

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 ist nicht erforderlich.

Deutscher Industrie- und Handelskammertag DIHK

Hildegard Reppelmund, Leiterin des Referats Wettbewerbsrecht

30.11.2021

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
DIHK		<p>Vorbemerkung:</p> <p>Das Ziel der BNetzA, mittels der Veröffentlichung von Auslegungshinweisen die Unternehmen über die künftige behördliche Verfahrensweise und die erwarteten Anforderungen an die von ihnen vorzulegenden Dokumentationen zu informieren, dient grundsätzlich der Rechtssicherheit. Dies ist positiv. Allerdings bleiben in dem jetzt vorgelegten Entwurf viele Fragen unbeantwortet, sodass hier Klarstellungen und Erläuterungen mit Beispielen wichtig wären. Dies gilt insbesondere für die Auslegung der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe. Außerdem erscheinen die Anforderungen bezüglich des Umfangs und der Detailtreue der Dokumentation und bezüglich der Aufbewahrungspflichten überzogen und unangemessen, um den Gesetzeszweck des besseren Schutzes von Verbrauchern vor belästigender Werbung zu erfüllen. Insgesamt dürfen durch die Auslegungshinweise keine zusätzlichen Belastungen für Unternehmen entstehen, die durch das Gesetz selbst nicht gefordert werden oder die mit Blick auf die DSGVO sogar als Rechtsverstoß gewertet werden könnten. Die in den Auslegungshinweisen gestellten Anforderungen gehen unseres Erachtens über die gesetzliche Rechtsgrundlage in § 7a UWG hinaus. Danach muss z. B. bei Werbeeinwilligungen lediglich die Einwilligungsklausel dokumentiert werden, nicht aber zusätzlich alle wesentlichen Vertragsbestandteile oder eine Authentizitätsprüfung. Für Unternehmen ist darüber hinaus wichtig, dass von ihnen seitens der BNetzA die Vorlage der Dokumentation nur in Fällen gefordert wird, in denen feststeht, dass der jeweilige Werbeanruf tatsächlich stattgefunden hat. Erst recht wäre es nicht nachvollziehbar, wenn letztlich ein Bußgeld wegen fehlender oder unzureichender Dokumentation verhängt würde, obwohl es den entsprechenden Werbeanruf überhaupt nicht gab. Es wäre für die unternehmerische Praxis außerdem notwendig, dass den Unternehmen nach der Veröffentlichung der endgültigen Fassung der Auslegungshinweise eine Übergangsfrist eingeräumt wird, in der sie ihre Einwilligungsdokumentation an die dort</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>gestellten Anforderungen anpassen können. Hilfreich wäre es, wenn die BNetzA für mindestens 12 Monate bei Prüfungen das jeweilige Unternehmen zunächst nur zur Anpassung seiner Dokumentationspraxis innerhalb einer angemessenen Frist auffordern und erst bei Nichteinhaltung der gesetzten Frist Bußgelder verhängen würde.</p> <p>Insgesamt erscheinen die Auslegungshinweise sehr bürokratisch und belasten insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU) über das notwendige und angemessene Maß hinaus. Das Zusammenspiel mit datenschutzrechtlichen Regelungen bleibt unklar, insbesondere wenn es um die Beteiligung mehrerer Unternehmen (Auftraggeber, Callcenter, Plattformen) geht. Dass 24 Seiten als „überblicksartige Darstellung“ bezeichnet werden, lässt darauf schließen, dass im Detail noch höhere Anforderungen bestehen können. Dass hierauf die Verhängung von enorm hohen Bußgeldern gestützt werden wird, erscheint schwierig.</p>
