

# Opinion of the Board (Art. 64)



## **Stellungnahme 08/2024 zur „Wirksamkeit von Einwilligungen im Kontext von „Consent or Pay“--Modellen großer Online-Plattformen“**

**Angenommen am 17. April 2024**



## Zusammenfassung

Die niederländischen, norwegischen und deutschen (Hamburg) Aufsichtsbehörden ersuchten den EDSA um eine Stellungnahme zu der Frage, unter welchen Umständen und Bedingungen „Consent or Pay“-Modelle in Bezug auf verhaltensorientierte Werbung großer Online-Plattformen in einer Weise umgesetzt werden können, die auch unter Berücksichtigung des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) in der Rechtssache C-252/21 eine wirksame und insbesondere freiwillig erteilte Einwilligung darstellt. Der Gegenstand dieser Stellungnahme beschränkt sich tatsächlich auf die Umsetzung von „Consent or Pay“-Modellen durch große Online-Plattformen (die für die Zwecke dieser Stellungnahme definiert werden), bei denen Nutzer aufgefordert werden, in die Verarbeitung zum Zwecke der verhaltensorientierten Werbung einzuwilligen.

Diesbezüglich betont der EDSA, dass sämtliche Anforderungen der DSGVO, insbesondere die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung, erfüllt werden müssen, und zugleich die Besonderheiten eines jeden einzelnen Falls zu bewerten sind. Von besonderer Bedeutung ist der Grundsatz der Rechenschaftspflicht. Der EDSA weist darauf hin, dass die Einholung der Einwilligung den Verantwortlichen nicht davon entbindet, alle in Artikel 5 DSGVO genannten Grundsätze einzuhalten, sowie die anderen Verpflichtungen der DSGVO zu erfüllen. Es ist von entscheidender Bedeutung, die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, der Zweckbindung, der Datenminimierung und von Treu und Glauben einzuhalten.

In den meisten Fällen wird es großen Online-Plattformen nicht möglich sein, die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu erfüllen, wenn sie Nutzer nur vor die binäre Wahl stellen, entweder in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung einzuwilligen oder ein Entgelt zu zahlen.

Das Angebot einer (nur) kostenpflichtigen Alternative zu einem Dienst, der eine Verarbeitung zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung einschließt, sollte nicht der Standardweg für die für die Verarbeitung Verantwortlichen sein. Bei der Ausarbeitung von Alternativen zur Version des Dienstes mit verhaltensorientierter Werbung sollten große Online-Plattformen in Erwägung ziehen, betroffenen Personen eine „gleichwertige Alternative“ zur Verfügung zu stellen, die nicht an die Zahlung eines Entgelts geknüpft ist. Entscheiden sich Verantwortliche dafür, ein Entgelt für den Zugang zur „gleichwertigen Alternative“ zu erheben, sollten sie auch in Erwägung ziehen, eine weitere kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung anzubieten, z. B. in Form von Werbung, bei der weniger (oder keine) personenbezogene Daten verarbeitet werden. Bei der Bewertung bestimmter Kriterien für eine wirksame Einwilligung nach der DSGVO ist dies ein besonders wichtiger Faktor. Ob der Verantwortliche eine weitere, unentgeltliche Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung anbietet, wird in den meisten Fällen erhebliche Auswirkungen auf die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung, insbesondere hinsichtlich des Nachteilsaspekts haben.

Was die Anforderungen der DSGVO an eine wirksame Einwilligung betrifft, so muss die Einwilligung zunächst „freiwillig erteilt“ werden. Um Nachteile zu vermeiden, die eine freiwillig erteilte Einwilligung ausschließen würden, darf ein etwaiges Entgelt nicht so beschaffen sein, dass die betroffenen Personen effektiv daran gehindert werden, eine freie Wahl zu treffen. Darüber hinaus können Nachteile entstehen, wenn die betroffenen Personen, die nicht einwilligen und kein Entgelt zahlen von dem Dienst ausgeschlossen werden, insbesondere in Fällen, in denen der Dienst für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben oder den Zugang zu beruflichen Netzwerken eine herausragende oder entscheidende Rolle spielt, umso mehr, wenn „Lock-in“- oder „Netzwerkeffekte“ bestehen. Infolgedessen ist es wahrscheinlich, dass Nachteile entstehen, wenn große Online-Plattformen ein „Consent or Pay“-Modell einsetzen, um die Einwilligung für die Verarbeitung einzuholen.

Darüber hinaus müssen Verantwortliche auf Einzelfallbasis prüfen, ob ein Machtungleichgewicht zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht. Zu den zu würdigenden Faktoren zählen unter anderem die Stellung der großen Online-Plattform auf dem Markt, das Vorhandensein von „Lock-in“- oder „Netzwerkeffekten“, das Ausmaß, in dem die betroffene Person auf den Dienst angewiesen ist und die Hauptzielgruppe des Dienstes.

Das Element der Konditionalität, d. h. die Frage, ob für den Zugang zu Waren oder Dienstleistungen eine Einwilligung erforderlich ist, obwohl die Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist, bildet ein weiteres Kriterium für die Beurteilung, ob eine Einwilligung „freiwillig erteilt“ wurde. Der EuGH hat im Bundeskartellamt-Urteil festgestellt, dass Nutzern, die die Einwilligung zu bestimmten Verarbeitungsvorgängen verweigern, „gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative“ anzubieten ist, „die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht“. Auf diese Weise umgehen Verantwortliche das Problem der Konditionalität. Die anderen Kriterien für eine „freiwillige“ Einwilligung müssen jedoch auf jeden Fall auch erfüllt werden.

Eine „gleichwertige Alternative“ bezieht sich auf eine alternative Version des von demselben Verantwortlichen angebotenen Dienstes, die keine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung voraussetzt. Die Stellungnahme bietet Elemente, die dazu beitragen können, dass die Alternative wirklich gleichwertig ist. Wenn sich die alternative Version nur in soweit abweicht, als dies aufgrund der Tatsache erforderlich ist, dass der Verantwortliche nicht in der Lage ist personenbezogenen Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verarbeiten kann sie grundsätzlich als gleichwertig angesehen werden.

Was die Erhebung eines Entgelts für den Zugang zur „gleichwertigen alternativen“ Version des Dienstes betrifft, so weist der EDSA darauf hin, dass personenbezogene Daten nicht als Handelsware betrachtet werden können; ferner sollten Verantwortliche berücksichtigen, dass es zu verhindern gilt, dass das Grundrecht auf Datenschutz in ein Merkmal umgewandelt wird, in dessen Genuss betroffene Personen nur gegen Entgelt kommen können. Die Verantwortlichen sollten von Fall zu Fall bewerten, ob einerseits ein Entgelt überhaupt angemessen ist und andererseits, welche Höhe unter den gegebenen Umständen angemessen ist, wobei mögliche Alternativen zu verhaltensorientierter Werbung, die mit der Verarbeitung von weniger personenbezogenen Daten einhergehen, sowie die Position der betroffenen Personen zu berücksichtigen sind. In Anbetracht der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung und der Grundsätze nach Artikel 5 DSGVO, insbesondere des Grundsatzes von Treu und Glauben, sollten Verantwortliche sicherstellen, dass das Entgelt nicht so beschaffen ist, dass es betroffene Personen an einer echten Wahl hindert. Der Grundsatz der Rechenschaftspflicht ist in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung. Die Aufsichtsbehörden haben die Aufgabe, die Anwendung der DSGVO durchzusetzen, was sich auch auf die Auswirkungen eines etwaigen Entgelts auf die Wahlfreiheit betroffener Personen beziehen kann.

Eine weitere Bedingung ist die Granularität: Wenn der betroffenen Person ein „Consent or Pay“-Modell präsentiert wird, sollte es ihr freistehen, den von ihr akzeptierten Verarbeitungszweck zu wählen, anstatt mit einem einzigen Einwilligungersuchen, in dem mehrere Zwecke zusammengefasst werden, konfrontiert zu werden.

Eine wirksame Einwilligung muss zudem „spezifisch“ sein, d. h. für einen oder mehrere bestimmte Zwecke erteilt werden und eine eindeutige Willensbekundung darstellen: Bei „Consent or Pay“-Modellen ist es besonders wichtig, dass Verantwortliche die Art und Weise, wie betroffene Personen zur Erteilung ihrer Einwilligung aufgefordert werden, mit Umsicht gestalten. Nutzer sollten keinen irreführenden Gestaltungsmustern ausgesetzt sein.

Damit die Einwilligung „in informierter Weise“ erfolgt, sollte der von Verantwortlichen eingerichtete Informationsprozess betroffenen Personen ein vollständiges und klares Verständnis der Bedeutung, des Umfangs und der Folgen ihrer möglichen Entscheidungen erlauben, wobei der Komplexität der Verarbeitungstätigkeiten im Zusammenhang mit verhaltensorientierter Werbung Rechnung zu tragen ist.

Der EDSA stellt zudem Präzisierungen zum Widerruf der Einwilligung bereit und empfiehlt Verantwortlichen, sorgfältig zu prüfen, wie oft die Einwilligung „erneut“ erteilt werden sollte.

## Inhaltsverzeichnis

1	Einführung .....	7
1.1	Zusammenfassung des Sachverhalts.....	7
1.2	Zulässigkeit des Antrags auf eine Stellungnahme nach Artikel 64 Absatz 2 DSGVO.....	8
2	Begriffsbestimmungen und Gegenstand der Stellungnahme .....	10
2.1	Begriffsbestimmungen .....	10
2.1.1	Definition des Begriffs „Pur-Abo-Modell“ .....	10
2.1.2	Definition des Begriffs „verhaltensorientierte Werbung“ .....	11
2.1.3	Definition des Begriffs „große Online-Plattformen“ im Kontext dieser Stellungnahme... ..	12
2.2	Gegenstand der Stellungnahme .....	14
3	Rechtlicher Rahmen .....	14
3.1	Einschlägige Bestimmungen der DSGVO.....	14
3.2	Weitere Rechtsinstrumente .....	16
3.3	Zusammenfassung des Bundeskartellamt-Urteils.....	17
3.4	Bestehende Leitlinien des EDSA .....	19
4	Bewertung durch den EDSA .....	19
4.1	Grundsätze und allgemeine Bemerkungen .....	19
4.2	Anforderungen an eine gültige Einwilligung .....	22
4.2.1	Freiwillig erteilte Einwilligung .....	22
4.2.2	Einwilligung in informierter Weise.....	38
4.2.3	Einwilligung für bestimmte Zwecke .....	42
4.2.4	Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung .....	43
4.3	Zusätzliche Elemente.....	44
4.3.1	Widerruf der Einwilligung.....	44
4.3.2	Aktualisierung der Einwilligung .....	46
5	Schlussfolgerungen.....	46

## Der Europäische Datenschutzausschuss —

gestützt auf Artikel 63 und Artikel 64 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (im Folgenden „DSGVO“),

gestützt auf das EWR-Abkommen, insbesondere auf Anhang XI und das Protokoll 37, in der durch den Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 154/2018 vom 6. Juli 2018 geänderten Fassung<sup>1</sup>,

gestützt auf Artikel 10 und Artikel 22 seiner Geschäftsordnung,

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Die wesentliche Aufgabe des Europäischen Datenschutzausschusses (im Folgenden „Ausschuss“ oder „EDSA“) ist es, die einheitliche Anwendung der DSGVO im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum (im Folgenden „EWR“) sicherzustellen. Artikel 64 Absatz 2 DSGVO sieht vor, dass jede Aufsichtsbehörde, der Vorsitz des Ausschusses oder die Kommission beantragen können, dass eine Angelegenheit mit allgemeiner Geltung oder mit Auswirkungen in mehr als einem EWR-Mitgliedstaat vom Ausschuss geprüft wird, um eine Stellungnahme zu erhalten. Diese Stellungnahme dient der Prüfung einer Angelegenheit mit allgemeiner Geltung oder mit Auswirkungen in mehr als einem EWR-Mitgliedstaat.

(2) Die Stellungnahme des EDSA wird gemäß Artikel 64 Absatz 3 DSGVO in Verbindung mit Artikel 10 Absatz 2 der Geschäftsordnung des EDSA binnen acht Wochen nach dem Tag angenommen, an dem der Vorsitz und die zuständigen Aufsichtsbehörden beschlossen haben, dass das Dossier vollständig ist. Diese Frist kann unter Berücksichtigung der Komplexität der Angelegenheit auf Beschluss des Vorsitzes um weitere sechs Wochen verlängert werden.

### HAT FOLGENDE STELLUNGNAHME ANGENOMMEN:

## 1 EINFÜHRUNG

### 1.1 Zusammenfassung des Sachverhalts

1. Am 17. Januar 2024 ersuchte die niederländische Aufsichtsbehörde, die auch im Namen der norwegischen Aufsichtsbehörde und der deutschen (Hamburger) Aufsichtsbehörde handelte (im Folgenden gemeinsam als „antragstellende Aufsichtsbehörden“ bezeichnet) den EDSA um eine Stellungnahme nach Artikel 64 Absatz 2 DSGVO zu den sogenannten „Consent-or-pay“-Modellen (im Folgenden „Antrag“).

---

<sup>1</sup> Soweit in dieser Stellungnahme auf „Mitgliedstaaten“ Bezug genommen wird, ist dies als Bezugnahme auf „EWR-Mitgliedstaaten“ zu verstehen.

2. Am 25. Januar 2024 stuften der Vorsitz des Ausschusses und die niederländische Aufsichtsbehörde das Dossier als vollständig ein. Am selben Tag wurde das Dossier vom Sekretariat des EDSA weitergeleitet.
3. Der Antrag betrifft, kurz gesagt, die Umstände, unter denen sogenannte Consent or Pay -Modelle<sup>2</sup> großer Online-Plattformen, welche im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) eine große Zahl von Nutzern anziehen und Daten zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung verarbeiten, so umgesetzt werden können, dass die Anforderungen an eine wirksame und insbesondere freiwillig erteilte Einwilligung erfüllt sind.<sup>3</sup>
4. Die antragstellenden Aufsichtsbehörden verweisen auf die „EDSA-Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß der Verordnung 2016/679“ (im Folgenden „EDSA-Leitlinien zur Einwilligung“) und betonen, dass es wichtig sei zu prüfen, ob betroffene Personen, die mit „Consent or Pay“-Modellen konfrontiert sind, eine echte Wahl treffen können, wobei das Risiko von Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder erheblichen nachteiligen Folgen zu berücksichtigen ist, oder ob Zwang oder Druck ausgeübt werden bzw. keine Möglichkeit zur Ausübung des freien Willens besteht.<sup>4</sup>
5. Die antragstellenden Aufsichtsbehörden weisen ferner darauf hin, dass die vorstehenden Fragen unter Berücksichtigung des Bundeskartellamt-Urteils des Gerichtshofs behandelt werden sollten.<sup>5</sup>
6. Schließlich weisen die antragstellenden Aufsichtsbehörden in ihrer Begründung des Antrags darauf hin, dass mehrere Mitglieder des EDSA auf nationaler Ebene bereits Leitlinien zu „Consent or Pay“-Modellen, z. B. in Bezug auf Medienunternehmen, bereitgestellt haben und dass diese nationalen Leitlinien zwar wertvoll sind und einen guten Ausgangspunkt bieten, sich aber in der Regel an kleinere Verantwortliche richteten.<sup>6</sup> Die antragstellenden Aufsichtsbehörden machen daher geltend, dass die spezifischen Fragen, die sich aus der Umsetzung von „Consent or Pay“-Modellen durch große Online-Plattformen ergeben, zu beantworten sind, um eine einheitliche Auslegung und Anwendung der DSGVO zu gewährleisten.

## 1.2 Zulässigkeit des Antrags auf eine Stellungnahme nach Artikel 64 Absatz 2 DSGVO

7. Artikel 64 Absatz 2 DSGVO sieht insbesondere vor, dass jede Aufsichtsbehörde beantragen kann, dass eine Angelegenheit mit allgemeiner Geltung oder mit Auswirkungen in mehr als einem Mitgliedstaat vom Ausschuss geprüft wird, um eine Stellungnahme zu erhalten.

---

<sup>2</sup> Siehe die Definition in Abschnitt 2.1.1 dieser Stellungnahme.

<sup>3</sup> Ersuchen um Stellungnahme nach Artikel 64 Absatz 2 DSGVO (im Folgenden „Ersuchen“), Abschnitt I („Einführung“), S. 1.

<sup>4</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), A. Rechtlicher Rahmen in Bezug auf den grundlegenden Begriff der Einwilligung, S. 2. Siehe hierzu die am 4. Mai 2020 angenommenen Leitlinien 05/2020 des EDSA zur Einwilligung gemäß Verordnung (EU) 2016/679 (im Folgenden „EDSA-Leitlinien zur Einwilligung“), Absatz 24.

<sup>5</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), B. Der Zusammenhang zwischen Einwilligung und Pur-Abo-Modellen, S. 3. Siehe Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4. Juli 2023, Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537 (im Folgenden „Bundeskartellamt-Urteil des EuGH“). Konkret verweisen die antragstellenden Aufsichtsbehörden auf die Randnummern 143-144 und 148-150 des Bundeskartellamt-Urteils des EuGH.

<sup>6</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), C. Aktuelle Entwicklungen und das Erfordernis der Klarheit, S. 4. Konkret legen die antragstellenden Aufsichtsbehörden zusammen mit dem Antrag nationale Leitlinien vor, die allgemeine Kriterien für Pur-Abo-Modelle enthalten und von den deutschen (Hamburg), österreichischen und französischen Aufsichtsbehörden herausgegeben wurden.

8. Die antragstellenden Aufsichtsbehörden führen in ihrem Antrag aus, dass aus datenschutzrechtlicher Sicht derzeit keine einheitliche europäische Antwort auf die oben genannte Frage<sup>7</sup> zur Wirksamkeit der Einwilligung in Bezug auf „Consent or Pay“-Modelle existiere.<sup>8</sup> Sie betonen ferner, dass dies Anlass zur Sorge gebe, da diese Frage untrennbar mit der Auslegung des Begriffs der Einwilligung verbunden sei und es sich somit um eine Angelegenheit von allgemeiner Geltung in Bezug auf eines der Grundkonzepte der DSGVO handele.<sup>9</sup>
9. Der Antrag bezieht sich auf die einheitliche Auslegung des Begriffs der Einwilligung und insbesondere auf die Umstände, unter denen eine Einwilligung als wirksam angesehen werden kann, die von großen Online-Plattformen eingeholt wird, die personenbezogene Daten für verhaltensorientierte Werbung verarbeiten und „Consent or Pay“-Modelle einsetzen. Folglich ist der Ausschuss der Auffassung, dass der Antrag eine „Angelegenheit mit allgemeiner Geltung“ im Sinne von Artikel 64 Absatz 2 DSGVO betrifft. Die Angelegenheit bezieht sich insbesondere auf Fragen im Zusammenhang mit der praktischen Umsetzung wichtiger Bestimmungen der DSGVO, zu denen es derzeit keine einheitliche Auslegung auf EU-Ebene gibt. Daher kann davon ausgegangen werden, dass ein allgemeines Interesse daran besteht, diese Frage in Form einer Stellungnahme des EDSA zu prüfen, um die einheitliche Anwendung der DSGVO gewährleisten zu können. Die Umsetzung von „Consent or Pay“-Modellen durch große Online-Plattformen wirft spezifische Fragen auf: Wie die antragstellenden Aufsichtsbehörden betonten, ist das Fehlen eines einheitlichen Ansatzes besondere Dringlichkeit beizumessen, wenn es um große Online-Plattformen geht, die Millionen betroffener Personen in Europa anziehen. Es ist davon auszugehen, dass insbesondere bei solch großen Online-Plattformen ein einheitlicher Ansatz in Bezug auf sämtliche Fragen von allgemeiner Geltung im Zusammenhang mit dieser Art von Verantwortlichen erforderlich ist; dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Plattformen in allen EU- und EWR-Mitgliedstaaten tätig sind und dass jedes „Consent or Pay“-Modell, das von Verantwortlichen eingesetzt wird, die diese Art großer Online-Plattformen betreiben, Auswirkungen auf Millionen betroffener Personen in Europa haben wird.<sup>10</sup>
10. Der Antrag enthält eine schriftliche Begründung zum Hintergrund und zu den Gründen für die Vorlage der Frage an den Ausschuss, einschließlich des einschlägigen Rechtsrahmens, des Zusammenhangs zwischen Einwilligung und „Consent or Pay“-Modellen sowie der aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH und dem Erfordernis von Klarheit und einheitlicher Auslegung.<sup>11</sup> Daher ist der Ausschuss der Auffassung, dass der Antrag im Einklang mit Artikel 10 Absatz 3 der Geschäftsordnung des EDSA begründet ist.<sup>12</sup>
11. Gemäß Artikel 64 Absatz 3 DSGVO gibt der EDSA keine Stellungnahme ab, wenn er bereits eine Stellungnahme zu der Angelegenheit abgegeben hat.<sup>13</sup> Wie in Abschnitt 3.4 unten erläutert, hat der EDSA keine Stellungnahme zu derselben Angelegenheit abgegeben und die Fragen, die sich aus dem Antrag ergeben, noch nicht beantwortet.

---

<sup>7</sup> Siehe Absatz 3 der vorliegenden Stellungnahme.

<sup>8</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), C. Aktuelle Entwicklungen und das Erfordernis der Klarheit, S. 4.

<sup>9</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), C. Aktuelle Entwicklungen und das Erfordernis der Klarheit, S. 4.

<sup>10</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), C. Aktuelle Entwicklungen und das Erfordernis der Klarheit, S. 5.

<sup>11</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), S. 1-5.

<sup>12</sup> Artikel 10 Absatz 3 der Geschäftsordnung des EDSA lautet: „Anträge sind gemäß Artikel 64 Absatz 2 der Datenschutz-Grundverordnung zu begründen.“

<sup>13</sup> Artikel 64 Absatz 3 DSGVO und Artikel 10 Absatz 4 der Geschäftsordnung des EDSA.

12. Aus diesen Gründen ist der Ausschuss der Auffassung, dass der Antrag zulässig ist und die sich daraus ergebenden Fragen in dieser gemäß Artikel 64 Absatz 2 DSGVO angenommenen Stellungnahme (im Folgenden „Stellungnahme“) geprüft werden sollten.
13. Der folgende Abschnitt enthält eine Definition der Begriffe „Consent or Pay“-Modell, „verhaltensorientierte Werbung“ und „große Online-Plattformen“ im Rahmen dieser Stellungnahme sowie eine Beschreibung des Umfangs der Stellungnahme.

