

Berlin, den 29.11.2021

Gemeinsame Stellungnahme der Bausparkassenverbände zu den konsultierten Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur zu § 7a UWG

Die Bausparkassenverbände begrüßen die Intention des Gesetzgebers, dass die Bundesnetzagentur durch Auslegungshinweise mehr Rechtssicherheit dazu schafft, was sie selbst als „angemessene Dokumentation“ im Sinne des § 7a Abs. 1 UWG ansieht. Wichtig ist jedoch, dass diese Auslegungshinweise, wie von dem Gesetzgeber beabsichtigt, zu keinen Umsetzungsaufwänden für die Wirtschaft führen.

Die konsultierten Auslegungshinweise gehen jedoch angesichts ihrer Regelungsweite und auch der Detailtiefe jedenfalls „weit über das Ziel hinaus“, da sie Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten begründen wollen, die mit der gesetzlichen Neuregelung des § 7a UWG und mit der Datenschutz-Grundverordnung schlichtweg unvereinbar sind (vgl. hierzu unter I.)

Aus unserer Sicht sollte bis zu der geplanten Evaluierung der Neuregelung in § 7a UWG ganz von Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur abgesehen werden (dazu unter II.)

Sollte die Bundesnetzagentur an den konsultierten Auslegungshinweisen zu § 7a UWG festhalten, müssten diese in jedem Falle ganz erheblich revidiert, gekürzt und mit weiten Spielräumen für die werbenden Unternehmen verbunden werden. Für diesen Fall möchten wir beispielhaft auf einzelne Inhalte aus dem konsultierten Papier hinweisen, die in jedem Fall gestrichen oder angepasst werden müssten (vgl. hierzu unter III.).

Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass es für den Fall, dass die Bundesnetzagentur die konsultierten Auslegungshinweise ohne eine grundlegende Revision veröffentlicht, aus Sicht der Praxis einer Übergangsfrist bzw. Nichtbeanstandungsfrist von mindestens 12 Monaten bedürfte (dazu unter IV.).

I. Grundsätzliche Bedenken aufgrund des Rechtsstaatsprinzips und des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts

Die konsultierten Auslegungshinweise müssten grundlegend gekürzt und revidiert werden, da sie in der vorgelegten Form dem Rechtsstaatsprinzip und dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts widersprechen.

1. Rechtsstaatsprinzip

Nach dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgenden Grundsatz der Gewaltenteilung sind die Gesetzgebungsorgane für den Erlass von Gesetzen zuständig, während die Verwaltung diese Gesetze lediglich anwendet und vollzieht. Soweit der Verwaltung ausnahmsweise eine Normsetzungskompetenz im Wege einer Rechtsverordnung durch den Gesetzgeber verliehen wird, bedarf es hierzu eines förmlichen Gesetzes, das die Bundesregierung, einzelne Bundesminister oder Landesregierungen zur Verordnungsgebung ermächtigt und dabei „Inhalt, Ausmaß und Zweck der erteilten Ermächtigung“ hinreichend bestimmt (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Dies gilt erst recht, wenn an einen Gesetzesverstoß mögliche Sanktionen geknüpft werden sollen.

Der Gesetzgeber hat bei der Neuregelung in § 7a UWG darauf verzichtet, eine solche Verordnungsermächtigung vorzusehen. Im Hinblick auf die neu eingeführte Dokumentationspflicht hat sich der Gesetzgeber auf folgenden **Gesetzeswortlaut** beschränkt (Unterstreichungen diesseits):

„(1) Wer mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher wirbt, hat dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung in die Telefonwerbung zum Zeitpunkt der Erteilung in angemessener Form zu dokumentieren und gemäß Absatz 2 Satz 1 aufzubewahren.“

Der Gesetzgeber geht somit nach dem klaren Gesetzeswortlaut davon aus, dass die Dokumentationspflicht nach § 7a Abs. 1 UWG ausschließlich die werbenden Unternehmen selbst trifft und sich hierbei ausschließlich auf „die vorherige ausdrückliche Einwilligung in die Telefonwerbung“ erstrecken soll. Dies ergibt sich auch aus der **Gesetzesbegründung**:

Der Gesetzgeber begründet die Einführung der bußgeldbewährten Dokumentationspflicht des werbenden Unternehmens in Hinblick auf die erteilte Werbeeinwilligung damit, dass *die Beweislastverteilung im Ordnungswidrigkeitenverfahren anders sei als im zivilrechtlichen Verfahren*. Während das werbende Unternehmen sowohl im privatrechtlichen Verfahren als auch nach Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO) die Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die Einwilligungserteilung trage, müsse im Ordnungswidrigkeitenverfahren zunächst die Behörde den Nachweis der Tatbestandsverwirklichung erbringen. Dies gestalte die Ordnungswidrigkeitenverfahren insbesondere deswegen kompliziert, da die werbenden Unternehmen versuchten *„sich dabei zum Teil zu entlasten, indem sie behaupten, die Einwilligungserklärung habe aus Gründen des Datenschutzes nicht länger aufbewahrt werden dürfen und sei daher vernichtet worden“* (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seiten 14, 18). Die Neuregelung in § 7a UWG sollte lediglich dazu führen, dass

die Ahndung unerlaubter Telefonwerbung „auf Grund der Dokumentationsverpflichtung und der Herausgabepflicht der Dokumentation erleichtert“ wird (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 27).

