

BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1), 80(1) DSGVO
noyb Fallnummer: C-046

Die nachfolgende Beschwerde richtet sich gegen Datenverarbeitungen von der STANDARD-Gruppe auf dessen Internetauftritt („www.derStandard.at“).

Der Beschwerdeführer rief die Webseite derStandard.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 7 abschließe oder eine Erklärung abgebe, wonach er sich mit einer Reihe von Datenverarbeitungen inklusive Tracking (d.h. über die Webseite derStandard.at hinaus) einverstanden erkläre. Der Beschwerdeführer wählte die Tracking-Variante.

Nach Angaben der STANDARD-Gruppe sei das Werbe-Tracking aus finanziellen Gründen erforderlich. Auf die durch das Tracking gesammelten Daten haben rund 120 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 STANDARD-Gruppe ein gegenüber dem Beschwerdeführer bestehendes klares Ungleichgewicht in missbräuchlicher Weise aus (unter 3.1.1). Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die STANDARD-Gruppe 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 STANDARD-Gruppe 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 derStandard.at am 12.08.2021	4
1.4.1. Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung.....	5
1.4.2. Einwilligungsakt.....	13
1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung.....	14
2. Umfang der Beschwerde	15
3. Rechtliche Analyse - Keine wirksame Einwilligung	15
3.1. Fehlende Freiwilligkeit	15
3.1.1. Klares Ungleichgewicht zwischen den Parteien.....	16
3.1.1.1. Über-/Unterordnungsverhältnisses.....	16
3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers.....	16
3.1.1.3. Beträchtliche Marktmacht als journalistisches Leitmedium.....	17
3.1.1.4. Missbrauch des Ungleichgewichts	17
3.1.2. Keine Möglichkeit, ohne Nachteil abzulehnen	17
3.1.2.1. Nachteil bei Verweigerung der Einwilligung.....	18
3.1.2.2. PUR-Abo bis zu 288x teurer als Erlöse durch Einwilligung.....	19
3.1.2.3. Hoher praktischer Aufwand.....	20

3.1.2.4.	Zwang zum Abschluss eines Abonnements.....	20
3.1.3.	Nachteil bei Widerruf der Einwilligung	20
3.1.4.	Fehlende Erforderlichkeit	21
3.1.4.1.	Ohne Abonnement.....	22
3.1.4.2.	Mit Abonnement.....	22
3.1.5.	Fehlende Granularität der Einwilligung	23
3.1.5.1.	Die „Einwilligung“ auf derStandard.at.....	24
3.1.5.2.	Die „Einwilligung“ ist nicht auf derStandard.at begrenzt	24
3.1.6.	Kein angemessener Interessensausgleich zwischen den Parteien	25
3.1.6.1.	Werbetracking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots	25
3.1.6.2.	Datenschutz ist kein zahlungsbedingtes Grundrecht	25
3.1.7.	Zusammenfassung.....	26
3.2.	Fehlende Bestimmtheit.....	26
3.3.	Fehlende Informiertheit	27
3.4.	Keine sonstige Rechtsgrundlagen.....	27
3.4.1.	Sperrwirkung von Artikel 6(1)(a) DSGVO	27
3.4.2.	<i>Hilfsweise:</i> Keine andere Rechtsgrundlage einschlägig.....	28
3.4.2.1.	Kein Vertrag „Leistung gegen Daten“, Artikel 6(1)(b) DSGVO	28
3.4.2.1.1.	Kein Rechtsbindungswille.....	28
3.4.2.1.2.	Unbestimmtheit	29
3.4.2.1.3.	Keine Widerrufsbelehrung	29
3.4.2.2.	Keine Überwiegende Interessen des Beschwerdeführers.....	29
3.5.	Beweislast	30
4.	Anträge.....	30
4.1.	Antrag auf Untersuchung	30
4.2.	Antrag, die relevanten Verarbeitungsvorgänge zu untersagen	31
4.3.	Antrag, die erhobenen Daten zu löschen.....	31
4.4.	Antrag, eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Strafe zu verhängen	31
5.	Kommunikation.....	31

