

BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1), 80(1) DSGVO
noyb Fallnummer: C-045

Die nachfolgende Beschwerde richtet sich gegen Datenverarbeitungen von DER SPIEGEL auf dessen Internetauftritt („www.spiegel.de“).

Der Beschwerdeführer rief die Webseite SPIEGEL.de 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 abgebe, wonach er sich mit einer Reihe von Datenverarbeitungen inklusive Tracking (d.h. über die Webseite des SPIEGEL hinaus) einverstanden erkläre. Der Beschwerdeführer wählte die Tracking-Variante.

Nach Angaben des SPIEGEL erfolge das Tracking für die „bestmögliche Nutzererfahrung“, die wiederum in sechs weitere Verwendungszwecke mit z.T. weiteren Unterzwecken aufgeteilt ist. Auf die durch das Tracking gesammelten Daten haben bis zu 190 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 DER SPIEGEL ein gegenüber dem Beschwerdeführer bestehendes klares Ungleichgewicht in missbräuchlicher Weise aus (unter 3.1.1). Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der SPIEGEL 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 des SPIEGEL 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 DER SPIEGEL am 19.07.2021	4
1.4.1. Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung	5
1.4.2. Einwilligungsakt.....	9
1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung.....	16
2. Umfang der Beschwerde	16
3. Rechtliche Analyse - Keine wirksame Einwilligung	17
3.1. Fehlende Freiwilligkeit	17
3.1.1. Klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien.....	18
3.1.1.1. Über-/Unterordnungsverhältnisses.....	18
3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers.....	18
3.1.1.3. Beträchtliche Marktmacht als journalistisches Leitmedium.....	19
3.1.1.4. Missbrauch des Ungleichgewichts	20
3.1.2. Keine Möglichkeit, ohne Nachteil abzulehnen	20

3.1.2.1.	Nachteil bei Verweigerung der Einwilligung	21
3.1.2.2.	PUR-Abo über 656x teurer als Erlöse durch Einwilligung	21
3.1.2.3.	Hoher praktischer Aufwand	23
3.1.2.4.	Zwang zum Abschluss eines Abonnements.....	23
3.1.3.	Nachteil bei Widerruf der Einwilligung	23
3.1.4.	Fehlende Erforderlichkeit	23
3.1.4.1.	Ohne SPIEGEL+-Abonnement.....	25
3.1.4.2.	Mit SPIEGEL+-Abonnement.....	25
3.1.5.	Fehlende Granularität der Einwilligung	26
3.1.5.1.	Die „Einwilligung“ auf SPIEGEL.de.....	27
3.1.5.2.	Die „Einwilligung“ ist nicht auf SPIEGEL.de begrenzt	27
3.1.6.	Kein angemessener Interessensausgleich zwischen den Parteien	28
3.1.6.1.	Besondere grundrechtliche Verpflichtung journalistischer Angebote	28
3.1.6.2.	Werbetracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots	30
3.1.6.3.	Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht	30
3.1.7.	Zusammenfassung.....	30
3.2.	Fehlende Bestimmtheit.....	31
3.3.	Fehlende Informiertheit	31
3.4.	Keine sonstige Rechtsgrundlagen	32
3.4.1.	Sperrwirkung von Artikel 6(1)(a) DSGVO	32
3.4.2.	<i>Hilfsweise:</i> Keine andere Rechtsgrundlage einschlägig.....	33
3.4.2.1.	Kein Vertrag „Leistung gegen Daten“, Artikel 6(1)(b) DSGVO	33
3.4.2.1.1.	Kein Rechtsbindungswille.....	33
3.4.2.1.2.	Unbestimmtheit	34
3.4.2.1.3.	Keine Widerrufsbelehrung	34
3.4.2.2.	Keine Überwiegende Interessen des Beschwerdeführers.....	34
3.5.	Beweislast	35
4.	Anträge.....	35
4.1.	Antrag auf Untersuchung	35
4.2.	Antrag, die relevanten Verarbeitungsvorgänge zu untersagen	36
4.3.	Antrag, die erhobenen Daten zu löschen.....	36
4.4.	Antrag, eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe zu verhängen	36

5. Kommunikation.....	36
-----------------------	----

1. Sachverhalt

1.1. Verantwortliche / Beschwerdegegnerin

Diese Beschwerde richtet sich gegen DER SPIEGEL GmbH & Co. KG, Ericusspitze 1, 20457 Hamburg, Deutschland („DER SPIEGEL“), Verantwortliche für das Nachrichtenportal „SPIEGEL.de“, erreichbar unter der Adresse www.spiegel.de. SPIEGEL.de ist das Online-Angebot des Printmediums DER SPIEGEL.

1.2. Betroffene Person / Beschwerdeführer

XXX

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 DER SPIEGEL am 19.07.2021

Der Beschwerdeführer hat am 19.07.2021 das Nachrichtenportal SPIEGEL.de 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 „Weiter mit Werbung lesen“ und „...oder PUR-Abo abschließen“ zu entscheiden, um Zugriff zu bekommen (**Anlage 02 – Cookie-Wall**).



