



Bundesverband
Digitalpublisher und
Zeitungsverleger

VDZ Verband Deutscher
Zeitschriftenverleger

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
Referat 513
Tulpenfeld 4, 53113 Bonn

Berlin, 30. November 2021

**Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Telefonwerbeeinwilligungen nach § 7 a UWG –
Konsultation zu den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur
Ihr Aktenzeichen: 513-EW Dok 21-Kon**

Der Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger e.V. (BDZV) vertritt als Spitzenorganisation die Interessen der Zeitungsverlage und digitalen Publisher in Deutschland und auf EU-Ebene. Über seine zehn Landesverbände gehören dem BDZV 286 Tageszeitungen mit einer Gesamtauflage von 14,3 Millionen verkauften Exemplaren sowie 13 Wochenzeitungen mit knapp einer Million verkauften Exemplaren an. Die Zeitungsverlage bieten darüber hinaus mehr als 600 digitale journalistische Angebote und Marken im Internet an.

Der Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e.V. (VDZ) ist der Dachverband der deutschen Zeitschriftenverlage. Er vertritt bundesweit insbesondere die Interessen der Publikumszeitschriften und Fachmedien. Die Mitgliedsverlage des VDZ geben insgesamt über 3.000 Zeitschriftentitel in gedruckter Form und digitalen Varianten heraus und verkörpern damit rund 90 % des deutschen Zeitschriftenmarktes. Über 95 % der VDZ-Mitglieder sind kleine oder mittlere Unternehmen.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, uns im Rahmen der Konsultation zu dem Entwurf der Auslegungshinweise zur Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Telefonwerbeeinwilligung nach § 7 a UWG äußern zu können.

I. Allgemein

Wir begrüßen die Veröffentlichung von Auslegungshinweisen, insbesondere zur Klarstellung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „angemessenen Dokumentation“. Wir müssen jedoch feststellen, dass die Adressaten des § 7 a UWG durch die getroffenen Anforderungen in ihrer unternehmerischen Tätigkeit stark beeinträchtigt werden. Der bürokratische Mehraufwand ist immens und vor allem für kleine und mittelständische Unternehmen sind die Anforderungen, welche sich aus den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur ergeben, neben dem Tagesgeschäft praktisch kaum umsetzbar. Zudem bedürfen einige Punkte der Klarstellung. Wir halten daher entscheidende Teile der Hinweise für nicht sachgerecht und überarbeitungsfähig.

II. Im Einzelnen

Im Einzelnen nehmen wir wie folgt Stellung:

Rz. 18

„Die Dokumentation muss daher vollständige, aussagekräftige, transparente und für außenstehende Dritte nachvollziehbare, wahrheitsgemäße, manipulationssichere sowie aktuelle Informationen insbesondere über die Art und Weise der Abgabe einer Werbeeinwilligung sowie deren Inhalt und Umfang enthalten.“

Die Forderung nach einer manipulationssicheren Dokumentation lehnen wir ab.

„Manipulationssicher“ ist ein äußerst hoher Maßstab und zu absolut formuliert, so dass dieses Kriterium nicht gewährleistet werden kann. Da jede Technik Schwachstellen und Angriffspunkte aufweist, gibt es letztlich keine manipulationssichere Technik. Wir schlagen daher eine einschränkende Formulierung vor, die sich an den Vorgaben der DSGVO orientiert, zum Beispiel „nach dem Stand der Technik“ im Sinne von Art. 25, 32 DSGVO (Anforderungen an die Datensicherheit im Sinne von Sicherung der Integrität der Daten, also Schutz vor Verlust, Vernichtung und Veränderung, Zugriffsrechte etc.).

Rz. 38

„Die Dokumentationspflicht bezieht sich daher auch auf den Widerruf bzw. sonstige Änderungen der Einwilligung in Telefonwerbung. Die Widerrufserklärung ist 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 gelten daher entsprechend.“

Eine Pflicht, den Widerruf der Einwilligung zu dokumentieren, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Vielmehr soll der Adressat des § 7 a UWG lediglich das Vorliegen einer Einwilligung zur Telefonwerbung nachweisen. Infolgedessen teilen wir die Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur nicht. Eine solche Interpretation entspricht lediglich dann dem Sinn und Zweck, wenn von der Einwilligung bereits Gebrauch gemacht wurde. In diesem Fall muss die Einwilligung weiterhin dokumentiert werden und darf nicht gelöscht werden. Wird die Einwilligung jedoch bereits vor dem erstmaligen Gebrauch widerrufen, kann die Einwilligung gelöscht werden. Eine solche Auslegung ist zudem nach Sinn und Zweck auch mit der DSGVO und dem Prinzip der Datensparsamkeit nach Art. 5 Abs. 1 c) DSGVO zulässig. Wir bitten daher diesbezüglich um Klarstellung in den Auslegungshinweisen.

