



noyb – Europäisches Zentrum für digitale Rechte
Goldschlagstraße 172/4/3/2
1140 Wien
ÖSTERREICH

Österreichische Datenschutzbehörde
Barichgasse 40-42
1030 Wien

Per E-Mail: dsb@dsb.gv.at

Wien, am 28. November 2023

noyb-Fallnummer: **C075**

Beschwerdeführer:



vertreten gemäß
Artikel 80(1) DSGVO durch:

noyb – Europäisches Zentrum für digitale Rechte
Goldschlagstr. 172/4/3/2, 1140 Wien, Österreich

Beschwerdegegnerin:

Meta Platforms Ireland Limited
Merrion Road
Dublin 4
D04 X2K5, Irland

wegen:

Artikel 5(1)(a) DSGVO
Artikel 6(1) DSGVO
Artikel 7(4) DSGVO

BESCHWERDE NACH ARTIKEL 77(1) DSGVO

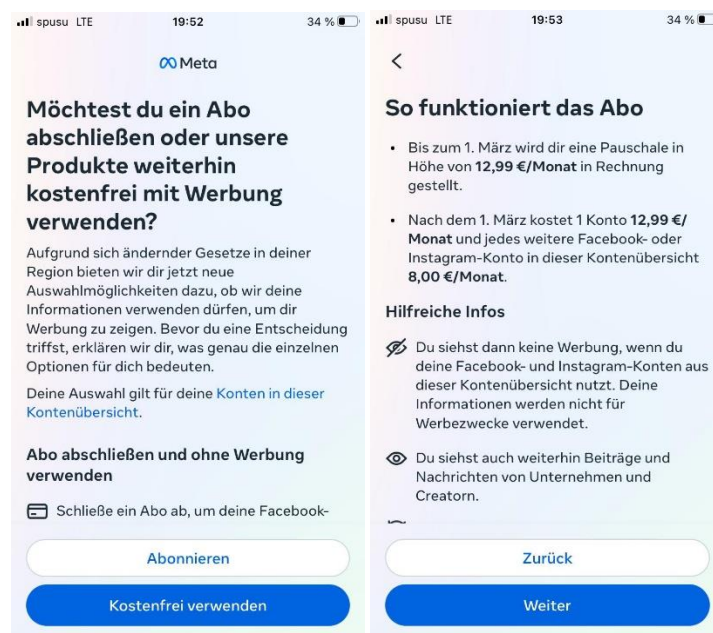
1. VERTRETUNG

1. *noyb* – Europäisches Zentrum für Digitale Rechte ist eine Organisation ohne Gewinnerzielungsabsicht die im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig ist mit Sitz in Goldschlagstraße 172/4/2, 1140 Wien, Österreich, und mit Registrierungsnummer ZVR: 1354838270 (In Folge: „*noyb*“) (**Anlage 1**).
2. Der Beschwerdeführer wird gemäß Artikel 80(1) DSGVO durch *noyb* vertreten (**Anlage 2**).

2. SACHVERHALT

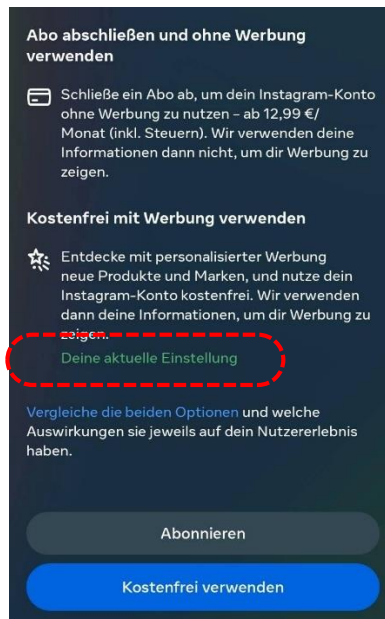
2.1. Vermeintliche Einwilligung nach Artikel 6(1)(a) DSGVO

3. Als der Beschwerdeführer am 10. November 2023 die Facebook-App auf seinem Mobiltelefon öffnete, wurde er mit folgender Anzeige konfrontiert, mit der Option ein Abo für € 20,99 pro Monat (also € 251,88 pro Jahr) für sein Facebook-Konto und das verbundene Instagram-Konto ab 1. März 2024 abzuschließen oder aber der Nutzung seiner personenbezogenen Daten für personalisierte Werbung zuzustimmen (**Anlagen 3-5**):



4. Der Beschwerdeführer wählte „Kostenfrei verwenden“ – mangels realistischer Alternative (siehe sogleich).

5. Die Beschwerdegegnerin hat „*Deine aktuelle Einstellung*“ als vorausgewählt markiert, obwohl noch keinerlei Einstellung vorgenommen wurde:



(Screenshot von einem anderen Mobiltelefon, da der Beschwerdeführer diese Seite nicht selbst dokumentiert hatte)

6. Der Verantwortliche hat damit ähnlich einer „Pre-Ticked-Box“ eine Vorsteinstellung vorgenommen, die aktiv abgewählt werden muss, damit die vermeintliche Einwilligung nach Artikel 6(1)(a) DSGVO nicht erfolgt.
7. Während die kostenlose Verwendung in Sekundenschnelle mit nur zwei Klicks zu erledigen ist, bedarf der Abschluss eines Abos mitunter mehrerer Schritte – inklusive der Eingabe von Kreditkartendaten und der Freigabe via Bank-App.

