Data Protection Memorandum

JENTIS GmbH

SPIRIT LEGAL®

Verfasser/in

RA Peter Hense & RA Tilman Herbrich (CIPP/E)

Datum des Dokuments

17. Oktober 2021 V1.1

Projekt

Datenschutzrechtliche Bewertung der JENTIS Saas-Lösung

Executive Summary

Bisherige Industrielösungen wie Server-Side-Tracking zur Ermöglichung eines qualitativen Website-Tracking trotz zunehmender Verbreitung von AdBlockern und Tracking Prevention Systemen ändern nichts an der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen **(I.1.)**.

Der BGH-Entscheidung „Cookie-Einwilligung II" folgend erachten erste Instanzgerichte und die Datenschutzkonferenz (DSK) den uneingeschränkten Einsatz von Tracking-Diensten wie Google Analytics nur bei Vorliegen einer Einwilligung für zulässig **(I.2.a-b.).** Das ab 1.12.2021 in Kraft tretende TTDSG bewirkt keine Änderung der aktuellen Rechtslage **(I.2.d.).**

Mit dem Einsatz von Third-Party-Tracking-Diensten ohne weitere Modifikation gehen aufgrund umfassender Untersuchungen des Website-Trackings durch Aufsichtsbehörden und NGOs **(I.2.c.)** zwei wesentliche Rechtsunsicherheiten einher: zum einen die Abfrage einer wirksamen Einwilligung **(II.1.)** und zum anderen die Rechtfertigung des Drittlandtransfers in die USA aufgrund der Übermittlung personenbezogener Daten in Serveranfragen des Browsers von Nutzern an Drittanbieter wie Google **(II.2.)**.

Ausnahmen vom strikten Einwilligungserfordernis – „unbedingte Erforderlichkeit" nach Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL **(II.1.a.)** oder die Berufung auf nachgelagerte Verarbeitungen beim Server-Side-Tracking – sind selbst bei Ausreizung anerkannter Auslegungsmethoden unter Berücksichtigung der Rechtsprechung nicht auf Third-Party-Dienste anwendbar **(II.1.b.)**.

Auf Grundlage des von JENTIS zur Verfügung gestellten technischen Funktionsprinzips **(III.1.)** wird bei entsprechender Konfiguration der JENTIS Systeme die Anwendung von Ausnahmen für das Einwilligungserfordernis (Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL) für den Endgerätezugriff ermöglicht **(III.2.)**. Die serverseitigen Übermittlungen der von JENTIS synthetisch erzeugten Client ID (ohne IP-Adresse) an Drittanbieter können als einwilligungsfreie nachgelagerte Verarbeitungsphase bei Vorliegen der Voraussetzungen im konkreten Einzelfall auf überwiegende berechtigte Interessen gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO gestützt werden **(III.3.)**.

Zudem bietet die JENTIS-Lösung Möglichkeiten, hinreichende Sicherungsmaßnahmen umzusetzen, die derzeit mit vertretbaren Argumenten als „Supplementary Measures" im Sinne des Urteils des EuGH vom 16.07.2020 in der Rechtssache „Schrems II" gewertet werden können **(III.4.)**. Die Ermöglichung einer validen Pseudonymisierung der Nutzerdaten bei entsprechender Konfiguration der JENTIS Systeme kann vorbehaltlich einer künftig anderslautenden Rechtsprechung als technische Mitigation der Risiken eines Zugriffs von Sicherheitsbehörden im Rahmen der Durchführung und Dokumentation eines „Transfer Impact Assessments" nach Ziff. 14 der Standardvertragsklauseln der EU-Kommission qualifiziert werden.

Data Protection Memorandum

JENTIS GmbH

SPIRIT LEGAL®

Author

RA Peter Hense & RA Tilman Herbrich (CIPP/E)

Date of the document

17 October 2021 V1.1

Project

Data Protection Assessment of JENTIS SaaS Solution -- Translation from GERMAN

Executive Summary

Prior existing industry solutions such as server-side tracking to enable qualitative website tracking despite the increasing prevalence of ad-blockers and tracking prevention systems do not change anything in terms of compliance with the data protection legal requirements **(I.1.)**.

Following the "Cookie consent II" decision by the German Federal Court of Justice, German courts of first instance and the Data Protection Conference (DSK) consider the unrestricted use of tracking services such as Google Analytics to be permissible only if consent is given **(I.2.a-b.)**. The TTDSG that will come into force on December 1, 2021, will not result in any changes of the existing legal situation **(I.2.d.)**.

The use of third-party tracking services without further modification is accompanied by two major legal uncertainties due to comprehensive investigations of website tracking by supervisory authorities and NGOs **(I.2.c.)**: on the one hand, the request for valid consent **(II.1.)** and, on the other hand, the justification of the third-country transfers to the USA due to the transmission of personal data in server requests of the user's browser to third-party providers such as Google **(II.2.)**.

Exceptions to the strict consent requirement - "strict necessity" pursuant to the Article 5(3)(2)(e) of the Privacy Directive **(II.1.a.)** or the reliance on downstream processing in server-side tracking - are not applicable to third-party services, even when recognized methods of interpretation, taking into account case law, are fully exhausted **(II.1.b.)**.

Based on the description of the technical functionality provided by JENTIS **(III.1.)**, if the JENTIS system is configured accordingly, it is possible to apply the exceptions to the consent requirement (under the Privacy Directive Article 5(3)(2)) for access to information stored in the terminal equipment **(III.2.)**. The client ID (without IP address) synthetically generated by JENTIS, given that requirements are met in the specific individual case, can be transferred server-side to third-party providers without consent at the downstream processing phase and be based on legitimate interests pursuant to the GDPR Article 6 (1) (1)(f) **(III.3.)**.

In addition, the JENTIS solution offers the possibility of implementing sufficient security measures, which can be considered as "supplementary measures" within the meaning of the judgment of the ECJ of July 16, 2020 in the "Schrems II" case **(III.4.)**. Subject to any future case law to the contrary, configuration of the JENTIS systems enabling valid pseudonymization of user data can be qualified as technical mitigation of the risks of access by security authorities as part of the performance and documentation of a "Transfer Impact Assessment" under the Section 14 of the EU Commission's Standard Contractual Clauses.