von Rechtsanwalt **Jan Lennart Müller**

DSGVO: Wann gilt die Cookie-Einwilligung als freiwillig?

Die Frage, ob eine Einwilligung im Sinne der DSGVO freiwillig erteilt wurde, ist äußerst praxisrelevant. Die Datenschutzbehörden Österreichs und der Niederlande haben sich in Stellungnahmen mit der Freiwilligkeit im Rahmen einer Einwilligung in eine Cookie-Datenverarbeitung auseinandergesetzt.

Die Einwilligung im Sinne der DSGVO

Die Einwilligung im Rahmen der DSGVO ist als Erlaubnistatbestand für eine rechtmäßige Datenverarbeitung von zentraler Bedeutung. Die DSGVO definiert die Wirksamkeitsvoraussetzung einer freiwilligen Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO dergestalt, dass sie bestimmt, informiert und mit Einwilligungsbewusstsein erfolgen muss.

Nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist eine Einwilligung nur dann wirksam, wenn diese auch **freiwillig**, also ohne Druck und Zwang, abgegeben werden kann. Die Freiwilligkeit im Rahmen der Erklärung einer Einwilligung ist gegeben, wenn kein sog. klares Ungleichgewicht vorhanden ist und weiter kein Verstoß gegen das sog. Kopplungsverbot vorliegt.

Hinweis: Weitergehende Informationen zum Thema "Frewilligkeit" bei der Einholung einer Einwilligung finden Sie in unserem Artikel Wann ist eine Einwilligung eigentlich "freiwillig" erteilt im Sinne der DSGVO?!

Ungleichgewicht und Kopplungsverbot

Ein klares Ungleichgewicht liegt dann vor, wenn unter Berücksichtigung aller Begleitumstände im konkreten Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung ohne Zwang erteilt worden ist. Ein Fall eines **Ungleichgewichts** wird im Erwägungsgrund 43 der DSGVO thematisiert:

> *"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 gültige Rechtsgrundlage liefern."*

Da hier von einer „Behörde“ die Rede ist, kann davon ausgegangen werden, dass der auf das Verbot von Zwangssituationen, welche durch ein rechtliches Über-Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet sind, abgezielt wurde. Ein solches Über-Unterordnungsverhältnis ist aus Sicht der IT-Recht Kanzlei im Verhältnis Händler-Verbraucher nicht gegeben. Dies Rechtsansicht hat zur Konsequenz, dass beispielsweise das Anbieten eines werblichen Newsletters unbedenklich hinsichtlich des Ungleichgewichts im Sinne der DSGVO sein dürfte.

Weiter muss das **sog. Kopplungsverbot** nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO beachtet werden. Wenn der Einzuwilligende nur die Wahl hat, Waren/Dienstleistungen gegen die Preisgabe eigener Daten zu erhalten, soll die Einwilligung nicht als „freiwillig“ im Sinne des Art. 4 Nr. 11 DSGVO gelten, sofern die Daten für den Geschäftsschluss nicht benötigt werden. Hier steckt die Überlegung dahinter, dass Kunden bzw. Verbraucher oft von Waren oder Dienstleistungen „angelockt“ werden und sich in der Folge mit allen Datenverarbeitungen einverstanden erklären - auch wenn diese kein Muss sind, damit der zugrundeliegende Vertrag erfüllt werden kann.

Neues zur Cookie-Einwilligung: Datenschutzbehörden Österreich und Niederlande klären auf

Die Datenschutzbehörden in Österreich und den Niederlanden haben sich erst jüngst zur **Problematik der Freiwilligkeit** im Rahmen der Einwilligung in die Datenverarbeitung hinsichtlich Cookie-Einwilligungen positioniert:

Datenschutzbehörde Österreich:

Österreichs Datenschutzbehörde hat sich zum Problem der Freiwilligkeit bei Cookie-Einwilligungen mit Beschluss vom 30.11.2018, Az.: DSB-D122.931/0003-DSB/2018 geäußert.

Hierbei lag der österreichischen Datenschutzbehörde folgender Sachverhalt zugrunde:

Das Online-Nahrichten-Portal "Der Standard" bot unter seinem Internetauftritt tagesaktuelle Nachrichten an. Für den Besucher dieser Website bestand die Möglichkeit, das Angebot des Portals kostenlos zu nutzen, sofern er in die Cookie-Datenverarbeitung einwilligte. Wurde diese Einwilligung verweigert, musste ein kostenpflichtiges Abonnement zum Preis von monatlich 6,- Euro abgeschlossen werden, damit die Inhalte abrufbar waren. Ein Nutzer sah in diesem Vorgehen des Portals einen Verstoß gegen die DSGVO, weshalb er Beschwerde bei Österreichs Datenschutzbehörde einlegte. Diese wies die Beschwerde jedoch zurück.

