an zu lesen“ ist keine Form der Einwilligung

Ebenen

Bei der Auswahl der Anzahl der Ebenen, auch „Consent Layer“ genannt, ist darauf zu achten, dass die erste Ebene nicht überladen ist. Auf den ersten Blick eine solche Fülle an Text präsentiert zu bekommen, dass eine Beschäftigung damit zu viel Energie erfordert und damit einfach übergangen wird, kann zu einer „User-Fatigue“ führen und ist folglich fragwürdig in

²²² <https://www.thalia.de/> (zuletzt besucht am 14.03.2021); m.w.N.

²²³ <https://www.hugendubel.de/> (zuletzt besucht am 18.03.2021).

²²⁴ <https://www.gew-thueringen.de/wissenschaft/> (zuletzt besucht am 08.03.2021).

ihrer Rechtmäßigkeit zur wirksamen Einwilligungseinholung, wie in *Seip*: BGH zur Einwilligung in Speicherung von Cookies - Planet49, in: DB 2020 nachzulesen.

Die Herausforderung besteht nun darin eine User-Fatigue zu vermeiden, aber gleichzeitig rechtmäßig alle Informationen zu präsentieren. Klicken die Nutzenden nämlich auf der ersten Ebene auf „alle akzeptieren“ und wissen weder welche Cookies und Dritte unter „alle“ fallen noch sind sie umfassend darüber informiert welche personenbezogenen Daten verarbeitet werden, dann ist die Einwilligung nicht wirksam. Rein rechtlich dürfte der „Alle akzeptieren“- oder „Alle ablehnen“-Button erst dann auftauchen bzw. klickbar sein, wenn alle Informationen übersichtlich und verständlich präsentiert worden sind, also auf der zweiten Ebene. Denn in der Praxis finden sich richtigerweise die grundlegenden Informationen nach EuGH auf der ersten Ebene zwischen Überschrift und den Schaltflächen und die detaillierten Informationen nach DSGVO, d.h. die Einzelheiten pro Cookie bzw. personenbezogener Datenverarbeitung, erst auf einer zweiten Ebene unter „Einstellungen“, „Optionen“, „Auswahl“ oder Ähnlichem, um eine User-Fatigue zu vermeiden.

Das LG Rostock urteilt aber nun, dass die Trägheit der Nutzenden eine zweite Ebene zu besuchen, ähnlich wahrscheinlich ist, wie dass die zweite Ergebnisseite einer Google Suche aufgerufen wird, nämlich verschwindend gering. Damit ist das implizierte Verstecken von Informationen auf der zweiten Ebene bzw. hinter einem „Show Details“-Button nicht rechtmäßig. Insofern entsprechen fast alle derzeit auf Webseiten verwendeten Banner nicht der aktuellen Rechtsprechung.

Eine Präsentation von allen Informationen auf einer Ebene ist also nötig, aber in der Praxis nicht möglich, ohne den Nutzenden zu überfordern.

Trägheit oder Überforderung durch Cookie-Banner oder Pop-Up-Fenster
--

Das ist hier die Frage, welche klar eine Diskrepanz zwischen Benutzerfreundlichkeit und Rechtmäßigkeit darstellt und ohne weiteres keine praktikable Antwort findet.

Unter Berücksichtigung, dass es sich bei den Internetnutzenden um mündige Personen handelt, denen bewusst ist, dass es bei der Cookie-Einwilligung nach DSGVO um den Schutz ihrer personenbezogenen Daten geht, sollten sie nicht davor zurück schrecken Einstellungen

oder Auswahlmöglichkeiten auf einer zweiten Ebene zu tätigen. Auch die AGB befinden sich oft hinter einem Link versteckt und das Kästchen kann, in den meisten Fällen, erst angekreuzt oder der Button zur Zustimmung betätigt werden, wenn zumindest die Länge des Textes gescrollt (wenn schon nicht gelesen) wurde. Gleiches sollte dementsprechend auch für eine informierte Cookie-Einwilligung gelten.

Alle Informationen oder keine Schaltfläche außer „Einstellungen“ auf der ersten Ebene? Auch keine Lösung.

Schaltflächen

Bei den Schaltflächen oder Buttons gilt zunächst, dass nicht lediglich ein „OK“ angeboten werden darf. Es muss mindestens zwei Schaltflächen, besser drei geben. Nämlich als „Ja“, „Nein“, „Vielleicht“ übersetzte „Alle akzeptieren“, „Alle ablehnen“ bzw. „Nur notwendige akzeptieren“ und „Auswahlmöglichkeiten“ bzw. „Einstellungen“, um zu einer wirksamen Einwilligung zu gelangen.

