

Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Telefonwerbeeinwilligungen nach § 7a UWG

Konsultation zu den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur

Stand: 19.10.2021

Inhalt

1. Einleitung	3
2. Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht zur Einwilligung in Telefonwerbung	5
2.1 Adressaten der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht	5
2.2 Dokumentationspflicht.....	6
2.2.1 Gegenstand der Dokumentation	6
2.2.2 Besondere Dokumentationsanforderungen	13
2.2.3 Ausschluss von Manipulationen	15
2.2.4 Zeitpunkt der Entstehung der Dokumentationspflicht und Übernahme der Dokumentation von Dritten	15
2.3 Aufbewahrungspflicht.....	16
2.3.1 Ziel, Inhalt und Voraussetzungen.....	16
2.3.2 Aufbewahrungsfrist nach Verwendung der Einwilligung	18
2.3.3 Verhältnis zu anderen Rechtspflichten	18
3. Umgang mit „Alteinwilligungen“	20
4. Verstöße gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht	22
5. Vorlagepflicht gem. § 7a Abs. 2 Satz 2 UWG	22
6. Ausblick.....	23

1. Einleitung

Die Bundesnetzagentur beabsichtigt die Veröffentlichung von Auslegungshinweisen zu § 7a UWG.¹ Die durch das Gesetz für faire Verbraucherverträge neu in das UWG eingefügte Norm ist am 01.10.2021 in Kraft getreten. Sie regelt für werbetreibende Unternehmen eine branchenspezifische Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Einwilligungen in Telefonwerbung. Die Bundesnetzagentur erhält neben ihrer bereits bestehenden Zuständigkeit zur Verfolgung unerlaubter Telefonwerbung und Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufern die weitere Aufgabe, die Einhaltung der Dokumentationsanforderungen nach § 7a UWG zu überwachen. **1**

Die neuen Regelungen sind seit dem 01.10.2021 unmittelbar für alle telefonisch werbenden Unternehmen verbindlich, ohne dass es hierfür einer weiteren behördlichen Veröffentlichung bedürfte. Die Auslegungshinweise der Bundesnetzagentur dienen jedoch dazu, den im Telefonmarketing tätigen Marktteilnehmern den aus Sicht der Bundesnetzagentur entscheidenden Regelungsgehalt des § 7a UWG zu erläutern und sie über die künftige behördliche Verfahrensweise auf Grundlage der neuen Rechtslage in Kenntnis zu setzen. **2**

Um aktuelle Erfahrungen und Bedürfnisse aus der Praxis möglichst umfassend einbeziehen zu können, geht der Veröffentlichung der Auslegungshinweise diese Konsultation voraus. Die Konsultation richtet sich an alle von der Thematik der Telefonwerbung berührten Kreise, also insbesondere an Unternehmen, die Telefonwerbung in Auftrag geben, vermitteln, durchführen oder die dafür erforderlichen Daten beschaffen, ebenso wie an Personen bzw. Unternehmen, die Telefonwerbung erhalten, sowie ihre jeweiligen Interessenvertretungen und Verbände. Die Bundesnetzagentur würde es begrüßen, die Erfahrungen der Marktbeteiligten auf möglichst breiter Basis in ihre Auslegungsentscheidung mit einbeziehen zu können. **3**

Das vorliegende Konsultationsdokument dient der komprimierten Darstellung und Ableitung der Handlungspflichten, die sich für werbetreibende Unternehmen aus der Vorgabe des § 7a UWG ergeben, Werbeeinwilligungen „in angemessener Form“ zu dokumentieren und aufzubewahren. Diese Handlungspflichten wurden insbesondere aus den Zielen abgeleitet, die der Gesetzgeber mit der Einführung des § 7a UWG nach seinen Ausführungen im Gesetzesentwurf sowie in der anschließenden parlamentarischen Beratung verfolgt. Diese Ziele bestehen zentral darin: **4**

- auf eine effizientere Sanktionierung unerlaubter Telefonwerbung hinzuwirken, **5**
- Anreize für einen Verstoß gegen das Verbot unerlaubter Telefonwerbung zu reduzieren und
- es werbenden Unternehmen durch die Dokumentation zu erleichtern, die Wirksamkeit der von ihnen verwendeten Telefon-Werbeeinwilligungen zu prüfen.²

¹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Der Normtext von § 7a sowie (auszugsweise) § 20 UWG findet sich in der Anlage.

² BT-Drucks. 19/26915, S. 14, 33.

- Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht den Verbraucherschutz erweitern soll³ und
- dass § 7a UWG eine branchenspezifische Konkretisierung der in Art. 7 Abs. 1 VO 2016/679/EU (im Weiteren „Datenschutz-Grundverordnung“ bzw. „DSGVO“) vorgesehenen Nachweispflicht des Datenverarbeitenden für Einwilligungen zur Datenverarbeitung im Bereich der Telefonwerbung darstellt.⁴

Mit Einleitung dieser Konsultation erhält jedermann Gelegenheit zur Stellungnahme zu 6
Regelungsgehalt und Umsetzungsmöglichkeiten des § 7a UWG. Bitte gehen Sie im
Rahmen Ihrer Stellungnahme insbesondere darauf ein, welche rechtlichen, technischen
und organisatorischen Maßnahmen aus Ihrer Sicht erforderlich sind, um zu gewährleisten,
dass sich Authentizität, Aktualität und Inhalt von Telefon-Werbeinwilligungen langfristig
rechtssicher nachweisen lassen. Hilfreich wäre zudem eine Erläuterung der von Ihnen
vorgesehenen technischen Maßnahmen, bspw. zur sicheren und unveränderbaren
Aufbewahrung der Dokumentation.

Bitte übersenden Sie Ihre Stellungnahme, die auch gemeinschaftlich mit anderen 7
Marktbeteiligten oder gebündelt über einen Branchenverband erstellt werden kann, bis
zum 30.11.2021 an die Adresse einwilligungsdokumentation@bnetza.de. Verwenden Sie
dafür das auf der Internetseite der Bundesnetzagentur zum Download bereitgestellte
Formular und übersenden Sie uns dieses als editierbare Word-Datei. Dies erleichtert uns
die Auswertung und Berücksichtigung Ihrer Stellungnahme.

³ Vgl. hierzu auch Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der verbraucherschützenden
Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Schlussbericht, 3.2.2017, S. 121.

⁴ BT-Drucks. 19/26915, S. 17.

2. Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht zur Einwilligung in Telefonwerbung

Der folgende Abschnitt stellt überblicksartig die Anforderungen an die „angemessene Form“ der Dokumentation von Werbeeinwilligungen dar, die die Bundesnetzagentur aktuell aus § 7a Abs. 1 UWG ableitet. Des Weiteren werden auch wesentliche Anforderungen an die Aufbewahrungspflicht aus § 7a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UWG formuliert.

Den werbenden Unternehmen steht es dabei grundsätzlich frei, für ihr Unternehmen geeignete Methoden auszuarbeiten, um die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht in ihre konkreten Unternehmensabläufe einzubetten. Hierbei müssen sie allerdings die nachfolgend dargestellten Zielvorgaben, insbesondere unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Zielsetzungen, jederzeit einhalten.

2.1 Adressaten der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht

Die Pflicht zur Dokumentation und Aufbewahrung in § 7a Abs. 1 UWG bezieht sich nach dem Wortlaut der Norm auf denjenigen, der „mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher wirbt“.⁵ Unmittelbar betroffen sind werbende Unternehmen⁶ und damit sowohl Personen oder Unternehmen, welche Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern ausführen (im Weiteren „**Callcenter**“), als auch deren **Auftraggeber**⁷, welche diese Anrufe veranlassen und deren Produkte oder Leistungen in den Werbeanrufen angeboten werden (im Weiteren „Auftraggeber“). Beide werben i.S.v. § 7a Abs. 1 UWG mit einem Telefonanruf.

Organisiert ein Auftraggeber die Telefonwerbung für seine Produkte oder Dienstleistungen in der Form, dass nicht unternehmenseigene Mitarbeiter, sondern außenstehende Dritte die Anrufe durchführen, so sind im Rahmen der Werbekampagne sowohl Auftraggeber als auch Callcenter für die Wahrung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht verantwortlich. Dies gilt unabhängig davon, wie das **zivilrechtliche Verhältnis** zwischen Auftraggeber und Callcenter ausgestaltet ist (Auftrag, Vermittlungsverhältnis, Provisionsverhältnis o.ä.) und ebenso unabhängig davon, welche Partei für die Bereitstellung der Telefon-Werbeeinwilligungen zuständig ist. Denn insbesondere aus dem Sinn und Zweck der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht folgt, dass sie unter anderem einer effizienteren Sanktionierung unerlaubter Telefonwerbung dienen soll. Werbenden Unternehmen soll es zudem erleichtert werden, die Wirksamkeit der Einwilligung zu prüfen.⁸ Erreicht werden können diese Ziele allerdings nur, wenn beide Parteien tatsächlich auf eine entsprechende Dokumentation zugreifen können. Insbesondere die Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung wäre ohne den Zugriff auf eine hinreichende Dokumentation hierzu schlicht unmöglich.