Bild 1 Ein Ausschnitt der SPIEGEL.de Cookie-Wall

Der Beschwerdeführer wählte die Option „Weiter mit Werbung lesen“ und klickte auf den Button „Akzeptieren und weiter“. Damit bekam er Zugang zum Nachrichtenportal SPIEGEL.de und zum eigentlichen Beitrag.

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 „Weiter mit Werbung lesen“ den Zugriff auf SPIEGEL.de „mit Werbung und üblichem Tracking“. Diese „Zustimmung“ soll dabei „jederzeit widerrufbar“ sein.

Was „Werbung und übliche[s] Tracking“ bedeuten, wird in der verlinkten Datenschutzerklärung und insbesondere im „Privacy Center“ erklärt.

So steht im Privacy Center (**Anlage 03 – Privacy Center**, eigene Hervorhebung):

„Falls Sie sich nicht für unser ‚PUR‘-Abo entscheiden, speichern und verarbeiten wir und unsere Partner mit Ihrer Zustimmung Cookies und andere Technologien auf Ihrem Gerät und verwenden diese, um Ihnen die bestmögliche Nutzererfahrung auf diesem Angebot zu ermöglichen.“

„Werbung und übliche[s] Tracking“ ist laut DER SPIEGEL also für die „bestmögliche Nutzererfahrung“ erforderlich.

In dem, dem Nutzer nicht unmittelbar angezeigten, Privacy Center (https://www.spiegel.de/consent-a-?targetUrl=https%3A%2F%2Fwww.spiegel.de%2F#sp_privacy_manager) teilt DER SPIEGEL diese „bestmögliche Nutzererfahrung“ in insgesamt sechs weiteren Verwendungszwecken mit z.T. weiteren Unterzwecken:

1. *„Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen (...) zu den dem Nutzer angezeigten Verarbeitungszwecken“;*
2. *„Personalisierte Anzeigen und Inhalte, Anzeigen- und Inhaltsmessungen, Erkenntnisse über Zielgruppen und Produktentwicklungen (...) um Benutzerfreundlichkeit, Systeme und Software aufzubauen oder zu verbessern“* mit den folgenden Unterkategorien:
 - a. *„Personalisierte Inhalte auswählen“*,
 - b. *„Personalisierte Anzeigen auswählen“*,
 - c. *„Auswahl einfacher Anzeigen“*,
 - d. *„Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen“*,
 - e. *„Ein personalisiertes Inhalts-Profil erstellen“*,
 - f. *„Anzeigen-Leistung messen“*,
 - g. *„Inhalte-Leistung messen“*,
 - h. *„Marktforschung einsetzen, um Erkenntnisse über Zielgruppen zu gewinnen“*,
 - i. *„Produkte entwickeln und verbessern“*;
3. *„Google Werbepartner * *Nicht-IAB Verwendungszwecke“*;
4. *„AD TECHNOLOGY * *Nicht-IAB Verwendungszwecke“*;
5. *„Funktionale Verwendungszwecke (...) damit wir Ihnen dieses Angebot fehlerfrei darstellen können“* mit den folgenden Unterkategorien
 - a. *„Sicherheit gewährleisten, Betrug verhindern und Fehler beheben“*,
 - b. *„Anzeigen oder Inhalte technisch bereitstellen“*; und schließlich
6. *„Zusatzfunktionen“* mit den folgenden Unterkategorien
 - a. *„Personalisierte Inhalte auswählen Zusammenführen mit Offline-Datenquellen“*,
 - b. *„Verschiedene Geräte verknüpfen“*, sowie
 - c. *„Empfangen und Verwenden automatisch gesendeter Geräteeigenschaften für die Identifikation“*.

Zusätzlich zu den sechs Verarbeitungszwecken werden rund 190 Unternehmen als Partner gelistet und verlinkt, mit denen DER SPIEGEL 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 gleich als erstes für den Zweck „*Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen*“ 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):

„Mit auf Ihrem Gerät gespeicherten Cookies, Geräte-Kennungen u.ä. können Anzeigen und Inhalte basierend auf einem Nutzungsprofil personalisiert, Daten hinzugefügt und die Performance von Anzeigen und Inhalten gemessen werden.“

Somit ist Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung eine unüberschaubare Kette an erstellten Nutzungsprofilen und anderen Verarbeitungsprozessen, beginnend mit den rund 190 Partnerunternehmen von DER SPIEGEL. Das Ende der Kette ist wegen der steten und dynamischen Weitergabe von einem Partner an den nächsten nicht ersichtlich. Diese Datenweitergaben finden ausweislich des Privacy Centers für die „bestmögliche Nutzererfahrung“ statt.

