

Manipulative Designs von Cookies

Tricks, um die Einwilligung von Website-Besucherinnen und -Besuchern zum Sammeln und Auswerten von Nutzerdaten über Cookies zu erhalten

Eine Untersuchung der meist genutzten deutschen Websites zeigt, dass viele Cookie-Meldungen nicht Privatsphäre-freundlich gestaltet sind. Der Beitrag beleuchtet die Rechtslage zur Gestaltung von Cookie-Meldungen und entwickelt und diskutiert daran anknüpfend Handlungsempfehlungen, die die Situation für Verbraucherinnen und

Verbraucher in Bezug auf eine informierte und freiwillige Entscheidung bei Cookie-Meldungen verbessern könnten.

Ass. iur. Franz Lehr

ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Recht, Geistiges Eigentum und Technikrecht der TU Dresden sowie am KI-Zentrum ScaDS.AI Dresden/Leipzig

E-Mail: franz.lehr@tu-dresden.de

Dipl.-Math. Heike Dietmann

ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Forschungsgruppe Security, Usability, and Society (SECUSO) am Karlsruher Institut für Technologie (KIT).

E-Mail: heike.dietmann@partner.kit.edu

Chiara Krisam

ist Masterstudentin der Wirtschaftsinformatik am KIT und forschte für ihren Bachelorabschluss zum Thema Nudging in Cookie-Dialogen bei SECUSO (KIT)

E-Mail: chiara.krisam@student.kit.edu

Melanie Volkamer

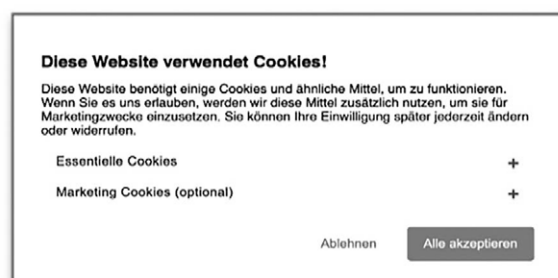
ist Professorin am Karlsruher Institut für Technologie (KIT). Sie leitet dort die Forschungsgruppe Security, Usability, and Society (SECUSO) und ist PI bei den KASTEL Security Research Labs.

E-Mail: melanie.volkamer@kit.edu

1 Ausgestaltung von Cookie-Meldungen bei bekannten deutschen Websites

Anfang 2021 untersuchten wir die Cookie-Meldungen der 500 meist aufgerufenen Websites Deutschlands.¹ 111 Websites waren weder in deutscher noch englischer Sprache verfügbar und wurden nicht weiter betrachtet. Die verbleibenden 389 Websites wurden hinsichtlich der Ausgestaltung der Cookie-Meldungen kategorisiert. Dies geschah basierend auf den angezeigten Informationen zur Datenerhebung durch Cookies und den bereitgestellten Auswahlmöglichkeiten durch die Cookie-Meldung selbst.

Abbildung 1 | Beispiel einer Cookie-Meldung



Unsere Analyse der Cookie-Meldungen der 389 Websites führte zu einer Aufteilung in 13 Kategorien. Hierzu zählte u. a. die Kategorie, dass keine Cookie-Meldung angezeigt wurde, was 134-mal vorkam. 181 Websites zeigten eine Cookie-Meldung mit der Möglichkeit, Cookies abzulehnen. Entsprechend boten 74 keine solche Option zum Ablehnen an. Fünf der 74 boten lediglich die Option an, Cookies gegen Bezahlung abzulehnen. Die 181 Meldungen, die die Möglichkeit anboten, Cookies abzulehnen, wur-

2 Aktuelle Rechtslage

den weiter unterteilt: Mehr als 85% dieser Websites (155 von 181) versuchten, die Nutzerinnen und Nutzer zu einer Zustimmung zu allen Cookies zu verleiten, indem diese Option visuell hervorgehoben wurde. Hierfür wurde der Button zum Akzeptieren optisch auffälliger dargestellt als der zum Ablehnen (siehe z. B. Abbildung 1) oder die Option zum Ablehnen wurde im Text eingebettet, während es einen gesonderten Button zum Akzeptieren gab (siehe z. B. Abbildung 2).

Abbildung 2 | Hervorgehobener Button zum Akzeptieren und Ablehnen-Option im Text (Quelle: bauhaus.info 04.07.2021)

Mit dem Klick auf "Alles akzeptieren" willigen Sie in die Nutzung aller einwilligungspflichtigen Dienste ein. Sie können Ihre Auswahl jederzeit unter [Cookie-Einstellungen](#) bearbeiten oder durch Klick auf [Dienste ablehnen](#) nicht notwendige Dienste ablehnen.

