Wider der Cookie-Flut? – Überblick zur Rechtslage hinsichtlich Cookies unter dem TTDSG

Prof. Dr. *Boris P. Paal*, M.Jur. (Oxford), Leipzig/Ref. iur. *Selma Nabulsi*, Frankfurt am Main*

Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den vergangenen Jahren, darunter insbesondere das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), hat auch und gerade im Alltag aller Internetnutzer deutliche Spuren hinterlassen. Viele dieser Veränderungen sind mittlerweile selbstverständlich geworden, so bspw. die Einbettung von Datenschutzerklärungen auf Webseiten oder die Abfrage von Einwilligungen vor dem Versenden von Push-Nachrichten. Demgegenüber bereiten andere Themenfelder sowohl Webseitennutzern als auch -anbietern weiterhin erhebliche Schwierigkeiten. Hierzu gehört vor allem das Verwenden von Cookies. Das Problemfeld „Cookies" hat der deutsche Gesetzgeber nun (unter anderem) zum Gegenstand des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetzes (TTDSG) gemacht, das Ende 2021 in Kraft getreten ist. Der vorliegende Beitrag wird einen Überblick über ausgewählte Rechtsfragen des TTDSG in Bezug auf Cookies geben und hierbei insbesondere die Frage adressieren, ob und inwieweit das TTDSG praktische Probleme hinsichtlich der Nutzung von Cookies zu lösen vermag.

Dazu werden zunächst die Hintergründe der Einführung des TTDSG zu beleuchten sein (A.), bevor in einem zweiten Schritt der Regelungsinhalt des für Cookies zentralen § 25 TTDSG dargestellt wird (B). Schließlich ist aufzuzeigen, welche Rechtsfragen unter der neuen Rechtslage weiterhin offenbleiben (C.) und was dies für die (nutzer- und anbieterseitige) Praxis bedeutet (D.).

A. Hintergrund des TTDSG

I. Gesetzgeberisches Anliegen

Vor dem Inkrafttreten des TTDSG am 1.12.2021 war die Rechtslage rund um Datenschutzanforderungen bei Telemedien- und Telekommunikationsdienste-Anbietern durch ein wechselbezügliches Geflecht verschiedener europäischer und deutscher Rechtsakte geprägt. Normativer Ausgangspunkt war und ist dabei die ePrivacy-Richtlinie (RL 2002/58/EG), die bereits 2002 in Kraft trat und zuletzt durch die Cookie-Richtlinie (RL 2009/136/EG) im Jahr 2009 geändert wurde. Die durch diese Rechtsakte vorgegebenen Regelungen wurden in Deutschland im Telemediengesetz (TMG) und im Telekommunikationsgesetz (TKG) umgesetzt. Das hieraus entstandene, ebenso komplexe wie unübersichtliche Nebeneinander von TMG, TKG und DSGVO wollte der Gesetzgeber nunmehr bereinigen und dadurch die Rechtssicherheit erhöhen.[1] Zu diesem Zweck wurden datenschutzrelevante Regelungen aus dem TMG und TKG gestrichen und in einem Stammgesetz, dem TTDSG, zusammengeführt.[2]

Nicht nur weil der Gesetzesentwurf zum TTDSG keine der Öffnungsklauseln der DSGVO als Grundlage seiner Regelungen bestimmt, stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Normenregime.

II. Verhältnis des TTDSG zur DSGVO

Das Verhältnis des TTDSG zur DSGVO prägen zum einen die teilweise deckungsgleichen Anwendungsbereiche und zum anderen das Spezialitätsprinzip. Gemäß der Kollisionsregel in Art. 95 DSGVO besteht bei paralleler Anwendbarkeit der DSGVO und der ePrivacy-Richtlinie, respektive des TTDSG als nationalem Umsetzungsakt, bei Zielkongruenz der konfligierenden Regelungen ein Spezialitätsverhältnis zugunsten der TTDSG-Vorschriften. Die Pflichten aus der DSGVO werden hierbei nur so weit verdrängt, wie das TTDSG neue Pflichten mit demselben Ziel begründet. Die Anwendung anderer Regelungen bleibt unberührt. Die Kollisionsregel kommt allerdings nur zum Einsatz, wenn die DSGVO anwendbar ist, was vor allem

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Informationsrecht, Daten- und Medienrecht sowie Direktor des Instituts für Medien- und Datenrecht sowie Digitalisierung an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Die Verfasserin promoviert im Datenschutzrecht und ist wissenschaftliche Mitarbeiterin im Bereich Technologie, Medien und Telekommunikation bei Linklaters.