2.2. Marktstellung der Beschwerdegegnerin

8. Facebook ist das größte „soziale“ Netzwerk¹ und hat über 3 Milliarden (!) monatlich aktive Nutzende.² Dies entspricht etwa 37.5% der gesamten Weltbevölkerung. Instagram wird von über 2 Milliarden monatliche aktiven Nutzenden verwendet.³ Für „soziale“ Netzwerke, die nicht einer bestimmten Thematik (zB Business-Netzwerk LinkedIn) oder einer bestimmten Altersgruppe (zB TikTok) gewidmet sind, hat Meta damit ein Monopol.
9. Zusätzlich zur Marktdominanz der Beschwerdegegnerin haben Kommunikationsplattformen einen extrem hohen Netzwerkeffekt. Anders als bei anderen Dienstleistungen kann der Beschwerdeführer nicht einfach ein anderes Netzwerk (wie zB Mastodon) nutzen, weil weder

¹ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_social_platforms_with_at_least_100_million_active_users; abgerufen am 20. November 2023.

² Meta Reports Third Quarter 2023 Results; https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_news/Meta-Reports-Third-Quarter-2023-Results-2023.pdf; abgerufen am 20. November 2023 (**Anlage 6**).

³ Salvador Rodriguez, *Instagram surpasses 2 billion monthly users while powering through a year of turmoil*, <https://www.cnbc.com/2021/12/14/instagram-surpasses-2-billion-monthly-users.html>; abgerufen am 20. November 2023.

seine Familie, Freunde, Bekanntschaften noch ein Großteil anderer für ihn relevanter Informationsquellen auf dieser Plattform zu finden sind.

10. Bei einer Löschung des Kontos erlaubt Meta zwar den Download von persönlichen Daten, jedoch liegt der Wert eines Facebook-Kontos weniger in alten Bildern, sondern in einer Ansammlung von Verbindungen und Freunden, die man eben gerade nicht „mitnehmen“ kann (ein sogenannter „Lock-In-Effekt“).

2.3. Finanzielle Situation des Beschwerdeführers

11. Der Beschwerdeführer erhält € 37,31 pro Tag an Notstandshilfe. Darüber hinaus erhielt er Wohnbeihilfe von € 91,88 pro Monat. Das ergibt im Schnitt ein monatliches Einkommen von € 1211,18 pro Monat.
12. Der Beschwerdeführer hat laufende Fixkosten von etwa € 980,31 (Miete, Strom, Gas, Mobiltelefon, Internet, Versicherungen). Ihm bleiben daher € 230,87 pro Monat zur freien Verfügung, wovon Nahrungsmittel, Kleidung und jegliche anderen Kosten zu bestreiten sind.
13. Gesamt hatte der Beschwerdeführer auch noch offene Forderungen von zumindest € 2.473,02 (Finanzamt, offene Mobiltelefon- und Versicherungsrechnungen und ein Vereinsbeitrag). Sein Kontostand (am 10. November 2023) beträgt € -88,08 (**Anlage 7-8**).
14. Der Beschwerdeführer fehlten also am 10. November 2023 schlichtweg die finanziellen Mittel, um € 251,88 pro Jahr an Meta zu zahlen.
15. 21,6% der EU-Bevölkerung sind von Armut oder sozialer Ausgrenzung bedroht.⁴ Das bedeutet, dass gut 1 von 5 Personen schlichtweg nicht die finanzielle Mittel besitzt, um die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Werbezwecken durch den Abschluss eines Abos zu verhindern.

3. KONTEXT: ROLLE VON META

16. Es ist offensichtlich, dass Meta mit dem Wechsel zu einem „Pay or Okay“-Modell, sein Geschäftsmodell, welches auf der Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung basiert, absichern möchte. Bisher fehlte Meta jede gültige Rechtsgrundlage hierfür.⁵ Statt Nutzenden eine klare „Ja/Nein“-Wahl zu ermöglichen, versucht Meta nun mit einer „Ja oder zahlen“-Wahl eine vermeintliche Einwilligung seiner Nutzenden zu erpressen.
17. Hierzu kommen die bereits angesprochenen Faktoren wie die extreme Marktdominanz, sowie der inhärente Netzwerkeffekt durch die weiträumige Nutzung. Damit entsteht ein Lock-In-Effekt, welcher einen Wechsel zu einer anderen Plattform ungemein erschwert und die Plattformabhängigkeit von Nutzenden bestätigt.

⁴ Eurostat regional yearbook, 2023 edition, p. 90, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/15234730/17582411/KS-HA-23-001-EN-N.pdf/5d783d9e-9cb3-897c-8360-5122563ae8f3?version=6.0&t=1700579783008>; abgerufen am 23. November 2023.

⁵ Siehe EDSA, Verbindliche Beschlüsse 3/2022, 4/2022 und 5/2022, sowie EuGH in C-252/21, *Bundeskartellamt*.

4. BESCHWERDEGRÜNDE

4.1. Rechtsverletzungen

18. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die Beschwerdegegnerin wie folgt gegen geltendes Recht verstoßen hat:
- (a) Die Beschwerdegegnerin hat die Daten des Beschwerdeführers ohne Rechtsgrundlage verarbeitet und damit gegen Artikel 6(1) DSGVO und Artikel 8(2) GRC verstoßen.
 - (b) Die Beschwerdegegnerin hat versucht die vermeintliche Einwilligung des Beschwerdeführers entgegen Artikel 7(4) DSGVO an den kostenfreien Nutzungsvertrags zu koppeln, ohne dass dies erforderlich ist.
 - (c) Die Beschwerdegegnerin hat die Daten des Beschwerdeführers unrechtmäßig verarbeitet und damit gegen Artikel 5(1)(a) DSGVO verstoßen.