✓ Alles akzeptieren

Impressum | Datenschutz

Weiterhin zeigte unsere Untersuchung, dass für 78,5% der Websites (142 von 181) der Aufwand zum Ablehnen optionaler Cookies größer war als das Zustimmung – meist zu allen Cookies. Zum Ablehnen musste also mindestens ein Klick mehr getätigt werden.

Eine Unterform stellte die Nutzung von Opt-out-Verfahren dar, welche 11% der Cookie-Meldungen (20 von 181) verwendeten. Dabei mussten die Nutzerinnen und Nutzer der Website eine bereits voreingestellte Zustimmung deaktivieren, wenn sie lediglich die technisch notwendigen Cookies akzeptieren wollten. Eine weitere Unterform bestand darin, dass Nutzerinnen und Nutzer erst eine zweite oder gar mehrere Unterseiten aufrufen mussten. In diesen Fällen konnten sie dort optionale Cookies ablehnen und nur technisch notwendigen Cookies zustimmen.

Wenn mindestens eine Form der Beeinflussung zum Akzeptieren aller Cookies vorliegt (visuelles Hervorheben, größerer Aufwand inkl. Opt-Out und/oder mehrere Seiten aufrufen), ist die Meldung nicht Privatsphäre-freundlich gestaltet. Die Literatur spricht in diesen Fällen von dem Einsatz von Dark Patterns², wir verwenden nachfolgend synonym den Begriff Manipulative Design.

Von den 181 untersuchten Websites nutzten insgesamt 158 Websites (87%) solche Manipulative Designs. Diese setzten sich zusammen aus 138 Websites, die ausschließlich den Button „(alles) akzeptieren“ hervorhoben, 17 Websites, die sowohl ein Hervorheben des Buttons „(alles) akzeptieren“ als auch ein Opt-out-Verfahren verwendeten, und 3 Websites, die nur Opt-out-Verfahren nutzten.

Studien zu diversen Formen von Manipulative Designs zeigen, dass diese einen signifikanten Einfluss auf die Akzeptanz von Cookies haben.³ Allerdings gibt es sehr viele Möglichkeiten der Gestaltung von Cookie-Meldungen und bei Weitem wurde noch nicht alles untersucht, was denkbar ist und was potentiell manipulative Wirkung haben könnte.

² Krisam/Dietmann/Kulyk/Volkamer, EuroUSEC. ACM 2021, <https://doi.org/10.1145/3481357.3481516>; Gray/Kou/Battles/Hogatt/Toombs, ACM 2018, New York, USA, 1-14. <https://doi.org/10.1145/3173574.3174108>; Gary/Santos/Bielova/Toth/Clifford, Proceedings of the 2021 CHI Conference, 1-18, <https://doi.org/10.1145/3411764.3445779>; Nouwens/Liccardi/Veale/Karger/Kagal, CHI ACM 2020, <https://doi.org/10.1145/3313831.3376321>.

³ Shirazi/Volkamer, WPES 2014, <https://doi.org/10.1145/2665943.2665963>, Kulyk/Gerber/Hilt/Volkamer, EuroUSEC 2018, Internet Society, <https://doi.org/10.14722/eurosec.2018.23012>; Machuletz/Böhme, PETS 2020, <https://doi.org/10.2478/popets-2020-0037>.

Die Gestaltung von Cookie-Meldungen ist in der jüngeren Vergangenheit immer mehr zum Gegenstand aufsichtsbehördlicher und gerichtlicher Verfahren geworden.⁴ Darüber hinaus wird in der datenschutzrechtlichen Debatte zuletzt vermehrt die Rechtmäßigkeit von als Manipulative Design⁵ klassifizierbaren Phänomenen in der Gestaltung von Einwilligungserklärungen diskutiert, insbesondere am Beispiel von Cookie-Meldungen. Die Kernfrage ist stets, ob mittels der konkreten Gestaltungen eine informierte und freiwillige Einwilligung zustande kommen kann. Nach § 25 Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) ist zum Schutz der Integrität des betroffenen Gerätes beim Setzen oder Auslesen eines Cookies eine Einwilligung des Nutzers erforderlich, sofern Cookies nicht alleine der Nachrichtenübertragung dienen oder zur Bereitstellung eines vom Nutzer ausdrücklich gewünschten Telemediendienstes unbedingt erforderlich sind (sog. technisch notwendige oder funktionale Cookies). § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG verweist hinsichtlich der Voraussetzungen der Einwilligung auf die Vorschriften der DSGVO.