1 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien v. 10.2.2021, S. 1, https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-zur-regelung-des-datenschutzes-und-des-schutzes-der-privatssphaere-in-der-telekommunikation-und-bei-telemedien.pdf?__blob=publicationFile&v=6, Abruf v. 18.5.2022.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien v. 10.2.2021, S. 1 f., https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/gesetzentwurf-zur-regelung-des-datenschutzes-und-des-schutzes-der-privatssphaere-in-der-telekommunikation-und-bei-telemedien.pdf?__blob=publicationFile&v=6, Abruf v. 18.5.2022.

personenbezogene Daten voraussetzt. Wo die ePrivacy-Richtlinie bzw. das TTDSG – wie im Falle der Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie und des § 25 TTDSG – die Verarbeitung nicht-personenbezogener Daten regeln, kommt die DSGVO somit nicht zur Anwendung.[3]

III. Bisherige Rechtslage bezüglich Cookies

Hinsichtlich der im TTDSG enthaltenen, speziell auf Cookies bezogenen Regelungen liegt dem Gesetz neben diesen allgemeinen Zielen eine gesetzeshistorische Besonderheit zugrunde, die die Einführung entsprechender Vorschriften notwendig machte. So sieht Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie bereits seit seiner Änderung durch die Cookie-Richtlinie im Jahr 2009 vor, dass der Einsatz von Cookies und vergleichbaren Technologien durch Webseitenbetreiber nur nach vorheriger Einwilligung des Nutzers zulässig ist. Die vormalige nationale Regelung in § 15 Abs. 3 TMG sah dagegen lediglich eine Widerspruchsmöglichkeit des Nutzers vor. Dieser offene inhaltliche Dissens wurde lange Zeit durch den deutschen Gesetzgeber nicht beseitigt, obwohl die Umsetzungsfrist für die Cookie-Richtlinie bereits im Jahr 2011 auslief.

Nachdem der EuGH in seiner *Planet49*-Entscheidung im Zuge eines Vorlageverfahrens (Art. 267 AEUV) erwartungsgemäß festgestellt hatte, dass eine Widerspruchslösung den Anforderungen der ePrivacy-Richtlinie nicht genüge,[4] entschied der BGH, dass § 15 Abs. 3 TMG europarechtskonform dahingehend auszulegen sei, dass die Bestimmung eine Einwilligung des Nutzers vorschreibe.[5] Dieser auslegungstechnische Kunstgriff bewahrte Deutschland zwar vor einer jahrelangen europarechtswidrigen Rechtspraxis, schuf aber zugleich einen Zustand der Rechtsunsicherheit, da Normwortlaut und praktische Anforderungen deutlich voneinander abwichen.[6] Diese BGH-Entscheidung bildet den Hintergrund, vor welchem das Einwilligungserfordernis durch den nationalen Gesetzgeber im Sinne einer verspäteten Umsetzung der Cookie-Richtlinie in § 25 TTDSG ausdrücklich vorgeschrieben worden ist.

B. Regelungsinhalt des § 25 TTDSG

§ 25 TTDSG stellt die zentrale Norm zur Regulierung von Cookies nach der nunmehrigen Rechtslage dar und ist zugleich die wohl meistbeachtete, da praxisrelevanteste Vorschrift des neu gestalteten TTDSG. Um die Zielsetzung der Norm zu verdeutlichen, wird nachfolgend zunächst die Funktionsweise von Cookies skizziert, bevor sodann eine Analyse von Regelungsstruktur und -inhalt des § 25 TTDSG erfolgt.