## 2 BEGRIFFSBESTIMMUNGEN UND GEGENSTAND DER STELLUNGNAHME

### 2.1 Begriffsbestimmungen

#### 2.1.1 Definition des Begriffs „Consent or Pay“-Modell

14. „Consent or Pay“-Modelle<sup>14</sup> können als Modelle definiert werden, bei denen ein Verantwortlicher betroffenen Personen für den Zugang zu einem von ihm bereitgestellten Online-Dienst die Wahl zwischen mindestens zwei Optionen bietet. Die betroffene Person kann 1. in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für einen bestimmten Zweck einwilligen oder 2. beschließen, ein Entgelt zu zahlen und Zugang zum Online-Dienst zu erhalten, ohne dass ihre personenbezogenen Daten für den betreffenden Zweck verarbeitet werden. Der Schwerpunkt dieser Stellungnahme wird auf Modellen liegen, bei denen Einwilligungen in die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung erteilt werden können.
15. Bei der ersten oben genannten Option erhalten die betroffenen Personen nur Zugang zu dem Dienst, wenn sie einwilligen, vom Verantwortlichen mittels Tracking nachverfolgt und mit verhaltensorientierter Werbung gezielt angesprochen zu werden. In diesem Fall wird das Geschäftsmodell des Verantwortlichen in der Regel durch Online-Werbung finanziert, die auf dem Verhalten der Nutzer beruht.
16. Bei der zweiten Option zahlen die betroffenen Personen ein Entgelt (z. B. in Form eines Wochen-, Monats- oder Jahresabonnements oder einer einmaligen Zahlung)<sup>15</sup> und dürfen dann auf eine Version des Dienstes zugreifen, die nicht mit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Nutzers für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung einhergeht. Es sei darauf hingewiesen, dass diese zweite Option zwar bedeuten kann, dass die betroffenen Personen überhaupt nicht nachverfolgt werden; sie kann aber auch mit sich bringen, dass betroffene Personen weiterhin für verschiedene Zwecke mittels Tracking nachverfolgt werden, etwa um die Nutzung einer Website zwecks Verbesserung ihrer Funktionen zu analysieren. In jedem Fall erinnert der EDSA daran, dass diese Zwecke legitim und spezifisch sein müssen und dass die Verarbeitung auf einer Rechtsgrundlage gemäß der DSGVO beruhen muss. Darüber hinaus können Cookies oder Tracking-Technologien im Rahmen der kostenpflichtigen Version des Dienstes weiterhin für andere Zwecke als verhaltensorientierte

---

<sup>14</sup> Siehe hierzu auch auf nationaler Ebene angenommene Dokumente, z. B. i) österreichische Aufsichtsbehörde (DSB), „FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz“, 20. Dezember 2023, ii) französische Aufsichtsbehörde (CNIL), „Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation“, 16. Mai 2022, und iii) Konferenz der Unabhängigen Datenschutzbehörden Deutschlands (DSK), „Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 22. März 2023“.

<sup>15</sup> In diesen Fällen kann sich das kostenpflichtige Abonnement auch je nach den Diensten, auf die der Nutzer zugreift, unterscheiden, z. B. einem Basisdienst für die erste Abonnementebene sowie einer zusätzlichen Ebene für zusätzliche/ergänzende Dienste oder Funktionen.

Werbung verwendet werden. Umfasst eine eingesetzte Technologie den Zugang zu oder die Speicherung von Informationen in Endgeräten, so unterliegt dies der Einhaltung der DSGVO und gegebenenfalls des Artikels 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

17. Der EDSA betont, dass bei den in dieser Stellungnahme erörterten „Consent or Pay“-Modellen zwar einer betroffenen Person der Zugang zu dem Dienst in der Regel verweigert wird, wenn sie weder in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung einwilligt noch ein Entgelt entrichtet, aber den betroffenen Personen eine weitere Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung kostenlos angeboten werden kann (siehe Abschnitt 4.2.1.1).

#### 2.1.2 Definition des Begriffs „verhaltensorientierte Werbung“

18. Der EDSA stellt fest, dass sich im Laufe der Zeit Mechanismen zur Bereitstellung verhaltensbasierter Online-Werbung für betroffene Personen verbreitet haben. Zudem hat ihre Komplexität zugenommen. Nutzer können auf der Grundlage verschiedener Kriterien und Techniken mit verhaltensbasierter Werbung angesprochen werden, unter anderem auf der Grundlage von Informationen über ihr Verhalten, das sie online und offline zeigen.
19. Verhaltensorientierte Werbung, die mit der Erstellung detaillierter Profile betroffener Personen einhergeht, ist zu einem zentralen Merkmal bestimmter Geschäftsmodelle im heutigen Online-Umfeld geworden. In der Stellungnahme 2/2010 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting wird verhaltensorientierte Werbung definiert als „Werbung, die auf der Beobachtung des Verhaltens von Personen über einen Zeitraum hinweg basiert“.<sup>16</sup> Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat ferner betont, dass verhaltensorientierte Werbung „versucht, die Charakteristika dieses Verhaltens durch die Handlungen (wiederholte Besuche von Websites, Interaktionen, Schlüsselwörter, Produktion von Online-Inhalten usw.) zu untersuchen, um ein spezifisches Profil zu erstellen und so betroffenen Personen Werbung zu präsentieren, die auf ihre aus den Daten erschlossenen Interessen zugeschnitten ist“.<sup>17</sup>
20. Wie in der oben genannten Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe erläutert, stützt sich die verhaltensorientierte Werbung auf Daten, die durch Beobachtung der Aktivitäten der Nutzer über einen Zeitraum hinweg erhoben werden (z. B. anhand der Seiten, die sie besuchen, der Zeit, die sie auf einer Seite mit der Darstellung eines bestimmten Produkts verbringen, der Anzahl der erneuten Verbindungen zu einer Seite, der vergebenen Likes oder ihres Standorts). In diesen Fällen erfolgt die Überwachung der Nutzer mittels Cookies oder anderer ähnlicher Trackingtechnologien (z. B. Social Plug-ins oder Pixel). Nutzer können von unterschiedlichen Akteuren (z. B. Plattformen und Datenmaklern) über verschiedene Websites hinweg nachverfolgt werden.<sup>18</sup> Die erhobenen Daten, die in bestimmten Fällen mit Daten, die vom Nutzer aktiv bereitgestellt werden (z. B. bei der Einrichtung eines Online-Kontos oder bei der Anmeldung auf einer Website), oder mit Offline-Daten aggregiert werden können, ermöglichen es Unternehmen, Informationen über den Nutzer abzuleiten und

---

<sup>16</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, WP 171, angenommen am 22. Juni 2010 (im Folgenden „Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting“), S. 4.

<sup>17</sup> Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, S. 4.

<sup>18</sup> EDSA-Leitlinien 8/2020 über die gezielte Ansprache von Nutzer:innen sozialer Medien, Version 2.0, angenommen am 13. April 2021 (im Folgenden „EDSA-Leitlinien zur gezielten Ansprache“), Absatz 3.

Schlussfolgerungen über ihre Präferenzen, Vorlieben und Interessen zu ziehen.<sup>19</sup> Wenn Verantwortliche personenbezogene Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verarbeiten, finden mehrere Verarbeitungstätigkeiten statt. Dazu gehören die Überwachung des Verhaltens betroffener Personen, die Erhebung personenbezogener Daten und deren Analyse zum Zweck der Erstellung und Entwicklung von Nutzerprofilen, den Austausch personenbezogener Daten mit Dritten im Rahmen der Erstellung und Entwicklung von Nutzerprofilen oder die Kontaktherstellung zwischen Werbetreibenden mit Verlegern, die Anzeige von Werbung für betroffene Personen, die auf der Grundlage des resultierenden Profils personalisiert ist, und die Analyse der Interaktion der Nutzer mit Werbung, die auf der Grundlage ihrer Profile angezeigt wird.

21. Aus diesem Grund wird verhaltensorientierte Werbung als besonders aufdringliche Form der Werbung angesehen, da sie den Verantwortlichen ein sehr detailliertes Bild des Privatlebens einer Person vermitteln kann. Darüber hinaus birgt sie, wie der EDSA in seinen Leitlinien 8/2020 EDSA-Leitlinien zur gezielten Ansprache von Nutzer:innen sozialer Medien dargelegt hat, erhebliche Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten betroffener Personen, einschließlich der Möglichkeit der Diskriminierung und Ausgrenzung sowie der möglichen Manipulation von Nutzern.<sup>20</sup>

### 2.1.3 Definition des Begriffs „große Online-Plattformen“ im Kontext dieser Stellungnahme

22. Der Schwerpunkt dieser Stellungnahme liegt auf „Consent or Pay“-Modellen, die von Verantwortlichen großer Online-Plattformen, die eine große Zahl von Nutzern im EWR anziehen, eingesetzt werden.<sup>21</sup> Es ist wichtig, die Arten von Plattformen zu ermitteln, die in den Geltungsbereich dieser Stellungnahme fallen.
23. Der EDSA erinnert daran, dass „Online-Plattformen“ in der DSGVO nicht definiert sind. Es ist daher angezeigt, die Bedeutung dieses Begriffs zu präzisieren. Für die Zwecke dieser Stellungnahme kann der Begriff „Online-Plattformen“ auch „Online-Plattformen“ im Sinne von Artikel 3 Buchstabe i des Gesetzes über digitale Dienste<sup>22</sup> umfassen, ist aber nicht darauf beschränkt.
24. In den folgenden Absätzen beleuchtet der EDSA bestimmte Merkmale, die von Fall zu Fall zu prüfen sind, um festzustellen, ob ein Verantwortlicher als „große Online-Plattform“ im Sinne dieser Stellungnahme anzusehen ist. Da bestimmte Merkmale für bestimmte Verantwortliche relevanter sein können als für andere, ist diese Liste weder erschöpfend noch enthält sie eine Aufstellung kumulativer

---

<sup>19</sup> Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, S. 7 („Es gibt zwei hauptsächliche Ansätze für das Erstellen von Nutzerprofilen: i) Prädiktive Profile werden erstellt, indem das individuelle und das kollektive Nutzerverhalten über einen längeren Zeitraum hinweg beobachtet wird, insbesondere durch Überwachung der besuchten Seiten und der angesehenen und angeklickten Werbung und daraus Rückschlüsse gezogen werden. ii) Explizite Profile werden aus personenbezogenen Daten erstellt, die die betroffenen Personen selbst beispielsweise bei der Registrierung an einen Webdienst liefern. Es können auch beide Ansätze kombiniert werden. Darüber hinaus können prädiktive Profile später in explizite Profile umgewandelt werden, wenn eine betroffene Person Anmeldeinformationen für eine Website angibt.“)

<sup>20</sup> EDSA-Leitlinien zur gezielten Ansprache, Rn. 9-18.

<sup>21</sup> Antrag, Abschnitt I („Einleitung“), S. 3.

<sup>22</sup> Gemäß Artikel 3 Buchstabe i des Gesetzes über digitale Dienste bezeichnet der Begriff „Online-Plattform“ „einen Hostingdienst, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet, sofern es sich bei dieser Tätigkeit nicht nur um eine unbedeutende und reine Nebenfunktion eines anderen Dienstes oder um eine unbedeutende Funktion des Hauptdienstes handelt, die aus objektiven und technischen Gründen nicht ohne diesen anderen Dienst genutzt werden kann, und sofern die Integration der Funktion der Nebenfunktion oder der unbedeutenden Funktion in den anderen Dienst nicht dazu dient, die Anwendbarkeit dieser Verordnung zu umgehen“.

Anforderungen; vielmehr soll mit dieser Aufzählung von Merkmalen auf Aspekte hingewiesen werden, die dazu führen können, dass ein Verantwortlicher im Sinne dieser Stellungnahme als „große Online-Plattform“ zu betrachten ist.

25. Zunächst einmal sind große Online-Plattformen Plattformen, die eine große Zahl betroffener Personen als Nutzer anziehen.
26. Die Marktstellung des Unternehmens ist ein weiteres Merkmal, das für die Beurteilung relevant sein kann, ob der Verantwortliche als „große Online-Plattform“ angesehen werden kann.
27. Ein weiteres Merkmal, das bei der Beurteilung dessen, ob ein Verantwortlicher als „große Online-Plattform“ einzustufen ist, zu berücksichtigen ist, besteht darin, ob er eine „umfangreiche“ Verarbeitung durchführt. Der EDSA erinnert daran, dass in der DSGVO nicht definiert wird, was unter einer umfangreichen Verarbeitung zu verstehen ist, wenngleich Erwägungsgrund 91 DSGVO einige Anhaltspunkte liefert. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat jedoch (vom EDSA gebilligte) Leitlinien zur Bedeutung der „umfangreichen“ Verarbeitung im Zusammenhang mit Artikel 37 Absatz 1 Buchstaben b und c DSGVO bereitgestellt, insbesondere zu den Faktoren, die bei der Feststellung, ob die Verarbeitung in großem Umfang erfolgt, zu berücksichtigen sind. Diese Faktoren sind auch für die vorliegende Stellungnahme von Bedeutung. Sie umfassen beispielsweise die Zahl der betroffenen Personen, das Datenvolumen und die geografische Ausdehnung der Verarbeitungstätigkeit.<sup>23</sup>
28. Die Begriffsbestimmung kann unter anderem bestimmte Verantwortliche für „sehr große Online-Plattformen“ im Sinne des Gesetzes über digitale Dienste<sup>24</sup> und „Torwächter“ im Sinne des Gesetzes über digitale Märkte<sup>25</sup> umfassen.

---

<sup>23</sup> Siehe in diesem Zusammenhang die Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe zu Datenschutzbeauftragten (DSB), WP 243 rev.01, zuletzt überarbeitet und angenommen am 5. April 2017, vom EDSA am 25. Mai 2018 gebilligt, S. 7-8, sowie die Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung (EU) 2016/679 „wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt“, WP 248 rev.01, zuletzt überarbeitet und angenommen am 4. Oktober 2017, vom EDSA gebilligt am 25. Mai 2018, S. 10.

<sup>24</sup> Nach Artikel 33 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (im Folgenden „Gesetz über digitale Dienste“) sind Online-Plattformen „Online-Plattformen, die ihre Dienste für aktive Nutzer in der Union erbringen, deren durchschnittliche monatliche Zahl sich auf mindestens 45 Mio. Personen beläuft“ und die von der Europäischen Kommission gemäß Artikel 33 Absatz 4 des Gesetzes über digitale Dienste als sehr große Online-Plattformen benannt werden. Gemäß Artikel 3 Buchstabe i des Gesetzes über digitale Dienste ist eine Online-Plattform ein Hostingdienst, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet.

<sup>25</sup> Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte) sind Torwächter Unternehmen, die die folgenden drei kumulativen Anforderungen erfüllen: i) sie haben erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt, ii) sie stellen einen zentralen Plattformdienst bereit, der gewerblichen Nutzern als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dient, und iii) sie haben hinsichtlich ihrer Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position inne oder es ist absehbar, dass sie eine solche Position in naher Zukunft erlangen werden. Nach Artikel 2 Nummer 2 umfassen zentrale Plattformdienste Folgendes: a) Online-Vermittlungsdienste, b) Online-Suchmaschinen, c) Online-Dienste sozialer Netzwerke, d) Video-Sharing-Plattform-Dienste, e) nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste, f) Betriebssysteme, g) Webbrowser, h) digitale Assistenten, i) Cloud-Computing-Dienste, j) Online-Werbedienste, einschließlich Werbenetzwerken, Werbebörsen und sonstiger Werbevermittlungsdienste, die von einem Unternehmen, das einen der unter den Buchstaben a bis i genannten zentralen Plattformdienste bereitstellt, bereitgestellt werden.

## 2.2 Gegenstand der Stellungnahme

29. Der Ausschuss teilt die Auffassung der antragstellenden Aufsichtsbehörden, dass „Consent or Pay“-Modelle unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes grundlegende Fragen aufwerfen, insbesondere im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung des Begriffs der Einwilligung im Sinne von Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und den Artikeln 4, 5, 6 und 7 DSGVO.
30. Es sei daran erinnert, dass der Begriff der Einwilligung in der DSGVO für jeden Verantwortlichen gilt, der sich auf diese Rechtsgrundlage berufen möchte. Die vorliegende Stellungnahme konzentriert sich jedoch auf die spezifischen, im Antrag dargelegten Fragen im Zusammenhang mit der Wirksamkeit der Einwilligung, die große Online-Plattformen, die „Consent or Pay“-Modelle einsetzen, einholen. Diese Plattformen können sich in Bezug auf einige der Kriterien für eine wirksame Einwilligung in einer einzigartigen Lage befinden, beispielsweise bei Vorliegen eines Machtungleichgewichts. Im Rahmen dieser Stellungnahme ist der Begriff „Verantwortlicher“ bzw. „Verantwortliche“ so zu verstehen, dass er große Online-Plattformen im Sinne von Abschnitt 2.1.3 umfasst.
31. Vor diesem Hintergrund betrifft – und beschränkt sich – die vorliegende Stellungnahme auf die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung, wenn sie als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung im Zusammenhang mit von großen Online-Plattformen eingesetzten „Consent or Pay“-Modellen verwendet wird. Die in dieser Stellungnahme hervorgehobenen Faktoren gelten in der Regel, jedoch nicht ausschließlich, für große Online-Plattformen. Einige der in dieser Stellungnahme dargelegten Erwägungen können sich generell als nützlich für die Anwendung des Begriffs der Einwilligung im Rahmen von „Consent or Pay“-Modellen erweisen.
32. Der EDSA weist darauf hin, dass die Aufsichtsbehörden nach Artikel 51 Absatz 1 DSGVO „für die Überwachung der Anwendung dieser Verordnung [der DSGVO] zuständig sind, damit die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung geschützt werden und der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union erleichtert wird“.<sup>26</sup> Darüber hinaus leistet nach Artikel 51 Absatz 2 DSGVO jede Aufsichtsbehörde „einen Beitrag zur einheitlichen Anwendung dieser Verordnung in der gesamten Union“. Es liegt daher in der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden, die Wirksamkeit der Einwilligung zu beurteilen, die als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten verwendet wird; dies betrifft auch Fälle, in denen eine solche Einwilligung im Zusammenhang mit „Consent or Pay“-Modellen eingeholt wird und in denen personenbezogene Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verarbeitet werden.
33. Im Lichte des Vorstehenden bietet diese Stellungnahme einen Rahmen für Verantwortliche und Aufsichtsbehörden, mit dem die Wirksamkeit der Einwilligung bei „Consent or Pay“-Modellen bewertet werden kann; hierzu wird nacheinander auf jede der Anforderungen eingegangen, die gemäß der DSGVO eine Einwilligung ausmachen. Es sei darauf hingewiesen, dass eine Einzelfallprüfung der Kriterien weiterhin erforderlich ist.

## 3 RECHTLICHER RAHMEN

### 3.1 Einschlägige Bestimmungen der DSGVO

---

<sup>26</sup> Siehe auch Artikel 57 Absatz 1 DSGVO, in dem die Aufgaben der Aufsichtsbehörden aufgeführt sind.

34. Für die Zwecke dieser Stellungnahme vertritt der EDSA die Auffassung, dass zu den wichtigsten einschlägigen Bestimmungen der DSGVO die Artikel 4, 5, 6 und 7 sowie die Erwägungsgründe 32, 42 und 43 zählen.
35. Als „Einwilligung“ der betroffenen Person gilt gemäß Artikel 4 Nummer 11 DSGVO „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“. Die Erteilung einer Einwilligung durch die betroffene Person ist einer der in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO genannten rechtmäßigen Gründe für die Verarbeitung personenbezogener Daten.<sup>27</sup>
36. Darüber hinaus ist zu beachten, dass Verantwortliche personenbezogene Daten im Einklang mit allen geltenden Bestimmungen der DSGVO und insbesondere mit den in Artikel 5 DSGVO festgelegten Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten<sup>28</sup> und dem Grundsatz des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen in Artikel 25 DSGVO<sup>29</sup> verarbeiten müssen.
37. In Artikel 7 und den Erwägungsgründen 32, 42 und 43 DSGVO sind zusätzliche Anforderungen und Leitlinien dafür vorgesehen, wie Verantwortliche die Hauptelemente der Einwilligungsanforderungen erfüllen müssen.
38. Insbesondere werden in Artikel 7 DSGVO die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Einwilligung festgelegt, wobei als erstes Folgendes bestimmt wird: „Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.“ Dies steht auch im Zusammenhang mit dem in Artikel 5 Absatz 2 DSGVO verankerten Grundsatz der Rechenschaftspflicht.
39. In Artikel 7 Absatz 2 DSGVO wird Folgendes bestimmt: „Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.“
40. In Artikel 7 Absatz 3 wird das Recht der betroffenen Person hervorgehoben, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Diesbezüglich wird durch „den Widerruf der Einwilligung ... die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt“. Die betroffene

---

<sup>27</sup> Konkret heißt es in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO: „Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist: a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben.“

<sup>28</sup> Siehe auch die EDSA-Leitlinien über die gezielte Ansprache, Rn. 58: „Der EDSA betont, dass die Verpflichtungen des Verantwortlichen zur Einhaltung der Grundsätze der Verarbeitung, die in der DSGVO und insbesondere in Artikel 5 in Bezug auf eine Verarbeitung nach Treu und Glauben, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sowie die Datenqualität niedergelegt sind, durch die Einholung der Einwilligung weder negiert noch auf irgendeine Weise abgeschwächt werden. Selbst wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht, würde dies keine gezielte Ansprache legitimieren, die unverhältnismäßig oder unfair ist.“ Siehe auch die Leitlinien des EDSA zur Einwilligung, Absatz 5.

<sup>29</sup> Siehe die EDSA-Leitlinien 4/2019 zu Artikel 25 – Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Version 2.0, angenommen am 20. Oktober 2020 (im Folgenden „Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen“).

