

von Rechtsanwalt Jan Lennart Müller

Achtung: Das müssen Sie wissen, wenn Sie mit Freebies werben möchten!

In der heutigen Zeit stellen Freebies (sog. Lead Magnets) eine attraktive Möglichkeit dar, online für das eigene Unternehmen Werbung zu betreiben. Unternehmen gewähren kleine "Werbegeschenke", um auf diese Weise Daten wie E-Mail-Adressen zu gewinnen, um diese später zu Marketingzwecken (z.B. Newsletterversendung) nutzen zu können. In Zeiten der DSGVO ist allerdings Vorsicht geboten, da sowohl die Gewinnung, als auch die Weiterverwertung von personenbezogenen Daten an datenschutzrechtliche Voraussetzungen gebunden ist. Dieser Beitrag klärt für Sie, ob und wann Freebies zulässig sind, welche rechtlichen Gesichtspunkte zu beachten sind und was sich vor allem im Zusammenhang mit den gesetzlichen Neuerungen zum 01.01.2022 geändert hat.

1. Was sind Freebies?

Unter Freebies ("Lead Magneten") versteht man vermeintlich kostenlose, digitale "Werbegeschenke" in Form von Informationen, (digitalen) Produkten oder Dienstleistungen, die Unternehmen im Austausch für den Erhalt persönlicher Daten anbieten.

Klassische Beispiele für Freebies stellen Webinare, eBooks, Vorlagen etc. dar, welche per Mail verschickt werden.

Dabei handelt es sich oft um eine "Kostprobe" des eigenen Angebots des werbenden Unternehmens oder ein mit diesem in engem Zusammenhang stehendes Angebot, welches potentiellen Käufern ermöglichen soll, einen ersten Eindruck zu gewinnen.

Um das Freebie zu erhalten, fordern die Unternehmer dabei lediglich, dass man gewisse persönliche Daten wie z.B. seine E-Mail-Adresse angibt oder sich für den Newsletter des Unternehmens anmeldet.

Persönliche Daten können hierbei jegliche Informationen über die eigene Person, insbesondere Vorname, Nachname, Alter, Anschrift, E-Mail-Adresse, Religion usw., sein.

Das Ziel der Unternehmen ist es dabei, durch den Erhalt beispielsweise der E-Mail-Adresse in ihrem Newsletter Werbung für andere Produkte per E-Mail versenden zu können. Das Angebot von Freebies stellt für den Werbenden somit eine äußerst effektive Marketingmethode dar.

Hier einige Beispiele für beliebte Freebies als Marketing-Instrument im Detail:

- **Whitepaper**

Bei einem Whitepaper handelt es sich um einen textlichen Leitfaden, der sich eines bestimmten Themas annimmt, um dieses für den Leser prägnant aufzubereiten. Wichtig ist hierbei die komprimierte Wissensvermittlung, damit dem Leser das Wesentliche eines (komplexen) Themas mitgeteilt wird. Der Umfang solcher Whitepaper beträgt in der Regel zwischen 2 und 10 Seiten.

- **eBooks**

Im Gegensatz zu Whitepapers behandeln eBooks ein Thema weitaus umfangreicher. eBooks haben den Umfang von gewöhnlichen (Sach-) Büchern und erfordern vom Leser ein gesteigertes Interesse und mehr Zeit, damit der Inhalt konsumiert werden kann.

- **Checklisten und Anleitungen**

Auch die Bereitstellung von Checklisten und Anleitungen sind als Freebies sehr beliebt. Hierbei werden vor allem auch in jüngster Vergangenheit Strickanleitungen in digitaler Form immer öfter eingesetzt, um das Interesse möglicher Kunden zu gewinnen.

Natürlich gibt es noch zahlreiche weitere Formen von Freebies (Videos, E-Mail-Serien, Online-Seminare, etc.), die zu Marketingzwecken verwendet werden können.

2. Sind Freebies datenschutzrechtlich (DSGVO) zulässig?

Zahlreiche Skandale über Datenmissbräuche hielten viele Menschen davon ab, ihre Daten im Internet für Newsletter etc. preiszugeben. Freebies wurden deshalb häufig als Anreiz verwendet, Nutzer dazu zu bewegen, dies doch zu tun.

Die Datenschutz-Grundverordnung führte ein sogenanntes **Kopplungsverbot** ein, hierbei soll bei der Beurteilung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt wurde, in besonderem Maße dem Umstand Rechnung getragen werden, ob unter anderen die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.

Lesetipp: Weiterführende Informationen zum Thema **Kopplungsverbot** können Sie in unserem **lesenswerten Beitrag** erhalten!