⁵ Hiervon umfasst wird u.a. auch die Telefonwerbung gegenüber Bestandskunden mit Verbrauchereigenschaft.

⁶ Vgl. BT-Drucks. 19/26915, S. 14. „Die **Pflicht zur Dokumentation** wird es **werbenden Unternehmen** außerdem erleichtern, die Wirksamkeit der Einwilligung zu prüfen.“ (Hervorhebung hinzugefügt). Diese gesetzgeberische Zielvorgabe verdeutlicht, dass es sich bei der Pflicht zur Dokumentation um eine solche der werbenden Unternehmen handelt.

⁷ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Text in der Regel verallgemeinernd das generische Maskulinum verwendet. Die Formulierungen umfassen gleichermaßen Personen aller Geschlechter, die selbstverständlich gleichberechtigt angesprochen werden sollen.

⁸ BT-Drucks. 19/26915, S. 14.

Der personelle Anwendungsbereich des § 7a Abs. 1 UWG ist damit parallel zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Dort können Verstöße gegen das Verbot, gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung mit einem Telefonanruf zu werben, im Rahmen eines Bußgeldverfahrens ebenfalls sowohl in Konstellationen mit einem Callcenter als auch mit dessen Auftraggeber aufgegriffen werden.⁹ 12

Der Gesetzesbegründung zu dieser Norm ist ferner zu entnehmen, dass die Dokumentation und Aufbewahrung keine Aufgabe des einzelnen Callcentermitarbeiters ist, der den eigentlichen Werbeanruf durchführt, sondern eine „**Pflicht der Unternehmer**“.¹⁰ Dies bedeutet, dass die Geschäftsleitung jedes werbenden Unternehmens unmittelbar verantwortlich dafür ist, Sorge für eine gesetzeskonforme Dokumentation der Werbeeinwilligungen zu tragen. 13

Mittelbar berührt die Regelung des § 7a Abs. 1 UWG gleichwohl auch diejenigen Unternehmen, die gewerblich Werbeeinwilligungen erzeugen bzw. zur Verfügung stellen, insbesondere Adresshandelsunternehmen (im Weiteren „**Adresshändler**“). Diesen obliegt es künftig, Werbeeinwilligungen ausschließlich in einer Form zur Verfügung zu stellen, die es gewährleistet, den Anforderungen des § 7a Abs. 1 UWG zu entsprechen. Werbeeinwilligungen, die den gesetzlichen Anforderungen der Dokumentation und Aufbewahrung nicht genügen, dürfen Werbeanrufen bei Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht zugrunde gelegt werden. Unternehmen, die von Dritten erzeugte bzw. bereitgestellte Werbeeinwilligungen für Werbeanrufe verwenden, können sich wiederum nicht darauf berufen, ein Dokumentationsmangel sei von einem Dritten verursacht worden. Sie sind dafür verantwortlich, nur solche Werbeeinwilligungen zu nutzen, die den gesetzlichen Anforderungen genügen. Dies ist vor dem Einsatz einer fremdbeschafften Werbeeinwilligung systematisch zu prüfen. 14

2.2 Dokumentationspflicht

2.2.1 Gegenstand der Dokumentation

2.2.1.1 Ziel und Voraussetzungen

Zentrales Ziel der Dokumentationspflicht ist es, einen **rechtssicheren Nachweis** über das Vorliegen einer Werbeeinwilligung derjenigen Personen zu ermöglichen, die zu Werbezwecken angerufen werden. Der Nachweis muss authentisch und manipulationssicher sein und belegen, dass die Werbeeinwilligung zum einen rechtmäßig entstanden ist und zum anderen in ihrer Reichweite den Werbeanruf abdeckt, der gegenüber den Einwilligenden durchgeführt werden soll. 15

Die Einwilligung muss derart dokumentiert sein, dass gewährleistet ist, dass die personenbezogenen Daten und die entsprechende Einwilligung zur werblichen Verwendung tatsächlich über den behaupteten Weg (wie zum Beispiel ein Online-Gewinnspiel) eingeholt wurden und die Person, deren personenbezogenen Daten in der Einwilligung genannt werden, diese auch tatsächlich abgegeben hat. § 7a UWG ist dabei im Lichte des höherrangigen Unionsrechts auszulegen, denn als Bestandteil der Regelung 16

⁹ Vgl. z.B. AG Bonn, B.v. 21.5.2021, 715 OWi-400 Js 745/20-2/20 (Bußgeld gegen Callcenter) und AG Bonn, B.v. 29.04.2015, 706 OWi-400 Js 1176/14-512/14 (Bußgeld gegen Auftraggeber).

¹⁰ BT-Drucks. 19/26915, S. 16, 33.

von Art. 3 des Gesetzes für faire Verbraucherverträge stellt er eine „spezielle Ausfüllung der Beweislastverteilung“ der in **Art. 7 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Nachweispflicht** des Datenverarbeitenden für Einwilligungen zur Datenverarbeitung im Bereich von Telefonwerbung dar.¹¹

Nach der zu Art. 7 DSGVO ergangenen Rechtsprechung muss die datenverarbeitende Stelle den für sie günstigen Umstand der – ausnahmsweisen – Zulässigkeit einer Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung nachweisen.¹² Heranzuziehen sind hierfür die u.a. vom BGH aufgestellten Anforderungen an den Nachweis einer wettbewerbsrechtlichen Einwilligung.¹³ Auch unter dem Gesichtspunkt der materiellen Richtigkeitsgewähr ist es insoweit geboten, die datenschutzrechtlichen sowie die wettbewerbsrechtlichen Regelungsbereiche widerspruchsfrei anzuwenden. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich auch aus der Datenschutzgrundverordnung selbst entsprechende strenge Anforderungen an eine Einwilligung und ihren Nachweis ergeben.¹⁴

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.

Anhand der Dokumentation muss erkennbar sein, ob die Werbeeinwilligung wirksam erteilt wurde. Sie muss daher erkennen lassen, ob die Einwilligung den Anforderungen aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO genügt. Danach ist eine Einwilligung der betroffenen Person „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“. Der zur Dokumentation erzeugte Nachweis muss erkennen lassen, ob diese Anforderungen bei der Abgabe der Einwilligungserteilung eingehalten wurden.

2.2.1.2 Vorgang der Erteilung der Einwilligung in Telefonwerbung

Die vorherige Erteilung der Einwilligung in Telefonwerbung ist die entscheidende Grundlage für die Rechtmäßigkeit von Werbetelefonie gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern.

Um die gesetzgeberischen Ziele der Dokumentationspflicht aus § 7a Abs. 1 UWG erreichen zu können, bedarf es daher als Ausgangspunkt jeder

¹¹ BT-Drucks. 19/26915, S. 17. Es gelten insoweit die auch aus Art. 5 Abs. 1 lit. d) DSGVO bekannten Grundsätze der **Datenwahrheit**, **Datenvollständigkeit** und **Datenaktualität**. Denn die Nachweispflicht in Art. 7 Abs. 1 DSGVO ist wiederum eine spezifische Ausprägung der auf Art. 5 Abs. 1 DSGVO verweisenden Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO (vgl. Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Stand: 1. Oktober 2018, S. 6).

¹² Vgl. auch OVG des Saarlandes, B. v. 16.02.2021 – 2 A 355/19, juris-Rn. 28 sowie Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 22 f., wonach zwischen der Anforderung aus Art. 7 lit a) der RL 95/46/EG (im Weiteren „DSRL“), dass die betroffene Person „ohne jeden Zweifel“ ihre Einwilligung gegeben hat, und dem Regelungsansatz der DSGVO kaum relevante Unterschiede bestehen.

¹³ OVG des Saarlandes, B. v. 16.02.2021 – 2 A 355/19, juris-Rn. 28 unter Bezugnahme auf BGH, U. v. 10.2.2011 – I ZR 164/09.

¹⁴ OVG des Saarlandes, B. v. 16.02.2021 – 2 A 355/19, juris-Rn. 28.

Werbeeinwilligungsdokumentation der Dokumentation des Zustandekommens der Einwilligung. Insbesondere die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich angesprochene Prüfung der „Wirksamkeit der Einwilligung“ ist nur möglich, wenn sowohl entsprechende Informationen zu den Beteiligten am Einwilligungsprozess und zum Inhalt und der Reichweite der Einwilligung vorliegen, als auch zum Zeitpunkt sowie zur Art und Weise ihrer Erteilung.

2.2.1.2.1 Beteiligte am Einwilligungsprozess („wer“)

22

Aus der Dokumentation muss hervorgehen, wer am Prozess der Abgabe der Einwilligungserteilung beteiligt war. Dazu gehören sowohl die eindeutige Identifikation des Einwilligenden als auch Informationen zu demjenigen, von dem die Einwilligung eingeholt wurde.¹⁵

Beispiel: Wird eine Werbeeinwilligung von einem Adresshändler eingeholt, welcher im Rahmen eines Gewinnspiels Verbraucherdaten sammelt und diese an seine Sponsoren zum Zwecke des Telefonmarketings verkauft, sind am Einwilligungsprozess sowohl der in Telefonwerbung einwilligende Verbraucher als auch der Adresshändler beteiligt.

