



netvocat.

Externer Datenschutz & Seminare

# Cookie-Banner: Rechtslage und praktische Umsetzung

## Aktuelle Entwicklung

---

Der BGH hat am 28. Mai 2020 entschieden, dass in Deutschland für Cookies, die Analyse- und Marketingzwecke verfolgen, eine aktive Einwilligung mittels Opt-In eingeholt werden muss. Zuvor hatte er die Frage nach einer Opt-In-Pflicht dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt, der diese bejaht hatte (EuGH, 01. Oktober 2019 – C673/17, „planet49“). Auch die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden (DSK) hat sich 2018 für eine Opt-In-Pflicht ausgesprochen – wenn auch mit teils anderer rechtlicher Begründung. Das Urteil des BGH war daher im Ergebnis nicht überraschend.

## Was sind Cookies?

---

Cookies sind kleine Textdateien, die auf dem Gerät des Seitenbesuchers hinterlegt werden. Sie dienen u. a. dazu, durch Speicherung von Einstellungen den Webseitenbesuch zu optimieren. Später können diese abgelegten Textdateien von dem Webserver, von dem sie abgelegt wurden, wieder ausgelesen werden. Darüber hinaus können Cookies z.B. auch zu statistischen Analysezielen oder für personalisierte Werbung verwendet werden. Einige Cookies werden nach dem Schließen des Browsers wieder gelöscht (sog. Sitzungs-Cookies); andere verbleiben auf dem Gerät und ermöglichen es, den Browser beim nächsten Besuch wiederzuerkennen (persistente Cookies). Weiterhin können Cookies danach unterschieden werden, ob sie vom Server der besuchten Webseite selbst gesetzt werden und dieselbe Domain verwenden (sog. first-party cookies) oder ob sie von Drittanbietern auf dessen Domain gespeichert werden (sog. third-party cookies).

## Rechtslage

---

Ursprünglicher Hintergrund des Cookie-Banners ist die ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) der Europäischen Union, nach der die Mitgliedstaaten der Europäischen Union nationalstaatliche Regelung dafür treffen müssen, dass das Setzen von Cookies in Geräten nur mit Einwilligung der Nutzer erfolgt. Darauf aufbauend sollen nach der künftigen ePrivacy-Verordnung Nutzer bei Einsatz von Cookies umfangreich über Zweck und Anwendungsbereich des Cookies informiert werden sowie über die Möglichkeit, dieses zu unterbinden. Auch sollen Nutzer in den Einsatz aktiv einwilligen müssen.

Nach Ansicht der DSK ist dies jedoch bereits mit Geltungsbeginn der DSGVO der Fall. Nach Erwägungsgrund 30 der DSGVO sieht der Gesetzgeber Cookies als personenbezogene Daten an. Die Verarbeitung personenbezogener Daten muss durch eine Rechtsgrundlage der DSGVO erlaubt sein. Daher gilt auch für Cookies, dass dessen Einsatz nur aufgrund einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO zulässig ist. Nach Ansicht der Aufsichtsbehörden ist die bisherige Regelung des Telemediengesetzes (TMG), nach der es ausreichte, den Nutzer lediglich zu unterrichten („Diese Seite verwendet Cookies.“) und auf ein Widerspruchsrecht hinzuweisen, seit Mai 2018 insbesondere auf webseitenübergreifendes Tracking nicht mehr anwendbar.

Der EuGH hat sich mit Urteil vom 29. Juli 2019 dahingehend geäußert, dass bei Einsatz von Social Media Plugins, Tracking- und Marketing-Tools auf Webseiten aktiv eine Einwilligung eingeholt werden muss. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, für Tools, die über Drittanbieter implementiert werden.

Konsequenterweise stellt der EuGH mit Urteil vom 01. Oktober 2019 fest, dass ein Cookie-Banner mit einer vorab angekreuzten Checkbox keine wirksame Einwilligung zur Datenverarbeitung darstellt. Vielmehr muss der Webseitenbesucher aktiv in die Datenverarbeitung einwilligen, indem er ein entsprechendes Häkchen in der Checkbox setzt. Dies entspricht auch

dem DSGVO-Grundsatz *privacy by default* (datenschutzfreundliche Voreinstellungen) und dem Erwägungsgrund 32 der Verordnung, in dem es heißt: *„Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen.“*

Als mögliche Rechtsgrundlagen zum Einsatz von Cookies kommen die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DSGVO und das berechtigte Interesse nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO in Betracht, wobei letztere aufgrund der durchzuführenden Interessenabwägung besonders risikobehaftet ist und aus Gründen der Rechtssicherheit primär auf die Einwilligung zurückgegriffen werden sollte. Diese sollte durch einen Cookie-Banner nachweisbar eingeholt werden.

Der BGH kam in seinem aktuellen Urteil vom 25. Mai 2020 zum gleichen Ergebnis. Er hat jedoch unabhängig von der DSGVO das Einwilligungserfordernis bereits in der Regelung des deutschen Telemediengesetzes gesehen. Die Argumentation widerspricht dem gesetzlichen Wortlaut, da das TMG in § 15 Abs. 3 lediglich einen Hinweis auf den Einsatz von Cookies und die Widerspruchsmöglichkeit verlangt. Jedoch fordert die Cookie-Richtlinie (RL 2009/136/EG) bereits seit 2011 eine aktive Einwilligung. Deutschland hat diese Richtlinie trotz Verpflichtung bisher nicht in nationales Recht umgewandelt. Daher legte der BGH die Formulierung des Widerspruchs aus § 15 Abs. 3 TMG im Sinne der europäischen Richtlinie aus und las in die Pflicht, widersprechen zu können, die Pflicht hinein, einwilligen zu müssen.

Die Presseerklärung des BGH findet sich unter: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020067.html?nn=10690868>.

Zu beachten ist, dass diese Grundsätze nicht ausschließlich auf Cookies anzuwenden sind. Auch andere technische Mittel wie beispielsweise Pixel, die ähnlich arbeiten, können einwilligungsbedürftig sein. Mangels gefestigter Rechtsprechung kann dazu noch keine abschließende Empfehlung abgegeben werden.

## Praktische Umsetzung

---

Nicht einwilligungsbedürftig sind technisch notwendige Cookies, die die Funktionsfähigkeit der Webseite gewährleisten und keine seitenübergreifende Nachverfolgung des Nutzerverhaltens ermöglichen (z. B. Warenkorb-Cookies, Login-Cookies), da deren Einsatz i. d. R. auf (vor-)vertragliche Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DSGVO gestützt werden kann.

Sobald Elemente integriert werden, die das Nutzerverhalten vor allem über Webseiten- oder Gerätegrenzen hinweg auswerten und Nutzungsprofile anlegen, ist eine Einwilligung erforderlich. Das betrifft auch und insbesondere den Einsatz von Plugins oder Analysetools Dritter.

Die Einwilligung selbst muss aktiv, ausdrücklich, informiert und freiwillig abgegeben werden und darf daher nicht vorausgewählt sein. Das bloße Nutzen der Webseite ist keine wirksame Einwilligung. Auch darf die Einwilligung nicht an vertragliche Dienstleistungen gekoppelt werden.

Keine einheitliche Aussage gibt es zu der Frage, ob jeder einzelne Cookie anklickbar sein muss. Derzeit wird es vertretbar sein, Cookies in Kategorien zu ordnen (Analyse, Marketing, Social Media etc.) und nur diese Oberbegriffe einwilligungsfähig zu gestalten.

Technisch bedeutet dies, dass vor Abgabe einer Einwilligung keine Cookies gesetzt werden dürfen, die nicht technisch notwendig sind. Weitere Cookies, also solche zu Analyse- und Marketingzwecken sowie zur Einbindung von Social Media, dürfen erst nach Abgabe der Einwilligung aktiv werden.

Es ist empfehlenswert, hierfür das c't-Projekt Shariff zu implementieren (<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschutz-und-Social-Media-Der-c-t-Shariff-ist-im-Einsatz-2470103.html>).

Dies hat im Übrigen auch zur Folge, dass beispielsweise eingebundene YouTube-Videos oder andere iFrames nicht ohne Einwilligung auf der Webseite geladen werden dürfen, wenn sie mit Besuch der Webseite mit dem Tracking beginnen. Für diese Fälle kann anstelle des iFrames zunächst ein Text erscheinen, der darauf hinweist, dass der Inhalt aufgrund der Cookie-Einstellung nicht verfügbar ist. Es bietet sich an, auch hier unmittelbar eine Möglichkeit einzupflegen, in die hierfür benötigten Cookies einzuwilligen, um auf den Inhalt zugreifen zu können. Ein empfehlenswertes Tool hierfür ist embetty (<https://www.heise.de/newsticker/meldung/Embetty-Social-Media-Inhalte-datenschutzgerecht-einbinden-4060362.html>).

Inhaltlich ist der Cookie-Banner an den Anforderungen der Art. 13, 14 DSGVO zu messen und muss den Nutzer vor allem über die eingesetzten Cookies, Zwecke und Widerrufsmöglichkeiten aufklären.

Unabhängig vom Cookie-Banner sind sämtliche Cookies – auch technisch notwendige – aus Gründen der Transparenz in der Datenschutzerklärung anzugeben. Es ist daher ratsam, die Datenschutzerklärung im Cookie-Banner zu verlinken, die alle weiteren umfangreicheren Informationen zu den eingesetzten Cookies bereit hält, insbesondere zur Speicherdauer und Weitergabe an Dritte.

Der Cookie-Banner selbst darf die Reiter zum Impressum und zur Datenschutzerklärung nicht verdecken.

Ein empfehlenswertes Tool, das diese Grundsätze umsetzt, stellt Borlabs (<https://de.borlabs.io/>) dar.

Möglicherweise kann auch semantisches Targeting eine Alternative sein, die völlig ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten auskommt.

Aufgrund der Aktualität der Thematik ist es möglich, dass sich die Rechtsprechung oder die Ansichten der Aufsichtsbehörden zeitweise ändern, sodass diese Erläuterungen als derzeit geltende Maßgabe zu verstehen sind, die einem Wandel unterliegen können.

