

# BRANDI

## RECHTSANWÄLTE

### MARKETINGEINWILLIGUNGEN IN ONLINE-KONTEXTEN

RA´in Dr. Laura Schulte & Wiss. Mit.´in Johanna Schmale



– aktuelle Rechtsprechung und deren praktische Umsetzung –

## I. Einleitung

## II. Datenschutzrechtliche Anforderungen

1. Eindeutige bestätigende Handlung
2. Nachweisbarkeit
3. Freiwilligkeit

## III. Lauterkeitsrechtliche Anforderungen

1. Missbräuchliche Gestaltung des Einwilligungsprozesses
2. Einwilligung für unterschiedliche Werbekanäle
3. Zeitliche Geltung

## IV. Fazit & Ausblick

## I. EINLEITUNG

- Werbung = Sämtliche Formen der kommerziellen Kommunikation, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen oder der Außendarstellung dienen sollen.
- Einwilligung = Empfangsbedürftige Willenserklärung, die durch eine eindeutige und bewusste Handlung zum Ausdruck gebracht wird.

## II. DATENSCHUTZRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

### 1. Eindeutige bestätigende Handlung

- EuGH, Urt. v. 1.10.2019 – C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801:
  - Für das Setzen von Cookies für Werbe- und Marktforschungszwecke ist die ausdrückliche Einwilligung der Nutzer einzuholen.
  - Eine vorangekreuzte Checkbox genügt nicht den Anforderungen an eine aktive Einwilligung.
- Es ist ein aktives Verhalten des Betroffenen erforderlich, durch das die Einwilligung „ohne jeden Zweifel“ abgegeben wird.
- Es ist zu empfehlen, zusammengesetzte Erklärungen so zu gestalten, dass neben der Bestätigung der einwilligungsfremden Inhalte eine weitere aktive Handlung zur Erklärung der Einwilligung erfolgen muss.

## II. DATENSCHUTZRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

### 2. Nachweisbarkeit

- EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901:
  - Eine vorab angekreuzte Vertragsklausel genügt nicht den Anforderungen an die Nachweisbarkeit.
- OVG des Saarlandes, Beschl. v. 16.2.2021 – 2 A 355/19, BeckRS 2021, 2248:
  - Das Double-Opt-In-Verfahren per E-Mail ist nicht ausreichend, um die Einwilligung in Telefonwerbung nachzuweisen.
- Die Nachweisbarkeit der Einwilligung ist im Einzelfall zu prüfen.
- Das Double-Opt-In-Verfahren per E-Mail ist weniger beweiskräftig für eine Einwilligung in Telefonwerbung. Es kann jedoch der Nachweisbarkeit dienen, soweit kein Medienbruch vorliegt.

## II. DATENSCHUTZRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

### 3. Freiwilligkeit

- EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901:
  - Zusätzliche Anforderungen an die Verweigerung der Einwilligung sind geeignet, die Freiwilligkeit zu beeinträchtigen.
- OLG Frankfurt/M., Urt. v. 27.6.2019 – 6 U 6/19, BeckRS 2019, 17820:
  - Die Abhängigkeit einer Gewinnspielteilnahme von einer Werbe-Einwilligung steht der Freiwilligkeit nicht entgegen.
- Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Drucksituation besteht, die die Freiheit zur Willensentschließung aufhebt.
- Das bloße Versprechen einer Vergünstigung schließt die Freiwilligkeit noch nicht ohne Weiteres aus.

### III. LAUTERKEITSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

#### 1. Missbräuchliche Gestaltung des Einwilligungsprozesses

- BGH, Urt. v. 28.5.2020 – I ZR 7/16, NJW 2020, 2540:
  - Von einer nicht rechtskonformen Ausgestaltung des Einwilligungsprozesses ist u. a. dann auszugehen, wenn bei verständiger Würdigung angesichts des Aufwandes, der mit diesem in zeitlicher Hinsicht einhergeht, und des Einwilligungszweckes nicht angenommen werden kann, dass sich der Einwilligende tatsächlich die Mühe macht, eine bewusste Auswahlentscheidung zu treffen.
- Bei der Ausgestaltung des Einwilligungsprozesses sind unterschiedliche Elemente und vor allem deren Zusammenspiel zu berücksichtigen.



### III. LAUTERKEITSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

## 2. Einwilligung für unterschiedliche Werbekanäle

- BGH, Urt. v. 1.2.2018 – III ZR 196/17, GRUR 2018, 545:
  - Es bedarf auch angesichts des Schutzzwecks von § 7 Abs. 2 UWG bzw. der RL 2002/58/EG grundsätzlich keiner gesonderten Einwilligung für jeden einzelnen Werbekanal.
- Bei der Ausgestaltung der Einwilligungserklärung können entweder unterschiedslos sämtliche Kommunikationskanäle aufgegriffen werden oder dem Verbraucher die Möglichkeit belassen werden, einzelne Kommunikationskanäle proaktiv selbst auszuwählen.

### III. LAUTERKEITSRECHTLICHE ANFORDERUNGEN

#### 3. Zeitliche Geltung

- BGH, Urt. v. 1.2.2018 – III ZR 196/17, GRUR 2018, 545:
  - „[...] Ich bin damit einverstanden, dass meine Vertragsdaten aus meinen Verträgen mit der T-GmbH von dieser bis zum Ende des Kalenderjahres, das auf die Beendigung des jeweiligen Vertrags folgt, zur individuellen Kundenberatung verwendet werden. [...]“
  - Weder die RL 2002/58/EG noch §7 UWG sehen das Erlöschen einer Einwilligung durch Zeitablauf vor.
- Es ist grundsätzlich zu empfehlen, den zeitlichen Horizont der Einwilligung für den Betroffenen zu skizzieren, sodass für diesen erkennbar ist, wie lange er mit einer werblichen Kontaktaufnahme zu rechnen hat.

IV. FAZIT & AUSBLICK

- Einschlägige rechtliche Anforderungen unterliegen einem steten Wandel.
- Rechtliche Anforderungen sind widerspruchsfrei anzuwenden:
  - Die Anforderungen der Artt. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 S. 1 lit. a), 7 DSGVO sind auch im Rahmen von § 7 Abs. 2 UWG zu berücksichtigen.
  - Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 UWG kann nicht durch Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO „geheilt“ werden.
- Das TTDSG macht künftig auch Vorgaben zu dem Einsatz technisch nicht erforderlicher Cookies, vgl. § 25 TTDSG.
- Der aktuelle Entwurf der e-Privacy-Verordnung sieht Regelungen vor, welche den zulässigen Umfang der Datenverarbeitung auch ohne Einwilligung der Nutzer festlegen, zur Zulässigkeit sog. Cookie-Walls sowie eine Pflicht zur regelmäßigen Erinnerung an das Widerrufsrecht.

HABEN SIE FRAGEN ZU DEM VORTRAG?



Dr. Laura Schulte  
Rechtsanwältin

T +49 521 96535 - 883  
F +49 521 96535 - 113  
E [laura.schulte@brandi.net](mailto:laura.schulte@brandi.net)



Johanna Schmale  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

T +49 521 96535 - 890  
F +49 521 96535 - 113  
E [johanna.schmale@brandi.net](mailto:johanna.schmale@brandi.net)