I. Überblick: Funktion und Bedeutung von Cookies

Cookies sind kleine Textdateien, die beim Besuch von Webseiten oder anderen Online-Diensten[7] auf dem Endgerät des Nutzers abgespeichert werden.[8] Durch Cookies werden verschiedene Informationen gesammelt, die bei dem Besuch der Webseite anfallen, wie etwa nutzerspezifische Einstellungen (z. B. Spracheinstellungen) oder über Webformulare eingegebene Daten (z. B. die E-Mail-Adresse des Nutzers). Bei einem erneuten Abruf derselben Webseite oder bei dem Navigieren innerhalb der Einzelseiten können die so gespeicherten Informationen abgerufen werden. Dies kann zum einen der verbesserten Nutzerfreundlichkeit der Webseite dienen, etwa indem der Nutzer nicht bei jedem Besuch der Webseite erneut seine präferierten Einstellungen eingeben muss. Mitunter sind Cookies in diesem Kontext zudem auch technisch erforderlich, um eine reibungslose Nutzung der Webseite zu deren Zweck zu ermöglichen – bspw. bei einem Online-Shop, um die in den Warenkorb gelegten Produkte beim weiteren Navigieren durch die Webseite nicht zu verlieren.[9] Zum anderen können (bestimmte) Cookies auch dazu dienen, das Verhalten des Nutzers zu verfolgen (tracken), um die so generierten Nutzerprofile vor allem zu Marketingzwecken einzusetzen. Gerade letztere Funktion von Cookies legt eine Regulierung dieser Technologie mit Blick auf den Schutz der Endeinrichtung des Nutzers nahe. Diesem Schutzzweck dient § 25 TTDSG.[10]

II. Anwendungsbereich des § 25 TTDSG

§ 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG sieht vor, dass die Rechtmäßigkeit der „Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung

---

3 Vgl. zum Ganzen *Piltz*, CR 2021, 555 (556 f.); eingehend zu den möglichen Konstellationen *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, TTDSG § 25 Rn. 15 ff.

4 *EuGH*, Urt. v. 1.10.2019, Rs. C-673/17 – Planet49 = MMR 2019, 732.

5 *BGH*, Urt. v. 28.5.2020, I ZR 7/16 (Cookie-Einwilligung II) = NJW 2020, 2540.

6 Ausführlich zur Derogation des Wortlauts im Zuge der richtlinienkonformen Auslegung *Huber*, EuR 2021, 696.

7 Die hier angesprochenen Rechtsfragen stellen sich nicht nur im Kontext von Webseiten, sondern darüber hinaus auch bei allen Online-Diensten, so auch bei Apps. Sofern im Folgenden hauptsächlich von „Webseiten" die Rede ist, geschieht dies zum Zwecke der besseren Lesbarkeit und Verständlichkeit.

8 Hierzu *Haberer*, MMR 2020, 810 f.; *Sesing*, MMR 2021, 544 f.; *Verbraucherportal Baden-Württemberg*, Cookies – hilfreich oder gefährlich?, verbraucherportal-bw.de, https://www.verbraucherportal-bw.de/,Lde/Startseite/Verbraucherschutz/Cookies+_+hilfreich+oder+gefaehrlich_, Abruf v. 19.5.2022.

9 Vgl. auch *Sesing*, MMR 2021, 544 (545); *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, S. 23, https://datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_telemedien.pdf, Abruf v. 19.5.2022.

10 Zum Zweck des § 25 TTDSG siehe auch *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 3.

des Endnutzers oder der Zugriff auf Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind" von einer Einwilligung des Nutzers abhängt. Der Gesetzeswortlaut ist dabei zwar an der Funktionalität von Cookies orientiert, aber keinesfalls auf Cookie-Technologien beschränkt.[11] Erfasst sein können daher darüber hinaus auch – bestehende oder künftige – vergleichbare Technologien (etwa Web Storage), sofern Informationen auf dem Endgerät des Nutzers gespeichert werden oder auf solche zugegriffen wird.[12] Im Hinblick auf die betroffene Endeinrichtung ist die Norm ebenfalls technologieneutral ausgestaltet, sodass neben „klassischen" Endgeräten wie dem PC oder dem Smartphone auch Internet-of-Things-Anwendungen (z.B. smarte Haushaltsgeräte) erfasst sein können.[13] In zeitlicher Hinsicht knüpft § 25 TTDSG an die Speicherung und den Zugriff auf Informationen in der Endeinrichtung an. Die anschließende Verarbeitung der Daten unterliegt dem Datenschutzrecht, so insbesondere – jedenfalls im Fall von personenbezogenen Daten – den DSGVO-Vorgaben.[14]