DIHK	Rn. 10 ff	<p>Die Auslegungshinweise betreffen „<i>die im Telefonmarketing tätigen Unternehmen</i>.“ Sie sind aber insgesamt sehr auf Callcenter ausgerichtet. Nicht nur Callcenter und deren Auftraggeber werben per Telefon, sondern auch zahlreiche KMU. Diese sind von den Anforderungen überfordert, vor allem wenn Werbeanrufe nicht systematisch, sondern nur in wenigen Fällen getätigt werden. Als betroffene Branche, in der Kleingewerbetreibende/KMU nach unserem Kenntnisstand das Direktmarketing gegenüber Verbrauchern häufig nutzen, sind uns insbesondere Versicherungsmakler/-berater bekannt. Aber Werbeanrufe kommen angesichts der sehr weiten Auslegung dessen, was als „Werbung“ einzuordnen ist, auch in allen anderen Bereichen immer wieder vor. Ggf. müsste hier bei den Anforderungen an die Dokumentation der Einwilligung differenziert werden.</p> <p>In den Auslegungshinweisen wird die Pflicht zur Dokumentation sowohl dem Callcenter als auch dessen Auftraggeber auferlegt. Eine solche Doppeldokumentation erscheint nicht sinnvoll und ist auch durch den Sinn und Zweck der Regelung in § 7a UWG nicht gedeckt. Auch im sonstigen Geschäftsverkehr kann sich ein Unternehmen für die Erfüllung seiner Pflichten Dritter als Erfüllungsgehilfe bedienen. Insofern muss eine Dokumentation entweder durch den Auftraggeber oder durch das Callcenter erfolgen können, aber nicht durch beide.</p>
DIHK	Rn. 13	<p>In der Praxis wird die Einwilligung eher telefonisch vom Mitarbeiter eingeholt statt von der Geschäftsführung (z. B. der Kunde ruft eine Service-Hotline an und der Mitarbeiter fragt während des Gesprächs nach der Einwilligung und zeichnet diese auf). Die Formulierung erscheint unter diesem Gesichtspunkt eher missverständlich. Es klingt fast so, als könne diese Aufgabe nicht delegiert werden (die praktische Aufgabe, nicht die Verantwortlichkeit). Dies dürfte so wohl nicht gemeint sein.</p>
DIHK	Rn. 15 ff	<p>Die Anforderungen an den rechtssicheren Nachweis sind zu hoch, insbesondere bzgl. „authentisch“ und „manipulationssicher“. Auch ein Vermerk über eine telefonisch erteilte Einwilligung sollte eine angemessene Dokumentation darstellen können.</p> <p>Insgesondere kleinere Unternehmen haben nicht die technischen Voraussetzungen für Telefonmitschnitte. Es muss daher auch andere Wege der Dokumentation geben.</p> <p>Der Umfang der zu dokumentierenden Daten ist zu umfangreich: Weder eine Authentizitätsprüfung noch Manipulationssicherheit finden ihre Grundlage in § 7a UWG, zumal unklar bleibt, was mit „manipulationssicher“ gemeint ist.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
DIHK	Rn. 16	Abgesehen davon, dass eine Authentizitätsprüfung für nicht notwendig erachtet und als über das vorgeschriebene Maß hinausgehend angesehen wird, stellt sich die Frage, wie "gewährleistet" werden kann, dass die Person, die eingewilligt hat, tatsächlich die Person ist, die telefonisch beworben wird, also der Telefonanschlusshaber ist. Der vorgeschlagene Weg der Aufzeichnung der Einwilligungserklärung ist im Übrigen nicht manipulationssicher.
DIHK	Rn. 19	Hier wird der Maßstab des Art. 7 DSGVO für die Einwilligung aus § 7a UWG angelegt. Die DSGVO selbst sieht aber gerade kein Einwilligungserfordernis für die werbliche Ansprache vor. Vielmehr folgt das Datenschutzrecht hier dem UWG. Die Bestimmung des Art. 7 DSGVO ist zudem abschließend und sieht gerade keine Regelungsspielräume für die Mitgliedstaaten vor.
