

CONSENT-BANNER

Wer blickt hier noch durch?

Wir surfen im Internet, möchten durch beliebige Webseiten stöbern und plötzlich erscheinen diese mehr oder weniger nervenzerreißenden Consent-Banner, durch die wir uns erst hindurchklicken müssen. Auffällig ist dabei, dass sämtliche Cookies durch nur einen Klick akzeptiert werden können.

Meistens erfolgt dieser Klick auf einem optisch hervorgehobenen Button. Möchte man die Cookies jedoch ablehnen, steht man vor einer Herausforderung und muss sich zunächst durch verschiedene Einstellungen kämpfen.

Um uns diese Mühe zu ersparen, wählen wir doch lieber den einfacheren Weg: Wir klicken auf den optisch hervorgehobenen „Akzeptieren“-Button und nehmen sämtliche Cookies in Kauf. Diese Entscheidung haben wir unbewusst durch das so genannte „Nudging“ seitens des jeweiligen Webseitenbetreibenden getroffen.

„ Wir klicken auf den optisch hervorgehobenen „Akzeptieren“-Button und nehmen sämtliche Cookies in Kauf.

Es handelt sich dabei um eine Strategie zur Verhaltensänderung des Menschen.

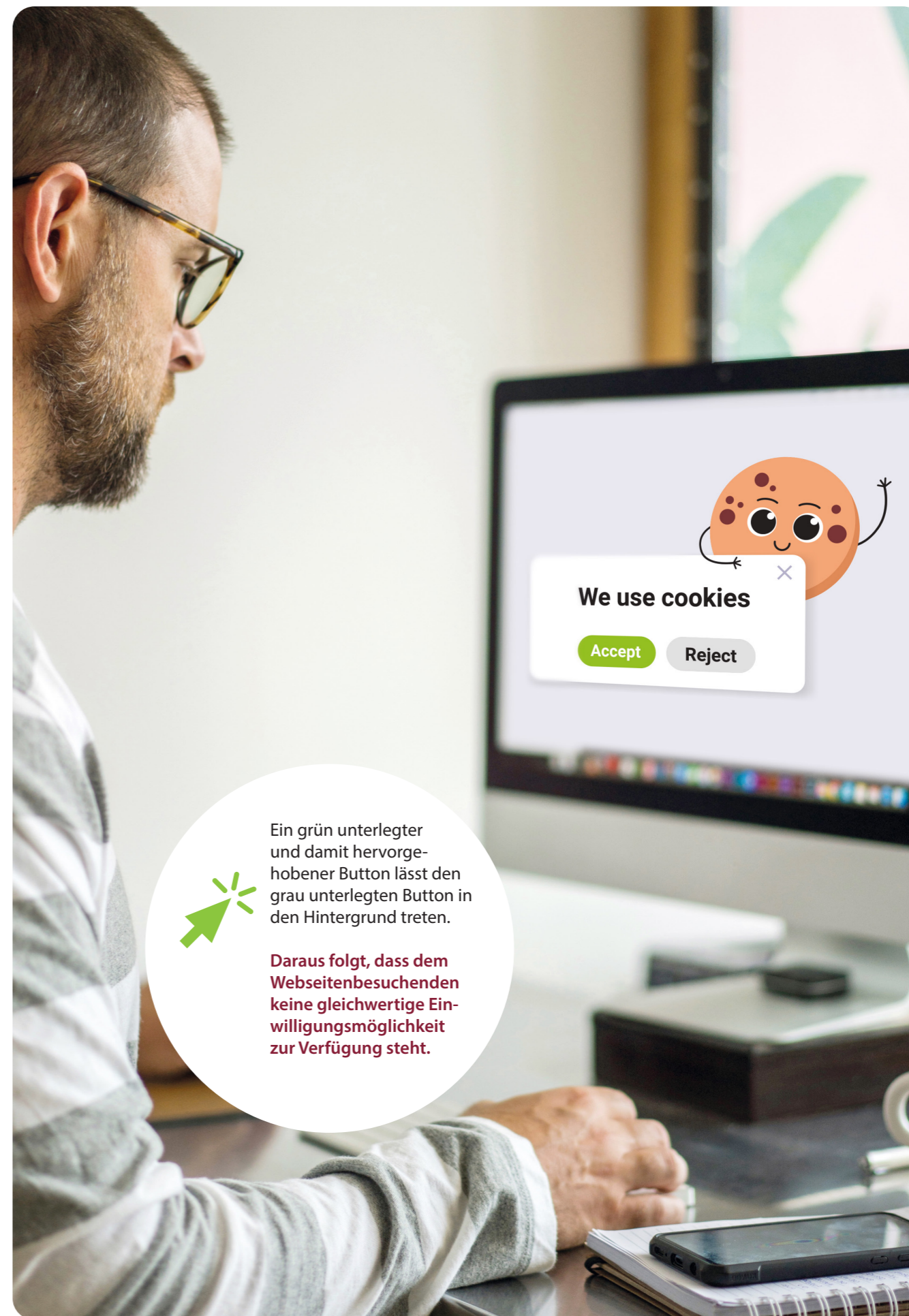
Mit anderen Worten: Diejenigen, die Nudging betreiben, möchten den Menschen auf eine mehr oder weniger subtile Weise beeinflussen, etwas Bestimmtes einmalig oder dauerhaft zu tun oder zu lassen. Handlungsoptionen sollen nicht verboten werden, vielmehr soll die Entscheidung in Richtung einer von mehreren Entscheidungsoptionen gelenkt werden. Nudging existiert in unterschiedlichen Konstellationen: digitale Design-Muster, Voreinstellungen oder auch vorausgewählte Auswahlkästchen fallen darunter.¹

