

GZ: DSB-D122.931/0003-DSB/2018 vom 30.11.2018

[Anmerkung Bearbeiter: Namen und Firmen, Rechtsformen und Produktbezeichnungen, Adressen (inkl. URLs, IP- und E-Mail-Adressen), Aktenzahlen (und dergleichen), etc., sowie deren Initialen und Abkürzungen können aus Pseudonymisierungsgründen abgekürzt und/oder verändert sein. Offenkundige Rechtschreib-, Grammatik- und Satzzeichenfehler wurden korrigiert.]

## B E S C H E I D

## S P R U C H

Die Datenschutzbehörde entscheidet über die Datenschutzbeschwerde von Lukas A\*\*\* (Beschwerdeführer) vom 25. Mai 2018 gegen die N\*\*\*-Zeitung Verlagsgesellschaft m.b.H (Beschwerdegegnerin) wegen Verletzung im Recht auf Widerspruch und Geheimhaltung wie folgt:

- Die Beschwerde wird a b g e w i e s e n.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1 und 2, 24 Abs. 1 und 5 des Datenschutzgesetzes (DSG), BGBl. I Nr. 165/1999 idGF; Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7, Art. 21, Art. 57 Abs. 1 lit. f und Art. 77 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), ABl. Nr. L 119 vom 4.5.2016, S. 1; § 96 Abs. 3 des Telekommunikationsgesetzes (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idGF.

## B E G R Ü N D U N G

### A. Vorbringen der Parteien und Verfahrensgang

1. Mit Eingabe vom 25. Mai 2018 behauptete der Beschwerdeführer eine Verletzung im Recht auf Widerspruch und brachte zusammengefasst vor, dass die Website der Beschwerdegegnerin nur noch gegen Bezahlung genutzt werden könne, sobald man die Zustimmung zu „Marketing-Cookies“ widerrufe. Diese Mitteilung habe er direkt nach dem „Widerrufen-Klick“ erhalten. Die Zustimmung erfolge nicht freiwillig entsprechend den Grundsätzen der DSGVO, da die Erbringung der Dienstleistung von der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig ist. Das Tracking von personenbezogenen Daten sei technisch nicht notwendig, da die Beschwerdegegnerin eine Bezahlvariante anbiete, die ohne dieses Tracking auskomme. Ein Beispiel für personenbezogene Cookies ohne „opt-out-Möglichkeit“ sei „google\_pub\_config“. Ein entsprechender Screenshot wurde der Eingabe beigefügt.

2. Mit Stellungnahme vom 12. Juni 2018 brachte die Beschwerdegegnerin zusammengefasst vor, dass Medienunternehmen seit Jahrzehnten darauf angewiesen

wären, sich durch Werbung zu finanzieren, wobei diese Art der Finanzierung für Onlinemedien seit Beginn weitgehend die einzige Erlösquelle sei. In der „DSGVO-Umsetzung“ hätte die Beschwerdegegnerin nicht nur die normierten Anforderungen umgesetzt, sondern darüber hinaus auch ein datenschutzbewusstes Online-Produkt entwickelt: das O\*\*-Abonnement (in Folge: „O\*\*-Abo“). Mit dem O\*\*-Abo sei keine Zustimmung zu Werbeschaltungen verbunden und würden ausschließlich technisch notwendige Cookies gesetzt werden. Tatsächlich sei der Widerspruch zu Werbemaßnahmen gemäß Art. 21 DSGVO auf der Webseite möglich und führe der Widerspruch dazu, dass die Webseite nicht mehr vollumfänglich kostenfrei genutzt werden könne. In diesem Fall wären nur ausgewählte Seiten ohne redaktionelle Beiträge verfügbar. Die vollumfängliche Nutzung des O\*\*-Abos sei alternativ jedoch möglich. Das Erfordernis der Freiwilligkeit einer Einwilligung könne nicht dazu führen, dass Medienunternehmen ihre Dienstleistungen kostenfrei zur Verfügung stellen müssten, zumal Onlinewerbung ohne datenbasierte Steuerung im gegenwärtigen Marktumfeld keine Refinanzierung ermöglichen würde. Im Rahmen der Preisgestaltung sei darauf geachtet worden, dass das O\*\*-Abo für jedermann leistbar bleibe und es nicht zum Hindernis für eine werbe- und trackingfreie Nutzung des Online-Angebots werde. Das Anbieten dieser zwei Varianten stelle keinen Verstoß gegen die DSGVO dar. Hinsichtlich der fehlenden „opt-out-Möglichkeit“ zu dem Cookie „google\_pub\_config“ sei zu beachten, dass es sich um einen technischen Fehler handle, der nun behoben worden wäre, sodass nun für alle technisch nicht notwendigen Cookies eine „opt-out-Möglichkeit“ zur Verfügung stehe.

