



Cookie-Banner rechtssicher gestalten

Sehr geehrte Leser*innen,

wir freuen uns, dass Sie sich für dieses Whitepaper interessieren.

Nachfolgend erhalten Sie wertvolle Einblicke, Tipps und Handlungsempfehlungen für Ihren Job.

Informieren Sie sich über aktuelle, praxisnahe Trends und Impulse direkt von unseren Expert*innen. Zusätzlich können Sie mit unserem Angebot an verschiedenen Weiterbildungen Ihr Fachwissen ausbauen und vertiefen.

Wir wünschen Ihnen viele neue Erkenntnisse beim Lesen.



Cookie-Banner rechtssicher gestalten

01. Einführung

Grundsätzlich ist die Thematik (oder auch Problematik) nicht neu und doch ergeben sich ständig Neuerungen. Besonders was die „optische Gestaltung“ anbelangt. Was ist denn nun erlaubt und was nicht? Ein rechtssicheres Banner ist heute kein rein optisches Element mehr, sondern Teil eines gesamten Compliance-Systems. Es muss die richtige Rechtsgrundlage abbilden, verständlich informieren, echte Wahlmöglichkeiten eröffnen, technisch sauber implementiert sein und einen späteren Widerruf ohne Umwege ermöglichen.

Mit all diesen Fragen und noch mehr beschäftigt sich dieses Whitepaper. Es richtet sich dabei sowohl an Personen in kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU), wie auch an Mitarbeiter*innen in Großunternehmen.

02. Hintergrundwissen - Warum ist eine Einwilligung erforderlich?

Fakt ist, wer Tracking auf Webseiten einsetzen möchte, benötigt vorab eine Einwilligung der Webseitenbesucher. Also einen Cookie-Banner! Damit wäre der rechtliche Grund für diese (oft störenden) Pop-Up-Fenster im Voraus bereits geklärt.

Konsequenterweise müssten wir daher von deinem Cookie-Consent-Banner sprechen. Denn ein reines Cookie-Banner, das den Nutzer*innen aufzeigt, welche Cookies auf der Webseite eingesetzt werden, genügt nicht den Anforderungen der Datenschutzvorschriften. Vielmehr ist Sinn und Zweck dieses vorgeschalteten Banners, dass damit eine Einwilligung rechtskonform eingeholt werden kann. Der rechtliche Ausgangspunkt bleibt eindeutig. Nach § 25 TDDDG ist die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung eines Endnutzers oder der Zugriff auf bereits dort gespeicherte Informationen grundsätzlich nur zulässig, wenn auf Grundlage klarer und umfassender Informationen eingewilligt wurde. Für die anschließende Verarbeitung personenbezogener Daten kommt zusätzlich die DSGVO ins Spiel. Die Aufsichtsbehörden beschreiben deshalb zu Recht eine zweistufige Prüfung: zuerst den Zugriff auf das Endgerät nach § 25 TDDDG, danach die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der weiteren Verarbeitung.

1. Unterschied Opt-In und Opt-Out

Wenn Sie sich schon ein wenig mit der Thematik der Einwilligung (oder mit Cookie-Bannern) befasst haben, dann müssen Sie bestimmt schon mal von den Möglichkeiten des „Opt-In-Verfahrens“ und des „Opt-Out-Verfahrens“ gehört haben.

Opt-In meint dabei, dass der/die Besucher*in einer Webseite aktiv einer Handlung/ einer Option zustimmen muss.

Out-Out ist das Gegenteil. Das bedeutet: alles ist schon voreingestellt. Man muss also aktiv widersprechen, um den Einsatz von Tools, die Handlung bzw. ein Verhalten oder schlicht eine Option zu unterbinden.

Die Unterschiede zwischen den beiden Verfahren werden somit schnell deutlich. Beim Opt-In ist die Verarbeitung erst rechtmäßig, wenn der/die Webseitenbesucher*in die Möglichkeit hatte, ihr zuzustimmen. Dies muss aktiv geschehen. Doch Vorsicht! Eine schon getroffene Vorauswahl (wie man sie oft von Cookie-Bannern kennt), bei der nur ein Button zur Bestätigung gedrückt werden muss, genügt diesen Kriterien nicht. Der/Die Webseitenbesucher*in hat hier den eigenen Willen nicht aktiv bekundet, da er/sie nicht selbst „entschieden“ hat – und dass, obwohl er/sie den Button zur Bestätigung selbst gedrückt hat. Viel mehr wird gefordert, dass jede einzelne Auswahl eigenständig getroffen und diese dann erst am Ende durch Drücken eines Buttons bestätigt wird. Wie Sie sehen, liegt bei diesem Thema der Teu-

fel im Detail und schon allein aus diesem Grund lohnt es sich, etwas mehr Zeit in die Gestaltung des Banners zu investieren.

Beim Opt-Out-Verfahren ist die Verarbeitung so lange rechtmäßig bis der/die Nutzer*in den entgegenstehenden Willen kenntlich macht, zum Beispiel durch einen Widerspruch. Es kommt also gerade nicht auf eine Einwilligung der Nutzer*innen an. Da uns das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz und die Datenschutz-Grundverordnung für gewisse Verarbeitungen jedoch die Einwilligung „vorschreiben“, genügt beim Einsatz von Tracking- und Analyse-Cookies auf Webseiten das Opt-Out-Verfahren nicht. Dies sollte immer beachtet werden!

Für klassisches Analyse, Marketing und Werbe Tracking ist eine Einwilligung weiterhin regelmäßig der richtige und sichere Weg. Die Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden hält berechnete Interessen im Tracking-Kontext nur in wenigen Konstellationen für tragfähig. Sobald Drittanbieter Daten auch zu eigenen Zwecken verarbeiten oder sich dies jedenfalls vorbehalten, trägt Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO nach Auffassung der Aufsichtsbehörden in der Regel gerade nicht. Für typisches Drittanbieter Tracking wird Einwilligung regelmäßig erforderlich sein, berechnete Interessen sind allenfalls ausnahmsweise tragfähig und verlangen eine belastbare Einzelfallabwägung.

Nach dem Schrems II Urteil bestehen weiterhin hohe Anforderungen für Übermittlungen in Drittländer. Zugleich gibt es seit 2023 einen Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Kommission für zertifizierte US Organisationen im Rahmen des EU U.S. Data Privacy Framework. Für zertifizierte Anbieter kann dies den Transfer erleichtern. Wo kein Angemessenheitsbeschluss greift, bleiben Standardvertragsklauseln, Transfer Assessment und gegebenenfalls ergänzende Maßnahmen erforderlich. Die DSK weist zugleich darauf hin, dass bei der Einbindung bestimmter Drittinhalte oder Tracking-Dienste ausreichende zusätzliche Schutzmaßnahmen praktisch oft nicht möglich sind. Dann dürfen diese Dienste nicht eingebunden werden. Ein aktuelles Banner und eine aktuelle Datenschutzerklärung sollten daher Drittlandbezüge ausdrücklich benennen und nicht nur pauschal von „internationalen Partnern“ sprechen.

2. Wann braucht eine Webseite kein Cookie-Banner?

Der Unterschied von essentiell notwendigen und Analyse- / Tracking-Cookies

Die Frage nach Opt-In-Verfahren oder Opt-Out-Verfahren stellt sich in bestimmten Fällen allerdings nicht. Datenschutzrechtlich kommt es bei der Verarbeitung nicht auf die Einwilligung der Nutzer*innen an, wenn es sich um sogenannte essentielle/technisch notwendige Cookies handelt.

Ob ein Cookie, also ein Datenpaket, essentiell ist, richtet sich nach technischen Gegebenheiten. Es gibt beim Aufruf einer Webseite bestimmte grundlegende Vorgänge, die Cookies voraussetzen. Man kann sich das in etwa wie Bausteine vorstellen, ohne die das Fundament der Webseite nicht richtig stehen würde. Hier schließt auch das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz an. Grundsätzlich ist vor jeder Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des / der (End-)Nutzer*innen eine Einwilligung erforderlich, die auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen abgegeben worden sind (vgl. § 25 Abs. 1 TTDSG). In seiner Ausnahme spricht es davon, dass keine Einwilligung benötigt wird, wenn die Speicherung „unbedingt erforderlich“ ist. Zu den essentiellen/ technisch notwendigen Cookies gehören die, die am Ende der Sitzung wieder gelöscht werden. Schließt der/die Nutzer*in den Webbrowser, stellt sich die Situation also so dar, als wären die Session-Cookies nie dagewesen. Aufgrund ihrer „kurzen Verweildauer“ ist eine Einwilligung seitens der

Nutzer*innen nicht erforderlich. Als technisch notwendig nennt die Bundesaufsicht etwa Warenkorb-Funktionen, Spracheinstellungen oder Sicherheitsmechanismen zur Abwehr von Angriffen. Der datenschutzrechtlich begehrte Schutz ist der Sache inbegriffen und muss nicht durch das Erfordernis bestimmter Handlungen oder Umstände als Voraussetzung der Verarbeitung konstruiert werden. Auf der anderen Seite gibt es jedoch noch Tracking- und Analyse-Cookies, die nur dazu dienen, das Nutzungsverhalten zu verfolgen. Dahinter stehen oft monetäre Interessen wie zum Beispiel Marktforschung oder die Möglichkeit der späteren Bereitstellung von angepasster Werbung. Da diese jedoch nicht für den Betrieb einer Webseite zwingend erforderlich sind, schreibt uns das Datenschutzrecht vor, dass wir vor Speicherung dieser Cookies die Einwilligung von den Nutzer*innen einholen müssen.

Eine Webseite braucht kein Cookie-Banner, wenn sie keine einwilligungsbedürftigen Cookies oder vergleichbaren Endgerätezugriffe einsetzt. Technisch notwendige Vorgänge dürfen ohne Einwilligung erfolgen, über sie ist aber weiterhin transparent zu informieren.