4.2. Grundrechte sind veräußerungsfeindlich

19. Gegenständlich wurde der Beschwerdeführer angehalten einer Verarbeitung seiner grundrechtlich geschützten personenbezogenen Daten zuzustimmen oder andernfalls € 251,88 pro Jahr zu zahlen. Das Grundrecht auf Datenschutz nach Artikel 8 GRC würde damit (ähnlich dem früheren Zensuswahlrecht) nur noch jenen Personen eingeräumt, die es sich leisten können.
20. Auch wenn einigen Grundrechten eine Kommerzialisierung inhärent ist,⁶ sind Grundrechte jedoch allgemein veräußerungsfeindlich.⁷ Sie sollten allen gleichermaßen zustehen. Das Grundrecht auf Datenschutz kann daher an keine andere Person veräußert werden und ist höchstpersönlich. Die Verknüpfung einer Einwilligung nach Artikel 6(1)(a) DSGVO mit einer Zahlung bewirkt jedoch genau das Gegenteil: Das Grundrecht wird gegen eine Zahlung (bzw die Vermeidung der Zahlung) aufgegeben. Daraus folgt, dass das Grundrecht eben nicht mehr unveräußerlich wäre, sondern zum Handelsgut verkommt.
21. Eine Veräußerung bzw. Kommerzialisierung des Grundrechts auf Datenschutz bedürfte außerdem einer gesetzlichen Rechtsgrundlage (siehe Artikel 52(1) GRC). Eine solche gesetzliche Grundlage für die Veräußerung liegt gegenständlich nicht vor. Die DSGVO sieht keine Zahlungsbelastung für die Ablehnung einer Einwilligung vor. Im Übrigen wäre selbst eine solche Rechtsgrundlage auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

⁶ Wie etwa dem Grundrecht auf Eigentum in Artikel 17 GRC, welches gerade die Möglichkeit vorsieht, dass über Eigentum verfügt wird.

⁷ Die Präambel des EUV verwendet gar das Wort "unveräußerlich".

22. Das entspricht auch der bisherigen Ansicht des EDSA:

- Verbindlicher Beschluss 3/2022, Rz 101: *“The GDPR, pursuant to EU primary law, treats personal data as a fundamental right inherent to a data subject and his/her dignity, and not as a commodity data subjects can trade away through a contract”*.⁸

- Leitlinien 2/2019, Rz 54: *“Da Datenschutz ein Grundrecht ist, [...] können personenbezogene Daten nicht als Handelsware betrachtet werden. Selbst wenn die betroffene Person der Verarbeitung personenbezogener Daten zustimmen kann, kann sie ihre Grundrechte nicht im Rahmen dieser Vereinbarung eintauschen.”*

4.3. Keine freiwillige Einwilligung

23. Unabhängig von Artikel 8 GRC und dem Primärrecht, verlangt auch schon Artikel 6(1)(a) iVm Artikel 4(11) und Artikel 7 DSGVO, dass eine Einwilligung nur gültig ist, wenn diese „freiwillig“ erfolgt. Der Gesetzgeber will damit explizit sicherstellen, dass eine Aufgabe des Grundrechts auf Datenschutz nur dann erfolgt, wenn diese auch dem tatsächlichen subjektiven Willen des Betroffenen entspricht. Die DSGVO aber etwa auch das Verbraucherrecht haben eine entsprechende Schutzfunktion um den freien Willen der Betroffenen zu schützen.

24. Die Frage ob eine Willenserklärung „freiwillig“ erfolgt, ist dabei eine psychologische Frage des inneren Willens einer Person in der jeweils spezifischen Situation. Aus juristischer Sicht, muss daher ergründet werden, ob der jeweilige Betroffene in seiner Entscheidung „frei“ war, oder ob diverse Faktoren zu einer unfreiwilligen Einwilligung geführt haben. Bei gewissen Situationen (etwa der Bedrohung durch eine Waffe) ist dies nicht sonderlich strittig. Im Bereich von Verbraucherrechten und des Datenschutzes bedienen sich Unternehmen üblicherweise subtileren Methoden (zB unverständliche und versteckte AGB oder „Dark Patterns“) um den freien Willen von Betroffenen systematisch zu manipulieren.^{9,10}

4.3.1. Unterschied von über 90% zwischen tatsächlichem Willen und Einwilligungsquote

25. Anbietern von „Pay or Okay“-Systemen bewerben diese Systeme damit, dass mit diesem System fast schon „nordkoreanische“ Einwilligungsraten von 99% erzielt würden.^{11,12} Berechnungen von *noyb* zur Einwilligungsquote bei derselben Wahl auf der Webseite

⁸ [Deutsche Übersetzung: *“Die DSGVO, gemäß EU-Primärrecht, behandelt personenbezogene Daten als ein Grundrecht, das einer betroffenen Person und ihrer Würde inhärent ist und nicht als eine Ware, mit der die Betroffenen durch einen Vertrag handeln können.”*]

⁹ Forbrukerrådet, *Deceived By Design*, <https://storage02.forbrukerradet.no/media/2018/06/2018-06-27-deceived-by-design-final.pdf>; abgerufen am 27. November 2023.

¹⁰ Forbrukerrådet, *Enough deception!*, <https://storage02.forbrukerradet.no/media/2022/11/report-enough-deception.pdf>; abgerufen am 27. November 2023.

¹¹ V. Morel, C. Santos, V. Fredholm, A. Thunberg, *Legitimate Interest is the New Consent - Large-Scale Measurement and Legal Compliance of IAB Europe TCF Paywalls*, S. 3, <https://arxiv.org/pdf/2309.11625v3.pdf>; abgerufen am 23. November 2023.

