



**DATATRUSTEE**

The Compliance Provider

**EINWILLIGUNGEN.  
NACHWEISBAR.  
DOKUMENTIEREN.**

# Best Practices

für eine rechtskonforme Leadgenerierung

Ein Überblick über die Voraussetzungen zur Einholung einer wirksamen Werbeeinwilligung mit Gestaltungshinweisen

**Disclaimer:**

Die nachstehenden Ausführungen geben einen Überblick über die rechtlichen Anforderungen und Fallstricke rund um das Thema Leadgenerierung und Werbeeinwilligung. Wenngleich die unsere Best Practices sorgfältig und nach bestem Wissen und Gewissen erstellt wurden, ersetzt dies keine persönliche Rechtsberatung für die in Ihrem Haus bestehenden Gegebenheiten. Für die Richtigkeit der rechtlichen Hinweise übernehmen wir daher keine Haftung.

**Leadgenerierung – Wo liegen die Knackpunkte?**

Eine unmittelbare werbliche Ansprache eines potentiellen Kunden ist aus Marketingsicht effektiv, erfordert aber in rechtlicher Hinsicht ein gesteigertes Maß an Aufmerksamkeit. Egal ob Direktwerbung per Telefon, E-Mail oder SMS, die im Rahmen der jeweiligen Werbemaßnahme angesprochene Person muss sich zuvor ausdrücklich mit dem entsprechenden Erhalt der Werbung einverstanden erklärt haben. Werben Sie als Unternehmer ungeachtet dessen, ob im Vorfeld eine wirksame Werbeeinwilligung erteilt wurde, so kann dies unangenehme rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Das deutsche Wettbewerbsrecht ist in seiner Zielrichtung restriktiv und verbraucher-schützend, weswegen die Hürden für rechtskonformes Dialogmarketing nicht unterschätzt werden sollten. § 7 UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) normiert in Absatz 2 entsprechende Verbote mit Erlaubnisvorbehalt für die vorgenannten Werbekanäle. Auch die DSGVO (Datenschutzgrundverordnung) knüpft an eine Verarbeitung von Daten zu Werbezwecken strenge Vorgaben.

Die Werbeeinwilligung und ihre Wirksamkeit ist daher im Rahmen der Prozessgestaltung für eine erfolgreiche Leadgenerierung ein ganz zentraler Punkt, der von Ihnen unbedingt beachtet werden sollte. Hierbei ist die rechtskonforme Gestaltung des eigentlichen Prozesses der Einwilligungserteilung nur die eine Seite. Denn kommt es mit Blick auf Werbeeinwilligungen zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, so ist der Unternehmer, der sich auf die Rechtmäßigkeit der Werbung gegenüber dem Kunden unter Hinweis auf eine zuvor erteilte Einwilligung beruft, dazu verpflichtet, den Beweis einer wirksamen Erteilung zu führen. Dies wiederum erfordert eine an den hierzu herausgebildeten Kriterien der Rechtsprechung mehr oder weniger lückenlose Dokumentation.

Wie Sie die Einwilligung gestalten und in welchem Modell (SoI, DoI oder ToI) Ihr Unternehmen die Einwilligung verifizieren, entscheiden Sie selbst. DATATRUSTEE übernimmt für Ihr Unternehmen die sichere Dokumentation der von Ihrem Unternehmen in dem von Ihnen ausgewählten Verfahren.

Die nachfolgenden Ausführungen geben im Sinne einer „Best Practice“ einen Überblick über die rechtlichen Anforderungen rund um das Thema wirksame Einholung einer Werbeeinwilligung. Finden Sie nachfolgenden unseren praxisbezogenen „Schnellcheck“ zur ersten Orientierung mit Blick auf rechtskonformes Handeln. Hier sind die wichtigsten Punkte, die bei der Gestaltung beachtet werden sollten. Wer mehr zu den rechtlichen Hintergründen lesen mag, findet die entsprechende Lektüre im Abschnitt „Rechtliche Grundlagen“.

## Schnellcheck – die wesentlichen Aspekte der rechtskonforme Leadgenerierung und Dokumentation der Einwilligung

### Zum Inhalt der Werbeeinwilligung:

1. Wird für den Verbraucher/Kunden deutlich, für welchen Kanal eine Einwilligung zum Erhalt von Werbung eingeholt wird? Mögliche Kanäle: Telefon, E-Mail, SMS, MMS usw.
2. Wird deutlich, dass die Einwilligung sich auf die im Rahmen der Leadgenerierung (z.B. in der Eingabemaske bei einem Gewinnspiel) angegebene Rufnummer oder E-Mail-Adresse bezieht?
3. Bei einer Leadgenerierung im Rahmen eines Gewinnspiels: Wird darauf hingewiesen, dass die Werbeeinwilligung die Gewinnchancen nicht erhöht?
4. Rechtskonforme Darstellung des Werbetreibenden im Rahmen des Einwilligungstextes:
  - a) Das werbende Unternehmen muss mit vollständiger Firma benannt werden.
  - b) Kontaktdaten des Werbetreibenden müssen benannt werden (Anschrift, wenn möglich auch E-Mail)
  - c) zu jedem Werbetreibenden, der in der Einwilligung aufgeführt wird, sind die konkret zur Bewerbung stehenden Produkte/Produktgruppen zu benennen; globale Begriffe wie bspw. „Verlagswesen“ sollten vermieden werden
  - d) die Anzahl der Werbetreibenden muss für den Verbraucher überschaubar sein; es empfiehlt sich, eine Anzahl von sechs Werbetreibenden insgesamt nicht zu überschreiten
  - e) Idealerweise sollten die Werbetreibenden mit den Produkten unmittelbar in der Einwilligung genannt sein. Sollte die Darstellung der Unternehmen, die eine Werbeeinwilligung erhalten sollen, über einen Link erfolgen, ist darauf zu achten, dass der Verbraucher/Kunde die entsprechende Liste ausdrucken kann.
5. Erfolgt ein Hinweis auf das Widerrufsrecht des Kunden?
6. Wird der Kontaktweg für den Fall des Widerrufs der Einwilligung durch den Kunden aufgezeigt?
7. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ist auf die Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung gegenüber jedem genannten Werbetreibenden hinzuweisen.