23

Zu den zu dokumentierenden **Daten des Einwilligenden** gehören jedenfalls Angaben zu Vor- und Nachname und Wohnanschrift sowie die eigentliche Abgabe der Einwilligung (z.B. in Form einer Unterschrift im dafür vorgesehenen Unterschriftenfeld).¹⁶

24

Zu den zu dokumentierenden **Daten des die Einwilligung Einholenden** gehören die Firma und der Firmensitz nebst ladungsfähiger Anschrift sowie der vollständige Name des am Einwilligungsprozess unmittelbar beteiligten Erklärungsempfängers, z.B. Callcenteragent, gegenüber dem die Einwilligungserklärung bei einem eingehenden Anruf (im Weiteren „Inbound-Call“) geäußert wird.

25

Beispiel: Wird eine Werbeeinwilligung im Rahmen eines Inbound-Calls bei einem Callcenter eingeholt, müssen dessen Firma und Firmensitz ebenso in der Dokumentation benannt werden, wie der vollständige Name des Callcenteragenten, der den Anruf des Verbrauchers entgegengenommen und die Werbeeinwilligung eingeholt hat.¹⁷

26

2.2.1.2.2 Inhalt und Reichweite der Einwilligung („was“)

27

Die Dokumentation zur Erteilung der Einwilligung in Telefonwerbung muss den Inhalt und die Reichweite der Werbeeinwilligung umfassen. Konkret muss erkennbar sein, worauf sich die Werbeeinwilligung bezieht. Dies beinhaltet die Informationen dazu, **wer** die Einwilligung zur Telefonwerbung verwenden darf und **welche Produkte bzw. Leistungen** beworben werden dürfen.

¹⁵ Zur Sammlung von und dem Handel mit Daten und Einwilligungen vgl. auch Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Schlussbericht, 3.2.2017, S. 52 f.

¹⁶ Wird die Einwilligung auf eine bestimmte Rufnummer beschränkt, ist auch dies zu dokumentieren.

¹⁷ Zu fernmündlich erteilten Werbeeinwilligungen vgl. zudem unten.

- Der **vollständige Text der abgegebenen Erklärung** ist vorzuhalten. **28**
- Bezieht sich die Einwilligung auf mehrere werbende Unternehmen (insb. „Sponsoren“) und unterschiedliche Produkte bzw. Leistungen, so sind diese ebenfalls vollständig zu dokumentieren. Es muss stets klar sein, welcher Werbetreibende für welche Produkte bzw. Leistungen werben darf. Im Falle der Verwendung einer Liste werbender Unternehmen („Sponsorenliste“) ist diese textlich und gestalterisch originalgetreu und unter Wiedergabe einer etwaig verwendeten Linkstruktur darzustellen. **29**
- Sofern bezüglich der Werbeeinwilligung eine Laufzeit vereinbart wurde¹⁸, erstreckt sich die Dokumentationspflicht auch auf diese. **30**
- Die Dokumentationspflicht erstreckt sich hingegen **nicht auf höchstpersönliche Informationen**, die für die Wirksamkeit der Einwilligung ohne Bedeutung sind (wie z.B. Gesundheitsdaten oder Passwörter des Einwilligenden). **31**
- 2.2.1.2.3 Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung („wann“) **32**
- Zu dokumentieren ist ferner der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung. Hierzu gehört vor allem das **Datum** sowie die genaue **Uhrzeit** der Abgabe. Die Angabe der Uhrzeit kann ausnahmsweise entfallen, wenn z.B. der Erklärende dem Erklärungsempfänger die Werbeeinwilligung auf dem Postweg zuleitet.
- 2.2.1.2.4 Art und Weise der Einwilligungserteilung („wie“) **33**
- Das Gesetz sieht keine besondere **Form** für die Erteilung der Einwilligung vor.¹⁹ Es ist daher beispielsweise möglich, die Werbeeinwilligung mündlich, fernmündlich, schriftlich, textlich oder per Anklicken eines Auswahlfeldes auf einer Website bzw. in einer App zu erteilen. Die gewählte Form hat allerdings Einfluss darauf, wie die Erteilung der Einwilligung zu dokumentieren ist (näher dazu vgl. unten). **34**
- In jedem Fall muss die Dokumentation Angaben zum **Kontext** der Einwilligungserteilung enthalten. Aus dem Kontext muss erkennbar sein, auf welchem Weg und mit welchem Informationsstand der Erklärende seine Werbeeinwilligung erteilt hat. Bei Verwendung einer vorformulierten Einwilligungsklausel muss deren optische Gestaltung und Einbindung in den der Verbraucherin oder dem Verbraucher vorliegenden Gesamttext originalgetreu erhalten sein. Nur so lässt sich belegen, dass die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an das Vorliegen einer informierten Einwilligungserteilung vorlagen, die Klausel also nicht unübersichtlich, sondern gut lesbar und von anderen Klauseln hinreichend abgetrennt war.²⁰
- Beispiel: Wird eine Einwilligung im Rahmen eines **Online-Gewinnspiels** eingeholt, sind in die Dokumentation auch folgende Angaben aufzunehmen: verwendete URL; Einbettung in soziale Netzwerke; Gestaltungsnachweis (bspw. Screenshot); **35**

¹⁸ Vgl. hierzu u.a. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 7 Rn. 148.

¹⁹ BT-Drucks. 19/26915, S. 33.

²⁰ Die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an eine Werbeeinwilligung basieren dabei zu großen Teilen auf den der DSGVO zu entnehmenden datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine Einwilligung i.S.v. Art. 4 Nr. 11 DSGVO.

Zeitraum, in dem das Gewinnspiel aktiv war; Datenschutz- und Teilnahmebedingungen; Informationen zu Widerrufsmöglichkeiten.

Aus den Informationen muss sich außerdem in geeigneter Form belegen lassen, dass der mutmaßlich Einwilligende die in der Klausel enthaltene Erklärung auch tatsächlich aktiv abgegeben hat. Unzureichend wäre z.B. eine allgemeine Darstellung einer im Gewinnspiel enthaltenen Einwilligungsklausel mit tabellarisch angehängter Angabe der angeblichen Teilnehmer. Eine solche Tabelle belegt in keiner Form, dass die darin aufgeführten Personen tatsächlich am Gewinnspiel teilgenommen und die Einwilligung erteilt haben. Es bedarf vielmehr des Nachweises, dass der mutmaßlich Einwilligende die Website tatsächlich besucht und die Einwilligungserklärung von dort aus an den Erklärungsempfänger übermittelt hat. 36

2.2.1.3 Widerruf bzw. Änderung der Einwilligung in Telefonwerbung

Ein Werbeanruf gegenüber einem Verbraucher darf nur auf eine aktuell bestehende Werbeeinwilligung gestützt werden. Die Werbeeinwilligung ist grundsätzlich frei widerruflich. Hat ein Verbraucher eine zuvor erteilte Einwilligung ganz oder zum Teil widerrufen, sind Werbeanrufe, welche dies nicht hinreichend berücksichtigen, unzulässig. Dem Widerruf als beendigendem Akt zur Einwilligungserteilung kommt damit spiegelbildlich die gleiche Bedeutung zu wie der Einwilligung selbst. Insbesondere um die in der Gesetzesbegründung vorgesehene, erleichterte Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung vornehmen zu können, ist daher das Vorliegen **aktueller Informationen zum Status der Werbeeinwilligung** erforderlich. 37

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. 38

Zu beachten ist, dass in den meisten Fällen von Telefonwerbung personenbezogene Daten verarbeitet werden. In diesen Fällen sind die Anforderungen des Art. 7 Abs. 3 S. 4 DSGVO besonders zu beachten, wonach der Widerruf der Einwilligung so einfach sein muss wie deren Erteilung. Wird eine Einwilligung beispielsweise im Rahmen eines Gewinnspiels einheitlich für mehrere Unternehmen eingeholt, so muss auch der Widerruf der Einwilligung einheitlich für mehrere Unternehmen möglich sein. Grundsätzlich ist ein Widerruf der Einwilligung in jeder Form möglich. Werbetreibende können betroffene Personen nicht auf bestimmte Kontaktwege verweisen. 39

2.2.1.3.1 Beteiligte am Widerruf bzw. der Änderung („wer“)

Aus der Dokumentation muss hervorgehen, **wer am Widerrufs- bzw. Änderungsprozess beteiligt** war. Dazu gehören sowohl Informationen zu demjenigen, der den Widerruf bzw. die Änderung erklärt hat, als auch Informationen zu demjenigen, dem gegenüber die Erklärung abgegeben wurde (z.B. Gewinnspielveranstalter, Auftraggeber der Werbung oder Callcenter). 40

Da der Widerruf einer Werbeeinwilligung in der Regel nur gegenüber einem Adressaten erfolgt, gleichwohl aber für alle Beteiligten einer Werbekampagne verbindlich ist, hat vor allem der Auftraggeber einer Werbekampagne sicherzustellen, dass die Information über den Widerruf unverzüglich alle diejenigen erreicht, die auf seine Veranlassung Werbeanrufe gegenüber der betreffenden Person durchführen. Eine Pflicht zur Information über den erfolgten Werbewiderruf trifft zudem auch die Callcenter. Die Beachtung von Werbewiderrufen und die Gewährleistung eines zuverlässigen und zügigen Datenaustausches dazu gehört zu den Kernpflichten der an einer Werbekampagne Beteiligten. Darum ist auch die Weitergabe der Widerrufsinformation an die anderen an der Werbekampagne Beteiligten zu dokumentieren. Die Dokumentation muss belegen, dass alle **Vertragspartner** des Dokumentationspflichtigen unverzüglich die erforderlichen Informationen erhielten, um dem Widerruf Folge leisten zu können.

Beispiel: Ein Verbraucher hat im Rahmen eines Online-Gewinnspiels eines Adresshändlers eine Einwilligung in Telefonwerbung eines Sponsors erteilt. Er erhält daraufhin einen Werbeanruf von einem Callcenter, das von diesem Sponsor hiermit beauftragt wurde. Widerruft der Verbraucher während dieses Werbeanrufs seine Werbeeinwilligung, ist dieser Widerruf zunächst seitens des Callcenters zu dokumentieren. Darüber hinaus ist das Callcenter verpflichtet, seinen Auftraggeber über den Widerruf unverzüglich zu informieren.²¹ Diese Weitergabe der Information muss das Callcenter ebenfalls dokumentieren. Schließlich muss der Auftraggeber den Erhalt der Information zum Widerruf ebenso dokumentieren, wie eine eventuell daraufhin von ihm veranlasste Weitergabe der Information (z.B. an ein weiteres von ihm mit Werbeanrufen beauftragtes Callcenter oder den Adresshändler, von dem die Einwilligung eingeholt wurde).

41

2.2.1.3.2 Inhalt, Umfang, Zeitpunkt und Art und Weise des Widerrufs bzw. der Änderung („was“, „wann“, „wie“)

Zu dokumentieren ist zudem die Reichweite des Widerrufs bzw. der Änderung der Einwilligung. Aus der Dokumentation muss insbesondere hervorgehen, ob ein **vollständiger oder lediglich teilweiser Widerruf** erfolgt ist sowie **wann**, in welcher **Form** und in welchem **Zusammenhang** dieser erging.

42

²¹ Diese Pflicht folgt unter anderem aus dem Umstand, dass ein Widerruf so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein muss, vgl. hierzu auch Art. 7 Abs. 3 Satz 4 DSGVO. Im Falle einer einheitlichen Werbeeinwilligung gegenüber mehreren Unternehmen (z.B. zwei Sponsoren eines Gewinnspiels) ist es Verbrauchern vor diesem Hintergrund nicht zuzumuten, den Widerruf gegenüber jedem Sponsor oder sogar den verschiedenen von diesen beauftragten Callcentern einzeln erklären zu müssen. Vielmehr reicht ein einmaliger Widerruf, welcher dann vom Empfänger weiter kommuniziert werden muss. Regelmäßig werden solche Informationspflichten daher in der Praxis auch vertraglich vereinbart (z.B. zwischen Auftraggebern und den von ihnen beauftragten Callcentern). Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Dritter Daten vom Verantwortlichen erhalten hat, folgt die Informationspflicht zudem aus der in Art. 19 DSGVO statuierten Pflicht, die Empfänger über jede Berichtigung oder Löschung der personenbezogenen Daten oder eine Einschränkung der Verarbeitung zu informieren. Liegt eine wirksame Einwilligung aufgrund eines Widerrufs nicht (mehr) vor, so ist die Information über das Vorliegen einer solchen Einwilligung ein unrichtiges personenbezogenes Datum, das zunächst vom Verantwortlichen unverzüglich zu berichtigen ist. Die Berichtigung ist wiederum allen Empfängern, denen personenbezogene Daten offengelegt wurden, gem. Art. 19 Satz 1 DSGVO mitzuteilen.

2.2.1.4 Verwendung der Einwilligung in Telefonwerbung

Gemäß § 7a Abs. 1 UWG ist die „vorherige“ ausdrückliche Einwilligung zu dokumentieren. Die Norm nimmt damit Bezug auf den Zeitraum vor dem Werbeanruf. Um nachträglich prüfen zu können, ob die Einwilligung tatsächlich im Vorfeld eines Anrufs erteilt (und nicht widerrufen) wurde, muss allerdings auch der Zeitpunkt des jeweiligen Werbeanrufs feststehen und dokumentiert werden. Dieses Ergebnis folgt zudem aus § 7a Abs. 2 Satz 1 UWG. Danach verlängert sich die Pflicht zur Aufbewahrung der Dokumentation nach jeder Verwendung der Einwilligung um fünf Jahre. Auch diese Anforderung kann nur durch die Dokumentation der konkret durchgeführten Werbeanrufe erfüllt und geprüft werden. Schließlich hängt die Wirksamkeit einer Einwilligung unter anderem von der Länge des Zeitraums zwischen ihrer Erteilung und ihrer Verwendung ab. Hierbei kann es eine Rolle spielen, ob auf Grundlage der Einwilligung regelmäßig Werbeanrufe getätigt werden und wie lange der letzte Werbeanruf zurückliegt.²² Insbesondere um werbenden Unternehmen die in der Gesetzesbegründung vorgesehene Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung zu erleichtern, bedarf es auch aus diesem Grund einer Dokumentation der jeweiligen Verwendung der Einwilligung in Telefonwerbung.

43

Die Dokumentationspflicht umfasst daher auch die konkret **durchgeführten Werbeanrufe**.

44

2.2.1.4.1 Beteiligte an der Verwendung („wer“)

Aus der Dokumentation muss hervorgehen, wer an der Verwendung der Werbeeinwilligung beteiligt war. Dies betrifft sowohl die **Auftraggeber der Werbeanrufe** als auch die mit der Durchführung der Werbeanrufe beauftragten **Callcenter**.

45

Beispiel: Beauftragt ein Auftraggeber mehrere Callcenter mit der Durchführung von Werbeanrufen, muss aus der **Dokumentation des Auftraggebers** hervorgehen, welches Callcenter den jeweiligen Werbeanruf getätigt hat. Dies gilt auch für unterbeauftragte Callcenter (Subunternehmen).

46

Aus der **Dokumentation der einzelnen Callcenter** muss hervorgehen, welches Unternehmen den jeweiligen Werbeanruf beauftragt hat.

47

Darüber hinaus muss festgehalten sein, wessen Werbeeinwilligung verwendet wurde. Hierfür muss die Dokumentation auf den vollständigen Namen des **Einwilligenden** Bezug nehmen.

48

²² Zwar gilt eine einmal erteilte Einwilligung an sich unbefristet. Etwas Anderes kann sich jedoch aus dem mutmaßlichen Willen des Verbrauchers ergeben. Insoweit kommt es auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere den konkreten Zweck der Einwilligung an. Dabei kann es eine Rolle spielen, ob von der Einwilligung erst nach längerer Zeit erstmals Gebrauch gemacht wird und ob der Werbende davon ausgehen darf, dass der Verbraucher noch Kenntnis von seiner Einwilligung und Interesse an einem Anruf hat, vgl. u.a. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 7 Rn. 148. Vgl. zudem BGH, U.v. 1.2.2018 – III ZR 196/17, juris-Rn. 31, wonach gegen eine Regelung zur Geltungsdauer keine Bedenken bestehen, wenn diese „eingegrenzt ist“ und von einem „fortbestehenden Interesse an einer Information über neue Services und Angebote“ ausgegangen werden kann.

