

5.3.1.3 Nicht einwilligungspflichtige und einwilligungspflichtige Cookies

Ob eine Einwilligung des Website-Besuchers eingeholt werden muss, ist gem. § 165 TKG zu prüfen.

Einwilligung Eine Einwilligung für das Setzen eines Cookies ist nicht notwendig, wenn

- der alleinige Zweck die Übertragung einer Nachricht über ein Kommunikationsnetz ist oder
- das Cookie unbedingt erforderlich ist, um einen vom Website-Besucher ausdrücklich gewünschten Dienst zur Verfügung zu stellen.

Opt-out § 165 TKG sieht dabei im letzten Satz vor, dass die Einwilligung auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeholt werden kann oder durch einen Hinweis zum Opt-out, also wie das Setzen des Cookies verhindert werden kann. Dabei ist das TKG wesentlich weniger streng als die ePrivacy-Richtlinie, die die Grundlage für das TKG war.

Opt-in Die ePrivacy-Richtlinie sieht eine echte Einwilligung (Opt-in) vor. Die ePrivacy-Richtlinie soll jedoch im Zuge der EU-Datenschutzreform durch die ePrivacy-Verordnung abgelöst werden. Es besteht daher die Möglichkeit, dass hier in absehbarer Zeit noch Änderungsbedarf eintritt. Anzunehmen ist, dass ein Opt-in notwendig sein wird. Für eine abschließende Aussage zu diesem Themenbereich ist jedoch noch das Ende des europäischen Gesetzgebungsverfahrens abzuwarten.

Ist das Cookie nicht einwilligungspflichtig, ist dennoch zu überlegen, ob das Setzen des Cookies DSGVO-konform ist. Insbesondere der Zweck und die Rechtsgrundlage sind festzulegen. Regelmäßig werden als Rechtsgrundlage die überwiegend berechtigten Interessen des Website-Betreibers, d.h. des Verantwortlichen, argumentierbar sein. (Zu den Rechtsgrundlagen siehe auch Kapitel 1.5 im Theorieteil.)

Rechtsgrundlage

Sehr oft wird es sich außerdem um First-Party-Cookies handeln, die nur für die Dauer des Besuchs der Website gespeichert werden und nach Ende der Browsersitzung automatisch wieder gelöscht werden (Session-Cookies).

First-Party-Cookies

Liegen die genannten Voraussetzungen des § 165 TKG nicht vor, muss eine Einwilligung des Website-Besuchers eingeholt werden. Das Vorliegen einer rechtskonformen Einwilligung sollte nicht nach den „Erleichterungen“ des TKG geprüft werden, sondern nach den strengeren Voraussetzungen der DSGVO. Das bedeutet, dass das Cookie erst gesetzt werden darf, wenn eine Einwilligung des Website-Besuchers vorliegt. (Zu den Voraussetzungen einer gültigen Einwilligung siehe auch Kapitel 1.5 im Theorieteil.)

Einwilligung

Zusätzlich sollte noch geprüft werden, ob auch nur einzelne einwilligungspflichtige Cookies gewählt werden können, die Einwilligung dokumentiert wird, alle Cookies namentlich unter Anführung ihrer Funktion und der Löschfrist in der Datenschutzerklärung ersichtlich sind und die Website auch ohne Zustimmung zu Cookies zugänglich ist.

Informationspflicht

Cookie-Wall

Letzteres ist ein Verbot sogenannter „Cookie-Walls“. Das bedeutet, dass der Website-Besucher beim Aufruf einer Website nicht dazu gezwungen werden darf, der Verwendung von Cookies zuzustimmen, nur um die Website überhaupt besuchen zu können. Dieser Grundsatz wurde in Österreich jedoch durch eine Entscheidung der Datenschutzbehörde aufgeweicht.

Die Datenschutzbehörde prüft die Einwilligung anhand der Voraussetzungen der DSGVO (siehe dazu Kapitel 8.3.1.1 im Praxisteil). Im TKG findet sich keine Definition einer Einwilligung. Die DSB prüft daher Art 4 Z 11 bzw. Art 7 DSGVO. Bei der Prüfung der aktiven Handlung zur Einwilligung war die Datenschutzbehörde bisher weniger streng als vermutet. Der Besucher der Website kann in der zitierten Entscheidung irgendwo hinklicken und dies wird als aktive Einwilligung gewertet. Es ist nicht zwingend erforderlich, auf „OK“ zu klicken. Daran scheint sich die Datenschutzbehörde nicht zu stoßen. Zu empfehlen ist dennoch eine Implementierung, wo der Website-Besucher auf „OK“ klicken muss, damit dies als Einwilligung gewertet wird. Vor einer Entscheidung des Website-Besuchers dürfen keine Cookies gesetzt werden.

Die Datenschutzbehörde erwähnt in der oben genannten Entscheidung auch, dass Art 25 (Privacy by Design, Privacy by Default) bei Cookies eine Rolle spielen kann. Es gibt jedoch keine Angaben dazu, wie dies Berücksichtigung finden kann. Jedoch können Umfang und Ausmaß von (Werbe-)Cookies daher auch eine Rolle spielen. So könnten beispielsweise bei Cookies Einstellungen getroffen werden, welche zugelassen werden und welche nicht (vgl. Praxisteil 8.3.4.3 „Planet49“-Urteil des EuGH).

5.3.1.4 Cookie-Banner

Mittlerweile gibt es von vielen Anbietern sogenannte Cookie Management Systeme oder Cookie Consent Tools. Diese erscheinen beim Aufruf der Website und verlangen in der Regel sehr prominent eine Einwilligung. Sollte man als Nutzer nicht „alles akzeptieren“ wollen, sondern nur die notwendigen Cookies, muss man sich erst ein paar Ebenen weiter klicken, um nur notwendige Cookies zuzulassen.

Dieses Vorgehen ist nicht rechtskonform. Grundsätzlich gilt, dass die Einwilligung so einfach sein muss wie der Widerspruch. Kurz gesagt, direkt auf der ersten Seite des Cookie-Banners muss ein „akzeptieren“-Button wie auch ein „nicht akzeptieren“-Button auffindbar sein. Auch visuell sollte letzterer für einen Nutzer auffindbar sein. So genanntes „Nudging“ ist in diesem Zusammenhang unzulässig, d.h. das Setzen visueller Anreize, damit der „akzeptieren“-Button geklickt wird. Beide Buttons müssen daher gleichwertig dargestellt werden.

Zu der Frage der korrekten Darstellung liegen mittlerweile bei verschiedenen Datenschutzbehörden EU-weit über 400 Beschwerden vor, die von NOYB (Max Schrems' Verein) eingebracht wurden. Der Europäische Datenschutzausschuss hat aus diesem Grund eine eigene Taskforce eingerichtet.