

Alle reden von Cookies – wir reden von User Experience (UX) – ein interdisziplinäres Gespräch

ZD-Interview mit Carolin Loy, Lisa Rost und Barbara Schmitz

■ Keine bzw. kaum eine Webseite kommt ohne Cookies aus. Dass damit kein süßes Gebäck gemeint ist, weiß inzwischen jede und jeder. Die anfänglich noch schmunzelnd zur Kenntnis genommenen Vergleiche mit Krümelmonster und Keksen sind einer Genervtheit gewichen. Erkenntnisse über das Ausmaß der Nachverfolgbarkeit durch das Setzen von Cookies im WWW und die Folgen für die Privatsphäre der Nutzerinnen und Nutzer machten daten- und verbraucherrechtliche Regularien erforderlich. Das Ergebnis ist bekannt: Die sog. Cookie-Banner sind Textungetüme geworden, die am eigentlichen Schutzzweck vorbeigehen. Da alle Beteiligten, die Nutzer, die Webseitenbetreiber und die Aufsichtsbehörden, sich dabei auf die Durchsetzung der eigenen Interessen fokussieren und sich gegenseitig vorwurfsvoll beäugen, bedarf es neuer Denkanstöße. Wie könnte man zB die digitale Selbstbestimmung technisch und organisatorisch so designen, dass die Grundrechte der Nutzer und das Ökonomiebedürfnis der Webseitenbetreiber gleichermaßen befriedigt werden? Ein wichtiger Aspekt dabei ist die sog. User Experience (UX), also Art und Weise, wie der Nutzer mit einer Webseite interagieren kann und soll. Cookie-Banner sind dafür ein Beispiel par excellence. UX bildet dabei die Schnittstelle zwischen Technik, Mensch und Unternehmen. Mit dem nachfolgenden Interview wollen wir diese Schnittstellen näher betrachten und die Anwendungsmöglichkeiten in der Spanne von einem „Geht-nicht-Zustand“ zu einem „So-wäre-es-auch-möglich-Zustand“ diskutieren.

■ No or hardly any website can manage without cookies. By now, everyone knows that this does not mean sweet pastries. The comparisons with cookie monster and cookies, which were initially met with smiles, have given way to annoyance. Findings about the extent of traceability using cookies on the WWW and the consequences for the privacy of users made data and consumer protection regulations necessary. The result is well known: The so-called cookie banners have become monstrosities that miss their protective purpose. Since all parties involved, the users, the website operators, and the supervisory authorities, focus on the enforcement of their own interests and eye each other reproachfully, new thought-provoking impulses are needed. For example, how can digital self-determination be designed technically and organizationally in such a way that the fundamental rights of users and the economic needs of website operators are satisfied in equal measure? An important aspect of this is the so-called user experience (UX), i.e. the way in which the user can and should interact with a website. Cookie banners are an excellent example. UX forms the interface between technology, people, and companies. In the following interview, we want to take a closer look at these interfaces and discuss the possible applications in the range from a “can’t-do” state to a “so-would-it-be-possible” state.

Lesedauer: 20 Minuten

ZD: Frau Carolin Loy, Frau Lisa Rost, Frau Barbara Schmitz, unser wirtschaftliches und gesellschaftliches Zusammenleben wird zunehmend von Daten und Informationen bestimmt und geprägt. Der vorhandene analoge rechtliche Rahmen bietet hierfür möglicherweise nicht mehr die ausreichenden Leitplanken. Sie beschäftigen sich alle drei in Ihren Berufen mit dem Thema Datenschutz, insbesondere mit dem Schwerpunkt auf Internetdienstleistungen, haben aber jeweils verschiedene Blickrichtungen darauf. Können Sie uns jeweils kurz darstellen, welchen Schwerpunkt Sie bei diesem Thema setzen?

Loy: Als Mitarbeiterin in einer Aufsichtsbehörde stehe ich weder explizit auf Seiten der Nutzerinnen und Nutzer noch auf Seiten der Verantwortlichen bzw. der Wirtschaft, sondern auf Seiten des Rechts. Der Schwerpunkt liegt daher für mich hauptsächlich auf der Frage, ob ein Sachverhalt, zB der Einsatz von Cookies auf einer Webseite, mit dem Datenschutzrecht vereinbar ist, oder ob es hier aufsichtlicher Maßnahmen bedarf.

Rost: Im User Experience (UX) Design ist der Datenschutz für uns nie ein alleinstehendes Thema, sondern stets eines von vielen Bedürfnissen der Nutzenden, welche wir miteinander abwägen, um das bestmögliche Nutzungserlebnis zu bieten – auch über die eigentliche Nutzung eines Produkts oder Services hinaus. Datenschutz ist dabei insofern ein interessantes Thema, als er weitreichende und langfristige Auswirkungen haben kann, weit

¹ Markets and Markets (2020): Global Data Monetization Market, abrufbar unter: <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/data-monetization-market-127405959.html>.