III. Einwilligungserfordernis

Das Einwilligungserfordernis des § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG setzt nunmehr (nahezu wortgleich) die Kriterien des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie um. Die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung statuiert dabei nicht das TTDSG selbst, diese Anforderungen ergeben sich vielmehr im Wege der Verweisung nach Maßgabe von § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG aus der DSGVO. Zu beachten sind insoweit insbesondere die Anforderungen aus Art. 7 DSGVO i. V. m. Art. 4 Nr. 11 DSGVO, wonach die betreffende Einwilligung (unter anderem) in informierter Weise, freiwillig, bestimmt und unmissverständlich abgegeben werden muss.[15]

IV. Ausnahmen

Ausnahmen von dem Einwilligungserfordernis legt § 25 Abs. 2 TTDSG fest. Hiernach kommt das Setzen von Cookies auch ohne Einwilligung des Nutzers in Betracht, wenn der alleinige Zweck der betreffenden Cookies in der Durchführung der Übertragung einer Nachricht über ein öffentliches Telekommunikationsnetz liegt (§ 25 Abs. 2 Nr. 1 TTDSG) oder wenn die Cookies unbedingt erforderlich sind, um dem Nutzer einen von ihm ausdrücklich gewünschten Telemediendienst zur Verfügung zu stellen (§ 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG). Erstgenannte Ausnahme erfasst dabei lediglich Vorgänge, die zur Übertragung der Nachricht zwingend erforderlich sind und hat daher nur einen überschaubaren Anwendungsbereich.[16] Wie weitreichend der Ausnahmetatbestand des § 25 Abs. 2 Nr. 2 TTDSG ist, hängt vornehmlich von der Auslegung der Begriffe „ausdrücklich gewünschter Telemediendienst" und „unbedingt erforderlich" ab.

1. „ausdrücklich gewünschter Telemediendienst"

Hinsichtlich des ersteren Begriffs ist insbesondere die Frage aufzuwerfen, wie der vom Nutzer gewünschte Dienst zu bestimmen ist – ob also in dem ausdrücklichen Wunsch, die Webseite insgesamt zu nutzen, zugleich ein Anfordern jeder einzelnen Funktion auf der Webseite liegt, oder ob jede Funktion (so etwa die Warenkorb- oder Kommentarfunktion) für sich allein betrachtet werden muss.[17] Der überwiegende Teil des Schrifttums[18], die europäische Artikel-29-Datenschutzgruppe[19] sowie die nationale Datenschutzkonferenz als das Gremium der unabhängigen deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder[20] sprechen sich in diesem Kontext für eine Einzelbetrachtung jeder Funktion aus. Dabei soll es für ein Anfordern durch den Nutzer ausreichen, wenn der Nutzer die entsprechende Schaltfläche auf der Webseite bedient.[21] Für eine solche Auslegung ist anzuführen, dass in dem bloßen Aufruf einer Webseite schon deshalb schwerlich ein ausdrückliches Anfordern aller hierin eingebetteten Funktionen liegen kann, weil der Nutzer vor dem Aufrufen der Seite überhaupt nicht wissen kann, welche Funktionen die Seite im Einzelnen beinhaltet. Insoweit darf dem Nutzer nicht allein durch sein „blindes" Anklicken einer Webseite der Wunsch unterstellt werden, alle hierauf befindlichen Funktionen nutzen zu wollen.

---

11 Wenn im Folgenden hauptsächlich von „Cookies" die Rede ist, soll dies daher nur die Verständlichkeit des Beitrags erhöhen. Eine Übertragung der folgenden Ausführungen auf vergleichbare Technologien, wie bspw. Web Storage, ist in großem Umfang möglich.

12 Streitig ist etwa die Anwendung auf das sog. Device Fingerprinting, bei dem Eigenschaften des Endgeräts ausgelesen und an einen Server übermittelt werden, um eine möglichst eindeutige Identifikation des Endgeräts („fingerprint") zu ermöglichen. Für eine Anwendung etwa *Stoklas*, ZD-Aktuell 2022, 01099; *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, (Fn. 9), S. 7 f.; dagegen bspw. *Nebel*, CR 2021, 666 (671).

