

Formblatt für Stellungnahmen
zu den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur zu § 7a UWG
betreffend die Dokumentation und Vorlage von Einwilligungen in die Durchführung von Werbeanrufen
(Az. 513-EW Dok 21-Kon)

Ich bin damit einverstanden, dass meine Stellungnahme auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht wird.

Eine geschwärzte Fassung der Stellungnahme lege ich bei / ~~ist nicht erforderlich~~ **[Unzutreffendes bitte streichen]**.

DATATRUSTEE GmbH, Josef-Haumann-Str. 7a, 44866 Bochum

Martin Glück, Geschäftsführer

26. November 2021

Bitte nutzen Sie für Ihre Stellungnahme die nachfolgende Tabelle. Verwenden Sie dabei für die Kommentierung jeder Randnummer der Auslegungshinweise eine separate Tabellenzeile. Neue Tabellenzeilen können Sie in beliebiger Anzahl einfügen.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	6	Die nachfolgenden Ausführungen basieren auf der technischen Lösung „DATATRUSTEE“, die von der Stellungnehmenden entwickelt wurde. Eine umfassende Erläuterung der vorgesehenen technischen Maßnahmen finden Sie auch in der als Anlage beige gefügt Broschüre.
	11	<p>In der Randnummer heißt es, dass die Verantwortlichkeit unabhängig vom zivilrechtlichen Verhältnis der Werbepartner sei. Dazu werden in einer eingeklammerten Erläuterung als Beispiele Auftrag, Vermittlungsverhältnis, Provisionsverhältnis genannt.</p> <p>Diese Randnummer ist insoweit nicht eindeutig, denn es bleibt unklar, ob die Parteien nur für die Pflichten in ihrer eigenen Sphäre verantwortlich sind oder auch für die Einhaltung durch den Vertragspartner. Insbesondere ist denkbar, dass die Vertragsparteien die Zuständigkeit für Dokumentation und Aufbewahrung vertraglich regeln. Die Klammererläuterung ist</p>

Zur Veröffentlichung bestimmte Version

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>insoweit nicht hilfreich, denn sie stellt nur auf den Vertragstyp, aber nicht auf individuelle und vom Vertragstypen unabhängige Vereinbarungen ab. Die derzeitige Formulierung lässt sowohl die Interpretation zu, dass eine Aufgabenverteilung die Verantwortlichkeit unberührt lässt als auch (weil eben nur Vertragstypen genannt sind), dass eine entsprechende Exkulpation möglich ist.</p> <p>Daher ist eine Klarstellung darüber geboten. Sollte eine vertragliche Aufgabenverteilung möglich sein, wären zudem Hinweise an die Anforderung der BNetzA an die erforderliche vertragliche Gestaltung hilfreich. Bspw. eine Aufgabenübertragung auf den einen Partner verbunden mit einem Prüfrecht oder auch einer Prüfpflicht des anderen Partners denkbar.</p>
	14 /72	<p>Mittelbar sind nicht nur Unternehmen betroffen, die Werbeeinwilligungen erzeugen oder zur Verfügung stellen, sondern auch andere Dritte, die den Einwilligungsprozess begleiten und in die Dokumentationsinfrastruktur eingebunden sind. Bedient sich ein werbendes Unternehmen eines solchen Infrastruktur, bspw. der technischen Lösung der DATATRUSTEE GmbH, dokumentiert eine Art neutraler Dritter den gesamten Prozess und ist somit verantwortlich, eine den Anforderungen des § 7a UWG entsprechende Dokumentation zu erzeugen.</p> <p>In diesen Vorgang können weitere Dritte auftreten, die an einzelnen Schritten – z. B. die Verifikation – beteiligt sind. Wird die Dokumentation bspw. durch eine Blockchain mittels Hash-Werten abgesichert, können zyklisch verifizierte Zeitstempel in die Blockchain geschrieben werden, um sicherzustellen, dass die Blockchain nicht zurückgerechnet werden kann. Dadurch sind und bleiben über die Blockchain gesicherte Daten unveränderbar und vor unbefugte Löschung geschützt. Eine zusätzliche Absicherung wird erreicht, wenn diese Hash-Werte bei einem neutralen Dritten, [●], verwahrt werden.</p> <p>Durch dieses Vorgehen wird der unmittelbar verpflichtete Werbetreibende von einem Zugriff auf die Dokumentation ausgeschlossen. Gleichzeitig garantiert er jedoch gerade dadurch die von der BNetzA geforderte Manipulationssicherheit der Daten. Dazu muss er jedoch auch andere Schritte der Dokumentation Dritten überlassen.