¹² *Die wahnsinnige 100 Millionen Euro Tech-Exit Geschichte von Dirk Freytag*, 18. Mai 2022, Interview in OMKB, <https://omkb.de/dirk-freytag/>, abgerufen am 23. November 2023. Auch im entsprechenden Videointerview auf der verlinkten Seite ab Minute 48:45 zu sehen: *„Der ‚Spiegel Pur‘ hat extrem geholfen, dass das Thema auf einmal da ist, und die Leute es sehen. Dass die Leute nicht abspringen und sehen, dass es tatsächlich Menschen gibt, die das machen. Und was für den Publisher ja viel wichtiger ist, dass die Consent Raten, die heute zwischen 65, 85 Prozent liegen, bei denen bei 99 Prozent liegen. Das heißt also, du kannst mit den anderen noch viel mehr Geld verdienen im Thema Werbung.“*

derstandard.at haben ebenso eine ähnlich hohe Einwilligungquote von etwa 99,3% bis 99,9% ergeben.^{13,14}

26. Eine Einwilligungsrage von etwa 99% spricht schon für sich alleine gegen jede freie Entscheidung durch Nutzende. Vor dem Hintergrund, dass bei neutralen Umfragen lediglich 3-10% aller Nutzenden (bei äußerst großzügiger Betrachtung) die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten für personalisierte Werbung auf Facebook wünschen,¹⁵ besteht eine Diskrepanz von über 90% zum tatsächlichen inneren Willen der Nutzer.
27. Es ist damit schon allein anhand von öffentlichen empirischen Studien und Informationen klar, dass der freie Wille von Betroffenen durch ein „Pay or Okay“-System strukturell hintertrieben wird. Wenn bei einem Wahlsystem 99% ihr Wahlrecht nicht wahrnehmen, obwohl sie das gerne würden, besteht wohl ein eklatanter Verstoß gegen Artikel 39 GRC. Wenn 99% aller Demonstrationen nicht genehmigt werden, ist wohl das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit nach Artikel 12 GRC nicht mehr erfüllt. Ebenso ist wohl eine „freiwillige“ Aufgabe des Grundrechts auf Datenschutz nicht gegeben, wenn über 90% der Betroffenen zu einer Einwilligung gedrängt werden, die nicht ihrem freien Willen entspricht.
28. Die Zahlungsoption ist somit eine reine „Alibi-Option“, um – bei oberflächlicher Betrachtung – eine vermeintlich „freie“ Wahl zwischen zwei Optionen vorzugaukeln. Der „Pay or Okay“-Ansatz wird daher zurecht schon als „Zwangsvollstrecker der ‚freiwilligen‘ Einwilligung“ tituiert.¹⁶
29. Da der freie Wille der Betroffenen schon aus empirischer Sicht nicht vorliegt ist schon an diesem Punkt von keiner gültigen Einwilligung nach Artikel 6(1)(a) DSGVO mehr auszugehen.

4.3.2. Hoher Aufwand um abzulehnen

30. Die Verweigerung der vermeintlichen Einwilligung erforderte vom Beschwerdeführer weitaus mehr Aufwand als die Erteilung der Einwilligung, da etwa erst Bezahlungsdaten eingegeben werden müssen oder auf iOS und Android-Geräten ein Google- oder Apple-Konto für die Bezahlung eingerichtet werden muss.
31. Da der EDSA bei gewöhnlichen Cookie-Bannern bereits festgestellt hat, dass es nicht zulässig ist aufwendig zusätzliche Seiten durchlaufen zu müssen, um einen Ablehnen-Button zu erreichen, muss dies umso mehr gelten, wenn umständlich Zahlungsdaten eingegeben werden

¹³ Bei einer monatlichen Reichweite von 11.730.000 und etwa 6.500 „PUR-Abos“ ergaben sich eine Einwilligungquote von 99,9%. Siehe zu den Zahlen: APA, *SNAPSHOT: PAID CONTENT IN ÖSTERREICH*, August 2019, S. 15, https://apa.at/wp-content/uploads/2020/04/Snapshot_Paid_Content_2019-1.pdf; abgerufen am 23. November 2023.

¹⁴ Bei inzwischen 22.000 „PUR-Abos“ (Angaben von derstandard.at am 3. Februar 2023 in der mündlichen Verhandlung vor der DSB) und bei fast 3.43 Millionen monatlichen Nutzern von derstandard.at, ergibt sich eine Einwilligungquote von 99,3%.

¹⁵ Gallup Institut, *Facebook und Werbung – Nutzer-Insights*, November 2019, Seite 7 (**Anlage 9**).

¹⁶ Matthias Eberl, *Über die Unreinheit der Pur-Abos*, August 2022, <https://medieninsider.com/pur-abo-zeit-rheinische-post-sachsische/12337/>; abgerufen am 23. November 2023.

müssen, um eine Einwilligung zu verweigern.¹⁷ Es gibt keinen vernünftigen Grund bei (deutlich mühseligere) Bezahlvorgängen einen anderen Maßstab anzuwenden.

4.3.3. Unrechtmäßige Kopplung entgegen Artikel 7(4) DSGVO

32. Die Beschwerdegegnerin bietet nun im Kern zwei Vertragsoptionen an:

- **Produkt A:** Instagram und/oder Facebook ohne jegliche Werbung gegen eine Gebühr
- **Produkt B:** Instagram und/oder Facebook mit einer gekoppelten Einwilligung zur Datenverarbeitung

Die zweite Vertragsoption kann also nur mit einer gekoppelten Einwilligung gewählt werden.

33. Zwar spricht grundsätzlich nichts dagegen, dass die Beschwerdegegnerin ihre Dienstleistungen nur gegen ein Entgelt anbietet (Produkt A), jedoch erlaubt Artikel 7(4) DSGVO explizit nicht, einen Vertrag wie für das Produkt B anzubieten, der von der Einwilligung des Beschwerdeführers zur Datenverarbeitung abhängig gemacht wird. Genau das tut die Beschwerdegegnerin hier bei der zweiten alternativen Vertragsgestaltung.

34. Wie bereits vom EuGH festgestellt, ist Tracking und die Verarbeitung personenbezogener Daten für personalisierte Werbung nicht für die Leistungserbringung der Online-Plattform Facebook erforderlich (vgl. EuGH, C-252/21, *Bundeskartellamt*, Rz 149).

