

## Pay or Okay – Freiwillige Einwilligung bei kostenpflichtigen Alternativangeboten?

**Moritz Indenhuck/Maximilian Grubert**  
lindenpartners



## Datenschutzbehörden und EuGH folgten bisher einheitlicher Linie.

### Datenschutzbehörden

Leitlinien des **EDSA** zur Einwilligung (05/2020)

Veröffentlichung des **CNIL** zu Cookie-Banner (05/2022)

Beschluss der **DSK** zu Pur-Abo-Modellen (03/2023)

FAQ der **Österr. DSB** zu Cookies (12/2023)

**EuGH** (04.07.2023  
– C-252/21 (Meta  
Platforms u.a.).

- Wahlmöglichkeit zwischen personalisierter Werbung und kostenpflichtiger Version möglich.
- Zulässigkeitsbedingungen für große Plattformen offen gelassen.

Einheitliche Linie

## EDSA: Bei großen Online-Plattformen erhöhte Anforderungen an Freiwilligkeit.



Der EDSA bewertet die Freiwilligkeit der Einwilligung anhand von vier Hauptkriterien:

- **Keine Nachteile** für Nutzende bei Verweigerung oder Widerruf der Einwilligung, wobei insbesondere „Lock-In“- und „Netzwerkeffekte“ einzubeziehen sind.
- **Ungleichgewicht** zwischen den Parteien kann die Freiwilligkeit ebenfalls beeinträchtigen.
- **Einwilligung als Nutzungsvoraussetzung** des Dienstes spricht gegen Freiwilligkeit, es sei denn, es gibt eine **gleichwertige Alternative**.
- **Sonstige allgemeine Anforderungen:** Granulare Auswahlmöglichkeiten bei der Einwilligung sind erforderlich (keine „gebündelte“ Einwilligung).

## Konsequenz: Freiwilligkeit oft nur bei „dritter Option“.



.....→  
**Konsequenz** aus erhöhten  
Anforderungen

Herzlich willkommen!

Zugang mit Werbettracking	... oder Abo abschließen
<input type="button" value="Einverstanden"/>	<input type="button" value="Jetzt abonnieren"/>

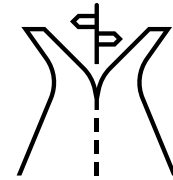
### Freiwilligkeit oft nur bei „dritter Option“

- Der EDSA empfiehlt eine dritte, kostenlose Option ohne verhaltensbasierte Werbung, um die Freiwilligkeit der Einwilligung zu sichern.
- Diese Option könnte Werbung basierend auf kontextbezogenen oder allgemeinen Daten beinhalten.
- Es bleibt unklar, ob dies als verpflichtend oder als „Best Practice“ nach der DSGVO gesehen wird.

# Bewertung

## Kritikpunkt 1: Einwilligung kann auch ohne Wahlfreiheit freiwillig sein.

1



- Der EDSA setzt voraus, dass **Freiwilligkeit nur bei einer Auswahlmöglichkeit** gegeben ist, begründet dies jedoch dogmatisch kaum.
- Es ist fraglich, **ob ein Autonomiekonflikt** entsteht, wenn der Zugang zu einer Leistung von einer Einwilligung abhängig gemacht wird.
- Die Möglichkeit, mit Daten für Leistungen zu "bezahlen", könnte die **Handlungsoptionen der Nutzenden erweitern**.
- Dafür spricht: Der europäische Gesetzgeber hat diese Praxis bereits in anderen Rechtsakten, wie der Richtlinie 2019/770, anerkannt.

## Kritikpunkt 2: Jedenfalls keine Pflicht zur dritten Option.

2



- Die bestehende Wahlmöglichkeit zwischen "Einwilligung in die Datenverarbeitung" oder "Bezahlung" ist **bereits ausreichend**.
- Die Forderung des EDSA findet sich auch nicht in „Meta“-Entscheidungen des EuGH, die **keine dritte Option als Voraussetzung** für "Consent or Pay"-Modelle sehen.
- Eine **differenzierte Betrachtung**, die die Vorteile datenbasierter Geschäftsmodelle anerkennt, wäre wünschenswert.



## Kritikpunkt 3: Unklarer Adressatenkreis bewirkt Risiko der Überregulierung.

3



- EDSA fokussiert sich auf "große Online-Plattformen", ohne klar zu definieren, **welche Anbieter** betroffen sind
- **Kriterien** wie Marktposition oder Nutzeranzahl bleiben **vage**, und die Größe einer "großen" Plattform bleibt unklar.
- EDSA deutet an, dass seine Anforderungen auch **kleinere Plattformen** betreffen könnten, was zusätzliche Unsicherheit erzeugt.
- Diese Unklarheiten könnten zu einer unnötigen **Überregulierung** führen, da Anbieter vorsorglich strengere Standards umsetzen könnten.

## Kritikpunkt 4: Gefahr einer Regulierung ohne Auftrag.

4



- EDSA schränkt **etablierte Geschäftsmodelle** im Bereich "Zahlen mit Daten" ein
- Wie in früheren Stellungnahmen/Leitlinien, wird dies durch eine **Überinterpretation der DSGVO**.
- Es entsteht eine problematische Vermischung von Rechtsanwendung und Rechtssetzung, **ohne** dass EDSA einen **gesetzgeberischen Auftrag** dazu hat.
- Im Gegenteil: Austausch von Daten gegen Dienstleistung ist durch europäischen Gesetzgeber anerkannt.

## Welche Fragen haben Sie?

indenhuck@lindenpartners.eu

grubert@lindenpartners.eu