



**Stellungnahme vom 9. 9. 2019  
zum Draft Report der irischen Behörde**

# Inhaltsübersicht

<b>1. Prozessrecht</b>	<b>4</b>
1.1. Anwendbarkeit des AVG	4
1.2. Doppelbindung an DSGVO, DSG und AVG	4
1.3. Verfahrensgegenstand, Neuerung und Antrag nach § 13(8) AVG	4
1.4. Fehlende Ermittlungen und Entscheidungsreife iSd § 39(3) AVG	5
1.5. Verfahrensbeschleunigung	6
1.6. Vertraulichkeit der Dokumente	6
1.7. Weiterleitung von Argumenten an Verbraucher- und Kartellbehörden	6
1.8. Potentielle Befangenheit der irischen Behörde (§ 7 AVG)	7
1.9. Außerstreitstellungen	7
1.9.1. Keine Einwilligung in die Datenschutz- und Cookie-Richtlinien	7
1.9.2. Hauptniederlassung und Verantwortliche	7
1.9.3. Bestehen ( <i>irgend</i> )eines Vertrags	7
1.9.4. Stellung von <i>noyb</i> nach Artikel 80	8
<b>2. Sachverhalt</b>	<b>9</b>
2.1. Bestrittenes faktisches Vorbringen	9
2.1.1. Konkrete Klauseln auf welche sich Facebook beruft?	9
2.1.2. Einleitung, Teil 1 und 2 der AGB ist kein „Vertrag“ iSd Artikel 6(1)(b)	12
2.1.3. Angebliche wirtschaftliche Notwendigkeit der DSGVO-Verletzung	13
2.1.4. Einwilligung zu den in den AGB genannten Verarbeitungen	15
2.1.5. Zu den fünf Einwilligungsfällen im „User Engagement Flow“	21
2.1.6. Facebook-Nutzung „wegen der Werbung“?	24
2.1.7. Werbung ist faktisches Vorgehen, kein „Vertrag“ mit Beworbenen	24
2.1.8. Auch andere Verarbeitung des ersten Teils sind faktisches Vorgehen	25
2.1.9. Lektüre des „Legal Basis“-Dokuments	26
2.2. Fehlendes Vorbringen und Ermittlungen	26
2.2.1. Konkrete Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungsvorgänge	26
2.2.2. Zur Einwilligung zu „Cookies“	26
2.2.3. Konkrete Klauseln auf welche sich Facebook beruft	27
2.2.4. Subjektiven Tatseite von Facebook	27
2.3. Neues Vorbringen der Beschwerdeführerin	27
2.3.1. Neue AGB vom 31. 7. 2019	27
2.3.2. Eidesstattliche Erklärung zum Zustimmungsvorgang	28
2.3.3. Erklärung zum Umfang der Vertretung nach Artikel 80 DSGVO	28
<b>3. Materielles Recht</b>	<b>29</b>
3.1. Einleitende Bemerkungen	29
3.2. Anwendbares Recht: Österreich	29
3.3. Kernfrage: Reicht einfaches „Umpacken“ einer Einwilligung in AGB?	29
3.3.1. Graphische Darstellung	30
3.3.2. Audiovisuelle Darstellung	30
3.4. Relevante Klauseln der AGB sind als „Einwilligung“ zu behandeln	31
3.4.1. Einleitung	31
3.4.2. Einhellige Rechtsansicht	32
3.4.3. Dogmatische Einordnung	36
3.4.4. Abzulehnende Ansätze des Draft Report und von Facebook	41
3.4.5. Zusammenfassung und Folge der Einordnung als Einwilligung	44
3.5. <i>In eventu</i> : Subjektiver Eindruck des Nutzers	45
3.5.1. Subjektiver Eindruck ist nicht durch das „Legal Basis“-Dokument bestimmt	45

3.5.2.	Eindruck des „User Engagement Flows“ .....	45
3.5.3.	Kein Hinweis auf extrem außergewöhnlichen Erklärungsinhalt und aktive Information, dass kein Wechsel stattfindet.....	46
3.5.4.	Neue Einwilligungsklauseln in den AGB vom 31. 7. 2019.....	46
3.5.5.	Zusammenfassung .....	46
3.6.	<i>In eventu</i> : Irrelevanz der Klauseln nach Zivilrecht und Verbraucherrecht.....	47
3.6.1.	Notwendigkeit der Vertragsprüfung .....	47
3.6.2.	Einordnung der Erklärung nach ABGB: Rückverweis auf Einwilligung.....	47
3.6.3.	„Erforderlichkeit“ iSd Artikel 6(1)(b) .....	47
3.6.4.	Schritt 1 – Bestehen eines Vertrags.....	48
3.6.5.	<i>In eventu</i> : Schritt 2 – Interpretation der Klauseln .....	50
3.6.6.	<i>In eventu</i> : Schritt 3 – Nichtigkeit der Klauseln .....	53
3.6.7.	<i>In eventu</i> : Schritt 4 – Anfechtbarkeit der Klauseln .....	56
3.7.	Zu den fünf Einwilligungen im „User Engagement Flow“ .....	57
3.7.1.	Verarbeitung von besonderen Datenkategorien .....	57
3.7.2.	Verarbeitung von biometrischen Daten .....	57
3.7.3.	Verarbeitung von Daten von externen Werbepartnern.....	57
3.7.4.	Weitergabe von Daten an Werbekunden.....	58
3.7.5.	Einwilligung durch Geräteeinstellungen .....	58
3.8.	<i>In eventu</i> : Verarbeitung verstößt gegen Artikel 5(1) DSGVO .....	58
<b>4.</b>	<b>Anträge.....</b>	<b>59</b>
4.1.	Prozessuale Anträge .....	59
4.2.	Materielle Anträge .....	59
4.2.1.	<i>in eventu</i> : Mangelnde Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO.....	59
4.2.2.	<i>in eventu</i> : Verstoß gegen Artikel 5(1) DSGVO .....	60

# 1. Prozessrecht

## 1.1. Anwendbarkeit des AVG

Wir wollen eingangs klarstellen, dass diese Beschwerde nach dem österreichischen Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) eingebracht wurde und zumindest zwischen der Beschwerdeführerin und der österreichischen DSB ein Verfahren nach dem AVG Anwendung findet und auch die Basis für jedes Rechtsmittelverfahren ist.

Inwieweit die irische Datenschutzbehörde („DPC“) zu einer entsprechenden Verfahrensführung willens und im Stande ist, ist nicht Sache der Beschwerdeführerin. Die nun vorliegende Vorgehensweise ist jedoch mit dem AVG in vielen Punkten nicht in Einklang zu bringen. Wir schlagen daher dringend einen direkten Austausch von DSB und DPC zu den notwendigen Verfahrensschritten vor. Es scheint als ob die DPC grundsätzlich falsche Annahmen zur Struktur und Bedeutung von Beschwerden und nötigen Verfahrensabläufen nach dem AVG hat.

Wir wollen hierzu abermals auf die Bestimmungen nach Artikel 60 und 61 DSGVO hinweisen, welche es der DSB ermöglichen sollten alle relevanten Informationen und Unterlagen von der DPC zeitnah zu erhalten – bzw im Falle der fehlenden Kooperation nach Artikel 61(8) iVm Artikel 66 DSGVO ein Dringlichkeitsverfahren durchzuführen um innerhalb des AVG rechtskonform zu handeln und zeitnah zu entscheiden. Wir nehmen mit Wohlwollen zur Kenntnis, dass dies in Bezug auf gewisse Aktenbestandteile von Erfolg gekrönt war.

## 1.2. Doppelbindung an DSGVO, DSG und AVG

Uns ist bewusst, dass das 7. Kapitel der DSGVO sicherlich Klarheit vermissen lässt. Soweit die DSGVO jedoch keine entgegenstehenden Regelungen vorsieht, sind die Prinzipien des AVG (zB Raschheit, Effizienz des Verfahrens, amtswegige Untersuchung) auch bei der Kooperation mit anderen Behörde zu erfüllen. Durch diese Doppelbindung sind wohl die Mittel des 7. Kapitels (insb Amtshilfeersuchen und Dringlichkeitsverfahren) entsprechend im Lichte des AVG zu nutzen. Die Prinzipien des AVG sind auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und den Prinzipien der Artikel 41 der Grundrechtecharta (GRC), der sich auch der irische DPC verpflichtet sieht.

## 1.3. Verfahrensgegenstand, Neuerung und Antrag nach § 13(8) AVG

Facebook und die irische DPC dürften davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerin schon im einleitenden Antrag alle möglichen und unmöglichen Gegenargumente und Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens „vorrausahnen“ muss und seinen Antrag nicht mehr anpassen kann, weitere Interaktionen mit den Parteien nicht notwendig wären und weiteres Vorbringen unzulässig wäre.

Dies ist weder effektiv (da man als Beschwerdeführer sonst aus prozessualer Vorsicht einfach alle Rechtsgrundlagen in der DSGVO anführen würde) noch im österreichischen oder irischen Prozessrecht vorgesehen.

Ebenso besteht im AVG kein Neuerungsverbot. Auch kann der Verfahrensgegenstand nicht durch die Ansichten von Facebook (konkret eine abweichende Ansicht zur anwendbaren

Rechtsgrundlage) dazu führen, dass der Kern der Beschwerde nicht zu behandeln ist. In diesem Fall ist viel mehr diese Rechtsgrundlage entsprechend zu prüfen.

Aus dieser Fehlannahme ergibt sich anscheinend, dass die DPC glaubt gewisse Fragen aus dem Verfahren ausschließen zu können und eigenmächtig einen Verfahrensgegenstand („*Scope of Procedure*“) basierend auf dem hypothetischen oder geratenen Willen der Beschwerdeführerin festzulegen (siehe insb §§ 18, 44, 68 und 136 des Draft Reports). Laut § 44 des Draft Report wurde nur die vorläufige Rechtsansicht in der Beschwerde geprüft. Eine Antwort auf das Vorbringen von Facebook wurde nicht vorgesehen und Rückfragen wurden nicht gestellt.

Auch dem irischen Verfahrensrecht ist es nicht fremd, dass ein Antrag geändert werden kann, wenn sich aufgrund des Vorbringens des Beschwerdegegners eine andere behauptete Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung ergibt. Da sich gerade Facebook notorisch nebulös zu den genutzten Rechtsgrundlagen äußert, wurde zB auch ein „Reformulated Complaint“ nachdem Facebook in einem Verfahren erstmals behauptet hat nicht „Safe Harbor“ sondern Standardvertragsklauseln zu nutzen von der DPC verlangt (siehe Irischer High Court, *The Data Protection Commissioner -v- Facebook Ireland Limited & anor*, [2017] IEHC 545, § 27).

Aus prozessualer Vorsicht (und nach Kenntnisname der überraschenden Rechtsansicht von Facebook) wird der materielle Antrag nun entsprechend an die von Facebook behauptete Rechtsgrundlage angepasst (siehe Punkt 4.2 unten). § 37 AVG stellt für diesen Fall auch klar, dass gegebenenfalls fehlende Ermittlungen in diesem Fall nachgeholt werden müssen.

#### **1.4. Fehlende Ermittlungen und Entscheidungsreife iSd § 39(3) AVG**

Wir weisen darauf hin, dass das Ermittlungsverfahren erst abgeschlossen werden kann, wenn der relevante Sachverhalt vollständig ermittelt wurde und die Parteien die volle Möglichkeit zur Stellungnahme hatten.

Da die irische Aufsichtsbehörde außer einer (vollkommen lückenhaften) Stellungnahme von Facebook in über 15 Monaten keinerlei relevanten Ermittlungsergebnisse geliefert hat und eine ganze Reihe von Rechts- und Sachverhaltsfragen weiterhin völlig offen sind, kann von einer Entscheidungsreife leider nicht gesprochen werden.

Insbesondere hat die DPC keine Ermittlung des in Punkt 3.1 der Beschwerde genannten Sachverhaltsfragen (Verarbeitungsvorgänge, Zwecke, Rechtsgrundlage) unternommen, sondern die Ermittlungen selbstständig auf vier hypothetische Beschwerdepunkte eingeschränkt (siehe § 45 des „Draft Report“). In § 46 des Draft Reports wird ausdrücklich angeführt, dass der Report neben dem Gesetz nur auf die Beschwerde und die bisher unkommentierte Erweiterung von Facebook beruht – ohne jeglichen Parteienghört.

Die Sachverhaltsfeststellungen beruhen Großteiles auf einem reinen „Self-Assessment“ durch Facebook. Unkonkrete schriftliche Suggestivfragen wie „...*bitte führe Sie aus ob Facebook denkt, dass personenbezogene Daten ... rechtmäßig, nach Treu und Glauben und in einer transparenten Art verarbeitet werden...?*“ (Stellungnahme vom 27. 9. 2019, § 2.66) werden wohl selten zur Antwort „*Nein, denken wir nicht*“ führen.

Auch andere Stellungnahmen von Facebook scheinen keiner Beweismündigung unterzogen worden zu sein. Es fehlt etwa völlig eine Analyse des AGB-Textes und einer Einordnung der Klauseln zB in (1) Information, (2) PR, (3) Vertrag oder (4) Einwilligungen.

Die fehlende Sachverhaltsermittlung scheint vor allem zwei Gründe zu haben: *Erstens*, dass die DPC durch ein eine selbst definierten Verfahrensgegenstand der Untersuchung nach Section 110(1) ein Verfahren führte das nicht unbedingt deckungsgleich mit dem durch die Beschwerde bestimmten Verfahrensgegenstand vor der DSB ist. *Zweitens*, dass die DPC „im stillen Kämmerlein“ diverse (falsche) Annahmen des Parteiwillens anstellte, anstatt durch einen Austausch der Argumente zwischen der den Parteien möglichst schnell auf den Kern des Verfahren zu kommen bevor man einen „Draft Report“ schreibt.

Jedenfalls fehlt jegliche Entscheidungsreife nach § 39(3) AVG und wir hoffen mit diesem Schriftsatz alle Punkte die für eine Ermittlung bis zur Entscheidungsreife notwendig wären aufzuzeigen.

### **1.5. Verfahrensbeschleunigung**

Wir nehmen mit Erstaunen zur Kenntnis, dass wir erst 11 Monate (!) nach der ersten Stellungnahme von Facebook diese nun erhalten haben – trotz Ersuchen der DSB um Dokumente seit Dezember 2018. Auch die Übermittlung der zweiten Stellungnahme dauerte über 6 Monate. Vollkommen unerklärlich ist die Erstellung einer Draft Decision bevor das Ermittlungsverfahren abgeschlossen ist oder eine Stellungnahme unsererseits abgegeben wurde. Gesamthaft besteht ein eklatanter Verstoß gegen § 39(2) AVG („Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis“) und Artikel 41 GRC durch diese Verfahrensführung und Verzögerung.

Um das Verfahren entsprechend zu beschleunigen und den Austausch der Argumente der Parteien zu erleichtern sind wir natürlich auch zur Abhaltung einer mündlichen Verhandlung (§ 40 AVG) in Dublin oder Wien bereit bzw auch für jegliche andere Art der zielführenden Prozessführung offen.

### **1.6. Vertraulichkeit der Dokumente**

Nach Durchsicht der Dokumente ist es uns leider nicht möglich Geschäftsgeheimnisse oder sonstige vertrauliche Inhalte zu erkennen (§ 17 Abs 3 AVG). Wir gehen daher davon aus, dass die Vertraulichkeit der Dokumente als informelle Bitte der Behörden zu sehen ist, der wir aus Gründen der Erleichterung der Kooperation mit der irischen DSB, prinzipiell nachkommen werden. Falls konkrete rechtliche Verpflichtungen auferlegt werden sollen, bitten wir um eine entsprechende verbindliche Verfahrensordnung.

### **1.7. Weiterleitung von Argumenten an Verbraucher- und Kartellbehörden**

Wir nehmen mit Verwunderung zur Kenntnis, dass die irische DPC andere Behörden mit den Argumenten zum Verbraucherrecht und Monopolfragen beschäftigt hat (§ 209 des Draft Reports).

Es ist aus der Beschwerde klar ersichtlich, dass diese Punkte im Rahmen der Einwilligung auch von den Datenschutzbehörden als Vorfrage zu behandeln sind. So ist eine „freie“ datenschutzrechtliche Einwilligung bei einem Monopol meistens nicht gegeben, was direkt für die Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1)(a) DSGVO relevant ist.

Eine Erledigung des Vorbringens durch Weiterleitung an andere Stellen wird daher bestritten.

## **1.8. Potentielle Befangenheit der irischen Behörde (§ 7 AVG)**

Da sich aus dem Vorbringen von Facebook (zB Seite 2 des Schriftsatzes vom 27. 9. 2018) ergibt, dass die irische DPC das hier kritisierte Vorgehen mit Facebook in zehn Sitzungen sogar gemeinsam erarbeitet (!) hat, wird abermals auf das Problem der Befangenheit aufmerksam gemacht.

Es scheint etwa schwer vorstellbar, dass die Behörde von ihrer Strafbefugnis Gebrauch machen kann, wenn sie vorab das strafbare Vorgehen mit Facebook erarbeitet hat. Damit ergibt sich auch ein potentieller Widerspruch mit der DSGVO die in Artikel 83(1) „*wirksame, verhältnismäßige und abschreckende*“ Strafen vorsieht.

Uns ist bis jetzt nicht klar wie die irische Behörde dieses Problem in den Griff bekommen will und behalten uns ausdrücklich Rechtsmittel hierzu vor.

## **1.9. Außerstreitstellungen**

Zur weiteren Konzentration und Vereinfachung des Verfahrens können jedenfalls folgende Punkte außer Streit gestellt werden:

### **1.9.1. Keine Einwilligung in die Datenschutz- und Cookie-Richtlinien**

Durch die Stellungnahme von Facebook ist klar, dass sich diese auf die AGB und auf die einzelnen Einwilligungen durch den „User Engagement Flow“ beruft. Unklar ist weiterhin was mit der Wortfolge „*zusätzlichen Informationsressourcen, auf die du von den Nutzungsbedingungen aus zugreifen kannst*“ im Teil zu Artikel 6(1)(b) im „Legal Basis“-Dokument gemeint sein soll – gerade die beiden Richtlinien wären eine solche „*Informationsressource*“ (siehe Punkt 2.1.1.2 unten).

Die Parteien scheinen sich aber im Endeffekt einig, dass keine (gültige) Einwilligung zu irgendeinem Bestandteil der in der Datenschutz- oder Cookie-Richtlinie existiert. Auch wenn die Begründung verschieden erscheint, kann die Fehlende Einwilligung zu und in diesen Dokumenten trotzdem außer Streit gestellt werden.

### **1.9.2. Hauptniederlassung und Verantwortliche**

Die Beschwerdeführerin verzichtet im Rahmen dieses Verfahrens auf ein detailliertes Vorbringen zur Hauptniederlassung und zur Stellung von Facebook als (alleinige) Verantwortliche, da dies für diese Verfahren irrelevant scheint. Die Hauptniederlassung in Dublin wird außer Streit gestellt.

### **1.9.3. Bestehen (irgend)eines Vertrags**

Ebenso unstrittig ist, dass irgendein Vertrag zwischen Beschwerdeführerin und Facebook besteht.

Mehr als diese (unstrittige) Tatsache hat auch der EuGH im Urteil C-362/14 *Schrems* nicht festgehalten als er die Fakten des nationalen Gerichts wiedergab, auch wenn Facebook dem Höchstgericht hier eine weitergehende Aussage zu unterstellen scheint (§ 2.8 der Stellungnahme vom 27. 9. 2018).

Strittig ist jedoch weiterhin was dieser Vertrag umfasst – insb ob er gültige, über absolut notwendige Datenverarbeitung für ein „Soziales Netzwerk“ hinausgehende Grundlagen zur Datenverarbeitung beinhaltet (zB für Werbung, Produktentwicklung oder Forschung) und ob diverse Klauseln als Vertragsbestandteil oder Einwilligung zu deuten sind.

#### **1.9.4. Stellung von *noyb* nach Artikel 80**

Zur Vermeidung von Missverständnissen wird darauf hingewiesen, dass *noyb* allein die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin nach Artikel 80(1) DSGVO (analog der Rolle eines Anwalts) vertritt. Da *noyb* selbst nicht Partei ist, sind weder hier geäußerte Rechtsauffassungen noch Außerstreitstellungen für *noyb* verbindlich.

## 2. Sachverhalt

### 2.1. Bestrittenes faktisches Vorbringen

Der Draft Report und Facebook bringen eine Reihe von falschen, unrichtigen oder unvollständigen Fakten vor. Folgendes Tatsachenvorbringen wird explizit bestritten bzw. entsprechend korrigiert und ergänzt:

#### 2.1.1. Konkrete Klauseln auf welche sich Facebook beruft?

Grundsätzlich ist weiterhin unklar welche Klauseln Facebook für welche Datenverarbeitung ins Treffen führen will. Hier liegt die Beweislast eindeutig bei Facebook, jedoch besteht weder ein Vorbringen noch ein Ermittlungsergebnis.

Der Draft Report merkt in § 131 sogar ausdrücklich an, dass das Vorliegen eines Vertrags nur „*im Prinzip ... eine Rechtsgrundlage bieten kann“ und alle Feststellungen „*Gegenstand einer konkreten Überprüfung der tatsächlichen Verarbeitungsschritte durch Facebook*“ wäre. Schlussendlich macht § 136 des Draft Report klar, dass „*eine vollständige Untersuchung der Datenverarbeitung auf der Basis von Artikel 6(1)(b) ... eine detaillierte Sachverhaltsfeststellung nötig machen würde*“ und dies „*außerhalb des Verfahrensgegenstands*“ läge – mit Verweise auf eine angebliche Einschränkung in Punkt 1.6. der Beschwerde - obwohl in Punkt 3.1 der Beschwerde genau diese Feststellungen beantragt wurden.*

Zusammenfassend wurde der logisch notwendige erste Ermittlungsschritt (Zuordnung von Datenverarbeitung, Zweck, Daten und Rechtsgrundlage) nicht vollzogen.

#### 2.1.1.1. Angaben im „Legal Basis“ Dokument

Im „Legal Basis“-Dokument schränkt Facebook die Teile des Vertrags auf welche sich Facebook im Rahmen von Artikel 6(1)(b) berufen will drastisch ein:

*„Wir beschreiben die vertraglichen Dienste, für die diese Datenverarbeitung erforderlich ist, in dem [1] Abschnitt „Unsere Dienste“ der Nutzungsbedingungen sowie [2] in den zusätzlichen Informationsressourcen, auf die du von den Nutzungsbedingungen aus zugreifen kannst.“*

Daraus ergibt sich für den Nutzer folgendes Bild: (1) Der laut Facebook einzig relevante Teil der AGB ist daher Teil 1 „Unserer Dienste“ (*nicht* jedoch Teile 2 bis 5, obwohl diese wohl tatsächlich größtenteils vertraglichen Klauseln sind und selbst Datenverarbeitung bedürfen). (2) Gleichzeitig solle es anscheinend nicht genauer definierte „Informationsressourcen“ geben, die wohl als Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1)(b) dienen sollen aber inhärent nicht Vertragsbestandteil sind.

#### 2.1.1.2. „Beschreibung“ des Dienstes in Teil 1 der AGB

Hervorzuheben ist auch, dass laut „Legal Basis“-Dokument der Teil 1 der AGB nur eine „Beschreibung“ der Dienste ist, nicht jedoch ein Vertrag selbst. Die gleiche Formulierung „Beschreibung“ verwendet Facebook auch in § 2.13 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019. Auch der Text erinnert eher an eine Beschreibung als einen Vertrag (ähnlich einem Werbeprospekt oder eine Datenschutzerklärung iSd Artikel 13 oder 14 DSGVO).