35. Unklar ist auch, warum die Beschwerdegegnerin die Nutzung von Facebook und Instagram für kommerzielle Zwecke („Monetarisierung“ von Inhalten) ebenso an die Einwilligung des Beschwerdeführers knüpft und diesem hier nur das Produkt B anbietet.¹⁸

4.3.4. Missbrauch der Marktdominanz

36. Die Beschwerdegegnerin verfügt mit Facebook über eine enorme Marktdominanz. Es handelt sich hierbei nicht nur um das größte aller „sozialen“ Netzwerke, sondern auch um eine Plattform, die ihren Wert gerade daraus schöpft, dass die gleichen Kontakte, Informationen, Freund- und Bekanntschaften anderswo nicht oder höchstens teilweise zu finden sind (Netzwerkeffekt und „Lock-In“-Effekt).

37. Betroffene, wie der Beschwerdeführer, befinden sich somit in der Situation, dass für sie keine gleichwertige Alternative zur Verfügung steht. Beispielsweise wird LinkedIn besonders für professionelle Zwecke verwendet und TikTok ist für Videos in Dauerschleife konzipiert, was primär jüngere Zielgruppen anspricht – Facebook ersetzen beide nicht.

38. Die Marktmacht ist auch daran abzulesen, dass die Beschwerdegegnerin Betroffenen wie dem Beschwerdeführer regelmäßig ihre eigenen Bedingungen aufzwingt, wie sich etwa aus den Verbindlichen Beschlüssen 3/2022, 4/2022 und 5/2022 des EDSA ergibt.

¹⁷ So die große Mehrheit aller Datenschutzbehörden im „Report of the work undertaken by the Cookie Banner Taskforce“ des EDSA, Jänner 2023, Rz 8, https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_20230118_report_cookie_banner_taskforce_en.pdf; abgerufen am 23. November 2023.

¹⁸ So wird dem Beschwerdeführer gegenständlich beim Verweigern der vermeintlichen Einwilligung die Plattformnutzung lediglich über einen Vertrag für Produkt A ermöglicht und ihm so ein Strafentgelt aufgebürdet. Außerdem werden unerklärlicherweise seine (!) Werbe- und Monetarisierungsmöglichkeiten eingeschränkt (**Anlage 10**).

39. Bei diesem klaren Ungleichgewicht und Unterordnungsverhältnis (vgl. ErwG 43 DSGVO) verbietet es sich gegenständlich von einer freiwilligen Einwilligung auszugehen, denn die Beschwerdegegnerin missbraucht ihre außergewöhnliche Marktstellung gegenüber dem Beschwerdeführer.

4.3.5. Der Preis ist jedenfalls auch kein „angemessenes Entgelt“

40. In C-252/21 *Bundeskartellamt* erwähnt der EuGH in Rz 150 ferner, dass Nutzenden bei Verweigerung der Einwilligung „[...] gegebenenfalls gegen ein angemessenes Entgelt, eine gleichwertige Alternative [...]“ anzubieten ist. (Hervorhebung hinzugefügt)

41. Dieser kurze Hinweis des EuGH bleibt leider vage, da der Ausgangsfall und die Vorlagefragen auch keine solche Situation betroffen haben. Es handelt sich daher soweit ersichtlich um ein unverbindliches obiter dictum. Trotzdem widerspricht das Vorgehen der Beschwerdegegnerin auch schon klar diesem Hinweis des EuGH:

42. Es ist unklar, was der EuGH als ein „angemessen Entgelt“ ansieht. Logisch erscheinen etwa die folgenden Herangehensweisen:

- (a) Ein Preis, der die tatsächlichen Einwilligungsquoten und somit den Nutzerwillen nicht wesentlich manipuliert (siehe oben 4.3.1).
- (b) Ein Preis, der für den Betroffenen auch bei einer weiteren Ausweitung von „Pay or Okay“-Systemen leistbar ist.
- (c) Ein Preis, der die Kosten des Verantwortlichen plus einen angemessenen Aufschlag („*faïres Einkommen*“) deckt.
- (d) Ein Preis, der den durch personalisierte Werbung zu erzielenden Gewinn ausgleicht, auch wenn die Beschwerdegegnerin hier exorbitante Gewinne macht.

43. Wenn die Angemessenheit des Preises vom Einfluss auf die **tatsächlich Einwilligungsquote** abhinge, so läge es an der Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 5(2) DSGVO iVm Artikel 7(1) DSGVO darzulegen, dass ihr gewähltes Entgelt eben keinen statistisch relevanten Einfluss auf die Wahl von betroffenen Personen hat und auch nicht beim konkreten Betroffenen (zB je nach persönlichem verfügbarem Einkommen oder anderen relevanten Faktoren). Davon kann gegenständlich bei einer Diskrepanz von fast 90% zum in Studien nachgewiesenen Nutzerwillen und bei praktisch keinem verfügbarem Einkommen des Beschwerdeführers keine Rede sein.

44. Bei der Annahme von einem **leistbaren Entgelt**, ist leicht vorzurechnen, dass hier jeglicher realistische Betrag überschritten ist: Google geht davon aus, dass eine Person im Schnitt 35 Apps auf ihren Mobiltelefonen installiert hat.¹⁹ Würden nur die durchschnittlich installierten Apps ein ähnliches Entgelt einheben, würde dies eine „Datenschutz-Gebühr“ von € 8.815,80 pro Jahr ergeben.²⁰ Dies inkludiert noch keine Gebühren von Webseiten oder Offline-Einwilligungen. Schon bei einem durchschnittlichen EU-Brutto-Einkommen von € 34.750²¹ ergäbe das pro arbeitender Person eine „Datenschutzsteuer“ von 25,3%. Bei einer Familie mit

¹⁹ <https://www.thinkwithgoogle.com/marketing-strategies/app-and-mobile/average-number-of-apps-on-smartphones/>; abgerufen am 23. November 2023.

