



GDD-Stellungnahme zur Entwicklung allgemeiner Guidelines zum Thema „Consent or Pay“ durch den EDSA

I. Anlass für die Stellungnahme der GDD

In seiner Stellungnahme 08/2024¹ hat sich der Europäische Datenschutz-ausschuss (EDSA) zu sog. „Consent or Pay“-Modellen geäußert, also Geschäftsmodellen, welche Nutzer von Onlinediensten vor die Wahl stellen, entweder der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Zwecken der verhaltensbasierten Onlinewerbung zuzustimmen oder aber eine Gebühr für den jeweiligen Dienst zu entrichten. Ihrem Anwendungsbereich nach war diese Stellungnahme des EDSA allerdings auf entsprechende Modelle großer Onlineplattformen bezogen.² Abschließende Aussagen bezüglich „Consent or Pay“-Modellen anderer Stellen als großer Plattformen sind mit der EDSA-Stellungnahme 08/2024 nicht verbunden, wenn sich auch gewisse Beurteilungstendenzen ableiten lassen mögen.

Der Stellungnahme 08/2024 des EDSA sollen allgemeine Guidelines des EDSA zu „Consent or Pay“-Modellen nachfolgen, welche einen weiteren Anwendungsbereich als die Stellungnahme haben und sich auf alle Arten von Verantwortlichen und sämtliche Verarbeitungszwecke beziehen sollen. In Vorbereitung dieser Guidelines hat der EDSA am 18.11.2024 eine „Stakeholder-Anhörung“ durchgeführt, zu welcher auch der von der GDD mitgegründete europäische Datenschutzdachverband CEDPO (<https://cedpo.eu/>) eingeladen war. Mit ihrer Stellungnahme unterstützt die GDD die Meinungsbildung im Rahmen von CEDPO mit Blick auf die Positionierung gegenüber dem EDSA.

II. Inhaltlicher Problemaufriss

Nach wie vor scheint im Internet eine Kostenlosmentalität der Nutzer/-innen verbreitet und jedenfalls ein Teil der Nutzer/-innen ist nicht in gleicher

GDD e.V.
Heinrich-Böll-Ring 10
53119 Bonn
T +49 228 969675-00
F +49 228 969675-25
info@gdd.de
www.gdd.de

Vorstand
Prof. Dr. Rolf Schwartmann
(Vorsitzender)
Kristin Benedikt
Dr. Stefan Brink
Ulrike Egle
Prof. Dr. Rainer W. Gerling
Bettina Herman
Gabriela Krader
Prof. Dr. Michael Meier
Thomas Muthlein
Steve Ritter
Prof. Dr. Gregor Thüsing
Prof. Peter Gola
(Ehrenvorsitzender)

Geschäftsführer
Andreas Jaspers,
Rechtsanwalt

Informationen zum Daten-
schutz unter [www.gdd.de/
datenschutzerklaerung](http://www.gdd.de/datenschutzerklaerung)

¹ EDSA, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms (Stand: 17.4.2024).

² EDSA, Opinion 08/2024 Rn. 31.

Weise bereit wie in der Offline-Welt, für in Anspruch genommene Dienstleistungen in monetärer Form zu zahlen. Da Onlineanbieter gleichwohl gewinnbringend arbeiten müssen bzw. erbrachte Dienste zumindest refinanzieren müssen, sind diese in der Konsequenz vielfach dazu übergegangen, Nutzerdaten systematisch zu sammeln und auszuwerten, um maßgeschneiderte Werbeplätze zum Höchstpreis an Dritte verkaufen zu können (sog. Real-Time-Bidding).³ Sind mit solchen Werbemaßnahmen Endgeräzugriffe verbunden, bedarf es aufgrund der Vorgaben in § 25 Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutz-Gesetz (TDDDG), welche den Vorgaben nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie entsprechen, zwingend der Einwilligung der betroffenen Nutzer/-innen. Auch mit dem Auspielen verhaltensbasierter Werbung einhergehende personenbezogene Datenverarbeitungen werden in der Praxis oftmals ohne Einwilligung der betroffenen Person nicht auskommen. Denn auch wenn die Direktwerbung nach Erwägungsgrund 47 S. 7 DS-GVO im Ausgangspunkt als berechtigtes Interesse i.S.v. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO anzusehen ist, werden einem Teilen detaillierter Nutzerpräferenzen im Rahmen von großen Werbenetzwerken regelmäßig die schutzwürdigen Interessen der Nutzer/-innen entgegenstehen, so dass es auch datenschutzrechtlich einer Einwilligung bedarf.