### 2.1.1.3. „Zusätzliche Informationsressourcen“

Unklar ist was „von den [AGB] aus zugreifen“ bedeuten soll. Vermutlich sind verlinkte Seiten gemeint. Die AGB selbst verlinken auf 29 weitere Seiten, darunter zehn anderen Richtlinien oder AGB. Alle diese Seiten verlinken wiederum auf tausende weitere Seiten. Laut Facebook sind auch all diese Dokumente Grundlage für eine Datenverarbeitung nach Artikel 6(1)(b) DSGVO. Allein die direkt verlinkten Seiten sein daher hier kurz aufgelistet:

Informationsressource	Link
Facebook Products	<a href="https://www.facebook.com/help/1561485474074139?ref=tos">https://www.facebook.com/help/1561485474074139?ref=tos</a>
Data Policy	<a href="https://www.facebook.com/about/privacy/update">https://www.facebook.com/about/privacy/update</a>
Settings	<a href="https://www.facebook.com/settings">https://www.facebook.com/settings</a>
Facebook Companies	<a href="https://www.facebook.com/help/111814505650678?ref=tos">https://www.facebook.com/help/111814505650678?ref=tos</a>
The Facebook Company Products	<a href="https://www.facebook.com/help/195227921252400?ref=tos">https://www.facebook.com/help/195227921252400?ref=tos</a>
About Facebook Ads	<a href="https://www.facebook.com/about/ads">https://www.facebook.com/about/ads</a>
Community Standards	<a href="https://www.facebook.com/communitystandards/">https://www.facebook.com/communitystandards/</a>
Terms and policies	<a href="https://www.facebook.com/terms.php#other-terms-policies">https://www.facebook.com/terms.php#other-terms-policies</a>
How to report things to Facebook:	<a href="https://www.facebook.com/help/181495968648557?ref=tos">https://www.facebook.com/help/181495968648557?ref=tos</a>
Intellectual Property	<a href="https://www.facebook.com/help/intellectual_property?ref=tos">https://www.facebook.com/help/intellectual_property?ref=tos</a>
Basic Privacy Settings & Tools	<a href="https://www.facebook.com/help/325807937506242?ref=tos">https://www.facebook.com/help/325807937506242?ref=tos</a>
App Visibility and Privacy	<a href="https://www.facebook.com/help/1727608884153160?ref=tos">https://www.facebook.com/help/1727608884153160?ref=tos</a>
Deactivating or deleting your account	<a href="https://www.facebook.com/help/250563911970368/?helpref=hc_fnav">https://www.facebook.com/help/250563911970368/?helpref=hc_fnav</a>
How do I download a copy of my information on Facebook?	<a href="https://www.facebook.com/help/212802592074644">https://www.facebook.com/help/212802592074644</a>
Our trademarks	<a href="https://en.facebookbrand.com/trademarks/">https://en.facebookbrand.com/trademarks/</a>
Facebook Usage Guidelines	<a href="https://en.facebookbrand.com/#brand-guidelines-assets">https://en.facebookbrand.com/#brand-guidelines-assets</a>
How do I permanently delete my Facebook account?:	<a href="https://www.facebook.com/help/224562897555674?ref=tos">https://www.facebook.com/help/224562897555674?ref=tos</a>
My personal Facebook account is disabled	<a href="https://www.facebook.com/help/103873106370583?ref=tos">https://www.facebook.com/help/103873106370583?ref=tos</a>
Commercial Terms	<a href="https://www.facebook.com/legal/commercial_terms">https://www.facebook.com/legal/commercial_terms</a>
Music Guidelines	<a href="https://www.facebook.com/legal/music_guidelines">https://www.facebook.com/legal/music_guidelines</a>
Memorialized Accounts	<a href="https://www.facebook.com/help/1506822589577997?ref=tos">https://www.facebook.com/help/1506822589577997?ref=tos</a>
Advertising Policies	<a href="https://www.facebook.com/policies/ads/#">https://www.facebook.com/policies/ads/#</a>
Self-Serve Ad Terms	<a href="https://www.facebook.com/legal/self_service_ads_terms">https://www.facebook.com/legal/self_service_ads_terms</a>
Pages, Groups and Events Policy	<a href="https://www.facebook.com/legal/self_service_ads_terms">https://www.facebook.com/legal/self_service_ads_terms</a>
Facebook Platform Policy	<a href="https://developers.facebook.com/policy/">https://developers.facebook.com/policy/</a>
Developer Payment Terms	<a href="https://developers.facebook.com/policy/credits">https://developers.facebook.com/policy/credits</a>
Community Payment Terms	<a href="https://www.facebook.com/payments_terms">https://www.facebook.com/payments_terms</a>
Commerce Policies	<a href="https://www.facebook.com/policies/commerce#">https://www.facebook.com/policies/commerce#</a>
Facebook Brand Resources	<a href="https://en.facebookbrand.com/">https://en.facebookbrand.com/</a>

### 2.1.1.4. „Informationsressourcen“ laut AGB nicht Teil der Vereinbarung

Die die Aussage zu den „Informationsressourcen“ ist wiederum im Widerspruch zu Teil 4(5)(1) der AGB wonach es außerhalb der AGB keine vertraglichen Vereinbarung bestehen (insbesondere nicht durch „Informationsressourcen“):

*„Diese Nutzungsbedingungen (ehemals die „Erklärung der Rechte und Pflichten“) stellen die gesamte Vereinbarung zwischen dir und Facebook Ireland Limited in Bezug auf deine Nutzung unserer Produkte dar. Sie ersetzen sämtliche vorhergehenden Vereinbarungen.“*

Auszuschließen ist auch schon nach dem ABGB, dass „Informationsressourcen“ ein „Vertrag“ iSd Artikle 6(1)(b) oder des ABGB sind.

Im Weitern gehen wir daher davon aus, dass diese „Informationsressourcen“ kein Vertrag sind und das „Legal Basis“-Dokument daher falsch oder irrelevant ist.

### 2.1.1.5. Explizite Einwilligungen in den AGB

Gerade in den neuen AGB vom 31. 7. 2019 finden sich nun auch wieder ganz explizite „Einverständniserklärungen“ des Nutzers, die schon vom Wortlaut klar eine Einwilligung nach Artikel 4(11) darstellen:

*„Durch die Nutzung unserer Produkte erklärst du dich damit einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen, die nach unserer Ansicht relevant für dich sind und deinen Interessen entsprechen. Wir verwenden deine personenbezogenen Daten, um festzulegen, welche Werbeanzeigen wir dir zeigen.“*

*„Anstatt dafür zu zahlen, Facebook sowie die anderen von uns angebotenen Produkte und Dienste zu nutzen, erklärst du dich durch Nutzung der Facebook-Produkte, für die diese Nutzungsbedingungen gelten, einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen, für deren Hervorhebung innerhalb und außerhalb der Produkte der Facebook-Unternehmen wir von Unternehmen und Organisationen bezahlt werden. Wir verwenden deine personenbezogenen Daten, wie z. B. Informationen über deine Aktivitäten und Interessen, um dir Werbeanzeigen zu zeigen, die relevanter für dich sind.“*

Im „Legal Basis“-Dokument sind diese Klauseln (die sich in der Einleitung und in Teil 2 befinden) wiederum nicht angeführt. Es scheint daher, dass diese Klauseln auch laut dem „Legal Basis“-Dokument keinen Vertrag iSd Artikel 6(1)(b) DSGVO darstellen sollen. Es stellt sich daher die Frage was diese Klauseln außer einer Einwilligung sonst sein sollen.

### 2.1.1.6. Facebooks Vorbringen

Es ist nach Artikel 6(1) DSGVO klar, dass es Sache des Verarbeiters ist, eine Rechtsgrundlage zu beweisen – nicht des Beschwerdeführers zu erraten auf was Facebook sich für welche Datenverarbeitung zu welchem Zweck berufen will. Facebook verweigert jedoch explizit jedes Vorbringen und verweist seinerseits Artikel 6(1)(b) und „*andere Rechtsgrundlagen*“ (sic!) bzw nur auf die „*Beschreibung der Verarbeitung*“ in Teil 1 der AGB, nicht jedoch auf bestimmte Klauseln oder Verarbeitungsvorgänge (§ 2.13 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019):

*„For the avoidance of doubt, we wish to point out that the Complainant has failed to articulate any meaningful argument that any of the specific processing described in Section 1 of the Terms of Service cannot be based on Article 6(1)(b). As such and absent any specific or meaningful allegations challenging Facebook’s reliance in this regard, Facebook Ireland simply restates its reliance on Article 6(1)(b) and other legal bases in respect of the specific processing described in Section 1 of the Terms of Service in the manner made clear to users in the Legal Bases Section and the Legal Bases Information Page.“*

Hervorzuheben ist, Facebook sich keineswegs ausschließlich auf Artikel 6(1)(b) DSGVO beruft, sondern auch auf „*andere Rechtsgrundlagen*“, also *de facto* auf alle Rechtsgrundlagen in Artikel 6(1)(a) bis (f).

Ebenso spricht Facebook von einer „*Beschreibung der Verarbeitung*“ in Teil 1 der AGB, womit Facebook ebenso von einer faktischen Beschreibung (siehe oben 2.1.1.5) auszugehen scheint.

Aus prozessrechtlicher Vorsicht wird für den gesamten Teil 1 der AGB bestritten, dass es sich hierbei um einen gültigen Vertrag handelt (siehe hierzu auch unten Punkt 3.6 ff).

### 2.1.1.7. Einziges Beispiel im Draft Report: Urheberrecht

Vollkommen unverständlich ist die Ausführung in § 100 des Draft Report wonach gerade Teil 3(2) der AGB eine Vertragliche Grundlage darstellen soll, da dies doch eindeutig außerhalb des von

Facebook vorgebrachten Teil 1 der AGB (laut „Legal Basis“-Dokument) ist und außerdem auch vom Wortlaut klar einen Verzicht auf „geistige Eigentumsrechte“ darstellen soll. Der Sinn dieser Bestimmung ist eindeutig, dass Nutzer die auf Facebook urheberrechtlich geschütztes Material teilen auch über diese Rechte verfügen bzw Facebook die Verbreitungsrechte gewähren.

Das gerade dies das einzige Beispiel für eine Analyse einer spezifischen Klausel der AGB ist, ist für die Qualität dieser Analyse bezeichnend.

#### **2.1.1.8. Die einzig korrekte faktische Klausel**

Die einzige Klausel in Teil 1 der AGB, die den tatsächlichen Vertrag zwischen Facebook und dem Beschwerdeführer widerzuspiegeln scheint, scheint der erste Teil der Klauseln unter den Überschriften „Wir stellen dir ein personalisiertes Erlebnis bereit“ und „Wir geben dir die Möglichkeit, dich auszudrücken und über Dinge, die dir wichtig sind, auszutauschen“ zu sein:

*„Dein Erlebnis auf Facebook unterscheidet sich von dem aller anderen: Angefangen bei den Beiträgen, Stories, Veranstaltungen, Werbeanzeigen und sonstigen Inhalten, die du im News Feed oder auf unserer Video-Plattform siehst, bis hin zu den von dir abonnierten Seiten und sonstigen möglicherweise von dir genutzten Funktionen, wie Topaktuell, Marketplace und Suche.“*

*“Du hast viele Möglichkeiten, um dich auf Facebook auszudrücken und mit Freunden, Familienmitgliedern und anderen über die Dinge auszutauschen, die dir wichtig sind – zum Beispiel indem du Status-Updates, Fotos, Videos und Stories über die von dir genutzten Facebook-Produkte teilst, Nachrichten an eine/n Freund/in oder mehrere Personen sendest, Veranstaltungen oder Gruppen erstellst oder Inhalte zu deinem Profil hinzufügst.“*

Dies scheint die einzige Klausel zu sein, die das Funktionieren eines "sozialen Netzwerks", das schließlich das Kernprodukt von Facebook ist, neutral zusammenfasst.

#### **2.1.1.9. Zusammenfassung**

Mangels konkretem Vorbringen und mangels Ermittlungsergebnissen, können in dieser Stellungnahme nur allgemeine und abstrakte Ausführungen gemacht werden. Es ist ernüchternd, dass nach 15 Monaten Verfahrensdauer und trotz ausdrücklichem Antrag (siehe Punkt 3.1 der Beschwerde) die irische DPC keinerlei konkrete Ermittlungsergebnisse vorzuweisen hat.

Weiteres Vorbringen wird daher ausdrücklich vorbehalten.

#### **2.1.2. Einleitung, Teil 1 und 2 der AGB ist kein „Vertrag“ iSd Artikel 6(1)(b)**

Mit keinem Wort hat Facebook und die irische DPC vorgebracht oder ermittelt warum spezifische Teile wie die Einleitung, Teil 1 und 2 der AGB ein „Vertrag“ iSd Artikel 6(1)(b) sein soll. Die Beurteilung des Inhalts einer Erklärung findet nicht anhand der Überschrift oder der einseitigen Erklärung von Facebook statt, sondern ist objektiv nach dem Inhalt des Textes oder der Erklärung zu beurteilen (siehe hierzu Punkt 3 unten).

Die Klauseln in Teil 1 der AGB sind durchwegs neutrale faktische Beschreibungen. Es ergibt sich aus dem Wortlaut weder eine Pflicht des Nutzers noch eine Leistung von Facebook. Wie zB zum Thema Werbung und Forschung:

*„Wir zeigen dir Werbeanzeigen, Angebote und sonstige gesponserte Inhalte, um dir dabei zu helfen, Inhalte, Produkte und Dienste zu entdecken, die von den vielen Unternehmen und Organisationen angeboten werden, die Facebook und andere Facebook-Produkte nutzen.“*

*„Wir betreiben Forschung, um unsere Produkte zu entwickeln, zu testen und zu verbessern. Dazu gehört auch, dass wir die Daten analysieren, die wir über unsere Nutzer besitzen, und ein Verständnis dafür entwickeln, wie Menschen unsere Produkte nutzen, beispielsweise indem wir Umfragen, Tests und Problemlösungen für neue Funktionen durchführen. Unsere Datenrichtlinie erläutert, wie wir Daten für diese Forschungszwecke verwenden, um unsere Dienste weiterzuentwickeln und zu optimieren.“*

Dies stützt auch weiter die Ansicht, wonach zB Werbung oder Forschung ein rein faktisches Vorgehen und kein Vertrag ist (siehe Punkte 2.1.7 und 2.1.8).

Facebook trägt die Beweislast für das Bestehen eines „Vertrags“ iSd Artikel 6(1)(b) und einer Erklärung welche Verarbeitungsschritte von jeder Klausel gedeckt sein sollen. Es ist nicht Sache des Betroffenen zu raten welche Daten sie auf der Grundlage welchen Halbsatzes einer Klausel verarbeitet. Die Beschwerdeführerin muss nur vorbringen, dass ihre Daten verarbeitet werden und dass sie hierfür keine Rechtsgrundlage sieht.

Für Facebook ist daher nichts gewonnen, wenn sie explizit *„nur wiederholt, dass [sie] sich auf Artikel 6(1)(b) und andere Rechtsgrundlagen beruft“* (Draft Report, § 118)

Mangels jeglichen Vorbringens von Facebook wird daher ausdrücklich pauschal bestritten, dass die Einleitung und Teil 1 und 2 der AGB einen „Vertrag“ darstellen. Da die rechtliche Qualifikation der AGB als Vertrag eine Vorfrage zu Artikel 6(1)(b) darstellt, wird dies im Kern unter Punkten 3.6 behandelt.

### **2.1.3. Angebliche wirtschaftliche Notwendigkeit der DSGVO-Verletzung**

#### Kein Vorbringen zu konkreten Erlösen nach Webformen

Facebook führt aus, dass die Nutzung von Daten insbesondere für Werbung notwendig ist um den Dienst wirtschaftlich zu erbringen (siehe § 1.3 der Stellungnahme vom 27. 9. 2018). Hierfür wird keinerlei Beweis vorgebracht.

Es wird nicht erklärt wie etwa verschiedene Formen der zielgerichteten Werbung genutzt werden, die auch *ohne* personenbezogene Daten möglich sind, so wie beispielsweise:

- Geographisches Targeting (anhand der ersten Stellen einer IP-Adresse)
- Sprachliches Targeting (anhand der Browser-Sprache)
- Kontextuelles Targeting (anhand des Inhalts der Seite)
- Technisches Targeting (anhand des Endgeräts, zB Mobil/Stationär)
- Zeitliches Targeting (anhand des Tagesablaufs oder der Saison)

Anstatt dessen versucht Facebook den *uralten* Mythos der monolithischen Datenverwendung für jegliche Art von Werbung ohne Differenzierung nach Werbeform und deren Eingriffsintensität zu argumentieren. Das ist weder wirtschaftlich noch faktisch haltbar.

Die aktuelle betriebswirtschaftliche Debatte geht darüber hinaus davon aus, dass für eine evidenzbasierte Betrachtung der Einnahmen durch personalisierte Werbung zum Beispiel folgende Effekte zu beachten sind:

- Große Teile der Online-Werbung ist weiterhin reine Streuwerbung (zB alle in einer geographischen Region) sind welche keine personenbezogenen Daten benötigt.
- Ein „Substitutionseffekt“ wäre zu erfassen– also wie viel personalisierte Werbung bei einer Einschränkung dieser Werbeformen wieder zurück in klassische Werbeformen fließen würde und damit für den Umsatz von Facebook neutral wäre. Der globale Werbeumsatz ist nämlich langfristig gleichbleibend („der Kuchen wird nicht größer/kleiner“).
- Wie viel Kosten die komplexe Aufbereitung und Auswertung der Nutzerdaten selbst verursacht und damit selbst zu wirtschaftlichen Ausgaben führt.

Evidenzbasierte Zahlen für den wirtschaftlichen Vorteil durch personalisierte Werbung setzen bei etwa 4% Umsatzzuwachs für Publisher an (siehe etwa *Online Tracking and Publishers' Revenues: An Empirical Analysis*, Veronica Marotta, Vibhanshu Abhishek und Alessandro Acquisti). Natürlich werden die Zahlen bei Facebook abweichen, da sie nicht nur Publisher ist, jedoch ist hierdurch klar ersichtlich, dass man zwischen Ebenen der Online-Werbeunternehmen und Arten der Werbung wirtschaftlich differenzieren muss.

#### Notwendige wirtschaftliche Gesamtrechnung

Den (1) konkreten Umsatzzahlen aus Werbung müssten (2) die eigentlichen Produktionskosten pro Nutzer und (3) der Wert der vom Nutzer eingebrachten Inhalte gegenübergestellt werden.

Die Beschwerdeführerin übersieht nämlich geflissentlich, dass der Nutzer auch schon mit seinen Inhalten bezahlt, den – im Vergleich zu klassischen Webseiten – die Nutzer erstellen. Kein Mensch besucht Facebook wegen dem schönen blauen Streifen am oberen Bildschirmrand, sondern wegen der Inhalte anderer Nutzer darunter.

Im Vergleich klassischen Medien stellt die „Facebook“ nämlich nur die „Vermittlungsplattform“ dar – während die Nutzer Inhalte nicht nur konsumieren, sondern auch generieren – ohne Vergütung. Vergleicht man dies mit klassischen Medien wie Fernsehen, Radio oder einer Zeitung erhält hier also nicht der Ersteller von Inhalten, sondern allein der Antennenbetreiber oder Zeitungszusteller 100% der Gebühren und Werbeeinnahmen.

Erst einer wirtschaftlichen Gesamtrechnung könnte man ernsthaft die wirtschaftliche Notwendigkeit der zusätzlichen Totalauswertung aller personenbezogenen Daten berechnen und würde vermutlich statt einer „wirtschaftlichen Notwendigkeit“ sogar zu einer Nichtigkeit des Vertrags nach der *laesio enormis* kommen (siehe Punkt 3.6.7.1 unten).

#### Irrelevanz der Frage

Wäre allein die wirtschaftliche Notwendigkeit möglichst viel Gewinn zu machen von der DSGVO anerkannt, so wäre jeder illegale Datenhehler berechtigt alle Daten der Welt zu verhökern, da er ja sonst keinen Gewinn machen würde.

Diese wirtschaftliche Notwendigkeit ist daher strikt von der rechtlichen Notwendigkeit iSd Artikel 6(1)(b) zu unterscheiden – die ohnehin nicht gegeben ist (siehe hierzu Punkt 3.6.1 unten).

#### Zusammenfassung

Angesichts der extrem hohen Profitmargen (ca 30%) von Facebook und mangels jeglichen sachlichen Vorbringens, dass die Dienste unter Einhaltung der DSGVO nicht wirtschaftlich betrieben werden können, wird diese Argumentation ausdrücklich bestritten und es wird

beantragt Facebook aufzutragen entsprechendes Beweisanbot zu erstatten, falls sie diese (irrelevante) Argumentation aufrechterhalten will.

#### **2.1.4. Einwilligung zu den in den AGB genannten Verarbeitungen**

Unstrittig und von Facebook selbst zugestanden, hat Facebook bis zum 25. 5. 2018 seine Verarbeitung auf die Einwilligung der Nutzer nach Artikel 2(h) der RL 95/46/EG gestützt. Dies ist auch der DPC schon seit dem Audit Report vom 21. 12. 2011 (siehe Seite 30 ff) amtsbekannt.

Ebenso das Vorbringen von Facebook vor dem LGfZRS in 3 Cg 52/ 14k: „1. Vor der DSGVO: Vor Inkrafttreten der DSGVO erteilten die Nutzer eine ausdrückliche Einwilligung in die Verarbeitung ihrer Daten“ und die Ausführung zur Rechtsansicht nach dem 25. 5. 2018: „2. Ansatz unter der DSGVO: Wie in der Datenrichtlinie und der Rechtsgrundlagen-Information dargelegt, verlangt die Beklagte derzeit nur in Ausnahmefällen nach der Einwilligung der Nutzer“ (siehe hierzu Auszug aus dem Schriftsatz von Facebook in Anlage A).

##### **2.1.4.1. Keinerlei Information zum Wechsel der Rechtsgrundlage**

In keinem der 28 von Facebook vorgebrachten Screenshots auf Seiten 12 bis 37 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019 findet sich jedoch irgendeine Information über eine Änderung der Rechtsgrundlage am 25. 5. 2018 gegenüber den Nutzern. Facebook hat auch keinerlei Vorbringen geliefert, dass hier eine entsprechende Information erfolgt.

Zur Information verweist Facebook ausschließlich auf die Änderungen auf der Sub-Sub-Seite, dem „Legal Basis“-Dokument. Vom „User Engagement Flow“ muss man auf den ersten Link zur Datenschutzrichtlinie klicken, dann zu den Rechtsgrundlagen zu scrollen und dann abermals eine kleinen Link klicken um diese Information zu finden.

##### **2.1.4.2. Aktive Information, dass keine Änderung stattfindet**

Im Gegensatz zum Vorbringen von Facebook hat sie bei Einführung der neuen AGB und Datenschutzrichtlinien ausdrücklich eine substantielle Veränderung verneint:

- **Direkte Nutzerinformationen**

Schon im den Nutzer gezeigten „User Engagement Flow“ (siehe Seite 6 der Beschwerde) wird dem Nutzer zB versprochen: „Du kannst deine Daten [...] ab sofort noch einfacher in den Einstellungen kontrollieren“ – obwohl bei einer Umstellung auf Artikel 6(1)(b) objektiv Kontrolle des Nutzers verloren geht (insb Information, Entscheidungsfreiheit oder das Recht auf jederzeitigen Widerruf der Einwilligung).

Gleichzeitig verschweigt die Beschreibung der „Updates“ zu den AGB, Daten- und Cookie-Richtlinie jede Änderung der Rechtsgrundlage.

- **Offizielle Nachrichtenseite von Facebook am 5. 4. 2018**

Zur Einführung der neuen Datenschutzrichtlinien und AGB stellte Facebook diverse Informationen online unter dem Titel: „*Wir machen unsere Nutzungsbedingungen und unsere*

*Datenrichtlinie leichter verständlich – an den Berechtigungen zur Nutzung deiner Daten auf Facebook ändert sich nichts*“ (newsroom.fb.com, Posting vom 5. 4. 2018, Anlage B).

Mit keinem Wort wird eine Änderung der Rechtsgrundlage bekanntgegeben – im Gegenteil Facebook erklärte *„Bei diesen Aktualisierungen geht es allein darum, die Dinge noch besser zu erklären. Es geht nicht darum, neue Berechtigungen zum Sammeln, Nutzen oder Teilen deiner Daten auf Facebook zu erlangen. Wir verändern auch keinerlei Privatsphäre-Einstellungen, die du in der Vergangenheit vorgenommen hast.“*

Wenn ein Wechsel der Rechtsgrundlage nach Artikel 6 DSGVO keine „*neue Berechtigung*“ ist hat sie entweder nicht stattgefunden, oder die Nutzer wurden eiskalt und wissentlich belogen.

- **Offizielle Nachrichtenseite von Facebook am 17. April 2018**

Auch auf der englischen Seite wurde am 17. April 2018 unter dem Titel *„Complying With New Privacy Laws and Offering New Privacy Protections to Everyone, No Matter Where You Live“* die Änderungen als Verbesserungen für den Nutzer gepriesen.

Mit keinem Wort wird von einer Änderung der Rechtsgrundlage gesprochen. Im Gegenteil wird von *„mehr Kontrolle“*, *„neue Datenschutzerfahrungen“* und von einer Möglichkeit für die Facebook *„noch mehr in die Privatsphäre zu investieren“* gesprochen (newsroom.fb.com, Posting vom 17. 4. 2018, Anlage C)

#### **2.1.4.3. Keine klare Aussage auf der „Legal Basis“-Seite**

Facebook beruft sich primär auf die Sub-Sub-Seite „Legal Basis“, die besonders gut versteckt wurde. Zwar spricht Facebook von einem „Layered Approach“ wie aber § 175 ff des Draft Reports korrekt beschreibt, handelt es sich hier wohl eher um ein intransparentes Versteckspiel.

Insbesondere findet sich auch hier keine klare Aussage welche Daten für welche Zwecke unter der Rechtsgrundlage des Artikel 6(1)(b) DSGVO verarbeitet werden. Es wird zwar auf die *„Beschreibung“* der *„vertraglichen Dienste“* im Abschnitt *„Unsere Dienst“* der AGB verwiesen, jedoch ist genau dieser Teil der AGB über die relevanten Strecken kein durchsetzbarer Vertrag (siehe Punkt 3.6 unten) und damit besteht hier kein *„vertraglicher Dienst“*. Der Verweis geht also ins Leere. Der Verweis auf *„zusätzlichen Informationsressourcen“* ist nicht mit konkretem Sinn zu erfüllen (siehe oben Punkt 2.1.1).

Als Beispiele nennt Facebook auch nur die *„Bereitstellung, Personalisierung und Verbesserung unserer Facebook-Dienst“* ohne dabei anzugeben welche Dienste das genau sind (nur jene gegenüber des Nutzers? Nur jene die der Nutzer aktiv nutzt? Auch die Dienste die Facebook Werbetreibenden bietet?).

Konkrete Nutzungen wie zB *„Werbung“* oder für *„Werbetriebende“* werden hingegen nur unter den Punkten zu Artikel 6(1)(a) und (f) in verschiedenen Konstellationen genannt. Der durchschnittliche Verbraucher bleibt also abermals mit der Information zurück, dass hier eine Einwilligung oder sogar ein legitimes Interesse vorliegen soll.

