

**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.

Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft ZAW e.V. [ZAW]

Dr. Philipp Ostendorff, Referent Recht und Werbepolitik

30.11.2021

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
	10, 12	In den Auslegungshinweisen (Rn. 10) findet sich zunächst der zutreffende Hinweis, dass sich die Pflicht zur Dokumentation und Aufbewahrung in § 7a Abs. 1 UWG nach dem Wortlaut der Norm auf denjenigen bezieht, der „mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher wirbt“. Die Auslegungshinweise verkennen in der Folge allerdings, dass der Wortlaut der Vorschrift damit eher ein engeres Verständnis des Adressatenkreises ("wer") nahelegt. Eine Interpretation, wonach sich die Dokumentationspflicht auf sämtliche Akteure in der Kette Auftraggeber-Callcenter-Adresshändler bezieht, lässt sich dem Gesetzeswortlaut demgegenüber gerade nicht entnehmen. Die Feststellung, dass der personelle Anwendungsbereich des § 7a Abs. 1 UWG parallel zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu bestimmen sei (Rn. 12 d. Auslegungshinweise), verkennt, dass ein Verweis auf § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG in der Gesetzesbegründung zu § 7a UWG gerade nicht vorgenommen wurde. Unseres Erachtens erlaubt

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		§ 7a UWG somit zivilrechtliche Ausgestaltungen, in denen beispielsweise das beauftragte Callcenter allein für die Wahrung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht verantwortlich ist.
	37 ff.	<p>Entgegen der Rechtsauffassung der BNetzA (Rn. 37 ff. d. Auslegungshinweise) kennt § 7a UWG keine Pflicht zur Dokumentation des Widerrufs der Einwilligung. <b>Eine solche Verpflichtung ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck der Norm.</b> Vielmehr soll § 7a UWG sicherstellen, dass das <i>Vorliegen</i> einer Einwilligung nachgewiesen wird, wenn ein Werbeanruf getätigt wird. Werden jedoch keine (weiteren) Werbeanrufe durchgeführt, etwa weil die Einwilligung widerrufen wurde, stellt sich die Frage nach deren (Un-)Zulässigkeit erst gar nicht, weshalb es auch keiner Verpflichtung des Unternehmers bedarf, einen etwaigen Widerruf zu dokumentieren. Werden umgekehrt trotz zwischenzeitlich erfolgtem Widerruf Anrufe durchgeführt, liegt so oder so ein Verstoß vor – ob der Widerruf nun dokumentiert wurde oder nicht. Mit anderen Worten: Während das Vorliegen der Einwilligung in der <i>Sphäre des Unternehmers</i> liegt, der insofern auch ein Eigeninteresse an der Dokumentation hat, betrifft der Widerruf, obwohl Spiegelbild der Erteilung, nicht (mehr) die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Durchführung von Werbeanrufen. Mit noch anderen Worten: Der Unternehmer muss dokumentieren, dass er anrufen darf und nicht, dass er nicht anrufen darf.</p> <p>Aus demselben Grund findet nicht zuletzt auch die datenschutzrechtliche Nachweispflicht aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO keine Anwendung auf Widerrufserklärungen [Vgl. statt vieler <i>Heckmann/Paschke</i>, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 92.].</p> <p>Wollte man ungeachtet dessen die Dokumentationspflicht auf die Widerrufserklärung ausdehnen, so ist es jedenfalls nicht erforderlich, dass die Dokumentation in der gleichen Granularität erfolgt wie bei der Erteilung der Einwilligung (so aber Rn. 38 d. Auslegungshinweise). Hieran zeigt sich wiederum, dass der Unternehmer im Falle eines nur teilweisen oder bedingten Widerrufs der Einwilligung diesen Umstand im eigenen Interesse dokumentieren wird. Für den – unwahrscheinlichen – Fall, dass ein solcher Widerruf (lediglich) "pauschal", d.h. ohne weitere Spezifizierung, dokumentiert wird, wäre zu Lasten des Unternehmers von einem umfassenden Widerruf auszugehen - ohne dass es einer Verpflichtung zur granularen Dokumentation des Widerrufs bedarf. Eben deshalb ist auch nicht ersichtlich, welche Bedeutung es für die Frage der Wirksamkeit der Einwilligung haben</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		soll, welcher Erklärungsempfänger, z.B. Callcenteragent, die Widerrufserklärung entgegengenommen hat. Vielmehr steht einem hohen organisatorischen Mehraufwand auf Seiten der Unternehmen kein erkennbarer Vorteil für die Verbraucher gegenüber. Wenn überhaupt, wären Widerrufserklärungen daher in geringerer Granularität zu belegen als die Erklärung zur Erteilung der Einwilligung.