Die Behörde betonte in Ihrem Beschluss, dass eine Einwilligung nach Art. 7 DSGVO **freiwillig erfolgen** müsse und **nicht** an einen Vertrag **gekoppelt** werden dürfe. Unfreiwillig sei eine Einwilligung dann, wenn bei Nichtabgabe der Einwilligung ein Nachteil zu erwarten sei. Ein die Freiwilligkeit verhindernder Nachteil sei gegeben, wenn das Risiko einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlicher negativer Folgen bestehe. Im vorliegenden Fall hatte das Online-Nachrichten-Portal so lange keine Cookies gesetzt, bis der Besucher der Webpage eine bewusste Entscheidung in Form der Abgabe einer Einwilligung getroffen hat.

Es ergäben sich für den Nutzer aus Sicht der Datenschutzbehörde also **zwei mögliche Szenarien**: Wenn keine Einwilligung abgegeben werde, bestehe die Möglichkeit, die Inhalte durch Abschluss eines kostenpflichtigen Abonnements zu nutzen. Dieses kostenpflichtige Angebot für 6,- Euro pro Monat ist aus Sicht der Behörde keine unverhältnismäßig teure Alternative. Die andere Möglichkeit bei Nichtabgabe einer Einwilligung bestehe laut der Behörde darin, dass die betroffene Person die Webpage des Portal-Betreibers nicht in Anspruch nehmen könne und frei sei, auf ein alternatives Informationsangebot zurückzugreifen.

Im Ergebnis stellt nach Auffassung der österreichischen Datenschutzbehörde **die Verweigerung einer Einwilligung kein wesentlicher Nachteil** dar. Sowohl das Ausweichen auf ein anderes, kostenloses Online-Nachrichten-Portal, als auch die Möglichkeit des Abschlusses eines kostenpflichtigen Abonnements lassen aus Sicht der Behörde einen **Zwang** hinsichtlich der Einwilligung in die Cookie-Datenverarbeitung **entfallen**, da die betroffenen Personen mit keinen beträchtlichen negativen Folgen konfrontiert würden.

Die österreichische Datenschutzbehörde führt weiter aus:

"Im Ergebnis liegt in den Konsequenzen bei Nichtabgabe einer Einwilligung bei weitem kein wesentlicher Nachteil vor und ist die betroffene Person mit keinen beträchtlichen negativen Folgen konfrontiert.
Ebenso ist nach der Judikatur der Datenschutzbehörde zu berücksichtigen, dass eine freiwillige Einwilligung dann vorliegen kann, wenn ein bestimmter Verarbeitungsvorgang auch zum erkennbaren Vorteil der betroffenen Person gereicht (vgl. anstelle vieler DSK vom 8. März 2006, DSK 8.3.2006, K178.209/0006-DSK/2006; vgl. dazu auch Kotschy in Brodil (Hrsg), Datenschutz im Arbeitsrecht (2010) 3).

Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, da ein Besucher der Webpage nach Abgabe einer Einwilligung vollen Zugang zur Webpage und zu den Dienstleistungen der Beschwerdegegnerin erhält, wobei dieser Zugang – wie festgestellt – auch in keinerlei Weise beschränkt ist und inhaltlich dem Abschluss eines O**-Abos gleichkommt.

Da die Einwilligung, unter Berücksichtigung der Vorgaben nach Art. 4 und 7 DSGVO, freiwillig abgegeben wurde, war nicht mehr darauf einzugehen, ob durch eine etwaig unfreiwillig abgegebene Einwilligung eine Verletzung im Recht auf Geheimhaltung begründet wird."

*Fazit: Nach der österreichischen Datenschutzbehörde muss ein Website-Betreiber einem Seitenbesucher keinen kostenlosen Zugang ohne eine Tracking-Einwilligung anbieten.

Datenschutzbehörde Niederlande: Zwang in Cookie-Einwilligung rechtswidrig

Die Datenschutzbehörde der Niederlande hat in einer Stellungnahme betont, dass eine unter Zwang erfolgte Cookie-Einwilligung einen Verstoß im Sinne der DSGVO darstellt. Ein **Zwang sei jedoch nicht** gegeben, wenn anstatt der Einwilligung in die Datenverarbeitung hinsichtlich der Cookie-Einwilligung eine **kostenlose oder kostenpflichtige Alternative** angeboten werde. Sobald eine solche (möglicherweise sogar kostenpflichtige) weitere Option angeboten werde, scheide ein möglicher Zwang

aus. Damit bestätigten die niederländischen Kollegen die Sichtweise der österreichischen Datenschutzbehörde.

Fazit

Die DSGVO-Einwilligung muss nach Art. 7 DSGVO in freiwilliger Weise, also ohne Zwang, erfolgen. In Bezug auf eine Einwilligung im Rahmen einer Cookie-Datenverarbeitung ist eine zwangsweise Zustimmung jedoch dann zulässig, wenn dem Besucher alternativ eine kostenpflichtige Abo-Mitgliedschaft angeboten wird oder er die Möglichkeit hat, auf ein anderes Angebot auszuweichen. Dies hat zur weiteren Konsequenz, dass der Betreiber einer Website seinen Seitenbesuchern keinen kostenlosen Zugang zur Website ohne Tracking-Einwilligung anbieten muss.

Autor:
RA Jan Lennart Müller
Rechtsanwalt