#### 2.1.4.4. Deceptive Desing

Hätte Facebook die Rechtsgrundlage tatsächlich geändert, hätte es auch jeden erdenklichen Trick genutzt um diese behauptete grundlegende Änderung vor der Beschwerdeführerin zu verheimlichen, wie der „User Engagement Flow“ zeigt:

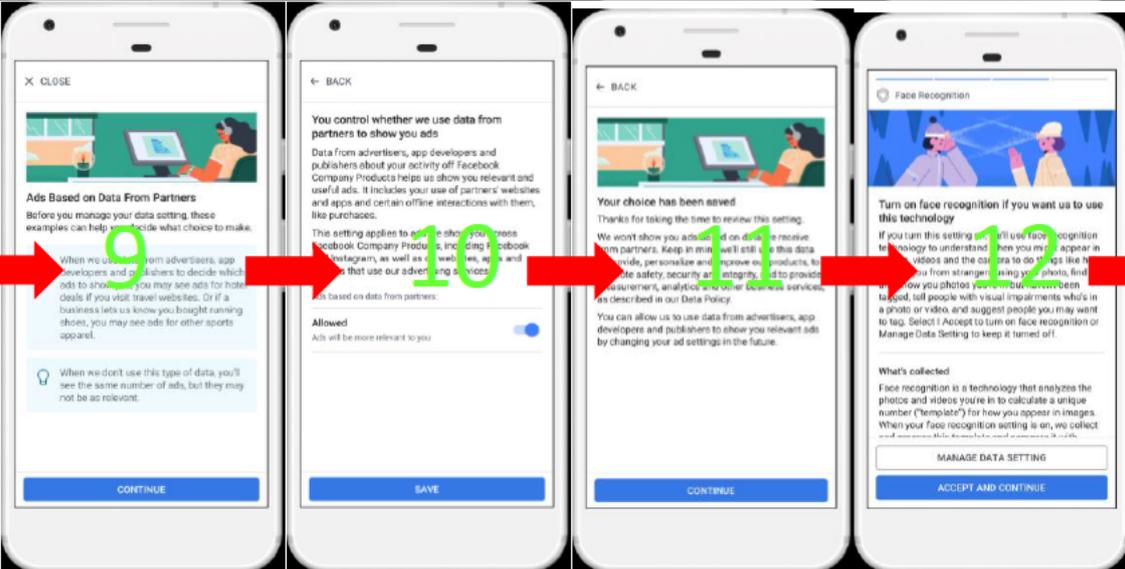
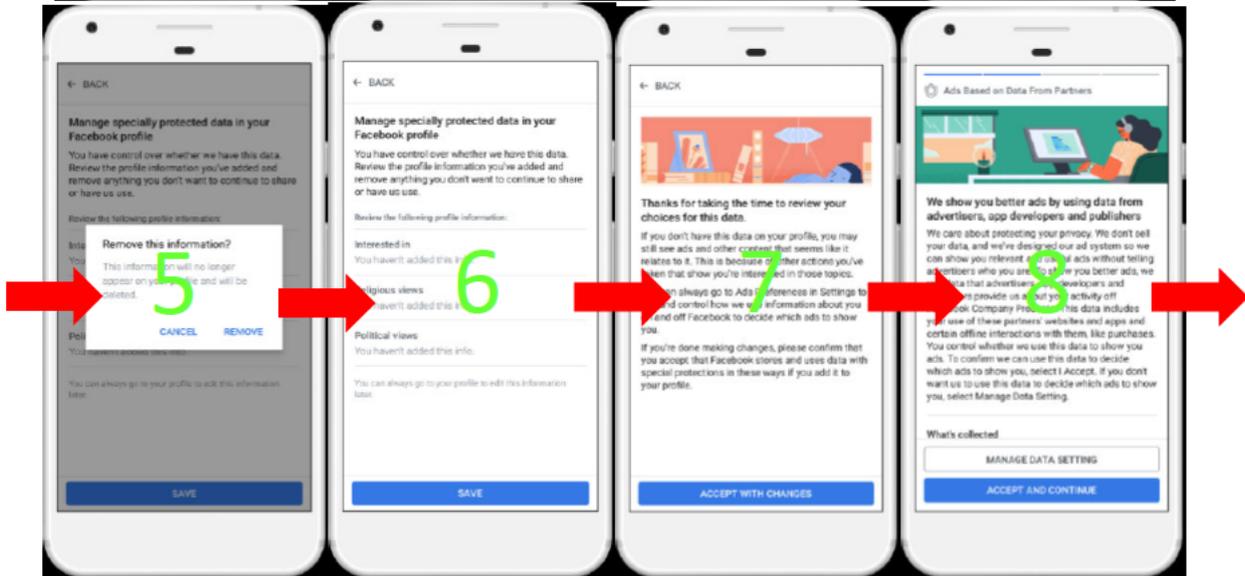
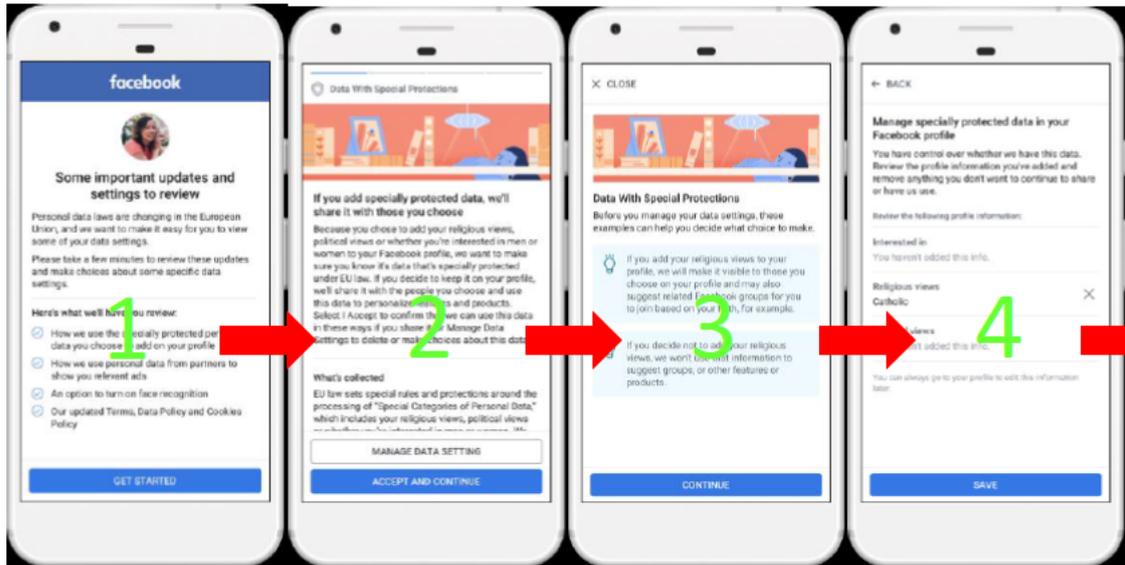
- **Einstimmung auf eine Datenschutzeinwilligung**

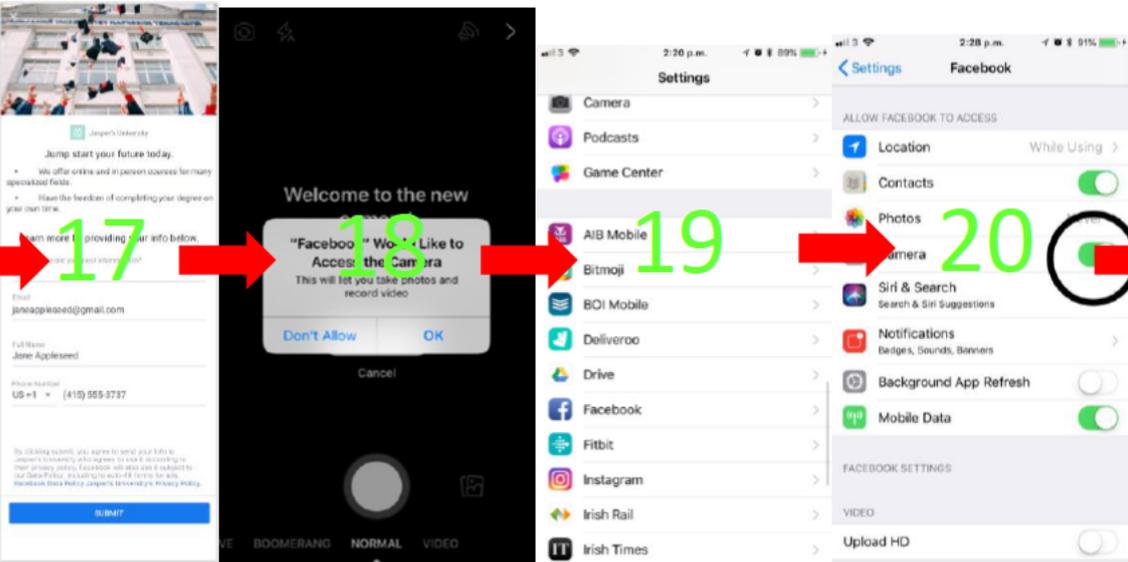
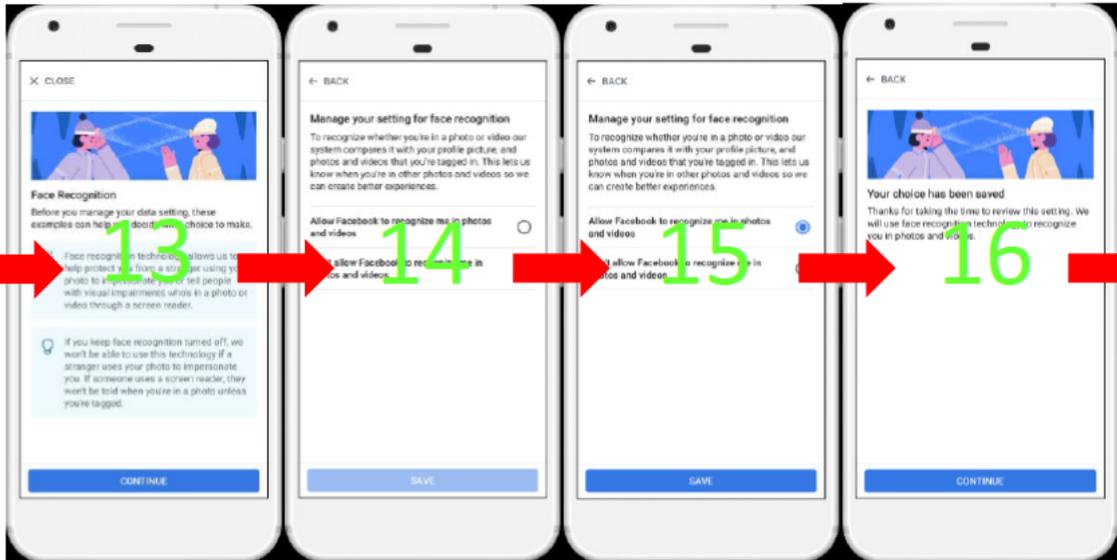
Schon auf der Startseite des „User Engagement Flows“ (siehe Seite 12 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019) wird klar auf Änderungen wegen neuer Datenschutzgesetze in der EU (also der DSGVO) hingewiesen und auf Neuerungen der Nutzungsbedingungen, Datenschutzbedingungen und der Cookie-Richtlinie hingewiesen. Gerade im zeitlichen Kontext zur DSGVO-Einführung erwartet jeder Durchschnittskonsument nun eine Aufforderung zur Einwilligung nach Artikel 4(10) DSGVO.

- **Nutzung der „Click Fatigue“**

Wie Facebook sehr eindrücklich in seinem Schriftsatz vom 22. 2. 2019 im Appendix 1 (Seite 12 bis 36) zeigt, musste die Beschwerdeführerin durch 21 (!) Seiten mit Einstellungen navigieren um dann auf der einnundzwanzigsten (!) Seite den angeblich fundamentalen Änderungen der Rechtsgrundlage von Artikel 6(1)(a) zu 6(1)(b) DSGVO zuzustimmen.

In einer Kurzübersicht haben wir uns erlaubt die Schritte auf den nächsten zwei Seiten darzustellen:





Hier müsste der Nutzer klicken um auf einer Sub-Sub-Seite („legal basis“) die neue Rechtsgrundlage finden zu können.



**Angebliche Akzeptanz der neuen Rechtsgrundlage „Vertrag“**

Abb.: 21 Klicks bis zur angeblichen Änderung der Rechtsgrundlage (lt. Facebook)

Es ist bekannt, dass Nutzer nach einigen Seiten einfach nur noch „okay“ oder „weiter“ klicken („*Clique Fatigue*“). Hier musste die Beschwerdeführerin über 21 Mal klicken und Kleingedrucktes auf einem Handydisplay lesen um dann auf die (von Facebook vorgebrachten) letzte Seite zu gelangen an der er laut Facebook alle seine datenschutzrechtlichen Gestaltungsrechte wegen der Umstellung von Artikel 6(1)(a) auf 6(1)(b) DSGVO verlieren soll. 99% aller Nutzer sind hier wohl an einem Punkt wo sie in keiner Weise aufnahmefähig sind, selbst wenn die Umstellung klargemacht werden würde (was nicht passierte).

Eine faire und transparente (Artikel 5 DSGVO) Gestaltung von Webseiten stellt das relevante und wichtige daher an den Anfang. Es ist davon auszugehen, dass Facebook das bewusst nicht tat.

- **Gestaltung der finalen Einwilligungsseite**

Die Einwilligungsseite spricht ausdrücklich von „*Nutzungsbedingungen, Datenschutzrichtlinie und Cookie-Richtlinie*“ in der Kopfzeile und verlinkt auch auf alle drei Dokumente im Fließtext. Am Ende steht ein großer blauer Button mit dem Wort „Akzeptieren“.

Es ist bekannt, dass die Kopfzeilen und die blaue Links besonders ins Auge stechen, während Fließtext nicht gelesen wird. Ebenso lesen Nutzer von oben nach unten und meistens nicht bis zum Ende der Seite, weswegen Texte am Ende meist nicht mehr gelesen werden.

Die Seite ist daher klar der Art gestaltet, dass der Nutzer aktiv nur die drei Dokumente (Nutzungsbedingungen, Datenschutz- und Cookie-Richtlinie) und den Button „Ich stimme zu“ wahrnimmt.

- **Relevante Information praktisch nicht auffindbar**

Wichtig ist auch festzuhalten, dass mit keinem Wort auf der Seite ein Wechsel der Rechtsgrundlage oder eine substantielle Änderung des Vertrags auch nur angedeutet wird. Ein Nutzer müsste (1) auf die neuen AGB klicken, dort weiter (2) auf den Link zur Datenschutzrichtlinie klicken und dann dort (3) abermals auf den Link zu den Rechtsgrundlagen um überhaupt laut Facebook auf die Idee einer Änderung kommen zu können (selbst wenn dir Formulierung der Seite ebenfalls diese Schlussfolgerung nicht zulässt).

- **Gestaltung des Subtextes auf welchen sich Facebook beruft**

Facebook beruft sich wohl primär auf den grauen Subtext über dem „Ich stimme zu“ Button.

Der Subtext ist nach allen Regeln der Kunst in den Hintergrund gerückt: Er ist am Ende der Seite, 42% heller (147 im Vergleich zu 36 von 255 Graustufen) und nutzt massiv kleinere und dünnere Buchstaben die zu etwa 57% weniger Buchstabenfläche führen (das „I“ im Subtext hat etwa 13x1 deutlich schwarze Pixel im Vergleich zum „I“ von „Instagram“ in der Punktation mit 15x2 Pixel – siehe die Vergrößerung rechts).

Wie der Draft Report gerade in diesem Zusammenhang auf die Idee kommen kann, dass die Information nicht „*im Kleingedruckten*“ versteckt war (§ 130) ist schwer erklärlich.

- **„Legal Basis“-Seite**

Gleiches gilt für das „Legal Basis“-Dokument. Hier ist auffallend, dass ebenfalls besonders kleine Schrift (12px statt 16px in der Datenschutzrichtlinie, entspricht Schriftgröße 9 statt 12 Punkt in Textverarbeitungsprogrammen) und keine Formatierung nutzt. Die Seite ist daher (anders als alle anderen Seiten) extrem schlecht leserlich, was abermals auf bewusste Erschwerung der Informationsfindung hinweist (siehe Anlage D).

- **Keinerlei Vorbringen oder Ermittlungsergebnis zum tatsächlichen Klick-Verhalten**

Angesichts dieser Gestaltung des „User Engagement Flows“ ist es auch nicht weiter verwunderlich, dass Facebook keinerlei Vorbringen erstattet wie viele Nutzer tatsächlich die „Legal Basis“-Seite aufgerufen haben und somit auch nur theoretisch die Möglichkeit gehabt hätten zu verstehen, dass sie einer Änderung zwischen Artikel 6(1)(a) und (b) zustimmen. Da Facebook alle Klicks auf seiner Seite verfolgt, sollte Facebook leicht in der Lage sein, entsprechende Daten vorzulegen.

Mangels gegnerischem Vorbringen wird bestritten, dass die Beschwerdeführerin und/oder eine relevante Anzahl der Nutzer die Information faktisch angezeigt bekommen hat.

- **Zusammenfassung**

Zusammenfassend kann man festhalten: Facebook hat alle Tricks in der Schublade des Webdesigns genutzt um sicherzustellen, dass Nutzer hier nicht klar, informiert und transparent einem Wechsel von Artikel 6(1)(a) zu 6(1)(b) DSGVO zustimmen, wie nun behauptet wird.

### 2.1.5. Zu den fünf Einwilligungsfällen im „User Engagement Flow“

Zu jenen Verarbeitungstätigkeiten die unbestritten nach Artikel 6(1)(a) stattfinden, macht Facebook klar irreführende oder falsche Angaben. Vollkommen unklar scheint warum die DPC annimmt, dass diese Verarbeitungsformen von der Beschwerde nicht umfasst sein sollen (§ 68 des Draft Report), da ja diese auch in der Datenschutzrichtlinie benannt sind und sich die Beschwerde von einer Einwilligung zu all diesen Verarbeitungen ausgeht. Im Einzelnen dazu:

#### 2.1.5.1. Verarbeitung von besonderen Datenkategorien

Facebook tut so als ob besondere Datenkategorien nur im (sehr versteckten) „Allgemeine Informationen“-Teil des Nutzerprofils vorkommen, in welchem man etwa religiösen Ansichten angeben kann.

Dies ist jedoch nur ein minimaler Teil der besonderen Datenkategorien. So enthalten Nachrichten (siehe Beispiele aus dem Datensatz der Beschwerdeführerin rechts zu Gesundheitsdaten), Veranstaltungseinladungen oder Postings von anderen Nutzern regelmäßig besondere Datenkategorien (zB Nachricht zur Gesundheit oder Sexualleben sowie Einladungen zu politischen Veranstaltungen).

Diese werden von Facebook (entgegen dem falschen Vorbringen in § 2.51 der Stellungnahme vom 27. 9. 2018) auch verarbeitet – so kann man zB alle Nutzer targeten die an der FPÖ interessiert sind – was klar politisches Targeting erlaubt, ohne dass diese Daten im Profil des Nutzers hinterlegt sind. Es ist nicht mal nötig die FPÖ aktiv zu „ liken“, denn Facebook kennt 3,7 Mio Nutzer die an der FPÖ interessiert sind, auch wenn nur etwa 130.000 Nutzer dem FPÖ-Konto auf Facebook folgen. Ergo: Das politische Interesse muss aus anderen Daten hochgerechnet werden.

8. NOV. 2013 UM 08:16

guten morgen! hoffe dein asthma hat sich gebessert. ich wollt nur klarstellen, dass ich nicht sauer bin oder so 😊

27. AUG. 2010 UM 00:15

Lisa!  
Was macht die Reise?  
Ich hab von Teresa gehört, du bist/warst krank.  
Ich freu mich überhaupt und ganz und gar furchtbar auf dich.

Montag?  
Ich hab bis 14 uhr Uni, ab dann frei.  
Am Dienstag hab ich unglücklicherweise von 9 bis 19 Uhr Uni, und ich kann nicht mal fehlen.  
Mittwoch hab ich, außer von 12 bis 14 Uhr, wieder frei.

hey!  
oida, das klingt a) anstrengend b) nervig und c) ziemlich cool!  
autodidaktisch hat dir die krätze eh noch gefehlt 😊  
dennoch würd ich dir EHER nicht unterstellen, dich absichtlich damit angesteckt zu haben...WTF!?  
wie lang musst du jetzt mit dem ausschlag herumlaufen?

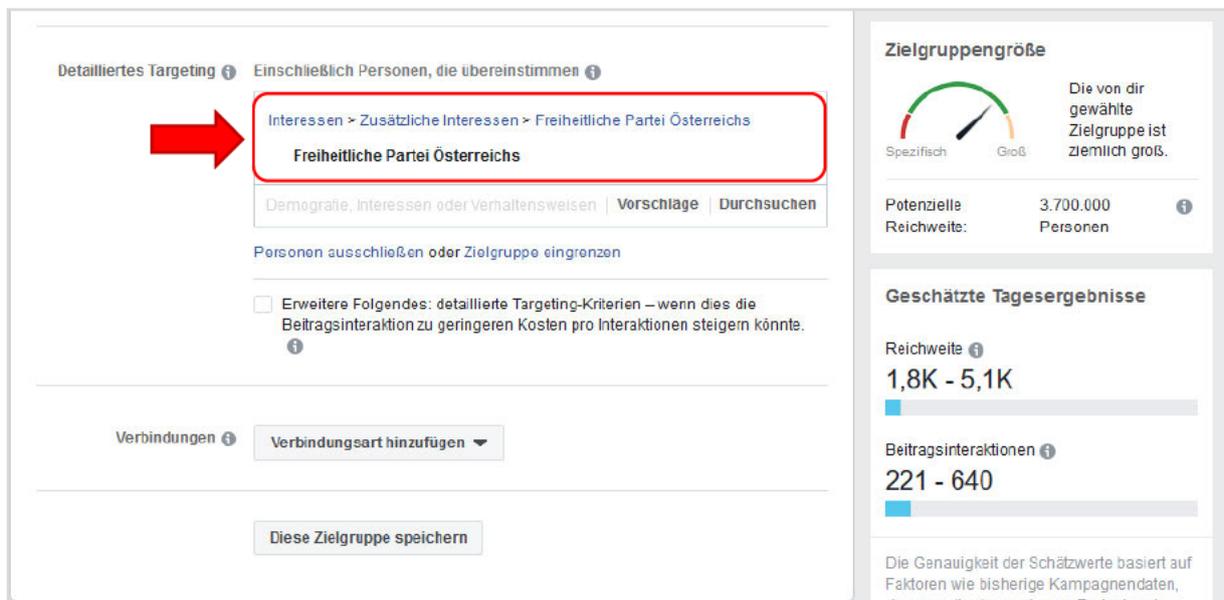


Abb: Targeting auf Facebook zu „FPÖ“ (politische Meinung, besondere Kategorien)

Es ist höchst verwunderlich, dass die irische DPC diese offene Lüge von Facebook (keine Nutzung von besonderen Datenkategorien, siehe § 2.25 des Schriftsatzes vom 22. 2. 2019) nicht zumindest mit ein paar wenigen Klicks überprüft hat, obwohl auf diesen Sachverhalt auch schon auf Seite 2 der Beschwerde ausdrücklich hingewiesen wurde („auch wenn die betroffene Person diese Information nicht direkt im Profil angegeben hat“).

Es wird daher bestritten, dass besondere Kategorien von Daten (iSd Artikel 9 DSGVO) nur nach Einwilligung verarbeitet werden.

### 2.1.5.2. Verarbeitung von biometrischen Daten

Facebook bringt weiter vor, dass Daten für die Gesichtserkennung nur bei Einwilligung des Nutzes erfolgt. Dies ist technisch und logisch unmöglich.

Rein logisch müssen die biometrischen Daten der Beschwerdeführerin in einem hochbeladenen Foto erst erhoben, berechnet und gespeichert werden. Erst wenn ein biometrischer Abdruck generiert wurde kann ein Abgleich mit den Daten der Nutzer die hierfür eine Einwilligung gegeben haben durchzuführen. Damit werden die biometrischen Daten der Beschwerdeführerin jedoch auch verarbeitet, wenn diese keine Einwilligung erteilt hat. Facebook verschweigt diese offensichtliche Tatsache und bringt daher bewusst falsch vor.

Bei 300 Millionen Foto-Uploads pro Tag generiert Facebook also täglich Millionen biometrische Gesichtsabdrücke von jedem dessen Foto auf Facebook hochgeladen wird (egal ob Nutzer oder Dritter). Hierzu gibt es keinerlei Rechtsgrundlage. Diese biometrischen Daten werden dann mit einer Datenbank abgeglichen die (vermutlich) nur jene Nutzer enthält die eine Einwilligung zur Gesichtserkennung gegeben haben.

Es gibt keinerlei Vorbringen oder Ermittlungsergebnis das eine andere Vorgehensweise nahelegt.

Vollkommen unklar ist, was mit biometrischen Abdrücken passiert die zu keinem „Treffer“ führen. Diese könnten zB theoretisch behalten werden um, sobald ein Nutzer in die Hinterlegung seiner biometrischen Daten in der Datenbank einwilligt, die Bilder zuordnen zu können – oder auch

dauerhaft gelöscht werden. Rechtlich scheint das irrelevant, da schon der erste Verarbeitungsschritt ohne Rechtsgrundlage geschieht.

Zusammengefasst wird daher bestritten, dass biometrische Daten nur nach Einwilligung verarbeitet werden, da dies technisch unmöglich ist.

### **2.1.5.3. Verarbeitung von Daten von externen Werbepartnern**

Der Draft Report hinterfragt mit keinem Wort was der Unterschied zwischen der „Nutzung“ dieser Daten und der Verarbeitung der Daten ist. Aus den Unterlagen von Facebook ergibt sich klar, dass Facebook trotz verweigerter Einwilligung die Daten von externen Werbepartnern weiter sammelt und damit „verarbeitet“ iSd Artikel 4(2) DSGVO. Die Seite für die Einstellung sagt sogar ausdrücklich:

*„Wir löschen keine Daten, wenn du die Verwendung dieser Daten für Werbung nicht zulässt. Du wirst auch weiterhin genauso viele Werbeanzeigen sehen. Diese basieren allerdings auf deinen Aktivitäten in Produkten der Facebook-Unternehmen oder können von bestimmten Unternehmen stammen, mit denen du deine Kontaktdaten geteilt hast (falls wir dein Profil mit deren Kundenliste abgeglichen haben).“*

Lediglich die Nutzung für zielgerichtete Werbung soll laut Facebook (Seite 6, 3. Punkt des Schriftsatzes vom 22. 2. 2019) auf einer Einwilligung basieren. Damit stellen sich zwei Fragen: Was ist die Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) für die sonstige Verarbeitung und wie kann eine Verarbeitung dem Prinzip der Zweckbindung und Datenminimierung nach Artikel 5(1)(b) und (c) entsprechen, wenn hier Daten für Werbezwecke aber gleichzeitig ohne Nutzung für Werbung verarbeitet werden (zweckfreie Verarbeitung)?

Es besteht kein Vorbringen bzw keine Ermittlungsergebnisse zu diesen Fragen. Facebook rechnet anscheinend damit, dass die Behörde den Unterschied zwischen „Nutzung“ und „Verarbeiten“ nicht erkennt – und scheint zumindest beim Darft Report damit sogar erfolgreich gewesen zu sein.

Es wird daher bestritten, dass Daten von Dritten nur nach Einwilligung verarbeitet werden bzw wird die Aussage von Facebook hervorgehoben, dass die Daten jedenfalls verarbeitet werden (auch wenn sie für gewisse Verarbeitungsschritte nicht genutzt werden).

### **2.1.5.4. Weitergabe von Daten an externe Werbepartnern**

Völlig unklar ist was Facebook am Ende von Seite 9 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019 zum „Teilen von Daten mit Werbepartnern“ vorbringt. Die Datenschutzrichtlinie spricht von „Partnern“ und „Werbetreibenden“ mit massiv verschiedenen Aussagen zur Weitergabe von Daten. „Werbepartner“ („Ad Partner“) gibt es wiederum weder in der Englischen noch der Deutschen Version nicht. Es wird daher beantragt, dass dieser Vorgang klar ermittelt wird.

Es wird vorläufig bestritten, dass Facebook Werbepartner Daten nur mit Einwilligung weitergibt.

### **2.1.5.5. Einwilligung durch Geräteeinstellungen**

Facebook kann unmöglich eine informierte und spezifische Einwilligung durch die Nutzung von Geräte-Freigaben umsetzen. Die Zustimmung scheitert eindeutig an der mangelnden Information für welche konkreten Zwecke, welche konkreten Daten genutzt werden. Diese Information ist im

Dialog von iOS und Android nicht vorgesehen. Hier wird nur die App und (grobe) Zugriffskategorie (wie zB alle auf dem Gerät gespeicherten Daten) festgehalten.

Dies insbesondere da Facebook das Prinzip einer „datenschutzrechtlichen Kraut- und Rüben-Suppe“ nutzt und lediglich sagt alle Daten aller Nutzer für extrem generische Zwecke und für alle aktuellen zu zukünftigen Datenanwendungen zu nutzen.

Exemplarisch dafür ist zB der aktuelle Skandal zur Nutzung des „Mikrofons“ für den Facebook-Messenger. Hier erlaubt der Nutzer zwar die Nutzung des Mikrofons zur Aufnahme von Nachrichten, war sich aber wohl nicht bewusst, dass Facebook diese Daten gleichzeitig auch durch Mitarbeiter auswerten lässt – wie unlängst bekannt wurde (<https://www.dw.com/de/auch-facebook-lie%C3%9F-audio-chats-abtippen/a-50015895>).

Es wird daher bestritten, dass es sich um eine informierte und spezifische Einwilligung handelt.

### 2.1.6. Facebook-Nutzung „wegen der Werbung“?

Es wird bestritten, dass Werbung, Forschung und andere Verarbeitung im Interesse von Facebook der „Kern der Dienstleistung“ (§ 1.4 der Stellungnahme vom 27. 9. 2018) von Facebook ist.

Kein durchschnittlicher Konsument würde sagen: „Facebook, ja das ist diese Werbeseite im Internet. Was meine Freunde dort posten ist mir eigentlich egal, ich schau mir Facebook nur wegen der tollen Werbung an – und damit sie anhand meiner Daten Forschung betreiben können.“

Die Argumentation ist so realitätsnahe wie ein Nutzer der als Schutzbehauptung angibt er würde eine pornographische Webseite nur „wegen der Werbung“ ansehen.

Facebook hat weder einen Beweis noch eine auch nur annähernd schlüssige Argumentation für die lächerliche und praxisfremde Behauptung geliefert, dass Werbung (und ähnliche Sekundärverarbeitung) ein Kern der Dienstleistung wäre.

Es ist vollkommen unverständlich warum die DPC davon in ihrem Draft Report trotzdem ohne Erklärung auszugehen scheint. Dieses beweislose Vorbringen wird daher bestritten und stattdessen vorgebracht, dass die Funktionen eines „Sozialen Netzwerks“ (wie zB das Profil, Nachrichten, Foto-Alben, Freundeslisten) die Kerndienstleistung sind.

### 2.1.7. Werbung ist faktisches Vorgehen, kein „Vertrag“ mit Beworbenen

Vollkommen absurd ist das Vorbringen von Facebook und die Annahme im Draft Report, dass Werbung einen „Vertrag“ zwischen Werbetreibenden und Beworbenen darstellt. Schon rein logisch zielt Werbung auf die Anbahnung eines Vertrags ab und ist nicht selbst ein Vertrag.

Auch in den AGB von Facebook wird festgehalten, dass Facebook „*Werbeanzeigen [anzeigt] für deren Hervorhebung (...) wir von Unternehmen und Organisationen bezahlt werden*“. Es handelt sich also um einen Vertrag zwischen Facebook und den Werbetreibenden, der vom Vertrag zwischen Nutzer und Facebook nach Artikel 6(1)(b) DSGVO gerade zu trennen ist.

In keinem uns bekannten Fall stellt die Belästigung des Beworbenen einen „Vertrag“ dar:

- Kein Fahrgast in Bus, Zug oder U-Bahn schließt einen Vertrag über die dort angebrachte Werbung an – sondern nur einen Beförderungsvertrag. Es ist Ausfluss des Eigentumsrechts,

dass jedes Unternehmen seine Busse oder Bahnen mit Werbung vollkleben kann. Jeder Fahrgast hat die Möglichkeit die Werbung anzusehen oder beim Fenster hinauszusehen.

- Kein Zuseher oder Zuhörer von Rundfunkprogrammen schließt einen Vertrag über Werbung ab – es ist ein rein faktisches Vorgehen des Fernseh- oder Radiosenders, dass Werbung eingeblendet wird, unabhängig von Gratis- oder Bezahlangeboten. Der Empfänger hat wiederum faktisch die Möglichkeit abzdrehen oder umzuschalten.
- Kein Leser einer Zeitung schließt ein Abo über „Werbung“ ab, sondern ein Abo über Nachrichten, die dann faktisch mit Werbung kombiniert werden. Jeder Nutzer hat jedoch die Möglichkeit die Werbung zu überblättern.
- Schlussendlich, keine andere uns bekannte Webseite (Nachrichtenseiten, YouTube, Netflix, etc) schließt einen „Vertrag“ mit dem Webseitenbesucher ab, dass dieser einen „Anspruch“ auf Werbung hat. Es ist eine schlicht faktische Möglichkeit des Webseitenbetreibers Werbung einzublenden und viele Nutzer blockieren faktisch die Werbung (zB durch „Ad Blocker“).

Ebenso wie diese (und viele andere) Beispiele steht es Facebook natürlich frei auch Werbung auf facebook.com einzublenden, da sie die faktische Verfügungsmacht über diese Seite hat. Hierfür kann sie auch zweifelslos diverse Techniken der zielgerichteten Werbung nutzen (zB Geographie, Sprache, Kontext, Zeitpunkt).

Wenn Facebook jedoch auch die personenbezogenen Daten der Beschwerdeführerin für die Erfüllung ihres Vertrags mit den Werbetreibenden nutzen will, dann kann sie dies nicht auf Artikel 6(1)(b) DSGVO stützen, sondern muss gegebenenfalls eine Einwilligung iSd Artikel 4(11) DSGVO erlangen. Da Facebook ja der Meinung ist, dass diese Werbung eine „Hilfe“ ist um „interessante“ Produkte zu „entdecken“ (Achtung: Euphemismus!) sollte es auch nicht zu schwer sein die Einwilligung der Beworbenen zu erlangen.

Es wird daher bestritten, dass Werbung einen Vertrag darstellt – jedenfalls gibt es hierzu keinerlei Verkehrssitte und ein solcher Vertrag wäre faktisch extrem außergewöhnlich.

### **2.1.8. Auch andere Verarbeitung des ersten Teils sind faktisches Vorgehen**

Facebook hat bisher (außer zur Werbung) keine Angaben gemacht hat welche Klauseln in den AGB einen „Vertrag“ darstellen sollen und was deren konkreter Vertragsinhalt sein soll. Der Draft Report hat hierzu auch keine Ermittlungsergebnisse geliefert.

Viele der anderen Punkte (zB Forschung, Produktverbesserung oder das Outsourcen von Datenverarbeitungen außerhalb des EWR) sind jedoch ebenfalls rein faktisches Vorgehen im Eigeninteresse von Facebook und keine vertragliche „Leistung“ an den Nutzer. Sie können daher ebenso unmögliche ein Fall des Artikel 6(1)(b) DSGVO sein.

Andere Teile die das Kernprodukt der Plattform darstellen (zB die Seite der Nutzer, Nachrichtenaustausch, Kontaktbuch, Foto-Uploads) sind nach der Verkehrsauffassung sicherlich Gegenstand des Produkts „Soziales Netzwerk“ und damit Vertragsgegenstand – unabhängig von der Benennung in den Klauseln.

Es wird daher bestritten, dass die anderen Punkte in der Einleitung, Teil 1 und 2 der AGB mehr als eine Beschreibung des faktischen Vorgehens sind. Ein konkretes Vorbringen wir ausdrücklich vorbehalten, sobald die irische DPC oder Facebook die konkreten Verarbeitungen, Rechtsgrundlagen, Zwecke und Daten ermittelt oder vorgebracht hat.

### **2.1.9. Lektüre des „Legal Basis“-Dokuments**

Der Draft Report beruft sich ausführlich auf die Information von Nutzern durch eine Sub-Sub-Seite der AGB, dem sogenannten „Legal Basis“-Dokument. Die Beschwerdeführerin hat dies nicht wahrgenommen und Facebook hat auch nachweislich nicht auf derart gravierende Änderungen aktiv hingewiesen, sondern viel mehr große Änderungen verneint.

Um einschätzen zu können ob die Klausel „versteckt“ oder „überraschend“ war, wäre es höchst relevant festzustellen wie viele Nutzer (1) die AGB gelesen, (2) die Datenschutzrichtlinie und (3) das „Legal Basis“-Dokument wie lange gelesen haben. Es ist davon auszugehen, dass Facebook diese Statistiken vorhält und vorbringen würde, wenn die Information auf dieser Sub-Sub-Seite weiten Anklang gefunden hätte.

Es wird daher beantragt die faktische Nutzung dieser Seiten (insb Besuche, Besuchszeiten) im Vergleich mit den Nutzern die durch den „User Engagement Flow“ geführt wurden zu ermitteln. Für den Fall das Facebook hierzu keine Angaben macht wäre dies festzuhalten.

## **2.2. Fehlendes Vorbringen und Ermittlungen**

Um die Entscheidungsreife zu erreichen scheinen folgende Punkte noch zu ermitteln:

### **2.2.1. Konkrete Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungsvorgänge**

Zwar beschäftigt sich der ganze letzte Teil des Draft Reports mit dem Fehlen der Information zur konkreten Rechtsgrundlage im Lichte des Artikels 5 DSGVO, jedoch macht die DPC keine Anstalten diese fehlenden Information auch zu ermitteln um die Fragen zu Artikel 6 DSGVO zu klären.

Daher werden – aus prozessoralen Vorsicht – die Anträge vom 20. 8. 2019 unter Punkt 4 abermals in Erinnerung gerufen.

### **2.2.2. Zur Einwilligung zu „Cookies“**

Keinerlei Ermittlungen oder Vorbringen ist zur Verarbeitung von Cookies zu finden, auch wenn dies von den AGB und der Datenschutzbedingung klar umfasst ist. Facebook behauptet hierzu weder im „Legal Basis“-Dokument noch in der Cookie-Richtlinie eine Einwilligung. Auch faktisch werden Cookies auf [www.facebook.com](http://www.facebook.com) schon beim ersten Besuch gesetzt – unabhängig davon ob ein Nutzer ein Profil hat oder sich dabei einloggt. Unstrittig ist auch, dass Facebook diese Daten nicht nur für die Dienstleistung, sondern auch für Tracking-Zwecke nutzt (zB außerhalb von Facebook). So steht zB in der Facebook-Cookie-Richtlinie:

*„Cookies ermöglichen uns auch die Bereitstellung von Einblicken sowohl über die Personen, die die Facebook-Produkte nutzen, als auch über diejenigen, die mit den Werbeanzeigen, Webseiten und Apps unserer Werbekunden und der Unternehmen, die die Facebook-Produkte nutzen, interagieren.“*

Es wird daher beantragt die Rechtsgrundlage für diese Verarbeitung zu ermitteln.

### 2.2.3. Konkrete Klauseln auf welche sich Facebook beruft

Wie schon unter Punkt 2.1.1 gezeigt und im Antrag vom 20. 8. 2019 ausgeführt fehlt jede Ermittlung zu den konkreten Klauseln auf welche sich Facebook beruft. Daher werden – aus prozessoralen Vorsicht – auch der Antrag unter Punkt 4 abermals in Erinnerung gerufen.

### 2.2.4. Subjektiven Tatseite von Facebook

Mit keinem Wort argumentiert Facebook was das Ziel oder der Vorsatz war um die Änderung von Artikel 6(1)(a) auf (b) zum 25. 5. 2018 vorzunehmen. Die DPC scheint das auch nicht ermittelt zu haben. Würde es hierfür andere logische Gründe als die reine Umgehung von Artikel 6(1)(a) geben, wäre anzunehmen, dass Facebook dies vorbringen würde.

Dass Facebook irgendwelche andere Gründe außer der Umgehung von Artikel 6(1)(a) hatte wird daher wegen der zeitlichen und praktischen Abfolge und mangels anderem Vorbringen nicht anzunehmen sein.

Zur Schließung dieser Lücken im Sachverhalt wird eine Ermittlung zur subjektiven Tatseite eines Umgehungsdelikts (zB durch Zeugeneinvernahme) beantragt.

## 2.3. Neues Vorbringen der Beschwerdeführerin

### 2.3.1. Neue AGB vom 31. 7. 2019

Mit 31. 7. 2019 hat Facebook abermals die AGB verändert (Anlage E). Da nach AVG kein Neuerungsverbot besteht ist diese tatsächliche Änderung einzubeziehen.

Insbesondere relevant scheint, dass Facebook (entgegen den Angaben in diesem Verfahren) in der Einleitung und in Teil 2 der neuen AGB ausdrücklich eine Einwilligungserklärung zur Verarbeitung von Daten für Werbezwecke formuliert:

*„Durch die Nutzung unserer Produkte erklärst du dich damit einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen, die nach unserer Ansicht relevant für dich sind und deinen Interessen entsprechen. Wir verwenden deine personenbezogenen Daten, um festzulegen, welche Werbeanzeigen wir dir zeigen.“*

*„Anstatt dafür zu zahlen, Facebook sowie die anderen von uns angebotenen Produkte und Dienste zu nutzen, erklärst du dich durch Nutzung der Facebook-Produkte, für die diese Nutzungsbedingungen gelten, einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen, für deren Hervorhebung innerhalb und außerhalb der Produkte der Facebook-Unternehmen wir von Unternehmen und Organisationen bezahlt werden. Wir verwenden deine personenbezogenen Daten, wie z. B. Informationen über deine Aktivitäten und Interessen, um dir Werbeanzeigen zu zeigen, die relevanter für dich sind.“*

Als Akt des Einverständnisses wird hier wiederum die reine Nutzung von Facebook-Produkten genannt, was zusätzlich keinen *unmissverständlichen* Einwilligungsakt darstellen würde.

### **2.3.2. Eidesstattliche Erklärung zum Zustimmungsvorgang**

Da die Interpretation einer Willenserklärung (egal ob eine Einwilligung iSd Art 4(11) DSGVO oder ein Vertragsschluss iSd ABGB) vom Willen der Partei abhängt, hat die Beschwerdeführerin ihre Wahrnehmung des Einwilligungsvorgangs im Rahmen einer Eidesstattlichen Erklärung dargelegt.

Aus der Erklärung in Anlage F ergibt sich insbesondere:

- 1) Dass die Beschwerdeführerin den Eindruck hatte eine Einwilligung zu erteilen und dies insbesondere auch auf die Gestaltung des „User Engagement Flow“ zurückzuführen ist.
- 2) Dass die Beschwerdeführerin weiterhin den Eindruck hat eine Einwilligung erteilt zu haben und dieser Eindruck durch die AGB vom 31. 7. 2019 weiter bestärkt wurde.
- 3) Dass die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt den Eindruck hatte einen inhaltlich neuen Vertrag einzugehen und die Dienstleistungen von Facebook sich weder mit dem 25. 5. 2018 noch mit dem 31. 7. 2019 inhaltlich verändert haben.
- 4) Dass die Beschwerdeführerin davon ausging, dass vor dem 25. 5. 2018 die Verarbeitung ihrer Daten auf einer Einwilligung basiert und keine (sonst übliche) Information stattfand, dass dies geändert wurde.
- 5) Dass die Beschwerdeführerin ist nicht der Meinung einen durchsetzbaren Vertrag über Werbung, Forschung oder sonstige Datenverarbeitung im Interesse von Facebook geschlossen zu haben.
- 6) Dass die Beschwerdeführerin eine Verbraucherin mit Wohnsitz in Wien ist.

Für das weitere faktische Vorbringen wird auf die eidesstaatliche Erklärung selbst verwiesen.

### **2.3.3. Erklärung zum Umfang der Vertretung nach Artikel 80 DSGVO**

In Rn 18 der eidesstattlichen Erklärung (Anlage F) stellt die Beschwerdeführerin auch klar, dass *noyb* in der Vertretung der Beschwerdeführerin in keiner Hinsicht beschränkt ist, was auf Seite 1 der Stellungnahme vom 27. 9. 2018 von Facebook in Zweifel gezogen wurde.

## 3. Materielles Recht

### 3.1. Einleitende Bemerkungen

Die Argumentation von Facebook und die Analyse in dem Draft Report sind in Teilen derart paradox und systematisch verfehlt, dass eine stringente Beantwortung beinahe verunmöglicht wird. Ein massives Problem des Draft Report scheint, dass er ausschließlich einer Wortlautinterpretation verhängen ist ohne den geringsten Versuch den Worten logischen Sinn und Bedeutung zu geben.

Ein weiteres Problem ist, dass eine Analyse der Nutzungsbedingungen als „Vertrag“ iSd österreichischen ABGB und KSchG lassen abermals nur den Schluss zu, dass es sich hier im besten Fall um eine „Einwilligung“ nach Artikel 4(11) DSGVO handelt. Entsprechend führt eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den Argumenten von Facebook zu Artikel 6(1)(b) (soweit dies überhaupt möglich ist) zu zahlreichen Rück- und Querverweisen auf Artikel 6(1)(a) DSGVO.

Eine stringente Trennung dieser beiden rechtlichen Themenblöcke ist daher nur ansatzweise möglich. Wir bitten daher Doppelungen und Querverweise im Vorbringen zu entschuldigen.

### 3.2. Anwendbares Recht: Österreich

Der Draft Report geht fälschlich davon aus (zB § 119 des Draft Reports), dass irisches Vertragsrecht auf die AGB von Facebook anzuwenden wäre. Das wird bestritten.

Dass private Nutzer von Diensten von Facebook „Verbraucher“ iSd EuGVVO und Artikel 6 der VO 593/2008 („Rom-I-VO“) sind hat der EuGH in C-498/16 *Schrems* abschließend festgestellt. Damit ergibt sich auch für die Beschwerdeführerin österreichisches Recht.

In Punkt 4 der AGB stellt selbst Facebook nun auch klar *„Wenn du ein Verbraucher bist und deinen ständigen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hast, gelten die Gesetze dieses Mitgliedstaats“*. Im Fall der Beschwerdeführerin (Wohnsitz in Wien) ergibt das die Anwendbarkeit von österreichischem Recht.

Es besteht kein Vorbringen von Facebook wonach irisches Recht anwendbar wäre, weswegen wohl der Draft Report aus eigenem Antrieb das falsche anwendbare Recht angenommen hat oder (wie auch sonst) den Inhalt der AGB nicht konkret ermittelt hat.

### 3.3. Kernfrage: Reicht einfaches „Umpacken“ einer Einwilligung in AGB?

Vollkommen irrelevant für die Anwendbarkeit von Artikel 6(1)(a) ist der Ort oder Kontext der Willenserklärung. Die Einwilligung kann als Button, Nicken, mündliche Erklärung, als „Inline Consent“ und in unzähligen anderen Formen umgesetzt werden.

Es wäre geradezu grotesk, wenn *gerade* die Verschiebung einer Einwilligungserklärung in AGB die Regelungen von Artikel 4(11), 6(1)(a), 7 und 9 DSGVO unterlaufen würden. Dies vor allem in Angesicht der Tatsache, dass Artikel 7(2) DSGVO nun explizit das „Verstecken“ einer Einwilligung in AGB untersagt.

Die ist jedoch die Kernargumentation von Facebook – die sich damit auf dem Niveau eines „Hütchenspielers“ befinden. Da Facebook mit diesen lachhaften Argumenten anscheinend bei der

irischen DPC durchdringen konnte, haben wir uns erlaubt den Vorgang (zum leichteren Verständnis) graphisch und audiovisuell aufzubereiten:

### 3.3.1. Graphische Darstellung

Nur weil eine Einwilligung *in* einem Vertrag (AGB) ist, bleibt es weiterhin eine Einwilligung und wird nicht selbst *zum* zivilrechtlichen Vertrag, wie man an dieser Grafik auch ohne juristische Kenntnisse leicht erkennen kann:

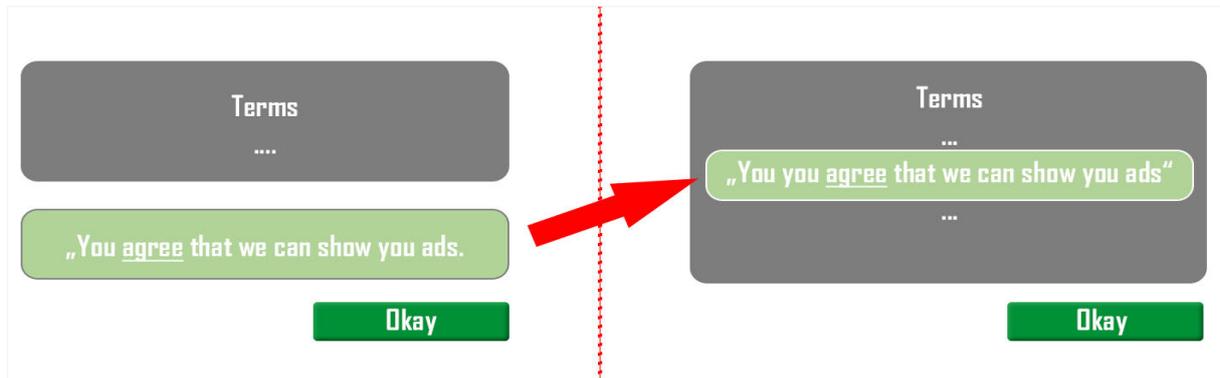


Abb. Links muss frei, informiert, spezifisch, unmissverständlich ohne Kopplung sein – Rechts ist unreguliert?

### 3.3.2. Audiovisuelle Darstellung

Schlussendlich erlauben wir uns das Vorgehen von Facebook auch noch Audiovisuell und durch einen transparenten Glaskolben darzustellen, damit auch Parteien ohne die voll entwickelte Fähigkeit zur Objektpermanenz verfolgen können, dass die Einwilligung in den AGB nicht „verschwunden“ ist, sondern nun eben darin weiter existiert:

### 3.4. Relevante Klauseln der AGB sind als „Einwilligung“ zu behandeln

Nach dem Vorbringen von Facebook und den Ausführungen im Draft Report stellt sich also als Kern des Verfahrens die Frage ob ein Verantwortlicher die neuen Vorgaben der DSGVO die eine „Zwangszustimmung“ des Betroffenen verhindern sollen durch eine „Auslagerung“ der Einwilligung in den Vertrag umgangen werden könne.