Die Gesetzesmaterialien belegen somit, dass der Gesetzgeber durch die neu eingeführte Dokumentationspflicht in § 7a Abs. 1 UWG lediglich vermeiden wollte, dass werbende Unternehmen im Ordnungswidrigkeitsverfahren Bußgelder durch die Schutzbehauptung verhindern können, sie hätten zwar ordnungsgemäß eine Werbeeinwilligung eingeholt, hätten diese aber aufgrund von datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht dokumentiert bzw. nicht lange genug aufbewahrt. Die in § 7a UWG geregelte Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sollte somit nicht zum Selbstzweck eingeführt werden, sondern nur dazu dienen, das Fehlen der nach § 7 UWG erforderlichen Werbeeinwilligung in allen Fällen effektiv sanktionierbar machen.

Der Gesetzgeber wollte hingegen keinesfalls die Einholung von Werbeeinwilligungen in der Praxis völlig neugestalten oder anlässlich der Einholung von Werbeeinwilligungen zusätzliche, erweiterte Dokumentationspflichten für die Unternehmen schaffen.

Vor diesem Hintergrund ist der Gesetzgeber in seiner Folgenabschätzung davon ausgegangen, dass durch die Einführung der gesetzlichen, bußgeldbewährten Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht nach § 7a UWG keinerlei (!) zusätzliche Aufwände für die Wirtschaft entstehen sollen. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 23, Unterstreichungen und Fettdruck diesseits):

„Die in Artikel 3 Nummer 1 vorgesehene Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht wird voraussichtlich nicht zu einem Umstellungsaufwand für die Wirtschaft führen, da die Unternehmer bereits jetzt auf Grund von Artikel 7 Absatz 1 der VO (EU) 2016/679 zum Nachweis von Einwilligungen in Telefonwerbung verpflichtet sind. Es handelt sich damit um sogenannte Sowieso-Kosten.“

Lediglich für die Vorlage der dokumentierten und aufbewahrten Werbeeinwilligung gegenüber der Bundesnetzagentur rechnete der Gesetzgeber mit „*einem Aufwand von zehn Minuten für Identifikation und Übermittlung einer Einwilligung*“ (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 23).

Die konsultierten Auslegungshinweise, die nach der Vorstellung der Bundesnetzagentur „Handlungspflichten“ für die Praxis begründen sollen (vgl. Rn. 8), gehen jedoch über die Dokumentation und Aufbewahrung der nach § 7 UWG erteilten Werbeeinwilligung hinaus und sehen vor, dass eine Vielzahl von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit der Einwilligungserteilung, dem Einwilligungswiderruf oder auch den aufgrund der Einwilligung durchgeführten Werbeanrufen dokumentiert und aufbewahrt werden soll. Würden die konsultierten Auslegungshinweise in dieser Form veröffentlicht werden und bußgeldbewährte Handlungspflichten auslösen, hätte dies ganz erhebliche Umsetzungsaufwände und ganz erhebliche Kosten für die Praxis zur Folge, was vom Gesetzgeber des § 7a UWG gerade nicht beabsichtigt war und in vielen Punkten mit datenschutzrechtlichen Grundsätzen unvereinbar wäre (zur Kritik an einzelnen Inhalten der konsultierten Auslegungshinweise, siehe unter III.).

2. Gemeinschaftsrecht

Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Neuregelung in § 7a UWG mit dem Europäischen Recht vereinbar sei. Die Datenschutz-Grundverordnung sei auf die Werbeeinwilligung anwendbar. § 7a UWG stelle lediglich „eine spezielle Ausfüllung der Beweislastverteilung der in Artikel 7 Absatz 1 DSGVO vorgesehenen Nachweispflicht des Datenverarbeitenden für Einwilligungen zur Datenverarbeitung im Bereich von Telefonwerbung dar“ (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seiten 17 f., Unterstreichungen diesseits)

Der Gesetzgeber hat zudem angenommen, dass die neuen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten nach § 7a UWG deswegen nicht zu einem Umstellungsaufwand für die Wirtschaft führen werde, weil „die Unternehmer bereits jetzt auf Grund von Artikel 7 Absatz 1 der VO (EU) 2016/679 zum Nachweis von Einwilligungen in Telefonwerbung verpflichtet sind.“ (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 23, Unterstreichungen diesseits).

Auch die Nachweispflicht nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO unterliegt dem Grundsatz der Datensparsamkeit und Datenminimierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO. Personenbezogene Daten dürfen demnach nur verarbeitet werden, soweit diese für den jeweiligen Zweck erforderlich und angemessen sind. Der Verantwortliche muss sich bei der Erhebung personenbezogener Daten somit auf die Informationen beschränken, die für den Zweck notwendig sind.

Dieser aus der Datenschutz-Grundverordnung folgende Grundsatz der Datensparsamkeit kann nicht durch „Auslegungshinweise“ einer nationalen Behörde außer Kraft gesetzt werden. Es wäre ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht, wenn eine Behörde durch ihre Auslegungshinweise bußgeldbewährte „Handlungspflichten“ schaffen könnte, die eine Pflicht zur Verarbeitung und Speicherung nicht nur der Werbeeinwilligung, sondern auch zusätzlicher, nicht zwingend erforderlicher personenbezogener Daten begründeten, die dann aufgrund der Aufbewahrungspflicht nach § 7a Abs. 2 UWG aus den nach der Datenschutz-Grundverordnung etablierten Löschkonzepten unter Aushöhlung des Rechts aus Datenlöschung aus Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO ausgenommen werden müssten.