III. Position des EDSA zu „Consent or Pay“-Modellen großer Onlineplattformen

In seiner Stellungnahme 08/2024 vertritt der EDSA die Auffassung, dass es für große Onlineplattformen in den meisten Fällen nicht möglich sein wird, die Anforderungen an die Einholung wirksamer datenschutzrechtlicher Einwilligungen zu erfüllen, sofern diese ihre Nutzer nur vor die Wahl stellen, entweder der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Zwecken der verhaltensbasierten Werbung zuzustimmen oder eine Gebühr zu entrichten.⁴ Wenn sich der für die Verarbeitung Verantwortliche entscheide, eine Gebühr für den Zugang zu der „gleichwertigen Alternative“⁵ zur Zustimmung zur verhaltensbasierten Werbung zu erheben, so sollte zudem erwogen werden, auch eine weitere kostenlose Variante ohne verhaltensbasierte Werbung anzubieten, z.B. mit Werbung, bei der

³ Kessen/Reif/Burkhardt, RDV 2022, 64 (64); zu Onlinewerbung und Real-Time-Bidding vgl. auch Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435.

⁴ EDSA, Opinion 08/2024, Executive Summary.

⁵ Zum Konzept des gleichwertigen Alternativzugangs vgl. etwa Golland, MMR 2018, 130 (134).

weniger oder gar keine personenbezogenen Informationen verarbeitet werden, so der EDSA.⁶

Die Ausführungen des EDSA in der Stellungnahme 08/2024 beziehen sich dabei auf einwilligungsbasierte Lösungen zur Ermöglichung von „Service gegen Daten“-Modellen. Neben solchen einwilligungsbasierten Modellen gibt es auch die Möglichkeit, die Datenbereitstellung durch den Nutzer in eine „echte“ synallagmatische Austauschbeziehung („do ut des“)⁷ zu bringen im Verhältnis zur Bereitstellung des Onlinedienstes durch den Anbieter (Vertragsmodell). Je nach gewähltem Modell treten unterschiedliche datenschutzrechtliche Rechtsfolgen ein.⁸

IV. Bewertung der GDD

Nach Auffassung der GDD können die Wertungen, welche der EDSA in seiner Stellungnahme 08/2024 für „Consent or Pay“-Modelle großer Onlineplattformen aufgestellt hat, auf entsprechende Modelle anderer Anbieter nicht ohne Weiteres übertragen werden. Dies gilt insbes. für das Erfordernis einer „dritten Variante“ neben den Möglichkeiten, entweder der verhaltensbasierten Werbung zuzustimmen oder stattdessen zu bezahlen für das Onlineangebot.

Zu Recht sieht der EDSA das Element der Konditionalität, d.h., ob für den Zugang zu Waren oder Dienstleistungen eine Einwilligung erforderlich ist, auch wenn die Verarbeitung nicht für die Vertragserfüllung erforderlich ist, als ein Element für die Beurteilung, ob eine datenschutzrechtliche Einwilligung frei erteilt wird. Bezogen auf die großen Plattformen, die Gegenstand der Betrachtung des EDSA in der Stellungnahme 08/2024 waren, stellt der EDSA aus nachvollziehbaren Gründen hohe Anforderungen an den Nachweis, dass eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde, und sieht insofern die vorgeschlagene „dritte Variante“ als Mittel denselben zu erleichtern. Die hohen Anforderungen, die der EDSA für große Plattformen aufstellt, rühren aus dem Umstand, dass „deren Dienstleistungen eine herausragende Rolle spielen oder sogar für die Teilnahme am

⁶ EDSA, Opinion 08/2024, Executive Summary.

⁷ Ich gebe, weil du gibst.