**Entspricht Ihre Werbeeinwilligung diesen Anforderungen?**

**Zur Einholung der Einwilligung:**

1. Die Einwilligung ist im Wege des Opt-Ins (Häkchenfeld) einzuholen. Ein Opt-Out genügt weder für Telefonwerbung noch für Werbung mittels elektronischer Post. Die Einwilligung muss durch den Kunden immer ausdrücklich erklärt werden. Das Häkchenfeld darf nicht vorausgefüllt sein.  
Es ist eine aktive Handlung des Kunden zur Erteilung der Einwilligung erforderlich => Check-Box/Häkchenfeld
2. Die Einwilligung muss separat abgefragt werden. Keine gemeinsame Abfrage mit AGB oder Kenntnisnahmefeld für Datenschutzhinweise etc.
3. In zeitlicher Hinsicht ist die Einwilligung („vorherige“) vor dem Werbeanruf oder dem Versand der Werbe-E-Mail zu erteilen. Eine bspw. im Telefonat bestätigte Einwilligung zur Werbung hilft hier nicht, da auch der Anruf zur Abfrage der Einwilligung rechtlich als Werbung zu bewerten ist.

**Entspricht Ihre Gestaltung diesen Anforderungen?**

---

### Zur Nachweisbarkeit/Dokumentation der Einwilligung:

---

#### 1. Nachweisbarkeit Email-Werbung

---

Sol genügt nicht den Anforderungen der Rechtsprechung; DoI erforderlich

---

#### 2. Nachweisbarkeit Telefon-, SMS- /MMS-Werbung (vereinfacht: jegliche Werbung, die über die Rufnummer eines Verbrauchers erfolgt)

---

Ein DoI genügt nicht zum Nachweis der Einwilligung. Es sollte eine Verifizierung im Tol-Verfahren erfolgen.

---

Zur Verifizierung der Einwilligung für die konkrete Rufnummer muss eine Methode vorhanden sein, mit der der Medienbruch (E-Mail/Telefon) überwunden wird. Denkbar sind hier

- SMS-Code-Ident-Verfahren
- Bestätigungs-SMS
- telefonische Verifizierung

Alle Verifizierungsmethoden dürfen ihrerseits keine werblichen Elemente enthalten.

---

#### 3. Generell gilt für die Dokumentation:

---

Bei der Dokumentation sollten Sie darauf achten, dass

- die konkrete Einwilligung als solche dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
  - die Setzung des Häkchens dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
  - der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung sowie des Setzens des Häkchens (= Timestamp) dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
  - die im Rahmen des Double-Opt-in-Verfahrens übersandte Bestätigungsmail dokumentiert und archiviert ist
  - der Zeitpunkt des Versands der DoI-E-Mail (= Timestamp) dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
  - die konkrete Gestaltung der Landingpage, auf welcher der Interessent nach Betätigung des Bestätigungslinks geführt wird, dokumentiert und archiviert ist
  - der Zeitpunkt der Betätigung des Bestätigungslinks dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist.
  - der Zeitpunkt des Tol-Verifizierung dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
  - die konkrete Gestaltung des eingesetzten Tol-Tools inklusive Texte und Antworten des Verbrauchers dokumentiert und archiviert ist
  - der Zeitpunkt der Bestätigung des Tol dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- 

**Nachdem Sie sich für ein Verifizierungsverfahren entschieden haben, übernimmt DATATRUSTEE alles weitere für Ihr Unternehmen.**

## Rechtliche Grundlagen

### I. Welche gesetzlichen Vorgaben sind für die Leadgenerierung zu beachten?

Egal ob werbliche Kontakte für eine Ansprache per Telefon oder per E-Mail/SMS – das Erfordernis einer wirksamen Einwilligung des zu kontaktierenden Kunden ist das maßgebliche Regulativ im Hinblick auf die sich aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ergebende Frage der Wettbewerbswidrigkeit einer Werbemaßnahme. Entsprechen die von Ihnen generierten Leads nicht den gesetzlichen Vorgaben und rechtlichen Anforderungen des § 7 UWG, so bringen Sie einen Kunden, der auf Grundlage des ihm übermittelten Leads Werbung betreibt, in die Gefahr wegen unlauterer Werbung in Anspruch genommen zu werden. Im Einzelnen:

#### 1. Wann ist Telefonwerbung zulässig?

Telefonwerbung ist dabei immer dann unlauter, wenn hiermit eine unzumutbare Belästigung einhergeht. Eine solche ist gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG stets anzunehmen „bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung“. Das Merkmal der wirksamen Einwilligung ist demnach der zentrale Punkt für die rechtliche Bewertung Ihres Prozesses zur Leadgenerierung in den Kategorien des Wettbewerbsrechts.

