

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

Die ORF-Stiftung (samt Tochtergesellschaften) wurde hier nicht pseudonymisiert, da eine Entfernung aller grafischen Darstellungen (Screenshots), die zwingende Rückschlüsse auf ihre Identität als Beschwerdegegnerin ermöglichen, die Verständlichkeit der Entscheidung beeinträchtigen würde. Das ORF-Gesetz ist eine der zitierten Grundlagen der Entscheidung. Die Entscheidung wurde weiters am 31. Oktober 2024 von der beschwerdeführenden Partei und deren Vertretung unter Angabe der Parteien- und Parteienvertreternamen veröffentlicht, ist demnach bereits ohne Zutun der Datenschutzbehörde allgemein verfügbar. Das Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdegegnerin, einer juristischen Person (durch Gesetz eingerichtete Stiftung öffentlichen Rechts), überwiegt daher nicht das öffentliche Interesse an der durch § 23 Abs. 2 DSG gebotenen Veröffentlichung dieser Entscheidungen der Datenschutzbehörde von grundsätzlicher Bedeutung für die Allgemeinheit.]

Dieser **Bescheid** ist **nicht rechtskräftig**.

B E S C H E I D

S P R U C H

Die Datenschutzbehörde entscheidet über die Datenschutzbeschwerde von Mag. Dieter A*** (beschwerdeführende Partei), vertreten durch die B*** Datenschutzorganisation, C***platz *1/**3, **** D***stadt, ZVR: *4*3*2*1, vom 11. August 2021 gegen die Stiftung des öffentlichen Rechts, Österreichischer Rundfunk (Beschwerdegegnerin), vertreten durch die E*** Rechtsanwälte GmbH, wegen A) Recht auf Löschung und Mitteilungspflicht im Zusammenhang mit der Löschung und B) des Antrags auf Anordnung gegen die Beschwerdegegnerin, die unrechtmäßigen Verarbeitungen einzustellen, wie folgt:

- 1) Die Beschwerde wird abgewiesen.
- 2) Der Beschwerdegegnerin wird amtswegig aufgetragen, innerhalb einer Frist von sechs Wochen
 - a) Das Ersuchen um Einwilligung (den Cookie Banner, siehe Sachverhaltsfeststellung C.6.) auf der Website www.orf.at derart abzuändern, dass beim Besuch der Website eine gültige Einwilligung eingeholt wird. Hierfür hat die Beschwerdegegnerin den Cookie Banner jedenfalls derart abzuändern, dass der betroffenen Person auf der ersten Ebene des Cookie Banners eine gleichwertige Wahlmöglichkeit zwischen „Alle Cookies akzeptieren“ und „Nur notwendige Cookies“ geboten wird. Dabei ist sicherzustellen, dass beide Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich visueller Gestaltung, einschließlich Farbe, Größe, Kontrast, Platzierung und Hervorhebung, gleichwertig gestaltet sind. Es ist unzulässig, eine der Auswahlmöglichkeiten durch ein übermäßig auffälliges Design, wie eine bevorzugte Farbgebung, eine größere Schriftgröße oder eine prominentere Platzierung, in den Vordergrund zu stellen.
 - b) Die Website www.orf.at derart abzuändern, dass beim Besuch dieser Website vor Abgabe einer Einwilligung die folgenden Cookies nicht gesetzt werden:

- i) j***cak2019 (siehe Sachverhaltsfeststellung C.7.);
- ii) k*9 (siehe Sachverhaltsfeststellung C.7.);
- iii) UserID1 (siehe Sachverhaltsfeststellung C.7.);
- iv) autouserid2 (siehe Sachverhaltsfeststellung C.7.).

Rechtsgrundlagen: Art. 4 Z 11, Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 7, Art. 12 Abs. 1, Art. 17, Art. 19, Art. 57 Abs. 1 lit. f, Art. 58 Abs. 2 sowie Art. 77 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), ABl. Nr. L 119 vom 4.5.2016 S. 1; §§ 18 Abs. 1 sowie 24 Abs. 1, Abs. 2 Z 5, Abs. 4 sowie Abs. 5 des Datenschutzgesetzes (DSG), BGBl. I Nr. 165/1999 idgF; § 165 des Telekommunikationsgesetzes 2021 (TKG 2021), BGBl. I Nr. 190/2021 idgF; § 1 Abs. 1 des ORF-Gesetzes (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idgF.

B E G R Ü N D U N G

A. Vorbringen der Parteien und Verfahrensgang

A.1. Mit Eingabe vom 11. August 2021 brachte die beschwerdeführende Partei (in Folge: bP) zusammengefasst Folgendes vor:

Die bP habe die Website der Beschwerdegegnerin (in Folge: BG) unter www.orf.at am 20. Jänner 2021 besucht. Die Website habe einen Cookie Banner angezeigt. Es seien Cookies gesetzt worden, teils mit einer einzigartigen Nutzeridentifikationsnummer („unique ID“). Eine Zusammenfassung aller HTTP-Anfragen und -Antworten sei als Anlage beigefügt. Für alle Verarbeitungstätigkeiten, für die die BG im Rahmen des Cookie Banners eine Rechtsgrundlage etablieren wolle, werde die Bezeichnung „relevante Verarbeitungstätigkeiten“ verwendet. Aufgrund der Gestaltung des genannten Cookie Banners sei es zu mehreren Verstößen gekommen. Es sei von keiner gültigen Einwilligung auszugehen. Es werde beantragt, dass die BG angewiesen werden möge, alle relevanten Verarbeitungstätigkeiten einzustellen, und alle relevanten personenbezogenen Daten zu löschen. Die DSGVO erlaube es der zuständigen Aufsichtsbehörde, eine Anordnung zu treffen, die über die personenbezogenen Daten der bP hinausgehe. Die vorliegende Beschwerde (Fallnummer C-*2*-5**) sei gegen die ORF Online und Teletext GmbH & Co KG gerichtet. Der Eingabe waren mehrere Beilagen angeschlossen.

A.2. Mit Stellungnahme vom 10. Juli 2023 brachte die ORF Online und Teletext GmbH & Co KG zusammengefasst Folgendes vor:

Für das Speichern von Cookie-Werten und anderen Geräteinformationen sei der Österreichische Rundfunk verantwortlich, was auch aus der Cookie-Richtlinien ersichtlich sei. Hingegen sei die ORF Online und Teletext GmbH & Co KG nicht verantwortlich.

A.3. Mit Stellungnahme vom 26. Juli 2023 brachte die bP zusammengefasst Folgendes vor:

Aufgrund der Stellungnahme der ORF Online und Teletext GmbH & Co KG richte sich die Beschwerde gegen die BG (Österreichischer Rundfunk). In der online verfügbaren Liste der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter unter <https://orf.at/stories/datenschutz-verantwortliche/> sei nicht zu entnehmen, welche juristische Person für welche Datenverarbeitung verantwortlich sei.

A.4. Mit Stellungnahme vom 4. September 2023 brachte die BG zusammengefasst Folgendes vor:

Die Änderung des Beschwerdegegners sei wegen Präklusion unzulässig, da die subjektive Präklusivfrist abgelaufen sei. Eine amtswegige Berichtigung der Bezeichnung sei unzulässig. Die Anträge der bP seien ebenso unzulässig, weil keiner der in der Datenschutzbeschwerde gestellten Anträge rechtmäßig ausgeführt worden sei. Die bP habe den Sachverhalt nicht präzisiert und es sei unzumutbar, die .har-Datei (Anlage 5) zu überprüfen. Diese umfasse rund 17.000 Zeilen. Ungeachtet dessen habe die BG die Datei überprüft. Ein großer Teil der Cookies sei nicht von der BG gesetzt worden, sondern von der Domain „f**zeitung.at“. Es habe zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt keine Kooperation mit „f**zeitung.at“ gegeben. Die bP habe zudem keinen Antrag auf Löschung gestellt. Die Beschwerde sei auch inhaltlich unbegründet. Es sei auch anzunehmen, dass die bP nur deshalb die Website besucht habe, um eine autogenerierte Beschwerde zu schaffen. Die Beschwerde sei keine höchstpersönliche Anspruchsausübung, sondern vielmehr eine unzulässige Verbandsbeschwerde. Im Übrigen beantwortete die BG die Fragen der Datenschutzbehörde.