3. Die Umsetzung - das Cookie-Consent-Banner

Somit wird klar: Es gibt jede Menge zu beachten bei der Gestaltung des Cookie-Consent-Banner! Darüber hinaus treffen die Betreiber*innen von Webseiten, also die datenschutzrechtlich Verantwortlichen, sowohl eine Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) als auch eine Nachweispflicht (Art. 7 Abs. 1 DS-GVO). Die Rechenschaftspflicht besagt, dass der Verantwortliche verpflichtet ist, die Grundsätze der Verarbeitung personenbezogener Daten zu achten. Des Weiteren muss die Einhaltung dieser Grundsätze auch nachgewiesen werden können. Einer dieser Grundsätze ist die oben angesprochene Rechtmäßigkeit der Verarbeitung zum Beispiel durch eine wirksame Einwilligung. Für diese Einwilligung gilt nochmals eine gesonderte Nachweispflicht. Das heißt, den Verantwortlichen trifft die Pflicht nachzuweisen, dass der/die Nutzer*in in die Verarbeitung eingewilligt hat (sog. Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs.2 DS-GVO). Der Cookie-Consent-Banner ist somit das richtige „Tool“, um der Rechenschaftspflicht nachzukommen. Es gibt dem/der Nutzer*in auf der Webseite zum einen die Möglichkeit, in die Speicherung bestimmter Cookies einzuwilligen und den Betreiber*innen zum anderen die Handhabe diese Einwilligungen zu speichern, um somit die Speicherung als auch die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nachzuweisen.

Spätestens seit der Planet49-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof und ihrer Fortführung durch den Bundesgerichtshof ist außerdem geklärt, dass voreingestellte Häkchen keine wirksame Einwilligung darstellen. Erforderlich ist eine aktive, spezifische und informierte Zustimmung. Der Gerichtshof hat zudem klargestellt, dass die Pflichtinformation auch die Laufzeit der Cookies und die Frage umfasst, ob Dritte Zugriff auf diese Cookies erhalten. Ebenso wichtig ist die Aussage, dass diese Endgeräte-Regeln unabhängig davon gelten, ob die ausgelesenen Informationen personenbezogen sind.

03. Der Einwilligungstext - das A und O des Cookie-Banners

Da wir nun wissen, dass wir die notwendige Einwilligung über den Cookie-Consent-Banner einholen können, stellt sich in der Folge natürlich die Frage, wie wir das am besten umsetzen. Diese Fragestellung ist auch berechtigt, da es einige Erfordernisse an die Umstände, die zur Erteilung der Einwilligung führen, gibt.

Die Aufsichtsbehörden und die Einwilligungsleitlinien betonen, dass Einwilligung nur freiwillig ist, wenn echte Wahl und Kontrolle bestehen und keine Nachteile drohen, falls nicht eingewilligt wird. Wird die Erfüllung eines Vertrags von einer Verarbeitung abhängig gemacht, die für den Vertrag nicht erforderlich ist, spricht dies regelmäßig gegen eine wirksame Einwilligung. Für große Online Plattformen hat der EDPB 2024 zudem ausdrücklich erklärt, dass Modelle

„Zustimmen oder zahlen“ häufig keine echte Wahl lassen, wenn nur die Alternativen Verhaltenswerbung oder Gebühr angeboten werden. Für normale Unternehmenswebseiten folgt daraus kein direktes Verbot jeder Pay Alternative, wohl aber eine klare Warnung: Erzwingen Sie keine Tracking-Einwilligung als Eintrittskarte für Ihren Webauftritt.

1. Formerfordernis

Einer dieser Erfordernisse ist das Formerfordernis des Art. 7 Abs. 2 DS-GVO. Dieser besagt, dass das Ersuchen um die Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zu erfolgen hat. Somit muss der Text, der in dem Cookie-Consent-Banner steht, mit einfachen Worten ohne überflüssige oder irreführende Ausschmückungen abgefasst worden sein. Auch muss die Möglichkeit der Einwilligung derart gegeben sein, dass auch unerfahrene Nutzer*innen verstehen, was, wie und wo gemacht werden muss, um die Einwilligung wirksam zu erteilen.

Das Opt in Prinzip ist damit für nicht notwendige Tracking-Technologien gesetzt. Opt out Konstruktionen, voreingestellte Schalter, bloßes Weitersurfen, Scrollen oder Untätigkeit reichen nicht aus. Die aktuellen EDPB-Leitlinien zur Einwilligung und deren 2026 veröffentlichte Kurzfassung fassen das ausdrücklich so zusammen: Schweigen, voreingestellte Kästchen und Inaktivität genügen nicht, und das gleiche gilt für Scrollen oder Swipen als vermeintliche Zustimmung.

2. Kopplungsverbot

Doch damit nicht genug der Erfordernisse. Die Datenschutz-Grundverordnung kennt auch das Kopplungsverbot (Art.7 Abs. 4 DS-GVO) im Rahmen der Einwilligung. Dieses besagt, dass die Einwilligung dann nicht als freiwillig erteilt gilt, wenn von ihr die Erbringung einer Leistung abhängig ist. Hintergrund war die schon vor Wirksamkeit der DS-GVO verbreitete Praxis, kostenlose Inhalte wie zum Beispiel ein Whitepaper oder ein kleines E-Book gegen Angabe der EMail-Adresse zu verschicken. Dabei stimmte der/die Nutzer*in meist gleichzeitig in den Versand von Newslettern und Werbemails mit ein – ohne dafür ausdrücklich zugestimmt zu haben. Es handelte sich somit in diesen Fällen um „Service gegen Daten“. Dem wollte die DS-GVO entschieden einen Riegel vorschieben. Das heißt für dich aber nicht, dass du nicht mehr das Schöne mit dem Nützlichen verbinden darfst. Du musst dabei nur beachten, dass gewährleistet wird, dass die Einwilligung trotz etwaiger Kopplung freiwillig erteilt wird. Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass man transparent darstellt, dass gerade gekoppelt wird.