3. Die Datenschutzbehörde räumte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. Juni 2018 entsprechendes Parteiengehör ein und übermittelte das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens. Der Beschwerdeführer gab bis zum Abschluss des Verfahrens keine Stellungnahme mehr ab. Ein entsprechender Weiterleitungsbericht liegt dem Akt bei und es liegt keine Fehlermeldung eines E-Mail-Servers vor.

## B. Beschwerdegegenstand

Ausgehend vom Vorbringen des Beschwerdeführers ergibt sich, dass die gegenständliche Beschwerde aus zwei Punkten besteht:

1. Zunächst ist zu überprüfen, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer dazu angehalten hat, eine Einwilligung abzugeben, die nicht den Anforderungen der DSGVO entspricht, wodurch der Beschwerdeführer im Recht auf Geheimhaltung verletzt wurde.

2. Darüber hinaus ist zu überprüfen, ob die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer im Recht auf Widerspruch (bzw. mangelnde Möglichkeit eines Widerrufs der Einwilligung) verletzt hat, indem diesem keine „opt-out-Möglichkeit“ hinsichtlich des Cookies „google\_pub\_config“ zur Verfügung gestellt wurde.

### C. Sachverhaltsfeststellungen

1. Die Beschwerdegegnerin betreibt eine Online-Community auf der Webpage [https://www.n\\*\\*\\*-zeitung.at](https://www.n***-zeitung.at) und stellt – neben anderen Dienstleistungen – täglich journalistische Artikel zu diversen Themen online. Bei erstmaligem Aufruf der Website erscheint ein Fenster („Pop-up“) mit folgendem Inhalt (Formatierung nicht 1:1 wiedergegeben): [Anmerkung Bearbeiter: Unterstreichungen im folgenden Zitat im Original HTML-Hyperlinks]

***„Ich stimme der Verwendung von Cookies für die Zwecke der Webanalyse und digitaler Werbemaßnahmen zu. Auch wenn ich diese Website weiter nutze, gilt dies als Zustimmung.“***

*Meine Einwilligung kann ich hier widerrufen. Weitere Informationen finde ich in der Datenschutzerklärung.*

#### ***Abo ohne Daten-Zustimmung***

*Mit einem n\*\*\*-zeitung.at O\*\*-Abo kann die gesamte Website ohne zustimmungspflichtige Cookies und ohne Werbung genutzt werden. Details zum Abo.“*

2. Die Besucher der Webpage der Beschwerdegegnerin haben die Möglichkeit, per Mausklick auf die Schaltfläche „OK“ oder auf einen Bereich außerhalb des Fensters zu drücken, wodurch die Einwilligung erteilt wird („Variante 1“). Wird die Einwilligung erteilt, können die Besucher die Webpage der Beschwerdegegnerin nutzen. Die Webpage wird in dieser Variante Dritten als Werbeplatz zur Verfügung gestellt. Es handelt sich hierbei um den Einsatz von „Werbe-Cookies“ bzw. sind Fremd-Cookies in Verwendung.

3. Die Beschwerdegegnerin stellt in ihrer Datenschutzerklärung – in Form eines Buttons – eine Möglichkeit zur Verfügung, die Zustimmung zu widerrufen. Wird die Zustimmung widerrufen, kann die Webpage der Beschwerdegegnerin grundsätzlich nicht mehr verwendet werden bzw. erscheint erneut das unter Ziffer 1 beschriebene Fenster.

4. Als Alternative können Besucher der Webpage der Beschwerdegegnerin im unter Ziffer 1 beschriebenen Fenster auf die Schaltfläche „O\*\*-Abo“ per Mausklick drücken („Variante 2“).

