

**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)**

Wir sind damit einverstanden, dass unsere Stellungnahme auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht wird.

Eine geschwärzte Fassung der Stellungnahme ist nicht erforderlich.

Deutscher Dialogmarketing Verband e.V., DDV

Leiter Recht, Hans Jürgen Schäfer

29.11.2021

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
Einleitung	1 - 7	<p>Die Bundesnetzagentur (BNetzA) beabsichtigt die Veröffentlichung von sog. Auslegungshinweisen zur Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht für Telefonwerbeeinwilligungen i.S.d. § 7a UWG. Gegenüber den Ausführungen in dem von der BNetzA hierzu erarbeiteten Konsultationsdokument bestehen aus Sicht des DDV nicht nur erhebliche Bedenken rechtlicher Natur, sondern auch hinsichtlich der praktischen Umsetzung der Auslegungshinweise der BNetzA. Insbesondere</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• können die Auslegungshinweise das weiterhin hinsichtlich § 7a Abs. 1 UWG bestehende <b>Bestimmtheitsdefizit</b> nicht lösen,</li></ul>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<ul style="list-style-type: none"> <li>• ist die <b>rechtliche Befugnis der BNetzA</b> zur Erstellung derartiger Auslegungshinweise ebenso wie <b>deren Rechtsnatur</b> höchst fraglich,</li> <li>• <b>zieht</b> die BNetzA den von § 7a UWG betroffenen <b>Adressatenkreis zu weit</b>,</li> <li>• geht die BNetzA über den <b>Umfang der von § 7a UWG geforderten Pflichten hinaus</b>; vor allem ergibt sich aus § 7a Abs. 1 UWG <b>keine Pflicht zur Dokumentation von Widerrufern noch zur Prüfung der Authentizität der Einwilligungen</b>.</li> </ul> <p><b>Die in dem Konsultationsdokument enthaltenen Auslegungshinweise sind daher jedenfalls in ihrer derzeitigen Form abzulehnen.</b> Zu der Frage, was eine „angemessene“ Dokumentation ist, lassen sie die nötige Klarheit vermissen. Sie dürften in dieser Fassung auch Gegenstand von (gerichtlichen) Auseinandersetzungen werden.</p> <p><u>Es bestehen zwei grundsätzliche Kritikpunkte:</u></p> <p><b>1. Keine hinreichende Lösung des Bestimmtheitsdefizits</b></p> <p>Für eine angemessene Bewertung der Auslegungshinweise der BNetzA ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich bei § 7a UWG sowie bei der jedenfalls an § 7a Abs. 1 UWG anknüpfende Bußgeldpflicht aus § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG um - wie der DDV bereits im Rahmen seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf vom 16.12.2020 zum Ausdruck gebracht hat – zu unbestimmte gesetzliche Regelungen handelt.</p> <p>§ 7a Abs. 1 UWG stellt die Pflicht auf, die Einwilligung in die Telefonwerbung „in angemessener Form“ zu dokumentieren und aufzubewahren. Daran anknüpfend greift die Bußgeldpflicht aus § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG auch dann,</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>wenn die Einwilligung „nicht richtig“ oder „nicht vollständig“ dokumentiert wurde. Die nun in Kraft getretenen Regelungen sind damit wortgleich mit ihrer Fassung im Regierungsentwurf vom 16.12.2020. Die hier maßgeblichen Vorschriften verwenden insofern auch weiterhin eine Mehrzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, ohne nähere Hinweise zu deren Auslegung zu geben. Die sich daraus ergebende Unklarheit bleibt mit Blick auf die Bußgeldbewehrung in besonderem Maße höchst problematisch, da Unternehmen nicht abschätzen können werden, welchen Mindestinhalt die Dokumentation der Einwilligung haben muss, um noch als "angemessen" zu gelten und bei Zuwiderhandlungen ein hohes Bußgeld droht. Umso wichtiger ist demnach, dass die BNetzA – sofern sie sich schlussendlich zur Veröffentlichung von Auslegungshinweisen veranlasst sehen sollte – auch tatsächlich konkretisierende Hinweise schafft, die den Unternehmen eine auf ihre Kosten so nicht hinzunehmende Rechtsunsicherheit nehmen können. Dies ist der BNetzA jedoch jedenfalls in dem vorliegenden Konsultationsdokument nicht gelungen.</p> <p><b>2. Rechtsgrundlage und Rechtsnatur der Auslegungshinweise fraglich</b></p> <p>Wie bereits ausgeführt, heißt es in § 7a Abs. 1 UWG lediglich, dass die Einwilligung des Verbrauchers in die Telefonwerbung „in angemessener Form“ zu dokumentieren und aufzubewahren ist. Eine nähere Konkretisierung dessen, was unter „angemessene Form“ zu verstehen sein soll, hat der Gesetzgeber im Normtext nicht vorgenommen. Lediglich in der Gesetzesbegründung wird angeführt, dass die BNetzA als zuständige Behörde Hinweise veröffentlichen kann, wie sie diesen unbestimmten Rechtsbegriff auslegen wird. Höchst fraglich ist damit bereits gerade auch vor dem Hintergrund des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Vorbehalt des Gesetzes, inwiefern dieser bloße Verweis des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung überhaupt eine taugliche Rechtsgrundlage für solche</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Auslegungshinweise seitens der BNetzA darstellen kann, oder der Gesetzgeber vielmehr eine ausdrückliche Normsetzungsbefugnis der BNetzA unmittelbar ins Gesetz hätte implementieren müssen.