Die Datenschutzerklärung (**Anlage 07 – SPIEGEL.de Datenschutzerklärung**, eigene Hervorhebung) erklärt weiter, dass DER SPIEGEL sein Angebot durch die Einwilligung finanziert:

„Wenn Sie uns dagegen kostenlos lesen wollen, finanzieren wir unser Angebot mit Ihrer Einwilligung durch weitere Werbung und vor allem auch mit Werbettracking mitsamt Datenweitergabe an ausgewählte Dritte zu einer an Ihrem Nutzungsverhalten und Ihren vermuteten Interessen und Bedürfnissen ausgerichteten Ausspielung und Optimierung.“

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://www.der-spiegel.net/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 „*vor allem auch mit Werbe-Tracking*“ erfolgt, ist nach unserem Wissensstand schlichtweg falsch. Viel mehr dürfte es sich um ein „Körpergeld“ handeln. Der Beweis obliegt naturgemäß der Beschwerdegegnerin.

Zusammenfassung

DER SPIEGEL sieht die vermeintliche Einwilligung als Einwilligung zu „*Werbung und üblichem Tracking*“. Durch diese Verarbeitung könne DER SPIEGEL eine „*bestmögliche Nutzererfahrung*“ bieten und die Dienste finanzieren. Diese „*bestmögliche Nutzererfahrung*“ wird von DER SPIEGEL allerdings in sechs 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 SPIEGEL.de mit einer Cookie-Wall konfrontiert und kann sich für zwei Modelle entscheiden:

Alternative 1: Einwilligung

Der Leser kann entweder auf „*Akzeptieren und weiter*“ klicken, um mit nur einem einzigen Klick und innerhalb von Sekunden Zugang zu SPIEGEL.de zu erhalten. Der Zugang erfolgt dann mit Werbung und sonstigen Datenverarbeitungen gemäß der Datenschutzerklärung und dem Privacy Center (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 20 Klicks und 2 Minuten, wie unten ausgeführt, verbunden ist.

Kosten

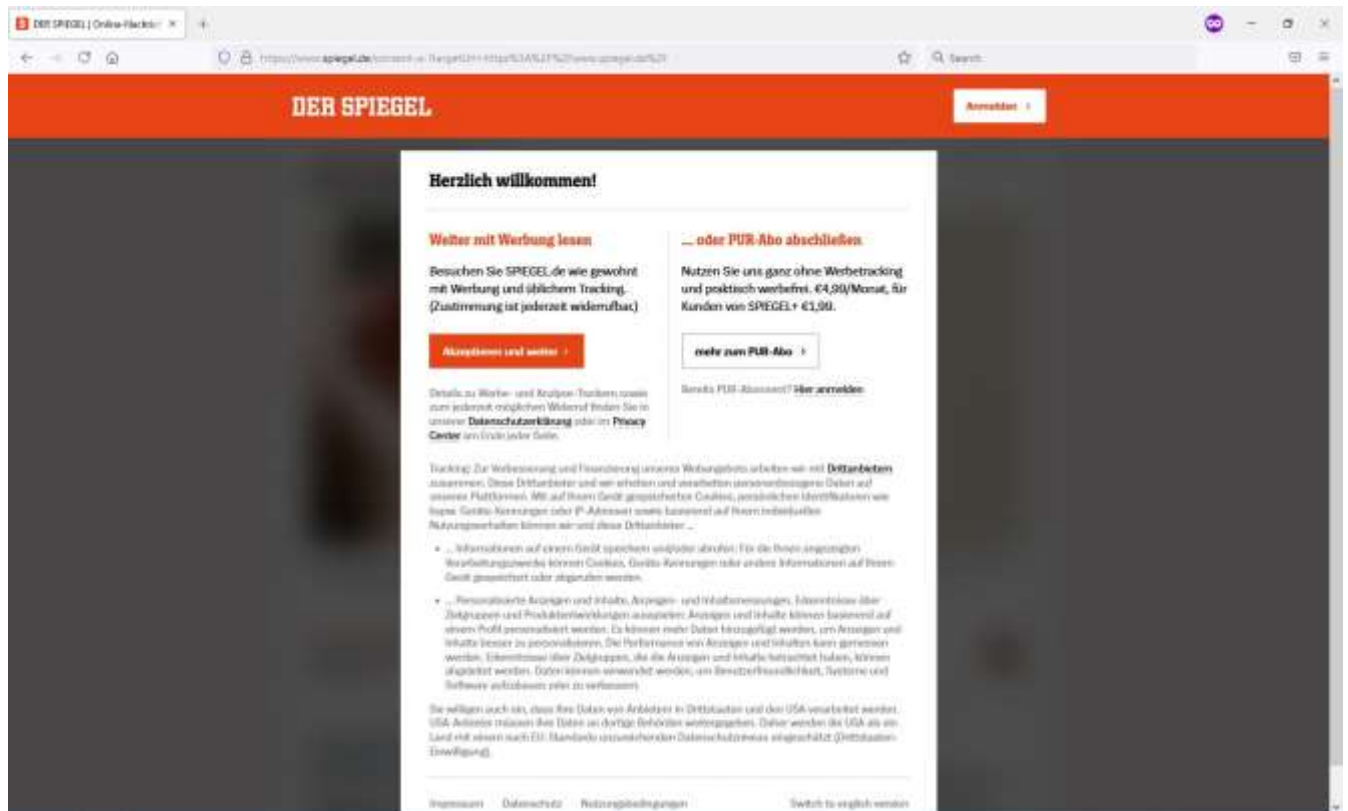
Ein PUR-Abo kostet EUR 4,99/Monat (also EUR 59,88 pro Jahr, monatlich kündbar). Liegt ein SPIEGEL+-Abonnement (für EUR 19,99/Monat) vor, reduziert sich der Preis des PUR-Abos auf EUR 1,99/Monat (gesamt damit EUR 263,76 pro Jahr). Mit anderen Worten: Die Ausübung des „freien Willens“ des Betroffenen kostet auf das Jahr gerechnet mindestens EUR 59,88.