II. Abwarten der geplanten Evaluierung des § 7a UWG

Soweit die Bundesnetzagentur in ihren Auslegungshinweisen nicht nur Erleichterungen für die Praxis bei der Dokumentation und Aufbewahrung der Werbeeinwilligung nach § 7a UWG, sondern neue, zusätzliche Handlungspflichten aufnehmen will, sollte aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zunächst die Evaluation des § 7a UWG abgewartet und dabei untersucht werden, ob die gesetzliche Neuregelung nicht schon ohne die Auslegungshinweise der Bundesnetzagentur ihren Zweck erfüllt.

Die Veröffentlichung von Auslegungshinweisen durch die Bundesnetzagentur hat der Gesetzgeber nicht als erforderlich oder gar zwingend angesehen. Im Gesetzestext findet sich hierzu gar kein

Hinweis. In der Gesetzesbegründung heißt es lediglich (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 33, *Unterstreichungen diesseits*):

„Die Bundesnetzagentur kann als zuständige Behörde Hinweise veröffentlichen, wie sie den unbestimmten Rechtsbegriff der „angemessenen Dokumentation“ auslegen wird.“

Der Gesetzgeber hat hingegen zwingend eine Evaluierung der Neuregelung des § 7a UWG vorgesehen, die spätestens drei Jahre nach dem Inkrafttreten – spätestens also am 1. Oktober 2024 – erfolgen soll. Zu diesem Zwecke sollen die zuständigen Ministerien im Wege einer wissenschaftlichen Untersuchung prüfen, inwieweit die beabsichtigten Wirkungen auf die Praxis erreicht wurden. Dabei werde zu berücksichtigen sein, *„ob die Ahndung unerlaubter Telefonwerbung nach Einschätzung der Bundesnetzagentur auf Grund der Dokumentationsverpflichtung und der Herausgabepflicht der Dokumentation erleichtert wird“* (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 29, *Unterstreichungen diesseits*).

Da der Gesetzgeber das Problem der Beweisverteilung im Ordnungswidrigkeitsverfahren gesehen, dies aber gerade durch die bußgeldbewährte Pflicht zur Dokumentation und Aufbewahrung der Werbeeinwilligung lösen wollte und offenbar keinerlei Anzeichen dafür gesehen hat, dass die bisherige Dokumentation von Werbeeinwilligungen in der Praxis nicht ausreichend sei (kein Umsetzungsaufwand für die Praxis, vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 23, und oben unter I.1), ist zu erwarten, dass bereits die neu geregelte Nachweispflicht des werbenden Unternehmens gegenüber der Bundesnetzagentur in Verbindung mit der – isoliert bußgeldbewährten – neuen Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht nach § 7a Abs. 1, 2 UWG entsprechend dem Gesetzeszweck die Ahndung der unerlaubten Telefonwerbung vereinfachen kann.

Schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sollte daher die spätestens in 2024 zu erfolgende Evaluierung des § 7a UWG abgewartet werden, bevor die Anforderungen an die „Angemessenheit“ der Dokumentation nach § 7a UWG in Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur konkretisiert werden, sofern solche Auslegungshinweise bereits vor einer solchen Evaluierung Umsetzungsaufwände für die Wirtschaft zur Folge haben könnten.

III. Kritik an einzelnen Inhalten der Auslegungshinweise

Für den Fall, dass die Bundesnetzagentur an ihrer Absicht festhält, Auslegungshinweise zu veröffentlichen, sollten diese ganz erheblich gekürzt und in dem gesamten Text durch ausdrückliche Hinweise auf deren nicht zwingendem Charakter sowie auf bestehende Ermessensspielräume der werbenden Unternehmen ergänzt werden.

Des Weiteren muss in den Auslegungshinweisen insgesamt berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber als maßgeblichen Maßstab für die Angemessenheit der Dokumentation nach § 7a Abs. UWG lediglich einen „wahrscheinlichen“ Nachweis für die Erteilung der Werbeeinwilligung nach § 7 UWG verlangt hat (vgl. BT-Drucksache, BT-Drucksache 19/26915, Seite 33, siehe oben).

Im Einzelnen:

- **Zur Ziffer 1: Einleitung**

In der Einleitung sollte nicht vorgesehen werden, dass die Auslegungshinweise der „Darstellung und Ableitung der Handlungspflichten“ für Unternehmen dienen (Rn. 4).

Unabhängig davon, dass die Auslegungshinweise nicht im Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung nach § 7a UWG stehen dürften, können sich Handlungspflichten für die betroffenen Unternehmen nur aus dem Gesetz selbst, jedoch nicht aus solchen behördlichen Hinweisen ergeben. Denn das Konsultationspapier der Bundesnetzagentur hat keinen verbindlichen Gesetzes- oder Verordnungscharakter. Der Gesetzgeber hat von der Möglichkeit, eine Verordnungsermächtigung in das Gesetz aufzunehmen, gerade nicht Gebrauch gemacht (siehe hierzu bereits oben unter I. 1.).