Das **OLG Frankfurt** am Main hatte im Zusammenhang mit der Teilnahme an einem Gewinnspiel geurteilt, dass eine Werbeeinwilligung auch dann noch als "freiwillig" im Sinne der DSGVO anzusehen ist, wenn diese Einwilligung zwingend von der betroffenen Person erteilt werden muss, um an einem Gewinnspiel teilzunehmen.

Das OLG Frankfurt am Main sah keinen Verstoß gegen das Kopplungsverbot, da die zu erteilende Einwilligung freiwillig im Sinne von "ohne Zwang" gemäß Art. 2 lit. h der Datenschutzrichtlinie erteilt worden sei. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass im Sinne der Datenschutzrichtlinie "ohne Zwang" im Sinne einer freien Wahl zu verstehen ist, die Einwilligung nicht zu erteilen, ohne dass sich hieraus Nachteile ergäben.

Das Gericht argumentierte weiter, dass allein die Gewinnchance in einem Gewinnspiel nicht ausreichend sei, um diese Freiwilligkeit entfallen zu lassen. Vielmehr habe der potentielle Teilnehmer die freie Entscheidung, ob er seine Daten dem Unternehmen zur Verfügung stellen möchte oder nicht.

Diese Grundsätze aus der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main können auf den Bereich der Freebies übertragen werden, da auch im Falle von Freebies eine freie Entscheidung getroffen werden kann, ob man dem Werbenden im Tausch gegen das Freebie seine persönlichen Daten zur Verfügung stellen möchte.

Die Rechtsprechung des OLG Frankfurt am Main liegt auf einer Linie mit der Ansicht des **Landesdatenschutzbeauftragten NRW**, welcher für den Fall einer Verknüpfung zwischen der Teilnahme an einem Online-Gewinnspiel und der Zustimmung zum regelmäßigen Newsletter-Erhalt keinen Verstoß gegen das Gebot der Freiwilligkeit der Einwilligung und damit gegen das sog. Kopplungsverbot erblickt.

Aus den datenschutzrechtlichen Vorgaben nach der DSGVO sind damit die folgenden Konsequenzen für Freebies bzw. die einzuholenden Einwilligungen zu ziehen:

Klären Sie den Betroffenen darüber auf, dass der Erhalt eines Freebies nur im Falle der Erteilung einer Einwilligung (z.B. für die Übersendung eines Newsletters) erfolgt. Zudem müssen Sie die Einwilligung gesondert einholen, hierfür bietet sich zum Beispiel eine Check Box an. Achten Sie darauf, dass der Einwilligungstext transparent Auskunft gibt, für welche Inhalte in welchem zeitlichen Intervall geworben werden soll.

Achten Sie hier darauf, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann und zudem eine nachweisbare Einholung der Einwilligung im Wege des **Double-Opt-In-Verfahrens** einholen.

Wenn Sie wissen möchten, wie man eine abmahnsichere Newsletter-Anmeldefunktion erstellt, dann empfehlen wir Ihnen **diesen Beitrag** zur Lektüre!

3. Sind Freebies in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht zulässig?

Auch im Rahmen des Wettbewerbsrecht kommt den Freebies und der Zusendung von Newslettern Relevanz zu.

Die Zusendung von Werbung bzw. Newslettern darf gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nur dann erfolgen, wenn hierzu eine **Einwilligung** erteilt wurde. Diese muss bei Abschluss des Tauschgeschäfts (Freebie gegen Daten/E-Mail-Adresse) und im Wege des **Double-Opt-In-Verfahrens** (zu Beweis Zwecken) abgegeben werden.

Wurde eine Einwilligung nicht erteilt, sieht § 7 Abs. 3 UWG eine zwar Ausnahme vor, wann die Zusendung von Werbung dennoch zulässig ist.

Dies ist dann der Fall, wenn

- der Unternehmer die E-Mail-Adresse durch den Verkauf einer Ware oder Dienstleistung erhalten hat,
- der Unternehmer sie zur Werbung eigener ähnlicher Waren oder Dienstleistungen verwendet,
- der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und
- der Kunde bei Datenerhebung und jeder Verwendung der Daten auf die Möglichkeit des Widerspruchs der Datenverwendung hingewiesen wird.

"Verkauf" meint dabei nicht nur den klassischen Fall eines Kaufvertrags, bei dem mit einem Entgelt bezahlt wird, sondern jeden Austauschvertrag. Wie der neue § 327 Abs. 3 BGB bestätigt, kann eine Bezahlung auch mit personenbezogenen Daten erfolgen, sodass auch der Austausch "Freebie gegen Daten" zu einer Zusendung von Werbung berechtigen kann.