A.5. Mit Stellungnahme vom 8. November 2023 brachte die bP zusammengefasst Folgendes vor:

Die bP verweise auf die bisherigen Eingaben, wonach aufgrund der online verfügbaren Liste der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter des ORF unklar sei, für welche Datenverarbeitungen die verschiedenen juristischen Personen des ORF verantwortlich seien. Insofern sei die Beschwerde ursprünglich gegen jene Stelle gerichtet, die für den Betreiber der Website www.orf.at gehalten wurde. Noch heute sei die Information vorhanden, dass die ORF Online und Teletext GmbH & Co KG für www.orf.at zuständig sei. Darüber hinaus sei die Beschwerde fristgerecht eingebracht worden und seien die gestellten Anträge zulässig. Es sei bloß darauf hingewiesen worden, dass die Datenschutzbehörde Anordnungen treffen könne, die über den Beschwerdeführer (gemeint wohl dessen Daten) hinausgehen. Zur .har-Datei sei festzuhalten, dass diese auch Aufrufe der Website „f**zeitung.at“ enthalte. Dies sei relevant um darzustellen, dass es sich um einen „normalen“ Internetbesuch handle, bei dem mehrere Websites besucht worden seien. Eine URL-Suche nach orf.at habe 357 zum Ergebnis. Es bestehe also eine direkte oder indirekte Korrelation. Ein Antrag auf Löschung sei für die Geltendmachung des Rechts auf Löschung nicht erforderlich. Der Cookie Banner entspreche weiterhin nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen.

A.6. Mit Stellungnahme vom 28. März 2024 brachte die BG zusammengefasst Folgendes vor:

Die bP habe im Rahmen der Eingabe der gegenständlichen Beschwerde einen Anhang 4 vorgelegt. Es sei davon auszugehen, dass der bP der Inhalt von Anhang 4 bekannt sei. In Anhang 4 sei der ORF ausdrücklich als Verantwortlicher bezeichnet. Die Parteienerklärung (gemeint die ursprüngliche Bezeichnung des Beschwerdegegners) sei aufgrund ihrer Ausdrücklichkeit keiner anderslautenden Auslegung zugänglich. Grundsätzlich kann dies aber dahingestellt bleiben, da – wie schon mit Stellungnahme vom 4. September 2023 ausgeführt – dem Löschantrag der bP entsprochen worden sei. Das Verfahren sei gemäß § 24 Abs. 6 DSG einzustellen. Zum behaupteten kontinuierlichen Rechtsverstoß sei festzuhalten, dass dies nicht als Änderung des verfahrenseinleitenden Antrags zu werten sei, da eine solche Änderung aufgrund eingetretener Präklusion unzulässig wäre. Das Vorbringen könne auch nicht als neue Beschwerde gewertet werden, da aus der Parteienerklärung hervorgehe, dass die bP die ursprüngliche Datenschutzbeschwerde weiter aufrechterhalten wolle. Der Verweis auf das „IDE“-Cookie änderte nichts an der Präklusion. Die bP habe nicht einmal behauptet, dass im Browser zum verfahrensgegenständlichen Zeitpunkt (20. Jänner 2021) derselbe „IDE-Cookie-Wert“ gespeichert worden sei. Zusammengefasst sei dem Löschantrag der bP entsprochen worden. Die BG habe zudem die gesamte Website des ORF (samt Cookie Banner) neu aufgesetzt.

A.7. Mit Stellungnahme vom 17. April 2024 wiederholte die bP das bisherige Vorbringen im Wesentlichen.

A.8. Mit Erledigung vom 2. August 2024 forderte die Datenschutzbehörde die BG wie folgt auf (Auszug):

„Betrifft: Aufforderung zur Stellungnahme

Die Datenschutzbehörde übermittelt anbei die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 17. April 2024. Die Datenschutzbehörde hat zwischenzeitlich Kenntnis von den Änderungen auf der Website www.orf.at genommen.

Sie werden aufgefordert, zu der Stellungnahme des Beschwerdeführers sowie den nachfolgenden Punkten innerhalb einer Frist von zwei Wochen ab Erhalt dieses Schreibens Stellung zu nehmen und gegebenenfalls zum Beweis des eigenen Vorbringens geeignete Beweismittel vorzulegen oder anzugeben:

- Weshalb werden die Cookies „j***cak2019“ und „k*9“ bereits vor Abgabe einer Einwilligung gesetzt? Soweit diesbezüglich § 7 ORF-G ins Treffen geführt wird, so werden sie aufgefordert darzulegen, inwiefern dies mit § 165 Abs. 3 TKG 2021 bzw. Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58/EG in Einklang zu bringen ist.*
- Zu welchem Zweck ist das Feld „Alle Cookies akzeptieren“ blau eingefärbt, während die anderen beiden Felder keine vom Hintergrund hervorhebende Farbgebung aufweisen?“*

A.9. Mit Stellungnahme vom 16. August 2024 brachte die BG zusammengefasst Folgendes vor:

Die Schaltfläche „Alle Cookies akzeptieren“ sei blau eingefärbt, da die gesamte Website vordergründig in den Farben weiß und blau eingerichtet sei. Der farbliche Gegensatz erleichtere den Nutzern die Auswahl. Auch die weißen Schaltflächen seien gut sichtbar vom hellgrauen Hintergrund abgegrenzt. Die Rechtmäßigkeit der verfahrensgegenständlichen Datenverarbeitung leite sich aus der gesetzlichen Verpflichtung der BG zur Reichweitenmessung gemäß §§ 4e, 7 ORF-G ab. Die Messung sei unbedingt erforderlich, um dem gesetzlichen Auftrag zu entsprechen. Die Datenerhebung durch die Cookies „j***cak2019“ und k*9“ werde – vorsichtshalber – sowohl auf den Erlaubnistatbestand der Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung als auch auf die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, gestützt. Die BG habe die österreichische ****Reichweiten-Check (Ö***RC), die als Dienstleisterin der BG agiere, zur Löschung der entsprechenden Cookie-Werte aufgefordert. Im Übrigen handle es sich bei diesen Cookie-Werten nicht um personenbezogene Daten. Die Datenschutzbehörde sei für den Vollzug von § 165 Abs. 3 TKG 2021 nicht zuständig.

A.10. Mit Stellungnahme vom 28. März 2024 brachte die bP zusammengefasst Folgendes vor:

Nach Ansicht der bP seien die Gestaltung des Cookie Banners bzw. die gewählten Button-Farben irreführend. Die Farbgestaltung habe einen wesentlichen Einfluss auf die Wahl von Nutzern, was akademisch nachgewiesen sei. Die seitens der BG angeführten Normen seien keine taugliche Grundlage für die Datenverarbeitung, zumal das ORF-G nicht vorsehe, wie die Reichweite zu messen ist. Es seien andere Möglichkeiten als Tracking-Cookies vorhanden. Zudem handle es sich bei den Cookies „j***cak2019“ und k*9“ (bzw. deren Werte) aus rechtlicher Sicht um personenbezogene Daten.

B. Beschwerdegegenstand

B.1. Ausgehend vom Vorbringen der bP ist darüber zu entscheiden, ob der BG anzuordnen ist, A) die personenbezogenen Daten der bP (die Cookie-Werte) zu löschen und die Löschung den Empfängern mitzuteilen, sowie B) die „relevanten Verarbeitungstätigkeiten“ einzustellen.

Mit „relevanten Verarbeitungstätigkeiten“ bezieht sich die bP auf jene Cookies (und ähnliche Technologien), die im Rahmen des Besuchs der bP unter www.orf.at am 20. Jänner 2021 zum Einsatz gekommen sind.