2.1 Rechtmäßigkeit konkreter Gestaltungen von Cookie-Meldungen

Die Wirksamkeitsvoraussetzungen der einzuholenden Einwilligung gem. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO bestimmen die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit konkreter Gestaltungen von Cookie-Meldungen und stellen somit mittelbare Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung.⁶ Abhängig vom jeweiligen Design kann insbesondere eines der Tatbestandsmerkmale der Informiertheit, der Freiwilligkeit oder einer eindeutig bestätigenden Handlung nicht vorliegen.⁷ Die Bewertung konkreter Gestaltungen bewegt sich grundrechtlich im Spannungsfeld zwischen einerseits dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) und auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRCh), flankiert durch den Grundsatz des Verbraucherschutzes (Art. 38 GRCh)⁸, sowie andererseits der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) und der Meinungsfreiheit (Art. 11 GRCh) insbesondere kommerzieller Onlinedienste, deren Geschäftsmodell auf Datenverarbeitungsprozessen und personalisierter Werbung beruht und deren wirtschaftliche Betätigung und werbliche Kommunikation geschützt ist.

Angesichts dieser komplexen Rechtslage und der grenzenlosen Gestaltungsmöglichkeiten ist die Bestimmung abstrakter Gestaltungsvorgaben schwierig und verspricht wenig Rechtssicherheit, so dass zunächst nur die Möglichkeit an konkreten Gestaltungen orientierter Einzelfallbetrachtungen bleibt, die einzelne Formen möglicher Manipulative Designs untersucht. Einend ist

⁴ Vgl. EuGH, DuD 2019, 793 (795) – Planet49; BGH, DuD 2020, 755 (757) – Cookie-Einwilligung II; die französische Datenschutzbehörde CNIL verhängte Bußgelder im zwei- bis dreistelligen Millionenbereich gegen Google und Facebook wegen Verwendung von Manipulative Design bei Cookie-Meldungen, vgl. Votteler, ZD-Aktuell 2022, 00001.

⁵ Einführung zu Dark Patterns Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47 (47 ff.).

⁶ Janicki/Schultz, DSRITB 2021, 13 (21); Sesing, MMR 2021, 544 (546).

⁷ Daneben könnte auch die Abwesenheit von Nudging-Methoden bzw. Dark Patterns als ungeschriebenes negatives Tatbestandsmerkmal gesehen werden, so wohl LfD Niedersachsen, Handreichung: Datenschutzkonforme Einwilligungen auf Webseiten – Anforderungen an Consent-Layer, S. 2.

⁸ Zur Schrankenfunktion gegenüber der unternehmerischen Freiheit vgl. Giesecke, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh Art 38 Rn. 9.

diesen jedoch, dass sich unter der Frage nach zulässiger oder unzulässiger Gestaltung als Kern der Beurteilung stets die Abgrenzungsfrage herauschälen lässt, wann zulässige Formen der Beeinflussung des Verhaltens von Betroffenen in unzulässige Formen der Manipulation umschlagen.⁹ Bei Vorliegen einer manipulativen Beeinflussung kann die Einwilligung ihre Funktion als Instrument zur Verwirklichung der grundrechtlich geschützten datenschutzrechtlichen Selbstbestimmung nicht mehr erfüllen.¹⁰ Es kommt zu „digitaler Entmündigung“.¹¹ Darüber hinaus sind als weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen die sonstigen Vorschriften der DSGVO zu beachten, insbesondere die Verarbeitungsgrundsätze der Transparenz, Fairness und Datenminimierung gem. Art. 5 Abs. 1 lit. a, c DSGVO sowie die Bestimmungen des Art. 25 DSGVO zu Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen.

2.2 Regulierungswirkung des Fairnessgebotes

Bei der datenschutzrechtlichen Beurteilung von Manipulative Designs ist in besonderem Maße der Grundsatz der Verarbeitung nach Treu und Glauben aus Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 2 DSGVO (Fairnessgrundsatz¹²) zu beachten. Nachdem dessen Hauptfunktion in der Datenschutz-Richtlinie noch im jetzt in den Transparenzgrundsatz ausgelagerten Verbot heimlicher Verarbeitungen gesehen wurde¹³, eröffnet er nunmehr in unionsautonomer Auslegung¹⁴ die Möglichkeit, besondere Ungleichgewichte zwischen Betroffenen und Verantwortlichem abzubilden und aufzufangen. Erfasst werden können dabei neben Fällen des Missbrauchs von Vertrauen Konstellationen, in denen Betroffene einen Nachteil erleiden, der dem durch die DSGVO gezeichneten Gesamtbild eines Kräftegleichgewichts zwischen Betroffenen und Verantwortlichem widerspricht, weil zwischen beiden ein klares Ungleichgewicht besteht.¹⁵

Manipulative Designs sind aufgrund ihrer subtilen bis subliminalen Wirkmechanismen¹⁶ vertrauensschädigend. Zudem stellen sie durch die alleinige Bestimmungsmacht des Verantwortlichen über die Gestaltung des Entscheidungsprozesses, hier konkret über die Gestaltung von Einwilligungsprozessen mittels Cookie-Meldungen, eine spezifische Form der Machtasymmetrie dar, die neben den durch die DSGVO adressierten Formen von Informations- und sonstigen Machtasymmetrien steht.