In unserem Fall setzen also die Webseitenbetreibenden Nudging durch die grafische Darstellung ihres Consent-Banners ein. Sie bewegen uns durch ein bestimmtes Design zu einer bestimmten Entscheidung - durch die eingesetzte Farbe, Größe und Position des „Akzeptieren“- und/oder „Ablehnen“-Buttons wird uns suggeriert, auf welchen Button wir klicken sollen.

¹ZD 2021, 404, Rn. 404.

Was bedeutet „Nudging“ und wie funktioniert es?

Nudging ist ein Begriff aus der Verhaltensökonomik und leitet sich aus dem englischen Begriff „nudging“, für „anstoßen“, „schubsen“ oder „stupsen“ ab.



Ein grün unterlegter und damit hervorgehobener Button lässt den grau unterlegten Button in den Hintergrund treten.

Daraus folgt, dass dem Webseitenbesuchenden keine gleichwertige Einwilligungsmöglichkeit zur Verfügung steht.

Ist Nudging überhaupt im Sinne des Datenschutzes?

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu Nudging existiert bislang nicht. Die Grenze zwischen einer rechtlich noch akzeptablen Lenkung und einer rechtlich verbotenen Manipulation lässt sich nicht abschließend ziehen. Problematisch ist dies insbesondere für das Datenschutzrecht, wie nur zwei Punkte von vielen verdeutlichen:

• Fehlende Wirksamkeit der Einwilligung

Mit Einführung des Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG) ist der Einsatz von technisch nicht notwendigen Technologien, wie z.B. Cookies oder sämtlichen Analysetools, durch die Webseitenbetreibenden nur erlaubt, wenn eine vorherige Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO i.V.m. § 25 Abs. 1 TTDSG eingeholt wurde.

Die Einwilligung gem. Art. 7 Abs. 1 DSGVO ist eine in informierter Weise unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Das Landesgericht Rostock hat im Urteil vom 15.09.2020, Az. 3 O 762/19, diesbezüglich Stellung genommen und entschieden, dass **keine** informierte und freiwillige Einwilligung vorliegt, wenn in Form des Nudgings eine Einwilligung über den Consent-Banner herbeigeführt wurde. Zwar hat der Webseitenbesuchende die Möglichkeit, die Details zu den einzelnen Cookies aufzusuchen und abzuwählen. Mit hoher Wahrscheinlichkeit wird er regelmäßig den Aufwand eines solchen Vorgehens jedoch scheuen und deshalb den hervorgehobenen „Akzeptieren“-Button bestätigen. Ohne die erforderliche vorherige Information über die Details kann der



Webseitenbesuchende nicht wissen, welche Tragweite seine Erklärung beim Anklicken des „Akzeptieren“-Buttons hat.

• Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz

Zusätzlich tritt im Rahmen des Nudgings der Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz auf. Laut des Erwägungsgrundes 58 in der DSGVO setzt der Grundsatz der Transparenz voraus, dass eine für die Öffentlichkeit oder die betroffene Person bestimmte Information **präzise, leicht zugänglich und verständlich sowie in klarer und einfacher Sprache abzufassen ist**. Daraus folgt, dass das Abwählen der einzelnen, technisch nicht notwendigen Cookies nicht schwieriger sein darf als das Annehmen. Sobald wir uns erst durch verschiedene Einstellungen begeben müssen oder uns nicht bewusst ist, wie und wo wir die Cookies abwählen können, kann von Transparenz nicht mehr die Rede sein.