13 *Schumacher/Sydow/von Schönfeld*, MMR 2021, 603 (604).

14 *Piltz*, CR 2021, 555 (560).

15 Zu den Anforderungen an die Einwilligung statt vieler vgl. *Ernst*, ZD 2017, 110; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391.

16 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, S. 2, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_en.pdf, Abruf v. 19.5.2022; *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 40.

17 Dazu auch *Piltz/Kühner*, ZD 2021, 123 (126); *Nebel*, CR 2021, 666 (672); *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 42 f.

18 *Nebel*, CR 2021, 666 (672); *Piltz/Kühner*, ZD 2021, 123 (126); *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 42; a. A. *Hanloser*, ZD 2021, 399 (401).

19 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, (Fn. 16), S. 4.

20 *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, (Fn. 9), S. 20.

21 *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, (Fn. 9), S. 21 f.; *Piltz/Kühner*, ZD 2021, 123, 126; *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 43.

2. „unbedingt erforderlich“

Das Kriterium der unbedingten Erforderlichkeit ist als erfüllt anzusehen, wenn der angeforderte Dienst ohne den Cookie nicht verfügbar wäre.[22] Fragen ergeben sich hier insbesondere mit Bezug auf die Dauerhaftigkeit der Cookies (so konkret, ob ein über die Sitzungsdauer hinaus gespeicherter „Persistent Cookie“ zwingend erforderlich ist, um eine temporär genutzte Funktion zur Verfügung zu stellen) und hinsichtlich des Ursprungs des Cookies (ist ein von Dritten gesetzter, sogenannter „Third Party Cookie“ zwingend erforderlich, obwohl der Nutzer in der Regel keine Funktionen Dritter in Anspruch nehmen will?).[23] Hier wird eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen sein, welche die vernünftige Nutzererwartung[24] und die konkret angeforderte Funktion in den Blick nimmt; den vorgenannten Kriterien wird im Rahmen dieser Einzelfallprüfung eine besondere Relevanz zukommen.[25]

C. Fortbestehender Regelungsbedarf

§ 25 TTDSG erfüllt mit Blick auf die bislang unzureichende Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie eine wichtige Funktion zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben. Auf Ebene der praktischen Wirksamkeit der Norm darf gleichwohl mit guten Gründen angezweifelt werden, ob die Vorschrift zu einer materiellen Verbesserung der Rechtslage hinsichtlich Cookies beigetragen hat.

I. Keine Regelung der Ausgestaltung von Cookie-Bannern

Zunächst fällt negativ ins Gewicht, dass § 25 TTDSG keinerlei Regelung zur rechtmäßigen Ausgestaltung von Cookie-Bannern trifft, sprich keine Vorgaben zu einer rechtskonformen Gestaltung der Einwilligungsabfrage auf Webseiten macht. Problematisch sind in diesem Kontext insbesondere zwei Konstellationen:

1. Cookie-Walls

Erstens ist die Frage nach der Zulässigkeit von Webseiten aufgeworfen, die sich hinter sogenannten „Cookie-Walls“ befinden, also nur aufgerufen werden können, wenn in die Verwendung von (Tracking- bzw. Marketing-)Cookies eingewilligt wird. Dieses Phänomen lässt sich jüngst insbesondere bei Nachrichtenseiten mit journalistischen Inhalten beobachten.[26] Der Europäische Datenschutzausschuss geht davon aus, die Einwilligung erfolge in diesen Sachverhaltskonstellationen nicht „freiwillig“ im Sinne des Art. 4 Nr. 11 DSGVO, da der Nutzer keine Möglichkeit habe, die Webseite ohne das Erteilen der Einwilligung zu besuchen.[27] Dieser Einschätzung hat sich die Datenschutzkonferenz angeschlossen.[28]

Im Schrifttum wird diese Einschätzung durchaus kritisch gesehen, sofern als Alternative zur Einwilligung eine kostenpflichtige Nutzung der Webseite ohne Cookies (etwa mittels eines Abonnements) angeboten wird. Hier müsse im Einzelfall betrachtet werden, ob die kostenpflichtige Nutzung eine zumutbare Alternative darstelle. Dies könne insbesondere davon abhängen, welche Marktmacht der entsprechenden Webseite zukomme, wie teuer die kostenpflichtige Nutzung sei und wie aufwändig das betreffende Abonnement zu erlangen sei.[29]