über den eigentlichen Moment der Tracking-Maßnahme hinaus, und dass es eine besondere Herausforderung darstellt, Nutzende in die Lage zu versetzen, die kurz- und langfristigen Auswirkungen ihrer Entscheidung zu begreifen, bevor sie getroffen wird.

Schmitz: In den vergangenen Jahren ist der Datenschutz im Unternehmen vom Bedenkenträger zum Enabler für die Digitalisierung geworden. Als Unternehmensjuristin habe ich naturgemäß neben den rein (datenschutz-)rechtlichen Fragestellungen auch die Wirtschaftlichkeit von Daten und Informationen im Fokus. Und natürlich können und wollen wir nicht leugnen, dass die Monetarisierung von Daten dabei eine große Rolle spielt.

ZD: Frau Schmitz, Frau Loy, Stichwort Monetarisierung von Daten: Wo sehen Sie hier die Herausforderungen aus rechtlicher und aufsichtsbehördlicher Sicht?

Schmitz: Im Zusammenhang mit der Diskussion um die Monetarisierung von Daten wird gerne die Metapher „Daten sind das neue Öl“ bemüht. Dazu vielleicht ein paar Zahlen: Ein Report von Markets and Markets aus dem Jahr 2021 zeigt auf, dass weltweit der Markt für Datenmonetarisierung voraussichtlich von 2,9 Mrd. USD im Jahr 2022 auf 7,3 Mrd. USD im Jahr 2027 ansteigen wird. Die jährliche Wachstumsrate für diesen Prognosezeitraum wird mit 19,5% beziffert.¹ Dieses wirtschaftliche Potenzial wollen die Unternehmen natürlich heben. Aber klar ist auch, dass neue Arten der Wertschöpfung neue Werkzeuge brauchen. Dabei stellt sich die Frage, ob der – bereits erwähnte – analoge Rechtsrahmen dafür ausreicht. Wie sind Besitz- und Eigentumsrechte an Daten rechtlich einzuordnen? Können diese Gegenstand zivilrechtlicher Verträge sein? Die praktische Bedeutung und die faktische Nutzung von Daten stehen bei dieser Diskussion nicht immer im Einklang mit den rechtlichen und auch aufsichtsbehördlichen Vorgaben.

Mit dem am 1.1.2022 in Kraft getretenen Digitale-Inhalte-Gesetz wird eine Rechtsgrundlage für das Monetarisieren von Daten geschaffen. Digitale Inhalte und Produkte konnten auch schon vorher Gegenstand von Verbraucherverträgen sein. Konkretisiert bzw. klargestellt² wurde mit dem Digitale-Inhalte-Gesetz, dass diese digitalen Produkte nun auch statt gegen „Zahlung eines Preises“ gegen „Bereitstellung personenbezogener Daten“ erworben werden können. Damit werden Daten mit Persönlichkeitsrelevanz zum Wirtschaftsgut. Auch die Frage, ob personenbezogene Daten als Gegenleistung angesehen werden können, lässt sich mit dem digitalen Vertragsrecht beantworten. Gem. § 453 Abs. 1 S. 3 BGB wird die Gegenleistungspflicht aus § 433 Abs. 2 BGB durch § 327 Abs. 3 BGB ersetzt. Mit anderen Worten: Aus der Verpflichtung, „dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen“ (§ 433 Abs. 2 BGB), wird die Verpflichtung, dem Käufer die vereinbarten Daten bereitzustellen (§§ 453 Abs. 1 S. 3 BGB iVm § 327 Abs. 3 BGB). Aber eigentlich bildet das jetzt nur die bereits bestehende Lebenswirklichkeit ab.

Wir haben auch in der Vergangenheit in der Online-Welt schon mit unseren Daten bezahlt. Die vermeintliche Gratiskultur im Netz ist ein Trugschluss. Das Bereitstellen von Daten für vermeintlich kostenlose Leistungen ist ein Paradoxon.