#### 3.4.1. Einleitung

Vorab scheint es notwendig folgende Punkte festzuhalten:

##### 3.4.1.1. Vermeintlicher Gegenstand der Willensäußerung

Facebook scheint sich nun vor allem auf Teil 1 der AGB zu berufen – eventuell nun auch auf die Einleitung und Teil 2 der AGB. Vollkommen unklar (siehe hierzu unten Punkt 3.6 ff) ist die Rechtsnatur dieses Teils der AGB. Über weite Strecken handelt es sich um:

- a) Reine Werbeaussagen (zB *„Unsere Mission ist es, den Menschen die Möglichkeit zu geben, Gemeinschaften zu bilden, und die Welt näher zusammenzubringen“*),
- b) Reine Informationen (zB *„Stattdessen bezahlen uns Unternehmen und Organisationen dafür, dass wir dir Werbeanzeigen für ihre Produkte und Dienstleistungen zeigen“*),
- c) Klassischen Einwilligungsformulierungen (zB *„Durch die Nutzung unserer Produkte erklärst du dich damit einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen, die nach unserer Ansicht relevant für dich sind und deinen Interessen entsprechen“*) oder
- d) Rein faktische Beschreibungen aus der sprachlich keine Leistung oder Pflicht hervorgehet (zB *„Wir beschäftigen weltweit spezielle Teams und entwickeln fortschrittliche technische Systeme, um Missbrauch unserer Produkte, schädliches Verhalten gegenüber anderen und Situationen aufzudecken, in denen wir möglicherweise dazu beitragen können, unsere Gemeinschaft zu unterstützen und zu schützen“*).

Von einer solchen „Beschreibung“ spricht auch das „Legal Basis“-Dokument“ und § 2.15 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019 von Facebook.

Eine typische vertragliche Formulierung welche den Vertragsparteien klare Rechte und Pflichten auferlegt sind erst im Teil 3 bis 5 der AGB zu finden, auf welche sich Facebook aber im “Legal Basis“-Dokument im Rahmen von Artikel 6(1)(b) gerade nicht beruft (siehe Punkt 2.1.1).

Mangels klaren Vorbringen und Ermittlungsergebnissen bleibt es im Weiteren nur möglich anhand dieser Mutmaßungen Stellung zu nehmen. Weiteres Vorbringen wird vorbehalten.

##### 3.4.1.2. Äußerer Akt einer Einwilligung

Die äußeren Mindestvoraussetzungen einer Einwilligung iSd Artikel 4(10) DSGVO und eines Vertragsschlusses iSd §§ 861 ff ABGB sind gleich: Ein schlichtes mündliches „Ja“, ein Klick auf einen „Okay“-Button oder auch ein Nicken reicht. Dies ist stringent, da beides Willenserklärungen des Betroffenen bzw des Verbrauchers sind. Soweit besteht auch Einigkeit mit dem Draft Report (siehe § 87, erster Satz).

Auch Unsicherheiten über den konkreten Inhalt einer Erklärung, missverständliche Erklärungen oder Willensmängel sind dem Recht nicht unbekannt. Sowohl das allgemeine Zivilrecht als auch das Datenschutzrecht kennt diverse Mechanismen welche die Freiheit und die tatsächliche

Übereinstimmung von Willenserklärungen sicherstellen sollen (siehe zB Regelungen zur Interpretation, Zwang, Irrtum, List).

Da aber die Regelungen zum Schutz einer Willenserklärung nach Artikel 6(1)(a) und (b) jedoch massiv voneinander abweichen, ist die korrekte Einordnung einer Willenserklärung eine Schlüsselfrage der DSGVO. Gerade die neuen, klareren Einwilligungsvoraussetzungen der DSGVO sollten Praktiken wie jene von Facebook verhindern.

Im vorliegenden Fall ist der äußere Akt daher wohl nach Vorbringen von Facebook diverse Einstellungen im „User Engagement Flow“ und der finale Klick auf den „Ich stimme zu“ Button am Ende des „User Engagement Flows“ (siehe oben Punkt 2.1.4.4).

### **3.4.1.3. Vorgehen von Facebook**

Zusammenfassend zum Sachverhalt (siehe hierzu im Detail Punkt 2.1.4 oben) ist vollkommen eindeutig, dass sich Facebook seit 0:00 am 25. 5. 2018 von einer Sekunde auf die andere plötzlich statt auf Artikel 6(1)(a) nun auf 6(1)(b) beruft.

Gleichzeitig erklärte Facebook öffentlich, dass keinerlei substanzielle Änderungen geschehen, sondern im Gegenteil, dass Nutzer nun mehr Kontrolle haben werden.

Im Rahmen dieses Vorgangs wurden in der Einleitung und Teil 1 der AGB schwammige, unklare und euphemistische Klauseln eingefügt die im Vergleich mit dem Rest der AGB nicht die Qualität eines Vertrags haben. Siehe zB „*Wir stellen dir ein personalisiertes Erlebnis bereit*“. Durch die Änderung der AGB zum 31. 7. 2019 wurde noch eine ähnlich formulierte Einleitung und ein neuer Teil 2 der AGB hinzugefügt. Es gibt keinen Hinweis, dass sich dadurch die Dienstleistung von Facebook verändert hat.

Der Zeitliche und logische Zusammenhang der Umstellung lässt nur den Schluss zu, dass dies mit dem Vorsatz geschah die neuen Rechte der Nutzer unter Artikel 6(1)(a) DSGVO zu umgehen.

## **3.4.2. Einhellige Rechtsansicht**

Angesichts der offensichtlichen Umgehungsmöglichkeit des durch den Gesetzgeber ausgebauten Grundrechtsschutzes nach Artikel 4(11), Artikel 6(1)(a) und Artikel 7 DSGVO herrscht seltene Einigkeit, dass ein „Ausweg“ über Artikel 6(1)(b) nicht möglich sein soll.

### **3.4.2.1. Klare Position der Artikle 29 WP und des EDPB**

Schon in der Beschwerde wurde unter Punkt 2.2.2. bereits auf Seite 8 des WP 259 der Artikel 29 WP verwiesen und dazu vorgebracht.

Auch der EDPB hat sich nun in Guideline 2/2019 abermals mit dem Thema befasst (da der Akt nur auf English vorliegt, hier auf English).

Der EDPB stellt klar, dass das reine „benennen“ von Datenverarbeitungsvorgängen nicht für eine Anwendbarkeit von Artikel 6(1)(b) ausreicht:

*„27. Merely referencing or mentioning data processing in a contract is not enough to bring the processing in question within the scope of Article 6(1)(b). Where a controller seeks to establish that the processing is based on the performance of a contract with the data subject, it is important to assess what is objectively necessary to perform the contract. This is also clear in light of Article 7(4), which*

*makes a distinction between processing activities necessary for the performance of a contract, and terms making the service conditional on certain processing activities that are not in fact necessary for the performance of the contract. 'Necessary for performance' clearly requires something more than a contractual condition."*

Genau das tut Facebook jedoch und bezeichnet die Ausführungen in Teil 1 der AGB als „Beschreiben“ im „Legal Basis“-Dokument und auch in § 2.13 der Stellungnahme vom 22. 2. 2019.

Weiter wird für die fraglichen Verarbeitungsformen in der Einleitung und Teil 1 und 2 der AGB ebenso klar Artikel 6(1)(b) als Rechtsgrundlage ausgeschlossen:

*45. (...) In most cases, collection of organisational metrics relating to a service, or details of user engagement, cannot be regarded as necessary for the provision of the service as the service could be delivered in the absence of processing such personal data. Nevertheless, a service provider may be able to rely on alternative lawful bases for this processing, such as legitimate interest or consent."*

*46. The EDPB does not consider that Article 6(1)(b) would generally be an appropriate lawful basis for processing for the purposes of improving a service or developing new functions within an existing service. In most cases, a user enters into a contract to avail of an existing service. While the possibility of improvements and modifications to a service may routinely be included in contractual terms, such processing usually cannot be regarded as being objectively necessary for the performance of the contract with the user."*

*47. [...] In the view of EDPB such processing [for fraud prevention purposes] is likely to go beyond what is objectively necessary for the performance of a contract with a data subject.*

*49. As a general rule, behavioural advertising does not constitute a necessary element of online services. Normally, it would be hard to argue that the contract had not been performed because there were no behavioural ads. This is all the more supported by the fact that data subjects have the absolute rights under Article 21 to object to processing of their data for direct marketing purposes.*

Angesichts der klaren Festlegungen des EDPB ist es für uns unerklärlich wie § 130 des Draft Reports explizit eine abweichende Ansicht einnehmen kann, mit der grotesken Argumentation, dass Facebook die Nutzung der Daten in AGB und nicht im „Kleingedruckten“ (sic!, AGB sind das „Kleingedruckte“) versteckt hätte und daher die Beispiele des EDPB hier nicht anwendbar wären.

#### **3.4.2.2. Rechtsprechung der DSB**

Auch die stRsp der DSB ist in diesem Punkt klar und hat Einwilligungen in AGB immer anhand der Kriterien für eine Einwilligung – und nicht als Vertrag – geprüft. Exemplarisch hat die DSB etwa in DSB-D216.396/0003-DSB/2017 vom 22.05.2017 entschieden:

*„Die Datenschutzbehörde ... hält daher in ständiger Rechtsprechung eine derartige Einbindung datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen in AGB für nicht zulässig (vgl. dazu etwa die Empfehlung der Datenschutzkommission vom 13. Juli 2012, GZ K 212.766/0010-DSK/2012). Vielmehr muss dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden, den angestrebten Vertrag auch ohne die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung einzugehen („Opt-in“ – Lösung, etwa durch eine Gestaltung der AGB, bei der die Zustimmungserklärung gesondert anzuklicken ist).“*

Rezent dazu ebenso in DSB-D213.642/0002-DSB/2018 zur Einwilligung nach der DSGVO.

Damit sind auch die Ausführungen der DSB in ihrem Newsletter 3/2019 der DSB zur Trennung zwischen Artikel 6(1)(a) und (b) im Einklang:

*„Der EDSA hält hierzu fest, dass die gegenständliche Datenverarbeitung objektiv für die Erfüllung eines gültigen Vertrages oder einer vorvertraglichen Verpflichtung erforderlich sein muss. Die bloße Bezugnahme oder Erwähnung einer Datenverarbeitung in einem Vertrag sowie die darin vom*

Verantwortlichen festgelegten Vertragsbedingungen reichen nicht aus, dass eine Verarbeitung als erforderlich im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO bezeichnet werden kann. Stattdessen erfolgt die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung nach dem integralen Zweck des konkreten Dienstes. Der Verantwortliche sollte demnach in der Lage sein, darzulegen, wie der Hauptzweck des konkreten Vertrages mit dem Betroffenen nicht ohne die spezifische Datenverarbeitung erfüllt werden kann. Das hängt nicht nur vom Standpunkt des Verantwortlichen ab, sondern auch von der vernünftigen Perspektive des Betroffenen bei Vertragsabschluss und ob der Vertrag auch noch ohne die gegenständliche Verarbeitung erfüllt werden kann.“

### 3.4.2.3. Einhellige Ansicht in der Lehre

Ebenso ist auch die Lehre vollkommen einhellig in der klaren Differenzierung zwischen Artikel 6(1)(a) und (b) bzw der Ablehnung einer Umgehung durch einen Vertrag. Im Bewusstsein, dass die juristische Lehre in Irland wenig Relevanz bei der Interpretation des Rechts genießt, jedoch in Österreich höchste Relevanz hat:

Jan Albrech (Berichterstatter DSGVO) / Florian Iotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, Artikel 6, Rn 44:

„Die DSGVO setzt solchen Geschäftsmodellen vieler Onlineanbieter enge Grenzen. Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO scheidet als Rechtsgrundlage meist aus, da Anbieter wie Facebook Daten über ihre Nutzer typischerweise zu Werbezwecken nutzen, die nicht für die Vertragserfüllung im eigentliche Sinne erforderlich ist.“

Kühling/Buchner, DSGVO-BDSG<sup>2</sup>, Artikel 7, Rn 50:

„Ebenso wenig ist es für die Erbringung der Grundfunktionen eines sozialen Netzwerks erforderlich, Clickstream, Kommunikation, Kontakte und sonstige Informationen über die Nutzer zu kommerziellen Zwecken auszuwerten und an Dritte zu übermitteln.“

Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung, Artikel 6, Rn 13:

„Dagegen ist die Speicherung von Kundenpräferenzen für Marketingzwecke nicht für die Erfüllung des Vertrags erforderlich.“

Wendehorst / Graf von Westphalen in NJW 2016, 3745:

„Ein Anbieter kann sich daher etwa dann nicht auf Art. 6 I Buchst. b DSGVO stützen, wenn ein bestimmter Aspekt der eigenen Leistung offenkundig willkürlich allein deswegen „versprochen“ wurde, weil der Anbieter auf diesem Weg zusätzliche Nutzerdaten verarbeiten möchte.“

„Ein anderer Ansatzpunkt ist der Gedanke des effet utile verbunden mit der Überlegung, dass das völlige Unterlaufen der insbesondere in Art. 7 und 8 DSGVO detailliert ausformulierten Schutzmechanismen – indem die formlos gemeinsam mit anderen Inhalten zu erteilende, nicht frei widerrufliche und von einem Koppelungsverbot unbelastete Vertragserklärung die datenschutzrechtliche Einwilligung ersetzt – kaum dem Willen des Verordnungsgesetzgebers entsprechen kann. Diese Überlegung führt zu einer teleologischen Reduktion von Art. 6 I Buchst. b und f DSGVO bzw. in der Terminologie des EuGH zu einer einschränkenden Auslegung.“

Peter Carey, Data Protection<sup>5</sup>, Seite 55:

„Processing by a controller will not be necessary for contractual performance where the contract could reasonably be performed in some other way without the need for such processing.“

Rücker/Kugler, New European Data Protection Regulation, Rn 371

„...fraud prevention or customer profiling would be typically beyond what is strictly necessary for the actual performance of a sales contract.“

#### 3.4.2.4. Klare Rechtsprechung

##### Österreich

Der OGH hat in seiner bisher umfangreichen Rechtsprechung bisher fast ausschließlich Einwilligungserklärungen in AGB zu beurteilen gehabt. Obwohl der OGH diese Klauseln klar als Teil des Vertrags (da sonst eine Anfechtung nach § 28 KSchG regelmäßig nicht möglich wäre) anerkannt hat, ist er in keinem Fall auch nur auf die Idee gekommen diese anhand von Artikel 6(1)(b) DSGVO zu beurteilen. Diese Klauseln wurden durchgehend anhand der Regelungen zur gültigen Einwilligung nach Artikel 6(1)(a) DSGVO bzw den Vorgängerbestimmungen in der RL 95/46/EG und dem DSG 2000 beurteilt. Siehe hierzu zB:

OGH in 6 Ob 140/18h („Simpli TV“) generell zur Einwilligung in AGB:

*„4.2.1. Der Oberste Gerichtshof war ... mehrfach mit der Beurteilung von Zustimmungserklärungen zur Datenweitergabe in AGB befasst (vgl RIS-Justiz RS0115216 und RIS-Justiz RS0111809).“*

OGH in 6 Ob 140/18h („Simpli TV“) zu ungültigen Datenweitergabeklauseln in AGB nach der neuen Rechtslage unter Artikel 7 DSGVO:

*„Bei der Koppelung der Einwilligung zu einer Verarbeitung vertragsunabhängiger personenbezogener Daten mit einem Vertragsschluss ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Erteilung der Einwilligung nicht freiwillig erfolgt, wenn nicht im Einzelfall besondere Umstände für eine Freiwilligkeit der Vorheriger Suchbegriffdatenschutzrechtlichen Nächster Suchbegriff Einwilligung sprechen (vgl Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, DS-GVO Rz 52 ff). Solche Umstände wurden im vorliegenden Fall jedoch nicht vorgebracht.“*

Weitere OGH-Rechtsprechung findet sich zB in 4 Ob 228/17h wo ein Verantwortlicher wiederum behauptete, dass die Einwilligungserklärung nur eine „Information“ wäre und daher nicht nach den Regelungen zur Einwilligung zu behandeln wäre.

Es gibt noch unzählig weitere Urteile in denen sich der OGH ebenso mit Einwilligungen in AGB beschäftigt hat. Weder faktisch noch rechtlich weicht der vorliegende Fall von dieser stRsp des OGH ab. Es ist daher auch hier die Einwilligung in AGB nach Artikel 6(1)(a) zu beurteilen.

##### Deutschland

Ebenso haben die Gerichte in Deutschland Einwilligungen in AGB nach den Regelungen zur Einwilligung geprüft – nicht nach den Regelungen zu zivilrechtlichen Willenserklärungen.

Hierzu beispielsweise der BGH im Urteil VIII ZR 348/06 vom 16. 7. 2008 („Payback“) zu einer Einwilligung zu SMS- oder E-Mail-Marketing in AGB die Anhand der datenschutzrechtlichen Regelungen (hier strittig: Opt-In/Opt-Out).

#### 3.4.2.5. Zusammenfassung: Einhellige Rechtsansicht

In seltener Einigkeit wenden Aufsichtsbehörden, Höchstgerichtsbarkeit und Lehre bei datenschutzrechtlichen Willenserklärungen Artikel 6(1)(a) DSGVO bzw die Vorgängerbestimmungen in Artikel 7(a) der RL 95/46/EG an.

### 3.4.3. Dogmatische Einordnung

Zwar befinden sich die Datenschutzbehörden (nun mit Ausnahme der irischen DPC), Gerichte und die Lehre in seltener Einigkeit, dass eine Umgehung der strengen Einwilligungsvoraussetzungen über eine Einwilligung in AGB nicht möglich ist, jedoch fehlt bisher eine abschließende Einigung auf eine dogmatische Herleitung. Wir haben uns daher erlaubt die bestehenden dogmatischen Ansätze im Folgenden zusammenzufassen:

#### 3.4.3.1. Einleitung: Verschiedene Arten von Willenserklärungen

Eine Einwilligung ist ebenso wie die Annahme eines zivilrechtlichen Vertrags eine Willenserklärung. Durch die Frage „Willst du X?“ und die Antwort „Ja“ kommen ein Vertrag (§ 883 ABGB) ebenso wie eine Einwilligung (Artikel 4(11) DSGVO) zustande. Beide sind formfrei (zB Nicken als Annahme, § 863 ABGB).

Es ist daher vom äußeren Vorgang (Angebot und Annahme) kein direkter Unterschied zwischen einer Erklärung nach Artikel 6(1)(a) und 6(1)(b) DSGVO zu erkennen, wie diese Beispiele zeigen:

- Beispiel 1: „Dürfen wir ein Cookie setzen?“ – „Ja!“
- Beispiel 2: „Dürfen wir deine Daten für Personalisierung von Werbung nutzen?“ – „Ja!“
- Beispiel 3: „Magst du dieses Fahrrad mieten?“ – „Ja!“
- Beispiel 4: „Magst du diesen Elektroroller über eine App mieten?“ – „Ja!“

Dass Beispiele 1 und 2 eine Einwilligung iSd Artikel 4(11) DSGVO und Beispiele 3 und 4 ein Vertrag sind ergibt sich offensichtlich („*If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck*“).

Da der Draft Report und Facebook jedoch offensichtlich konzeptionelle Schwierigkeiten bei der Differenzierung haben, scheint die korrekte Unterscheidung leider einer weiteren Ausführung zu bedürfen.

#### 3.4.3.2. Inhalt der Willenserklärung: Datenverarbeitung

Die obigen vier Beispiele von Willenserklärungen haben einen klaren Unterschied: Der Inhalt der Willenserklärung ist in den ersten beiden Fällen primär die Datenverarbeitung in den zweiten beiden Fällen primär eine andere Vertragsleistung.

##### Wortlaut bzw Sinn und Zweck der fraglichen Klauseln

Der Inhalt der Willenserklärung im vielen Klauseln in Teil 1 der AGB sind wohl schon nach den von Facebook genutzten Wortlaut, dem Sinn und Zweck und dem Kontext der Einfügung dieses Teils am 25. 5. 2018 vollkommen klar die Datenverarbeitung und nicht etwa ein „neuer“ Vertrag über zB Werbe-, Entwicklungs- und Informationsdienste an den Nutzer.

Selbst wenn eine Differenz zwischen Wortlaut und offensichtlichem Sinn und Zweck bestehen würde, so ist nach § 914 ABGB der Wille der Parteien der Vorrang vor dem Wortlaut der Erklärung zu geben („*Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht*“). Dieses Prinzip ist der gemeinsamen Tradition der europäischen Zivilrechtsordnungen durchgehend bekannt (siehe unten Punkt 3.6.5).

##### Keine Änderung des „Vertragsinhalts“ durch neue Klauseln

Der eigentliche Inhalt der Änderung lässt sich auch bestimmen, indem man die relevanten Teile der AGB wegzudenken. Mit den AGB vom 25. 5. 2018 wurde insbesondere der Teil 1 der AGB neu hinzugefügt, mit der Änderung vom 31. 7. 2019 nun die Einleitung und Teil 2 der AGB. Der „Vertrag“ mit Facebook und die Dienstleistung sind aber gleichgeblieben.

Die Bestimmungen haben daher keine inhaltliche Auswirkung auf die Dienstleistung oder den Vertrag – sehr wohl aber (laut Facebook) auf die Nutzung von personenbezogene Daten.

Auch daraus ergibt sich, dass die hinzugefügten Teile der AGB ganz klar datenschutzrechtliche Inhalte und Ziele haben.

#### Wirtschaftliche Realität

Dies deckt sich auch mit der wirtschaftlichen Realität: Wie Facebook selbst ausführt erfolgt die relevante Datenverarbeitung eben nicht als vertragliche Leistung an den Nutzer, sondern zur Refinanzierung und zur Vertragserfüllung mit dritten Werbepartnern.

### **3.4.3.3. Artikel 6(1)(a) ist eine *lex specialis***

Wie auch bei anderen Willenserklärungen (zB Testament, Schenkung, Schiedsgerichtsbarkeitsklauseln, Patientenverfügungen, Wahlrecht) kann der Gesetzgeber besondere Regelungen für bestimmte Arten von Willenserklärungen erlassen.

Gerade im Bereich von Grundrechten (zB Wahlrecht, Recht auf Leben, Recht auf ein faires Verfahren) ist es geradezu typisch, dass deutlich erhöhte Form-, Willensfreiheits-, Informations- und Bindungserfordernisse verlangt werden um die Grundrechte des Betroffenen effektiv zu schützen. Die Regelungen der DSGVO folgen dieser grundrechtlichen Logik und Tradition.

Das datenschutzrechtliche Willenserklärungen unter Artikel 6(1)(a) fallen, ergibt sich schon aus der Definition in Artikel 4(11), welche die Einwilligung als „*Willensbekundung ... mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist*“ definiert.

Der Inhalt der Willenserklärung ist daher der primäre Faktor welcher zwischen der *lex specialis* in Artikel 6(1)(a) und der generellen Regel in Artikel 6(1)(b) DSGVO unterscheidet. Jegliche Willensbekundung die daher inhaltlich auf die Zustimmung zur Datenverarbeitung gerichtet ist, ist daher nach Artikel 4(11) iVm Artikel 6(1)(a) und Artikel 7 DSGVO zu beurteilen.

### **3.4.3.4. Unzulässigkeit von Umgehungsgeschäften und Rechtsmissbrauch**

Aus zahlreichen europäischen und nationalen Rechtsordnungen lässt sich auch die Unzulässigkeit von Umgehungsgeschäften ableiten. Schon Artikel 5 DSGVO verlangt eine Verarbeitung auf „*rechtmäßig Weise*“ und nach „*Treu und Glauben*“.

Der EuGH hat in seiner stRsp das Prinzip entwickelt, dass „*nach ständiger Rechtsprechung eine [...] missbräuchliche Berufung auf das Gemeinschaftsrecht nicht erlaubt ist*“ (siehe zB C-255/02 *Halifax*, Rn 68, mwN). Hierzu in etwa sehr ausführlich in C-251/16 *Cussens*, Rn 30 bis 32:

*„30. Zum anderen geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass die Anwendung des Grundsatzes des Verbots missbräuchlicher Praktiken auf die durch das Unionsrecht vorgesehenen Rechte und Vorteile unabhängig von der Frage erfolgt, ob diese Rechte und Vorteile ihre Grundlage in den Verträgen (vgl. in Bezug auf die Grundfreiheiten u. a. Urteile vom 3. Dezember 1974, van Binsbergen, 33/74, EU:C:1974:131, Rn. 13, und vom 9. März 1999, Centros, C-212/97, EU:C:1999:126,*

Rn. 24), in einer Verordnung (Urteile vom 6. April 2006, Agip Petroli, C-456/04, EU:C:2006:241, Rn. 19 und 20, sowie vom 13. März 2014, SICES u. a., C-155/13, EU:C:2014:145, Rn. 29 und 30) oder in einer Richtlinie (vgl. für den Bereich der Mehrwertsteuer u. a. Urteile vom 3. März 2005, Fini H, C-32/03, EU:C:2005:128, Rn. 32, Halifax, Rn. 68 und 69, sowie vom 13. März 2014, FIRIN, C-107/13, EU:C:2014:151, Rn. 40) haben. Es ist daher offensichtlich, dass dieser Grundsatz nicht die gleiche Rechtsnatur hat wie die Rechte und Vorteile, auf die er anwendbar ist.