DIHK	Rn. 22	Die Wohnanschrift des Betroffenen ist kein passendes Merkmal zur Identifikation im Kontext von werblicher Ansprache auf telefonischem Weg. Die Einwilligungserklärung verliert mit einem Umzug nicht ihre Gültigkeit. Damit ist die Wohnanschrift ein nicht-erforderliches Merkmal, diese Anforderung steht im Widerspruch zum Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO.
DIHK	Rn. 25	Hier wird die Dokumentation des Namens des Callcenter-Agenten verlangt, der bei telefonischer Übermittlung der Einwilligungserklärung die Erklärung entgegennimmt. Allerdings entfaltet diese Information keinen gesteigerten Beweiswert, sodass die Erhebung und Speicherung dieses Datums ebenfalls dem Grundsatz der Datenminimierung widerspricht. Darüber hinaus wird bei einer elektronischen Einwilligungserklärung kein vergleichbares Kriterium gefordert. Es ist nicht ersichtlich, weswegen die Anforderungen bei einer Erklärung per Telefon höher sein sollten.
DIHK	Rn. 28	Der vollständige Text der abgegebenen Erklärung ist vorzuhalten. Dies erscheint nicht praktikabel. Jedenfalls ist es ein erhöhter Bürokratieaufwand für Unternehmen. § 7a UWG erwähnt keine näheren Anforderungen an den Umfang der Einwilligungserklärung. Die Dokumentationspflicht besteht bereits nach Art. 5 Abs. 2 und 7 Abs. 1 DSGVO.
DIHK	Rn. 29	Die vollständige Dokumentation aller Produkte, Leistungen und Sponsoren sorgt bei einer schriftlichen Einwilligung für sehr viel Aufwand. Der Einwilligungstext wird dadurch sehr lang und die Einwilligungserklärung ist kundenfreundlich kaum einzuholen. Bei einer telefonisch per Aufzeichnung dokumentierten Einwilligung von solch einer Ausführlichkeit und Länge ist dies praktisch kaum durchführbar. Die rechtliche Möglichkeit für Unternehmer, eine Einwilligung telefonisch einzuholen, wird durch die sehr weitgreifenden Voraussetzungen, was in der Einwilligungserklärung alles enthalten sein muss, unter praktischen Erwägungen fast undurchführbar gemacht.
DIHK	Rn. 34	Angaben zum Kontext der Einwilligungserteilung gehen über § 7a UWG hinaus. Das Gesetz verlangt ausschließlich die Dokumentation der Einwilligung selbst. Welchen Informationsstand der Einwilligende hat, kann ein Unternehmen im Übrigen gar nicht beurteilen. Da es im Übrigen keinerlei Beratungspflicht vor Einholung der Einwilligung gibt, entbehrt eine derartige Forderung in den Auslegungshinweisen einer Rechtsgrundlage und stellt eine unnötige, unangemessene Belastung der Unternehmen dar.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
DIHK	Rn. 35	Hier wird nicht differenziert, weswegen stets sämtliche Vertragswerke wie AGB oder Informationen wie Datenschutzhinweise vorgehalten werden müssen. Dies dürfte nur relevant sein, wenn die Teilnahme an dem Gewinnspiel an die Abgabe einer Einwilligungserklärung geknüpft wird (soweit dies überhaupt möglich ist), nicht aber, wenn die Einwilligungserklärung unabhängig davon erklärt wird.
DIHK	Rn. 36	Unklar bleibt, wie der Nachweis erbracht werden soll, dass der Einwilligende die Website tatsächlich besucht hat.