2.2.1.4.2	Inhalt der Verwendung („was“)	49
	Die Dokumentation zu dem jeweiligen Werbeanruf muss Angaben umfassen, wofür in dem Telefonat geworben wurde. Dafür ist die Werbekampagne zu dokumentieren, der der Anruf zugeordnet ist.	
2.2.1.4.3	Zeitpunkt der Verwendung („wann“)	50
	Aus der Dokumentation müssen alle Zeitpunkte hervorgehen, zu denen im Rahmen einer Gesprächsverbindung telefonisch (gegenüber einer Person) geworben wurde. ²³	
	Hierfür müssen jeweils Datum und Uhrzeit dokumentiert werden.	51
2.2.1.4.4	Art und Weise der Verwendung („wie“)	52
	Die Dokumentationspflicht umfasst auch Art und Weise der Kontaktaufnahme, also die für den Werbeanruf verwendete Rufnummer sowie die kontaktierte Rufnummer des Verbrauchers.	
2.2.2	Besondere Dokumentationserfordernisse	53
	Wie bereits zuvor erläutert, ist die Einwilligung in Telefonwerbung an keine bestimmte Form gebunden. In der Praxis werden Werbeeinwilligungen regelmäßig textlich, fernmündlich, durch das Anklicken eines Feldes auf einer Website bzw. in einer App oder schriftlich erteilt. Die gewählte Form hat Einfluss darauf, wie die Erteilung der Einwilligung zu dokumentieren ist. Nachfolgend werden daher besondere Dokumentationserfordernisse für gängige Einwilligungsformen dargestellt. Bei dieser Darstellung handelt es sich lediglich um ergänzende Hinweise. Die oben aufgeführten allgemeinen Dokumentationserfordernisse sind in jedem Fall zu berücksichtigen.	
2.2.2.1	Textlich sowie in sonstiger Form online erteilte Werbeeinwilligungen	54
	In den Bereich der textlich sowie in sonstiger Form online erteilten Werbeeinwilligungen fallen z.B. Einwilligungen per E-Mail aber auch Einwilligungen per SMS oder durch das Anklicken bestimmter Felder im Rahmen eines Internetdienstes. Insbesondere vor diesem Hintergrund muss die Dokumentation Aussagekraft dahingehend haben, dass die personenbezogenen Daten und die entsprechende Einwilligung zur werblichen Verwendung tatsächlich über den behaupteten Weg (z.B. Online-Gewinnspiel) eingeholt wurden.	
	Hierfür bedarf es eines aussagekräftigen und manipulationssicheren Belegs darüber, dass die Dateneingabe und die Erklärung der Werbeeinwilligung tatsächlich seitens des Verbrauchers erfolgt sind, auf den sie sich beziehen.	55
	Zu berücksichtigen ist insoweit auch die Rechtsprechung zum „ Double-Opt-In “- Verfahren . Es ist nicht belegbar, dass dem Inhaber einer E-Mail-Adresse eine bestimmte von diesem angegebene Telefonnummer auch tatsächlich zugeteilt ist. Ein solches Double-Opt-In-Verfahren bietet daher keine geeignete Möglichkeit, eine Einwilligung in	56

²³ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur Aufbewahrungsfrist (s.u.).

Telefonwerbung nachzuweisen. Die im Zusammenhang mit § 7a Abs. 1 UWG relevante Erteilung einer Einwilligung in Telefonwerbung lässt sich damit nicht dokumentieren.²⁴

2.2.2.2 Fernmündlich erteilte Werbeeinwilligungen

Für die Dokumentation einer fernmündlich erteilten Werbeeinwilligung bedarf es der Aufzeichnung des Telefongesprächs (sog. **Voicefile**).²⁵ Diese muss grundsätzlich den gesamten und zusammenhängenden Gesprächsabschnitt umfassen, der die Einwilligung betrifft.²⁶ 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.²⁷

57

Im Gespräch müssen seitens des Callcenteragenten das **Datum und die Uhrzeit** des Telefonats genannt werden sowie die **unternehmensbezogenen Angaben** (insb. Benennung der Firma des Callcenters, Vor- und Nachname des Einwilligenden) und der **Inhalt und Umfang** der Einwilligungserklärung. Die **persönlichen Angaben** des Callcenteragenten (Vor- und Nachname) sind mit Blick auf die hier gegenständliche Dokumentationspflicht spätestens nach Beendigung des Gesprächs der noch laufenden Aufnahme hinzuzufügen.²⁸

58

Die Angaben seitens des Callcentermitarbeiters müssen **wahrheitsgemäß** erfolgen und **deutlich** gesprochen werden.

59

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.²⁹

60

Hat der Verbraucher der **Gesprächsaufzeichnung nicht zugestimmt**, darf eine solche auch nicht erfolgen.³⁰ 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

61

²⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch OVG des Saarlandes, B. v. 16.02.2021 – 2 A 355/19, juris-Rn. 28; VG des Saarlandes, U. v. 29.10.2019 – 1 K 732/19, juris-Rn.63 ff. Im Hinblick auf Double-Opt-In-Verfahren, die per SMS oder per Telefonanruf übermittelte Bestätigungs-codes oder eingeholte Bestätigungen verwenden, ist zudem darauf hinzuweisen, dass wegen der leichten Fälschbarkeit in der Regel die Beweiskraft solcher Verfahren als gering anzusehen ist.

²⁵ Zu beachten ist, dass die Einholung einer Werbeeinwilligung nicht erst im Werbeanruf selbst erfolgen darf, sondern zuvor erfolgt sein muss, vgl. u.a. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 7 Rn. 144 m.w.N.

²⁶ Es gelten insoweit vergleichbare Grundsätze zu denjenigen der BaFin zur Nutzung von sog. Start-, Stopp und Pause-Knöpfen im Fall von telefonischen Aufzeichnungspflichten nach § 83 WpHG, vgl. BaFin, FAQ zu MiFID II-Wohlverhaltensregeln nach §§ 63 ff. WpHG vom 04.05.2018 (geändert am 03.09.2021), Geschäftszeichen WA 31-Wp 2002-2018, Thema Compliance, Ziff. B 2; vgl. zudem auch Begr. RegE, BT-Drs. 18/10936, S. 244, wonach frühzeitig mit der Aufzeichnung zu beginnen ist.

²⁷ Die jeweilige Erteilung der Einwilligung in die Aufzeichnung sollte zum Zwecke der besseren Nachweisbarkeit ebenfalls dokumentiert werden.

²⁸ Andere Rechtspflichten zur Identifikation bleiben hiervon unberührt. Vgl. z.B. die Rechtsprechung zu § 312a BGB und § 5 UWG, u.a. BGH, U. v. 19.4.2018 – I ZR 244/16 sowie demgegenüber OLG Frankfurt, U. v. 16.5.2019 – 6 U 3/19, juris-Rn. 11 f. Aus dem Datenschutzrecht können sich zudem weitergehende Anforderungen ergeben.

²⁹ Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur Aufbewahrungspflicht (s.u.).

³⁰ Die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes ist gem. § 201 StGB strafbar.

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.

2.2.2.3 Schriftlich erteilte Werbeeinwilligungen

Die Dokumentationspflicht bzgl. einer schriftlich erteilten Werbeeinwilligung (bspw. durch Unterschrift auf einem Vertragsdokument) muss den Vorgang der Einwilligungserteilung rechtssicher belegen. Daher reicht es nicht aus, wenn lediglich die Einwilligungsklausel dokumentiert wird. Vielmehr sind alle wesentlichen Vertragsbestandteile und Datum und Unterschrift des Erklärenden in die Dokumentation mit aufzunehmen. Alle Inhalte, die für die Wiedergabe des Informationsstandes des Erklärenden bei Abgabe der Einwilligungserteilung relevant sind sowie die grafische Gestaltung, sind originalgetreu wiederzugeben. Lediglich sensible personenbezogene Daten, die in keinerlei inhaltlichem Zusammenhang mit der Einwilligungserteilung stehen, sind von der Dokumentation auszunehmen (z.B. Passwortdaten für den Zugang zu einem Kundenportal).

62

2.2.3 Ausschluss von Manipulationen

Methoden, welche die Erteilung einer Einwilligung lediglich vortäuschen sollen, begründen bereits keine wirksame Einwilligung und genügen dementsprechend auch nicht der Dokumentationspflicht aus § 7a Abs. 1 UWG. Dies gilt beispielsweise für das sog. **manipulative Taping**, bei dem Gesprächsausschnitte eines Telefonats aus dem Zusammenhang gerissen und neu zusammengeschnitten werden, um so bei Abspielen der (manipulierten) Aufnahme eine Einwilligung zu suggerieren.³¹ Manipulatives Taping dürfte grundsätzlich einen ordnungswidrigen Dokumentationsverstoß i.S.d. § 20 UWG begründen, für den ein gesondertes Bußgeld bis zu 50.000 EUR verhängt werden kann. Je nach Fallgestaltung können solche Handlungen auch strafrechtlich relevant sein.

63

2.2.4. Zeitpunkt der Entstehung der Dokumentationspflicht und Übernahme der Dokumentation von Dritten

Die Dokumentationspflicht entsteht grundsätzlich zum Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung. Auf diesen Zeitpunkt stellt der Wortlaut von § 7a Abs. 1 UWG ausdrücklich ab.

64

Sofern ein werbendes Unternehmen die Einwilligung allerdings nicht selbst einholt (sondern bspw. ein Adresshändler im Rahmen eines Online-Gewinnspiels), kann es eine eigene Dokumentation ab dem Zeitpunkt der Erteilung in tatsächlicher Hinsicht nicht vornehmen. Daher trifft die Dokumentationspflicht das werbende Unternehmen in solchen Fällen ab dem Zeitpunkt, zu dem es die Daten eines Verbrauchers für die Durchführung von Werbeanrufen erhält. In jedem Fall beginnt die Dokumentationspflicht vor Durchführung der von ihm beauftragten oder selbst vorgenommenen Werbeanrufe.

65

³¹ Vgl. hierzu auch Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Schlussbericht, 3.2.2017, S. 85 f.