Um für Ihre Kunden einen rechtskonformen Lead für Telefonwerbung zu generieren, müssen Sie daher zwingend darauf achten, dass die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- (1) Es muss eine Einwilligung des Verbrauchers vorliegen.
- (2) Die Einwilligung muss ausdrücklich erklärt worden sein.
- (3) Die Einwilligung muss vor dem Werbeanruf erteilt worden sein.
- (4) Die Einwilligung muss rechtswirksam sein.
- (5) Die Einwilligung muss nachweisbar vorliegen.

#### 2. Welche Grundsätze gelten für die Werbung mittels elektronischer Post?

Für Werbung mittels elektronischer Post (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG), also Werbung per E-Mail, SMS oder MMS, gelten im Gleichlauf mit der Telefonwerbung die vorstehenden Grundsätze. Das UWG geht auch bei der E-Mail-Werbung vom Erfordernis einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung aus. Art. 13 RL 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation bzw. ePrivacy-Richtlinie) verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Verbot unaufgeforderter E-Mail-Werbung. Dieser Verpflichtung ist der deutsche Gesetzgeber nachgekommen, indem er den § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG schuf. Mit dem Erfordernis der vorherigen, ausdrücklichen Einwilligung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass eine konkludente Einwilligung nicht ausreicht. Eine mutmaßliche Einwilligung reicht erst recht nicht aus. Insbesondere lässt sich eine Einwilligung nicht aus der widerspruchsfreien Hinnahme zuvor übersandter E-Mails ableiten (vgl. LG

Braunschweig WRP 2007, 222). Wird demnach ein Lead für E-Mail-Werbung generiert müssen Sie folglich ebenso penibel darauf achten, dass der betreffende Kunde sich mit dem Erhalt einer solchen Werbung im Vorfeld einverstanden erklärt hat.

## II. § 7 UWG und Fragen der Einwilligungserteilung – was sagt die Rechtsprechung?

Zu den vorstehend dargestellten Voraussetzungen des § 7 UWG und den sich stellenden Anforderungen an die Wirksamkeit einer Werbeeinwilligung existiert umfangreiche Rechtsprechung, auch des Bundesgerichtshofs, durch welche die Voraussetzungen im Einzelnen präzisiert werden. An die Erfüllung der einzelnen Voraussetzungen werden dabei hohe Ansprüche gestellt. Dem Grunde nach gilt: Die Rechtsprechung agiert hier sehr restriktiv und entscheidet im Zweifel aufgrund des Schutzzweckes der Norm – Verbraucherschutz – eher zugunsten des Verbrauchers.

Zur Veranschaulichung der Auswirkungen der verschiedenen Entscheidungen, werden diese nachstehend bei den nachfolgend im Einzelnen erläuterten Voraussetzungen für bzw. Anforderungen an die Einwilligung in den Erhalt von Werbung mittels Telefon oder elektronischer Post aufgegriffen und erläutert. Hierdurch wird für Sie erkennbar, was die in rechtlicher Hinsicht im Zusammenhang mit Werbeeinwilligungen maßgeblichen Punkte sind:

### 1. Für welche Werbemaßnahmen bedarf es einer Einwilligung?

Grundsätzlich gilt, dass für Anrufe werblicher Natur gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG und für E-Mail gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Kunden vorliegen muss. Liegt keine Einwilligung oder lediglich eine unwirksame Einwilligung vor, ist der Anruf nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG (Telefon) bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG (elektronische Post) unzulässig. Ob es einer Einwilligung für den jeweiligen Anruf oder die Werbung per elektronischer Post bedarf oder nicht, hängt letztendlich davon ab, was als Werbung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG anzusehen ist.

Zur Konkretisierung des Begriffs der Werbung ist die Definition in Art 2 lit. a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung heranzuziehen (BGH GRUR 2009,980, Tz. 13 - E-Mail-Werbung). Erforderlich ist eine Äußerung mit dem Ziel, den Absatz von Waren und/oder Dienstleistungen zu fördern. Das Ziel der Förderung des Absatzes von Waren und/oder Dienstleistungen ist stets gegeben, wenn der Angerufene unmittelbar zu einem Geschäftsabschluss bestimmt werden soll. Dazu genügt es, wenn im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses die Fortsetzung oder Erweiterung der Vertragsbeziehung angestrebt wird (BGH GRUR 1995, 220 - Telefonwerbung V). Ein Werbezweck liegt auch dann vor, wenn die Werbehandlung per E-Mail oder Telefon mittelbar das Ziel verfolgt, den Absatz von Waren und/oder Dienstleistungen zu fördern. Hierunter fallen beispielsweise sowohl die telefonische Ankündigung der Übersendung von Informationsmaterial oder Werbegeschenken als auch Anrufe mit dem Ziel, die Aufmerksamkeit des Verbrauchers auf ein bestimmtes Produkt zu lenken.

Insoweit ist nicht zu unterscheiden zwischen einer Antwort des Unternehmens auf eine von einem Kunden gestellte Anfrage zu einem konkreten Produkt oder eine allgemeine Werbemaßnahme, welche z.B. im Rahmen einer Direktmarketingkampagne an einen ausgewählten Adressatenkreis erfolgt. Sowohl die Antwort des Unternehmens als auch die in der Direktmarketingkampagne erfolgte Ansprache des Kunden ist als Werbung im Sinne des § 7 UWG zu



qualifizieren, so dass die Vorgaben der Norm einzuhalten sind. Die Sachverhalte unterscheiden sich lediglich im Hinblick auf die Tatsache, wie eine Einwilligung zum Erhalt der Werbung des Unternehmens erteilt wird. Im Falle der Antwort auf eine Anfrage eines Kunden zu einem konkreten Produkt ist die Einwilligung bereits in der Anfrage selbst enthalten. Möchte der Unternehmer einen Kunden zukünftig Werbung zu verschiedenen Produkten zukommen lassen, bedarf es hierzu einer separaten, ausdrücklichen und im Vorfeld erteilten Werbeeinwilligung.

## 2. Welche inhaltlichen Anforderungen muss eine Einwilligungserklärung erfüllen?

Ist ein Anruf oder eine Kontaktaufnahme per E-Mail/SMS/MMS entsprechend den vorstehenden Erläuterungen als Werbemaßnahme einzustufen, bedarf dieser einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. An die Einwilligung werden nachfolgende Anforderungen gestellt:

### a) Vorherige Einwilligung:

Die Einwilligung muss zeitlich vor der Werbemaßnahme erteilt worden sein. Eine nachträgliche Billigung während des Werbe-Telefonates oder im Nachgang der versandten E-Mail genügt nicht. Denn in diesem Zeitpunkt ist die Belästigung für den Verbraucher bereits eingetreten. Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut („vorherige Einwilligung“) und wurde im Jahr 2001 auch ausdrücklich vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Werbefinanzierte Telefongespräche“ (GRUR 2002, 637) klargestellt.

### b) Opt-In, nicht Opt-Out

Nach deutschem Recht gilt das sogenannte Opt-In-Modell. Dies wurde vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung „Double-Opt-In“ (Urteil vom 10.02.2011 - I ZR 164/09) ausdrücklich bestätigt, indem er klarstellte, dass diese Vorgabe europarechtskonform ist (in anderen EU-Ländern gilt zum Teil das Opt-Out-Modell). Nach den Grundsätzen des BGH muss der Verbraucher seine Einwilligung aktiv durch Ankreuzen eines entsprechenden Feldes oder Setzen eines Häkchens (= sog. Einkreuzmethode) oder eine anderweitige ausdrückliche Erklärung erteilen.

Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Aufforderung zur Streichung der Einwilligung oder zum Setzen eines Häkchens für die Nichterteilung der Einwilligung in den Erhalt von Telefonwerbung (Opt-Out) unzureichend ist. Auch die Deaktivierung des Einwilligungsfeldes ist unzulässig.

Insoweit ist ergänzend auf eine Entscheidung des OLG Frankfurt aus dem Jahr 2015 (Urteil vom 17.12.2015, Az. 6 U 30/15) hinzuweisen. Im Rahmen dieser Entscheidung wird klargestellt, dass ein Opt-In, welchem die Auswahl von Sponsoren durch Abwahl vorangeklickter Sponsoren, also Opt-Out, voran- oder nachgestellt ist, ebenfalls unzulässig ist. Hierdurch werde die Voraussetzung des Opt-Ins geradezu ad absurdum geführt.

Sie müssen im Ergebnis also immer stets darauf achten, dass unabhängig davon über welchen Kanal Sie einen Lead generieren möchten, der Kunde/Verbraucher sich aktiv durch das Setzen eines Häkchens für die Erteilung einer Einwilligung entscheidet. Hieran fehlt es, wenn die Eingabemaske von Ihnen voreingestellt ist. Dann ist es gleichgültig, ob die Einwilligung bzw. der Einwilligungstext im Übrigen transparent und rechtswirksam gestaltet ist. Dieser Fehler beim



Prozess der Erteilung zieht sich durch und macht eine Werbehandlung auf Basis dieser vermeintlichen Einwilligung unwirksam.

### c) **Gesonderte Erklärung erforderlich**

Die Einwilligung darf weder im Kleingedruckten erfolgen (BGH, GRUR 2008, 1010 - Payback), noch mit einer anderen Erklärung verbunden werden (BGH, MMR 2011, 458). Dies hat für Ihren Prozess der Einwilligungseinholung zur Folge, dass die Einwilligung nicht in AGB oder Datenschutzhinweisen versteckt bzw. inhaltlich mit diesen vermischt werden darf.

### d) **Klare, deutliche und unmissverständliche Erklärung**

Aus der Einwilligung muss klar und unmissverständlich hervorgehen, welchem Unternehmen die Einwilligung erteilt wird und auf welche Produkte sich die Einwilligung erstreckt. Eine Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie in Kenntnis der Sachlage und für den konkreten Fall erklärt wird. Dies setzt voraus, dass der Kunde hinreichend auf die Möglichkeit hingewiesen wird und weiß, auf welche Art von Werbemaßnahmen und auf welche Unternehmen sich seine Einwilligung bezieht. Eine Einwilligung wird „in Kenntnis“ der Sachlage erteilt, wenn der Kunde weiß, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht. Die Einwilligung erfolgt für den konkreten Fall, wenn klar wird, welche Produkte oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie konkret erfasst (BGH GRUR 2013, 531- Einwilligung in Werbeanrufe).

