



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 05.06.2024

noyb-Fallnummer: C080

Beschwerdeführerin:

[REDACTED]

vertreten gemäß
Artikel 80(1) DSGVO durch:

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

Beschwerdegegnerin:

k-digital Medien GmbH & Co KG
Leopold-Ungar-Platz 1
1190 Wien

wegen:

Artikel 6(1) DSGVO
Artikel 5(1)(a) DSGVO
Artikel 7(3) DSGVO

BESCHWERDE

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*“) (**Beilage 1**, Vereinsstatuten).
2. Die Beschwerdeführerin wird gemäß Artikel 80(1) DSGVO durch *noyb* vertreten (**Beilage 2**, Vertretungsvollmacht).

2. SACHVERHALT

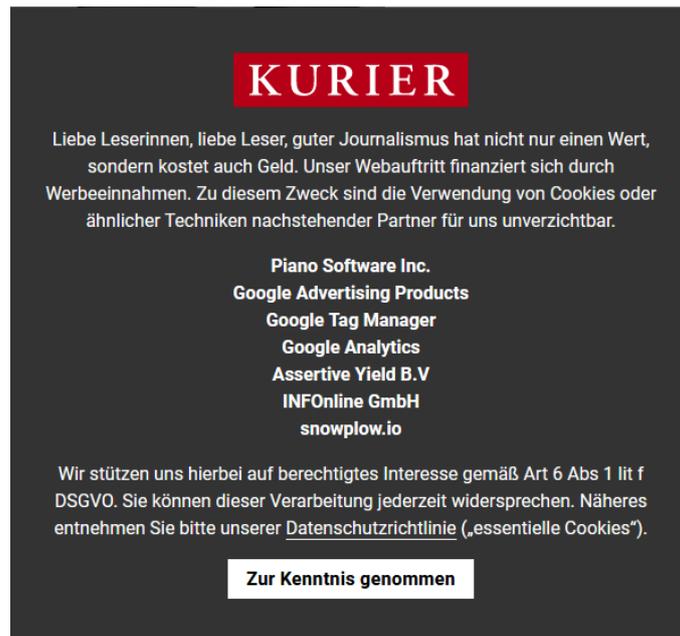
2.1. Wiederholung des Vorgehens bei „profil.at“

3. Die Beschwerdegegnerin gehört zur gleichen Mediengruppe¹ wie die Betreiberin der Webseite „profil.at“, die Profil Redaktion GmbH. Der nachfolgend beschriebene Sachverhalt ist im Wesentlichen eine Wiederholung des Vorgehens auf der Seite „profil.at“, welches offensichtlich rechtswidrig war. Dies wurde bereits durch die DSB festgestellt (DSB D124.1428/22, 10.08.2023). Die Beschwerdegegnerin ignorierte diese behördliche Rechtsauffassung und zwang Besuchende zu einer Einwilligung.

2.2. Webseitenbesuch und Zwangseinwilligung

4. Am 07.03.2024, besuchte die Beschwerdeführerin die Webseite der Beschwerdegegnerin www.kurier.at (nachfolgend: „Webseite“). Beim Besuch der Webseite wurde ein Cookie-Banner eingeblendet, das der Beschwerdegegnerin die Wahl ließ zwischen „Mehr Infos“ (grauer Button) und „Annehmen und Schließen“ (schwarzer Button) (**Beilage 3**, Screenshot vor Interaktion).
5. Die Beschwerdeführerin wählte die Option „Mehr Infos“, woraufhin sich eine zweite Ebene des Cookie-Banners öffnete, die mehrere Kategorien enthielt.
6. Wenn eine der Kategorien der zweiten Ebene des Cookie-Banners abgelehnt wurde (und selbst wenn man in der zweiten Ebene auf „Alle annehmen“ klickte), öffnete sich ein weiteres Banner mit folgendem Text (**Beilage 4**, Screenshot Tracking erforderlich):

¹<https://k-digital.at/ueber-uns/>



7. Als die Beschwerdeführerin „Zur Kenntnis genommen“ wählte, öffnete sich die erste Ebene des Cookie-Banners erneut. Erst nachdem die betroffene Person in der ersten Ebene des Banners auf die Option „*Annehmen und Schließen*“ geklickt hat, wurde der Cookie-Banner geschlossen. In Folge wurden Tracking-Cookies auf ihrem Gerät platziert (**Beilage 5**, Erzwungene Einwilligung Video).
8. All dies lässt sich technisch anhand der beigefügten HAR-Datei nachvollziehen (**Beilage 6**).