31. Der Grundsatz des Verbots missbräuchlicher Praktiken, wie er in der aus dem Urteil Halifax hervorgegangenen Rechtsprechung auf den Bereich der Mehrwertsteuer angewandt wird, weist somit den allgemeinen Charakter auf, der den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts naturgemäß innewohnt (vgl. Urteil vom 15. Oktober 2009, Audiolux u. a., C-101/08, EU:C:2009:626, Rn. 50).

32. Dem ist noch hinzuzufügen, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Versagung eines Rechts oder eines Vorteils wegen missbräuchlicher oder betrügerischer Tätigkeiten nur die bloße Folge der Feststellung ist, dass im Fall von Betrug oder Rechtsmissbrauch die objektiven Voraussetzungen für die Erlangung des ersuchten Vorteils in Wirklichkeit nicht erfüllt sind und daher für diese Versagung keine spezielle Rechtsgrundlage erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 14. Dezember 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, EU:C:2000:695, Rn. 56, Halifax, Rn. 93, und vom 4. Juni 2009, Pometon, C-158/08, EU:C:2009:349, Rn. 28)."

Vor allem der letzte Absatz zeigt die dogmatische Einordnung des EuGH: Der Rechtsmissbrauch führt zu einem Fehlen der objektiven Voraussetzungen.

Ebenso lehnte der EuGH schon „künstliche Gestaltungen“ zur Rechtsumgehung (C-196/04 Schwepps) und die Vereitelung von Gesetzen (C-44/96 Mannesmann, Rn 43) ab.

Zum selben Ergebnis führt die Interpretation der DSGVO nach dem *effet utile*, wie in der stRsp des EuGH praktiziert: Eine „Umgehung“ der Regeln des Artikel 6(1)(a) über einen fiktiven Vertrag unterminiert die Wirkung der Regelungen in Artikel 4(11), 6(1)(a), 7 und 9 DSGVO.

Ebenso kennt etwa §§ 879 und 916 ABGB klare Verbote von Umgehungs- und Scheingeschäften, bzw die Pflicht diese nach den wahren Umständen zu beurteilen (in diesem Fall nach den Regeln für eine datenschutzrechtliche Einwilligung), siehe hierzu unten unter Punkt 3.6.6.

Dieses Prinzip ist auch eine Grundsäule jeder zivilisierten Rechtsordnung. Projekte zur Kodifizierung der gemeinsamen Prinzipien des europäischen Zivilrechts inkludieren daher durchgehend eine entsprechende Regelung (siehe zB Principles of European Contract Law Article 6:103: *“When the parties have concluded an apparent contract which was not intended to reflect their true agreement, as between the parties the true agreement prevails“*).

#### 3.4.3.5. Unzulässigkeit nach Artikel 7(2) DSGVO

Dass eine Einbettung einer Zustimmung in AGB vom Gesetzgeber gerade nicht gewünscht wird, bringt Artikel 7(2) DSGVO explizit zum Ausdruck. Es wäre vollkommen system- und sinnwidrig, wenn nun gerade dies durch „Datenverarbeitungsverträge“ in AGB umgangen werden würde.

Am gesetzlich verpönten Vorgang des „Versteckens“ von (untergeschobenen) Willenserklärungen die das Grundrecht auf Datenschutz großflächig unterminieren ändert sich auch nichts, wenn dies unter dem Vorwand des Artikel 6(1)(b) geschieht.

Es wäre damit jedenfalls ein Umgehungsgeschäft gegeben, dass nach den Prinzipien des EuGH (siehe Punkt zuvor) unzulässig wäre.

### 3.4.3.6. Kerndienstleistung, vertragscharakteristische Leistung und Nutzerinteresse an der Datenverarbeitung

Um das Kerngeschäft vom Umgehungsgeschäft zu trennen, haben sich verschiedene Argumente entwickelt, die aber in der praktischen Bedeutung wohl deckungsgleich sind.

Durch die Trennung in „Kerndienstleistung“ und „aufgezwungenen, untypische andere Elementen“ im Interesse des Verantwortlichen wird praktisch der Unterschied zwischen (1) dem legitimen Vertrag zu dem es eine implizite Einwilligung durch Vertragsschluss gibt und (2) dem Teil des Vertrags der objektiv als Umgehung der Einwilligung zu sehen ist definiert (siehe Punkt 3.4.3.4). Für diese Trennung haben sich verschiedene Ansätze entwickelt:

In der Literatur (siehe zB oben *Wendehorst/Graf von Westphalen*) bzw auch in der Guideline 2/2019 des EDPB (wie auch im Newsletter 3/2019 der DSB ausgeführt) wird auch der Gedanke einer Kerndienstleistung propagiert, der wiederum künstlich eine „Dienstleistung“ im Interesse des Verantwortlichen hinzugefügt wird um Artikel 6(1)(a) zu umgehen („aufgezwungene Datenverarbeitung“). In der Beschwerde wird dem gleichen Gedanken positiv formuliert die Verarbeitung im Interesse des Nutzers gegenübergestellt. *Buchner/Petri* sprechen etwa in *Kühlung/Buchner* DSGVO, Artikel 6, Rn 39 von der „vertragscharakteristischen Leistung“ (ein Gedanke der im internationalen Zuständigkeitsrecht bekannt ist, siehe etwa Artikel 4(2) der VO 593/2008 „Rom-I-VO“).

Ähnlich auch der Ansatz des EDPB, wonach der Vertrag iSd Artikel 6(1)(b) im Lichte der „wechselseitigen Perspektiven und Erwartungen der Vertragsparteien“ interpretiert werden muss, was der Draft Report auch korrekt zitiert (§ 125) – auch wenn dies später nicht angewandt wird.

Gerade mit dem Interesse des Nutzers in der Beschwerde sind nicht etwa ausschließlich Datenverarbeitung zum Vorteil des Nutzers gemeint (so skurril missverstehend § 133 und 134 des Draft Report). Etwa hat der Nutzer auch regelmäßig ein Interesse, dass etwa Zahlungsdaten verarbeitet werden um etwa einen Kaufvertrag abzuwickeln. Natürlich ist die Zahlung im Interesse des Nutzers, auch wenn der Verlust von Geld wohl ein „Nachteil“ ist. Nicht im Interesse der Vertragsparteien ist aber wohl jede Art von Sekundärdatenverarbeitung (wie zB die Nutzung für Drittwerbung, Verkauf der Daten).

Diese Ansätze sind auch dogmatisch stringent, da Artikel 6(1)(b) ja logisch auf der impliziten Einwilligung des Vertragsunterzeichners zur notwendigen Datenverarbeitung beruht – und nicht etwa auf Interessen von Dritten (wie zB Artikel 6(1)(c) bis (f) DSGVO). Wenn nun eine Vertragsbeziehung genutzt wird um statte einer impliziten Einwilligung eine Zwangszustimmung zu realisieren, ist auch die logische Grundlage von Artikel 6(1)(b) gestört.

Genau aber so eine ungewollte Einwilligung nimmt Facebook durch die Klauseln der AGB vor. Facebook ist der Meinung die Einführung, Teil 1 und 2 der AGB würde neue unübliche „Leistungen“ im Vertrag definieren die eine Verarbeitung allein im Interesse von Facebook erlauben. Praktisch ergibt sich hier auch eine deutliche Überlagerung mit Regelungen zu „unüblichen Klauseln“ in § 864a ABGB (siehe insb Punkt 3.6.6.1).

Für den vorliegenden Fall kommen wohl alle Ansätze zu einem gleichen Ergebniss und einer Abtrennung der Kerndienstleistungen eines Sozialen Netzwerks (zB eigene Seite, Nachrichten, Foto-Uploads) von der Verarbeitung im alleinigen Interesses von Facebook (zB Werbung, Produktentwicklung).

Der Draft Report scheint (insb in § 132 bis 134) abermals eine korrekte Einordnung dieses teleologischen Arguments nicht vorzunehmen und bringt als Gegenargument abermals nur den reinen Wortlaut von Artikel 6(1)(b) vor – in dem natürlich nicht von Kerndienstleistungen oder

den Interessen der Parteien die Rede ist, da es sich hier um eine Auslegung des Gesetzestextes handelt.

#### **3.4.3.7. Teleologische Interpretation**

Vor allem auch eine Interpretation nach dem Zweck der DSGVO ergibt klar, dass eine „Umgehung“ der Regelungen in Artikel 4(11), 6(1)(a), 7 und 9 DSGVO über den Artikel 6(1)(b) mit dem Sinn und Zweck der Neuregelung nicht in Einklang zu bringen ist.

Die DSGVO setzte sich ausdrücklich als Ziel aufoktroierte pro-forma Einwilligungen („*take it or leave it*“) durch Monopolisten wie Facebook mit den Regelungen der Artikel 4(11), 6(1)(a), 7 und 9 DSGVO zu verbieten. Wenn der Draft Report und Facebook nun einen „billigen Ausweg“ über Artikel 6(1)(b) argumentiert, unterminiert sie nicht nur die Rechte der Betroffenen, sondern verhöhnt auch den klaren Willen des europäischen Gesetzgebers.

Es wäre ein Leichtes einfach über jede Einwilligung einen „Mini-Vertrag“ abzuschließen um die Regelungen der DSGVO zu umgehen. Der neue Typ des „Webseiten-Besuchs-Vertrags“ würde wohl ein juristischer Trendsetter im Milieu der DSGVO-Umgeher werden.

#### **3.4.3.8. Systematische Interpretation**

Schlussendlich verlangt auch eine systematische Interpretation, dass zwischen Artikel 6(1)(a) und (b) unterschieden wird. Der Gesetzgeber hat klar eine datenschutzrechtliche Willenserklärung dem Artikel 6(1)(a) zugeordnet und von den Fällen der Notwendigkeit zur Vertragserfüllung in der Definition und in den Rechtsfolgen klar getrennt.

#### **3.4.3.9. Unklarheitenregel (Artikel 5 der RL 93/13 und § 915 ABGB)**

Europaweit vereinheitlicht nach Artikel 5 der RL 93/13/EWG („Klausel-Richtlinie“) sind AGB bei Unklarheiten im Interesse des Verbrauchers auszulegen. Soweit relevante Bestimmungen der Nutzungsbedingungen überhaupt ein „Vertrag“ iSd ABGB zu deuten sind (siehe dazu unter Punkt 3.6), sind sie daher wegen der deutlich besseren Rechtsstellung der Betroffenen im Zweifel als „Einwilligung“ zu deuten. Zum gleichen Ergebnis führt § 915 ABGB.

Diese Regelung findet sich auch im irischen Recht in Section 5(2) des S.I. No. 27/1995 - European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations, 1995.

#### **3.4.3.10. Grundrechtskonforme Interpretation**

Die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage ist in Artikel 8(2) GRC grundrechtlich geschützt. Zwar erlaubt Artikel 8(2) GRC eine „*sonstige gesetzlich geregelte legitime Grundlage*“, jedoch ist nach Artikel 52 GRC eine grundrechtskonforme Interpretation anzuwenden, was ebenfalls gegen eine Aushöhlung der Einwilligung gegenüber einem Vertrag spricht.

### 3.4.3.11. Sonstige Prinzipien der DSGVO

#### Artikel 5(1): Fairness („Treu und Glauben“)

Eine Umgehung von Artikel 6(1)(a) ist wohl ein Paradebeispiel für die abstrakten Regelungen unter Artikel 5(1) DSGVO wonach die Verarbeitung

#### Artikel 5(1): Transparenz

Ebenso verstößt das Vorgehen von Facebook von „keiner Änderung“ zu sprechen und die angebliche Änderung von Artikel 6(1)(a) auf (b) im „User Engagement Flow“ nicht zu nennen gehen das Prinzip der Transparenz.

#### Artikel 12: Leicht zugängliche Information

Das Transparenzgebot in Artikel 5(1) wird auch in Artikel 12 DSGVO weiterverfolgt, wonach der Verantwortliche explizit Informationen in „leicht zugänglicher Form“ bereitstellen muss.

Die einzige Stelle die Facebook aber vorbringt um die angebliche Information der Beschwerdeführerin über die angebliche Änderung der Rechtsgrundlage zu beweisen ist die schwer auffindbare Sub-Sub-Seite zur „Legal Basis“, was alles andere als eine leicht zugängliche Form ist die der Schwere der Veränderung angemessen wäre (siehe oben Punkt 2.1.4).

### 3.4.3.12. Zusammenfassung

Zusammenfassend scheint es aktuell verschiedene dogmatisch Herleitungen zu geben, die jedoch alle zum gleichen Ergebnis kommen: Eine Umgehung von Artikel 6(1)(a) über einen künstlichen „Vertrag“ oder die reine Erwähnung von Datenverarbeitung in AGB ist nicht möglich und rechtswidrig.

## 3.4.4. Abzulehnende Ansätze des Draft Report und von Facebook

Jedenfalls abzulehnen sind folgende Ansätze im Draft Report und im Vorbringen von Facebook:

### 3.4.4.1. Kernargument des Draft Report: „Selbsteilende Einwilligung“

Jedenfalls völlig Verfehlt ist das Kernargument des Draft Report (zB in §§ 87 ff, 95 oder 101 bis 103), wonach schon deshalb *keine* Einwilligung nach Artikel 4(11) DSGVO vorliegen kann, weil Facebook sich gerade nicht (sic!) an die Voraussetzungen in Artikel 4(11) gehalten hat.

#### Anwendungsbereich der Norm und gesetzliche Bedingungen sind zu trennen

Nun kann dem Gesetzgeber sicherlich vorgehalten werden das die Tatbestandselemente des Anwendungsbereichs („Willensbekundung mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“) und die klassischen vier Gültigkeitsvoraussetzungen (frei, spezifisch, informiert und eindeutig) in Artikel 4(11) im Gesetzestext nicht ideal getrennt zu haben.

Es ist daher Sache des Rechtsanwenders diese Bestimmung korrekt und nach dem Sinn der Norm zu interpretieren – um nicht durch eine stupide Wortinterpretation zu eindeutig absurden Ergebnissen zu kommen.

Daher haben wir uns erlaubt die Elemente abermals in zwei Spalten sauber zu trennen:

Anwendungsbereich	Gültigkeitsvoraussetzungen
<p>„Einwilligung“ der betroffenen Person jede (...) <u>Willensbekundung</u> in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, <u>dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist</u>;</p>	<p>(1) freiwillig  (2) für den bestimmten Fall  (3) in informierter Weise und  (4) unmissverständlich abgegeben</p>

Wendet man die Elemente des Gesetzes nun in der richtigen Reihenfolge an, kommt man auch zu stringenter Ergebnissen.

### Teleologische Interpretation

Auf die wahnwitzige Idee zu kommen, dass ein Verstoß gegen die Voraussetzungen der Einwilligung automatisch zur fehlenden Anwendbarkeit dieser Voraussetzungen führt, ist ein juristischer Schuss ins Knie.

Der Ansatz des Draft Report ist auch eine offene Einladung zum Rechtsmissbrauch. Die DSGVO hatte als ausdrückliches Ziel versteckte Rechtsgrundlagen in AGB zu eliminieren. Es wäre ein absoluter Schilfbürgerstreich, wenn diese Klauseln nun gerade wegen ihres Verstoßes gegen alle Regelungen zu Artikel 6(1)(a) als „Vertrag“ nach Artikel 6(1)(b) durchgewunken werden.

Dies kann schon vom Zweck der Norm dem Gesetzgeber unmöglich unterstellt werden.

### Systematisch Interpretation

Ebenso ergibt schon eine systematische Interpretation, dass auch Einwilligungen die diese Elemente nicht erfüllen von Artikel 6(1)(a) und 7 umfasst sein sollen. Andernfalls wäre zB die Wiederholung von „bestimmten Zwecken“ in Artikel 6(1)(a), die Informiertheit in Artikel 7(2) und die Freiwilligkeit in Artikel 7(4) DSGVO ohne Anwendungsbereich, wenn derartige „Einwilligungen“ schon aus dem Anwendungsbereich der Regelung ausgeschlossen wären.

Auch deswegen ist daher zwischen dem Anwendungsbereich der Regelungen zur „Einwilligung“ im Sinne einer datenschutzrechtlichen Willenserklärung und den Gültigkeitsvoraussetzungen die auch zu einer ungültigen Einwilligung führen kann zu unterscheiden.

### Alternative: „Selbstheilende“ Einwilligungserklärung?

Vollkommen grotesk ist der Ansatz im Draft Report auch, weil die Nichterfüllung der Voraussetzungen einer Einwilligung iSd Artikel 4(11) im Report zur unweigerlichen Einordnung dieser Willenserklärung als „Vertrag“ iSd Artikel 6(1)(b) führt.

Nach dem Prüfungsschema des DPC kann eine Einwilligung daher nie rechtswidrig sein, denn sobald die Willenserklärung nicht frei, informiert, spezifisch oder eindeutig ist erfüllt sie nicht mehr die Definition der *lex specialis* in Artikel 6(1)(a) und daher gilt sie als allgemeine Willenserklärung in einem Vertrag nach Artikel 6(1)(b).

### Prüfungsschema im Draft Report

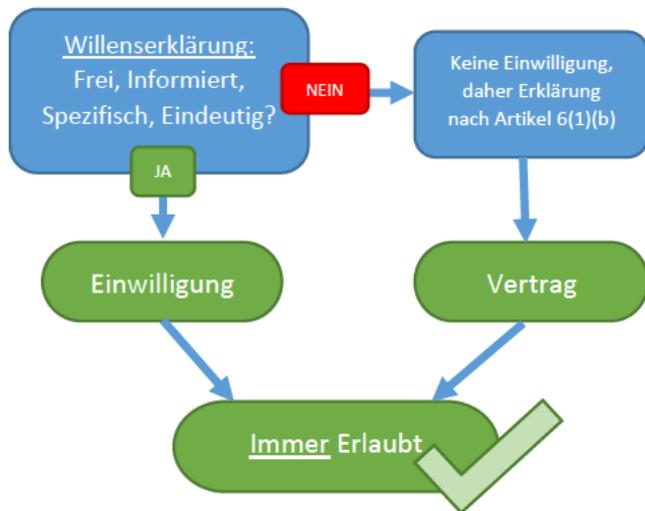


Abb 1: „Selbstheilendes“ Prüfungsschema des Draft Reports

### Prüfungsschema in der DSGVO

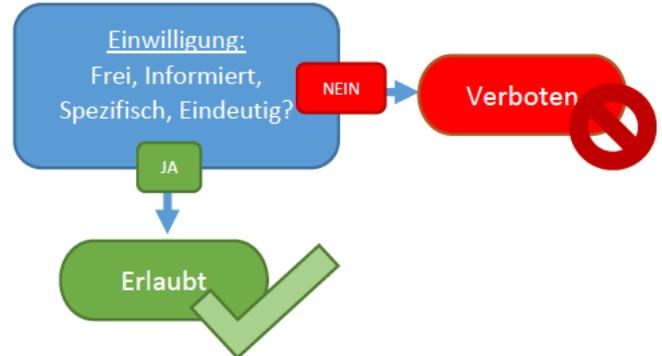


Abb 2: Prüfungsschema des Gesetzes

Eine derartig kafkaeske juristische Posse kann dem Gesetzgeber unmöglich unterstellt werden. Der Ansatz des Draft Report ist (mit Verlaub) derart absurd, dass allein der Gedanke beim informierten Leser unweigerlich tiefe Schmerzen erregt. Wir würden daher insb die DSB bitten jeglichen Verständnis- oder Übersetzungsfehler auszuschließen.

#### 3.4.4.2. „Selbstheilendes AGB-Versteck“?

Der Draft Report wischt die Frage der „Versteckte Einwilligung“ ohne inhaltlicher Argumentation in § 121 weg, indem er schlicht nur auf den „Teil F“ der Beschwerde verweist (also auf die Argumentation der „selbstheilenden Einwilligung“).

Die Logik scheint hier also zu sein, dass eine Einwilligung die Artikel 4(11) DSGVO nicht entspricht, keine Einwilligung sein kann und daher nicht in AGB „versteckt“ werden kann.

Damit wäre auch das „selbstheilende AGB-Versteck“ erfunden, denn eine Einwilligung in AGB ist nach Artikel 7(2) DSGVO nicht erlaubt – und damit nach der Logik der DPC keine „Einwilligung“. Das Versteck in den AGB würde sich damit ebenso wie die Einwilligung „selbst heilen“.

Da die Argumentation aus den gleichen Gründen verfehlt scheint, wird daher auf die Ausführungen im vorherigen Punkt 3.4.4.1 verweisen.

#### 3.4.4.3. Irrelevanz der Überschrift eines Dokuments

Jedenfalls irrelevant für die Interpretation einer Klausel als Einwilligung oder Vertrag ist die Überschrift des Dokuments in dem sich die Klausel befindet. Egal ob dieses Dokument AGB, „Nutzungsbedingungen“ oder sonst einen Titel trägt, ist allein der Inhalt einer Erklärung relevant. Dabei ist jede Klausel eines Dokuments individuell zu prüfen.

So hat der OGH (siehe hierzu oben Punkt 3.4.2.4) in stRsp zu Einwilligungserklärungen in AGB judiziert und durchgehend die Regelungen zur Einwilligung angewandt. Dabei wurde durchgängig die jeweilige Klausel isoliert und individuell geprüft. Andernfalls wäre einem banalen Etikettenschwindel Tür und Tor geöffnet.

Dies ergibt sich auch abermals aus den generellen Interpretationsregeln nach ABGB (siehe unten insbesondere Punkt 3.6.5).

#### **3.4.4.4. „Wahlmöglichkeit“ ist kein Recht zur einseitigen Deutung**

Vollkommen verfehlt sich die Ansicht im Draft Report, dass Facebook frei über die Interpretation einer Klausel als Artikel 6(1)(a) oder (b) DSGVO entscheiden kann.

Zwar kann ein Verantwortlicher (nach durchaus umstrittener Ansicht) zwischen bestehenden Rechtsgrundlagen wählen, diese müssen aber als solche eben vorab erst mal existieren.

Was zwischen den Parteien rechtlich existiert, ist jedoch nicht frei nach den Wünschen und Ansichten von Facebook zu beurteilen, sondern nach der rechtlichen Analyse der Willenserklärungen.

Nicht möglich ist es daher eine Einwilligungserklärung einseitig in eine vertragliche Erklärung umzudeuten, da hier nicht die Wahl zwischen (bestehenden) Rechtsgrundlage vorliegt, sondern eine Willenserklärung des Betroffenen einseitig ein anderer rechtlicher Inhalt unterstellt wird. Für eine einseitige Deutung einer Erklärung bietet Artikel 6(1) DSGVO keinen Platz.

Vereinfacht gesagt: Hat der Verantwortliche zwei Zettel (einen Vertrag und eine Einwilligung) kann er mitunter wählen. Er kann jedoch nicht einen „Einwilligungs-Zettel“ auf einmal als Vertrag ansehen um den Regelungen von Artikel 6(1)(a) DSGVO zu entgehen.

#### **3.4.5. Zusammenfassung und Folge der Einordnung als Einwilligung**

Nach herrschender Lehre, Rechtsprechung der Gerichte, Guidelines des EDPB, bisheriger Rechtsprechung der DSB und allen dogmatisch logischen Herleitungen bleibt eine datenschutzrechtliche Willenserklärung in AGB eine „Einwilligung“ nach Artikel 4(11) DSGVO. Eine Einordnung als Vertrag wird daher ausdrücklich bestritten.

Wie der Draft Report (siehe zB § 95 und 103) korrekt ausführt, ist das Vorgehen von Facebook ein klarer Verstoß gegen die Regelungen zur Einwilligung in Artikel 4(11), 6(1)(a), 7 und 9 DSGVO (wenn man diese Regelungen korrekt anwenden würde). Dazu haben wir nichts hinzuzufügen.

Bei einer korrekten Einordnung der Klauseln als „Einwilligung“ fehlt Facebook damit auch in jenen Bereichen eine Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO, weswegen die Datenverarbeitung zu untersagen ist.

### 3.5. In eventu: Subjektiver Eindruck des Nutzers

Falls die Behörden zum Schluss kommen, dass trotz des Vorbringens in Punkt 3.4. objektiv keine „Einwilligung“ vorliegen würde, so wäre zu prüfen ob ein redlicher Erklärungsempfänger nicht von einer Einwilligung ausgehen konnte. Hierbei ist insb zu beachten, dass die Unklarheitenregel in Artikel 5 der RL 93/13/EWG bzw in § 915 ABGB anzuwenden wäre.

Wir sind ausdrücklich der Ansicht, dass schon objektiv eine „Einwilligung“ vorliegt (Punkt 3.4), womit Punkt 3.5. der Stellungnahme hinfällig wäre.

#### 3.5.1. Subjektiver Eindruck ist nicht durch das „Legal Basis“-Dokument bestimmt

Vollkommen abwegig ist der Ansatz in § 167 des Draft Reports wonach beim Nutzer unmöglich der Eindruck der Einwilligung entstehen konnte, da ja in der Sub-Sub-Seite zur „Legal Basis“ auf die Nutzung von Artikel 6(1)(b) DSGVO hingewiesen würde.

Genau diese Information sind dem Nutzer der den „User Engagement Flow“ durchläuft gerade nicht gegeben worden (siehe hierzu oben der Antrag zur Erhebung der tatsächlichen Zugriffszahlen). Angesichts des Fehlens dieser Angaben in diesem „Flow“ hat der Nutzer eben gerade den Eindruck, dass dieser eine Einwilligung gibt und ist nicht veranlasst sich durch zwei Sub-Seiten zu klicken um die „wahre“ Bedeutung der Einwilligung zu erkennen.