Indem § 7a Abs. 1 UWG ausdrücklich auf den Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung abstellt sowie zugleich die Durchführung der Werbeanrufe in den Blick nimmt, wird deutlich, dass eine **lückenlose Einwilligungsdokumentation** zu erfolgen hat. Dies deckt sich auch mit dem Sinn und Zweck der Dokumentationspflicht, die Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung zu erleichtern. Gerade ein Dokumentationsübergang von einem Unternehmen auf ein anderes führt zu einer deutlich erhöhten Fehleranfälligkeit. Werbende Unternehmen, die auf von Dritten eingeholte Einwilligungserklärungen zurückgreifen wollen, müssen daher auch in diesem Fall sicherstellen, dass die von ihnen anzufertigende Dokumentation den Anforderungen von § 7a Abs. 1 UWG entspricht. Hierzu haben sie unter anderem darauf hinzuwirken, dass ihnen von dem Dritten eine rechtlich einwandfreie und vollständige Dokumentation zur Verfügung gestellt wird³², die sie unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben fortführen müssen. Dazu gehört auch, dass jedenfalls der Dritte die Dokumentation zum Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung angelegt hat. **66**

Da das erwerbende Unternehmen in diesem Fall auf die Erzeugung der Werbeeinwilligung keinen Einfluss nehmen konnte, wandelt sich seine Pflicht im Hinblick auf die erworbenen Werbeeinwilligungen in eine **Prüfpflicht** dahingehend, ob die Anforderungen der Einwilligungsdokumentation eingehalten wurden. Zur erforderlichen Prüfung gehört auch eine inhaltliche Prüfung, ob die Einwilligung beispielsweise hinsichtlich Wortlaut und Gestaltung des Einwilligungstextes wirksam erteilt worden ist. **67**

Nach dem Zeitpunkt des Erwerbs ist das erwerbende Unternehmen für die erworbenen Werbeeinwilligungen in derselben Form verantwortlich wie für selbst gewonnene Einwilligungen. **68**

Beispiel: Holt ein Adresshändler eine Einwilligung für ein werbendes Unternehmen ein, so muss dieses spätestens ab Erhalt der Daten und in jedem Fall vor Durchführung bzw. Beauftragung darauf basierender Werbeanrufe eine Dokumentation sicherstellen, welche den Anforderungen von § 7a Abs. 1 UWG genügt. Hierfür muss es unter anderem darauf hinwirken, dass es vom Adresshändler eine Dokumentation erhält, die zum Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung begonnen wurde. Entspricht die Dokumentation des Adresshändlers den gesetzlichen Anforderungen nicht und übernimmt das werbende Unternehmen die Daten dennoch, so begründet dies einen eigenständigen Verstoß des werbenden Unternehmens gegen die Dokumentationspflicht aus § 7a Abs. 1 UWG. **69**

2.3 Aufbewahrungspflicht

2.3.1. Ziel, Inhalt und Voraussetzungen

Denknotwendiger Teil der Pflicht zur Dokumentation von Einwilligungen in Telefonwerbung ist ferner gem. § 7a Abs. 1, 2 Satz 1 UWG die Pflicht zu deren Aufbewahrung. Die Aufbewahrungspflicht entspricht der vergleichbaren Regelung in § 83 Abs. 8 WpHG³³ und **70**

³² Die Dokumentationspflicht aus § 7a Abs. 1 UWG erstreckt sich damit mittelbar auf Adresshändler.

³³ BT-Drucks. 19/26915, S. 33.

stellt einen Annex der Dokumentationspflicht dar. Als solcher dient sie grundsätzlich den gleichen **Zwecken** wie die Dokumentationspflicht.

Sie soll also ebenfalls eine effizientere Sanktionierung unerlaubter Telefonwerbung gewährleisten, Anreize für einen Verstoß reduzieren und werbenden Unternehmen die Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung erleichtern.³⁴ Dies spiegelt sich auch in der Gesetzesbegründung wieder, wonach die Aufbewahrungspflicht der effizienten Bewertung und Sanktionierung der von Verbrauchern angezeigten Sachverhalte dient.³⁵ **71**

Die Aufbewahrungspflicht umfasst daher unter anderem die Pflicht zur Sicherung der im Rahmen der Dokumentation angelegten Daten und Unterlagen. Es ist zu gewährleisten, dass die Dokumentationsdaten in der oben beschriebenen Qualität lesbar, dauerhaft verfügbar und gegen Änderungen geschützt zum Abruf bereitgehalten werden. Hierzu gehört vor allem der **Schutz vor Veränderung und Löschung**.³⁶ **72**

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. **73**

Aus der Anlehnung der Aufbewahrungspflicht aus § 7a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UWG an § 83 Abs. 8 WpHG³⁷ folgt zudem, dass der dortige Maßstab der Art und Weise der Aufbewahrung grundsätzlich auf die hier gegenständliche Konstellation übertragbar ist. Die für § 83 Abs. 8 WpHG geltenden **Anforderungen an die Aufbewahrung** von Aufzeichnungen sind im Einzelnen in Art. 72 DVO 2017/565/EU normiert. Nach dessen Absatz 1 gehören dazu unter anderem, dass die Aufzeichnungen auf einem Datenträger aufzubewahren sind, auf dem sie so gespeichert werden können, dass sie der zuständigen Behörde auch in Zukunft zugänglich gemacht werden können und nicht manipuliert oder verändert werden können. Zugleich müssen die Aufzeichnungen informationstechnisch oder anderweitig wirksam genutzt werden können, sofern sich die Daten aufgrund ihres Umfangs und ihrer Art nicht einfach analysieren lassen. Schließlich müssen die Aufzeichnungen derart auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert werden, dass jeder Dokumentationsdatensatz für sich auf Wunsch **leicht zugänglich und verfügbar** sind (Art. 76 Abs. 10 UAbs. 2 DVO 2017/565/EU), d.h. das Unternehmen muss sie so aufbewahren, dass sie schnellstmöglich zur Verfügung gestellt werden können.³⁸ Hierzu gehört auch die Nutzung von stets aktuellen und auslesbaren Speicherformaten.³⁹ **74**

³⁴ Vgl. oben zur Dokumentationspflicht sowie BT-Drucks. 19/26915, S. 14, 33.

³⁵ BT-Drucks. 19/26915, S. 33.

³⁶ Zum Problem der Manipulierbarkeit von Aufzeichnungen vgl. auch Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Schlussbericht, 3.2.2017, S. 57.

³⁷ BT-Drucks. 19/26915, S. 33.

³⁸ Fett, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 83 WpHG, Rn. 35.

³⁹ Veraltete Speicherformate, wie z.B. Disketten, erfüllen diese Anforderungen nicht. Die Aufbewahrungspflicht beinhaltet daher auch eine Pflicht zur Aktualisierung von Speichermedien.

2.3.2 Aufbewahrungsfrist nach Verwendung der Einwilligung

Gem. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UWG hat die Aufbewahrung der Nachweise i.S.v. § 7a Abs. 1 UWG ab Erteilung der Einwilligung zu erfolgen.⁴⁰ Nach jeder Verwendung der Einwilligung verlängert sich die Pflicht zudem um fünf Jahre.⁴¹ Eine **Verwendung** in diesem Sinne liegt vor, wenn ein Werbeanrufer auf Grundlage der Einwilligung initiiert und im Rahmen einer Gesprächsverbindung telefonisch (gegenüber einer Person) geworben wurde.⁴²

75

In der Praxis tätigen vielfach Callcenter die Werbeanrufer aufgrund einer Vereinbarung mit einem Auftraggeber. In dieser Konstellation ist zu beachten, dass auch die **Auftraggeber** durch die beauftragten Anrufer die Einwilligung für ihre Werbekampagne verwenden. Die Callcenter müssen die Auftraggeber daher über die jeweilige Verwendung der Einwilligung (also sämtliche von ihnen für den Auftraggeber durchgeführten Werbeanrufer) informieren, damit die Auftraggeber die Dauer der sie im Hinblick auf die jeweilige Werbeeinwilligung ebenfalls treffenden Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht berechnen können.

76

2.3.3 Verhältnis zu anderen Rechtspflichten

Die Einführung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht in § 7a UWG schafft **Rechtssicherheit** für die im Telefonmarketing tätigen Unternehmen. Diese trugen trotz der ausdrücklichen Regelung in Art. 7 DSGVO in der Vergangenheit zum Teil Bedenken vor, ob und wie lange sie den Nachweis zu Werbeeinwilligungen aufbewahren durften. Unter Verweis auf datenschutzrechtliche Vorgaben oder vertragliche Vereinbarungen wurden entsprechende Daten daher in manchen Fällen bereits wenige Monate nach Beendigung einer Telefoniekampagne gelöscht oder gar nicht erst angelegt.⁴³ § 7a UWG stellt nun auch auf der Ebene des nationalen Rechts klar, dass Einwilligungsnachweise nicht nur aufbewahrt werden dürfen, sondern hierzu sogar eine gesetzliche Pflicht besteht.

77

Die gesetzliche Aufbewahrungspflicht wird daher insbesondere durch **vertraglich vereinbarte Löschpflichten** nicht berührt. Bestehende Verträge, die nicht im Einklang mit § 7a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UWG stehen, sollten daher zwecks Vermeidung ordnungswidriger Dokumentationsverstöße von den Vertragsparteien angepasst werden.