2. Nudging und Dark Patterns

Zweitens bestehen keine hinreichend klaren Vorgaben hinsichtlich der Zulässigkeit von Cookie-Bannern, die den Nutzer mittels ihrer Gestaltung zu einer Einwilligung bewegen sollen (sogenanntes „Nudging“ bzw. „Dark Patterns“).[30] Zu beobachten ist in der Praxis insbesondere die Nutzung verschiedener Schriftarten und -farben, etwa der Einsatz großer, gut sichtbarer Textfelder, die zum Akzeptieren aller Cookies einladen; demgegenüber müssen Nutzer ein kleines, nicht farblich hinterlegtes Feld anklicken, um Cookies abzulehnen. Ebenfalls weit verbreitet ist es, überhaupt kein „Ablehnen“-Feld als Option anzubie-

---

22 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, (Fn. 16), S. 4.

23 *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 45.

24 *Art.-29-Datenschutzgruppe*, (Fn. 16), S. 5.

25 So auch der Kriterienkatalog der *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, (Fn. 9), S. 26 f.

26 Einen Überblick über deutsche Nachrichtenseiten, die Cookie-Walls verwenden, gibt etwa die Nichtregierungsorganisation *NOYB*, die in dieser Frage Beschwerde an verschiedene Aufsichtsbehörden erhoben hat, https://noyb.eu/de/news-seiten-leserinnen-sollen-eigene-daten-zum-wucherpreis-zurueckkaufen, Abruf v. 22.5.2022.

27 *EDSA*, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, S. 13 f., https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf, Abruf v. 22.5.2022.

28 *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien (2019), S. 10, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf, Abruf v. 22.5.2022. In der aktualisierten Orientierungshilfe zum TTDSG aus dem Jahr 2021 nimmt die Datenschutzkonferenz zu diesem Problem ausdrücklich nicht Stellung, sodass die Positionierung von 2019 wohl noch als gültig angesehen werden kann; so auch *Wyderka*, ZD-Aktuell 2019, 06697.

29 *Baumann/Alexiou*, ZD 2021, 349 (351 f.); *Stroscher*, ZD-Aktuell 2021, 05337; *Haberer*, MMR 2020, 810 (813); generell eine Zulässigkeit von Cookie-Walls annehmend wohl *Rauer/Ettig*, ZD 2021, 18 (22).

30 Weiterführend zu Nudging und Dark Patterns bei Cookie-Bannern siehe etwa *Loy/Baumgartner*, ZD 2021, 404; *Weinzierl*, ZD-aktuell 2020, 04419; *Haberer*, MMR 2020, 810 (813 f.).

ten, sondern den Nutzer zwischen „Akzeptieren“ und „Einstellungen“ wählen zu lassen.[31]

Zwar lassen sich diese Gestaltungsfragen *de lege lata* jedenfalls teilweise anhand der Anforderungen des Art. 7 DSGVO – insbesondere unter den Gesichtspunkten der Freiwilligkeit und Informiertheit der Einwilligung – dogmatisch einfangen.[32] So werden etwa Einwilligungsabfragen, bei denen der „Ablehnen“-Button infolge der Schriftgestaltung kaum noch sichtbar ist, die Freiwilligkeit der Einwilligung regelmäßig ausschließen. Denn die Gestaltung dient hier von Vornherein nicht der Ermöglichung einer selbstbestimmten Entscheidung, sondern verfolgt das Ziel, den Nutzer zu einer Einwilligung zu bewegen. Auch Gestaltungen, bei denen aus der Beschriftung der Schaltflächen nicht deutlich wird, welchen Effekt der Nutzer mittels welcher Schaltfläche erreichen kann, sind – wie die Datenschutzkonferenz zutreffend festgestellt hat – intransparent und daher unter dem Gesichtspunkt der Informiertheit der Einwilligung unzulässig.[33]