Diese Auslegungshinweise können schon vor diesem Hintergrund nur als Auslegungshilfe und nicht als absoluter und abschließender Maßstab für eine ordnungsgemäße Dokumentation dienen. Dies bedingt, dass den Unternehmen im Rahmen der Dokumentation in jedem Fall Ermessensspielräume zugebilligt werden müssen.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber an die angemessene Dokumentation gerade nicht die Erwartung gestellt hat, dass durch die Dokumentation das Vorliegen einer wirksam erteilten Einwilligung nach § 7 UWG in jedem Falle möglichst „sicher“ nachgewiesen werden sollte. Vielmehr hat es der Gesetzgeber für die neu eingeführte Dokumentationspflicht ausreichen lassen, dass es im konkreten Fall „wahrscheinlich“ ist, dass die entsprechende Einwilligung zur werblichen Verwendung tatsächlich über den behaupteten Weg eingeholt wurde und die Person, deren personenbezogene Daten in der Einwilligung genannt werden, diese auch abgegeben hat (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 33).

Beispielhaft könnte die Bundesnetzagentur auch darauf hinweisen, dass es im Ermessensspielraum des werbenden Unternehmens steht, ob eine Dokumentation der eingeholten Einwilligung in der jeweiligen Kundenakte erfolgt oder aber ein entsprechender Dokumentationsbogen zu der jeweiligen Kundenbeziehung erstellt wird.

- **Zur Ziffer 2: Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht zur Einwilligung in Telefonwerbung**

Aus den oben sowie unter Ziffer I. genannten Gründen sollte in Ziffer 2 der folgende Satz gestrichen werden (Rn. 9):

„Hierbei müssen sie allerdings die nachfolgend dargestellten Zielvorgaben, insbesondere unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Zielsetzungen, jederzeit einhalten“.

- **Zur Ziffer 2.1, Rn. 10 bis 14: Adressaten der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sowie**
- **Zur Ziffer 2.2.1.2.1, Rn. 22 bis 28: Beteiligte am Einwilligungsprozess**

Die Auslegungshinweise sollten dahingehend geändert werden, dass sie sich auf das werbende Unternehmen beschränken und sich nicht auch auf das jeweilige Callcenter, den Callcenteragenten bzw. andere von dem werbenden Unternehmen beauftragte Dritte erstrecken.

Der Gesetzestext des § 7a UWG und auch die Gesetzesbegründung beziehen sich, wie oben unter I. 1. gezeigt, ausschließlich auf das werbende Unternehmen.

Für eine Erweiterung auf Callcenter und andere Dritte besteht – ungeachtet des klaren Gesetzeswortlauts von § 7a UWG – auch kein praktisches Bedürfnis. Denn die bußgeldbewährte Pflicht zur Einholung einer wirksamen Werbeeinwilligung im Sinne des § 7 UWG trifft nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UWG das werbende Unternehmen. Da der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 7a UWG darauf abzielt, die Ahndung der unerlaubten Telefonwerbung zu vereinfachen (siehe dazu oben unter I. 1.) und die Bußgeldregelung des § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG ebenfalls nur das werbende Unternehmen nennt, sollte die Dokumentationspflicht ebenfalls nur das werbende Unternehmen treffen.

Regelmäßig erfolgt der Produktvertrieb arbeitsteilig zwischen dem werbenden Unternehmen und dessen selbständigen Vertriebspartnern (bspw. Callagents oder selbständigen Handelsvertretern, § 84 HGB), sodass die Dokumentationspflicht nach § 7a Abs. 1 UWG der arbeitsteiligen Vorgehensweise Rechnung tragen sollte.

Die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sollte deshalb nicht durch alle am Werbeprozess Beteiligten (und damit mehrfach) erfolgen. Es sollte vielmehr ausreichen, wenn der Zugriff auf die Dokumentation für den Fall einer Beanstandung oder Prüfung durch die Bundesnetzagentur aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit dem werbenden Unternehmen unverzüglich sichergestellt wird (z. B. durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem werbenden Unternehmen und dem selbständigen Vertriebspartner zur Übernahme der Aufbewahrungspflicht und unverzüglichen Herausgabe zur Vorlage bei der Bundesnetzagentur).

Daher dürfte die Dokumentation bereits dann ausreichend sein, wenn diese entweder nur durch das werbende Unternehmen selbst oder aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung des werbenden Unternehmens nur durch einen beauftragten Dritten vorgenommen wird. Dem werbenden Unternehmen müsste ein entsprechender Spielraum zugestanden werden. Für eine doppelte Dokumentationspflicht des werbenden Unternehmens und einem Dritten enthält § 7a UWG keine gesetzliche Grundlage. Eine solche doppelte Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht würde zudem dem Grundsatz der Datensparsamkeit widersprechen. Dies sollte in den Auslegungshinweisen berücksichtigt werden.

Die Frage, ob auch der beauftragte Dritte eine Dokumentation vornehmen und aufbewahren muss, ist insbesondere relevant für Unternehmen, die für die Vermittlung und Beratung zu ihren Produkten Handelsvertreter einschalten. Diese Selbständigen, die oft als Einzelpersonen mit wenig Angestellten oder ganz ohne eigene Angestellte (sog. Solo-Selbständige) tätig sind, würde es überfordern, wenn man ihnen zwingend eigene Dokumentations-, und Aufbewahrungspflichten auferlegen würde. Die vertragliche Verlagerung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten auf einen Dritten kann hingegen insbesondere im Falle von kommerziellen Adresshändlern sinnvoll und sogar in der Praxis erforderlich sein.

Auf die sich aus Rn. 24 ergebende Anforderung, auch die Wohnanschrift des Einwilligenden zu dokumentieren, sollte verzichtet werden. Gerade bei bloßen Interessenten, mit denen noch keine Vertragsbeziehung besteht, erscheint die Dokumentation und Aufbewahrung der Wohnanschrift nicht erforderlich, solange eine eindeutige Identifizierung über andere personenbezogene Daten (z. B. E-Mail-Adresse oder Telefonnummer) möglich ist. Dies entspricht dem Grundsatz der Datensparsamkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO.

- **Zur Ziffer 2.2.1.1: Ziel und Voraussetzungen**

Die in Rn. 15 genannten Voraussetzungen an einen „rechtssicheren“ oder „authentischen“ oder „manipulationssicheren“ Nachweis sind zu streichen.

Die genannten Anforderungen sind überhöht und lassen sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung herleiten. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber als maßgeblichen Maßstab für die Angemessenheit der Dokumentation nach § 7a Abs. UWG lediglich einen „wahrscheinlichen“ Nachweis und nicht etwa einen „rechtssicheren“ oder „authentischen“ oder gar „manipulationssicheren“ Nachweis für die Erteilung der Werbeeinwilligung nach § 7 UWG verlangt hat (vgl. BT-Drucksache, BT-Drucksache 19/26915, Seite 33).

Beispielsweise sollte ein Vermerk über eine telefonisch erteilte oder telefonisch bestätigte Einwilligung als eine angemessene Dokumentation im Sinne des § 7a Abs. 1 UWG angesehen werden.

- **Zur Ziffer 2.2.1.2.3: Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung („wann“)**

Auf die Dokumentation einer „genauen Uhrzeit“ (vgl. Rn. 32) sollte verzichtet werden. Jedenfalls sollte zur Uhrzeit der Einwilligungserteilung die Dokumentation von Näherungswerten ausreichen.

Eine minutengenaue Angabe der Uhrzeit der erteilten Einwilligung ist mit technischen Schwierigkeiten verbunden, da eine technische Übermittlung der Einwilligung regelmäßig zeitverzögert erfolgt (besonders im Kontext mit Adresshändlern).

Zudem leitet sich aus der Rn. 62 der konsultierten Auslegungshinweise ab, dass bei schriftlich erteilten Einwilligungen keine Uhrzeitangaben erforderlich sind („Vielmehr sind alle wesentlichen

Vertragsbestandteile und Datum und Unterschrift des Erklärenden in die Dokumentation mit aufzunehmen“; Rn. 62). Es dürfte keinen Unterschied machen, über welchen Fernabsatzkanal eine schriftlich erteilte Einwilligung dem Erklärungsempfänger zugeht (eingescannt per E-Mail, Fax oder postalisch). Insoweit meinen wir, dass sich die Ausnahme in Rn. 32, 2. Satz generell auf schriftlich erteilte Einwilligungen beziehen sollte.

Ferner ließen sich Angaben zur genauen Uhrzeit im Zusammenhang mit „Alteinwilligungen“ jedenfalls kaum mehr rekonstruieren (vgl. Rn. 88).

- **Zu Ziffer 2.2.1.2.4: Art und Weise der Einwilligungserteilung („wie“)**

Die Passagen aus den Auslegungshinweisen, die eine Dokumentationspflicht auch zu dem „Kontext der Einwilligungserklärung“ sowie dazu, mit welchem „Informationsstand“ der Erklärende seine Einwilligungserklärung erteilt hat, vorsehen, sollten ebenfalls gestrichen werden (Rn. 34)

Nach dem Konsultationspapier muss die Dokumentation Angaben zum Kontext der Einwilligungserteilung erhalten. Aus dem Kontext der Einwilligungserklärung muss erkennbar sein, auf welchem Weg und mit welchem Informationsstand der Erklärende seine Einwilligung erteilt hat.

Die Erteilung der Einwilligung ist nach der Gesetzesbegründung des § 7a UWG formfrei möglich. Die Regelung des § 7a Abs. 1 UWG selbst macht keine Vorgaben dazu, wie zu dokumentieren ist. Das Gesetz verlangt nur eine Dokumentation der Einwilligung selbst, hingegen nicht eine Dokumentation zum „Kontext“ der Einwilligungserklärung oder dazu, mit welchem „Informationsstand“ der Erklärende seine Einwilligungserklärung erteilt hat. Im Übrigen arbeitet die Bundesnetzagentur hier mit unbestimmten Rechtsbegriffen, die keine Konkretisierung des § 7a UWG ermöglichen, sondern zu weiteren Rechtsunsicherheiten führen würden. Insbesondere würde sich für die werbenden Unternehmen die Frage stellen, wie man den Informationsstand des Erklärenden hinreichend bewerten und in der Dokumentation darstellen soll, zumal das Gesetz keine Beratungspflichten vor Einholung der Werbeeinwilligung vorsieht.

