

## Handlungsbedarf bei Cookie-Bannern?

Denise Primus, Rechtsanwältin

Schlatter Rechtsanwälte Steuerberater, Heidelberg

SCHLATTER Newsletter IT-Recht und Datenschutz vom 02.04.2020

In den letzten Monaten konnten Internetnutzer verstärkt eine Änderung der sog. Cookie-Banner-Praxis auf „deutschen“ Webseiten feststellen: Größer bzw. länger und mit mehr Ankreuzkästchen versehen. Was war passiert? Der EuGH fällt am 01.10.2019 ein Urteil (Az. [C-673/17](#)) zur häufig in Deutschland angewendeten Cookie-Banner-Praxis und die Informationen beim Einsatz von Cookies. Das Schankerl: Das Urteil betraf letztlich auch den eigenen Cookie-Banner der EuGH-Website. Dieser wurde dann kurzfristig an das neue Urteil angepasst. Was bedeutet dieses Urteil aber nun für deutsche Webseitenbetreiber? Gibt es Handlungsbedarf?

### Fazit des EuGH

Vorausgefüllte Ankreuzkästchen beim Cookie-Einsatz sind nach Ansicht des EuGH unzulässig. Der Websitebesucher ist über die Dauer der Verwendung von Cookies sowie die Zugriffsmöglichkeiten durch Dritte vom Betreiber der Webseite aufzuklären. Das gilt dann, wenn der Cookie-Einsatz von vornherein einer Einwilligung bedarf und/oder Dritte auf die Cookie-Daten zugreifen können.

### Worum ging es im EuGH-Urteil?

Gegenstand des Urteils des Europäischen Gerichtshofes war u.a. die Beurteilung des folgenden vorangekreuzten Ankreuzkästchens, das die beklagte GmbH auf einer ihrer Websites mit folgendem Begleittext einsetzte:

*„Ich bin einverstanden, dass der Webanalyse-dienst Remintrex bei mir eingesetzt wird. Das hat zur Folge, dass der Gewinnspielveranstalter, [P49], nach Registrierung für das Gewinnspiel Cookies setzt, welches P49 eine Auswertung meines Surf- und Nutzungsverhaltens auf Websites von Werbepartnern und damit interessengerichtete Werbung durch Remintrex ermöglicht. Die Cookies kann ich jederzeit wieder löschen. Lesen Sie Näheres hier.“*

Erst mit dem Klick auf einen weiterführenden Link wurden weitere Informationen zu Anzahl, Namen und Branchen der Werbepartner erteilt. Bei Anklicken des Wortes „hier“ gelangte der Nutzer zu weiteren Informationen über Cookies (Cookie-Klausel).

Das OLG Frankfurt hatte das vorangekreuzte Kästchen zur Einwilligung noch als gesetzeskonform (Widerspruchslösung nach TMG) angesehen: Denn der Nutzer wisse zum einen,

dass er das bereits gesetzte Häkchen entfernen könne – so das OLG Frankfurt. Zum anderen sei die Einwilligungserklärung drucktechnisch hinreichend deutlich gestaltet und informiere über die Art und Weise der Nutzung von Cookies. Die Identität Dritter, die auf die erhobenen Informationen zugreifen könnten, müsse nicht offenbart werden – so die Auffassung des OLG. Dann ging der Fall zum BGH.

Der EuGH bekam den Sachverhalt dann durch den BGH als sog. Vorabentscheidungsgesuch wegen europarechtlicher Berührungspunkte vorgelegt – insbesondere im Hinblick auf die Regelungen in der DSGVO und die Anforderungen an die Einwilligung. Der BGH selbst wird am 28.05.2020 seine Entscheidung basierend auf dem Urteil des EuGH verkünden.

### Welche Art von Cookies betroffen?

Gegenstand der EuGH-Entscheidung waren zunächst Cookies mit dem Ziel der Cross-site-Tracking-Webanalyse. Der EuGH stellte zu diesen Cookies fest, dass es einer aktiven Einwilligung, z.B. durch Anklicken einer Checkbox bedarf. Die Informationen wurden nicht nur vom Webseitenbetreiber für die Auswertung des Besucherverhaltens auf der eigenen Website genutzt, sondern auch auf Seiten Dritter und durch diese Dritten, sog. Werbepartnern. Das bedeutet letztlich, dass der Webseitenbetreiber und eben auch die Werbepartner grundsätzlich Nutzerprofile der Websitebesucher erstellen können(t)en.