Jenseits besonders eindeutiger Fälle zeigen aber bereits die unterschiedlichen Positionierungen verschiedener Aufsichtsbehörden[34] wie auch im Schrifttum[35] zu den mit der Ausgestaltung von Cookie-Bannern verbundenen Fragen, dass nicht nur eine einzige Auslegungsweise des Art. 7 DSGVO denkbar und daher nicht nur eine einzige Lösung in Betracht kommt. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wäre daher im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert (gewesen). Einen Entwurf für eine entsprechende Vorschrift hatte der Bundesrat im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum TTDSG eingebracht, der Vorschlag fand jedoch keine Mehrheit.[36]

II. Keine Lösung des grundlegenden Problems der „Cookie Fatigue“

Unter der neuen Rechtslage nach dem TTDSG besteht zudem das Problem fort, dass Nutzer infolge der überwältigenden Vielzahl und Ubiquität an Cookie-Anfragen häufig keine überlegten Entscheidungen für oder gegen die Nutzung ihrer Daten (mehr) treffen, sondern die Einwilligungs-Banner so schnell wie möglich „wegklicken“. Diese in der rationalen Apathie gründende nutzerseitige „Cookie Fatigue“ wird zunehmend zu einem veritablen Datenschutzproblem: Das Regelungsziel, eine selbstbestimmte Entscheidung des Nutzers über die eigenen Daten zu ermöglichen, wird nicht erreicht, wenn bzw. weil die Entscheidung zu einer nicht mehr hinterfragten Routine im Sinne einer Lästigkeitsübung wird. Gerade weil der Anwendungsbereich der Ausnahmeregelungen nach § 25 Abs. 2 TTDSG teils noch unklar ist,[37] wird dieses Problem unter der neuen Rechtslage tendenziell verschärft, wenn und wo Einwilligungen eingeholt werden, obwohl sie nicht erforderlich wären.[38]

Abhilfe schaffen könnte hier neben klar(er)en gesetzlichen Vorgaben zur Reichweite der Einwilligungspflicht und zur Gestaltung von Cookie-Bannern auch die Ausformung des Rechtsrahmens zu „Personal Information Management Systems“ (PIMS). PIMS fungieren (unter anderem) als Einwilligungsverwaltungsdienste, mittels derer Nutzer ihre Einwilligungspräferenzen künftig zentral steuern könnten, anstatt sie auf jeder Webseite neu einzugeben.[39] Solche PIMS sollen nutzerfreundlich und wettbewerbskonform Einwilligungen einholen und verwalten und dabei frei von Interessenkonflikten durch Monetarisierung der Einwilligungen oder Verarbeitung der Nutzerdaten auftreten. In § 26 TTDSG werden PIMS allerdings bislang nur rudimentär geregelt. Die PIMS bedürfen insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an das Verfahren zur Einholung und Verwaltung der Einwilligung sowie zu deren Anerkennung nach § 26 Abs. 1 TTDSG einer Ausgestaltung durch Rechtsverordnung gemäß § 26 Abs. 2 TTDSG. Welche praktische Wirkung die Schaffung entsprechender Rechtsgrundlage entfaltet, bleibt indes abzuwarten: Einerseits sollen PIMS schon nach heutiger Rechtslage möglich sein, haben sich praktisch jedoch schlicht nicht durchgesetzt.[40] Andererseits schafft § 26 TTDSG weder für Endnutzer noch für die eine Einwilligung einholenden Anbieter außer

---

31 Dies wäre laut der französischen Datenschutz-Aufsichtsbehörde *CNIL* wohl unzulässig. Die *CNIL* verlangt, dass das Ablehnen von Cookies genauso leicht ist wie das Akzeptieren und hat jüngst eine Geldbuße i. H. v. 150 Mio. Euro gegen Google und i. H. v. 60 Mio. Euro gegen Facebook für das Nichtbeachten dieser Vorgabe verhängt, vgl. *CNIL*, Délibération No. SAN-2021-023 und SAN-2021-024, https://www.cnil.fr/en/cookies-cnil-fines-google-total-150-million-euros-and-facebook-60-million-euros-non-compliance, Abruf v. 19.5.2022.

32 *Golland*, NJW 2021, 2238 (2240); *Lang*, K&R 2020, 615 (617).

33 *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, (Fn. 9), S. 11 f.