04. Die Mussinhalte

Nun wissen wir, dass der Einwilligungstext leicht verständlich sein muss und etwaige Kopplungen ausdrücklich erwähnt sein müssen. Aber was genau muss denn nun geschrieben stehen? Dies möchten wir dir im Folgenden – differenziert – beantworten.

1. Hinweis auf zweifache Einwilligung

Durch die Anwendbarkeit sowohl des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes als der Datenschutz-Grundverordnung ergibt sich, dass zwei Einwilligungen eingeholt werden müssen: Und zwar einmal eine Einwilligung für das Setzen eines Cookies bzw. für den Zugriff auf die Endeinrichtung des / der (End-)Nutzers*innen (gemäß § 25 Abs. 1 TTDSG) und zum anderen eine Einwilligung für die darauffolgende Weiterverarbeitung, z.B. die Auswertung von personenbezogenen Daten (gemäß Art. 6 Abs. 1 a) DS-GVO). Diese beiden unterschiedlichen Einwilligungen können allerdings durch dieselbe Handlung des Nutzers bzw. der Nutzerin erteilt werden, sofern der Anbieter des Telemediums die Nutzer bereits über alle Zwecke der Datenverarbeitung informiert, die im Anschluss an den Zugriff auf die Endeinrichtung

erfolgen soll. Hierbei ist darauf zu achten, dass bei der Abfrage eindeutig erkennbar sein muss, dass mit einer einzelnen Handlung, etwa dem Betätigen einer Schaltfläche, mehrere Einwilligungen erteilt werden. Dies lässt sich transparent über den vorangestellten Text eines Cookie-Consent-Banners umsetzen.

Wenn Sie mit einem Klick sowohl die Einwilligung nach § 25 TDDDG als auch die nachfolgende Einwilligung nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO einholen wollen, ist das weiterhin möglich. Es muss aber transparent gemacht werden, dass diese eine Handlung beide Ebenen abdeckt. Genau hier lohnt sich heute eine sprachlich präzise Bannerformulierung, weil der Nutzer verstehen können muss, dass er mit derselben Handlung sowohl den Endgerätezugriff als auch die anschließende Datenverarbeitung freigibt.

2. Angabe der Zwecke - (Art. 6 Abs. 1a) DS-GVO)

Die Zwecke richten sich im Rahmen des Cookie-Consent-Banners nach der Art der Cookies. Für die notwendigen Cookies brauchen wir keine Einwilligung, jedoch gibt es auch Cookies, die die Präferenzen des Nutzers bzw. der Nutzerin betreffen oder Statistik- und Marketing-Cookies und nicht weiter klassifizierte Cookies. Präferenzen-Cookies helfen der aufgerufenen Webseite dabei, sich an bereits getroffene Einstellungen zu erinnern, zum Beispiel die bevorzugte Sprache oder die Region, aus der der/die Nutzer*in kommt. Sie erleichtern damit die „Usability“ einer Seite, da nicht alle Angaben bei jedem Besuch erneut gemacht werden müssen. Sie sind jedoch nicht zwingend notwendig, da der/die Nutzer*in auch die Möglichkeit hätte, diese Angaben jedes Mal erneut zu tätigen. Statistik-Cookies helfen dir als Webseitenbetreiber*in dabei, zu verstehen, wie deine Webseite von den Nutzern*innen genutzt wird, indem sie bestimmtes Nutzungsverhalten tracken und speichern. Dazu gehören aber auch die Cookies von Diensten wie Google Analytics. Marketing-Cookies werden verwendet, um Nutzer*innen auf Webseiten zu folgen. Dadurch soll es im späteren Verlauf möglich sein, Anzeigen zu schalten, die den Interessen des Nutzers bzw. der Nutzerin entsprechen. Und die restlichen Cookies beziehen sich unter anderem auf andere technische Details wie zum Beispiel die Suchmaschinenoptimierung. Dadurch, dass diese aber gerade nicht für den Betrieb der Webseite essentiell sind, wird auch hier eine Einwilligung benötigt. Das bedeutet für dich, dass du in deinem Banner die unterschiedlichen Cookie-Arten und ihre jeweiligen Funktionen herausarbeiten musst. Vergiss dabei nicht, dass der Einwilligungstext immer noch verständlich sein muss. Gute Cookie-Consent-Banner schaffen diesen Spagat und sind sowohl benutzer*innenfreundlich als auch DS-GVO-konform.