Der Kunde muss wissen, welchem Unternehmen er seine Einwilligung erteilt und welche Produkte beworben werden dürfen. Wird die Einwilligung für eine unüberschaubare Vielzahl von Unternehmen und dann womöglich auch noch für verschiedene Branchen eingeholt, wird eine solche Einwilligung üblicherweise nicht den strengen Anforderungen der zuvor geschilderten Rechtsprechung genügen. Im Idealfall betrifft die Einwilligung nur das jeweils werbende Unternehmen und die von Diesem vertriebenen Produkte. Soweit die Einwilligung für mehrere Unternehmen eingeholt wird, sollte die Anzahl der werbetreibenden Unternehmen auf eine überschaubare Anzahl beschränkt werden. Grundsätzlich empfiehlt es sich hier, eine Anzahl von sechs bis maximal zehn Sponsoren nicht zu überschreiten. Das OLG Frankfurt führt hierzu in einem Urteil vom 27.06.2019, Az. 6 U 6/19 aus, dass eine Einwilligung zu unbestimmt ist bzw. es ihr an der gebotenen Klarheit fehlt, „wenn bereits die Anzahl der Unternehmen, zu deren Gunsten eine Werbeeinwilligung erteilt werden soll, so groß ist, dass sich der Verbraucher realistischer Weise nicht mit all diesen Unternehmen und deren Geschäftsfeldern befassen wird“. Mit dieser Feststellung knüpft das Gericht an seine Entscheidungen aus 2015 und 2016 („Partnerliste“, Urteil vom 17.12.2015 – 6 U 30/15 und „unüberschaubare Partnerliste“, Urteil vom 28.07.2016 – 6 U 93/15) an und führt diese mit dem Unterschied fort, dass er sich dazu äußert, dass die Anzahl von 8 Sponsoren jedenfalls als überschaubar anzusehen ist.

### e) **Hinweis auf Widerrufsmöglichkeit**

Die Einwilligung ist mit Wirkung für die Zukunft frei widerruflich. Sie müssen daher im Einwilligungstext einen entsprechenden Hinweis für den Kunden aufnehmen. Der Widerruf ist formlos, sogar durch konkludente Erklärung, möglich, und zwar auch dann, wenn die Einwilligung schriftlich erteilt wurde. Dem Kunden muss eine gültige Adresse mitgeteilt werden, an die er

den Widerruf richten kann. Die Angabe einer E-Mail-Adresse als Kontaktmöglichkeit ist wünschenswert, aber allein nicht ausreichend. Der Widerruf der Einwilligung muss „so einfach wie ihre Erteilung“ sein; es dürfen also keine zusätzlichen Anforderungen an den Widerruf gestellt werden.

#### **f) Nachweis der Einwilligung - Konsequenzen aus der Entscheidung Double-Opt-In des BGH**

Der wohl problematischste Punkt im Zusammenhang mit der Generierung von Werbeeinwilligungen besteht in der Frage der Nachweisbarkeit, die bei der massenhaften Gewinnung von Einwilligungen im Online-Bereich für die Direktmarketingbranche – jedenfalls ausgerichtet an den hohen Hürden der Rechtsprechung – schwer umzusetzen ist. Es gilt: Das Unternehmen, für das geworben wird, trägt als Werbender bei der Durchführung jeglicher Werbung per Telefon oder elektronischer Post die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Einwilligung des Verbrauchers. Wie dieser zu entsprechen ist bzw. welche Prozesse hierfür nicht ausreichen, hat der Bundesgerichtshof in der vorzitierten Entscheidung „Double-Opt-In“ (GRUR 2011, 936) aufgezeigt.

Das im Rahmen der online erfolgenden Generierung von Opt-Ins nach wie vor verwendete Verfahren des Double Opt-Ins (E-Mail-Bestätigung und der Kunde muss einen Link innerhalb dieser E-Mail betätigen) ist für den Bereich der Werbung mit elektronischer Post (E-Mail) rechtskonform und zulässig, um eine online erteilte Einwilligung des Verbrauchers zu verifizieren.

Für den Bereich der Telefonwerbung hat der BGH das Modell indes als unzureichend eingestuft. Dem Double-Opt-In lag in der maßgeblichen Entscheidung folgende Verfahrensweise zugrunde: Der Verbraucher erteilt im Rahmen eines Online-Gewinnspiels eine Einwilligung. Anschließend erhält er eine E-Mail mit einem Bestätigungslink und der Bitte diesen zu bestätigen. Wird die Einwilligung bestätigt, wird sie gespeichert und zur Werbung freigegeben. Gespeichert werden die angegebenen Kontaktdaten, der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung nebst IP-Adresse sowie der Zeitpunkt der Betätigung des Bestätigungslinks nebst IP-Adresse.

Nach Ansicht des BGH genügt dieses Verfahren im Falle der Einholung einer Einwilligung für Telefonwerbung weder zum Beleg der Einwilligung, noch führt es zu einer Beweiserleichterung für den Werbenden. Als Begründung führt der BGH den bei der Telefonwerbung bestehenden Medienbruch (Telefonnummer ↔ E-Mail-Adresse) an. Der BGH führt hierzu aus, dass kein notwendiger Zusammenhang zwischen der E-Mail-Adresse, unter der der Teilnahmeantrag zum Gewinnspiel abgesandt wurde, und der in ihm angegebenen Telefonnummer besteht. Vielmehr gebe es eine Vielzahl von Gründen, dass eine falsche Telefonnummer in ein Online-Teilnahmeformular eingetragen wird.

Konsequenz dieser Entscheidung ist, dass andere Alternativen zum Nachweis (Verifizierung) der Einwilligung entwickelt und angewandt werden müssen.

### 3. Problematik Telefonwerbung – Wie können Sie eine Einwilligung rechtssicher verifizieren?

Fest steht, dass der Nachweis einer wirksamen Einwilligung in Telefonwerbung mit einem „normalen“ Double-Opt-In nicht mehr geführt werden kann. Um ausgerichtet an den Grundsätzen der Rechtsprechung den Kanal der Telefonwerbung auch in Zukunft nutzen zu können, bieten sich folgende Verfahren an, um die hohen Anforderungen des BGH zu erfüllen. Sämtliche der Modelle erscheinen grundsätzlich geeignet, die Einwilligung belegbar zu verifizieren. Es kann insoweit mit Blick auf die unternehmerische Praxis entschieden werden, welches Modell unter Umsetzungsgesichtspunkten hier vorzugswürdig erscheint:

#### **Modell 1 – SMS-Code-Ident-Verfahren:**

Das SMS-Code-Ident-Verfahren läuft grundsätzlich folgendermaßen ab:

Der sich anmeldende Kunde, der durch Setzen des entsprechenden Häkchens eine Werbeeinwilligung erteilt, erhält einen Zahlencode. Dieser wird ihm an die vom ihm angegebene Telefonnummer gesendet. Je nachdem, ob es sich bei der angegebenen Rufnummer um eine Mobilfunknummer oder eine Festnetznummer handelt bzw. ob das Endgerät SMS empfangen kann, erfolgt die Übermittlung des Codes per SMS oder per Ansagedienst. Nur wenn der Zahlencode nach Abschluss des Gewinnspiels in das hierfür online angezeigte Feld eingetragen und Sie als den Lead generierendes Unternehmen übermittelt wird, gilt die Werbeeinwilligung als bestätigt und wird als erteilt vermerkt und zur werblichen Nutzung freigegeben. Wird der Code nicht eingetragen, wird die Werbeeinwilligung als nicht erteilt vermerkt und der Interessent wird entsprechend nicht für Werbung freigegeben.

Das beschriebene SMS-Code-Ident-Verfahren dürfte nach derzeitigen Vorgaben der Rechtsprechung geeignet sein, die Erteilung der Werbeeinwilligung belegbar zu verifizieren. Der vom Bundesgerichtshof im Rahmen der eingangs erläuterten Entscheidung „Double-Opt-In“ beanstandete Medienbruch wird durch die Übermittlung des zur Freischaltung der Werbeeinwilligung erforderlichen Zahlencodes überwunden. Die Übersendung des Zahlencodes an die von dem Interessenten eingegebene Nummer erscheint als probates Mittel, „Fake-Einträgen“ und Eingaben durch nicht autorisierte Personen zu verhindern.

#### **Modell 2: Bestätigungs-SMS:**

Dem Interessenten, der durch Setzen des entsprechenden Häkchens eine Werbeeinwilligung erteilt, wird an die von ihm angegebene Telefonnummer eine SMS geschickt, welche er von dem gleichen Telefon entweder durch Weiterleiten oder durch Antwort mit einem zu bestimmenden Wort bestätigt.

Auch dieses Modell dürfte im Grunde dazu geeignet sein, eine Verifizierung im Sinne der Rechtsprechung zu gewährleisten. Auch hier wird der vom Bundesgerichtshof beanstandete Medienbruch durch Übermittlung eines zu bestätigenden Inhalts an die angegebene Rufnummer überwunden. Nur wenn der Kunde sich zurückmeldet gilt die Werbeeinwilligung als erteilt.

Soweit vom Kunden die Möglichkeit der Weiterleitung der SMS oder die Beantwortung als Alternativen in den Raum gestellt wurden, dürfte die Beantwortung grundsätzlich

vorzugswürdig sein. Hierfür spricht, dass der Kunde, möchte er die Erteilung der Werbe-einwilligung bewirken, aktiv ein „ja“ eingeben und dieses versenden muss. Durch die Notwendigkeit der aktiven Eingabe dürfte das Risiko des Missbrauchs durch etwaige technische Manipulierung minimiert werden.

Bei beiden vorstehend beschriebenen Varianten ist zu beachten, dass jeder einzelne Schritt nachvollziehbar und für jeden einzelnen Kunden zu dokumentieren ist. Nur bei einer vollständigen Dokumentation wäre eine geschlossene Beweiskette im Sinne der Rechtsprechung anzunehmen. Wird eine entsprechende Dokumentation vorgenommen, dürften beide Varianten voraussichtlich – Entscheidungen hierzu sind uns bisher nicht bekannt – zum Nachweis der Einwilligung im Sinne der BGH-Rechtsprechung geeignet sein.

### **Modell 3: telefonische Überprüfung**

Als dritte Variante ist an eine telefonische Überprüfung zu denken. Grundgedanke hierbei ist, dass eine online erteilte Einwilligung telefonisch überprüft und die Bestätigung der Einwilligung im Rahmen eines VoiceFile aufgezeichnet wird. Dabei darf sich an die Überprüfung nicht unmittelbar ein Verkaufsgespräch anschließen. Der Anruf muss sich allein auf die Überprüfung der Einwilligung beziehen; er darf nicht zu Werbezwecken verwendet werden.

Aufgrund datenschutzrechtlicher Vorgaben ist neben der Werbeeinwilligung das Einverständnis des Verbrauchers zur Aufzeichnung des Gesprächs abzufragen und zu dokumentieren. Das VoiceFile wird mit Datum und Uhrzeit gespeichert. Für die telefonische Überprüfung sollte ein Gesprächsleitfaden erstellt werden, um sicherzustellen, dass die Formulierungen korrekt gewählt werden. Gern unterstützen wir sie hierbei ebenfalls.