Diese Nutzerprofile werden häufig nicht mit Klarnamen des Webseitenbesuchers verbunden, sondern mit einer sog. „Tracking-ID“ oder „Ad-ID“. Die [Datenschutzkonferenz](#) wies aber schon im März 2019 darauf hin, dass ein Besucher über die Zuteilung einer solchen ID jedenfalls direkt immer wieder adressierbar - und dadurch eine Identifizierung möglich ist. Eine Pseudonomysierung durch

die ID liege gerade nicht vor. Denn über einen Login etc. könne der Klarname des Besuchers, seine E-Mail-Adresse und/oder eben auch eine IP-Adresse verknüpft werden.

Im Ergebnis sind die Ausführungen des EuGH aber auf alle Cross-Site-Tracking-Maßnahmen im Internet, ob Cookie, Pixel, Fingerabdrücke, etc. übertragbar, da diese datenschutzrechtlich regelmäßig jeweils nur auf eine (wirksame) Einwilligung des Besuchers gestützt werden können. Der Einsatz von Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO (Ermächtigungsgrund: berechnete Interessen, Interessenabwägung) kommt nur bei Einsatz eines eigenen Analysedienstes auf der eigenen Website in Betracht. Werden außerdem Dritte involviert, die ebenfalls Zugriff auf die Auswertungen haben, dürfte ebenfalls eine Einwilligung des Besuchers als Rechtsgrundlage notwendig sein.

Ebenso sind die Vorgaben des EuGH auf das geräteübergreifende Tracking (z.B. über Social-Media-Pixel) zu übertragen. Nicht übertragbar ist das Urteil hingegen u.a. auf sog. rein technisch notwendigen Cookies bzw. diejenigen Cookies und sonstige Techniken, die auf die berechtigten Interessen des Webseitenbetreibers unter Abwägung der Interessen des Besuchers gestützt werden können.

### *Begründung des EuGH*

Nach Auffassung des EuGH erfordert eine wirksame Einwilligung zur Datenverarbeitung (Einsatz von Tracking-/Marketing-Cookies & Co.) auf einer Website i. S. d. DSGVO zwingend ein aktives Verhalten des Nutzers. Ein solches liege aber nicht vor – so der EuGH –, wenn das Ankreuzkästchen bereits vorangekreuzt sei und der Websitebesucher dem aktiv widersprechen müsse. Bei einem bereits angekreuzten Kästchen sei eben nicht klar, ob der Nutzer der Website die Informationen zur Datenverarbeitung und die Möglichkeit des Wegklickens des Kreuzes wahrgenommen hat und damit tatsächlich eine positive Entscheidung getroffen, d.h. seine Einwilligung erteilen wollte.

Damit erteilt der EuGH der Widerspruchslösung nun klar eine Absage. Nationale Gerichte müssten sich demnach an dieser europarechtlichen Auslegung orientieren und können daher nicht – wie das OLG Frankfurt dies tat – nur auf die nationalen Regelungen abstellen. Das Problem dabei: Das deutsche TMG sieht die jahrelange praktizierte Widerspruchslösung weiterhin als zulässig an.

### *Infos über Cookie-Einsatz auf Webseiten*

Die weiteren Vorlagefragen des BGH an den EuGH betrafen die zu erteilenden Informationen zum Cookie-Einsatz allgemein sowie zu Third-

Party-Cookies und Nutzung von Cookie-Informationen durch Dritte, d.h. nicht durch den Webseitenbetreiber selbst.

Der EuGH machte deutlich, dass der Nutzer über die Funktionsdauer der eingesetzten Cookies sowie den Zugriff von Dritten auf die gesammelten Informationen informiert werden müsse – eine Einwilligung könne sonst nicht wirksam erteilt werden.

Das bedeutet konkret für den Cookie-Banner und die Datenschutzhinweise auf einer Website, dass dort die eingesetzten Cookies genannt werden sollten. Diese Liste muss nach Intention des EuGH die Informationen zu Zweck, Art der gespeicherten Daten, Speicherdauer, Art des Cookies (First- oder Third-Party-Cookie) sowie Zugriff auf die gespeicherten durch Dritte enthalten.

### *Wie sollte der Cookie-Banner also aussehen?*

Im Hinblick auf den Cookie-Banner gibt es verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten, je nach Art der eingesetzten Cookies. Nicht immer ist ein ausführlicher Cookie-Banner nötig. Die erweiterten Cookie-Banner sollten aber immer dann zum Einsatz kommen, wenn der Webseitenbetreiber den Einsatz von Techniken wie Cookies eben nicht auf vorvertragliche Maßnahmen oder die berechtigten Interessen stützen kann.