</p> <p>Insofern ist es wichtig, dass die BNetzA in Rn. 14 von einer „Obliegenheit“ und keiner Pflicht dieser Dritten spricht. Dadurch sind diese Dritten für die Ordnungsgemäßheit der Dokumentation allein zivilrechtlich und nur gegenüber dem Auftraggeber (= werbendes Unternehmen) verpflichtet.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	14	<p>Weiterhin heißt es in dieser Randnummer, dass das werbende Unternehmen sich nicht auf einen durch einen Dritten verursachter Dokumentationsmangel berufen dürfe. Zudem müsse die fremdbeschaffte Werbeeinwilligung vor Verwendung systematisch geprüft werden.</p> <p>Diese Aussage dürfte in dieser Pauschalität nicht stimmen, sondern es kommt darauf an, ob der Dokumentationsmangel für das werbende Unternehmen erkennbar war. Dabei erkennt auch die BNetzA in Rn. 65 an, dass eine eigene Dokumentation erst ab dem Zeitpunkt möglich ist, in dem das werbende Unternehmen die Daten für den Werbeanruf erhält und sieht daher in Rn. 67 eine Prüfpflicht vor. Liegt der Dokumentationsfehler jedoch bereits vor diesem Zeitpunkt vor und ist nicht erkennbar, wird dem werbenden Unternehmen ein Haftungsrisiko aufgebürdet, selbst wenn es die übergebenen Daten bestmöglich geprüft hat. Dabei ist zu beachten, dass in der Praxis eine vollumfängliche Prüfung regelmäßig hinter einer selbst durchgeführten Dokumentation zurückbleibt, denn das werbende Unternehmen kann naturgemäß den Betrieb der Einwilligung des erhebenden Unternehmens nicht einsehen. Dieses Informationsdefizit kann allerdings dadurch behoben werden, wenn beide Parteien gemeinsam eine neutrale Technologie einsetzen, die es dem werbenden Unternehmen erlaubt, den Dokumentationsprozess von Anfang an nachzuvollziehen.</p> <p>Fehlt es an einer solch neutralen Technologie, muss aber das Informationsdefizit berücksichtigt werden und das werbende Unternehmen sich unter gewissen Voraussetzungen auch darauf berufen können, dass der von ihr gewählte Dritte einen Dokumentationsmangel verursacht hat.</p>
	14	<p>Zuletzt spricht Rn. 14 von einer Pflicht zur systematischen Prüfung, lässt jedoch offen, was hierunter konkret zu verstehen ist.</p> <p>In der Praxis kann eine solche Prüfung durchgeführt werden, wenn das verwendete Dokumentationstool für jede Einwilligung genau einen Datensatz anlegt. Verwendet sodann der Werbende das gleiche Tool, greift er auf denselben Datensatz wie derjenige, der die Einwilligung eingeholt hat. Die Dokumentation liegt ihm also ohne Medienbruch so vor, als wenn er sie selbst eingeholt hätte. Alternativ kann die Dokumentation auch durch den Einholenden dem Werbenden zur Verfügung gestellt werden.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Damit ist aber nur die Möglichkeit einer Prüfung gegeben, nicht aber erklärt, was eine systematische Prüfung bedeutet. Gerade im alltäglichen Massegeschäft ist es praktisch nicht möglich, jede einzelne Einwilligung zu überprüfen. Ein solcher Maßstab würde die Tätigkeit faktisch unmöglich machen und würde daher an Art. 12 GG scheitern. Ergänzend ist zu betonen, dass Telefonwerbung grundsätzlich gewollt ist und für den einwilligenden Verbraucher einen entsprechenden Mehrwert darstellt.</p> <p>Denkbar ist daher, dass der Werbende ein Dokumentationstool wie das oben zu Rn. 14/ 72 beschriebene nutzt und dessen Funktionsweise durch die BNetzA geprüft und anerkannt wurde. Dies hat zwei Vorteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Einerseits ist sichergestellt, dass jede Einwilligung ordnungsgemäß erhoben und dokumentiert wurde. Ist sichergestellt und durch die BNetzA bestätigt, dass das Tool die Dokumentation gesetzeskonform anlegt, kann sich der Verwender auf Stichproben beschränken. • Andererseits wird der Werbende nicht mit zusätzlichen Bürokratiekosten belastet. Ausweislich der BT Drs 19/26915 S. 23 sind solche Mehrkosten vom Gesetzgeber nicht nur nicht vorgesehen, sondern ausdrücklich nicht gewollt.
	17	<p>Hier heißt es, dass für die Auslegung des Art. 7 DSGVO u. a. vom BGH aufgestellten Anforderungen an den Nachweis einer wettbewerbsrechtlichen Einwilligung „heranzuziehen seien“, was durch Fundstellen belegt werden sollen.</p> <p>Die vorangestellte Aussage ist so nicht richtig und wird auch nicht durch die zitierte OVG-Fundstelle belegt. Dort heißt es:</p> <p>"<u>unter Heranziehung</u> der Rechtsprechung des BGH [...] <u>sowie</u> der maßgeblichen Bestimmungen der DSGVO. [...] Beide Materien zielen auf Missbrauchsschutz ab. Daher ist auch unter dem Gesichtspunkt der materiellen Richtigkeitsgewähr geboten, beide Regelungsbereiche widerspruchsfrei anzuwenden."</p> <p>Die von der BNetzA gewählte Formulierung "heranzuziehen sind hierfür" erweckt im konkreten Kontext den Eindruck eines Rangverhältnisses, nachdem sich die DSGVO-Regeln nach den UWG-Regeln richten müssen.</p> <p>Tatsächlich ist damit nur gesagt, dass beide Materien in einer Wechselwirkung zueinanderstehen und Kriterien der einen auf die andere Materie angewendet werden können und beide Materien widerspruchsfrei ausgelegt werden müssen.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Beide Materien stehen gleichrangig nebeneinander. Es wäre daher wünschenswert, wenn hier klarer zum Ausdruck käme, dass sich der Rechtssuchende <u>sowohl</u> an der Rechtsprechung zu § 7 UWG <u>als auch</u> Art. 6 DSGVO orientieren kann.
	19 / 22 / 28 / 29 / 32	<p>Um zu erfassen, ob der Verbraucher eine informierte und unmissverständliche Willensbekundung im Internet abgibt, bietet sich ebenfalls eine technische Lösung an. Diese dokumentiert eins zu eins alle vom Werbetreibenden im Rahmen der Einholung der Einwilligung angezeigten Texte einschließlich der verwendeten Linkstruktur und der hierunter abrufbaren Texte (insbesondere die Erhebungsseite, die geltende Datenschutzerklärung, etwaige geltende Bedingungen, das Impressum des Websitebetreibers) sowie die einzelnen Prozessschritte. Dabei werden alle notwendigen Informationen protokolliert, insbesondere:</p> <ul style="list-style-type: none"> - für welche Werbetreibende, - für welche Kanäle, - für welche Geschäftsbereiche, - Datum und Uhrzeit der Erteilung, - Identität des Einwilligenden; - Identität desjenigen, die Daten für die Einwilligung erhebt. <p>Zum letzten Spiegelstrich ist anzumerken, dass aus Rn. 22 nicht eindeutig hervorgeht, ob mit Identität desjenigen, der die Daten für die Einwilligung erhebt, das erhebende Unternehmen oder der konkrete Mitarbeiter gemeint ist. Im Falle des DATATRUSTEE ist eine solche Unterscheidung jedoch nicht erforderlich, da hier auf der Seite des Erhebenden keine natürliche Person, sondern eine Maschine eingesetzt wird.</p> <p>Unter diesen Informationen befindet sich auch der vollständige Text der abgegebenen Erklärung.</p> <p>Anhand der Dokumentation kann sodann nachvollzogen werden, welche Informationen dem Einwilligenden vorlagen, wie die konkrete Einwilligung ausgestaltet war, in welcher Form die Einwilligung wann erteilt wurde etc. und wie die Einwilligung zustande kam.</p>
	36	Rn. 36 verlangt, dass sich aus den Informationen ergeben muss, dass der mutmaßlich Einwilligende die Erklärung <u>tatsächlich aktiv</u> abgegeben hat. Nimmt man dieses Merkmal wörtlich, würde dies faktisch einen Nachweis darüber erfordern, wer das Endgerät bediente und den Haken gesetzt hat.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Technisch wäre dies sogar möglich, in dem ein Screenshot in dem Moment des Haken Setzens gemacht wird und gleichzeitig über eine Art Videoident sichergestellt ist, wer der Handelnde war. Dies ist schon aus Datenschutzgründen höchst bedenklich. Erst recht kann es aber nicht gesetzgeberische Intention gewesen sein, den Maßstab, unter dem im Bankensektor bindende Verträge abgeschlossen werden, auf die bloße und jederzeit widerrufliche Einwilligung für bloße Telefonwerbung (ohne Vertragsschluss) anzuwenden.</p> <p>Insbesondere, wenn man die Bußgeldbewehrtheit berücksichtigt, bedarf dieses Merkmal einer eindeutigen Klarstellung. Dies könnte bspw. ein Hinweis auf die DOI- und TOI-Rechtsprechung des BGH sein.</p>
	37 ff.	<p>Rn. 37 ff. verlangen, dass der aktuelle Status der Werbeeinwilligung, insb. Widerruf und Änderung der Einwilligungen unter Berücksichtigung, dass der Widerruf über ein anderes Medium oder nur gegenüber einem einzelnen Werbenden, aber mit Gültigkeit für alle Werbenden erklärt werden kann. Weiterhin behandeln diese Randnummern das Problem, dass der Widerruf genauso dokumentiert sein muss, wie die Einwilligung.</p> <p>Auch hier zeigen sich wieder die Vorteile von Dokumentationstools, die mit einem Datensatz pro Einwilligung arbeiten. Dadurch können Werbende ihre Änderungen eingeben und diese werden über den zentralen Dienstleister an alle anderen Werbenden anonym ausgespielt. Diese Methode ist aus kartellrechtlicher Sicht vorzugswürdig, da die Werbenden so nicht voneinander erfahren. Denn zwar erkennen sie anhand der Dokumentation, für wen ein Lead-Generierer Werbeeinwilligungen eingeholt hat. Jedoch ist damit nicht zwingend gesagt, dass diese Einwilligung letztlich auch vom Wettbewerber eingekauft oder, selbst wenn, verwendet wurde. Ein solcher Austausch wäre daher ein Austausch über Werbemethoden.</p> <p>Aber auch im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH, Urt. v. 21. Januar 2016 – C-74/14, GRUR Int. 2016, 381 – Eturas, in der festgestellt wurde, dass eine kartellrechtlich relevante abgestimmte Verhaltensweise auch über eine gemeinsam genutzte Software erfolgen kann, ist diese Vorgehensweise vorzugswürdig. Eine entsprechend anonyme und durch die Blockchain manipulationssichere Software unterbindet eine mittelbare Abstimmung der Wettbewerber, denn der Austausch erfolgt auf einem transparenten Weg, der von den Behörden eingesehen werden kann.</p> <p>[•]</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	43 ff / 75 f.	<p>Rn. 43 betrifft die Dokumentation der konkreten Werbeanrufe. Eine solche Funktion ist derzeit noch nicht in DATATRUSTEE integriert, kann aber technisch nachgerüstet werden. Der jeweils Werbende kann sodann die jeweiligen Anrufe erfassen.</p> <p>In diesem Kontext stellt sich zudem die Frage, auf welche letzte Verwendung es ankommt, wenn mehrere Einwilligende auf die gleiche Einwilligung zugreifen. Vor dem Hintergrund, dass die Werbenden sich über Widerrufe und Änderungen informieren müssen, kann auch die Information darüber, dass die Einwilligung genutzt wurde, als Änderung verstanden werden. Diese Änderung beträfe dann die Verlängerung der Aufbewahrungsdauer.</p> <p>Da Gesetz und Hinweise insoweit unklar sind, ist hier eine Ergänzung der BNetzA wünschenswert. Dabei dürfte es vorzugswürdig sein, auf die jeweilige Verwendung des jeweiligen Unternehmers abzustellen, sodass die Aufbewahrungsfrist für unterschiedliche Unternehmen zu unterschiedlichen Zeitpunkten endet. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass eine nicht genutzte Einwilligung für einen deutlichen längeren Zeitpunkt ordnungsgemäß archiviert und ggf. auch aktualisiert werden muss. Dies verursacht Kosten und birgt beständig die Gefahr eines Verstoßes.</p> <p>Zudem gelten auch hier die zu Rn. 37 ff. ausgeführten kartellrechtlichen Bedenken.</p>
	55	<p>Wie schon bei der Dokumentation bietet es sich auch bei der Verifizierung an, dies durch einen neutralen Dienstleister vornehmen zu lassen und zur Vermeidung von Manipulationen, den Werbetreibenden auszuschließen. Aus Verbraucherschutzsicht ist dabei vorteilhaft, dass ein neutraler und auf Dokumentationsvorgänge spezialisierter Dritter rechtssichere Systeme verwendet, die einen höheren Schutz der Verbraucherdaten gewährleisten als ein eigenes System des Unternehmers, dass er neben seinem eigenen Geschäftszweck zusätzlich betreibt.</p> <p>Trägt der Verbraucher seine Daten in ein Web-Formular eines Werbetreibenden ein, kann über eine API-Schnittstelle beim Dienstleister eine Anfrage auf Triple Opt In (TOI) Verifizierung gestellt werden. Diese Anfrage wird mitsamt der oben zu Rn. 19 genannten Informationen protokolliert. Anschließend wird dem Werbetreibenden ein ID-Code zugeschickt, der dem Verbraucher im Registrierungsprozess angezeigt wird.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Das weitere Vorgehen hängt davon ab, ob der Verbraucher anschließend aktiv selbst anruft oder passiv vom Dienstleister angerufen wird oder eine SMS erhält.</p> <p><u>TOI-Verifizierung aktiv:</u></p> <p>Hier bekommt der Verbraucher zusätzlich zum Code auch eine Telefonnummer angezeigt, über die er sodann den Dienstleister anruft. Dadurch startet er den Verifizierungsprozess. Der Dienstleister vergleicht dabei die Nummer, die der Verbraucher in das Web-Formular eingetragen hat, mit der Nummer des aktuellen Anrufenden. Darüber hinaus wird der durch den Verbraucher über die Tastatur eingegebene Code überprüft. Wenn die Rufnummer und der Code bestätigt werden können, werden die Daten in die Blockchain überführt. Anschließend bestätigt der Dienstleister dem Werbetreibenden, dass das TOI erfolgreich verifiziert worden ist.</p> <p>Der Werbetreibende kann die TOI-Informationen auch nachträglich per API abrufen.</p> <p><u>TOI-Verifizierung passiv:</u></p> <p>Hier ruft der Dienstleister den Verbraucher über die in das Web-Formular eingegebene Telefonnummer an und fordert ihn auf, den Code zu hinterlegen. Der Verbraucher gibt den Code sodann über die Telefon-Tastatur ein. Der Dienstleister verifiziert daraufhin den Anruf und prüft, ob der eingegebene Code passt. Wird der Code bestätigt, werden die Daten in die Blockchain überführt. Anschließend bestätigt der Dienstleister dem Werbetreibenden, dass das TOI erfolgreich verifiziert worden ist.</p> <p>Der Werbetreibende kann die TOI-Informationen auch nachträglich per API abrufen.</p>
	57	Dokumentationstools wie das hier beschriebene sind nicht auf die Online-Dokumentation beschränkt, sondern auch in der Lage, den Medienbruch zu überbrücken und bspw. Voicefiles anzufertigen.
	66	Die in dieser Rn. geforderte lückenlose Einwilligungsdokumentation, gerade beim Übergang von einem in ein anderes Unternehmen kann durch ein Dokumentationstool sichergestellt werden. Dadurch findet kein Datenübergang statt, sondern der Datensatz bleibt im Tool erhalten und ist dort manipulationssicher abgelegt. Werbetreibende oder andere Nachfolger bekommen quasi nur einen Zugang zum Datensatz.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Dieser Ansatz ist vorzugswürdig, da so die datenschutzrechtlichen Gebote der Datensparsamkeit und Datenminimierung eingehalten werden und nur die Daten ausgetauscht werden, die tatsächlich erforderlich sind.
	67	Wie bereits oben angesprochen, hat der Werbetreibende zwei Möglichkeiten seiner Prüfpflicht nachzukommen. Entweder er nutzt das gleiche Dokumentationstool wie der Lead-Generierer und erhält darüber unmittelbar einen Zugang zum Datensatz und kann sich die Daten anschauen. Oder der Lead-Generierer stellt seine Dokumentation dem Werbetreibenden zur Verfügung. Letzteres ist allerdings deutlich fehleranfälliger und da der Werbetreibende sich gem. Rn. 14 nicht auf Fehler Dritter berufen können soll, ist für den Werbetreibenden deutlich riskanter.
	74 / 96 ff.	<p>Rn. 74 und Rn. 96 ff. betrifft die Frage, wie eine Dokumentation einer Behörde zugänglich gemacht werden kann. Wird ein Dokumentationstool verwendet, ist dies durch einen Auszug aus der Datenbank problemlos möglich. Dieser Auszug kann auf drei Wegen zur BNetzA gelangen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Vorgesehen ist es, der BNetzA einen Einzelzugriff auf DATATRUSTEE zu ermöglichen. Dadurch hat die Behörde unmittelbaren Zugriff auf den Datensatz. Etwaige Zweifelsfragen, die sich aus Kopien ergeben können, wären hier nicht gegeben. 2. Die BNetzA erhält einen gedruckten Auszug per Post. Dazu wird der Datensatz über eine API-Schnittstelle [●] gemeldet. Diese Druckerei ist [●] zertifiziert und wodurch die Richtigkeit der Kopie garantiert wird. Bei einer Print-Kopie liegt es allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass nicht endgültig nachweisbar ist, dass die Originaldatei gegen Veränderung gesichert ist. 3. Die BNetzA erhält eine digitale Kopie des Einwilligungsdatensatzes. Hier stellen sich die Nachteile der Printkopie nicht.
	75	<p>Hier wird der Begriff der Verwendung definiert, lässt aber zwei Fragen offen.</p> <p>Zunächst scheint die Definition nur den erfolgreichen Werbeanruf als Verwendung anzusehen. Ein lediglich versuchter Anruf fällt jedoch nicht unter diese Definition. Eine Klarstellung wäre dennoch wünschenswert.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Unklar ist allerdings, ob auch dann eine Verwendung vorliegt, wenn der Angerufene zunächst nicht abnimmt, aber dann die ihm angezeigte Nummer zurückruft und es nun dazu kommt, dass ihm gegenüber geworben wird. Im Sinne strenger Kausalität wurde auch dieser „Werberückruf“ durch den Werbenden initiiert. Jedoch tritt hier der eigenverantwortliche Rückruf des Verbrauchers dazwischen, während es dem Werbenden nicht länger möglich ist, zu steuern, ob es zum Anruf kommt oder nicht. Da hiervon die Länge der Aufbewahrungspflicht abhängt, ist eine Klarstellung sehr geboten.
	81	Rn. 81 betrifft die Löschung der Daten. Hier gibt es verschiedene Löschkonzepte und Möglichkeiten. Diese werden teilweise von der Stellungnehmenden für den Nutzer übernommen, können aber auch vom Nutzer selbst vorgenommen werden. Dabei sind auch automatisierte Löschungen, z. B. nach einem bestimmten Zeitablauf, möglich.