78

Die Aufbewahrungspflicht stellt zudem eine rechtliche Verpflichtung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c) DSGVO⁴⁴ dar, welche eine **Verarbeitung personenbezogener Daten erlaubt**.⁴⁵ Spätestens mit Inkrafttreten von § 7a UWG geht daher der in der

79

⁴⁰ Vgl. hierzu bereits oben.

⁴¹ Eine in anderen Rechtsbereichen z.T. vorgesehene, zusätzliche Verlängerung durch behördliche Anordnung (vgl. z.B. zweijährige Verlängerungsmöglichkeit gem. § 83 Abs. 8 WgHG) ist in § 7a UWG nicht geregelt.

⁴² Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur Aufbewahrungsfrist (s.u.).

⁴³ Vgl. hierzu auch Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der Verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Schlussbericht, 3.2.2017, S. 55, wonach eine derart mangelhafte Dokumentation den Entlastungsbeweis nicht beinhalten kann.

⁴⁴ Die DSGVO ist als europäische Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten geltendes Recht, Art. 288 Abs. 2 AEUV. Ihr kommt ein Anwendungsvorrang vor nationalem Recht zu. Näher hierzu vgl. u.a. BfDI, Info 06, Die DSGVO in der Bundesverwaltung, Stand: Dezember 2020, S. 35.

⁴⁵ Gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. c) DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten unter anderem dann erlaubt, wenn sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt. Eine solche rechtliche Verpflichtung kann sich dabei aus Vorschriften des Unionsrechts oder des nationalen Rechts ergeben, vgl. BfDI, Info 06, Die DSGVO in der Bundesverwaltung, Stand: Dezember

Vergangenheit von werbenden Unternehmen häufig geäußerte, pauschale Verweis, Daten zur Einwilligung in Telefonwerbung seien aufgrund der unionsrechtlichen Datenschutzvorgaben der DSGVO kurz nach Durchführung der Werbeanrufe gelöscht worden, ins Leere.

Während der Dauer der Aufbewahrungspflicht nach § 7a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UWG besteht zudem seitens der Verbraucher, deren Einwilligung dokumentiert wurde, grundsätzlich **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.⁴⁶ Zudem dient die Aufbewahrungspflicht unter anderem auch dem Schutz und dem Interesse der Verbraucher.⁴⁷ Denn sie erleichtert der Bundesnetzagentur den Nachweis unwirksamer Einwilligungserklärungen und damit die bußgeldrechtliche Verfolgung unerlaubter Werbeanrufe sowie die Abstellung belästigender Anruferkampagnen. Gerade hierauf richtet sich zudem regelmäßig das Interesse der Verbraucher, die bei der Bundesnetzagentur unerlaubte Werbeanrufe anzeigen.

80

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.⁴⁸ 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.⁴⁹ Etwaige Aufbewahrungspflichten aufgrund anderer Rechtsnormen – etwa des Handels- oder Steuerrechtes – bleiben unberührt.

81

Nach Löschung des Nachweises i.S.v. § 7a Abs. 1 UWG sollten zudem **keine neuen Werbeanrufe** auf dieser Grundlage erfolgen, zumal hierdurch ein Verstoß gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht begründet würde, wonach die entsprechende Einwilligung für den Werbeanrufer dokumentiert und aufbewahrt werden muss.⁵⁰ Für Werbeanrufe an diese Person muss daher eine aktuelle Einwilligung neu eingeholt werden.

82

Als **bereichsspezifische Norm** für die Aufbewahrung von Einwilligungsnachweisen in Telefonwerbung geht § 7a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 UWG in seinem Anwendungsbereich anderen nationalen Regelungen vor, welche sich ebenfalls auf die Dauer einer Datenspeicherung beziehen. Dies gilt bspw. für die Löschpflicht aus § 95 Abs. 3 TKG, wonach die Bestandsdaten vom Telekommunikationsdiensteanbieter (welche sich jedenfalls zum Teil mit der Einwilligungsdokumentation in Telefonwerbung überschneiden

83

2020, S. 37 f. Zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten gehört auch deren Speicherung bzw. Aufbewahrung.

⁴⁶ Vgl. hierzu auch BfDI, Info 06, Die DSGVO in der Bundesverwaltung, Stand: Dezember 2020, S. 49 f.

⁴⁷ Opfer unerlaubter Telefonwerbung sind zum Teil auch gerade besonders schutzbedürftige Verbraucher, vgl. Schulte-Nölke/Henning-Bodewig/Podszun, Evaluierung der verbraucherschützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken, Schlussbericht, 3.2.2017, S. 93.

⁴⁸ Vgl. hierzu auch BfDI, Info 06, Die DSGVO in der Bundesverwaltung, Stand: Dezember 2020, S. 50.

⁴⁹ Da sich die Löschpflicht insoweit unmittelbar aus der DSGVO ergibt, bedarf es keiner eigenständigen Regelung auf nationaler Ebene, die vergleichbar wäre zu § 83 Abs. 8 Satz 2 WpHG.

⁵⁰ Dies gilt bereits deshalb, da nach 5 Jahren ohne einen Werbeanrufer regelmäßig nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass eine so alte Einwilligung Werbeanrufer gegenüber dem Erklärenden noch legitimiert.

können⁵¹⁾ mit Ablauf des auf die Vertragsbeendigung folgenden Kalenderjahres zu löschen sind.⁵²⁾

3. Umgang mit „Alteinwilligungen“

Die Pflichten aus § 7a UWG sowie die Bußgeldvorschriften insbesondere in § 20 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UWG, sind gem. Art. 4 Abs. 3 Gesetz für faire Verbraucherverträge am 01.10.2021 in Kraft getreten. Ein späteres Inkrafttreten oder eine besondere Übergangsregelung ist insofern – anders als zum Teil für sonstige im Gesetz für faire Verbraucherverträge enthaltene Regelungen – gesetzlich nicht vorgesehen und auch nicht nötig. Dies gilt unter anderem vor dem Hintergrund, dass **bereits zuvor eine Nachweispflicht für Einwilligungen in Telefonwerbung** bestand, welche sich vor allem aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO ableitet. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten, welche u.a. in einem Werbeanruf liegen kann, muss danach eine durch den Verantwortlichen belegbare Einwilligung vorliegen.

84

Werbende Unternehmen müssen daher spätestens seit dem 25.05.2018 ohnehin über eine Einwilligungsdokumentation verfügen. Mit Blick auf den mit dem Gesetz für faire Verbraucherverträge verbundenen Erfüllungsaufwand ist dementsprechend konsequent festgestellt worden, dass die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht nicht zu einem Umstellungsaufwand für die Wirtschaft führen wird („Sowieso-Kosten“).⁵³⁾

85

Ist eine Werbeeinwilligung vor Inkrafttreten von § 7a UWG eingeholt worden (im Weiteren „**Alteinwilligung**“), ohne dass ihre Dokumentation und Aufbewahrung dem Maßstab des § 7a Abs. 1 UWG genügt, ist Folgendes zu beachten:

86

Das Inkrafttreten von § 7a UWG wirkt sich zunächst nicht auf den materiellen Gehalt einer solchen „Alteinwilligung“ aus⁵⁴⁾, 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.

87

In Konstellationen, in denen nach dem 01.10.2021 auf Grundlage einer behaupteten „Alteinwilligung“ Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern getätigt werden, sind jedoch spätestens unmittelbar vor Durchführung des jeweiligen Anrufs die in § 7a Abs. 1 UWG geregelten Pflichten zur Dokumentation und Aufbewahrung einzuhalten. Wird eine auf der Grundlage von Art. 7 DSGVO angefertigte Dokumentation diesen Anforderungen gerecht, bedarf es keiner zusätzlichen Maßnahmen. Fehlt es an einer hinreichenden

88

⁵¹⁾ Z.B. wenn ein Mobilfunkvertrag, in dem die Werbeeinwilligung enthalten ist, in Papierform als Einwilligungsnachweis i.S.v. § 7a Abs. 1 UWG dokumentiert und aufbewahrt wird.

⁵²⁾ Auch insoweit gelten zudem die Vorgaben aus Art. 17 Abs. 1 lit. a) DSGVO (vgl. bereits oben).

⁵³⁾ BT-Drucks. 19/26915, S. 23.

⁵⁴⁾ Vergleichbares gilt auch mit Blick auf den Geltungsbeginn der DSGVO am 25.05.2018. Zuvor erteilte Einwilligungen wurden durch das Inkrafttreten der Neuregelung nicht „automatisch“ unwirksam. Voraussetzung für eine weitere Verwendung war allerdings, dass die in ErwGr 171 Satz 3 DSGVO genannte „Art der bereits erteilten Einwilligung“ den Bedingungen der DSGVO entspricht. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, muss die Einwilligung unter Beachtung der Vorgaben der DSGVO neu eingeholt werden (vgl.: Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Stand: 1. Oktober 2018, S. 8).