Loy: Aus aufsichtsbehördlicher Sicht besteht hier mancher Klarstellungsbedarf, übrigens schon insoweit, als wir hier von einer „analogen Rechtsordnung sprechen“. Beim Rechtsrahmen für Cookies haben wir es nicht mit dem BGB des 19. Jahrhunderts, sondern mit der europäischen ePrivacy-RL aus 2002 zu tun, die zumindest aus demselben Jahrtausend stammt wie die DS-GVO. Ich halte es auch mit Blick auf das hier wurzelnde Einwilligungserfordernis nicht für angemessen, ein wenig abwertend von einer „analogen“ Regulierung zu sprechen: Wer anderes als der

Nutzer sollte denn „elektronische Privatsphäre“ bestimmen? Insofern sind aus aufsichtlicher Sicht die von Frau Schmitz angesprochenen Regelungen zunächst einmal auch keine Rechtsgrundlage für das Monetarisieren von Daten im datenschutzrechtlichen Sinne, das wird allzu deutlich, wenn man die europäischen Richtlinien heranzieht, auf denen diese Regelungen für Verbraucherverträge aufbauen. Hier werden Rechte und Pflichten für Verbraucherinnen und Verbraucher statuiert. Und iSd Verbraucherinnen und Verbraucher wird in der Literatur auch ein sehr weites Verständnis davon nahegelegt, ob ein solcher Verbrauchervertrag vorliegt.

Doch unabhängig von der Frage, ob bei der Interaktion mit einem Consent-Banner ein Webseitennutzungsvertrag zwischen Nutzern und Webseitenbetreiber zu Stande kommt, ist nach der datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage zu fragen. Folgerichtig wird auch in den Ausführungen in der Gesetzesbegründung der BGB-Novelle klargestellt, dass das Datenschutzrecht unberührt bleibt, sodass für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten eine Rechtsgrundlage nach Art. 6 DS-GVO vorliegen muss.

Für die Weiterverarbeitung der aus Cookies gewonnenen Daten kommen hier vor allem die Einwilligung, der Vertrag und das berechnete Interesse in Betracht. Hier gilt es nun sauber zu prüfen; ein pauschaler Verweis, dass ein Verbrauchervertrag vorliegt und daher die Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO gestützt werden kann, ist nicht ausreichend. Diese Rechtsgrundlage kann nur herangezogen werden, wenn dies objektiv zwingend erforderlich und unverzichtbar für die Vertragserfüllung ist.

Der EDSA hat in seinen Leitlinien³ hierzu bereits ausgeführt, dass die indirekte Werbefinanzierung grundsätzlich nicht als zur Vertragserfüllung erforderlich anzusehen ist. Die Aufsichtsbehörden werden daher zukünftig konkrete Vertragsgestaltungen prüfen müssen, um festzustellen, ob die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO einschlägig ist.

Im Hinblick auf die Rechtsgrundlage der Einwilligung müssen natürlich auch in einer solchen Gestaltung „Einwilligung“ oder „Bezahlen“ die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einwilligung iSd Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO geprüft werden, der Fokus liegt hier vor allem auf dem Erfordernis der Granularität und der Beachtung des Kopplungsverbots aus Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Die Rechtsgrundlage Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO wird im Bereich von Tracking-Diensten nur selten zu einer Interessensabwägung zu Gunsten des Verantwortlichen führen, sodass diese vermutlich im Regelfall nicht einschlägig sein wird.

ZD: Frau Rost, rechtliche Rahmenbedingungen sind sicher wichtig und notwendig, in den meisten Fällen hapert es aber an der Verständlichkeit für die Nutzer. Die juristischen Erklärungen und die Marketingtexte – die wir alle bei jedem Webseitenaufruf vor Augen haben – werden oft schon auf Grund der Länge nicht gelesen, geschweige denn verstanden. In der digitalen Welt müssen (Vertrags-)Dokumente anders ausgestaltet werden als in der analogen Welt. Allein schon deswegen, weil drei, vier Din-A4-Seiten Dokumentation oder Erklärung auf einem Smartphone oder Tablett nur mit viel „Scroll“-Leistung lesbar gemacht werden können. Professor Clifford Nass,

² In der Begründung zum nationalen Gesetzentwurf wird darauf hingewiesen, dass auf Grund des Tatbestandsmerkmals „entgeltliche Leistung“ in § 312 Abs. 1 BGB aF die bisherigen Verbraucherschutzvorschriften der §§ 312 ff. BGB bereits für Verträge galten, bei denen der Verbraucher mit (personenbezogenen) Daten bezahlt, BT-Drs. 19/27653, 34.

³ EDSA, Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Online-Diensten für betroffene Personen, Rn. 53.

ehemals Professor an der Stanford University für die interaktive Kommunikation zwischen Menschen und Maschinen, hat in seinem Buch „The Man Who Lied to His Laptop“ bereits 2012 darauf hingewiesen, dass Menschen auch von digitalen Benutzeroberflächen ein angemessenes soziales Verhalten erwarten – also eine sog. User Experience (UX). Kann UX die Brücke schlagen zwischen rechtlichen Anforderungen und positiver Nutzererfahrung? Kann UX Bannertexte verständlich machen, damit sie auch ihren Zweck – Informationen zu geben – erfüllen?

