

**BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1), 80(1) DSGVO**  
**noyb Fallnummer: C-051**

Die nachfolgende Beschwerde richtet sich gegen Datenverarbeitungen von der FAZ auf dessen Internetauftritt („www.faz.net“).

Der Beschwerdeführer rief die Webseite FAZ.NET auf, um Nachrichten zu lesen. Dabei – und bevor er Zugriff erhielt – öffnete sich eine sogenannte „Cookie-Wall“. Ausweislich dieser sei ein Zugriff nur möglich, wenn der Beschwerdeführer entweder ein Abonnement zu einem monatlichen Preis von EUR 4,99 abschließe oder eine Erklärung abgäbe, wonach er sich mit einer Reihe von Datenverarbeitungen inklusive Tracking (d.h. über die Webseite von FAZ.NET hinaus) einverstanden erkläre. Der Beschwerdeführer wählte die Tracking-Variante.

Nach Angaben von FAZ.NET erfolge das Tracking zu zunächst drei genannten Oberzwecken, die wiederum in dreizehn weitere Verwendungszwecke mit z.T. weiteren Unterzwecken aufgeteilt ist. Auf die durch das Tracking gesammelten Daten haben bis zu 144 Unternehmen unmittelbaren und weitere hunderte, wenn nicht tausende, Unternehmen mittelbaren Zugriff. Die gesamte Kette des „Datenhandels“ wurde dem Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt nachvollziehbar offengelegt (zum Sachverhalt im Ganzen siehe 1.4).

Die erfolgten Datenverarbeitungen sind unter Verstoß gegen Artikel 5(1)(a) und 6 DSGVO rechtswidrig.

Eine vermeintliche Einwilligung gemäß Artikel 6(1)(a) DSGVO ist unwirksam.

Sämtliche Regelbeispiele, deren Vorliegen zu einer Unwirksamkeit wegen fehlender Freiwilligkeit führen, sind erfüllt:

Erstens nutzt FAZ.NET ein gegenüber dem Beschwerdeführer bestehendes klares Ungleichgewicht in missbräuchlicher Weise aus (unter 3.1.1). Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass FAZ.NET trotz seiner marktbeherrschenden Stellung als journalistisches Leitmedium und seiner mittelbaren Bindung an die Grundrechte, unverhandelbare einseitige Bedingungen an die Nutzung seiner Inhalte stellt, die nicht einmal zur Finanzierung erforderlich sind.

Zweitens verstößt die eingeholte Erklärung gegen das Kopplungsverbot (unter 3.1.4). Dieses findet ungeachtet der Frage Anwendung, ob die Rundfunkleistung vorliegend ohne vertragliche Verpflichtung erbracht oder im Rahmen eines Schuldverhältnisses. Die Datenverarbeitungen sind zur Erbringung der Rundfunkleistungen nicht erforderlich.

Drittens ist die vermeintliche Einwilligung nicht granular (unter 3.1.5). Obwohl nur eine „Einwilligung“ mit nur einem Klick eingeholt wird, erfolgen diverse Datenverarbeitungen zu einer Vielzahl von Zwecken und durch eine Vielzahl von Verarbeitenden.

Viertens hat der Beschwerdeführer auch keine Möglichkeit, die Abgabe der Einwilligung ohne Nachteil abzulehnen bzw. diese ohne Nachteil zu widerrufen (unter 3.1.2 bzw. 3.1.3.). Die einzig angebotene Alternative ist wucherisch, mit einem hohen praktischen Aufwand verbunden und zwingt zum Abschluss eines Abonnements.

Die Unwirksamkeit der Einwilligung folgt überdies daraus, dass sie zu unbestimmt ist (unter 3.2) und den Beschwerdeführer nicht hinreichend über die Datenverarbeitungen informiert (unter 3.3). Dies ist vornehmlich darauf zurückzuführen, dass die Tragweite der „Einwilligung“ seitens FAZ.NET nicht aufgezeigt wird.

Weitere Rechtmäßigkeitsgründe kommen schließlich nicht in Betracht. Ein Rückgriff auf solche ist bereits gesperrt, da die Beschwerdegegnerin die Abgabe einer Einwilligung verlangt hat (unter 3.4.1). Selbst wenn ein solcher Rückgriff möglich wäre, so ist überdies kein weiterer Rechtmäßigkeitsgrund einschlägig. Insbesondere ist Artikel 6(1)(b) DSGVO nicht tatbestandlich, da kein Vertrag „Leistung gegen Daten“ geschlossen wurde (unter 3.4.2.1). Dies ist vor allem auf dem beiderseitig fehlenden Rechtsbindungswillen und die Unbestimmtheit der vermeintlichen Erklärungen zurückzuführen.

## Übersicht

1. Sachverhalt.....	4
1.1. Verantwortliche / Beschwerdegegnerin.....	4
1.2. Betroffene Person / Beschwerdeführer .....	4
1.3. Verletzte Rechte.....	4
1.4. Besuch der Website FAZ.NET am 11.08.2021.....	4
1.4.1. Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung .....	5
1.4.2. Einwilligungsakt.....	10
1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung.....	20
2. Umfang der Beschwerde .....	20
3. Rechtliche Analyse - Keine wirksame Einwilligung .....	20
3.1. Fehlende Freiwilligkeit .....	21
3.1.1. Klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien.....	21
3.1.1.1. Über-/Unterordnungsverhältnisses.....	22
3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers.....	22
3.1.1.3. Beträchtliche Marktmacht als journalistisches Leitmedium .....	22
3.1.1.4. Missbrauch des Ungleichgewichts .....	24
3.1.2. Keine Möglichkeit, ohne Nachteil abzulehnen .....	24
3.1.2.1. Nachteil bei Verweigerung der Einwilligung .....	25

3.1.2.2.	Pur-Abo knapp 847x teurer als Erlöse durch Einwilligung .....	25
3.1.2.3.	Hoher praktischer Aufwand .....	28
3.1.2.4.	Zwang zum Abschluss eines Abonnements .....	28
3.1.3.	Nachteil bei Widerruf der Einwilligung .....	28
3.1.4.	Fehlende Erforderlichkeit .....	28
3.1.4.1.	Ohne Abonnement .....	29
3.1.4.2.	Mit Abonnement .....	30
3.1.5.	Fehlende Granularität der Einwilligung .....	31
3.1.5.1.	Die „Einwilligung“ auf FAZ.NET .....	31
3.1.5.2.	Die „Einwilligung“ ist nicht auf FAZ.NET begrenzt .....	32
3.1.6.	Kein angemessener Interessensausgleich zwischen den Parteien .....	33
3.1.6.1.	Besondere grundrechtliche Verpflichtung journalistischer Angebote .....	34
3.1.6.2.	Werbetracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots .....	35
3.1.6.3.	Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht .....	36
3.1.7.	Zusammenfassung .....	36
3.2.	Fehlende Bestimmtheit .....	36
3.3.	Fehlende Informiertheit .....	37
3.4.	Keine sonstige Rechtsgrundlagen .....	37
3.4.1.	Sperrwirkung von Artikel 6(1)(a) DSGVO .....	38
3.4.2.	<i>Hilfsweise:</i> Keine andere Rechtsgrundlage einschlägig .....	38
3.4.2.1.	Kein Vertrag „Leistung gegen Daten“, Artikel 6(1)(b) DSGVO .....	38
3.4.2.1.1.	Kein Rechtsbindungswille .....	39
3.4.2.1.2.	Unbestimmtheit .....	39
3.4.2.1.3.	Keine Widerrufsbelehrung .....	40
3.4.2.2.	Keine Überwiegende Interessen des Beschwerdeführers .....	40
3.5.	Beweislast .....	40
4.	Anträge .....	40
4.1.	Antrag auf Untersuchung .....	41
4.2.	Antrag, die relevanten Verarbeitungsvorgänge zu untersagen .....	41
4.3.	Antrag, die erhobenen Daten zu löschen .....	41
4.4.	Antrag, eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe zu verhängen	41
5.	Kommunikation .....	42

## **1. Sachverhalt**

### **1.1. Verantwortliche / Beschwerdegegnerin**

Diese Beschwerde richtet sich gegen Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Thomas Lindner (Vorsitzender) und Dr. Volker Breid, Hellerhofstraße 2-4, 60327 Frankfurt am Main, Deutschland, Verantwortliche für das Nachrichtenportal „FAZ.NET“, erreichbar unter der Adresse [www.faz.net](http://www.faz.net) ist das Online-Angebot des Printmediums Frankfurter Allgemeine Zeitung („FAZ“).

### **1.2. Betroffene Person / Beschwerdeführer**

XXX ist die betroffene Person und der Beschwerdeführer.

Der Beschwerdeführer hat uns, den gemeinnützigen Verein *noyb* – Europäisches Zentrum für digitale Rechte, beauftragt, ihn nach Artikel 80(1) DSGVO zu vertreten (**Anlage 01 – Beauftragung**).

### **1.3. Verletzte Rechte**

Der Beschwerdeführer rügt die folgenden Rechtsverletzungen:

Verstoß gegen die Rechtmäßigkeitsanforderungen des Artikels 5(1)(a) DSGVO und das Fehlen einer Rechtsgrundlage, insbesondere einer wirksamen Einwilligung gemäß Artikel 4(11), 6(1)(a), 7(4) DSGVO.

### **1.4. Besuch der Website FAZ.NET am 11.08.2021**

Der Beschwerdeführer hat am 11.08.2021 das Nachrichtenportal FAZ.NET besucht, um Nachrichten zu lesen. Noch bevor ihm Beiträge angezeigt wurden, wurde er mit einer sogenannten „Cookie-Wall“ konfrontiert. Diese zwang ihn dazu, sich zwischen den zwei Optionen „Wie gewohnt mit Werbung lesen“ und „Werbefrei mit F.A.Z. Pur lesen“ zu entscheiden, um Zugriff zu bekommen (**Anlage 02 – Cookie-Wall**).

**Herzlich Willkommen!**

Wie möchten Sie FAZ.NET nutzen?

**Wie gewohnt mit Werbung lesen**

Nutzen Sie FAZ.NET mit personalisierter Werbung, Werbettracking, Nutzungsanalyse und externen Multimedia-Inhalten. Details zu Cookies und Verarbeitungszwecken sowie zu Ihrer jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit finden Sie unten, im [Cookie-Manager](#) sowie in unserer [Datenschutzerklärung](#).\*

**EINVERSTANDEN**

Erfahren Sie mehr in den [FAQs](#).

**Werbefrei mit F.A.Z. Pur lesen**

Lesen Sie FAZ.NET fokussiert ohne Werbung und ohne Werbettracking für 4,99 € pro Monat. Schließen Sie jetzt das F.A.Z. Pur-Abo ab.

**WERBEFREI LESEN**

Sie beziehen bereits ein F.A.Z. Pur-Abo? Hier [anmelden](#).

Bild 1 – Ein Ausschnitt der FAZ.NET Cookie-Wall

Der Beschwerdeführer wählte die Option „Wie gewohnt mit Werbung lesen“ und klickte auf den Button „EINVERSTANDEN“. Damit bekam er Zugang zum Nachrichtenportal FAZ.NET.

Im Folgenden werden der Gegenstand der Einwilligung, der Akt der Einwilligung und die Folgen der Erteilung der Einwilligung im Detail untersucht:

#### 1.4.1. Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung

Wie aus dem Screenshot unter Bild 1 und Anlage 02 ersichtlich, bedeutet die Option „Wie gewohnt mit Werbung lesen“ den Zugriff auf FAZ.NET „mit personalisierter Werbung, Werbettracking, Nutzungsanalyse und externen Multimedia-Inhalten“. Diese „Zustimmung“ soll dabei „jederzeit“ widerrufbar sein.

In der „Cookie-Wall“ wird der Nutzer „**[F]ür die Nutzung mit Werbung und Cookies**“ auf Folgendes hingewiesen:

*„Wir, die Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH und unsere Partner, verarbeiten Daten (Informationen wie Cookies, Geräte-Kennungen, IP-Adresse) für unten näher beschriebene Zwecke. Es werden Informationen auf Ihrem Gerät gespeichert und abgerufen. Durch das Klicken des ‚Einverstanden‘-Buttons stimmen Sie dieser Verarbeitung zu. Darüber hinaus willigen Sie gemäß Art. 49 Abs. 1 DSGVO ein, dass die Partner die Daten gegebenenfalls auch in Drittländern verarbeiten, in denen kein vergleichbares Datenschutzniveau vorherrscht (z.B. in den USA). In solchen Fällen ist es etwa möglich, dass Behörden dieser Drittländer auf die Daten Zugriff nehmen.“*

- **Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen**
- **Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen**

- **Einbindung von externen Multimedia-Inhalten“**

Durch Klick auf die beiden Verwendungszwecke erfährt der Nutzer sodann weiter:

- **„Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen**  
*Für die Ihnen angezeigten Verarbeitungszwecke können Cookies, Geräte-Kennungen oder andere Informationen auf Ihrem Gerät gespeichert oder abgerufen werden.*
- **Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen**  
*Anzeigen und Inhalte können basierend auf einem Profil personalisiert werden. Es können mehr Daten hinzugefügt werden, um Anzeigen und Inhalte besser zu personalisieren. Die Performance von Anzeigen und Inhalten kann gemessen werden. Erkenntnisse über Zielgruppen, die die Anzeigen und Inhalte betrachtet haben, können abgeleitet werden. Daten können verwendet werden, um Benutzerfreundlichkeit, Systeme und Software aufzubauen oder zu verbessern.*
- **Einbindung von externen Multimedia-Inhalten**  
*Für eine umfassendere Informationsdarstellung nutzen wir auf unseren Websites Inhalte von Dritten, wie z.B. Social Media- oder Video-Plattformen, angezeigt. Dabei werden durch diese Dritten, die auch zu den oben genannten Partnern zählen, Daten verarbeitet.“*

Was „Tracking“ bedeutet, wird in der verlinkten Datenschutzerklärung, die ausgedruckt 20 DIN A4-Seiten umfasst, und insbesondere im „Cookie-Manager“ erklärt.

Weiter steht im Cookie-Manager (**Anlage 03 – Cookie-Manager**):

*„Falls Sie sich nicht für unser Pur-Abo entscheiden, benötigen wir (Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH) und unsere Partner vor Ihrer Nutzung unserer Website Ihr jederzeit widerrufliches Einverständnis, um Daten (Informationen wie Cookies, Geräte-Kennung, IP-Adresse) für unten jeweils beschriebene Zwecke zu verarbeiten.“*

Wozu „personalisierte[...] Werbung [und] Werbettracking“ dabei genau erforderlich ist, wird an dieser Stelle nicht deutlich.

Auf der ersten Seite der Cookie-Wall wird der Nutzer auf die oben beschriebenen drei Oberzwecke hingewiesen. In dem, dem Nutzer nicht unmittelbar angezeigten, Cookie-Manager (<https://www.faz.net/aktuell/> - dynamische URL) teilt FAZ.NET die Zwecke sodann in insgesamt dreizehn weitere Verwendungszwecke (anstelle der auf der ersten Seite der „Cookie-Wall“ dargestellten drei Verwendungszwecke) mit z.T. weiteren Unterzwecken:

1. „Personalisierte Inhalte auswählen“;
2. „Personalisierte Anzeigen auswählen“;

3. „Auswahl einfacher Anzeigen“;
4. „Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen“;
5. „Ein personalisiertes Inhalts-Profil erstellen“;
6. „Anzeigen-Leistung messen“;
7. „Inhalte-Leistung messen“;
8. „Marktforschung einsetzen, um Erkenntnisse über Zielgruppen zu gewinnen“;
9. „Produkte entwickeln und verbessern“;
10. „Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen“;
11. „Einbindung von externen Multimedia-Inhalten“;
12. „Funktionale Verwendungszwecke
  - a. „Sicherheit gewährleisten, Betrug verhindern und Fehler beheben“,
  - b. „Anzeigen oder Inhalte technisch bereitstellen“;
  - c. „Notwendige Technologien“ und schließlich
13. „Zusatzfunktionen“ mit den folgenden Unterkategorien
  - a. „Mit Offline-Datenquellen zusammenführen“,
  - b. „Verschiedene Geräte verknüpfen“, sowie
  - c. „Empfangen und Verwenden automatisch gesendeter Geräteeigenschaften für die Identifikation“.

Zusätzlich zu den dreizehn Verarbeitungszwecken werden rund 144 Unternehmen als Partner gelistet und verlinkt, mit denen FAZ.NET zusammenarbeitet. Die Datenschutzerklärungen dieser Unternehmen sind nicht alle auf Deutsch erhältlich. Die graphische Liste der Anbieter ist zu lang, um sie in dieser Beschwerde darzustellen. Daher verweisen wir auf **Anlage 04 – Anbieterübersicht**.

Diese Partnerunternehmen arbeiten ausweislich deren Datenschutzerklärungen dynamisch mit weiteren (mitunter wechselnden) Partnern zusammen.

Beispielhaft sei [1plusX AG](#) genannt, die für diverse Zwecke, wie z.B. „Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen“ oder „ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen“, gelistet

wird. In der Datenschutzerklärung der 1plusX AG werden 16 weitere Partner gelistet, die natürlich ebenfalls mit weiteren Unternehmen zusammenarbeiten und ggf. wofür das „plusX“ im Namen steht (**Anlage 05 – 1plusX Datenschutzerklärung**):

- Adform
- Addition Technologies
- Contact Impact
- DreamLab
- Facebook
- Google Ad Manager
- Google Display & Video 360
- Improve Digital
- Madvertise
- MediaMath
- MailChimp
- One by AOL
- Rubicon Project
- Smart Ad Server
- Xandr
- YieldLab

Die gesamte Kette des „Datenhandels“ wurde dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der vermeintlichen Einwilligung weder von der Beschwerdegegnerin irgendwo dargelegt, noch ist sie danach irgendwie anders überschaubar – vermutlich nicht mal für die Beschwerdegegnerin selbst.

Beispielhaft für die Auswüchse des Datenhandels in der Online-Werbung wird auf die von Dr. Johnny Ryan beim Landgericht Hamburg eingereichte Klage verwiesen (**Anlage 06 – Klage LG Hamburg**), die detailliert die Verarbeitungsvorgänge in der Online-Werbeindustrie erklärt und belegt. Wir verweisen aber auch gerne auf die Feststellungen der Datenschutzbehörden mehrerer deutscher Länder:

*Für Nutzerinnen und Nutzer besteht durch die Praxis der Medienunternehmen ein erhebliches Risiko. Die im Rahmen des Nutzertrackings erhobenen personenbezogenen Daten werden insbesondere zur Erstellung und Anreicherung umfassender und seitenübergreifender Persönlichkeitsprofile genutzt. Diese werden für das Onlinemarketing, insbesondere im Real Time Bidding-Verfahren (Echtzeitauktion von Werbeplätzen) eingesetzt.*

(Länderübergreifende Prüfung: Einwilligungen auf Webseiten von Medienunternehmen sind meist unwirksam - Nachbesserungen sind erforderlich, Der Hamburgische Beauftragte für den Datenschutz: <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2021/06/2021-06-30-medienwebsites>)



Ob die genannten Daten unmittelbar von den Anbietern oder erst von der Verantwortlichen erhoben und dann an die Anbieter übermittelt werden, wurde nicht näher untersucht, weil dies für diese Beschwerde irrelevant ist. Die gesamte Kette der Verantwortlichen scheinen ihre Rechtsgrundlage in dem einen Klick auf den Button der Beschwerdegegnerin zu sehen.

Klar ist, dass bei der vermeintlichen Einwilligung zum Tracking verschiedene Nutzungsprofile erstellt werden, wie auch bereits in der *Cookie-Wall* vorweggestellt (eigene Hervorhebung):

*„Anzeigen und Inhalte können basierend auf einem Profil personalisiert werden. Es können mehr Daten hinzugefügt werden, um Anzeigen und Inhalte besser zu personalisieren. Die Performance von Anzeigen und Inhalten kann gemessen werden. Erkenntnisse über Zielgruppen, die die Anzeigen und Inhalte betrachtet haben, können abgeleitet werden. Daten können verwendet werden, um Benutzerfreundlichkeit, Systeme und Software aufzubauen oder zu verbessern.“*

Somit ist Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung eine unüberschaubare Kette an erstellten Nutzungsprofilen und anderen Verarbeitungsprozessen, beginnend mit den rund 140 Partnerunternehmen von FAZ.NET. Das Ende der Kette ist wegen der steten und dynamischen Weitergabe von einem Partner an den nächsten nicht ersichtlich. Diese Datenweitergaben finden ausweislich des Cookie-Managers für diverse, unklare Verarbeitungszwecken statt.

Die Datenschutzerklärung (**Anlage 07 – FAZ.NET Datenschutzerklärung**, eigene Hervorhebung) erklärt weiter, dass FAZ.NET ihr Angebot durch die Einwilligung finanziert:

*„Unsere Seite [www.faz.net](http://www.faz.net) und entsprechende Artikel auf FAZ.NET können Sie wie bisher einerseits kostenlos besuchen (soweit Sie keinen Zugriff auf FAZ+ Artikel nehmen wollen). In diesem Fall sind wir aber weiterhin darauf angewiesen, uns durch Werbung zu finanzieren. Damit ist der Einsatz von personalisierter Werbung, Werbettracking und Nutzungsanalyse verbunden (dazu unten a.(1)). Entsprechend bitten wir Sie in diesen Fällen um die Erteilung Ihres jederzeit widerruflichen Einverständnisses.“*

Hierzu heißt es unter 8. a.(1) der Datenschutzerklärung weiter:

*„Falls Sie sich nicht für unser F.A.Z. Pur-Abo entscheiden, benötigen wir (Frankfurter Allgemeine Zeitung GmbH) und unsere Partner (Anbieter) vor Ihrer Nutzung unserer Websitewww.faz.net Ihr jederzeit widerrufliches Einverständnis, um Daten (Informationen wie Cookies, Geräte-Kennung, IP-Adresse) für personalisierte Werbung, Werbettracking, Nutzungsanalysen, Anzeigen von externen Multimedia-Inhalten (Näheres unten bei den "Zwecken") zu verarbeiten. [...]“*

Hierbei ist jedoch anzumerken, dass die Beschwerdegegnerin mit keinem Wort die Finanzierung durch andere Einnahmequellen (insbesondere hausinterne Werbung, externe Werbung ohne Tracking, Native-Advertising, Affiliate Links, Kooperationen und zahlreiche andere

Finanzierungsquellen) erwähnt und den falschen Eindruck erweckt, dass die Finanzierung allein vom Tracking abhängen würde.

Eine Studie aus den USA zeigt, dass sich die Einnahmen eines Mediums nur um etwa 4 % steigern, wenn es Werbe-Tracking im Gegensatz zu Werbung ohne die Nutzung personenbezogener Daten verwendet (*Veronica Marotta, Vibhanshu Abhishek, and Alessandro Acquisti, Online Tracking and Publishers' Revenues: An Empirical Analysis, Mai 2019, abrufbar unter [https://weis2019.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/6/2019/05/WEIS\\_2019\\_paper\\_38.pdf](https://weis2019.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/6/2019/05/WEIS_2019_paper_38.pdf), S. 1, 6, 20ff.*). Der Rest der Einnahmen geht an die hunderten Partner der Beschwerdegegnerin.

Dass die Werbefinanzierung daher mittels „*Werbetracking*“ erfolgt, ist nach unserem Wissensstand schlichtweg falsch. Viel mehr dürfte es sich um ein „Körpergeld“ handeln. Der Beweis obliegt naturgemäß der Beschwerdegegnerin.

### **Zusammenfassung**

FAZ.NET sieht die vermeintliche Einwilligung als Einwilligung zu „*personalisierter Werbung, Werbetracking, Nutzungsanalyse und externen Multimedia-Inhalten*“. Durch diese Verarbeitung könne FAZ.NET die Dienste finanzieren. Der Grund der Verarbeitung wird von FAZ.NET allerdings in drei bzw. dreizehn weitere Verarbeitungszwecke unterteilt. Der Beitrag des Trackings zur Finanzierung scheint vernachlässigbar.

Folglich soll die *eine* Einwilligung des Beschwerdeführers je nach Differenzierungsgrad verschiedene Verarbeitungszwecke umfassen. Der ultimative Zweck der verschiedenen Verarbeitungszwecke bleibt jedoch die Generierung von Zusatzeinnahmen.

#### **1.4.2. Einwilligungsakt**

Wie oben Bild 1 zeigt, wird ein Leser beim erstmaligen Besuch von FAZ.NET mit einer Cookie-Wall konfrontiert und kann sich für zwei Modelle entscheiden:

##### ***Alternative 1: Einwilligung***

Der Leser kann entweder auf „*EINVERSTANDEN*“ klicken, um mit nur einem einzigen Klick und innerhalb von Sekunden Zugang zu FAZ.NET zu erhalten. Der Zugang erfolgt dann mit Werbung und sonstigen Datenverarbeitungen gemäß der Datenschutzerklärung und dem Cookie-Manager (siehe unter 1.4.1).

##### ***Alternative 2: Abo für EUR 59,88 pro Jahr***

Alternativ kann der Leser das sogenannte Pur-Abo abschließen, das mit hohen Kosten und hohem praktischem Aufwand von über rund 25 Klicks und 2 Minuten, wie unten ausgeführt, verbunden ist.

## Kosten

Ein Pur-Abo kostet EUR 4,99/Woche (also EUR 59,88 pro Jahr, monatlich kündbar). Dies gilt auch, wenn ein F+-Abonnement oder ein FAZ-Digital-Abonnement vorliegt. Eine Ermäßigung des Pur-Abonnements bzw. das Absehen von Werbettracking ist für entsprechende Abonnenten nicht vorgesehen. Mit anderen Worten: Die Ausübung des „freien Willens“ des Betroffenen kostet auf das Jahr gerechnet mindestens EUR 59,88.

## Praktischer Aufwand

Während „Wie gewohnt mit Werbung lesen“ nur einen einzigen Klick erfordert, verlangt der Abschluss eines Pur-Abos die folgenden Schritte, verteilt auf fünf Seiten bei FAZ.NET, diversen Seiten des jeweiligen Zahlungsdienstleisters sowie einer Email:

### I. Erste Seite

#### (1) Auf „WERBEFREI LESEN“ klicken.

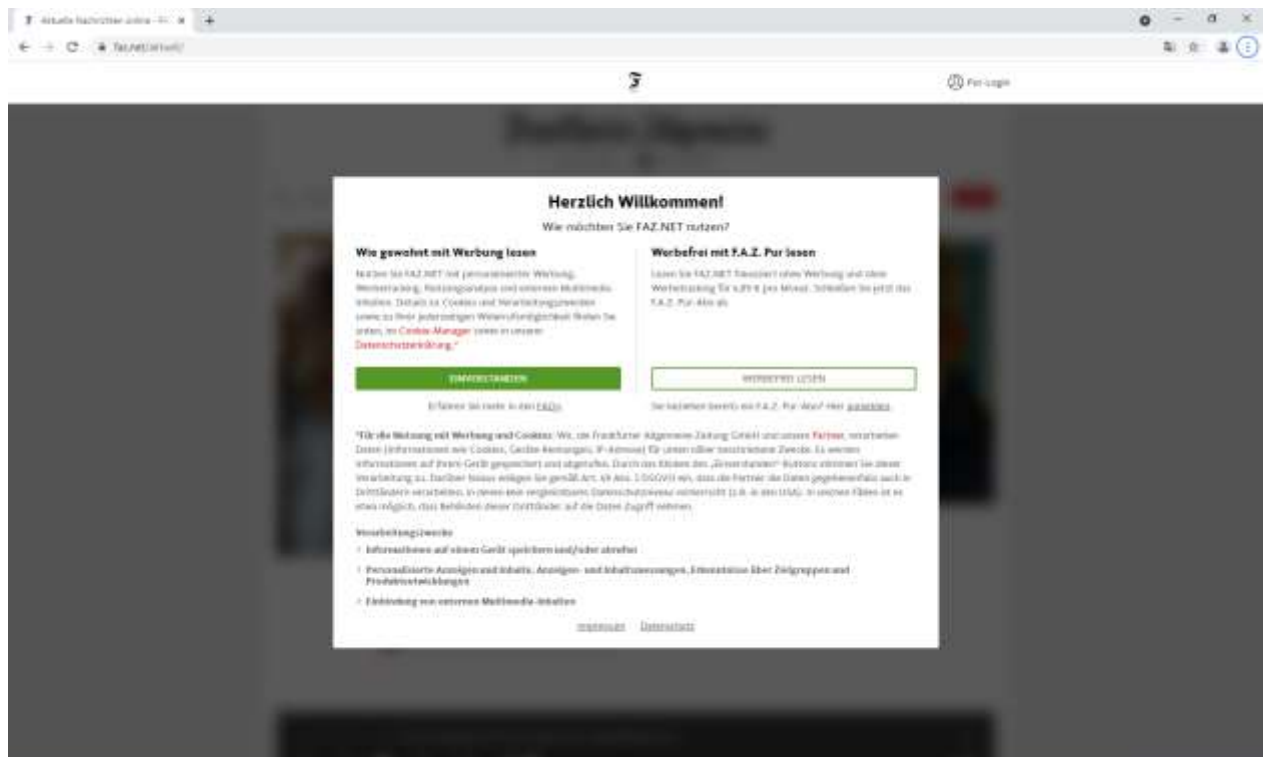


Bild 2 – Erste Seite – Cookie Wall

- II. Zweite Seite  
(2) Auf „Jetzt bestellen“ klicken.

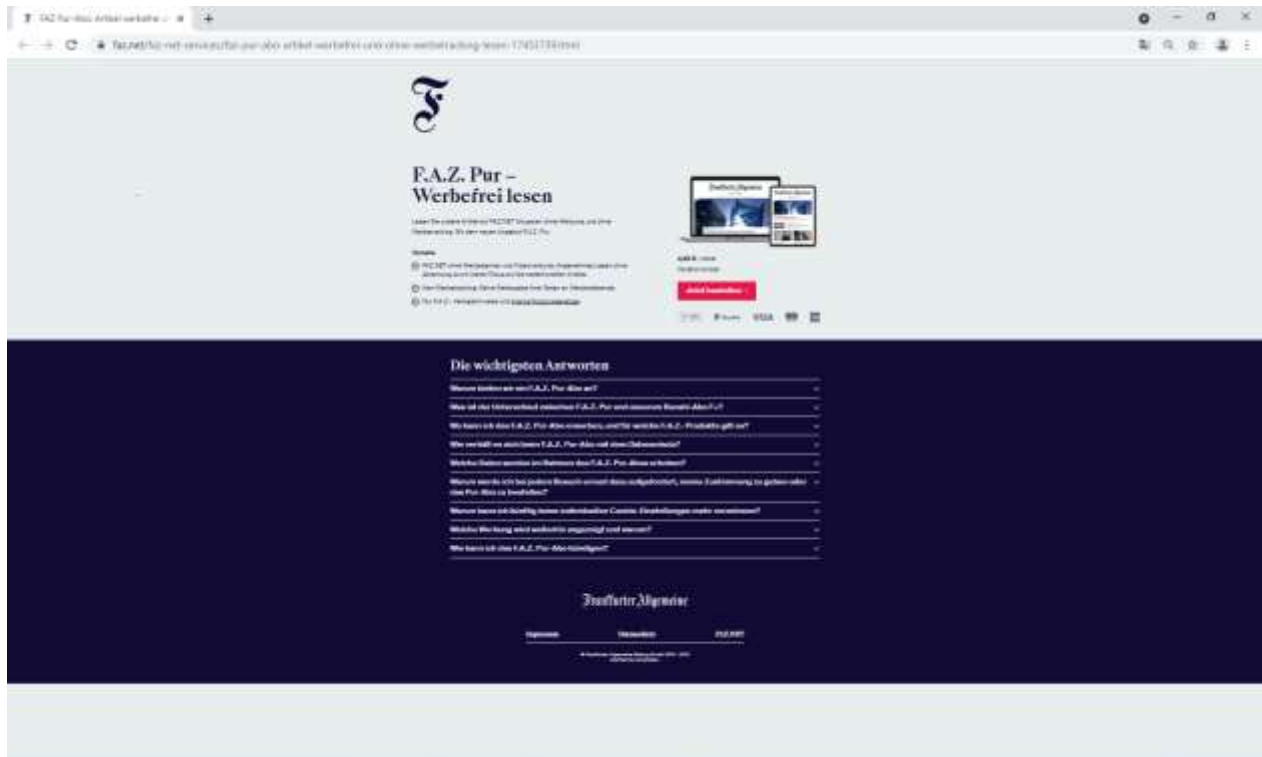


Bild 3 – Zweite Seite – Jetzt bestellen

### III. Dritte Seite (Cookie-Wall)

- (3) Um auf die eigentliche dritte Seite des Registrierungsprozesses zu gelangen, muss zunächst auf eine zweite Cookie-Wall reagiert werden. Um keine vollständige Zustimmung zu erteilen, muss zunächst auf „EINSTELLUNGEN“ geklickt werden.
- (4) Auf „AUSWAHL SPEICHERN“ klicken.



Bild 4 – Dritte Seite – Zweite Cookie-Wall

#### IV. Dritte Seite (Persönliches F.A.Z. Konto anlegen)

- (5) Email-Adresse eingeben.
- (6) Benutzernamen eingeben.
- (7) Passwort eingeben.
- (8) Ggf. Opt-In, sofern man damit einverstanden ist, „per E-Mail Informationen zu Verlagsprodukten, Events, Umfragen oder Gewinnspielen der F.A.Z. bis auf Widerruf erhalten.“
- (9) Ggf. Opt-In, sofern man damit einverstanden ist, „[d]en F+Newsletter mit exklusiven Artikelempfehlungen der Redaktion [...] jeden Samstag (jederzeit widerruflich) gerne per E-Mail [zu]erhalten.“
- (10) Auf „Registrieren“ klicken. Damit erklärt man zugleich, „die Allgemeinen Nutzungsbedingungen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Datenschutzerklärung gelesen [habe] und [diese] akzeptiere.“. Sofern der Benutzername schon vergeben ist, ist ein neuer Benutzername zu wählen. Dann sind die Schritte (7) und (10) zu wiederholen

The screenshot shows the registration page of the Frankfurt Allgemeine (F.A.Z.). The page has a header with the logo and a navigation bar. The main content area is divided into two columns. The left column is titled 'Persönliches F.A.Z. Konto anlegen' and contains a registration form with fields for 'E-Mail-Adresse', 'Benutzername', and 'Passwort'. Below the form are two checkboxes for opting into newsletters and promotional emails. The right column is titled 'F.A.Z. Pur-Abo' and features a subscription offer for 4,99 € per month. The page is in German and includes a 'Zurück' button in the top left corner.

Bild 5 - Dritte Seite – Persönliches F.A.Z. Konto anlegen

V. Email zur Bestätigung der Registrierung

- (11) Nach dem Klick auf „Registrieren“ erfolgt eine Weiterleitung auf die vierte Seite (siehe sogleich). Gleichzeitig erhält der/die Registrierende eine Email, in der zur Bestätigung der Registrierung aufgefordert wird. Diese erfolgt durch Klick auf „Konto bestätigen“.

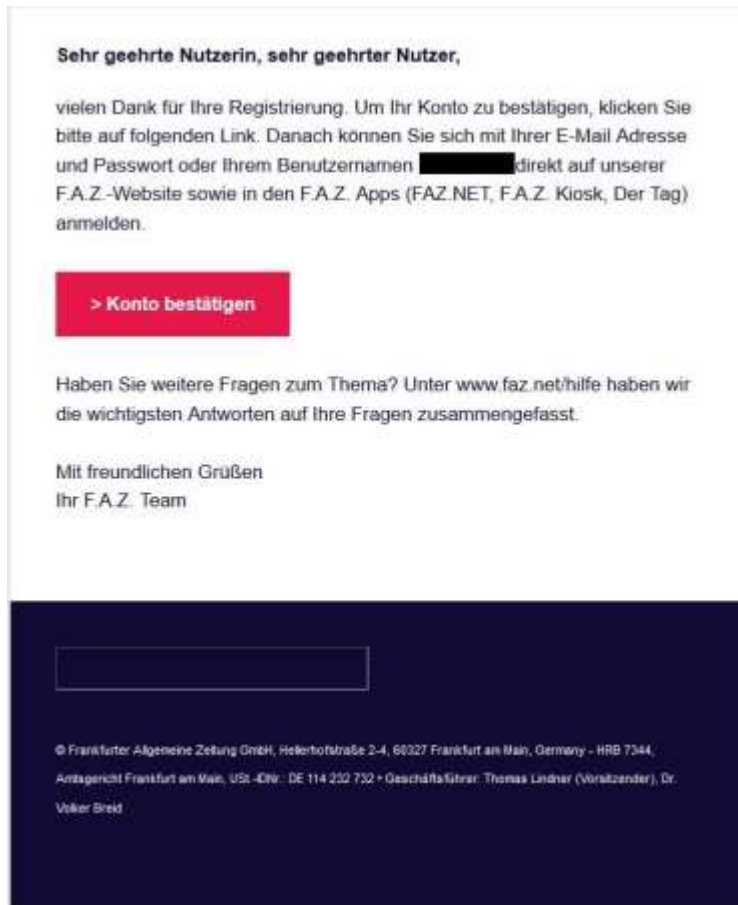


Bild 6 – Email – Bestätigung der Registrierung

VI. Vierte Seite (Zahlungsart wählen)

(12) Zahlungsart wählen („PayPal“ ist vorausgewählt)

(13) Nutzungsland wählen („Österreich“ ist vorausgewählt)

(14) Je nach ausgewählter Zahlungsart, beispielsweise für PayPal durch Klicken auf „Weiter mit PayPal“ auf die Webseite von PayPal weitergeleitet werden.

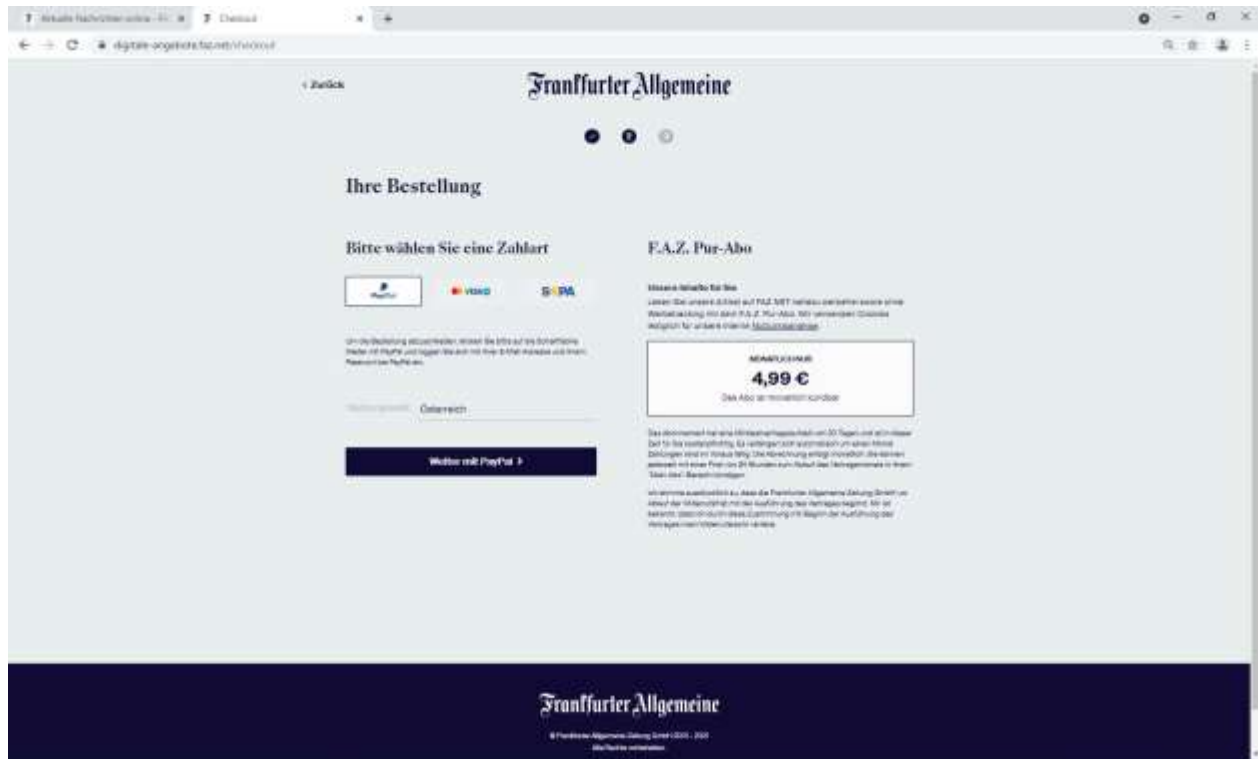


Bild 7 – Vierte Seite – Zahlungsart wählen



VII. Unterseiten nach Weiterleitung - Je nach Zahlungsart, beispielsweise für PayPal, kommen bis zu fünf Unterseiten dazu:

- (15) Email-Adresse oder Handynummer eingeben.
- (16) Auf „Weiter“ klicken.
- (17) Passwort eingeben.
- (18) Auf „Einloggen“ klicken.
- (19) Zum Erhalt einer SMS zur Authentifizierung auf „Weiter“ klicken.
- (20) Authentifizierungs-Code eingeben.
- (21) Auf „Weiter“ klicken.
- (22) Ggf. Auswahl aus verschiedenen bei PayPal hinterlegten Zahlungsmitteln treffen.
- (23) Ggf. Auswahl des Zahlungsmittels mit Klick auf „Weiter“ bestätigen.
- (24) Auf „Zustimmen und weiter“ klicken. Es erfolgt eine Weiterleitung zurück auf die Webseite FAZ.NET.



Bild 8 – Beispiel: Weiterleitung zu PayPal, erste und zweite Unterseite



Bild 9 – Beispiel: Weiterleitung zu PayPal, dritte und vierte Unterseite



Bild 10 – Beispiel: Weiterleitung zu PayPal, fünfte Unterseite

#### VIII. Fünfte Seite (Bestellung abschließen)

- (25) Soweit ersichtlich, ist es nicht verpflichtend, eine Rechnungsadresse anzugeben. Sofern dies jedoch gewünscht ist, sind die Schritte (26) bis (39) vorzunehmen. Andernfalls kann die Bestellung ohne Angabe einer Rechnungsadresse an dieser Stelle durch Klicken auf „Zahlungspflichtig bestellen“ abgeschlossen werden.

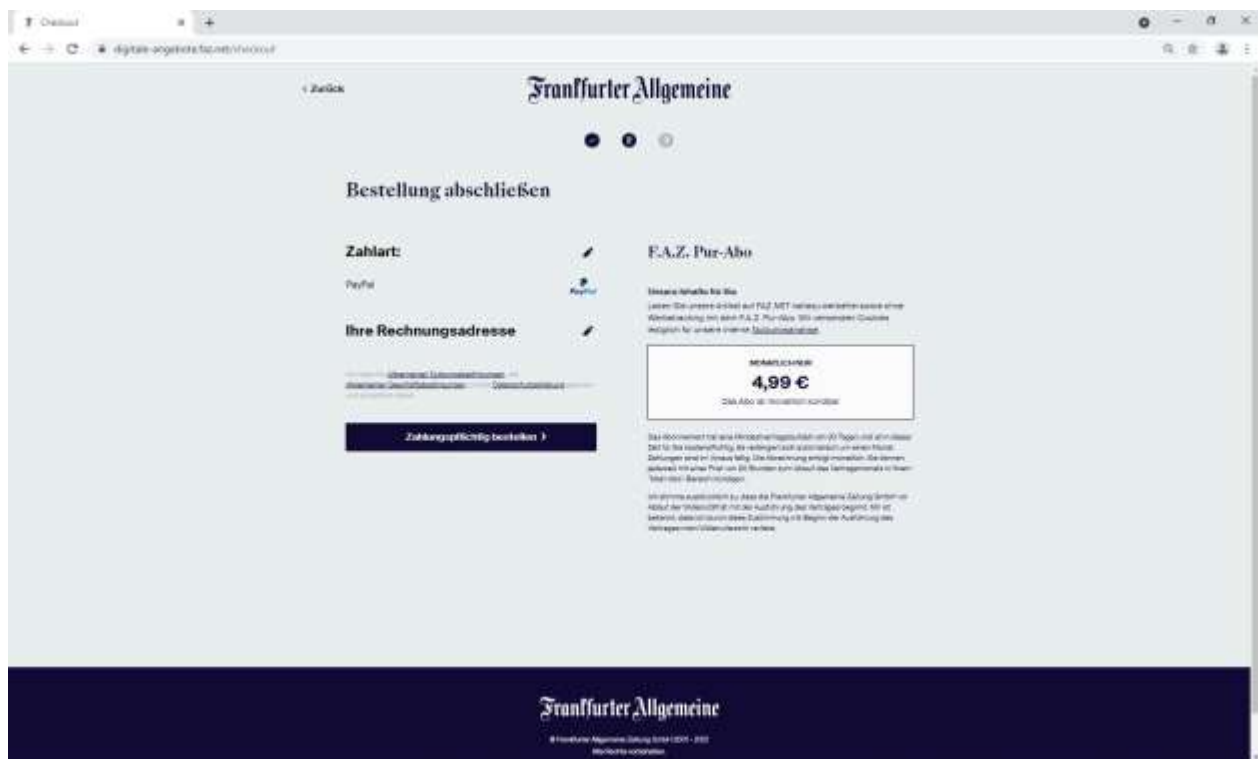


Bild 11 – Fünfte Seite – Bestellung abschließen

- (26) Sofern das Hinterlegen einer Rechnungsadresse gewünscht ist: Auf das Stift-Symbol neben „Ihre Rechnungsadresse“ klicken. Dadurch öffnet sich eine Eingabefläche.
- (27) Zwischen „Privatperson“ und „Firma“ auswählen („Privatperson“ ist vorausgewählt).
- (28) Anrede eingeben.
- (29) Ggf. Titel eingeben.
- (30) Vorname eingeben.
- (31) Nachname eingeben.
- (32) Straße eingeben.
- (33) Hausnummer eingeben.
- (34) Optional: Adresszusatz eingeben.
- (35) Postleitzahl eingeben.
- (36) Ort eingeben.
- (37) Land auswählen („Österreich“ ist vorausgewählt).
- (38) Ggf. Ust-IdNr. eingeben.
- (39) Auf „Adresse speichern“ klicken.

The screenshot shows the checkout page of the Frankfurt Allgemeine website. The main heading is 'Ihre Bestellung'. Below it, there's a section for 'Ihre Rechnungsadresse' (Your Billing Address) with a form to enter details. To the right, there's a summary of the order, including the price '4,99 €' and a button 'Adresse speichern'. The footer of the page displays the 'Frankfurter Allgemeine' logo and some legal information.

Bild 12 – Fünfte Seite – ggf. Rechnungsadresse angeben

Im Unterschied zum Abrufen des Artikels mit einem Klick mit einer Einwilligung zum Werbe-Tracking, sind hier also etwa 25 Klicks und verschiedene Eingaben (mitunter von endlosen Zahlen wie einer IBAN) nötig.

Nach eigenen Tests wird der durchschnittliche Nutzer für den Abschluss mindestens 2 Minuten bei Auswahl von PayPal als Zahlungsmöglichkeit benötigen, wohlgemerkt gänzlich *ohne* eine Sichtung der verlinkten Datenschutzerklärung und AGB und unter der Annahme, dass das neue FAZ.NET Passwort sofort ausgedacht und notiert wird und das PayPal-Passwort sofort ohne Suche im Passwortmanager o.ä. eingegeben wird.

#### **1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung**

Als Folge dessen, dass der Beschwerdeführer „*EINVERSTANDEN*“ geklickt hat, wurden die personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers für Werbung und Tracking wie oben ausgeführt verarbeitet (**Anlage 08 – HAR-Datei des Besuchs**).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer mit einem „sauberen“ Browser ohne Browsing-Historie die Seite besucht hat. In der Regel wird dies nicht der Fall sein, weswegen der datenschutzrechtliche Eingriff bei „normalen“ Lesern noch stärker ausfallen wird.

## **2. Umfang der Beschwerde**

Die Beschwerde beschränkt sich auf die fehlende Rechtmäßigkeit der Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers für „*personalisierte[...] Werbung, Werbettracking, Nutzungsanalyse und externe[...] Multimedia-Inhalte[...]*“.

Die fehlende Rechtmäßigkeit des vorgelagerten Setzens von Cookies und anderen Trackingtechnologien wird unter Vorbehalt nicht gerügt.

## **3. Rechtliche Analyse - Keine wirksame Einwilligung**

Die Verarbeitung für Werbe-Tracking ist rechtswidrig. Sie kann auf keine der in Artikel 6(1) DSGVO genannten Rechtmäßigkeitsbedingungen gestützt werden.

Insbesondere liegt keine wirksame Einwilligung nach Artikel 6(1)(a) DSGVO vor.

Darauf, ob eine andere Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO einschlägig ist, kommt es nicht an. Ein Rückgriff auf einen anderen gesetzlichen Erlaubnistatbestand ist nach Einholen einer Einwilligung unzulässig. Selbst wenn ein solcher Rückgriff zulässig wäre, wäre jedenfalls auch keine andere Rechtsgrundlage tatbestandlich (unter 3.4).

Die Beschwerdegegnerin beruft sich zu Unrecht auf die Einwilligung als Rechtfertigung für die bemängelten Datenverarbeitungen. Damit eine Einwilligung wirksam erteilt werden kann, muss sie u.a. „freiwillig“ erfolgen, wie in Artikel 4(11) DSGVO klargestellt und in Artikel 7(4) DSGVO

weiter spezifiziert. Die vermeintliche Einwilligung des Beschwerdeführers wurde vorliegend jedoch nicht „freiwillig“ erteilt, weswegen sie unwirksam ist.

Darüber hinaus ist die Einwilligung auch deshalb unwirksam, weil die ersuchte Einwilligung entgegen Artikel 4(11) DSGVO nicht für den bestimmten Fall (unter 3.2) und nicht in informierter Weise erfolgt ist (siehe 3.3).

### **3.1. Fehlende Freiwilligkeit**

Gemäß Erwägungsgrund 42 Satz 5 DSGVO bedeutet „freiwillig“ gegeben, dass die betroffene Person in der Lage sein muss, eine echte Wahl zu treffen hinsichtlich des Ob, Wieviel und Wem er die Nutzung seiner Daten gestattet (*Ernst* in Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 4 Rn. 69).

Dies wird in Artikel 7(4) DSGVO als auch in den Erwägungsgründen 42 Satz 5 und 43 DSGVO mit Beispielen weiter ausdifferenziert. Die dabei eingeführten Kriterien stellen Regelbeispiele dar, bei deren Vorliegen die Freiwilligkeit entfällt (vgl. *Albers/Veit* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2020, DS-GVO Art. 6 Rn. 23). Die folgenden Regelbeispiele sind anerkannt (vgl. EDSA 05/2020 Rn. 13 ff.; *Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, 3. Aufl. 2020 Rn. 41, DS-GVO Art. 7 Rn. 41) und auch erfüllt:

1. Klares Ungleichgewicht zwischen der betroffenen Person und der Verantwortlichen nach Erwägungsgrund 43(1) DSGVO (unter 3.1.1).
2. Keine Möglichkeit, ohne Nachteil abzulehnen, siehe Erwägungsgrund 42(5) DSGVO (unter 3.1.2).
3. Verstoß gegen das Kopplungsverbot nach Artikel 7(4) DSGVO (unter 3.1.4).
4. Fehlende Granularität der Einwilligung nach Erwägungsgrund 43(2) DSGVO (unter 3.1.5).

Im Einzelnen:

#### **3.1.1. Klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien**

Erwägungsgrund 43 DSGVO erklärt, dass eine Einwilligung nicht als frei gegeben angesehen werden kann, „wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht (...) und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde“.

Insofern bedarf es einer zweistufigen Prüfung. Auf der ersten Ebene ist festzustellen, ob das Verhältnis zwischen den Parteien als Über-/Unterordnungsverhältnis aufzufassen ist. Sodann ist für den Einzelfall sicher zu stellen, dass die Einwilligung nicht doch frei erteilt wurde (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 50; *Kühling/Buchner* in Buchner/Kühling, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 42-45).

Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt; der Beschwerdeführer ist zum einen in einer untergeordneten Rolle gegenüber der Beschwerdegegnerin (siehe sogleich 3.1.1.1) und zum anderen ist es in Anbetracht aller konkreten Umstände wegen des Ungleichgewichts unwahrscheinlich, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde (dazu 3.1.1.4).

#### **3.1.1.1. Über-/Unterordnungsverhältnisse**

Weil der Beschwerdeführer in keiner Position ist, die Bedingungen für den Zugang zu FAZ.NET zu verhandeln und weil die FAZ eine beträchtliche Marktmacht als journalistisches Leitmedium genießt, ist der Beschwerdeführer gegenüber der Beschwerdegegnerin in einer untergeordneten Rolle.

#### **3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers**

Die FAZ bestimmt die Bedingungen für die Nutzung von FAZ.NET einseitig ohne Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers. Willigt ein Leser nicht in das Werbe-Tracking ein, kann er FAZ.NET nicht kostenfrei besuchen. Es besteht keine Wahl, Werbung und Tracking abzulehnen, ohne ein Pur-Abonnement abzuschließen.

Kann jedoch ein Verantwortlicher die Erfüllung einer Leistung von einer Einwilligung abhängig machen, ist anzunehmen, dass der Verantwortliche in einer übermächtigen Position ist und der Betroffene die Leistung nicht anderweitig erhalten kann; eine Einwilligung ist in einem solchen Fall nicht „freiwillig“ erteilt (vgl. *Frenzel* in Paal/Pauly, DSGVO-BDSG, Art. 7 Rn. 21; Bundeskartellamt, Facebook, B6-22/16, Rn. 552; EDSA 05/20, Rn. 13).

Die fehlende Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers beruht u.a. darauf, dass die FAZ ein Leitmedium ist und eine beträchtliche Marktmacht innehat.

#### **3.1.1.3. Beträchtliche Marktmacht als journalistisches Leitmedium**

Journalistische Angebote genießen ihrer Natur nach als sog. „Vierte Gewalt“ und ihren unabdingbaren Beitrag zur freien Meinungsbildung eine besondere Rolle in der Gesellschaft, die in der Beurteilung der Freiwilligkeit einer Einwilligung berücksichtigt werden muss.

So erklärt der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Dr. Stefan Brink, dass journalistische Angebote *„ein besonderes (...) Vertrauen vonseiten der Bevölkerung [genießen], indem sie zur freien Meinungsbildung beitragen. Dieses Vertrauensverhältnis sollte sich auch im verantwortungsvollen Umgang der Medien mit Nutzerdaten widerspiegeln“* (Anlage 09 - LfDI BW).

Damit knüpft Dr. Brink zum einen an die grundrechtlichen Presse- und Rundfunkfreiheiten gemäß Artikel 5(1) S. 2 GG an. Zum anderen greift er das Grundrecht der Informationsfreiheit gemäß Artikel 5(1) S. 1 HS 2 GG auf. Die Informationsfreiheit gewährt dem Einzelnen das Recht, sich *ungehindert* aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren.

„Ungehindert“ bedeutet ohne eine nicht gerechtfertigte Erschwerung der Informationsbeschaffung. Dieses Abwehrrecht ist nicht nur gegen den Staat gerichtet; sie kann

auch zur Abwehr von Behinderungen durch private Dritte dienen, wie vom BVerfG bestätigt: „[Das] Grundrecht [auf Informationsfreiheit] beansprucht auch in zivilgerichtlichen Streitigkeiten (...) Beachtung“ (BVerfG, 1 BvR 1687/92, Rn. 16). Soweit sich ein privater Dritter für die Rechtfertigung der Behinderung auf allgemeine Vorschriften stützt, „ist bei [deren] Auslegung und Anwendung dem Grundrecht der Informationsfreiheit Rechnung zu tragen“ (BVerfG, 1 BvR 1687/92, Rn. 18).

Ungehindert bedeutet natürlich nicht, dass Informationsquellen kostenlos zu Verfügung gestellt werden müssen.

Darin wird aber anerkannt, dass Presse und Rundfunk mit ihrer grundrechtlich geschützten Stellung eine besondere Machtposition gegenüber dem Bürger genießen. Denn damit der Bürger sein Grundrecht auf Informationsfreiheit ausüben kann, ist er als Presse- und Rundfunkkonsument auf die Presse- und Rundfunkanbieter ähnlich einem Grundversorger angewiesen.

So auch das BVerfG: „Erst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information versetzt die Medien in den Stand, die ihnen in der freiheitlichen Demokratie zukommende Funktion wahrzunehmen“ (BVerfG, 1 BvR 2623/95, Rn. 57).

Folglich ist für Presse und Rundfunk schon allgemein ein strenger Maßstab für die Beurteilung der Freiwilligkeit anzulegen.

Vorliegend kommt erschwerend hinzu, dass die FAZ.NET nicht nur irgendein journalistisches Medium ist. Vielmehr ist FAZ.NET das Online-Angebot der Tageszeitung FAZ und damit eines der Leitmedien Deutschlands. Ein Leitmedium ist dadurch gekennzeichnet, dass es einen besonderen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung ausübt.

Schon die FAZ selbst geht davon aus, ein Leitmedium in Deutschland (und der Welt) zu sein. So wird auf der Homepage der FAZ ausgeführt (eigene Hervorhebung):

*„Die Frankfurter Allgemeine Zeitung (F.A.Z.) zählt zu den bedeutendsten überregionalen Tages- und Wirtschaftszeitungen in Deutschland und der Welt. Sie steht für Unabhängigkeit und exzellente journalistische Qualität.“*

(FAZ - Porträt der F.A.Z. - <https://verlag.faz.net/unternehmen/ueberuns/portraet/portraet-der-f-a-z-wissen-fuer-kluge-koepfe-11090906.html>)

Laut einer Studie hat die FAZ, Boulevard-Zeitungen wie Bild außenvorgenommen, eine Leserreichweite unter Entscheidungsträgern (definiert als Selbstständige, freie Berufe, leitende Angestellte, Beamte ab Besoldungsstufe A14) pro Ausgabe von 8,6 % - die siebthöchste Reichweite unter den untersuchten Medien (unabhängig davon weist auch die Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung („FAS“) eine Reichweite von 6,6% pro Ausgabe auf). Dabei weist Der Spiegel mit 25,7% als einziges Medium eine signifikant höhere Reichweite aus. Sämtliche darauffolgende Medien haben mit der FAZ vergleichbare Reichweiten: Stern (13,3%), Focus (12,6%), Süddeutsche Zeitung (12,6%), die Zeit (12,4%) und Manager Magazin (8,8%).

Bei den reinen Online-Angeboten liegt FAZ.NET mit 25,8% nur hinter spiegel.de (41,0 %) und fast gleichauf mit focus.de (28,8%) und ist damit das Medium mit der dritthöchsten Reichweite.

Zudem weisen die FAZ-Produkte medienübergreifend eine der größten Monats-Reichweiten Deutschlands auf. Werden Printausgaben und App und Webseite zusammengezählt, weist die FAZ eine Reichweite von 36,2% (bzw. mit der FAS zusammen von 38,7%) auf. Sie befindet sich damit hinter dem Spiegel, spiegel.de und Spiegel App(s) (61,3 %) sowie Focus, Focus Money, focus.de und die Focus-App zusammen (44,6 %). Marginal höhere aber vergleichbare Reichweiten weisen dabei nur die folgenden Kombinationen auf: Süddeutsche Zeitung, Süddeutsche.de sowie die Süddeutsche App (39,2%), Welt Print Gesamt, welt.de und die Welt App (39,0%) und Stern, stern.de sowie die Stern App (37,6%) (siehe dazu LAE - Leseranalyse Entscheidungsträger e.V. 2021, <https://www.lae.de/ergebnisse>). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer als Auslandsdeutscher es ungleich schwieriger hat, auf Printmedien auszuweichen – auch wenn diese als „statische“ und nicht minutenaktuelle Medien im Vergleich zu den Onlinemedien keine gleichwertige Alternative darstellen.

Beiträge auf FAZ.NET sind daher besonders relevant, sollte ein Bürger von seiner Informationsfreiheit Gebrauch machen und an der öffentlichen Meinungsbildung teilnehmen wollen, wie es der Beschwerdeführer machen wollte.

#### **3.1.1.4. Missbrauch des Ungleichgewichts**

Das Ungleichgewicht bedeutet, dass die FAZ (einerseits als journalistisches Angebot und andererseits als Leitmedium) seine herausragende Stellung nicht dazu missbrauchen kann, eine Einwilligung zu einer weitreichenden, invasiven Datenverarbeitung von seinen Lesern zu erzwingen, die für das Bereitstellen des journalistischen Angebots und damit der Erfüllung seiner grundrechtlich geschützten Stellung überhaupt nicht erforderlich ist.

Gerade dies macht aber die FAZ durch das Einwilligungsgesuch. Dass sich ein Leser von Werbung und üblichem Tracking freikaufen kann, steht dem nicht entgegen. Denn Werbe-Tracking ist für die Leistungserbringung nicht erforderlich.

#### **3.1.2. Keine Möglichkeit, ohne Nachteil abzulehnen**

Neben der fehlenden Granularität ist hinsichtlich der fehlenden Freiwilligkeit ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer beträchtliche Nachteile erleidet, wenn er die Einwilligung nicht erteilt bzw. verweigert.

Gemäß Erwägungsgrund 42(5) DSGVO ist eine Einwilligung nur frei, wenn die betroffene Person „eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“.

Vorliegend konnte der Beschwerdeführer seine Einwilligung weder ohne Nachteil verweigern, weil keine gleichwertige Alternative vom selben Verantwortlichen zur Verfügung stand (vgl. EDSA 05/2020, Rn. 37) (unter 3.1.2), noch konnte er seine Einwilligung ohne Nachteil widerrufen



(unter 3.1.3), weil er dann den Zugriff auf FAZ.NET verloren hätte, ohne einen gleichwertigen Alternativzugriff zu haben.

#### **3.1.2.1. Nachteil bei Verweigerung der Einwilligung**

Es entspricht der einhelligen Meinung, dass Webseiten – jedenfalls bei Fehlen von gleichwertigen Alternativen – in vollem Umfang abrufbar bleiben müssen, wenn die Einwilligung in Tracking-Cookies verweigert wird, weil es ansonsten an der Freiwilligkeit fehlt (EDSA 05/2020, Rn. 48; so schon 2019 die Niederländische Datenschutzbehörde Autoriteit Persoonsgegevens, *Normuitleg AP over cookiewalls*, 7. März 2019, abrufbar unter <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/websites-moeten-toegankelijk-blijven-bij-weigeren-tracking-cookies>).

Eine zumutbare gleichwertige Alternative liegt insbesondere dann nicht vor, wenn sie zu erheblichen Zusatzkosten führt. So führt der EDSA ausdrücklich aus, dass solche eine beträchtliche nachteilige Folge darstellen (EDSA 05/2020 Rn. 24).

Für das Vorliegen gleichwertiger Alternativen darf überdies nicht auf vergleichbare Dienstleistungen anderer Verantwortlicher abgestellt werden (*Buchner/Kühling* in Kühling/Buchner, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 51a). Andernfalls würden die Anforderungen der DSGVO vom Marktverhalten Dritter abhängen.

*„In einem solchen Fall wäre die Wahlmöglichkeit vom Verhalten anderer Marktteilnehmer und davon abhängig, ob eine betroffene Einzelperson die Dienstleistungen des anderen Verantwortlichen wirklich als gleichwertig ansehen würde. Dies würde darüber hinaus bedeuten, dass der Verantwortliche die Entwicklungen des Marktes verfolgen müsste, um eine fortgesetzte Gültigkeit der Einwilligung in die Datenverarbeitungstätigkeiten sicherzustellen, da ein Wettbewerber seine Dienstleistungen zu einem späteren Zeitpunkt ändern könnte.“*

(EDSA 05/2020 Rn. 38)

Nach diesen Maßstäben konnte der Beschwerdeführer seine Einwilligung nicht ohne Nachteile verweigern.

Lehnt er die Einwilligung nämlich ab, so hat er grundsätzlich keine Zugriffsmöglichkeit auf die Webseite FAZ.NET (Zugangssperre).

Die einzige Alternative zu der Einwilligung, die seitens dem Verantwortlichen angeboten wird, stellt der Abschluss des sog. Pur-Abonnements dar. Diese Alternative ist indes nicht gleichwertig bzw. zumutbar.

#### **3.1.2.2. Pur-Abo knapp 847x teurer als Erlöse durch Einwilligung**

Zunächst besteht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung der Angebote. Der Abschluss eines Pur-Abonnements ist insofern rechtsgeschäftlich schon nicht möglich, da ein solcher Vertrag nach § 138 Abs. 2 Var. 5 BGB nichtig wäre.

FAZ.NET hatte im Jahr 2020 durchschnittlich monatlich 15,95 Millionen Leser (AGOF, *Anzahl der Unique User von FAZ.net von März 2020 bis März 2021, April 2021*, abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/382236/umfrage/besucher-von-faznet/>). Die Zahl der durchschnittlichen FAZ.NET Leser steigt überdies auch kontinuierlich an, sodass die nachfolgend aufgezeigten Berechnungen heute noch extremere Ausmaße annehmen dürfen. So hatte FAZ.NET im März 2021 ausweislich der vorgenannten Erhebung 18,03 Millionen Leser.

Es sind keine Zahlen zu den Werbeumsätzen von FAZ.NET veröffentlicht, sodass diese nachfolgend geschätzt werden müssen:

Nach eigenen Angaben erwirtschaftete die FAZ (inklusive aller Print- und sonstigen Produkte) 2020 einen Umsatz von EUR 225,7 Millionen. Dabei entfielen 21 % des Gesamtumsatzes auf das Digitalgeschäft (FAZ – F.A.Z. *mit erfreulicher Geschäftsentwicklung*, 30.07.2021, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/f-a-z-mit-erfreulicher-geschaeftsentwicklung-17462678.html>). Demnach dürfte die FAZ Umsätze von ungefähr EUR 47,4 Millionen mit dem Digitalgeschäft erwirtschaftet haben.

Auch ist nicht bekannt, zu welchem Anteil die digitalen Umsätze auf Werbeeinnahmen zurückzuführen sind. Auch hier wird konservativ die Hälfte als Schätzgrundlage vorgesehen, sodass für die nachfolgenden Berechnung Werbeeinnahmen von EUR 23,7 Millionen durch FAZ.NET zu Grunde gelegt werden.

Selbst wenn man diesen *gesamten* Online-Werbeumsatz den personalisierten Werbeeinnahmen zuordnen würde – was nicht der Fall ist –, wären das lediglich EUR 1,49 je Leser pro Jahr. Das Pur-Abo mit EUR 59,88 (brutto) / EUR 50,32 (netto) pro Jahr würde damit 33,87x so viel wie die durch personenbezogene Werbung erzielten Erlöse kosten.

Zum gleichen Ergebnis führt eine Multiplikation der 15,95 Millionen Leser mit dem fiktiven Umsatz von EUR 50,32 (netto) im Jahr für ein Pur-Abo. In einem Jahr würde FAZ.NET damit über EUR 802 Millionen (!) an Online-Umsätzen machen, statt den geschätzten EUR 23,7 Millionen. Dieser Betrag übersteigt den Jahresumsatz der gesamten FAZ Gruppe (!) um einen Faktor von mehr als 3.

Würde man vom gesamten Online-Geschäft wiederum nur den *zusätzlichen* Gewinn durch Werbe-Tracking berechnen (Studien sprechen hier wie erwähnt von etwa 4 % für das Medium im Vergleich zu anderen Werbeformen wie Kontext-basierte Werbung), wäre wohl der tatsächliche wirtschaftliche Mehrwert der Datenweitergabe durch Werbetracking ca. EUR 0,06 pro Jahr. Der Widerspruch kostet jedoch EUR 59,88 (brutto) / EUR 50,32 (netto) pro Jahr.

Natürlich ist das nur eine grobe Schätzung, die notgedrungen auf der FAZ online veröffentlichten Informationen beruht. Diese würde jedoch eine 847-fache (!) Übertreibung des Pur-Abos im Vergleich zum Profit durch Datenweitergabe ergeben.

Genauere Daten zur finanziellen Verhältnismäßigkeit sind vom Verantwortlichen vorzulegen, jedoch ist schon anhand von globalen Eckdaten keinesfalls von einer finanziell verhältnismäßigen Alternative gegenüber der Weitergabe von personenbezogenen Daten auszugehen.

Dass die vorgenommenen Schätzungen **sehr konservativ** sind, ergibt sich bei Berücksichtigung einer Analyse des gesamten Zeitungsmarktes von PwC aus Oktober 2018 (mit Zahlen von PwC, Ovum, dem Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e. V. und dem Bundesverband der Zeitungsverleger).

In dieser werden tatsächliche und prognostizierte Gesamtumsätze des gesamten Zeitungsmarktes in Deutschland dargestellt. Dabei werden die Umsätze zunächst in Vertriebserlöse und Werbeerlöse eingeteilt.

Innerhalb der Werbeerlöse wird zudem eine Einteilung in Print-Werbeerlöse und Digital-Werbeerlöse vorgenommen. Danach lagen die Gesamtumsätze des Zeitungsmarkts im Jahr 2018 bei EUR 7,72 Milliarden, während nur Digital-Werbeerlöse in Höhe von EUR 325 Millionen erzielt worden seien (PwC – *German Entertainment and Media Outlook 2018–2022*, 25.10 2018, abrufbar unter <https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/gemo-2018.pdf#page=128>). Dies entspricht einem Verhältnis von 4,21 %.

PwC prognostizierte für 2020 Gesamtumsätze des Zeitungsmarkts von EUR 7,64 Milliarden und Digital-Werbeumsätze von EUR 353 Millionen (PwC – *German Entertainment and Media Outlook 2018–2022*, 25.10 2018, abrufbar unter <https://www.pwc.de/de/technologie-medien-und-telekommunikation/gemo-2018.pdf#page=128>). Dies entspricht einem Verhältnis von 4,67 %.

Würde man also bei den obigen Kalkulationen davon ausgehen, dass die Digital-Werbeumsätze der FAZ bei nur 4,67 % des Gesamtumsatzes in 2020 liegen, d.h. bei EUR 10,55 Millionen, würden sich die folgenden Verhältnisse ergeben: Unterstellt, dass alle Werbeumsätze durch personalisierte Werbung erzeugt würden – was nicht der Fall ist –, würde das Pur-Abo mit EUR 59,88 (brutto) / EUR 50,32 (netto) pro Jahr 76,08x so viel wie die durch personenbezogene Werbung erzielten Erlöse kosten. Würde man vom gesamten Online-Geschäft wiederum nur den *zusätzlichen* Gewinn durch Werbe-Tracking berechnen (Studien sprechen hier wie erwähnt von etwa 4 % für das Medium im Vergleich zu anderen Werbeformen wie Kontext-basierte Werbung), wäre wohl der tatsächliche wirtschaftliche Mehrwert der Datenweitergabe durch Werbetracking ca. EUR 0,03 pro Jahr und damit 1901,92x zu teuer.

Selbst bei massiv besseren Erlösen durch die Personalisierung von Werbung scheint es wirtschaftlich völlig auszuschließen, dass das Pur-Abo mit den Erlösen aus einer Datenverarbeitung im Verhältnis steht.

Damit ergibt sich der Eindruck, dass FAZ.NET das Einwilligungs-Banner primär als Werbung zum Verkauf von hochprofitablen Pur-Abos nutzt und diese Option maximal nebenbei als Feigenblatt in der datenschutzrechtlichen Debatte genutzt wird. Eine wirtschaftlich auch nur annähernd gleichwertige Option ist das Pur-Abo aber jedenfalls nicht.

### **3.1.2.3. Hoher praktischer Aufwand**

Auch hinsichtlich des praktischen Aufwands, den der Abschluss eines Pur-Abos mit sich bringt, liegt keine Gleichwertigkeit vor. Wie unter 1.4.2 dargestellt, erfolgt die Einwilligung in Tracking und Werbung ungleich schneller als der Abschluss eines Abonnements, das die Eingabe personenbezogener Daten wie Namen, Email-Adresse, Zahlungsinformationen sowie das Anlegen eines Nutzerkontos erfordert: Wenige Sekunden für Tracking im Vergleich zu mindestens 25 Klicks, 2 Minuten, und das Ausfüllen verschiedener Formulare – inklusive der Preisgabe weiterer personenbezogener Daten.

### **3.1.2.4. Zwang zum Abschluss eines Abonnements**

Darüber hinaus besteht keine Alternative für Personen – wie den Beschwerdeführer –, die FAZ.NET nur sporadisch zum Lesen einzelner Artikel aufrufen.

Ein werbe- und trackingfreier Zugang (zu einzelnen Artikeln) ohne Abo kann nicht gekauft werden. Insofern begründet die einzige Alternative auf FAZ.NET einen Zwang zum Abschluss eines Abonnements.

### **3.1.3. Nachteil bei Widerruf der Einwilligung**

Der EDSA nennt als Beispiele für einen Nachteil bei Widerruf der Einwilligung zusätzliche Kosten sowie das Herabstufen des Dienstes (EDSA 05/2020, Rn. 46, 48). Bei einem Widerruf seiner Einwilligung würde der Zugang des Beschwerdeführers zu der Webseite gesperrt werden, es sei denn, er willigt erneut in das Werbe-Tracking ein oder er entschließt sich, das Pur-Abo abzuschließen. Sowohl die Zugangssperre als auch die Mehrkosten für ein Abo sind Nachteile (siehe soeben).

### **3.1.4. Fehlende Erforderlichkeit**

Es liegt ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot aus Artikel 7(4) DSGVO vor, weil die in der Einwilligung abverlangte Verarbeitung nicht für die Kernleistung, die Bereitstellung von Medieninhalten, erforderlich ist.

Gemäß Artikel 7(4) DSGVO soll „in größtmöglichem Umfang“ für die Beurteilung der Freiwilligkeit berücksichtigt werden, ob eine Vertragserfüllung bzw. Leistungserbringung von einer Einwilligung zu einer Verarbeitung, die für die Vertragserfüllung nicht erforderlich ist, abhängig gemacht wird.

Dieses „Koppelungsverbot“ trägt dem Umstand Rechnung, dass ansonsten die vom Gesetzgeber gewollte Reichweite der Rechtmäßigkeitsbedingung des Artikel 6(1)(b) DSGVO mit einer „erschlichenen“ bzw. „gekoppelten“ Einwilligung unterlaufen werden könnte. Artikel 6(1)(b) DSGVO erlaubt nur solche Verarbeitungen, die für die Durchführung des Vertrages „erforderlich“ sind.

Kann ein Verantwortlicher die Erfüllung eines Vertrages von einer Einwilligung abhängig machen, so ist anzunehmen, dass der Verantwortliche in einer übermächtigen Position ist und der Betroffene die Leistung nicht anderweitig erhalten kann; eine Einwilligung ist in einem solchen

Fall nicht „freiwillig“ erteilt (vgl. Frenzel in: Paal/Pauly, *DSGVO-BDSG*, Art. 7 Rn. 21, aber auch Bundeskartellamt, Facebook, B6-22/16, Rn. 383).

Wenngleich vorliegend keine vertragliche Leistung zwischen der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdegegner vereinbart ist (siehe dazu unten 3.4.2.1), greift das Koppelungsverbot auch im konkreten Fall des Beschwerdeführers bei der faktischen Leistungserbringung. Zum einen ist vertragliche Kopplung nur ein Regelbeispiel, wie sich aus der Formulierung „unter anderem die Erfüllung eines Vertrags“ ergibt, zum anderen würde ansonsten die Einwilligung bei einer rein faktischen Leistungserbringung wie der kostenlosen Bereitstellung von Medien auf einer Webseite an einem weniger strengen Maßstab gemessen werden als die „Einwilligung“ bei einer vertraglichen Leistungserbringung.

Eine solche Ungleichbehandlung ist durch den Ordnungsgeber nicht intendiert. Artikel 7(4) DSGVO soll gerade verhindern, dass kostenlose Dienstleistungen von einer „freiwilligen“ Einwilligung abhängig gemacht werden können, die darauf hinzielt, alle online verfügbaren Daten eines Nutzers auszuwerten und zu verknüpfen, um auf dieser Grundlage maßgeschneiderte Werbung anzubieten, obgleich diese Datenverarbeitung für die zugrundeliegende Leistung nicht erforderlich ist (vgl. *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 50).

Folglich ist Artikel 7(4) DSGVO grundsätzlich auch bei faktischer Leistungserbringung anwendbar. Das Merkmal der Erforderlichkeit ist im Rahmen des Artikel 7(4) DSGVO, genauso wie die Erforderlichkeit im Rahmen des Artikel 6(1)(b) DSGVO, anhand objektiver Kriterien zu bestimmen. Dafür ist auf das definierende Charakteristikum der angebotenen Leistung abzustellen (vgl. *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, DSGVO, Art. 7 Rn. 49, 51).

Die bei einem Besuch von FAZ.NET erbrachte Kernleistung ist die Bereitstellung von Rundfunkmedien und nicht die Erbringung personalisierter Werbung. Dies wird auch die Beschwerdegegnerin zugestehen müssen.

Werbetracking ist aber für den Besuch von FAZ.NET nicht erforderlich – unabhängig davon, ob Werbetracking an betroffene Personen ohne oder mit F+- oder FAZ Digital-Abonnement gerichtet ist.

#### **3.1.4.1. Ohne Abonnement**

Werbe-Tracking und die einhergehende Erhebung von personenbezogenen Daten für personalisierte Werbung sind für die Bereitstellung von Medieninhalten an dem Beschwerdeführer via FAZ.NET nicht erforderlich, weder aus Sicht der technischen Bereitstellung, wie wohl nicht weiter vorgetragen werden muss, noch aus finanzieller Sicht.

Zum einen kann die Gewinnerzielung an sich keine Erforderlichkeit begründen. Jedes Unternehmen hat grundsätzlich eine Gewinnerzielungsabsicht – die DSGVO setzt aber einen Rahmen, wie Datenverarbeitungen innerhalb des allgemeinen Geschäftsmodells zu erfolgen haben. Würde man sich für die Erforderlichkeit auf die Gewinnerzielung berufen können, wäre jede Verarbeitung zu rechtfertigen, sofern diese zum Unternehmensgewinn beiträgt.

Zum anderen aber ist Werbe-Tracking schlicht nicht für die Finanzierung des Angebots erforderlich, wie unten unter 3.1.6.2 gezeigt wird.

#### 3.1.4.2. Mit Abonnement

Auch wenn der Beschwerdeführer ein Abonnent wäre, läge ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot vor.

Das F+- oder das FAZ-Digital-Abo umfasst Zugriff auf sämtliche Inhalte auf FAZ.NET, also auch auf Inhalte, die für „kostenlose“ Leser nicht zugänglich sind (sogenannte F+-Artikel). Rufen Abonnenten die bereits von ihnen bezahlten F+-Artikel auf, so werden sie dennoch vor die Wahl gestellt, in Tracking einzuwilligen oder ein zusätzliches Pur-Abo für den o.g. Preis von EUR 4,99 pro Monat abzuschließen.

Warum Abonnenten ebenfalls bezahlen müssen, um ohne „ohne Werbung und ohne Werbettracking“ FAZ.NET besuchen zu können, erklärt die FAZ nur mittelbar wie folgt:

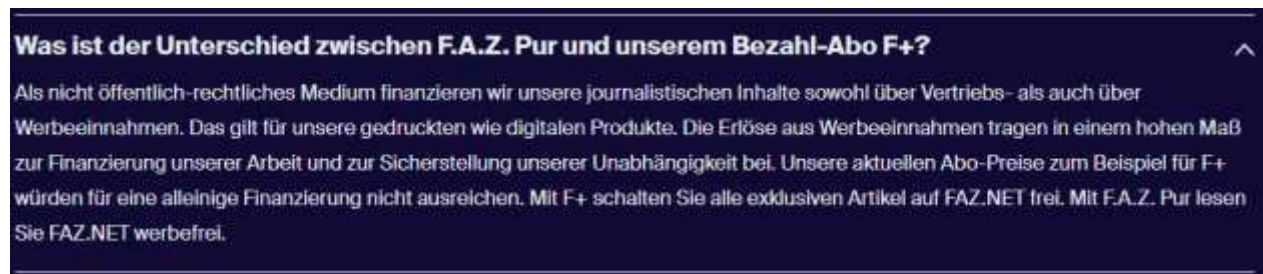


Bild 13 – Ausschnitt von <https://www.faz.net/faz-net-services/faz-pur-abo-artikel-werbefrei-und-ohne-werbettracking-lesen-17433739.html>

FAZ.NET versucht also die personalisierte Werbung im Online-Medium mit der statischen und analogen Darstellung von Werbung in einem Printmedium gleich zu stellen.

Dieser Vergleich geht gänzlich fehl. Bei der personalisierten Werbung auf FAZ.NET wird vom Leser ein Profil erstellt. Dieses Profil fließt an rund 140 Unternehmen und von dort an hunderte, wenn nicht tausende weitere Unternehmen.

Dagegen erfolgt Werbung in der Printausgabe von der FAZ sämtlich ohne Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Lesers. In einem Printmedium liest der Leser die Werbung; online liest die Werbung den Leser.

*„Denn übertragen auf die analoge Welt, kann man sich den Einsatz von Tracking-Technologien wie folgt vorstellen: Unternehmen legen Dossiers über jede\*n einzelne\*n Seitenbesucher\*in an. In diesen wird festgehalten, in welchem Ausmaß sie oder er sich über welche Themen informiert hat. Diese Informationen geben die Unternehmen dann an ‚Partner‘ weiter, die dieses Wissen wiederum mit weiteren Details anreichern – bspw. wie lange jemand vor welchem Schaufenster steht und welche Produkte er oder sie kauft. Die Details liefern Detektive, die Nutzer\*innen in Geschäfte oder gar Ämter hinein verfolgen. Ein Aufschrei der Bevölkerung wäre bei einer derartigen Verfolgung sicher. Im Internet*

*scheinen sich viele Menschen jedoch an derlei Praktiken ‚gewöhnnt‘ zu haben, weil sie diese nicht bemerken und ihr Risikopotenzial oft nicht kennen.“*

(Landesbeauftragte für den Datenschutz Baden-Württemberg, **Anlage 09 - LfDI BW**)

Folglich ist die aktive, personalisierte Online-Werbung mit Tracking keinesfalls mit der passiven, höchstens kontextuellen, Printwerbung zu vergleichen. In keinem anderen Sachverhalt würde man eine solche „Einwilligung“ akzeptieren.

Man stelle sich die Empörung vor, wenn man, dank Smart-TV-Funktionalität, eines Tages nun erst in personalisierte Werbung einwilligen müsste, um die Abendnachrichten schauen zu können. Früher wurde nur nicht-personalisierte Werbung geschaltet, nun will man aber mehr Profit schlagen. Verweigert man die Einwilligung, wird man aufgefordert, EUR 4,99 für ein monatliches Abo zu zahlen, um ohne Werbung schauen zu können.

### **3.1.5. Fehlende Granularität der Einwilligung**

Zusätzlich zur fehlenden Erforderlichkeit ist die Einwilligung wegen fehlender Granularität unwirksam.

Erwägungsgrund 43(2) DSGVO erläutert, dass Einwilligungen für verschiedene Verarbeitungszwecke nicht gebündelt eingeholt werden können. Gebündelt eingeholte Einwilligungen gelten nicht als freiwillig erteilt, weil der Einwilligende nicht frei auswählen kann, welche Verarbeitungstätigkeit er billigen möchte. Die betroffene Person soll nicht durch die Zusammenfassung verschiedener Fallgruppen in einer Zustimmungserklärung zur Abgabe einer weiterreichenden Einwilligung gedrängt werden. Ist eine „*differenzierte Einwilligung*“ nicht möglich, obwohl „*im Einzelfall angebracht*“, wird die Unfreiwilligkeit der Erklärung vermutet (Stemmer in BeckOK DatenschutzR/, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 47; Schantz, NJW 2016, 1841, 1845). Entsprechend führt auch der EDSA aus:

*„Wenn der Verantwortliche verschiedene Zwecke für die Verarbeitung zusammengefasst hat und nicht versucht, gesonderte Einwilligungen für jeden Zweck einzuholen, fehlt die Freiheit.“*

(EDSA 05/2020 Rn. 14)

#### **3.1.5.1. Die „Einwilligung“ auf FAZ.NET**

Wie oben erläutert, nennt die Beschwerdegegnerin zunächst zwei Verarbeitungszwecke („*Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen*“, „*Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen*“ und „*Einbindung von externen Multimedia-Inhalten*“) und stellt die Verarbeitungszwecke sodann in dreizehn weiteren (Unter-)Zwecken mit teilweise jeweils weiteren Unterzwecken dar (siehe unter 1.4.1).

Wenn die Beschwerdegegnerin aber jedenfalls drei Oberzwecke nennt, hätte sie entsprechend auch drei Einwilligungen ersuchen sollen anstatt nur eine.

Weil die dreizehn (Unter-)Zwecke weitreichende Folgen auch Abseits von FAZ.NET haben, ist nach Treu und Glauben abzulehnen, dass diese den genannten vermeintlichen Oberzwecken bzw. der Werbung und Tracking zugeordnet werden können. Vielmehr müssten sie separat betrachtet werden.

### **3.1.5.2. Die „Einwilligung“ ist nicht auf FAZ.NET begrenzt**

*„Das Problem liegt daher in erster Linie darin, dass der Verbraucher bei der Hingabe und Weitergabe persönlicher Daten nur schwer überblicken kann, welche Daten in welchem Ausmaß bei welchen Unternehmen erhoben werden, wohin sie weitergegeben werden und welche Tragweite eine Einwilligung in eine solche Datenverarbeitung hat. Dies könnte auch einen Teil der Erklärung des sog. ‚Privacy Paradox‘ bilden, welches das Phänomen beschreibt, dass Nutzer großen Wert auf den Schutz ihrer Privatsphäre legen, bei der tatsächlichen Nutzung von Internetdiensten aber freigiebig mit ihren personenbezogenen Daten umgehen.“*

(Bundeskartellamt, Facebook, B6-22-16, Rn. 384)

Die personenbezogenen Daten eines Lesers – wie der Beschwerdeführer – fließen an rund 140 Unternehmen und von diesen Unternehmen an unzählige Andere (siehe 1.4.2). Die Werbe- und Tracking-Dienstleistungen dieser Unternehmen werden nicht nur auf FAZ.NET verwendet. Zahlreiche andere Webseiten verwenden sie ebenfalls.

Beispielsweise wird man auf kaum einer größeren Webseite die Einbettung von Google oder Facebook und einige andere der Anbieter *nicht* finden. Das bedeutet, dass der Leser indirekt auch in Tracking abseits von FAZ.NET „einwilligt“.

Die Tragweite einer „Einwilligung“ in Werbung und Tracking ist daher inhärent unfair und nicht ausreichend granular.

Dabei scheint die Beschwerdegegnerin ausdrückliche Kenntnis von den Konsequenzen und Gefahren ihrer Tracking- und Werbepaxis zu haben. So berichtete die Beschwerdegegnerin selbst am 06.07.2021 kritisch von den „Spionagetechniken der Werbeindustrie“:

#### ***„Der Spion surft mit***

***Die Werbeindustrie arbeitet mit Cookies und anderen Tricks, um Nutzer im Internet zu verfolgen. Neue Spionagetechniken sind noch raffinierter. Wachsamkeit ist wichtig.***

*Wer sich im Internet bewegt, wird von der und für die Werbung ausspioniert. Werbende wollen wissen, von welchen Websites man kommt, für welche Themen man sich interessiert, welches Geschlecht und Alter man hat und wie hoch das Einkommen ist. Im Kern geht es darum, mit technischen Tricks Nutzer heimlich, ohne Zustimmung mit einem persönlichen Profil zu versehen, Aktivitäten umfassend nachzuverfolgen und solche Daten nicht nur für die eigene Werbung zu nutzen, sondern auch noch an Dritte zu verkaufen.*



*Die Tracking-Tricks der Werbeindustrie haben sich herumgesprochen und werden zunehmend als unerträglicher Eingriff in die Privatsphäre gesehen. Bislang standen vor allem die Cookies im Zentrum der Kritik, kleine Datenpakete, mit denen man von den aufgerufenen Websites als Besucher wiedererkannt wird. Auf diese Weise weiß ein Webdienst, wer sich eingebucht hat und welche Einstellungen er bevorzugt.*

*(...)*

*Problematisch sind die Cookies großer Werbenetzwerke, die einen Surfer Klick für Klick von Seite zu Seite verfolgen. Mit der Verarbeitung der gewonnenen Daten verdient die sogenannte Adtech-Industrie ihr Geld. Solche Third-Party-Cookies werden schon seit Jahren von den Browsern Firefox und Safari blockiert, und nun kündigte auch Google an, bis 2023 die Drittanbieter-Cookies in seinem Chrome-Browser zu stoppen. Allerdings nur am PC, nicht auf Android-Handys und in seinen Apps.*

*(...)*

*Man kann getrost davon ausgehen, dass der Werbeindustrie die Ideen für das Nutzertracking nicht ausgehen werden. Die Branche ist der Ansicht, dass sie Milliarden Daten einzelner Personen braucht, die ohne deren Wissen gesammelt und geteilt werden. Andernfalls funktioniert Werbung nicht. Erst wenn diese Prämisse fällt, wird der Spuk ein Ende haben.“*

*(Michael Spehr, Neue Spionagetechniken: Der Spion surft mit, 06.07.2021 abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/technik-motor/digital/spionage-im-internet-die-tricks-der-werbeindustrie-17417403.html>)*

### **3.1.6. Kein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien**

Schließlich ist die Freiwilligkeit der Einwilligung wegen des Fehlens eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Parteien zu verneinen.

Dass die unzweifelhaft vorformulierte Einwilligung auch einer AGB-ähnlichen Kontrolle unterzogen werden muss und folglich am Maßstab eines angemessenen Interessenausgleichs zu messen ist, gründet sich in Erwägungsgrund 42 DSGVO und in Art. 3(1) RL 93/13/EWG (vgl. ausführlich Kühling/Buchner/Buchner/Kühling, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 54).

So hat das Bundesverfassungsgericht zum Abschluss einer Lebensversicherung geurteilt:

*„Eine solche einseitige Bestimmungsmacht eines Vertragspartners kann sich auch daraus ergeben, dass die von dem überlegenen Vertragspartner angebotene Leistung für den anderen Partner zur Sicherung seiner persönlichen Lebensverhältnisse von so erheblicher Bedeutung ist, dass die denkbare Alternative, zur Vermeidung einer zu weitgehenden Preisgabe persönlicher Informationen von einem Vertragsschluss ganz abzusehen, für ihn unzumutbar ist. Sind in einem solchen Fall die Vertragsbedingungen in dem Punkt, der für die Gewährleistung informationellen Selbstschutzes von Bedeutung ist, zugleich praktisch*

*nicht verhandelbar, so verlangt die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht eine gerichtliche Überprüfung, ob das Geheimhaltungsinteresse des unterlegenen Teils dem Offenbarungsinteresse des überlegenen Teils angemessen zugeordnet wurde. Dazu sind die gegenläufigen Belange einander i.R.e. umfassenden Abwägung gegenüberzustellen.“*

([BVerfG](#), 1 BvR 2027/02, Rn. 36, eigene Hervorhebung)

Mit Blick auf die besondere Bedeutung der Einwilligung für die informationelle Selbstbestimmung (siehe unter anderem 3.3) ist aber auch unabhängig von der vorformulierten Natur der Einwilligung allgemein die Herbeiführung eines angemessenen Interessensausgleichs zu berücksichtigen.

Vorliegend wird der Beschwerdeführer auf vier Arten unangemessen benachteiligt: die Auswirkungen der Einwilligung sind nicht auf FAZ.NET begrenzt (vgl. schon oben 3.1.5.2), die besondere grundrechtliche Verpflichtung journalistischer Angebote (vgl. gleich 3.1.6.1), Werbetacking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots (vgl. 3.1.6.2) und Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht (vgl. 3.1.6.3).

#### **3.1.6.1. Besondere grundrechtliche Verpflichtung journalistischer Angebote**

Wegen der besonderen gesellschaftlichen Rolle von journalistischen Angeboten garantieren sowohl das Grundgesetz als auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union die Freiheit von Presse und Rundfunk bzw. der Medien. Die Kehrseite dessen ist das Grundrecht auf Informationsfreiheit, die dem Einzelnen das Recht auf den „*ungehinderten*“ Konsum von journalistischen Erzeugnissen gewährt (vgl. 3.1.1.3).

Bei Berücksichtigung des Grundrechts auf Informationsfreiheit, insbesondere in Verbindung mit den Grundrechten auf informationelle Selbstbestimmung und der Achtung des Privatlebens, unterliegen Presse und Rundfunk aber der Pflicht, einen möglichst anonymen Konsum ihrer Angebote zu gewährleisten. Denn nur so kann der Einzelne am passiven gesellschaftlichen Diskurs voll teilnehmen und sein Recht möglichst *ungehindert* wahrnehmen.

Wie oben schon von Dr. Brink erklärt, ist dem Werbe-Tracking inhärent, dass die Lese- und Seitenpräferenzen des Lesers für die Erstellung eines Nutzerprofils analysiert werden. Das Bewusstsein dieser Datenerhebung und der Profilbildung sowie das Wissen, dass diese Daten an hunderte wenn nicht tausende Unternehmen fließen, sowie das damit verbundene Gefühl der ständigen Überwachung, können einen sog. „*Chilling Effect*“ ausüben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere beim Konsum von Medien ein tiefgreifendes und potentiell gefährliches Profil eines Einzelnen erstellt werden kann.

Die Gedanken des BVerfG im Volkszählungsurteil können 1:1 auf die undurchsichtigen Verflechtungen der Online-Werbeindustrie übertragen werden:

*„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das*

*Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.“*

(BVerfG 1 BvR 209/83, Rn. 146)

Auch die Überlegungen des BVerfG im Urteil „Großer Lauschangriff“ können auf die Online-Werbeindustrie übertragen werden.

*„Allein die Befürchtung einer Überwachung kann aber schon zu einer Befangenheit in der Kommunikation führen.“*

(BVerfG 1 BvR 2378/98, Rn. 258)

Diese *Chilling-Effects* wurden u.a. im Nachklang der Snowden-Offenbarungen wissenschaftlich dokumentiert (vgl. Penney, Jonathon W. "Chilling Effects: Online Surveillance and Wikipedia Use." *Berkeley Technology Law Journal* 31, no. 1 (2016): 117-82, <http://www.jstor.org/stable/43917620>).

### 3.1.6.2. Werbetacking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots

Darüber hinaus ist Werbe-Tracking für die Finanzierung des Angebots von FAZ.NET nicht notwendig.

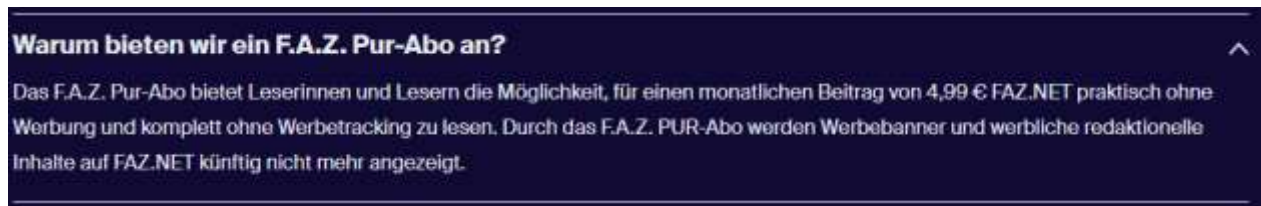


Bild 14 – Ausschnitt von <https://www.faz.net/faz-net-services/faz-pur-abo-artikel-werbefrei-und-ohne-werbetacking-lesen-17433739.html>

DSGVO-konforme kontextbasierte Werbung zeigt eine oft höhere finanzielle Rentabilität gegenüber personalisierter Werbung. Beispielsweise erfuhr der Nationalsender der Niederlande, NPO, durch den Wechsel von personalisierter Werbung zu kontextbasierter Werbung einen deutlichen Umsatzanstieg (vgl. Deutschlandfunk Nova, „Auf Cookies verzichtet – trotzdem viel Geld mit Online-Werbung verdient“, 06.08.2020, <https://www.deutschlandfunknova.de/beitrag/personifizierte-werbung-ohne-cookies-geht-es-auch>). Es ist nicht ersichtlich, wieso das Modell „Zahlen oder Tracking“ für FAZ.NET notwendig sein soll.

Zudem wurde schon gezeigt, dass der verlangte Preis für das Pur-Abo in keinem Verhältnis zur Leistung steht (vgl. 3.1.2.2).

### **3.1.6.3. Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht**

Schließlich ist anzumerken, dass das Modell „Zahlen oder Tracking“ dazu führt, dass der Schutz der personenbezogenen Daten und der Achtung der Privatsphäre des Lesers, der sein Recht auf Informationsfreiheit verfolgt, eine Bedingung der Zahlung wird. Grundrechte können jedoch nicht von einer Zahlung abhängig gemacht werden, weswegen in der Leistung „Pur“ kein angemessener Ausgleich zwischen den Parteien vorliegt.

### **3.1.7. Zusammenfassung**

Zusammenfassend kann sich FAZ.NET nicht auf die vermeintliche „Einwilligung“ des Beschwerdeführers berufen, da eine solche Einwilligung nicht freiwillig erteilt wurde und somit gegen die Anforderungen in Artikel 4(11), 6(1)(a) und 7(4) DSGVO verstößt. Das Merkmal der „Freiwilligkeit“ scheitert daran, dass ein klares Ungleichgewicht zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin besteht, dass die Werbung für die Leistungserbringung nicht erforderlich ist, dass es keine Möglichkeit gibt, die Einwilligung ohne Nachteil zu verweigern oder zu widerrufen, an der fehlenden Granularität der Einwilligung und schließlich daran, dass kein angemessener Interessensausgleich zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin für die Einwilligung gegeben ist.

## **3.2. Fehlende Bestimmtheit**

Außerdem ist die Einwilligung mangels Bestimmtheit unwirksam.

Gemäß Artikel 4(11) DSGVO muss die Erklärung „für den bestimmten Fall“ erfolgen. „Fall“ meint dabei die durch die Einwilligung zu legitimierende Datenverarbeitung. Diese ist definiert durch die personenbezogenen Daten, die Verarbeitungsform, den Verantwortlichen und etwaige weitere Datenempfänger. Bestimmt ist der Fall nur, wenn aus Perspektive eines objektiven Empfängers der Einwilligung erkennbar ist, ob eine bestimmte Verarbeitung von der bestätigenden Handlung gedeckt ist. Unklarheiten gehen dabei zulasten des Verantwortlichen. Rechtsfolge einer – auch nur teilweise – unbestimmten Einwilligung ist ihre vollumfängliche Unwirksamkeit (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 76; *Klement* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 7 Rn. 68).

Darüber hinaus ist zu verlangen, dass die Verarbeitung vom Betroffenen durch die bestätigende Handlung materiell verantwortet wird. Hierzu muss der Kreis der von der bestätigenden Handlung erfassten Datenverarbeitungen ex ante so deutlich vorhersehbar gewesen sein, dass sich der Betroffene ein Bild von den für ihn bestehenden Chancen und Risiken machen konnte (*Klement* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, DSGVO Art. 7 Rn. 69).

Pauschaleinwilligungen sind dabei grundsätzlich unzulässig. Je größer die mit der Verarbeitung verbundene Persönlichkeitsgefährdung, desto detaillierter müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der

Einwilligung bzw. der Datenverarbeitung gefasst sein (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 76).

Nach diesen Kriterien ist die eingeholte Erklärung zu unbestimmt.

Die Datenschutzerklärung und der dazugehörige Cookie-Manager schaffen es nicht, die Tragweite der Einwilligung ausreichend zu erklären. Dem durchschnittlichen Leser ist nicht bewusst, dass seine Einwilligung auf FAZ.NET es den Werbepartnern der Beschwerdegegnerin erlaubt, selbst seine Aktivitäten außerhalb von FAZ.NET zu verfolgen.

Gleichzeitig ist nicht klar, welche Daten genau für welche Zwecke verarbeitet werden und an wen sie gehen. Die Datenschutzerklärung von FAZ.NET könnte also zusammengefasst werden als „*Verarbeitung von jeglichen Daten, für jeglichen Zweck, durch uns und unsere Partner und deren Partner, auf Grund Ihrer Einwilligung*“. Dies ist inhärent intransparent und unfair im Sinne von Artikel 5(1)(a) DSGVO.

Im Übrigen wird für die Tragweite und den Umfang der Einwilligung auf die tatsächlichen Ausführungen zu der Einwilligung (siehe unter 1.4) sowie zu der rechtlichen Würdigung der Granularität verwiesen (siehe unter 3.1.5).

### **3.3. Fehlende Informiertheit**

Die Einwilligung ist schließlich mangels Informiertheit unwirksam.