Wenn man hier jedoch Erbsen zählt, so ist auch anzumerken, dass gerade das „Legal Basis“-Dokument explizit bestätigt, dass alle von den AGB verlinkten „*zusätzlichen Informationsressourcen*“ auch eine Grundlage nach Artikel 6(1)(b) darstellen sollen. Das am prominenteste verlinkte Dokument ist hier die Datenschutz- und Cookierichtlinie, die damit wieder unter Artikel 6(1)(b) DSGVO zu prüfen wären.

Noch grotesker ist die Ausführung in § 172 wonach ein Durchschnittsnutzer eine Einwilligung in AGB niemals als Einwilligung sehen könnte, da diese Einwilligung eben gerade nicht die Voraussetzungen von Artikel 4(11) erfüllt. Es ist auszuschließen, dass ein Durchschnittsnutzer (a) mit der Definition des Artikel 4(11) DSGVO bewaffnet vor Facebook sitzt und (b) auf die groteske Idee Rechtsansicht der DPC kommt, dass eine Einwilligung die nicht den Vorgaben entspricht ein Vertrag sein soll (siehe hierzu oben Punkt 3.4.4.1 zur „*Selbstheilenden Einwilligung*“).

Der Eindruck des Nutzers ist nicht anhand von irgendwelchen Sub-Sub-Seiten und der Definition in Artikel 4(11), sondern anhand des „User Engagement Flows“ zu beurteilen.

#### 3.5.2. Eindruck des „User Engagement Flows“

Ebenso wie in allen anderen Rechtsbereichen (Versicherungsrecht, Bankenrecht, etc) ist ein durchschnittlich verständiger und aufmerksamer Verbraucher anzunehmen.

Wie unter Punkt 2.1.4. beschrieben wird der Nutzer durch 21 Seiten geleitet. Erst am Ende landet er auf einer Seite die mit (1) „*Nutzungsbedingungen, Datenschutz- und Cookierichtlinie*“ betitelt ist (2) auch zu allen drei Dokumenten verlinkt und (3) einen „Ich stimme zu“-Button am Ende hat.

Auch wenn der kleine graue Text (siehe zum Deceptiv Design des Textes oben Punkt 2.1.4.4) nur von der Einwilligung zu den AGB spricht ist der Gesamteindruck eines Nutzers der sich durch 21 Seiten klicken muss, dass er hier eine Datenschutz-Einwilligung erteilt.

Dabei ist auch der zeitliche Konnex zur Einführung der DSGVO und die Schwemme an Einwilligungserklärungen die Nutzer zu dieser Zeit unterschreiben mussten zu bedenken und

dass auch im „User Engagement Flow“ zuvor nur 20 Bildschirme mit Einwilligungen gezeigt werden. Hinzu kommt die extrem außergewöhnliche vermeintliche „Vertragsgestaltung“ von Facebook die jeder Verkehrssitte widerspricht (siehe oben Punkt 2.1.7 und 2.1.8). Der durchschnittliche Nutzer ist also auf die Einwilligung von Datenverarbeitung konditioniert, gibt auf 20 Seiten Einwilligungen und soll nun auf der letzten Seite einen „Vertragsschluss über Datenverarbeitungen“ iSd Artikel 6(1)(b) erkennen.

Es ist davon auszugehen, dass 99% der Nutzer an dieser Differenzierung scheitern. So hatte auch die Beschwerdeführerin den Eindruck hier einzuwilligen und keinen neuen Vertrag über Datenverarbeitungsleistungen zu schließen (siehe eidesstattliche Erklärung in Anlage F).

Da davon auszugehen ist, dass Facebook diesen „User Engagement Flow“ genau gestaltet und ausgiebig getestet hat, liegt es an Facebook Beweise vorzubringen, dass dieser Effekt weder passiert ist, noch (etwa durch die Gestaltung der Text) willentlich provoziert wurde.

### **3.5.3. Kein Hinweis auf extrem außergewöhnlichen Erklärungsinhalt und aktive Information, dass kein Wechsel stattfindet**

Wenn ein Verantwortlicher transparent und nach Treu und Glauben (Artikel 5 DSGVO) unter diesen Umständen eine derartige Umstellung von Artikel 6(1)(a) zu (b) vornimmt, würde er darauf klar und unmissverständlich hinweisen. Dies ist nicht geschehen.

Wie unter Punkt 2.1.4.2 ausgeführt, hat Facebook im Gegenteil noch davon gesprochen, dass „keine Änderung“ stattfindet und Facebook die Möglichkeit nutzt um „noch mehr in die Privatsphäre zu investieren“.

### **3.5.4. Neue Einwilligungsklauseln in den AGB vom 31. 7. 2019**

Dieser subjektive Eindruck würde durch die Klauseln in den neuen AGB vom 31. 7. 2019 weiter verstärkt: „Durch die Nutzung unserer Produkte erklärst du dich damit einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen“ und „Anstatt dafür zu zahlen ... erklärst du dich durch Nutzung der Facebook-Produkte ... einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen“.

Für den Fall das die Behörden diese Klausel nicht ohnehin objektiv als Einwilligung wertet, wäre es aus subjektiver Konsumentensicht jedenfalls als Einwilligung zu sehen.

### **3.5.5. Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Großteil aller Durchschnittsnutzer auf dem finalen Bildschirm, nach über 20 Schritten nur noch die drei Dokumente und die Worte „Ich stimme zu“ wahrgenommen haben. Nachdem Facebook die Änderungen mit der DSGVO begründet hat und in dieser Zeit Nutzer massenhaft mit Einwilligungserklärungen konfrontiert wurden, musste der subjektive Eindruck einer weiteren Einwilligung entstehen. Mangels klarer Erklärung und aktiver Information, dass „keine Änderung“ stattfindet, wäre ein solches Missverständnis auch Facebook zurechenbar (analog §§ 864a, 871 915 ABGB).

### **3.6. In eventu: Irrelevanz der Klauseln nach österreichischem Zivilrecht und europäischem Verbraucherrecht**

Nur im Fall, dass die irische DPC weiter die Ansicht vertritt, dass Artikel 6(1)(a) DSGVO in diesem Fall nicht einschlägig ist, stellten sich die folgenden Fragen.

Natürlich besteht generell ein Vertrag zwischen Beschwerdeführerin und Facebook zur Nutzung der unstrittigen Teile des Sozialen Netzwerks (zB Messenger, Posting, Fotoalben). Strittig ist allein die weitere Nutzung für die in der Einleitung, Teil 1 und 2 darüberhinausgehenden Zwecke.

Wir sind ausdrücklich der Meinung, dass Artikel 6(1)(b) bezüglich der Einleitung und der Teile 1 und 2 der AGB nicht anwendbar ist (siehe Punkt 3.4). Aus prozessualer Vorsicht wird jedoch auch für die Einleitung, Teil 1 und 2 der AGB vorgebracht:

#### **3.6.1. Notwendigkeit der Vertragsprüfung**

Für die datenschutzrechtliche Beurteilung ist die konkrete Analyse des „Vertrags“ als Vorfrage (§ 38 AVG) unerlässlich. Ein Mietvertrag macht andere Verarbeitung „notwendig“ als etwa der Kauf einer Semmel im Supermarkt. Ein ungültiger Vertrag („rechtliches Nichts“) kann wiederum überhaupt keine Datenverarbeitung „notwendig“ machen.

Der Draft Report beschränkt sich auf die Feststellung das „(irgend)ein Vertrag“ geschlossen wurde. Mit keinem Wort wird der Inhalt, der Umfang, die Gültigkeit und die dafür nach Artikel 6(1)(b) „notwendigen“ Verarbeitungsschritte (nach verarbeiteten Daten und Zweck) geprüft.

Auch Facebook macht keinerlei Vorbringen zu den konkreten Klauseln und Verarbeitungsvorgängen die sich durch die jeweilige Klausel gedeckt sieht, weswegen bisher nur die Analyse des „Vertrags“ oben unter Punkt 2.1.1 möglich ist.

#### **3.6.2. Einordnung der Erklärung nach ABGB: Rückverweis auf Einwilligung**

Wie bereits ausgeführt, wäre eine zivilrechtliche Prüfung ausschließlich nach österreichischem Recht vorzunehmen (siehe Punkt 3.2 oben).

Auch im Rahmen einer Analyse anhand des österreichischen Zivilrechts stellt sich abermals die Frage der Einordnung einer Willenserklärung. Wenig verwunderlich kommt man auch hier zu keinem anderen Ergebnis, als bereits unter Punkten 3.3. bis 3.5 angeführt: Es handelt sich auch nach allen Interpretationsregeln des Zivilrechts um eine Einwilligung nach Artikel 4(11) DSGVO.

Würde man jedoch hypothetisch und um den Willen des Arguments dennoch von einer Anwendbarkeit von Artikel 6(1)(b) DSGVO ausgehen, wären jedenfalls folgende Schritte zu ermitteln bzw zu prüfen:

#### **3.6.3. „Erforderlichkeit“ iSd Artikel 6(1)(b)**

##### Erforderlichkeit im Draft Report

Vollkommen abzulehnen sind auch die Ausführungen in § 127 des Draft Report, wonach auch (i.) „implizite Notwendigkeit“ (was auch immer das bedeutet?) umfassen wäre (ii.) der EuGH das Konzept der „Notwendigkeit“ noch nicht entwickelt hätte, (iii.) die Definition eines „Vertrag“ nach dem Oxford English Dictionary und nicht nach dem anwendbaren Zivilrecht zu beurteilen wären,

(v.) wonach die genannten Informationsverpflichtungen in spezifischen Konsumentenverträgen für die DSGVO eine Auslegungshinweis ergeben, (vi.) wonach Prinzipien des irischen Rechts hier anwendbar wären, (vii.) wonach irgendwelche freiwillige Elemente außerhalb der vertraglichen Pflichten ebenso das Kriterium der „Notwendigkeit“ erfüllen, was denkunmöglich ist, (viii.) wonach AGB nicht „einseitig aufgezwungen“ wären weil sie „üblich“ sind, (ix.) wonach auch einseitig aufgezwungene Klauseln die Artikel 6(1)(a) umgehen möglich sein sollen, (x.) die Rechtssicherheit als Faktor für den Verantwortlichen – nicht aber dem Verbraucher interpretiert wird, was gerade bei der Nutzung von unklaren AGB durch den Verantwortlichen gegen die RL 93/13/EEG verstößt und (xi.) wonach der Rest der DSGVO hier relevant wäre.

Der Höhepunkt der Absurdität wird jedoch in § 128 des Draft Report erreicht, wonach auch Datenverarbeitung die nicht wesentlich oder unbedingt notwendig („*essential*“) sein soll, trotzdem „notwendig“ iSd Artikel 6(1)(b) sein soll.

#### „Erforderlichkeit“ im Europarecht ist glasklar

Besonders befremdlich ist die Anmerkung im Draft Report, dass die „Erforderlichkeit“ vom EuGH bisher nicht entwickelt wurde – wenn dies doch eines der drei Elemente jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Artikel 52(1) der Grundrechtecharta ist und in unzähligen Urteilen (wie zB C-293/12 und C-594/12 *Digital Rights Ireland* und *Seitlinger*, Rn 46 und 51). Da die DSGVO Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz (Artikel 8 GRC) regelt, besteht hier automatisch die Pflicht zur grundrechtskonformen Interpretation.

Eine Verarbeitung die für einen Vertrag nicht strikt „notwendig“ ist, würde automatisch eine Verletzung von Artikel 8 iVm 52 GRC bedeuten, da sie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht bestehen würde.

### **3.6.4. Schritt 1 – Bestehen eines Vertrags**

Als ersten Schritt müsste man prüfen ob jene Klauseln der AGB auf den sich Facebook beruft als „Vertrag“ iSd ABGB zu qualifizieren sind. Großteils scheitern die Klauseln wohl schon an dieser grundsätzlichen Prüfung.

#### **3.6.4.1. Ernstlichkeit und Bindungswille (§ 869 ABGB)**

Ein redlicher Erklärungsempfänger muss davon ausgehen, dass Facebook an die Klauseln zivilrechtlich gebunden sein will (siehe zB *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup>, § 869, Rn 4).

Rein werbliche Erklärungen („*Bestes Schnitzel von Wien*“ oder „*Parship: Singles kennenlernen die es ernst meinen*“) fallen nicht unter die ernstlichen Erklärungen, wenn davon auszugehen ist, dass sie nicht auf die Herbeiführung der jeweiligen Rechtsfolgen gerichtet sind. Andernfalls wäre im obigen Beispiel etwa Parship vertragsbrüchig, wenn jemand auf der Plattform einen anderen Single kennen lernt der es nicht „ernst meint“ oder wenn ein Kunde objektiv bessere Schnitzel in einem anderen Gasthaus findet.

#### Objektiv nicht ernstlich

Aussagen wie „*Wir verbinden dich mit Menschen und Organisationen, die dir wichtig sind*“ können jedenfalls nicht Gegenstand eines Vertrags sein, da Facebook sich wohl nicht daran binden will, dass sie jeden Nutzer mit Organisationen verbindet die diesem Nutzer wichtig sind. Es handelt sich ebenso um eine werbliche Aussage wie „*Wir ... entwickeln fortschrittliche Technologien*“ oder „*Dein Erlebnis auf Facebook unterscheidet sich von dem aller anderen*“.

### Erfahrungsgemäß nicht ernstlich

In anderen Bereichen ist dem gelernten Nutzer von Facebook wohl faktisch klar, dass Aussagen wie „*Wir ermöglichen einen globalen Zugriff auf unsere Dienste*“ nicht ernstlich sein können, da die Plattform in einigen Ländern der Welt (zB China oder Iran) schichtweg geblockt wird. Wären diese Aussagen Vertragsbestandteil, wäre Facebook gegenüber jedem Nutzer der sich in diesen Ländern aufhält inhärent vertragsbrüchig.

Ebenso ist bekannt, dass Facebook Missbrauch auf ihrer Plattform trotz Meldungen durch die Nutzer notorisch nicht verfolgt. Wäre eine Aussage wie „*Wir bekämpfen schädliches Verhalten und schützen und unterstützen unsere Gemeinschaft*“ Teil des Vertrags, wäre Facebook in jedem Fall einer fehlerhaften Löschung von Postings vertragsbrüchig.

### Kulturell nicht ernstlich

Hierzu kommt auch ein kultureller Unterscheid zwischen Europa und den USA. Viele Aussagen von US-Konzernen sind bewusst durchsetzt von Euphemismen und Übertreibungen. Dies trifft auch auf Teil 1 der AGB zu (zB „*Unsere Mission ist es, den Menschen die Möglichkeit zu geben, Gemeinschaften zu bilden, und die Welt näher zusammenzubringen.*“).

Auch hier wird ein redlicher Erklärungsempfänger nicht von einem Bindungswillen von Facebook ausgehen. Andernfalls wäre Facebook vertraglich verpflichtet, dass sich etwa die Entfernung zwischen Wien und San Francisco objektiv verkürzt.

### „No Na“-Aussagen

Schlussendlich strotzt Teil 1 der AGB vor „No Na“-Aussagen wie etwa „*Personen können nur dann Gemeinschaften auf Facebook bilden, wenn sie sich sicher fühlen*“ oder „*Durch stärkere Bindungen entstehen bessere Gemeinschaften*“. Auch hier ist wohl kein Bindungswille an irgendwelche Rechtsfolgen zu erkennen.

## **3.6.4.2. Bestimmtheit (§ 869 ABGB)**

Hinreichend bestimmt ist eine Erklärung, wenn ihr zum einen die wesentlichen damit angestrebten Rechtsfolgen entnommen werden können.

Bei vielen der Klauseln (wie zB bei „*Wir stellen dir ein personalisiertes Erlebnis bereit*“ oder „*Unsere Mission ist es, den Menschen die Möglichkeit zu geben, Gemeinschaften zu bilden, und die Welt näher zusammenzubringen.*“) ist eine Bestimmung eines genauen Vertragsbestandteils selbst mit größter Phantasie nicht möglich.

Ein „*personalisiertes Erlebnis*“ kann etwa von einem Restaurant über einen Zirkus bis zu einem Freudenhaus vieles und gar nichts bedeuten. Ebenso kann von einer Fluglinie über eine Sozialarbeiterin bis zu einem Tunnelbauunternehmen jemand „*die Welt näher zusammenbringen*“, was zeigt dass die Klausel keine objektiv bestimmbare Bedeutung hat.

Die Bestimmung des Vertragsinhalts zwischen der Beschwerdeführerin und Facebook ist daher wohl nicht aus diesen Klauseln abzuleiten, sondern wohl eher aus der Verkehrssitte, dem faktisch angebotenen Produkt („*Soziales Netzwerk*“) und allen anderen Auslegungsmöglichkeiten des ABGB.

### 3.6.4.3. Relevanz der Klauseln für den Vertrag

Dass die Klauseln in der Einleitung, Teil 1 und 2 auch keine echte Relevanz für den Vertrag zwischen Beschwerdeführerin und Facebook haben, zeigt sich auch dadurch, dass diese am 25. 5. 2018 und am 31. 7. 2019 hinzugefügt wurden, ohne dass sich der Dienst oder die Produkte von Facebook verändert haben. Es handelt sich daher bestenfalls um „Beschreibungen“ (siehe hierzu oben Punkt 2.1.1).

### 3.6.4.4. Zwischenergebnis: Kein Vertrag iSd ABGB

Zusammenfassend erfüllt damit wohl schon der größte Teil der Klauseln in der Einleitung und Teil 1 und 2 der AGB nicht die Voraussetzungen eines „Vertrag“ nach ABGB. Es besteht damit auch keine Grundlage nach Artikel 6(1)(b) DSGVO.

Im Gesamtkontext ist für den redlichen Erklärungsempfänger die Einleitung und Teil 1 und 2 der AGB wohl eher eine unverbindliche Einleitung, Eigenwerbung und Datenschutzinformation. Erste Teile 3 bis 5 haben den Charakter von konkreten, bestimmten Vertragsklauseln.

Mangels Ermittlungsergebnissen durch die DPC bzw Vorbringen von Facebook ist eine genaue Auseinandersetzung mit jeder einzelnen Klausel an dieser Stelle unmöglich, weswegen weiteres Vorbringen vorbehalten wird.

## 3.6.5. In eventu: Schritt 2 – Interpretation der Klauseln

Falls man bezüglich einiger Elemente oder Klauseln der Einleitung und von Teilen 1 und 2 zum (fälschlich) Ergebnis kommt, dass hier ein Vertrag vorliegt, wären diese Elemente entsprechend zu interpretieren um einen Vertragsinhalt und die Notwendigkeit von Verarbeitungsschritten definieren zu können.

### 3.6.5.1. Inhalt der jeweiligen Klauseln

Jeden Satz der AGB umständlich zu interpretieren würden den Rahmen dieses Schriftsatzes sprengen. Als Beispiel für die Unmöglichkeit einer zivilrechtlich sinnvollen Interpretation ziehen wir daher die Klausel zur Werbung heran:

*„Wir helfen dir, Inhalte, Produkte und Dienste zu entdecken, die dich möglicherweise interessieren: Wir zeigen dir Werbeanzeigen, Angebote und sonstige gesponserte Inhalte, um dir dabei zu helfen, Inhalte, Produkte und Dienste zu entdecken, die von den vielen Unternehmen und Organisationen angeboten werden, die Facebook und andere Facebook-Produkte nutzen.“*

Unklar ist hier etwas was eigentlich die Leistung der Vertragsparteien sein soll? Um zu zeigen wie absurd die Vorstellung eines zivilrechtlichen „Vertrags“ in diesem Bereich ist, hier kurz der theoretisch mögliche Vertragsinhalt:

#### Möglichkeit 1: Anspruch des Nutzers auf „Hilfe“ interessante Produkte zu entdecken?

Nach dem objektiven Wortlaut der AGB hätte der Nutzer Anspruch auf eine „Hilfe“ „*interessante Inhalte, Produkte und Dienste*“ zu entdecken. Damit müsste Facebook nach den Interessen des Nutzers und nicht der Werbekunden diverse Inhalte vorschlagen.

Der Wortlaut der Klausel entspricht am ehesten der Rolle eines Maklers im Interesse des Nutzers („*wer aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung für einen Auftraggeber Geschäfte mit einem Dritten vermittelt*“, § 1 MaklerG), was natürlich weit von jeder Realität ist.

Jedes Mal, wenn die Werbeschaltungen daher nicht „interessant“ wäre Facebook abermals vertragsbrüchig. Ebenso wenn die Werbung nicht mit dem Ziel der „Hilfe“ für den Nutzer erfolgen würde, sondern mit dem Ziel des Umsatzes aus Werbung geschieht. Einen derartigen Vertragsinhalt kann man Facebook wohl nicht unterstellen.

Ebenso vollkommen unklar wäre die Anzahl oder der Umfang dieser „Leistung“: Wie viel Werbung pro Tag muss Facebook liefern? 10 Einschaltungen? 20? ...oder ist die Leistung im Belieben von Facebook, womit sie wohl „unbestimmt“ (§ 869 ABGB) wäre?

Weiters könnte die Beschwerdeführerin nach § 1440 ABGB auf einen solchen Anspruch natürlich auch „verzichten“ was sie nun probeweise auch getan hat (siehe Anlage G). Hiermit wäre die Datenverarbeitung abermals nicht mehr „notwendig“ für den Vertrag.

Die Realität sieht natürlich vollkommen anders aus: Allein der Werbetreibende bestimmte anhand von diversen Parametern wer seine Werbung zu sehen bekommt. Werbung für Damenbekleidung kann ohne Probleme an Männer ausgespielt werden und Werbung für Winterschuhe kann in der Wüste ausgespielt werden. Dies gibt Facebook auch offen zu. In einer Einleitung der AGB ist zu lesen: „*[Es] bezahlen uns Unternehmen und Organisationen dafür, dass wir dir Werbeanzeigen für ihre Produkte und Dienstleistungen zeigen*“.

Diese erste theoretische Möglichkeit ist daher klar auszuschließen.

#### Möglichkeit 2: Anspruch von Facebook auf Ansehen von Werbung?

Eine andere Option wäre, dass der Nutzer eine Pflicht hat die Werbung anzusehen. Dies ist schon vom Wortlaut der Klausel unmöglich umfasst.

Jedoch wäre auch hier die Frage der Bestimmtheit (§ 869 ABGB) zu klären: Wie viele Stunden am Tag muss ein Nutzer dann Werbung ansehen? ...oder wie viele Werbungen? Was ist wenn ein Nutzer die Werbung nicht ansieht? So hat die Beschwerdeführerin einen „AdBlocker“ installiert und sieht daher viele Teile der Werbung nicht. Ist sie damit vertragsbrüchig?

Auch diese zweite theoretische Möglichkeit ist daher klar auszuschließen.

#### Möglichkeit 3: Duldung von Werbung durch den Nutzer?

Schlussendlich könnten die AGB theoretisch noch eine Art „Duldung“ von Werbung meinen. Auch hierfür gibt es keine Grundlage im Wortlaut der AGB.

Viel fundamentaler scheidet diese Möglichkeit jedoch rechtlich: Man kann nur etwas „Dulden“ das in ein eigenes Recht eingreift. Eine Nutzung einer Wohnung durch den Eigentümer selbst kann etwa nicht von einem Dritten „geduldet“ werden, weil hier der Gläubiger und der Schuldner der Leistung ident sind und der Dritte keine Berechtigung hat.

Wie oben (Punkt 2.1.7) dargestellt ist Werbung auf Webseiten eine faktische Handlung. Facebook kann schon aus der Verfügungsmacht über die Webseite facebook.com die gesamte Seite mit Werbung befüllen. Durch die reine Platzierung von Werbung wird an sich nicht Rechte der Beschwerdeführerin eingegriffen. Übertragen auf eine Wohnung wäre das die Duldung in der eigenen Wohnung zu wohnen – was rechtlich unmöglich ist (siehe § 1445 ABGB).

Entsprechend ist auch eine vertragliche Duldung klar auszuschließen.

### Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu erkennen, dass bei jeder denkmöglichen Interpretation dieser Klausel kein „Vertrag“ iSd ABGB zu erkennen ist. Der Wortlaut ist noch am ehesten mit einem Anspruch auf „Hilfe“ zu vereinbaren – dem steht jedoch die tägliche Praxis entgegen.

Auch wenn diese Ausführungen auf Werbung beschränkt waren, ergeben auch diverse anderen Klauseln in der Einleitung und in Teilen 1 und 2 der AGB nur wenig mehr vertraglichen Sinn.

#### **3.6.5.2. Unklarheitenregel (Artikel 5 der RL 93/13 und § 915 ABGB)**

Weiters ist die Unklarheitenregel in Artikel 5 der RL 93/13/EWG bzw in § 915 ABGB zur Interpretation heranzuziehen:

*„Bei Zweifeln über die Bedeutung einer Klausel gilt die für den Verbraucher günstigste Auslegung.“*

Ist eine Klausel also als Vertrag oder Einwilligung zu verstehen, kann der Verbraucher sich auf jene Auslegung berufen die günstiger ist. Hier ist dies klar die Einwilligung, da sie deutlich erhöhte Schutzmechanismen und Gestaltungsmöglichkeiten hat.

#### **3.6.5.3. Hypothetischer Parteiwille (§ 914 ABGB)**

Als Behelf ergänzender Auslegung kommt der hypothetische Parteiwille in Betracht. Also was redliche Parteien gewollt hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluss die nunmehr offene Frage vorgelegt hätten. Die kann sich aus der Natur und dem Zweck des Vertrages oder anderen Umständen des Geschäftes beantworten.