Gängbare Benennungen für den Fall der Ablehnung aller möglichen Cookies, außer der Technischen und dienstnotwendigen sind z.B.:

- Alle (Cookies) ablehnen
- nur notwendige Cookies akzeptieren
- Auswahl bestätigen

Benennungen für den Fall der Annahme aller Cookies, können sein:

- Alle (Cookies) akzeptieren
- Allen (Cookies) zustimmen
- Alle (Cookies) auswählen

Benennungen, um auf die zweite Ebene zu gelangen, bieten sich wie folgt an:

- Einstellungen
- Optionen
- Auswahlmöglichkeiten

Die beiden Schaltflächen für Annahme und Ablehnung sollten nicht unterschiedlich farblich hervorgehoben sein, sondern in der Gestaltung abgestimmt und gleichrangig auf allen Ebenen erscheinen. Die Schaltfläche oder der Link, je nach Gegebenheiten, die/der auf die zweite Ebene führt, kann und sollte hingegen weniger auffällig gehalten werden. Wenn Ablehnung und Einstellungen in einer Schaltfläche zusammenfließen, ist wiederum die Gestaltung an die der Annahme-Schaltfläche anzupassen.

Dies ist notwendig um das erwähnte „Nudging“ zu vermeiden. Der gängige Gebrauch läuft derzeit offensichtlich darauf hinaus, dass die Annahme-Schaltfläche hervorgehoben ist und damit bei schnellem Weiterklicken bevorzugt angeklickt wird.

Wenn man die Sache von einem praktischen Standpunkt, der Sicht der Nutzenden, betrachtet, müssten jedoch die Ablehnen-Schaltflächen hervorgehoben sein, um bei schnellem Weiterklicken bevorzugt genutzt zu werden. Dies ist aber natürlich nicht im Sinne der Marketing-Aspekte der meisten Webseiten, daher ist eine Empfehlung auf keines bzw. beide hervorheben, gegeben.

Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass Cookie-Banner und -Pop-Up-Fenster bis zum Inkrafttreten der ePrivacy-VO ein Hindernis bleiben werden, dies aber aus rechtlichen Gründen geschieht, und dass zur Datenschutzkonformität Rechtsgrundlagen existieren, die eben nur weithin (noch) nicht durchgehend beachtet werden. Dieser Leitfaden kann bis dahin als Hilfestellung verstanden werden, ein wenig mehr Benutzerfreundlichkeit in die wirksame Einwilligungseinholung zu bekommen.

Weiter Lesen

- Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, hrsg. v. DSK
[https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf]
- Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB
[https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf]

Literaturverzeichnis

Becker, Hanna: Was ist ein Pop-Up? Einfach erklärt, <https://praxistipps.chip.de/was-ist-ein-pop-up-einfach-erklart> 41309 (Stand: 31.05.2015, zuletzt besucht am 04.04.2021)

Bendel, Oliver: Nudging, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/nudging-99919> (zuletzt besucht am 04.03.2021)

Böhm, Wolf-Tassilo / Halim, Valentino: Cookies zwischen ePrivacy und DS-GVO – was gilt? – Anforderungen an die Verwendung von Cookies nach der aktuellen Rechtsprechung, in: MMR Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2020, S. 651-656

Cookie, <https://wiki.selfhtml.org/wiki/Cookie> (Stand: 05.03.2021, zuletzt besucht am 04.03.2021)

Cookie walls, EDPB guidelines on cookie walls and valid consent, <https://www.cookiebot.com/en/cookie-walls/> (Stand: März 2020, zuletzt besucht am 26.03.2021)

Cookiebot, <https://www.cookiebot.com/de/> (zuletzt besucht am 13.04.2021)

Cookies kontrollieren und verwalten, hrsg. v. Verbraucherzentrale, <https://www.verbraucherzentrale.de/wissen/digitale-welt/datenschutz/cookies-kontrollieren-und-verwalten-11996> (Stand: 08.09.2020, zuletzt besucht am 03.03.2021)

Czernik, Agnieszka: Cookies – Funktion und Aufbau einfach erklärt, <https://www.dr-datenschutz.de/cookies-funktion-und-aufbau-einfach-erklart/> (Stand: 16.09.2016, zuletzt besucht am 02.03.2021)

Eckert, Claudia: IT-Sicherheit – Konzepte – Verfahren – Protokolle, 10. Auflage, Berlin, Boston, DeGruyter Oldenbourg 2018

E-Privacy-Verordnung: EU-Rat für Vorratsdatenspeicherung und Cookie-Walls, <https://www.heise.de/news/E-Privacy-Verordnung-EU-Rat-fuer->