2.3 Rechtswidrigkeit von Opt-out-Gestaltungen

Opt-out-Gestaltungen, bei denen der Betroffene zur Verweigerung einer Einwilligung ein voreingestelltes Ankreuzkästchen

abwählen muss, sind nach der Entscheidung „Planet49“ des EuGH rechtswidrig.¹⁷

2.4 Betrachtung bezüglich aktionsbezogener Äquivalenz

Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Rechtslage bei den anderen aufgefundenen Gestaltungen weniger eindeutig. Richtigerweise jedoch gehen Literatur und Aufsichtsbehörden von einem aktionsbezogenen „Äquivalenzgebot“¹⁸ aus, das Schaltflächen für Erteilen und Verweigern einer Einwilligung auf derselben Ebene der Cookie-Meldung erfordert.¹⁹ Ist der (Klick-) Aufwand zum Verweigern der Einwilligung größer als derjenige zur Abgabe der Einwilligung, so sind die Handlungsoptionen Erteilen bzw. Verweigern der Einwilligung nicht äquivalent ausgestaltet. Der zusätzliche Aufwand kann eine sog. „Click Fatigue“ und damit Defizite in der Informationsaufnahme und Verzicht auf das Ausüben einer Wahl hervorrufen.²⁰

Eine Gestaltung ist jedenfalls dann unzulässig, wenn der Betroffene aufgrund zusätzlicher Anforderungen zur Verweigerung der Einwilligung in seiner freien Entscheidung ungebührlich beeinträchtigt wird.²¹ Zwar könnte das Kriterium der Ungebührlichkeit im Sinne einer gewissen Bagatellgrenze gedeutet werden und zumindest einen weiteren Klick zulassen. Allerdings muss nach Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO der Widerruf einer Einwilligung so einfach sein wie ihre Erteilung, was sich auf die bloße Verweigerung übertragen lässt.²² So kann auch dem Charakter von Art. 6 Abs. 1 DSGVO als restriktiv zu handhabendes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt entsprochen werden, dessen Regel-Ausnahme-Verhältnis es gebietet, die Einwilligung als (Ausnahme-) Rechtsgrundlage nicht zur leichter zugänglichen Handlungsoption werden zu lassen. Zudem fordert der für Auslegungen heranzuziehende Erwägungsgrund 42 S. 5 der DSGVO eine „echte oder freie Wahl“ darüber, ob eine Einwilligung erteilt wird oder nicht. Ohne Schaltfläche zum Ablehnen in der ersten Gestaltungsebene findet dort jedoch nur eine Wahl zwischen Einwilligung und Vornahme weiterer Handlungen und erst auf der bzw. einer nachgelagerten Ebene die „echte“ Wahl i.S.e. endgültigen Entscheidung über Erteilen oder Verweigern der Einwilligung statt. Daneben darf die Gestaltung auch gerade nicht darauf angelegt sein, dass Betroffene aufgrund eines aufwendigen Verfahrens von ihrer Wahlmöglichkeit keinen Gebrauch machen.²³ Betroffene aber können bei in Untermenüs befindlichen Schaltflächen nicht absehen, wie viele Klicks und damit wieviel Aufwand für eine Verweigerung tatsächlich erforderlich sind.²⁴

17 EuGH, DuD 2019, 793 – Planet49.

18 Sesing, MMR 2021, 544 (547).

19 DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter:innen von Telemedien ab dem 1. Dezember 2021, Stand: 12/2021, S. 13f und 17, vgl. auch DuD 2022, 76; Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435 (437); Ettig/Herbrich, K&R 2020, 719 (721); Rauer/Ettig, ZD 2021, 18 (22); Sesing, MMR 2021, 544 (547); ablehnend Haberer, MMR 2020, 810 (813 f.); Kollmar/Schirmbacher, WRP 2020, 1015 (1017); Hanloser, ZD 2021, 399 (402).

20 BMJV-Studie „Innovatives Datenschutz-Einwilligungsmanagement“, Abschlussbericht v. 7.9.2020, S. 39 f.

21 EuGH, ZD 2021, 89 (91) – Orange Romania, allerdings zu einer analogen Einwilligungsgestaltung.

22 Wilfling, DSRITB 2019, 301 (310); Sesing, MMR 2021, 544 (547).

23 BGH, DuD 2020, 755 (757) – Cookie-Einwilligung II; Böhm/Halim, MMR 2020, 651 (655); Sesing, MMR 2021, 544 (547).

24 DSK, OH Telemedien (Fn. 19), S. 17; Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404 (406).

9 So auch Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404 (405); Weinzierl, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (10); Lang, K&R 2020, 615 (617); Ettig/Herbrich, K&R 2020, 719 (721).

