

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strasse Meyer

Editorial

Tilman Herbrich

Tragen soziale Netzwerke keine Verantwortung?

Seite 33

Stichwort des Monats

Joerg Heidrich

Der Brexit und der Datenschutz

Seite 34

Datenschutz im Fokus

Anna Cardillo und Andreas Bethke

Zertifikat nach ISO/IEC 27001: Wie können Auftragsverarbeiter beim Verantwortlichen „punkten“?

Seite 38

Tim Wybitul

DSGVO-Schadensersatzabelle gibt schnellen Überblick über aktuelle Rechtsprechung und Schadenssummen

Seite 42

Frederick Richter

Die Datentreuhand, das (noch) unbekannte Wesen

Seite 47

Kathrin Schürmann

Anonymisierung und Pseudonymisierung in der Praxis

Seite 49

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Sebastian Herting

LfD Niedersachsen: DSGVO-Einwilligungen auf Websites und Anforderungen an Consent-Layer

Seite 53

Rechtsprechung

Dr. Axel von Walter

LG Bonn reduziert Bußgeld gegen 1&1 deutlich und ebnet Weg für EU-Verbandssanktion im Datenschutz

Seite 56

Carl Christoph Möller

LG Rostock: Nudging in „Cookie-Bannern“ kann unzulässig sein

Seite 60

▪ Nachrichten Seite 35 ▪ Service Seite 64

Sebastian Herting

LfD Niedersachsen: DSGVO-Einwilligungen auf Websites und Anforderungen an Consent-Layer

Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen (LfD) veröffentlichte im November 2020 eine „Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer“ und schaltete sich damit in die Diskussion um Nudging, Dark Patterns & Co. ein. Inwieweit derartige Methoden der Wirksamkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung entgegenstehen, ist umstritten. Die LfD positioniert sich insoweit klar, dass hierdurch je nach konkreter Ausgestaltung gegen unterschiedliche Vorgaben der DSGVO verstoßen werden kann. Eine verhaltensmanipulierende Ausgestaltung von Consent-Banner soll danach zu einer Unwirksamkeit der Einwilligungen führen können.

Rechtmäßigkeit der Cookie-Nutzung

Das Jahr 2020 hat Website-Betreiber vor so manche Herausforderung gestellt und Anbietern von Consent-Management-Tools ein gutes Geschäft beschert. Spätestens seit der „Cookie-Einwilligung II“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 28. Mai 2020, I ZR 7/16) ist klar, dass das Setzen und Auslesen von Cookies und ähnlichen Technologien, die für den Betrieb der Website nicht zwingend erforderlich sind, nur mit Einwilligung der Website-Besucher zulässig sind.

Die LfD hat unter 15 kleinen und mittleren Unternehmen verschiedener Branchen eine Prüfung zum datenschutzkonformen Tracking auf Websites durchgeführt. Infolge der Prüfung hat die LfD Hinweise für die Ausgestaltung von Einwilligungen auf Websites erarbeitet und am 25.11.2020 als Handreichung veröffentlicht.

Die Handreichung eröffnet mit der pauschalen Feststellung, dass neben der Verwendung von Cookies auch für die Einbindung von Drittdienstleistern auf Websites generell eine DSGVO-Einwilligung der Nutzer erforderlich sei. Exemplarisch werden Analyse-, Marketing-, Tracking-, Karten-, Wetter-, Chat-, Video-, Bildoptimierung-, Push-Nachrichten- und Umfrage-Dienste genannt, ohne dies weiter zu begründen.

Verwaltung über Consent-Tools

Um auf Websites eine Entscheidung über den Einsatz von Cookies zu ermöglichen, haben sich sogenannte Consent-Banner (oder Consent Management Platform, Cookie-Layer etc.) zunehmend durchgesetzt. Diese Tools ermöglichen es den Nutzern, zu bestimmten Datenverarbeitungen ihre Einwilligung zu erteilen, eine abgegebene Einwilligung zu widerrufen oder Datenverarbeitungen zu widersprechen. Außerdem können die Tools Website-Betreiber dabei unterstützen, über Datenverarbeitungen zu informieren und den Nachweis über abgegebene Erklärungen erbringen zu können.

Die LfD warnt jedoch davor, auf die Werbeversprechen der Tool-Anbieter hinsichtlich der DSGVO-Compliance ihrer Produkte zu bauen und weist darauf hin, die Tools sorgfältig und für den konkreten Einsatz zu konfigurieren.

Anforderungen an DSGVO-Einwilligungen

Die Handreichung zeigt die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung gemäß Art. 4 Nr. 11 DSGVO und Art. 7 DSGVO auf und setzt die einzelnen gesetzlichen Anforderungen in den Kontext der Besonderheiten von Websites mit Consent-Banner. Anhand von Beispielen und Screenshots werden die von der Behörde aufgestellten do's und don't's veranschaulicht.

Zeitliche Abfolge

Die LfD weist auf die korrekte zeitliche Abfolge hin. Datenverarbeitungen auf Websites dürfen erst beginnen, nachdem die Einwilligung erteilt wurde. Beim ersten Aufruf einer Website sind nur technisch erforderliche Cookies und Dienste zulässig, für die es keiner Einwilligung der Nutzer bedarf. Erst nach Abfrage und Erteilung der Einwilligung dürfen einwilligungsbedürftige Cookies und Drittdienste geladen werden. Hier zeigt sich die Wichtigkeit einer korrekten technischen Implementierung von Consent-Tools.

Klare Worte

Strenge Anforderungen stellt die LfD an die Informiertheit der Einwilligung. Vor Abgabe der Einwilligung sind der betroffenen Person gewisse Mindestinformationen zu geben. Ausgehend von den Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) erwartet die LfD Angaben über die Identität des Verantwortlichen, die Verarbeitungszwecke, die verarbeiteten Daten, die Absicht einer ausschließlichen automatisierten Entscheidungsfindung (Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DSGVO) und die Absicht einer Datenübermittlung in Drittländer (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a DSGVO). Verarbeitungszwecke sind konkret zu beschreiben. Blumigen Beschreibungen über Cookies, um „für Sie die

Website optimal zu gestalten und zu verbessern“ oder „Webanalyse und Werbemaßnahmen durchzuführen“ seien nicht ausreichend. Negativbeispiele werden auch in Bezug auf Remarketing und Real Time Biding genannt.

Zu einer informierten Einwilligung gehört der Hinweis auf das Widerrufsrecht (Art. 7 Abs. 3 Satz 3 DSGVO). Die LfD stellt klar, dass dieser Hinweis bereits auf der ersten Ebene des Consent-Banners erteilt werden müsse. Der bloße Hinweis im Rahmen der Datenschutzerklärung reiche nicht aus.

Keine Tricks

DSGVO-Einwilligungen können nur durch eindeutige bestätigende Handlungen erteilt werden (Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Auf Websites erfolgt dies regelmäßig durch Klicks oder die Auswahl technischer Einstellungen. In Anlehnung an die EDSA-Leitlinien zur Einwilligung stellt die LfD nochmal klar, dass ein Weiterscrollen selbst bei einem diesbezüglichen ausdrücklichen Hinweis keine eindeutige bestätigende Handlung darstellt.

Als wichtiges Bewertungskriterium werden Informationstexte und die Bezeichnung und Darstellung von Einwilligungs-Buttons hervorgehoben, insbesondere im Vergleich zu Buttons, über die die Einwilligung verweigert wird. Bleibt der Erklärungsinhalt in der Gesamtschau missverständlich, kann dies zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen. Ebenso problematisch können technische Finessen, wie versteckte Voreinstellungen hinter integrierten Drop-Down-Fenstern oder nicht erkennbar miteinander verknüpfte Schieberegler und Buttons sein. Exemplarisch nennt die LfD die verbreitete Darstellung von Cookie-Bannern, bei denen einzelne Cookie Kategorien (z. B. Notwendig) ausgewählt sind, während andere Cookie Kategorien (z. B. Statistik) erkennbar abgewählt sind. Problematisch sei, wenn nun mit einem zentralen Button mit der Bezeichnung „Alle akzeptieren“ auch die vorher abgewählten Cookies aktiviert würden.

Cookie-Walls und PUR-Modelle

Wesentliches Element einer gültigen Einwilligung ist die Freiwilligkeit (Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Die betroffene Person muss eine echte Wahl haben, darf weder Druck noch Zwang ausgesetzt sein und darf keine Nachteile erleiden, wenn Einwilligungen nicht erteilt oder widerrufen werden. Mit Bezug auf die EDSA-Leitlinien zur Einwilligung hebt die LfD die Unzulässigkeit sog. Cookie-Walls hervor. Cookie-Walls sind Consent-Layer ohne Ablehnungsmöglichkeit. Die einzige Möglichkeit, den Inhalt einer auf diese Weise abgeschirmten Website anzuzeigen, besteht darin, die Cookies zu akzeptieren.

Hingegen sieht die LfD keinen Verstoß gegen die Freiwilligkeit, wenn den Nutzern neben der Einwilligung die Alter-

native angeboten wird, die Website gegen eine angemessene Bezahlung zu nutzen. Sie folgt damit dem Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit (28. Tätigkeitsbericht, Seite 85) sowie dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (Pressemitteilung vom 07.05.2020 anlässlich der EDSA-Leitlinien zur Einwilligung). Entsprechende „PUR-Modelle“ finden sich vor allem bei werbefinanzierten Angeboten im Online-Zeitungsbereich.

Einfacher Widerruf

Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung sein (Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO). Erfolgt die Erteilung der Einwilligungen über ein Consent-Tool, so sollte auch der Widerruf auf diesem Wege erfolgen. Der Verweis der Nutzer auf andere Kommunikationswege wie Kontaktformular, E-Mail, Telefon, Fax oder Brief wird als unzulässig betrachtet.

Um Einstellungsänderungen und den Widerruf jederzeit ausüben zu können, sollte das Consent-Tool erneut aufgerufen werden können und auf der Website leicht auffindbar sein. Die LfD empfiehlt die Platzierung eines deutlich gekennzeichneten Links (z. B. „Datenschutz-Einstellungen“) neben Impressum und Datenschutzhinweisen. Als pragmatische Alternative wird die Platzierung des Links in den Datenschutzhinweisen vorgeschlagen.

Herausforderung Minderjährige

Ein besonderes Augenmerk richtet die LfD auf Einwilligungen von Minderjährigen. Art 8 DSGVO enthält ergänzende Bedingungen für datenschutzkonforme Einwilligungen für Angebote von Diensten der Informationsgesellschaft, die einem Kind unter 16 Jahren direkt gemacht werden. Beispielhaft genannt werden spezifische Medienseiten oder Suchmaschinen für Kinder.

Für Anbieter solcher Angebote besteht die Herausforderung darin, geeignete Altersverifikationen durchzuführen und ggf. die Einwilligung der Träger der elterlichen Verantwortung einzuholen. Bloßen Altersabfragen und Bestätigungen über das Webinterface erteilt die LfD eine Absage, erkennt aber auch an, dass Post-Ident und vergleichbare Verfahren aufgrund ihres hohen Aufwands meist ungeeignet seien. Es bleibt dann aber bei dem Rat „ein angemessenes Online-Identitätsprüfungsverfahren auf der Webseite einzubinden, das eine geringe Wahrscheinlichkeit für einen Missbrauch bietet“. Die LfD empfiehlt im Übrigen den Verzicht von Cookies und Drittdiensten, um die Einwilligungsproblematik zu umgehen.

Nudging und Grenzen der Gestaltung

Im Internet finden sich viele Versuche, durch eine bestimmte Gestaltung des Consent-Banners die Zustimmungsrate der Nutzer zu erhöhen. In der Handreichung

geht die LfD auf verschiedene Formen des Nudging („schieben“ oder „schubsen“) ein und konstatiert, dass einem erlaubten Nudging Grenzen gesetzt sind und verhaltensmanipulierende Ausgestaltungen zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung führen können.

Verbreitet sind auffällige Gestaltungen und Farbgebung von Buttons, die zur Einwilligung dienen, während die Ablehnen-Buttons dezent gestaltet sind und weniger prominent platziert werden. Teilweise wird die Möglichkeit des Ablehnens bewusst kompliziert gestaltet und ins Second Layer des Consent-Tools verlegt. Nutzer müssen sich dann erst durch Cookie-Einstellungen klicken, um ihre Ablehnung kundzutun.

