

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]**.

Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V. (DSGV)
für die Deutsche Kreditwirtschaft (DK)
Kürzel: „DK“

Dr. Daniel Bohne
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) / Referent beim DSGV

30.11.2021

[Unternehmens- /Verbandsname und -kürzel eintragen]

[Name und Funktion des Stellungnehmenden eintragen]

[Datum eintragen]

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
DK	1 ff.	<p>Die Bundesnetzagentur (nachf. „BNetzA“) vertritt in der Konsultationsfassung der Auslegungshinweise ein nach dem Eindruck der Deutschen Kreditwirtschaft („DK“) sehr weites Verständnis von der neuen Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht gemäß § 7a UWG. Die Interpretation der BNetzA legt der werbenden Wirtschaft erhebliche Belastungen auf, die zum Teil über den Wortlaut von § 7a UWG hinausgehen.</p> <p>Die DK weist zudem im Ausgangspunkt darauf hin, dass Dreh- und Angelpunkt der zulässigen Telefonwerbung die vorherige ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers ist, nicht deren Dokumentation. Die Dokumentation der Einwilligung ist der Einwilligung selbst lediglich nachgelagert, und zwar nicht nur zeitlich, sondern auch in ihrer „Wertigkeit“. Die Dokumentationspflicht soll der BNetzA die Verfolgung unerlaubter Telefonwerbung erleichtern, aber die (wegen Vorliegens der Einwilligung gerade zulässige) Telefonwerbung nicht (unnötig) erschweren oder gar praktisch unmöglich machen. In</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>diesem Zusammenhang ist ferner zu berücksichtigen, dass die Anforderungen des § 7a UWG für ein breites Spektrum ggf. als Telefonwerbung im Sinne des UWG zu qualifizierender Formen telefonischer Kontakte mit Kunden gelten können (wie etwa Kontakte im Rahmen der Kundenbeziehung/-beratung) und deshalb auch die Dokumentation der Einwilligungen sich diesen unterschiedlichen Formen der Kontakte anpassen müssen. Vor diesem Hintergrund dürfen die Dokumentationspflichten nicht zu starr verstanden werden.</p>
DK	2	<p>In Randnummer 2 der Auslegungshinweise ist festgehalten, dass die neuen Regelungen zur Dokumentation der Einwilligung der Verbraucher in die Telefonwerbung unmittelbar seit dem 01.10.2021 gelten. Wegen des gleichzeitigen Fehlens einer Übergangsregelung können – das sehr weite Verständnis der BNetzA zu § 7a UWG unterstellt – zusätzliche Belastungen in Gestalt eines erheblichen Zeitdrucks auf die werbenden Unternehmen zukommen. Wir verweisen wegen einer wünschenswerten zurückhaltenden Handhabung innerhalb einer Übergangsphase auf unsere Anmerkungen weiter unten (insbesondere zu Randnummer 91).</p> <p>Randnummer 2 geht zudem auf den Hintergrund und Zweck der Auslegungshinweise ein, indem klargestellt wird, dass diese der Erläuterung des Regelungsgehalts von § 7a UWG dienen und zudem die Adressaten der Pflichten über die künftige behördliche Verfahrensweise informieren sollen. Nach unserem Verständnis greifen die Auslegungshinweise damit die in der Gesetzesbegründung angesprochene Möglichkeit der BNetzA auf, als zuständige Behörde Hinweise zu veröffentlichen, wie der unbestimmte Rechtsbegriff der „angemessenen Dokumentation“ ausgelegt wird. Insoweit dürften die Auslegungshinweise vorrangig der Erläuterung der eigenen Verwaltungspraxis dienen.</p>
DK	9	<p>Die Auslegungshinweise gehen zu Recht davon aus, dass es grundsätzlich den mit Telefonanrufen Werbenden freisteht, für ihr Unternehmen geeignete Methoden auszuarbeiten, um die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht in ihre Abläufe einzubauen. Die DK plädiert dafür, diesen – angesichts der vielfältigen Formen des Telefonkontaktes zu Kunden und den hier umsetzbaren Formen der Dokumentation der Einwilligung – sachgerechten Ansatz auch grundsätzlich zu verfolgen, d.h. auch in Bezug auf die von § 7a UWG umfassten (Teil-)Pflichten selbst, nicht nur auf die in den Unternehmen zu etablierenden Prozesse zu deren Beachtung.</p> <p>Die DK plädiert daher für einen flexibleren Ansatz und für mehr Eigenverantwortung der Werbenden bei der Beachtung von § 7a UWG. Zu berücksichtigen ist, dass sich § 7a UWG seinem Wortlaut und seiner Konzeption zufolge an bereits rechtstreue Werbende wendet, und zwar solche, die eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des umworbenen Verbrauchers eingeholt haben. Eine zu weitgehende und/oder starre Handhabung der nachgelagerten Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht des § 7a UWG und der Ordnungswidrigkeitsvorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG widerspricht dem vorgenannten Umstand. Bereits in ihrer Stellungnahme zum Gesetz für faire Verbraucherverträge hatte die DK zudem darauf hingewiesen, dass die werbenden Unternehmen bereits aus Eigeninteresse eine Dokumentation der Einwilligung</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		in die Telefonwerbung vorhalten werden, um im Falle einer streitigen Auseinandersetzung um eine solche Einwilligung den Nachweis führen zu können. Eine zu weitgehende Interpretation von § 7a UWG sollte auch aus diesem Grund unterbleiben.
DK	10	<p>Nach Auffassung der BNetzA müssen sowohl der Auftraggeber als auch der Dienstleister, der die Werbeanrufe im Auftrag ausführt (Callcenter), die Einwilligungserklärung dokumentieren, weil beide im Sinne von § 7a Abs. 1 UWG mit einem Telefonanruf werben würden. Die BNetzA verweist zur Begründung unter anderem auf Rechtsprechung des Amtsgerichts Bonn, wonach auch ein Callcenter mit einem Bußgeld wegen unerlaubter Telefonwerbung belegt werden kann.</p> <p>§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG enthält (weiterhin) keine Grundlage dafür, dass eine Einwilligungserklärung des Verbrauchers auch gegenüber dem Dienstleister erteilt werden muss, der im Auftrag des werbenden Unternehmens die Telefonwerbung durchführt. Der Verweis der BNetzA auf die Rechtsprechung des Amtsgerichts Bonn betrifft lediglich die Frage, ob ein Dienstleister Adressat eines Bußgeldbescheides sein kann, wenn er werbliche Telefonanrufe im Auftrag eines Unternehmers durchführt, der von den angerufenen Verbrauchern keine Einwilligung dazu erhalten hat. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Adressaten der Einwilligungserklärung und dem Adressaten eines Bußgeldbescheides.</p> <p>Soweit – nach Auffassung der BNetzA – im Anwendungsbereich des § 7a Abs. 1 UWG eine Dokumentation auch durch den Dienstleister erforderlich ist, kann sich diese Dokumentationspflicht nur auf eine dem Unternehmer/Auftraggeber gegenüber erteilte Einwilligungserklärung beziehen. Demnach müssten dem Dienstleister die Einwilligungserklärungen der anzurufenden Verbraucher übergeben werden, um von diesem Dienstleister aufbewahrt werden zu können.</p> <p>Jedenfalls die Begründung der BNetzA, auch der Dienstleister (Callcenter) werbe i.S.v. § 7a Abs. 1 UWG mit einem Telefonanruf, würde unseres Erachtens dazu führen, dass bereits in der Einwilligung zur Telefonwerbung der Dienstleister benannt werden muss, der später die Telefonwerbung im Auftrag des werbenden Unternehmens durchführt. Beim Wechsel des Dienstleisters müsste dann eine neue Einwilligung vom Verbraucher eingeholt werden. Das ist von § 7a UWG aber ersichtlich nicht gewollt.</p>
DK	14	<p>In Randnummer 14 findet sich der Satz: „Werbeeinwilligungen, die den gesetzlichen Anforderungen der Dokumentation und Aufbewahrung nicht genügen, dürfen Werbeanrufen bei Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht zugrunde gelegt werden.“ Wir regen an, den zitierten Satz zu streichen.</p> <p><u>Begründung:</u> Der zitierte Satz ist zumindest missverständlich formuliert. Zulässig nach der gesetzlichen Konzeption sind Werbeanrufe bei Verbrauchern, wenn diese ihre vorherige ausdrückliche Einwilligung erteilt haben (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Die Zulässigkeit eines Werbeanrufs hängt nicht von einer Dokumentation ab, sondern von der Existenz der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung. Speziell die Dokumentationspflicht des § 7a UWG ist der vorherigen ausdrücklichen</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Einwilligung als solcher nachgelagert, d.h. die Dokumentationspflicht setzt das Bestehen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung voraus. Die Dokumentation mag eine Frage des ggf. notwendig werdenden Nachweises einer vorher erteilten Einwilligung sein. Sie ist aber nicht Voraussetzung der Wirksamkeit der Einwilligung selbst.</p> <p>Die BNetzA sieht dies an anderer Stelle (Randnummer 20) ebenso, wo es heißt: „Die vorherige Erteilung der Einwilligung in Telefonwerbung ist die entscheidende Grundlage für die Rechtmäßigkeit von Werbetelefonie gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern.“ Dieser Aussage stimmen wir zu. Vgl. auch Randnummer 87 der Auslegungshinweise, wo es heißt: „d.h. hat eine Person zuvor tatsächlich wirksam in Werbeanrufe eingewilligt, so darf sie für Werbeanrufe im Bereich dieser Einwilligung grundsätzlich angerufen werden.“ Diese Unterscheidung zwischen Einwilligung einerseits und Dokumentation der Einwilligung andererseits wird auch an den unterschiedlichen Bußgeldtatbeständen deutlich.</p>
DK	32	<p>Nach Auffassung der BNetzA ist der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung mit genauer Uhrzeit zu dokumentieren, wobei die Angabe der Uhrzeit entfallen kann, wenn „z.B. der Erklärende dem Erklärungsempfänger die Werbeeinwilligung auf dem Postweg zuleitet“. Danach wäre die Erfassung der (genauen) Uhrzeit die Regel und nur ausnahmsweise bei postalischer Übermittlung verzichtbar. Dies ist aus unserer Sicht wiederum zu eng. Zunächst muss ein Verzicht auf die Dokumentation der Uhrzeit bei jeder Form der schriftlich oder in Textform erfolgten Einwilligung gelten. Zudem darf die Nichterfassung der Uhrzeit nicht automatisch als Indiz für die Unwirksamkeit der Einwilligung gewertet werden können. Ferner muss angemessen berücksichtigt werden, dass Angaben zur genauen Uhrzeit im Zusammenhang mit „Alteinwilligungen“ überhaupt nicht vorliegen und auch nicht mehr rekonstruierbar sein werden (vgl. Randnummer 88).</p>
DK	37 ff.	<p>Die Auslegungshinweise fordern eine Dokumentation des Widerrufs oder einer Änderung der Einwilligung, und zwar „in gleicher Granularität“ (Randnummer 38) wie die Einwilligung selbst. Wir plädieren dafür, dieses Erfordernis ersatzlos zu streichen.</p> <p><u>Begründung:</u> Die Dokumentation des Widerrufs oder einer Änderung der Einwilligung ist vom Wortlaut des § 7a UWG nicht gedeckt. Danach ist allein die „vorherige ausdrückliche Einwilligung“ zu dokumentieren. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Dokumentationspflicht bußgeldbewehrt ist, muss sie dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge tun. Das ist bei § 7a UWG aber nur dann der Fall, wenn die dortige Pflicht allein für die eigentliche Einwilligung besteht und in der Rechtsanwendung nicht auf den Widerruf oder eine Änderung der Einwilligung ausgedehnt und damit überdehnt wird. Wir weisen darauf hin, dass auch die von der BNetzA mehrfach angeführte Dokumentations- bzw. Nachweispflicht gemäß Art. 7 Abs. 1 DSGVO gerade nicht für den Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung gilt, d.h. der Widerruf muss nicht gleichfalls nachgewiesen werden. Dies ist besonders wichtig, wenn man – wie auch die BNetzA (vgl. Randnummer 5) – in § 7a UWG eine branchenspezifische Konkretisierung der in Art. 7 Abs. 1 DSGVO geregelten Nachweispflicht für daten-</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>schutzrechtliche Einwilligungen erblickt. § 7a UWG kann dann nicht über das hinausgehen, was Art. 7 Abs. 1 DSGVO verlangt. Die Dokumentation eines Widerrufs sehen aber selbst Datenschutzbehörden allenfalls als Teil der allgemeinen Rechenschaftspflicht gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO, nicht aber als Teil der Nachweispflicht des Art. 7 Abs. 1 DSGVO (vgl. BayLfD: Aktuelle Kurz-Information 8: Aufbewahren von Einwilligungen (datenschutz-bayern.de), Stand 01.09.2021).</p>
DK	43-44	<p>Nach vorläufiger Auffassung der BNetzA sollen auch die einzelnen konkret durchgeführten Werbeanrufe unter die Dokumentationspflicht fallen. Die DK sieht auch diese Forderung nicht von § 7a UWG gedeckt und regt dringend die Streichung der entsprechenden Passagen in den Auslegungshinweisen an.</p> <p><u>Begründung:</u> Der Wortlaut von § 7a UWG verpflichtet nur für die Einwilligung in die Telefonwerbung zur Dokumentation. Der einzelne Werbeanruf, der die Einwilligung lediglich nutzt, ist selbst keine Einwilligung.</p> <p>Das Verständnis der BNetzA ist vor dem Hintergrund, dass ein Verstoß gegen § 7a UWG eine Ordnungswidrigkeit darstellt, auch unter Bestimmtheitsaspekten zu weit (s.o.). Das gilt insbesondere deshalb, weil nicht jeder Anruf bei einem Kunden ein Werbeanruf ist und diese Frage im Einzelfall sehr problematisch sein kann, insbesondere, sofern der Anruf innerhalb einer laufenden Vertragsbeziehung mit dem Kunden erfolgt und nur der Vertragserfüllung dienen soll. Eine verpflichtende Dokumentation des einzelnen Werbeanrufes trifft daher speziell in der Bankpraxis auf erhebliche Schwierigkeiten. Der Begriff der Werbung wird regelmäßig sehr weit verstanden, so dass nicht nur zentralgesteuerte Werbekampagnen, sondern auch Telefonanrufe im laufenden Kundenkontakt den Tatbestand der Telefonwerbung erfüllen können. Eine Vielzahl von Fällen im „Graubereich“ sind denkbar (z.B. Sicherheitsabfragen wegen unklarer Zahlungsverkehrsvorfälle, Pflichtinformationen zum Ablauf der Zinsbindung bei Immobilienverbraucherdarlehen inklusive einem Pflichtangebot, Hinweise zum Auslauf einer Gebührenbefreiung, Anrufe zwecks Vereinbarung eines Beratungsgesprächs). Sicher ausgeschlossen ist in diesen Fällen die Einstufung als Werbeanruf wegen des weiten Verständnisses von Werbung nicht. Es kann im Einzelfall vielmehr sehr große Unsicherheit bestehen, ob ein einzelner Anruf als Werbeanruf im Kontext von § 7a UWG zu dokumentieren wäre oder eben nicht, weil es sich gerade nicht um Werbung handelt, die eine Einwilligung nutzt. Das wird bereits bei der Berechnung der fünfjährigen Aufbewahrungsfrist aller Voraussicht nach zu Problemen und Unsicherheiten führen. Dann aber muss dem einzelnen Anruf beim Kunden jedenfalls das „Damoklesschwert“ der Ordnungswidrigkeit erspart bleiben, indem der Anruf beim Kunden nicht unter die Dokumentationspflicht gefasst wird. Insbesondere Anrufe innerhalb der laufenden Vertragsbeziehungen würden durch eine von der BNetzA gegen den Wortlaut von § 7a Abs. 1 UWG geforderte Dokumentationspflicht, zumal auch zum Inhalt des Anrufes (Randnummer 49), erheblich erschwert.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
DK	53	<p>In Randnummer 53 findet sich folgender letzter Satz: „Die oben aufgeführten allgemeinen Hinweise sind in jedem Fall zu berücksichtigen.“ Wir regen an, einen klarstellenden Einschub vorzunehmen (fett hervorgehoben): „Die oben aufgeführten allgemeinen Hinweise sind in jedem Fall zu berücksichtigen, es sei denn, aus der nachfolgenden Darstellung zu gängigen Einwilligungsformen ergibt sich etwas Anderes.“</p> <p><u>Begründung:</u> Nicht alle Anforderungen, die bei der Darstellung der gängigen Einwilligungsformen Erwähnung finden, sind mit den allgemeinen Hinweisen „kompatibel“. Dies gilt z.B. für den Umstand, dass die allgemeinen Hinweise ausdrücklich die Dokumentation der Uhrzeit fordern (Randnummer 32), mit Ausnahme des beispielhaft genannten Falles, dass die Einwilligungserklärung auf dem Postweg übermittelt wird. Bei der schriftlich erteilten Einwilligung, (vgl. Randnummer 62) soll aber generell, nicht nur bei deren Übermittlung per Post, lediglich das Datum, jedoch gerade nicht die Uhrzeit zu dokumentieren sein. Letzteres ist auch sinnvoll, da z.B. schriftlich auszufüllende Einwilligungsformulare regelmäßig keine Erfassung der Uhrzeit ermöglichen, sondern nur ein Feld für das Datum vorsehen. Um Widersprüche im Verständnis der Auslegungshinweise von vornherein zu vermeiden, bitten wir daher um eine Ergänzung in Randnummer 53, wie vorgeschlagen.</p>
DK	57	<p>Satz 1 dieser Randnummer erhebt die Sprachaufzeichnung einer telefonisch erteilten Werbeeinwilligung mittels Voicefile zum Regelfall für die Dokumentation telefonisch erteilter Werbeeinwilligungen. Die Aufzeichnung mittels Voicefile sollte allerdings nicht als Regelfall, sondern allenfalls als eine unter mehreren geeigneten Dokumentationsformen angesehen und in den Auslegungshinweisen entsprechend dargestellt werden. Wir regen eine Klarstellung in diesem Sinne an.</p> <p><u>Begründung:</u> Zunächst ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Sprache und deren Aufzeichnung um ein biometrisches Datum (vgl. Art. 9 Abs. 1 DSGVO) und damit auch einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Verbraucher handelt. Dessen Erhebung sollte deshalb sehr zurückhaltend gehandhabt werden (Grundsatz der Datenminimierung, Art. 5 Abs. 1 c DSGVO).</p> <p>Zwar sind Institute der Kreditwirtschaft aufgrund der gesetzlichen Anforderungen im speziellen Bereich der telefonischen Wertpapierberatung mit der technischen Aufzeichnung von Gesprächen vertraut (vgl. § 83 WphG). Allerdings betrifft dies eben nur diesen speziellen Bereich. Ein flächendeckender Einsatz für alle Bereiche, in denen es zu telefonischen Kontakten und ggf. Einwilligungserklärungen kommen kann, wäre unverhältnismäßig und auch praktisch nur mit erheblichem Aufwand umsetzbar. Die Softwareanwendungen in der Kreditwirtschaft (sog. Kernbankensysteme) unterliegen sehr hohen Sicherheitsanforderungen. Jede Ergänzung muss mit Augenmaß vorgenommen werden und alle sicherheitsrelevanten Aspekte im Blick haben. Nicht nur die Einrichtung, sondern auch der Unterhalt solcher Systeme verursachen zudem hohe Kosten (nicht zuletzt Speicherkosten). Sie setzen generell eine erhöhte technische Ausstattung (Software, ggf. Hard-</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>ware) der die Einwilligung entgegennehmenden Personen bzw. Unternehmen voraus, um die Sprachaufzeichnung vorzunehmen und dauerhaft zu speichern. Eine Pflicht zur Einrichtung und zum Betrieb einer entsprechenden Infrastruktur wäre daher mit unverhältnismäßigen Belastungen verbunden.</p> <p>Die in den Auslegungshinweisen angelegte Betrachtung der Aufzeichnung mittels Voicefile als Regelfall zielt demzufolge offenbar allein auf professionelle Anbieter im Bereich des Telefonmarketings ab. Darauf deutet hin, dass in den weiteren Randnummern (58 f.) allein Callcenter und deren Mitarbeiter genannt werden.</p> <p>Es ist aber – wie dargelegt – durchaus üblich und zu erwarten, dass Einwilligungen auch außerhalb der professionellen Anbieter im Bereich des Telefonmarketings fernmündlich erteilt werden. Werbende müssen daher auch ohne entsprechende technische Ausstattung die Möglichkeit haben, diese telefonische Werbeeinwilligung angemessen zu dokumentieren. Ebenso wie Voicefiles sind daher z.B. auch Gesprächsprotokolle in Schrift- oder Textform oder die postalisch oder über ein elektronisches Postfach versandte Bestätigung einer telefonisch erteilten Einwilligung geeignete und demzufolge auch angemessene Dokumentationsmittel. Diese Dokumentationsmittel sind keinesfalls der Voicefile-Aufzeichnung nachrangig. Dies sollte in den Auslegungshinweisen klargestellt werden.</p>
DK	62	<p>Randnummer 62 enthält Erläuterungen zur schriftlich erteilten Telefonwerbeeinwilligung. Danach soll es nicht ausreichen, wenn lediglich die Einwilligungsklausel dokumentiert wird, es seien vielmehr alle wesentlichen Vertragsbestandteile in die Dokumentation aufzunehmen. Wir regen an, wesentliche Vertragsdokumente von der Dokumentationspflicht auszunehmen.</p> <p><u>Begründung:</u> Es ist zunächst unklar, was „wesentliche Vertragsdokumente“ im Einzelfall sind. Diese Unsicherheit sollte nicht auf die Werbetreibenden abgewälzt werden, zumal eine Bußgeldbewehrung im Raum steht.</p> <p>Unabhängig davon besteht kein sachlicher Anlass, Vertragsbestandteile außerhalb der Einwilligung im Kontext von § 7a UWG zu dokumentieren. Entscheidend ist die Dokumentation der Einwilligung, so wie vom Gesetz gefordert. Ob die Einwilligung z.B. bei Abschluss eines Zahlungsdiensterahmenvertrages oder eines Kreditvertrages erteilt wird, ist unerheblich. Dies muss zumindest für Fälle gelten, in denen ein gesondertes Einwilligungsdokument vom Verbraucher unterzeichnet wird. Die Berücksichtigung dieses Vorschlages würde sich zudem in Übereinstimmung mit Randnummer 57 befinden (Aufzeichnung telefonischer Einwilligung mittels Voicefile). Dort ist die Aufzeichnung des Gesprächsabschnitts vorgesehen, der die Einwilligung betrifft, nicht jedoch mehr.</p>
DK	62	<p>In Randnummer 62 heißt es zur schriftlich erteilten Telefonwerbeeinwilligung außerdem, dass „alle Inhalte, die für die Wiedergabe des Informationsstandes des Erklärenden bei Abgabe der Einwilligungserteilung relevant sind sowie die grafische Gestaltung, [...] originalgetreu wiederzugeben“ seien.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Wir regen an, an dieser Stelle aufzunehmen, dass die originalgetreue Wiedergabe nicht die Dokumentation des schriftlichen Originaldokuments erfordert, sondern eine angemessene Dokumentation ebenso durch einen Scan des schriftlichen Dokuments und dessen Speicherung erreicht wird. Das Originaldokument kann in letztgenanntem Fall auch vernichtet werden. Dem werbenden Unternehmer sollte hier Flexibilität im Umgang mit dem Original gegeben werden (ggf. ist Randnummer 98 anzupassen). Eine digitalisierte schriftliche Einwilligung ist ebenso sicher, wie eine digitalisierte telefonische Einwilligung per Voicefile.
DK	74	Die Ausrichtung der Aufbewahrungspflicht des § 7a Abs. 1, 2 S. 1 UWG an den Vorgaben an die Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten im Bereich der Wertpapierberatung erscheint als zu streng . Wertpapiergeschäfte sind ein nicht alltäglicher Vorgang, der auch mit finanziellen Risiken verbunden sein kann. Der Frage der Aufklärung über diese Risiken kommt eine große Bedeutung zu. Die Einwilligung in die Telefonwerbung, regelmäßig für Produkte außerhalb des Wertpapierbereichs, ist nicht gleichfalls sensibel. Die Anlegung derselben Maßstäbe ist daher nicht verhältnismäßig.
DK	81	In Randnummer 81 ist eine Löschpflicht hinsichtlich der aufbewahrten Telefonwerbeeinwilligung nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist angesprochen. Wir regen an, die entsprechende Randnummer bzw. Passage zu streichen. <u>Begründung:</u> Äußerungen zu einer datenschutzrechtlichen Löschpflicht dürften außerhalb der Zuständigkeit der BNetzA im Kontext von § 7a UWG liegen. Auf entsprechende Ausführungen sollte daher vorsorglich verzichtet werden. Ob eine Löschpflicht nach Ablauf von fünf Jahren tatsächlich besteht, ist auch durchaus zweifelhaft. Hierfür bedürfte es eine ausdrückliche Löschanordnung. Der in der Gesetzesbegründung zu § 7a UWG zitierte § 83 Abs. 8 WphG statuiert in dessen Satz 2 eine ausdrückliche Löschpflicht nach Ablauf von fünf Jahren. Eine vergleichbare gesetzliche Löschanordnung fehlt in § 7a Abs. 2 UWG allerdings. Die fehlende Löschanordnung sieht sich vielmehr in Übereinstimmung mit § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG. Danach handelt ordnungswidrig, wer die Einwilligung nicht mindestens fünf Jahre aufbewahrt. Eine längere Aufbewahrung ist also nicht bußgeldbedroht.
DK	84 ff.	In den Randnummern 84 ff. finden sich Erläuterungen zum praktisch relevanten Fall der sog. „Alteinwilligungen“. Wir regen an, diese Erläuterungen nochmals zu durchdenken und verweisen auf die nachfolgenden Erwägungen. Besondere „Brisanz“ steckt im Thema der Alteinwilligungen vor allem wegen des auch von der BNetzA in Randnummer 84 erwähnten Umstands, dass die §§ 7a, 20 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UWG unmittelbar zum 01.10.2021 in Kraft getreten sind und es gleichzeitig an einer gesetzlichen Übergangsvorschrift fehlt. Wegen dieser besonderen Konstellation und den sich daraus mutmaßlich ergebenden Problemen verweisen wir bereits an dieser Stelle auf unsere Anmerkungen zu Randnummer 91.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
DK	87	Die DK stimmt zunächst der Ansicht der BNetzA in Randnummer 87 zu und begrüßt die Aussage, dass die Alteinwilligungen materiell wirksam bleiben und weiterhin genutzt werden können. Das Gegenteil hätte einen erheblichen Umstellungsaufwand der werbenden Unternehmen zur Folge, die – bereits wirksam eingeholte – ausdrückliche Einwilligungen erneut von Verbrauchern einholen müssten.
DK	87	<p>In Randnummer 87 findet sich aber ebenso die Aussage, „Fehlt jedoch eine gesetzeskonforme Dokumentation, so stellt dies [...] eine eigene Ordnungswidrigkeit dar, [...]“. Wir regen an, den zitierten Teilsatz zu streichen.</p> <p><u>Begründung:</u> Der zitierte Teilsatz ist zumindest missverständlich formuliert. Denn er suggeriert, die fehlende Dokumentation der Alteinwilligung stelle eine Ordnungswidrigkeit dar. Eine vor dem 01.10.2021 eingeholte Einwilligung, die aber nicht den ab dem 01.10.2021 geltenden Dokumentationsanforderungen entspricht, stellt indes keine Ordnungswidrigkeit dar. Wie in Randnummer 91 der Auslegungshinweise selbst ausgeführt wird, ist eine rückwirkende Dokumentation einer früheren Einwilligung tatsächlich unmöglich.</p>
DK	88	In Randnummer 88 wird für Alteinwilligungen eine Nachholung der Einwilligung nach Maßstäben des § 7a UWG verlangt, bevor ein Werbeanruf erfolgt. Dies stellt letztlich eine Dokumentationspflicht für Alteinwilligungen „durch die Hintertür“ dar und ist mit dem Wortlaut des § 7a UWG nicht vereinbar, zumal der Werbeanruf selbst nach dem Wortlaut des § 7a UWG auch nicht zu dokumentieren ist (s.o.).
DK	91	<p>In Randnummer 91 ist ausgeführt, dass die BNetzA solche Fälle nicht zur Grundlage eines Bußgeldverfahrens machen wird, in denen eine Einwilligung vor dem 01.10.2021 eingeholt worden ist. Die DK begrüßt dieses Verständnis. Es ist sachlich gerechtfertigt und sieht sich in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von § 7a Abs. 1 UWG.</p> <p>Dieses Verständnis sollte aber generell für Alteinwilligungen gelten, wenn sich auf diese gestützt wird. Abgesehen davon, dass z.B. der Widerruf der Einwilligung oder auch der einzelne Werbeanruf vom Wortlaut des § 7a Abs. 1 UWG nicht umfasst sind und damit generell der Dokumentationspflicht nicht unterfallen (s.o.), sollte klargestellt werden, dass jedenfalls bei Alteinwilligungen diese Dokumentationsanforderungen nicht gelten. Das Gegenteil würde eine – bereits angesprochene – Dokumentationspflicht „durch die Hintertür“ bedeuten, obwohl der Gesetzgeber jedenfalls Alteinwilligungen in Gänze ersichtlich ausnehmen wollte. Alteinwilligungen muss ein Bestandsschutz zukommen.</p> <p>Sollte die BNetzA an ihrer Ansicht festhalten und auch Alteinwilligungen, sofern sie nach dem 01.10.2021 genutzt werden, von § 7a UWG erfasst sehen, so regen wir dringend an, angesichts der fehlenden gesetzlichen Übergangsvorschrift innerhalb einer Übergangsphase – jedenfalls bei Alteinwilligungen – vom Aufgreifer messen nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Eine solche Übergangsphase für Alteinwilligungen sollte bis zu drei Jahre nach Inkrafttreten des § 7a UWG, also</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>bis zum 30.09.2024 gehandhabt werden. Den werbenden Unternehmen muss die Möglichkeit gegeben werden, Alteinwilligungen, sofern die BNetzA bei ihrem weiten Verständnis bleibt, auf die besonderen Voraussetzungen des § 7a UWG zu überprüfen und ggf. Anpassungen vorzunehmen (inkl. eventuell erforderlich werdender Bestätigungen älterer Einwilligungen). Ein Umstellungsaufwand kann auch nicht unter Verweis auf Art. 7 Abs. 1 DSGVO und die bereits heute bestehenden datenschutzrechtlichen Dokumentationspflichten verneint werden (so aber offenbar Randnummern 84 f.). Andernfalls würde man § 7a UWG jeglichen eigenen Regelungsgehalt von vornherein absprechen und sich die Frage nach dem Sinn der Vorschrift stellen.</p> <p>Allerdings ist nicht nur bei Alteinwilligungen das unmittelbare Inkrafttreten der §§ 7a, 20 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UWG problematisch, sondern auch bei Einwilligungen, die nach dem 01.10.2021 eingeholt worden sind bzw. werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die BNetzA an ihrem weiten Verständnis zu den von § 7a UWG umfassten Pflichten trotz der hier vorgebrachten Bedenken festhalten sollte. Wir regen daher dringend an, nicht nur im Falle von Alteinwilligungen, sondern auch darüber hinaus innerhalb einer Übergangsphase vom Aufgreifermessen nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. Entsprechende Ausführungen in den Auslegungshinweisen wären sehr wünschenswert. Auf diese Weise sollte es den werbenden Unternehmen ermöglicht werden, interne Prozesse zu überprüfen und ggf. anzupassen.</p>
DK	92	<p>Randnummer 92 gibt ein Beispiel für die in Randnummer 91 dargestellte Auffassung der BNetzA. Der Fall ist so gebildet, dass Anrufe aufgrund einer älteren Einwilligung nach dem 01.10.2021 nicht erfolgen und auch für die Zukunft nicht vorgesehen sind. Der letztgenannte Aspekt zeigt aber das Dilemma, wollte man Alteinwilligungen in den Anwendungsbereich des § 7a UWG einbeziehen. Wer entscheidet oder stellt fest, ob eine Einwilligung (zukünftig) nicht mehr benutzt wird?</p>
DK	98	<p>Nach Randnummer 98 soll der BNetzA die Dokumentation durch Übersendung „physisch zugänglich“ gemacht werden. Hier sollte es Erläuterungen geben, welche digitalen Datenträger zur Übersendung der grundsätzlich ausreichenden Kopie der Dokumentation geeignet sind.</p> <p>Des Weiteren regen wir an, die dort erwähnte Übersendung eines Originals, um zum Beispiel die Echtheit einer Unterschrift zu prüfen, nochmals zu überdenken. In der Konsequenz würden bei schriftlich erteilten Einwilligungen die Anforderungen aus Randnummer 98 zu einer parallelen physischen und digitalen Aufbewahrungspflicht führen. Der Werbende muss aber das Recht behalten, eine schriftlich erteilte Einwilligung nach einer Digitalisierung ggf. auch vernichten zu dürfen. Die Aufbewahrungskosten würden anderenfalls weiter deutlich erhöht. Ohnehin dürfte es angesichts der formfrei möglichen Einwilligung in die Telefonwerbung bei dieser nur selten „klassische“ Unterschriften geben. In der Bankpraxis werden – außerhalb gesetzlich begründeter Schriftformerfordernisse – Einwilligungen (auch in die Telefonwerbung) häufig mittels sog. „Pen Pad“ erteilt, auf dem der Kunde mit einem digitalen Stift „unterschreibt“. Es existiert also von vornherein oftmals nur eine digitalisierte Unterschrift.</p>