Werden ausschließlich technisch erforderliche Cookies eingesetzt, kann es bei den einfachen Cookie-Bannern bleiben. Eine Einwilligung (per Ankreuzkästchen) sollte dann grundsätzlich nicht eingeholt werden.

Werden Cookies mit weiteren Funktionen eingesetzt, sollte der Cookie-Banner eine differenzierte Cookie-Auswahl mit Ankreuzmöglichkeit für den Nutzer vorsehen. In der Regel wird eine Einwilligung erforderlich sein oder jedenfalls eine Widerspruchsmöglichkeit.

Trotz der immensen Breitenwirkung der Entscheidung zum Umgang mit Cookies: Ein Orientierungsmuster der (deutschen) Behörden gibt es – wie häufig – leider bislang nicht. Daher gilt aktuell weiterhin: absolute Rechtssicherheit bei der Gestaltung gibt es nicht. Immerhin: Den Cookie-Banner des EuGH ([Link](#)) und die Informationen zu Cookies ([Link](#)) finden Sie im Internet.

### *Praxishinweis*

Wer vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils auf „Nummer sicher“ gehen will, sollte hinsichtlich der Gestaltung des Cookie-Banner dreistufig vorgehen:

1) Der Webseitenbetreiber sollte ermitteln, welche Art von Cookies und sonstige technische Mittel auf der Website eingesetzt werden (sollen). Bei der Ermittlung ist in der Regel die Rücksprache mit der IT-Abteilung/Web-Designer erforderlich, um aller erforderlichen technischen Informationen und Funktionsweisen zu erhalten (und zu verstehen).

2) Die rechtliche Einordnung der einzelnen Maßnahmen (Einwilligung erforderlich oder nicht?) sollte der Webseitenbetreiber sorgfältig prüfen und dokumentieren. Eine Einzelfallabwägung bleibt dem Websitebetreiber daher bei Einsatz von Analyse-Tools & Co. nicht erspart.

3) Der Webseitenbetreiber sollte dann die notwendigen Informationen zu den besonderen Cookies wie eben den Tracking-Cookies, Pixels, etc., insbesondere Bezeichnung, Zweck, Speicherdauer, gesammelte Datenarten, Zugriff auf die Daten

durch Dritte. Diese Informationen sollten in die Datenschutzerklärung der Website und Einbindung im Cookie-Banner mit Ankreuzmöglichkeiten eingebunden werden.

Wichtig ist: Die einwilligungsbedürftigen Cookies dürfen erst dann gesetzt werden, wenn der Nutzer das Häkchen gesetzt und bestätigt hat, nicht bereits beim ersten Aufruf der Website. Die IT-Abteilung/Web-Designer, etc. die die Website technisch pflegen/einrichten, sollten dies explizit als Umsetzungsauftrag mitgeteilt bekommen. Auch die „Do-not-track-Einstellungen“ der Browser des Nutzers sollte beachtet werden.

Weiter bleibt abzuwarten, wie der BGH am 28.05.2020 das Spannungsfeld zwischen nationalem TMG und DSGVO bzw. der Auffassung des EuGH auflösen wird.



**Denise Primus**

Rechtsanwältin

### **Schlatter**

Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Kurfürsten-Anlage 59  
69115 Heidelberg  
Telefon +49.6221.9812-21  
Telefax +49.6221.9812-73  
primus@schlatter.law  
www.schlatter.law

**Kurzprofil:** Das Praxisteam IT-Recht betreut u.a. Unternehmen, IT-Dienstleister und Softwarehäuser bei IT-Projekten, bei kommerziellen Internetangeboten, Vertragsgestaltung/-prüfung im Bereich Software, Hardware und Vertrieb, im Fragen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (Marken- und Urheberrecht) sowie im Bereich des Datenschutzes inkl. der Verteidigung und Vertretung bei Bußgeldverfahren und Schadensersatzansprüchen. **Rechtlicher Hinweis:** Mit diesen Ausführungen stellen wir rechtlich interessante Themen aus unserem Fachbereich im Überblick vor. Diese Ausführungen können die rechtliche Thematik zwangsläufig nicht umfassend darstellen. Diese Information stellt keine Rechtsberatung dar, begründet kein Mandatsverhältnis und kann eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Lediglich aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird in dieser Information nur die männliche Form verwendet.



© GaudiLab/Shutterstock.com