Rost: Ja, aber nur bis zu einem bestimmten Grad. Wir als User-Experience-Designerinnen und -Designer sind nur eine Disziplin in der Service- und Produktentwicklung und arbeiten nicht im luftleeren Raum. Unsere Konzeptarbeit unterliegt zwar dem sog. menschenzentrierten Gestaltungsprozess und stellt somit den Menschen und seine Bedürfnisse in den Mittelpunkt – die letztendliche Lösung wird aber nicht ausschließlich durch User-Experience-Design geformt.

Auch rechtliche, organisatorische, marktspezifische oder technologische Anforderungen beeinflussen die Entwicklung und damit die User Experience eines Services oder Produkts. Dabei ist es oft auch die Aufgabe von Designerinnen und Designern, gemeinsam mit dem Produktmanagement zwischen den teils konträren Anforderungen zu vermitteln und die beste Gesamtlösung innerhalb eines nicht immer idealen Lösungsraums zu finden. Der Gesetzgeber kann hierbei sowohl Helfer als auch Hürde sein.

ZD: Frau Loy, Internetdienstleistungen sind ja nicht lokal zu begrenzen. Das Marktortprinzip in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO versucht die europäischen Regelungen weltweit gelten zu lassen. Art. 50 DS-GVO verlangt von den Aufsichtsbehörden eine internationale Zusammenarbeit. Die unterschiedlichen Branchen im Internet verlangen möglicherweise unterschiedliche Bewertungen. So fällt zB den Medien- und Pressehäusern ein nicht zu unterschätzender Beitrag an der digitalen Teilhabe und Bildung zu. Kann und sollte es gesetzgeberische Ausnahmen für bestimmte Branchen oder auch bestimmte Länder geben? Welche Aufgabe fällt hier den Aufsichtsbehörden auf nationaler und europäischer Ebene zu?

Loy: Die wichtigste Aufgabe in diesem Bereich ist es meines Erachtens, die Zusammenarbeit der deutschen und auch der europäischen Aufsichtsbehörden weiter zu stärken und zu verbessern. Innerhalb der EU stehen die Aufsichtsbehörden vor den gleichen Herausforderungen im Hinblick auf die Umsetzung der DS-GVO und auch speziell der ePrivacy-RL, sodass es nicht nur für die Verantwortlichen und Betroffenen gewinnbringend ist, wenn hier gemeinsame Standpunkte erarbeitet werden und eine einheitliche Bewertung vorgenommen wird.

Durch die im Zuge der Pandemie vermehrt genutzte Möglichkeit von Videokonferenzen anstatt Präsenztreffen hat die Zusammenarbeit deutlich zugenommen. Jedoch gibt es auch weiterhin angesichts der Breite und Dynamik der technischen und rechtlichen Fragestellungen immer wieder Bereiche, in denen noch an gemeinsamen Positionen gearbeitet werden muss. Im ePrivacy-Recht liegt dies natürlich auch an den unterschiedlichen nationalen Umsetzungen der Richtlinie, hier würde die ePrivacy-VO sicherlich zu einer rascheren Harmonisierung führen. Dass hier gesetzgeberischer Handlungsbedarf leider schon allzu lange ignoriert wird, hat auch unsere Arbeit an

der Orientierungshilfe für Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien 2021 für das TTDSG bestätigt, ebenso natürlich § 25 TTDSG.

Hierbei wird den Aufsichtsbehörden oft zu Unrecht eine praxisferne oder auch europarechtswidrige Auslegung unterstellt. Doch die Auslegung hat anhand der ePrivacy-RL zu erfolgen, etwaige Überlegungen in den Entwürfen zur ePrivacy-VO können hier aus systematischen Gründen offenkundig noch keinerlei Berücksichtigung finden – alles andere wäre der Versuch, den Aufsichtsbehörden die Aufgaben des europäischen Gesetzgebers zuzuschieben, das kann und darf nicht funktionieren. Ausnahmen für bestimmte Branchen oder bestimmte Zwecke halte ich offen gesagt für einen dogmatisch und rechtspolitisch naiven Ansatz: Schon in den Beratungen zur DS-GVO wurde über Bereichsausnahmen oder Schwellenwerte diskutiert, um bestimmte Branchen datenschutzrechtlich zu privilegieren.

Solche Konzepte sind aber mit dem alle verbindenden Grundansatz des europäischen Datenschutzrechts nicht vereinbar, da es hier um gemeinsamen europäischen Grundrechtsschutz, nicht um eine wettbewerbsrechtliche Logik geht. Vor diesem Hintergrund kann dies das TTDSG erst recht nicht leisten, da ansonsten sein Umsetzungsauftrag unionsrechtswidrig verfehlt würde. Übrigens frage ich mich immer wieder, inwieweit die Problematik der Medien- und Pressehäuser nicht nur ein deutsches Problem ist, nachdem die bisher fehlende Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL und der langwierige Klärungsprozess bis zum TTDSG manche Irrwege ermöglicht haben, die jetzt erst allmählich korrigiert werden müssen.