Person wird hiervon in Kenntnis gesetzt, bevor sie ihre Einwilligung erteilt. Die DSGVO sieht auch vor: „Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.“

41. Artikel 7 Absatz 4 DSGVO lautet: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

### 3.2 Weitere Rechtsinstrumente

42. Dem EDSA ist bewusst, dass bestimmte Aspekte von „Consent or Pay“-Modellen auch in den Anwendungsbereich anderer Rechtsinstrumente der EU fallen könnten, die zwar nicht zum Gegenstand dieser Stellungnahme gehören, aber dennoch in Erinnerung gerufen werden sollten.
43. Der EDSA weist darauf hin, dass der Begriff der „Einwilligung“ im Sinne der DSGVO auch für die Zwecke der Anwendung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation<sup>30</sup> und der Umsetzung nationaler Rechtsvorschriften<sup>31</sup> relevant ist. Artikel 2 Buchstabe f der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation sieht ferner vor, dass die Einwilligung eines Nutzers oder Teilnehmers der Einwilligung der betroffenen Person im Sinne der DSGVO entspricht. Während der Schwerpunkt dieser Stellungnahme auf der Auslegung der Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO liegt, sind die darin ausgeführten Erwägungen zum Begriff der Einwilligung folglich auch für die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation als *lex specialis*<sup>32</sup> relevant.
44. Der EDSA stellt fest, dass einige Aspekte der im Antrag aufgeworfenen Frage auch für das Verbraucher- und Wettbewerbsrecht relevant sind und auch im Rahmen von Rechtsakten wie unter anderem der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken<sup>33</sup>, behandelt werden können. Auch wenn sich diese Stellungnahme nicht auf diese anderen Rechtsgebiete oder Rechtsinstrumente bezieht, kann sie auf deren Konzepte oder Vorschriften verweisen, um einschlägige Analyse Kriterien aufzustellen und eine kohärente Anwendung des EU-Rechts zu fördern.

---

<sup>30</sup> Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), zuletzt geändert durch Richtlinie 2006/24/EG und Richtlinie 2009/136/EG.

<sup>31</sup> Siehe Erwägungsgrund 173 DSGVO, in dem das *lex specialis-lex generalis*-Verhältnis zwischen der Richtlinie 2002/58/EG und der DSGVO präzisiert wird.

<sup>32</sup> Beispielsweise Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, der die Einwilligung für den Zugang zu oder die Speicherung von Informationen in Endgeräten vorschreibt, es sei denn, es gilt eine Ausnahme. Siehe Stellungnahme 5/2019 des EDSA zum Zusammenspiel zwischen der e-Datenschutzrichtlinie und der DSGVO, insbesondere in Bezug auf die Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse von Datenschutzbehörden, angenommen am 12. März 2019, Absatz 40.

<sup>33</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Weitere aus verbraucherrechtlicher Sicht relevante Rechtsakte sind beispielsweise die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher und die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

45. Dem EDSA ist bewusst, dass auch die Richtlinie 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Richtlinie über digitale Inhalte)<sup>34</sup> relevant sein kann.
46. Der EDSA stellt ferner fest, dass bestimmte Bestimmungen des Gesetzes über digitale Märkte<sup>35</sup>, wie Artikel 5 Absatz 2, spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch sogenannte „Torwächter“ enthalten<sup>36</sup> und dass in Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes über digitale Märkte auf den Begriff der Einwilligung im Sinne der DSGVO Bezug genommen wird.
47. Darüber hinaus stellt der EDSA fest, dass im Gesetz über digitale Dienste spezifische Verpflichtungen für Anbieter von Online-Plattformen sowie für Anbieter sehr großer Online-Plattformen festgelegt sind.<sup>37</sup> In dieser Stellungnahme wird auf die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes über digitale Märkte und des Gesetzes über digitale Dienste verwiesen, soweit dies zur Förderung einer kohärenten Anwendung des EU-Rechts<sup>38</sup> erforderlich ist.
48. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Wettbewerbsrecht und das Verbraucherschutzrecht in Bezug auf bestimmte Aspekte von „Consent or Pay“-Modellen relevant sind, hat der EDSA auf diesen Rechtsgebieten tätige nationale und EU-Regulierungsbehörden um Beiträge zum Thema der „Consent or Pay“-Modelle gebeten

### 3.3 Zusammenfassung des Bundeskartellamt-Urteils

49. Der EuGH behandelte in seinem Urteil vom 4. Juli 2023 mehrere Fragen, die sich aus einem Vorabentscheidungsersuchen ergaben. Bei der ersten der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen ging es darum, ob eine Wettbewerbsbehörde bei der Prüfung eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach dem Wettbewerbsrecht prüfen könne, ob sich das betreffende Unternehmen in einer Weise verhalten hat, die gegen die DSGVO verstößt.<sup>39</sup> In seiner Antwort hob der Gerichtshof die Pflicht der Wettbewerbsbehörden zur loyalen Zusammenarbeit mit den

---

<sup>34</sup> Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Richtlinie über digitale Inhalte).

<sup>35</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 (Gesetz über digitale Märkte).

<sup>36</sup> In diesem Zusammenhang sind auch die Erwägungsgründe 36 und 37 des Gesetzes über digitale Märkte von Bedeutung.

<sup>37</sup> Insbesondere sieht Artikel 33 Absatz 1 des Gesetzes über digitale Dienste Folgendes vor: „Dieser Abschnitt [5 des Gesetzes über digitale Dienste] gilt für Online-Plattformen ..., die eine durchschnittliche monatliche Zahl von mindestens 45 Millionen aktiven Nutzern in der Union haben und die gemäß Absatz 4 als sehr große Online-Plattformen ... benannt sind.“

<sup>38</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist dann, wenn zwei EU-Rechtsakte mit demselben hierarchischen Wert keinen Vorrang des einen vor dem anderen vorsehen, eine Anwendung beider Verordnungen sicherzustellen, die mit der Anwendung der jeweils anderen vereinbar ist und somit eine kohärente Anwendung ermöglicht. Siehe z. B. Urteil des Gerichts vom 3. Mai 2018, Malta/Kommission, T-653/16, ECLI:EU:T:2018:241, Rn. 137.

<sup>39</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Absätze 36-63.

Datenschutzaufsichtsbehörden hervor.<sup>40</sup> Weitere Fragen betrafen die Auslegung von Artikel 9 DSGVO<sup>41</sup> und Artikel 6 Absatz 1 DSGVO (Buchstaben b, d, e, f)<sup>42</sup>.

50. Als letzte Frage, wie von den antragstellenden Aufsichtsbehörden hervorgehoben betraf das Bundeskartellamt- Urteil den Punkt, ob „eine Einwilligung, die der Nutzer eines sozialen Online-Netzwerks dem Betreiber eines solchen Netzwerks erteilt hat, als eine Einwilligung angesehen werden kann, die die in Artikel 4 Nummer 11 dieser Verordnung vorgesehenen Wirksamkeitsvoraussetzungen – insbesondere diejenige der freiwilligen Erteilung der Einwilligung – erfüllt, wenn dieser Betreiber auf dem Markt für soziale Online-Netzwerke eine beherrschende Stellung einnimmt“.<sup>43</sup>
51. Der EuGH erinnerte zunächst an die Definition des Begriffs „Einwilligung“ in Artikel 4 Nummer 11 DSGVO sowie in Artikel 7 Absatz 4 und den Erwägungsgründen 42 und 43 DSGVO.<sup>44</sup> Wie in dem Antrag ausgeführt, stellte der EuGH fest, dass das Bestehen einer beherrschenden Stellung eines Betreibers sozialer Online-Netzwerke für sich genommen nicht ausschließt, dass die Nutzer eines solchen Netzwerks im Sinne von Art. 4 Nummer 11 DSGVO wirksam in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch diesen Betreiber einwilligen können.<sup>45</sup>
52. Der EuGH stellte jedoch klar, dass eine beherrschende Stellung ein „wichtiger Aspekt für die Prüfung [ist], ob die Einwilligung tatsächlich wirksam, insbesondere freiwillig, erteilt wurde, wofür der betreffende Betreiber die Beweislast trägt“.<sup>46</sup> Grund hierfür ist, dass dieser Umstand „geeignet ist, die Wahlfreiheit des Nutzers zu beeinträchtigen, der möglicherweise nicht in der Lage ist, seine Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden“<sup>47</sup> und „zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht“<sup>48</sup> schaffen kann.
53. Darüber hinaus hat der EuGH, obgleich dies für die Beurteilung des Gerichtshofs nicht von zentraler Bedeutung ist, festgestellt, dass dann, wenn es scheint, dass bestimmte Verarbeitungsvorgänge für die Erfüllung eines Vertrags nicht erforderlich sind,<sup>49</sup> die „Nutzer die Freiheit haben [müssen], im Zuge des Vertragsabschlusses die Einwilligung in [diese] Datenverarbeitungsvorgänge ... einzeln zu verweigern, ohne dazu gezwungen zu sein, auf die Nutzung des vom Betreiber des sozialen Online-Netzwerks angebotenen Dienstes vollständig zu verzichten, was bedingt, dass ihnen, gegebenenfalls gegen ein

---

<sup>40</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Absatz 53.

<sup>41</sup> Eine Frage zur Auslegung von Artikel 9 Absatz 1 DSGVO wird vom Gerichtshof in den Rn. 64-85 des Bundeskartellamt-Urteils behandelt.

<sup>42</sup> Konkret Rn. 86-139 des Bundeskartellamt-Urteils des EuGH. Rn. 86 und 97-126 des Bundeskartellamt-Urteils des EuGH beziehen sich auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO. Rn. 127-139 des Bundeskartellamt-Urteils des EuGH beziehen sich auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d und Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e DSGVO.

<sup>43</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), B. Der Zusammenhang zwischen Einwilligung und Pur-Abo-Modellen, S. 3, unter Verweis auf Rn. 140 des Bundeskartellamt-Urteils des EuGH.

<sup>44</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 142-145.

<sup>45</sup> Siehe EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 154.

<sup>46</sup> Vgl. EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 154.

<sup>47</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 148, unter Verweis auf Erwägungsgrund 42 DSGVO.

<sup>48</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 149, unter Verweis auf Erwägungsgrund 43 und Artikel 7 Absatz 4 DSGVO.

<sup>49</sup> Diesbezüglich verweist das Gericht in Rn. 149 auch auf die Rn. 102 bis 104.

angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative angeboten wird, die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht“.<sup>50</sup>

54. Der EuGH wies ferner unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 43 darauf hin, „dass die Einwilligung als nicht freiwillig erteilt gilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist“. Er nannte ferner den „Umfang der Verarbeitung von personenbezogenen Daten“ und die „erheblichen Auswirkungen auf die Nutzer dieses Netzwerks“ sowie berechtigten Erwartungen der Nutzer als besonders wichtige Faktoren im vorliegenden Fall. Daraufhin verwies der EuGH die Rechtsachen an das vorliegende Gericht zurück und forderte es auf, zu prüfen, ob Nutzer die Möglichkeit hatten, ihre Einwilligung gesondert für die Verarbeitung von Daten, die ihr Verhalten innerhalb des sozialen Netzwerks betreffen, einerseits und für die Verarbeitung von außerhalb jener Plattform („Off-Plattform“) erhobenen Daten andererseits zu erteilen.<sup>51</sup>

### 3.4 Bestehende Leitlinien des EDSA

55. Für diese Stellungnahme sind verschiedene vom EDSA angenommene Leitlinien relevant.<sup>52</sup> In diesem Zusammenhang sind die Leitlinien 05/2020 des EDSA zur Einwilligung<sup>53</sup> von besonderer Bedeutung. Sie befassen sich mit den Bedingungen für eine freiwillig erteilte Einwilligung der betroffenen Personen sowie mit den anderen Elementen einer wirksamen Einwilligung. Die Leitlinien 05/2020 behandeln jedoch die dem EDSA von den antragstellenden Aufsichtsbehörden vorgelegte Frage nicht vollständig, da darin nicht erläutert wird, wie die allgemeinen Leitlinien des EDSA zur Einwilligung im Zusammenhang mit „Consent or Pay“-Modellen, die von großen Online-Plattformen eingesetzt werden, die eine große Zahl von Nutzern im EWR anziehen und deren personenbezogene Daten auf der Grundlage der Einwilligung für Zwecke der verhaltensorientierte Werbung verarbeiten, angewendet werden sollten.<sup>54</sup> Aus diesem Grund ist es angemessen, dass der EDSA die im Antrag aufgeworfene Frage mittels Abgabe einer Stellungnahme nach Artikel 64 Absatz 2 DSGVO beantwortet.
56. Da mit dieser Stellungnahme ein Rahmen geschaffen werden soll, anhand dessen von großen Online-Plattformen eingesetzte „Consent or Pay“-Modelle bewertet werden können, wird jede der kumulativen Anforderungen, die nach der DSGVO eine Einwilligung ausmachen, der Reihe nach behandelt.

## 4 BEWERTUNG DURCH DEN EDSA

### 4.1 Grundsätze und allgemeine Bemerkungen

---

<sup>50</sup> Antrag, Abschnitt II („Hintergrund und Begründung dieses Antrags“), B. Der Zusammenhang zwischen Einwilligung und Pur-Abo-Modellen, S. 3, unter Verweis auf das Bundeskartellamt-Urteil des EuGH, Rn. 140.

<sup>51</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 151.

<sup>52</sup> Hierzu zählen Leitlinien des EDSA zur Einwilligung sowie Leitlinien des EDSA über die gezielte Ansprache.

<sup>53</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung.

<sup>54</sup> In den EDSA-Leitlinien zur Einwilligung erläuterte der EDSA seinen Standpunkt zu den sogenannten Cookie-Mauern bzw. Cookie-Walls, bei denen betroffene Personen die Wahl haben, in die Speicherung von Informationen in ihren Endgeräten einzuwilligen oder nicht auf den Dienst zuzugreifen. Dies ist ein Beispiel für eine Situation, in der die Einwilligung der betroffenen Personen nicht als „freiwillig erteilt“ angesehen werden kann.

57. In Artikel 5 DSGVO sind die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten festgelegt. Diesbezüglich hat der EDSA bereits klargestellt, dass die Einholung der Einwilligung den Verantwortlichen nicht davon entbindet, alle in Artikel 5 DSGVO genannten Grundsätze<sup>55</sup> einzuhalten (sowie die anderen in der DSGVO vorgesehenen Verpflichtungen zu erfüllen). **Selbst wenn die Verarbeitung auf Einwilligung beruht, rechtfertigt sie die Erhebung personenbezogener Daten nicht über das für den angegebenen Zweck erforderliche Maß hinaus oder in einer Weise, die den betroffenen Personen gegenüber missbräuchlich ist.**<sup>56</sup>
58. Die Verarbeitung sollte den Grundsätzen der **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** entsprechen.<sup>57</sup> Die Einhaltung der Grundsätze der **Zweckbindung und der Datenminimierung**<sup>58</sup> ist von entscheidender Bedeutung. Nach dem Grundsatz der Zweckbindung müssen personenbezogene Daten für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben werden.<sup>59</sup> Die Verantwortlichen sind dafür zuständig, die Zwecke der Verarbeitung klar zu definieren, auch in Bezug auf eine Verarbeitung die zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung durchgeführt wird.<sup>60</sup> Darüber hinaus müssen Verantwortliche die Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung<sup>61</sup> sicherstellen, wonach personenbezogene Daten angemessen, erheblich und auf das Maß beschränkt sein müssen, das für die Zwecke, für die sie verarbeitet werden, erforderlich ist und das den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck bringt.<sup>62</sup> In diesem Zusammenhang sollten Verantwortliche zunächst festlegen, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten für ihre entsprechenden Zwecke überhaupt erforderlich ist, und **überprüfen, ob die entsprechenden Zwecke durch die Verarbeitung einer geringeren Menge an personenbezogenen Daten erfüllt werden können** bzw. ob weniger detaillierte oder weniger aggregierte personenbezogene Daten ausreichen.<sup>63</sup> Der folgende Abschnitt 4.2.1.1 ist in dieser Hinsicht von Bedeutung.
59. Der EDSA stellt fest, dass verhaltensorientierte Werbung die Erhebung und Zusammenstellung möglichst vieler personenbezogener Daten über Einzelpersonen und ihre Tätigkeiten mit sich bringen kann, wobei möglicherweise deren gesamtes Leben sowohl online als auch offline überwacht werden kann.<sup>64</sup> Der EDSA ist der Auffassung, dass der Umfang und die Eingriffsintensität der Verarbeitung bei

---

<sup>55</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 5 („Darüber hinaus werden die Verpflichtungen des Verantwortlichen zur Einhaltung der Grundsätze der Verarbeitung, die in der DSGVO ... niedergelegt sind, nicht dadurch negiert oder auf irgendeine Weise abgeschwächt, dass die Einwilligung eingeholt wird.“).

<sup>56</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 5 („Selbst wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Einwilligung der betroffenen Person beruht, würde dies nicht die Erhebung von Daten legitimieren, die für einen für die Verarbeitung angegebenen Zweck nicht erforderlich sind, und wäre grundsätzlich missbräuchlich.“).

<sup>57</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 5 („Darüber hinaus werden die Verpflichtungen des Verantwortlichen zur Einhaltung der Grundsätze der Verarbeitung, die in der DSGVO und insbesondere in Artikel 5 in Bezug auf Treu und Glauben, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sowie die Datenqualität niedergelegt sind, nicht dadurch negiert oder auf irgendeine Weise abgeschwächt, dass die Einwilligung eingeholt wird.“).

<sup>58</sup> Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c DSGVO.

<sup>59</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Abschnitt 3.4.

<sup>60</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Rn. 72 (in der auf die Elemente der „vorherigen Bestimmung“ und der „Spezifität“ der Zwecke als Teil des Grundsatzes der Zweckbindung Bezug genommen wird).

<sup>61</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Abschnitte 3.4 und 3.5.

<sup>62</sup> EuGH, Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-439/19 (Latvijas Republikas Saeima), Rn. 98.

<sup>63</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absätze 51 und 74.

<sup>64</sup> Siehe Abschnitt 2.1.2.

der Beurteilung der Einhaltung des Grundsatzes der Datenminimierung berücksichtigt werden müssen. Übermäßiges Tracking, das das webseitenübergreifende Kombinieren von Daten aus verschiedenen Quellen umfasst, ist daher schwieriger mit dem Grundsatz der Datenminimierung zu vereinbaren als z. B. ein System verhaltensbasierter Werbung, in dem die Nutzer selbst aktiv und bewusst ihre eigenen Präferenzen bestimmen.

60. Bei der Verarbeitung sollte stets der Grundsatz von **Treu und Glauben** eingehalten werden.<sup>65</sup> Zu den wichtigsten Elementen des Grundsatzes von Treu und Glauben gehören unter anderem das Erfordernis, dass die Verarbeitung den berechtigten Erwartungen der betroffenen Personen entspricht, dass der Verantwortliche die betroffenen Personen nicht in unlauterer Weise diskriminiert oder ihre Bedürfnisse oder Schwachstellen ausnutzt, das Erfordernis, ein Ungleichgewicht der Macht zu vermeiden oder zu berücksichtigen, und das Erfordernis, irreführende oder manipulative Äußerungen oder Gestaltungen zu vermeiden.<sup>66</sup> In diesem Zusammenhang erinnert der EDSA daran, dass irreführende Gestaltungsmuster vermieden werden müssen.<sup>67</sup> Darüber hinaus sollte der Verantwortliche die weiter reichenden Auswirkungen der Verarbeitung auf die Rechte und die Würde des Einzelnen berücksichtigen und den betroffenen Personen den höchstmöglichen Grad an Autonomie gewähren.<sup>68</sup> Dieser Aspekt ist für die Verantwortlichen von entscheidender Bedeutung, insbesondere dann, wenn die von ihnen vorgenommene Verarbeitung besonders eingriffsintensiv ist. Der EDSA stellt ferner fest, dass Treu und Glauben bei der Bewertung eines "Consent or Pay"-Modells als leicht verständliche Kriterien oder Bezugspunkte für Verantwortliche dienen können. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, dass die Verantwortlichen nachweisen können, warum sie der Ansicht sind, dass bestimmte Entscheidungen mit dem im vorstehenden Absatz beschriebenen Grundsatz von Treu und Glauben im Einklang stehen. Dies ist besonders wichtig, wenn der Verantwortliche die Auswahlmöglichkeiten der betroffenen Person einschränkt (z. B. indem er, wie in Abschnitt 4.2.1.1 beschrieben, keine kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung bereitstellt), oder wenn dies die Gefahr birgt, die Wahl der betroffenen Person unangemessen zu beeinflussen (z. B. durch die Erhebung eines Entgelts, die die betroffenen Personen wirksam daran hindert, eine freie Wahl zu treffen).
61. Von Verantwortlichen wird auch erwartet, dass sie den Grundsatz der **Transparenz** einhalten. In Anwendung dieses Grundsatzes sollten Verantwortliche es betroffenen Personen ermöglichen, leicht zu verstehen, wie sich ihre Wahl auf die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten auswirkt.<sup>69</sup> Hinsichtlich der Einwilligung wird dies in Abschnitt 4.2.2 näher erläutert.
62. Nach Artikel 25 Absatz 1 DSGVO hat der Verantwortliche den Grundsatz des **Datenschutzes durch Technikgestaltung** zu beachten. Dies bedeutet, dass er geeignete technische und organisatorische Maßnahmen trifft, die darauf abzielen, die Datenschutzgrundsätze umzusetzen und die notwendigen

---

<sup>65</sup> Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO.

<sup>66</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 70.

<sup>67</sup> EDSA-Leitlinien 3/2022 zu irreführenden Gestaltungsmustern auf Schnittstellen von Plattformen sozialer Medien: wie man sie erkennt und vermeidet, Version 2.0, angenommen am 14. Februar 2023 (im Folgenden „EDSA-Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern“).

<sup>68</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 70.

<sup>69</sup> Erwägungsgrund 39 DSGVO; Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Transparenz, Absatz 4; EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 66.

Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den Anforderungen zu genügen und die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen zu schützen.<sup>70</sup>

63. Darüber hinaus hat der Verantwortliche nach Artikel 25 Absatz 2 DSGVO den Grundsatz des Datenschutzes durch **datenschutzfreundliche Voreinstellungen** einzuhalten. Dies bedeutet, dass der Verantwortliche die Voreinstellungen und Optionen für die Verarbeitung so auswählen sollte, dass nur die Verarbeitung standardmäßig ausgeführt wird, die unbedingt erforderlich ist, um den vorgegebenen rechtmäßigen Zweck zu erreichen; der Verantwortliche ist für die Vornahme dieser Voreinstellungen verantwortlich. Dies bedeutet, dass der Verantwortliche standardmäßig nicht mehr Daten als erforderlich erhebt, die erhobenen Daten nicht weiter als für seine Zwecke erforderlich verarbeitet und sie auch nicht länger als erforderlich speichert.<sup>71</sup>
64. Kinder genießen besonderen Schutz, insbesondere in Bezug auf Profiling- und Marketingzwecke.<sup>72</sup> Insbesondere sollten **Kinder** nicht mit verhaltensorientierter Werbung<sup>73</sup> und somit auch nicht mit "Consent or Pay"-Modellen konfrontiert werden, mit denen die Einwilligung in eine solche Verarbeitung eingeholt werden soll.
65. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Grundsatz der **Rechenschaftspflicht** in Artikel 5 Absatz 2 DSGVO, wonach der Verantwortliche für die Einhaltung der anderen Grundsätze des Artikels 5 DSGVO verantwortlich ist und deren Einhaltung nachweisen können muss.<sup>74</sup> In Bezug auf die Einwilligung heißt es in Artikel 7 Absatz 1 ausdrücklich, dass dann, wenn die Verarbeitung auf einer Einwilligung als Rechtsgrundlage beruht, der Verantwortliche nachweisen können muss, dass die betroffenen Personen in die Verarbeitung eingewilligt haben. Wie der EuGH im *Bundeskartellamt-Urteil*<sup>75</sup> ausgeführt hat, trägt der Verantwortliche die Beweislast dafür, dass die Einwilligung der betroffenen Person unter Berücksichtigung der Umstände der Verarbeitungssituation freiwillig erteilt wurde und dass alle anderen Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung erfüllt waren.