10 Stemmer, in: Wolff/Brink, BeckOK DS-GVO Art. 7 Rn. 1.

11 Mühlhölz, Leviathan 2018, 551 (551 ff.).

12 Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO Art. 5 Rn 18; Voigt, in: Taeger/Gabel, DSGVO Art. 5 Rn. 13 f.

13 Herbst, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 5 Rn. 15 f.; Roßnagel, in: Simitis u. a., DSGVO Art. 5 Rn. 45.

14 Zur Wortlautauslegung ausführlich Malgieri, Proceedings of the FAT 2020, <https://doi.org/10.1145/3351095.3372868>.

15 Roßnagel, in: Simitis u. a., DSGVO Art. 5 Rn. 47 f.; Herbst, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 5 Rn. 17; Heberlein, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO Art. 5 Rn. 10; Schantz, in: Wolff/Brink, BeckOK DS-GVO Art. 5 Rn. 8 f.

16 Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 49 ff.

2.5 Betrachtung bezüglich optischer Äquivalenz

Die Frage eines möglichen optischen Äquivalenzgebotes, das durch Gestaltungen wie optisch deutlich auffälligere Einwilligungsschaltflächen oder nicht ohne Weiteres als Schaltflächen erkennbare Verweigerungsoptionen verletzt werden könnte, ist aufgrund der Vielzahl potentieller Gestaltungen komplexer.²⁵ Teilweise werden (mit unterschiedlichen Nuancierungen) derartige Gestaltungen als zulässig eingestuft.²⁶ Die obenstehenden Erwägungen zu aktionsbezogen äquivalenter Gestaltung der Schaltflächen zum Erteilen oder Verweigern einer Einwilligung lassen sich jedoch übertragen, insbesondere insofern, als die Einwilligung nicht leichter als deren Verweigerung sein darf und Gestaltungen nicht darauf angelegt sein dürfen, Betroffene von einer Wahl abzuhalten. Befindet sich eine Möglichkeit zur Ablehnung zwar auf der ersten Gestaltungsebene, ist diese aber nicht auch optisch gleichwertig, so sind beide Wahlmöglichkeiten gerade nicht äquivalent ausgestaltet und die Gleichwertigkeit der Optionen wird unterlaufen.²⁷

Eine absolute Grenze ist dort zu ziehen, wo Schaltflächen nicht als solche oder nicht als anklickbar zu erkennen sind, so dass aus Perspektive des Betroffenen gar keine Wahl zwischen verschiedenen Schaltflächen besteht.²⁸ Schwerer ist die Abgrenzung hinsichtlich in Farbe, Kontrast, Größe oder Positionierung differierender Schaltflächen.²⁹ Hier verbietet die endlose Zahl an möglichen Gestaltungen abstrakte Designvorgaben. Erkenntnisse wahrnehmungspsychologischer und verhaltenswissenschaftlicher Forschung zeigen aber, dass sich durch Verwendung unterschiedlicher Gestaltungen mitunter eine erhebliche Lenkungswirkung erzielen lässt, was problematisch hinsichtlich der Freiwilligkeit so erteilter Einwilligungen ist und die Einbeziehung entsprechender Erkenntnisse in die Auslegung unumgänglich macht.³⁰ Abgrenzungen sollten deshalb nach der potentiell quantifizierbaren Lenkungswirkung erfolgen. Sind konkrete Gestaltungen als erheblich verhaltenslenkend nachgewiesen, so können diese und hinreichend ähnliche Gestaltungen als unzulässig angesehen werden.

2.6 Durchsetzungsprobleme

Trotz Rechtswidrigkeit wiesen über 11% der 181 Cookie-Meldungen Opt-out-Gestaltungen auf, so dass sich auch im Zusammenhang mit Manipulative Designs in Cookie-Meldungen die Frage nach der Effektivität der Durchsetzung datenschutzrechtlicher Regelungen stellt. Zwar ist die in Art. 83 Abs. 5 DSGVO angeordnete maximale Geldbuße für Datenschutzverstöße von bis zu 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes deutlich höher als noch unter dem Regime der Datenschutzrichtlinie, auch

25 Eine weitere Frage betrifft zulässige Inhalte der Beschriftung von Schaltflächen; die DSK stellt hierbei auf die Eindeutigkeit von Beschriftungen und den enthaltenen Kommunikationseffekt ab, vgl. DSK, OH Telemedien (Fn. 19), S. 14.

