

Formblatt für Stellungnahmen
zu den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur zu § 7a UWG
betreffend die Dokumentation und Vorlage von Einwilligungen in die Durchführung von Werbeanrufen
(Az. 513-EW Dok 21-Kon)

Ich bin damit einverstanden, dass meine Stellungnahme auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht wird.

Eine geschwärzte Fassung der Stellungnahme ~~lege ich bei~~ / ist nicht erforderlich [**Unzutreffendes bitte streichen**].

Call Center Verband Deutschland e. V. (CCV) Dirk Egelseer, CCV-Präsident, und Constantin Jacob, Leiter Recht & Regulierung, Verbandsjustiziar 28.11.2021

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
	1, 2, 3, 4	<p>Der CCV weist darauf hin, dass den Auslegungshinweisen der Bundesnetzagentur kein Normencharakter zukommt. Wir betonten bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, dass bei einer Einführung des von uns abgelehnten § 7a UWG der Gesetzgeber als Legislative, nicht etwa eine Ermittlungsbehörde wie die Bundesnetzagentur als Exekutive, zwingend die „angemessene Form“ sowie die Handlungspflichten definieren muss.</p> <p>Zudem wäre es notwendig gewesen, die Branchenverbände bereits bei der Ausarbeitung der Auslegungshinweise im Wege fachbezogener Vorabgespräche hinzuzuziehen, statt erst nach deren einstweiliger Finalisierung an diese heranzutreten, um bereits im Entwicklungsprozess die Erfahrungen der Praxis zu beachten und einzuarbeiten. Insofern schlagen wir vor, wenigstens in den kommenden Wochen in einem Gespräch – gern auch unter Einbeziehung weiterer führender Branchenverbände wie Bitkom, ZAW, BDD, BV Abo, bevh und DDV – die Probleme bei der praktischen Umsetzung der Auslegungshinweise zu erörtern; angesichts der dramatischen pandemischen Lage auch im Rahmen einer Videokonferenz.</p> <p>Wir weisen zudem darauf hin, dass bei vom CCV und von seinen Mitgliedern unkommentierten Randnummern keinesfalls der Schluss gezogen werden kann, dass wir mit diesen konform gehen.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	5	<p>§ 7a UWG dient nicht dem Verbraucherschutz, denn zivilrechtlich muss im Streitfall mit dem Verbraucher das Unternehmen Beweis erbringen, dass eine Einwilligung vorliegt, soweit der Verbraucher versichert, dass er keine Einwilligung erteilt hat. Die Pflicht soll vielmehr allein die Arbeit der Bundesnetzagentur erleichtern, was auch aus den Erläuterungen der Bundesregierung und aus den vorliegenden Auslegungshinweisen hervorgeht. Im Vordergrund steht, dass die Bundesnetzagentur bei einer gerichtlichen Anfechtung von Bußgeldbescheiden ihre Entscheidung einfacher verteidigen kann. Der Verbraucher hat hiervon keinen Vorteil. Somit ist Zielrichtung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht nicht etwa der Verbraucherschutz, sondern eine Arbeitserleichterung für die Bundesnetzagentur: Diese trifft im Ordnungswidrigkeitsverfahren jedoch die Beweislast. Sie muss beweisen, dass keine wirksame Einwilligung vorlag. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung ist ein elementares Grundprinzip des deutschen Straf- und Ordnungswidrigkeitsrechts. Hierdurch ist es Aufgabe der Gerichte und Behörden, die Verwirklichung eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbestandes nachzuweisen. Die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht bewirkt jedoch eine Umkehrung dieser Beweislast und läuft folglich der Unschuldsvermutung zuwider. Denn Folge ist, dass nicht mehr die Bundesnetzagentur im Ordnungswidrigkeitsverfahren einen Verstoß belegen muss, sondern das Unternehmen muss vielmehr nachweisen, dass es seinen Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten nachkam.</p> <p>Es wird im Rahmen der Auslegungshinweise von der Bundesnetzagentur in Fußnote 3 auf die „Evaluierung der verbraucher-schützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ hingewiesen. Der CCV weist darauf hin, dass der Rückgriff auf eine Dokumentations- und Vorlagepflicht für Callcenter laut Gutachter der „Evaluierung der verbraucher-schützenden Regelungen im Gesetz gegen unseriöse Geschäftspraktiken“ in der Praxis einen bürokratischen Mehraufwand darstellt, die Bundesnetzagentur als aufsichtführende Behörde nur unwahrscheinlich entlasten kann und rechtliche Bedenken bestehen (Evaluierung, Seiten 7, 121).