B.2. Vorab ist jedoch zu prüfen, ob die Beschwerde – so wie von der BG ins Treffen geführt – nicht bereits gemäß § 24 Abs. 4 DSG präkludiert ist.

C. Sachverhaltsfeststellungen

C.1. Mittels Cookies lassen sich Informationen sammeln, die von einer Website generiert und über den Browser eines Internetnutzers gespeichert wurden. Es handelt sich um eine kleine Datei oder Textinformation (in der Regel kleiner als ein Kbyte), die von einer Website über den Browser eines Internetnutzers auf der Festplatte seines Computers oder mobilen Endgeräts platziert wird.

Ein Cookie erlaubt es der Website, sich an die Aktionen oder Vorlieben des Nutzers zu „erinnern“. Die meisten Webbrowser unterstützen Cookies, aber die Nutzer können ihre Browser so einstellen, dass sie die Cookies ablehnen. Sie können die Cookies auch jederzeit löschen.

Websites nutzen Cookies, um Nutzer zu identifizieren, sich die Vorlieben ihrer Kunden zu merken und es den Nutzern zu ermöglichen, Aufgaben abzuschließen, ohne Informationen neu eingeben zu müssen, wenn sie zu einer anderen Seite wechseln oder die Website später erneut besuchen.

Cookies können auch genutzt werden, um anhand des Online-Verhaltens Informationen für gezielte Werbung und Vermarktung zu sammeln. Unternehmen verwenden zum Beispiel Software, um das Nutzerverhalten nachzuvollziehen und persönliche Profile zu erstellen, die es ermöglichen, den Nutzern Werbung zu zeigen, die auf ihre zuvor durchgeführten Suchvorgänge zugeschnitten ist.

Beweiswürdigung C.1.: Die Ausführungen zur Funktionsweise von Cookies stammen aus den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 21. März 2019 in der Rs C-673/17 (Planet 49), Rz 36 ff mwN. Da es sich um eine einzelfallunabhängige und allgemeine technische Beschreibung zu den möglichen Funktionen von Cookies handelt, waren diese Ausführungen auf Sachverhaltsebene – und nicht in der rechtlichen Beurteilung – aufzunehmen.

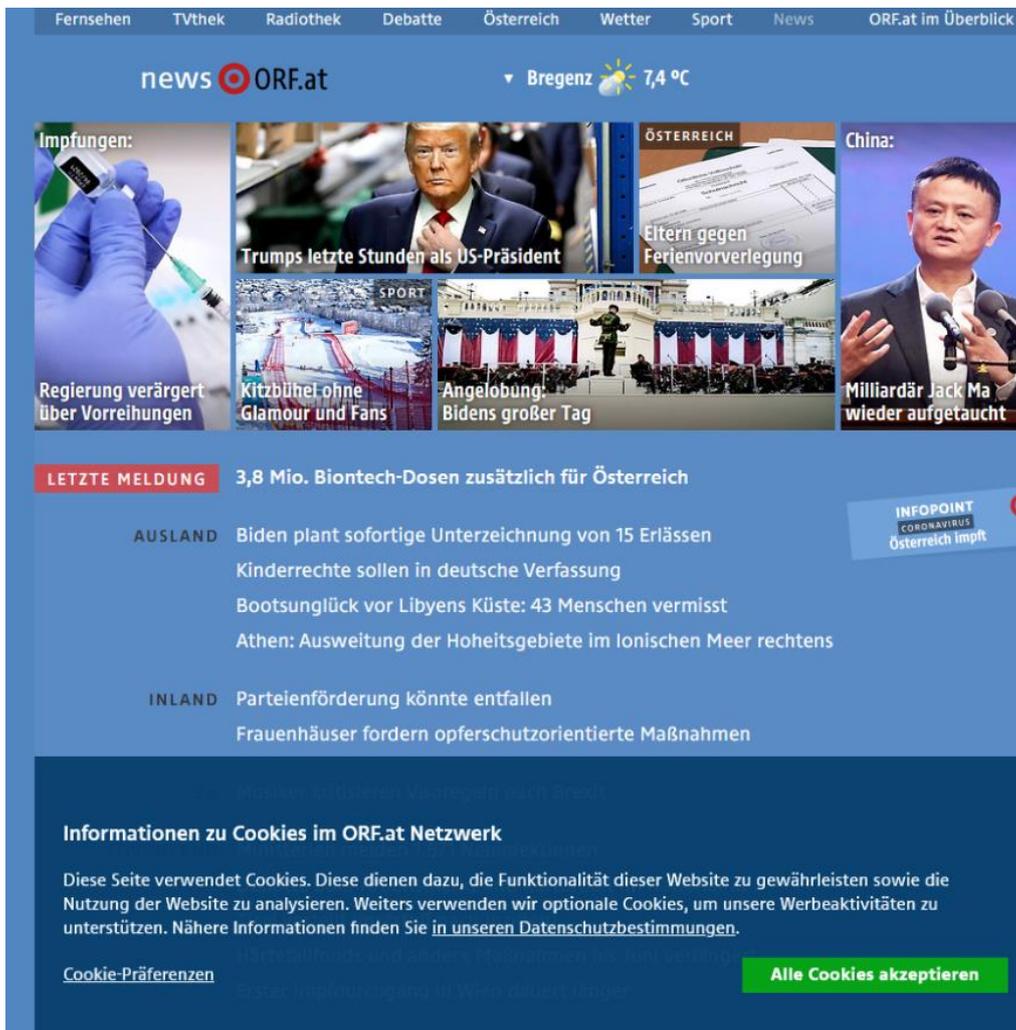
C.2. Die BG ist Betreiberin der Website www.orf.at. Sie trifft die Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen welche Cookies beim Aufruf der genannten Website gesetzt oder ausgelesen werden.

Beweiswürdigung C.2.: Die getroffenen Feststellungen beruhen auf der Stellungnahme der BG vom 10. Juli 2023. Die bP hat dieses Vorbringen in weiterer Folge nicht bestritten. Für die Datenschutzbehörde liegen keine Anhaltspunkte vor, das Vorbringen der BG in Zweifel zu ziehen.

C.3. Die bP hat die Website www.orf.at zumindest am 20. Jänner 2021 besucht.

Der Cookie Banner gestaltete sich am 20. Jänner 2021 wie folgt:

Abbildung 1



Beweiswürdigung C.3.: Die getroffenen Feststellungen beruhen auf der Eingabe der bP vom 11. August 2021 und sind unstrittig. Der Screenshot beruht auf der seitens der bP vorgelegten Beilage „Anlage 2.png“.

C.4. Als Folge des Besuchs der Website www.orf.at wurden am 20. Jänner 2021 Cookies im Endgerät der bP gesetzt und ausgelesen, die einen einzigartigen, zufallsgenerierten Wert (Universally Unique Identifier, in Folge: UUID) beinhaltet haben.

Der Inhalt der Beilagen „Anlage 5.har“ und „Anlage 6.csv“ wird den Sachverhaltsfeststellungen zugrunde gelegt.

Beweiswürdigung C.4.: Die getroffenen Feststellungen beruhen auf der Eingabe der bP vom 11. August 2021 und der vorgelegten Beilagen „Anlage 5.har“ sowie „Anlage 6.csv“. Nicht übersehen wird die Stellungnahme der BG vom 4. September 2023, wonach in den angeführten Beilagen auch Informationen über den Aufruf von anderen Websites (etwa www.f**zeitung.at) enthalten seien. Wie die bP mit Stellungnahme vom 8. November 2023 jedoch zutreffend ausführt, beinhalten die Beilagen Informationen über einen Internetbesuch, in dessen Rahmen mehrere Websites aufgerufen wurden.

Tatsächlich ergeben sich mit einer Suche nach der URL „orf.at“ zahlreiche Treffer in den Beilagen. Insofern wird das Vorbringen der bP durch die Vorlage dieser Beilagen nachgewiesen.

C.5. Die BG speichert zum aktuellen Zeitpunkt keine Cookie-Werte, die als Folge des Besuchs unter www.orf.at am 20. Jänner 2021 im Endgerät der bP gesetzt und ausgelesen wurden.