26 Kollmar/Schirmbacher, WRP 2020, 1015 (1016); Janicki/Schultz, DSRITB 2021, 13 (23); mit Einschränkungen: Rauer/Ettig, ZD 2021, 18 (22); Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435 (437); Ettig/Herbrich, K&R 2020, 719 (721).

27 Sasing, MMR 2021, 544 (547).

28 LG Rostock ZD 2021, 166 (167), dort Rn. 54; Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404 (405f); Hilgert/Hilgert, jM 2020, 97 (99).

29 Einen weiteren Gestaltungsspielraum befürwortend Janicki/Schultz, DSRITB 2021, 13 (23).

30 Vgl. Stoll, DSRITB 2021, 1 (5 ¶.); Utz/Degeling/Fahl/Schaub/Holz, ACM CCS '19), <https://arxiv.org/pdf/1909.02638.pdf>.

zeichnet sich mittlerweile eine Erhöhung tatsächlich durch Aufsichtsbehörden verhängter Bußgelder ab.³¹ Dem steht aber der wirtschaftliche Druck auf Unternehmen gegenüber, aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit möglichst hohe Einwilligungsraten zu erzielen und gestalterische Graubereiche umfassend auszureizen.³² Aufsichtsbehörden sind darüber hinaus weder personell noch materiell zur Verfolgung jeglicher Datenschutzverstöße ausgestattet³³, sondern konzentrieren sich statt auf die Breite auf die Verfolgung herausgehobener Akteure.³⁴

Das Thema Manipulative Designs wird aber von den Aufsichtsbehörden mit immer höherer Priorität behandelt. So gab der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) jüngst Leitlinien zu Manipulative Designs in Social-Media-Plattformen heraus, deren Gedanken insbesondere zur Gestaltung von Einwilligungen sich auf Cookie-Meldungen übertragen lassen.³⁵

Die wettbewerbsrechtliche Abmahnfähigkeit von DSGVO-Verstößen durch Mitbewerber und die entsprechende Klagebefugnis von Verbraucherschutzverbänden nach dem UKlaG, die zu höherer Kontrolldichte führen dürften, werden zudem durch die Gerichte weiterhin uneinheitlich beurteilt und harren einer ausstehenden Entscheidung des EuGH.³⁶ Mitunter finden aber bereits entsprechende Abmahnungen durch Verbraucherschutzverbände statt³⁷, und zivilgesellschaftliche Initiativen legen Beschwerden bei den Aufsichtsbehörden ein.³⁸ Durchsetzungshemmend ist allerdings zum einen die unscharfe Kontur potentiell anwendbarer und wirkmächtiger Normen wie der Pflicht zum Datenschutz durch Technikgestaltung (Privacy by Design) aus Art. 25 Abs. 1 DSGVO³⁹, zum anderen in Fällen, in denen die konkrete Gestaltungen von Cookie-Meldungen aufgrund von zu intensiver Lenkungswirkung als unzulässig anzusehen sein könnten, das Problem des Zugangs zu Wissen über die tatsächliche Lenkungswirkung und deren mögliche Quantifizierung. Ein solches Wissenskorpus dürfte bei den Datenverarbeitern umfassend vorhanden sein.⁴⁰ Zu diesem können zwar Aufsichtsbehörden mittels Auskunftsbegehren nach Art. 58 Abs. 1 lit. a DSGVO, Dritte aber nur schwer Zugang bekommen.⁴¹

3 Handlungsfelder und zukünftiger Umgang

Unter den 181 im ersten Abschnitt genauer untersuchten Websites entdeckten wir 158 Websites, die Manipulative Designs nutz-

31 Lachenmann/Stürzl, ZD 2021, 463 (464 f.); Venn/Wybitul, NSTz 2021, 204 (204); vgl. Bußgelder durch die CNIL (Fn. 4).

32 Schumacher/Sydow/von Schönfeld, MMR 2021, 603 (603).

33 Bergt, in: Kühling/Buchner, DSGVO vor Art. 77 Rn. 3.

34 Vgl. Vorgehen der CNIL (Fn. 4); zur durch den EDSA eingesetzten Taskforce für Cookie-Banner, die zur Vereinheitlichung des Vorgehens der Aufsichtsbehörden beitragen soll: Stoklas, ZD-Aktuell 2021, 05490.

35 EDSA, Guidelines 03/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces, S. 14 ¶.

36 BGH, ZD 2020, 589; Grentzenberg/Spittka, GRUR-Prax 2020, 539 (540 ¶.); Spittka, GRUR-Prax 2019, 272 (274); Schreiber/Schirmbacher, GRUR-Prax 2021, 435 (436 f.); zur sich durch die Verbandsklage-Richtlinie perspektivisch ausweitenden privaten kollektiven Rechtsdurchsetzung Grewe/Stegemann, ZD 2021, 183 (183 ¶.).