Aber Achtung: Zu beachten ist dann allerdings, dass die Werbung nur für **eigene ähnliche Produkte** erfolgen darf.

Der Begriff ist eng zu verstehen, sodass beispielsweise dann, wenn ein digitales Kochbuch verkauft wurde,

sich die Werbung auch nur auf andere Kochbücher beziehen darf, nicht jedoch auf Kochkurse oder Lebensmittel.

Gehen Sie hier auf Nummer sicher! Das bedeutet, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein Stützen auf die Ausnahmevorschrift des § 7 Abs. 3 UWG nur in sehr seltenen Fällen erfolgreich sein wird. Folglich ist man gut beraten, wenn die Einwilligung als Grundlage für die Übersendung des Newsletters gewählt wird.

4. Was Sie bei Freebies in Bezug auf die gesetzlichen Neuerungen bei Verbraucherverträgen über digitale Produkte beachten müssen

Die neuesten gesetzlichen Änderungen stellen die Regelungen zu Verträgen über digitale Produkte dar, welche zum 01.01.2022 in Kraft traten.

Im Zusammenhang mit Freebies bestehen seither Unsicherheiten, ob diese weiterhin angeboten werden dürfen oder nicht.

a) Was hat sich geändert?

Für sog. Verträge über die Bereitstellung von digitalen Inhalten und digitalen Dienstleistungen (= digitale Produkte), die ab 1. Januar 2022 abgeschlossen bzw. erfüllt werden, gelten in Deutschland besondere Regelungen in den §§ 327 ff. BGB.

Mit den Änderungen im BGB verfolgt der Gesetzgeber vor allem das Ziel, das Verbraucherschutzrecht der §§ 312 ff. BGB möglichst weitgehend auch auf solche Verbraucherverträge anzuwenden, bei denen der Verbraucher die Leistung des Unternehmers "mit seinen Daten" bezahlt.

Statt wie bislang nach § 312 Abs. 1 BGB eher pauschal auf Verbraucherverträge, "die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand [haben]", sollen die verbraucherschützenden Vorschriften gemäß § 312 Abs. 1 BGB künftig zunächst auf solche Verbraucherverträge anwendbar sein, "bei denen sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet".

Ergänzend gilt nach § 312 Abs. 1a S. 1 BGB auch die Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf solche Verbraucherverträge, "bei denen der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder sich hierzu verpflichtet."

Denn auch in solchen Fällen erbringt der Verbraucher eine bedeutsame Gegenleistung und soll daher

nach Ansicht des Gesetzgebers vom Verbraucherschutz profitieren. Dabei kommt es laut Gesetzesbegründung nicht darauf an, ob der Verbraucher dem Unternehmer die Daten aktiv überlässt oder der Unternehmer die ihm aus sonstigen Gründen bereits zur Verfügung stehenden Daten nutzt oder anderweitig verarbeitet.

Auch spielt keine Rolle, ob die Datenverarbeitung rechtmäßig oder rechtswidrig erfolgt - der Verbraucher soll nachvollziehbarerweise in beiden Fällen geschützt sein.

b) Auswirkungen auf Freebies

Die Problematik der Zulässigkeit von Freebies besteht nun darin, dass Freebies, was auch schon mit dem Wort "Free"bie angedeutet wird, grundsätzlich **als kostenlos beworben** werden.

Unternehmer fordern jedoch im Gegenzug für den Erhalt der Freebies personenbezogene Daten wie die E-Mail-Adressen, um sie zukünftig weiterverwenden zu können.

Nach der neuen Änderung der gesetzlichen Lage stellt die **Preisgabe von Daten eine offizielle Bezahlungsmethode** dar, sodass tatsächlich für die Freebies als digitales Produkt bezahlt wird.

Das Wort "kostenlos" könnte nur dann benutzt werden, wenn tatsächlich gar keine Kosten entstehen, auch nicht solche in Form von personenbezogenen Daten.

Die Bewerbung der Freebies als kostenlos, obwohl im Austausch Daten preisgegeben werden müssen, könnte deshalb als unlautere geschäftliche Handlung gem. § 3 Abs. 3 UWG oder Irreführung über Preisgestaltungen gem. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG gesehen werden.

Dies bedeutet jedoch **nicht gerade nicht**, dass Freebies nun **illegal** sind. Freebies sind auch nach der neuen gesetzlichen Regelung als zulässig anzusehen*. Wer Freebies anbieten will, muss lediglich aufpassen, wie das Angebot gestaltet wird und wie die Daten tatsächlich weiterverwendet werden.

Wer Freebies anbietet und die erlangten Daten lediglich dazu verwendet, das Freebie zu versenden, kann sie weiterhin als "kostenlos" bewerben.