1. Sachverhalt

1.1. Verantwortliche / Beschwerdegegnerin

Diese Beschwerde richtet sich gegen die STANDARD-Gruppe, bestehend aus den Unternehmen der STANDARD Verlagsgesellschaft m.b.H., der STANDARD Medien AG und der velcom GmbH („die Verantwortliche“, „die Verantwortlichen“, „die Beschwerdegegnerin“), mit Firmensitz in der Vorderen Zollamtsstraße 13, A-1030 Wien, die entweder getrennte oder gemeinsame Verantwortliche für das Nachrichtenportal „derStandard.at“, erreichbar unter der Adresse <https://www.derstandard.at/>, sind. derStandard.at ist die Webpräsenz der Tageszeitung DER STANDARD.

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 derStandard.at am 12.08.2021

Der Beschwerdeführer hat am 12.08.2021 das Nachrichtenportal derStandard.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 Optionen „Mit Werbung weiterlesen“ und „derStandard.at PUR“ zu entscheiden, um Zugriff zu bekommen (**Anlage 02 – Cookie-Wall**).

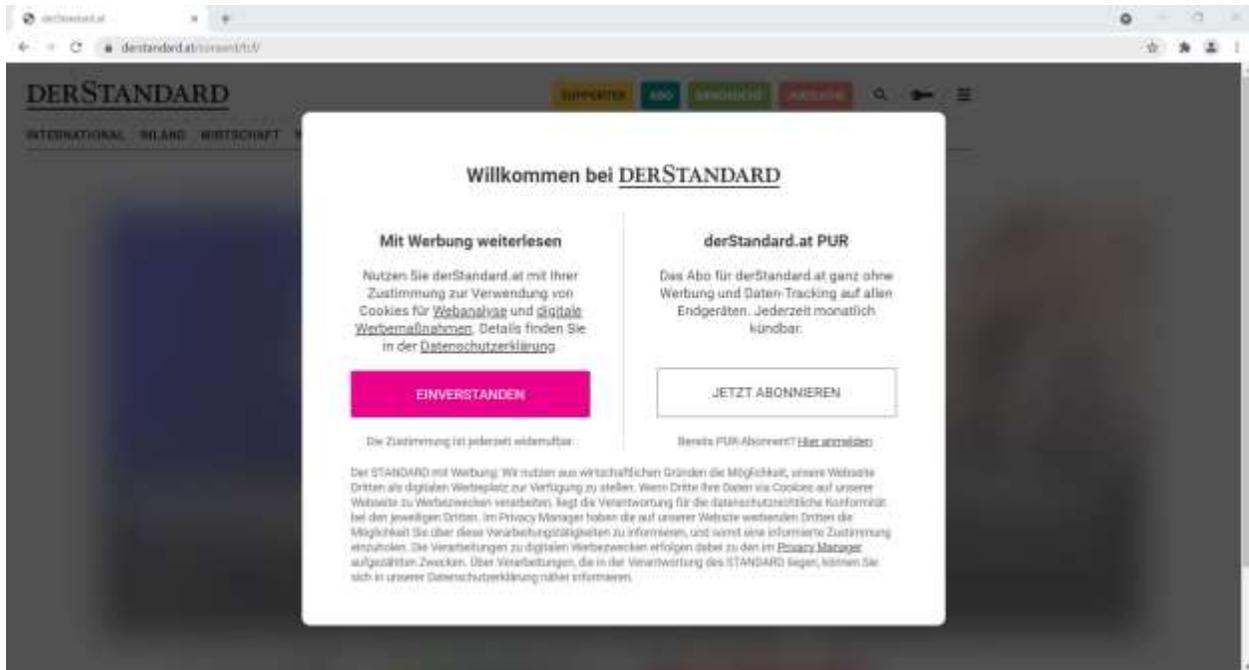


Bild 1 derStandard.at Cookie-Wall

Der Beschwerdeführer wählte die Option „Mit Werbung weiterlesen“ und klickte auf den Button „Einverstanden“. Damit bekam er Zugang zum Nachrichtenportal derStandard.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 „Mit Werbung weiterlesen“ den Zugriff auf derStandard.at mit „Webanalyse“ und „digitale Werbemaßnahmen“. Diese „Zustimmung“ soll dabei „jederzeit widerrufbar“ sein.