[Vorratsdatenspeicherung-und-Cookie-Walls-5051963.html](#) (Stand: 02.2021, zuletzt besucht am: 29.03.2021)

Gebhard, Felix: Cookie Consent Tools: LG Rostock schiebt “Nudging” einen Riegel vor, <https://www.datenschutzerklaerung.info/cookie-consent-tools-lg-rostock/> (Stand: 30.11.2020, zuletzt besucht am 28.03.2021)

Gramlich, Ludwig: Cookies und kein Ende..., in: ZVertriebsR 2020, S. 205-206

Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, hrsg. v. EDPB, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf (Stand: 04.05.2020, zuletzt besucht am 11.04.2021)

Haberer, Anno: Anforderungen an Cookie-Banner – Einsatz von Tracking- oder Marketing Cookies, in: MMR Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung 2020, S. 810-815

Hacker, Philipp: Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, in: ZfPW 2019, S. 148-197

Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, hrsg. v. LFD Niedersachsen, <https://lfd.niedersachsen.de/startseite/themen/internet/datenschutzkonforme-einwilligungen-auf-webseiten-anforderungen-an-consent-layer-194906.html>, (Stand: November 2020, zuletzt besucht am 28.03.2021)

Hartung, Jürgen / Schwarze, Patrick: Einwilligung in Cookies – Umsetzung der aktuellen Rechtsprechung in der Praxis, zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 28.05.2020 - I ZR 7/16 (Cookie-Einwilligung II), in: DB 2020, 38 vom 21. Sept., S. 2002-2007

Hiddemann, Nina: LG Rostock bejaht Unterlassungsanspruch bei „Nudging“ über Cookie-Banner, <https://www.hiddemann.de/allgemein/lg-rostock-bejaht-unterlassungsanspruch-bei-nudging-ueber-cookie-banner/> (Stand: 27.11.2020, zuletzt besucht am 28.03.2021)

Jandt, Silke: Weiterhin keine Rechtsklarheit für Cookies auf Webseiten – Bewertung und praktische Folgen der neusten Rechtsprechung, in: ZD 2020, 551-556

- JavaScript/Tutorials/cookies, <https://wiki.selfhtml.org/wiki/JavaScript/Tutorials/cookies>
(Stand: 06.02.2021, zuletzt besucht am 02.03.2021)
- Klein, Torsten*: Keine lästigen Cookies mehr, <https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2021-03/google-cookies-tracking-werbung-abschaffen-internet> (Stand: 05.03.2021, zuletzt besucht am 25.03.2021)
- Kranzer, Michael*: DSGVO: Opt-in statt Opt-out – Einwilligung bei der DSGVO das Häkchen richtig setzen, <https://www.cio.de/a/einwilligung-bei-der-dsgvo-das-haekchen-richtig-setzen,3575554> (Stand: 30.07.2018, zuletzt besucht am 05.03.2021)
- Kihn, Martin*: Cookies, Chaos and the Browser: Meet Lou Montulli, <https://blogs.gartner.com/martin-kihn/cookies-chaos-and-the-browser-meet-lou-montulli/> (Stand: 06.04.2018, zuletzt besucht am 05.03.2021)
- Kling, Marc-Uwe*: Die Känguru-Chroniken – Ansichten eines vorlauten Beuteltiers, 1. Auflage, Berlin, Ullstein 2009
- Kling, Marc-Uwe*: Das Känguru-Manifest, Berlin, Ullstein 2011
- Kling, Marc-Uwe*: QualityLand, dunkle Edition, 1. Auflage, Berlin, Ullstein 2019
- Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, hrsg. v. Sibylle Gierschmann, Köln, Bundesanzeiger Verlag 2018
- Neagu, Codrut*: Simple questions: what are cookies and what do they do?, <https://www.digitalcitizen.life/simple-questions-what-are-cookies-what-do-they-do/> (Stand: 16.08.2018, zuletzt besucht am 01.03.2021)
- Oeding, Henrik*: Gehen Ihnen Cookies auch so auf den Keks?, https://www.zeit.de/digital/datenschutz/2020-11/cookies-datenschutz-hinweis-banner-website-dsgvo?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.bing.com%2F (Stand: 24.11.2020, zuletzt besucht am 12.04.2021)
- Omsels, Hermann-Josef*: Einwilligung in die Erfassung von Informationen durch Cookies, in: jurisPR-WettbR 11/2019, Anm. 3

Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, hrsg. v. Datenschutzkonferenz, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf (Stand: März 2019, zuletzt besucht am 11.04.2021)