3. Hinweis auf Möglichkeit des Widerrufs - (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)

Mit der auf diese Weise eingeholten Einwilligung haben sich die Fragen rund um den Datenschutz noch nicht erledigt. Die DS-GVO bestimmt in ihrem Art. 7 Abs. 3 DS-GVO, dass es dem/der Nutzer*in jederzeit möglich sein soll, die erteilte Einwilligung auch zu widerrufen. Darauf muss vor Erteilung der Einwilligung hingewiesen werden. Wird die Einwilligung widerrufen, werden die bis dahin vorgenommenen Verarbeitungen davon nicht berührt. Du solltest jedoch dabei beachten, dass es den Nutzer*innen genauso einfach möglich sein muss, zu widerrufen wie es für sie war, einzuwilligen.

Unterschied Widerspruch und Widerruf

Dabei darf man diesen Widerruf nicht mit dem oben angesprochenen Widerspruch im Rahmen des Opt- Out-Verfahrens verwechseln. Beide Verfahrensmöglichkeiten haben verschiedene Anwendungsbereiche und auch unterschiedliche Folgen. Gemein haben sie, dass die betroffene Person (z. B. Nutzer*in) nach Erklärung des Widerspruchs oder Widerrufs ein Recht auf Löschung der bis dahin erhobenen Daten hat (Art. 17 Abs. 1 b) und c) DS-GVO).

Jedoch unterscheiden sie sich im Detail:

*Für den Widerspruch differenziert die DS-GVO noch mal zwei verschiedene Anwendungsbereiche. Hat der Verantwortliche die Verarbeitung aufgrund eines berechtigten Interesses vorgenommen und widerspricht die betroffene Person der weiteren Verarbeitung hängt die Wirksamkeit des Lösungsbegehrens von dem Bestehen eines über den Widerspruch hinausgehenden berechtigten Interesses des Verantwortlichen ab. Das heißt im Klartext: In den Fällen, in denen du die Verarbeitung der Daten der Nutzer*innen vornimmst, ohne eine Einwilligung einholen zu müssen, weil du ein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung hast, musst du nach wirksamen Widerspruch der Verarbeitung nachweisen können, dass das ursprüngliche berechnigte Interesse noch fortbesteht und zwar auch für die bereits gespeicherten Daten! Dies wird in der Praxis wohl schwer nachzuweisen sein. Der andere Anwendungsfall ist die Direktwerbung. Hier entsteht das Recht auf Löschung sofort mit Einlegung des Widerspruchs, ohne dass es einer etwaigen Prüfung auf andere Gründe für die Speicherung der Daten bedarf. Für den Widerruf gilt ebenfalls, dass ab diesem Zeitpunkt eine Verarbeitung durch den Verantwortlichen nicht mehr rechtmäßig wäre, da keine wirksame Einwilligung mehr vorliegt. Im Gegensatz zu dem Widerspruch hat die betroffene Person jedoch nach erfolgtem Widerruf nur ein Recht auf Löschung der Daten, sofern es nicht eine andere Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten gibt. Hier wird dir also auch nochmal die Möglichkeit eingeräumt, Gründe „nachzuschieben“. Dabei bist du nicht auf den Grund des „berechtigten Interesses“ im Sinne der DS-GVO beschränkt. Welche dies im Detail sein können, ist von Fall zu Fall unterschiedlich.*

Formerfordernis

Der Widerruf muss dabei jederzeit und formlos möglich sein. Das heißt, dass der/die Nutzer*in – sobald er/sie den Entschluss gefasst hat, der Verarbeitung der Daten durch dich nicht länger einzuwilligen – die Möglichkeit besitzen muss, dies auch auf einfache Art und Weise dir gegenüber kundzutun. Eine Bindung an zum Beispiel ein etwaiges Schriftformerfordernis würde es der betroffenen Person nur erschweren, von ihren Rechten Gebrauch zu machen. Zum einen haben erhöhte Anforderungen immer eine gewisse „abschreckende“ Wirkung. Zum anderen bergen Sie die Gefahr, dass das betreffende Formerfordernis letztlich doch nicht genau eingehalten wurde und der Widerruf somit hinfällig wäre. Auch die Gegenüberstellung von Einwilligung und Widerruf gebietet nichts Anderes. Wenn der/die Nutzer*in durch das Anklicken einer Checkbox einwilligen kann, wieso sollte er/sie dann nur förmlich widerrufen können.

05. Hinweis auf die Datenschutzerklärung

Nach Abfassen des Einwilligungstextes unter den oben dargestellten Kriterien fehlt zur Vollständigkeit des Cookie-Consent-Banners nicht mehr viel. Was aber unter keinen Umständen fehlen darf, ist der Hinweis auf die aktuell gültige Datenschutzerklärung. Diese verlinkt man bestenfalls gleich mit.

1. Hier sind generell weitere Hinweise zu Cookies zu finden

Die Datenschutzerklärung unterrichtet den/die Nutzer*in nicht nur über die verwendeten Cookies, sondern vielmehr auch über die Rechtsgrundlage der jeweiligen Verarbeitung. Auch enthält die Datenschutzerklärung weitere Informationen über die Cookies wie die Dauer der Speicherung. Ferner teilt sie grundsätzlich relevante Informationen mit – wie zum Beispiel den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen.

