

BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1), 80(1) DSGVO

noyb Fallnummer: C-049

Die nachfolgende Beschwerde richtet sich gegen Datenverarbeitungen von der Kronen Zeitung auf dessen Internetauftritt („www.krone.at“).

Der Beschwerdeführer rief die Webseite krone.at 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 krone.at hinaus) einverstanden erkläre. Der Beschwerdeführer wählte die Tracking-Variante.

Auf die durch das Tracking gesammelten Daten haben rund 813 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 die Beschwerdegegnerin ein gegenüber dem Beschwerdeführer bestehendes klares Ungleichgewicht in missbräuchlicher Weise aus (unter 3.1.1). Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdegegnerin trotz ihrer vorherrschenden Stellung auf dem Markt 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 der Beschwerdegegnerin 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 krone.at am 10.08.2021..... | 4 |
| 1.4.1. Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung | 5 |
| 1.4.2. Einwilligungsakt..... | 9 |
| 1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung..... | 11 |
| 2. Umfang der Beschwerde | 11 |
| 3. Rechtliche Analyse - Keine wirksame Einwilligung | 11 |
| 3.1. Fehlende Freiwilligkeit | 12 |
| 3.1.1. Klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien..... | 12 |
| 3.1.1.1. Über-/Unterordnungsverhältnisses..... | 12 |
| 3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers..... | 13 |
| 3.1.1.3. Beträchtliche Marktmacht als journalistisches Leitmedium..... | 13 |
| 3.1.1.4. Missbrauch des Ungleichgewichts | 13 |
| 3.1.2. Keine Möglichkeit, ohne Nachteil abzulehnen | 14 |
| 3.1.2.1. Nachteil bei Verweigerung der Einwilligung..... | 14 |
| 3.1.2.2. PUR-Abo bis zu 142x teurer als Erlöse durch Einwilligung..... | 15 |
| 3.1.2.3. Hoher praktischer Aufwand | 16 |
| 3.1.2.4. Zwang zum Abschluss eines Abonnements..... | 16 |

| | | |
|------------|---|----|
| 3.1.3. | Nachteil bei Widerruf der Einwilligung | 17 |
| 3.1.4. | Fehlende Erforderlichkeit | 17 |
| 3.1.4.1. | Ohne Abonnement..... | 18 |
| 3.1.4.2. | Mit Abonnement..... | 18 |
| 3.1.5. | Fehlende Granularität der Einwilligung | 20 |
| 3.1.5.1. | Die „Einwilligung“ auf krone.at | 20 |
| 3.1.5.2. | Die „Einwilligung“ ist nicht auf krone.at begrenzt..... | 20 |
| 3.1.6. | Kein angemessener Interessensausgleich zwischen den Parteien | 21 |
| 3.1.6.1. | Werbetracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots..... | 21 |
| 3.1.6.2. | Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht..... | 22 |
| 3.1.7. | Zusammenfassung..... | 22 |
| 3.2. | Fehlende Bestimmtheit..... | 22 |
| 3.3. | Fehlende Informiertheit | 23 |
| 3.4. | Keine sonstige Rechtsgrundlagen..... | 23 |
| 3.4.1. | Sperrwirkung von Artikel 6(1)(a) DSGVO | 24 |
| 3.4.2. | <i>Hilfsweise:</i> Keine andere Rechtsgrundlage einschlägig..... | 24 |
| 3.4.2.1. | Kein Vertrag „Leistung gegen Daten“, Artikel 6(1)(b) DSGVO | 24 |
| 3.4.2.1.1. | Kein Rechtsbindungswille..... | 25 |
| 3.4.2.1.2. | Unbestimmtheit | 25 |
| 3.4.2.1.3. | Keine Widerrufsbelehrung | 26 |
| 3.4.2.2. | Keine Überwiegende Interessen des Beschwerdeführers..... | 26 |
| 3.5. | Beweislast | 26 |
| 4. | Anträge..... | 26 |
| 4.1. | Antrag auf Untersuchung | 27 |
| 4.2. | Antrag, die relevanten Verarbeitungsvorgänge zu untersagen | 27 |
| 4.3. | Antrag, die erhobenen Daten zu löschen..... | 27 |
| 4.4. | Antrag, eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe zu verhängen | 27 |
| 5. | Kommunikation..... | 28 |

1. Sachverhalt

1.1. Verantwortliche / Beschwerdegegnerin

Diese Beschwerde richtet sich gegen die Krone Multimedia GmbH & Co KG („die Verantwortliche“, „die Beschwerdegegnerin“), mit Firmensitz in Muthgasse 2, 1190 Wien, Österreich, erreichbar unter der Adresse <https://www.krone.at/>, sind. krone.at ist die Webpräsenz der Kronen Zeitung.

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 das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG und Artikel 8 GRC) durch einen 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 krone.at am 10.08.2021

Der Beschwerdeführer hat am 10.08.2021 das Nachrichtenportal krone.at besucht, um Nachrichten zu lesen. Noch bevor er Nachrichten lesen konnte, wurde er mit einer sogenannten „Cookie-Wall“ konfrontiert. Diese zwang ihn dazu, sich zwischen den zwei Button-Optionen „Zustimmen & Weiter“ und „Krone PUR“ zu entscheiden, um Zugriff zu bekommen (**Anlage 02 – Cookie-Wall**). Worin zugestimmt werden sollte, erklärte die Verantwortliche wie folgt: *„Mit Ihrem Einverständnis zur Verwendung von Cookies für Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen können Sie krone.at kostenfrei nutzen. Mit Krone PUR bieten wir Ihnen eine trackingfreie Alternative. Die Datenschutz-Einstellungen erreichen Sie über die Fußzeile.“*

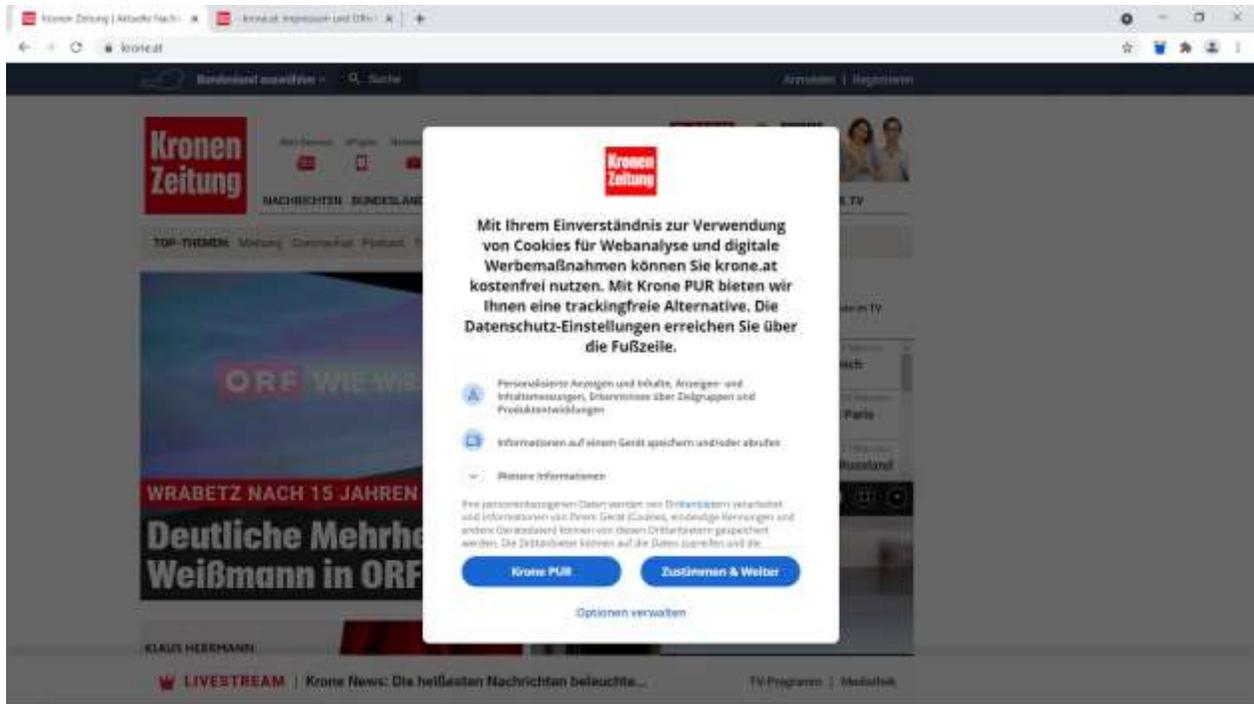


Bild 1 krone.at Cookie-Wall

Der Beschwerdeführer wählte die Option „Zustimmen & Weiter“. Damit bekam er Zugang zum Nachrichtenportal krone.at.

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 „Zustimmen & Weiter“ den Zugriff auf krone.at mit „Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen“. Diese „Zustimmung“ soll man dabei „zurücknehmen“ können.

Was „Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen“ genau bedeuten, wird auf der Cookie-Wall selbst erklärt:

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

Auf der Cookie-Wall wird weiter ausgeführt:

„Ihre personenbezogenen Daten werden von Drittanbietern verarbeitet und Informationen von Ihrem Gerät (Cookies, eindeutige Kennungen und andere Gerätedaten) können von diesen Drittanbietern gespeichert werden. Die Drittanbieter können auf die Daten zugreifen und die Informationen von Ihrem Gerät können mit den Drittanbietern geteilt oder speziell von dieser Website oder App verwendet werden.“

Einige Anbieter nutzen Ihre personenbezogenen Daten möglicherweise auf Grundlage ihres berechtigten Interesses. Dagegen können Sie unten über die Schaltfläche zum Verwalten Ihrer Optionen Einspruch erheben. Unten auf dieser Seite oder in unserer Datenschutzerklärung finden Sie den Link, unter dem Sie Ihre Einwilligung zurücknehmen können.“

Unter dem Abschnitt „*Weitere Informationen*“ werden vier Fragen beantwortet. Wenn man diese jeweils klickt öffnet sich ein Pop-Up mit der jeweiligen Antwort, wie in **Anlage 02a – Cookie-Wall Video** dargestellt. Die jeweiligen Einstellungsoptionen in der Cookie-Wall sind in **Anlage 02b – Cookie-Wall Einstellungen** dargestellt – interessant und wegen der Sperrwirkung der Einwilligung illegal ist, dass sich manche Einstellungen sowohl auf die Einwilligung als auch auf berechnete Interessen stützen.

Zu beachten ist, dass auf dem ersten Blick eine Datenschutz- oder Cookie-Erklärung von der Cookie-Wall aus nicht erreichbar ist. Erst wenn man auf „*Weitere Informationen*“ klickt und dann „*Wie kann ich meine Auswahl nachträglich ändern?*“ ist die Datenschutzerklärung (**Anlage 03 – Datenschutzerklärung**) verlinkt. Die Datenschutzerklärung umfasst ausgedruckt 8 DIN A4-Seiten und erklärt, zusammen mit der Cookie-Wall, was mit „*Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen*“ gemeint ist.

So steht in der Datenschutzerklärung unter „*4. Zwecke der Datenverarbeitung*“ unter „*auf der Rechtsgrundlage der (jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerruflichen) Einwilligung*“:

„a) Verbreitung von eigener und fremder Werbung in Online-Medien, auch in personalisierter Form unter Berücksichtigung von Vorlieben und des Nutzungsverhaltens

b) Übermittlung von elektronischen Identifikationsdaten des Kunden an Werbepartner, um diesen die gesteuerte Ausspielung und die Auswertung der Werbemittel zu ermöglichen, dies unter Einsatz von Trackingmethoden und unter Setzung/Auslesung von Cookies und anderen Identifizierungsmerkmalen

c) Einbettung von Inhalten Dritter in die Online-Medieninhalte zu Informationszwecken

d) Verbreitung von Newslettern mit werbendem Inhalt“

In der Cookie-Wall werden weiterhin 14 werberelevante Verarbeitungszwecke genannt:

- Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen
- Auswahl einfacher Anzeigen
- Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen
- Personalisierte Anzeigen auswählen
- Ein personalisiertes Inhalts-Profil erstellen
- Personalisierte Inhalte auswählen
- Anzeigen-Leistung messen

- Inhalte-Leistung messen
- Marktforschung einsetzen, um Erkenntnisse über Zielgruppen zu gewinnen
- Produkte entwickeln und verbessern
- Mit Offline-Datenquellen zusammenführen
- Verschiedene Geräte verknüpfen
- Empfangen und Verwenden automatisch gesendeter Geräteeigenschaften für die Identifikation
- Genaue Standortdaten verwenden

Diese jeweiligen Verarbeitungszwecke werden in der Cookie-Wall genauer erläutert.

Auch finden sich insgesamt **813 (!)** Einträge in der Liste der Drittanbieter, mit denen die Verantwortliche zusammenarbeitet und an denen personenbezogene Daten fließen können. 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 der Einfachheit halber auf das Video **Anlage 04 – Anbieterübersicht**. Selbst das schnelle Scrollen der Liste dauert fast 2 Minuten.

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

Beispielhaft sei die PubMatic, Inc., genannt, die u.a. für den Zweck „*Ein personalisiertes Inhalts-Profil erstellen*“ gelistet wird. In der Datenschutzerklärung der PubMatic, Inc., wird erklärt, dass personenbezogene Daten u.a. geteilt werden können mit „*Publisher Clients*“, „*Media Buyers*“, „*Other Clients*“, „*Attribution and Analytics Partners*“ und „*Website advertising partners*“.

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 05 – 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 in der Datenschutzerklärung unter Punkt „9) Bewertungen von persönlichen Aspekten des Kunden („Profiling)“ erwähnt:

„Zum Zweck der Vermeidung von Streuverlusten (und der Minimierung von Datenverarbeitungen) bei der Ausspielung von Werbeinhalten und im Direktmarketing speichert KMM das Nachfrageverhalten, wie zum Beispiel Bestellungen von Angeboten, Reaktionen auf Angebote, und schließt daraus auf bestimmte persönliche Interessen. Diese bewerteten Interessen verwendet KMM, um den Kunden zielgerichtet interessensspezifische Angebote und Werbung zu übermitteln und so Streuverluste bei der Werbung zu vermeiden.“

Somit ist Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung eine unüberschaubare Kette an erstellten Nutzungsprofilen und anderen Verarbeitungsprozessen, beginnend mit den rund 813 Partnerunternehmen der Beschwerdegegnerin. Das Ende der Kette ist wegen der steten und dynamischen Weitergabe von einem Partner an den nächsten nicht ersichtlich. Diese Datenweitergaben finden ausweislich der Cookie-Wall implizit für die Finanzierung des Angebots statt:

„Mit Ihrem Einverständnis zur Verwendung von Cookies für Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen können Sie krone.at kostenfrei nutzen. Mit Krone PUR bieten wir Ihnen eine trackingfreie Alternative.“

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 – oder eben dem PUR-Abo – 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, S. 1, 6, 20ff.). Der Rest der Einnahmen geht an die hunderten Partner der Beschwerdegegnerin.

Dass die Finanzierung daher überwiegend durch Tracking erfolgt, ist nach unserem Wissensstand schlichtweg falsch und irreführend. Viel mehr dürfte es sich um ein „Körpergeld“ handeln. Der Beweis obliegt naturgemäß der Beschwerdegegnerin.

Zusammenfassung

Die Beschwerdegegner sehen die vermeintliche Einwilligung als Einwilligung zu „Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen“ inkl. den zuvor genannten Unterzwecken (wie die 14 in der Cookie-Wall aufgezählten werberelevanten Zwecke).

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 krone.at mit einer Cookie-Wall konfrontiert und kann sich für zwei Modelle entscheiden:

Alternative 1: Einwilligung

Der Leser kann entweder auf „*Zustimmen & Weiter*“ klicken, um mit nur einem einzigen Klick und innerhalb von Sekunden Zugang zu krone.at zu erhalten. Der Zugang erfolgt dann mit Werbung und sonstigen Datenverarbeitungen gemäß der Datenschutzerklärung und der Cookie-Wall (siehe unter 1.4.1).