DIHK	Rn. 37 ff.	Der Widerruf ist in gleicher Granularität zu belegen wie die Einwilligungserklärung. Rn. 40 besagt, dass dies z. B. auch die Dokumentation des Callagenten etc., der den Widerruf entgegennimmt, beinhalten soll. Bereits für die Dokumentation des Widerrufs als solchen gibt es aus unserer Sicht keine Rechtsgrundlage; § 7a UWG sieht dies nicht vor, erst recht nicht für eine Dokumentation in derselben Granularität wie der Einwilligung selbst. Entscheidend ist, dass der Kunde nicht mehr beworben wird. Unseres Erachtens fehlt auch das Schutzbedürfnis des Verbrauchers für eine Dokumentation des Widerrufs. Letztlich muss ein Unternehmen „nur“ dokumentieren, dass es den Werbeanruf tätigen darf; es muss aber nicht dokumentieren, dass es nicht anrufen darf. Diese Auffassung spiegelt sich auch in der datenschutzrechtlichen Nachweispflicht (Art. 7 Abs. 1 DSGVO) wider.
DIHK	Rn. 43	Der Zeitpunkt jedes auf der Einwilligung basierenden Telefonanrufs ist zu dokumentieren (mit Folge für die Aufbewahrungsfrist „immer von neuem 5 Jahre). In Rz. 43 wird festgestellt, dass die Wirksamkeit einer Einwilligung unter anderem von der Länge des Zeitraums zwischen ihrer Erteilung und ihrer Verwendung abhängt. Es gibt aber keine Rechtsprechung, die hier Grenzen für die „Haltbarkeit“ einer Einwilligung zieht, wie auch in Fußnote 22 erläutert wird. Daher sollte diese Formulierung gestrichen werden. Zudem stellt sich die Frage, warum über die Dokumentation der Einwilligungserklärung hinaus nur für die Berechnung der Aufbewahrungsfrist auch noch jeder einzelne Werbeanruf dokumentiert werden muss. Dies überfordert insbesondere KMU ohne ein Kundenbeziehungsmanagementsystem und erscheint ebenfalls als Verstoß gegen den Grundsatz der Datensparsamkeit.
DIHK	Rn. 43 - 52	Die Dokumentationspflicht der Einwilligungserklärung sollte sich – anders als in den Auslegungshinweisen vorgesehen – nicht auf einen konkret durchgeführten Werbeanruf beziehen, sondern auf eine generelle Werbeeinwilligung im Verhältnis des Verbrauchers zum Unternehmen. Selbstverständlich muss der einzelne Werbeanruf davon abgedeckt sein, aber die Dokumentation im Zusammenhang mit dem einzelnen Anruf ist zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht erforderlich. Laut Rn. 43 ff. müssen der Name des Einwilligenden, die Erklärung, wofür in dem Telefonat geworben wurde, Datum und Uhrzeit des Anrufs sowie die verwendete und kontaktierte Telefonnummer dokumentiert werden. Das ist sehr umfassend und läuft faktisch darauf hinaus, dass mehr oder weniger ein Wortprotokoll des Kundengesprächs geführt werden müsste. Das erscheint weder erforderlich noch angemessen und überfordert insbesondere KMU. Es ist auch nicht vereinbar mit dem DSGVO-Grundsatz der Datensparsamkeit, da eine so ausführliche Dokumentation für die Erreichung des Zwecks überflüssig ist. Auch in anderen Vertragswerken ist z. B. ein Festhalten der Uhrzeit unüblich; nach den Auslegungshinweisen selbst wird die Angabe der Uhrzeit bei schriftlichen Einwilligungen nicht gefordert.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Wofür eine solche Angabe bei telefonischen Einwilligungen notwendig sein soll, erschließt sich nicht. Bei bereits bestehenden Vertragsverhältnissen sollte es im Übrigen ausreichen, einen Bezug zu einem zuvor geschlossenen Vertrag herzustellen, indem die Vertrags- oder Kundennummer dokumentiert wird.
