



## Prüfung Apps

Stand: 22.12.2023

### Rechtliche Grundlage zur fokussierten Prüfung

Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) überwacht als Datenschutzaufsichtsbehörde nach Art. 57 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) die Einhaltung des Datenschutzrechts im nicht-öffentlichen Bereich im Bundesland Bayern, d. h. in privaten Wirtschaftsunternehmen, bei freiberuflich Tätigen, in Vereinen und Verbänden. Im Hinblick auf die datenschutzrechtlichen Regelungen des TTDSG ergibt sich die Zuständigkeit aus § 1 Abs. 1 Nr. 8 i.V.m. § 40 BDSG i.V.m. § 96 ZustV.

Um dieser Aufgabe nachkommen zu können, stehen dem BayLDA gem. Art. 58 DS-GVO verschiedene Befugnisse zur Verfügung, insbesondere können gem. Art. 58 Abs. 1 a) DS-GVO die Bereitstellung aller Informationen verlangt, die hierfür erforderlich sind und gem. Art. 58 Abs.1 b) DS-GVO Untersuchungen in Form von Datenschutzüberprüfungen durchgeführt werden. Die Anwendung dieser Befugnisse zur Überwachung der datenschutzrechtlichen Vorschriften ergibt sich aus § 29 Abs. 3 TTDSG analog.

### Einsatz von Drittdiensten bei Apps

Seit 01.12.2021 richtet sich die Rechtmäßigkeit der Schutz der Privatsphäre bei Endeinrichtungen nach § 25 Telekommunikations- Telemedien- Datenschutzgesetz (TTDSG). Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes wurden die Datenschutzvorschriften des Telemediengesetzes (§§ 11 ff. TMG) aufgehoben. Mit § 25 TTDSG wird Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-Richtlinie in Deutschland europarechtskonform umgesetzt. Demnach ist die Speicherung von Informationen in der Endeinrichtung des Endnutzers oder der Zugang zu Informationen, die bereits in der Endeinrichtung gespeichert sind, nur zulässig, wenn der Endnutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat. Die Einwilligung hat gemäß den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO zu erfolgen. Zum Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy- Richtlinie und damit zum Anwendungsbereich des § 25 TTDSG: Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive, abrufbar unter: [https://edpb.europa.eu/system/files/2023-11/edpb\\_guidelines\\_202302\\_technical\\_scope\\_art\\_53\\_eprivacydirective\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-11/edpb_guidelines_202302_technical_scope_art_53_eprivacydirective_en.pdf)

§ 25 Abs. 2 TTDSG sieht nur unter sehr engen Voraussetzungen Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis vor.

Wie von der ePrivacy- Richtlinie 2002/58/ EG in Form der sog. Cookie-Richtlinie 2009/136/EG vorgesehen, ist der Schutzzweck die Privatsphäre bei Endeinrichtungen und die Geräteidentität, sodass es auf einen Personenbezug im Hinblick auf den Zugriff bzw. das Auslesen nicht ankommt.

Demzufolge benötigen auch Zugriffe auf Endeinrichtungen, wie vorliegend das Auslesen von Gerätekennungen oder anderen Informationen, die entsprechend der Orientierungshilfe für Anbieter von Telemedien 2019 auf die Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO gestützt werden konnten nun eine rechtswirksame Einwilligung nach § 25 TTDSG, sofern nicht ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist.

Im Hinblick auf die nachfolgende Verarbeitung, sowie den Einsatz von Diensten ohne Zugriff auf die Endeinrichtungen des Endnutzers verbleibt es bei der Anwendbarkeit der DS-GVO, sodass hier die Rechtsgrundlagen des Art. 6 DS-GVO weiterhin einschlägig sind.

Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) bestimmt, dass personenbezogene Daten nur auf rechtmäßige Weise, nach Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden dürfen, Art. 5 Abs. 1 lit. a) DS-GVO.

Personenbezogene Daten werden dann rechtmäßig verarbeitet, wenn mindestens eine der Bedingungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a) bis f) DS-GVO erfüllt ist. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Verantwortliche kommen insbesondere folgende Erlaubnistatbestände in Betracht:

- die betroffene Person hat ihre Einwilligung gegeben (Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO)
- die Verarbeitung ist zur Erfüllung eines Vertrages (Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO) oder
- zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten (Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO)

erforderlich.

Die Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien 2021 Version 1.1., Stand Dezember 2022 enthält eine ausführliche Darstellung, unter welchen Voraussetzungen Tracking-Tools, im Hinblick auf das TTDSG und die DS-GVO rechtmäßig eingesetzt werden können. In der Orientierungshilfe haben sich die Aufsichtsbehörden umfassend mit den in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen auseinandergesetzt und geben anhand von Beispielen Hinweise zur praktischen Umsetzung. In der Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien 2021 wird grundsätzlich am Beispiel von Webseiten ausgeführt, allerdings wird in Rn. 1 klargestellt, dass die Ausführungen insgesamt auch auf Apps anzuwenden sind.

Demnach bedürfen Apps, ebenso wie Webseiten, im Regelfall einer Einwilligung, wenn Zugriffe auf die Endeinrichtung, beispielsweise das Auslesen von Gerätekennungen und auch die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zur Nutzernachverfolgung.