Was „Webanalyse“ und „digitale Werbemaßnahmen“ genau bedeuten, wird in den verlinkten Datenschutz- und Cookie-Erklärungen (**Anlage 03 – Datenschutzerklärung**), die ausgedruckt 48 DIN A4-Seiten umfassen, an vielen verschiedenen Stellen erklärt.

So steht in der Datenschutzerklärung unter „II.C. Online-Abonnement ‚PUR‘“ und in der Cookie-Erklärung unter „I. Umgang mit Cookies“ sowie unter „V. Verarbeitungstätigkeiten Dritter auf unserer Webseite“, also drei Mal:

„Als Onlinemedium sind wir nicht von der Notwendigkeit einer Finanzierungsmöglichkeit befreit. Bisher haben wir ausschließlich Werbung als Finanzierungsmodell genutzt. Da wir jedoch wissen, wie wichtig unseren Lesern das Thema Datenschutz ist, haben wir ein Produkt geschaffen, das ohne Werbung und ohne jegliches Datentracking auskommt: derStandard.at/PUR. Jegliche Skripte von Drittanbietern, alle Social-Media-Plug-Ins und alle Datenverarbeitungen, die nicht aus technischen Gründen zwingend für den Betrieb der

Webseite notwendig sind, wurden bei dieser Version unserer Webseite ausgebaut (siehe Anhänge zur Cookie-Erklärung). Auch als PUR-Kunde können Sie diese Inhalte aber selbstverständlich nach Bedarf freischalten.“

In der Datenschutzerklärung steht unter „V.C. Digital Advertising“:

„Wenn wir Dritten Werbeflächen auf unserer Webseite zur Verfügung stellen, geben wir diesen die Möglichkeit, ihre Werbeeinheiten mittels sogenannter Tags einzubinden. Im Digital Advertising haben sich zwei Werbemethoden etabliert: Entweder wird ein bestimmter Tag an einem bei uns gebuchten Werbefläche eingebunden (sogenannte Tag-in-Tag-Werbung) oder die Werbenden ersteigern über ein automatisiertes Verfahren einen Werbefläche auf unserer Webseite, auf dem sie ihre Tags einbinden (sogenannte programmatische Werbung). Über die eingebundenen Tags können von den Dritten auch Cookies auf Ihrem Endgerät gesetzt werden.“

In der Cookie-Erklärung steht unter „I. Umgang mit Cookies“:

„Neben unseren eigenen Verarbeitungstätigkeiten sind wir darauf angewiesen, Inhalte Dritter in unsere Webseite einzubinden. Dies tun wir einerseits aus redaktionellen Gründen, und andererseits nutzen wir aus wirtschaftlichen Gründen die Möglichkeit, unsere Webseite Dritten als Werbefläche zur Verfügung zu stellen.“

In der Cookie-Erklärung steht unter „IV.C. Werbe-Cookies“:

„Wir nutzen aus wirtschaftlichen Gründen die Möglichkeit, unsere Webseite Dritten als Werbefläche zur Verfügung zu stellen. Wir verarbeiten Ihre Daten auf Grundlage Ihrer Zustimmung.“

Im „Anhang – Verarbeitungstätigkeiten Dritter“ unter „C. Tag-in-Tag-Werbung“ wird erklärt:

„Tag-in-Tag bezeichnet jene Art der Werbeschaltung, bei der nicht das Werbemittel des werbenden Kunden physisch in Form einer Datei an das Medienunternehmen übermittelt wird, sondern stattdessen ein Script oder ein clientseitiger Aufruf von Inhalten eines Servers, der sich nicht im Einflussbereich des Medienunternehmens befindet, gestartet wird.“

Es werden 23 Tag-in-Tag-Kooperationspartner genannt, die jeweils weitere Kooperationspartner oder Sub-Unternehmen umfassen und die ebenfalls in ihren Datenschutzerklärungen unzählige weitere Kooperationspartner nennen:

- GroupM OG
 - MediaCom – die Kommunikationsagentur GmbH
 - MindShare GmbH & Co KG
 - MAXUS Media Communications GmbH

