

von Rechtsanwalt **Phil Salewski**

# Cookie Consent: Das Ende von cookie-basierten Affiliate- und Remarketing-/Retargeting-Diensten?

Seit einem Grundsatzurteil des EuGH vom 01.10.2019 (Az. C-673/17) unterliegt jeglicher Einsatz von Cookies, die technisch für den Betrieb einer Website nicht notwendig sind, einer generellen Einwilligungspflicht. In der Folge sind Seitenbetreiber für den Einsatz solcher Cookies gehalten, ein rechtskonformes Einwilligungsmanagement einzurichten. Die Einwilligungspflicht für Cookies dürfte sich nun aber maßgeblich auf die Operabilität und Effizienz diverser cookie-basierter Dienste insbesondere im Affiliate- und Remarketing- und Retargeting-Bereich auswirken. Der nachfolgende Beitrag der IT-Recht Kanzlei stellt die Problematik dar und geht der Frage nach, inwiefern derartige Dienste bei verpflichtendem Cookie-Consent überhaupt noch sinnvoll betrieben werden können.

## I. Die Cookie-Einwilligungspflicht nach EuGH

Nach **Ansicht des Europäischen Gerichtshofs** dürfen Cookies, die für den Betrieb einer Webseite **nicht technisch notwendig** sind, nur dann gesetzt werden, wenn der jeweilige Nutzer in deren Verwendung zuvor ausdrücklich eingewilligt hat.

Hierbei müssen Seitenbesucher **für jedes Cookie** durch eine aktive Handlung, etwa das Setzen eines Häkchens, ihre Einwilligung erteilen können.

Gleichzeitig setzt laut dem höchsten europäischen Gericht die Wirksamkeit einer Cookie-Einwilligungen voraus, dass der Seitenbesucher über die Funktionsweise jedes Cookies bei der Einwilligungserteilung umfänglich informiert.

Zu den verpflichtenden Informationen gehören nach Ansicht des Gerichts auch die Empfänger von über die Cookies verarbeitenden Informationen sowie die Funktionsdauer der Cookies.

Für die Einwilligungspflicht unerheblich soll es sein, ob die technisch nicht notwendigen Cookies im Einzelfall personenbezogene Daten verarbeiten oder nicht.

Hieraus folgt, dass die bisher vielfach verwendeten **"Cookie-Banner"**, die generell über den Einsatz von Cookies informieren und sich über eine Bestätigungs-Schaltfläche etwa mit der Aufschrift "OK" wegeklicken lassen, **nicht mehr genügen**.

Vielmehr sind für technisch nicht notwendige Cookies nun rechtskonforme "Cookie-Consent-Tools" zu

verwenden, die eine Einwilligungs- und Einwilligungs-Widerrufsmöglichkeit für jedes einzelne Cookie bereitstellen und cookie-bezogen über Funktionen und Verarbeitungen informieren.

Welche Anforderungen in technischer und gestalterischer Hinsicht für das Einholen wirksamer Cookie-Einwilligungen zu beachten sind, hat die IT-Recht Kanzlei **in diesen FAQ** erläutert.

## II. Auswirkungen der Einwilligungspflicht auf die Eignung von Affiliate- und Retargeting-/Remarketing-Diensten

Das nunmehr bestehende Einwilligungserfordernis für technisch nicht notwendige Cookies wirkt sich voraussichtlich vor allem auf Dienste aus, die auf Cookie-Basis Affiliate- und Retargeting-/Remarketingleistungen erbringen sollen. Hängen diese Leistungen nämlich von einer Nutzereinwilligung ab, laufen die Dienste höchstwahrscheinlich Gefahr, ihren Funktionszweck weitgehend zu verfehlen.

### 1.) Aufhebung der Rentabilität des Affiliate-Marketing

Das Geschäftsmodell des Affiliate-Marketing basiert auf dem Konzept der Erfolgsmessung von Weiterleitungen auf Partnerlinks und entsprechenden Provisionszahlungen.