## Gestaltung eines Cookie-Banners

---

Sollten Sie keine automatisierten Tools für die Einbindung Ihres Cookie-Banners nutzen, empfehlen wir Ihnen folgende Gestaltung.

Die Kategorien der einwilligungsfähigen Cookies sind dabei entsprechend der von Ihnen konkret genutzten Cookies anzupassen.

### Text 1: Startseite Cookie-Banner

Diese Webseite verwendet zum einen **notwendige Cookies**, die zur Nutzung der Webseite zwingend erforderlich und nicht deaktivierbar sind.

[Zur Kenntnis genommen](#)

Darüber hinaus können Sie in die Nutzung von **Analyse-, Werbe- und Social Media Cookies** [hier einwilligen](#).

### Text 2: Fenster öffnet mit Klick auf „[hier einwilligen](#)“

#### Einwilligung in Cookies

##### Notwendige Cookies

Diese Cookies sind immer aktiviert, um die Basisfunktionen der Webseite zu ermöglichen, z.B. Seitennavigation oder Zugriff auf sichere Bereiche. Außerdem gewährleisten sie eine sichere und vorschriftsmäßige Nutzung der Webseite.

##### Analysen und Statistiken

Mit diesen Cookies können wir durch die Analyse von Nutzerverhalten auf unserer Website die Funktionalität der Seite messen und verbessern. Dies

erfolgt durch den Einsatz von *[Tool konkret nennen, z.B. Matomo, Google Analytics]*. Dadurch können u. A. Statistiken über die Nutzung unserer Webseite erstellt werden, durch die wir die Effektivität und Qualität unseres Onlineauftritts bewerten können. Außerdem können Ihre ausgewählten Einstellungen auf unserer Seite gespeichert werden. Das Deaktivieren dieser Cookies kann zu einem schlechteren Webseitenauftritt führen.

#### **Werbung und Präferenzen**

Werbecookies von uns und von Dritten sammeln Informationen, um Werbung besser an Ihre Interessen anzupassen. Dabei werden personenbezogene Daten verarbeitet und weitergegeben. Die Verarbeitung erfolgt durch den Einsatz von *[Tool konkret nennen, z.B. Google Remarketing, Google Ads]*. Hierbei kann u. A. verfolgt werden, welche Werbeanzeigen gesehen und angeklickt wurden. Das Deaktivieren dieser Cookies kann zu schlecht auf Sie zugeschnittenen Empfehlungen und zur Anzeige von für Sie irrelevanter Werbung führen.

#### **Soziale Medien**

Cookies von sozialen Medien ermöglichen eine Verbindung mit sozialen Netzwerken und das Teilen von Inhalten unserer Website. Gleichzeitig ermöglichen es Social Media Cookies dem Social Media Anbieter, Ihr Internetverhalten zu verfolgen. Das Deaktivieren der Cookies kann den reibungslose Austausch mit *[Social Media konkret nennen, z.B. Facebook, Twitter, Instagram]* sowie das Teilen von Inhalten auf diesen sozialen Medien beeinträchtigen.

**Diese Einwilligungen sind freiwillig und können jederzeit widerrufen werden unter:** *Link einfügen*

Darüber hinausgehende Angaben zu Cookies und zur Verarbeitung Ihrer persönlichen Daten finden Sie in unserer [Datenschutzerklärung](#).

## Kontakt

---

### netvocat® GmbH – Externer Datenschutz & Seminare

Großherzog-Friedrich-Str. 40

66111 Saarbrücken

Tel.: 0681/590 97 98 – 50

Fax: 0681/590 97 98 – 30

E-Mail: [info@netvocat.de](mailto:info@netvocat.de)

Internet: [www.netvocat.de](http://www.netvocat.de)

Sie erreichen uns von Montag bis Freitag von 08:00 Uhr bis 17.00 Uhr.

**Aktuell** erreichen Sie uns am besten per **E-Mail oder Telefon** unter den o. g. Adressen und Nummern.

Gerne bieten wir auf Nachfrage auch **Web-Meetings** an.

Ihre Ansprechpartner für neue Anfragen sind:

- Daniela Wagner-Schneider, Geschäftsführerin, Rechtsanwältin, Datenschutzbeauftragte DSB TÜV: [dwagner-schneider@netvocat.de](mailto:dwagner-schneider@netvocat.de)
- Elina König, Diplom-Juristin: [ekoenig@netvocat.de](mailto:ekoenig@netvocat.de)

**Wir sind gerne für Sie da – sprechen Sie uns an!**



**Impressum:**

1. Auflage

© netvocat, Saarbrücken, 2020

**Herausgeber:**

netvocat GmbH – Externer Datenschutz &  
Seminare

Großherzog-Friedrich-Str. 40  
66111 Saarbrücken

Tel.: 0681/590 97 98 – 50

Fax: 0681/590 97 98 – 30

E-Mail: [info@netvocat.de](mailto:info@netvocat.de)

Internet: [www.netvocat.de](http://www.netvocat.de)

Grafik: © kras99/stock.adobe.com