</p> <p>Seite 7: <i>„Teilweise wird vorgeschlagen, Auftraggeber und Callcenter zu einer Dokumentation ihrer Werbekampagnen zu verpflichten, die sodann von der Bundesnetzagentur und Gerichten eingesehen werden kann. Ob dies wirklich zu einer Vereinfachung des Vorgehens gegen unerlaubte Telefonwerbung führt, ist zweifelhaft. Eine Ermächtigung der Bundesnetzagentur zur Einsichtnahme in Verbindungsdaten würde das Fernmeldegeheimnis durchbrechen. Angesichts der selbst dann fortbestehenden Ermittlungsschwierigkeiten bei Auslandsbezug müsste eine solche Ermächtigung gut abgewogen werden.“</i></p> <p>Seite 121: <i>„Mit dieser Regelung wäre jedoch für die Unternehmen ein erheblicher bürokratischer Aufwand verbunden, zumal sich möglicherweise in der unternehmerischen Realität derart klare „Kampagnengrenzen“, wie sie der Tatbegriff des Ordnungswidrigkeitenrechts verlangt, nicht ziehen lassen. Nicht auszuschließen ist auch ein gewisses Manipulationsrisiko, so dass die Bundesnetzagentur die Angaben letztlich wieder nachprüfen müsste. Der Entlastungseffekt für das Verfahren im Einzelfall erscheint vor diesem Hintergrund eher als gering. Hinzu kommt, dass die Protokollierung der einzelnen Anrufe möglicherweise Schwierigkeiten mit Blick auf Datenschutzrecht und Fernmeldegeheimnis aufwirft.“</i></p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Die skeptische Haltung der Gutachter und deren rechtliche Bedenken müssen im Rahmen der Ausarbeitung der Auslegungshinweise unbedingt Berücksichtigung finden.
	6	Auch hier weisen wir nochmals darauf hin, dass bei vom CCV und von seinen Mitgliedern unkommentierten Randnummern keinesfalls der Schluss gezogen werden kann, dass wir mit diesen konform gehen.
	10, 11, 13, 15	Als „datenverarbeitende Stelle“ sind Callcenter zur Wahrung ihrer „unternehmerischen Pflichten“ aufgefordert, zu jedem einzelnen telefonischen Kontakt „im Auftrag“ ein rechtsgültiges Opt-in durch ihren Auftraggeber, der „verantwortlichen Stelle“, nachweisen zu lassen und zu prüfen. Bei teils mehr als hunderttausend Kundendaten der Auftraggeber pro Monat ist der Zeitaufwand einer solchen „Einzelprüfung“, insbesondere auch „rechtssicheren“ Prüfung, wirtschaftlich nicht darstellbar bzw. nicht umsetzbar. Eine offizielle Regelung z. B. eines Verfahrens zur „stichprobenartigen“ Prüfung solcher Volumina ist unabdingbar und für die Callcenter als „Datenverarbeiter“ dringend gewünscht, um der rechtlichen Mitverantwortung gerecht werden zu können.
	11	<p><i>Sowohl Auftraggeber als auch Callcenter sind für die Wahrung der Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten verantwortlich ... beide Parteien sollen auf eine entsprechende Dokumentation zugreifen</i></p> <p>Das ist in der Praxis nicht zu realisieren. Eine eigene Dokumentation über Anrufe über die IT von Auftraggebern ist nicht möglich. Oftmals prüfen die Auftraggeber die Einwilligungen und das Callcenter bekommt diese nur auf konkrete Anforderung. Dieser Auslegungshinweis ist insofern auch aus datenschutzrechtlichen Aspekten (Grundsatz der Datenvermeidung/Datenminimierung) sehr kritisch zu bewerten. Ein Zugriff über fünf Jahre auf die Daten des Auftraggebers ist nicht möglich, dies ist realitätsfern und nicht umsetzbar. Schließlich müssten die Callcenter über ausreichende Kompetenz und Ressourcen verfügen, um alle Einwilligungen zu überprüfen. Hier stellt sich wiederum die Frage, warum Stichproben zukünftig nicht ausreichend sein sollen.</p>
	13	Die Haftung der Geschäftsleitung für die gesetzeskonforme Dokumentation ist viel zu weitgehend. Es muss die Möglichkeit der Exkulpation durch Schulungen der Mitarbeiter oder ähnliches geben. Auch stellt sich die Frage, was bei Fehlern der Dokumentation durch den Auftraggeber gilt.