## 4.2 Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

66. Um die Frage zu beantworten, unter welchen Umständen und Bedingungen "Consent or Pay"-Modelle in Bezug auf verhaltensorientierte Werbung von großen Online-Plattformen in einer Weise eingesetzt werden können, die eine wirksame und insbesondere freiwillig erteilte Einwilligung darstellt, werden in dieser Stellungnahme wiederum alle Anforderungen behandelt, die für eine Einwilligung nach der DSGVO kumulativ vorliegen müssen.

### 4.2.1 Freiwillig erteilte Einwilligung

67. Das Kriterium der „freiwillig erteilten Einwilligung“ ist für das Verständnis der Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten von zentraler Bedeutung. Der besondere Charakter der Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung besteht darin, dass die

---

<sup>70</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 7.

<sup>71</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 42.

<sup>72</sup> Erwägungsgrund 38 DSGVO.

<sup>73</sup> Siehe auch Artikel 28 Absatz 2 des Gesetzes über digitale Dienste.

<sup>74</sup> Siehe hierzu EuGH, Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache C-175/20, SIA „SS“/Valsts ienēmumu dienests, ECLI:EU:C:2022:124, Rn. 77.

<sup>75</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 152.

Entscheidung der betroffenen Person („unmissverständlich abgegebene Willensbekundung“) und vor allem ihre Entscheidungsfreiheit, diese Entscheidung zu treffen, ausschlaggebend für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ist.

68. Verantwortliche müssen sicherstellen, dass betroffene Personen eine echte Wahlfreiheit haben, wenn sie aufgefordert werden, in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einzuwilligen; ferner dürfen sie die Autonomie der betroffenen Personen nicht dadurch einschränken, dass eine Verweigerung schwieriger als eine Einwilligung ist.<sup>76</sup> Dies wird auch durch einen der Hauptziele der DSGVO gestützt, nämlich betroffenen Personen die Kontrolle über ihre personenbezogenen Daten zu geben.<sup>77</sup> Damit die Einwilligung freiwillig erteilt werden kann, müssen die betroffenen Personen in der Lage sein, selbst zu bestimmen, ob die Verarbeitung ohne unangemessenen Einfluss des Verantwortlichen oder anderer Personen<sup>78</sup> erfolgen kann; ferner müssen sie angemessene Informationen über die Verarbeitung erhalten<sup>79</sup>.
69. Der EDSA hat bereits festgestellt, dass das Wort „frei“ impliziert, dass die betroffenen Personen eine echte Wahl und die Kontrolle haben und dass nach der DSGVO „eine Einwilligung nicht wirksam ist, wenn die betroffene Person keine wirkliche Wahl hat, sich zur Einwilligung gedrängt fühlt oder negative Auswirkungen erdulden muss, wenn sie nicht einwilligt“.<sup>80</sup> Wie der EDSA mehrfach betont hat, kann eine Einwilligung nur dann wirksam sein, wenn die betroffene Person in der Lage ist, eine echte Wahl zu treffen, und kein Risiko einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder von erheblichen nachteiligen Folgen besteht, wenn sie die Einwilligung nicht erteilt. In Fällen, in denen in irgendeiner Weise Zwang oder Druck ausgeübt wird oder keine Möglichkeit zur Ausübung des freien Willens besteht, ist eine Einwilligung nicht frei.<sup>81</sup>
70. Die DSGVO enthält mehrere Kriterien, anhand deren beurteilt werden sollte, ob der Kontext und die Umstände, unter denen die Datenverarbeitung erfolgt, den betroffenen Personen ausreichende Autonomie bieten, damit ihre Einwilligung als „freiwillig erteilt“ angesehen werden kann. Wie der EDSA in seinen Leitlinien zur Einwilligung erläutert hat, sind die wichtigsten Kriterien, die bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung zu berücksichtigen sind, ob die betroffene Person dadurch benachteiligt wird, dass sie ihre Einwilligung nicht erteilt oder widerruft; ob ein Machtungleichgewicht zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht; ob für den Zugang zu Waren oder Dienstleistungen eine Einwilligung erforderlich ist, obwohl die Verarbeitung für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist (Konditionalität) und ob die betroffene Person in unterschiedliche Verarbeitungsvorgänge einwilligen kann (Granularität).<sup>82</sup> Der EuGH hat im Bundeskartellamt-Urteil auch festgestellt, dass dies die Hauptüberlegungen bei der Frage sind, ob die Einwilligung einer betroffenen Person wirksam ist.<sup>83</sup>

---

<sup>76</sup> Gleiches gilt für den Widerruf der Einwilligung, siehe Artikel 7 Absatz 2 DSGVO.

<sup>77</sup> Siehe Erwägungsgründe 7, 42 und 43 DSGVO. Der Grundsatz der Transparenz und die Rechte der betroffenen Personen in Kapitel III der DSGVO sind weitere Beispiele für Vorschriften, mit denen die Kontrolle der betroffenen Personen über ihre personenbezogenen Daten gestärkt werden soll.

<sup>78</sup> Siehe hierzu die EDSA-Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern, da, wie in Absatz 3 dieser Leitlinien erwähnt wird, „irreführende Gestaltungsmuster“ die Fähigkeit betroffener Personen, eine in informierter Weise und freiwillig erteilte Einwilligung zu geben, einschränken können.

<sup>79</sup> In diesem Zusammenhang sind die in Abschnitt 4.2.2 aufgeführten Erwägungen über Einwilligungen in informierter Weise relevant und sollten berücksichtigt werden.

<sup>80</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 13.

<sup>81</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 24.

<sup>82</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 13-54.

<sup>83</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Absatz 143-146.

71. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Kriterien in Bezug auf die spezifische Verarbeitungssituation erfüllt sind. Die Verantwortlichen müssen nachweisen können, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wurde. Die Kriterien sind zwar diesbezüglich miteinander verknüpft, doch muss jedes einzelne Kriterium zu dem Zeitpunkt, zu dem eine betroffene Person in die Verarbeitung einwilligt, erfüllt sein. Wenn beispielsweise ein Verantwortlicher Schritte unternimmt, um jegliche Konditionalität zu vermeiden, aber die betroffene Person Nachteile erleiden würde, wenn sie nicht einwilligt, ist die Einwilligung nicht freiwillig erteilt.

#### *4.2.1.1 Die Bereitstellung einer kostenlosen Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung*

72. Wie im vorstehenden Abschnitt beschrieben, sollten betroffene Personen eine reale, echte Wahlfreiheit haben, wenn sie um die Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten gebeten werden. In einem solchen Kontext hängt die Wahlfreiheit der betroffenen Person auch von den Optionen ab, die den Nutzern angeboten werden.
73. **(Nur) eine kostenpflichtige, die Verarbeitung zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung umfassende Alternative zu dem Dienst anzubieten, sollte für die Verantwortlichen nicht die standardmäßige Vorgehensweise sein.** Vielmehr **sollten Verantwortliche** bei der Entwicklung der Alternative zur Version des Dienstes mit verhaltensorientierter Werbung **in Erwägung ziehen, betroffenen Personen eine „gleichwertige Alternative“ ohne eine Entgeltzahlung zur Verfügung zu stellen**, beispielsweise die nachstehend in diesem Abschnitt beschriebene kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung.
74. **Hinsichtlich des Falls, dass die Verantwortlichen beschließen sollten, betroffenen Personen eine „gleichwertige Alternative“ zur Verfügung zu stellen, die die Zahlung eines Entgelts beinhaltet**, hebt der EDSA hervor, dass den in dieser Stellungnahme beispielsweise in den Abschnitten 4.2.1.4.1 und 4.2.1.4.2 enthaltenen Elementen besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte. In solchen Fällen **sollten Verantwortliche in Erwägung ziehen, eine weitere kostenlose Alternative** (im Folgenden „kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung“) **anzubieten**, um eine echte Wahl zu gewährleisten und den Nutzern nicht nur zwei Optionen zu bieten, nämlich entweder die Zahlung eines Entgelts oder die Einwilligung in die Verarbeitung zum Zweck der verhaltensorientierten Werbung.
75. Diese Alternative darf keine Verarbeitung für verhaltensorientierte Werbung beinhalten und kann **beispielsweise** eine Version des Dienstes **mit einer anderen Form der Werbung sein, bei der weniger (oder keine) personenbezogene Daten verarbeitet werden**, z. B. kontextbezogene oder allgemeine Werbung oder Werbung auf der Grundlage von Themen, die die betroffene Person aus einer Liste von für sie interessanten Themen ausgewählt hat. Dies steht auch im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Datenminimierung, auf den in Abschnitt 4.1 wie folgt hingewiesen wird: Verantwortliche sollten sicherstellen, dass nur personenbezogene Daten verarbeitet werden, die für die Platzierung einer solchen Werbung erforderlich sind. Die Verantwortlichen sollten in jedem Fall berücksichtigen, dass Artikel 6 DSGVO und gegebenenfalls Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation eingehalten werden müssen.
76. Zwar sind große Online-Plattformen nicht verpflichtet, Dienste stets kostenlos anzubieten, doch **stärkt** die Bereitstellung dieser weiteren Alternative für die betroffenen Personen deren **Wahlfreiheit. Verantwortlichen erleichtert dies den Nachweis, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wurde.**
77. Nach Ansicht des EDSA ist die Frage, ob eine kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung angeboten wird oder nicht, ein **besonders wichtiger Faktor bei der Beurteilung der Frage**,

**ob betroffene Personen eine echte Wahl treffen können** und die Einwilligung somit wirksam ist. Wie der EDSA in seiner Antwort auf die „Cookie Pledge“-Initiative der Kommission darlegt, betrachtet er bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung unter anderem, ob einem Nutzer neben einem Dienst, der Tracking-Technologie nutzt, und einem kostenpflichtigen Dienst eine andere Art von Dienst angeboten wird, wie z. B. ein Dienst, der eine weniger einschneidende Form der Werbung beinhaltet; ferner prüft er, ob die betroffene Person in der Lage ist, eine echte Wahl zu treffen.<sup>84</sup>

78. Die als weitere Alternative angebotene kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung würde eine **maßgebliche Rolle dabei spielen, den Nachteil zu beseitigen, zu verringern oder zu mindern**, der sich für Nutzer, die keine Einwilligung erteilen, daraus ergeben kann, dass sie entweder ein Entgelt für den Zugang zu dem Dienst zahlen müssen oder nicht darauf zugreifen können.
79. Darüber hinaus kann, wie der EDSA bereits festgestellt hat, in Fällen, in denen ein klares Ungleichgewicht der Macht besteht, die nur „in Ausnahmefällen“ erteilte Einwilligung herangezogen werden, wenn der Verantwortliche im Einklang mit dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht nachweisen kann, dass es für die betroffene Person „zu keinerlei Nachteilen führt“, wenn sie nicht einwilligt, insbesondere wenn den betroffenen Personen eine Alternative angeboten wird, die keine nachteiligen Auswirkungen hat.<sup>85</sup> Im Kontext dieser Stellungnahme könnte eine solche Alternative das Angebot der kostenlosen Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung sein.
80. Die Frage, ob Verantwortliche eine kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung anbieten, kann auch für die Beurteilung anderer Aspekte der freiwillig erteilten Einwilligung relevant sein, beispielsweise des Aspekts, ob, wie in Abschnitt 4.2.1.4 der vorliegenden Stellungnahme erläutert wird, eine Konditionalität vorliegt.
81. Wenn den betroffenen Personen verschiedene Optionen angeboten werden, sollten die Verantwortlichen auch sicherstellen, dass die betroffenen Personen vollständig verstehen, was die einzelnen Optionen hinsichtlich der Datenverarbeitung und ihrer Folgen mit sich bringen. Diesbezüglich sind die in Abschnitt 4.2.2 aufgeführten Erwägungen über Einwilligungen in informierter Weisein informierter Weise relevant und sollten berücksichtigt werden. Die **Klarheit der verschiedenen zur Auswahl stehenden Optionen** sollte sich auch in der Gestaltung der Oberfläche widerspiegeln, da im Einklang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben eine irreführende oder manipulative Gestaltung vermieden werden sollte.<sup>86</sup>
82. Der EDSA weist ferner darauf hin, dass Verantwortliche, die Torwächter im Sinne des Gesetzes über digitale Märkte und/oder sehr große Online-Plattformen im Rahmen des Gesetzes über digitale

---

<sup>84</sup> Antwort des EDSA auf die Initiative der Kommission für eine freiwillige Zusage der Unternehmen, die Verwaltung von Cookies und personalisierten Werbeentscheidungen durch die Verbraucher zu vereinfachen, angenommen am 13. Dezember 2023, S. 5 des Anhangs: „Bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung betrachtet der EDSA unter anderem, ob einem Nutzer neben einem Dienst, der Tracking-Technologie nutzt, und einem kostenpflichtigen Dienst eine andere Art von Dienst angeboten wird, wie z. B. ein Dienst, der eine weniger einschneidende Form der Werbung wie kontextbezogene Werbung umfasst; ferner prüft er, ob die betroffene Person in der Lage ist, eine echte Wahl zu treffen.“

<sup>85</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 22 Beispiel 5.

<sup>86</sup> Siehe die Leitlinien des EDSA zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 70. Siehe auch die Leitlinien des EDSA zu irreführenden Gestaltungsmustern.

Dienste sind, die jeweiligen Anforderungen dieser Gesetze berücksichtigen sollten, wenn sie alternative Optionen für Nutzer entwickeln.<sup>87</sup>

#### 4.2.1.2 *Nachteil*

83. Gemäß Erwägungsgrund 42 DSGVO sollte nur davon ausgegangen werden, dass die betroffene Person ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte Wahl hat und in der Lage ist, ihre Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden, was bedeutet, dass ihr kein Schaden entsteht.<sup>88</sup> Die Möglichkeit, die Einwilligung ohne Nachteile zu verweigern oder zu widerrufen, muss vom Verantwortlichen nachgewiesen werden.<sup>89</sup>
84. Verweigert eine betroffene Person die Einwilligung in die Datenverarbeitung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung und gibt es keine anderen kostenlosen Alternativen, die es ihr ermöglichen, auf denselben Dienst zuzugreifen, wäre die betroffene Person mit finanziellen Folgen konfrontiert, da sie ein Entgelt entrichten müsste, um den Dienst nutzen zu können. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn Lock-in-Effekte vorliegen und der Nutzer den Dienst über einen längeren Zeitraum nutzen konnte, ohne dass ein Entgelt anfiel.
85. Um Nachteile im Sinne des Erwägungsgrunds 42 DSGVO zu vermeiden und sicherzustellen, dass betroffene Personen die Möglichkeit haben, eine echte Wahl zu treffen, sollten die Art und Weise, in welcher der Dienst angeboten wird<sup>90</sup>, sowie das Entgelt (sofern erhoben) nicht dazu führen, dass die betroffenen Personen an einer freien Wahl gehindert werden, indem sie beispielsweise zur Einwilligung gedrängt werden. Daher sollte das fragliche Entgelt nicht unangemessen hoch sein; hierauf wird in Abschnitt 4.2.1.4.2 näher eingegangen.
86. Wenn die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder ihre Einwilligung widerruft und das geforderte Entgelt nicht entrichtet, wäre sie nicht in der Lage, den Dienst zu nutzen, was einen Nachteil für die betroffene Person darstellen kann. In diesen Fällen können verschiedene Faktoren dazu führen, dass betroffenen Personen Nachteile entstehen.
87. Betroffenen Personen können Nachteile entstehen, wenn sie einen Dienst nicht nutzen können, der Teil ihres täglichen Lebens ist und eine wichtige Rolle spielt. Dies könnte beispielsweise bei einer Plattform der Fall sein, die häufig und systematisch für die Verbreitung von Informationen genutzt

---

<sup>87</sup> Siehe Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes über digitale Märkte. Siehe auch Erwägungsgrund 36 des Gesetzes über digitale Märkte: „Damit sichergestellt ist, dass Torwächter die Bestreitbarkeit zentraler Plattformdienste nicht auf unfaire Weise untergraben, sollten Torwächter Endnutzern ermöglichen, frei zu entscheiden, ob sie solchen Datenverarbeitungs- und Anmeldepraktiken zustimmen, indem sie eine weniger personalisierte, aber gleichwertige Alternative anbieten, ohne die Nutzung des zentralen Plattformdienstes oder bestimmter Funktionen davon von der Einwilligung des Endnutzers abhängig zu machen.“ In Erwägungsgrund 37 des Gesetzes über digitale Märkte heißt es ergänzend: „Die weniger personalisierte Alternative sollte sich nicht von dem Dienst, der den Endnutzern, die ihre Einwilligung erteilen, erbracht wird, unterscheiden oder von geringerer Qualität sein, es sei denn, eine Qualitätsminderung ist eine unmittelbare Folge davon, dass der Torwächter nicht in der Lage ist, solche personenbezogenen Daten zu verarbeiten oder Endnutzer in einem Dienst anzumelden.“ Siehe auch Artikel 38 des Gesetzes über digitale Dienste: „Anbieter sehr großer Online-Plattformen und sehr großer Online-Suchmaschinen, die Empfehlungssysteme verwenden, [legen] mindestens eine Option für jedes ihrer Empfehlungssysteme vor, die nicht auf Profiling gemäß Artikel 4 Nummer 4 der Verordnung (EU) 2016/679 beruht“.

<sup>88</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absätze 46-48. Siehe auch Rn. 24.

<sup>89</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 46.

<sup>90</sup> Während eine Einwilligung häufig durch eine einzige Handlung erfolgen kann, könnte die Verweigerung einer Einwilligung erfordern, dass die betroffene Person ein längeres und umständlicheres Zahlungsverfahren durchlaufen muss, das möglicherweise mit weiteren Datenverarbeitungstätigkeiten verbunden ist.

wird, die möglicherweise nicht ohne Weiteres aus anderen Quellen verfügbar sind, oder bei einer Plattform, deren Nutzung für den Zugang zu bestimmten für das tägliche Leben der Person relevanten Diensten erforderlich ist. Dabei kann es sich um Informationen oder Austausch handeln, auf die die Nutzer in ihrem täglichen Leben angewiesen sind, was ihnen den Verzicht auf die Teilnahme an Aktivitäten auf der Plattform erschwert. Diese Situationen können von wichtigen Informationen in öffentlichen Notlagen bis hin zu Informationen für Eltern über soziale Aktivitäten für ihre Kinder reichen. Darüber hinaus kann die Plattform ein wichtiges Forum für die öffentliche Debatte über politische, soziale, kulturelle und wirtschaftliche Fragen sein.

88. Ebenso könnte die Nutzung bestimmter sozialer Mediendienste entscheidend für die Teilhabe der betroffenen Personen am gesellschaftlichen Leben sein. Angesichts der raschen technologischen Innovationen und der Tatsache, dass die meisten Menschen eine Online-Präsenz haben, sollte die Rolle, die soziale Medien im täglichen Leben und bei den Interaktionen der betroffenen Personen spielen, nicht unterschätzt werden. Viele betroffene Personen verlassen sich auf diese Plattformen als wichtiges Mittel, um mit Menschen in Kontakt zu bleiben, mit denen sie in ihren Alltagsroutinen nicht physisch interagieren, beispielsweise mit Freunden und/oder Familienmitgliedern. In Anbetracht der Tatsache, dass soziale Medien eine besonders wertvolle und bequeme Alternative zu persönlichen Interaktionen darstellen, kann der fehlende Zugang zu ihnen erhebliche Auswirkungen auf das emotionale und psychische Wohlbefinden einiger Nutzer haben. In den oben genannten Fällen könnten die betroffenen Personen von den sozialen Interaktionen auf der Plattform ausgeschlossen sein und sich sozial isoliert fühlen, insbesondere wenn es keinen alternativen Dienst gibt, der ein ähnliches Erlebnis bietet und von den sozialen Kontakten der betroffenen Person ebenfalls genutzt wird. Gleiches gilt für die Teilnahme an Online-Diskussionsforen. Betroffene Personen könnten von der Teilnahme an diesen Online-Diskussionsforen ausgeschlossen werden, obwohl diese heute einen wichtigen Teil der Online-Debatten darstellen.
89. Betroffene Personen können auch Nachteile erleiden, wenn ihnen der Zugang zu berufs- oder beschäftigungsbezogenen Plattformen verwehrt wird, weil sie kein Entgelt zahlen und keine Einwilligung erteilen. Konkret können ihre Möglichkeiten, Stellenangebote zu finden oder berufliche Netzwerke aufzubauen bzw. zu unterhalten, beeinträchtigt werden, und sie können sich im Vergleich zu Nutzern, die Zugang zu dem betreffenden Dienst haben, benachteiligt fühlen; ferner könnte es ihnen unmöglich sein, wichtige Entwicklungen in ihrem jeweiligen Arbeitsbereich zu verfolgen.
90. Darüber hinaus kann ein solcher Nachteil bei einer großen Online-Plattform, auf der eventuell **Lock-in- oder Netzwerkeffekte** bestehen, mit höherer Wahrscheinlichkeit eintreten und möglicherweise bedeutender sein. Die nachteiligen Folgen einer Verweigerung des Zugangs zu einem Dienst **können für die Nutzer von Online-Plattformen, die "Consent or Pay"-Modelle nicht von Anfang an, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt umsetzen, noch gravierender sein.**
91. **Netzwerkeffekte** können es betroffenen Personen erschweren, sich ohne nachteilige Folgen gegen den Zugang zu dem Dienst zu entscheiden. Dies ist besonders relevant für Plattformen, die auf nutzergenerierten Inhalten oder Interaktionen zwischen Nutzern beruhen, beispielsweise Video-/Bild-Sharing-Plattformen und Kommunikationsplattformen wie Social-Media-Websites, Dating-Plattformen, Diskussionsforen oder Buchungsplattformen mit einer großen Zahl von Nutzern. Wenn eine Plattform eine große Nutzerbasis hat, könnten neue und bestehende Nutzer glauben, dass sie über den betreffenden Dienst interagieren müssen, um zu einer digitalen Gemeinschaft zu gehören, in der ihre Freunde, Familie oder Kollegen sind, oder um an politischen Diskussionen und Gesprächen teilzunehmen. Andere wiederum könnten das Gefühl haben, dass sie eine Dienstleistung im beruflichen Kontext in Anspruch nehmen müssen oder dass sie als Eltern eine bestimmte Website

nutzen müssen, um Informationen in Bezug auf ihre Kinder zu erhalten, und z. B. Elterngruppen zur Planung sozialer Aktivitäten für Kinder beitreten müssen. Nicht auf der Plattform zu interagieren oder einen anderen Dienst zu wählen kann unrealistisch sein, da es, um ein Beispiel zu nennen, für den Einzelnen schwierig ist, seine sozialen, beruflichen oder politischen Kreise davon zu überzeugen, von einem Dienst zu einem anderen zu wechseln, der seine Nutzer nicht nachverfolgt.

92. Auch **Lock-in-Effekte** können sich nachteilig auf die betroffenen Personen auswirken. Es kann sein, dass Nutzer, die die Plattform eine gewisse Zeit lang genutzt haben, bereits ihre Online-Präsenz auf der Plattform aufgebaut und dort investiert haben, beispielsweise im Hinblick auf Verbindungen und Interaktionen mit anderen Nutzern, die Erstellung von Inhalten, die Gewinnung von Followern und „Likes“ usw. Dieser Effekt wird noch verstärkt, wenn ein Nutzer viel Zeit auf der Plattform verbracht hat, z. B. wenn die Plattform bereits für einen längeren Zeitraum angeboten wurde. Werden solche Nutzer aufgefordert, ein Entgelt zu zahlen oder in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung einzuwilligen, damit sie den Dienst weiter nutzen können, sie dies aber verweigern und den Zugang zu dem Dienst verlieren, laufen sie Gefahr, dass sie ihre Interaktionen, Follower und Verbindungen nicht auf eine neue Plattform übertragen können und/oder Inhalte und Informationen verlieren, die sie während der vorherigen Nutzung des Dienstes zusammengestellt oder generiert haben. Dies könnte ein breites Spektrum an Material wie persönliche Kommunikation, Kontaktlisten, Such-Historien, gespeicherte Präferenzen, Bilder, Dashboards, verschiedene Arten personalisierter Datenbanken usw. umfassen. Für einen Ersteller von Inhalten auf einer Medien-Sharing-Website kann dies einen sehr erheblichen und möglicherweise nicht wiedergutzumachenden Verlust im Sinne eines möglichen finanziellen Verlusts, des Verlusts eines Portfolios, das der Ersteller im Laufe der Jahre auf einer Plattform aufgebaut haben könnte, und eines Verlusts von Followern bedeuten.
93. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, daran zu erinnern, wie wichtig die Rechte der betroffenen Person sind und dass diese Rechte von Verantwortlichen stets geachtet werden sollten. Selbst wenn eine betroffene Person keinen Zugang mehr zu dem Dienst hätte, wäre sie dennoch berechtigt, ihre Rechte als betroffene Person gemäß der DSGVO auszuüben, z. B. das Recht auf Auskunft über ihre personenbezogenen Daten und das Recht auf Datenübertragbarkeit. Es ist Aufgabe des Verantwortlichen, die betroffenen Personen hierüber zu informieren, wenn sie vor die Wahl gestellt werden, ihre Einwilligung zu erteilen oder nicht; zudem ist sicherzustellen, dass die Möglichkeit zur Ausübung dieser Rechte erhalten bleibt.
94. Wenn eine der in den vorstehenden Absätzen (nicht erschöpfend) beschriebenen nachteiligen Folgen vorliegt, würde sich die alleinige Wahl zwischen einem bezahlten Dienst und einem Dienst, der verhaltensorientierte Werbung auf Grundlage der Einwilligung der betroffenen Person beinhaltet, auf die Möglichkeit der betroffenen Person auswirken, eine echte Wahl zu treffen und ihre Einwilligung zu verweigern, ohne dass dadurch Nachteile entstehen.
95. Vor diesem Hintergrund ist damit zu rechnen, dass ein Nachteil entsteht, wenn große Online-Plattformen ein „Consent or Pay“-Modell verwenden, um die Einwilligung in die Verarbeitung einzuholen. Wie in Abschnitt 4.2.1.1 erwähnt, würde die Frage, ob der Verantwortliche die kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung als weitere Alternative anbietet, eine maßgebliche Rolle dabei spielen, den Nachteil zu beseitigen, zu verringern oder zu mindern, der sich für Nutzer, die keine Einwilligung erteilen, daraus ergeben kann, dass sie entweder ein Entgelt für den Zugang zu dem Dienst zahlen müssen oder nicht darauf zugreifen können.

#### 4.2.1.3 Ungleichgewicht der Macht

96. Im ersten Teil von Erwägungsgrund 43 DSGVO wird erklärt, dass die Machtdynamik zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen für die Beurteilung relevant ist, ob die Einwilligung der betroffenen Person freiwillig erteilt wurde:

*„Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine wirksame Rechtsgrundlage liefern. ...“*

97. Da der Ausdruck „freiwillig gegeben“ bedeutet, dass die betroffene Person Autonomie ausüben muss, müssen die Stellung des Verantwortlichen und seine Befugnisse gegenüber den betroffenen Personen berücksichtigt werden. Besteht in einer bestimmten Situation ein klares Ungleichgewicht zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person, so kann sich die betroffene Person zu einer Entscheidung gezwungen sehen, die sie andernfalls nicht getroffen hätte; dies schmälert ihre Wahlfreiheit. Wie bereits erwähnt, wird in Erwägungsgrund 43 DSGVO klargestellt, dass eine in einer Situation, in der ein klares Ungleichgewicht besteht, erteilte Einwilligung in der Regel nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann.
98. Wie der EDSA bereits ausgeführt hat, kann in Fällen, in denen ein klares Machtungleichgewicht besteht, die erteilte Einwilligung nur „in Ausnahmefällen“ herangezogen werden, wenn der Verantwortliche im Einklang mit dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht nachweisen kann, dass es für die betroffene Person „zu keinerlei Nachteilen führt“, wenn sie nicht einwilligt, insbesondere wenn den betroffenen Personen eine Alternative angeboten wird, die keine nachteiligen Auswirkungen hat.<sup>91</sup> Im Kontext dieser Stellungnahme könnte eine solche Alternative das Angebot der kostenlosen Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung sein (siehe Abschnitt 4.2.1.1).
99. Alle Verantwortlichen, die sich auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung stützen, müssen prüfen, ob sie sich in einer Situation eines klaren Ungleichgewichts der Macht befinden. Handelt es sich bei dem Verantwortlichen um eine „große Online-Plattform“ im Sinne dieser Stellungnahme, können bestimmte Elemente berücksichtigt werden, um zu überprüfen, ob ein klares Ungleichgewicht der Macht besteht. Mehrere dieser nicht vollständigen und nicht kumulativen Faktoren werden nachstehend aufgeführt. Einige von ihnen werden für bestimmte Verantwortliche relevanter sein als für andere. Diese Faktoren müssen stets einer Einzelfallprüfung unterzogen werden.
100. Ein erster Faktor, der relevant sein kann, ist die **Stellung des Unternehmens auf dem Markt**. Diesbezüglich sei daran erinnert, dass ein klares Ungleichgewicht eher auf der Hand liegen kann, wenn ein förmliches Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person besteht, d. h. wenn es sich beispielsweise bei dem Verantwortlichen um eine Behörde oder einen Arbeitgeber handelte.<sup>92</sup> Wie der EDSA jedoch bereits dargelegt hat, sind Machtungleichgewichte nicht auf Behörden und Arbeitgeber beschränkt, sondern können auch in anderen Situationen auftreten.<sup>93</sup> Es müssen stets die tatsächlichen und spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls bewertet werden.

---

<sup>91</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 22 Beispiel 5.

<sup>92</sup> Siehe auch die Leitlinien des EDSA zur Einwilligung, Abschnitt 3.1.1.

<sup>93</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 24.

101. Die DSGVO enthält keine expliziten Vorgaben dafür, in welcher Weise die Stellung eines Verantwortlichen auf dem Markt bei der Beurteilung dessen, ob ein klares Ungleichgewicht vorliegt, berücksichtigt wird. Der EuGH stellte im Bundeskartellamt-Urteil fest, dass aufgrund einer beherrschenden Stellung „ein klares Ungleichgewicht ... bestehen“ kann.<sup>94</sup> Der Gerichtshof hat auch darauf hingewiesen, dass dies ein „wichtiger Aspekt“ für die Beurteilung ist.<sup>95</sup>
102. Der Begriff „beherrschende Stellung“ ist im EU-Wettbewerbsrecht fest verankert. Für die Verantwortlichen großer Online-Plattformen können sich die zur Feststellung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens herangezogenen Erwägungen bei der Prüfung, ob ein klares Machtungleichgewicht besteht, als nützlich erweisen. Zu diesen Erwägungen gehören die Definition des relevanten Marktes (wie der sachlich und der räumlich relevante Markt) und die Ermittlung des Marktanteils sowie der Hürden für den Markteinstieg oder die Markterweiterung.<sup>96</sup>
103. Darüber hinaus hat der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache ausgeführt, dass ein Verantwortlicher keine „beherrschende Stellung“ im Sinne von Artikel 102 AEUV haben müsse, damit seine Marktmacht für die Durchsetzung der DSGVO als relevant angesehen werden könne.<sup>97</sup> Der EDSA teilt die Auffassung des Generalanwalts zu diesem Punkt.
104. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der EuGH festgestellt hat, dass die Wirksamkeit der Einwilligung einer betroffenen Person im Lichte des Artikels 4 Absatz 11 und des Artikels 7 DSGVO sowie der zugehörigen Erwägungsgründe zu bestimmen ist. Darüber hinaus soll mit den Vorschriften über die wirksame Einwilligung sichergestellt werden, dass die betroffenen Personen Autonomie und Wahlfreiheit genießen. Nach Ansicht des EDSA sollten die Verantwortlichen von Fall zu Fall prüfen, ob die Wahlfreiheit der betroffenen Personen eingeschränkt ist. Ob ein Verantwortlicher eine „beherrschende Stellung“ innehat oder nicht, ist zwar für die Beurteilung des Machtungleichgewichts von Bedeutung; für die Wirksamkeit der Einwilligung per se ist sie jedoch nicht ausschlaggebend.
105. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kann der Schluss gezogen werden, dass es je nach den Umständen des konkreten Falles Situationen geben kann, in denen Aufsichtsbehörden zu dem Schluss gelangen könnten, dass ein klares Ungleichgewicht im Sinne der DSGVO vorliegt, ohne dass eine beherrschende Stellung festgestellt wird. Die entscheidende Frage ist, ob die Marktstellung des Verantwortlichen allein oder in Kombination mit anderen Faktoren dazu führt, dass die betroffenen Personen die Erfahrung machen, dass ihnen keine anderen realistischen alternativen Dienstleistungen wie Video-Sharing-Plattformen, Stellenbewerbungsportale oder Plattformen für den Kauf und Verkauf bestimmter Waren und Dienstleistungen zur Verfügung stehen.
106. Ganz allgemein sollte, wie in Abschnitt 4.1 erwähnt, im Einklang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben das Machtgleichgewicht ein wichtiger Aspekt des Verhältnisses zwischen Verantwortlichen und betroffenen Personen sein. Ein Ungleichgewicht der Macht sollte vermieden werden oder, falls sich ein solches Ungleichgewicht nicht vermeiden lässt, sollte es anerkannt werden, und es sollten

---

<sup>94</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 149.

<sup>95</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 154.

<sup>96</sup> Eine allgemeine Methode zur Bestimmung des relevanten Marktes ist der Bekanntmachung C/2024/1645 der Kommission zu entnehmen. Siehe auch die Mitteilung der Kommission – Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (2009/C 45/02) (ABl. C 45 vom 24.2.2009, S. 7), geändert 2023 (C/2023/1923, ABl. C 116 vom 31.3.2023, S. 1).

<sup>97</sup> Rechtssache C-252/21, Schlussanträge des Generalanwalts Rantos vom 20. September 2022, ECLI:EU:C:2022:704, Rn. 75.

geeignete Gegenmaßnahmen ergriffen werden.<sup>98</sup> Damit soll sichergestellt werden, dass die betroffene Person eine wirklich freie Wahl treffen kann, wenn sie in die Verarbeitung personenbezogener Daten einwilligt.

107. Für die Beurteilung der Frage, ob ein klares Ungleichgewicht vorliegt, sind auch die Erwägungen in Abschnitt 4.2.1.2 relevant. Im Kontext großer Online-Plattformen, die "Consent or Pay"-Modelle umsetzen, sind nämlich das Kriterium des „Ungleichgewichts der Macht“ und das Kriterium des „Nachteils“ für die Beurteilung dessen, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wird, eng miteinander verknüpft.
108. Insbesondere das Bestehen der vorstehend beschriebenen Netzwerk- oder Lock-in-Effekte kann für den Nutzer die Wahl eines anderen Dienstes schwieriger oder unrealistisch machen. In Fällen, in denen die Plattform im Vergleich zu allen relevanten Alternativen über eine wesentlich größere Nutzerbasis verfügt oder der Nutzer in erheblichem Umfang in die Plattform investiert hat, kann sich der Nutzer gezwungen fühlen, die Plattform zu nutzen; in diesen Fällen kann die Wahl eines anderen Dienstes unrealistisch sein bzw. kann es für den Nutzer schwierig sein, die eigenen sozialen, beruflichen oder politischen Kreise davon zu überzeugen, von einem Dienste zu einem anderen zu wechseln. Darüber hinaus können, wie vorstehend erläutert, Lock-in-Effekte dazu führen, dass beliebte oder relevante Inhalte auf eine bestimmte Plattform ausgerichtet sind, was das Machtgleichgewicht auch in Bezug auf neue Nutzer, die auf solche Inhalte zugreifen möchten, beeinflussen kann.
109. Besondere Vorsicht ist bei Diensten geboten, die eine große Nutzerbasis aufgebaut haben, während sie ihre Dienste für alle Nutzer kostenlos anbieten. Solche Dienste haben vielleicht eine große Zahl von Nutzern angezogen, die nicht bereit oder in der Lage sind, ein Entgelt zu zahlen, und die den Dienst in dem Vertrauen darauf, dass er keine finanziellen Auswirkungen auf sie haben würde, in Anspruch genommen haben. Die Nutzer können ihre Inanspruchnahme des Dienstes – unter anderem aufgrund von Netzwerk- und Lock-in-Effekten – im Laufe der Zeit verstärkt haben. Wenn ein solcher Dienst die Nutzer anschließend vor die Wahl zwischen der Verarbeitung personenbezogener Daten und der Zahlung eines Entgelts stellt, könnte dies als Beispiel für die Ausnutzung eines klaren Ungleichgewichts gegenüber den Nutzern angesehen werden, da die Nutzer in dieser Situation wahrscheinlich nicht in der Lage sein werden, eine freie Wahl zu treffen.
110. Ein weiterer wichtiger Faktor bei der Beurteilung des Ungleichgewichts ist das Ausmaß, in dem die betroffene Person **auf den** erbrachten **Dienst angewiesen** ist. Das Erleben der betroffenen Person, eine wirklich freie Wahl zu haben, ist eingeschränkt, wenn der Dienst – beispielsweise für die Stellensuche, den Zugang zu Informationen mit wesentlicher Bedeutung für das tägliche Leben der betroffenen Personen oder die Teilnahme am öffentlichen Diskurs – als unerlässlich erachtet wird.<sup>99</sup>
111. Darüber hinaus ist **das Ziel- oder Hauptpublikum** der Plattform ein Faktor, den es zu berücksichtigen gilt. Wenn die Plattform beispielsweise durch die Gestaltung oder Vermarktung des Dienstes in erster Linie an Kinder gerichtet ist oder überwiegend von Kindern oder anderen schutzbedürftigen Personen

---

<sup>98</sup> EDSA-Leitlinien zum Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Absatz 70.

<sup>99</sup> In diesen Fällen kann sich die betroffene Person gezwungen fühlen, Tracking zu akzeptieren. Der EDSA hat bereits festgestellt, dass die Einwilligung nur wirksam sein kann, wenn keine Elemente von Zwang oder Druck vorliegen (siehe EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 24).

genutzt wird, kann dies auch zu einem klaren Ungleichgewicht zwischen dem Verantwortlichen und den betroffenen Personen führen.<sup>100</sup>

112. Die vorstehenden Ausführungen sind Beispiele für Elemente, die, wenn sie vorliegen, ein Machtungleichgewicht im Verhältnis zwischen der betroffenen Person und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen erzeugen können.
113. Ein Verantwortlicher kann jedoch geltend machen, dass die betroffenen Personen nicht zur Einwilligung oder Zahlung gezwungen sind. Sie können sich dafür entscheiden, den Dienst überhaupt nicht zu nutzen oder einen anderen Dienst zu nutzen, der personenbezogene Daten nicht in der gleichen Weise verarbeitet wie der Verantwortliche. Erstens können die oben beschriebenen Elemente zur Folge haben, dass es für die Nutzer keine echte praktische Möglichkeit gibt, die Nutzung des Dienstes abzulehnen. Zweitens hat der EDSA, wie in Abschnitt 4.2.1.4.1 erwähnt, in seinen Leitlinien zur Einwilligung erklärt, dass die Einwilligung nicht allein deshalb als freiwillig erteilt angesehen werden kann, weil es einen anderen ähnlichen Dienst eines anderen Verantwortlichen gibt, der nicht die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke beinhaltet.<sup>101</sup>

#### 4.2.1.4 *Konditionalität*

114. Nach Artikel 7 Absatz 4 DSGVO ist bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, in größtmöglichem Umfang zu berücksichtigen, ob betroffene Personen aufgefordert werden, in für den Vertrag nicht objektiv erforderliche Verarbeitungstätigkeiten<sup>102</sup> einzuwilligen, um Zugang zu dem Dienst zu erhalten.<sup>103</sup>
115. Der EDSA hat in seinen Leitlinien zur Einwilligung erklärt, dass ein Verantwortlicher argumentieren könnte, dass er betroffenen Personen eine echte Wahl bietet, wenn diese zwischen einer Version des Dienstes, die die Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke umfasst, einerseits und einer gleichwertigen Version des von demselben Verantwortlichen angebotenen Dienstes, die keine Einwilligung in die Datennutzung für zusätzliche Zwecke beinhaltet, andererseits wählen können; der EDSA hat ferner erklärt, dass dann, wenn man sich den Dienst ohne Einwilligung in die andere in Rede stehende Datennutzung bereitstellen lassen kann, kein an Bedingungen geknüpfter Dienst vorliegt.<sup>104</sup>
116. Der EuGH hat jüngst im Bundeskartellamt-Urteil festgestellt, dass Nutzer die Freiheit haben müssen, die Einwilligung in Datenverarbeitungsvorgänge, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind, zu verweigern, ohne dazu gezwungen zu sein, auf die Nutzung des Dienstes vollständig zu

---

<sup>100</sup> In diesem Zusammenhang weist der EDSA darauf hin, dass Betreiber von Online-Plattformen im Rahmen des Gesetzes über digitale Dienste keine Werbung auf ihrer Schnittstelle keine Werbung auf der Grundlage von Profiling gemäß Artikel 4 Nummer 4 DSGVO unter Verwendung personenbezogener Daten des Nutzers darstellen, wenn sie hinreichende Gewissheit haben, dass der betreffende Nutzer minderjährig ist (siehe Artikel 28 Absatz 2 des Gesetzes über digitale Dienste).

<sup>101</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 38.

<sup>102</sup> 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, Version 2.0, angenommen am 8. Oktober 2019 (im Folgenden „EDSA-Leitlinien zu Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO“), Rn. 30-33.

<sup>103</sup> Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 43 DSGVO und Leitlinien des EDSA zur Einwilligung, Absätze 25-41.

<sup>104</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 37.

verzichten.<sup>105</sup> In diesem Zusammenhang erwähnt das Urteil des EuGH das Erfordernis, „den Nutzern - gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt - eine gleichwertige Alternative anzubieten, die nicht mit derartigen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht“.<sup>106</sup>

117. Aus dieser Aussage des EuGH geht hervor, dass „Consent or Pay“-Modelle nicht grundsätzlich verboten sind. Gleichzeitig hat der Gerichtshof keine näheren Angaben zur Bedeutung der Wendungen „gleichwertige Alternative“ und „gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt“ gemacht. Der EDSA möchte daher klarstellen, dass er diesen Teil des Urteils dahingehend auslegt, dass betroffenen Personen, die sich gegen die Einwilligung entscheiden, eine „gleichwertige Alternative“ angeboten werden muss: Dadurch kann vermieden werden, dass betroffene Personen mit einer Situation konfrontiert wären, in der eine Bedingung zu einer unwirksamen Einwilligung führen würde. Siehe hierzu Rn. 73.
118. In dieser Feststellung des EuGH geht es jedoch hauptsächlich um den Aspekt der Konditionalität. Verantwortliche sollten sicherstellen, dass alle Bedingungen für eine freiwillige, allgemein wirksame Einwilligung erfüllt sind. Daher wird es immer notwendig sein, im Einzelfall zu prüfen, ob die Einwilligung wirksam ist.