Im Rahmen des Affiliate-Marketing werden Anzeigen von Werbepartnern auf einer Website geschaltet, die klick-basierte Provisionszahlungen des Werbepartners an den Seitenbetreiber auslösen.

Beim Anklicken einer solchen Anzeige durch einen Nutzer wird ein (technisch nicht notwendiges) Cookie entweder auf der Website des Werbenden selbst oder spätestens auf der verlinkten Seite des Partners gesetzt. Dieses dient dazu, die Weiterleitung auf die Partnerseite nutzerspezifisch zu registrieren, den Erfolg der Werbeanzeige zu messen und schließlich den Klick des Nutzers als provisionsbewährte Handlung zu erfassen, die in die Provisionsabrechnung einfließt.

Hängt nun aber die Setzung des Cookies zur Erfolgsmessung von der Einwilligung des Nutzers ab, können provisionsbedingende Klick-Erfolge nach Einschätzung der IT-Recht Kanzlei nur noch bei erteilter Cookie-Einwilligung überhaupt registriert werden und in die Abrechnung einfließen.

Dies würde das Leistungs-Gegenleistungs-Prinzip des Affiliate-Marketing in hohem Grad gefährden, weil die Auszahlung an den Seitenbetreiber als Ausgleich für die Anzeigenschaltung letztlich von der Messbarkeit der Klicks und diese wiederum von der Cookie-Einwilligung des Nutzers abhängen würde.

Weil aber sehr wahrscheinlich ist, dass Nutzer zukünftig ihre Einwilligungen eher verweigern als erteilen werden, laufen Affiliate-Hoster voraussichtlich Gefahr, fremde Werbung zu schalten, ohne hierfür die gebührende Gegenleistung zu erhalten. Immerhin wäre der in der Anzeige befindliche Link auf das Partnerangebot auch weiter anklickbar, nur die Registrierung der Klick-Zahl über das Cookie würde entfallen.

Im Ergebnis dürfte die Cookie-Einwilligungspflicht bei Affiliate-Diensten also dafür sorgen, dass die Höhe der Provisionszahlung an den Host durch die individuelle Einwilligungsbereitschaft von Nutzern bestimmt wird. Würde die Einwilligung verweigert, wäre ein Klick-Erfolg nicht messbar und würde auch nicht vergütet.

Betroffen von dieser unergiebigen Konsequenz wären unter anderem folgende Affiliate-Dienste:

- ADCELL Partnerprogramm (Firstlead GmbH)
- belboon Partnerprogramm (belboon GmbH)

## 2.) Gefährdung von Retargeting- und Remarketing-Effekten

Die Einwilligungspflicht für technisch nicht notwendige Cookies dürfte sich des Weiteren erheblich auch auf die Marketing-Strategien des Remarketing und Retargeting auswirken.

Beide Technologien messen cookie-basiert das Nutzerverhalten auf einer bestimmten Website und stellen durch Informationsauswertung bestimmte Produktinteressen so fest, dass dem Nutzer beim Surfen auf einer anderen Website interessengerecht Werbung für Produkte der Ausgangswebsite angezeigt werden können.

Dies macht für Online-Händler zum einen die Auswertung der Nachfrage an bestimmten Produkten und zum anderen die Messbarkeit des Erfolgs von Werbeanzeigen möglich.

Hängt das Setzen von Retargeting- und Remarketing-Cookies nun aber von der Nutzereinwilligung ab, dürften derartige Dienste ihre Funktionalität weitgehend einbüßen.

Insofern ist zunächst davon auszugehen, dass Nutzer ihre Einwilligung in eine Verhaltensanalyse in Zukunft eher verweigern als freiwillig erteilen werden, was die positiven Messeffekte von Retargeting- und Remarketing-Diensten großflächig beschneiden oder im Zweifel gar aushebeln dürfte.