2. Hinweis, weil zum Zeitpunkt der Datenerhebung Pflichtinformationen nach Art. 13 f. DS-GVO mitgeteilt werden müssen

Das Problem dabei ist, dass uns die DS-GVO dazu verpflichtet, all diese Informationen zum Zeitpunkt der Datenerhebung mitzuteilen (Art. 13 DS-GVO). Zum einen brauchen wir nach dem Verständnis der DS-GVO diese Informationen für die Einwilligung, denn diese ist durch das europarechtliche Auge gesehen „eine eindeutige bestätigende Handlung, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung (...) einverstanden ist“ (Erwägungsgrund 32 der DS-GVO). In informierter Weise einwilligen kann jedoch nur diejenige Person, der alle entscheidenden Informationen zur Verfügung stehen. Zum anderen ist die Bereitstellung dieser Informationen unabhängig von der Einwilligung benutzer*innenfreundlich und wird der datenschutzrechtlich gebotenen Transparenz gerecht. Zwar beinhaltet der Cookie-Consent-Banner schon einige Aspekte, dennoch hat dieser schlichtweg keinen Platz für alle oben genannten DS-GVO relevanten Informationen. Dieses Problem löst man somit mit der Verlinkung der Datenschutzerklärung.

3. Optik ist alles?! Die grafische Ausgestaltung des Cookie-Banners

Steht der Inhalt fest, so stellt sich natürlich auch immer gleich die Frage nach der optischen Ausgestaltung. Ein Cookie-Consent-Banner soll ansprechend aussehen, vielleicht sogar die firmen- oder markentypischen Farben enthalten und einen seriösen ersten Eindruck erwecken. Auch wenn dieser teils unachtsam weggeklickt wird, so hat er sich doch zu einer Art „Visitenkarte“ entwickelt, die man zwangsweise beim ersten Besuch der Nutzer*innen verteilen muss – um deren Interessen zu wahren.

Grundsätzlich hast du bei der finalen grafischen Ausgestaltung natürlich freie Hand und darfst die oben dargestellten Grundsätze in deiner ganz eigenen Weise umsetzen. Dennoch gibt es auch hier wieder die ein oder andere Spielregel zu beachten.

4. Darf Zugang zu Impressum und Datenschutzerklärung nicht verdecken

Häufig der Fall, wenn Cookie-Banner am unteren Rand angebracht wird und im Footer der Webseite Verlinkung zu Impressum und DSE hinterlegt sind. Früher oder später wird sich die Frage stellen: Wo platziere ich den fertigen Cookie-Consent-Banner auf der Webseite? Dieser ist so zu platzieren, dass keine Pflichtinformationen verdeckt werden. Dazu gehören unter anderem die Pflichtangaben des Impressums und damit auch die Verlinkung auf dieses sowie die Datenschutzerklärung. Da es bei der Gestaltung einer Webseite häufige Praxis ist, sowohl Datenschutzerklärung als auch Impressum im sogenannten Footer, also dem Stück am untersten Ende der Webseite, zu verlinken, muss bei der Platzierung des Cookie-Consent-Banners darauf geachtet werden, dass diese beiden Verlinkungen nicht verdeckt werden. Gleiches gilt, wenn Impressum und Datenschutzerklärung im sogenannten Header, dem Pendant am obersten Ende der Webseite, verlinkt sind.

5. Nudging verboten?!

Die gestalterische Freiheit wird unter anderem dadurch eingeschränkt, dass es wohl verboten ist, durch die Gestaltung die Auswahl einer Möglichkeit auf manipulative Art und Weise hervorzuheben. Dieses Phänomen nennt sich „Nudging“.

Was ist Nudging?

„Nudging“ (engl.) zu Deutsch „stupsen/ anstoßen“ beschreibt im Datenschutzrecht das Phänomen, dass die nutzende Person aufgrund der Ausgestaltung des Banners, zum Beispiel dadurch, dass ein Button unverhältnismäßig größer ist als der andere oder eine „positiv konnotierte Farbe“ (zum Beispiel Grün) hat, zur Auswahl dieses Buttons „gestoßen“ wird.