Praktischer Aufwand

Während „*Weiter mit Werbung lesen*“ nur einen einzigen Klick erfordert, verlangt der Abschluss eines PUR-Abos die folgenden Schritte auf sieben Seiten verteilt:

I. Erste Seite

(1) Klick auf „mehr zum PUR-Abo“.



1 - Erste Seite

II. Zweite Seite

- (2) Entscheidung zwischen den drei Abo-Modalitäten: PUR-Abo, SPIEGEL+ um PUR ergänzen, SPIEGEL+ mit PUR bestellen.
- (3) Entsprechend der Auswahl des Abos auf „Jetzt bestellen“ klicken.

The screenshot shows the SPIEGEL.de website's subscription page. The header is orange with the text "SPIEGEL Abo". Below the header, a large heading asks: "Wollen Sie SPIEGEL.de ohne Werbetacking und weitestgehend ohne Werbung nutzen?". To the left of this heading is a graphic showing a smartphone and a tablet displaying the SPIEGEL app, with a purple circle containing the text "SPIEGEL PUR lesen". To the right of the heading, there is a list of features for the PUR subscription, including: "Kein Werbetacking, Adverbiale und andere Werbeformate werden ausgeblendet", "Nur 1,00 € / Monat", and "Jedem monatlich Kinder". Below this list is a red button that says "Jetzt PUR bestellen".

Wählen Sie Ihre PUR Variante

Nur PUR bestellen Für alle Nicht-Abo-Kunden	Nur PUR bestellen Für Abonnenten von SPIEGEL+
<ul style="list-style-type: none">Kein WerbetackingKein Werbetacking, Adverbiale und andere Werbeformate werden ausgeblendetNur 1,00 € / MonatJedem monatlich Kinder	<ul style="list-style-type: none">Kein WerbetackingKein Werbetacking, Adverbiale und andere Werbeformate werden ausgeblendetNur 1,00 € / MonatJedem monatlich Kinder
Jetzt für 1,00 € bestellen	Jetzt für 1,00 € bestellen

PUR & SPIEGEL+ bestellen Für alle Nicht-Abo-Kunden
<ul style="list-style-type: none">Nur Vorteile von SPIEGEL+Nur Vorteile von PURNur 1,00 € an ersten Monat, danach 2,00 €Jedem monatlich Kinder
Jetzt für 1,00 € bestellen

2 - Zweite Seite

III. Dritte Seite

- (4) Geschlecht auswählen.
- (5) Vorname eingeben.
- (6) Nachname eingeben.
- (7) Email-Adresse eingeben.
- (8) Neues Passwort festlegen.
- (9) Ggf. anwählen, ob man bereits Abonnent einer gedruckten Ausgabe ist.
- (10) Ggf. Opt-In, sofern man „unverbindliche Angebote des SPIEGEL-Verlags und der manager Magazin Verlagsgesellschaft“ per Telefon und/oder Email erhalten möchte.
- (11) Anwählen, dass man die Nutzungsbedingungen und die Hinweise zum Datenschutz gelesen und sich damit einverstanden erklärt.
- (12) Auf „Jetzt registrieren“ klicken.

DER SPIEGEL [Zur Startseite](#)

Registrieren

Wenn Sie bereits einen Zugang haben, können Sie sich [hier anmelden](#).

☐ Herr ☐ Frau

Vorname

Nachname

E-Mail-Adresse

Neues Passwort festlegen

☐ Ich bin bereits Abonnent einer gedruckten Ausgabe

☐ Ja, ich möchte unverbindliche Angebote des SPIEGEL-Verlags und der manager magazin Verlagsgesellschaft (zu Zeitschriften, Büchern, Abonnements, Online-Produkten und Veranstaltungen per Telefon und/oder E-Mail. Mein Einverständnis kann ich jederzeit widerrufen.

☐ Ja, ich habe die [Nutzungsbedingungen](#) und die [Hinweise zum Datenschutz](#) gelesen und akzeptiere mich mit ihnen einverstanden.

[Jetzt registrieren](#)

IV. Vierte Seite

- (13) Das Nutzungsland auswählen bzw. bestätigen.
- (14) Ggf. auswählen, dass man eine Rechnung mit vollständiger Adresse benötigt.
- (15) Zwischen den Zahlungsarten Visa/Mastercard, PayPal und SEPA auswählen.