	54 ff.	<p>Ausweislich der Auslegungshinweise 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 (Rn. 55). Diese Anforderung geht, zumal in ihrer Absolutheit, deutlich über die Anforderungen des § 7a UWG hinaus. Dieser verlangt, dass Einwilligungen in Telefonwerbung in angemessener Form zu dokumentieren sind. Das Gesetz verlangt also ausdrücklich keinen wie auch immer gearteten <i>zusätzlichen</i> Beleg über die Authentizität der Einwilligung. <b>Vielmehr sollte die Prüfung der Authentizität der Einwilligung auch weiterhin dem Bußgeldverfahren gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorbehalten bleiben.</b></p> <p>Auch eine vorbehaltlose Absage an die Einrichtung eines Double-Opt-In-Verfahrens scheint über das Ziel der gesetzlichen Regelung, eine Dokumentation in angemessener Form sicherzustellen, hinauszureichen: So verfängt insbesondere der pauschale Hinweis, wonach Double-Opt-In-Verfahren, die per SMS oder per Telefonanruf übermittelte Bestätigungscodes oder eingeholte Bestätigungen verwenden, wegen der – behaupteten – leichten Fälschbarkeit eine in der Regel geringe Beweiskraft hätten, bei näherer Betrachtung nicht (Rn. 56, Fn. 24 d. Auslegungshinweise). Unterstellt ein (Rest-)Risiko der Fälschbarkeit ist bei den genannten Verfahren nicht auszuschließen, so können sie gleichwohl dem Erfordernis einer angemessenen Form der Dokumentation genügen. Schließlich setzt eine angemessene Form der Dokumentation nach unserem Verständnis nicht voraus, dass der Nachweis „manipulationssicher“ sein muss. Dies aus dem einfachen Grund, dass es manipulationssichere Verfahren schlichtweg nicht gibt. Wir regen daher an, insoweit eine weniger absolute Formulierung zu wählen. Eine solche Formulierung könnte sich beispielsweise an den Vorgaben der DSGVO orientieren, die im Hinblick auf die Sicherheit der Verarbeitung zum einen die „Berücksichtigung des Stands der Technik“ vorsieht und „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ verlangt (vgl. Art. 25, 32 DSGVO).</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	57 ff.	<p>Den Auslegungshinweisen (vgl. Rn. 57 ff.) liegt das Verständnis zugrunde, wonach die Aufzeichnung des Telefongesprächs, also die Anfertigung eines sog. Voicefiles, das übliche Verfahren darstelle, um fernmündlich erteilte Werbeeinwilligungen zu dokumentieren. Andere Verfahren nennt die BNetzA nicht. An dieser Stelle ist es wichtig zu betonen, dass Voicefiles – anders als es die Auslegungshinweise suggerieren – keineswegs den einzig zulässigen Standard bilden, um telefonisch erteilte Einwilligungen zu dokumentieren. Vielmehr entspricht es gängiger Praxis, dass die Daten der Agenten oder telefonierenden Mitarbeiter erfasst und dokumentiert werden, ebenso wie die Daten der angerufenen Kunden. In Streitfällen können die Agenten bzw. Mitarbeiter dann als Zeugen aussagen und ggf. eine eidesstattliche Versicherung abgeben. Es braucht nicht erwähnt zu werden, dass es sich beim Zeugenbeweis um ein im Strengbeweisverfahren zugelassenes Beweismittel handelt. <b>In den Auslegungshinweisen sollte daher klargestellt werden, dass das oben beschriebene Verfahren eine zulässige Alternative zur Anfertigung eines Voicefiles darstellt.</b></p> <p>Eine zwingende Vorgabe zur Anfertigung von Voicefiles würde demgegenüber für viele Unternehmen einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Mehraufwand bedeuten, ohne dass dies durch Vorteile für die Verbraucher gerechtfertigt wäre.</p>
	60, 73	<p>Um die Integrität und Authentizität der Aufnahme sicherzustellen, sehen die Auslegungshinweise außerdem vor, dass Voicefiles in einem Format dokumentiert werden, durch das die Originalaufzeichnung weder verändert noch <u>gelöscht</u> werden kann (Rn. 60, 73). Aus unserer Sicht kollidiert diese Vorgabe mit dem sich aus der DSGVO ergebenden Löschungserfordernis. Schließlich müssen auch die Voicefiles nach Ablauf der Aufbewahrungspflicht gelöscht werden <i>können</i>. An anderer Stelle ist in den Auslegungshinweisen denn auch von einer Löschpflicht die Rede (Rn. 81).</p>