²⁰ Wobei in dieser Rechnung die täglichen Webseitenbesuche pro Tag und Person noch nicht einmal berücksichtigt sind.

²¹ https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/earn_ses18_26/default/table?lang=de; abgerufen am 23. November 2023.

zwei Kindern, ergäben sich sogar € 35.263,20 pro Jahr nur um die Mobiltelefone der Familie von der Datenverarbeitung für personalisierte Werbung frei zu halten.

45. Bei einer Berechnung nach **angemessenem Entgelt zur Kostendeckung** würde Folgendes gelten: Die Kosten der Zurverfügungstellung von Instagram und Facebook liegen bei etwa 18% des Umsatzes.²² Die Kosten für die Zurverfügungstellung von „sozialen“ Netzwerken ist nicht sonderlich hoch, so wird etwa Mastodon überhaupt von gemeinnützigen Organisationen betrieben. Selbst bei einem großzügigem Gewinnaufschlag, wäre damit ein „angemessenes Entgelt“ weit unter den von der Beschwerdeführerin verlangten € 251,88 pro Jahr.
46. Selbst wenn man annimmt, dass der Preis von den **Gewinneinbußen** der Beschwerdegegnerin abhänge, so ist festzustellen, dass selbst hier der Preis für das Abonnement deutlich überteuert ist:
- *Erstens*, verzichtet die Beschwerdegegnerin auf die Möglichkeit andere Arten von Werbung zu schalten, wie etwa kontextbasierte Werbung. Diese Verluste sind eine Entscheidung der Beschwerdegegnerin und können daher nicht dem Beschwerdeführer zu Last gelegt werden. Nach einer vielzitierten Studie kann der Umsatzunterschied zwischen personalisierter und nicht personalisierter Werbung bei nur 4% liegen.²³
 - *Zweitens*, selbst wenn man (fälschlich) davon ausgeht, dass alle Werbung immer personenbezogene sein müsste, ist festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin einen durchschnittlichen Umsatz von \$ 16,79 pro Quartal und Nutzer zwischen Q3 2022 und Q3 2023 in Europa angibt.²⁴ Das ergibt bei einem ÖNB-Referenzkurs vom 10. November 2023 von 1,0683 einen Umsatz von € 5,24 pro Monat und Nutzer. Selbst nach Abzug von 20% USt und Abgaben an Apple von etwa 30% würde die Beschwerdegegnerin mit dem Abo € 11,76 verdienen und erhebt damit einen Aufschlag von etwa 124,4% bei der Verweigerung der „Einwilligung“ und einer Nutzung der Abo-Version. In dieser Logik entstünde ihm ein wirtschaftlicher „Nachteil“ iSd ErwG 42 DSGVO und es läge keine freiwillige Einwilligung vor.
 - Natürlich ist hierbei vernachlässigt, dass die Bereitstellung von personalisierter Werbung selbst Kosten verursacht (zB Akquise, Tracking, Datenverarbeitung, Engineering) die diesen Rohumsatz schmälert. Auch dieser Faktor wäre bei einer wirtschaftlich korrekten Betrachtung einzurechnen.²⁵
47. Ein großes Problem bei der Berechnung nach dem entgangenen Gewinn ist jedoch, dass hier Verantwortliche die personenbezogene Daten besonders aggressiv auswerten und damit

²² Meta Earnings Presentation Q3 2023, S. 5, https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_earnings/2023/q3/presentation/Earnings-Presentation-Q3-2023.pdf; abgerufen am 27. November 2023 (**Anlage 11**).

²³ V. Marotta, V. Abhishek, A. Acquisti, Online Tracking and Publishers' Revenues: An Empirical Analysis, Mai 2019, S. 6, https://weis2019.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/6/2019/05/WEIS_2019_paper_38.pdf; abgerufen am 27. November 2023 (**Anlage 12**).

²⁴ Meta Earnings Presentation Q3 2023, S. 15, https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_earnings/2023/q3/presentation/Earnings-Presentation-Q3-2023.pdf; abgerufen am 27. November 2023 (**Anlage 11**).

²⁵ So gibt die Beschwerdegegnerin selbst an, dass die reinen Kosten der Bereitstellung des Produkts („Cost of Revenue“) etwa im Q3 2023 nur 18% aller Kosten ausgemacht haben. Siehe: Meta Earnings Presentation Q3 2023, S. 5, https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_earnings/2023/q3/presentation/Earnings-Presentation-Q3-2023.pdf; abgerufen am 27. November 2023 (**Anlage 11**).

einen exorbitanten Umsatz verdienen, auch einen höheren Abo-Preis verlangen könnten. So ist etwa bei journalistischen Medien von 4-10 Cent pro Nutzer und Monate durch personalisierte Werbung auszugehen, während Meta wohl einen größeren Umsatz erzielt.

48. So berücksichtigen die pauschalen Abo-Preise auch nicht die tatsächliche Nutzung und den tatsächlichen Umsatz den der Beschwerdeführer auf Facebook und Instagram (mit „Einwilligung“) generiert. Gerade für Gelegenheitsnutzer wie den Beschwerdeführer dürfte ein pauschales Abo-Modell wirtschaftlich nicht angemessen sein, weil eine Person, die 5-10 Minuten pro Tag online ist, ebenso € 251,88 pro Jahr zahlt, wie eine Person die täglich stundenlang Instagram-Reels konsumiert. Selbst wenn das „angemessene Entgelt“ den Gewinnentgang der Beschwerdegegnerin kompensieren sollte, so wäre dieses Entgelt individuell an den entsprechenden Einnahmen, die sich durch seine Nutzung ergeben, zu messen. Dies ist vorliegend nicht der Fall.
49. Für die gegenständliche Beschwerde ist jedenfalls festzuhalten, dass der Beschwerdeführer bei jeglicher Betrachtung einen Preis zahlen würde, der nicht „*angemessen*“ sein kann.