Grundsätzlich dürfte es sich auch hierbei um eine denkbare und vertretbare Alternative handeln. Hiermit würde zum einen der vom Bundesgerichtshof beanstandete Medienbruch vermieden, da die Überprüfung der Einwilligung telefonisch erfolgt. Zum anderen dürfte die Response-Quote nach den bisherigen Erfahrungen relativ hoch und das hiermit verbundene Risiko von Beanstandungen und rechtlichen Verfahren allenfalls durchschnittlich sein. Die telefonische Überprüfung birgt indes das Risiko in sich, dass der Anruf zur Überprüfung der Einwilligung als Werbeanruf eingestuft wird, welcher einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung bedarf. Hierfür spricht eine Entscheidung des OLG München (GRUR-RR 2013, 226), in welcher das Oberlandesgericht eine üblicherweise im Rahmen des Double-Opt-In-Verfahrens versandte E-Mail als Werbe-E-Mail eingestuft hat. Gegenstand des Verfahrens war eine durch eine Steuerberatungsgesellschaft übersandte E-Mail, mit welcher der Adressat zur Bestätigung des Abonnements des Newsletters aufgefordert wurde. Nach Ansicht des OLG München stellt eine solche E-Mail bereits eine Werbe-E-Mail im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG dar. Mit der E-Mail habe die Steuerberatungsgesellschaft das Ziel, die Erbringung ihrer Dienstleistung, verfolgt, wenn auch zunächst lediglich mit dem Bestreben, eine ausdrückliche Einwilligung des Adressaten für weitere Werbemaßnahmen zu erlangen. Es sei nicht erforderlich, dass die E-Mail selbst eine Werbebotschaft enthalte (GRUR-RR 2013, 226, 227).

Im Ergebnis ist eine telefonische Überprüfung in der oben beschriebenen Art und Weise jedoch grundsätzlich möglich. Indes dürfte diese mit einem höheren Risiko verbunden sein, als die beiden anderen Modelle, da eine telefonische Kontaktaufnahme dem

Grunde nach stets kritischer beäugt wird, als eine Kontaktaufnahme mittels elektronischer Post (SMS). Zu beachten ist hierbei insbesondere, dass die zur Überprüfung eingesetzten Callcenter-Agents sich strikt daranhalten, lediglich die Erteilung der Einwilligung zu überprüfen und zu dokumentieren. Eine werbliche Ansprache im Rahmen eines solchen Telefonats sollte zwingend vermieden werden.

#### **4. Wie müssen Sie eine Einwilligung dokumentieren? – Diesen Punkt übernimmt DATATRUSTEE für Sie!**

Mit Blick auf die im Streitfall zulasten des Werbenden bestehende Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer Werbeeinwilligung kommt einer lückenlosen Dokumentation weitreichende Bedeutung zu. Kann ein Unternehmer den Nachweis nicht erbringen, geht das Gericht davon aus, dass die Einwilligung nicht erteilt wurde und die Werbung rechtswidrig ist. Dies kann unangenehme Folgen haben, wie bspw. eine Abmahnung oder Klage.

In einem Urteil vom 10.02.2011 (Az. I ZR 164/09) hat der BGH konkret skizziert, welche Anforderungen an den Nachweis einer Einwilligung zu erbringen sind. Im Falle einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setze dies voraus, dass die Einwilligung gespeichert wird und jederzeit ausgedruckt werden kann. Genaue Vorgaben dazu, wie eine sachgerechte und im Streitfall verwertbare Speicherung zu erfolgen hat, macht das Gericht indes nicht. Grundsätzlich gilt, dass Maßnahmen ergriffen werden müssen, die die Erteilung als solche nachvollziehbar machen und deren Nachweis ermöglichen.

Es sollte daher in jedem Fall sichergestellt werden, dass

- die konkrete Einwilligung als solche dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- die Setzung des Häkchens dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- der Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung, des Setzens des Häkchens, (= Timestamp) dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- die im Rahmen des Double-Opt-in-Verfahrens übersandte Bestätigungsmail dokumentiert und archiviert ist
- der Zeitpunkt des Versands der DoI-E-Mail (= Timestamp) dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- die konkrete Gestaltung der Landingpage, auf welcher der Interessent nach Betätigung des Bestätigungslinks geführt wird, dokumentiert und archiviert ist
- der Zeitpunkt der Betätigung des Bestätigungslinks dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- der Zeitpunkt der Tol-Verifizierung dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist
- die konkrete Gestaltung des eingesetzten Tol-Tools inklusive Texte und Antworten des Verbrauchers dokumentiert und archiviert ist
- der Zeitpunkt der Bestätigung des Tol dokumentiert und mit Personenbezug archiviert ist

All dies sollte so vorgehalten werden, dass die Informationen gesammelt und ggf. ausgedruckt bereitgestellt werden können. Die konkrete Dokumentation ist letztlich von den bestehenden technischen Möglichkeiten abhängig. Hier muss im Einzelfall geprüft werden, ob und inwieweit die Dokumentation geeignet ist den Anforderungen der Rechtsprechung gerecht zu werden. Das OLG Frankfurt stellte in seinem Urteil vom 27.06.2019, Az. 6 U 6/19, inso-

weit klar, dass es entscheidend darauf ankommt, dass der Werbetreibende darlegen und beweisen kann, wie ein Ausdruck, der als Nachweis der Einwilligung dienen soll, zustande gekommen ist. Konkret führt das Gericht im Hinblick auf den Mangel der Dokumentation in dem Gericht vorliegenden Fall aus:

*„Hinzu kommt, dass keinerlei Vortrag dazu existiert, wie der Ausdruck in Anlage AG 1 zustande gekommen ist bzw. auf welchem technischen Weg die Daten ihren Weg von der Zeugin B zum datenspeichernden Unternehmen gefunden haben wollen und in welcher Weise diese Vorgänge dokumentiert werden. Diese Vorgänge sind nicht vorgetragen und eidesstattlich versichert.“*

### III. Welche Anforderungen stellen sich nach der DS-GVO?

Die DS-GVO dient vorliegend der Sicherung eines einheitlichen Schutzes personenbezogener Daten innerhalb der EU und dem EWR. Personenbezogene Daten sind nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Entscheidend ist also, ob durch die erhobenen Daten ein Personenbezug hergestellt werden kann. Bei der Leadgenerierung über ein Gewinnspiel werden bspw. personenbezogenen Daten abgefragt, so dass hier eindeutig eine Erhebung bzw. Verarbeitung vorliegt.

Damit die Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtmäßig ist, muss mindestens ein Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO vorliegen. Auch die DSGVO schreibt damit ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fest, dies war auch nach dem alten Bundesdatenschutzgesetz bereits der Fall. Allerdings kommen neben der Einwilligung weitere Rechtsgrundlagen in Betracht.

#### 1. Wie ist das Verhältnis zum UWG?

Mit Blick auf die alternativen Rechtsgrundlagen für eine zulässige Verarbeitung in Art. 6 DS-GVO stellt sich die Frage, ob hierdurch die strengen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften mit Blick auf Telefon- und E-Mailwerbung und die Generierung entsprechender Daten „verdrängt“ werden.

Dies ist nicht der Fall: UWG und DS-GVO gelten nebeneinander. Es sind sowohl die Vorgaben des § 7 UWG sowie des Art 6 DS-GVO zu erfüllen. Dies folgt daraus, dass die DS-GVO diejenigen Vorschriften, die wie § 7 UWG auf der ePrivacy-Richtlinie beruhen, unberührt lässt (ergibt sich aus Art. 95 DSGVO). Daher müssen beide Vorschriften (§ 7 UWG und Art. 6 DSGVO) zusammengelesen werden, sodass eine wettbewerbsrechtliche Einwilligung nach § 7 UWG zwar auch den formalen Erfordernissen des Art. 6 DS-GVO (hierzu unter II.) genügen muss. Gleichwohl führt die Existenz einer zur Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a. abweichenden Rechtsgrundlage im Einzelfall nicht dazu, dass die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften außer Kraft gesetzt sind und daher bei Werbung per Telefon und E-Mail auf eine Einwilligung des Kunden verzichtet werden könnte.

#### 2. Was sind die Rechtsgrundlagen für eine Verarbeitung personenbezogener Daten?

Für eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten kommen folgende Rechtsgrundlagen in Betracht:



**a) Einwilligung - Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DS-GVO**

Der von der Datenerhebung- und Verarbeitung Betroffene kann zunächst seine Einwilligung erteilen. Die Einwilligung in datenschutzrechtlicher Hinsicht ist gemäß Art. 4 Nr. 11 DS-GVO 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.

Das Merkmal der Informiertheit setzt voraus, dass der Betroffene über die Identität der Werbemaßnahme, über die Zwecke der Datenverarbeitung und über sein jederzeitiges, freies Widerrufsrecht zu informieren ist. Zusätzlich ist in der Datenschutzerklärung ein entsprechender Informationspassus aufzunehmen.

Die Einwilligung muss vor der Erhebung, und damit bevor mit der Datenverarbeitung begonnen wird, vorliegen. Wird mit der Datenverarbeitung begonnen, bevor die Einwilligung vorliegt, ist diese rechtswidrig. Freiwillig ist die erteilte Einwilligung nur dann, wenn sie sich ohne Zwang erfolgt, d.h. der Betroffene muss eine echte Wahl treffen, ob wieviel und wem er die Nutzung seiner Daten gestattet.

**b) Vertrag – Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO**

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DS-GVO auch dann rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung eines Vertrages oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist.

**c) Berechtigtes Interesse – Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DS-GVO**

Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten kann auch ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen sein. Erwägungsgrund 47 zur DS-GVO besagt insoweit, dass eine Verarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann. Wenngleich mithin auch wirtschaftliche Interessen des Verarbeiters eine Rolle spielen, sind diese im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung stets mit denen des Betroffenen abzuwägen und in Einklang zu bringen. Die Abwägung erfolgt jeweils im Einzelfall und birgt mit Blick auf das im Streitfall durch ein Gericht zu überprüfende Ermessen beim Interessenausgleich eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit.

Welche der vorstehenden Rechtsgrundlagen für Ihre Einwilligung greift, ist stets im Einzelfall zu prüfen.



*Wir nehmen die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Vorgaben sehr ernst und vertrauen in diesen Fragestellungen auf die Beratung des auf Direktmarketing und Datenschutz spezialisierten Teams der Kanzlei TIGGES Rechtsanwälte. Dieser Best Practice Guide ist durch diese Anwaltskanzlei erstellt*

Bei Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung!



# DATATRUSTEE

The Compliance Provider

**DATATRUSTEE GmbH**

Poststr. 68

44809 Bochum

Tel: +49 234 545088-40

Fax: +49 234 545088-59

Mail: [info@datatrustee.org](mailto:info@datatrustee.org)

Web: [www.datatrustee.org](http://www.datatrustee.org)