

Datenschutz & Compliance

Newsletter für den Datenschutz



SaphirIT

DATENSCHUTZ · COMPLIANCE

Ausgabe August 2021 | Seite 239 - 243

INHALT

SONDERAUSGABE

AKTUELLES ZU COOKIE-BANNERN

Cookie-Banner datenschutzkonform gestalten

Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der sog.
„Pay and Okay“-Lösung

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit übersenden wir Ihnen unseren Newsletter August 2021 in der Sonderausgabe zum Thema „Cookie-Banner“.

Viel Spaß bei der Lektüre. Bei Fragen oder Anmerkungen sprechen Sie uns gerne an.

Mit freundlichen Grüßen
Ihre SaphirIT GmbH

Cookie Banner datenschutzkonform gestalten Datenschützer kritisieren Cookie Banner vieler Unternehmen

Das Thema Cookies wird in den letzten Jahren immer wieder kontrovers diskutiert. Häufig werden Cookies nicht datenschutzkonform eingesetzt. Oft mangelt es an der Freiwilligkeit von Einwilligungen oder daran, dass die Ausgestaltung der Cookie-Banner verwirrend oder undeutlich ist.

Was sind Cookies eigentlich?

Cookies sind kleine Textdateien, die über eine Webseite im Internetbrowser eines Nutzers gespeichert werden können. Bei Cookies handelt es sich nicht um schädliche Software oder gar einen Virus. Vielmehr wird ein Textprogramm abgelegt, das zu einem späteren Zeitpunkt wieder vom Webserver aufgerufen werden kann. Es gibt dabei viele verschiedene

Cookies die gespeichert werden können. Neben notwendigen Cookies die zum Betrieb der Seite zwingend erforderlich sind, gibt es beispielsweise auch Leistungs- und Performance Cookies, die das Verhalten der Nutzer auf der Seite sammeln und solche die feststellen, ob Fehlermeldungen auftreten.

Daneben gibt es Funktionscookies, die die „Usability“ einer Webseite erhöhen, oder Werbe Cookies, die explizit dafür da sind, den Nutzern ihrem Surfverhalten entsprechend passende Werbung einzublenden.

In den letzten Wochen und Monaten mehren sich die Beschwerden national, wie international immer mehr, dass das Ablehnen von Cookies genau so einfach sein sollte wie das Einwilligen in die Datenverarbeitung, was es aber nicht ist.

Eine aktive Einwilligung in das Setzen von Cookies ist immer notwendig. Das hatte der Europäische Gerichtshof bereits im Jahr 2020 nach Vorlage des Bundesgerichtshofs entschieden. (EuGH, Ur. v. 1.10.2019, Az. C-673/17).

Doch viel problematischer ist die tatsächliche Ausgestaltung der Cookie-Banner.

Die französische Datenschutzaufsichtsbehörde CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) hat nach eigener Mitteilung vom 23.07.2021 ca. 40 Unternehmen dazu aufgefordert, ihre Praxis beim Einsatz von

Cookies an die „geltende Rechtslage“ anzupassen.

Wesentlicher Kritikpunkt der CNIL ist, dass es Nutzern meist nicht möglich ist Cookies so einfach abzulehnen wie sie akzeptiert werden können. Die CNIL hält einen „Alle ablehnen“-Button im selben Format und auf derselben Ebene wie einen „Alle akzeptieren“-Button für angemessen.

Das bloße Vorhandensein einer Schaltfläche „Einstellungen“ zusätzlich zur Schaltfläche „Alle akzeptieren“ führe nur dazu, dass eine Ablehnung faktisch verhindert und damit gegen die Anforderungen der DSGVO verstoßen werde.

Um eine datenschutzkonforme und freiwillige Einwilligung annehmen zu können muss es Besuchern der Webseite genau so einfach möglich sein Cookies abzulehnen wie diesen zuzustimmen.

Häufig arbeiten Unternehmen auch mit verschiedenen Farben um Nutzer dazu zu verleiten ein bestimmtes Feld anzuklicken.

Auch muss es möglich sein, eine einmal gegebene Zustimmung, so einfach wie die Zustimmung erteilt wurde, wieder zurückzunehmen. Nur wenige Webseiten bieten hierfür den erforderlichen Rahmen.