</p> <p>Selbst für den Fall, dass man vorliegend von einer hinreichenden Rechtsgrundlage ausgehen würde, stellt sich zudem aber auch weiterhin die Frage nach der <b>Rechtsnatur der Auslegungshinweise</b> der BNetzA. Wären diese als norminterpretierende Auslegungshinweise einer Behörde zu verstehen, wären Gerichte an diese Hinweise gerade nicht gebunden. So würde sich aus Hinweisen der BNetzA zu ihrer eigenen Auslegung von § 7a UWG noch nicht ergeben, wie Gerichte diesen Begriff interpretieren und ob diese unter Umständen strengere oder weniger strenge Maßstäbe anlegen werden (kritisch hierzu bereits S. 4 d. DDV-Stellungnahme v. 29.01.2021). Im Falle eines Verständnisses als normkonkretisierender Verwaltungsvorschrift wäre zwar die gerichtlichen Kontrolle im Falle einer Anwendung der Auslegungshinweise (unter bestimmten Voraussetzungen) eingeschränkt; allerdings unterlägen die Auslegungshinweise dann der Normenkontrolle nach § 47 VwGO und wären an der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, insbesondere der (nicht erkennbaren) Rechtsgrundlage (s.o.) und ihrer Anforderungen sowie dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen.</p> <p>Unklar ist die Einordnung ausweislich des Konsultationsdokuments offenbar der BNetzA selbst. So wird in dessen Einleitung zunächst davon gesprochen, dass die Auslegungshinweise der BNetzA dazu dienen, „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“ (Rz 2 d. Auslegungshinweise). Nur zwei Absätze später wird jedoch festgestellt, dass das</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Konsultationsdokument 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.“ (Rz 4 d. Auslegungshinweise).
Adressaten- kreis	10 -14	<p>Kritisch ist auch zu bewerten, dass die BNetzA den Adressatenkreis, den die Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten treffen sollen, deutlich überdehnt.</p> <p>Die BNetzA sieht zunächst sowohl Personen und Unternehmen, welche Werbeanrufe gegenüber Verbrauchern ausführen, als auch deren Auftraggeber, welche diese Anrufe veranlassen und deren Produkte oder Leistungen in den Werbeanrufen angeboten werden, vom persönlichen Anwendungsbereich von § 7a UWG erfasst (Rz 10 d. Auslegungshinweise). Ein derart weites Verständnis ist jedoch allenfalls bedingt in Einklang mit dem Wortlaut der Vorschrift zu bringen, findet zudem aber auch keine ausreichende Stütze in der Gesetzesbegründung: Bereits dem Wortlaut des § 7a Abs. 1 UWG zufolge greift die Pflicht zur Dokumentation und Aufbewahrung der Einwilligung nur für Unternehmen, die auch tatsächlich mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher werben (<i>"Wer mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher wirbt..."</i>). Auch die Annahme der BNetzA, dass der personelle Anwendungsbereich des § 7a Abs. 1 UWG parallel zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu bestimmen sei (Rz 12 d. Auslegungshinweise), findet keine Stütze in der Gesetzesbegründung. So wurde solcher, durchaus naheliegender Verweis auf eine bereits bestehende Norm wie den § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG von dem Gesetzgeber in</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>der Begründung zu § 7a UWG gerade nicht vorgenommen.</p> <p>Ferner kritikwürdig ist die Auffassung der BNetzA, dass die Geschäftsleitung eines Unternehmens und nicht der einzelne Mitarbeiter unmittelbar verantwortlich sei, Sorge für eine gesetzeskonforme Dokumentation der Werbeeinwilligung zu tragen (Rz 13 d. Auslegungshinweise). Betrachtet man sich etwa den Wortlaut von § 7a Abs. 1 UWG hinsichtlich der Bestimmung des normspezifischen Adressatenkreises („wer“), ist zu beachten, dass dieser mit dem des § 8 Abs. 1 UWG übereinstimmt; es fehlt im § 7a UWG hingegen an einer mit § 8 Abs. 2 UWG vergleichbare Regelung, die eine ausdrückliche Pflicht gerade des veranlassenden Unternehmens vorsieht. Es ist somit naheliegend, dass der Adressat der Pflichten von § 7a Abs. 1 UWG nur die Person ist, die tatsächlich mit einem Telefonanruf gegenüber dem Verbraucher wirbt - somit die handelnde Person (vgl. <i>Fritzsche</i>, in: <i>Fritzsche/Münker/Stollwerck</i>, BeckOK UWG, 13. Ed. 01.08.2021, § 7a UWG, Rn. 5). Darüber hinaus werden nur in § 7a Abs. 2 UWG - im Unterschied zum Abs. 1 - die „werbenden Unternehmen“ konkret als Adressat benannt.</p>
Dokumentationspflicht für Widerrufe	37 ff.	<p>Sofern in den Auslegungshinweisen die BNetzA versucht, den etwaigen Inhalt und Umfang der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht aus § 7a UWG zu konkretisieren, bleiben dies Ausführungen – insbesondere angesichts des weiterhin bestehenden Bestimmtheitsdefizits der Regelung (s.o.) – an vielen Stellen zu unbestimmt. Sie sind damit nicht als Grundlage dafür geeignet, dass Unternehmen Maßnahmen für sich ausarbeiten können, um die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht in ihre konkreten Unternehmensabläufe einzubetten. Kritikwürdig ist aber insbesondere auch der Versuch der BNetzA, den Umfang der Dokumentationspflicht offenbar über den von § 7a UWG vorgegebenen Maßstab hinweg auszudehnen.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Nach Auffassung der BNetzA soll sich etwa die <b>Dokumentationspflicht auch auf den Widerruf</b> bzw. sonstige Änderungen der Einwilligung in Telefonwerbung beziehen und dabei in gleicher Granularität zu belegen sein wie die Erklärung zur Erteilung der Einwilligung (Rz 38 d. Auslegungshinweise). Eine derartige Dokumentationspflicht für Widerrufe ergibt sich jedoch nicht aus § 7a Abs. 1 UWG. Bereits dessen Wortlaut bezieht sich lediglich und ausschließlich auf die Dokumentation der Einwilligung. Spezifische Regelungen, die einen Widerruf betreffen oder deren etwaigen Dokumentation vorsehen würden, enthält § 7a UWG gerade nicht. Dabei ist die Erstreckung einer Dokumentation- bzw. Nachweispflicht, die lediglich für Einwilligungen gilt, auch auf Widerrufe alles andere als zwingend. So sieht etwa auch Art. 7 Abs. 1 DSGVO eine Nachweispflicht dahingehend vor, dass eine Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat. Diese Nachweispflicht findet jedoch (auch) hier keine Anwendung auf Widerrufserklärungen (vgl. <i>Heckmann/Paschke</i>, in: <i>Ehmann/Selmayr</i>, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 7, Rn. 92).</p>
Authentifizierungspflicht	54 ff.	<p>Nach Ansicht der BNetzA bedarf es ferner 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 (Rz 55 d. Auslegungshinweise). Damit geht die BNetzA in ihren Auslegungshinweisen erneut über den Umfang, welches der § 7a UWG vorsieht, hinaus. So verlangt § 7a UWG ausweislich des eindeutigen Normwortlauts lediglich die Dokumentation und Aufbewahrung der tatsächlichen Einholung der Einwilligung des Verbrauchers. Keine Erwähnung findet hingegen eine darüberhinausgehende Pflicht, neben der Einholung auch die Authentizität der Einwilligung zu prüfen. Die Prüfung der Authentizität der Einwilligung sollte folglich auch weiterhin dem Bußgeldverfahren nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UWG überlassen bleiben.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Darüber hinaus setzt die BNetzA aber auch allzu strenge Maßstäbe für eine nach ihrer Sicht erforderliche Authentifizierung der Einwilligung an. So soll gerade das Double-Opt-In-Verfahren (DOI-Verfahren) keine geeignete Möglichkeit bieten, eine Einwilligung in Telefonwerbung nachzuweisen, da es nicht belegbar sei, dass dem Inhaber einer E-Mail-Adresse eine bestimmte von diesem angegebene Telefonnummer auch tatsächlich zugeteilt sei (Rz 56. d. Auslegungshinweise). Die damit erfolgende Erteilung einer generellen Absage an die Einrichtung eines DOI-Verfahrens zum Zwecke der Authentifizierung entspricht jedoch jedenfalls nicht der Rechtsprechung des BGH: So sind nach dem BGH (BGH Urt. v. 10.02.2011 - I ZR 164/09, GRUR 2011, 936 – Double-Opt-In-Verfahren) DOI-Verfahren allein zur Darlegung von Einwilligungen in Telefonwerbung zum Nachweis ungeeignet; Werbetreibenden verbleibt damit hier sehr wohl die Möglichkeit, zusätzlich dazulegen, dass es sich bei der angegebenen Telefonnummer um die des Betroffenen handelt. Demgegenüber hält die BNetzA jedoch das DOI-Verfahren schon generell für ungeeignet. Darüber hinaus spricht die BNetzA auch DOI-Verfahren, die per SMS oder per Telefonanruf übermittelte BestätigungsCodes oder eingeholte Bestätigungen verwenden, wegen der leichten Fälschbarkeit jedenfalls in der Regel eine nur geringe Beweiskraft zu, ohne diesen Ansatz näher zu erläutern.</p> <p>Im Ergebnis besteht hier für die Unternehmen auch weiterhin Rechtsunsicherheit und damit gerade auch Unklarheit hinsichtlich der Frage der Einbettung von geeigneten Maßnahmen in ihre Unternehmensabläufe. Darüber hinaus stellt sich zudem die Frage nach der Praktikabilität, wenn für jede Angabe (E-Mail und Telefon) ein gesondertes Verifizierungsverfahren durchzuführen sein sollte.</p>



Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
Fernmünd- lich erteilte Werbeeinwil- ligungen	57 - 61	Nach der BNetzA bedarf es für die Dokumentation einer fernmündlich erteilten Werbeeinwilligung der Aufzeichnung des Telefongesprächs (sog. Voicefile). Dabei stellt die BNetzA fest, dass eine ordnungsgemäße Dokumentation via Voicefile nicht möglich sei, sofern der Verbraucher bereits der Gesprächsaufzeichnung nicht zugestimmt habe. In einem solchen Fall soll – so die BNetzA – auf anderem Wege die fernmündliche Erteilung der Werbeeinwilligung zu bestätigen und zu dokumentieren sein (Rz 61 d. Auslegungshinweise). Darüber, wie ein ordnungsgemäßer Nachweis in diesem Fall auf anderem Wege konkret geführt werden kann, schweigt die BNetzA jedoch. Es bleibt lediglich seitens der BNetzA bei der Feststellung, dass die gleichen Grundsätze wie beim DOI-Verfahren gelten sollen, d.h. dass auch hier DOI-Verfahren per E-Mail und die Bestätigung per SMS bzw. Telefonanruf nach Ansicht der BNetzA ungeeignet bzw. wenig beweiskräftig sein sollen (s.o.). Auch hier besteht folglich eine deutliche Rechtsunsicherheit für die betroffenen Unternehmen.
Umstrukturiierungs- und Kostenaufwand	64 - 66	Nach Ansicht der BNetzA soll in den Fällen, in denen sich ein werbendes Unternehmen bei der Einholung von Einwilligungen eines anderen bedient, das Unternehmen die Dokumentationspflicht ab dem Zeitpunkt treffen, zu dem das Unternehmen die Daten eines Verbrauchers für die Durchführung von Werbeanrufe erhält, jedenfalls aber vor Durchführung der von ihm beauftragten oder selbst vorgenommenen Anrufe (Rz 65 d. Auslegungshinweise).  Wird damit auch ausdrücklich eine „ <i>lückenlose Einwilligungsdokumentation</i> “ (Rz 66 d. Auslegungshinweise) gefordert, hat dies zur Konsequenz, dass werbende Unternehmen in der Praxis verstärkt darauf hinwirken müssen, dass von ihnen beauftragte Drittunternehmen ab Erteilung der Einwilligung eine entsprechende lückenlose Dokumentation anlegen und dass ihnen diese vollständig zur Verfügung gestellt wird. Darüber hinaus müssen

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>gegebenenfalls auch interne Prüfprozesse in den Unternehmen angepasst werden. Dies ist mit hohen Kosten für die Unternehmen verbunden, da es sich hier entgegen der Auslegungshinweise nicht um sog. „Sowieso-Kosten“ (Rz 85 d. Auslegungshinweise) handelt. Im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 1 DSGVO stellt § 7a Abs. 1 UWG nämlich zusätzliche Anforderungen an die Dokumentation auf, indem die Norm über Art. 7 Abs. 1 DSGVO hinausgehend eine Dokumentation <i>"in angemessener Form"</i> fordert (s. hierzu bereits S. 8 d. DDV-Stellungnahme v. 16.12.2020). In jedem Fall ist problematisch, dass insofern Rechtsunsicherheiten bei den Anforderungen an die Dokumentationspflicht noch schwerer wiegen, da durch eine seitens der BNetzA als ungenügend befundene Dokumentationspflicht durch das die Einwilligung einholende Unternehmen auch auf die Dokumentationspflicht des werbenden Unternehmens durchschlagen könnte.</p>
Umgang mit „Alteinwilligungen“	84 - 93	<p>Die BNetzA stellt weiterhin fest, dass sich das Inkrafttreten von § 7a UWG zwar nicht auf den materiellen Gehalt einer bereits zuvor erteilten Einwilligung (sog. „Alteinwilligung“) auswirke; fehle es jedoch an einer gesetzeskonformen Dokumentation, so stelle dies nicht nur eine eigene Ordnungswidrigkeit dar, sondern werde sich auch <i>„auf den Nachweis der Einwilligungssituation in einem eventuellen Bußgeldverfahren wegen unerlaubter Telefonwerbung auswirken“</i> (Rz 87 d. Auslegungshinweise).</p> <p>Was genau die BNetzA hiermit meint, erläutert die BNetzA jedoch nicht. Es bleibt damit offen, welche konkreten Auswirkungen eine für ungenügend erachtete Dokumentation auf ein entsprechendes ordnungsrechtliches Verfahren haben soll. Immerhin stellt die BNetzA jedenfalls für die Fälle, in denen nach Inkrafttreten von § 7a UWG kein (weiterer) auf eine Alteinwilligung gestützter Werbeanruf erfolgt ist, klar, diese nicht zur Grundlage</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		eines Bußgeldverfahrens wegen eines Verstoßes gegen § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG machen zu wollen.
Verstöße gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht	94 und 95	<p>Keine Antwort finden die Auslegungshinweise auch auf die bereits vom DDV in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf v. 16.12.2020 gestellten Frage, ob die von § 7a Abs. 2 S. 2 UWG vorgesehene Vorlage des Nachweises gegenüber der BNetzA auch dann greift, wenn das Unternehmen ihr gegenüber bestreitet, dass überhaupt ein Anruf stattgefunden hat. Die Nichtvorlage des Nachweises gem. § 7 Abs. 2 S. 2 UWG führt zwar nicht unmittelbar zu einem Bußgeld, da § 20 Abs. 1 Nr. 2 UWG nur auf § 7a Abs. 1 UWG Bezug nimmt. Kommt das Unternehmen dieser Vorlagepflicht aber nicht nach, droht schließlich trotzdem die Verhängung eines Bußgeldes gem. § 20 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 7a Abs. 1 UWG, wenn die BNetzA auf dieser Grundlage davon ausgeht, dass keine ausreichende Dokumentation bzw. Aufbewahrung erfolgt ist (Vgl. hierzu S. 4ff. der DDV-Stellungnahme v. 29.01.2021).</p> <p>Ist trotz Hinweis des DDV nunmehr der § 7a Abs. 2 S. 2 UWG in der Fassung des Regierungsentwurfs in Kraft getreten, wären nun jedenfalls im Rahmen der Auslegungshinweise der BNetzA eine entsprechende Klarstellung unbedingt nötig, die deutlich macht, dass Voraussetzung der Vorlagepflicht aus § 7 Abs. 2 S. 2 UWG ist, dass die Durchführung des Telefonanrufs entweder unstreitig ist oder von der BNetzA aufgrund ihr vorliegender Beweismittel zweifelsfrei festgestellt wurde.</p>