Parchisanu, Daniel: Block third-party cookies in Chrome, Firefox, Opera, Edge, and Internet Explorer, <https://www.digitalcitizen.life/how-disable-third-party-cookies-all-major-browsers/> (Stand: 18.02.2019, zuletzt besucht am 05.03.2021)

Piltz, Carlo / Kühner, Jasmin: Ausnahmevorschriften bei Cookie-Einwilligungen – Auslegung des Begriffs “unbedingt erforderlich” nach der ePrivacy RL, in: ZD 2021, 123-128

Rath, Michael / Feuerherdt, Gerrit: EuGH vs. Opt-Out-Verfahren – kein Cookie ohne Einwilligung!, <https://www.computerwoche.de/a/kein-cookie-ohne-einwilligung,3547795> (Stand: 01.10.2019, zuletzt besucht am 03.03.2021)

Rauer, Nils / Ettig, Diana: Rechtskonformer Einsatz von Cookies – aktuelle Rechtslage und Entwicklungen, in: ZD 2018, S. 255-258

Rauer, Nils / Ettig, Diana: Update Cookies 2020 – aktuelle Rechtslage und Entwicklungen, in: ZD 2021, S. 18-24

Schulz, Sven: Was sind Cookies? Eine Kurzerklärung, https://praxistipps.chip.de/was-sind-cookies-eine-kurzerklaerung_9760 (Stand: 04.11.2020, zuletzt besucht am 02.03.2021)

Seip, Fabian: BGH zur Einwilligung in Speicherung von Cookies – Planet49, in: DB 2020, 25 vom 22. Juni, S. M4-M5

Session Cookie: Was hat es damit auf sich?, <https://www.datenschutz.org/session-cookie/> (Stand: 11.01.2021, zuletzt besucht am 02.03.2021)

Spindler, Gerald: Klarheit für Cookies, in: NJW 2020, S. 2513-2517

Srocke, Dirk / Karlsetter, Florian: Was ist eine Domain? Definition: Ein Begriff für viele Konzepte, <https://www.cloudcomputing-insider.de/was-ist-eine-domain-a-867166/> (Stand: 04.10.2019, zuletzt besucht am 05.03.2021)

Stehmeier, Marinus J.: Grenzen des Nudging – LG Rostock zur Gestaltung von Consent Bannern, <https://www.datenschutzkanzlei.de/grenzen-des-nudging-lg-rostock-zur-gestaltung-von-consent-bannern/> (Stand: 03.12.2020, zuletzt besucht am 26.03.2021)

Strack, Tim: Service gegen Daten: Nach dem Kopplungsverbot der DSGVO nun nicht mehr erlaubt?, <https://www.lhr-law.de/magazin/datenschutzrecht/kopplungsverbot-datenschutz-grundverordnung-dsgvo/> (Stand: 17.04.2018, zuletzt besucht am 08.03.2021)

TFC - Transparency & Consent Framework v2.0, <https://iabeurope.eu/tcf-2-0/> (Stand: 20.08.2019, zuletzt besucht am 14.04.2021)

Transparency and Consent Framework Implementation Guidelines, hrsg. v. IAB Europe, <https://github.com/InteractiveAdvertisingBureau/GDPR-Transparency-and-Consent-Framework/blob/master/TCFv2/TCF-Implementation-Guidelines.md> (Stand: August 2019, zuletzt besucht am 11.04.2021)

Transparency and Consent Framework Policies, hrsg. v. IAB Europe, https://iabeurope.eu/wp-content/uploads/2020/11/TCF_v2-0_Policy_version_2020-11-18-3.2a.docx-1.pdf (Stand: 18.11.2020, zuletzt besucht am 14.04.2021)

Usercentrics, <https://usercentrics.com/de/> (zuletzt besucht am 11.04.2021)

Voigt, Paul / Bussche, Axel von dem: EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), Praktikerhandbuch, Berlin, Heidelberg, Springer 2018

What are Cookies?, <https://cookiedatabase.org/> (zuletzt besucht am 01.03.2021)

Zimprich, Stephan: Zur Einwilligung bei der Datenverarbeitung mittels Cookies, in: DB 2020, 35 vom 31. Aug., S. 1839

Abkürzungen richten sich nach *Kirchner, Hildebert:* Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, De Gruyter 2018

Selbständigkeitserklärung

Ich versichere, dass die vorliegende Arbeit von mir selbständig und ohne unerlaubte Hilfe angefertigt worden ist. Ich habe alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäß aus Veröffentlichungen entnommen sind, durch Zitate bzw. Literaturhinweise als solche kenntlich gemacht.

Ort, Datum

Unterschrift