4.3.6. Kosten sind nicht gleichmäßig angemessen

50. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdegegnerin nun eine einheitliche Gebühr für den EWR (und die Schweiz)²⁶ eingeführt hat. Allerdings ist die Einkommenssituation in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich. Das monatliche Brutto-Durchschnittseinkommen in Bulgarien (€ 1.059) beträgt etwa 17% desjenigen in Dänemark (€ 6.093), jenes in Griechenland (€ 1.381) circa 19% des Einkommens in Liechtenstein (€ 7.212).²⁷ Die subjektive Angemessenheit einer Zahlung ist damit schon sogar bei einem Durchschnittseinkommen je nach Mitgliedsstaat um den Faktor 5 verschieden.
51. Damit verfügen wohlhabendere dänische oder liechtensteinische Betroffene die die Plattform exzessiv nutzen, über eine deutlich größere Wahlfreiheit als griechische oder bulgarische Betroffene, die die Plattform nur gelegentlich nutzen.

4.4. Finanzielle Notlage des Beschwerdeführers

52. Wie bereits erwähnt, ist die Freiwilligkeit des Betroffenen ein subjektives Element und damit individuell unterschiedlich.
53. Wie sich bereits aus dem Sachverhalt ergibt, befindet sich der Beschwerdeführer in einer anhaltenden finanziellen Notlage. Er kann es sich schlicht nicht leisten, seine Einwilligung zu verweigern. Der Beschwerdeführer ist tatsächlich vor die Wahl gestellt entweder seine Nahrungsmittel oder seine Schulden zu bezahlen oder sein Grundrecht auf Datenschutz aufzugeben. Es ist faktisch ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer hier „freiwillig“ einwilligt.

²⁶ <https://about.fb.com/news/2023/10/facebook-and-instagram-to-offer-subscription-for-no-ads-in-europe/>; abgerufen am 23. November 2023.

²⁷ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_European_countries_by_average_wage; abgerufen am 23. November 2023.

4.5. Einwilligung ist nicht spezifisch und informiert

54. Ferner blieb für den Beschwerdeführer gegenständlich unklar, was die vermeintliche Einwilligung umfasst:

- Wird bei „kostenfreier Weiterverwendung“ weiterhin Werbung eingeblendet während diese bei Abschluss des Abonnements schlichtweg ausgeblendet wird?
- Oder werden bei Abschluss des Abonnements „Informationen“ (Sind damit personenbezogene Daten gemeint?) gar nicht mehr für Tracking erfasst?
- Oder findet dann weiterhin eine Verfolgung der Aktivitäten, jedoch lediglich keine Auswertung für Werbezwecke statt?
- Was wäre dann die Rechtsgrundlage für das weiter bestehende Tracking, die „Big Data“-Analyse von Nutzungsdaten und die Generierung von (anderen) personalisierten Inhalten, die wiederum „native“ Werbung enthalten?²⁸

55. Für den Beschwerdeführer bleibt damit die Reichweite seiner „Einwilligung“ unklar. Entsprechend konnte er auch keine informierte und spezifische Einwilligung erteilen.

56. Weiter zur fehlenden Transparenz: Anders als von der Beschwerdegegnerin behauptet („Aufgrund sich ändernder Gesetze [...]“ - **Anlage 3**), wurde kein Gesetz geändert. Die DSGVO bleibt gleich, der EuGH hat in C-252/21 vielmehr festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin eine Einwilligung einzuholen hat.

4.6. Absehbare Erosion des Grundrechts auf Datenschutz

57. Würde der Ansatz der Beschwerdegegnerin als rechtmäßig angesehen, wäre es nur logisch, dass auch andere Webseiten, Apps und Plattformen ein entsprechendes Modell einführen, um nahezu 100% „Einwilligungen“ zu erreichen.²⁹ Dies ist bereits im deutschsprachigen Raum zu beobachten wo zuerst die österreichische DSB das „PUR-Modell“ von derstandard.at zuließ, was nun zu einer Ausbreitung auf hunderte Websites geführt hat. Die Idee hat sich inzwischen auch in anderen Mitgliedsstaaten verbreitet – bis hin zum nunmehrigen Vorstoß von Meta mit dem gegenständlichen Abo-Modell.

58. Die Gesamtbelastung für Betroffene kann damit, wie bereits dargestellt, schnell € 10.000 pro Jahr übersteigen. Es wird nicht möglich sein, einigen wenigen Verantwortlichen ein Abo-Modell zu erlauben, dies aber bei anderen Verantwortlichen zu verbieten.

59. Auch ist es kaum vertretbar dem ersten Verantwortlichen eine Gebühr zuzugestehen, aber eine Deckelung bei der zweiten, dritten oder vierten App, Plattform oder Webseite einzuführen, sobald ein individueller Betroffener in Summe finanziell überlastet ist. Eine

²⁸ Diese Inhalte (inklusive der darin enthaltenen Werbung etwa bei Postings und Videos von „Influencern“) werden jedenfalls weiterhin anhand der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers angezeigt. Eine Wahl bezüglich der Nutzung der Daten des Beschwerdeführers für die Personalisierung von Inhalten besteht nicht. Insgesamt werden damit (über den Umweg von personalisierten Inhalten) weiterhin personenbezogene Daten des Beschwerdeführers für Werbung genutzt.

²⁹ <https://techcrunch.com/2023/10/02/tiktok-begins-testing-4-99-ad-free-subscription-tier/>; abgerufen am 23. November 2023.

solche Überlastung mag bei einigen Betroffenen, wie dem Beschwerdeführer, schon bei dem ersten „Pay or Okay“-System vorliegen.