- Wavemaker GmbH
- 7 Punkt Communication Group GmbH
- Baschnegger Ammann und Partner Werbeagentur GmbH
- currycom communications GmbH
- Edmund Keck
- Fessler Werbeagentur GmbH
- FONDA Interaktive Medien und Kommunikation GmbH
- Grayling Austria
- Young & Rubicam Vienna GmbH
- WIEN NORD Werbeagentur GmbH
- METS Media GmbH
- Ogilvy & Mather Gesellschaft m.b.H.
- Ogilvy & Mather CIS Media Services GmbH
- JWT Wien Werbeagentur Gesellschaft mbH
- Media 1, Mediaplanung und -einkauf GmbH
- IPG Mediabrands GmbH
 - UM PanMedia Kommunikationsberatung und Mediaeinkauf GmbH
 - Initiative Media Werbemittlung Ges.m.b.H.
 - Bluforce Markom GmbH
 - Bluetango Werbegesellschaft mbH
 - Ecker & Partner Öffentlichkeitsarbeits- und Public Affairs GmbH
 - FCB NEUWIEN Werbeagentur GmbH
 - Gantnerundenzi Werbeagentur GmbH
 - Lowe GGK Werbeagentur GmbH
 - Mark & Mark Werbeagentur GmbH
 - Matrix – Agentur für neue Kommunikation
 - Merlicek-Grossebner Werbegesellschaft mbH
 - St. Stephen's GmbH Werbeagentur Wien

- Unique Werbe Ges.m.bH
- Unique Public Relations GmbH
- You Two Media GmbH
- Dentsu Aegis Network Central Services GmbH
 - media.at GmbH
 - Dentsu Aegis Network Austria GmbH
 - Amnet Central GmbH
 - Carat Austria GmbH
 - iProspect GmbH
 - IQ mobile Kommunikationsdienste Beratungs-, Entwicklungs- und Vertriebs GmbH
 - pjure isobar Werbeagentur GmbH
 - The Story Lab
 - Vizeum Austria Media Service GmbH
 - mediastrategen GmbH
 - MediaSelect GmbH
 - OmniMedia GmbH
- Publicis Media Austria GmbH
- Havas Media GmbH
 - Arena Media GmbH
 - Affiperf Ltd
 - SAS Mobext
- Porsche Werbemittlung GmbH
- Reichl und Partner Werbeagentur GmbH
 - Reichl & Partner Werbeagentur GesmbH
 - Reichl und Partner eMarketing Gesellschaft m.b.H.
- OmnicomMediaGroup Mediaagentur GmbH
 - OMD Mediaagentur GmbH
 - PHD Mediaagentur GmbH

- DDB Wien GmbH
- TBWA/Wien Werbeagentur GesmbH
- BBDO Holding GmbH
- PKP BBDO Werbeagentur GmbH
- IKEA Möbelertrieb OHG
- XXXLutz KG
- AD Consult GmbH
- Slopelift PM Media GmbH
- Pulpmedia GmbH
- DigitalSunray Media GmbH
<http://de.www.digitalsunray.com/datenschutzinformation/>
- 0815 Online Handel GmbH <https://www.0815.at/agb>
- content garden technologies GmbH <http://www.content-garden.com/datenschutz/>
- Fact or Eleven GmbH <https://www.factor-eleven.de/datenschutz/>
- netzeffekt GmbH <https://www.netzeffekt.at/datenschutzerklärung>
- APA – Austria Presse Agentur eG <https://www.apa.at/Site/datenschutz/datenschutzerklaerung.html>
- MediaMath <http://www.mediamath.com/privacy-policy/>
- CBRE GmbH <https://www.cbre.at/de-at/ueber-cbre/datenschutzerkl%C3%A4rung>
- ELK Fertighaus GmbH <https://www.elk.at/datenschutz/>

Im „Anhang – Verarbeitungstätigkeiten Dritter“ unter „D. Programmatische Werbung“ wird erklärt:

„Programmatische Werbung besteht in der Zurverfügungstellung eines Werbeplatzes auf unserer Webseite durch Einbindung eines Tags durch ein programmatisches Werbenetzwerk. Im Rahmen der programmatischen Werbung wird dieser Werbeplatz über das programmatische Werbenetzwerk als Vermittler versteigert. Der Werbende, der sich einen Werbeplatz im Netzwerk ersteigert, hat so auch die Möglichkeit, Cookies auf Ihrem Endgerät zu setzen. Der Werbende entscheidet über die Verwendung der Cookies und über die durch ihn verarbeiteten Daten. Daher trägt er die Verantwortung für die datenschutzrechtliche Konformität der Datenverarbeitung.“

Die genannten programmatischen Kooperationspartner, die ebenfalls in ihren Datenschutzerklärungen unzählige weitere Kooperationspartner nennen, sind:

- Yieldlab
- Improve Digital
- Google Ad Exchange
- Criteo
- Rubicon

Die Datenschutz- und Cookie-Erklärungen verlinken weiterhin zu dem sog. „Privacy Manager“, in dem wie folgt erklärt wird:

„Falls Sie sich nicht für unser ‚PUR‘-Abo entscheiden, verarbeiten die auf unserer Website werbenden Dritten mit Ihrer Zustimmung Cookies und andere Technologien auf Ihrem Gerät und verwenden diese zur Steuerung ihrer Werbeangebote auf dem bei derstandard.at gebuchten Werbepplatz. Wenn wir Dritten Werbepplätze auf unserer Webseite zur Verfügung stellen, geben wir diesen die Möglichkeit, ihre Werbeinhalte mittels sogenannter Tags einzubinden. Dies geschieht entweder über einen bestimmten Tag oder über ein automatisiertes Verfahren (programmatische Werbung). Über die eingebundenen Tags können von diesen Dritten auch Cookies und ähnliche Technologien auf Ihrem Endgerät gesetzt werden, über die Sie sich hier im Privacy Manager näher informieren können.“

In dem Privacy Manger werden 14 Verarbeitungszwecke genannt:

- Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen
- Personalisierte Inhalte auswählen
- Personalisierte Anzeigen auswählen
- Auswahl einfacher Anzeigen
- Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen
- Ein personalisiertes Inhalts-Profil erstellen
- Anzeigen-Leistung messen
- Inhalte-Leistung messen
- Marktforschung einsetzen, um Erkenntnisse über Zielgruppen zu gewinnen
- Produkte entwickeln und verbessern
- Genaue Standortdaten verwenden
- Geräteeigenschaften zur Identifikation aktiv abfragen
- Spezielle Zwecke
- Features

Diese jeweiligen Verarbeitungszwecke werden genauer erläutert.

Auch finden sich insgesamt 125 Einträge in der Liste der Drittanbieter, mit denen die STANDARD-Gruppe 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 der Einfachheit halber auf das Video **Anlage 04 – Anbieterübersicht**.

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*“, „*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 Werbeflächen) 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 im *Privacy Manager* erwähnt (eigene Hervorhebung):

„Ein personalisiertes Anzeigen-Profil erstellen“

Somit ist Gegenstand der vermeintlichen Einwilligung eine unüberschaubare Kette an erstellten Nutzungsprofilen und anderen Verarbeitungsprozessen, beginnend mit den rund 125 Partnerunternehmen der STANDARD-Gruppe. Das Ende der Kette ist wegen der steten und dynamischen Weitergabe von einem Partner an den nächsten nicht ersichtlich. Diese Datenweitergaben finden ausweislich der Datenschutzerklärung für die Finanzierung des Angebots statt:

„Als Onlinemedium sind wir nicht von der Notwendigkeit einer Finanzierungsmöglichkeit befreit. Bisher haben wir ausschließlich Werbung als Finanzierungsmodell genutzt. Da wir jedoch wissen, wie wichtig unseren Lesern das Thema Datenschutz ist, haben wir ein Produkt geschaffen, das ohne Werbung und ohne jegliches Datentracking auskommt: derStandard.at/PUR.“

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 *„ausschließlich [durch] Werbung“* 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 im Privacy Manager aufgezählten Zwecke). In der Cookie-Erklärung wird weiter ausgeführt, dass die Einwilligung einerseits für Analyse-Cookies verwendet wird, andererseits für Werbe-Cookies (vgl. *IV. Unsere Verarbeitungstätigkeiten auf unserer Webseite*), sowie für *„Digital Advertising“* (vgl. *V. Verarbeitungstätigkeiten Dritter auf unserer Webseite*).