Es ist für sie in diesen Fällen einfacher oder logischer, den Button – meist der, der zur Zustimmung zur Verwendung aller Cookies benutzt wird – zu drücken. Aber auch, wenn der/die Nutzer*in zu dem Button, der ihm/ihr den größeren Schutz bietet, gestoßen wird, liegt verbotenes Nudging vor. Der Grund: Es soll der betroffenen Person selbst vorbehalten sein, die Auswahl zu treffen und zwar ganz nach ihrem eigenen Gusto. Nicht umsonst gibt es die bis hier hin vorgestellten und zu beachtenden Regeln. All die Arbeit, die man leistet, um den Vorgaben der DS-GVO zu entsprechen, würde leerlaufen, wenn Nutzer*innen an diesem entscheidenden Punkt zur Abgabe einer bestimmten Entscheidung – wenn auch nur unterschwellig – bewegt werden würden. Unzulässig wird die Gestaltung aber dort, wo die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung nicht mehr erfüllt sind. Besonders kritisch ist ein messbarer Mehraufwand für die Ablehnung. Wenn die Zustimmung mit einem Klick möglich ist, die Ablehnung aber erst über weitere Ebenen, mehr Text, mehr Aufmerksamkeit und mehr Suchaufwand, spricht dies nach der heutigen Aufsichtspraxis deutlich gegen die Freiwilligkeit. Die europäische Aufsichtslinie stützt dieses Ergebnis zusätzlich. Der Cookie Banner Taskforce Bericht des EDPB behandelt unter anderem fehlende Reject Buttons, Banner Design und Widerrufs Icons als zentrale Prüfungsfelder. Er hält versteckte Alternativen, schlecht sichtbare Ablehnungen und irreführende Kontraste für problematisch. Die Taskforce lehnt zwar keinen allgemeinen Farbcode für alle Banner ab, verlangt aber eine Einzelfallprüfung darauf, ob Farbe, Kontrast und Positionierung Nutzerinnen und Nutzer offensichtlich in Richtung Zustimmung lenken. Auch die EDPB-Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern aus 2023 warnen ausdrücklich vor versteckten oder schlecht lesbaren datenschutzfreundlicheren Optionen.

Wir haben für dich im Folgenden ein paar Beispiele mit Erklärung aufgeführt, wie Nudging aussieht. Vielleicht erwischst du dich selbst dabei, wie dir „auf einmal“ einer der zur Auswahl stehenden Buttons „sympathischer“ erscheint?

Was sagt die Rechtsprechung?

Hier gibt es unterschiedliche Auffassungen: Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Nudgings ist noch nicht abschließend geklärt. Zwar gibt es Stimmen, die sich für die Rechtswidrigkeit dieses Vorhabens aussprechen.

So zum Beispiel auch die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen. Sie vertritt die Auffassung, dass eine verhaltensmanipulierende Ausgestaltung zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen soll. Dieser Auffassung schließt sich das Landgericht Rostock an. Eine solche Gestaltung stelle wohl eine unzulässige Vorauswahl dar. Da jedoch weder ein Urteil aus letzter Instanz noch eine gesetzliche Grundlage vorliegt, können diese Ansichten noch nicht als verbindlich geltendes Recht angesehen werden. Die Datenschutzkonferenz zieht in ihrer Orientierungshilfe für Anbieter*innen für Telemedien an dieser Stelle ein Urteil des Bundesgerichtshofs zur Telefonwerbung heran. Hier hat der BGH eindeutig entschieden, dass eine Einwilligung jedenfalls dann unwirksam ist, wenn die Gestaltung darauf angelegt ist, die Betroffenen von der Ausübung ihres Wahlrechts abzuhalten. Inwieweit diese Grundsätze auch auf die Cookie-Consent-Banner übertragbar sind, ist nicht abschließend geklärt.

Sonderform des Nudgings: Dark Patterns

Eine besondere Form des Nudgings sind sogenannte Dark Patterns. Sie haben das Ziel, Nutzer*innen so zu beeinflussen, dass sie sich für eine Auswahl entscheiden, die eigentlich ihren Interessen zuwiderlaufen. Dies geschieht bei Cookie-Consent-Bannern ganz häufig durch die Ausnutzung des sog. „Click Fatigue“. Dabei werden Klickwege zu verschiedenen Optionen unterschiedlich lang gestaltet mit dem Ziel, dass die Nutzer*innen den einfacheren Weg gehen. Im konkreten Fall sieht das dann oft so aus, dass mit nur einem Klick alle

Cookies akzeptiert werden können, unter anderem also auch vielleicht nicht gewollte Tracking-Cookies. Soll auf eben diese Cookies verzichtet oder eine andere Vorauswahl getroffen werden, so muss sich erst umständlich durch mehrere Oberflächen geklickt und im Zweifel zu setzende Cookies einzeln händisch abgewählt werden. Diese Art des Nudgings ist natürlich weit entfernt von Nutzerfreundlichkeit und wir empfehlen dir daher, bei der Ausgestaltung deines Cookie-Consent-Banners simple sowie nutzerfreundliche Lösungen zu finden.

6. Vorsicht bei Tracking Walls

Zuletzt ist noch zu beachten, dass dein Cookie-Consent-Banner nicht zu einer Cookie-Wall (auch Tracking-Wall) werden darf.

Was ist das?

Cookie-Walls versperren – anders als Cookie-Consent-Banner – den Zugang zu der aufgerufenen Webseite komplett. Stimmt der/der Nutzer*in nicht ein, so wird er/sie automatisch weitergeleitet; er/sie wird quasi von der Webseite „geschmissen“. Diese Cookie-Walls sind meist derart ausgestaltet, dass man nur alle Cookies akzeptieren

oder ablehnen kann. Wie wir bereits gelernt haben, ist das alles andere als rechtmäßig. Die Webseite muss trotz datenschutzrechtlichem Hinweis noch zugänglich sein. Wie oben bereits dargestellt, ist der Banner ein hervorragendes Tool, um der DS-GVO gerecht zu werden und die Interessen beider Parteien ausreichend zu wahren. Nur darf dieses dann nicht irgendwann dazu „pervertieren“, dass wir eine Zwei-Klassen-Gesellschaft in den Belangen des Datenschutzes haben: nämlich diejenigen, die bereit sind, mit ihren Daten für den Besuch einer Webseite zu zahlen und diejenigen, die es eben nicht sind. Freie Informationsbeschaffung soll und muss weiterhin im Netz möglich sein – auch unter Berücksichtigung der Interessen der Webseitenbetreibenden.