- **Zur Ziffer 2.2.1.3: Widerruf bzw. Änderung der Einwilligung in Telefonwerbung**

Die Auslegungshinweise zum Widerruf und zur Änderung der Werbeeinwilligung sollten gestrichen oder ganz erheblich gekürzt werden (Rn. 37 bis 42).

Nach den konsultierten Hinweisen der Bundesnetzagentur ist die Widerrufserklärung in gleicher Granularität zu belegen wie die Erklärung zur Erteilung der Einwilligung. Die Anforderungen aus Abschnitt 2.2.1.2 zu den beteiligten Personen sowie zu Inhalt, Reichweite und Zeitpunkt der Erklärung sollen daher nach den konsultierten Auslegungshinweisen entsprechend gelten.

§ 7a UWG regelt allein die Dokumentationspflicht in Bezug auf die vorherige Einwilligung. Dass grundsätzlich deren Widerruf zu dokumentieren ist, ist schon allein deshalb nachvollziehbar, da verhindert werden soll, dass weitere Werbeanrufe vorgenommen werden. Jedoch geht die

Auslegung der Bundesnetzagentur zu den Anforderungen an die Dokumentation des Widerrufs oder der Änderung der Werbeeinwilligung auch hier weit über das Gesetz hinaus.

- **Zur Ziffer 2.2.1.4: Verwendung der Einwilligung der Telefonwerbung**

Die Dokumentationspflicht sollte auf die Werbeeinwilligung als solche beschränkt werden und sich nicht auch auf die einzelnen konkret durchgeführten Werbeanrufe erstrecken (Rn. 43 bis 52).

Gemäß § 7a Abs. 1 UWG ist die vorherige ausdrückliche Einwilligung zu dokumentieren. Eine Dokumentation des jeweiligen Werbeanrufs sieht das Gesetz hingegen nicht vor.

Die Aufbewahrungspflicht nach § 7a Abs. 2 UWG, wonach der Nachweis nach § 7a Abs. 1 UWG (also der Nachweis über die erteilte Einwilligung) ab Erteilung der Einwilligung sowie nach jeder Verwendung der Einwilligung 5 Jahre aufzubewahren ist, ist dabei von der Dokumentationspflicht nach § 7a Abs. 1 UWG zu trennen. Mit der Erstreckung der Dokumentationspflicht auch auf die einzelnen Werbeanrufe vermischt die Bundesnetzagentur die vom Gesetz auferlegten, jeweils bußgeldbewährten Pflichten.

Im Übrigen – rein vorsorglich – wollen wir darauf hinweisen, dass der Umfang der hierzu vorgeschlagenen Dokumentationspflichten mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen unvereinbar wäre:

- **Zur Ziffer 2.2.1.4.1, Rn. 45 bis 48: Beteiligte an der Verwendung („wer“)**
Die Dokumentation müsste sich nur auf das werbende Unternehmen und nicht auf das Callcenter bzw. den beauftragten Dritten erstrecken (vgl. dazu die Ausführungen zur Ziffer 2.1 und Ziffer 2.2.1.2.1).
- **Zur Ziffer 2.2.1.4.2, Rn. 49: Art und Weise der Verwendung („wie“)**
Die vorgeschlagene Dokumentation der Erklärung, wofür in dem Telefonat geworben wurde, liefe in der Praxis darauf hinaus, dass jedes aufgrund einer Werbeeinwilligung durchgeführte Gespräch mit einem Kunden oder Interessenten in weiten Teilen zu protokollieren und für 5 Jahre aufzubewahren wäre. Auch dies wäre mit dem Grundsatz der Datensparsamkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO unvereinbar.
- **Zur Ziffer 2.2.1.4.3, Rn. 50, 51: Art und Weise der Verwendung („wie“)**
Lebensfremd erscheint die vorgeschlagene Dokumentation aller (!) Zeitpunkte mit Uhrzeit, zu denen im Rahmen einer Gesprächsverbindung telefonisch geworben wurde (Rn. 50, 51). Soll der Anrufende hier auf der einen Seite zwischen seinen (werbefreien) Informationen zu etwaigen bestehenden Verträgen, Redeanteilen des Kunden / Interessenten und bloßem Small-Talk sowie auf der anderen Seite der eigentlichen werblichen Ansprache des Kunden/Interessenten in einem Telefonat jeweils minutengenau unterscheiden? Auch dies liefe auf ein datenschutzrechtlich unzulässiges Gesprächsprotokoll des Telefonats hinaus.

- **Zur Ziffer 2.2.1.4.4, Rn. 52: Inhalt der Verwendung („was“)**

Die von der Bundesnetzagentur vorgeschlagene Dokumentation der verwendeten Telefonnummer des Anrufenden (Rn. 52) ist selbst für die Berechnung der Aufbewahrungsfrist nach § 7a Abs. 2 UWG entbehrlich, da es hierfür nur auf das Datum des Anrufs ankommt. Eine Dokumentation der für den Anruf verwendeten Telefonnummer würde gerade in den jetzigen Zeiten, in denen Mitarbeiter und auch selbständige Vertriebspartner verstärkt im Home Office arbeiten, dazu führen, dass ggf. deren private Festnetz- oder Handy-Nummer ohne gesetzliche Grundlage und im Widerspruch zur Datenschutz-Grundverordnung für 5 Jahre zu speichern wäre.

- **Zur Ziffer 2.2.2: Besondere Dokumentationsanforderungen**

Aus den oben Ziffer 1 sowie unter I.1. genannten Gründen sollten folgende Sätze gestrichen werden (Rn. 53):

„Nachfolgend werden daher besondere Dokumentationsanforderungen für gängige Einwilligungsformen dargestellt. Bei dieser Darstellung handelt es sich lediglich um ergänzende Hinweise. Die oben aufgeführten allgemeinen Dokumentationsanforderungen sind in jedem Fall zu berücksichtigen“.

- **Zur Ziffer 2.2.2.2: Fernmündlich erteilte Werbeeinwilligungen**

Folgende ersten beiden Sätze unter Ziffer 2.2.2.2 sind zu streichen (Rn. 57):

„Für die Dokumentation einer fernmündlich erteilten Werbeeinwilligung bedarf es der Aufzeichnung des Telefongesprächs (sog. Voicefile). Diese muss grundsätzlich den gesamten und zusammenhängenden Gesprächsabschnitt umfassen, der die Einwilligung betrifft.“
Stattdessen sollte es heißen: *„Die Dokumentation einer fernmündlich erteilten Werbeeinwilligung kann beispielsweise durch Aufzeichnung des Telefongesprächs (sog. Voicefile) erfolgen“.*

Im Zusammenhang mit einer fernmündlich erteilten ausdrücklichen Einwilligung ist das sog. „Voicefile-Verfahren“ nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht zwingend zur Erfüllung der Dokumentationspflichten nach § 7a Abs. 1 UWG. Vielmehr kommt es lediglich als eines von mehreren möglichen Beispielen für eine angemessene Dokumentationsmöglichkeit in Betracht. Denn in der Gesetzesbegründung heißt es hierzu ausdrücklich (vgl. BT-Drucksache 19/26915, Seite 33, Unterstreichungen diesseits):

„Die Einwilligung kann auch mündlich erteilt werden, die Dokumentation kann in diesem Fall zum Beispiel aus einer Tonaufzeichnung bestehen“.

Darüber hinaus setzt auch der europäische Gesetzgeber nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO ein Voicefile-Verfahren nicht zwingend voraus.

Ebenso ausreichend erscheint insoweit beispielsweise die Dokumentation der Identität auf Grundlage einer im System hinterlegten Bestätigung durch den Callcenteragenten. Der den

werbenden Unternehmen in der Gesetzesbegründung eingeräumte Spielraum sollte in den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur ausdrückliche Erwähnung finden.

Die vorgeschlagene Vorgabe in Rn. 58, wonach sich das Voicefile-Verfahren auf das gesamte Gespräch beziehen muss („Die persönlichen Angaben des Callcenteragenten [...] sind [...] spätestens nach Beendigung des Gesprächs der noch laufenden Aufnahme hinzuzufügen“) sind aus datenschutzrechtlichen Gründen abzulehnen.

Eine Aufzeichnung des ganzen Telefonats erscheint insbesondere in Ansehung des europarechtlichen Datensparsamkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) als nicht praxistgerecht. Vielmehr sollte der Inhalt einer etwaigen Aufzeichnung lediglich auf die Erteilung der Einwilligung beschränkt werden. Beispielsweise scheint es im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 7a Abs. 1 UWG nicht sachgerecht, eine im Nachgang zur Einwilligung vorgenommene Terminabstimmung mitaufzuzeichnen. Erst recht wäre es ein Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung, wenn auch der in einem solchen Telefonat geführte Small-Talk mit persönlichen Mitteilungen des Kunden/Interessenten aufgenommen und 5 Jahre lang gespeichert werden müsste.

Unternehmensbezogenen Angaben (insb. Benennung der Firma des Callcenters, Vor- und Nachname des Einwilligenden) sollten jedenfalls dann nicht erneut (und damit doppelt) dokumentiert werden, wenn eine bereits erteilte Einwilligung in die Telefonwerbung lediglich erweitert wird (vgl. Rn. 58).

Ein Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher mit dem Ziel, von diesem eine Einwilligung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG einzuholen, stellt ohne entsprechende vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers eine unzumutbare Belästigung dar („cold-calling“). Wir nehmen daher an, dass sich die Ausführungen der Bundesnetzagentur in den Rn. 53 – 61 auf Fallkonstellationen beziehen, in denen entweder der Anruf vom Verbraucher ausgeht oder – in der Praxis noch häufiger – der Anruf des Unternehmens auf Basis einer bereits bestehenden ausdrücklichen Einwilligung für Telefonmarketing erfolgt, welche beispielsweise für die Zukunft erweitert oder angepasst werden soll. In diesem Fall sollte nur die Änderung gegenüber der früher erteilten Einwilligung dokumentiert werden müssen.

- **Zur Ziffer 2.2.2.3: Schriftlich erteilte Werbeeinwilligungen**

Die Aussagen in den konsultierten Auslegungshinweisen zu den Anforderungen an schriftlich erteilte Einwilligungen sind ebenfalls erheblich zu vereinfachen und zu kürzen. Zu streichen ist insbesondere die Vorgabe, dass „alle wesentlichen Vertragsbestandteile“ und alle Inhalte, die für die „Wiedergabe des Informationsstandes des Erklärenden“ bei Abgabe der Einwilligungserteilung relevant sind, zu dokumentieren sind (Rn. 62).