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. Einwilligungskakt

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

Alternative 1: Einwilligung

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

Alternative 2: Abo für EUR 7 pro Monat

Alternativ kann der Leser das sogenannte PUR-Abo abschließen, das mit hohen Kosten und hohem praktischem Aufwand von über rund 24 Klicks und mindestens 3 Minuten, wie unten ausgeführt, verbunden ist.

Kosten

Ein PUR-Abo kostet EUR 7/Monat (also EUR 84 pro Jahr, monatlich kündbar, ohne Sonderangebote). Mit anderen Worten: Die Ausübung des „freien Willens“ des Betroffenen kostet auf das Jahr gerechnet mindestens EUR 84.

Praktischer Aufwand

Während „*Mit Werbung weiterlesen*“ nur einen einzigen Klick erfordert, verlangt der Abschluss eines PUR-Abos mit SEPA-Einzugsermächtigung als Bezahlmethode die folgenden Schritte auf sieben Seiten verteilt:

1. Erste Seite
 - i. Auswahl „*Jetzt abonnieren*“
2. Zweite Seite
 - i. „*Weiter*“ klicken
3. Dritte Seite
 - i. Sofern kein Konto vorliegt, auf „*Hier registrieren*“ klicken
4. Vierte Seite
 - i. Email-Adresse eingeben
 - ii. Passwort eingeben
 - iii. Die AGB akzeptieren und ggf. lesen
 - iv. Auf „*Registrieren*“ klicken
5. Fünfte Seite
 - i. Emails abrufen, um den zugesandten Verifizierungscode zu kopieren
 - ii. Verifizierungscode eingeben
 - iii. Ggf. auf E-Mail-Werbung aktiv verzichten, in dem man den Haken setzt

6. Sechste Seite

- i. Den Verzicht auf E-Mail-Werbung bestätigen (sog. „Dark Pattern“), indem man auf den kleinen Text *„Ich verzichte trotzdem“* klickt anstatt auf dem großen Button in pink *„OKAY, ICH VERZICHTE NICHT“*
- ii. *„E-Mail verifizieren“* klicken

7. Siebte Seite

- i. Das Land des Wohnsitzes auswählen
- ii. Die Zahlungsmethode auswählen, hier SEPA
- iii. Kontoinhaber
- iv. Kontonummer eingeben
- v. IBAN eingeben
- vi. BIC / SWIFT eingeben
- vii. Per Klick bestätigen, dass man als Kontoinhaber berechtigt ist, die SEPA-Lastschrift zu autorisieren
- viii. Per Klick bestätigen, dass man das Mandat zur Abbuchung erstellen möchte
- ix. Auf *„Kaufen“* klicken

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

Dazu ist zu berücksichtigen, dass selbst für den Abschluss des PUR-Abos, wie in dem Video zu sehen ist, eine Einwilligung für *„Webanalyse und digitalen Werbemaßnahmen“* ersucht wird – interessanterweise kann man nur einwilligen, um das Fenster zu entfernen. Selbst in der Cookie-Erklärung kann man nicht ablehnen; man kann dort nur die zuvor erteilte Einwilligung widerrufen. Diese Klicks und Schritte wurden in der Liste oben nicht dargestellt, sind aber in **Anlage 06** zu sehen.

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 über 20 Klicks und zahlreiche Eingaben (mitunter von endlosen Zahlen wie einer IBAN) nötig.

Nach eigenen Tests wird der durchschnittliche Nutzer für den Abschluss ca. 3 Minuten bei Auswahl von SEPA als Zahlungsmöglichkeit benötigen, wohlgemerkt gänzlich *ohne* eine Sichtung der verlinkten Datenschutzerklärung und AGB und unter der Annahme, dass das neue Passwort für derStandard.at sofort ausgedacht und notiert wird und die IBAN und BIC Nummern schnell ohne Suche im Passwortmanager o.ä. eingegeben werden.