DIHK	Rn. 54, 56-57, 61	Für die fernmündlich eingeholte Einwilligung wird die Aufzeichnung des Telefongesprächs gefordert (Voicefile). Das geht unseres Erachtens zu weit. Ein Voicefile darf zumindest nicht der einzige Weg sein, eine telefonisch erteilte Werbeeinwilligung zu dokumentieren. Gerade KMU wären sonst technisch, organisatorisch und finanziell überfordert, wenn sie zwingend Voicefiles anfertigen müssten. Es sollte auch möglich sein, die telefonisch erklärte Einwilligung in einem Vermerk festzuhalten – die Richtigkeit könnte bei Bedarf durch eine Zeugenbefragung des jeweiligen Mitarbeiters, der den Vermerk angefertigt hat, nachgewiesen werden. Zudem ist zu beachten, dass eine Aufzeichnung ohne Zustimmung des Gesprächspartners nicht zulässig ist, sodass für fernmündlich ebenso wie online eingeholte Einwilligungen gefordert wird, diese ggf. „auf anderem Wege zu bestätigen und zu dokumentieren“. Wie dies jedoch geschehen könnte, bleibt unklar. Für online erteilte Einwilligungen wird nur festgestellt, dass das elektronische Double-Opt-In Verfahren jedenfalls nicht geeignet sei. Hilfreich wäre, wenn hier konkrete Möglichkeiten aufgezeigt würden, wie man es richtig handhaben könnte.
DIHK	Rn 55	<p>Nach Rn. 55 soll es erforderlich sein, dass aussagekräftig und manipulationssicher belegt wird, dass die Dateneingabe und die Erklärung der Werbeeinwilligung tatsächlich durch den entsprechenden Verbraucher erfolgt sind. Eine solche Authentizitätsprüfung ist nach § 7a UWG nicht vorgeschrieben. Danach ist lediglich die Einwilligung angemessen zu dokumentieren, nicht aber mittels zusätzlicher Belege eine Authentizität zu prüfen.</p> <p>Auch die Anforderung, dass der Nachweis manipulationssicher sein muss, geht über die gesetzliche Rechtsgrundlage hinaus. Diese Anforderung sollte zumindest in der Wortwahl abgeschwächt werden, z. B. ähnlich wie bei der DSGVO, die von „Stand der Technik“ und „geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen“ spricht.</p>
DIHK	Rz 56	Die hier getroffene Argumentation der Bundesnetzagentur erschließt sich uns nicht. Wenn eine Person z. B. auf der Webseite ihre Kontaktdaten (E-Mail-Adresse <u>und</u> Telefonnummer) im Rahmen einer Online-Einwilligung angibt, und sie anschließend eine Bestätigungsmail mit Link zum Aktivieren der Einwilligung in ihren Posteingang erhält (DOI-Verfahren), dann ließe sich doch die zuvor angegebene Telefonnummer diesem Einwilligenden zuordnen. Insofern müsste das DOI-Verfahren auch in diesem Fall ausreichend sein, um nachweisen zu dürfen, dass der Inhaber der E-Mail-Adresse, der seine Einwilligung erteilt, auch Inhaber der von ihm angegebenen Telefonnummer ist. Er hat schließlich beides (Telefonnummer und E-Mail-Adresse) in der Online-Einwilligungserklärung angegeben. Nur er erhält die E-Mail in seinen Posteingang und nur er kann den Link in seinem Posteingang aktivieren.
DIHK	Rn. 57 ff	Telefonisch erteilte Einwilligungen müssen per Voicefile dokumentiert werden. Das ist ein Problem für KMU, die technisch in der Regel nicht entsprechend ausgestattet sind und hierfür erheblich investieren müssten. Außerdem entsteht ein Problem, wenn der Verbraucher der Aufnahme nicht zustimmt. Eine Aufzeichnung ohne vorherige Zustimmung wäre auch strafbar (§ 201 StGB). Die Bundesnetzagentur löst dies (anscheinend) insoweit, indem sie sagt, dass die fernmündliche Einwilligung dann nicht möglich ist und auf anderem

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Weg einzuholen ist. Dies erscheint nicht praktikabel. Wer seine Einwilligung zur Aufzeichnung der Werbeeinwilligung nicht geben möchte, wird dies auch nicht auf anderem Weg (schriftlich oder elektronisch) tun.