Auch hier gibt es keinerlei Indiz, dass sich die Beschwerdeführerin und Facebook auf einen „Vertrag“ mit dem Ziel der personalisieren Werbung, der Innovation oder die Übermittlung von Daten in Drittstaaten geeinigt hätten.

Ebenso wenig gibt es Indizien, dass redliche Parteien derartige Willenserklärungen in der Einleitung und in Teil 1 und 2 der AGB als „Vertrag“ iSd Artikel 6(1)(b) sehen würden. Abermals kommt maximal eine (ungültige) Einwilligung in Betracht.

#### **3.6.5.4. Verkehrssitte (§ 914 ABGB)**

Zum selben Ergebnis führt auch eine Interpretation nach der Verkehrssitte:

Uns ist keine Art der „vertraglichen Werbung“ bekannt. Weder Außenwerbung, Werbung in Transportmitteln, in klassischen Medien wie Zeitungen, TV oder Radio – noch Werbung auf Webseiten basieren jemals auf einem Vertrag oder ist eine vertragliche Leistung gegenüber dem Beworbenen. Es ist durchgehend eine faktische Tätigkeit (siehe auch oben Punkt 2.1.7).

Für personalisierter Online-Werbung ist es jedoch üblich (und rechtlich notwendig) eine Einwilligung iSd Artikel 4(11) zur Datenverarbeitung zu geben.

Auch eine Interpretation nach der Verkehrssitte führt daher zur Einwilligung nach Artikel 4(11).

### 3.6.5.5. Wahre Bedeutung (§ 914 ABGB)

Angesichts der fehlenden Ergebnisse bei jeder anderen Form der Interpretation dieser Klauseln ist „*die Absicht der Parteien zu erforschen*“ (§ 914) womit man angesichts des zeitlichen, wirtschaftlichen und faktischen Zusammenhangs abermals direkt zu einer datenschutzrechtlichen Einwilligung iSd Artikel 4(11) DSGVO gelangt.

### 3.6.5.6. Versteckterer Dissens (§ 869 ABGB)

Ist auch mit einer (wohlwollenden) Interpretation kein Sinn in eine Klausel zu bringen, besteht Dissens. Ein versteckter Dissens liegt vor, wenn die Parteien überzeugt sind, eine Einigung erzielt zu haben, obwohl dies nicht zutrifft, weil die eine und die andere Willenserklärung trotz äußerlicher Übereinstimmung jeweils anders gemeint war (siehe zB OGH in RS0014704).

Besteht dieser in Bezug auf einen Hauptpunkt, kommt kein Vertrag zustande. Dissens über einen Nebenpunkt führt analog § 878 zur Teilnichtigkeit, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

Nachdem nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin und Facebook verschiedene Interpretationen der ausgetauschten Willenserklärungen vorliegen wäre auch ein Dissens in einem Nebenpunkt zu prüfen.

Würde dieser vorliegen, wäre die jeweilige Klausel nichtig und damit eine Datenverarbeitung nicht „notwendig“ iSd Artikel 6(1)(b) DSGVO.

### 3.6.5.7. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt (wenn überhaupt ein Vertrag vorläge) regelmäßig keine sinnvolle Interpretation einen zivilrechtlichen Anspruch in der Einleitung und den Teilen 1 und 2 der AGB erkennen. Nach den Regalen des österreichischen Zivilrechtes in §§ 914 und 915 ABGB sind einige Willenserklärung entweder nichtig oder (wenn überhaupt) abermals als (ungültige) Einwilligung nach Artikel 4(11) DSGVO zu interpretieren.

Auch diese Wege führen durchwegs zu einem Mangel einer Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1).

## 3.6.6. In eventu: Schritt 3 – Nichtigkeit der Klauseln

Falls man jedoch zum Ergebnis kommen sollte, dass eine Klausel mit Ansprüchen auf Werbung, Innovation oder auf Dinge wie „näher zusammenzubringen“ zu Stande gekommen sein sollte (quod non), stellt sich die Frage ob ein solcher Vertrag bzw diese Klauseln nichtig wären:

### 3.6.6.1. Geltungskontrolle (§ 864a ABGB)

Schon anfangs müsste geprüft werden ob eine Klausel überhaupt Vertragsbestandteil wurde, da insbesondere „*Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes*“ nicht Teil des Vertrags werden wenn die Beschwerdeführerin nicht damit rechnen brauchte.

Wie oben unter Punkt 2.1.7 ausgeführt, widerspricht ein „Vertrag über Werbung“ oder ähnliche Konstruktionen absolut der Verkehrssitte und ist damit jedenfalls „ungewöhnlich“. Ebenso hat Facebook, wie in Punkt 2.1.4 gezeigt, auch keine Hinweise auf diese Bestimmungen gegeben, sondern sogar die Information verbreiten lassen, dass es keine substantielle Änderung gäbe.

Klauseln wie ein „Vertrag über Werbung“ oder ein „Vertrag über Forschung“ ist daher wohl der Innbegriff einer ungewöhnlichen Klausel iSd § 864a ABGB und mangels aktiver Information außerhalb der AGB zivilrechtlich unmöglich gültig.

Genau zum Fall der Inhaltskontrolle bei „versteckten“ Werbeklauseln siehe zB auch *Schantz in Simitis/Hormung/Spicker*, Artikel 6, Rn 28.

Damit sind diverse „Datenverarbeitungs-Verträge“ in den AGB schon wegen § 864a ABGB unmöglich Vertragsbestandteil geworden.

### **3.6.6.2. Erlaubtheit (§ 879(1) ABGB)**

Verträge die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen sind nach ABGB nichtig. Die DSGVO verbietet in Zusammenschau der Artikel 4(11), 6(1)(a), 7 und 9 DSGVO eine „Zwangszustimmung“ wie von Facebook praktiziert. § 879(1) ABGB umfasst alle Arten von Verboten (zB im Strafrecht, Europarecht, Verfassungsrecht) und ist daher auch auf Verbote in der DSGVO anwendbar und eine Nichtigkeit gegeben.

### **3.6.6.3. Unbewusste Umgehung (§ 879(1) ABGB)**

Selbst wenn Facebook nicht wüsste, dass es sicher hier um eine Umgehung handelt (was angesichts des klaren Vorsatzes auszuschließen ist) ist nach § 879 ABGB Umgehungsgeschäfte selbst dann nichtig, wenn ein Vertragspartner keine Umgehungsabsicht hatte. Dazu zB *Kletečka/Schauer* in ABGB-ON, § 879, Rn 56:

*„Die Problematik der Umgehung eines gesetzlichen Verbots stellt sich, wenn ein Vertrag in seiner konkreten Gestalt dem Verbot zwar nicht widerspricht, aber doch weitgehend denselben Erfolg wie das verbotene Geschäft herbeiführt. Typisches Bsp sind langfristige Mietverträge, die abgeschlossen werden, wenn ein Kauf der betreffenden Liegenschaft wegen grundverkehrsrechtlicher Vorschriften nicht möglich ist. Ein solches Umgehungsgeschäft ist nach heute hA dann unwirksam, wenn dies vom der Verbotsnorm zugrundeliegenden Verbotszweck gefordert wird. Auf eine allfällige Umgehungsabsicht der Vertragsparteien kommt es nicht an: Herrschend ist die sog objektive Theorie, nicht die subjektive Theorie.“*

Auch daher wäre Nichtigkeit gegeben.

### **3.6.6.4. Explizites Verbot nach Artikel 7(2) DSGVO**

Ganz explizit ist auch ein „Verstecken“ von Einwilligungen in AGB nach Artikel 7(2) DSGVO verboten und mit Nichtigkeit der Klausel sanktioniert. Da die Einleitung, Teil 1 und 2 der AGB weder verständlich, noch in klarer und einfacher Sprache, noch klar von den anderen AGB zu unterscheiden ist (Facebook argumentiert ja sogar, dass die AGB ein einheitlicher Vertrag wären) wurde dagegen klar Verstoßen. Entsprechend sind diese Klauseln nichtig.

Würde dies nur für „Einwilligungen“ aber nicht für aufgezwungene „Datenverarbeitungsverträge“ in AGB anwendbar sein, würde zusätzlich klar eine systemwidrige Gesetzeslücke bestehen, die ggf in einem Rückgriff auf Artikel 7(2) DSGVO analog zu schließen wäre.

#### **3.6.6.5. Gröbliche Benachteiligung (§ 879(3) ABGB)**

Ebenso nichtig ist ein Vertrag bei einer „*gröblichen Benachteiligung*“ iSd § 879(3) ABGB. Primärer Maßstab für die Beurteilung, inwieweit eine gröbliche Benachteiligung vorliegt, ist das dispositive Recht als „*Leitbild eines ausgewogenen und gerechten Interessenausgleichs*“ (Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 879, Rn 279 ff).

Für eine Rechtsgrundlage für Werbung, Innovation oder Datenweitergabe sieht das Recht in Artikel 6(1) DSGVO als Normalfall die Einwilligung vor, ebenso bei der Nutzung von besonderen Kategorien von Daten nach Artikel 9 DSGVO.

Es ist unschwer zu erkennen (und wohl sogar das primäre Motiv von Facebook) dass eine Regelung über Artikel 6(1)(b) DSGVO die Rechte der Beschwerdeführerin massiv untergräbt. Eine gröbliche Benachteiligung ist nicht nur gegeben, sondern sogar das Ziel von Facebook. Die Klauseln wären auch deswegen ebenso nichtig.

#### **3.6.6.6. Transparenz (§ 6(3) KSchG)**

In Umsetzung von Artikel 5 der RL 93/13/EWG wird nach § 6(3) KSchG zusätzlich zur Bestimmtheit in § 869 ABGB auch noch die Transparenz von AGB in Verbraucherverträgen verlangt. Bestimmungen die für einen durchschnittlichen Verbraucher unklar sind, sind daher ungültig – und auch keine Grundlage für eine Datenverarbeitung nach Artikel 6(1)(b) DSGVO.

##### Generell Intransparent

Es ist wohl schwer zu bestreiten, dass schon gelernte Juristen vielen der Klauseln in der Einleitung und in Teil 1 und 2 der AGB keinen wahren Sinn zuschreiben können (siehe zB oben den Versuch die „Werbeklausel“ zivilrechtlich zuzuordnen unter Punkte 3.5.5.1). Aus den AGB selbst ergibt sich auch keine Information, dass diese Klauseln Rechtsgrundlagen für eine Datenverarbeitung nach Artikel 6(1)(b) DSGVO ergeben sollen.

Auch die Information im “Legal Basis“-Dokument selbst ist nicht transparent, da es in einer Sub-Sub-Seite versteckt wurde und auch inhaltlich nicht nachvollziehbar scheint (siehe Punkt 2.1.1).

##### Spezifisch: Umstellung der Rechtsgrundlage intransparent

Aber auch die Umstellung auf neue AGB und jede signifikante inhaltliche Änderung (siehe den „User Engagement Flow“ oben unter Punkt 2.1.4) muss „transparent“ sein. Facebook hat hier zwar einige Punkte aufgelistet, aber gerade die datenschutzrechtlich fundamentale Umstellung von Artikel 6(1)(a) auf (b) wurde verschwiegen. Auch das verstößt gegen § 6(3) KSchG.

#### **3.6.6.7. Zusammenfassung: Klauseln wohl regelmäßig Nichtig**

In einer hypothetischen Prüfung wären wohl alle erkennbaren Klauseln regelmäßig nichtig. Nicht nur weil eine Umgehung auch nach dem ABGB zur Nichtigkeit führt, sondern weil auch andere Nichtigkeitsgründe greifen würden.

Facebook müsste zu jeder Klausel ausführen warum diese keiner Nichtigkeit unterliegt bzw müsste die DPC dies als Vorfrage zu einer „Notwendigkeit“ nach Artikel 6(1)(b) prüfen.

### **3.6.7. In eventu: Schritt 4 – Anfechtbarkeit der Klauseln**

Schlussendlich wäre (bei der Annahme, dass es sich bei irgendeiner Klausel um einen Vertrag handeln würde) noch diverse Anfechtungsgründe oder der zivilrechtliche Wegfall der Rechtsgrundlage zu prüfen, wie zB:

#### **3.6.7.1. Laesio Enormis (§ 934 ABGB)**

Nach § 934 ABGB ist ein Vertrag aufzuheben, wenn der Gegenwert der Leistung 50% unterschreitet. Da Facebook außer der Plattform keinerlei Leistung erbringt, die Nutzer jedoch Inhalte zur Verfügung stellen und durch Traffic Werbeeinnahmen ermöglichen stellt sich schon angesichts der Geschäftszahlen von Facebook die Frage ob nicht eine Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*) vorliegt (siehe oben Punkt 2.1.3).

Nach einer Anfechtung des Vertrags fiele ebenfalls die datenschutzrechtliche Grundlage nach Artikel 6(1)(b) DSGVO weg.

#### **3.6.7.2. Verzicht (§ 1440 ABGB)**

Die Beschwerdeführerin hat Facebook einen Verzicht auf diverse „Dienstleistungen“ übermittelt (siehe Anlage G). Selbst wenn hier jemals eine vertragliche Leistung bestanden hat (was bestritten wird) ist diese Schuld von Facebook mit dem Verzicht der Leistungsempfängerin erloschen.

#### **3.6.7.3. Irrtum (§ 871 ABGB)**

Weiters wäre eine Nichtigkeit des Vertrags wegen Irrtums der Beschwerdeführerin zu prüfen. Facebook hat offensichtlich (siehe oben Punkte 2.1.1 und 2.1.4) einen Irrtum über die Rechtsnatur der Erklärung bei der Beschwerdeführerin ausgelöst (§ 871(1), 1. Fall), insbesondere wegen der Aufklärungspflicht nach Artikel 13 und 14 DSGVO iVm § 871(2) ABGB.

Nach einer Anfechtung des Vertrags würde die datenschutzrechtliche Grundlage nach Artikel 6(1)(b) DSGVO ebenso wegfallen.

### **3.6.8. Zusammenfassung: Gültiger „Vertrag“ regelmäßig auszuschließen**

Zusammenfassend führt auch eine hypothetische Betrachtung der relevanten Klauseln in der Einleitung und dem 1. und 2. Teil der AGB wohl regelmäßig zu keinem gültigen Vertrag.

Selbst wenn einzelne Klauseln einen Vertrag darstellen würden (was zumeist Ausgeschlossen scheint), müsste Facebook erklären wie diese den Anforderungen zB der §§ 869, 871, 879, 914 und 915 ABGB oder § 6 KSchG entsprechen sollen.

Für den Fall das Facebook hierzu konkret vorbringt oder die Behörde ein konkretes Ermittlungsergebnis liefern, wird eine entsprechende Erwiderung vorbehalten.

### **3.7. Zu den fünf Einwilligungen im „User Engagement Flow“**

Unabhängig von der Behandlung der Einleitung und der Teile 1 und 2 der AGB, sind auch folgende Einwilligungen ungültig:

#### **3.7.1. Verarbeitung von besonderen Datenkategorien**

Wie unter Punkt 2.1.5.1 ausgeführt, verarbeitet Facebook eine Vielzahl von besonderen Datenkategorien iSd Artikel 9 DSGVO, weit über jene hinaus die im „Allgemeine Informationen“-Teil des Profils hinterlegt wurden. Vor allem teilen auch andere Personen sensible Daten (wie zB Gesundheitsdaten) und Facebook erlaubt Targeting für eigene Zwecke anhand besonderer Datenkategorien (wie zB einem politischen Interesse).

Da nach Artikel 6(1) iVm 9 DSGVO keine Rechtsgrundlage für diese Verarbeitung in Frage kommt, scheint Facebook die besonderen Datenkategorien ohne Rechtsgrundlage verarbeiten und diese sind daher zu untersagen.

#### **3.7.2. Verarbeitung von biometrischen Daten**

Wie unter Punkt 2.1.5.2 ausgeführt, ist es technisch unmöglich nur die biometrischen Daten von Nutzern die der Gesichtserkennung zugestimmt haben zu verarbeiten.

Da nach Artikel 6 iVm 9 DSGVO keine andere Rechtsgrundlage in Frage kommt, scheint Facebook die biometrischen Daten in hochgeladenen Fotos ohne Rechtsgrundlage zu erstellen und verarbeiten. Erst nach einem „Treffer“ kann Facebook überhaupt wissen ob eine Einwilligung vorliegt. Facebook geht also nach dem „*Processing by Default*“-System vor, nur um in wenigen Fällen nachträglich eine Einwilligung zuordnen zu können.

Eine Einwilligung ist jedoch selbst dann nicht gegeben, da gerade bei Fotos der konkrete Kontext hoch relevant ist (so hat etwa ein Nackfoto im Urlaub andere Implikationen als ein Bewerbungsfoto). Eine Pauschaleinwilligung für das „Matching“ mit jeglichem Foto, welches jeglicher von über 2 Milliarden Facebook-Nutzern hochlädt scheint weder informiert noch spezifisch genug zu sein um Artikel 6(1)(a) zu entsprechen.

Besonders befremdlich ist dabei, dass die irische DPC diese Art der Datenverarbeitung Facebook schon 2012 untersagt hat – anscheinend ohne langfristigen Erfolg.

Es wird daher bestritten, dass Facebook eine Rechtsgrundlage für diese Verarbeitung hat und die Verarbeitung von biometrischen Daten auch vor einem „Matching“ ist zu untersagen.

#### **3.7.3. Verarbeitung von Daten von externen Werbepartnern**

Wie unter Punkt 2.1.5.3 ausgeführt erhält Facebook Daten von Werbepartnern ohne Einwilligung. Facebook hat kein Vorbringen erstattet wonach die Übermittlung und sonstige Verarbeitung von Daten durch Werbepartner selbst auf einer Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) basiert. Erst die „Nutzung“ dieser Daten für Werbung auf Facebook soll auf einer Einwilligung basieren.

Es wird daher bestritten, dass Facebook eine Rechtsgrundlage für die Übermittlung und Verarbeitung der Daten hat.

### **3.7.4. Weitergabe von Daten an Werbekunden**

Wie behalten uns weiteres Vorbringen vor, sobald die notwendigen Ermittlungsschritte (siehe Punkt 2.1.5.3 oben) unternommen wurden.

### **3.7.5. Einwilligung durch Geräteeinstellungen**

Wie oben unter Punkt 2.1.5.5 ausgeführt fragt das Zugriffssystem von Android oder iOS nur den Zugriff für eine gesamte Smartphone-Anwendung ab, nicht jedoch den spezifischen Zweck oder sonstige Informationen die für eine spezifische und informierte Einwilligung notwendig sind.

Auch die Datenschutzrichtlinie kann hier nicht weiterhelfen, da Facebook das Prinzip einer „*datenschutzrechtlichen Kraut- und Rüben-Suppe*“ nutzt und lediglich sagt alle Daten aller Nutzer für alle extrem generische Zwecke und für alle aktuellen zu zukünftigen Datenanwendungen genutzt werden.

Exemplarisch dafür ist zB die Nutzung des „Mikrofons“ für den Facebook-Messenger: Hier erlaubt der Nutzer zwar die Aufnahme von Nachrichten – war sich aber wohl nicht bewusst, dass Facebook diese Daten durch Mitarbeiter auswerten lies – wie unlängst bekannt wurde (<https://www.dw.com/de/auch-facebook-lie%C3%9F-audio-chats-abtippen/a-50015895>).

Es wird daher bestritten, dass es sich um eine informierte und spezifische Zustimmung handelt.

## **3.8. In eventu: Verarbeitung verstößt gegen Artikel 5(1) DSGVO**

Die Beschwerde thematisiert die Transparenz der Rechtsgrundlagen als Vorfrage zu Artikel 6(1) DSGVO, während der Draft Report dies als eigenständigen Beschwerdepunkt behandelt.

Wie bereits oben ausgeführt (siehe Punkt 3.4. bis 3.6.), ist es nicht stringent von einer informierten Einwilligung (oder *in eventu* einer gültigen zivilrechtlichen Willenserklärung) auszugehen, wenn gleichzeitig die Transparenzfordernisse der Artikel 5(1) iVm Artikel 12 und 13 DSGVO nicht erfüllt sein sollen.

Natürlich führt jedoch jener Informationsmangel der nach Ansicht der Beschwerdeführerin schon zum Wegfall der Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO führt auch zu einer Verletzung von Artikel 5(1)(a) DSGVO.

Um jedenfalls einen Einklang zwischen Beschwerde und Draft Report herzustellen wird daher *in eventu* ein Antrag nach Artikel 5(1)(a) DSGVO eingebracht (siehe unten Punkt 4.2.2.).

## 4. Anträge

### 4.1. Prozessuale Anträge

Es wird abermals auf die Anträge unter Punkt 1.6. der ursprünglichen Beschwerde und jener im Schreiben vom 29. 8. 2019 verwiesen, welche bisher nicht erledigt wurden.

Weiters wird beantragt:

- (i.) Die Ermittlung der Konkreten Klauseln in den AGB auf welche Facebook konkrete Datenverarbeitungsvorgänge für konkrete Zwecke stützt (siehe Punkte 2.1.1 und 2.2.3),
- (ii.) Facebook aufzufordern die wirtschaftliche Notwendigkeit der Verarbeitung für datengetriebene Werbung nachzuweisen (siehe Punkt 2.1.3) wenn sich Facebook darauf weiter berufen sollte,
- (iii.) die Rechtsgrundlage für das Setzen von Cookies (siehe oben Punkt 2.2.2) zu ermitteln,
- (iv.) die subjektive Tatseite von Facebook zum Wechsel der Rechtsgrundlage zu ermitteln und
- (v.) die neuen AGB vom 31. 7. 2019 für die Entscheidung heranzuziehen, sowie
- (vi.) alle ermittelten Akten, alle Vorbringen der Gegenseite und sonstige Unterlagen zur Akteneinsicht zur Verfügung zu stellen.

Weiters wird beantragt jeglichen Beamten der irischen Behörde der einer Befangenheit unterliegt (§ 7 AVG) von dem Verfahren auszuschließen (siehe Punkt .1.8 oben).

### 4.2. Materielle Anträge

Der Antrag nach Punkt 3.3 der ursprünglichen Beschwerde bleibt aufrecht. Hinzu kommen folgende Anträge:

#### 4.2.1. *in eventum*: Mangelnde Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO

Angesichts der überraschenden Argumentation von Facebook beantragt die Beschwerdeführerin *in eventum* zusätzlich zum Antrag unter Punkt 3.3. der ursprünglichen Beschwerde, dass die Datenschutzbehörde (oder die federführende Aufsichtsbehörde) im Einklang mit Ihren Befugnissen gemäß Artikel 58 Abs 1 Lit d, f und g iVm Artikel 17 der DSGVO (oder jeglicher anderen Rechtsgrundlage), folgende Verarbeitungsvorgänge mangels jeglicher Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO jedenfalls untersagt:

- (i.) Verarbeitung zur personalisierten Werbung (insb laut der Einleitung, 2. Absatz; Teil 1, 4. Punkt und Teil 2 der Nutzungsbedingungen)
- (ii.) Verarbeitung zur Forschung, um unsere Produkte zu entwickeln, zu testen und zu verbessern und um „fortschrittliche Technologien“ zu entwickeln (insb laut Teil 1, 6. und 7. Punkt der Nutzungsbedingungen)
- (iii.) Den Datenaustausch über verschiedene Plattformen hinweg (insb laut Teil 1, 8. Punkt der Nutzungsbedingungen)
- (iv.) Speicherung und Verteilung von Daten „in Rechenzentren und Systemen auf der ganzen Welt“ (insb laut Teil 1, 9. Punkt der Nutzungsbedingungen)
- (v.) Die Verarbeitung von besonderen Kategorien von Daten (iSd Artikel 9 DSGVO) außerhalb der selbst eingegeben Daten im „Allgemeine Informationen“-Teil des Profils
- (vi.) Die Verarbeitung von biometrischen Daten (iSd Artikel 9 DSGVO)
- (vii.) Die Verarbeitung von Daten von externen Werbepartnern

- (viii.) Die Nutzung von Gerätedaten über den konkreten Anlass der Aktivierung von Zugriffsrechten hinaus
- (ix.) Die Verarbeitung von Cookie-Daten (iSd Artikel 5 der RL 2002/58/EG)

#### **4.2.2. *in eventu*: Verstoß gegen Artikel 5(1) DSGVO**

Angesichts der überraschenden Argumentation von Facebook beantragt die Beschwerdeführerin *in eventu* zusätzlich zum Antrag unter Punkt 3.3. der ursprünglichen Beschwerde, dass die in Punkt 4.2.1 genannten Datenverarbeitungen auch wegen eines Verstoßes gegen Artikel 5(1) DSGVO untersagt werden.

Wir behalten uns ausdrücklich vor dieses Begehrt anhand der Ermittlungsergebnisse (insb welche konkreten Verarbeitungsschritte von welchen Daten für welche Zwecke anhand von welchen konkreten Rechtsgrundlagen erfolgen) anzupassen.

#### **Anlagen:**

- A) Schriftsatz vor dem LGfZRS Wien: Wechsel von Einwilligung auf Vertrag am 25. 5. 2018
- B) Facebook Newsroom Posting vom 5. 4. 2018
- C) Facebook Newsroom Posting vom 17. 4. 2018
- D) „Legal Basis“-Dokument in der aktuellen Formatierung
- E) AGB gültig ab 31. 7. 2019
- F) Eidesstattliche Erklärung [REDACTED]
- G) Verzicht nach § 1440 ABGB