1.4.3. Folge der vermeintlichen Einwilligung

Als Folge dessen, dass der Beschwerdeführer *„Mit Werbung weiterlesen“* 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. 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 derStandard.at zu verhandeln und weil DER STANDARD und derStandard.at als dessen Webpräsenz eine beträchtliche Marktmacht unter den liberalen Medien Österreichs genießen, ist der Beschwerdeführer gegenüber der Beschwerdegegnerin in einer untergeordneten Rolle.

3.1.1.2. Keine Verhandlungsmacht des Beschwerdeführers

Die STANDARD-Gruppe bestimmt die Bedingungen für die Nutzung von derStandard.at einseitig ohne Einflussmöglichkeit des Beschwerdeführers. Willigt ein Leser nicht in das Werbe-Tracking ein, kann er derStandard.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 derStandard.at unter den liberalen Tageszeitungen 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 derStandard.at nicht nur irgendein journalistisches Medium ist, sondern mit einer monatlichen Reichweite von 36,4 % marktführend (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 STANDARD-Gruppe 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 STANDARD-Gruppe 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 derStandard.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 derStandard.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 288x 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 derStandard.at laut einer Studie ca. 2,5 Millionen Unique Leser (**Anlage 09 – ÖWA**), auf die sich die STANDARD-Gruppe selbst beruft (siehe Online-Reichweite: Immer mehr Menschen lesen den STANDARD, 03.10.2019, <https://www.derstandard.at/story/2000109328049/online-reichweite-immer-mehr-menschen-lesen-den-standard>).

Nach eigenen Angaben erwirtschaftete die gesamte STANDARD-Gruppe (inklusive aller Produkte wie Print-Abos, Inseraten, ePapers, usw.) 2020 einen Umsatz von EUR 56,1 Millionen (Österreichs größte Medienhäuser 2020 – und ihre Erwartungen in Zeiten von Corona, 24.07.2020, <https://www.derstandard.at/story/2000118737432/oesterreichs-groesste-medienhaeuser-2020-und-ihre-erwartungen-in-zeiten-von>).

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 STANDARD-Gruppe übertragen, ergäbe das für 2020 einen digitalen Umsatz von rund EUR 16,83 Millionen, wovon ca. 1,683 Millionen auf das ePaper-Abo (EUR 24,49/Monat) der STANDARD-Gruppe entfielen.

Damit verbleiben 15,147 Millionen Euro digitaler Umsatz auf 2,5 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 6,06 je Leser, also EUR 0,50 je Monat. Das PUR-Abo mit EUR 7 (brutto) / EUR 5,83 (netto) kostet damit über 11,5x so viel wie die durch personenbezogene Werbung erzielten Erlöse.

Zum gleichen Ergebnis führt eine Multiplikation der 2,5 Millionen Leser mit dem fiktiven Umsatz von EUR 5,83 (netto) im Monat für ein PUR Abo. Bei 12 Monaten müsste DER STANDARD damit rund EUR 175 Millionen (!) rein an Online-Umsätzen machen, statt den etwa EUR 15,147 Millionen. Dieser Betrag übersteigt überdies den Jahresumsatz der gesamten STANDARD-Gruppe (!) um einen Faktor von mehr als 11,5.

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 0,02 pro Monat, der Widerspruch kostet jedoch EUR 7 (brutto).

Natürlich ist das nur eine grobe Schätzung, die notgedrungen auf den wenigen öffentlichen Informationen beruht, würde jedoch eine über 288-fache (!) Überteuering 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 STANDARD-Gruppe 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 mindestens 20 Klicks, 3 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 derStandard.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 derStandard.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 strengen Maßstab gemessen werden als die „Einwilligung“ bei einer vertraglichen Leistungserbringung.