Rz. 57 ff.

„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. Alle Gesprächsteilnehmer müssen in die Aufzeichnung vor ihrem Beginn durch eine eindeutige und freiwillige Handlung auf Basis ausreichender Informationen im Sinne des Datenschutzrechts eingewilligt haben.

(...)

Hat der Verbraucher der **Gesprächsaufzeichnung nicht zugestimmt**, darf eine solche auch nicht erfolgen. Die oben dargestellten Anforderungen an eine ordnungsgemäße Dokumentation können damit nicht durch die Anfertigung eines Voicefiles erfüllt werden. In einem solchen Fall ist die fernmündliche Erteilung der Werbeeinwilligung – vergleichbar mit der zuvor dargestellten Konstellation der online erteilten Werbeeinwilligung – auf anderem Wege zu bestätigen und zu dokumentieren. Wie dort bedarf es eines aussagekräftigen und manipulationssicheren Belegs darüber, dass die fernmündlich mitgeteilten Daten sowie die Erklärung der Werbeeinwilligung tatsächlich seitens des Verbrauchers erfolgt sind, auf den sie sich beziehen. Im Übrigen gelten insofern die gleichen Grundsätze wie beim Double-Opt-In-Verfahren.“

Hinsichtlich einer fernmündlich erteilten Werbeeinwilligung bringt die Bundesnetzagentur in ihren Auslegungshinweisen zum Ausdruck, dass die Aufzeichnung des Telefongesprächs (sog. Voicefile) das

übliche Vorgehen darstelle. Ein davon abweichendes Verfahren sei ausweislich der Auslegungshinweise hingegen nur möglich, sofern die Zustimmung zur Aufzeichnung nicht erteilt werde. Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur findet in der Praxis allerdings gerade keine standardmäßige Aufzeichnung der Telefongespräche statt. Vielmehr werden die Daten der Agenten bzw. telefonierenden Mitarbeiter erfasst und dokumentiert, ebenso wie die Daten der angerufenen Kunden. In Streitfällen können die Agenten sowie Mitarbeiter als Zeugen aussagen und ggf. eine eidesstattliche Versicherung abgeben.

Darüber hinaus nennt bereits der Gesetzesentwurf zu § 7 a UWG Voicefiles als nur eine mögliche Form der angemessenen Dokumentation. Hierbei handelt es sich gemäß des Wortlautes auf Seite 33 um eine beispielhafte und keinesfalls abschließende Aufzählung. Die Ausschließlichkeit, welche die Bundesnetzagentur hier zunächst fordert, widerspricht folglich der Intention des Gesetzgebers. Wir regen daher die Klarstellung der Gleichrangigkeit der verschiedenen Dokumentationsmöglichkeiten in den Auslegungshinweisen an. Das beschriebene Vorgehen der Unternehmen sollte als zulässige Alternative zu Voicefiles in den Hinweisen aufgenommen werden.

Darüber hinaus würde die zwingende Vorgabe zu Telefongesprächsaufzeichnung für die Unternehmen einen erheblichen Aufwand – sowohl finanziell als auch organisatorisch – bedeuten, ohne dass dies durch einen Mehrwert entschuldigt wäre.

Rz. 60, 73

„Um die **Integrität und Authentizität** der Aufnahme sicherzustellen, muss diese in einem **Format** dokumentiert werden, durch das die Originalaufzeichnung weder verändert noch gelöscht werden kann.“

„Beispiel: Wurde eine Werbeeinwilligung fermündlich erteilt und diese Erteilung ordnungsgemäß als Voicefile dokumentiert, muss die Aufnahme auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert werden, sodass sie erneut abgespielt und kopiert werden kann. Die Aufbewahrung hat zudem in einem Format zu erfolgen, durch das die Originalaufzeichnung weder verändert noch gelöscht werden kann. Durch die Unveränderlichkeit der Aufzeichnung soll dabei insbesondere der Missbrauchsgefahr des sog. manipulativen Tapings (vgl. oben) begegnet werden.“

Die Integrität und Authentizität der Voicefiles soll dadurch sichergestellt werden, dass ein Format der Aufzeichnung gewählt wird, das „weder verändert noch gelöscht werden kann.“ Diese Anforderung kollidiert unserer Ansicht nach mit dem Löscherfordernis aus der DSGVO (vgl. Art. 17 DSGVO). Auch Voicefiles, die der Nachweispflicht dienen, müssen irgendwann, frühestens nach Ablauf der Aufbewahrungspflicht, gelöscht werden. Auch hier ist die Formulierung zu absolut gewählt. Wir schlagen daher vor, den Begriff „löschen“ durch „Schutz der Integrität der Voicefiles“ zu ersetzen und gleichzeitig auf die bestehenden gesetzlichen Löschpflichten aus der DSGVO hinzuweisen.

Rz. 81

„Sind die Daten zur Erreichung der Zwecke, für die sie erhoben oder verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig, sind sie grundsätzlich gem. Art. 17 Abs. 1 lit. a) DSGVO unverzüglich zu löschen. Die Aufbewahrungspflicht entfällt fünf Jahre nach der letzten Verwendung der Einwilligung, § 7a Abs. 2 Satz 1 UWG. In den meisten Fällen dürfte danach eine weitere Aufbewahrung nicht mehr erforderlich sein, so dass die Aufbewahrungspflicht von einer **Löschpflicht** abgelöst wird. Etwaige Aufbewahrungspflichten aufgrund anderer Rechtsnormen – etwa des Handels- oder Steuerrechtes – bleiben unberührt.“

Ausweislich der Auslegungshinweise der Bundesnetzagentur müssen Daten, die fünf Jahre nicht verwendet werden, grundsätzlich gelöscht werden. Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur kann unserer Meinung nach bei dieser Konstellation keine Löschpflicht bestehen. Ist die Einwilligung ad infinitum erteilt, darf sie auch ad infinitum aufbewahrt werden, damit das Unternehmen die Einwilligung beweisen kann. Ist die Einwilligung hingegen widerrufen worden, so hat der Adressat des § 7 a UWG die Daten – ggf. nach Ablauf der Aufbewahrungspflichten (vgl. unsere Ausführungen auf Seite 3) – zu löschen.

Rz. 87

„Das Inkrafttreten von § 7a UWG wirkt sich zunächst nicht auf den materiellen Gehalt einer solchen „Alteinwilligung“ aus, d.h. hat eine Person zuvor tatsächlich wirksam in Werbeanrufe eingewilligt, so darf sie für Werbeanrufe im Bereich dieser Einwilligung grundsätzlich angerufen werden. Fehlt jedoch eine gesetzeskonforme Dokumentation, so stellt dies nicht nur eine eigene Ordnungswidrigkeit dar, sondern wird sich auch auf den Nachweis der Einwilligungssituation in einem eventuellen Bußgeldverfahren wegen unerlaubter Telefonwerbung auswirken.“

Die Bundesnetzagentur zieht hier scheinbar ihren Grundgedankengang aus dem Grundgedankengang der DSGVO zu Einwilligungen heran und nimmt so quasi eine Art Zirkelschluss vor. Aus dem Gesetz ergibt sich die sehr weite Auslegung zur gesetzeskonformen Dokumentation von Alteinwilligungen jedoch nicht. Auch der Gesetzesentwurf lässt nicht auf die weite Auslegung schließen, so dass diese Interpretation gesetzlich nicht gefordert ist und somit ein „qualitatives Mehr“ darstellt. Zudem sind die Anforderungen, die die Bundesnetzagentur an die Erfüllung der Dokumentationspflicht gemäß den Auslegungshinweisen fordert, um ein Vielfaches höher als die Anforderungen, welche sich aus der DSGVO ergeben. Die Annahme einer „Analogie“ verbunden mit der Folge sämtliche Alteinwilligungen zu prüfen und ggf. zu ergänzen, ist dementsprechend unverhältnismäßig.

Kontakt:

Dr. Sonja Boss, Justiziarin BDZV
T. +49 (0) 30 726298-230@
boss@bdzv.de

Dirk Platte, Justiziar VDZ
T. +49 (0) 30 726298-130
d.platte@vdz.de