37 <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/jedes-zehnte-cookie-banner-ist-klar-rechtswidrig>.

38 <https://noyb.eu/de/noyb-reicht-422-formelle-dsgvo-beschwerden-gegen-cookie-banner-wahnsinn-ein>.

39 Loy/Baumgartner, ZD 2021, 404 (408); Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47 (57 f.).

40 Luguri/Strahilevitz, J. Leg. Anal. 2021, 43 (45).

41 Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47 (70 ¶.); Weinzierl, NVwZ-Extra 15/2020, 1 (3).

ten. Daher werden in diesem Kapitel verschiedene Handlungsfelder diskutiert.

3.1 Sensibilisieren der Nutzerinnen und Nutzer

Vielen Nutzerinnen und Nutzern ist nicht bewusst, welche Daten sie mit ihrer Einwilligung von Cookies tatsächlich für die Betreiber von Websites freigeben und wie diese (weiter) verwendet werden (können).⁴² Zunächst ist es wichtig, potentielle negative Konsequenzen der Datensammlung zu kennen und zu verstehen sowie von den Tricks der Websitebetreiber zu wissen, um seine Privatsphäre besser schützen zu können. Es wäre weiter dahin zu sensibilisieren, dass sich Nutzerinnen und Nutzer bei Cookie-Meldungen, die nicht DSGVO-konform sind, an die Datenschutzbehörden wenden können. Diese Sensibilisierung sollte außerdem Informationen über mögliche Schutzmaßnahmen vermitteln, wie Browser-Einstellungen⁴³ oder zusätzliche Anti-Tracking-Tools.

Ohne eine technische Unterstützung ist angesichts der Vielzahl an Cookie-Meldungen selbst mit der entsprechenden Sensibilisierung ein Schutz sehr aufwendig. Die technischen Unterstützungen haben zudem Grenzen. So können etwa nicht alle Cookies eindeutig einer Kategorie zugeordnet werden. Eine klarere, maschinenlesbare Spezifikation von Cookies wäre notwendig, um die Nutzerinnen und Nutzer besser dabei zu unterstützen, sich zu schützen.

3.2 Sensibilisieren der Websitebetreibern

Vermutlich ist vielen – insbesondere kleinen – Website-Betreibern nicht bewusst, was in Bezug auf die Verwendung von Cookies und die Gestaltung von Cookie-Meldungen rechtlich unzulässig ist. Häufig werden die Voreinstellungen übernommen oder auf Content Management Solutions zurückgegriffen. Hier wird dann angenommen, dass diese rechtlich unbedenklich sind. Gegebenenfalls werden sogar Daten erhoben, aber nicht weiter genutzt.

Insbesondere für kleinere Unternehmen ist es wichtig, zum Thema Cookie-Meldungen/Cookies Informationen von Aufsichtsbehörden oder entsprechenden Fachverbänden wie zum Beispiel den Industrie- und Handelskammern zu erhalten.⁴⁴ Idealerweise verweisen diese auf entsprechende Privatsphäre-freundliche und datenschutzkonforme Vorlagen für Cookie-Meldungen. Sinnvoll erscheinen zudem verstärkte Hinweise auf mögliche Bußgelder im Falle entsprechender DSGVO-Verstöße.

3.3 Regulierung der Gestaltung von Cookie-Meldungen de lege ferenda

Weitere Forschungen mit empirischen Studien zum Design von Cookie-Meldungen sind notwendig, um besser zu verstehen, wel-

ches Design welchen Einfluss auf die Zustimmung von Cookies hat. Zu nennen wären etwa die verschiedenen Arten der verwendeten Überschriften und Texte, die verschiedenen möglichen Positionen der Cookie-Meldungen auf dem Bildschirm, die Positionen der im Text eingebetteten Links, die auf eine Seite zum Ablehnen von Cookies führen, oder die verschiedenen Größen und Farben zur Hervorhebung beider oder mehrerer Schaltflächen.⁴⁵ Gesicherte Forschungsergebnisse können dann als Grundlage für rechtliche Bewertungen dienen. So kann als Abwägungskriterium in die Beurteilung der Freiwilligkeit im konkreten Einzelfall einbezogen werden, ob konkrete Gestaltungen in einem statistisch belegbar höheren Maße zur Erteilung von Einwilligungen führen, also jedenfalls gegenüber einem Durchschnittsbetroffenen eine (erhebliche) Lenkungswirkung besteht.⁴⁶