Alternative 2: Abo für EUR 4,99 pro Monat

Alternativ kann der Leser das sogenannte PUR-Abo abschließen, das mit hohen Kosten und hohem praktischem Aufwand von bis zu 25 Klicks und ca. 2-4 Minuten, wie unten ausgeführt, verbunden ist.

Kosten

Ein PUR-Abo kostet EUR 4,99/Monat (also EUR 59,88 pro Jahr, monatlich kündbar, ohne Sonderangebote). Mit anderen Worten: Die Ausübung des „freien Willens“ des Betroffenen kostet auf das Jahr gerechnet rund EUR 60.

Praktischer Aufwand

Während „*Zustimmen & Weiter*“ nur einen einzigen Klick erfordert, verlangt der Abschluss eines PUR-Abos mit Bezahlung per Kreditkarte als Bezahlmethode die folgenden Schritte auf rund acht Seiten verteilt:

- I. Erste Seite
 - (1) Auswahl „Krone PUR“

- II. Zweite Seite
 - (2) „Jetzt registrieren“ klicken, sofern kein Konto vorliegt
- III. Dritte Seite
 - (3) Email-Adresse eingeben
 - (4) Benutzername eingeben
 - (5) Passwort eingeben
 - (6) Passwort bestätigen
 - (7) Die AGB ggf. lesen und akzeptieren
 - (8) Auf „Registrieren“ klicken
- IV. Vierte Seite
 - (9) Emails abrufen, um den zugesandten Verifizierungslink zu klicken
 - (10) Verifizierungslink klicken
- V. Fünfte Seite
 - (11) Es öffnet sich ein neues Browserfenster, ggf. auf Email-Werbung aktiv verzichten, indem man den Haken entfernt
 - (12) „Registrierung bestätigen“ klicken
 - (13) „Los geht's“ klicken
 - (14) Suchen, wo man sich für das PUR-Abo anmelden kann und in das ursprüngliche Browserfenster wechseln (ggf. ist das nicht der Standard-Flow)
- VI. Sechste Seite
 - (15) Das Fenster zur Bestätigung der Email schließen
 - (16) „Krone PUR“ auswählen
 - (17) Email-Adresse eingeben
 - (18) Passwort eingeben
 - (19) „Anmelden“ klicken
- VII. Siebte Seite
 - (20) Die AGB und die Datenschutzinformation ggf. lesen und akzeptieren
 - (21) „Zahlungspflichtig bestellen“ klicken
- VIII. Achte Seite
 - (22) Zahlungsmethode auswählen, hier Kreditkarte
 - (23) Kartendaten eingeben, d.h. Nummer, Ablaufdatum, Sicherheitsnummer, Name des Karteninhabers
 - (24) Land auswählen
 - (25) „4,99 € zahlen“ klicken

Für eine Videoaufzeichnung der Schritte verweisen wir auf **Anlage 06 – PUR-Abo Schritte**.

Im Unterschied zum Abrufen eines Artikels oder zum Besuch der Hauptseite mit den Nachrichten des Tages, das mit nur einem Klick mit einer Einwilligung zum Werbe-Tracking möglich ist, sind hier zahlreiche Klicks und zahlreiche Eingaben (mitunter von endlosen Zahlen wie einer IBAN oder einer Kreditkartennummer) nötig.

Nach eigenen Tests wird der durchschnittliche Nutzer für den Abschluss ca. 2-4 Minuten bei Auswahl von Kreditkarte als Zahlungsmöglichkeit benötigen, wohlgemerkt gänzlich *ohne* eine Sichtung der verlinkten Datenschutzerklärung und AGB und unter der Annahme, dass das neue Passwort für krone.at sofort ausgedacht und notiert wird und die Kreditkartenangaben schnell ohne Suche im Passwortmanager o.ä. eingegeben werden.