34 So sehen die Aufsichtsbehörden – anders als ein Großteil des Schrifttums – etwa ein Nudging mittels verschiedener Schriftgrößen als problematisch an, vgl. statt vieler Irland: *DPC*, Guidance Note Cookies and Other Technologies, https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2020-04/Guidance%20note%20on%20cookies%20and%20other%20tracking%20technologies.pdf, Abruf v. 19.5.2022. Siehe auch *Ettig*, (Fn. 3), TTDSG § 25 Rn. 30 m. w. N. aus verschiedenen Ländern.

35 Etwa zu der Frage, ob der Betreiber lediglich „Cookies akzeptieren“ und „Einstellungen“ als Optionen anbieten darf: gegen eine solche Zulässigkeit *Loy/Baumgartner*, ZD 2021, 404 (406); *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, (Fn. 9), S. 13 f., 17; für eine weitergehende Gestaltungsfreiheit des Webseitenbetreibers hingegen *Haberer*, MMR 2020, 810 (813 f.).

36 BT-Drs. 19/28396, S. 3 f.

37 Siehe Abschnitt II. 4.

38 *Golland*, NJW 2021, 2238 (2240).

39 Siehe hierzu eingehend *Botta*, MMR 2021, 946.

40 Vgl. BT-Drs. 19/29839, S. 67 f.

des Angebots einen Anreiz zur Nutzung eines anerkannten PIMS.[41]

D. Fazit und Ausblick

§ 25 TTDSG erfüllt in europarechtlicher Hinsicht den längst überfälligen Zweck, das durch die ePrivacy-Richtlinie vorgeschriebene Einwilligungserfordernis ausdrücklich und zutreffend in nationales Recht zu übersetzen. Darüber hinaus bewirkt die Norm allerdings kaum spürbare Verbesserungen für die Praxis, sondern lässt vielmehr wichtige Rechtsfragen weiterhin unbeantwortet und wirft – etwa mit Bezug auf die Reichweite der Ausnahmevorschriften des § 25 Abs. 2 TTDSG – zudem auch neue Anwendungsfragen auf. Ursächlich hierfür ist unter anderem auch der europarechtliche Rahmen des TTDSG, der die nationale Regelungskompetenz begrenzt und dem deutschen Gesetzgeber wenig Spielraum für Regelungen lässt, die nicht das Risiko einer (erneuten) Europarechtswidrigkeit bergen.[42]

Vor diesem Hintergrund verspricht – jedenfalls punktuell – die europäische ePrivacy-Verordnung, die sich aktuell im Trilogverfahren befindet, erhöhte Klarheit.[43] Während hier im Ausgangspunkt zwar an dem Einwilligungserfordernis für Cookies und vergleichbare Technologien festgehalten wird, sehen die aktuellen Entwürfe der ePrivacy-Verordnung aber etwa auch ein erweitertes Ausnahmeregime insbesondere mit Bezug auf Cookies vor, die der Messung des Web(seiten)publikums dienen.[44] Weitreichende Neuerungen insbesondere in Bezug auf die Ausgestaltung von Cookie-Bannern bleiben die Entwurfsfassungen bislang gleichwohl schuldig. Somit dürften auch nach Inkrafttreten der ePrivacy-Verordnung seitens der Webseitenbetreiber erhebliche Rechtsunsicherheiten verbleiben, die sich auf Nutzerseite zwar als gut gemeint darstellen, in der Praxis aber eine lästige Cookie-Flut auszulösen drohen.

---

41 Siehe hierzu *Nebel*, CR 2022, 18 f.

42 *Schwartmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99 (100). *Schumacher/Sydow/von Schönfeld*, MMR 2021, 603 (605) nennen das TTDSG vor diesem Hintergrund eine reine „Übergangsregelung" bis zur Einführung der ePrivacy-Verordnung.

43 Hierzu ausführlich *Schumacher/Sydow/von Schönfeld*, MMR 2021, 603 (605 ff.).

44 Jeweils Art. 8 Abs. 1 lit. d ePrivacy-VO-E (KOM), 2017/0003(COD), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=-CELEX %3A52017PC0010; ePrivacy-VO-E (EP), A8-0324/2017, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0324_DE.html und ePrivacy-VO-E (Rat) 6087/21, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6087-2021-INIT/en/pdf, Abruf v. 22.5.2022.