#### 4.2.1.4.1 *Bereitstellung einer „gleichwertigen Alternative“*

119. Der EDSA möchte Kriterien zur Verfügung stellen, anhand derer beurteilt werden kann, ob eine alternative Version des Dienstes als gleichwertig mit der Version des Dienstes anzusehen ist, die unter der Bedingung der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung bereitgestellt wird (in diesem Abschnitt als „**Version mit verhaltensorientierter Werbung**“ bezeichnet). Der EDSA hat in diesem Zusammenhang betont, dass beide Dienste „wirklich gleichwertig“ sein müssen.<sup>107</sup>
120. Der EDSA hat erklärt, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig erteilt angesehen werden kann, wenn ein Verantwortlicher argumentiert, dass eine Wahlmöglichkeit zwischen seiner Dienstleistung (einschließlich der Einwilligung in die Verwendung personenbezogener Daten für zusätzliche Zwecke) und einer vergleichbaren Dienstleistung, die von einem anderen Verantwortlichen angeboten wird, besteht; in einem solchen Fall sei die Wahlmöglichkeit vom Verhalten anderer Marktteilnehmer und davon abhängig, ob eine betroffene Einzelperson die beiden Dienstleistungen wirklich als gleichwertig ansehen würde.<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang bezieht sich die vorliegende Stellungnahme daher auf eine **alternative Version des in Rede stehenden Dienstes, die von demselben Verantwortlichen angeboten wird** und nicht die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung beinhaltet (in diesem Abschnitt als „**alternative Version**“ bezeichnet).
121. Weicht die alternative Version von der Version mit verhaltensorientierter Werbung nur insoweit ab, als dies aufgrund der Tatsache erforderlich ist, dass der Verantwortliche keine personenbezogenen

---

<sup>105</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 150. Der EuGH stellt in Randnummer 102 in dem Abschnitt, der sich mit der Frage der Anwendbarkeit von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b als rechtmäßiger Grundlage für die Verarbeitung befasst, ferner fest, dass die Personalisierung der Inhalte „für den Nutzer zwar ... von Nutzen ist“, sie gleichwohl „nicht erforderlich [erscheint], um dem Nutzer die Dienste des sozialen Online-Netzwerks anzubieten“. Deshalb könnten diese Dienste „gegebenenfalls in Form einer gleichwertigen Alternative an ihn erbracht werden, die nicht mit einer solchen Personalisierung verbunden ist, sodass diese nicht objektiv unerlässlich ist, um einen Zweck zu verwirklichen, der notwendiger Bestandteil der Dienste ist“.

<sup>106</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 150.

<sup>107</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 37.

<sup>108</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 38.

Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verarbeiten kann, kann sie grundsätzlich als gleichwertig angesehen werden.

122. In anderen Fällen kann die Beurteilung, von der Version mit verhaltensorientierter Werbung ausgehend, davon abhängen, ob die alternative Version im Wesentlichen dieselben Elemente und Funktionen enthält. Gleichwertigkeit liegt zwar vor, wenn die alternative Version grundsätzlich dieselben Merkmale und Funktionen aufweist (funktionale Gleichwertigkeit), doch müssen die alternative Version und die Version mit verhaltensorientierter Werbung nicht absolut identisch sein.
123. Ist die alternative Version im Vergleich zur Version mit verhaltensorientierter Werbung nicht von anderer oder geringerer Qualität und werden keine Funktionen unterdrückt (es sei denn, Änderungen sind eine direkte Folge des Umstandes, dass der Verantwortliche personenbezogene Daten für die Zwecke, für die er eine Einwilligung anstrebte, nicht verarbeiten kann)<sup>109</sup>, kann davon ausgegangen werden, dass die alternative Version der Version mit verhaltensorientierter Werbung wirklich gleichwertig ist.
124. Je stärker sich die alternative Version von der Version mit verhaltensorientierter Werbung unterscheidet, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die alternative Version als wirklich gleichwertig angesehen werden kann, auch wenn dies weiterhin von Fall zu Fall zu beurteilen ist.
125. Gleichwertigkeit – im Sinne von „den gleichen Wert haben“ – ist aus zwei Perspektiven zu betrachten. Zum einen würde den Nutzern, wie bereits erwähnt, keine echte Wahl geboten, wenn die alternative Version von geringerer Qualität wäre oder weniger Funktionen hätte als die Version mit verhaltensorientierter Werbung.
126. Zum anderen sollte die Möglichkeit, zusätzliche Funktionen in die alternative Version aufzunehmen, mit Vorsicht bewertet werden. Dies ist darauf zurückzuführen, dass zwischen den Versionen des Dienstes, wie oben beschrieben, echte Gleichwertigkeit gewahrt werden muss und die Nutzer in der Lage sein müssen, eine echte Wahl zu treffen.
127. In diesem Zusammenhang ist wichtig, dass der EuGH auf die Bereitstellung einer gleichwertigen Alternative verweist, „**die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht**“<sup>110</sup>, d. h. mit Datenverarbeitungsvorgängen, die für die Erbringung des Dienstes nicht erforderlich sind und auf einer Einwilligung beruhen. Da die Verarbeitung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung für die Erbringung des Dienstes nicht erforderlich ist und auf Einwilligung beruht, muss in der alternativen Version auf diese Verarbeitung verzichtet werden. Der EDSA möchte daran erinnern, dass sich dies nicht darauf beschränkt, betroffenen Personen auf der Grundlage ihres Profils verhaltensbasierte Werbung anzuzeigen, wie in der Definition von verhaltensorientierter Werbung in Abschnitt 2.1.2 dargelegt wird. Sie bezieht sich vielmehr auch auf die verschiedenen Verarbeitungstätigkeiten, die die Verantwortlichen zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung ausüben, beginnend mit dem Tracking der Nutzer zu einem solchen Zweck. Daher sollte in der alternativen Version grundsätzlich

---

<sup>109</sup> Siehe auch Gesetz über digitale Märkte, Erwägungsgründe 36 und 37: Das Gesetz über digitale Märkte gibt Orientierungshilfen zu den Bedingungen für die Gleichwertigkeit eines Dienstes, indem Folgendes ausgeführt wird: „Die weniger personalisierte Alternative sollte sich nicht von dem Dienst, der den Endnutzern, die ihre Einwilligung erteilen, erbracht wird, unterscheiden oder von geringerer Qualität sein.“ Während das Gesetz über digitale Märkte in Bezug auf die Art einer „weniger personalisierten“ Alternative neutral ist, sind die dort dargelegten Grundsätze in dem gegebenen Kontext hilfreich. Siehe auch Abschnitt 4.2.1.2 („Nachteil“).

<sup>110</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 150.

auch auf jene Verarbeitungsvorgänge verzichtet werden, die als Voraussetzung für die Verarbeitung zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung durchgeführt würden.<sup>111</sup>

128. Der EDSA hebt jedoch hervor, dass solche Verarbeitungsvorgänge in Fällen, in denen Verantwortliche in der alternativen Version eine Nachverfolgung (Tracking) zu anderen Zwecken als verhaltensorientierter Werbung durchführen, beispielsweise zu Sicherheitszwecken, nicht unbedingt entfallen müssen, sofern die Anforderungen der DSGVO vollständig erfüllt werden; hierzu ist es insbesondere erforderlich, sich auf eine angemessene Rechtsgrundlage nach Artikel 6 DSGVO und Artikel 5 Absatz 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zu stützen.
129. Darüber hinaus ist, wie in Abschnitt 4.2.2 über die „Einwilligung in informierter Weise in informierter Weise“ hervorgehoben wird, die Einhaltung des Transparenzgrundsatzes und des Grundsatzes von Treu und Glauben<sup>112</sup> sowie der Transparenzpflichten von entscheidender Bedeutung, auch um sicherzustellen, dass der Nutzer eine echte Wahl hat. Daher muss der Nutzer in der Lage sein, alle vom Verantwortlichen angebotenen alternativen Optionen umfassend zu vergleichen. Der Nutzer sollte die Auswirkungen der Einwilligung in die Verarbeitung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verstehen, die zur Version mit verhaltensorientierter Werbung führen; ebenso sollte er die Auswirkungen einer Entscheidung für die alternative Version kennen. Der Nutzer sollte auch in der Lage sein, die Folgen seiner Wahl in Bezug auf die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge und die Einzelheiten der angebotenen alternativen Optionen zu verstehen.

#### 4.2.1.4.2 „Gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt“

130. Der EDSA möchte in erster Linie daran erinnern, dass **personenbezogene Daten nicht als Handelsware betrachtet werden können**.<sup>113</sup> Das Recht auf Datenschutz ist unter anderem in Artikel 8 der Charta der Grundrechte verankert und ist ein Recht, das für alle gilt, unabhängig von Zahlungen oder finanziellem Status.
131. Während es in der englischen Fassung des Urteils des Gerichtshofs heißt, dass von Nutzern, die keine Zustimmung erteilt haben, „falls erforderlich“ („if necessary“) ein angemessenes Entgelt erhoben werden kann, verwenden die anderen Sprachfassungen für dieses Beurteilungselement eine andere Terminologie. So wird beispielsweise in der französischen Fassung der Begriff „le cas échéant“ und in der deutschen Fassung „gegebenenfalls“ verwendet. Der EDSA ist der Auffassung, dass **für die Erhebung eines Entgelts bestimmte Umstände vorliegen sollten**, wobei sowohl mögliche Alternativen zu verhaltensorientierter Werbung, die die Verarbeitung weniger personenbezogener Daten mit sich bringen, als auch die Position der betroffenen Personen zu berücksichtigen sind. Darauf lassen **die Wörter „gegebenenfalls“ und „angemessen“** schließen, die jedoch nicht so zu verstehen sind, dass die Erhebung eines Entgelts im Sinne von Artikel 52 Absatz 1 der Charta und des Datenschutzrechts der Union „erforderlich“ sein muss. Diese Formulierungen sind in einer Weise zu verstehen, die mit den verschiedenen Sprachfassungen des Urteils vereinbar ist.
132. Mit anderen Worten: **Verantwortliche sollten von Fall zu Fall sowohl prüfen, ob ein Entgelt überhaupt angemessen ist, als auch, welcher Betrag unter den gegebenen Umständen angemessen ist; dabei sind die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung nach der DSGVO ebenso zu berücksichtigen, wie die Notwendigkeit zu verhindern, dass das Grundrecht auf Datenschutz in ein**

<sup>111</sup> Diese Phasen können die Beobachtung des Verhaltens des Nutzers und die Erhebung der für die verhaltensorientierte Werbung erforderlichen personenbezogenen Daten umfassen.

<sup>112</sup> Siehe Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO.

<sup>113</sup> EDSA-Leitlinien zu Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO, Absatz 54; Richtlinie (EU) 2019/770, Erwägungsgrund 24.

**Merkmal umgewandelt wird, in dessen Genuss die betroffenen Personen nur gegen Bezahlung kommen, oder dass es zu einem „Premium-Merkmal“ wird, das wohlhabenden oder gut situierten Menschen vorbehalten bleibt.**

133. Während im Bundeskartellamt-Urteil nicht im Einzelnen ausgeführt wird, auf welche Elemente sich eine Beurteilung der Angemessenheit stützen sollte, erinnert der EDSA daran, dass es sich bei der Frage, was unter einer wirksamen Einwilligung zu verstehen ist, um eine datenschutzrechtliche Prüfung handelt. Dies bedeutet, dass **die Prüfung der Wirksamkeit einer Einwilligung ihre Grundlage in den Datenschutzgrundsätzen und den Zielen, die mit der DSGVO erreicht werden sollen, haben sollte.**
134. Bieten die Verantwortlichen einen bezahlten Dienst als Alternative zu einem Dienst an, der verhaltensorientierte Werbung auf der Grundlage der Verarbeitung personenbezogener Daten umfasst, für die eine Einwilligung erforderlich ist, so sollten sie unter anderem **sicherstellen, dass das Entgelt die betroffenen Personen weder daran hindert, ihre Einwilligung zu verweigern, noch dazu führt, dass sie sich zur Einwilligung gezwungen fühlen.** Verantwortliche sollten prüfen, ob sie den betroffenen Personen **eine echte Wahl bieten und die betroffenen Personen nicht zur Einwilligung drängen.** Bei der Erhebung eines Entgelts sollte die **Autonomie** der betroffenen Personen gewahrt werden, und die betroffenen Personen sollten eine echte Wahl haben, ob sie einwilligen oder nicht. Verantwortliche sollten prüfen, ob das Entgelt für ihre bezahlte Version des Dienstes es den betroffenen Personen ermöglicht, wirksam in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für eine Version des Dienstes einzuwilligen, die verhaltensorientierte Werbung beinhaltet.
135. Bei der Feststellung, ob das Entgelt die betroffene Person an der Erteilung ihrer Einwilligung hindern könnte, sollten die Verantwortlichen den Datenschutzgrundsätzen in Artikel 5 DSGVO besondere Aufmerksamkeit widmen. **Treu und Glauben** sollten ein Leitprinzip<sup>114</sup> für die Festlegung eines angemessenen Entgelts im jeweiligen konkreten Fall sein. Werden den betroffenen Personen, wie in Abschnitt 4.2.1.1 erörtert, zusätzliche Optionen angeboten, lässt sich das Entgelt, das bei Nutzern, die ihre Einwilligung verweigern, für den Zugang zu dem Dienst erhoben wird, aufgrund der größeren Wahlfreiheit der Nutzer leichter als angemessen rechtfertigen.
136. In dieser Hinsicht ist der Grundsatz der **Rechenschaftspflicht** in Artikel 5 Absatz 2 DSGVO von entscheidender Bedeutung. Unternehmen können ihre Preise selbst festlegen und entscheiden, wie sie ihre Einnahmemodelle strukturieren; dieses Recht sollte jedoch mit dem Grundrecht des Einzelnen auf Schutz seiner personenbezogenen Daten in Einklang gebracht werden. Der Grundsatz der Rechenschaftspflicht bedeutet, dass die Verantwortlichen sicherstellen und dokumentieren müssen, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wird, wenn sie ein Entgelt für den Zugang zu der keine verhaltensorientierte Werbung beinhaltenden Version des Dienstes erheben. Verantwortliche sollten ihre Entscheidungen und ihre Beurteilung der Frage, ob ein bestimmtes Entgelt im konkreten Fall angemessen ist, dokumentieren, um nachweisen zu können, dass die Erhebung des Entgelts die Möglichkeit einer freiwilligen Einwilligung in der gegebenen Situation nicht tatsächlich beeinträchtigt.
137. Wie in Erwägungsgrund 32 erwähnt wird, **sind die Aufsichtsbehörden mit der Durchsetzung der Anwendung der DSGVO, einschließlich der Einhaltung der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung, betraut.** Dies kann sich auch auf die Auswirkungen eines Entgelts auf die Wahlfreiheit der betroffenen Personen beziehen. Zwar ist es Sache der Verantwortlichen, die Höhe eines Entgelts festzusetzen, doch wenn die Aufsichtsbehörden feststellen, dass Einwilligungen nicht freiwillig erteilt

---

<sup>114</sup> Siehe dazu die Leitlinien des EDSA zu Artikel 25 – Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Version 2.0, Absatz 70.

wurden oder der Grundsatz der Rechenschaftspflicht nicht eingehalten wurde, können sie eingreifen und Korrekturmaßnahmen auferlegen. In dieser Hinsicht sind sie dafür zuständig, die von den Verantwortlichen vorgenommene Beurteilung der Angemessenheit zu überprüfen oder zu bewerten. Es ist Sache der Aufsichtsbehörden, zu ermitteln, inwieweit eine Untersuchung der betreffenden Angelegenheit angebracht ist.<sup>115</sup>

138. Der EDSA betont, dass die Durchsetzung der DSGVO eine Aufgabe der Aufsichtsbehörden ist. Die Beurteilung, ob eine Einwilligung wirksam und insbesondere freiwillig erteilt wurde, ist keine Aufgabe, die ausgelagert werden kann. Es gibt jedoch zahlreiche Umstände, unter denen Aufsichtsbehörden im Einklang mit dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach Artikel 4 Absatz 3 EUV von der Konsultation von Behörden in anderen Rechtsbereichen profitieren können; dies gilt insbesondere für die Konsultation von Verbraucherschutz- und Wettbewerbsbehörden, wie der EuGH kürzlich betonte.<sup>116</sup> Gegebenenfalls können die Aufsichtsbehörden diese Behörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben konsultieren. Die Konsultation dieser Behörden kann rechtlich verbindlich sein, sofern Aufsichtsbehörden Bereiche des EU-Rechts anwenden oder auslegen, die der Aufsicht anderer Behörden unterliegen.

#### 4.2.1.5 Granularität

139. Eine weitere Voraussetzung für die freiwillige Erteilung einer Einwilligung betrifft die Granularität. Granularität ist ein entscheidender Faktor bei der Beurteilung, ob die Zwecke ausreichend voneinander getrennt sind. Wenn der betroffenen Person ein „Consent or Pay“-Modell präsentiert wird, sollte es ihr freistehen, welche individuellen Zweck(e) sie wählt, anstatt nur die Möglichkeit zu haben, in ein Bündel mit sämtlichen Verarbeitungszwecken einwilligen zu können. In Erwägungsgrund 43 der DSGVO wird auf die Granularität verwiesen und klargestellt, dass von einer nicht freiwilligen Erteilung einer Einwilligung ausgegangen wird, wenn die Aufforderung zur Einwilligung es den betroffenen Personen nicht erlaubt, für unterschiedliche Verarbeitungszwecke gesonderte Einwilligungen zu erteilen.<sup>117</sup> Die Granularität steht in engem Zusammenhang mit der Anforderung, dass die Einwilligung für einen bestimmten Zweck erteilt werden muss; dies wird in Abschnitt 4.2.3<sup>118</sup> näher erörtert. Der EDSA erklärte bereits Folgendes: „Werden mit der Datenverarbeitung mehrere Zwecke verfolgt, liegt die Lösung für die Einhaltung der Bedingungen für eine wirksame Einwilligung in der Granularität, d. h. in der Trennung dieser Zwecke und dem Einholen der Einwilligung für jeden Zweck.“<sup>119</sup>
140. Die Granularität der Einwilligung in Bezug auf verhaltensorientierte Werbung durch große Online-Plattformen verdient besondere Aufmerksamkeit, da die dort herrschende komplexe Dynamik erhebliche Herausforderungen mit sich bringt. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass an verhaltensorientierter Werbung beteiligte Online-Plattformen technisch fortschrittliche Infrastrukturen nutzen, die häufig Teil eines digitalen Ökosystems sind, in dem höchstwahrscheinlich

---

<sup>115</sup> Siehe Artikel 57 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO, der auch für Untersuchungen von Amts wegen relevant ist.

<sup>116</sup> EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 53: „Gemäß ständiger Rechtsprechung müssen sich die Mitgliedstaaten, einschließlich ihrer Verwaltungsbehörden, nach diesem Grundsatz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben, gegenseitig achten und unterstützen, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der Verpflichtungen ergreifen, die sich u. a. aus den Rechtsakten der Unionsorgane ergeben, sowie alle Maßnahmen unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

<sup>117</sup> In Erwägungsgrund 32 der DSGVO heißt es: „Die Einwilligung sollte sich auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden.“

<sup>118</sup> Siehe EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absätze 42 und 55.

<sup>119</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 44.

mehrere Datensätze aus verschiedenen Quellen kombiniert, analysiert und unter Umständen auch in Echtzeit versteigert werden. Angesichts dieser unterschiedlichen Dynamiken ist es nicht datenschutzkonform, wenn Verantwortliche den betroffenen Personen nur die Möglichkeit einer pauschalen Einwilligung für eine Reihe verschiedener Zwecke wie die Personalisierung von Inhalten, die Personalisierung von Werbung, die Entwicklung oder Verbesserung von Diensten sowie die Publikumsmessung anbieten. In diesem Sinn erinnert der EDSA daran, dass es den betroffenen Personen freistehen sollte, welchen Zweck sie akzeptieren, anstatt mit einem einzigen Einwilligungsersuchen konfrontiert zu werden, in dem sämtliche Zwecke zusammengefasst werden. In diesem Zusammenhang sollte der Schwerpunkt auf der Unterscheidung zwischen den mit der Funktionalität des Dienstes zusammenhängenden Zwecken einerseits und Zwecken der verhaltensorientierten Werbung sowie den damit verbundenen Verarbeitungsvorgängen andererseits liegen.<sup>120</sup> In diesem Fall sind auch die diesbezüglich in den Abschnitten 4.2.2 und 4.2.3 dargelegten Erwägungen zur Einwilligung in informierter Weise in informierter Weise und zur Einwilligung für bestimmte Zwecke relevant.

#### 4.2.2 Einwilligung in informierter Weise in informierter Weise

141. Die ausdrückliche Erwähnung der Einwilligung in informierter Weise in informierter Weise findet sich in Erwägungsgrund 42 DSGVO: „Damit sie in informierter Weise ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen.“
142. Die Unterrichtung der betroffenen Personen **vor der Einholung ihrer Einwilligung** ist von wesentlicher Bedeutung, damit sie in informierter Weise Entscheidungen treffen können und verstehen, wozu sie ihre Zustimmung geben. Stellt der Verantwortliche keine zugänglichen Informationen zur Verfügung, wird die Kontrolle des Nutzers illusorisch und die Einwilligung ist unwirksam.
143. Aus diesem Grund ist es erforderlich, die betroffene Person über bestimmte Elemente zu informieren, die für eine echte Wahl von entscheidender Bedeutung sind. Je nach Kontext können weitere Informationen erforderlich sein, damit die betroffene Person **die betreffenden Verarbeitungsvorgänge wirklich verstehen** kann.<sup>121</sup>
144. Da die Voraussetzung der in informierter Weise erteilten Einwilligung auch mit den übergeordneten Grundsätzen wie Transparenz, Treu und Glauben sowie Rechenschaftspflicht zusammenhängt, sind diese Grundsätze bei der Bewertung von „Consent or Pay“-Modellen zu berücksichtigen (siehe Abschnitt 4.1). Da die Bedingungen der Einwilligung in informierter Weise und der Einwilligung für bestimmte Zwecke den Umfang und die Qualität der Informationen betreffen, die der betroffenen

---

<sup>120</sup> Ein solcher Zweck kann auch technische Verarbeitungsvorgänge betreffen, die untrennbar mit dem Werbezweck verbunden sind, beispielsweise die Begrenzung der Häufigkeit oder die Messung der Wirksamkeit von Werbekampagnen. Siehe die Antwort des EDSA auf die Initiative der Kommission für eine freiwillige Zusage der Unternehmen, die Verwaltung von Cookies und personalisierten Werbeentscheidungen durch die Verbraucher zu vereinfachen, S. 7 des Anhangs.

<sup>121</sup> Der EDSA merkt an, dass der EuGH ein Urteil erlassen hat, in dem Folgendes präzisiert wird: „Solche Informationen müssen diese Person in die Lage versetzen, die Konsequenzen einer etwaigen von ihr erteilten Einwilligung leicht zu bestimmen, und gewährleisten, dass die Einwilligung in voller Kenntnis der Sachlage erteilt wird.“ Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 11. November 2020, Orange Romania/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, Rn. 40.

Person zur Verfügung zu stellen sind, sollten die Abschnitte 4.2.2 und 4.2.3 der vorliegenden Stellungnahme als einander ergänzend verstanden werden.

#### *4.2.2.1 Mindestanforderungen an den Inhalt, damit die Einwilligung „in informierter Weise“ erfolgt*

145. Im Zusammenhang mit “Consent or Pay“-Modellen sollten große Online-Plattformen festlegen, welche Informationen den betroffenen Personen über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung zur Verfügung gestellt werden müssen. Im Allgemeinen sind die Verantwortlichen nach dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht dafür verantwortlich, einen Informationsprozess aufzubauen und zu dokumentieren, der es betroffenen Personen ermöglicht, den Wert, den Umfang und die Konsequenzen ihrer möglichen Entscheidungen vollständig und klar zu verstehen.
146. Durch die Verwendung des Ausdrucks „mindestens“ wird in Erwägungsgrund 42 DSGVO keine erschöpfende Liste der Informationen bereitgestellt, die der betroffenen Person zur Gewährleistung einer in informierter Weise erteilten Einwilligung zu übermitteln sind. Die Identität des Verantwortlichen und die Beschreibung der Zwecke der Verarbeitungstätigkeiten sind Mindestanforderungen. Diese Anforderungen sind von Fall zu Fall den vom Verantwortlichen geplanten Verarbeitungstätigkeiten entsprechend anzupassen.<sup>122</sup>
147. Die Formulierung „sollte die betroffene Person mindestens wissen“ verpflichtet die Verantwortlichen, dafür zu sorgen, dass die Nutzer verstehen, welche Datenverarbeitung der Verantwortliche vornimmt, wenn sie den Dienst nutzen. Dies schließt auch die Pflicht ein, die Nutzer über Verarbeitungstätigkeiten zu informieren, die im Hintergrund laufen und von denen sie möglicherweise keine Kenntnis haben. Werden die entsprechenden Informationen nicht bereitgestellt, kann es zu einer Informationsasymmetrie kommen, und die betroffenen Personen sind möglicherweise nicht in der Lage, einzuschätzen, wie ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden.<sup>123</sup> Große Online-Plattformen sollten sicherstellen, dass die betroffenen Personen ein klares Verständnis der Verarbeitungstätigkeiten und aller sie betreffenden Änderungen haben, z. B. wenn eine solche Plattform auf ein “Consent or Pay“-Modell umstellt.
148. Im Zusammenhang mit verhaltensorientierter Werbung ist es wichtig, ausreichend granulare Informationen bereitzustellen, damit die betroffenen Personen verstehen können, in welche Aspekte des Dienstes sie einwilligen, während ihnen die Möglichkeit, in andere Dienste nicht einzuwilligen, erhalten bleibt. Granulare Informationen, die es den betroffenen Personen ermöglichen, zwischen verschiedenen Verarbeitungszwecken zu unterscheiden, sind eine Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung. Diesbezüglich sollten große Online-Plattformen von betroffenen Personen nicht verlangen, dass sie in Verarbeitungstätigkeiten einwilligen, deren Zweck nicht hinreichend definiert wird oder mehrdeutig ist. So sollte beispielsweise für die betroffene Person klar erkennbar sein, für welche Zwecke ihre Daten erhoben werden, welche Daten für die einzelnen Zwecke erhoben werden und aus welchem Grund dies geschieht.<sup>124</sup> Große Online-Plattformen sollten den Zweck der

---

<sup>122</sup> Angaben zu den Mindestanforderungen an den Inhalt der Einwilligung, damit diese als „in informierter Weise erteilt“ gilt, finden sich in Abschnitt 3.3.1 der EDSA-Leitlinien zur Einwilligung.

<sup>123</sup> Der EDSA merkt diesbezüglich an, dass nach Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. C 526 vom 29. Dezember 2021, S. 1) Unternehmen verpflichtet sind, alle Informationen bereitzustellen, die der Durchschnittsverbraucher benötigt, um eine Entscheidung in informierter Weise treffen zu können.

<sup>124</sup> Siehe „Mindestanforderungen an den Inhalt, damit die Einwilligung ‚in informierter Weise‘ erfolgt“ in den EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Rn. 64 und 65.

Verarbeitung nicht mit zu weit gefassten Formulierungen definieren, die es der betroffenen Person unmöglich machen, die Konsequenzen ihrer Wahl zu verstehen (z. B. „kommerzielle Zwecke“ oder „Personalisierung“). In dieser Hinsicht sind auch die Ausführungen in Abschnitt 4.2.3 zu den Anforderungen an die Einwilligung für bestimmte Zwecke relevant.

149. Große Online-Plattformen sollten den Zweck, für den die Einwilligung eingeholt wird, fair und vollständig beschreiben. Beispielsweise dürfen große Online-Plattformen die Beschreibung des Zwecks der Verarbeitung nicht auf die Vorteile beschränken, die dieser den betroffenen Personen bietet (z. B. ein stärker personalisiertes Erlebnis), wenn eine solche Verarbeitung auch andere Folgen für sie mit sich bringt (z. B. Profiling, in die Privatsphäre eingreifendes Tracking usw.).
150. Im Zusammenhang mit “Consent or Pay“-Modellen müssen die Wahlmöglichkeiten, die betroffenen Personen unterbreitet werden, mit den Informationen übereinstimmen, die ihnen zur Verfügung gestellt werden. Für die betroffene Person muss klar sein, wofür sie ein Entgelt zahlen würde und wie sich dies auf die damit verbundene Datenverarbeitung auswirken würde. Werden in jeder der Optionen Informationen über die Geschäftsmodelle des Verantwortlichen bereitgestellt, so sollten diese Informationen nicht an die Stelle von Informationen über die Verarbeitung personenbezogener Daten treten.
151. Darüber hinaus hängt verhaltensorientierte Werbung unweigerlich mit der Erstellung von Profilen der Online-Aktivitäten der betroffenen Person zusammen und umfasst häufig die Verwendung personenbezogener Daten, die indirekt bei der betroffenen Person erhoben wurden. Der Prozess der Profilerstellung besteht aus häufig intransparenten Interaktionen und Datenübermittlungen zwischen dem Verantwortlichen und Dritten. Diese Intransparenz kann z. B. bei der wechselseitigen Nutzung von innerhalb und außerhalb der Plattform existierenden Daten auftreten. Große Online-Plattformen können personenbezogene Daten, die sowohl auf ihrer Plattform als auch außerhalb ihrer Plattform erhoben werden, für Profiling-Zwecke verarbeiten. Verantwortliche müssen dafür sorgen, dass betroffene Personen die mit den Profiling-Prozessen verbundenen Techniken verstehen.<sup>125</sup> In diesem Kontext heißt es in Erwägungsgrund 60 DSGVO, dass die Bereitstellung von Informationen über Profiling Teil der Transparenzpflichten des Verantwortlichen gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO ist.
152. Verantwortliche sollten angemessene Informationen über jede Version des von ihnen angebotenen Dienstes bereitstellen, auch wenn einer oder mehrere dieser Dienste keine Einwilligung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung erfordern. Dies gilt auch für die kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung (siehe Abschnitt 4.2.1.1). Der Verantwortliche sollte transparent darüber informieren, auf welche Rechtsgrundlage sich die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der betroffenen Personen bei den einzelnen Optionen stützt.
153. Große Online-Plattformen sollten bei der Bereitstellung von Informationen für betroffene Personen insbesondere die folgenden Punkte berücksichtigen:
  - gegebenenfalls die Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten;

---

<sup>125</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 251 rev.1, 3. Oktober 2017, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, in der zuletzt überarbeiteten und am 6. Februar 2018 angenommenen Fassung, gebilligt vom EDSA am 25. Mai 2018 (im Folgenden „WP29-Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall“), S. 9.

- gegebenenfalls die Tatsache, dass der Verantwortliche beabsichtigt, personenbezogene Daten in ein Drittland zu übermitteln, sowie den Zeitraum, für den die personenbezogenen Daten gespeichert werden;
- die Erhebung und Verarbeitung der vom Verantwortlichen verwalteten Daten, unabhängig davon, ob die betroffene Person sich dafür entscheidet, in die verhaltensorientierte Werbung einzuwilligen;
- das Recht der betroffenen Person, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen, sowie die daraus entstehenden Folgen und
- die Kombination oder wechselseitige Nutzung von Daten, d. h. ob und in welchem Umfang die Daten mit Daten zusammengeführt werden, die von anderen Diensten (des gleichen Verantwortlichen) oder von anderen Verantwortlichen erhoben wurden.

#### 4.2.2.2 *Bereitstellung von Informationen*

##### 4.2.2.2.1 *Zeit und Anzeige der Kommunikation*

154. Große Online-Plattformen sollten vor Beginn der Datenverarbeitung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung vollständige Informationen bereitstellen. Sie können beispielsweise eine kurze Zusammenfassung der Unterschiede zwischen den einzelnen im “Consent or Pay“-Modell angebotenen Optionen präsentierten und dann vollständige, ausführliche Information für die einzelnen Optionen mittels individueller, separater Schaltflächen bereitstellen.
155. Die in den Leitlinien des EDSA zu irreführenden Gestaltungsmustern auf Schnittstellen von Plattformen sozialer Medien enthaltenen Empfehlungen sind für die Festlegung der Art und Weise, in der die Informationen an die betroffenen Personen übermittelt werden sollten, relevant.<sup>126</sup> Darüber hinaus sollte den betroffenen Personen ausreichend Zeit eingeräumt werden, um die erhaltenen Informationen zu verstehen.<sup>127</sup>

##### 4.2.2.2.2 *Anforderungen an die Transparenz*

156. Die Leitlinien zur Transparenz im Rahmen der DSGVO sollten von großen Online-Plattformen, die ein “Consent or Pay“-Modell anwenden, berücksichtigt werden.<sup>128</sup>
157. Hinsichtlich der für die Übermittlung der Informationen verwendeten Sprache verlangen die Elemente „präzise“ sowie „klare und einfache Sprache“ vom Verantwortlichen, die Sprache an die betroffenen Personen anzupassen.<sup>129</sup> Dies bedeutet, dass die Informationen für die Zielgruppe klar und verständlich zur Verfügung gestellt werden sollten.
158. Um diese Anforderungen an die Transparenz erfüllen zu können, sollte ein Verantwortlicher prüfen, welche Art von Zielgruppe er bedient. Nach der Ermittlung ihrer Zielgruppe sollten Verantwortliche

---

<sup>126</sup> EDSA-Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern.

<sup>127</sup> Siehe hierzu auch die Leitlinien des EDSA zu irreführenden Gestaltungsmustern, Absätze 43-48.

<sup>128</sup> Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP260 rev.01, Leitlinien zur Transparenz gemäß der Verordnung (EU) 2016/679, angenommen am 29. November 2017, in der zuletzt überarbeitet und am 11. April 2018 angenommenen Fassung, vom EDSA am 25. Mai 2018 gebilligt (im Folgenden „Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Transparenz“).

<sup>129</sup> Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Transparenz, Rn. 13, in der es heißt: „Sofern das Zielpublikum des Verantwortlichen betroffene Personen beinhaltet, die eine andere Sprache sprechen, sollten Übersetzungen in diesen Sprachen bereitgestellt werden.“

bestimmen, welcher Sprach- und Kommunikationsansatz angemessen ist. Damit sollten sie sicherstellen, dass ihre Zielgruppe den Dienst versteht und weiß, wie sich die Nutzung des Dienstes auf ihre personenbezogenen Daten auswirkt.

159. Aus den verwendeten Formulierungen muss eindeutig hervorgehen, welche Auswirkungen die Wahl der betroffenen Person auf die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten hat.<sup>130</sup> Der Verantwortliche muss der betroffenen Person beispielsweise nicht nur erklären, dass ihre Wahl darüber entscheidet, ob Werbung vorhanden sein wird oder nicht, sondern auch, dass ihre Wahl darüber entscheidet, ob und in welchem Umfang der Verantwortliche personenbezogene Daten für verhaltensorientierte Werbung verarbeiten wird.
160. Die Verantwortlichen können je nach Art der bereitgestellten Online-Plattform unterschiedliche Informationskanäle nutzen. Beispielsweise können die betroffenen Personen mittels Videos informiert werden, in denen die Unterschiede zwischen den Alternativen erläutert werden, oder es werden interaktive Seiten mit Beispielen dafür, wie der Dienst unter den verschiedenen Optionen aussehen wird, verwendet. Die Verantwortlichen können in Erwägung ziehen, Nutzertests durchzuführen, um den am besten geeigneten Informationskanal zu ermitteln.

#### 4.2.3 Einwilligung für bestimmte Zwecke

161. Nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a DSGVO muss die Einwilligung „für einen oder mehrere bestimmte“ Zwecke erteilt werden. Das Erfordernis, dass die Einwilligung „für einen bestimmten Zweck“ erteilt werden muss, steht in engem Zusammenhang mit den Anforderungen, dass die Einwilligung auch „in informierter Weise“ erteilt werden und „granular“ sein muss. Damit sich die Einwilligung für einen bestimmten Zweck erteilt wird, sollten große Online-Plattformen einen bestimmten, ausdrücklichen und rechtmäßigen Zweck für die Verarbeitungstätigkeiten, für die die Einwilligung eingeholt wird, festlegen und den betroffenen Personen ausreichende Informationen über diese Verarbeitungstätigkeiten zur Verfügung stellen.<sup>131</sup> Eine schleichende Ausweitung oder Verwischung der Zwecke (die sogenannte „schleichende Ausweitung der Zweckbestimmung“) ist zu vermeiden, da dies den Grundsatz der Zweckbindung untergraben und ihm widersprechen würde.<sup>132</sup>
162. Angesichts des komplexen Systems der Datenverarbeitungstätigkeiten, das der verhaltensorientierten Werbung zugrunde liegt, sollten große Online-Plattformen die Zwecke ihrer Verarbeitungstätigkeiten genau definieren und abgrenzen. Die Zwecke im Zusammenhang mit verhaltensorientierter Werbung müssen vom Verantwortlichen dargestellt werden, damit der Nutzer verstehen kann, welche Verarbeitungstätigkeiten für jeden Zweck erfolgen, sodass er entscheiden kann, ob er seine Einwilligung erteilt.<sup>133</sup>
163. Große Online-Plattformen sollten von Fall zu Fall bewerten und dokumentieren, ob die Bereitstellung von verhaltensorientierter Werbung dazu führt, dass sie personenbezogene Daten für unterschiedliche Zwecke verarbeiten; für diese Zwecke sollten sie gesonderte Einwilligungen

---

<sup>130</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Rn. 70.

<sup>131</sup> Siehe auch Erwägungsgrund 28, in dem es heißt, dass der Zweck bei der Datenerhebung festgelegt werden muss. EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 56.

<sup>132</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 56.

<sup>133</sup> Stellungnahme 3/2013 der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Zweckbindung (WP 203), S. 16: „Aus diesen Gründen erfüllt ein Zweck, der vage oder allgemein ist, wie beispielsweise ‚Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers‘, ‚Werbezwecke‘, ‚IT-Sicherheitszwecke‘ oder ‚zukünftige Forschung‘ ohne nähere Angaben normalerweise nicht das Kriterium ‚bestimmter Zweck‘.“

verlangen.<sup>134</sup> Umgekehrt erfordern technische Prozesse, die untrennbar mit einem einzigen Zweck verbunden sein können, keine gesonderten Zustimmungen.<sup>135</sup> Die Erwägungen in den Abschnitten 138 (Granularität) und 4.2.2 (in informierter Weise erteilte Einwilligung) sollten ebenfalls berücksichtigt werden.

#### 4.2.4 Unmissverständlich abgegebene Willensbekundung

164. Damit die Einwilligung nach Artikel 4 Nummer 11 DSGVO wirksam ist, wird u. a. eine unmissverständlich abgegebene „Willensbekundung der betroffenen Person in Form einer Erklärung oder ‚eindeutigen bestätigenden Handlung‘ gefordert, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“.<sup>136</sup> Dies bedeutet, dass es offensichtlich sein muss, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu einer bestimmten Datenverarbeitung gegeben hat.<sup>137</sup>
165. Verantwortliche sollten die Art und Weise, wie betroffene Personen um ihre Einwilligung ersucht werden, mit Umsicht gestalten, insbesondere wenn sie beabsichtigen, eine Einwilligung für andere Zwecke als verhaltensorientierte Werbung (z. B. Verbesserung der Dienste oder Personalisierung von Inhalten) einzuholen. Generell kann nicht davon ausgegangen werden, dass betroffene Personen mit einer einzigen Handlung eindeutig in alle Zwecke einwilligen, wenn es angemessen wäre, dass es den betroffenen Personen möglich wäre, detailliertere Präferenzen zum Ausdruck zu bringen.
166. Im Zusammenhang mit „Consent or Pay“-Modellen werden die Nutzer aufgefordert, ihre Einwilligung in bestimmte Verarbeitungstätigkeiten zu geben, damit sie ohne Zahlung eines Entgelts auf den Dienst zugreifen können. Gibt ein Nutzer seine Einwilligung in die Verarbeitungstätigkeiten, die den kostenlosen Zugang zu dem Dienst ermöglichen, so sollte davon ausgegangen werden, dass der Nutzer seine Einwilligung nur für diese Verarbeitungstätigkeiten erteilt, wobei die Anforderungen zu berücksichtigen sind, die für eine Einwilligung für einen „bestimmten Zweck“ gelten. Damit die Einwilligung als eindeutig für andere Zwecke erteilt angesehen werden kann, sollten diese Zwecke vom Nutzer aktiv ausgewählt werden.
167. Ein weiterer Aspekt, der für das Vorliegen einer unmissverständlich abgegebenen Willensbekundung wichtig ist, besteht darin, dass der Nutzer nicht mit irreführenden Gestaltungsmustern konfrontiert wird und dass die verschiedenen Optionen gleichwertig dargestellt werden. Diesbezüglich verweist der EDSA auch auf seine Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern auf Schnittstellen von Plattformen sozialer Medien.<sup>138</sup>

---

<sup>134</sup> Siehe z. B. EuGH, Bundeskartellamt-Urteil, Rn. 151: „[Es ist] angebracht, dass eine Einwilligung gesondert für die Verarbeitung der letztgenannten Daten einerseits und die Off-Facebook-Daten andererseits erteilt werden kann.“

<sup>135</sup> Antwort des EDSA auf die Initiative der Kommission für eine freiwillige Zusage der Unternehmen, die Verwaltung von Cookies und personalisierten Werbeentscheidungen durch die Verbraucher zu vereinfachen, S. 7. (Dort heißt es: „Wenn ein Nutzer dem Zugang zu oder der Speicherung von Informationen in seinen Endgeräten für einen genau beschriebenen Werbezweck zustimmt, kann dieser Zweck technische Verarbeitungsvorgänge betreffen, die untrennbar mit dem Werbezweck verbunden sind, wie die Verwendung von Cookies für die Begrenzung der Häufigkeit oder die Messung der Wirksamkeit von Werbekampagnen. Diese technischen Verarbeitungsvorgänge können den Zugang zu oder die Speicherung von Informationen in Endgeräten beinhalten.“)

<sup>136</sup> Rechtssache C-61/19, Orange Romania, ECLI:EU:C:2020:901, Rn. 36.

<sup>137</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 75.

<sup>138</sup> EDSA-Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern.

168. Bei "Consent or Pay"-Modellen ist es beispielsweise wichtig, zu bedenken, dass Nutzer zur Erteilung ihrer Einwilligung verleitet werden können, wenn die Verantwortlichen mehrdeutige Informationen bereitstellen. Dies ist der Fall, wenn die Einwilligung durch Formulierungen wie „weiter“ oder „weiter ohne Zahlung“ eingeholt wird.<sup>139</sup> In diesen Fällen wird der Umstand, dass keine Zahlung geleistet wird, so stark betont, dass nicht deutlich wird, dass die Wahl der kostenlosen Option die Einwilligung beinhaltet.<sup>140</sup> Um sicherzustellen, dass eine Willensbekundung unmissverständlich abgegeben wurde, müssen die gestellten Fragen daher präzise und transparent formuliert werden und die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten sollte nicht als bloße Möglichkeit zur Umgehung eines Entgelts dargestellt werden.

## 4.3 Zusätzliche Elemente

### 4.3.1 Widerruf der Einwilligung

169. Nach Artikel 7 Absatz 3 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Darüber hinaus muss nach Artikel 7 Absatz 3 DSGVO der „Widerruf der Einwilligung ... so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein“.<sup>141</sup> In der DSGVO wird das einfache Widerrufen für eine wirksame Einwilligung als notwendig erachtet.<sup>142</sup> Es gibt keine spezielle Lösung für die Umsetzung dieser Anforderungen. Es ist daher im Allgemeinen erforderlich, von Fall zu Fall zu prüfen, ob eine leicht zugängliche Widerrufsmöglichkeit vorgesehen ist, die die rechtlichen Anforderungen erfüllt.<sup>143</sup> Dies hängt auch davon ab, ob die Möglichkeit, die Einwilligung zu widerrufen, klar und deutlich erkennbar ist und nicht in einem irreführenden oder manipulierenden Design dargestellt wird.<sup>144</sup>
170. Es ist zwingend erforderlich, dass der Verantwortliche die betroffene Person über das Recht zum Widerruf der Einwilligung informiert, bevor die Einwilligung tatsächlich erteilt wird.<sup>145</sup> Der Verantwortliche muss die betroffenen Personen auch darüber informieren, wie dieses Recht ausgeübt werden kann.<sup>146</sup>
171. Betroffene Personen sollten ihre Einwilligung ohne Nachteile widerrufen können.<sup>147</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass in Fällen, in denen eine betroffene Person beim Widerruf ihrer Einwilligung Nachteile erleidet, davon ausgegangen werden kann, dass die Einwilligung nie wirksam eingeholt wurde und dass es die Aufgabe des Verantwortlichen ist, alle personenbezogenen Daten des Nutzers zu löschen, die auf der Grundlage einer solchen unwirksamen Einwilligung erhoben wurden.<sup>148</sup>

---

<sup>139</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 84.

<sup>140</sup> Siehe die EDSA-Leitlinien zu irreführenden Gestaltungsmustern, Anhang I Checkliste 4.6.2.

<sup>141</sup> Dies muss nicht immer durch dieselbe Handlung geschehen, aber wenn die Einwilligung auf elektronischem Wege mittels eines einzigen Mausklicks, einer einzigen Wischbewegung oder eines einzigen Tastenanschlags eingeholt wird, müssen die betroffenen Personen diese Einwilligung in der Praxis genauso einfach widerrufen können. EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absätze 113-114.

<sup>142</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 116.