Sollen die Daten jedoch später für andere Zwecke wie z.B. die Versendung von Newslettern weiterbenutzt werden, dürfen die "Freebies" nicht mehr als "kostenlos" angeboten werden, da für sie tatsächlich mit den Daten bezahlt wird.

Entscheidend ist somit die Wortwahl!

Zusätze wie **"kostenlos"**, **"gratis"** oder **"kostet Sie nichts"** können **nicht** mehr verwendet werden. Es muss deutlich werden, dass im Gegenzug für das Freebie die Bezahlung in Form der Preisgabe der

E-Mail-Adresse zur Versendung des Newsletters etc. erfolgt.

d) Umsetzung der Änderung

Wie genau die Umsetzung der Anforderungen zu erfolgen hat bzw. welche Anforderungen eingehalten werden müssen ist momentan im Detail noch schwer zu beantworten. Aufgrund der Aktualität der neuen Regelungen gibt es bis dato noch keinerlei Rechtsprechungen zu der Thematik.

Auch die Gesetzesbegründung gibt keine Handlungsempfehlungen, sodass für eine abschließende Klärung abgewartet werden muss, wie die Gerichte sich der Thematik annehmen werden.

Wichtig ist, dass es für einen objektiven Betrachter verständlich wird, dass die Daten wie beispielsweise die E-Mail-Adresse im Gegenzug für das Freebie abgegeben werden und wofür genau die Daten dann weiterverwendet werden.

Dies könne beispielsweise in einem Pop-Up oder einer Check-Box erfolgen, durch welche der Nutzer erklärt, die Informationen zur Kenntnis genommen zu haben und sich mit ihnen einverstanden erklärt.

d) Aktualisierungspflicht

Ein weiterer Gesichtspunkt, der im Rahmen von der Bereitstellung von Freebies nun beachtet werden muss, ist die Aktualisierungspflicht. Unternehmer, die digitale Produkte verkaufen, sind seit dem 01.01.2022 verpflichtet, während des maßgeblichen Zeitraums Aktualisierungen bereitzustellen und über diese zu informieren.

Bei der Bereitstellung von Freebies muss deshalb bei Bedarf durch Aktualisierungen sichergestellt werden, dass der Zugriff auf das Produkt gesichert bleibt und es funktioniert. Ob sich die Pflicht auch auf die Aktualität des Inhalts bezieht, ist bis jetzt noch nicht sicher zu beantworten und bleibt abzuwarten.

Lesetipp: Wenn Sie sich für weitergehende Informationen zum Thema Aktualisierungspflicht interessieren, dürfen wir Ihnen den Beitrag **Neues Kaufrecht 2022: Das Recht auf Updates - was Online-Händler bei der sog. Aktualisierungspflicht beachten müssen + Muster zur Informationspflicht** als Lektüre empfehlen!

4. Fazit

Nach den Gesetzesänderungen im BGB besteht auch nach dem 01.01.2022 in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung von Freebies als Marketinginstrument einige Unsicherheiten, welche zukünftig noch durch die Gerichte zu klären sein werden.

Bei den Angeboten von Freebies sollte auf jeden Fall darauf geachtet werden, eine die Kostenlosigkeit suggerierende Wörter wie "kostenlos", "gratis" etc. zu vermeiden und transparent zu informieren, dass persönliche Daten wie z.B. die E-Mail-Adresse im Gegenzug für das Freebie abgegeben werden.

Ob auch das Wort "Freebie" selbst problematisch (weil auf die Kostenlosigkeit anspielend) und damit vermieden werden sollte, wird nur die Rechtsprechung verbindlich entscheiden können.

5. Ihre Freebies auf Social-Medial-Kanälen anbieten? Unsere professionellen Rechtstexte helfen Ihnen hierbei!

Sie möchten Ihre Freebies über Social-Media-Auftritte anbieten? Wir bieten Ihnen das hierfür notwendige Impressum und die Datenschutzerklärung für Ihre sozialen Medien im Rahmen unseres **Datenschutz-Pakets** als passende Lösung an.

- Impressum und Datenschutzerklärung für **Facebook**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **Instagram**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **Pinterest**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **TikTok**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **Twitch**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **Twitter**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **YouTube**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **LinkedIn**
- Impressum und Datenschutzerklärung für **Xing**

Hinweis: Möchten Sie mehrere soziale Medien oder eine Kombination aus Verkaufskanälen und sozialen Medien (z.B. eigener Shop, Amazon.de, eBay.de, Facebook und Instagram) rechtlich absichern, wäre unser **Premium-Paket** passend für Sie.

Autor:

RA Jan Lennart Müller

Rechtsanwalt