5. Bei Abschluss eines kostenpflichtigen O\*\*-Abos (derzeit: EUR 6,- monatlich ab dem zweiten Monat, Stand 29. November 2018) kann die gesamte Webpage der Beschwerdegegnerin benutzt werden, findet kein Daten-Tracking statt und werden keine Fremdcookies gesetzt. Kein Daten-Tracking bedeutet, dass alle Fremdscrippts und Cookies von Drittanbietern sowie Social-Media-Plugins dauerhaft deaktiviert sind, wobei diese durch den Besucher einzeln aktiviert werden können.

6. Bei Variante 1 und Variante 2 besteht kein Unterschied hinsichtlich des inhaltlichen Zugangs der Webpage der Beschwerdegegnerin.

7. Der Beschwerdeführer hat die Webpage der Beschwerdegegnerin aufgerufen und Variante 1 in Anspruch genommen, um inhaltlichen Zugang zur Webpage zu erhalten.

8. Zum Zeitpunkt der Eingabe der Beschwerde des Beschwerdeführers am 25. Mai 2018 bestand keine „opt-out-Möglichkeit“ hinsichtlich des Cookies „google\_pub\_config“. Diese Möglichkeit wurde jedoch im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens auf der Homepage der Beschwerdegegnerin implementiert, was dem Beschwerdeführer mit Schreiben der Datenschutzbehörde vom 14. Juni 2018 zur Kenntnis gebracht wurde.

*Beweiswürdigung: Die getroffenen Feststellungen stützen sich auf eine Untersuchung der öffentlich zugänglichen Webpage der Beschwerdegegnerin, [http://n\\*\\*\\*-zeitung.at/](http://n***-zeitung.at/) (abgerufen am 29. November 2018), sowie auf die insofern unstrittige Eingabe des Beschwerdeführers vom 25. Mai 2018 und der Beschwerdegegnerin vom 12. Juni 2018. Der Beschwerdeführer hat die nachträgliche Implementierung einer „opt-out-Möglichkeit“ hinsichtlich des Cookies „google\_pub\_config“ trotz entsprechender Möglichkeit dazu nicht mehr bestritten.*

D. In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

D. 1. Zum Recht auf Geheimhaltung

a) Zum geltend gemachten Recht

Die Datenschutzbehörde hat bereits ausgesprochen, dass die Betroffenenrechte in Kapitel III DSGVO (Art. 12 bis 23) taxativ aufgezählt werden, sich eine betroffene Person im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens jedoch auf jede Bestimmung der DSGVO stützen, sofern dies im Ergebnis zu einer denkmöglichen Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs. 1 DSG führen kann (vgl. DSB vom 13. September 2018, DSB-D123.070/0005-DSB/2018, wonach ein Verstoß des Verantwortlichen gegen Art. 32 zu einer Verletzung von § 1 Abs. 1 DSG führen kann; vgl. DSB vom 31. Oktober 2018,

DSB-D123.076/0003-DSB/2018, wonach hingegen eine Beschwerde unmittelbar gestützt auf Art. 14 DSGVO möglich ist).

Im vorliegenden Fall verneint der Beschwerdeführer [Anmerkung Bearbeiter: im Originaltext aufgrund eines offensichtlichen Redaktionsfehlers: „Beschwerdegegner“] die Freiwilligkeit seiner abgegebenen Einwilligung und bringt vor, dass die seitens der Beschwerdegegnerin angeforderte Einwilligung bei Aufruf ihrer Webpage nicht den Anforderungen von Art. 7 DSGVO entspricht.

Es war daher zu überprüfen, ob die seitens der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellte Variante 1 (Einwilligung, um inhaltlichen Zugang zur Webpage zu erlangen) freiwillig erfolgt und falls nein, ob dies zu einer Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung des Beschwerdeführers führt.

#### b) Zu § 96 Abs. 3 TKG 2003 als lex specialis

Die Datenschutzbehörde hat sich im bereits erwähnten Bescheid der DSB vom 31. Oktober 2018 mit dem Verhältnis zwischen DSGVO und Richtlinie 2002/58/EG („e-Datenschutz-RL“) bzw. der entsprechenden Umsetzungsbestimmung (TKG 2003, BGBl. I Nr. 70/2003 idgF) auseinandergesetzt.