ZD: Frau Schmitz, die DS-GVO verlangt für die Verarbeitung personenbezogener Daten eine Rechtsgrundlage. Im Cookie-Banner-Kontext bedeutet das, insbesondere nach dem „Planet49“-Urteil des BGH⁴, dass für das Setzen von Cookies „zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung oder Marktforschung“ eine wirksame Einwilligung vom Nutzer einzuholen ist. Warum haben Unternehmen ein Problem damit?

Schmitz: Zunächst: Unternehmen haben kein Problem damit, sich datenschutzkonform zu verhalten. Und das schon aus einem ganz eigennützigen Motiv: Datenschutz ist ein Qualitäts- und Wettbewerbsfaktor. Studien zeigen, dass Nutzende und Verbrauchende inzwischen eine Sensibilität für den Datenschutz entwickelt haben, die sich unmittelbar auf ihre Konsumententscheidungen auswirkt.

Eine gute Datenschutzpraxis ist ein Umsatztreiber und somit Teil des Unternehmenserfolgs. Ein ebenso wichtiger Umsatztreiber ist das Marketing. Was die Unternehmen derzeit wahrnehmen, ist, dass diese beiden Bereiche – Datenschutz und Marketing – nicht vereinbar sind. Wirksame Marketingmaßnahmen sind darauf ausgerichtet, das Produkt in der Weise anzubieten, dass die Käufer es unbedingt haben wollen oder meinen es haben zu müssen. Das Ziel ist es, die Ware zu verkaufen und dass dabei manipulative Techniken Anwendung finden, ist so alt wie der Hamburger Fischmarkt oder der Bazar in Istanbul. Die Ökonomie im Internet war und ist teilweise noch eine andere, nämlich die der vermeintlichen Gratiskultur. Die Möglichkeit, im Netz frei zugänglich digitale Produkte und Inhalte zu bekommen, wird gleichgesetzt mit kostenlos.

Aber wie wir wissen: Auch kostenlos kostet. Bezahlt wird nicht mit Geld, sondern mit Daten. Die im Internet anfallenden Daten der Nutzer dienen den Unternehmen zur (Re-)Finanzierung ihrer Webangebote. Das geschieht zB durch den Verkauf von Werbeflächen, die je personalisierter umso wertvoller sind. Die Personalisierung wird durch das Setzen von Cookies erreicht.

⁴ BGH MMR 2020, 609 mAnm Gierschmann.

⁵ Weiterführend: Edward Bernays, Propaganda. Die Kunst der Public Relations, 2. Aufl. 2009.

Und hier kommen wir an den neuralgischen Punkt. Welche Voraussetzungen müssen erfüllt werden, um Cookies für Werbezwecke setzen zu können? Welche Anforderungen sind an die Darstellung von Informationen und die Transparenz der möglichen Nutzeraktionen zu stellen? Die Spanne der Ansichten dazu ist weitgefächert.

Während die Webseitenbetreiber die Regel bevorzugen: Die beste PR ist jene, die nicht als solche erkannt wird,⁵ setzen die Aufsichtsbehörden auf größtmögliche Transparenz gegenüber dem Verbraucher. Oder anders gesagt, die Unternehmer legen bei dem Begriff „informationelle Selbstbestimmung“ den Schwerpunkt auf die „Selbstbestimmung“ des Verbrauchers, die Aufsichtsbehörden auf die Informationspflicht des Unternehmens.

Um damit auf den Ausgangspunkt der Frage zurückzukommen: Die Unternehmen tun sich nicht schwer damit, eine Einwilligung oder Zustimmung zur Datenverarbeitung zu Werbezwecken einzuholen, sie geben auch gerne die notwendigen Informationen zum Treffen einer bewussten Entscheidung, möchten jedoch auch die Möglichkeiten der Psychologie des Marketings nutzen können.

ZD: Frau Rost, damit sind wir beim Thema Manipulation. Was ist Manipulation genau? Im einfachen Sprachgebrauch ist der Begriff negativ vorbelastet. In der Regel wird damit eine Kommunikationsmaßnahme verbunden, bei der der Empfänger nicht durchschaut, dass sein Verhalten gesteuert wird und der Sender sich einen Vorteil verschafft. Doch ist das immer negativ? Kann zielgerichtete oder gezielte Beeinflussung nicht auch allen Beteiligten von Nutzen sein? Kann zB personalisierte Werbung ein Mehrwert für die Nutzer sein?