Wann überhaupt erlaubt? Dass Daten dennoch als Währung angesehen werden und auch damit „gehandelt“ werden kann, machen sogenannte Paywalls deutlich. Diese unterscheiden sich von den oben dargestellten Cookie-Walls darin, dass sie es dem/der Nutzer*in auf jeden Fall ermöglichen, auf die Webseite zu kommen. Er wird dabei jedoch auch vor eine Wahl gestellt. Paywalls sind meist so ausgestaltet, dass der/die Nutzer*in wählen kann, ob er/sie einen kleinen Betrag zahlt, um die Seite zu sehen oder ob er/sie mit Werbung auf der Seite diese aufrufen möchte. Großer Anwendungsbereich dieser Paywalls sind die Online-Angebote der Printmedien oder andere Seiten, auf denen Content angeboten wird, der sich wirtschaftlich rentieren soll. Hintergrund dabei ist das wirtschaftliche Interesse der Betreibenden. Entweder zahlt der/die Nutzer*in einen kleinen Obolus, damit der/die Betreiber*in entgolten wird oder er lässt den/die Betreiber*in Werbung schalten, um ihn/sie so finanziell zu decken. Bei letzterem stimmt der/die Nutzer*in regelmäßig auch der Verwendung verschiedener Cookies zu, darunter auch Tracking Cookies, die ebenfalls den wirtschaftlichen Interessen der Betreibenden dienen. Dass dies unter Umständen problematisch ist, haben wir bereits beleuchtet. Endgültige Entscheidungen zu diesem Thema gibt es jedoch noch nicht. Es bleibt somit spannend, ob diese Ausgestaltung von Paywalls letzten Endes rechtmäßig ist. Für dich als Betreiber*in einer „normalen“ Webseite als Aushängeschild für deine Marke oder deine Firma wird sich diese Frage wahrscheinlich letztlich nicht stellen.

Solange du die oben dargestellten Grundsätze beachtest, ist dein Cookie-Consent-Banner bereit für das World Wide Web!

Checkliste für Cookie-Banner

Seit der unmittelbaren Wirkung der DS-GVO im Mai 2018 beherrscht das Internet eine neue visuelle Erscheinung: Cookie-Banner. Diese dienen dem Schutz der Nutzer*innen vor der Preisgabe wertvoller persönlicher Cookies. Doch schaut man sich etwas genauer um, wird einem schnell klar: eine eindeutige Handhabe ist nicht ersichtlich. Dabei sind die „Spielregeln“ rund um die Cookies doch so einfach – wie auch das Landgericht Rostock mit seinem Urteil vom 15.09.2020, Az.: 3 O 762/19 jüngst bestätigte.

Dreh- und Angelpunkt sowohl des TTDSG als auch der DS-GVO ist häufig die Einwilligung der betroffenen Person in die Verwendung bestimmter Cookies. Sie öffnet Tür und Tor zum Besuch einer Webseite und zur Nutzung der darin eingebundenen Dienste. Bei Aufruf der Seite wird sie über eine Oberfläche, sog. Cookie- Banner, erteilt. Dies muss gemäß Art. 7 DS-GVO in Verbindung mit dem zugrundeliegenden Erwägungsgrund 32 unter anderem freiwillig und eindeutig geschehen.

Diese Punkte solltest du beachten:

Ausgestaltung der Einwilligung -> Antwort als Zustimmung oder Ablehnung möglich

Kein Nudging?

Hinweise auf Datenschutzerklärung im Einwilligungstext eingebunden?

Hinweise auf Möglichkeit des Widerrufs?

Impressum & Datenschutzerklärung einsehbar?

Datenschutzerklärung aktuell?

Unterschiedliche Cookies dargestellt?

Passende Weiterbildungen finden Sie hier:

Weiterbildung zum Thema Recht

Finden Sie aus unserem erstklassigen Weiterbildungsangebot die für Ihre Bedürfnisse passende Fortbildung. Profitieren Sie von unseren maßgeschneiderten Seminaren und Lehrgängen mit erfahrenen, hochkarätigen Experten rund um das Thema Recht. [Jetzt informieren.](#)

e-Learning – Klicken und Lernen

Das FORUM Institut bietet mit hochwertigen e-Learning-Programmen eine flexible Weiterbildungsform. Entscheiden Sie selbst, wann und wo Sie lernen. [Jetzt unverbindlich testen.](#)

Inhouse-Seminare – Maßgeschneiderte Lösungen

Alle unsere Seminare eignen sich auch hervorragend als [Inhouse-Training](#). Jetzt individuelles [Angebot anfordern](#).

Wir garantieren fachlich hochwertige Weiterbildung für Ihren Erfolg – unsere ISO-Zertifizierungen nach 9001 und 21001 unterstreichen dies. [Jetzt informieren](#)