2.3. Unmöglicher Widerruf auf der Webseite

9. Darüber hinaus fand die Beschwerdeführerin keine Option vor, um ihre Einwilligung auf der Webseite zu widerrufen.
10. Dies obwohl die Beschwerdegegnerin in ihren Datenschutzinformationen (**Beilage 7**) mehrmals auf den Widerruf aufmerksam macht.

3. BESCHWERDEGRÜNDE

3.1. Rechtsverletzungen

11. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die Beschwerdegegnerin iZm dem Besuch der Webseite durch die Beschwerdeführerin gegen folgende Datenschutzbestimmungen verstoßen hat:
 - a) Artikel 5(1)(a) iVm Artikel 6(1) DSGVO: Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Beschwerdeführerin erfolgte unter Verwendung einer unwirksamen, weil unfreiwilligen Einwilligung und war in Ermangelung einer Rechtsgrundlage rechtswidrig.

- b) Artikel 5(1)(a) DSGVO: Mangelnde Transparenz zu den Optionen der Beschwerdeführerin, da diese bewusst „im Kreis geschickt“ wird, statt eine Wahl zu haben.
- c) Artikel 7(3) DSGVO: Der Widerruf der Einwilligung war nicht so einfach wie die Erteilung der Einwilligung.

3.2. Keine wirksame Rechtsgrundlage

3.2.1. Einwilligung zu im Cookie-Banner genannten Diensten ist unfreiwillig, weil erzwungen

- 12. Die Beschwerdegegnerin hat die Bedingungen einer gültigen Einwilligung missachtet und die Beschwerdeführerin über die in Randnummern 4-6 erwähnte zweite bzw dritte Ebene (**Beilage 4, Beilage 5**) gezwungen in die Datenverarbeitung iZm den Diensten „Piano Software Inc.“, „Google Advertising Products“, „Google Tag Manager“, „Google Analytics“, „Assertive Yield B.V“, „INFOnline GmbH“ und „snowplow.io“ und ggf in weitere einzuwilligen.
- 13. Der objektive Erklärungswert der ersten Ebene (**Beilage 3**) ist jedenfalls der einer Erteilung einer Einwilligung in Datenverarbeitungen iSv Artikel 4(11) und Artikel 6(1)(a) DSGVO:
 - „Mit ihrer Zustimmung verwenden wir [...] Cookies [...], um personenbezogene Daten [...] zu verarbeiten.“ (Hervorhebung hinzugefügt) (**Beilage 3**) „Zustimmung“ ist ein Synonym für Einwilligung (siehe noch § 4 Z 14 DSG 2000).
- 14. Gemäß Artikel 4(11) DSGVO muss eine Einwilligung freiwillig erfolgen. Die Beschwerdeführerin hatte jedoch keine „echte Wahl“ iSd Erwägungsgrund 42 Satz 5.
- 15. Wie Artikel 7(4) DSGVO und Erwägungsgrund 43 Satz 2 DSGVO verdeutlichen, soll bei der Beurteilung der Freiwilligkeit in größtmöglichem Maße dem Umstand Rechnung getragen werden, ob *„unter anderem die Erfüllung eines Vertrages, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind.“*
- 16. Für die Erbringung der Dienstleistung „Bereitstellung der Webseite“ sind die Datenverarbeitungen über die Dienste „Piano Software Inc.“, „Google Advertising Products“, „Google Tag Manager“, „Google Analytics“, „Assertive Yield B.V“, „INFOnline GmbH“ und „snowplow.io“, nicht erforderlich. Da die Beschwerdegegnerin den Zugriff auf die Webseite von einer Einwilligung in diese nicht erforderlichen Dienste abhängig macht, liegt eine unzulässige Koppelung vor.
- 17. Die Beschwerdeführerin war insofern iSv Erwägungsgrund 42 Satz 5 DSGVO nicht in der Lage, die Einwilligung zu verweigern, ohne Nachteile zu erfahren. Dies führt zur Unfreiwilligkeit der Einwilligung (siehe idZ auch EDSA, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Randnummer 39 ff und Article 29 Working Party, Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies, Seite 5 und 6.).
- 18. Die Beschwerdegegnerin kann sich vorliegend hinsichtlich der Kriterien einer wirksamen Einwilligung gemäß DSGVO im Übrigen auch nicht auf das Medienprivileg gemäß § 9 DSG bzw

Artikel 85 DSGVO berufen, da die Datenverarbeitungen rein zu Werbe- bzw Analysezwecken und nicht zu „journalistischen Zwecken“ erfolgen.

3.2.2. Kein „Rückgriff“ auf berechnigte Interessen möglich

19. Wie in Randnummer 11 dargelegt, beruft sich die Beschwerdegegnerin auf eine Einwilligung nach Artikel 4(11) DSGVO als Rechtsgrundlage.
20. Nachdem die Beschwerdeführerin ihre Einwilligung verweigern wollte, machte die Beschwerdegegnerin geltend, dass die Einholung einer Einwilligung ohnehin nicht erforderlich sei, da alle Datenverarbeitungen im Zusammenhang mit den in der zweiten bzw dritten Ebene des Cookie-Banners (**Beilage 4**) genannten Diensten auf der Grundlage berechtigter Interessen gemäß Artikel 6(1)(f) DSGVO gerechtfertigt seien. In ihrer Datenschutzhinforation unter Punkt „7. Verwendung von Cookies“ (**Beilage 7**) macht die Beschwerdegegnerin ebenfalls berechnigte Interessen geltend.
21. In diesem Fall hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zuerst erklärt, sie wolle sich auf eine Einwilligung stützen. Dies steht einem späteren Wechsel zu einer anderen Rechtsgrundlage entgegen. Hierzu führt der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) aus:

„Hier muss festgestellt werden, dass ein Verantwortlicher, der sich für einen Teil der Verarbeitung auf eine Einwilligung stützt, bereit sein muss, die Entscheidung zu respektieren und den Teil der Verarbeitung zu beenden, wenn eine betroffene Person ihre Einwilligung widerruft. Es wäre gegenüber der betroffenen Person ein in höchstem Maß missbräuchliches Verhalten, ihr zu sagen, dass die Daten auf der Grundlage der Einwilligung verarbeitet werden, wenn tatsächlich eine andere Rechtsgrundlage zugrunde gelegt wird.

Das heißt mit anderen Worten, dass der Verantwortliche die Einwilligung nicht auf eine andere Rechtsgrundlage beziehen kann. Es ist beispielsweise nicht gestattet, rückwirkend das berechnigte Interesse als Grundlage für die Rechtfertigung der Verarbeitung zu wählen, wenn Probleme mit der Gültigkeit der Einwilligung aufgetreten sind. Aufgrund der Verpflichtung, die Rechtsgrundlage, auf die sich der Verantwortliche stützt, zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten anzugeben, müssen Verantwortliche vor der Erhebung entschieden haben, welche Rechtsgrundlage zur Anwendung kommt.“ (EDSA, Leitlinien 05/2020, Version 1.1., Rn 122-123)

22. Darüber hinaus bedürfen Tracking-Cookies, wie sie die Beschwerdegegnerin installiert hat, einer Einwilligung nach Artikel 5(3) ePrivacy-Richtlinie bzw § 165(3) TKG. Die Europäischen Datenschutzbehörden sind sich einig, dass die Berufung auf berechnigte Interessen den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt (Report of the work undertaken by the EDPB Cookie Banner Taskforce, Rz 24).
23. Infolgedessen hat die Beschwerdegegnerin personenbezogene Daten im Zusammenhang mit „Piano Software Inc. “, „Google Advertising Products“, „Google Tag Manager“, „Google Analytics“, „Assertive Yield B.V“, „INFOnline GmbH“, „snowplow.io“ und ggf. weiteren ohne Rechtsgrundlage nach Artikel 6(1) DSGVO und entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben iSd Artikel 5(1)(a) DSGVO durchgeführt.