Rost: Zunächst hilft es, sich bewusst zu machen, dass jede Art von Kommunikation immer auch eine Beeinflussung (Manipulation) erzeugt („Man kann nicht nicht kommunizieren“ – Paul Watzlawick). Beeinflussung ist dabei per se erstmal nichts Negatives. Wenn wir einen Service oder ein Produkt gestalten, formen wir den Raum, in dem sich Nutzende bewegen und formen dabei auch deren Bewegung innerhalb des Raums.

Eine Zwickmühle, in der wir uns aktuell befinden, ist, dass sich durch den jahrelang wenig regulierten digitalen Raum viele datenbasierte Geschäftsmodelle entwickelt haben, die Leistungen kostenlos im Austausch gegen Nutzungsdaten anbieten („Wenn es nichts kostet, bist du das Produkt“), ohne dass dies transparent kommuniziert wurde. Das hat die Erwartungshaltung der Nutzenden stark geprägt. Jetzt, da die tatsächlichen Erlösmodelle transparenter werden, können (und müssen) Nutzende sich oftmals entscheiden, ob sie – wie bisher – mit ihren Daten bezahlen oder lieber einen anderen Zahlungsweg nutzen wollen. Doch um eine fundierte Entscheidung zu treffen, müssen sie Auswirkungen erst einmal verstehen, und da viele Internettätigkeiten sich im „Low-Involvement-Bereich“ befinden, übersteigt der Aufwand, sich mit der komplexen Materie auseinanderzusetzen, oft den Nutzen, den Besuchende des Dienstes sich davon versprechen. Die Folge ist, dass sie ihr Recht der informationellen Selbstbestimmung nicht nutzen, da es ihre situativen geistigen Kapazitäten übersteigt. Eine Herausforderung ist es daher, das Kosten-Nutzen-Verhältnis geradzurücken, indem der Aufwand, eine gute Entscheidung zu treffen, drastisch reduziert wird. User Experience kann dabei helfen, aber auch Technologie und gesetzliche Regulation können dazu beitragen.

Aus dem gekippten Kosten-Nutzen-Verhältnis und der das Problem noch verschärfenden zunehmenden „Privacy Fatigue“ (der aus der langfristigen Überforderung der Nutzenden resultierten

erlernten Hilflosigkeit in Bezug auf Privatsphäre) entsteht aber auch ein Raum für gezielten Missbrauch, den wir meist in Form von „Dark Patterns“ erleben. Der Begriff beschreibt einen Mechanismus, bei dem aus der Psychologie bekannte Verhaltens- oder Wahrnehmungstendenzen des Menschen („Biases“) ausgenutzt werden, um Nutzende entgegen ihrem eigentlichen Wunsch zu einer für den Service wirtschaftlich günstigen Entscheidung zu bewegen. Das Gegenteil davon nennen wir „Light Pattern“, ein besonders nutzungsfreundliches Pattern, das im Idealfall sogar noch einen Nutzen über die einzelne Person hinaus hat, zB besonders nachhaltig oder ethisch ist. Dazwischen gibt es eine Vielzahl von Graustufen.

Ob ein Pattern „Dark“ oder „Light“ ist, erkennen wir nicht daran, ob es eine hohe Privatsphäre bietet. Wir erkennen es daran, ob es Nutzenden eine hohe Selbstbestimmung bietet. Das hängt von Transparenz ab, aber auch von Hilfestellung – denn wir gestalten für echte Menschen, nicht für ideale Menschen mit unbegrenzten informationellen, zeitlichen und nervlichen Ressourcen.

ZD: Frau Loy, die Diskussion um die Darstellung von Informationen auf den Cookie-Bannern zeigt auch, dass weder in Europa noch in Deutschland einheitliche Vorstellungen von der Umsetzung der rechtlichen Voraussetzungen bestehen. Insbesondere über die Frage, welche Informationen auf welcher Ebene dem Nutzer anzuzeigen sind und welche Entscheidungsmöglichkeiten ihm an welcher Stelle geboten werden müssen, besteht europaweit Uneinigkeit.⁷ Welche Aufgabe fällt hier den Aufsichtsbehörden auf nationaler und europäischer Ebene zu?

Loy: Wie bereits dargestellt, ist die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden auf nationaler und auf europäischer Ebene gerade in den letzten zwei Jahren deutlich intensiver und „selbstverständlicher“ geworden, als viele das gerne vermitteln, auch um Verunsicherung aufrechtzuerhalten, die immer auch als Spielraum betrachtet werden kann. Ein sehr gutes Beispiel hierfür ist die sog. Cookie-Banner-Taskforce, an welcher sich auch das BayLDA beteiligt. Hier liegt der Schwerpunkt nicht auf abstrakten Leitlinien, sondern auf der gemeinsamen Bewertung konkreter Gestaltungsfragen, also dem „Wie“ der Einwilligung. Hier soll eine möglichst einheitliche Meinung darüber gebildet werden, wie ein Cookie-Banner aussehen sollte. Natürlich gibt es hier bei manchen Punkten noch unterschiedliche Auffassungen, jedoch ist auch deutlich geworden, dass die europäischen Aufsichtsbehörden sich in vielen Punkten einig sind.