Die Orientierungshilfe ist auf der offiziellen Webseite der Datenschutzkonferenz abrufbar unter:

[https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221205\\_oh\\_Telemedien\\_2021\\_Version\\_1\\_1\\_Vorlage\\_104\\_DSK\\_final.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221205_oh_Telemedien_2021_Version_1_1_Vorlage_104_DSK_final.pdf)

Die Einwilligung in das Speichern und Auslesen von Informationen, die nach § 25 Abs. 1 TTDSG erforderlich ist, und die Einwilligung, die als Rechtsgrundlage für eine geplante weitere Verarbeitung der ausgelesenen Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO erforderlich sein kann, können grundsätzlich gleichzeitig eingeholt werden. Dies setzt allerdings voraus, dass der Verantwortliche die Nutzer bereits an dieser Stelle über alle Zwecke einer Datenverarbeitung informiert, die im Anschluss an den Zugriff auf die Endeinrichtung erfolgen sollen.

Hierbei ist darauf zu achten, dass bei der Abfrage eindeutig erkennbar sein muss, dass mit einer einzelnen Handlung, bspw. dem Betätigen einer Schaltfläche, mehrere Einwilligungen erteilt werden. Werden Nutzer beispielsweise mittels eines Banners, in einer App darum gebeten, eine Einwilligung in den Einsatz von Cookies zu erteilen, ohne dass im Wortlaut der Einwilligung auch die Folgeverarbeitungen angesprochen werden, so handelt es sich nicht um eine gebündelte Einwilligung nach TTDSG und DS-GVO, sondern lediglich um eine Einwilligung nach dem TTDSG.

Die Voraussetzungen an eine rechtswirksame Einwilligung, sowohl nach § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG wie auch Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO, ergeben sich insbesondere aus Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO.

Eine Einwilligung ist entsprechend Art. 4 Nr. 11 DS-GVO jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Art. 7 und 8 DS-GVO stellen zudem weitere Bedingungen u. a. für den Widerruf und Einwilligungen von Kindern auf.

Aus diesen rechtlichen Vorgaben ergeben sich im Wesentlichen die folgenden Prüfungspunkte für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Einwilligung im Kontext von Webseiten und Apps:

- Zeitpunkt der Einwilligung,
- Informiertheit der Einwilligung,
- unmissverständliche und eindeutig bestätigende Handlung,
- bezogen auf den bestimmten Fall,
- Freiwilligkeit der Willensbekundung,
- ebenso einfache Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung

### **Ablehnen- Option auf erster Ebene**

Wie wir auch schon in unserem 11. Tätigkeitsbericht für 2021 (siehe hierzu 5.3) berichtet haben, stellen sich immer wieder Fragen zur Gestaltung von Consent- Bannern und insbesondere dazu ob die Möglichkeit keine Einwilligung zu erteilen bereits auf erste Ebene eines solchen Banners vorgehalten werden muss. Die deutschen Aufsichtsbehörden haben sich in der Orientierungshilfe für Anbieter\*innen von Telemedien 2021 hierzu klar positioniert ([https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221205\\_oh\\_Telemedien\\_2021\\_Version\\_1\\_1\\_Vorlage\\_104\\_DSK\\_final.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221205_oh_Telemedien_2021_Version_1_1_Vorlage_104_DSK_final.pdf)).

Demnach ist es bei den derzeit gängigen Banner- Modellen zwingend erforderlich bereits auf der Ebene, auf der die Einwilligung erteilt werden kann auch eine Alternative anzubieten, mit der das Banner geschlossen werden kann. Sofern auf erster Ebene nur die Möglichkeiten „Akzeptieren“ und „Einstellungen“ angeboten werden führt dies dazu, dass über die Schaltfläche „Akzeptieren“ keine rechtswirksame Einwilligung eingeholt wird. Die Voraussetzungen an eine rechtswirksame Einwilligung, sowohl nach § 25 Abs. 1 S. 2 TTDSG wie auch Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO, ergeben sich insbesondere aus Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO.

### Weiterführende Informationen zum Thema:

- ✓ „Orientierungshilfe für Anbieter:innen von Telemedien 2021 der Datenschutzkonferenz, abrufbar unter [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221205\\_oh\\_Telemedien\\_2021\\_Version\\_1\\_1\\_Vorlage\\_104\\_DSK\\_final.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20221205_oh_Telemedien_2021_Version_1_1_Vorlage_104_DSK_final.pdf)
- ✓ Allgemeine Informationen zum Thema Internet auf der Homepage des BayLDA, abrufbar unter <https://www.lida.bayern.de/de/faq.html>, Stichwort „Internet“)
- ✓ Tätigkeitsbericht 2022, abrufbar unter [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_report\\_12.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_report_12.pdf) , dort Ziffer 5.1
- ✓ Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive abrufbar unter: [https://edpb.europa.eu/system/files/2023-11/edpb\\_guidelines\\_202302\\_technical\\_scope\\_art\\_53\\_eprivacydirective\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-11/edpb_guidelines_202302_technical_scope_art_53_eprivacydirective_en.pdf)