Vertretene Ansätze zur weiteren unmittelbaren oder mittelbaren rechtlichen Regelung der Gestaltung von Cookie-Meldungen und damit implizit zumeist auch von Manipulative Designs sind vielfältig. Die Anzahl an Cookie-Bannern könnte abnehmen bei stärkerer Verbreitung von nach § 26 TTDSG vorgesehenen Diensten zur Verwaltung von Einwilligungen (sog. Personal Information Management Systems, PIMS), die voraussichtlich daneben auch noch im kommenden Data Governance Act (DGA) geregelt werden und als wirtschaftlich nicht an der Erteilung der Einwilligung und an den verwalteten Daten interessierte Datentreuhänder fungieren sollen.⁴⁷ Aber auch derart erteilte Vorab Einwilligungen sind nicht vor möglichen Beeinflussungen durch bestimmte Gestaltungsentscheidungen gefeit.⁴⁸ Regelungen zur Einwilligung über Voreinstellungen des Browsers wurden hingegen aus dem Entwurf des TTDSG wieder gestrichen.⁴⁹

Forderungen nach spezifischer Regulierung betreffen etwa einheitliche Vorgaben für zumindest die erste Ebene von Cookie-Meldungen⁵⁰ oder die Beschriftung der Schaltflächen.⁵¹ Auch der geplante Digital Services Act (DSA) untersagt in seiner jüngst vom Europäischen Parlament in erster Lesung geänderten Fassung in Art. 13a mehrere spezifische Arten von Manipulative Design, u. a. durch Vorgaben zur optischen Äquivalenz von Einwilligungsalternativen oder zum wiederholten Einholen von Einwilligungen (sog. Nagging).⁵² Daneben gibt es ganzheitlichere Ansätze, etwa durch ausdrückliche Unwirksamkeit von durch Manipulative Designs erlangten Einwilligungen das Phänomen als solches in den Blick zu nehmen⁵³ oder eine Konkretisierung und damit Stärkung des Privacy-by-Design-Ansatzes des Art. 25 Abs. 1 DSGVO, der im Rahmen der künftigen, aber weiterhin äußerst umkämpften⁵⁴ ePrivacy-Verordnung möglich ist.⁵⁵

45 Vgl. Kulyk/Gerber/Volkamer/Hilt, DuD 2019, 81 (84 f.).

46 Vgl. etwa die Untersuchung von Luguri/Strahilevitz, J. Leg. Anal. 2021, 43 (64 ff.).

47 Eingehend Schwartmann/Hanloser/Weiß, PIMS im TTDSG, Kurzgutachten, 2 ff.

48 Sesing, MMR 2021, 544 (548).

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

50 Sesing, MMR 2021, 544 (546 f.).

51 Stellungnahme des Bundesrates, Drs. 19/28396, S. 2.

52 Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_EN.html.

53 Sec. 14 lit. h i.V.m. lit. l California Privacy Rights Act of 2020 (CPRA).

54 Zum gegenwärtigen Stand mit Fokus auf Gestaltungsfragen Schumacher/Sydow/von Schönfeld, MMR 2021, 603 (608 f.).

55 Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47 (57 f.).

42 Degeling/Utz/Lentzsch/Hosseini/Schaub/Holz, Proceedings of the NDSS 2019, <https://doi.org/10.14722/ndss.2019.23378>.

43 Die Einstellung Cookies löschen im Browser bedeutet, dass man ihn regelmäßig schließen muss, damit diese Anweisung durchgeführt wird. Dies hat auch Auswirkungen auf die Cookies, die zum Anmelden auf Websites gesetzt wurden.

44 Vgl. etwa die umfangreichen FAQ zu Cookies und Tracking des LfDI BW, <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-zu-cookies-und-tracking-2/>.

Repository KITopen

Dies ist ein Postprint/begutachtetes Manuskript.

Empfohlene Zitierung:

Lehr, F.; Dietmann, H.; Krisam, C.; Volkamer, M.
[Manipulative Designs von Cookies – Manipulative Designs von Cookies Tricks, um die Einwilligung von Website-Besucherinnen und -Besuchern zum Sammeln und Auswerten von Nutzerdaten über Cookies zu erhalten](#)
2022. Datenschutz und Datensicherheit - DuD, 46 (5), 296–300.
[doi:10.5445/IR/1000146420](#)

Zitierung der Originalveröffentlichung:

Lehr, F.; Dietmann, H.; Krisam, C.; Volkamer, M.
[Manipulative Designs von Cookies – Manipulative Designs von Cookies Tricks, um die Einwilligung von Website-Besucherinnen und -Besuchern zum Sammeln und Auswerten von Nutzerdaten über Cookies zu erhalten](#)
2022. Datenschutz und Datensicherheit - DuD, 46 (5), 296–300.
[doi:10.1007/s11623-022-1606-7](#)

Lizenzinformationen: [KITopen-Lizenz](#)