Denn das Abhängen von einer Einwilligung wird nach Ansicht der IT-Recht Kanzlei im Zweifel dazu führen, dass solche Dienste völlig ungenaue oder unbrauchbare Messdaten liefern. Gemessen und ausgewertet

werden könnte nämlich nur noch das Verhalten von einwilligenden Nutzern. Dies hätte zur Folge, dass die von Retargeting- und Remarketing-Diensten gelieferten Ergebnisse den Strom all solcher Nutzer nicht in die Analyse einfließen lassen können, welche die Cookie-Einwilligungen verweigert haben.

Vom Händler gemäß der gelieferten Auswertungen angestrebte Optimierungs- und Restrukturierungskampagnen würden in der Konsequenz auf der Grundlage von realitätsverzerrenden Messungen durchgeführt, ohne dass das tatsächliche Nachfrageverhalten effizient erfasst worden wäre.

Betroffen von den beschriebenen Funktionalitätseinbußen wären unter anderem folgende Dienste:

- Bing Ads (Microsoft Corporation)
- Bing Ads (Microsoft Corporation) Universal Event Tracking
- Google Ads Remarketing

### III. Fazit

Die vom EuGH mit Urteil vom 01.10.2019 (Az. C-673/17) bestätigte Einwilligungspflicht für technisch nicht notwendige Cookies dürfte sich teilweise drastisch auf bewährte Online-Marketingtechnologien auswirken. Hängt der Einsatz von Diensten und Anwendungen zur Verhaltensauswertung nunmehr von der ausdrücklichen Einwilligung eines jeden Nutzers ab, drohen nach Ansicht der IT-Recht Kanzlei vor allem im Bereich des Affiliate-Marketings und des Remarketing/Retargeting erhebliche Ausfälle der Operabilität.

So dürfte die Einträglichkeit von cookie-basierten Affiliate-Programmen zwangsweise in Mitleidenschaft gezogen werden, weil provisionsbewährte Klicks nur noch bei Nutzern gemessen und registriert werden könnten, die eine entsprechende Cookie-Einwilligung erteilt haben.

Demgegenüber dürften bei Remarketing- und Retargeting-Diensten nunmehr nur noch Verhaltensmuster von einwilligenden Nutzern mess- und auswertbar sein, während der Besucherstrom nicht einwilligender Nutzer nicht mehr berücksichtigt werden könnte. Dies würde notwendigerweise zu unbrauchbaren, da realitätsverzerrenden Messergebnissen führen.

Gerne stellen wir das behandelte Thema zur Diskussion und freuen uns auf Ihre Kommentare.

## Tipp: Kostenloses und unbeschränktes Cookie-Consent-Tool: für Mandanten

Die IT-Recht Kanzlei stellt ihren Mandanten **hier im Mandantenportal** ein kostenloses Cookie-Consent-Tool zur Einbindung in Shops und auf Webseiten zur Verfügung - dies in Kooperation mit dem **Datenschutz-Komplettendienst PRIVE**.

Dieses Cookie-Consent-Tool bringt folgende Vorteile mit sich:

- Bis zu 20.000 Seitenaufrufe pro Monat kostenfrei.
- Vollständig datenschutzkonformes Cookie-Einwilligungsmanagement nach dem aktuellen Stand der Technik
- Basierend auf der Technologie von Usercentrics, einem Marktführer im Bereich der Consent-Tools
- Einfache Konfiguration und Integrierbarkeit auch für Laien
- Plattformunabhängige Nutzbarkeit
- Unterstützung der deutschen und englischen Sprache (wird noch erweitert)
- Unterstützung aller gängigen Tracking- und Analysedienste
- Laufende Pflege und steter Ausbau des Tools
- Kostenfreie Nutzung für **Update-Service-Mandanten der IT-Recht Kanzlei**

Autor:

**RA Phil Salewski**

Rechtsanwalt