

Felix Meurer

## Neue gesetzliche Pflichten bei Telefonwerbung

Mit dem Gesetz für faire Verbraucherverträge hat der Gesetzgeber neue Pflichten in Bezug auf Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingeführt. Die neuen gesetzlichen Vorschriften normieren Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten für Werbetreibende. Werbetreibende sind insbesondere dazu verpflichtet, Einwilligungserklärungen angemessen zu dokumentieren und für eine bestimmte Dauer aufzubewahren. Verstöße gegen die neuen gesetzlichen Pflichten sind bußgeldbewehrt. Neben der wettbewerbsrechtlichen Relevanz ergeben sich aus den neuen Pflichten insbesondere auch datenschutzrechtliche Implikationen.

### Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern

Aufgrund anhaltender Probleme im Zusammenhang mit unlauterer Telefonwerbung sah sich der Gesetzgeber dazu gezwungen, die bereits bestehenden gesetzlichen Vorschriften zu erweitern, um die Position der Verbraucher gegenüber der Wirtschaft zu stärken und faire Verbraucherverträge zu fördern. Insbesondere bezweckte der Gesetzgeber eine effizientere Sanktionierung unlauterer Telefonwerbung.

Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ist wettbewerbsrechtlich ausschließlich aufgrund einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Werbeadressaten zulässig (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Gemäß der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften stellt Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ohne eine vorherige ausdrückliche Einwilligung stets eine unzumutbare Belästigung und daher unzulässige Handlung dar, die abgemahnt werden oder empfindliche Geldbußen nach sich ziehen kann.

Die wettbewerbsrechtlichen Anforderungen an wirksame Einwilligungen sind mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen identisch. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG stellt eine Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie dar, sodass nach Ablösung der Datenschutzrichtlinie durch die DSGVO nunmehr die Begriffsbestimmung des Art. 4 Nr. 11 DSGVO maßgeblich ist (vgl. Art. 2 Satz 2 lit. f ePrivacy-Richtlinie, Art. 94 Abs. 2 DSGVO). Über die generellen Anforderungen des Art. 4 Nr. 11 DSGVO hinaus verlangt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG eine vorherige Einwilligung. Werbetreibende müssen Einwilligungen der Werbeadressaten daher einholen, bevor werbliche Telefonanrufe durchgeführt werden. Eine nachträgliche Billigung bereits durchgeführter Telefonwerbung ist nicht ausreichend.

Zudem erfordert § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, dass Einwilligungen ausdrücklich erteilt werden. Konkludent erteilte oder nur mutmaßliche Einwilligungen sind in Bezug auf Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nicht ausreichend. Telefonwerbung darf gegenüber Verbrauchern daher beispielsweise nicht durchgeführt werden, sofern ein Werbeadressat – auch im Rahmen bestehender Geschäftsbeziehun-

gen – lediglich seine Telefonnummer bekanntgegeben oder der Ankündigung von Telefonwerbung durch den Werbetreibenden lediglich nicht widersprochen hat.

Maßgeblich ist die Einwilligung des Werbeadressaten. Sofern mehrere Personen denselben Telefonanschluss nutzen, ist Telefonwerbung nur gegenüber der jeweiligen Person, die eine entsprechende Einwilligung erteilt hat, zulässig. Telefonwerbung gegenüber anderen Personen, die denselben Telefonanschluss nutzen, ist nicht zulässig, sofern diese nicht ebenfalls eine Einwilligung erteilt haben.

### Angemessene Dokumentation der Einwilligung

Die neue gesetzliche Vorschrift § 7a Abs. 1 UWG sieht nunmehr eine ausdrückliche Dokumentationspflicht für Werbetreibende, die mit Telefonanrufen gegenüber Verbrauchern werben, vor. Werbetreibende müssen die vorherigen ausdrücklichen Einwilligungen der Verbraucher in die Telefonwerbung zum Zeitpunkt der Erteilung in angemessener Form dokumentieren (§ 7a Abs. 1 UWG). Diese Dokumentationspflicht unterstützt Werbetreibende im Hinblick auf die ihnen obliegenden Darlegungs- und Beweispflichten, die neben den datenschutzrechtlichen Nachweispflichten (Art. 7 Abs. 1 DSGVO) bestehen.

Das UWG statuiert weiterhin keine besondere Form der Einwilligung. Die Form der Einwilligung hängt vielmehr von der Art der jeweiligen Einwilligung und den Umständen der Einwilligungserteilung ab. Insbesondere können Einwilligungen weiterhin grundsätzlich auch mündlich erteilt werden. Die Dokumentation einer mündlich erteilten Einwilligung könnte beispielsweise mittels einer Tonaufzeichnung erfolgen. Wichtig ist, dass die Dokumentation zum Zeitpunkt der Einwilligungserteilung erfolgen muss. Eine nachträgliche Dokumentation ist nicht ausreichend.

Auf Verlangen der Bundesnetzagentur (BNetzA) als zuständige Behörde sind die werbenden Unternehmen zudem dazu verpflichtet, der BNetzA die Einwilligungsnachweise unverzüglich vorzulegen (§ 7a Abs. 2 Satz 2 UWG).