The screenshot shows a web browser window with the URL <https://gruppenkommunikation.spiegel.de/checkout/1141?ordernummer=1141&ordernummer=1141>. The page features the DER SPIEGEL logo at the top. The main content area is titled "PUR-Abo" and "PUR". It includes a description of the subscription, a price of €4.99, a country selection dropdown menu set to "Austria", and a checkbox for "I need a bill for my accountancy". Below this, there is a section titled "Choose a payment method" with three options: VISA, PayPal, and SEPA. The page also has a footer with links for Impressum, Datenschutz, Nutzungsbedingungen, and Kontakt.

4 - Vierte Seite

V. Fünfte Seite – ggf. Rechnungsanschrift eingeben

The screenshot shows a web browser window with the URL <https://www.dblspiegel.de/checkout/step-5>. The page has a red header with the "DBL SPIEGEL" logo and a "Zurück" button. The main content area is white and contains a form titled "Bitte geben Sie Ihre Rechnungsanschrift ein". The form includes fields for "Firma", "AP", "Straße", "Postleitzahl", "Land", "PLZ", and "Stadt". There are also checkboxes for "Rechnungsanschrift gleich Lieferadresse" and "Rechnungsanschrift (optional)". A red "Weiter" button is at the bottom of the form. The footer is dark grey and contains links for "Impressum", "Kontakt", "Rechnungsbefragungen", "Sitemap", and "Hilfe".

DBL SPIEGEL

Zurück

PSD-Abs

Bitte geben Sie Ihre Rechnungsanschrift ein

Firma: (optional)

AP: (optional)

Straße: (optional)

Postleitzahl: (optional)

Land: (optional)

PLZ: (optional)

Stadt: (optional)

☐ Rechnungsanschrift gleich Lieferadresse

Rechnungsanschrift (optional):

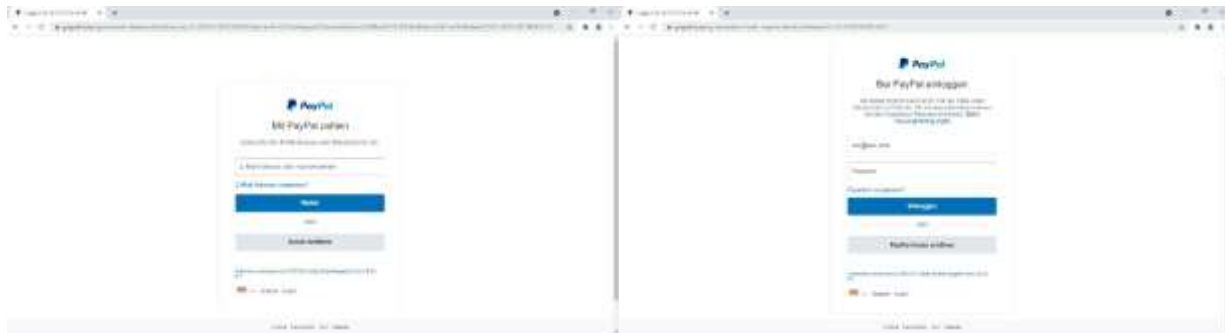
Weiter

Impressum | Kontakt | Rechnungsbefragungen | Sitemap | Hilfe

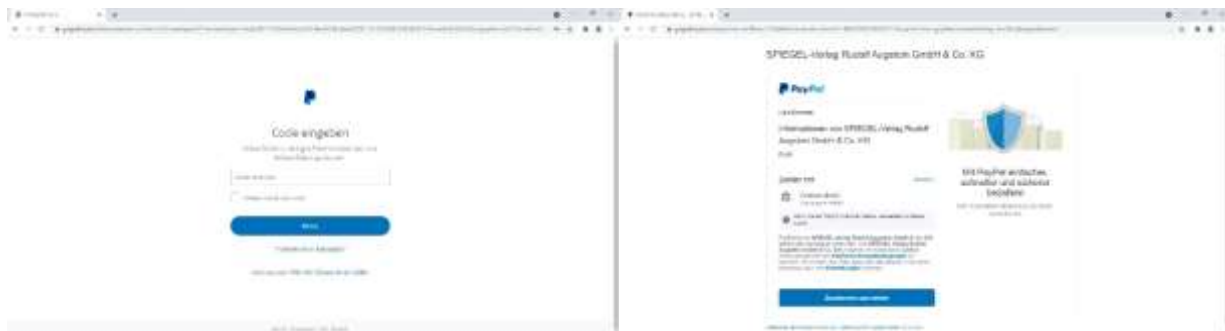
5 - Fünfte Seite

VI. Sechste Seite inkl. Unterseiten - Je nach Zahlungsart die entsprechenden Daten eintragen, beispielsweise für PayPal, bei der dann drei weitere Seiten dazukommen:

- (16) Unterseite 01: Benutzer-ID eingeben.
- (17) Unterseite 02: Passwort eingeben.
- (18) Unterseite 03: Authentifizierungs-Code eingeben.
- (19) Unterseite 04: „Zustimmen und Weiter“ klicken.