Aus Sicht der Datenschutzbehörde geht die e-Datenschutz-RL bzw. das TKG 2003 dem DSG 2000 bzw. nunmehr der DSGVO als lex specialis vor (vgl. Art. 95 DSGVO, wonach die Verordnung natürlichen oder juristischen Personen in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union keine zusätzlichen Pflichten auferlegt, soweit sie besonderen in der e-Datenschutz-RL festgelegten Pflichten unterliegen, die dasselbe Ziel verfolgen; vgl. ferner ErwGr 173 DSGVO).

Im vorliegenden Fall richtet sich die Frage der Rechtsgrundlage bzw. der Erlaubnistatbestand der Verarbeitung nach § 96 Abs. 3 TKG 2003, wonach eine Ermittlung von Daten (bzw. der Einsatz von Werbe-Cookies) nur zulässig ist, soweit eine Einwilligung erteilt wurde. Eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung erfolgt daher nicht nach Art. 6 DSGVO, sondern nach § 96 Abs. 3 TKG 2003.

Zu bemerken ist jedoch, dass das TKG 2003 keine näheren Bedingungen bzw. eine Definition für die Einwilligung vorsieht.

Allerdings verweist die dieser Bestimmung zugrundeliegende Rechtsgrundlage des Unionsrechts, die e-Datenschutz-RL, hinsichtlich des Begriffes der „Einwilligung“ auf die Einwilligung im Sinne der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Richtlinie; vgl. dazu Art. 2 lit. f e-Datenschutz-RL). Der Begriff der Einwilligung nach § 96 Abs. 3 TKG 2003 entspricht daher in systematischer Auslegung dem Begriff der Einwilligung nach Art. 4 Z 11 bzw. Art. 7 DSGVO, wie sich aus Art. 94 Abs. 2 DSGVO ergibt.

### c) Zur Freiwilligkeit der Einwilligung im vorliegenden Fall

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Zustimmung zu Variante 1 nicht freiwillig gemäß Art. 7 Abs. 4 DSGVO erfolge, da die Erbringung der Dienstleistung von der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten abhängt.

Gemäß Art. 7 DSGVO sowie unter Berücksichtigung von Art. 4 Z 11 sowie ErwGr 43 DSGVO muss eine Einwilligung freiwillig erfolgen und darf nicht an die Erfüllung eines Vertrages gekoppelt sein, obwohl die Einwilligung zur Erfüllung dieses Vertrags nicht erforderlich ist. Unfreiwillig ist eine Einwilligung dann, wenn bei Nichtabgabe der Einwilligung ein Nachteil zu erwarten ist.

Die ehemalige Art. 29-Datenschutzgruppe hat sich bereits mit möglichen, die Freiwilligkeit verhindernden Nachteilen auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass ein solcher Nachteil dann gegeben ist, wenn das Risiko einer Täuschung, Einschüchterung, Nötigung oder beträchtlicher negativer Folgen besteht. Der Verantwortliche muss nachweisen, dass es möglich ist, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile zu erleiden. Ferner sollte der Verantwortliche nachweisen, dass die betroffene Person eine echte oder freie Wahl hatte, ob sie einwilligt oder nicht (vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259, rev. 01, S. 12; vgl. auch ErwGr 42 DSGVO).

Im vorliegenden Fall ist zunächst zu bemerken, dass die Beschwerdegegnerin in Variante 1 (Einwilligung zur Nutzung der Webpage) solange keine Cookies setzt, bis der Besucher der Webpage eine bewusste Entscheidung getroffen, also eine Einwilligung abgegeben hat, ob er Variante 1 in Anspruch nehmen möchte. Durch Verlinkung im Fenster („Pop-Up“) auf die Datenschutzerklärung und durch eine Aufzählung der im Einsatz befindlichen Cookies („Cookies-Anhang“) entspricht die Beschwerdegegnerin auch der in § 96 Abs. 3 TKG 2003 iVm Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO geforderten transparenten Informationspflicht und ist auch ein eindeutiger und bestimmter Zweck ersichtlich, wodurch für die betroffene Person eine Kontrolle hinsichtlich der Verarbeitung ihrer Daten sichergestellt ist.