Auch die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) hat in einer Orientierungshilfe vom 20.12.2021 klargestellt, dass Consent-Banner auf Webseiten als Alternative zur Zustimmung ebenfalls einen Button aufzeigen müssen, der gleich schnell zur gewünschten Nutzung der Webseite führt. Die Möglichkeit zur Abwahl- und Annahme muss den gleichen kommunikativen Effekt haben. Daran mangelt es, wenn man indirekt durch den Webseitenbetreibenden in eine gewünschte Richtung durch eine farbliche Markierung „gedrängt“ wird.

10 Tipps, die Websitebetreibende bei der Erstellung Ihres Consent-Banners beachten sollten:

- 1 Stellen Sie als Webseitenbetreibende/r den Consent-Banner selbst bereit. Sollten Sie ein Consent-Management-Tool eines externen Anbietenden nutzen, ist die Benennung dieses Anbietenden im Consent-Banner erforderlich.
- 2 Bieten Sie eine einfache Wahlmöglichkeit an, damit Besuchende Ihrer Webseite für das Ablehnen der Cookies keine zweite Seite aufrufen müssen. „Anpassen“-Buttons, die erst im zweiten Schritt zur Ablehnung von Cookies führen, sollten Sie vermeiden.
- 3 Achten Sie auf eine klare und einfache Sprache und verwenden Sie keine irreführenden Buttons, die nicht zur gewünschten Auswahl führen.
- 4 Heben Sie den „Akzeptieren“-Button nicht hervor, sondern wählen Sie die gleiche Farbe, Größe und Position wie für den „Ablehnen“-Button.
- 5 Verwenden Sie keine Voreinstellungen oder bereits ausgewählte Auswahlkästchen.
- 6 Binden Sie sämtliche Cookies und eingesetzte Tracking- und Analysetools im Consent-Banner ein.
- 7 Cookies, die technisch nicht erforderlich sind und eingesetzte Tracking- und Analyse-Tools, dürfen nicht hinter „allgemeinen“ Überschriften wie z.B. „Marketingzwecke“ oder „Forschungszwecke“ versteckt werden.
- 8 Setzen Sie technisch nicht notwendige Technologien erst ein, wenn der/die Webseitenbesuchende eine vorherige Einwilligung abgegeben hat.
- 9 Die Umsetzung eines „Cookie-Einstellungen“-Buttons in der Fußzeile der Webseite ist zu empfehlen, um dem/der Webseitenbesuchenden die Möglichkeit anzubieten, nachträglich den Consent-Banner aufzurufen und seine/ihre Auswahl abzuändern.
- 10 Mit Einführung des Consent-Banners sollte durch die IT-Abteilung eine nachträgliche Kontrolle erfolgen, um sicherzustellen, dass technisch nicht erforderliche Cookies sowie Tracking- und Analyse-Tools trotz einer Ablehnung nicht angewendet werden.

Let's do it.



Fazit

Die irreführenden Consent-Banner vermitteln den Besuchenden der Webseite fälschlicherweise den Eindruck, dass dies dem Datenschutz geschuldet ist.

Im Gegenteil (!): Der Datenschutz verlangt die Einführung einer einfachen Wahlmöglichkeit zugunsten der Webseitenbesuchenden.

Webseitenbetreibende sollten sich an die rechtlichen Anforderungen eines Consent-Banners halten, da das

Urteil des LG Rostock sowie die zunehmenden Abmahnverfahren verdeutlichen, dass Nudging in Consent-Bannern nicht länger geduldet wird. Festzuhalten ist somit, dass das Nudging im Zusammenhang mit Consent-Bannern nicht im Sinne des Datenschutzes ist.



Über die Autorin Bahar Sediqi:

Bahar Sediqi ist seit Juni 2021 als Beraterin im Bereich Datenschutz bei der DATATREE AG tätig. Die Wirtschaftsrecht-Absolventin ist für die Einführung von Datenschutz-Managementsystemen zuständig und gibt regelmäßig Schulungen zu datenschutzrechtlichen Themen.



Literatur
Loy/Baumgartner:
Consent-Banner und Nudging,
ZD 2021, 404.
DSGVO