⁸ Zu den beiden Modellen und ihren unterschiedlichen Rechtsfolgen vgl. nachfolgend unter IV. sowie im Einzelnen bei Kessen/Reif/Burkhardt, RDV 2022, 64.

gesellschaftlichen Leben oder den Zugang zu beruflichen Netzwerken entscheidend sind, umso mehr, wenn Lock-in- oder Netzwerkeffekte vorliegen“.⁹

Die dargestellten Argumente sind auf andere Anbieter nach Auffassung der GDD nicht ohne Weiteres übertragbar mit der Folge, dass grundsätzlich auch nicht die gleichen hohen Anforderungen an den Nachweis der Freiwilligkeit der Einwilligung angelegt werden sollten wie im Fall von großen Plattformanbietern. Stattdessen werden sich zugunsten sonstiger Anbieter von „Consent or Pay“-Modellen stärker als für die gesellschaftlich relevanten Plattformen auch deren eigenen Grundrechtspositionen auswirken müssen, namentlich die Berufs-, Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit (Artt. 15 bis 17 der Grundrechtecharta). Das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 der Grundrechtecharta) ist kein „Supergrundrecht“, sondern mit anderen grundrechtlich geschützten Positionen in angemessenen Ausgleich zu bringen.

Es entspricht dem Prinzip der Privatautonomie, dass jeder Anbieter grundsätzlich selbst entscheiden kann, wem er Dienstleistungen anbietet bzw. ob er hierfür ein Entgelt verlangt und in welcher Höhe. Kein Anbieter kann gezwungen werden, seine Dienstleistungen oder Waren umsonst zu offerieren. Wenn dem aber so ist, kann im Ausgangspunkt nach hier vertretener Ansicht auch solchen Modellen nichts entgegenstehen, bei denen der Anbieter entweder Zahlung oder die Gestattung der Datenverarbeitung zu Zwecken der verhaltensbasierten Onlinewerbung verlangt, vorausgesetzt, das verlangte Entgelt ist der Höhe nach angemessen („Konzept des gleichwertigen Alternativzugangs“).¹⁰ Zwar ist nicht auszuschließen, dass es auch außerhalb der Konstellationen großer Plattformen im Einzelfall sinnvoll sein kann, eine weitere Möglichkeit neben der Bezahlung bzw. der Gestattung verhaltensbasierter Werbung anzubieten, um im Rahmen der Accountability (Art. 5 Abs. 2 DS-GVO) den Nachweis einer wirksamen Einwilligung zu erleichtern. Der Grundsatz der Privatautonomie würde aus Sicht der GDD jedoch übergebühlich eingeschränkt, sofern über den Fall großer Plattformen hinaus ein regelmäßiges Erfordernis für eine „dritte Variante“ begründet würde. Letzteres gilt insbesondere vor dem Hintergrund, als sich erst noch zeigen muss, ob in der Praxis tatsächlich eine wirtschaftlich interessante Methode entwickelt werden kann, mit der auch ohne Personalisierung entsprechende Umsätze durch Onlinewerbung zu erwirtschaften sind.¹¹ Das hieraus drohende

⁹ EDSA, Opinion 08/2024, Rn. 3 (Summary) bzw. im Einzelnen Rn. 87 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu etwa Golland, MMR 2018, 130 (134).

¹¹ Rost, K&R 2024, 698 (703).

wirtschaftliche Risiko ohne nähere Begründung im Einzelfall anderen Anbietern als großen Plattformen zuzumuten, erscheint unverhältnismäßig.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass Gegenstand der Stellungnahme 08/2024 des EDSA aus Sicht der GDD nur rein einwilligungsba- sierte „Service gegen Daten“-Modelle sind.

Datenschutzrechtlich gibt es aber zwei Ansätze, „Service gegen Daten“- Modelle zu realisieren, nämlich den Weg über die datenschutzrechtliche Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO) oder ein Vertragsmodell (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DS-GVO).¹² Je nach Modell treten unterschiedliche Rechtsfolgen ein. Im letzteren Fall bedürfen die Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit dem „Service gegen Daten“-Geschäft grundsätz- lich nicht der Einwilligung, sondern sind unmittelbar gesetzlich legitimiert. Ein ggf. erfolgreicher Endgerätezugriff wird beim Vertragsmodell regelmä- ßig über § 25 Abs. 2 Nr. 2 TDDDG erlaubt sein. Auch in Fällen einer Ver- tragslösung kann allerdings ggf. die Einholung einer Einwilligung der be- troffenen Person erforderlich werden, z.B., weil auch besondere Arten per- sonenbezogener Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO verarbeitet werden sol- len. Insoweit ist Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DS-GVO allein als Rechtsgrund- lage nicht ausreichend.