Ausweislich von Artikel 4(11) DSGVO ist die Einwilligung nur wirksam, wenn die betroffene Person ihr Einverständnis „in informierter Weise“ erklärt hat. Dies ist darauf zurückzuführen, dass von echter Selbstbestimmung nur dann die Rede sein kann, wenn die betroffene Person die Konsequenzen ihres Handelns erkennt. Insofern müssen Umfang und Tragweite der Einwilligung dem Einzelnen bewusst sein. Diese Voraussetzung ist Ausdruck des Transparenzgebotes aus Artikel 5(1)(a) DSGVO (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 52; *Heckmann/Paschke* in *Ehmann/Selmayr*, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 57).

Die Uninformiertheit folgt bereits aus der unter 3.2 festgestellten fehlenden Bestimmtheit. Denn die Bestimmtheit der Einwilligung ist notwendige Voraussetzung für deren Informiertheit. Nur wenn die Einwilligung hinreichend bestimmt ist, sind für den Betroffenen die Konsequenzen seiner Einwilligung auch klar erkennbar, nur dann kann er abschätzen, welche Daten in welchem Umfang und zu welchem Zweck verarbeitet werden und an welche dritten Stellen diese Daten übermittelt werden (*Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 63).

### **3.4. Keine sonstige Rechtsgrundlagen**

Die Datenverarbeitungen können vorliegend auch nicht auf eine andere Rechtsgrundlage des Artikel 6(1) DSGVO gestützt werden.

### **3.4.1. Sperrwirkung von Artikel 6(1)(a) DSGVO**

Indem die Beschwerdegegnerin zur Abgabe der Einwilligung aufforderte, hat sie sich die Möglichkeit genommen, die Datenverarbeitung auf einen anderen Zulässigkeitstatbestand des Artikel 6(1) DSGVO zu stützen. Insofern entfaltet Artikel 6(1)(a) DSGVO eine Sperrwirkung gegenüber den übrigen Tatbestandsvarianten.

Indem eine datenverarbeitende Stelle beim einzelnen Betroffenen eine Einwilligung einholt, signalisiert sie diesem, dass es für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung gerade auf sein Einverständnis ankommen soll. Stützt sie sich im Falle einer Verweigerung oder Unwirksamkeit einer Einwilligung indes auf eine gesetzliche Rechtsgrundlage, so liegt ein Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB vor. Sie darf keine Entscheidungsmacht suggerieren, die so tatsächlich gar nicht besteht (DSK Kurzpapier Nr. 20 – Einwilligung nach der DS-GVO, S. 3; *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 18; *Uecker*, ZD 2019, 248, 249). Dies ist insbesondere mit den Grundsätzen der Fairness und Transparenz aus Artikel 5(1)(a) DSGVO nicht vereinbar (DSK Kurzpapier Nr. 20 – Einwilligung nach der DS-GVO, S. 3).

### **3.4.2. Hilfsweise: Keine andere Rechtsgrundlage einschlägig**

Doch selbst wenn sich der Verantwortliche nach dem gescheiterten Versuch, eine Einwilligung einzuholen, auf eine gesetzliche Erlaubnis berufen dürfte, so wäre die vorliegende Datenverarbeitung rechtswidrig.

Insbesondere die Rechtmäßigkeitsbedingungen der Artikel 6(1)(b) und 6(1)(f) DSGVO liegen nicht vor. Mit Blick auf die Datenschutzerklärung der Beschwerdegegnerin und dem Versuch, eine Einwilligung vom Beschwerdeführer einzuholen, geht die Beschwerdegegnerin wohl selbst von deren Fehlen aus.

#### **3.4.2.1. Kein Vertrag „Leistung gegen Daten“, Artikel 6(1)(b) DSGVO**

Ein Rückgriff auf Artikel 6(1)(b) DSGVO ist schon mangels Vertrag nicht möglich. Ein Vertrag „Leistung gegen Daten“ wurde nicht geschlossen.

Es fehlt bereits an einem Angebot seitens der Beschwerdegegnerin im Sinne des § 145 BGB. Hierunter ist eine einseitige, empfangsbedürftige, auf Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung zu verstehen. Dabei kann die Offerte ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erklärt werden. Außerdem muss sie den wesentlichen Inhalt des Vertrages so genau angeben, dass dieser zumindest unter Zuhilfenahme ergänzender Vertragsauslegung ermittelbar und durch bloße Zustimmung in Form eines simplen „Ja“ annahmefähig ist. Darüber hinaus bedarf es eines sog. Rechtsbindungswillens. Dabei ist zu untersuchen, ob der Antragende sich durch die abgegebene Erklärung rechtlich binden möchte (vgl. *Eckert* in *BeckOK BGB*, 58. Ed. 1.5.2021 Rn. 45, BGB § 145 Rn. 30ff).

Ein Angebot kann vorliegend nicht in der Aufforderung zur Abgabe einer Einwilligungserklärung mittels Cookie-Mauer zu sehen sein. Diese Aufforderung bezieht sich ausdrücklich auf die

einseitige Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung. Hierin kann aus Gründen der Rechtsklarheit nicht gleichzeitig ein Angebot im Sinne des § 145 BGB liegen.

Allerdings könnte das rein tatsächliche Zurverfügungstellung von Leistungen als konkludenter Antrag zu verstehen sein.

Die obigen Voraussetzungen für ein Angebot im Sinne des § 145 BGB sind indes weder für die Aufforderung mittels Cookie-Wall noch für das rein tatsächliche Zurverfügungstellen der Rundfunkmedien erfüllt:

#### **3.4.2.1.1. Kein Rechtsbindungswille**

In jedem Fall fehlt es den Erklärungen am erforderlichen Rechtsbindungswillen.

Ob bei einer Partei ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist danach zu beurteilen, ob die andere Partei unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Dies ist anhand objektiver Kriterien auf Grund der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien zu ermitteln, wobei vor allem die wirtschaftliche sowie die rechtliche Bedeutung der Angelegenheit, insbesondere für den Begünstigten, und die Interessenlage der Parteien heranzuziehen sind ([BGH](#), IX ZR 12/05, Rn. 7). Auch die Entgeltlichkeit stellt ein maßgebliches Indiz dar (*Bachmann* in *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 170).

Danach liegt kein Rechtsbindungswillen auf Seiten von FAZ.NET vor. Wie bereits aufgezeigt dürfte die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit für die Verantwortliche gering sein (siehe unter 3.1.2.2).

Außerdem war das Angebot auf FAZ.NET immer unentgeltlich. Hieran sollte durch Einführung der Cookie-Wall nichts geändert werden. Schließlich wird FAZ.NET sich wohl nicht gegenüber jedem Nutzer, der die Webseite aufruft und in den Einsatz der Tracking-Cookies einwilligt, verpflichten wollen, sämtliche kostenlose Artikel jederzeit zur Verfügung zu stellen oder stets personalisierte Werbung zu zeigen. In diesem Fall würde FAZ.NET grundsätzlich für Schlecht- oder Nichtleistungen haften, also etwa, wenn die Webseite beispielsweise aufgrund überlasteter Server kurzfristig nicht zu erreichen ist oder keine personalisierte Werbung geliefert wird.

#### **3.4.2.1.2. Unbestimmtheit**

Außerdem sind diese Erklärungen nicht hinreichend bestimmt.

Erforderlich ist, dass das Angebot bezüglich der wesentlichen Vertragspunkte (*essentialia negotii*) des angestrebten Vertragstypus (Vertragsgegenstand, Vertragsparteien, Vergütung) eine objektiv verständliche Erklärung enthält. Das Angebot muss so konkret gefasst sein, dass der Erklärungsempfänger es ohne Weiteres annehmen kann (*Busche* in *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2018 Rn. 6, BGB § 145 Rn. 6).

Dies ist nicht der Fall. Insbesondere die „Vergütung“ ist weder bestimmt noch bestimmbar. Wie bereits unter 1.4, 3.1.5 und 3.2 ausgeführt, ist es für den Beschwerdeführer unmöglich, zu

erfassen, welche Daten von ihm in welchem Umfang erfasst werden. Ebenso ist hinsichtlich der Gegenleistung zweifelhaft, wozu sich FAZ.NET vertraglich verpflichten möchte.

#### **3.4.2.1.3. Keine Widerrufsbelehrung**

Letztlich scheint FAZ.NET selbst nicht von einem Vertrag auszugehen. Schließlich würde ein solcher einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312c BGB darstellen. Dann hätte der FAZ.NET den Beschwerdeführer über sein Widerrufsrecht nach §§ 312g, 355 BGB belehren müssen. Dies ist indes nicht geschehen.

#### **3.4.2.2. Keine Überwiegende Interessen des Beschwerdeführers**

Auch eine Interessenabwägung nach Artikel 6(f) DSGVO würde zu Ungunsten der Beschwerdegegnerin ausfallen. Diesbezüglich wird insbesondere auf die Ausführungen unter 3.1.1 verwiesen.

### **3.5. Beweislast**

Die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und insbesondere für das Vorliegen einer gültigen Einwilligung liegt bei der Beschwerdegegnerin.

Ein Verantwortlicher ist grundsätzlich für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung beweisbelastet (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 86).

Dies folgt bereits aus der in Artikel 5(2) DSGVO normierten allgemeinen Rechenschaftspflicht (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 86). Außerdem ergibt sich dies aus den allgemeinen Grundsätzen zur materiellen Beweislast (*Schulz* in Gola DS-GVO, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 60). Danach trägt die Partei die Beweislast für Tatsachen, die zum Tatbestand einer für sie günstigen Rechtsnorm gehören. Artikel 6(1) DSGVO enthält ein generelles Verbot jeder Verarbeitung. Hiervon ist ausweislich der Norm nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn eine der dort aufgeführten Bedingungen erfüllt ist („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“). Die Tatsachen für den Erlaubnisvorbehalt sind insofern günstig für den Verantwortlichen.

In Bezug auf das Vorliegen einer Einwilligung enthält Artikel 7(1) DSGVO darüber hinaus eine speziellere ausdrückliche Beweislastregel zulasten von Verantwortlichen, die nicht nur die Einwilligung an sich umfasst sondern auch sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen (*Stemmer* in BeckOK DatenschutzR, 36. Ed. 1.5.2021, DS-GVO Art. 7 Rn. 86 f.).

## **4. Anträge**

Das Modell „Zahlen oder Tracking“ wird immer beliebter. Nach Ansicht des Verlegerverbandes BDZV liegt in Bezahlhalten „die große Zukunft“, (siehe: Heise, 27.05.2020, erhältlich unter: <https://www.heise.de/news/BDZV-Praesident-Doepfner-Erloesmodelle-nur-mit-Werbung-sind-vorbei-4766800.html>). Vor diesem Hintergrund streben wir eine behördliche Entscheidung an, die Rahmenbedingungen für eine freiwillige Einwilligung festlegt, damit Bezahlhalte und ihre evtl.



zulässige Ausgestaltung den Mindestanforderungen des Grundrechtes auf Datenschutz gerecht werden.

#### **4.1. Antrag auf Untersuchung**

Der Beschwerdeführer beantragt hiermit, dass die zuständige Aufsichtsbehörde gemäß ihren Befugnissen nach Artikel 58(1)(a), (e) und (f) DSGVO insbesondere folgende Sachverhalte feststellt:

- i. welche Verarbeitungsvorgänge der Verantwortliche in Bezug auf die Daten der betroffenen Person durchführt,
- ii. zu welchem Zweck diese durchgeführt werden,
- iii. auf welcher Rechtsgrundlage sich der Verantwortliche für jeden Verarbeitungsvorgang stützt und
- iv. wieviel Gewinn der Verantwortliche durchschnittlich je „Einwilligung“ erzielt.

Zusätzlich wird beantragt, dass eine Kopie des Verarbeitungsverzeichnisses (Artikel 30 DSGVO) vorgelegt wird.

Die Ergebnisse dieser Untersuchung sollen uns zur Verfügung gestellt werden.

#### **4.2. Antrag, die relevanten Verarbeitungsvorgänge zu untersagen**

Der Beschwerdeführer beantragt ferner, dass die zuständige Aufsichtsbehörde alle Verarbeitungsvorgänge untersagt, die auf einer ungültigen Einwilligung beruhen, im Einklang mit den Befugnissen gemäß Artikel 58(1)(d), (f) und (g) DSGVO.

#### **4.3. Antrag, die erhobenen Daten zu löschen**

Der Beschwerdeführer beantragt zudem, dass die zuständige Aufsichtsbehörde anordnet, die erhobenen Daten, die auf einer ungültigen Einwilligung beruhen, im Einklang mit den Befugnissen gemäß Artikel 58(2)(g) i.V.m Artikel 17(1)(d) DSGVO zu löschen. Ferner soll die Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 19 Satz 1 DSGVO die Löschung an alle Empfänger kommunizieren und die Empfänger gemäß Artikel 19 Satz 2 DSGVO dem Beschwerdeführer nennen.

#### **4.4. Antrag, eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe zu verhängen**

Schließlich beantragt der Beschwerdeführer, dass die zuständige Aufsichtsbehörde eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe gegen die Beschwerdegegnerin verhängt, gemäß Artikel 83(2) DSGVO unter Berücksichtigung:

- i. dass der Beschwerdeführer nur eine von Tausenden betroffener Personen ist;
- ii. dass die Beschwerdegegnerin vorsätzlich und wissentlich gegen die Einwilligungserfordernisse der DSGVO verstoßen hat, indem sie seine marktbeherrschende Stellung ausgenutzt und der betroffenen Person keine gleichwertige Alternative angeboten hat;

- iii. dass die angebotene Alternative ein Missverhältnis von Preis- und Leistung darstellt;
- iv. dass es Ziel dieses Verstoßes war, sowohl direkt als auch indirekt finanzielle Vorteile zu erzielen (z. B. durch Marketing- und Werbeaktivitäten);
- v. dass die Einwilligung unzulässiger Weise an den Zugang zu meinungsbildenden und informationellen Inhalten geknüpft wurde; und
- vi. dass eine vorsätzliche, massive und offensichtliche Verletzung durch einen wichtigen Akteur in der Industrie angemessen sanktioniert werden muss (Generalprävention), um ähnliche Verstöße gegen die DSGVO in der Zukunft zu verhindern und die Achtung der Rechte der betroffenen Personen im Rahmen des neuen Rechtsrahmens sicherzustellen.

## **5. Kommunikation**

Kommunikation zwischen *noyb* und der Aufsichtsbehörde können per Email an XXX unter Angabe des *noyb*-Fallnummers im Kopf dieser Beschwerde erfolgen. Wir sind auch telefonisch zu erreichen: XXX.