Dokumentation einer solchen „Alteinwilligung“ oder ist deren Aufbewahrung nicht ordnungsgemäß erfolgt, muss dies zwingend nachgeholt werden, bevor ein darauf gestützter Werbeanruf erfolgt.⁵⁵

Beispiel:

Eine Einwilligung in Telefonwerbung wurde am 03.01.2020 von einem Verbraucher erteilt und am 10.01.2020 von einem Callcenter für einen Werbeanruf verwendet. Die dem Callcenter vorliegende Dokumentation der Einwilligung entsprach dabei nicht den inhaltlichen Anforderungen von § 7a Abs. 1 UWG⁵⁶. Am 05.11.2021 tätigt das Callcenter auftragsgemäß einen weiteren Werbeanruf. Zuvor hat es sich vom Auftraggeber allerdings das dort ordnungsgemäß dokumentierte und den aktuellen gesetzlichen Anforderungen entsprechende Voicefile⁵⁷ der Werbeeinwilligung zur eigenen Dokumentation und Aufbewahrung vorlegen lassen. Die Dokumentationspflicht ist damit erfüllt. **89**

Negativbeispiel:

Eine Einwilligung in Telefonwerbung wurde am 03.01.2020 von einem Verbraucher erteilt und am 10.01.2020 von einem Callcenter für einen Werbeanruf verwendet. Die Dokumentation der Einwilligung wurde vom Callcenter am 31.03.2020 aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung mit dem Auftraggeber der Telefonwerbung wieder gelöscht. Am 05.11.2021 tätigt das Callcenter auftragsgemäß einen weiteren Werbeanruf, ohne die entsprechende Dokumentation erneut zu erhalten. In diesem Fall liegt keine ordnungsgemäße Dokumentation vor. **90**

Erfolgt nach Inkrafttreten von § 7a UWG hingegen **kein** (weiterer) auf eine Alteinwilligung gestützter Werbeanruf bei der einwilligenden Person, ist § 7a UWG nicht einschlägig. In solchen Fällen bestand „zum Zeitpunkt der Erteilung“ der Einwilligung keine aus § 7a UWG abgeleitete Pflicht zu deren Dokumentation und Aufbewahrung.⁵⁸ Zudem ist es in tatsächlicher Hinsicht nicht möglich, rückwirkend eine Einwilligung zum Zeitpunkt der Erteilung unter Berücksichtigung der Vorgaben aus § 7a Abs. 1 UWG zu dokumentieren und aufzubewahren. Die Bundesnetzagentur wird diese Fälle daher auch nicht zur Grundlage eines Bußgeldverfahrens wegen eines Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG machen.⁵⁹ **91**

Beispiel:

Eine Einwilligung in Telefonwerbung wurde am 03.01.2020 von einem Verbraucher erteilt und am 10.01.2020 von einem Callcenter für einen Werbeanruf verwendet. Die Dokumentation der Einwilligung wurde vom Callcenter am 31.03.2020 aufgrund **92**

⁵⁵ Zur vergleichbaren Situation nach Geltungsbeginn der DSGVO und der dort in Art. 7 Abs. 1 geregelten Nachweispflicht, vgl. Europäischer Datenschutzausschuss, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, Version 1.1, angenommen am 4.5.2020, S. 39. Danach müssen Einwilligungen, für die keine (hinreichenden) Nachweise aufbewahrt wurden, erneuert werden.

⁵⁶ Bspw. lag dem Callcenter lediglich eine vom Auftraggeber erstellte Tabelle vor, in der die Erteilung der Einwilligung vermerkt war.

⁵⁷ Zu den Einzelheiten vgl. oben.

⁵⁸ Allerdings bestand bereits die wesensgleiche Nachweispflicht aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO (vgl. oben).

⁵⁹ Die bußgeldrechtliche Verfolgung unerlaubter Werbeanrufe bleibt hiervon unberührt.

einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung mit dem Auftraggeber der Telefonwerbung wieder gelöscht. Weitere Werbeanrufe erfolgten nicht und sind auch für die Zukunft nicht vorgesehen.

Nach Inkrafttreten von § 7a UWG am 01.10.2021 wird die Bundesnetzagentur in diesem Fall ein Bußgeldverfahren gegen das Callcenter nicht darauf stützen, dass die (ab dem 01.04.2020 dort nicht mehr vorhandene) Dokumentation nach dem Anruf keine fünf Jahre bei dem Callcenter aufbewahrt wurde. Die Rechtspflichten aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO werden hiervon nicht berührt. **93**

4. Verstöße gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht

Verstöße gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht aus § 7a Abs. 1 UWG sind als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet und gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UWG bußgeldbewehrt. Ordnungswidrig handelt danach, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 7a Abs. 1 UWG eine dort genannte Einwilligung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentiert oder nicht mindestens fünf Jahre aufbewahrt. Für den Fall eines Verstoßes ist ein Bußgeld von bis zu 50.000 Euro gesetzlich vorgesehen. **94**

Zuständig für die Verfolgung solcher Ordnungswidrigkeiten ist die Bundesnetzagentur, § 20 Abs. 3 UWG i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG). Diese Zuständigkeit tritt neben die bereits zuvor in diesem Zusammenhang bestehende behördliche Kompetenz zur Verfolgung von Fällen unerlaubter Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern⁶⁰ sowie von Fällen der Rufnummernunterdrückung bei Werbeanrufen.⁶¹ **95**

5. Vorlagepflicht gem. § 7a Abs. 2 Satz 2 UWG

Die werbenden Unternehmen haben den Nachweis i.S.v. § 7a Abs. 1 UWG auf Verlangen der Bundesnetzagentur unverzüglich vorzulegen, § 7a Abs. 2 Satz 2 UWG. **96**

Durch den Verweis in § 7a Abs. 2 Satz 2 UWG auf die Bußgeldvorschriften in § 20 Abs. 3 UWG wird deutlich, dass die dort benannte Bundesnetzagentur die Vorlage der Dokumentation insbesondere auch in ihrer Funktion als zuständige Bußgeldbehörde verlangen kann. Dies ergibt sich zudem aus der Gesetzesbegründung, wonach sich die Verpflichtung zur Vorlage der Dokumentation im Verhältnis zu anderen in Betracht kommenden „Ermittlungsmaßnahmen wie einer Durchsuchung der Geschäftsräume zur Beschlagnahme der Einwilligungen“ als das mildere Mittel darstellt.⁶² **97**

Zur Umsetzung der Vorlagepflicht ist der Bundesnetzagentur die Dokumentation in vollem Umfang durch **Übersendung** der relevanten Daten physisch zugänglich zu machen. In der Regel reicht hierzu die Übersendung einer gegen Veränderungen in geeigneter Form gesicherten Kopie aus. In besonderen Fällen – z.B. wenn die Authentizität einer **98**

⁶⁰ Vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3 UWG. Die Bundesnetzagentur kann hier ein Bußgeld von bis zu 300.000 Euro verhängen.

⁶¹ Vgl. § 102 Abs. 2, § 149 Abs. 1 Nr. 17e, Abs. 2 Satz 1 Nr. 6, Abs. 3 TKG bzw. – ab dem 1.12.2021 - § 15 Abs. 2, § 28 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 TTDSG. Die Bundesnetzagentur kann auf Grundlage des TKG ein Bußgeld von bis zu 10.000 Euro verhängen. Auf Grundlage des TTDSG ist die Verhängung eines Bußgeldes von bis zu 300.000 Euro möglich.

⁶² BT-Drucks. 19/26915, S. 33.

Werbeeinwilligung infrage steht – kann auch die Übersendung des Originals erforderlich werden. Dies wird insbesondere dann erforderlich, wenn die Echtheit einer eigenhändigen Unterschrift zu prüfen ist.

6. **Ausblick**

Die Bundesnetzagentur weist darauf hin, dass es sich bei den beabsichtigten, behördlichen Auslegungshinweisen um eine **überblicksartige Darstellung** der Anforderungen an die Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten handelt. Insbesondere in Verfahren zur bußgeldrechtlichen Verfolgung von Verstößen gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten bedarf es einer Betrachtung des konkret vorliegenden Einzelfalls.

99

Die Auslegungshinweise bilden rechtlich den **Stand aus Oktober 2021** ab. Insbesondere im Fall einer gesetzlichen Weiterentwicklung oder Konkretisierung durch künftige Rechtsprechung behält sich die Bundesnetzagentur vor, das vorliegende Dokument zu ergänzen, zu präzisieren oder anzupassen.

100

– Ende der Darstellung –

– 1 Anlage –

Anlage: Relevante Normen des UWG

„§ 7a [UWG] Einwilligung in Telefonwerbung

(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.

(2) Die werbenden Unternehmen müssen den Nachweis nach Absatz 1 ab Erteilung der Einwilligung sowie nach jeder Verwendung der Einwilligung fünf Jahre aufbewahren. Die werbenden Unternehmen haben der nach § 20 Absatz 3 zuständigen Verwaltungsbehörde den Nachweis nach Absatz 1 auf Verlangen unverzüglich vorzulegen.“

„§ 20 [UWG] Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

[...]

2. entgegen § 7a Absatz 1 eine dort genannte Einwilligung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentiert oder nicht oder nicht mindestens fünf Jahre aufbewahrt,

[...]

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann [...] in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro [...] geahndet werden.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist in den Fällen des Absatzes 1 Nummer [...] 2 die Bundesnetzagentur [...].“