Eine solche Ungleichbehandlung ist durch den Ordnungsgeber nicht intendiert. Artikel 7(4) DSGVO soll gerade verhindern, dass kostenlose Dienstleistungen von einer „freiwilligen“ Einwilligung abhängig gemacht werden können, die darauf hinzielt, alle online verfügbaren Daten eines Nutzers auszuwerten und zu verknüpfen, um auf dieser Grundlage maßgeschneiderte Werbung anzubieten, obgleich diese Datenverarbeitung für die zugrundeliegende Leistung nicht erforderlich ist (vgl. *Buchner/Kühling* in *Kühling/Buchner*, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 50; 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 derStandard.at erbrachte Kernleistung ist die Bereitstellung von Rundfunkmedien und nicht die Erbringung personalisierter Werbung. Dies wird auch die Beschwerdegegnerin zugestehen müssen: Die STANDARD-Gruppe bezeichnet sich (DER STANDARD, <https://about.derstandard.at/impressum/>) als *Medienunternehmen* mit Redaktion und Ressorts und nicht als *Werbeunternehmen*.

Werbetracking ist aber für den Besuch von derStandard.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 derStandard.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 derStandard.at mit Features wie Podcasts und Videos, die für „kostenlose“ Leser nicht zugänglich sind.

Warum Abonnenten ebenfalls bezahlen müssen, um ohne „*Werbung und Tracking*“ derStandard.at besuchen zu können, ist nicht nachvollziehbar.

Die STANDARD-Gruppe erklärt zwar, dass sie auf Werbung angewiesen sei („*Als Onlinemedium sind wir nicht von der Notwendigkeit einer Finanzierungsmöglichkeit befreit. Bisher haben wir ausschließlich Werbung als Finanzierungsmodell genutzt.*“).

Dabei werden zum einen 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 derStandard.at wird vom Leser ein Profil erstellt. Dieses Profil fließt an rund 120 Unternehmen und von dort an hunderte, wenn nicht tausende weitere Unternehmen.

Dagegen erfolgt Werbung in der Printausgabe von DER STANDARD 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 7 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 derStandard.at

Wie oben erläutert, nennt die Beschwerdegegnerin verschiedene Verarbeitungszwecke, je nachdem, wo man in den Datenschutz- und Cookie-Erklärungen und dem Privacy Manager liest: (siehe unter 1.4.1, u.a. Informationen auf einem Gerät speichern und/oder abrufen, personalisierte Anzeigen auswählen, personalisierte Inhalte auswählen, spezielle Zwecke, usw.), sowie die Finanzierung des Angebots.

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

Weil die vierzehn Verarbeitungszwecke weitreichende Folgen auch Abseits von derStandard.at 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 derStandard.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 120 Unternehmen und von diesen Unternehmen an unzählige Andere (siehe 1.4.2). Die Werbe- und Tracking-Dienstleistungen dieser Unternehmen werden nicht nur auf derStandard.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 derStandard.at „einwilligt“. Dies ist sogar von der STANDARD-Gruppe vorgesehen und wird in der Cookie-Erklärung unter dem Punkt „Anhang – Verarbeitungstätigkeiten Dritter, D. Programmatische Werbung“ angedeutet.

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 Interessensausgleichs zu berücksichtigen.

Vorliegend wird der Beschwerdeführer auf drei Arten unangemessen benachteiligt: die Auswirkungen der Einwilligung sind nicht auf derStandard.at begrenzt (vgl. schon oben 3.1.5.2), Werbetacking 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. Werbetacking ist nicht notwendig zur Finanzierung des Angebots

Werbe-Tracking ist für die Finanzierung des Angebots auf derStandard.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 STANDARD-Gruppe 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 STANDARD-Gruppe 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. Döhmann, 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, die Cookie-Erklärung und der Privacy Manager schaffen es nicht, die Tragweite der Einwilligung ausreichend zu erklären. Dem durchschnittlichen Leser ist nicht bewusst, dass seine Einwilligung auf derStandard.at es den Werbepartnern der Beschwerdegegnerin erlaubt, selbst seine Aktivitäten außerhalb von derStandard.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 STANDARD-Gruppe 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 derStandard.at immer unentgeltlich. Hieran sollte durch Einführung der Cookie-Wall nichts geändert werden. Schließlich wird die STANDARD-Gruppe 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 STANDARD-Gruppe 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 der SPIEGEL 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.