<sup>143</sup> Siehe den Bericht über die Arbeit der EDSA-Cookie Banner-Taskforce, Absatz 35.

<sup>144</sup> Siehe auch Erwägungsgrund 37 des Gesetzes über digitale Märkte: „Zudem sollte es ebenso einfach sein, die Einwilligung zu widerrufen wie sie zu erteilen. Torwächter sollten ihre Online-Schnittstellen nicht so gestalten, organisieren oder betreiben, dass Endnutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, ihre Einwilligung frei zu erteilen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert werden.“

<sup>145</sup> Artikel 7 Absatz 3 DSGVO.

<sup>146</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 116.

<sup>147</sup> Erwägungsgrund 42 der DSGVO, EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absätze 46 und 114.

<sup>148</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 49.

172. Im Kontext der hier zu betrachtenden "Consent or Pay"-Modelle ist zunächst zwischen der Ausübung des Widerrufsrechts als solchem und dem Wunsch des Nutzers, den Dienst nach dem Widerruf der Einwilligung weiterhin zu nutzen, zu unterscheiden. Wichtig ist die Bereitstellung transparenter, klar erkennbarer Informationen über die Art und Weise, wie das Widerrufsrecht ausgeübt werden kann, damit nicht der Eindruck entsteht, dass der Widerruf automatisch zum Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements führen würde. In solchen Fällen führt die Ausübung des Widerrufsrechts dazu, dass der Nutzer erneut vor die Wahl gestellt wird, der Verarbeitung zu Zwecken verhaltensorientierter Werbung zuzustimmen oder ein kostenpflichtiges Abonnement abzuschließen (oder sich für die kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung zu entscheiden, wenn diese angeboten wird). Diese Folge sollte genauso bewertet werden, wie die allgemeine Frage, ob bei "Consent or Pay"-Modellen eine freie Wahl getroffen werden kann. Bezüglich des Maßstabs für die Feststellung, ob ein Nachteil vorliegt, wird daher auf die Ausführungen in Abschnitt 4.2.1.2 („Nachteil“) verwiesen. Sofern im Einzelfall festgestellt wird, dass eine freie Wahl getroffen werden kann, sollte dies auch für den Widerruf gelten, da dies andernfalls immer zu einer unwirksamen Einwilligung führen würde.
173. Dessen ungeachtet sollte klar sein, dass die Entscheidung eines Nutzers, die kostenpflichtige Version des Dienstes zu abonnieren, wenn er zunächst seine Einwilligung zur Verarbeitung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung erteilt hatte, einen Widerruf seiner Einwilligung darstellt. Umgekehrt ist die Beendigung des kostenpflichtigen Abonnements nicht gleichbedeutend mit der Erteilung einer Einwilligung.
174. Bei der Prüfung, ob das Widerrufsrecht die Anforderungen der DSGVO erfüllt, sollten auch die Folgen der Ausübung des Widerrufsrechts berücksichtigt werden. In den EDSA-Leitlinien zur Einwilligung wird erläutert, dass im Falle des Widerrufs der Einwilligung grundsätzlich alle Verarbeitungsvorgänge, die auf der Einwilligung beruhten und vor dem Widerruf der Einwilligung und im Einklang mit der DSGVO stattfanden, rechtmäßig bleiben, der Verantwortliche die entsprechenden Verarbeitungsvorgänge jedoch einstellen muss.<sup>149</sup> Wenn keine anderweitige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten einschließlich der weiteren Speicherung vorliegt, sollte der Verantwortliche die Daten löschen.<sup>150</sup>
175. Der Widerruf der Einwilligung in die Verarbeitung zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung sollte daher zur Beendigung aller durch die Einwilligung der betroffenen Person erlaubten Verarbeitungstätigkeiten führen. Dies wirkt sich nicht nur auf die Speicherung der Daten im Endgerät und/oder den Zugang zu diesen Daten zu Zwecken verhaltensorientierter Werbung aus, sondern auch auf die anschließende Verarbeitung der für diese Zwecke erhobenen Daten (z. B. wenn diese Daten an Dritte weitergegeben werden). Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Verantwortliche ein großes Werbenetz nutzt, um Einzelpersonen gezielt anzusprechen und sie auf mehreren Websites zu verfolgen (Tracking).
176. Die Schlussfolgerungen des EuGH im Proximus-Urteil<sup>151</sup> gelten auch im Zusammenhang mit verhaltensorientierter Werbung, insbesondere bei der Nutzung von Online-Marketingmethoden wie

---

<sup>149</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 117.

<sup>150</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 117.

<sup>151</sup> EuGH, Urteil in der Rechtssache C-129/21, Proximus NV/Gegevensbeschermingsautoriteit, ECLI:EU:C:2022:833. Im Urteil in der Rechtssache Proximus stellte der EuGH fest, dass es, wenn sich verschiedene Verantwortliche auf eine einheitliche Einwilligung der betroffenen Person stützen, genügt, dass sich die betroffene Person, um ihre Einwilligung zu widerrufen, an irgendeinen der Verantwortlichen wendet (Rn. 84). Der EuGH führt weiter aus: „ Um die Wirksamkeit des ... Rechts auf Widerruf einer Einwilligung zu gewährleisten und sicherzustellen, dass die Einwilligung der betroffenen Person strikt auf den Zweck bezogen ist, zu dem sie

Real Time Bidding. Es widerspräche auch dem Grundsatz, den Widerruf so einfach wie die Einwilligung zu ermöglichen, wenn der Nutzer sein Widerrufsrecht gegenüber jedem beteiligten Verantwortlichen selbst ausüben müsste, obwohl die Einwilligung gegenüber allen mit einem Klick erteilt werden kann. Darüber hinaus sollten insbesondere bei der Erstellung und Ergänzung von Nutzerprofilen, die für verhaltensorientierte Werbung verwendet werden, diese Profile gelöscht werden, nachdem die Einwilligung widerrufen wurde; das heißt, sie sollten nicht verarbeitet werden, auch nicht für einen anderen Zweck auf der Grundlage einer anderen Rechtsgrundlage, es sei denn, personenbezogene Daten werden von Anfang an für einen anderen Zweck auf einer wirksamen Rechtsgrundlage verarbeitet.

#### 4.3.2 Aktualisierung der Einwilligung

177. In der DSGVO wird keine bestimmte Frist dafür festgelegt, wie häufig die Einwilligung aktualisiert werden sollte oder wie lange die Einwilligung als Willensbekundung der betroffenen Person betrachtet werden kann. Verantwortliche sollten hierfür eine Einzelfallprüfung vornehmen.

Der EDSA hat in seinen Leitlinien Kriterien festgelegt, die den Verantwortlichen bei der Feststellung, wie lange eine Einwilligung als wirksam betrachtet werden kann, als Unterstützung dienen können, unter anderem werden der Kontext, der Umfang der ursprünglichen Einwilligung und die Erwartungen der betroffenen Person genannt.<sup>152</sup> In anderen EU-Rechtsvorschriften enthaltene Bestimmungen, wie zum Beispiel Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes über digitale Märkte, müssen je nach den besonderen Umständen des Einzelfalls bei einer solchen Prüfung möglicherweise berücksichtigt werden.

178. Im Zusammenhang mit verhaltensorientierter Werbung erscheint angesichts der Eingriffsintensität der Verarbeitung ein begrenzter Zeitraum, in dem die Einwilligung wirksam bleibt (beispielsweise ein Jahr), angemessen zu sein.<sup>153</sup>

## 5 SCHLUSSFOLGERUNGEN

179. Im Kontext von "Consent or Pay"-Modellen bei großen Online-Plattformen betont der EDSA, dass die Verantwortlichen sämtliche Anforderungen der DSGVO erfüllen müssen, insbesondere die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung, wie sie in dieser Stellungnahme beschrieben wird, wobei gleichzeitig die Besonderheiten eines jeden Einzelfalls zu prüfen sind.

Es ist festzustellen, dass es großen Online-Plattformen in den meisten Fällen nicht möglich sein wird, die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung zu erfüllen, wenn sie Nutzer nur vor die binäre Wahl stellen, entweder in die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung einzuwilligen oder ein Entgelt zu zahlen.

---

erteilt wurde, ist der Verantwortliche, gegenüber dem die betroffene Person ihre Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten widerrufen hat, entsprechend den zutreffenden Ausführungen der Kommission in der Tat verpflichtet, jede Person, die ihm diese Daten übermittelt hat, sowie die Person, der er seinerseits die Daten übermittelt hat, über den Widerruf zu informieren. Die dementsprechend informierten Verantwortlichen sind dann ihrerseits verpflichtet, diese Informationen an die anderen Verantwortlichen weiterzuleiten, denen sie solche Daten übermittelt haben.“ (Rn. 85)

<sup>152</sup> EDSA-Leitlinien zur Einwilligung, Absatz 110.

<sup>153</sup> Siehe auch die Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, S. 16.

180. Der EDSA weist darauf hin, dass personenbezogene Daten nicht als Handelsware angesehen werden können und dass große Online-Plattformen berücksichtigen sollten, dass verhindert werden muss, dass das Grundrecht auf Datenschutz in ein Merkmal umgewandelt wird, das betroffene Personen nur gegen Entgelt genießen können. Daher sollte das Angebot einer (nur) kostenpflichtigen Alternative zu einem Dienst, der die Verarbeitung zu Zwecken der verhaltensbezogenen Werbung einschließt, nicht der Standardweg für die für die Verarbeitung Verantwortlichen sein.. Vielmehr sollten große Online-Plattformen bei der Entwicklung der Alternative zur Version des Dienstes mit verhaltensorientierter Werbung in Erwägung ziehen, betroffenen Personen eine „gleichwertige Alternative“ zur Verfügung zu stellen, die keine Zahlung eines Entgelts nach sich zieht (z. B. eine andere Form der Werbung, bei der es sich nicht um verhaltensorientierte Werbung handelt).

181. Falls sie sich dafür entscheiden, betroffenen Personen eine „gleichwertige Alternative“ zur Verfügung zu stellen, die die Zahlung eines Entgelts beinhaltet, sollten Verantwortliche auch in Erwägung ziehen, eine weitere kostenlose Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung anzubieten, z. B. eine Form der Werbung, bei der weniger (oder keine) personenbezogene Daten verarbeitet werden. Um eine echte Wahl zu gewährleisten und zu vermeiden, dass Nutzer die Wahl zwischen nur zwei Optionen haben, nämlich zwischen der Zahlung eines Entgelts einerseits und der Einwilligung in die Verarbeitung für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung andererseits. Bei der Bewertung bestimmter Kriterien für eine wirksame Einwilligung nach der DSGVO ist dies ein besonders wichtiger Faktor.

Ob der Verantwortliche eine weitere, unentgeltliche Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung anbietet, wird in den meisten Fällen erhebliche Auswirkungen auf die Beurteilung der Wirksamkeit der Einwilligung haben, insbesondere hinsichtlich des Nachteilsaspekts. Das Angebot einer kostenlosen Alternative ohne verhaltensorientierte Werbung sollte daher für große Online-Plattformen eine wichtige Überlegung sein.

182. Auf der Grundlage des Ersuchens der niederländischen, norwegischen und deutschen (Hamburg) Aufsichtsbehörden um eine Stellungnahme und auf der Grundlage der vorstehenden Analyse kommt der EDSA zu dem Schluss, dass **die von großen Online-Plattformen (wie für die Zwecke dieser Stellungnahme definiert) im Kontext von “Consent or Pay“-Modellen im Zusammenhang mit verhaltensorientierter Werbung eingeholte Einwilligung nur insoweit als wirksam angesehen werden kann, als diese Plattformen im Einklang mit dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht nachweisen können, dass alle Anforderungen an eine wirksame Einwilligung erfüllt sind, d. h.:**

– Die Einwilligung wird **freiwillig erteilt**. In diesem Zusammenhang sollten große Online-Plattformen unter anderem folgende Elemente berücksichtigen:

- Ob die betroffene Person einen **Nachteil** dadurch erleidet, dass sie keine Einwilligung erteilt oder diese widerruft. Diesbezüglich sollten große Online-Plattformen, die “Consent or Pay“-Modelle nutzen, sicherstellen, dass ein etwaiges Entgelt nicht so beschaffen ist, dass es die betroffenen Personen wirksam daran hindert, eine freie Wahl zu treffen, und diese sich beispielsweise zur Einwilligung gedrängt fühlen. Darüber hinaus können Nachteile entstehen, wenn betroffene Personen kein Entgelt zahlen, um ihre Einwilligung nicht zu erteilen und aufgrund dessen vom Dienst ausgeschlossen werden; insbesondere in den Fällen, in denen der Dienst für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben oder den Zugang zu beruflichen Netzwerken eine herausragende oder entscheidende Rolle spielt, vor allem dann, wenn Lock-in- oder Netzwerkeffekte vorliegen. Infolgedessen ist es wahrscheinlich, dass ein Nachteil entsteht, wenn große Online-Plattformen ein “Consent or Pay“-Modell verwenden, um die Einwilligung in die Verarbeitung einzuholen.

- Ob ein **Ungleichgewicht** der Macht zwischen der betroffenen Person und ihnen besteht. In diesem Zusammenhang können bestimmte nicht erschöpfende und nicht kumulative Faktoren großen Online-Plattformen bei dieser Einzelfallbewertung unterstützen; zu diesen Faktoren zählen die Stellung des Unternehmens auf dem Markt, das Vorliegen von Lock-in- oder Netzwerkeffekten, das Ausmaß, in dem die betroffene Person auf den Dienst angewiesen ist und das Ziel- oder Hauptpublikum des Dienstes; sofern ein klares Ungleichgewicht besteht, kann nur „in Ausnahmefällen“ eine Einwilligung herangezogen werden und nur dann wenn der Verantwortliche im Einklang mit dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht nachweisen kann, dass es für die betroffene Person „zu keinerlei Nachteilen führt“, wenn sie nicht einwilligt, insbesondere wenn den betroffenen Personen eine Alternative angeboten wird, die keine negativen Auswirkungen hat.
- Ob die Einwilligung für den Zugang zu Waren oder Dienstleistungen erforderlich ist, auch wenn die auf der Einwilligung beruhende Verarbeitung für die Erfüllung des für das Angebot dieser Waren oder Dienstleistungen geltenden Vertrags nicht erforderlich ist. Der EDSA weist darauf hin, dass der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) im Bundeskartellamt-Urteil festgestellt hat, dass Nutzern, die die Einwilligung zu bestimmten Verarbeitungsvorgängen verweigern, „gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative“ anzubieten ist, „die nicht mit solchen Datenverarbeitungsvorgängen einhergeht“. Auf diese Weise vermeiden Verantwortliche das Problem der Konditionalität. Die anderen Kriterien für eine „freiwillige“ Einwilligung müssen jedoch auf jeden Fall auch erfüllt werden. Der EDSA ist der Auffassung, dass sich das vom EuGH genannte Erfordernis, betroffenen Personen eine „**gleichwertige Alternative**“ anzubieten, auf eine alternative Version des betreffenden Dienstes desselben Verantwortlichen bezieht, die nicht die Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für verhaltensorientierte Werbezwecke beinhaltet. Der EDSA nennt Elemente, die dazu dienen sicherzustellen, dass die Alternative tatsächlich gleichwertig ist. Wenn sich die alternative Version von der ursprünglichen Version nur insoweit unterscheidet, als dies aufgrund dessen, dass der Verantwortliche keine personenbezogenen Daten für Zwecke der verhaltensorientierten Werbung verarbeiten kann, erforderlich ist, kann sie grundsätzlich als gleichwertig angesehen werden. Darüber hinaus ist in der „gleichwertigen Alternative“ auf Verarbeitungsvorgänge, die für die Erbringung der Dienstleistung nicht erforderlich sind und einer Einwilligung bedürften, zu verzichten. Da Verarbeitungsvorgänge, die zu Zwecken der verhaltensorientierten Werbung durchgeführt werden, für die Erbringung des Dienstes nicht erforderlich sind und einer Einwilligung bedürfen, ist bei der entsprechenden Alternative auf solche Verarbeitungsvorgänge zu verzichten, es sei denn, diese Verarbeitungsvorgänge dienen auch einem anderen rechtmäßigen Zweck.
- Ob ein etwaiges **Entgelt** so beschaffen ist, dass betroffene Personen daran gehindert werden, eine echte Wahl zu treffen oder zur Erteilung ihrer Einwilligung gedrängt werden. In Bezug auf die Erhebung eines Entgelts für den Zugang zu der „gleichwertigen alternativen“ Version des Dienstes sollten Verantwortliche von Fall zu Fall prüfen, ob ein Entgelt überhaupt angemessen ist und welche Höhe unter den gegebenen Umständen angemessen ist; dabei ist zu berücksichtigen, dass verhindert werden muss, dass das Grundrecht auf Datenschutz zu einem Premiummerkmal wird, das wohlhabenden Menschen vorbehalten ist. Diese Bewertung sollte unter Berücksichtigung der Anforderungen an eine wirksame Einwilligung und der Grundsätze nach Artikel 5 DSGVO,

insbesondere des Grundsatzes von Treu und Glauben, durchgeführt werden; ferner sind sowohl mögliche Alternativen zu verhaltensorientierter Werbung, die die Verarbeitung weniger personenbezogener Daten mit sich bringt, als auch die Position der betroffenen Personen zu berücksichtigen.

Die Aufsichtsbehörden sind damit betraut, die Anwendung der DSGVO durchzusetzen; dies kann sich auch auf die Auswirkungen eines etwaigen Entgelts auf die Wahlfreiheit der betroffenen Personen beziehen. In vielen Fällen können Aufsichtsbehörden von der Konsultation von Behörden in anderen Rechtsbereichen, insbesondere Verbraucherschutz- und Wettbewerbsbehörden, profitieren.

- Ob es den betroffenen Personen freisteht, den von ihnen zu akzeptierenden Verarbeitungszweck zu wählen, anstatt mit einer einzigen Einwilligungsabfrage konfrontiert zu werden, mit der verschiedene Zwecke gebündelt werden (**Granularität**).
  - Die Einwilligung wird **in informierter Weise** erteilt. Verantwortliche sind nach dem Grundsatz der Rechenschaftspflicht dafür verantwortlich, einen Informationsprozess aufzubauen und zu dokumentieren, der es den betroffenen Personen ermöglicht, den Wert, den Umfang und die Konsequenzen ihrer möglichen Entscheidungen vollständig und klar zu verstehen. Dies bedeutet, dass die betroffenen Personen klare Informationen über die Verarbeitungstätigkeiten im Zusammenhang mit den ihnen angebotenen Optionen erhalten sollten, bevor sie eine Wahl treffen. Große Online-Plattformen sollten der Komplexität der für das Angebot verhaltensorientierter Werbung erforderlichen Datenverarbeitungstätigkeiten Rechnung tragen und sicherstellen, dass die Informationen in einer für die Zielgruppe klaren und verständlichen Weise bereitgestellt werden.
  - Die Einwilligung ist eine **unmissverständlich abgegebene Willensbekundung**. Große Online-Plattformen sollten die Art und Weise, wie betroffene Personen zur Erteilung ihrer Einwilligung aufgefordert werden, mit Umsicht gestalten, um sicherzustellen, dass die betroffenen Personen nicht mit irreführenden Gestaltungsmustern konfrontiert werden. Gibt ein Nutzer seine Einwilligung in die Verarbeitungstätigkeiten, die einen kostenlosen Zugang zu dem Dienst ermöglichen, so sollte davon ausgegangen werden, dass der Nutzer seine Einwilligung nur in diese Verarbeitungstätigkeiten erteilt, wobei die Anforderung, dass Einwilligungen für einen bestimmten Zweck erteilt werden müssen, zu berücksichtigen ist. Damit die Einwilligung als eindeutig für andere Zwecke erteilt angesehen werden kann, sollten diese Zwecke vom Nutzer aktiv ausgewählt werden.
  - Die Einwilligung wird **für einen bestimmten Zweck erteilt**. Dies bedeutet, dass große Online-Plattformen die Zwecke der Verarbeitungstätigkeiten, für die eine Einwilligung erforderlich ist, genau definieren und abgrenzen sollten. So sollte beispielsweise die für verhaltensorientierte Werbung eingeholte Einwilligung nicht mit anderen Zwecken gebündelt werden. Große Online-Plattformen sollten von Fall zu Fall bewerten und dokumentieren, ob die Bereitstellung von verhaltensorientierter Werbung dazu führt, dass sie personenbezogene Daten für unterschiedliche Zwecke verarbeiten; für diese Zwecke sollten sie gesonderte Einwilligungen verlangen.
183. Der EDSA weist darauf hin, **dass die Einholung der Einwilligung große Online-Plattformen nicht davon entbindet, die anderen Vorschriften und Grundsätze der DSGVO**, einschließlich der in Artikel 5 DSGVO dargelegten Grundsätze, **einzuhalten**. Die folgenden Grundsätze sind für große Online-Plattformen, die "Consent or Pay"-Modelle einsetzen, nicht nur bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung von besonderer Bedeutung.

- **Zweckbindung und Datenminimierung** – Große Online-Plattformen sind dafür verantwortlich, den Zweck ihrer Verarbeitungstätigkeiten klar zu definieren und sicherzustellen, dass nur personenbezogene Daten verarbeitet werden, die zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich sind.
- **Treu und Glauben** – Um sicherzustellen, dass ihre Verarbeitungstätigkeiten dem Grundsatz von Treu und Glauben entsprechen, sollten große Online-Plattformen die Auswirkungen ihrer Verarbeitungstätigkeiten auf die Rechte und die Würde des Einzelnen berücksichtigen und den betroffenen Personen ein Höchstmaß an Autonomie gewähren.
- **Datenschutz durch Technikgestaltung** – Große Online-Plattformen müssen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen ergreifen und die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen in ihre Verarbeitungstätigkeiten integrieren, um die Anforderungen der DSGVO zu erfüllen und die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen zu schützen.
- **Datenschutz durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen** – Große Online-Plattformen sind dafür verantwortlich, dass Standardeinstellungen und -optionen so umgesetzt werden, dass nur Verarbeitungsvorgänge, die zur Erreichung des vorgegebenen rechtmäßigen Zwecks unbedingt erforderlich sind, standardmäßig durchgeführt werden.
- **Rechenschaftspflicht** – Große Online-Plattformen sind für die Einhaltung der DSGVO verantwortlich und müssen in der Lage sein, die Einhaltung der DSGVO, einschließlich der vorstehend aufgeführten Grundsätze, nachzuweisen.

Für den Europäischen Datenschutzausschuss

Die Vorsitzende

(Anu Talus)