60. Damit ist absehbar, dass ohne einer klaren Ablehnung eines „Pay oder Okay“-Systems das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten zum Luxusgut verkommt.

5. ANTRÄGE UND ERSUCHEN

5.1. Ersuchen einer zeitnahen Untersuchung & Entscheidung

61. In Anbetracht der obigen Ausführungen ersucht der Beschwerdeführer um eine rasche Untersuchung und Entscheidung seines Falles, da der Sachverhalt hinreichend klar ist und somit lediglich die damit verbundenen Rechtsfragen zu klären sind.

62. Dies erfordert insbesondere im Rahmen der Pflichten nach Artikel 41 GRC und Artikel 6 EMRK sowie der bisherigen Verfahrensdauern im Rahmen des EDSA-Beschluss 3/2022 ein entschlossenes und zielstrebiges Auftreten der DSB.

5.2. Feststellungs- und Leistungsbegehren

63. In Anbetracht der obigen Ausführungen möge die zuständige Behörde feststellen, dass die Beschwerdegegnerin

(a) die personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers zum Zweck der personalisierten Werbung ohne gültige Rechtsgrundlage verarbeitet hat und somit gegen Artikel 6(1) DSGVO iVm Artikel 8(2) GRC verstoßen hat,

(b) die Einwilligung des Beschwerdeführers, ohne dass diese für den Vertrag zwischen Beschwerdeführer und Beschwerdegegnerin erforderlich wäre, entgegen Artikel 7(4) DSGVO an ebendiesen Vertrag gekoppelt hat, und

(c) die personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers zum Zweck der personalisierten Werbung ohne gültige Rechtsgrundlage verarbeitet hat und somit gegen Artikel 5(1)(a) DSGVO verstoßen hat.

64. In Anbetracht der obigen Ausführungen beantragt der Beschwerdeführer, dass die zuständige Behörde die Beschwerdegegnerin anweist

(a) die Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers zum Zweck der personalisierten Werbung ohne gültige Rechtsgrundlage iSd Artikel 58(2)(f) DSGVO endgültig zu unterlassen,

(b) die verarbeiteten personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers zum Zweck der personalisierten Werbung iSd Artikel 58(2)(g) iVm Artikel 17(1)(d) DSGVO zu löschen und alle Empfänger gemäß Artikel 58(2)(g) iVm Artikel 19 DSGVO über diese Löschung zu unterrichten, und

(c) ihre Verarbeitungsvorgänge iSd Artikel 58(2)(d) DSGVO in Einklang mit der DSGVO zu bringen und dabei insbesondere vom Beschwerdeführer eine rechtsgültige Einwilligung einzuholen hat.

5.3. Dringlichkeitsverfahren nach Artikel 66(1) DSGVO

65. Angesichts der nun schon seit dem 25. Mai 2018 voranschreitenden illegalen Datenverarbeitung der Beschwerdegegnerin und der Untätigkeit der federführenden Aufsichtsbehörde, beantragt der Beschwerdeführer ein Dringlichkeitsverfahren nach Artikel 66(1) DSGVO zu führen, da die Beschwerdegegnerin systematisch gegen geltendes Recht verstößt und dabei bereitwillig die Verletzung der Rechte und Freiheiten aller Facebook- und Instagram-Nutzenden in Österreich (mindestens 5.38 Millionen³⁰) in Kauf nimmt.
66. Sollten bei der Kommerzialisierung des Rechts auf Datenschutz, welche den Großteil der Bevölkerung betrifft, durch ein Multi-Milliarden-Dollar-Unternehmen, das geltendes Recht seit Jahren nicht nur ignoriert sondern aktiv untergräbt, keine „außergewöhnlichen Umstände“ vorliegen, so stellt sich unweigerlich die Frage, ob solche Umstände jemals vorliegen könnten.

5.4. Anregungen

67. Der Beschwerdeführer regt an, dass die zuständige Behörde die Beschwerdegegnerin anweist ihre Verarbeitungsvorgänge iSd Artikel 58(2)(d) DSGVO in Einklang mit der DSGVO zu bringen und dabei insbesondere von Betroffenen eine rechtsgültige Einwilligung einzuholen hat.
68. Der Beschwerdeführer regt die Verhängung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Geldbuße für die festzustellenden Verstöße an. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin
- (a) systematisch gegen die DSGVO verstößt (Artikel 83(2)(e) DSGVO),
 - (b) um ihr Geschäftsmodell abzusichern (Artikel 83(2)(a) DSGVO) und
 - (c) dabei die Verletzung der Rechte von Millionen Facebook- und Instagram-Nutzenden billigend in Kauf nimmt (Artikel 83(2)(a) DSGVO), während
 - (d) sie sich durch diese Rechtsverstöße direkte finanzielle Vorteile verschafft (Artikel 83(2)(k) DSGVO) und
 - (e) gleichzeitig einen fairen, unverzerrten Wettbewerb verhindert (Artikel 83(2)(k) DSGVO),
 - (f) obwohl ihr umfassende finanzielle Mittel zur Verfügung stünden, um rechtskonforme technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen (Artikel 83(2)(d) DSGVO).

³⁰ <https://digitalewunder.at/social-media-plattformen-in-oesterreich-nach-nutzerzahlen/>; abgerufen am 23. November 2023.

6. KONTAKT

6.1. Kommunikation mit noyb

69. Die Kommunikation zwischen noyb und der zuständigen Behörde im Rahmen dieses Verfahrens kann per E-Mail an [REDACTED] unter Bezugnahme auf die im Titel dieser Beschwerde genannte Fallnummer erfolgen.

6.2. Kontakt

70. Wir sind Ihnen gerne behilflich, wenn Sie weitere sachliche oder rechtliche Einzelheiten zur Bearbeitung dieser Beschwerde benötigen. Bitte kontaktieren Sie uns unter [REDACTED] oder unter [REDACTED].