Gibt eine betroffene Person keine Einwilligung ab, so besteht die erste Konsequenz darin, dass diese ein O\*\*-Abo abschließen kann. Dieses O\*\*-Abo ist – wie festgestellt – frei von Werbung, frei von Daten-Tracking und frei von der Setzung von Fremdkookies. Das O\*\*-Abo ist mit einem Preis von 6 Euro monatlich ab dem zweiten Monat auch keine unverhältnismäßig teure Alternative.

Die zweite Konsequenz bei Nichtabgabe einer Einwilligung besteht darin, dass die betroffene Person die Webpage der Beschwerdegegnerin nicht in Anspruch nimmt und auf ein alternatives Informationsangebot zurückgreift.

Im Ergebnis liegt in den Konsequenzen bei Nichtabgabe einer Einwilligung bei weitem kein wesentlicher Nachteil vor und ist die betroffene Person mit keinen beträchtlichen negativen Folgen konfrontiert.

Ebenso ist nach der Judikatur der Datenschutzbehörde zu berücksichtigen, dass eine freiwillige Einwilligung dann vorliegen kann, wenn ein bestimmter Verarbeitungsvorgang auch zum erkennbaren Vorteil der betroffenen Person gereicht (vgl. anstelle vieler DSK vom 8. März 2006, DSK 8.3.2006, K178.209/0006-DSK/2006; vgl. dazu auch *Kotschy* in *Brodil* (Hrsg), Datenschutz im Arbeitsrecht (2010) 3).

Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, da ein Besucher der Webpage nach Abgabe einer Einwilligung vollen Zugang zur Webpage und zu den Dienstleistungen der Beschwerdegegnerin erhält, wobei dieser Zugang – wie festgestellt – auch in keinerlei Weise beschränkt ist und inhaltlich dem Abschluss eines O\*\*-Abos gleichkommt.

Da die Einwilligung, unter Berücksichtigung der Vorgaben nach Art. 4 und 7 DSGVO, freiwillig abgegeben wurde, war nicht mehr darauf einzugehen, ob durch eine etwaig unfreiwillig abgegebene Einwilligung eine Verletzung im Recht auf Geheimhaltung begründet wird.

Es war diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden.

Nicht zu prüfen war hier die Frage, ob die zu akzeptierenden (Werbe-)Cookies hinsichtlich ihres Ausmaßes und Umfangs den Vorgaben nach Art. 25 DSGVO entsprechen.

## D. 2. Zum Recht auf Widerspruch

Festzuhalten ist, dass das seitens des Beschwerdeführers ausdrücklich geltend gemachte Recht auf Widerspruch gemäß Art. 21 DSGVO insoweit verfehlt ist, als der Beschwerdeführer eine Einwilligung gemäß § 96 Abs. 3 TKG 2003 abgegeben hat und es sich vielmehr um eine Frage des Widerrufs der Einwilligung handelt.

Im vorliegenden Fall erübrigt sich diese Frage jedoch, da die Beschwerdegegnerin noch vor Abschluss des Verfahrens eine Möglichkeit zum Widerruf des Cookies „google\_pub\_config“ implementiert hat sowie bereits von Beginn an ganz allgemein die Möglichkeit (in Form eines Buttons in der Datenschutzerklärung, auf die im Fenster bzw. „Pop-up“ hingewiesen wird) zur Verfügung stellt, die Einwilligung vollumfänglich zu widerrufen (vgl. § 24 Abs. 6 DSGVO).

Im Kontext von § 96 Abs. 3 TKG 2003 ist darüber hinaus zu beachten, dass ein Widerruf auch jederzeit durch entsprechende Einstellungen im Browser bzw. durch Löschen sämtlicher oder einzelner Cookies in den Browsereinstellungen erfolgen kann.

Dem Beschwerdeführer standen somit von Beginn an mehrere technische Optionen offen, die Einwilligung zu widerrufen.

Es war daher auch diesbezüglich spruchgemäß zu entscheiden.