Entscheidend kann es nach § 7a Abs. 1 UWG nur sein, dass die vorherige Einwilligung dokumentiert wird. Der Gesetzgeber hat die Dokumentationspflicht nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung bewusst auf diese Einwilligung beschränkt.

Problematisch ist insbesondere die in den konsultierten Auslegungshinweisen verwendete Begrifflichkeit „alle wesentlichen Vertragsbestandteile“. Gerade bei Verträgen im Zusammenhang mit einer Finanzierung dürfte es weit über das Gebot der Datensparsamkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO hinausgehen, wenn das Kreditinstitut Daten zum Finanzierungswunsch eines Interessenten, zur Einkommens- und Vermögenssituation des Interessenten oder auch zum Wert der zu besichernden Immobilie nur aufgrund des Zusammenhangs mit einer Werbeeinwilligung dokumentieren und für 5 Jahre speichern würde. Auch ist es für die Frage der Wirksamkeit der Werbeeinwilligung weder erforderlich noch angemessen, wenn alle, teilweise etwa 20 Seiten langen Vertragsunterlagen bzw. Vertragsangebotsunterlagen nur zum Zwecke der angemessenen Dokumentation einer Werbeeinwilligung archiviert werden müssten.

Die konsultierten Auslegungshinweise sollten daher auch an dieser Stelle erheblich gekürzt werden und den werbenden Unternehmen deutlich größerer Spielräume einräumen. Der Hinweis in dem konsultierten Papier, dass sensible personenbezogene Daten, die in keinerlei inhaltlichem Zusammenhang mit der Einwilligungserteilung stehen, von der Dokumentation auszunehmen seien (z. B. Passwortdaten für den Zugang zu einem Kundenportal), ist aus datenschutzrechtlicher Sicht zu eng gefasst.

- **Zur Ziffer 2.3.2: Aufbewahrungsfrist nach Verwendung der Einwilligung**

Im Hinblick auf die Verlängerung der Aufbewahrungsfrist um 5 Jahre ab jedem Werbeanruf nach § 7a Abs. 2 UWG sollte es dem werbenden Unternehmen freigestellt werden, den Beginn dieser 5-Jahres-Frist ab dem einzelnen Werbeanruf oder aber erst ab Ende eines Kalenderjahres zu rechnen, in dem ein Werbeanruf erfolgt ist.

Insbesondere bei Bestandskunden und auf viele Jahre angelegten Vertragsbeziehungen ist es nicht unüblich, dass die Kunden während der Vertragslaufzeit zu neuen Produkten werblich angesprochen werden. Wenn die Aufbewahrungsfrist mit jeder Erteilung der Einwilligung und mit jeder Verwendung der erteilten Einwilligung jeweils taggleich neu zu laufen beginnen würde, würde dies zu einer immer weitergehenden Segmentierung des Kundenbestands in Bezug auf die Aufbewahrungspflichten führen. Denn aus jeder Werbemaßnahme ergäbe sich ein gesonderter Kundenbestand, für den eine neue Aufbewahrungsfrist beachtet werden müsste.

Für die Praxis wäre es eine enorme Erleichterung, wenn der Fristbeginn für alle unterjährigen Verwendungen einer Einwilligung alternativ auch einheitlich an das Ende dieses Kalenderjahres anknüpfen könnte. In diesem Fall würde ein Fristbeginn einheitlich für eine Vielzahl von Kunden gelten. Dies würde den werbenden Unternehmen auch die Möglichkeit eröffnen, Kunden im Hinblick auf den Fristbeginn nach entsprechenden Kalenderjahren zu unterteilen und gäbe einen klaren Anhaltspunkt, wann die Löschung der Kundendaten spätestens zu erfolgen hätte.

Der vorgeschlagene Fristbeginn mit dem Schluss eines Kalenderjahres ist angelehnt an die gesetzliche Regelung zum Beginn der Regelverjährung nach § 199 Abs. 1 BGB.

IV. Übergangsfrist

Vorsorglich möchten wir darauf hinweisen, dass für den Fall, dass die Bundesnetzagentur – trotz der o. g. Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip, die zwingend geltenden Vorgaben der DSGVO, die in spätestens drei Jahren geplante Evaluierung sowie die Bedenken aus der Praxis (vgl. hierzu unter I. bis III.) – an den konsultierten Auslegungshinweisen ohne deren grundlegende Revision festhalten sollte, aus Sicht der betroffenen Unternehmen eine angemessene Übergangsfrist oder jedenfalls Nichtbeanstandungsfrist erforderlich ist.

Sollten diese Auslegungshinweise zu einem zusätzlichen Dokumentationsaufwand im Hinblick auf die Werbeeinwilligung führen, wäre aufgrund der damit erforderlichen Programmierung von Datenfeldern, Abstimmen von neuen Arbeitsanweisungen für Mitarbeiter und Handlungsempfehlungen für selbständige Vertriebspartner sowie deren Schulung ein Umsetzungszeitraum von mindestens 12 Monaten erforderlich.

.