	62	<p>Bei schriftlich erteilten Werbeeinwilligungen soll es ausweislich der Auslegungshinweise (Rn. 62) nicht ausreichen, „wenn lediglich die Einwilligungsklausel dokumentiert wird.“ Vielmehr seien „alle wesentlichen Vertrags-</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		bestandteile“ in die Dokumentation mit aufzunehmen. Wie es weiter heißt, sollen „[a]lle Inhalte, die für die Wiedergabe des Informationsstandes des Erklärenden bei Abgabe der Einwilligungserteilung relevant sind sowie die grafische Gestaltung“ originalgetreu wiedergegeben werden. In der Praxis hätte diese Auslegung zur Folge, dass die Verwendung separater Einwilligungsformulare durch unverhältnismäßige Anforderungen an deren Archivierung faktisch erheblich erschwert würde. Abgesehen davon, dass eine Änderung dieser allgemein üblichen Praxis mit einem hohen Umstrukturierungs- und Kostenaufwand verbunden wäre, ist nicht ersichtlich, inwieweit der sonstige Vertragsinhalt für die Einwilligung in Werbeanrufe (allein) überhaupt von Bedeutung sein soll. Vielmehr reicht unseres Erachtens die Dokumentation der Einwilligungsklausel aus, um dem Zweck des Gesetzes, die Einwilligung in Werbeanrufe zu dokumentieren, gerecht zu werden.
	32	In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass das allgemeine Dokumentationserfordernis, die genaue Uhrzeit der Abgabe der Einwilligung anzugeben (Rn. 32 d. Auslegungshinweise), jedenfalls bei schriftlich erteilten Werbeeinwilligungen unverhältnismäßig erscheint. Man muss sich vor Augen führen, dass die Angabe der Uhrzeit bei der Unterzeichnung von Vertragsdokumenten jeglicher Art absolut ungewöhnlich ist. Viele Verbraucher dürften die Angabe der Uhrzeit daher schlicht nicht für erforderlich halten und/oder trotz Hinweis seitens des Unternehmers ablehnen, wodurch die entsprechenden Einwilligungen nutzlos wären. Werden Werbeanrufe gleichwohl auf derartige Einwilligungen gestützt, drohen Bußgelder – wohlgemerkt, weil die Angabe der Uhrzeit fehlt. <b>Wir regen daher an, schriftlich erteilte Einwilligungen von diesem Dokumentationserfordernis ausdrücklich auszunehmen.</b> Die derzeitige Fassung der Auslegungshinweise, wonach die Angabe der Uhrzeit ausnahmsweise entfallen kann, sorgt demgegenüber für Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen. Diese Erwägungen gelten im Übrigen für textliche sowie in sonstiger Form online erteilte Werbeeinwilligungen in gleicher Weise, weshalb der Anwendungsbereich des hier diskutierten allgemeinen Dokumentationserfordernisses insgesamt zu überdenken ist.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	85	<p>Die vorstehenden Erwägungen haben eines sehr deutlich gemacht, und zwar, dass die neu geregelte Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht nicht selten mit einem hohen Umstellungsaufwand und folglich mit hohen Kosten für die Unternehmen verbunden sein dürfte. Es trifft zu, dass bereits zuvor eine Nachweispflicht für Einwilligungen in Telefonwerbung bestand, welche sich aus Art. 7 Abs. 1 DSGVO ableitet, und dass werbende Unternehmen daher ohnehin über eine Einwilligungsdokumentation verfügen müssen. Im Gegensatz zu § 7a Abs. 1 UWG kennt Art. 7 Abs. 1 DSGVO allerdings keine zusätzliche Anforderung einer Dokumentation „in angemessener Form“. Auch und gerade in Ansehung der vorliegenden Auslegungshinweise muss daher ernsthaft bezweifelt werden, dass die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht, wie die BNetzA meint (Rn. 85 d. Auslegungshinweise), nicht zu einem Umstellungsaufwand für die Wirtschaft führen wird. Wir gehen nicht davon aus, dass wir es hier stets und ausnahmslos mit „Sowieso-Kosten“ zu tun haben werden und bitten diesen Umstand bei der zukünftigen Gesetzesauslegung- und Anwendung zu berücksichtigen.</p>
	94	<p>Abschließend erbitten wir eine Klarstellung, dass die Pflicht zur Vorlage des Nachweises des Vorliegens einer Werbeeinwilligung gegenüber der BNetzA nur dann gilt, wenn entweder unstreitig ist, dass ein Werbeanruf stattgefunden hat oder die Durchführung eines Telefonanrufs von der BNetzA aufgrund ihr vorliegender Beweismittel zweifelsfrei festgestellt wurde. Andernfalls droht die Verhängung eines Bußgelds wegen Nichtvorlage des Nachweises, obwohl überhaupt kein Anruf stattgefunden hat.</p>