Für ein Vertragsmodell muss ein echtes synallagmatisches Austausch- verhältnis („do ut des“)¹³ begründet werden, bei dem der Nutzer die Be- reitstellung seiner Daten für Zwecke der verhaltensbasierten Werbung als Gegenleistung schuldet. Sofern Letzteres der Fall ist, darf eine ggf. zu- sätzlich erforderliche Einwilligung verpflichtend ausgestaltet sein. Das Koppelungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DS-GVO greift in diesen Fällen nicht, weil insoweit die Erteilung der Einwilligung erforderlich ist für die Erfül- lung des Vertrages.¹⁴

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass ein Rückgriff – auf die aus Anbietersicht vorzugswürdige – Rechtsgrundlage aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DS-GVO nicht schon allein dadurch möglich wird, dass eine Verarbeitung im Vertrag erwähnt oder für dessen Erfüllung lediglich von Nutzen ist.¹⁵ Nach dem EuGH kommt die genannte Bestimmung nur dann zur Anwendung, wenn die Datenverarbeitung „für die ordnungsge- mäßige Erfüllung des [...] geschlossenen Vertrags wesentlich ist“ und zu ihr

¹² Vgl. im Einzelnen bei Kessen/Reif/Burkhardt, RDV 2022, 64 (64 ff.).

¹³ Ich gebe, damit du gibst.

¹⁴ Kessen/Reif/Burkhardt, RDV 2022, 64 (65).

¹⁵ EuGH, Urt. v. 4.7.2023 – C-252/21 Rn. 99.



„keine praktikablen und weniger einschneidenden Alternativen bestehen“.¹⁶

Der EDSA sollte in den geplanten allgemeinen Guidelines zu „Consent and Pay“-Modellen die Vertragslösung ebenso darstellen wie die Einwilligungslösung inklusive der jeweiligen Rechtsfolgen.

Der EDSA geht insofern davon aus, dass personenbezogene Daten keine handelbare Ware sind.¹⁷ Das Recht auf Datenschutz nach Art. 8 Grundrechtecharta gelte für alle, unabhängig von der Bezahlung oder der finanziellen Situation.¹⁸ Es stellt allerdings im Ergebnis keine dieser beiden Thesen in Frage, in der Bereitstellung personenbezogener Daten eine mögliche zivilrechtliche Gegenleistung zu sehen. Denn das Zivilrecht kennt diverse Konstellationen, in denen höchstpersönliche Rechtsgüter wirtschaftlich nutzbar gemacht werden.¹⁹ So ist etwa das Urheberrecht ein höchstpersönliches und unveräußerliches Recht, dessen Wert aber erheblich geschmälert würde, wenn der Urheber es wirtschaftlich durch die Einräumung von Nutzungsrechten nicht nutzbar machen könnte.²⁰

Bonn, 15. November 2024

Die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. (GDD) tritt als gemeinnütziger Verein für einen sinnvollen, vertretbaren und technisch realisierbaren Datenschutz ein. Sie hat zum Ziel, die Daten verarbeitenden Stellen - insbesondere auch die Datenschutzbeauftragten - bei der Lösung und Umsetzung der vielfältigen mit Datenschutz und Datensicherheit verbundenen rechtlichen, technischen und organisatorischen Anforderungen zu unterstützen.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 4.7.2023 – C-252/21 Rn. 99.

¹⁷ EDSA, Opinion 08/2024, Rn. 130.

¹⁸ EDSA, Opinion 08/2024, Rn. 130.

¹⁹ Kessen/Reif/Burkhardt, RDV 2022, 64 (68).

²⁰ Schwartmann/Hentsch, RDV 2015, 221 ff.