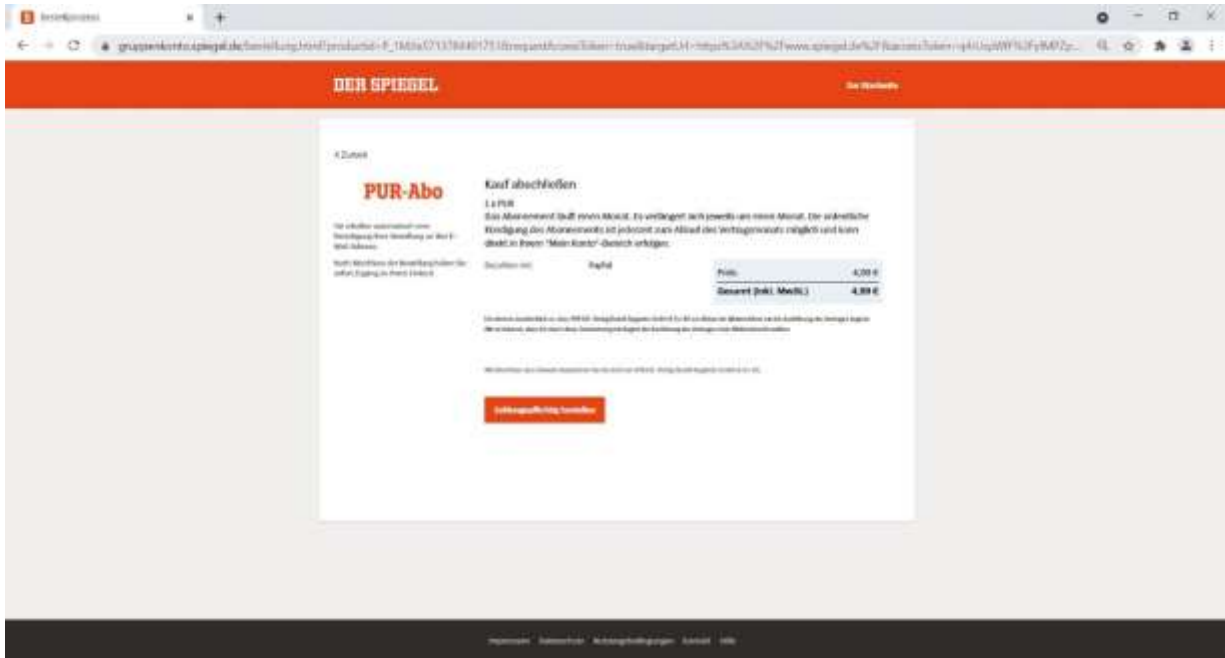
6 - Sechste Seite, erste und zweite Unterseiten



6 - Sechste Seite, dritte und vierte Unterseiten

VII. Siebte Seite
(20) „Zahlungspflichtig bestellen“ klicken.

VII. Siebte Seite
(20) „Zahlungspflichtig bestellen“ klicken.



7 - Siebte Seite

Im Unterschied zum Abrufen des Artikels mit einem Klick mit einer Einwilligung zum Werbe-Tracking, sind hier also etwa 20 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, wohlgermerkt gänzlich *ohne* eine Sichtung der verlinkten Datenschutzerklärung und AGB und unter der Annahme, dass das neue Spiegel.de 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 „Akzeptieren und weiter“ 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 „*Werbung und übliches Tracking*“.

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 SPIEGEL.de zu verhandeln und weil DER SPIEGEL 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

DER SPIEGEL bestimmt die Bedingungen für die Nutzung von SPIEGEL.de einseitig ohne Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers. Willigt ein Leser nicht in das Werbe-Tracking ein, kann er SPIEGEL.de 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 DER SPIEGEL 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 SPIEGEL.de nicht nur irgendein journalistisches Medium ist. Vielmehr ist SPIEGEL.de das Online-Angebot des Nachrichtenmagazins DER SPIEGEL und damit eines der Leitmedien Deutschlands. Ein Leitmedium ist dadurch gekennzeichnet, dass es einen besonderen Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung ausübt.

Laut einer Studie hat der DER SPIEGEL, Boulevard-Zeitungen wie Bild außenvorgenommen, eine Leserreichweite unter Entscheidungsträger (definiert als Selbstständige, freie Berufe, leitende Angestellte, Beamte ab Besoldungsstufe A14) pro Ausgabe von 25,7 % - die höchste Reichweite unter den untersuchten Medien. Die nächstgrößte Reichweite beträgt 13,3 % für Stern, gefolgt von 12,6 % jeweils für die Süddeutsche Zeitung und Focus. Bei den reinen Online-Angeboten führt SPIEGEL.de mit 41 %, gefolgt von focus.de mit 28,8 % und faz.net mit 25,8 %. Werden Printausgaben und App und Webseite zusammengezählt, dominiert DER SPIEGEL mit 61,3 %, gefolgt von Focus, Focus Money, focus.de und die Focus-App zusammen mit 44,6 % (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 SPIEGEL.de 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 DER SPIEGEL (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 DER SPIEGEL 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 SPIEGEL.de 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 SPIEGEL.de (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 über 656x 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.