	14	„Systematisch“ ist ähnlich unbestimmt wie „in angemessener Form“. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Begriff, der sehr weit ausgelegt werden kann. Hier könnte nämlich u. a. herausgelesen werden, dass sämtliche angebotenen Einwilligungserklärungen geprüft werden müssen, was nicht zu leisten ist. Dies bedarf einer Konkretisierung.
	15	Die Einwilligungserklärungen sollen authentisch und manipulationssicher sein. „Authentisch“ ist wieder unsubstantiiert; es bleibt unklar, was gefordert wird. Bei „manipulationssicher“ wäre es zu begrüßen, wenn konkrete Beispiele oder eine anerkannte Umsetzungsmöglichkeit benannt werden.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
	16	Wenn § 7a UWG im Lichte des Unionsrechts ausgelegt wird, müssen Grundsätze wie jenes der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) ebenfalls beachtet werden. Dies ist an verschiedenen Stellen nicht der Fall (siehe die entsprechenden Anmerkungen).
	18	Es sollen nur „aktuelle Informationen“ genutzt werden, auch hier erfolgt keine Konkretisierung. Hier könnten und sollten für verschiedene Fallgruppen konkrete Zeiträume benannt werden. Es handelt sich um zusätzliche Kriterien, deren Einhaltung nahezu unmöglich ist.
	22	Die Eindeutigkeit der Einwilligung ist am Telefon nicht feststellbar, die Kundgabe einer Einwilligung per Telefon ist aber weiter möglich. Hier sollte beispielhaft ein konkretes und auch anerkanntes Verfahren benannt werden. Das könnte Orientierung und eine gewisse Rechtssicherheit bieten.
	25	Es sollte stärker betont werden, dass unter „ladungsfähige Adresse“ nicht jene Adresse des Callcenteragenten verstanden wird, sondern jene des Unternehmens.
	37	Dass die Einwilligung durch den Verbraucher frei und ohne jegliche Form widerrufbar ist, wird wiederum zu erheblichen Problemen führen, da hier lediglich die Behauptung des Widerrufs ausreicht und eine quasi Beweislastumkehr eingeführt wird. Der Verbraucher kann ebenso behaupten, er wollte die Einwilligung nicht erklären und die Einwilligung ist falsch.
	38	Dass § 7a UWG dahingehend ausgelegt werden soll, dass auch der Widerruf zu dokumentieren ist, widerspricht Art. 103 Abs. 2 GG „Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“ Bei § 7a UWG handelt es sich um einen Ordnungswidrigkeitstatbestand, der dem Wortlaut zufolge „die vorherige ausdrückliche Einwilligung zum Zeitpunkt der Erteilung“ umfasst. Die Norm erfasst hingegen nicht den Widerruf. Dass nach Ansicht der Bundesnetzagentur die Regelung auch „entsprechend“ für den Widerruf gelten soll, widerspricht dem Analogieverbot bzw. Bestimmtheitsgebot
	40	Die Dokumentationspflicht aller Beteiligten wäre nur über ein zentrales Datenmanagement oder ähnliches denkbar. Dies ist allerdings aus datenschutzrechtlichen Gründen sehr bedenklich. Letztlich müssten alle Beteiligten entgegen dem Gebot der Datenminimierung und Datenvermeidung den Widerruf dokumentieren. „Zügig“ und „unverzüglich“ werden nicht definiert und sind unbestimmt.
	42	Der Umfang/die Reichweite des Widerrufs ist ebenfalls unbestimmt. Hier stellt sich die Frage, ob es sich nun bspw. auf angebotene Produkte, Anrufende usw. bezieht.