DIHK	Rn 61	In Rn. 61 wird die Möglichkeit eröffnet, die Einwilligung „auf anderem Wege zu bestätigen und zu dokumentieren“, ohne zu erläutern, welche Wege das sein können, wenn gleichzeitig die Grundsätze des Double-Opt-In eingehalten werden müssen. Hier sollte ein einfacher, praktikabler und verständlicher Weg aufgezeigt werden, ggf. mit Hilfe von Beispielen.
DIHK	Rn. 62	Nach Rn. 62 reicht es nicht aus, wenn lediglich die Einwilligungsklausel dokumentiert wird. Über diese hinaus müssten auch alle wesentlichen Vertragsbestandteile in die Dokumentation aufgenommen werden. Dies ist durch § 7a UWG nicht gedeckt. Dem enormen zusätzlichen Aufwand steht auch kein Nutzen i. S. d. Schutzzwecks des § 7a UWG gegenüber. Die Dokumentation der Einwilligungsklausel sollte daher seitens der BNetzA als ausreichend angesehen werden.
DIHK	Rn. 70 ff	Bei den Anforderungen an die Aufbewahrung wird auf entsprechende Vorschriften des WpHG verwiesen. Das WpHG ist aus unserer Sicht keine passende Vorlage. Es dient dem Anlegervermögensschutz und der Kontrolle wertpapierhandelnder Unternehmen. In § 7 a UWG geht es hingegen ausschließlich um den Schutz vor Belästigung durch Werbetelefonanrufe. Zwischen dem höheren finanziellen Risiko eines Wertpapiergeschäfts und einem Werbeanruf für Verbrauchsgüter besteht ein signifikanter Unterschied. Die Schutzziele stehen in keinem vergleichbaren Verhältnis, so dass auch die Pflichten bei einer pauschalen Übertragung unverhältnismäßig sind. Der Verweis auf die in § 83 Abs. 8 WpHG geltenden Anforderungen an die Aufbewahrung von Aufzeichnungen erscheinen für „normale“ Werbeeinwilligungen für Waren oder Dienstleistungen überzogen. Gerade KMU dürften kaum in der Lage sein, die Anforderungen an die Aufbewahrung wie nach dem WpHG zu erfüllen.
DIHK	Rn. 75	Die Verlängerung der Aufbewahrungsfrist um fünf Jahre ab jedem Werbeanruf führt zu einem in der Praxis äußerst kompliziert zu handhabenden Dokumentations- und Löschverpflichtungssystem, da für jeden Kunden jeder Anruf zu dokumentieren und für jeden Anruf ständig Neuberechnungen von Fristen erforderlich wären. Einfacher wäre es, wenn entsprechend den Regeln zur Verjährung die Frist von fünf Jahren zum Ende des Kalenderjahres ablaufen würde.
DIHK	Rn. 80	Im Zweifel führt es zu Begründungsaufwand beim Unternehmen, wenn ein Betroffener sein Recht auf Löschung nach Art. 17 DSGVO geltend macht. Der Unternehmer muss dann nämlich mitteilen, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. b) DSGVO. 4. Hiermit entsteht mehr Bürokratie beim Unternehmen. Datenschutzrechtlich unscharf erscheint auch die Formulierung „(...) kein Recht auf Löschung nach Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO, denn die Verarbeitung der personenbezogenen Daten ist hier zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. b) DSGVO. 4“. Erforderlich ist es zudem, die Einwilligung und die darin angegebenen Daten gem. § 7a Abs. 2 Satz 1 UWG über 5 Jahre aufzubewahren und nachzuweisen. Wurden die Daten aber z. B. in eine Kundendatenbank übertragen, dann müssen sie aus datenschutzrechtlichen Gründen daraus trotzdem gelöscht werden, so z. B. wenn widerrufen wird und kein anderer Grund für die Datenspeicherung besteht. Der Betroffene könnte also durchaus einen Löschanspruch bezüglich der ggf. in einer Datenbank eingespeicherten Daten haben.

[illegible]