SPIEGEL.de hatte im November 2020 geschätzte 25,79 Millionen Leser (**Anlage 10 – Statista**). Nach eigenen Angaben erwirtschaftete die gesamte SPIEGEL-Gruppe (inklusive aller Print-, TV-

und sonstigen Produkte) 2020 einen Umsatz von EUR 256,4 Millionen (Zahlen und Daten zur SPIEGEL-Gruppe, <https://www.spiegelgruppe.de/unternehmen/zahlen-daten-fakten>).

Der Geschäftsführer der SPIEGEL-Gruppe, Thomas Hass, gab bekannt, dass der Anteil der reinen digitalen Umsätze 2020 rund 30 % vom Gesamtumsatz ausmachte (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).

Für 2020 ergäbe das einen digitalen Umsatz von rund EUR 76,9 Millionen, wovon laut dem Geschäftsführer von SPIEGEL.de, Stefan Ottlitz, EUR 6,5 Millionen mit SPIEGEL+-Abonnements umgesetzt wurden (siehe W&V, "*Spiegel*" kommt mit leichter Umsatz-Delle durch 2020, https://www.wuv.de/medien/spiegel_kommt_mit_leichter_umsatz_delle_durch_2020).

Damit verbleiben 70,42 Millionen Euro digitaler Umsatz auf 25,79 Millionen Leser verteilt (weil SPIEGEL+-Abonnenten ebenfalls ein PUR-Abo abschließen können/müssen). Der Anteil an Online-Werbeumsatz lag bei EUR 49,4 Millionen Euro (HORIZONT, *Der Spiegel: Wie Digitalabos und Sparmaßnahmen den Verlagsgewinn im Coronajahr pushen*, 03.06.2021, <https://www.horizont.net/medien/nachrichten/der-spiegel-wie-digitalabos-und-sparmassnahmen-den-verlagsgewinn-im-coronajahr-pushen-191992>).

Selbst wenn man diesen *gesamten* Online-Werbeumsatz den personalisierten Werbeeinnahmen zuordnen würde, wären das lediglich EUR 1,92 je Leser auf das Jahr gerechnet, also EUR 0,16 pro Monat. Das PUR-Abo mit EUR 4,99 (brutto) / EUR 4,19 (netto) kostet damit über 26,26x so viel wie die durch personenbezogene Werbung erzielten Erlöse.

Zum gleichen Ergebnis führt eine Multiplikation der 25,79 Millionen Leser mit dem fiktiven Umsatz von EUR 4,19 (netto) im Monat für ein PUR Abo. Bei 12 Monaten müsste der SPIEGEL damit über EUR 1,2 Milliarden (!) an Online-Umsätzen machen, statt den etwa EUR 76,9 Millionen. Dieser Betrag übersteigt überdies den Jahresumsatz der gesamten SPIEGEL-Verlagsgruppe (!) um einen Faktor von mehr als 4,6.

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 0,006 pro Monat, der Widerspruch kostet jedoch EUR 4,99 (brutto) / EUR 4,19 (netto).

Natürlich ist das nur eine grobe Schätzung, die notgedrungen auf den vom SPIEGEL veröffentlichten Informationen beruht, würde jedoch eine über 656-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 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 DER SPIEGEL 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, sowie die Wahl zwischen verschiedenen Abonnementmodalitäten: Wenige Sekunden für Tracking im Vergleich zu mindestens 20 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 SPIEGEL.de nur sporadisch zum Lesen einzelner, für den aktuellen Diskurs wichtiger, Artikel aufrufen.

Ein werbe- und trackingfreier Zugang (zu einzelnen Artikeln) ohne Abo kann nicht gekauft werden. Insofern begründet die einzige Alternative auf SPIEGEL.de 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 Verordnungsgeber 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 SPIEGEL.de erbrachte Kernleistung ist die Bereitstellung von Rundfunkmedien und nicht die Erbringung personalisierter Werbung. Dies wird auch die Beschwerdegegnerin zugestehen müssen: Die SPIEGEL Gruppe bezeichnet sich (Spiegel Gruppe, <https://www.spiegelgruppe.de/unternehmen/verantwortung/tochterunternehmen-und-beteiligungen>) als multimediales *Medienunternehmen* und nicht als *Werbeunternehmen*.

Werbetracking ist aber für den Besuch von SPIEGEL.de nicht erforderlich – unabhängig davon, ob Werbetracking an betroffene Personen ohne oder mit SPIEGEL+-Abo gerichtet ist.

3.1.4.1. Ohne SPIEGEL+-Abonnement

Werbe-Tracking und die einhergehende Erhebung von personenbezogenen Daten für personalisierte Werbung sind für die Bereitstellung von Medieninhalten an dem Beschwerdeführer via SPIEGEL.de 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 SPIEGEL+-Abonnement

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

Das SPIEGEL+-Abo umfasst Zugriff auf sämtliche Inhalte auf SPIEGEL.de, also auch auf Inhalte, die für „kostenlose“ Leser nicht zugänglich sind (sogenannte SPIEGEL+-Artikel). Rufen SPIEGEL+-Abonnenten die bereits von ihnen bezahlten SPIEGEL+-Artikel auf, so werden sie dennoch vor die Wahl gestellt, in Tracking einzuwilligen oder ein zusätzliches PUR-Abo für weitere EUR 1,99 abzuschließen.