Als weiteres Beispiel werden Ansätze aufgeführt, nicht erteilte Einwilligungen bei jedem Websiteaufruf wiederholt abzufragen, um die Nutzer „mürbe“ zu machen. Die LfD fordert dazu auf, von Nutzer vorgenommene Cookie-Einstellungen zu speichern, um Einwilligungen nicht erneut abzufragen. Dies sei insbesondere dann angezeigt, wenn Consent-Banner nicht die Möglichkeit böten, mit einem Klick alle nicht erforderlichen Cookies abzulehnen. Unklar bleibt, wie dieser Hinweis der LfD vor dem Hintergrund der vorher bemängelten Gestaltungsmethoden zu verstehen ist, wonach die Möglichkeiten Cookies anzunehmen oder abzulehnen gleichwertig zu platzieren sind.

Erstes Urteil zum Nudging

Noch bevor die Handreichung der LfD veröffentlicht wurde, hat das Landgericht Rostock die Grenzen für eine solche Praxis aufgezeigt (Urteil vom 15.09.2020 – 3 O 762/19). Gegenstand des Urteils waren u. a. das Consent-Banner einer Internetplattform. Unter einem Informationstext zur Cookie-Nutzung befanden sich ein grün hinterlegter Button mit der Aufschrift „Cookies zulassen“ und ein grau hinterlegter Button mit der Aufschrift „Nur notwendige Cookies verwenden“. Außerdem bestand über einen Button mit der Aufschrift „Details anzeigen“ die Möglichkeit, eine Liste der verwendeten Cookies einzusehen. Das Gericht entschied, dass durch die Auswahl aller Cookies über die Betätigung des grün unterlegten „Cookie zulassen“-Buttons eine unzulässige Vorauswahl erfolgte und führte weiter aus:

„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 vorgebelegt 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 vorgebelegt sind und damit durch welchen Button, welche Cookies „aktiviert“ werden.“

Fazit und Praxistipps

Sollte die Rechtauffassung der LfD Schule machen, dürften sich die Mehrzahl der bisher in Deutschland verwendeten Consent-Banner als rechtswidrig erweisen. Das Urteil des LG Rostock ist insofern Wasser auf die Mühlen der Aufsichtsbehörde. Website-Betreiber sollten zur Minimierung des rechtlichen Risikos prüfen, ob auf ihrer Website ein Consent-Banner eingesetzt wird, das unter Beachtung der Maßgaben der Handreichung der LfD den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügt. Insbesondere um aufsichtsbehördliche Maßnahmen abzuwenden, ist hierbei eine Orientierung an den entsprechenden Gestaltungsempfehlungen ratsam.

Bei der Auswahl des geeigneten Consent-Management-Tools erweisen sich Dienste als vorteilhaft, die sowohl technische Konfiguration als auch Design-Anpassungen ermöglichen. So können Website-Betreiber flexibel auf rechtliche Rahmenbedingungen reagieren, die absehbar einer gewissen Dynamik unterliegen werden.

Etwas kurz greift die pauschale Feststellung der LfD, dass neben der Verwendung von Cookies auch für die Einbindung von Drittdienstleistern auf Websites generell eine DSGVO-Einwilligung der Nutzer erforderlich sei. Die Einwilligung mag in vielen Fällen die einschlägige Rechtsgrundlage sein, insbesondere wenn IP-Adressen und ggf. weitere personenbezogene Daten in ein Drittland übermittelt werden. Aber es sind durchaus Konstellationen denkbar (vor allem bei den exemplarisch genannten Karten-, Wetter-, Chat-, Video und Bildoptimierungs-Diensten) in denen die Einbindung von Drittanbieter-Diensten auf der Website im Rahmen einer Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. f DSGVO) weiterhin zulässig sein kann. Hier ist eine differenziertere Betrachtung angebracht, als die Handreichung der LfD vorzugeben scheint.

Autor: Sebastian Herting ist Rechtsanwalt und Partner bei Herting Oberbeck Rechtsanwälte in Hamburg. Er ist zertifizierter Datenschutzbeauftragter und berät Unternehmen in Rechtsfragen zu Datenschutz, neuen Technologien und Marketing.