1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung

Als Folge dessen, dass der Beschwerdeführer die Option mit Werbung ausgewählt hat, wurden die personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers für Werbung und Tracking wie oben ausgeführt verarbeitet (**Anlage 07 – HAR-Datei des Besuchs**). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer mit einem „sauberen“ Browser ohne Browsing-Historie die Seite besucht hat und keine Werbung angeklickt 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 „Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen“.

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-/Unterordnungsverhältnisses

Weil der Beschwerdeführer in keiner Position ist, die Bedingungen für den Zugang zu krone.at zu verhandeln und weil die Beschwerdegegnerin mit ihren Printmedien und krone.at als deren

Webpräsenz eine beträchtliche Marktmacht genießen und zum Teil sogar am auflagenstärksten unter den Medien Österreichs ist, ist der Beschwerdeführer gegenüber der Beschwerdeführerin in einer untergeordneten Rolle.

3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers

Die Beschwerdegegnerin bestimmt die Bedingungen für die Nutzung von krone.at einseitig ohne Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers. Willigt ein Leser nicht in das Werbe-Tracking ein, kann er krone.at 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 krone.at unter den Medien 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 08 - LfDI BW).

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

Vorliegend kommt erschwerend hinzu, dass krone.at nicht nur irgendein journalistisches Medium ist, sondern mit einer monatlichen Reichweite von 34,4 % Platz 2 unter den beliebtesten Online-Zeitungen in Österreich einnimmt (siehe Statista.com, Ranking der Top 10 beliebtesten Zeitungs-Websites in Österreich im Mai 2021, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/471326/umfrage/beliebteste-online-zeitungen-in-oesterreich/>).

3.1.1.4. Missbrauch des Ungleichgewichts

Das Vorliegen des Ungleichgewichts bedeutet, dass die Beschwerdegegnerin ihre 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 besonderen gesellschaftlichen Stellung überhaupt nicht erforderlich ist.

Gerade dies macht aber die Beschwerdegegnerin 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 (3.1.3), weil er dann den Zugriff auf krone.at 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 krone.at (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 bis zu 142x 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 § 879 Abs. 2 Nr. 4 ABGB, § 1 WucherG nichtig wäre.

Im vierten Quartal 2019 hatte krone.at laut einer Studie 2,989 Millionen Unique Leser (**Anlage 09 – ÖWA**), auf die sich die Beschwerdegegnerin selbst beruft (siehe Krone Gesamtausgabe: abgerufen am 11.08.2021, https://www.kroneanzeigen.at/national/krone_gesamtausgabe).

Die Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, u.a. Eigentümerin der Beschwerdegegnerin, erzielte für das Jahr 2019-2020 Werbeumsätze von EUR 138 Millionen, wobei 70% wohl auf die Beschwerdegegnerin zurückzuführen sind (siehe DerStandard, *Bei "Krone/Kurier"-Verlagskonzern Mediaprint knickte mit Corona das Ergebnis ein*, 30.04.2021, <https://www.derstandard.de/story/2000126252410/bei-kronekurier-verlagskonzern-mediaprint-knickte-mit-corona-das-ergebnis-ein>). Das ergibt einen geschätzten Werbeumsatz von EUR 96,6 Millionen für die Beschwerdegegnerin.

Der Geschäftsführer der deutschen SPIEGEL-Gruppe, Thomas Hass, gab bekannt, dass der Anteil der reinen digitalen Umsätze 2020 rund 30 % vom Gesamtumsatz ausmachte – davon wiederum waren ca. 10% auf digitale Abos (ohne PUR) zurückzuführen (siehe W&V, *"Spiegel" kommt mit leichter Umsatz-Delle durch 2020*, 24.02.2021, https://www.wuv.de/medien/spiegel_kommt_mit_leichter_umsatz_delle_durch_2020).

Werden diese 30% und 10% auf die Beschwerdegegnerin übertragen, ergäbe das für das Jahr 2019-2020 einen digitalen Umsatz von rund EUR 28,98 Millionen, wovon ca. 2,898 Millionen auf das ePaper-Abo (ab EUR 3,60/Monat) entfielen.

Damit verbleiben 26,082 Millionen Euro digitaler Umsatz auf 2,989 Millionen Leser verteilt (weil selbst ePaper-Abonnenten das PUR-Abo abschließen können/müssen). Wenn man diesen *gesamten* Restumsatz den personalisierten Werbeeinblendungen zuordnen würde, wären das

EUR 8,73 je Leser, also EUR 0,72 je Monat. Das PUR-Abo mit EUR 4,99 (brutto) / EUR 4,15 (netto) kostet damit über 11,5x so viel wie die durch personenbezogene Werbung erzielten Erlöse.

Zum gleichen Ergebnis führt eine Multiplikation der 2,989 Millionen Leser mit dem fiktiven Umsatz von EUR 4,15 (netto) im Monat für ein PUR Abo. Bei 12 Monaten müsste die Beschwerdegegnerin damit rund EUR 149 Millionen (!) rein an Online-Umsätzen machen, statt den etwa EUR 20,98 Millionen, d.h. ein Faktor von mehr als 5,7.

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 0,029 pro Monat, der Widerspruch kostet jedoch EUR 4,99 (brutto).

Natürlich ist das nur eine grobe Schätzung, die notgedrungen auf den wenigen öffentlichen Informationen beruht, würde jedoch eine über 142-fache (!) Überteuerung 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 grundrechtlich geschützten personenbezogenen Daten auszugehen.

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 die Beschwerdegegnerin 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 ein Nutzerkonto erfordert: Wenige Sekunden für Tracking stehen im Vergleich zu zig Klicks, 2-4 Minuten, und dem 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 krone.at 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 krone.at 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 strengeren 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; OGH 6Ob140/18h).

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 *krone.at* erbrachte Kernleistung ist die Bereitstellung von Rundfunkmedien und nicht die Erbringung personalisierter Werbung. Dies wird auch die Beschwerdegegnerin zugestehen müssen, es sei denn, sie möchte den journalistischen Mantel ausziehen und sich mit dem Mantel eines *Werbeunternehmens* schmücken.

Werbetracking ist aber für den Besuch von *krone.at* nicht erforderlich – unabhängig davon, ob Werbetracking an betroffene Personen ohne oder mit Abo 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 *krone.at* 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 3.1.6.1 gezeigt wird.

3.1.4.2. Mit Abonnement

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

Das Abo umfasst Zugriff auf *krone.at* mit zusätzlichen Features:

- *Täglich ab 5 Uhr früh verfügbar*
- *Zugriff auf alle Regionalausgaben und Beilagen*
- *Optimiert für Smartphone, Tablet und PC**

- Auf bis zu 5 Endgeräten gleichzeitig nutzbar
- Geräteübergreifende Merkliste
- Gratis Zugriff auf die beliebten Krone-Magazine u.v.m

(vgl. Krone.at, abgerufen am 11.08.2021, <https://angebote.krone.at/digitalabo>)

Warum Abonnenten ebenfalls bezahlen müssen, um ohne „Werbung und Tracking“ krone.at besuchen zu können, ist nicht nachvollziehbar. Zum einen werden andere Einnahmequellen außer Acht gelassen. Zum anderen ist Werbung nicht gleich Werbung.

So handelt es sich bei der personalisierten Werbung im Online-Medium um eine völlige andere Art als bei der statischen und analogen Darstellung von Werbung in einem Printmedium.

Bei der personalisierten Werbung auf krone.at wird vom Leser ein Profil erstellt. Dieses Profil fließt an rund 813 Unternehmen und von dort an hunderte, wenn nicht tausende weitere Unternehmen.

Dagegen erfolgt Werbung in der Printausgabe der Kronen Zeitung 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 krone.at

Wie oben erläutert, nennt die Beschwerdegegnerin verschiedene Verarbeitungszwecke (siehe unter 1.4.1, z.B. Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen, personalisierte Anzeigen auswählen, usw.).

Wenn die Beschwerdegegnerin aber mehrere ausdifferenzierte Zwecke nennt, hätte sie entsprechend auch mehrere Einwilligungen ersuchen sollen anstatt nur eine.

Weil die 15 Verarbeitungszwecke weitreichende Folgen auch Abseits von krone.at haben, ist nach Treu und Glauben abzulehnen, dass diese dem Oberzweck von „*Webanalyse und digitale Werbemaßnahmen*“ zugeordnet werden können. Vielmehr müssten sie separat betrachtet werden.

3.1.5.2. Die „Einwilligung“ ist nicht auf krone.at 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 813 Unternehmen und von diesen Unternehmen an unzählige Andere (siehe 1.4.2). Die Werbe- und Tracking-Dienstleistungen dieser Unternehmen werden nicht nur auf krone.at 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 krone.at „einwilligt“. Dies ist sogar von der Beschwerdegegnerin vorgesehen und wird in der Datenschutzerklärung unter „4) Zwecke der Datenverarbeitung“ angedeutet: *„Übermittlung von elektronischen Identifikationsdaten des Kunden an Werbepartner, um diesen die gesteuerte Ausspielung und die Auswertung der Werbemittel zu ermöglichen, dies unter Einsatz von Trackingmethoden und unter Setzung/Auslesung von Cookies und anderen Identifizierungsmerkmalen“*.

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

3.1.6. Kein angemessener Interessensausgleich zwischen den Parteien

Schließlich ist die Freiwilligkeit der Einwilligung wegen des Fehlens eines angemessenen Interessensausgleichs 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, wie auch schon der OGH in 7Ob170/98w (Friends of Merkur)).

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 Interessenausgleichs zu berücksichtigen.

Vorliegend wird der Beschwerdeführer auf drei Arten unangemessen benachteiligt: die Auswirkungen der Einwilligung sind nicht auf krone.at begrenzt (vgl. schon oben 3.1.5.2), Werbetracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots (vgl. 3.1.6.1) und Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht (vgl. 3.1.6.2).

3.1.6.1. Werbetracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots

Werbe-Tracking ist für die Finanzierung des Angebots auf krone.at nicht notwendig.

DSGVO-konforme kontextbasierte Werbung kann in manchen Situationen eine sogar höhere finanzielle Rentabilität gegenüber personalisierter Werbung aufweisen. 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 die Beschwerdegegnerin 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).

3.1.6.2. 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 die Beschwerdegegnerin 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“ scheidet 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. Döhmann, 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 die Cookie-Wall schaffen es nicht, die Tragweite der Einwilligung ausreichend zu erklären. Dem durchschnittlichen Leser ist nicht bewusst, dass seine Einwilligung auf krone.at es den Werbepartnern der Beschwerdegegnerin erlaubt, selbst seine Aktivitäten außerhalb von krone.at zu verfolgen.

Gleichzeitig ist nicht klar, welche Daten genau für welche Zwecke verarbeitet werden und an wen sie gehen. Die Datenschutzerklärung 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 § 914 ABGB 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 Antrag seitens der Beschwerdegegnerin im Sinne des § 861 ABGB. 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.

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 und bei „*der Übung des redlichen Verkehrs*“ nicht gleichzeitig ein Angebot liegen, vergleiche § 914 ABGB.

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

Die obigen Voraussetzungen für ein Angebot im Sinne des § 861 ABGB 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. Auch die Entgeltlichkeit stellt ein maßgebliches Indiz dar.

Danach liegt kein Rechtsbindungswillen auf Seiten der Beschwerdegegnerin vor. Wie bereits aufgezeigt dürfte die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit für die Verantwortlichen gering sein (siehe 3.1.2.2).

Außerdem war das Angebot auf krone.at immer unentgeltlich. Hieran sollte durch Einführung der Cookie-Wall nichts geändert werden. Schließlich wird die Beschwerdegegnerin 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 die Beschwerdegegnerin 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 (vgl. § 869 ABGB).

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 die Verantwortlichen vertraglich verpflichten möchten.

3.4.2.1.3. Keine Widerrufsbelehrung

Letztlich scheint krone.at selbst nicht von einem Vertrag auszugehen. Schließlich würde ein solcher einen Fernabsatzvertrag darstellen. Dann hätten die Verantwortlichen den Beschwerdeführer über sein Widerrufsrecht nach § 3 KSchG 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“ und im Vergleich zu nicht-personalisierter Werbung 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.