Warum SPIEGEL+-Abonnenten ebenfalls bezahlen müssen, um ohne „Werbung und üblichem Tracking“ SPIEGEL.de besuchen zu können, erklärt DER SPIEGEL wie folgt:



Bild 2 Ausschnitt von <https://abo.spiegel.de/de/c/pur>

DER SPIEGEL 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 SPIEGEL.de wird vom Leser ein Profil erstellt. Dieses Profil fließt an rund 190 Unternehmen und von dort an hunderte, wenn nicht tausende weitere Unternehmen.

Dagegen erfolgt Werbung in der Printausgabe von DER SPIEGEL 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 ‚gewöhnt‘ 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 SPIEGEL.de

Wie oben erläutert, nennt die Beschwerdegegnerin drei grobe Verarbeitungszwecke: Werbung und Tracking, eine bestmögliche Nutzererfahrung mit sechs Unterzwecken (siehe unter 1.4.1, u.a. Informationen auf einem Gerät speichern, personalisierte Anzeigen und Inhalte, Google Weberpartner, Zusatzfunktionen, usw.), sowie die Finanzierung des Angebots.

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

Weil die sechs Unterzwecke weitreichende Folgen auch Abseits von SPIEGEL.de haben, ist nach Treu und Glauben abzulehnen, dass diese dem Oberzweck der bestmöglichen Nutzungserfahrung bzw. der Werbung und Tracking zugeordnet werden können. Vielmehr müssten sie separat betrachtet werden.

3.1.5.2. Die „Einwilligung“ ist nicht auf SPIEGEL.de 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 190 Unternehmen und von diesen Unternehmen an unzählige Andere (siehe 1.4.2). Die Werbe- und Tracking-Dienstleistungen dieser Unternehmen werden nicht nur auf SPIEGEL.de 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 SPIEGEL.de „einwilligt“. Dies ist sogar von DER SPIEGEL vorgesehen. Die Datenschutzerklärung spricht klar von „Remarketing“ bzw. „Retargeting“ in den Netzwerken von Google und Facebook.

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

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 Interessenausgleichs zu berücksichtigen.

Vorliegend wird der Beschwerdeführer auf drei Arten unangemessen benachteiligt: die Auswirkungen der Einwilligung sind nicht auf SPIEGEL.de 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. Werbettracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots

Darüber hinaus ist Werbe-Tracking für die Finanzierung des Angebots von DER SPIEGEL nicht notwendig.

Welche Gründe waren ausschlaggebend PUR zu starten?

In letzter Zeit ist vermehrt zum Ausdruck gekommen, dass Nutzer und Nutzerinnen sich vom Werbe-Tracking gestört fühlen. Wir sind zu der Überzeugung gelangt, dass es einen grundlegend neuen Angang mit großer Transparenz und Wahlmöglichkeiten braucht, um dauerhafte Verlässlichkeit in unsere Geschäftsmodelle zu bekommen.

Bild 3 Ausschnitt von <https://abo.spiegel.de/de/c/pur>

DSGVO-konforme kontextbasierte Werbung kann in manchen Situationen sogar eine 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 DER SPIEGEL 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 DER SPIEGEL 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 das dazugehörige Privacy Center schaffen es nicht, die Tragweite der Einwilligung ausreichend zu erklären. Dem durchschnittlichen Leser ist nicht bewusst, dass seine Einwilligung auf SPIEGEL.de es den Werbepartnern der Beschwerdegegnerin erlaubt, selbst seine Aktivitäten außerhalb von SPIEGEL.de zu verfolgen.

Gleichzeitig ist nicht klar, welche Daten genau für welche Zwecke verarbeitet werden und an wen sie gehen. Die Datenschutzerklärung von DER SPIEGEL 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).

Im vorliegenden Fall sind außerdem auch die Konsequenzen einer Verweigerung der Einwilligung nicht transparent, da selbst ein PUR-Abonnement laut Cookie-Wall nur „praktisch werbefrei“ ist und sich somit die Frage stellt, welche Art von Werbung weiterhin gezeigt wird.

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. Hilfswise: 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 DER SPIEGEL 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 SPIEGEL.de immer unentgeltlich. Hieran sollte durch Einführung der Cookie-Wall nichts geändert werden. Schließlich wird DER SPIEGEL 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 DER SPIEGEL 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 DER SPIEGEL vertraglich verpflichten möchte.

3.4.2.1.3. Keine Widerrufsbelehrung

Letztlich scheint der SPIEGEL selbst nicht von einem Vertrag auszugehen. Schließlich würde ein solcher einen Fernabsatzvertrag im Sinne des § 312c BGB darstellen. Dann hätte der SPIEGEL 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 Bezahlinhalten „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 Bezahlinhalte 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.