## Angemessenheit der Dokumentation

Die Angemessenheit der Dokumentation erfordert gemäß der Gesetzesbegründung, dass sich aus der Dokumentation plausibel und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit entnehmen lässt, dass die personenbezogenen Daten und die entsprechende Einwilligung zur werblichen Verwendung tatsächlich über den behaupteten Weg eingeholt wurden und die Person, deren personenbezogene Daten in der Einwilligung genannt werden, diese auch tatsächlich abgegeben hat.

Eine „angemessene Form“ der Dokumentation erfordert daher generell, dass diese zum Nachweis der Identität des jeweiligen Werbeadressaten sowie des Inhalts und des Umfangs der erteilten Einwilligung geeignet ist. Insbesondere sollte sich aus der Dokumentation ergeben, dass der jeweilige Werbeadressat in die werbliche Ansprache mittels Telefonanrufen eingewilligt hat. Eine generelle Werbeeinwilligung ohne Konkretisierung des Werbekanals erfüllt die Anforderungen nicht.

Zudem sollte dokumentiert werden, welche Werbetreibenden aufgrund der erteilten Einwilligung zur Vornahme von Telefonwerbung gegenüber dem Werbeadressaten berechtigt sind und auf welche Produkte sich die erteilte Einwilligung bezieht. Dies ist insbesondere relevant, sofern Telefonwerbung aufgrund der erteilten Einwilligung gegebenenfalls durch mehrere, verschiedene Unternehmen (z. B. Unternehmen eines Konzerns) durchgeführt werden soll. Außerdem sollte der Zeitpunkt der Einwilligungserteilung dokumentiert werden. Dies ist wichtig, damit der Werbetreibende erforderlichenfalls nachweisen kann, dass Telefonwerbung erst nach Einwilligungserteilung durchgeführt wurde.

In formeller Hinsicht erfordert die Angemessenheit der Dokumentation, dass die erteilte Einwilligung und deren Inhalt und Umfang auf einfache Weise und für hinreichende Zeit nachgewiesen werden können. Digitale Dokumentationen sollten daher möglichst in etablierten Formaten und vor etwaiger Löschung oder Veränderung geschützt gespeichert werden. Werbetreibende sollten geeignete technische und organisatorische Maßnahmen in Bezug auf das Consent-Management vorsehen.

## Aufbewahrungspflicht für Einwilligungsnachweis

Die Dokumentationspflicht wird durch eine neue befristete Aufbewahrungspflicht ergänzt. Werbende Unternehmen müssen die Einwilligungsnachweise ab dem Zeitpunkt der Erteilung für fünf Jahre aufbewahren (§ 7a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 UWG). Soweit in Branchen-Codices teilweise kürzere Aufbewahrungsfristen vorgesehen sind, geht die neue gesetzliche Vorschrift diesen vor.

Die normierte Aufbewahrungspflicht hat zur Folge, dass die

Speicherung der Einwilligungserklärung einschließlich der darin enthaltenen personenbezogenen Daten der Werbeadressaten für fünf Jahre gerechtfertigt ist (Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO i. V. m. § 7a UWG). Die fünfjährige Aufbewahrungspflicht beginnt nach jeder Verwendung einer Einwilligung, d. h. nach jeder Telefonwerbung aufgrund der Einwilligung, erneut (§ 7a Abs. 2 Satz 1 UWG). Werbende Unternehmen sollten die Zeitpunkte der Telefonwerbung daher in der jeweiligen Dokumentation ergänzen. Das Gesetz statuiert keine maximale Aufbewahrungsfrist, sodass die Einwilligungsnachweise bei regelmäßiger Telefonwerbung unter Umständen für eine lange Dauer aufzubewahren sind.

Adressat der Aufbewahrungspflicht ist das jeweils werbende Unternehmen. Sofern die Durchführung der Telefonwerbung auf einen Dritten (z. B. ein Call Center) übertragen wird, bleibt weiterhin das werbende Unternehmen verpflichtet. Sofern ebenfalls die Einwilligungen durch Dritte eingeholt werden sollen, sollten werbende Unternehmen die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen sicherstellen.

Die fünfjährige Aufbewahrungspflicht ist nicht mit der Gültigkeitsdauer einer erteilten Einwilligung gleichzusetzen. Gültigkeitsdauer bezeichnet den Zeitraum, in dem Telefonwerbung aufgrund der erteilten Einwilligung zulässigerweise vorgenommen werden darf. Der Gesetzgeber hat es diesbezüglich bislang versäumt, eine konkrete gesetzliche Regelung zu schaffen. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit jedoch regelmäßig eine zweijährige Gültigkeit erteilter Einwilligungen angenommen.

## Bußgeldbewehrte Verstöße

Verstöße gegen die Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht sind bußgeldbewehrt. Werbetreibende, die vorsätzlich oder fahrlässig eine Einwilligung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig dokumentieren oder nicht oder nicht mindestens für fünf Jahre aufbewahren, können mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 50.000 Euro belegt werden (§ 20 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 UWG).

Verstöße gegen die Einwilligungspflicht als solche im Zusammenhang mit Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern können darüber hinaus weiterhin mit Geldbußen in Höhe von bis zu 300.000 Euro geahndet werden (§ 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UWG).

**Autor:** Felix Meurer ist Rechtsanwalt bei Orth Kluth Rechtsanwälte in der Praxisgruppe IP/IT/Datenschutz.