	43	Bereits im Gesetzgebungsprozess betonte der CCV, dass die Aufbewahrungsfrist von fünf Jahren ab letztem Kontakt willkürlich und viel zu lang gestaltet ist. Von Seiten der Gesetzgebung erfolgte keinerlei Begründung. Hier hätte sich der Gesetzgeber bei Festhalten an den Plänen zu § 7a UWG an der Verfolgungsverjährung hinsichtlich einer Ordnungswidrigkeit orientieren müssen, welche das jeweilige Höchstmaß der Geldbuße zugrunde legt. Nach § 20 Abs. 2 UWG in Verbindung

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		mit § 31 Abs. 2 Nr. 1 OWiG beträgt bei einer Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro die Verjährungsfrist drei Jahre beginnend mit Beendigung der Handlung (hier die [letzte] werbliche Kontaktaufnahme). Insofern erschien allenfalls eine Aufbewahrungsfrist von drei Jahren ab der werblichen Kontaktaufnahme als angemessen und der Gesetzessystematik entsprechend. Die bereits komplizierte Rechtslage des § 7 UWG wurde durch ein Sammelsurium verschiedener Fristen im UWG und im OWiG für Verbraucher und Unternehmen nunmehr weiter verschärft. Hierin ist zudem ein Widerspruch zum Grundsatz der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO zu sehen: Im Lichte der Verfolgungsverjährung von drei Jahren stellt eine Aufbewahrungspflicht von fünf Jahren, welche folglich wesentlich länger andauert, als eine Verfolgung der Ordnungswidrigkeit überhaupt möglich ist, eine dem Zweck unangemessene sowie nicht auf das für die Zwecke notwendige Maß beschränkte Verarbeitung dar; mithin widerspricht unseres Erachtens § 7a UWG dem Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO.
	43/44	Hier stellt sich die Frage, ob bei von den Kunden zur Verfügung gestellten Daten die Historie beigefügt sein muss, also wer bspw. wann wie lange bereits mit dem Kunden telefoniert hat.
	45/48	Der Zugriff ist deutlich zu weit gefasst und muss anlassbezogen sein.
	54	Die Aussagekraft der Dokumentation soll so weit gehen, dass nachgewiesen ist, dass die Einwilligung tatsächlich über den behaupteten Weg eingeholt wurde. Hier wird wieder unsubstantiiert ein tatsächlich nicht zu erbringender Nachweis gefordert. Es bleibt offen, wie das umgesetzt werden soll. Zudem besteht ein Generalverdacht gegenüber den Beteiligten.
	65	Die Dokumentationspflicht soll bereits vor der Durchführung beginnen, dies ist nicht nachzuvollziehen.
	66	In einem Verfahren würde demnach ein Unternehmen ggf. bestraft, obwohl eine Einwilligungserklärung des Verbrauchers vorlag, also kein materieller Verstoß gegeben war. Es genügt ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 7a UWG. Geschützt wird hier somit nicht der Verbraucher, sondern es soll einzig die Arbeit der Bundesnetzagentur erleichtert werden; auf Kosten elementarer Rechtsgrundsätze, was verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist.
	67-69	Die Prüfpflichten sind übertrieben und nicht umsetzbar. Das Callcenter kann im Endeffekt nicht in diesem Umfang für die möglichen Fehler Dritter verpflichtet werden. Durch diese erweiterte Prüfpflicht wird die Branche unter einen Generalverdacht gestellt und kriminalisiert und im Endeffekt wird die Dienstleistung unmöglich gemacht.
	71	Für die Erreichung der benannten Ziele gibt es deutlich moderatere Möglichkeiten der Umsetzung, die Auslegungshinweise erscheinen nicht verhältnismäßig und machen die Dienstleistung unmöglich.
	74	Hier stellt sich die Frage, ob für die Aufbewahrung z. B. eine externe Festplatte genügt und was mit dauerhaftem Datenträger gemeint ist.
	75	Auch hier weisen wir nochmals darauf hin, dass aus unserer Sicht die Fünfjahresfrist einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO darstellt, solch eine Länge ist – etwa in Bezug auf die Verfolgungsverjährung von drei Jahren – nicht nachvollziehbar. Auch sehen wir – wie bereits dargestellt – hierin eine unzulässige Beweislastumkehr.