Auch bei der Erstellung der Orientierungshilfe für Anbieterinnen und Anbieter von Telemedien 2021 haben wir Gestaltungsfragen mit aufgegriffen, zB die Forderung, dass in bestimmten Fällen eine Möglichkeit vorgehalten werden muss, das Banner ohne Erteilung einer Einwilligung zu schließen. Hierfür haben wir auch Veröffentlichungen anderer europäischer Aufsichtsbehörden mit herangezogen und uns diesbezüglich ausgetauscht, um hier keinen deutschen Sonderweg einzuschlagen.

Die Aufsichtsbehörden werden daher weiter verstärkt zusammenarbeiten und die Ergebnisse dieser Zusammenarbeit auch zirkulieren, zB in Form von Leitlinien, sodass Rechtssicherheit für die Anwender erzeugt werden kann.

⁵ Weiterführend: Edward Bernays, Propaganda. Die Kunst der Public Relations, 2. Aufl. 2009.

⁶ Hierzu iubenda.com, Vergleichende Übersicht: Cookie-Anforderungen in europäischen Ländern, abrufbar unter: <https://www.iubenda.com/de/help/33738-dsgvo-cookie-einwilligung-cheatsheet>.

⁷ EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 v. 4.5.2020, Rn. 42 ff.

ZD: Neben der Möglichkeit, eine Einwilligung für das Setzen von Cookies zu Werbezwecken einzuholen, werden neuerdings auch andere Ansätze diskutiert. Die Digitale-Inhalte-Richtlinie und damit verbunden die erfolgte Ergänzung der zivilrechtlichen Verbraucherschutz-Gesetze im BGB eröffnen neue Möglichkeiten der Bereitstellung und Verwendung von personenbezogenen Daten. Vermehrt sieht man beim Aufruf einer Webseite nun sog. Pur-Modelle oder Vertragslösungen. Bei diesen Lösungsansätzen trifft Privatautonomie auf Datenschutz und umgekehrt. Was halten Sie davon?

Loy: Das Kernproblem ist hier die Frage nach der Freiwilligkeit. Die Bezahlvariante stellt im Regelfall eine Alternative dar, sodass dies dem Merkmal der Freiwilligkeit per se nicht entgegensteht, jedoch mangelt es meist an der Granularität. Entsprechend den Leitlinien des EDSA zur Einwilligung⁷ muss eine Person frei wählen können, in welche spezifischen Zwecke sie einwilligt, statt in ein Bündel an Verarbeitungszwecken einwilligen zu müssen. In der Praxis soll im Rahmen dieses Geschäftsmodells meist eine Einwilligung für eine Vielzahl von Zwecken eingeholt werden, ohne dass diese einzeln abwählbar sind, dies steht einer rechtswirksamen Einwilligung entgegen.

Hier sind wir auch wieder bei dem oben aufgeworfenen Punkt, wie viel Information erforderlich ist, dies gilt natürlich nicht nur für die Einwilligung, sondern auch bei einer Vertragslösung. Wissen Nutzerinnen und Nutzer, was Gegenstand des Vertrags ist? Wissen sie, welche Daten verarbeitet werden und wofür? Damit meine ich nicht nur floskelartige Umschreibungen. Gerade bei einer Vertragslösung muss dies sehr genau dargelegt werden, und es ist fraglich, ob dies den Verantwortlichen gerade im Hinblick auf Real-Time-Bidding und den Anschluss an große Werbenetzwerke überhaupt möglich ist.

Wenn wir genauer hinsehen, verbirgt sich in diesen Modellen, solange sie glauben, personenbezogene Daten verarbeiten zu müssen, ein ganz fundamentaler Grundkonflikt mit den Prinzipien der Transparenz, Zweckbindung und Verantwortlichkeit. Hier wundere ich mich gelegentlich, dass das, was datenschutzrechtlich rote Linien erreicht, auf der Ebene des Zivil- und Verbraucherschutzes mit seinen doch sehr verwandten Grundprinzipien – bitte denken Sie an die Grundprinzipien der AGB-Kontrolle – unbedenklich möglich sein soll.