Die französische CNIL geht damit grundsätzlich konform mit dem italienischen „Garante“ (Datenschutzaufsichtsbehörde in Italien). Diese spricht sich in ihren kürzlich erlassenen Guidelines ebenfalls dafür aus, dass die Ablehnung durch Anklicken einer intuitiv verständlichen Schaltfläche auf der ersten Ebene eines Cookie-Banners erfolgen können muss. Die Sichtbarkeit der Auswahlmöglichkeiten müsse dabei gleich sein.

Ein Drängen des Nutzers eine unbewusste Entscheidung beispielsweise aufgrund von Farbe, Schriftgröße und Platzierung soll nicht zulässig sein.

Auch die Datenschutzorganisation von Max Schrems „*noyb*“ hat in dieser Hinsicht weiter für Aufsehen gesorgt. Nachdem die Datenschutzorganisation ganze 500 Unternehmen aufgrund unzulässiger Cookie-Banner angeschrieben hatte, hat sie nun verkündet ganze 422 formelle Beschwerden bei 10 europäischen Aufsichtsbehörden eingereicht zu haben.

Wesentliche Kritikpunkte waren auch bei ihr

- irreführende Farben bei Zustimmung- und Ablehnungs-Buttons
- Die Behauptung eines angeblichen „berechtigten Interesses“, auf welches das Tracking (auch ohne Zustimmung) gestützt werden könne
- vorangekreuzte Kästchen

Eine Hilfestellung bei der aktuellen Cookie-Problematik könnte auch die ePrivacy-Verordnung bieten.

Die ePrivacy-Verordnung ist momentan noch ein Verordnungsentwurf des EU-Rates. Die Verordnung soll die ganze elektronische Kommunikation über öffentlich zugängliche Dienste sowie Netzwerke von einzelnen Personen innerhalb der EU regeln.

Momentan gilt neben der Datenschutzgrundverordnung noch die ePrivacy-Richtlinie. Diese soll aber durch die ePrivacy-Verordnung aufgehoben und ersetzt werden und dann unmittelbar geltendes Recht in der gesamten EU werden. In Bezug auf Cookies gibt der Entwurf der ePrivacy-Verordnung vor, dass die ausdrückliche Zustimmung der Endnutzer eingeholt werden muss, bevor auf einer Website Cookies, Tracker oder andere Technologien eingesetzt werden, die personenbezogene Daten auf den Endgeräten der Nutzer speichern. Zudem soll die Verordnung den Verzicht auf Cookies ermöglichen, wenn Nutzern eine Alternative angeboten wird und diese keine Zustimmung zu Cookies sowie Trackern erfordert. Die Verhandlungen in der EU sind jedoch sehr schwierig und dauern seit Jahren an.

Aktuell

Vergangene Woche legte *noyb* zudem Beschwerde gegen die Cookie-Paywalls von sieben großen Nachrichten-Websites ein. Neben den am 10.08.2021 eingelegten 422 Beschwerden geht es *noyb* nun um die sog. „Pay or Okay“-Lösung als „Cookie-Paywall“ für den

Zugang zu Nachrichten. Die Frage die sich dabei stelle sei, wie freiwillig eine Einwilligung noch sei, wenn man zahlen müsse um seine Daten zu behalten. Viele Nachrichten Webseiten stellen ihre Nutzer vor die Wahl. Entweder den Cookies zustimmen um die Inhalte der Seite lesen zu können, oder ein kostenpflichtiges Abo abschließen um den Cookies nicht zustimmen zu müssen und so seine Daten „behalten“ zu können.

noyb sieht hierin einen Verstoß gegen das Gebot der Freiwilligkeit gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).

Ein Datenschutzjurist von *noyb* führt hierzu aus: *„Die Leute müssten mitunter das zeh-, zwanzig- oder hundertfache zahlen, damit ihre Daten nicht mehr weitergegeben würden. Man bekommt den Eindruck, dass es hier nicht um eine faire Alternative zur Einwilligung geht, sondern darum, teure Abos zu verkaufen.“*

Ein Grund für die Ausbreitung der sog. „Pay or Okay“-Lösung könnte darin liegen, dass die österreichische Datenschutzbehörde im Jahr 2019 festgestellt hat, dass eine solche Lösung keinen Verstoß gegen die DSGVO darstelle. Die Nutzer erhielten durch den Abschluss des Abos einen erkennbaren Vorteil und zudem hätten sie eine echte Wahlmöglichkeit.

Hierbei geht es *noyb* also nicht mehr nur um die datenschutzkonforme Gestaltung von Cookie-Bannern, sondern geht noch einen Schritt weiter. Es ist in diesen Fällen zwar ein „Ablehnen“-Button gegeben, jedoch ist dieser mit dem kostenpflichtigen Abschluss eines Abos verbunden.

Hierbei stellt sich dann allerdings direkt die nächste Frage, die vielfach diskutiert wird. Ist es möglich Daten künftig als Gegenleistung in einem wechselseitigen Vertrag anzusehen?

Wenn kein kostenpflichtiges Abo abgeschlossen wird, um Zugriff zu den Nachrichten zu erhalten, ist es dann eine gleichwertige Alternative mit seinen Daten zu bezahlen?

Eine Einwilligung, die an einen Vertrag gekoppelt ist, ist nicht freiwillig und damit grundsätzlich unwirksam, da ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot des Art. 7 Abs. 4 DSGVO vorliegt.

Die Frage, ob die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten dann freiwillig ist, wenn der Betroffene im Gegenzug eine vertraglich garantierte Leistung erhält ist höchst umstritten.

Auch deutsche Aufsichtsbehörden haben sich schon mit ähnlichen Problematiken auseinandergesetzt. Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) hat sich in seinem aktuellen Tätigkeitsbericht zu einer ähnlichen Problematik geäußert. Hierbei ging es darum, dass ein Verlag für die Anmeldung zu einem Newsletter im Gegenzug ein kostenloses Produkt des Verlags versprach. Alternativ konnte das Produkt aber auch kostenpflichtig und ohne Einwilligung erworben werden.

Das BayLDA führte hierzu aus, dass die Anmeldung zum Newsletter mit dem Versprechen im Gegenzug ein kostenloses Produkt zu erhalten freiwillig sei, wenn das gleiche Produkt

an gleicher Stelle kostenpflichtig und ohne Pflicht zur Newsletter-Anmeldung angeboten werde.

Bezogen auf die Problematik der „Cookie-Paywall“ wären die Voraussetzungen des BayLDA erfüllt.

Rechtlich ist die Problematik noch nicht einheitlich geklärt. Es bleibt abzuwarten wie sich andere Datenschutzbehörden und gegebenenfalls die Gerichte in der Sache entscheiden werden.

Es zeigt sich, das Thema Cookie-Banner lässt sich auf viele Bereiche ausdehnen und übertragen. Die Richtung in die es geht scheint zumindest hinsichtlich der Einwilligung klar

Cookie-Banner müssen in gleicher Weise die Möglichkeit bieten Cookies anzunehmen, als auch diese abzulehnen. Irreführende Farben oder Einstellungen auf weiteren Ebenen dürfen datenschutzrechtlich nicht zulässig sein.

Nutzen Sie Cookies und verwenden Sie auf Ihrer Webseite auch Cookie-Banner?

Gerne überprüfen wir Ihren Cookie-Banner ob dieser datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden ist und zeigen Ihnen ggf. auf an welchen Stellen Sie welche Änderungen vornehmen sollten um auf der sicheren Seite zu sein.

Sie sollten immer im Hinterkopf behalten, dass Ihre Cookie-Banner für jedermann einsehbar und bewertbar sind. Dadurch machen Sie sich leicht angreifbar durch Beschwerden bei den Aufsichtsbehörden und Dritten, sofern Ihr Cookie-Banner nicht den datenschutzrechtlichen Vorgaben entspricht.

Sprechen Sie uns gerne an, falls wir Ihnen bei der Bewertung und Prüfung ihrer Cookie-Banner helfen können.

Falls Sie unseren Newsletter in Zukunft nicht mehr erhalten möchten, schicken Sie bitte eine kurze E-Mail an info@saphirit.de

SaphirIT GmbH
Sutthausen Straße 285
49080 Osnabrück
Geschäftsführer
Amtsgericht Osnabrück

www.saphirit.de
USt-ID-Nr. DE268765300
Frank W. Stroot
HRB 20385

Oldenburgische Landesbank AG
IBAN DE29 2802 0050 5042 8200 00
BIC OLBODEH2XXX

Telefon 0541/60079296
Telefax 0541/60079297
datenschutz@saphirit.de



Unsere jeweils aktuellen Datenschutzinformationen finden Sie unter <https://www.saphirit.de/datenschutz.html>