Die BG hat darüber hinaus die Empfänger der Datenübermittlung (konkret die Anbieter der Dienste, die sie auf ihrer Website implementiert hat) über die Löschung informiert.

Beweiswürdigung C.5.: Die getroffenen Feststellungen beruhen auf den Stellungnahmen der BG vom 28. März 2024 und vom 16. August 2024. Nach Aufforderung seitens der Datenschutzbehörde hat die BG ausgeführt, dass – unbeschadet der vorgebrachten Argumente – die entsprechenden Daten (die Cookie-Werte) gelöscht worden und eine Benachrichtigung an die Dienstleister ergangen sei. Die bP hat dieses Vorbringen nicht bestritten, sondern nur darauf hingewiesen, dass kein Beweis vorgelegt worden sei. Nach Ansicht der Datenschutzbehörde sind keine Anhaltspunkte vorhanden, das Vorbringen der BG in Zweifel zu ziehen, zumal sich diese im Rahmen des Ermittlungsverfahrens durchaus kooperativ gezeigt und den Cookie Banner – wenngleich nicht zur vollständigen Zufriedenheit aller Parteien und der Datenschutzbehörde – angepasst hat. Insgesamt betrachtet liegen keine Ermittlungsergebnisse vor, die eine gegenteilige Feststellung rechtfertigen würden.

C.6. Die BG hat ihren Cookie Banner (das Ersuchen um Einwilligung) auf der Website www.orf.at angepasst.

Zum aktuellen Zeitpunkt gestaltet sich der Cookie Banner der BG wie folgt:

Abbildung 2

Fernsehen ORF ON Sound Topos Debatte Österreich Wetter Sport News ORF.at im Überblick

news  ORF.at

▼ Bregenz  10 °C



Liebe ORF.at-Nutzerin, lieber ORF.at-Nutzer!

Wir freuen uns über Ihren Besuch auf ORF.at. Ihre Privatsphäre ist uns ein besonderes Anliegen. Deshalb informieren wir Sie über mögliche Datenschutzeinstellungen, die Sie für unser Angebot und unsere [45 Partner](#) nachfolgend treffen können.

Diese Seite verwendet Cookies. Diese dienen dazu, die Funktionalität dieser Webseite zu gewährleisten und die Nutzung der Website zu analysieren. Weiters speichern unsere Partner und wir Informationen auf einem Gerät oder rufen diese ab, führen Anzeigen- und Inhaltsmessungen durch und verwenden dazu optionale Cookies, Geräteerkennungen und andere Gerätedaten sowie andere personenbezogene Daten (z. B. IP-Adresse), um unsere Werbeaktivität zu unterstützen. Ihre Einwilligung können Sie jederzeit [hier](#) widerrufen.

Wir und unsere Partner führen die folgenden Datenverarbeitungsprozesse durch:
Notwendige Cookies, Personalisierte Werbung und Inhalte, Messung von Werbeleistung und der Performance von Inhalten, Zielgruppenforschung sowie Entwicklung und Verbesserung von Angeboten, Speichern von oder Zugriff auf Informationen auf einem Endgerät

Beim Hintergrund des Cookie Banners (hexadezimaler Farbcode #f0f1f4) handelt es sich um einen sehr hellen Farbton von Blau.

Bei der Schaltfläche „Alle Cookies akzeptieren“ handelt es sich um einen dunkelblauen Farbton (hexadezimaler Farbcode #466199).

Bei der Schaltfläche „Cookie-Präferenzen“ und „Nur notwendige Cookies“ handelt es sich um einen weißen Farbton (hexadezimaler Farbcode #FFFFFF).

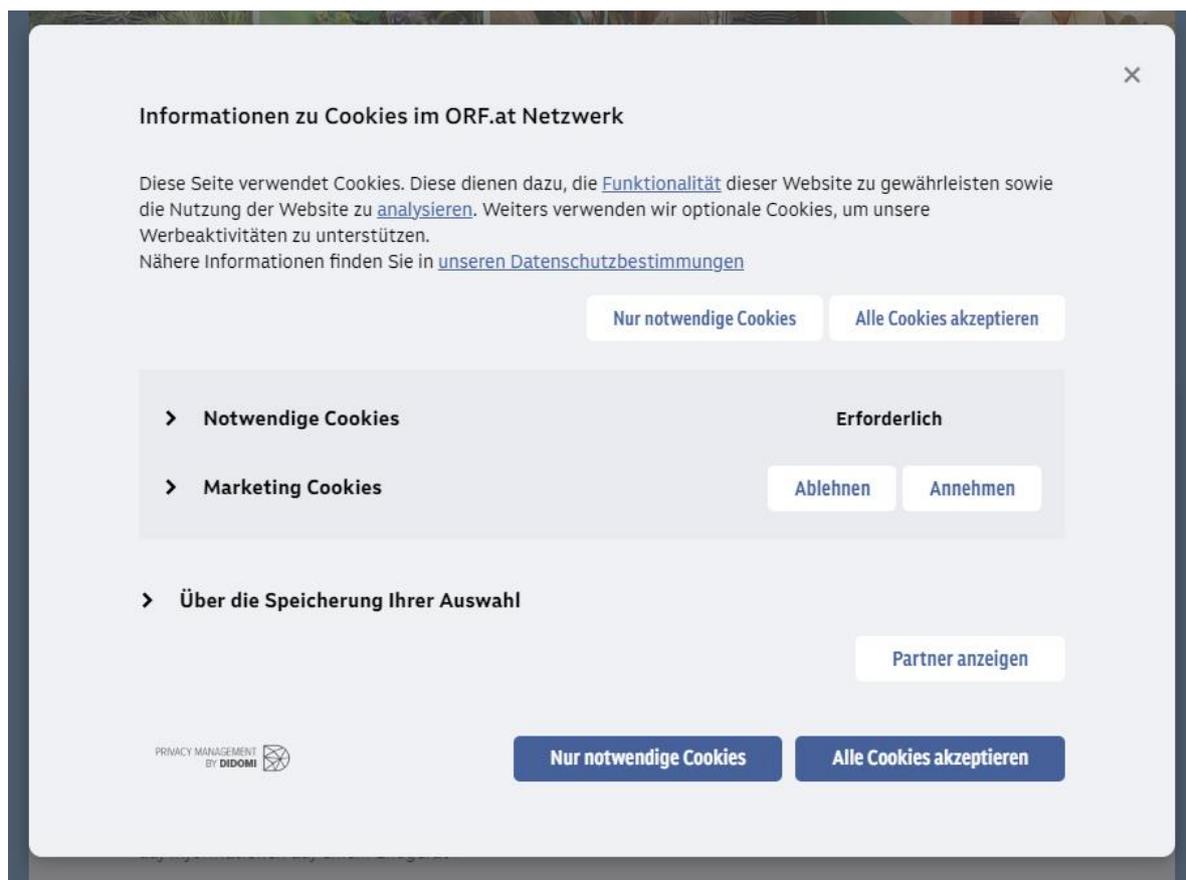
Das Kontrastverhältnis von #466199 (Schaltfläche „Alle Cookies akzeptieren“) zu #f0f1f4 (Hintergrund des Cookie Banners) beträgt 5.42:1 und wird gemäß dem Color Contrast Checker unter <https://colors.co/contrast-checker> als „Gut“ („Good“) eingestuft.

Das Kontrastverhältnis von #FFFFFF (Schaltflächen „Cookie-Präferenzen“ und „Nur notwendige Cookies“) zu #f0f1f4 (Hintergrund des Cookie Banners) beträgt 1.13:1 und wird gemäß dem Color Contrast Checker unter <https://colors.co/contrast-checker> als „Sehr schlecht“ („Very poor“) eingestuft.

Als minimaler Kontrast wird gemäß ISO-9241–3 ein Kontrast von 3:1 empfohlen.

Wird die Option „Cookie-Präferenzen“ ausgewählt, erscheint folgende Schaltfläche:

Abbildung 3



Beweiswürdigung C.6.: Die getroffenen Feststellungen zum Cookie Banner beruhen auf einer amtswegigen Recherche der Datenschutzbehörde auf der Website www.orf.at, zuletzt abgefragt am 28. Oktober 2024. Die Feststellung, dass die BG den Cookie Banner angepasst hat, ergibt sich zudem aus dem vorliegenden Akt und ist unstrittig. Die Feststellungen zu den gewählten Farben des Cookie Banners und der Schaltflächen beruhen auf einer amtswegigen Recherche unter <https://encycolorpedia.de/> (zuletzt abgefragt am 28. Oktober 2024). Die Feststellungen zu den Kontrastverhältnissen beruhen auf der öffentlich zugänglichen Website www.orf.at und <https://colors.co/contrast-checker> (zuletzt abgefragt am 24. Oktober 2024). Die Feststellungen zur ISO-Norm beruhen auf dem Inhalt der ISO-9241–3. Auf den empfohlenen Kontrast der genannten ISO-Norm wird auch unter https://biti-wiki.de/index.php?title=1.01.0_-_Ausreichender_Kontrast eingegangen (zuletzt abgefragt am 24. Oktober 2024).

C.7. Beim Aufruf der Website www.orf.at werden folgende Cookies gesetzt oder ausgelesen, noch bevor eine Interaktion mit dem abgebildeten Ersuchen um Einwilligung (Cookie Banner) erfolgt:

Domain	Bezeichnung
orf.at	j***cak2019
k***.net	k*9
orf.at	g***am_token
adfarm1.l***.com	UserID1
www.orf.at	_autouserid2

Das Cookie „j***cak2019“ enthält eine UUID (zur Definition von „UUID“ siehe erneut Sachverhaltsfeststellung C.4.). Es dient der Ermittlung statistischer Kennwerte zur Nutzung einer Internetseite. Beim Anbieter handelt es sich um den Österreichische ****Reichweiten-Check (Ö***RC). Hierzu sind unter <https://orf.at/stories/datenschutz-cookies/> folgende Informationen zu finden: *„Speichert einen Client-Hash für den Österreichische ****Reichweiten-Check (Ö***RC) zur Optimierung der Ermittlung der Kennzahlen Unique Clients und Visits. Dieses Cookie wird im Kontext der domain orf.at gesetzt.“*

Das Cookie „k*9“ enthält eine UUID. Es dient der Wiedererkennung der Endgeräte von Nutzern. Hierzu sind unter <https://orf.at/stories/datenschutz-cookies/> folgende Informationen zu finden: *„Dieses Cookie wird von dem Ö***RC zur Wiedererkennung von Endgeräten benutzt. Wenn das Cookie unterdrückt wird, versucht der Ö***RC das Gerät durch Kombination von IP-Adresse und Browser-Bezeichnung zu erkennen. Für Apps benutzt der Ö***RC die sogenannte „Advertiser ID“, außer die Nutzung der „Advertiser ID“ (Werbe-ID) ist über die Geräteeinstellungen deaktiviert (gemeint: deaktiviert).“*

„g***am token“ enthält eine UUID. Hierbei handelt es sich um Tool für Einwilligungsmanagement (Consent Solution).

Das Cookie „UserID1“ enthält eine UUID. Dieses Cookie dient dazu, den Nutzer anhand seines auf der Website gezeigten Interesses mit Onlinewerbung erneut anzusprechen.

Das Cookie „_autouserid2“ enthält dieselbe UUID wie „UserID1“. Es handelt sich um das First-Party-Cookie Äquivalent zu „UserID1“, sofern Third-Party-Cookies blockiert werden.

Beweiswürdigung C.7.: Die getroffenen Feststellungen zum Cookie Banner und den gesetzten Cookies beruhen auf einer amtswegigen Recherche der Datenschutzbehörde auf der Website www.orf.at, zuletzt abgefragt am 28. Oktober 2024. Die Feststellung, dass die BG den Cookie Banner angepasst hat, ergibt sich aus dem vorliegenden Akt und ist unstrittig.

Die Feststellungen zur Funktion der Cookies beruhen auf einer amtswegigen Recherche unter (jeweils zuletzt abgefragt am 28. Oktober 2024)

- <https://orf.at/stories/datenschutz-cookies/> (Informationen, welche die BG bereitgestellt hat);
- https://oe***rc.at/tech-support/mc vd/ (für „j***cak2019“);
- https://support.g***am.io/g***am-cookies-storage-1 (für „g***am_token“);
- https://www.h*23.de/plugin.php?menuid=253&template=mv/templates/mv_show_front.html&mv_id=1&extern_meta=x&mv_content_id=139&getlang=de sowie (für „UserID1“);
- https://i**round.com/****/Open-Cookie-Database/blob/master/open-cookie-database.csv (ebenfalls für „UserID1“);
- https://www.cookies***org/UserID1# (ebenfalls für „UserID1“).

D. In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Zuständigkeitsfragen

D.1. Zum Verhältnis e-Datenschutz-RL und DSGVO

Verarbeitungsvorgänge eines Sachverhalts können sowohl den Bestimmungen der Richtlinie 2002/58/EG idgF. (e-Datenschutz-RL) bzw. dem TKG 2021, als auch der DSGVO unterliegen. Während das Setzen oder Auslesen von Cookies nach den Vorgaben von Art. 5 Abs. 3 der e-Datenschutz-RL zu beurteilen ist, fällt die darauffolgende Datenverarbeitung in den Anwendungsbereich der DSGVO (vgl. die Leitlinien 01/2020 des EDSA zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit vernetzten Fahrzeugen und mobilitätsbezogenen Anwendungen Version 2.0 Rz 15 sowie Rz 53).

Dies entspricht auch der Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs im Fall *Fashion ID*. Dieser ging nämlich auch davon aus, dass als Folge der Implementierung eines Social Plugin auf einer Website (dies fällt in den Anwendungsbereich der e-Datenschutz-RL) die Weitergabe der Daten des Websitebesuchers an Facebook Ireland Limited sowie die darauffolgende Datenverarbeitung in den Anwendungsbereich der (damaligen) Richtlinie 95/46 DSGVO fällt (vgl. das Urteil des EuGH vom 29. Juli 2019, C-40/17 Rz 26 und insbesondere Rz 85).

In vergleichbaren Fällen ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls von einer Zuständigkeit der Datenschutzbehörde ausgegangen (vgl. anstelle vieler das Erkenntnis des BVwG vom 26. April 2024, GZ: W211 2281997-1/5E mwN).

Die Datenschutzbehörde ist für die gegenständliche Beschwerde daher zuständig, da als Folge des Setzens oder Auslesens von Cookies eine Datenverarbeitung (Browserdaten, IP-Adressen, Cookie-Werte) stattgefunden hat (siehe Sachverhaltsfeststellung C.4) und die Anwendung der DSGVO nicht *per se* ausgeschlossen ist.

D.2. Zur allfälligen Präklusion gemäß § 24 Abs. 4 DSG

Die BG bringt vor, dass der Anspruch auf Behandlung der Beschwerde der bP bereits gemäß § 24 Abs. 4 DSG präkludiert sei.

Auf das Wesentliche zusammengefasst führt die BG ins Treffen, dass aus ihrer Datenschutzerklärung ersichtlich sei, dass sie (also die Stiftung des öffentlichen Rechts, Österreichischer Rundfunk) der Verantwortliche für die Website www.orf.at sei. Die bP habe die Beschwerde ursprünglich aber gegen die ORF Online und Teletext GmbH & Co KG gerichtet und die BG erst in weiterer Folge „ausgetauscht“.

Dem Vorbringen der BG ist entgegenzuhalten, dass der Beschwerdegegner gemäß § 24 Abs. 2 Z 2 DSG (nur) soweit zumutbar zu bezeichnen ist.

Die Datenschutzbehörde schließt sich dem Vorbringen der bP dahingehend an, dass der datenschutzrechtlich Verantwortliche für die Website www.orf.at – auf Grundlage der damaligen Informationen – nicht eindeutig feststand. Auch zum aktuellen Zeitpunkt sind unter <https://orf.at/stories/datenschutz-verantwortliche/> (in der Fassung 28. Oktober 2024) zahlreiche juristische Personen des ORF angeführt, wobei nicht erklärt wird, für welche konkreten Verarbeitungsvorgänge die jeweiligen juristischen Personen verantwortlich sind.

Daran ändert auch nichts der Verweis der BG auf den Inhalt von Anhang 4, welcher seitens der bP vorgelegt wurde. Zwar ist richtig, dass in Anhang 4 der ORF als Verantwortlicher bezeichnet wird; unter „ORF“ können jedoch – wie schon ausgeführt – viele juristische Personen verstanden werden. Jedenfalls entsprechen die Informationen der BG nicht den Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 DSGVO an eine klare und präzise Sprache.

Daraus folgt, dass die Präklusionsfrist des § 24 Abs. 2 Z 2 DSG erst zu Laufen begonnen hat, nachdem die Verantwortlichkeit für die bP hinreichend geklärt war. Dies war der Fall, nachdem die bP die Stellungnahme der BG vom 10. Juli 2023 erhalten hat. In weiterer Folge hat die bP die BG bereits am 26. Juli 2023 präzisiert (vgl. zur Berichtigung des Beschwerdegegners im Falle der Unzumutbarkeit der Bezeichnung das Erkenntnis des VwGH vom 27. Juni 2023, Ro 2023/04/0013, Rz 34).

Damit ist die (absolute und subjektive) Präklusionsfrist gewahrt und ist die Datenschutzbehörde dafür zuständig, inhaltlich über die Beschwerde abzusprechen.

D.3. Verarbeitung personenbezogener Daten

Die Datenschutzbehörde hat im Fall Google Analytics – in Einklang mit der Judikatur des Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) – bereits ausgesprochen, dass Cookies, die einen einzigartigen, zufallsgenerierten Wert (Universally Unique Identifier, in Folge: UUID) beinhalten und die mit dem Zweck gesetzt werden, Personen zu individualisieren und auszusondern, die Definition des Art. 4 Z 1 DSGVO erfüllen. Insbesondere kann nie ausgeschlossen werden, dass die Cookie-Werte und die IP-Adresse des Endgeräts einer Person an irgendeiner Stelle der Verarbeitungskette mit Zusatzinformationen kombiniert werden, zB. wenn sich die betroffene Person auf einer Website mit ihrer Email-Adresse oder dem Klarnamen registriert (vgl. den Bescheid vom 22. April 2022, GZ: 2022-0.298.191, abrufbar auf der Website www.dsb.gv.at; diese Rechtsauffassung bestätigend u.a. die Erkenntnisse des BVwG vom 12. Mai 2023, GZ: W245 2252208-1 und vom 26. April 2024, GZ: W211 2281997-1; zum Personenbezug von „Google Analytics Cookies“ auch die Entscheidung des EDSB gegen das Europäische Parlament vom 5. Jänner 2022, GZ: 2020-1013, S. 13).

Diese Überlegungen können auf den gegenständlichen Fall übertragen werden, da als Folge des Besuchs der Website www.orf.at am 20. Jänner 2021 Cookies mit einzigartigen, zufallsgenerierten Werten im Endgerät der bP gesetzt und ausgelesen wurden (siehe Sachverhaltsfeststellung C.4). In weiterer Folge wurden die Cookie-Werte (in Kombination mit Browserdaten und der IP-Adresse des Endgeräts) an die Server der jeweiligen Anbieter (etwa an den Anbieter des Werbe Cookies „UserID1“ mit der Domain adfarm1.l***.com) übermittelt.

Der (sachliche) Anwendungsbereich der DSGVO ist daher erfüllt.

Zu Spruchpunkt 1

D.4. Zum Recht auf Löschung und zur Mitteilungspflicht (Beschwerdepunkt A)

Wie festgestellt, speichert die BG die Informationen, die als personenbezogene Daten der bP gewertet werden können – d.h. die IP-Adresse und die Cookie-Werte des Endgeräts der bP – aktuell nicht. Darüber hinaus wurden die Empfänger der Datenübermittlung gemäß Art. 19 DSGVO über die Löschung informiert (siehe Sachverhaltsfeststellung C.5).

Nach Judikatur des BVwG besteht zudem kein subjektives Recht auf Feststellung, dass den Betroffenenrechten – hier: dem Recht auf Löschung – allenfalls zu spät entsprochen wurde (vgl. das Erkenntnis des BVwG vom 31. Jänner 2020, GZ: W258 2226305-1 mwN).

Zumindest im Entscheidungszeitpunkt ist daher von keiner Verletzung von Art. 17 (iVm Art. 19) DSGVO auszugehen.

D.5. Zum Antrag auf Anordnung gegen die BG, die unrechtmäßigen Verarbeitungen zu beenden (Beschwerdepunkt B)

Darüber hinaus hat die bP den Antrag gestellt, der BG anzuordnen, die unrechtmäßigen Verarbeitungen zu beenden.

Nach Art. 77 Abs. 1 DSGVO hat jede betroffene Person „[...] *unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelfs das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, insbesondere in dem Mitgliedstaat ihres gewöhnlichen Aufenthaltsorts, ihres Arbeitsplatzes oder des Orts des mutmaßlichen Verstoßes, wenn die betroffene Person der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen diese Verordnung verstößt.*“

Aus dem Wortlaut von Art. 77 Abs. 1 DSGVO ist erkennbar, dass sich allfällige Anträge, die im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens geltend gemacht werden, auf die Person der beschwerdeführenden Partei („sie betreffenden personenbezogenen Daten“) beziehen müssen.

Wie bereits ausgeführt, speichert die BG die beschwerdegegenständlichen Daten der bP aktuell jedoch nicht, sodass auch von keiner Abhilfebefugnis Gebrauch gemacht werden kann, die sich auf die personenbezogenen Daten der bP bezieht.

In Anbetracht des abschließenden Charakters der Abhilfebefugnisse von Art. 58 Abs. 2 DSGVO (vgl. erneut das Erkenntnis des VwGH vom 1. September 2022, Ra 2022/04/0066) und des Wortlauts von Art. 77 Abs. 1 DSGVO und § 24 Abs. 1 DSG (verstößt und nicht: „verstoßen hat“ oder „verstoßen wird“; englische Sprachfassung der DSGVO: „infringes“, französische Sprachfassung der DSGVO: „constitue“), kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens auch keine Anordnung ergehen, die sich auf eine Datenverarbeitung *pro futuro* (also für den Fall, dass die bP die Website zukünftig wieder aufruft) bezieht.

Somit ist auch nicht mehr auf die abstrakt formulierten Verstöße der bP im Zusammenhang mit dem Cookie Banner einzugehen.

Die Beschwerde war daher spruchgemäß abzuweisen.

Allgemeines zu Spruchpunkt 2

D.6. Zu den Abhilfebefugnissen

Die Datenschutzbehörde verfügt gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO über Abhilfebefugnisse, die es ihr gestatten, u.a. einen Verantwortlichen anzuweisen, Verarbeitungsvorgänge auf eine bestimmte Weise und innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zu ändern bzw. durchzuführen.

Weder die DSGVO, noch das DSG oder das AVG schreiben vor, dass amtswegige Befugnisse nur im Rahmen einer Datenschutzüberprüfung gemäß Art. 58 Abs. 1 lit. b DSGVO ausgeübt werden dürfen.

Deshalb hat das Bundesverwaltungsgericht bereits ausgesprochen, dass die Datenschutzbehörde auch in Beschwerdeverfahren von ihren in Art. 58 Abs. 2 DSGVO normierten Befugnissen amtswegig Gebrauch machen kann (vgl. das dg. Erkenntnis vom 16. November 2022, Zl. W274 2237056-1/8E; zuletzt bestätigt durch das Erkenntnis vom 31. Juli 2024, GZ: W108 2284491-1/15E).

Die Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts stehen auch in Einklang mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs, wonach eine Aufsichtsbehörde verpflichtet ist, im Falle von festgestellten Unzulänglichkeiten von ihren Abhilfebefugnissen Gebrauch zu machen (vgl. das Urteil des EuGH vom 16. Juli 2020 C-311/18, Rz 111).

Zwar wurde die gegenständliche Beschwerde im Ergebnis abgewiesen; da das Ersuchen um Einwilligung (der Cookie Banner) und der Einsatz von Cookies – aus den nachstehenden Gründen – jedoch nicht in Einklang mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben ist, war ein amtswegiger Leistungsauftrag erforderlich.

Mit Erledigung vom 2. August 2024 räumte die Datenschutzbehörde der BG Gelegenheit ein, zur Website www.orf.at und zum Cookie Banner Stellung zu nehmen. Mit Stellungnahme vom 16. August 2024 hat die BG ihre Ansicht dargelegt.

D.7. Zuständigkeit für den Leistungsauftrag und Anwendung der DSGVO

Zur Zuständigkeit der Datenschutzbehörde und zur Frage des (sachlichen) Anwendungsbereichs der DSGVO wird auf die Überlegungen unter D.1. (Verhältnis e-Datenschutz-RL und DSGVO) und D.3. (Verarbeitung personenbezogener Daten) verwiesen.

Die Überlegungen sind auch für den Leistungsauftrag gemäß Spruchpunkt 2 relevant, da auch zum aktuellen Zeitpunkt Cookies eingesetzt werden, die eine UUID beinhalten und die (samt weiteren Browserdaten und der IP-Adresse) an Server von Drittanbietern übermittelt werden (vgl. Sachverhaltsfeststellung C.7.).

Es liegt auch kein Nachweis vor, dass technische Schutzmaßnahmen implementiert wurden, um eine Verknüpfung dieser Daten mit weiteren Zusatzinformationen im Rahmen der Verarbeitungskette zu verhindern (vgl. zu den Rechenschafts- und Compliancepflichten eines Verantwortlichen das Urteil des EuGH vom 27. Oktober 2022, C-129/21 Rz 81).

Nicht erforderlich ist es, dass die BG selbst einen Personenbezug herstellen können muss (vgl. das Urteil des EuGH vom 29. Juli 2019, C-40/17 Rz 66 ff mwN).

Schließlich spricht für eine weite Auslegung von Art. 4 Z 1 DSGVO auch der Schutzzweck der Verordnung. Dieser liegt darin, ein hohes Niveau des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten (vgl. das Urteil

des EuGH vom 1. August 2022, C-184/20 Rz 61). Dieser Schutzzweck würde konterkariert werden, wenn der Maßstab an die „Identifizierbarkeit“ zu eng angelegt wird.

In einem vergleichbaren Fall – zumindest hinsichtlich der Cookies j***cak2019 und k*9 – ist das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgegangen (vgl. erneut das Erkenntnis des BVwG vom 26. April 2024, GZ: W211 2281997-1/5E, Pkt. 3.2.1.).

Zu Spruchpunkt 2 a)

D.8. Gestaltung des Ersuchens um Einwilligung (Cookie Banner)

Vorauszuschicken ist, dass Anweisungen gemäß Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO auch Anpassungen bezüglich Einwilligungsersuchen umfassen können (vgl. *Zavadil in Knyrim*, DatKomm Art. 58 DSGVO [Stand 1.7.2024, rdb.at] Art. 58 Rz 34/1 mwN).

Für die Beurteilung, wie der Cookie Banner und die Interaktionsmöglichkeiten zu verstehen sind, ist die Figur eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers heranzuziehen (vgl. das Urteil des EuGH vom 16. Juli 1998, C-210/96 [Gut Springenheide GmbH] Rn 37; das Erkenntnis des BVwG vom 13. Dezember 2022, GZ: W214 2234934-1; Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/67, WP259 rev.01, 17/DE, S. 16; *Greve in Sydow*, Kommentar Art. 12 Rz 11; *Illibauer in Knyrim*, DatKomm Art. 12 Rz 39; in Bezug auf das DSG 2000 auch *Jahnel*, Handbuch Rz 7/22 mwN).

Der Maßstab für eine gültige Einwilligung setzt darüber hinaus voraus, dass keine unfairen Praktiken verwendet werden. Die betroffene Person darf daher weder unmittelbar noch subtil zur Abgabe einer Einwilligung gedrängt werden. Es ist somit unzulässig, die „Ablehnen“ - Option derart zu gestalten (zB. farbliche Unterschiede, unterschiedliche Kontrastverhältnisse bzw. Positionierung), dass diese im Vergleich zur „Akzeptieren“ – Option weniger prominent ist (vgl. die „FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz“, abrufbar unter www.dsb.gv.at, insbesondere Frage 7 und Frage 8; vgl. grundlegend auch den EDPB Report of the work undertaken by the Cookie Banner Taskforce, S. 6, abrufbar unter https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/report/report-work-undertaken-cookie-banner-taskforce_en).

Hinzuweisen ist auch auf ErwGr 75 der Verordnung (EU) 2024/900, wonach – auf das Wesentliche zusammengefasst – die Entscheidung von Einzelpersonen bei der Abgabe einer Einwilligung nicht derart beeinflusst werden soll, dass ihre Entscheidungsfindung verzerrt oder beeinträchtigt wird; zwar bezieht sich diese Verordnung auf politisches Targeting, die Überlegungen können jedoch allgemein auf datenschutzrechtliche Einwilligungen übertragen werden, zumal im genannten ErwGr ausdrücklich auf die DSGVO verwiesen wird.

Ausgehend von diesem Maßstab ist für die Website www.orf.at Folgendes festzuhalten:

Im gegenständlichen Fall wird für den Einsatz von Cookies (und der damit verbundenen Verarbeitung personenbezogener Daten) ein Cookie Banner als Ersuchen um Einwilligung verwendet. Konkret werden als Auswahlmöglichkeit eine dunkelblaue Schaltfläche (hexadezimaler Farbcode #466199) mit „Alle Cookies akzeptieren“ und zwei weiße Schaltflächen (hexadezimaler Farbcode #FFFFFF) mit „Nur notwendige Cookies“ und „Cookie-Präferenzen“ angeboten. Der Hintergrund des Cookie Banners ist ein sehr heller Farbton von Blau (hexadezimaler Farbcode #f0f1f4; vgl. zu alldem Sachverhaltsfeststellung C.6.).

Aus Sicht der Datenschutzbehörde ist die Schaltfläche „Alle Cookies akzeptieren“ jedoch prominenter, da sie sich aufgrund der dunkelblauen Farbe viel deutlicher vom hellblauen Hintergrund des Cookie Banners abhebt als die anderen Schaltflächen mit weißem Hintergrund. Die Aufmerksamkeit von betroffenen Personen wird beim Ersuchen um Einwilligung daher aufgrund der Farbwahl bzw. des Kontrasts vordergründig auf „Alle Cookies akzeptieren“ gelenkt.

Für diese Schlussfolgerung spricht auch Sachverhaltsfeststellung C.6. Demzufolge handelt es sich beim Kontrast der Schaltfläche „Alle Cookies akzeptieren“ zum Hintergrund des Cookie Banners um 5.42:1, beim Kontrast der Schaltflächen „Nur notwendige Cookies“ und „Cookie-Präferenzen“ zum Hintergrund des Cookie Banners um 1.13:1. Wie festgestellt werden gemäß ISO-9241–3 als minimaler Kontrast jedoch 3:1 empfohlen.

Unter https://biti-wiki.de/index.php?title=1.01.0_-_Ausreichender_Kontrast (zuletzt abgefragt am 28. Oktober 2024) heißt es hierzu wie folgt:

„Ein Helligkeitskontrast von 3:1 ist das von ISO-9241-303 empfohlene Minimum für gut lesbare Schrift bei normaler Sehfähigkeit. Ein Kontrast von 4,5:1 wird angesetzt, um dem Verlust an Kontrastempfinden Rechnung zu tragen, der aus mäßig verminderter Sehschärfe, aus Farbfehlsichtigkeit oder aus normaler Alterung resultiert. Die Möglichkeit einer personalisierten Farbeinstellung darf nicht dazu führen, dass die Anwendung in der Normalansicht nicht mehr gut lesbar ist. Denn Benutzer mit geringen Einschränkungen wollen in der Regel die Normalansicht verwenden, um sich leichter mit anderen Benutzern austauschen zu können. Von diesem Erfolgskriterium profitieren auch Benutzer von Schwarzweiß-Monitoren und in Umgebungen mit starkem Lichteinfall.“

Unter Berücksichtigung all dieser Überlegungen ist daher festzuhalten, dass beim gegenständlichen Cookie Banner von www.orf.at (das Ersuchen um Einwilligung) von keiner unmissverständlichen Willensbekundung iSd Art. 4 Z 11 DSGVO ausgegangen werden kann. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass betroffene Personen die Option „Alle Cookies akzeptieren“ bloß deshalb ausgewählt haben, weil sie aufgrund der Gestaltung gar nicht erkannt haben, dass anderweitige Optionen verfügbar waren.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, dass die BG als Verantwortliche für die Gültigkeit jeder Einwilligung die Beweislast trägt (vgl. das Urteil des EuGH vom 4. Juli 2023, C-252/21 Rz 95). Diese Beweislast kann aber bei einer derartigen Gestaltung eines Ersuchens um Einwilligung bzw. bei einer solchen Farbauswahl nicht erfüllt werden.

Zudem entspricht eine derart irreführende Gestaltung weder dem Grundsatz der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben („fairly processed“) gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO noch dem Grundsatz Datenschutz durch Technikgestaltung („privacy by design“) gemäß Art. 25 Abs. 1 leg. cit. Auch dieser Umstand spricht für die von der Datenschutzbehörde vertretenen Auslegung von Art. 4 Z 11 iVm Art. 7 DSGVO.

Die BG wird das Ersuchen um Einwilligung daher umgestalten müssen. Entweder verwendet die BG für sämtliche Schaltflächen dieselbe Farbe oder sie verwendet Farben, sodass den oben angeführten Empfehlungen der ISO-9241-303 hinsichtlich des Kontrasts entsprochen wird.

Zu Spruchpunkt 2 b)

D.9. Zum Einsatz von Cookies vor einer Interaktion mit dem Cookie Banner

a) Zum Einsatz von technisch nicht notwendigen Cookies auf Grundlage des ORF-G

Der Einsatz von Cookies (und die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten), welche technisch für die Verwendung einer Website nicht unbedingt erforderlich sind, bedarf der vorherigen Einwilligung (vgl. den Beschluss des VwGH vom 31. Oktober 2023, Ro 2020/04/0024; vgl. auch Art. 29-WP Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption, WP 194, 00879/12/EN S. 9 ff).

Nach Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG idgF. (iVm § 165 Abs. 3 TKG 2021) auch nicht im Sinne einer „wirtschaftlichen Notwendigkeit“ zu interpretieren“. Dies bedeutet, dass etwa Werbe-Cookies zum Auspielen von personalisierter Werbung nicht „technisch notwendig“ werden, weil das Auspielen von personalisierter Werbung zur Finanzierung des Betriebs der Website notwendig ist (vgl. das Erkenntnis des BVwG vom 12. März 2019, GZ: W214 2223400-1).

Soweit die BG hinsichtlich der Datenverarbeitung auf die §§ 4e, 7 ORF-G verweist, ist ihr entgegenzuhalten, dass der klare Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG idgF. (e-Datenschutz-RL) für technisch nicht notwendige Cookies eine Einwilligung voraussetzt, die (nunmehr) den Anforderungen der DSGVO zu entsprechen hat (vgl. Art. 94 Abs. 2 DSGVO).

Mit anderen Worten: Der Einsatz von technisch nicht notwendigen Cookies kann nicht auf eine gesetzliche Grundlage gestützt werden. Daraus folgt, dass die nationale Umsetzung in § 165 Abs. 3 TKG 2021 – gemäß einer richtlinienkonformen Interpretation – auch nicht anders verstanden werden kann.

Nicht übersehen wird, dass die Kompetenz der Datenschutzbehörde an die Datenverarbeitung anknüpft, die nach dem Setzen oder Auslesen von Cookies durchgeführt wird (vgl. Punkt D.7.).

Der EuGH hat jedoch bereits festgehalten, dass im Zusammenspiel zwischen der Richtlinie 2002/58/EG idgF. und der DSGVO nur dann von einer rechtmäßigen Datenverarbeitung iSd

DSGVO ausgegangen werden kann, wenn auch die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Verarbeitung nach der Richtlinie 2002/58/EG idgF. vorliegen (vgl. das Urteil des EuGH vom 17. Juni 2021, C-597/19, Rz 97 ff und insbesondere Rz 118 mwN).

Als Vorfrage für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist daher zu überprüfen, ob eine gültige Einwilligung iSd Richtlinie 2002/58/EG idgF. vorliegt. Wird dies verneint, führt dies im Ergebnis auch zu einer unrechtmäßigen Datenverarbeitung nach der DSGVO.

b) Zu den Cookies, die auf www.orf.at vor einer Interaktion mit dem Cookie Banner gesetzt werden

Wie festgestellt, dient das Cookie „j***cak2019“ zur Ermittlung statistischer Werte, wobei hier das Nutzerverhalten von Personen auf www.orf.at ermittelt wird.

Das Cookie „k*9“ dient der Wiedererkennung der Endgeräte von Nutzern. Wird das Cookie „k*9“ unterdrückt, versucht die Ö***RC das Gerät durch Kombination von IP-Adresse und Browser-Bezeichnung zu erkennen.

Das Cookie „UserID1“ dient dazu, den Nutzer anhand seines auf der Website gezeigten Interesses mit Onlinewerbung erneut anzusprechen. Die dazugehörige Domain lautet adfarm1.l***.com. Beim Cookie „_autouserid2“ handelt es sich um das First-Party-Cookie Äquivalent zu „UserID1“, sofern Third-Party-Cookies blockiert werden.

Unter Berücksichtigung der Überlegungen von Punkt D.9.a) ist festzuhalten, dass diese Cookies aus technischer Sicht nicht unbedingt erforderlich sind, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen. So liegt der Zweck der Cookies darin, entweder das Nutzerverhalten zu ermitteln, Nutzer bzw. deren Endgeräte wiederzuerkennen oder um Werbung auszuspielen.

Diese Schlussfolgerung der Datenschutzbehörde entspricht auch der in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach die in (nunmehr) § 165 Abs. 3 TKG 2021 enthaltene Ausnahme „Erbringung eines ausdrücklich gewünschten Dienstes der Informationsgesellschaft“ (sowie die damit verbundene Formulierung „unbedingt erforderlich“) restriktiv zu interpretieren ist. (vgl. *Riesz in Riesz/Schilchegger* [Hrsg], TKG (2016) § 96 Rn 48).

Daraus folgt, dass diese Cookies vor Abgabe einer (gültigen) Einwilligung nicht zum Einsatz kommen dürfen.

Adressatin des Leistungsauftrags und Frist

D.10. Ergebnis

Wie festgestellt, ist die BG die Betreiberin der gegenständlichen Website www.orf.at und entscheidet darüber, welche Cookies auf ihrer Website gesetzt werden (und damit verbunden, welche Datenverarbeitung durchgeführt wird; siehe Sachverhaltsfeststellung C.2.).

Daraus folgt, dass die BG als datenschutzrechtliche Verantwortliche gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO für die gegenständliche Datenverarbeitung zu qualifizieren ist, da sie über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet. Der Leistungsauftrag war daher auch der BG zu erteilen.

Eine Frist von sechs Wochen ist aus Sicht der Datenschutzbehörde angemessen, um die gegenständliche Website (samt Cookie Banner) entsprechend anzupassen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.