3.2.3. Widerruf offenbar bestenfalls per E-Mail oder Post möglich

24. Wie unter Punkt 2.2 erläutert, war es für die Beschwerdeführerin nicht möglich, ihre erzwungene Zustimmung auf einfache Weise zu widerrufen.
25. Ein schriftlicher Widerruf per E-Mail an datenschutz@kurier.at oder gar per Post ist nicht so einfach wie die (erzwungene) Erteilung der Einwilligung(en) durch Interaktion mit der ersten oder zweiten Ebene des Cookie-Banners der Webseite, weshalb die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Beschwerdeführerin auch Artikel 7(3) DSGVO verletzt hat.

4. AUFFASSUNG DER DSB

26. Wie oben erwähnt, hat die DSB in der Sache D124.1428/22 am 10.08.2023 bereits gegen die Profil Redaktion GmbH, ein Unternehmen derselben Mediengruppe, entschieden, dass die Profil Redaktion GmbH in einem sehr ähnlichen Fall personenbezogene Daten ohne Rechtsgrundlage verarbeitet. Dies sollte bei den gegen die Beschwerdegegnerin zu treffenden Maßnahmen berücksichtigt werden.
27. Gegen das BVwG-Erkenntnis vom 26.04.2024, GZ: [REDACTED] zu diesem Bescheid hat die DSB bereits ordentliche Revision erhoben.

5. ANTRÄGE UND ERSUCHEN

5.1. Ersuchen umfassender Untersuchung

28. In Anbetracht der obigen Ausführungen ersucht die Beschwerdeführerin die DSB, umfassende Ermittlungen anzustellen und sich insbesondere durch die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Beweise von dem vielschichtig datenschutzwidrigen Online-Auftritt der Beschwerdegegnerin zu überzeugen.

5.2. Feststellungs- und Leistungsbegehren

29. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Beschwerde stattzugeben und festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin
- (a) Artikel 6(1) DSGVO und Artikel 5(1)(a) DSGVO verletzt hat, da sie ohne gültige Rechtsgrundlage und wider Treu und Glauben personenbezogene Daten der Beschwerdeführerin verarbeitet hat;
 - (b) Artikel 7(3) DSGVO verletzt hat, da der Widerruf nicht so einfach wie die Erteilung der Einwilligung war.
30. Weiterhin beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin gemäß Artikel 58(2)(f) DSGVO die weitere Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Beschwerdeführerin zu verbieten.

5.3. Anregung der Verhängung einer Geldbuße

31. Die Beschwerdeführerin regt die Verhängung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Geldbuße für die festzustellenden Verstöße an. Hierbei ist neben der Vorsätzlichkeit und Schwere der Verstöße, deren hohe Anzahl, sowie der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin über die Rechtsverletzungen finanzielle Vorteile in Form von Werbeeinnahmen generiert, vor allem auf die bewusste Wiederholung zu verweisen.
32. Die Beschwerdegegnerin sowie die Profil Redaktion GmbH gehören beide zur k-digital-Gruppe („ein Unternehmen des Medienhaus KURIER“ - <https://k-digital.at/ueber-uns/>), welche die DSB schon wegen eines gleichgelagerten Verstoßes auf „profil.at“ beschäftigt hat. Damit ist insbesondere nach Artikel 83(2)(e) DSGVO von einer erhöhten Geldbuße auszugehen, die auch aus generalpräventiven Gründen notwendig erscheint. Wenn nicht einmal die Wiederholung einer Verletzung zu einer Geldbuße führt, ist wohl keinesfalls von einem „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden“ Vorgehen der DSB auszugehen.