Schmitz: Aus Sicht der Unternehmen sind bei diesen Lösungsansätzen beide Seiten der Medaille zu betrachten. Auf der einen Seite die erweiterte Möglichkeit, über eine vertragliche Ausgestaltung die Bereitstellung personenbezogener Daten mit den Nutzern zu vereinbaren, auf der anderen Seite die dadurch zu beachtenden Verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312–312h BGB. Die Anforderungen an die formale und technische Umsetzung dieser Lösungen sind herausfordernd, aber machbar.

Durch das neue digitale Vertragsrecht entsteht ein bemerkenswertes und wahrscheinlich auch spannungsreiches neues Verhältnis zwischen Datenschutz- und Schuldrecht. Wenn Unternehmer (Webseitenbetreiber) und Verbraucher (Webseitennutzer) zukünftig einen Vertrag mit dem Inhalt „Leistung gegen Daten“ nach den Anforderungen an Verbraucherverträge schlie-

ßen, wäre das Einverständnis zur Datenverarbeitung – auch für Werbe- und Tracking-Maßnahmen – Teil des Vertrags und damit „als unbedingt erforderlich“ anzusehen.⁸ Aus § 327q Abs. 1 BGB nF ergibt sich, dass „[d]ie Ausübung von datenschutzrechtlichen Betroffenenrechten und die Abgabe datenschutzrechtlicher Erklärungen des Verbrauchers nach Vertragsschluss die Wirksamkeit des Vertrags unberührt [lassen].“ Das bedeutet, dass die datenschutzrechtliche Einwilligung nicht die (Rechts-) Grundlage für die Bereitstellung des digitalen Produkts ist, sondern die §§ 327 ff. BGB. Eine Gefahr für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung besteht durch die neuen Vertragsvorschriften nicht, denn die datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte werden im digitalen Vertragsrecht über § 327q Abs. 1 BGB gewährleistet.

Ziel muss es sein, die datenschutzrechtlichen Betroffenenbelange und den wirtschaftlichen Datenverkehr ohne Machtgefälle zu vereinbaren. Art. 1 Abs. 3 DS-GVO und Erwägungsgrund 4 DS-GVO liefern hier einen tragfähigen Ordnungsrahmen, wonach der Datenschutz „im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion“ einzuordnen ist und den freien Datenverkehr weder einschränken noch verbieten soll. Diese Prinzipien der Verhältnismäßigkeit zwischen den beiden Grundrechten des Datenschutzes und der Privatautonomie werden durch die neuen zivilrechtlichen Vorgaben gestützt und weiter gefestigt und erhalten auch auf europäischer Ebene die notwendige Unterstützung.

Mit dem Data Governance Act⁹ will der Unionsgesetzgeber die Verfügbarkeit von Daten im Allgemeinen fördern und eine gemeinsame Datennutzung aller Beteiligten – unter Wahrung der Betroffeneninteressen – ermöglichen. Damit wird die Grundlage für ein Datenprivatrecht¹⁰ geschaffen, mit dem unter Berücksichtigung der Grundsätze des Informationsrechts personenbezogene Daten in den Wirtschaftskreislauf eingebracht werden können. Auch in der digitalen Welt müssen Dienstleistungen fair angeboten und fair vergütet werden. Die Vergütung mit Daten muss ebenso transparent und nachvollziehbar sein wie die Geldzahlung. Allen Akteuren an diesem „vertragsbasierten Güterumsatz“¹¹ sollte daran gelegen sein, in respektvoller Zusammenarbeit das vorhandene Potenzial zu nutzen. Denn die Datennutzung und -verarbeitung als wirtschaftliche Leistung wird nicht wieder eingestellt werden.

Aus Unternehmenssicht kann ich sagen: Wir freuen uns auf die neuen Möglichkeiten, die uns der Datenschutz und das Vertragsrecht bei der Interaktion mit unseren Kunden bieten.

ZD: Es bleibt also spannend, und wir werden in der ZD die hier aufgezeigten Ansätze und Entwicklungen verfolgen und aktuell berichten.

Vielen Dank für das Gespräch.

Carolin Loy, Referentin beim Bayerischen Landesamt für Datenschutzaufsicht in Ansbach, Lisa Rost, Senior UX-Designerin bei UXMA in Kiel, und Barbara Schmitz, Rechtsanwältin und Justiziarin bei der SWMH Service GmbH in München sowie Mitglied des Wissenschaftsbeirats der ZD, im Gespräch mit Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin der ZD.



⁸ So auch Klink-Straub NJW 2021, 3217 (3218).

⁹ Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über eine europäische Daten-Governance (Data-Governance-Gesetz) v. 25.11.2020, COM (2020) 767 final.

¹⁰ Hierzu umfassend Richter ZEuP 2021, 634.

¹¹ Gabler Wirtschaftslexikon (online) zur Definition „Kaufvertrag“.