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		<p>Durch das Prozedere kommt ein hoher, unverhältnismäßiger administrativer Aufwand auf die Unternehmen zu, gerade auch auf die kleinen und mittleren, der eine Vielzahl weiterer Arbeitsschritte bedarf. Letztlich müssen alle Anrufe und Anrufversuche protokolliert (inklusive Uhrzeit, Name, Gesprächsinhalt, ggf. ohne Einverständnis Daten von unbeteiligten Dritten [Angehörige, Mitbewohner, Kinder etc.]) und mit den entsprechenden Einwilligungen der Verbraucher verknüpft werden. Überdies wird bei jeder Verwendung erneut die fünfjährige Frist beginnen, was faktisch ggf. eine Speicherung auf unbestimmte Zeit bedeutet. Dies ist aus datenschutzrechtlicher Sicht (Stichwort Datenminimierung, Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) und in Hinblick auf das Fernmeldegeheimnis äußerst bedenklich, gerade auch aus Sicht des Verbrauchers (sowohl aus Sicht des Einwilligenden als auch aus Sicht unbeteiligter Dritter wie Lebenspartner, Mitbewohner, Kinder etc.). Es bleibt vollkommen offen, wie diese Widersprüche (bei der Umsetzung) des § 7a UWG zum Datenschutzrecht sowie Fernmeldegeheimnis in der Praxis gelöst werden sollen.</p>
	76	<p>Die gesetzgeberische Entscheidung für eine Aufbewahrungspflicht über Anrufe von fünf Jahren ist wie erläutert nicht nachvollziehbar. Dies muss sich in den Auslegungshinweisen niederschlagen. Es stellt sich zudem die Frage, ob das Dialerprotokoll genügt und wie mit erfolglosen Anrufen umgegangen werden soll.</p>
	77-79	<p>Nach aktuellem Stand besteht eben keine Rechtssicherheit für Unternehmen, da viele Inhalte noch unbestimmt sind und die Anforderungen der Auslegungshinweise in der Praxis nicht zu leisten sind, worauf wir im Rahmen dieser Stellungnahme hinweisen. Hier muss unbedingt nochmals eine Überarbeitung erfolgen und mit den Branchenverbänden in die direkte Kommunikation in Gestalt eines fachbezogenen Gesprächs gegangen werden.</p> <p>Wie z. B. „systematisch“ auszulegen ist, bleibt unklar. Der Verweis auf Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c DSGVO ist zudem problematisch. Richtig ist, dass grundsätzlich die Aufbewahrungspflicht eine rechtliche Verpflichtung in diesem Sinne darstellt. Jedoch erscheint die Fünfjahresfrist aus unionsrechtlicher Sicht unverhältnismäßig. Denn die Regelungen des § 7a UWG gehen vielmehr zulasten des Verbrauchers, dessen Daten weit über die Verfolgungsverjährung hinaus, ggf. entweder ohne sein Wissen oder sogar entgegen seinem Willen, aufbewahrt werden müssen. Letztlich müssen die personenbezogenen Daten, möglicherweise auch die Daten von Personen, die zwar nicht der entsprechende Verbraucher sind, jedoch bspw. ans Telefon gingen (unbeteiligte Dritte wie Lebenspartner, Mitbewohner, Kinder etc., die kein Einverständnis gaben), für ein halbes Jahrzehnt nach der letztmaligen Verwendung aufbewahrt werden, obwohl dies für die Verfolgung (siehe Verfolgungsverjährung) nicht notwendig ist. Das ist nicht im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c DSGVO und Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO.</p> <p>Zudem betonen wir in Bezug auf die Rechtssicherheit nochmals, dass in einem Verfahren ein Unternehmen ggf. bestraft würde, obwohl eine Einwilligungserklärung des Verbrauchers vorlag, also kein materieller Verstoß gegeben war. Es genügt ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 7a UWG.</p>

Kürzel	Betroffene Randnummer	Anmerkung
		Die ausufernden Informations-, Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten könnten zudem dazu führen, dass kleine und mittlere Unternehmen dies nicht mehr leisten können, folglich die Konsolidierung und Konzentration des Marktes auf wenige Anbieter verstärkt wird.
	78/79	Vertraglich vereinbarte Löschfristen werden ausgeschlossen und eine generelle Frist von fünf Jahren wird eingeführt. Auch das entspricht nicht dem gesetzgeberischen Willen bezüglich des Datenschutzes und ist sehr bedenklich.
	80	Auch hier betonen wir nochmals, dass die Regelung in Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 lit. c sowie Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c DSGVO bedenklich ist. Denn obwohl die Verfolgungsfrist schon längst abgelaufen ist, kann der Verbraucher gemäß der Auslegungshinweise nicht die Löschung nach Art. 17 DSGVO verlangen, seine Rechte werden eingeschränkt, ohne dass dies auf Grundlage des OWiG (nach mehr als drei Jahren) notwendig gewesen wäre.
	87	Auch hier betonen wir ein weiteres Mal, dass in einem Verfahren ein Unternehmen ggf. bestraft würde, obwohl eine Einwilligungserklärung des Verbrauchers vorlag, also kein materieller Verstoß gegeben war. Es genügt ein Verstoß gegen die Pflichten aus § 7a UWG. Geschützt wird hier somit nicht der Verbraucher, sondern es soll einzig die Arbeit der Bundesnetzagentur erleichtert werden; auf Kosten elementarer Rechtsgrundsätze, was verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist.