

RECHTSGUTACHTEN

ÜBER DIE

„RECHTLICHEN RAHMENBEDINGUNGEN SOGENANNTER

„DARK PATTERNS“

ERSTELLT VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. JÜRGEN KÜHLING, LL.M.
REGENSBURG

MIT UNTERSTÜTZUNG VON

RA CORNELIUS SAUERBORN
REGENSBURG/MÜNCHEN

IM AUFTRAG DES

BUNDESVERBANDS E-COMMERCE
UND VERSANDHANDEL DEUTSCHLAND E.V. (BEVH)

REGENSBURG, DEN 14. FEBRUAR 2022

Gliederung

A.	Sachverhalt.....	4
I.	Ausgangssituation.....	4
II.	Beispiele für beeinflussende Gestaltung der Interaktion	5
1.	Cookie-Banner.....	5
2.	Irreführende Interaktion	6
3.	„Einschleichen“ unbeabsichtigter Waren oder Dienste	7
4.	Erschweren der Kündigung von Diensten.....	8
5.	Formulierungen, die beim Nutzer für ein schlechtes Gefühl oder Gewissen sorgen sollen.....	8
6.	Countdowns und knappe Angebotsverfügbarkeit.....	9
7.	Versteckte Hinweise auf Verbraucherrechte und Erschwerung der Ausübung	9
8.	Preisgabe nicht erforderlicher Daten	10
9.	Gestaltungspraxis in der Offline-Welt	10
B.	Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen	13
C.	Rechtsgutachterliche Bewertung.....	14
I.	Definition und Klassifikation von „dark patterns“	14
1.	Definition von „dark patterns“	14
a)	Adressat von „dark patterns“	15
b)	Beeinflussende Wirkungsweise.....	15
c)	Berücksichtigung von Nutzerinteressen	16
d)	Abgrenzung zum Nudging	16
e)	Einschränkung auf die Online-Welt?.....	17
f)	Zwischenergebnisse	18
2.	Kategorisierung	18
II.	Grundrechtliche Rahmenbedingungen und Verbraucherleitbild	20
1.	Vertragsfreiheit.....	20
2.	Unternehmerische Freiheit	22
3.	Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Datenschutzgrundrecht	24
4.	Verbraucherleitbild	26
III.	Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen	28
1.	Verbraucherverträge	29
a)	Entwicklung der Bestimmungen	29
b)	Umfassende Informationspflichten im Verbrauchervertragsrecht	30
c)	Verbot der Voreinstellung (§ 312a Abs. 3 S. 2 BGB).....	31
d)	Besondere Transparenzvorschriften und Button-Lösung im E-Commerce Bereich (§ 312j BGB).....	31
e)	Widerrufsrechte	32
f)	Weitergehende Entwicklungen durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie und die Warenkaufrichtlinie	33
2.	Allgemeines Vertragsrecht	35
a)	Anfechtung wegen Täuschung	35

b)	Sonstige Möglichkeiten der Loslösung vom Vertrag	36
3.	Zwischenergebnisse	37
IV.	Lauterkeitsrechtliche Vorgaben	38
1.	Stets unzulässige Handlungen nach § 3 Abs. 3 UWG	39
2.	Aggressive geschäftliche Handlungen, § 4a UWG	41
a)	Adressierung von „dark patterns“	42
b)	Erheblichkeit der Beeinflussung	42
c)	Vorliegen einer Handlungsalternative aus § 4a Abs. 1 S. 2 UWG	43
d)	Zwischenergebnisse	44
3.	Irreführende geschäftliche Handlungen, §§ 5, 5a UWG	44
4.	Verpflichtende Preisangaben	45
5.	Werbung, insbesondere Inbox-Advertising	46
6.	Lauterkeitsrechtliche Verbrauchergeneralklausel, § 3 Abs. 2 UWG	47
7.	Zwischenergebnisse	48
V.	Datenschutzrechtliche Vorgaben	48
1.	Freiwillige Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; Art. 7 Abs. 4 DS-GVO)	49
a)	Ungleichgewicht zwischen den Akteuren	50
b)	Koppelungsverbot	50
c)	Vergleich zu AGB	51
2.	Informierte Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO)	52
3.	Bestimmte Einwilligung (Art. 5 Abs. 1 lit. b, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)	53
4.	Transparenzgebot (Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO)	54
5.	Einwilligung durch Erklärung oder eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)	54
6.	Widerruf (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)	55
7.	Vermeidung einer unzulässigen Beeinflussung durch Datenschutz by Design und by Default (Art. 25 DS-GVO)	55
8.	Zwischenergebnisse	56
VI.	Sonstige Transparenzvorgaben	57
VII.	Unionsrechtliche Regulierungstendenzen durch den Digital Services Act (DSA)	58
1.	„Dark patterns“ in der DSA-Ratsposition	58
2.	„Dark patterns“ im DSA-EP	58
3.	Ausblick und Bewertung	60
D.	Ergebnisse	62

A. Sachverhalt

Auf der Basis der uns vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Informationen ergibt sich folgender Sachverhalt:

I. Ausgangssituation

Bei der Interaktion zwischen Händlern und Verbrauchern werden bereits seit geraumer Zeit Techniken angewandt, um den Absatz zu fördern. Dabei ging und geht es aus Sicht des Kunden nicht immer „fair“ zu. So wurden hinterlistige Verkaufstechniken, wie etwa Lockvogelangebote, bereits Anfang des 17. Jahrhunderts in China dokumentiert.¹ Die tatsächliche Praxis dürfte aber noch viel älter sein. Man denke nur an Marktschreier, die Eigenschaften ihrer Ware anpriesen, über die diese teils gar nicht verfügten.

Auch in der modernen Welt soll durch die Gestaltung von Websites der Absatz gefördert werden. Gerade das Internet bietet dabei mannigfaltige Möglichkeiten, Einfluss auf Kunden zu nehmen und diese zum Erwerb weiterer Waren oder Dienstleistungen zu animieren. Durch die modernen Mittel der Datenverarbeitung können Angebote auf den einzelnen Nutzer personalisierter denn je zugeschnitten werden – und so steigt auch das Risiko unterschwelliger Beeinflussung von Verbrauchern. In jüngerer Zeit wird insofern von „dark patterns“ gesprochen. Der Begriff wurde im Jahr 2010 vom US-Amerikaner *Harry Brignull* geprägt.² Es handelt sich dabei allerdings um einen Sammelbegriff ohne feste Konturen. Im Übrigen ist auch in der „analogen“ Welt eine Beeinflussung von Verbrauchern gang und gäbe. So ist bei der Präsentation von Waren in Supermärkten nichts dem Zufall überlassen. In der Obst- und Gemüseabteilung finden sich beispielsweise wärmere Farben und eine durch Diffusoren erhöhte Luftfeuchtigkeit soll die Waren frischer wirken lassen. Höherpreisige Artikel finden sich häufig auf Augenhöhe, während preisgünstigere Alternativen weiter unten platziert werden.

All diesen Sachverhalten ist gemein, dass sie den Käufer unbewusst beeinflussen sollen. Dies wirft auch rechtliche Fragen auf. Wann handelt es sich um eine (noch erlaubte) werbliche Beeinflussung,

¹ Beispiele in *Zhang Yingyu*, *The Book of Swindles*, 2017 übersetzt von Christopher Rea und Bruce Rusk.

² *Brignull*, *Dark Patterns: dirty tricks designers use to make people do stuff*, 8.7.2010, abrufbar im Internet: <https://www.90percentofeverything.com/2010/07/08/dark-patterns-dirty-tricks-designers-use-to-make-people-do-stuff/> (letzter Abruf: 01.02.2022).

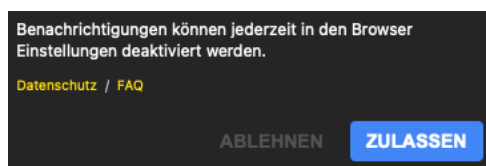
und wann wird der Verbraucher zu einem Verhalten gedrängt, das derart seinen Interessen widerspricht, dass das Recht dem einen Riegel vorschieben muss?

II. Beispiele für beeinflussende Gestaltung der Interaktion

Im Internet findet sich eine Vielzahl von Beispielen für eine beeinflussende Gestaltung. Die im Folgenden exemplarisch angeführten Beispiele sind zufällig ausgewählt und teilweise älteren Datums. Sie stammen von Unternehmen, die den deutschen oder europäischen Markt adressieren, wenngleich das Unternehmen einen außereuropäischen Sitz haben kann. Ziel ist es, so einen plastischen Eindruck von der Vielfalt der Vorgehensweisen zu vermitteln.

1. Cookie-Banner

Gerade im Zuge der gesteigerten Anforderungen an die Einwilligung in Cookies³ werden vermehrt Bemühungen sichtbar, den Nutzer mittels Interfacegestaltung zu einer Einwilligung zu bewegen. So finden sich vereinzelt Hinweise auf eine angeblich eingeschränkte Funktionalität einer Website, sollte der Nutzer die Einwilligung in die Speicherung und das Auslesen von Cookies nicht akzeptieren. Ein typisches weiteres Beispiel ist die farbliche Gestaltung der Buttons der Consent Management Platform oder von Browser-Benachrichtigungen, die dazu führen soll, den Nutzer aufgrund einer Hervorhebung des „Einwilligen“-Buttons zu einer Einwilligung zu animieren, während die „Ablehnen“-Option ausgegraut und schlecht lesbar ist:



Ein weiteres, häufig anzutreffendes Beispiel ist die Gestaltung einer Einwilligungsabfrage dergestalt, dass die Einwilligung einfacher erteilt werden kann als die Ablehnung. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Erteilung der Einwilligung auf der ersten Ebene einer Consent Management Platform stattfinden kann, die Ablehnung aber einen zweiten oder weiteren Mausklicks erfordert:

³ § 25 TTDSG.

Auch wir benutzen Cookies auf unserer Webseite. Damit verbessern wir Dein Einkaufserlebnis und können Dich individuell informieren. Deine Einwilligung kannst Du jederzeit mit zukünftiger Wirkung widerrufen.

Ich akzeptiere

[Individuelle Datenschutzeinstellungen](#)

Ein ebenfalls weit verbreitetes Modell ist die Aufmachung einer Consent Management Platform dergestalt, dass eine Auswahl der verschiedenen Verarbeitungszwecke mit Schiebereglern abgebildet ist, von denen nur essenzielle Cookies vorausgewählt sind. Ein farblich hervorgehobener Button führt dann aber zur Erteilung der Einwilligung in alle Zwecke, nicht nur in die vorausgewählten, während die Bestätigung der Auswahl deutlich weniger prominent platziert ist:

Cookie Hinweis und Einstellungen

Wir verwenden Cookies, um Ihnen einen optimalen Service zu bieten und auf Basis von Analysen unsere Webseiten weiter zu verbessern. Sie können selbst entscheiden, welche Cookies wir verwenden dürfen. Natürlich haben Sie jederzeit die Möglichkeit, die bereits erteilte Einwilligung zu widerrufen.

Bitte beachten Sie, dass technisch notwendige Cookies gesetzt werden müssen, um den Betrieb der Webseiten sicherstellen zu können.

[Datenschutz](#) [Impressum](#)

☒	Notwendige Cookies	+
☐	Leistungs-Cookies	+
☐	Analyse-Cookies	+

Alle akzeptieren**Nur Auswahl bestätigen**

2. Irreführende Interaktion

Es zeigt sich ferner die Praxis, durch negative Formulierungen oder eine anderweitig missverständliche Gestaltung von Schaltflächen den Nutzer zu einer bestimmten Erklärung drängen zu wollen. So kann eine unerwartete Verneinung dazu führen, dass der Nutzer nicht die Erklärung abgeben wird, die er abgeben möchte:

☐ Diese Seite darf Sie über Dienste, die Ihnen gefallen könnten, informieren, wenn sie nicht hier klicken, um abzulehnen.

Nachbildung eines nicht mehr abrufbaren Interfaces

Darüber hinaus wird Werbung mitunter dort versteckt, wo man keine Werbung erwartet. So setzen kostenlose Webmail-Anbieter beispielsweise auf Werbeflächen im Posteingang des Nutzers:

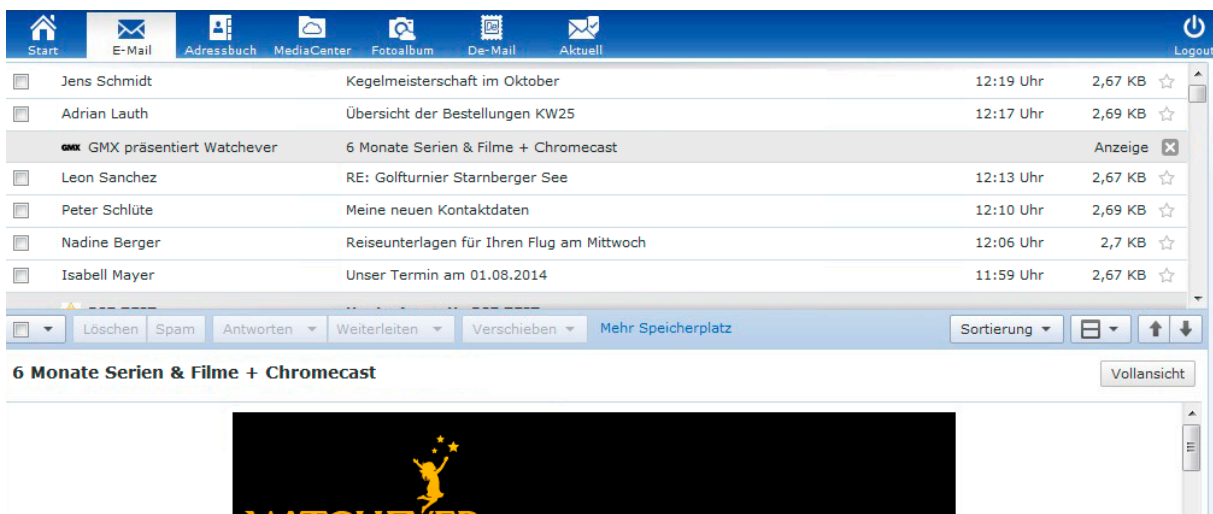


Bild von email-lounge.de

Vereinzelnd finden sich auch Interfacegestaltungen, bei denen die Schaltflächen eine andere Interaktion auslösen, als erwartet. Ein bekanntes Beispiel dafür ist das Update von Windows 10 auf älteren Systemen, bei dem ein Pop-Up den Nutzer um eine Installation bat. Wurde bei dem Pop-Up die „X“-Schaltfläche aktiviert, wurde das Pop-Up nicht wie zu erwarten geschlossen, sondern das Update durchgeführt.

3. „Einschleichen“ unbeabsichtigter Waren oder Dienste

Ein in der Vergangenheit häufig aufgetretenes Phänomen ist das „Einschleichen“ zusätzlicher Artikel in den Warenkorb bei einem Bestellvorgang, die vor Bestellung wieder aus dem Warenkorb herausgenommen werden mussten. Diese Vorgehensweise entspricht auch der früher geläufigen

Installation von sogenannten „Tool-Bars“, die bei der Installation einer (gratis bereit gestellten) Software während des Installationsprozesses aufgedrängt wurden.



4. Erschweren der Kündigung von Diensten

Geläufig ist ferner eine besonders aufwendige Gestaltung eines Kündigungsprozesses, während die Registrierung keine derart hohen Hürden erforderte. In dieser Hinsicht fiel das Social-Network „Xing“ auf, bei dem auf der vermeintlichen Kündigungsseite der Premium-Option mehrere Schritte durchlaufen werden mussten, die zunächst zum Versand einer Bestätigungsemail führten. Erst in dieser E-Mail war dann ein Link enthalten, der zum eigentlichen Kündigungsprozess führte.

5. Formulierungen, die beim Nutzer für ein schlechtes Gefühl oder Gewissen sorgen sollen

Es finden sich auch Formulierungen, die dem Nutzer das Gefühl geben sollen, seine beabsichtigte Handlung sei ein Fehler. So wird teilweise auf die Nachteile, die der Anbieter durch die Ablehnung von Werbettracking erleiden würde, hingewiesen. Teilweise wird aber auch ein vermeintlicher Nachteil unmittelbar aus Nutzersicht vor Augen geführt:

IHRE GESAMTE BESTELLUNG ERHALTEN

MIT 10% EXTRA RABATT

Geben Sie Ihre E-mail Adresse ein

E-Mail Adresse

ICH LIEBE ES, GELD ZU SPAREN!

Nein, danke. Ich zahle lieber den vollen Preis.

6. Countdowns und knappe Angebotsverfügbarkeit

Vereinzelt finden sich bei Online-Shops auch Formulierungen wie „Nur noch zwei verfügbar“, „es sehen sich gerade 10 weitere Nutzer dieses Angebot an“ bzw. „Mehr als 20 Personen haben diesen Artikel in ihrem Warenkorb“ oder „Ein iPhone X wurde gerade gekauft aus [...]“. Auch wird häufig mit Rabatten geworben, wenn man innerhalb eines kurzen Zeitfensters eine Bestellung durchführt.

15-Minuten Angebot: E-Book + Hörbuch
„In 30 Tagen ins Online Business“

00:00:14:47
TAGE STD MIN SEK



Sonst 29,80 € heute 19,90€

Hol dir das E-Book plus das
Hörbuch als **GESCHENK**.

Nur JETZT zusammen für: 19,90 €

Jetzt bestellen

7. Versteckte Hinweise auf Verbraucherrechte und Erschwerung der Ausübung

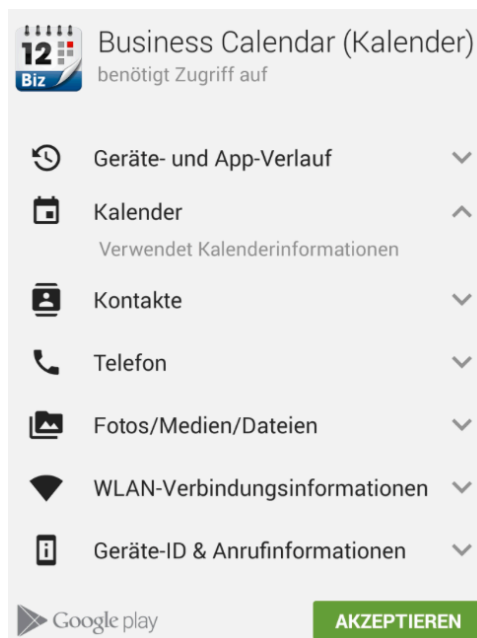
Ferner finden sich auch Gestaltungen, die eine Geltendmachung von Verbraucherrechten erschweren, indem auf diese nur versteckt hingewiesen wird. Entsprechend versteckte Hinweise finden sich häufig in Bezug auf die verpflichtende Altgerätemitnahme nach dem Elektroggesetz. Teilweise wird aber auch statt eines Widerrufsformulars, das der Verbraucher ausfüllen kann, dieser lediglich an

eine E-Mail-Adresse oder Telefonnummer verwiesen, an die er sich für eine Rücksendung wenden soll, was ein größeres Hemmnis darstellen könnte.

To initiate a return, you can contact us at [info@f\[REDACTED\].com](mailto:info@f[REDACTED].com). If your return is accepted, we will send you the correct shipping address and instructions on how and where to send your package. Items returned to us without first requesting a return will not be accepted.

8. Preisgabe nicht erforderlicher Daten

Insbesondere bei Smartphone-Apps lässt sich eine geläufige Praxis feststellen, eine Vielzahl von Berechtigungen für den Zugriff auf Daten anzufordern, die – anders als von der Anwendung suggeriert – für die Funktion der App nicht erforderlich sind. Beispielsweise benötigt ein Kalender keinen Zugriff auf Bilder, die auf dem Smartphone gespeichert sind.



9. Gestaltungspraxis in der Offline-Welt

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass sich selbstverständlich auch in der Offline-Welt ebenso zahlreiche Beispiele für eine beeinflussende Gestaltung der Interaktion mit Verbrauchern finden. So locken viele Möbelhäuser oder Elektrohändler mit scheinbaren „Dauerrabatten“ als besonders

auffällig gestalteten Preisreduzierungen. Häufig ist dabei unklar, ob der darauf angegebene „Originalpreis“ tatsächlich jemals verlangt wurde.



Aber auch in den Märkten selbst findet sich eine beeinflussende Gestaltung. Neben der bereits erwähnten Praxis der Beleuchtung von Frischebereichen und der Anordnung von höherpreisigen Waren auf Augenhöhe ist auch sogenannte „Impulsware“ ein bekanntes Beispiel. Dabei handelt es sich um Waren in kleinen Verpackungsgrößen, die im Wartebereich im Supermarkt angeboten werden und den Käufer zu einem bislang ungeplanten Kauf anregen sollen.

Daneben werden beispielsweise zum Teil gezielt falsche und überzogene Verbrauchererwartungen geweckt, indem den Kunden besonders hochwertige Muster und Proben zur Veranschaulichung der Ware vorgestellt werden, das tatsächliche Produkt davon aber abweichen kann. Besonders häufig tritt dieser Fall im Bereich des Autokaufs auf, wenn das Vorführfahrzeug eine Vollausstattung aufweist, das dem Verbraucher angebotene, günstigere Fahrzeug aber nicht.

Ferner werden Verträge auch durch sogenannte „Haustürgeschäfte“ unter Ausnutzung der Überumpelungssituation abgeschlossen, die eine Regulierung in diesem Bereich bereits früh erforderten.⁴ Während die besonders bekannte Praktik von „Staubsaugervertretern“, die den Verbraucher in der eigenen Wohnung ansprachen, mittlerweile abzuebben scheint,⁵ ist der Aufruf zu Vertragsabschlüssen, etwa zu Spenden oder zu vermeintlich günstigen Kreditkartenverträgen in den Innenstädten noch häufig anzutreffen. Dabei machen sich die Verkäufer auch hier zunutze, dass der

⁴ Siehe dazu auch C. III. 1. a) unten.

⁵ Siehe dazu <https://www.sueddeutsche.de/muenchen/handel-warum-vorwerk-vertreter-nicht-mehr-an-der-tuer-klingeln-1.3137470> (letzter Abruf: 01.02.2022).

Verbraucher regelmäßig nicht auf den Abschluss des Vertrages vorbereitet und ausreichend informiert ist.

Insgesamt lässt sich – grob vereinfachend – festhalten, dass „dark patterns“ in der Online-Welt aufgrund der Digitalisierung, die eine Verbraucherbeobachtung erleichtert, einfacher einsetzbar sind als in der Offline-Welt. Andererseits sind sie aufgrund der weitgehenden Online-Transparenz entsprechender Angebote auch besonders leicht erkennbar und dokumentierbar – anders als oftmals in der Offline-Welt.

B. Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen

Vor dem Hintergrund dieses Sachverhalts ergeben sich folgende Fragen, die gutachterlich zu prüfen sind:

1. Wie sind „dark patterns“ mit Blick auf eine rechtliche Bewertung der für sie geltenden Rahmenbedingungen näher zu definieren, klassifizieren und kategorisieren? Sind Instrumente des positiven Nudgings zu z.B. ethisch gewünschtem Verbraucherverhalten, der Umsetzung staatlicher Regulierung, etc. auch „dark patterns“?
2. Welche verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und welches Verbraucherleitbild sind für die Bewertung im Ausgangspunkt relevant? Wie ist dabei die Balance zwischen „Convenience“ und Komplexität insbesondere im Hinblick auf der Vertragsfreiheit zu betrachten?
3. Welche Vorgaben greifen im Einzelfall und bestehen Lücken in der Durchsetzung? Wie wären solche Lücken unter Betrachtung der in Frage 2 aufgeworfenen Problematik der Balance zwischen „Convenience“ und Komplexität zu schließen?
 - a. Welche vertragsrechtlichen Vorgaben greifen?
 - b. Welche lauterkeitsrechtlichen Vorgaben greifen?
 - c. Welche datenschutzrechtlichen Vorgaben greifen?
 - d. Greifen sonstige Vorgaben?

C. Rechtsgutachterliche Bewertung

Die aufgeworfenen drei Fragenkomplexe sind in drei Schritten gleichsam ausgehend vom Allgemeinen zum Besonderen zu beantworten: Zunächst sollen „dark patterns“ definiert, klassifiziert und kategorisiert sowie von positivem Nudging abgegrenzt werden (dazu I.). Sodann werden die grundrechtlichen Rahmenbedingungen und das Verbraucherleitbild geklärt, was zugleich das Spannungsverhältnis zwischen unternehmerischen Gestaltungsinteressen und Verbraucherinteressen deutlich macht (dazu II.). Schließlich soll im Kern festgestellt werden, welche Vorgaben im Einzelfall bestehen und ob Vollzugslücken zu schließen sind. Diese den Schwerpunkt bildende Untersuchung ist im Vertragsrecht (dazu III.), im Lauterkeitsrecht (dazu IV.) und im Datenschutzrecht (dazu V.) durchzuführen. Schließlich werden die sonstigen Vorgaben aufgezeigt (dazu VI.) und ein Ausblick auf weitere künftige Entwicklungen im Unionsrecht gegeben (dazu VII.).

I. Definition und Klassifikation von „dark patterns“

Bevor darauf eingegangen wird, wie das Recht „dark patterns“ begegnet, sind „dark patterns“ zunächst zu definieren und zu kategorisieren.

1. Definition von „dark patterns“

Eine präzise Definition dessen, was unter dem Begriff „dark patterns“ zu verstehen ist, ist der Wissenschaft bislang nicht gelungen. Dies liegt darin begründet, dass es sich bei der manipulativen Gestaltung der Interaktion mit Personen um eine sich stetig wandelnde Praxis handelt, die je nach Umfeld völlig unterschiedlich ausfallen kann und gerade im digitalen Raum permanent angepasst wird. Einigkeit besteht im Grundsatz dahingehend, dass es sich bei „dark patterns“ um Interaktionen mit Personen handelt, die die Person zu einer ungewünschten Entscheidung mit negativen Konsequenzen drängen oder verleiten sollen.⁶ Damit sind „dark patterns“ durch drei Kernelemente gekennzeichnet. Das „dark pattern“ muss mit einer Person interagieren, diese Person muss in irgendeiner Form zu einer Handlung verleitet werden, und diese Handlung muss den (vermeintlichen) Interessen der Person zuwiderlaufen. Im Folgenden sind diese Anforderungen zu präzisieren, um eine taugliche Definition von „dark patterns“ zu entwickeln.

⁶ Siehe etwa Erwägungsgrund 50a der DSA-Ratsposition; siehe auch *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 49, Fn. 10 m.w.N.

a) Adressat von „dark patterns“

Typischerweise wird davon ausgegangen, dass es sich bei der durch „dark patterns“ angesprochenen Person um einen Verbraucher handelt. Zwingend ist dieses Verständnis auf den ersten Blick nicht. Jedoch folgen „dark patterns“ der Idee einer Beeinflussung des Adressaten, was sich bei Verbrauchern besonders bemerkbar machen dürfte. Geschäftlich Handelnde haben nach der Rechtsprechung ein erhöhtes Maß an Aufmerksamkeit im wirtschaftlichen Verkehr anzuwenden, weshalb von ihnen erwartet wird, dass sie sich nicht zu irrationalen Handlungen verleiten lassen.⁷ Daher dürfen sie für „dark patterns“ aus normativer Sicht schon kategorisch nicht empfänglich sein. Daneben sprechen auch die oben genannten Beispiele, die allesamt auf Verbraucher zugeschnitten sind, dafür, dass es sich bei „dark patterns“ um ein verbraucherspezifisches Phänomen handelt. Es ist daher davon auszugehen, dass Adressaten von „dark patterns“ Verbraucher sind.

b) Beeinflussende Wirkungsweise

Daneben wirken „dark patterns“ beeinflussend. Dabei handelt es sich um einen sehr weitgehenden Begriff, denn nahezu jegliche Interaktion mit einem anderen wird dessen Handlungen potenziell beeinflussen. Gerade die Bewerbung von Waren und Dienstleistungen beruht ganz wesentlich auf dem Gedanken der Beeinflussung der Adressaten. Eine einfache Beeinflussung, wie sie allgegenwärtig ist, kann daher zur Definition von „dark patterns“ nicht ausreichen.

Daher finden sich Versuche, die Beeinflussung, die für „dark patterns“ kennzeichnend ist, zu spezifizieren. *Harry Brignull*,⁸ der den Begriff „dark patterns“ wesentlich prägte, sieht als Voraussetzung, dass die Beeinflussung durch die Ausnutzung spezifischer Erkenntnisse über das menschliche Entscheiden geschieht. *Arunesh Mathur*⁹ ist der Ansicht, „dark patterns“ seien dadurch gekennzeichnet, dass sie die Entscheidungsarchitektur des Adressaten verändern, entweder, indem sie den Informationsfluss (wie durch das Weglassen erwartbarer Informationen) manipulieren oder den Entscheidungsraum (wie etwa bei unterschiedlich gestalteten Schaltflächen) beeinflussen.¹⁰ Im Kern ist daher anzunehmen, dass die Beeinflussung bei „dark patterns“ durch das Ausnutzen

⁷ Siehe nur BGH, Urt. v. 19.4.2018 – I ZR 154/16, Rn. 71 – *Werbeblocker II*.

⁸ *Harry Brignull* untersucht das Design von Benutzerschnittstellen und verwaltet die Website „darkpatterns.org“.

⁹ *Arunesh Mathur* ist am Center for Information Technology Policy der Princeton University als Postdoctoral Research Fellow tätig.

¹⁰ Siehe dazu *Weinzierl*, MMR-Aktuell 2021, 440222, der über den FTC-Workshop zu „dark patterns“ berichtet, auf dem *Harry Brignull* und *Arunesh Mathur* als Redner auftraten.

menschlicher Verhaltensweisen, wie etwa der Unaufmerksamkeit, Bequemlichkeit oder das Vorhandensein von Vorerwartungen erfolgt.

c) Berücksichtigung von Nutzerinteressen

Das dritte Kernelement ist, dass die Handlung für den Adressaten nachteilhaft ist. Dieses Element, das „dark patterns“ kennzeichnet, erfordert eine weitergehende Präzisierung, da es streng subjektiv gekennzeichnet ist und sich daher als verallgemeinerungsfähiges, objektives Bestimmungskriterium kaum eignet. Was für den einen unerwünscht ist, kann für den anderen sehr wohl gewollt sein. Doch auch die Präferenzen von ein und derselben Person können sich wandeln.¹¹ Auch ein Abstellen auf die Sinnhaftigkeit einer Handlung in dem Sinne, dass die Vorteile für den Nutzer zu ermitteln sind, ist nicht zielführend, denn auch irrationale Entscheidungen können für den Einzelnen durchaus erwünscht sein.¹² Eine Lösung bietet sich an, wenn man dagegen primär den Fokus auf den Verwender von „dark patterns“ lenkt. „Dark patterns“ erhalten ihr „dunkles“ Moment nicht zwingend dadurch, dass sie den Interessen des Nutzers zuwiderlaufen, sondern vor allem dadurch, dass der Verwender sie einseitig für seine Zwecke verwendet. Richtig ist daher der Ansatz, den Verwender von „dark patterns“ bei der Beurteilung der angesteuerten Handlung in den Blick zu nehmen. „Dark patterns“ sind also dadurch gekennzeichnet, dass sie vom Verwender einseitig eingesetzt werden, ohne auf vermeintliche Nutzerinteressen Rücksicht zu nehmen, damit der Verwender aus den beeinflussten Handlungen Vorteile zieht.¹³

d) Abgrenzung zum Nudging

Dies wirft allerdings die Frage der Abgrenzung zum überwiegend positiv konnotierten „Nudging“ auf. Es handelt sich dabei ebenfalls um verhaltenslenkende Maßnahmen, die allerdings dem vermeintlichen Wunsch des Adressaten entsprechen sollen bzw. gemeinnützige Ziele verfolgen.¹⁴ Besonders das durch „Nudging“ verfolgbare Ziel gemeinnütziger Interessen wirft komplizierte Abgrenzungsfragen zu „dark patterns“ auf, da der Verwender der Steuerungsmechanismen neben

¹¹ Darauf hinweisend *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 52.

¹² Man denke hier an zahlreiche selbstschädigende Verhaltensweisen, wie Tabak- oder Alkoholkonsum, deren mögliche Folgen den Konsumenten sehr bewusst sind.

¹³ Darin ist das kennzeichnende missbräuchliche Moment von „dark patterns“ zu sehen, siehe *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 52, 53.

¹⁴ Siehe *Loy/Baumgartner*, ZD 2021, 404 m.w.N.

gemeinnützigen Zielen auch eigene Interessen verfolgen kann.¹⁵ Werden solche steuernden Maßnahmen daher von vornherein aus dem Bereich „dark patterns“ ausgeklammert, besteht das Risiko, dass Gemeinwohlinteressen vorgeschoben werden, damit dennoch einseitig für den Verwender vorteilhafte Maßnahmen erfolgen können. Daneben ist es nicht Aufgabe der Interaktion von Unternehmen mit Verbrauchern, Gemeinwohlinteressen ohne Rücksicht auf den Willen des Verbrauchers durch manipulative Gestaltung durchzusetzen. Um Designs, deren Manipulationswirkung möglicherweise zufällig oder vorgeschoben auch Gemeinwohlinteressen dient, nicht von vornherein von einer kritischen Untersuchung auszuschließen, müssen auch solche begrifflich als „dark patterns“ qualifiziert werden. Eine Untersuchung auf Belange, die nicht nur dem Verwender dienen, hat dagegen innerhalb der einzelnen Regelungstatbestände zu erfolgen. Dabei ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Entwicklung einer Taxonomie berechtigter Gemeinwohlinteressen schon auf nationaler Ebene mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert ist, was erst recht auf unionaler Ebene gilt. Letzteres hat der jüngste Streit um die Klassifikation von Atomstrom in der Europäischen Union schlaglichtartig verdeutlicht.

Das bedeutet, dass als „dark patterns“ tatbestandlich auch solche Interaktionsgestaltungen anzusehen sind, die tatsächlich oder vermeintlich gemeinnützig wirken oder Adressateninteressen befriedigen, solange sie zumindest auch benutzt werden, um einseitig Verwenderinteressen zu dienen. Ob derartige Praktiken zu untersagen sind, ist dann eine Frage der Bedrohung der Verbrauchernatonomie oder dem Vorliegen einer Rechtfertigung im Einzelfall.

e) Einschränkung auf die Online-Welt?

Viele Beispiele für „dark patterns“ finden sich bei der Interaktion mit Dienstangeboten, die auf Websites präsentiert werden. Allerdings ist eine Beschränkung der Definition von „dark patterns“ auf die Online-Welt nicht zwingend. So finden sich auch in der Offline-Welt zahlreiche Beispiele zu einseitig beeinflussenden Interaktionen, wie etwa bei der Ausgestaltung von Supermarktregalen oder künstlichen Gerüchen in Backabteilungen,¹⁶ aber auch in der bloßen Prospektwerbung. Zwar besteht in der Online-Welt eine große Bedrohung von Verbraucherinteressen durch die Möglichkeiten der modernen Datenverarbeitung. Dies kann aber wiederum im Einzelfall dadurch kompensiert werden, dass die Transparenz in der Online-Welt in der Regel höher ist als in der Offline-

¹⁵ Zu denken ist beispielsweise an eine Verhinderung einer hohen Retourenquote bei einem Versandhaus durch Erschwerung der Rücksendebedingungen, die einerseits dem Gemeinwohlinteresse des Umweltschutzes entsprechen dürfte, andererseits aber auch (erhebliche) Einsparungen für den Verwender bringt.

¹⁶ Siehe auch *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 50 m.w.N.

Welt, da auf Websites der gesamte Seiteninhalt gleichzeitig abgebildet und Erklärungen nachvollziehbar dokumentiert werden können (siehe dazu bereits oben A. II. 9.). Das Bedürfnis, die Arten des Ansprechens einer Regulierung zu unterwerfen, gilt online wie offline daher gleichermaßen. „Dark patterns“ sind daher kein reines Online-Phänomen und damit auch nicht in ihrer Definition darauf zu beschränken.

f) Zwischenergebnisse

Im Ergebnis bietet sich folgende Definition für „dark patterns“ an: Es handelt sich um alle Interaktionsgestaltungen, gleich ob online oder offline, die sich typischerweise an Verbraucher richten und sich objektiv menschliche Verhaltensweisen zunutze machen, mit dem Ziel, einseitige Interessen des Verwenders ohne Rücksicht auf Adressateninteressen durchzusetzen, unabhängig davon, ob durch sie zugleich etwaige gemeinnützige Interessen verfolgt werden.

2. Kategorisierung

„Dark patterns“ können in vielfältiger Form erscheinen, was ihre Kategorisierung erschwert. *Harry Brignulls* Ansatz einer Kategorisierung von „dark patterns“ aus dem Jahr 2010¹⁷ dürfte dabei die verwendete Terminologie wesentlich bestimmt haben. Er nennt folgende Kategorien:

- Trick questions: Manipulative Fragestellungen, die zu einer Antwort mit nicht beabsichtigtem Inhalt führt, etwa durch doppelte Verneinung.
- Sneak into basket: Während des Onlineeinkaufs „schleicht“ sich ein weiterer Gegenstand in den Warenkorb.
- Roach Motel: Der Abschluss eines Abonnements ist einfach, während die Kündigung erschwert wird.
- Privacy Zuckering: Der Adressat wird zu einer umfassenderen Preisgabe personenbezogener Daten verleitet, als er beabsichtigt hat.
- Price Comparison Prevention: Die Preisvergleichbarkeit wird unnötig erschwert.
- Misdirection: Die Gestaltung lenkt die Aufmerksamkeit von einem Gegenstand weg.

¹⁷ Abrufbar unter <https://www.darkpatterns.org/types-of-dark-pattern> (letzter Abruf: 01.02.2022)

- Hidden Costs: Erst im letzten Schritt des Bestellvorgangs werden zusätzliche Kosten und Gebühren, wie Steuern und Versandkosten, angezeigt.
- Bait and Switch: Nach einer Interaktion wird eine andere Aktion ausgeführt, als erwartet, etwa, indem eine Schaltfläche zum Schließen eines Pop-Ups ein neues Fenster öffnet.
- Confirmshaming: Der Nutzer soll durch Schuldgefühle zu einer bestimmten Handlung bewegt werden, etwa, indem die Ablehnung eines Newsletter Pop-Ups durch einen Klick auf den Text „Nein danke, ich spare nicht gerne“ erfolgt.
- Disguised Ads: Werbung tritt in anderer Gestalt (wie z.B. als Newsartikel) auf, damit der Nutzer darauf klickt.
- Forced Continuity: Nach Ablauf des Probeabonnements wird der Dienst ohne weitere Ankündigung zahlungspflichtig. Zusätzlich wird mitunter die Kündigung erschwert.

Diese Liste zeigt einige, teils sehr konkrete Beispiele dafür, wie „dark patterns“ funktionieren, ist aber keinesfalls abschließend. *Martini, Drews, Seelinger* und *Weinzierl* führen daher noch weitere Kategorien für „dark patterns“ an.¹⁸ Die wesentlichen sind:

- Nagging: Wiederholtes Auffordern zu einer Handlung.
- Countdown: Ein Angebot ist nur für (sehr) begrenzte Zeit verfügbar.
- Scarcity: Das Angebot ist mengenmäßig stark begrenzt.
- Social Proof: Darstellung von falschen Kundenbewertungen oder Handlungsweisen anderer Nutzer.
- Preselection: Bei Handlungsmöglichkeiten ist bereits eine Vorauswahl getroffen.
- Hidden Information: Wesentliche Informationen sind versteckt oder unnötig schwer zu erreichen.
- Click Fatigue: Durch eine unterschiedliche Anzahl an benötigten Klicks ist eine Handlungsmöglichkeit einfacher als eine andere.

¹⁸ Siehe *Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 52.

Die Liste ist nicht abschließend. Es sind noch weitere, manipulative Interaktionsgestaltungen denkbar, wie beispielsweise hervorgehobene Preisnachlässe, die die Rationalitätssteuerung beeinflussen können,¹⁹ und sich nicht in eine der Kategorien einordnen lassen. Dennoch handelt es sich um sinnvolle Zusammenstellungen von Phänomenen, die sich eignen, eine normative Analyse zur Adressierung von „dark patterns“ *de lege lata* durchzuführen und einen etwaigen Regelungsbedarf *de lege ferenda* zu ermitteln.

II. Grundrechtliche Rahmenbedingungen und Verbraucherleitbild

Bevor untersucht wird, welche gesetzlichen Vorgaben existieren und in welchen Bereichen möglicherweise Vollzugslücken bestehen, ist zunächst aufzuzeigen, welche Rahmenbedingungen durch grundrechtliche Vorgaben bestehen, um „dark patterns“ zu begegnen. Für die rechtliche Bewertung kommt es dabei besonders auf die Vertragsfreiheit (dazu 1.), die unternehmerische Freiheit (dazu 2.) und die informationelle Selbstbestimmung sowie das Datenschutzgrundrecht (dazu 3.) an. Anschließend ist noch das Verbraucherleitbild, das insbesondere dem Lauterkeitsrecht zugrunde liegt, zu herauszuarbeiten (dazu 4.).

1. Vertragsfreiheit

Die Verwirklichung der sozialen Marktwirtschaft setzt voraus, dass Marktakteure grundsätzlich frei sind, Bindungen einzugehen und den Inhalt dieser Bindungen festzulegen. Dieses Bedürfnis wird verfassungsrechtlich durch die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie geschützt und ist Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG,²⁰ wenn nicht speziellere Grundrechte einschlägig sind.²¹ Die Vertragsfreiheit wirkt dabei vor allem als Abwehrrecht und beugt hoheitlichen Eingriffen in die Gestaltung und den Abschluss von Verträgen vor,²² die sich an den jeweiligen grundrechtlichen Schranken messen lassen müssen.²³ Der Vertrag wird dabei als maßgebliches

¹⁹ Siehe dazu Scheier/Held, Wie Werbung wirkt, 2006, S. 54 f.

²⁰ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 95. EL Juli 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 101.

²¹ Dies kann beispielsweise die berufsbedingte Vertragsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sein, BVerfGE 242, 255, oder die Ehevertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 4 GG sein, BVerfG, Urt. v. 06.02.2001, NJW 2001, 957 ff.

²² Siehe nur BVerfGE, 103, 197; BVerfGE 8, 274, 328.

²³ Canaris, JZ 1987, 993, 995 ff.

Instrument gesehen, wie die Vertragspartner ihre Interessen zueinander in rechtlich bindender Form zu einem angemessenen Ausgleich bringen können.²⁴

Die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie gewährleistet die Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben, was allerdings voraussetzt, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen tatsächlich gegeben sind.²⁵ Davon ist bei Verträgen im Regelfall auszugehen, da die grundsätzlich freien Verhandlungsmöglichkeiten der Parteien im Zweifel dafür sorgen, dass durch den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien deren Interessen zu einem angemessenen Ausgleich gebracht wurden, der vom Staat zu respektieren ist.²⁶

Dieser Ansatz führt aber dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Vertragsparität der Parteien von vornherein nicht gegeben ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Vertragspartner über eine derart große Verhandlungsmacht verfügt, dass er den Inhalt des Vertrages einseitig bestimmen kann. In diesem Fall geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass bei einer aus der Überlegenheit eines Vertragspartners folgenden strukturellen Unterlegenheit und damit einer faktischen Fremdbestimmung des anderen Partners, die bei diesem zu einer ungewöhnlichen Belastung führt, die Zivilrechtsordnung mit Korrekturen auf diesen Zustand reagieren muss, um die Privatautonomie und das Sozialstaatsprinzip zu gewährleisten.²⁷ Damit kommt der Vertragsfreiheit neben der abwehrrechtlichen Komponente auch eine staatliche Schutzpflicht zu, Mechanismen zu schaffen, die vor einer vertraglichen Fremdbestimmung schützen.²⁸ Neben einer Rechtssetzung, die entsprechende Mechanismen vorsieht, führt die Schutzpflicht auch dazu, dass die Fachgerichte die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138, 242 BGB) sowie Willenserklärungen und Verträge (§§ 133 157 BGB) entsprechend den grundrechtlichen Vorgaben auszulegen haben.²⁹

Aus alledem folgt, dass den Vertragsparteien aus der Vertragsfreiheit ein grundsätzlich bestehender Abwehranspruch gegen staatliche Einflüsse in die Gestaltung des Vertrages zukommt, die Vertragsfreiheit aber andererseits auch einen Schutzauftrag vor nachteilhaften Vertragsabschlüssen enthält, wenn diese auf einer strukturellen Unterlegenheit folgenden Fremdbestimmung einer Partei basieren. Insoweit verpflichtet die Vertragsfreiheit den Staat, in besonders belastenden Fällen

²⁴ BVerfGE 103, 89, 100.

²⁵ BVerfGE 114, 1, 34; BVerfGE 81, 242, 254 f.

²⁶ BVerfGE 103, 89, 100.

²⁷ BVerfGE 89, 214, 231 f.

²⁸ Siehe nur BVerfGE 89, 214, 229 ff.; BVerfGE 85, 191, 213.

²⁹ BVerfGE 73, 261, 268 ff.; BVerfGE 89, 214, 230.

einzuschreiten und Maßnahmen zu ergreifen, die eine Fremdbestimmung verhindern. Dies adressiert auch den Bereich der „dark patterns“, die teilweise auf einer Fremdbestimmung basieren und setzt damit die steuernden grundrechtlichen „Leitplanken“ für die Begründung und die Grenzen staatlicher Eingriffe durch die Regulierung von „dark patterns“.³⁰

2. Unternehmerische Freiheit

Auf nationaler Ebene wird die Freiheit, sich im Wirtschaftsleben zu betätigen, entweder durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) oder durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)³¹ geschützt. Eine ausdrückliche Kodifizierung erhält die unternehmerische Freiheit durch Art. 16 GRCh. Dessen persönlicher Schutzbereich ist für Betreiber eines Unternehmens eröffnet. Betreiber können sowohl natürliche als auch juristische Personen,³² aber auch Personenvereinigungen³³ sein. In sachlicher Hinsicht ist der Schutzbereich für unternehmerische Betätigungen eröffnet, wobei dieser Begriff weit auszulegen ist und lediglich voraussetzt, dass die Betätigung dauerhaft, selbstständig und zu Erwerbszwecken erfolgt, unabhängig davon, ob es sich bei dem Unternehmen zugleich um einen Arbeitgeber handelt.³⁴ Geschützt wird so die Freiheit der Ausübung einer Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit des Unternehmens.³⁵ Dies beinhaltet eine Vielzahl konkreter Schutzgehalte, von der Gründung eines Unternehmens über die Ausgestaltung des Betriebs und dessen Einstellung bis hin zur freien Ressourcenverwertung und zur Handelsfreiheit. Art. 16 GRCh schützt auch die Vertragsfreiheit von Unternehmen, was die Freiheit der Auswahl von Vertragsparteien und die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages einschließlich des Vertragsgegenstands und der Preisgestaltung beinhaltet. Zudem schützt die unternehmerische Freiheit die Freiheit der Werbung, sodass die unternehmerische Freiheit durch die Kommunikationsfreiheit aus Art. 11 Abs. 1 GRCh ergänzt werden kann.³⁶ Eine besondere Schutzdimension erhält Art. 16 GRCh, indem durch die unternehmerische Freiheit das objektiv-rechtliche Wettbewerbsprinzip der Europäischen Union um eine subjektiv-rechtlich geprägte

³⁰ Im Ergebnis allgemein bei Verhaltensanomalien auch *Weinzierl*, NVwZ-Extra 15/2020, S. 4.

³¹ BVerfGE 78, 232, 244.

³² *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, 2017, Art. 16 GRCh, Rn. 5.

³³ Klarstellend *Jarass*, in: Jarass, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 16 GRCh, Rn. 12.

³⁴ *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, 2017, Art. 16 GRCh, Rn. 7 m.w.N.

³⁵ Siehe nur EuGH, C-283/11 – *Sky Österreich*, Rn. 42.

³⁶ Umfassend *Kühling*, Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, 2017, Art. 16 GRCh, Rn. 9, 10 m.w.N.

Schutzdimension angereichert wird, sodass den Unternehmen ein Recht an der Teilhabe an unverfälschtem Wettbewerb zuwächst.³⁷

Aufgrund unionsrechtlicher Regulierungsansätze sowie dem Wettbewerbs- und dem Gesellschafts- und Vertragsrecht sind Eingriffe in die Berufsfreiheit, von denen sowohl unmittelbare als auch mittelbare Eingriffe erfasst werden, vielfältig. Dennoch sind Entscheidungen des EuGH, in denen Art. 16 GRCh eine Rolle spielt, überschaubar.³⁸ Eine wiederkehrende Fallgruppe, die in der Rechtsprechung des EuGH³⁹ aber auch von innerstaatlichen Spruchkörpern⁴⁰ strenge Eingriffe in die unternehmerische Freiheit rechtfertigt, ist der Verbraucherschutz, der gemäß Art. 38 GRCh objektiv sicherzustellen ist.

So zeigt sich auch hier eine mehrdimensionale Schutzwirkung, die bei der Regulierung von „dark patterns“ zu beachten ist – sowohl bei der Auslegung des geltenden als auch bei der Schaffung neuen Rechts. Zum einen schützt die unternehmerische Freiheit unter anderem Geschäftsmodelle, also auch die Art und Weise, mit denen ein Unternehmen Werte erwirtschaftet. Daneben schützt die unternehmerische Freiheit auch die freie Vertragsgestaltung und die Wahl der Vertragspartner. Damit ist auch die geschäftliche Tätigkeit, die Elemente von „dark patterns“ enthält, wenn sie zu geschäftlichen Erwerbszwecken eingesetzt werden, zunächst grundsätzlich geschützt. Andererseits folgt aus der unternehmerischen Freiheit konkurrierender Marktakteure ein Anspruch auf rechtlich unverfälschten Wettbewerb. Dies wird insbesondere durch das Lauterkeitsrecht adressiert, das neben dem Schutz von Verbrauchern einen Wettbewerberschutz vorsieht.⁴¹ Beschränkungen des Einsatzes von „dark patterns“ können daher nicht nur durch die Verpflichtung zur Sicherstellung des Verbraucherschutzes, sondern auch unmittelbar durch die aus der unternehmerischen Freiheit folgende Verpflichtung der Sicherstellung auf unverfälschten Wettbewerb folgen.

³⁷ *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, 2017, Art. 16 GRCh, Rn. 11.

³⁸ Siehe dazu die Auflistung bei *Kühling*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRCh und AEUV, 2017, Art. 16 GRCh, Rn. 14 und Fn. 63.

³⁹ EuGH, Urt. v. 17.12.2015, Rs. C – 157/14 – *Neptune Distribution SNC*, Rn. 72 f.; Urt. v. 30.06.2016, Rs. C – 134/15 – *Lidl*, Rn. 35 ff.

⁴⁰ OVG Sachsen, Beschl. v. 24.02.2015 – 3 A 102/13, Rn. 30 ff.; VG Frankfurt a.M., Urt. v. 01.07.2013 – 9 K 4956/12.F.

⁴¹ § 1 S. 1 UWG.

3. Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Datenschutzgrundrecht

Gerade für die datenschutzrechtliche Bewertung von „dark patterns“ ist aus grundrechtlicher Sicht das vom Bundesverfassungsgericht insbesondere im wegweisenden Volkszählungsurteil 1983 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung von Bedeutung. Darunter ist die Befugnis des Einzelnen zu verstehen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁴² Der Schutzbereich erstreckt sich auf jede Form der Erhebung personenbezogener Informationen.⁴³ Gerade vor dem Hintergrund der modernen Datenverarbeitungsmöglichkeiten setzt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Schutz des Einzelnen gegen eine unbegrenzte Verarbeitung seiner persönlichen Daten voraus. Dabei hat der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch das Ziel, dass erkennbar ist, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß.⁴⁴ So fasst das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung weit, wenn es feststellt, dass es vor dem Hintergrund der Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten der Informationstechnologie unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein an sich „belangloses“ Datum mehr geben kann.⁴⁵ Jegliches Datum fällt demnach in den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Wichtig ist es gleichwohl zu betonen, dass es um eine Selbstbestimmung geht, die sich auch darin äußern kann, Daten in großem Umfang preiszugeben. Insofern ist die verfassungsrechtliche Konzeption begrifflich nicht paternalistisch angelegt. Sofern etwa eine Einwilligung auf Basis von Transparenz und Freiwilligkeit erfolgt, kann sie daher problemlos Datenverarbeitungsprozesse legitimieren und sie ist gerade Ausdruck des Konzepts der informationellen Selbstbestimmung. Insofern ist die neuerdings wieder proklamierte Bedeutung einer „Datensouveränität“ letztlich „alter Wein in neuen Schläuchen“, da dies schon immer der Konzeption einer informationellen Selbstbestimmung entsprach.⁴⁶ Dabei muss der Staat Private auch im horizontalen Verhältnis gegenüber Datenschutzgefährdungen durch andere Private in ihrer informationellen Selbstbestimmung

⁴² BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) – *Volkszählung*; die folgenden Ausführungen orientieren sich an Kühling/Klar/Sackmann, *Datenschutzrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 61 ff.

⁴³ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) – *Volkszählung*; Urt. v. 17.07.1984, 2 BvE 11/8367 = BVerfGE 67, 100 (143) – *Flick-Untersuchungsausschuß*.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 02.03.2006, 2 BvR 2099/04 = BVerfGE 115, 166 (184) – *Kommunikationsverbindungsdaten*.

⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, 1 BvR 209/83 u.a. = BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984, 419 (423) – *Volkszählung*.

⁴⁶ Siehe dazu *Deutscher Ethikrat*, *Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung*, 2018; Kühling, *DuD* 2020, 182, 185 ff.

schützen.⁴⁷ Zudem sind die grundrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Auslegung des geltenden Rechts unter angemessener Berücksichtigung gegenläufiger Schutzaspekte zu berücksichtigen. Ergänzend findet mit zunehmender Bedeutung das Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 GRCh Anwendung. Denn wesentliche Teile des datenschutzrechtlichen Rechtsrahmens findet sich in der Datenschutz-Grundverordnung der EU (DS-GVO).⁴⁸ Die Grundrechte des Grundgesetzes und die hierzu ergangene verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sind gleichwohl weiterhin von Bedeutung: Einerseits belässt die DS-GVO für den nationalen Gesetzgeber umfangreiche Spielräume, die durch das neugefasste Bundesdatenschutzgesetz⁴⁹, entsprechende Landesdatenschutzgesetze und eine Vielzahl bereichsspezifischer Regelungen ausgefüllt werden. Da der nationale Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Spielräume einerseits – wie bei jedem nationalen Gesetz – die nationale Verfassung zu beachten hat und andererseits in Durchführung von Unionsrecht handelt, gelten insoweit die Grundrechte des Grundgesetzes und europäische Grundrechte parallel.⁵⁰ Auch die Ausführung der datenschutzrechtlichen Normen erfolgt im Wesentlichen durch nationale Behörden, die insoweit ebenfalls einer parallelen Grundrechtsbindung unterliegen. Sollte es zu Interferenzen zwischen den Schutzbereichen der korrespondierenden Normen kommen, insbesondere in multipolaren Grundrechtssituationen, so bleibt es beim Anwendungsvorrang des Unionsrechts, so dass insoweit letztlich die Maßstäbe der Unionsgrundrechte ausschlaggebend sind.⁵¹ Zudem hat die jüngere Rechtsprechung des EuGH am Maßstab des „Rechts auf Vergessenwerden“ klar gemacht, dass auch im Rahmen der Anwendung der DS-GVO Spielräume für die Mitgliedsstaaten verbleiben, bei deren Ausfüllung mitgliedstaatliche Grundrechtsstandards relevant sind⁵². Darauf aufbauend hat das Bundesverfassungsgericht unlängst in zwei revolutionären Beschlüssen den Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem gerade am Beispiel des auch auf der Unionsebene

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006, 1 BvR 2027/02 = BVerfGE 117, 353 = WM 2006, 2270 (Juris-Rn. 30); Beschl. v. 11.06.1991, 1 BvR 239/90 = BVerfGE 84, 192 (194 f.) – *Offenbarung der Entmündigung*.

⁴⁸ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

⁴⁹ Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) v. 30.06.2017, BGBl. I, S. 2097; vgl. hierzu auch Kühling, NJW 2017, 1985.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 26.02.2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 – *Åkerberg Fransson*; Urt. v. 06.03.2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 – *Siragusa*; vgl. außerdem allgemein zur Frage der parallelen Anwendbarkeit von Grundgesetz und Grundrechtecharta Ludwigs/Sikora, JuS 2017, 385 (390 f.).

⁵¹ Vgl. auch Kühling/Sackmann, JURA 2018, 364; Ludwigs/Sikora, JuS 2017, 385 (391); zu Besonderheiten der sog. Identitäts- und Ultra-Vires-Kontrolle vgl. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009, 2 BvE 2/08 u.a. = BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*.

⁵² EuGH, Urt. v. 24.09.2019, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772 – *Google LLC (Google II)*, Rn. 67.

hoch umstrittenen „Rechts auf Vergessen(werden)“ neu austariert.⁵³ Bei der Überprüfung der Anwendung des Unionsrechts durch die deutsche Gewalt greift das Bundesverfassungsgericht nicht auf den Maßstab der – durch den unionsrechtlichen Anwendungsvorrang – verdrängten Grundrechte des Grundgesetzes zurück, sondern auf die Grundrechte der GRCh. Im nicht vollständig durch Unionsrecht determinierten innerstaatlichen Recht bleibt es hingegen beim Prüfungsmaßstab der nationalen Grundrechte, die allerdings im Lichte der Unionsgrundrechte ausgelegt werden. Dabei ergeben sich allerdings in der Sache für den vorliegenden Zusammenhang keine erkennbaren Unterschiede im Rahmen einer Anwendung des unionsrechtlichen Datenschutzgrundrechts. So wendet der EuGH im Übrigen beide Datenschutzgrundrechte aus Art. 7 und 8 GRCh weitgehend parallel nebeneinander an und verlangt eine tendenziell strenge Beschränkung der Datenverarbeitung auf das „absolut Notwendige“.⁵⁴

4. Verbraucherleitbild

Wie bereits angesprochen enthält die Grundrechtecharta in Art. 38 eine Norm, die zu einem hohen Verbraucherschutzniveau verpflichtet. Allerdings konkretisiert die Vorschrift die Höhe des Niveaus nicht näher und lässt den Gesetzgebern weitreichende Gestaltungsspielräume.⁵⁵ Die Ausformung von Verbraucherschutzrechten und die Etablierung eines Verbraucherleitbildes ist daher nicht detailliert grundrechtlich vorgeprägt, sondern der Gestaltung der Union und deren Mitgliedstaaten weitgehend überlassen.

Der Gesetzgeber muss eine gewisse Vorstellung davon haben, wie der Verbraucher zu typisieren ist, um festzulegen, welches Schutzniveau es zu erreichen gilt.⁵⁶ Aber auch bei der Auslegung verbraucherschützender Normen ist eine Typisierung erforderlich, um unbestimmte Rechtsbegriffe inhaltlich ausfüllen zu können.⁵⁷ Aus der Notwendigkeit einer Typisierung folgt das aktuell (noch) vorherrschende sogenannte „moderne Verbraucherleitbild“. Dieses wurde insbesondere durch die

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 = BVerfGE 152, 152 (194). – *Recht auf Vergessen I* und BVerfG, Beschl. vom 06.11.2019, 1 BvR 276/17 – *Recht auf Vergessen II*; hierzu und zum Folgenden bereits Kühling/Raab, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Einführung Rn. 35b; vgl. hierzu auch Toros/Weiß, ZJS 2020, 100.

⁵⁴ Zuletzt EuGH, Gutachten 1/15 v. 26.07.2017, ECLI:EU:C:2017:592 – *PNR-Abkommen mit Kanada*, Rn. 140; dazu ausführlich etwa Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 44 ff.

⁵⁵ Siehe nur Jarass, in: Jarass, GRCh, Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 38 Rn. 9.

⁵⁶ Dazu Alexander, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), beck-online.GROKO, Stand 2021, § 13 BGB Rn. 369.1 m.w.N.

⁵⁷ So etwa das Merkmal „unlauter“ in der Generalklausel des § 3 Abs. 2 UWG; siehe dazu auch das mittlerweile gesetzlich normierte Verbraucherleitbild bei der Bestimmung der Unlauterkeit in § 3 Abs. 4 UWG.

Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts durch den EuGH geprägt und fand auch Einzug in die Gesetzgebung.⁵⁸ Der EuGH geht bei der Bestimmung des Schutzstandards verbraucherschützender Normen von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher aus.⁵⁹ Damit soll insbesondere eine Abwägung zwischen der Waren- und Dienstleistungsfreiheit einerseits und der Gefahr der Irreführung für Verbraucher andererseits sichergestellt werden. Ferner weist der EuGH auch auf das Kriterium der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Eingriffen in die unternehmerische Freiheit hin, die durch ein entsprechendes Verbraucherleitbild gewahrt werden soll.⁶⁰ Dieses Verbraucherleitbild wurde dann auch von der Rechtsprechung des BGH⁶¹ übernommen, der vormals von einem gegenüber dem Verständnis des modernen Verbraucherleitbildes schutzbedürftigeren „flüchtigen Verbraucher“ ausging.⁶²

Der durch das moderne Verbraucherleitbild entstehenden Gefahr einer Schutzlosigkeit unterdurchschnittlich informierter, aufmerksamer oder verständiger Verbraucher versucht die Rechtsprechung allerdings wiederum zu begegnen, indem sie eine besondere Zielgruppenorientierung von Angeboten,⁶³ sowie die Umstände des Einzelfalls⁶⁴ in den Fokus nimmt.⁶⁵ In der Folge werden bei der Ausrichtung von Geschäftsmodellen an bestimmte Verbrauchergruppen die Erwartungen an Verbraucher abgesenkt. So ist in diesen Fällen nicht mehr der allgemeine Durchschnittsverbraucher, sondern der durchschnittliche Verbraucher der jeweiligen Gruppe maßgeblich.⁶⁶

⁵⁸ Siehe Erwägungsgrund 18, S. 2 der RL 2005/29/EG: „[...] Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist [...]“; siehe auch die Gesetzesbegründung zum UWG vom 22. August 2003, BT-Drs. 15/1487, S. 19.

⁵⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 16.07.01998, C-210/96 – *Gut Springenheide*, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 28.01.1999 – C-303/97 – *Sektkellerei Kessler*; EuGH, Urt. v. 04.05.1999 – *Windsurfing Chiemsee*; EuGH, Urt. v. 22.06.1999 – *Lloyds/Lointis*.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 13.01.2000 – C-220/98 – *Lifting-Crème*, Rn. 27, 28; siehe auch Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, 39. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 22.

⁶¹ BGH GRUR 2000, 619, 621 – *Orient-Teppichmuster*; BGH GRUR 2002, 182, 183 – *Das Beste jeden Morgen*.

⁶² BGH GRUR 1988, 459, 460 – *Teilzahlungsankündigung*; BGH GRUR 1991, 546, 547 – ... *aus Altpapier*; BGHZ 105, 277, 283 – *Umweltengel*; BGH GRUR 1993, 127 – *Teilzahlungspreis II*; BGH GRUR 1992, 450, 452 f. – *Beitragsrechnung*.

⁶³ EuGH, Urt. v. 13.01.2000 – C-220/98 – *Lifting-Crème*, Rn. 29; EuGH, Urt. v. 06.05.2003 – C-104/01 – *Libertel*, Rn. 46; EuGH, Urt. v. 04.06.2015 – C-195/14 – *Himbeer-Vanille-Abenteuer*, Rn. 36-42.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 13.01.2000 – C-220/98 – *Lifting-Crème*, Rn. 30.

⁶⁵ Siehe dazu auch Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 25.

⁶⁶ Siehe Erwägungsgrund 18, S. 2-4 der RL 2005/29/EG: „[...] enthält aber auch Bestimmungen zur Vermeidung der Ausnutzung von Verbrauchern, deren Eigenschaften sie für unlautere Geschäftspraktiken besonders anfällig machen. Richtet sich eine Geschäftspraxis speziell an eine besondere Verbrauchergruppe wie z. B. Kinder, so sollte die Auswirkung der Geschäftspraxis aus der Sicht eines Durchschnittsmitglieds dieser Gruppe beurteilt werden. Es ist deshalb angezeigt, in die Liste der Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen unlauter sind, eine Bestimmung aufzunehmen, mit der an Kinder gerichtete Werbung zwar nicht völlig untersagt wird, mit der Kinder aber vor unmittelbaren Kaufaufforderungen geschützt werden.“

Ob das moderne Verbraucherleitbild insbesondere auch für moderne, digitalgetriebene Geschäftspraktiken angewandt werden kann, wird in jüngerer Vergangenheit kontrovers diskutiert. Rechtsprechungstendenzen,⁶⁷ die den Verbraucher wieder stärker in Schutz nehmen, beflügeln diese Diskussion. Es bestehen Bedenken, ob der Verbraucher, wie ihn das moderne Verbraucherleitbild voraussetzt, jenen Marktakteuren noch auf Augenhöhe begegnen kann. So soll das moderne Verbraucherleitbild insbesondere keine Anwendung finden, wenn die Informationen, die dem Verbraucher zur Verfügung stehen, im Internet vorgesteuert werden, sodass der Verbraucher schon nicht angemessen informiert sein würde. Ähnliches soll gelten, wenn der Verbraucher in seiner Entscheidung durch erhöhte Hemmnisse anderer Alternativhandlungen zu einer vom Unternehmer gewünschten Handlung verleitet wird, wie insbesondere bei Lock-in-Effekten.⁶⁸

Es zeigt sich, dass das Verbraucherleitbild dynamisch gehandhabt wird und Anpassungen an die jeweiligen Situationen erfolgen, sei es aufgrund von Spezifika der Verbraucher oder der Unternehmen. Zwar wird grundsätzlich noch vom „modernen Verbraucherleitbild“ ausgegangen. Geschäftsmodellspezifisch zeigen sich aber bereits Tendenzen, wieder eine höhere Schutzbedürftigkeit vorzusetzen. Dies wäre auch für die Konstellation denkbar, dass ein Unternehmen „dark patterns“ verwendet, sofern daraus eine besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers folgen würde. Allerdings ist auch zu beachten, dass die Anbieter, die sich der „dark patterns“ bedienen, selbst grundrechtlich geschützt sind. Der EuGH hat das moderne Verbraucherleitbild gerade auch vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in die unternehmerische Freiheit entwickelt. Dies wird bei der Normierung und der Auslegung von Normen, die „dark patterns“ regulieren, zu berücksichtigen sein.

III. Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen

Da ein großer Teil von „dark patterns“ auf ungewollte oder für den Verbraucher nachteilige Geschäftsabschlüsse abzielt ist zunächst zu beleuchten, ob das Vertragsrecht den Vertragspartner vor entsprechenden Praktiken ausreichend schützt.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 18.10.2012 – C-428/11 – *Purely Creative*.

⁶⁸ Siehe Podszun, in: Harte-Bavendamm/Hennig-Bodewig (Hrsg.), 5. Aufl. 2021, § 1 UWG Rn. 55-56a m.w.N.

1. Verbraucherverträge

a) Entwicklung der Bestimmungen

Das aktuelle Verbrauchervertragsrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch ist stark unionsrechtlich geprägt und basiert keineswegs nur auf aktuellen Regelungen. So wurden bereits 1985 besondere Regelungen zu außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und 1997 Bestimmungen zu Fernabsatzverträgen richtlinienrechtlich vorgegeben, die in Deutschland aber aufgrund des Verständnisses des „flüchtigen Verbrauchers“ weit überschießend umgesetzt wurden. Mit der Verbraucherrechterichtlinie aus dem Jahr 2011 sollte dann ein einheitlicher verbraucherrechtlicher Standard⁶⁹ entwickelt werden, der insbesondere das moderne Verbraucherleitbild des durchschnittlichen verständigen Verbrauchers adressieren sollte und faktisch zu einer Herabsenkung des Verbraucherschutzes in Deutschland führte. Gleichwohl sind die dort enthaltenen Regelungen größtenteils nicht neu. Insbesondere konzentrieren sich die Vorschriften weiterhin auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge. Die Vorschriften zum allgemeinen Verbraucherschutz werden dabei ergänzt um weitere bereichsspezifische Vorschriften, wie etwa durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie⁷⁰ und die Warenkaufrichtlinie,⁷¹ die 2022 durch neue und reformierte Vorschriften im BGB umgesetzt werden. In den verbrauchervertragsrechtlichen Regelungen spiegelt sich das moderne Verbraucherleitbild und das sogenannte „Informationsmodell“ wider, das die Binnenmarktgesetzgebung wesentlich beeinflusst.⁷² Dem Informationsmodell liegt der Gedanke zugrunde, dass Marktakteure durch ausreichende Informationen ihre Marktchancen adäquat wahrnehmen können und der Wettbewerb grundsätzlich ausreichend ist, um im Übrigen für einen für alle Marktteilnehmer grundsätzlich vorteilhaften Markt zu sorgen. Lediglich dort, wo ein Marktversagen vorliegt, sollen inhaltliche Maßnahmen ergriffen werden.⁷³ So stellt das Verbrauchervertragsrecht in erster Linie auf Verpflichtungen ab, den Käufer umfassend zu informieren, damit dieser eine rationale Geschäftsentscheidung treffen kann.⁷⁴ Neben diesen umfassenden Informationspflichten gibt das Verbrauchervertragsrecht dem Verbraucher ein

⁶⁹ Daher wurde die Richtlinie als vollharmonisierend erlassen, siehe Art. 4 VerbraucherrechteRL.

⁷⁰ RL 2019/770.

⁷¹ RL 2019/771.

⁷² Siehe dazu *Ackermann*, ZEuP 2009, 230.

⁷³ Ausführlich zum Vorgenannten *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 395 ff., zum Verbrauchervertragsrecht insbesondere S. 402 ff.

⁷⁴ Siehe dazu die Überschriften von Kapitel II und III der VerbraucherrechteRL, die auf Verbraucherinformation abstellen.

Widerrufsrecht an die Hand, um sich ohne die Überwindung großer Hürden von Verträgen lösen zu können.⁷⁵ Damit reagiert das Verbrauchervertragsrecht auch auf Praktiken, die sich unter „dark patterns“ subsumieren lassen und auf einer falschen oder verschleierte Information des Verbrauchers beruhen.

b) Umfassende Informationspflichten im Verbrauchervertragsrecht

Im Bereich des Verbrauchervertragsrechts sind umfassende Informationspflichten geregelt. Allgemeine Informationspflichten bei Verbraucherverträgen finden sich in § 312a Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 246 EGBGB. Sie enthalten Informationen zu den wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen auch die Identität des Unternehmers, den Gesamtpreis der Waren und Dienstleistungen einschließlich aller Steuern und Abgaben bzw. die Art und Weise der Preisberechnung, genauere Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, die gesetzlichen Rechte aus der Mängelhaftung sowie zu Garantien oder Kundendienstleistungen, Vertragslaufzeiten, Kündigungsbedingungen und automatischen Verlängerungen und die Funktionsweise digitaler Inhalte sowie gegebenenfalls Beschränkungen der Interoperabilität und der Kompatibilität mit der Hard- und Software. Erweiterte Informationspflichten finden sich zudem für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und Fernabsatzverträge in § 312d BGB i.V.m. Art. 246a, 246b EGBGB, die den Kreis der notwendigen Informationen erweitern, um besonderen Konstellationen zu begegnen. Schließlich ergeben sich weitere Informationspflichten aus § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246c EGBGB für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, die einen Spezialfall von Fernabsatzverträgen darstellen. Die entsprechenden Informationspflichten gemäß § 312d BGB i.V.m. Art. 246a, 246b EGBGB bleiben also daneben bestehen und werden ergänzt um telemedien-spezifische Informationen, etwa über die technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen. Den Informationspflichten ist gemein, dass sie Regelungen zur Transparenz der Informationen enthalten. So sehen Art. 246 Abs. 1 EGBGB, Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB und Art. 246b § 1 Abs. 1 EGBGB vor, dass die Informationen „in klarer und verständlicher Weise“ erfolgen müssen.

Damit werden im Bereich des Verbrauchervertragsrecht solche Praktiken verhindert, die auf dem Auslassen oder Verschleiern wesentlicher Informationen, oder deren Auswertbarkeit beruhen, wie *Hidden-Information-* oder *Misdirection-patterns*.

⁷⁵ Ring in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, vor § 312 Rn. 12.

c) Verbot der Voreinstellung (§ 312a Abs. 3 S. 2 BGB)

In § 312a Abs. 3 BGB, der Art. 22 der VerbraucherrechteRL umsetzt, findet sich ein Verbot von „untergeschobenen“ Nebenleistungen, indem solche nur ausdrücklich vereinbart werden dürfen. Beispiele dafür sind vorangekreuzte Auswahlkästchen für Zusatzversicherungen oder Klauseln in AGB, in denen kostenpflichtige Zusatzleistungen vereinbart werden. Die Vorschrift findet für alle Verbraucherverträge Anwendung. Damit sind im Bereich des Verbrauchervertragsrechts alle Praktiken ausgeschlossen, die darauf beruhen, dem Verbraucher ungewünschte Nebenleistungen unterzuschieben, wie *Preselection*- und *Sneak-into-basket*-patterns.

d) Besondere Transparenzvorschriften und Button-Lösung im E-Commerce Bereich (§ 312j BGB)

Im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs finden sich daneben erhöhte Transparenzanforderungen in § 312j BGB. So hat das Unternehmen dem Verbraucher wesentliche Kerninformationen aus Art. 246a Abs. 1 S. 1 EGBGB, nämlich die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistungen, den Gesamtpreis, bei unbefristeten Verträgen oder Abonnementverträgen den jeweiligen Abrechnungszeitraum sowie die Vertragslaufzeit bzw. die Kündigungsbedingungen und die Mindestdauer der eingegangenen Verpflichtungen, „klar und verständlich in hervorgehobener Weise“ zur Verfügung zu stellen. Damit sollen dem Verbraucher vor Vertragsabschluss die Kerninformationen des Vertrags nochmals übersichtlich und unmissverständlich dargestellt werden. Ist aufgrund der Vielzahl der Informationen oder eines kleineren Bildschirms, wie dem eines Smartphones, ein Scrollen erforderlich, um die Informationen vollständig anzusehen, soll der Bestellbutton erst eingeblendet werden, wenn alle Informationen angesehen werden konnten.⁷⁶

Eine besondere Transparenzverpflichtung enthält auch die als „Button-Lösung“ bekannte Verpflichtung des Unternehmens in § 312j Abs. 3 S. 2 BGB, die Schaltfläche zum Vertragsabschluss so zu gestalten, dass dort gut lesbar „zahlungspflichtig bestellen“ oder eine entsprechende Formulierung, allerdings kein weiterer Text enthalten ist. Mit letzterem ist klargestellt, dass der Bestellbutton selbst neben dem Vertragsabschluss keine weiteren Hinweise enthalten darf, die gegebenenfalls von der zahlungspflichtigen Bestellung ablenken. Die Strenge, mit der dies zu handhaben ist, wurde vom KG Berlin in einer Entscheidung⁷⁷ bekräftigt, in der festgestellt wurde, dass die

⁷⁶ Wendehorst, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 312j Rn. 17; LG Berlin, Urt. v. 17.7.2013 – 97 O 5/13, Rn. 13 ff.

⁷⁷ KG Berlin, Urt. v. 20.12.2019 – 5 U 24/19.

Formulierung „Mitgliedschaft beginnen – kostenpflichtig nach Gratismonat“ auf der Schaltfläche den Anforderungen nicht genügt. Begründet wurde dies neben dem Wortlaut des § 312j BGB auch damit, dass die Formulierung „Gratismonat“ von der Kostenpflichtigkeit des Angebots ablenkt und die Schaltfläche somit ihrer Warnfunktion nicht ausreichend gerecht wird.⁷⁸ Durch die Button-Lösung werden somit im Verbrauchervertragsrecht im elektronischen Rechtsverkehr unerwartete Vertragsabschlüsse verhindert. Damit werden insbesondere *Bait-and-Switch*-, *Misdirection*- und *Forced-Continuity*-patterns adressiert.

e) Widerrufsrechte

Ein weiteres Instrument, das dem Verbraucher an die Hand gegeben wird, um etwaige ungewollte Vertragsabschlüsse einfach und ohne weitere Bedingungen zu beseitigen, sind Widerrufsrechte bei Fernabsatzverträgen und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Die gesetzlichen Widerrufsrechte erfüllen dabei eine Doppelfunktion: Zum einen adressieren sie ein Problem, das auch „dark patterns“ sich zunutze machen, nämlich kurzfristige und unüberlegte Verbraucherentscheidungen aufgrund einer Überrumpelungssituation, wie sie bei Vertragsschlüssen außerhalb von Geschäftsräumen angenommen wird.⁷⁹ Daneben sollen sie aber auch das Informationsdefizit des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen kompensieren, das in der Natur der Sache liegt, wenn der Verbraucher die Ware, anders als im Geschäft, nicht in die Hand nehmen und ihre Funktionalität oder Eigenschaften untersuchen kann.⁸⁰

Damit hat der Verbraucher ein mächtiges Instrument an der Hand, um die Folgen aus voreilig abgeschlossenen Verträgen kostengünstig zu beseitigen. Allerdings versucht der Gesetzgeber, um den Unternehmer zu schützen, der einseitig bestehenden Möglichkeit der Lösung von Verträgen in unzumutbaren Fällen zu begegnen, indem zahlreiche Ausnahmen vom Widerrufsrecht in § 312g Abs. 2 BGB geregelt sind. Damit begegnet der Gesetzgeber zum Teil der bei Widerrufsrechten einfach auftretenden Situation des sogenannten *moral hazard*, also derjenigen Situation, dass eine Partei unbeobachtet und ohne ausreichende Kompensation unfair zu Lasten der anderen Partei handeln kann.⁸¹ So besteht von Anfang an kein Widerrufsrecht bei individuell angefertigten und

⁷⁸ Dazu auch Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 60.

⁷⁹ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 7. 8. 2018 – C-485/17, Rn. 33.

⁸⁰ Erwägungsgrund 14 der FernabsatzRL.

⁸¹ Durch das Widerrufsrecht werden nicht nur Verträge beseitigt, die aufgrund kurzfristiger Entscheidungen oder eines Informationsdefizits geschlossen wurden. Vielmehr existieren zahlreiche Fälle, in denen das Widerrufsrecht entgegen seiner eigentlichen Bestimmung verwendet wird, um „zur Auswahl“, also mit dem bereits gefestigten

verderblichen Waren, da der Unternehmer die Gegenstände nach Ausübung des Widerrufs nicht mehr verwenden könnte. Daneben verliert der Verbraucher unter anderem nachträglich das Widerrufsrecht, wenn die Waren untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden, bei Öffnen versiegelter Verpackungen von Tonträgern oder Software oder bei Zeitschriften. Hier geht der Gesetzgeber davon aus, dass es unbillig wäre, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zuzubilligen, wenn die Waren ihre Funktion möglicherweise bereits erfüllt haben. Weitere Ausnahmen finden sich in § 356 Abs. 4 und 5 BGB bei der Erbringung von Dienstleistungen und digitalen Inhalten, wenn der Unternehmer die Dienstleistung erbracht bzw. mit der Vertragsausführung begonnen hat und der Verbraucher zuvor ausdrücklich dem Verlust des Widerrufsrechts zugestimmt hat. Schließlich können sich auch praktische Hemmnisse aus der Ausübung des Widerrufsrechts ergeben, wie sie etwa bestehen, da der Verbraucher die Kosten der Rücksendung zu tragen hat.⁸²

f) Weitergehende Entwicklungen durch die Digitale-Inhalte-Richtlinie und die Warenkauf-richtlinie

Jüngere Entwicklungen im Bereich des Verbrauchervertragsrechts zeigen ebenfalls, dass der Unionsgesetzgeber Praktiken, die eine überhöhte Verbrauchererwartung schüren, bekämpfen will. So wurden neue Transparenzpflichten geschaffen. Daneben sollen Kündigungen vereinfacht möglich sein. Diese Regelungen finden ab 2022 im novellierten BGB (BGB-N) Anwendung.

aa) Transparenzverpflichtungen durch das neue Warenkaufrecht

Indirekt sorgt die Gleichstellung objektiver und subjektiver Warenmerkmale beim neuen Sachmangelbegriff (§ 434 Abs. 2 S. 1 BGB-N) in der Kombination mit Formvorschriften für Vereinbarungen über das Abweichen objektiver Eigenschaften einer Ware im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs (§ 476 Abs. 1 S. 2 BGB-N) zu sehr umfassenden Informationspflichten des Verkäufers über die Eigenschaften der Ware. Anders als bisher kommt es künftig nicht mehr primär auf die subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien bei der Bestimmung der Mangelhaftigkeit der Waren an, sondern gleichermaßen auf die subjektive und objektive Erwartbarkeit an die Beschaffenheit der Sache. Im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs werden Abweichungen von der objektiven Erwartung in Form von Beschaffenheitsvereinbarungen darüber hinaus Formvorschriften unterworfen, was dazu führt, dass der Verbraucher umfassend über die Eigenschaften der Ware zu informieren ist,

Willen einer (noch unbestimmten) Rücksendung, zu bestellen. Auf dieses Risiko zutreffend hinweisend und m.w.N. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 521 ff.

⁸² Siehe § 357 Abs. 6 BGB, der allerdings nur bei entsprechenden Informationen Anwendung findet.

selbst wenn er den Kaufgegenstand schon kennt. Die Berufung des Ausschlusses der Sachmängelhaftung (§ 442 BGB) wurde im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs dagegen ausgeschlossen (§ 475 Abs. 3 S. 2 BGB).

Dass durch diese Informationspflicht dem Schüren erhöhter Verbrauchererwartungen begegnet werden soll, wie es sich mitunter auch „dark patterns“ in der Offline-Welt zunutze machen, zeigt sich besonders in der Regelung, dass Muster und Proben, die dem Verbraucher vor dem Kauf zur Verfügung gestellt wurden, den Maßstab an die objektiven Eigenschaften der Kaufsache bilden können (§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB-N). Das bedeutet, dass der Verbraucher ausdrücklich und formgerecht von den Mustern und Proben abweichende Eigenschaften der Ware in Form einer Beschaffenheitsvereinbarung abschließen muss.⁸³

bb) Erleichterte Kündigungsoptionen

Daneben wurde das Kündigungsrecht umfassend reformiert und soll für Erleichterungen des Verbrauchers zur Loslösung aus Dauerschuldverhältnissen sorgen. Zum einen ist nach § 309 Nr. 9 lit. b BGB-N künftig⁸⁴ eine stillschweigende Vertragsverlängerung nur noch möglich, wenn das Vertragsverhältnis auf unbestimmte Zeit verlängert wird und der Vertragspartner das verlängerte Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Kündigungsfrist von einem Monat beenden kann. In § 312k BGB-N findet sich künftig⁸⁵ darüber hinaus der sogenannte „Kündigungsbutton“ für Verbraucherverträge im elektronischen Geschäftsverkehr. Es handelt sich dabei um eine Regelung spiegelbildlich zur „Buttonlösung“ (siehe d) oben), die es dem Verbraucher ermöglicht, ebenso einfach zu kündigen, wie er den Vertrag abgeschlossen hat. Dazu genügt ein Klick auf den Kündigungsbutton, der nichts anderes als die Aufschrift „Verträge hier kündigen“ oder eine entsprechende Formulierung enthalten soll sowie ständig verfügbar und unmittelbar und leicht zugänglich sein muss. Sogenannten *Roach-Motel*-patterns, die darauf basieren, die Kündigung nach einem einfachen Vertragsabschluss zu erschweren,⁸⁶ sind damit künftig im E-Commerce verboten. Daneben werden die

⁸³ Dazu umfassend Lorenz, NJW 2021, 2065, 2072, 2073. Die Orientierung der objektiven Beschaffenheit an Mustern und Proben dürfte sich in concreto besonders beim Fahrzeugkauf auswirken, da in diesem Bereich häufig sehr gut ausgestattete Fahrzeuge als Vorführwagen benutzt werden, um hohe Verbrauchererwartungen zu generieren (siehe dazu bereits das Beispiel unter A. II. 9. oben). Hier muss der Verbraucher beim etwaigen Kaufabschluss nun in Form einer negativen Beschaffenheitsvereinbarung künftig präzise darauf hingewiesen werden, welche Eigenschaften das bestellte Fahrzeug nicht hat, die das Probefahrzeug aufwies, so Giebler, DAR 2021, 673, 674.

⁸⁴ Die Regelung tritt am 01.03.2022 in Kraft

⁸⁵ Die Regelung tritt am 01.07.2022 in Kraft.

⁸⁶ Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Vertragsschluss über eine Schaltfläche möglich war, bei der Kündigung jedoch suggeriert wird, diese sei nur postalisch oder telefonisch möglich.

Auswirkungen von *Forced-Continuity*-patterns abgemildert, nachdem stillschweigende Verlängerungen nur noch stark verkürzt möglich sind.

2. Allgemeines Vertragsrecht

Daneben bestehen aber auch im allgemeinen Vertragsrecht Regelungen, die Verhaltensweisen, die auch in „dark patterns“ kategorisiert werden können, adressieren.

a) Anfechtung wegen Täuschung

Einige „dark patterns“ machen sich täuschende Mechanismen zunutze, indem sie bewusst die Wahrheit auslassen oder Unwahres behaupten. In diesen Fällen ist der Vertragspartner unmittelbar nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB durch das Recht auf Anfechtung berechtigt, den Vertrag mittels Erklärung zu beseitigen. Eine arglistige Täuschung kann dabei nicht nur vorliegen, wenn die Angaben objektiv falsch sind. Es genügt auch, dass diese zwar objektiv richtig, aber irreführend geäußert wurden.⁸⁷ Anfechtbar ist eine Erklärung auch dann, wenn Mangelinformationen in einer Flut anderweitiger Informationen versteckt wurden, sodass nicht damit gerechnet werden kann, dass diese vom Erklärungsempfänger tatsächlich wahrgenommen werden.⁸⁸ Während vorgenannte Beispiele aktive Handlungen durch den Erklärenden betreffen, sind in der Literatur auch Fälle anerkannt, in denen aufgrund einer Informationsverpflichtung des Erklärenden eine Täuschung durch Unterlassung begeht, die zu einer Anfechtung berechtigt. Das setzt allerdings eine Informationspflicht des Täuschenden voraus. Denn grundsätzlich besteht keine Pflicht der Offenbarung jeglicher Umstände, die für den Vertragsschluss bedeutend sein können.⁸⁹ Unter diesen Voraussetzungen sind aber jene „dark patterns“ der Anfechtung zugänglich, die darauf setzen, dass das Gewollte und das Ausgedrückte auseinanderfallen, wie es *Trick-Questions*-, *Hidden-Information*- und *Bait-and-Switch*-patterns kennzeichnet.

⁸⁷ Beispielsweise soll die Antwort „mehr als drei Jahre“ auf die Frage hin, wie alt der Motor in einem Gebrauchtfahrzeug sei, zur Anfechtung berechtigen, da der Motor mehr als zwölf Jahre alt war, da vorsätzlich und arglistig eine falsche Erwartung des Erklärungsempfängers hervorgerufen wurde, obwohl die Äußerung objektiv richtig ist. Siehe dazu Huber, *Karlsruher Forum* 2000, 2001, 5 (10); siehe auch Armbrüster, in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29.

⁸⁸ Heiderhoff, *BB* 2005, 2533, 2535, Armbrüster, in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, § 123 Rn. 29; siehe auch Martini/Dreus/Seeliger/Weinzierl, *ZfDR* 2021, 47, 62 f. m.w.N.

⁸⁹ Armbrüster, in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, *BGB* § 123 Rn. 33.

b) Sonstige Möglichkeiten der Loslösung vom Vertrag

Für Fälle, in denen die Anfechtung nicht greift, wird diskutiert, „dark patterns“ dem schuldrechtlichen Regime der culpa in contrahendo zu unterstellen. Die culpa in contrahendo verpflichtet bereits vorvertraglich (§ 311 Abs. 2 BGB) nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses zur Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen der jeweils anderen Vertragsseite (§ 241 Abs. 2 BGB) und führt bei verschuldeten Verstößen zu Schadensersatzansprüchen (§ 280 Abs. 1 BGB). Der offene Gesetzeswortlaut eignet sich, um Mechanismen von „dark patterns“, die sich über das Anfechtungsrecht nicht erfassen lassen, im Schuldrecht zu lösen. Dabei führt die culpa in contrahendo regelmäßig nur zu Schadensersatzpflichten. Allerdings ist anerkannt, dass aus ihr auch die Naturalrestitution in Gestalt einer Vertragsaufhebung folgen kann.⁹⁰ Für Fälle von Informationsasymmetrien ist dies bereits bestätigt worden.⁹¹ Ebers zieht aber den weitergehenden Schluss, dass sich die culpa in contrahendo für Fälle eignet, in denen Rationalitätsasymmetrien unerlaubt ausgenutzt werden.⁹²

Dies ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich, da die Beeinflussung von Vertragspartnern und die Ausnutzung einer (auch möglicherweise unsinnigen) Geschäftsbereitschaft allgemein anerkannter Bestandteil des Wirtschaftslebens ist. Es muss daher nach eine Schwelle identifiziert werden, ab der die Ausnutzung von Rationalitätsasymmetrien unerlaubt ist. Als Maßstab für die Un erlaubttheit kann in Anlehnung an die Untersuchungen von Hacker⁹³ gelten, ob beim Kunden ganz erhebliche Rationalitätsdefizite vorliegen, die vom Unternehmen auch bewusst aufgebaut, verstärkt oder genutzt wurden.

Möglich scheint daneben auch, „dark patterns“ analog zur Rechtsprechung des BGH zu fälschlich empfohlenen Finanzprodukten unter billiger Inkaufnahme der Schädigung des Anlegers⁹⁴ unter die vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB zu subsumieren, wobei auch hier wegen des Eingriffs in die Vertragsfreiheit wenigstens erhebliche Rationalitätsdefizite beim Verbraucher vorliegen müssen.⁹⁵ Sowohl die culpa in contrahendo als auch § 826 BGB führen zu einem Schadensersatzanspruch, der allerdings auch zur Vertragsaufhebung führen kann.⁹⁶ So können die Folgen von Verträgen, die mittels eines „dark patterns“ zustande kamen, beseitigt werden, wenn sie

⁹⁰ Siehe Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 63.

⁹¹ Siehe Emmerich, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 311 Rn. 64 ff. m.w.N.

⁹² Ebers, MMR 2018, 423, 426.

⁹³ Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 661 ff, 666 ff.

⁹⁴ BGH, Urt. v. 19.02.2008 – XI ZR 170/07, Rn. 29.

⁹⁵ Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 661 ff, 671.

⁹⁶ Siehe nur BGH, Urt. v. 21.12.2004 - VI ZR 306/03.

auf erheblichen und vom Unternehmen bewusst aufgebauten, verstärkten oder genutzten Rationalitätsdefiziten beruhen.

3. Zwischenergebnisse

Es zeigt sich, dass die Regelungen im Vertragsrecht wirkungsvolle Mechanismen gegen viele Handlungsformen von „dark patterns“ bereithalten. Neben umfassenden Informationspflichten und der Button-Gestaltung sowie dem Verbot der Vorauswahl finden sich einfach auszuübende Widerrufsrechte und künftig stark vereinfachte Kündigungsmöglichkeiten, die die Folgen von auf Manipulation beruhenden Vertragsabschlüssen beseitigen können. In Fällen, in denen dies nicht genügt, lässt sich irreführenden „dark patterns“ über Anfechtungsmöglichkeiten begegnen. Für die übrigen Fälle bietet vor allem eine Auslegung der vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten oder der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung dergestalt, dass sie das unzulässige Hervorrufen von Rationalitätsasymmetrien verbietet, eine Möglichkeit, sich von unerwünschten Verträgen zu lösen.

De lege lata existieren daher im Verbrauchervertragsrecht präzise Regelungen, die eine Vielzahl bekannter „dark patterns“ adressieren oder zumindest deren unerwünschte Folgen kostengünstig beseitigen können. Dabei zeigt sich, dass insbesondere der europäische Gesetzgeber das verbrauchervertragliche Richtlinienrecht auch mit dem modernen Verbraucherleitbild im Blick laufend feingranular an neu auftretende manipulierende Praktiken anpasst und neue Fallgruppen der Beeinflussung verbietet, wenn diese kategorisch nicht hinnehmbar sind.

Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jede Form der Beeinflussung verboten werden darf. Dies würde zum einen zu nicht gerechtfertigten Eingriffen in die Vertragsfreiheit und in die unternehmerische Freiheit führen. Darüber hinaus besteht das Risiko einer Verbraucherbevormundung, die mit dem Bild eines mündigen Verbrauchers nicht zu vereinbaren wäre. Ferner stellt die Beeinflussung das Grundelement wirtschaftlicher Kommunikation mit Verbrauchern dar. Es ist daher eine normative Grenze zu finden, ab der die Beeinflussung unter Berücksichtigung der Interessen aller beteiligten Akteure nicht mehr hinnehmbar ist. Ein möglicher Lösungsansatz ist, bei der Prüfung der Wahrung der Autonomie die Effizienz der manipulierenden Wirkung und die drohenden Schäden zu berücksichtigen.⁹⁷ Dabei kann der Gesetzgeber auch verhaltenspsychologische Effekte in den Blick nehmen. Die Beeinflussung als solche, wie sie für „dark patterns“ kennzeichnend ist, kann jedoch kein Kriterium weitergehender Regelungen sein.

⁹⁷ Darauf hinweisend Weinzierl, NVwZ-Extra 15/2020, 11.

Ein Bedürfnis gesetzgeberischen Tätigwerdens, das gezielt „dark patterns“ adressiert und verbietet, wird daher im Verbrauchervertragsrecht nicht ausgelöst. Für bislang noch ungeregelte Fälle bietet sich ein Rückgriff auf offene Tatbestände an, um für den Verbraucher eine Einzelfallgerechtigkeit etwa durch die Möglichkeit der Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der culpa in contrahendo oder der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung zu schaffen. Sollten sich weitere Praktiken herauskristallisieren, die ein umfassendes Verbot zur Folge haben müssen, kann der Gesetzgeber im Einzelfall tätig werden.

Freilich sind verbrauchervertragsrechtliche Mechanismen von einem wirksamen Vollzug abhängig, den aber allein der Verbraucher selbst in der Hand hat. So scheint es denkbar, dass der Verbraucher im Einzelfall die Vertragsfolgen hinnehmen wird, wenn das Risiko eines Verfahrens höher ist als der Nutzen der Loslösung oder Rückabwicklung des unerwünschten Vertrages. Dies ist in Fällen denkbar, in denen „dark patterns“ zwar zu unerwünschten, aber verhältnismäßig unbelastenden Vertragsabschlüssen führen. Unternehmen könnten so geneigt sein, eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen über „dark patterns“ zu generieren, gleichzeitig aber die Auswirkungen für den Einzelnen niedrig zu halten, sodass dieser sich nicht zur Wehr setzen wird. Diese Probleme lassen sich also nicht allein materiell-rechtlich lösen, sondern es bedarf zusätzlich einer institutionellen Flankierung im Verbraucherschutzrecht (siehe dazu IV.7. unten).

IV. Lauterkeitsrechtliche Vorgaben

Ferner finden sich im Lauterkeitsrecht Regelungen, die „dark patterns“ adressieren. Dieses Rechtsgebiet, das Verbraucher generalpräventiv vor „unlauteren geschäftlichen Handlungen“ schützen soll⁹⁸ und, ebenso wie das Verbraucherrecht stark richtlinienrechtliche geprägt ist, nimmt ausweislich Art. 2 lit. k der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)⁹⁹ „geschäftliche Entscheidungen“ von Verbrauchern in den Fokus. Es wird daher die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers als dessen autonome Steuerungsmöglichkeit im geschäftlichen Verkehr „vor, während und nach dem [Vertrags-]Abschluss“¹⁰⁰ geschützt.¹⁰¹

⁹⁸ Siehe § 1 UWG.

⁹⁹ RL 2005/29/EG.

¹⁰⁰ Art. 3 Abs. 1 UGP-RL.

¹⁰¹ *Sosnitza*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), *MüKoUWG*, 3. Aufl. 2020, UWG, § 1 Rn. 27.

Dies soll dadurch erreicht werden, dass dem Verbraucher alle Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen, die dieser „je nach den Umständen benötigt, um eine informierte, geschäftliche Entscheidung zu treffen“.¹⁰² Dies geschieht im Lauterkeitsrecht, indem den Willen des Verbrauchers über das zulässige Maß beeinflussende Handlungen verboten werden.¹⁰³ Es zeigt sich hier deutlich, dass dem Lauterkeitsrecht, wie auf dem Verbrauchervertragsrecht, das moderne Verbraucherleitbild des durchschnittlich informierten und aufmerksamen Verbrauchers zugrunde liegt.

Der Anwendungsbereich des UWG ist dabei denkbar weit und umfasst „geschäftliche Handlungen“. Solche sind nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen“. Das bedeutet, dass eine geschäftliche Handlung vorliegt, wenn sie unternehmens- und marktbezogen ist. Beispiele sind der Abschluss von Verträgen, Werbung zur Verkaufsförderung, und auch datenschutzrechtlich relevante Tatbestände, solange sie einen Marktbezug aufweisen, wie etwa die Reichweitenmessung von Werbung.¹⁰⁴

1. Stets unzulässige Handlungen nach § 3 Abs. 3 UWG

„Stets unzulässig“ sind die an Verbraucher gerichtete Handlungen der Liste im Anhang des UWG, § 3 Abs. 3 UWG. Die sogenannte „Schwarze Liste“ dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 5 S. 1 UGP-RL und deren Anhang I. Es handelt sich dabei um Tatbestände, die „ohne eine Beurteilung des Einzelfalls“¹⁰⁵ als unlauter gelten. Nicht notwendig ist daher die Prüfung einer „geschäftlichen Relevanz“, also, ob der Verbraucher eine Entscheidung auch ohne die geschäftliche Handlung vorgenommen hätte. In Anhang I zum UWG werden einige Handlungen verboten, die sich auch als „dark patterns“ kennzeichnen lassen.

Dies betrifft zunächst Nr. 7 des Anhangs, der eine unwahre zeitliche Knappheit oder zeitlich befristete Angebotsbedingungen von Waren oder Dienstleistungen verbietet, wenn dadurch der

¹⁰² Art. 7 Abs. 1 UGP-RL.

¹⁰³ Siehe dazu *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, UWG § 1 Rn. 19.

¹⁰⁴ Siehe dazu *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG. Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 2, Rn. 31a.

¹⁰⁵ Erwägungsgrund 17 UGP-RL.

Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung veranlasst werden soll, ohne dass er Zeit hat, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden. Dabei muss der Zeitraum so begrenzt sein, dass der Verbraucher sich einem hohen Entscheidungsdruck ausgesetzt sieht. So werden jene „dark patterns“ adressiert, die den Verbraucher zeitlich unter Druck setzen sollen, also beispielsweise das *Countdown-pattern* „dieses Angebot endet in 10 Minuten“. Es unterliegt aber zwei wichtigen Schranken: Zunächst muss das Angebot tatsächlich unwahr sein. Wenn das Angebot tatsächlich nach einem derart kurzen Zeitraum endet, ist die Angabe nicht „unwahr“, auch wenn das Zeitfenster möglicherweise willkürlich gesetzt wurde.¹⁰⁶ Ferner muss der Zeitraum so kurz sein, dass das Angebot den Verbraucher derart unter Druck setzt, dass er keine informierte Entscheidung mehr treffen kann. Bei einer einwöchigen Angebotsdauer ist davon beispielsweise grundsätzlich nicht auszugehen.¹⁰⁷

Nr. 21 des Anhangs zum UWG verbietet das Bewerben einer Ware oder Dienstleistung als „kostenlos“, wenn gleichwohl Kosten zu tragen sind. Dies gilt nur dann nicht, wenn es sich um unvermeidbare Kosten, wie Versandkosten oder Fahrkosten des Verbrauchers handelt. Weitere Kosten, wie etwa „Bearbeitungspauschalen“, darf der Unternehmer nicht verlangen.¹⁰⁸ Damit wird insbesondere die Praxis adressiert, Waren oder Dienstleistungen als „gratis“ zu bewerben und Kaufreize des Verbrauchers anzuregen, um die Waren dann über erhöhte (nicht wirklich anfallende) Porto- oder Bearbeitungsgebühren zu finanzieren. Ein häufiger Anwendungsfall der Nr. 21 des Anhangs zum UWG sind daher auch Abofallen im Internet, bei denen bei Inanspruchnahme einer vermeintlich kostenlosen Dienstleistung ein längerfristiger Vertrag abgeschlossen wird.¹⁰⁹ Damit sind *Hidden-Costs-patterns* lauterkeitsrechtlich untersagt.

In Nr. 22 und 29 des Anhangs zum UWG werden weitere Phänomene, die als „dark patterns“ auftreten können, verboten. Die Bestimmungen untersagen Praktiken, dem Verbraucher Werbematerial mitsamt Zahlungsaufforderung oder auch ungefragt Waren zuzusenden, damit der Verbraucher den unzutreffenden Eindruck erhält, er müsse seine Pflicht aus einem vermeintlichen Schuldverhältnis erfüllen. Eine Ausprägung des *Social-Proof-patterns*, das im Internet sehr geläufig ist, wurde nun in Anhang I der UGP-RL mit den Ziffern 23b und 23c eingefügt, sodass es künftig

¹⁰⁶ Siehe Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 64.

¹⁰⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, Anh. § 3 Abs. 3 Rn. 7.6.

¹⁰⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, Anh. zu § 3 Abs. 3 Rn. 21.5.

¹⁰⁹ Dazu Alexander, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 3. Aufl. 2020, § 3 Abs. 3 Nr. 21 Rn. 22.

ebenfalls über § 3 Abs. 3 UWG und den Anhang zum UWG verboten wird.¹¹⁰ Die neuen Tatbestände untersagen die Verwendung ungeprüfter oder gefälschter Produktbewertungen von Käufern.

Die Liste im Anhang zum UWG enthält einzelfallbezogene Verbote, die einige „dark patterns“ verbieten. Allerdings enthalten sie keine systematische „dark patterns“-Kontrolle, sondern adressieren diese eher zufällig.¹¹¹ Für „dark patterns“, die sich ähnlicher Mechanismen bedienen, die aber nicht unter die Tatbestände im Anhang zum UWG fallen, kann die Liste nicht herangezogen werden, da sie abgeschlossen und nicht analogiefähig ist. Allerdings beschränkt sie auch nicht die sonstigen Unlauterkeitstatbestände des UWG. So sind Sachverhalte, die durch den Anhang zum UWG nicht geregelt werden, nicht automatisch zulässig, sondern können nach den allgemeinen Regelungen auf ihre Unlauterkeit hin überprüft werden.¹¹²

2. Aggressive geschäftliche Handlungen, § 4a UWG

§ 4a UWG verbietet aggressive geschäftliche Handlungen. Nach § 4a Abs. 1 UWG ist, anders als für die Fälle des § 3 Abs. 3 UWG, eine geschäftliche Relevanz erforderlich. Der Verbraucher muss also aufgrund der geschäftlichen Handlung anders agiert haben, als er es ohne die geschäftliche Handlung getan hätte. Aggressiv ist die Handlung, wenn sie im Einzelfall durch Belästigung, Nötigung oder unzulässige Beeinflussung die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder der sonstigen Marktteilnehmer erheblich beeinträchtigt. Eine unzulässige Beeinflussung liegt wiederum dann vor, wenn der Unternehmer eine Marktposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmern zur Ausübung von Druck derart ausnutzt, dass die Fähigkeit zur informierten Entscheidung wesentlich eingeschränkt ist. § 4a Abs. 2 UWG normiert die Umstände, auf die bei der Bewertung der Aggressivität der Handlung abzustellen ist, wie den Zeitpunkt, Formulierungen, die Ausnutzung konkreter Unglückssituationen, die Konfrontation mit belastenden oder unverhältnismäßigen Hindernissen nichtvertraglicher Art oder Drohungen mit rechtlich unzulässigen Handlungen. Zu berücksichtigen sind ferner auch geistige und körperliche Beeinträchtigungen, das Alter, die geschäftliche Unerfahrenheit, die Leichtgläubigkeit, die Angst und die Zwangslage von Verbrauchern.

¹¹⁰ Die Änderungen wurden mit der Omnibusrichtlinie (RL 2019/2161) eingefügt und sind bis zum 28.5.2022 umzusetzen. Bislang ist der deutsche Gesetzgeber diesbezüglich noch nicht tätig geworden.

¹¹¹ Siehe auch *Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 65.

¹¹² *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, § 3 Rn. 4.4.

a) Adressierung von „dark patterns“

Damit werden einige Wirkungsweisen von „dark patterns“ adressiert, da diese häufig auf Druck oder Belästigung aufbauen, wie *Nagging*- oder *Click-Fatigue*-patterns. Das *Roach-Motel*-pattern wird ausdrücklich als Regelbeispiel in § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG genannt. Es handelt sich um die belastende oder unverhältnismäßige Erschwerung der Loslösung von Verträgen, wie es sich bei der Kündigung von Premium-Abonnements vereinzelt finden lässt.¹¹³ Aber auch sonstige Beeinträchtigungen wie die der Entscheidungsrationaltät können durch § 4a UWG verboten sein. Eine Beeinträchtigung kann sogar bereits dann anzunehmen sein, wenn der Verbraucher, wie in Fällen von *Hidden-Information*-patterns nicht klar und angemessen aufgeklärt wurde.¹¹⁴

b) Erheblichkeit der Beeinflussung

Allerdings setzt der Tatbestand des § 4a UWG voraus, dass die Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit „erheblich“ ist. Damit sollen alltägliche und sozialadäquate Fälle tatbestandlich ausgeklammert werden, denn es gehört zum Wesen des Wettbewerbs, Kunden zu einer geschäftlichen Entscheidung bewegen und auch beeinflussen zu wollen. § 4a UWG soll daher nicht vor „unvernünftigen“ Verbraucherentscheidungen schützen, sondern nur die autonome Entscheidungsfähigkeit im Markt sicherstellen.¹¹⁵ Eine klare Linie ist für die Schwelle der erheblichen Beeinflussung noch nicht entwickelt worden, weil sie stets „im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände“ (§ 4a Abs. 1 S. 2 UWG) Anwendung finden muss. Einige stellen auf die Folgen der geschäftlichen Entscheidung ab und wollen so in der „Erheblichkeit“ eine Bagatellklausel sehen.¹¹⁶ Danach käme es darauf an, ob die Folgen aus der Verwendung von „dark patterns“ für den Verbraucher erheblich sind. Dagegen spricht allerdings folgendes: § 4a Abs. 1 S. 2 UWG stellt die Erheblichkeit nur in den Zusammenhang mit der Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit, nicht dagegen mit den aus der Handlung folgenden Verpflichtungen. Dies folgt auch aus den in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG genannten Handlungsmodalitäten der Beeinflussung, die allesamt selbst nicht auf die Folgen des Verbraucherverhaltens abstellen, sondern auf die Art und Weise der Beeinflussung des Verbrauchers. Richtigerweise wird man daher annehmen müssen, dass es für die Bestimmung der Erheblichkeit

¹¹³ Siehe auch Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 66.

¹¹⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, § 4a Rn. 1.33a m.w.N.

¹¹⁵ Picht, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG. Kommentar, 5. Aufl. 2021, UWG § 4a Rn. 124.

¹¹⁶ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), 7. Aufl. 2016, UWG § 4a Rn. 191; so wohl auch Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 66.

darauf ankommen muss, wie wirksam sie die Verbraucherentscheidung beeinflussen. Daher ist der Ansicht *Glöckner* zu folgen, der eine Beeinflussung dann für unerheblich hält, solange der Adressat sie erkennt und inhaltlich zumindest mitträgt.¹¹⁷ Unterschwellig wirkende und effiziente Mechanismen können daher die Erheblichkeit überschreiten, unabhängig davon, wie gravierend die Folgen für den Adressaten sind. Damit können unterschwellig wirkende „dark patterns“ nach § 4a UWG verboten werden.

c) Vorliegen einer Handlungsalternative aus § 4a Abs. 1 S. 2 UWG

Dies würde allerdings zudem voraussetzen, dass das „dark pattern“ als unzulässiges Beeinflussungsmittel wirkt, also belästigend, nötigend oder unter Ausübung von Druck durch eine Machtposition eingesetzt wird. Belästigend ist eine Handlung regelmäßig dann, wenn sie sich als störender Eingriff in die Privatsphäre des Verbrauchers darstellt.¹¹⁸ Gemeint sind damit insbesondere unerbetene Hausbesuche, unerbetene Kommunikation oder die unerbetene Zusendung von Waren.¹¹⁹ Darüber hinaus genügt es auch, wenn in sozial unangemessener Weise auf einen Verbraucher oder Marktteilnehmer eingewirkt wird.¹²⁰ Das wiederholte, häufige Ansprechen des Verbrauchers, wie es *Nagging*-patterns kennzeichnet, kann daher als belästigende Handlung qualifiziert werden, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass die Autonomie des Verbrauchers beeinträchtigt wird.¹²¹

Eine Nötigung nach § 4 Abs. 2 S. 2 UWG liegt vor, wenn der Adressat durch Anwendung von Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Entscheidung gedrängt wird.¹²² Relevanter für „dark patterns“ dürfte demgegenüber das dritte Beeinflussungsmittel sein, die unzulässige Beeinflussung durch Ausnutzen einer Machtposition zur Ausübung von Druck. So können beispielsweise verkaufsfördernde Gewinnspiele eine unzulässige Beeinflussung darstellen, wenn das Kaufverhalten des Adressaten nicht mehr primär auf sachlichen Gesichtspunkten, sondern auf der Gewinnchance basiert.¹²³ So scheint es denkbar, dass Unternehmen mit entsprechender Machtposition durch „dark patterns“ ähnliche Reize setzen, die die Rationalität des Verbrauchers in den

¹¹⁷ *Glöckner*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG. Kommentar, 5. Aufl. 2021, UWG Einleitung, Rn. 487 ff.

¹¹⁸ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen. (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, UWG § 4a Rn. 1.40

¹¹⁹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG. Kommentar, 39. Aufl. 2021, UWG § 4a Rn. 1.42 ff.

¹²⁰ *Raue*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 3. Aufl. 2020, UWG § 4a Rn. 114.

¹²¹ *Scherer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), 3. Aufl. 2016, UWG. Kommentar, UWG § 4a Rn. 124.

¹²² *Raue*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG (Hrsg.), 3. Aufl. 2020, § 4a Rn. 130.

¹²³ BGH, Urt. v. 22.01.2009 - I ZR 31/06, Rn. 12 – *Jeder 100. Einkauf gratis*.

Hintergrund drängen, wie etwa *Confirmshaming*-patterns, die auf vermeintliche Nachteile hinweisen, ein Treueprogramm abzulehnen. Rechtsprechung dazu ist allerdings nicht ersichtlich.

d) Zwischenergebnisse

Über § 4a UWG können solche „dark patterns“ wirksam bekämpft werden, die auf Belästigung, Nötigung oder unzulässiger Beeinflussung wie etwa der Ausübung von Druck durch Machtpositionen beruht, wenn diese den Verbraucher erheblich beeinflussen. Eine erhebliche Beeinflussung liegt nach richtiger Ansicht dann vor, wenn die Art der Beeinflussung geeignet ist, die Verbraucherentscheidung effizient zu beeinflussen, insbesondere, weil dem Adressaten die Beeinflussung nicht bewusst ist oder er sie nicht zumindest mitträgt. Zu beachten ist aber, dass das „dark pattern“ sich zusätzlich als unzulässiges Beeinflussungsmittel nach § 4a Abs. 1 S. 2 UWG darstellen muss. Denkbar sind hierfür besonders belästigend wirkende *Nagging*-patterns, die die Rationalität aufgrund ihrer Hartnäckigkeit in den Hintergrund drängen. Daneben sind Fälle denkbar, in denen das Unternehmen seine Macht gegenüber dem Verbraucher ausnutzt, um auf ihn Druck auszuüben, damit dieser eine irrationale Entscheidung trifft. In den Fällen, in denen die Beeinflussung mittels einer der Handlungsalternativen in § 4a Abs. 1 S. 2 UWG besonders effektiv oder unterschwellig wirkt, sind damit „dark patterns“ bereits *de lege lata* über § 4a UWG verboten.

3. Irreführende geschäftliche Handlungen, §§ 5, 5a UWG

In § 5 UWG findet sich ferner ein Verbot irreführender geschäftlicher Handlungen. Eine Irreführung liegt dann vor, wenn die Handlung unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben enthält. Damit ist klargestellt, dass nicht nur objektiv falsche, sondern auch solche Angaben unlauter sein können, die bei den Adressaten eine Vorstellung erzeugen, die mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmen.¹²⁴ Das bedeutet, dass auch jenseits der Angabe schlicht unwahrer Angaben solche Praktiken verboten werden können, die die Informationsverarbeitung des Verbrauchers manipulieren oder erschweren. Daher sind scheinbare Angaben zur knappen Warenverfügbarkeit, etwa in Form eines *Countdown*- oder *Scarcity*-patterns, von § 5 UWG erfasst, selbst wenn es sich mangels Folgeankündigung etwa bei Ablauf des Countdowns dabei nicht um eine falsche Angabe

¹²⁴ BGH, Urt. v. 24.09.2013 – I ZR 89/12, Rn. 15 – *Matratzen Factory Outlet*.

handelt. Ferner kann § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG vor individuellen Preisberechnungen¹²⁵ aufgrund von Trackingmechanismen schützen.¹²⁶

§ 5a UWG verbietet die Irreführung durch Unterlassen. In § 5a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UWG ist eine besondere Transparenzregel enthalten, die die Bereitstellung wesentlicher Informationen in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise verbietet. Damit ist mit der Norm jenen „dark patterns“ zu begegnen, die zwar richtige Angaben enthalten, diese aber aufgrund ihrer Formulierung oder graphischen Gestaltung verstecken, wie es *Hidden-Information-* und *Misdirection-*patterns kennzeichnet. In § 5a Abs. 3 UWG findet sich eine Verpflichtung für Unternehmen zur Angabe bestimmter vertragswesentlicher Informationen, die teilweise den Informationspflichten im Verbrauchervertragsrecht in den Art. 246 ff. EGBGB entsprechen. Relevant ist hier insbesondere die Erwähnung des Gesamtpreises, sodass *Hidden-Information-*patterns, die diesen verschleiern sollen, erfasst sind.¹²⁷

4. Verpflichtende Preisangaben

Um den Verbraucher zu schützen und den Wettbewerb zu fördern, hat der Gesetzgeber eine Verordnungsermächtigung für die Pflichtangabe von Preisen erlassen, § 1 Preisangabengesetz. Nach § 1 Abs. 1, 2 der entsprechenden Preisangabenverordnung müssen an Verbraucher gerichtete Angebote von Waren und Dienstleistungen den Gesamtpreis, also die Preise der Waren und Dienstleistungen zuzüglich Mehrwertsteuer und sonstiger Preisbestandteile sowie etwa Versandkosten angeben. Die Preise sind dabei so darzustellen, dass sie den Grundsätzen der Preiswahrheit und der Preisklarheit entsprechen sowie gut wahrnehmbar und leicht erkennbar sind. Gesamtpreise sind dabei besonders hervorzuheben, wenn mehrere Preisangaben erfolgen (§ 1 Abs. 7 Preisangabenverordnung). Damit werden Verbraucher auch vor der Irreführung durch Weglassen jener relevanter Preisinformationen, wie es sich etwa das *Hidden-Costs-Pattern* zunutze macht, geschützt.

¹²⁵ Personalisierte Preise sind im E-Commerce allerdings bislang laut einer Studie von ibi research an der Universität Regensburg GmbH und trinnovative GmbH im Auftrag des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz nicht bekannt. Die Studie ist abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Schlussbericht_Empirie.pdf (letzter Abruf: 01.02.2022).

¹²⁶ So Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 66, 67.

¹²⁷ Siehe Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 67; beispielsweise fällt das Unterlassen der Nennung von Zusatzkosten für Gepäck bei der Flugbuchung darunter, siehe OLG Dresden, Urt. v. 11.02.2020 – 14 U 1885/19.

5. Werbung, insbesondere Inbox-Advertising

Werbung ist als geschäftliche Handlung einer der Hauptanwendungsfälle des UWG. Besonders hervorzuheben ist die umfassende Rechtsprechung zu Sonderangeboten, Lockvogelangeboten und Preisschaukelei, die irreführend nach § 5 UWG sein können.¹²⁸ So ist es beispielsweise irreführend, wenn ein Unternehmen mit Preisnachlässen wirbt, die tatsächlich in der Höhe nicht geboten werden, da das Produkt zum behaupteten, nicht reduzierten Originalpreis niemals angeboten wurde (siehe dazu das Beispiel oben unter A. II. 9.).¹²⁹

§ 7 UWG verbietet darüber hinaus unzumutbare Belästigungen, insbesondere durch Werbung, und regelt dabei, wie Post-, Telefon- und E-Mail-Werbung im Einzelnen zulässig sein kann. „Dark patterns“ tarnen sich unter anderem als gewöhnliche Nachrichtenartikel, um eine erhöhte Glaubwürdigkeit zu suggerieren (sogenannte *Disguised-Ads-patterns*), wobei dies mittlerweile nach § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 11 des Anhangs zum UWG verboten ist, sodass sich entsprechende Kennzeichnungen bei derartigen Anzeigen finden. Ein solches Verbot der Schleichwerbung findet sich darüber hinaus in § 5a Abs. 6 UWG, der ebenfalls zu einer Kennzeichnung verpflichtet.

Bislang ungeklärt war die Frage, wie das sogenannte „inbox advertising“ zu bewerten ist. Es handelt sich dabei um ein *Misdirection*- oder *Bait-and-Switch*-pattern, das Werbeanzeigen im Posteingang eines Webmail-Dienstes, die mit „Anzeige“, „Werbung“, oder ähnlichem gekennzeichnet darstellt, die häufig in einer anderen Farbe hinterlegt sind (siehe dazu das Beispiel oben unter A. II. 2.). Denkbar wäre daher, „inbox advertising“ dem Regime des § 5a Abs. 6 UWG zu unterstellen und die Zulässigkeit der Praxis nur einer entsprechenden Kennzeichnung als Werbung anzunehmen.¹³⁰ Der BGH legte dem EuGH aber die Frage vor, ob es sich beim „inbox advertising“ um eine einwilligungspflichtige E-Mail-Werbung nach Art. 13 Abs. 1 der RL 2002/58/EG handelt, die in Deutschland unter anderem in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG umgesetzt wurde. Nach dieser Norm ist E-Mail-Werbung nur zulässig, wenn der Adressat vorher eingewilligt hat. Der EuGH entschied insoweit, dass es beim „inbox advertising“ nicht auf die rechtliche Einordnung der Werbung als elektronische Kommunikation ankomme,¹³¹ sondern aufgrund des Erscheinungsbildes der Werbung, die Spam-Nachrichten ähnelt, und der Gefahr der Verwechslung mit tatsächlichen E-Mails¹³²

¹²⁸ Siehe die umfassenden Darstellungen bei Sosnitza in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), 7. Aufl. 2016, UWG § 5 Rn. 228 ff.

¹²⁹ Siehe nur BGH, Urt. v. 08.12.1978 - I ZR 57/77 – 10-Jahres-Jubiläum.

¹³⁰ So noch OLG Nürnberg, Urt. v. 15.01.2019 – 3 U 724/18, Rn. 44 ff.

¹³¹ EuGH, Urt. v. 25.11.2021, C-102/20, Rn. 46.

¹³² EuGH, Urt. v. 25.11.2021, C-102/20, Rn. 42 ff.

entschieden, dass „inbox advertising“ nach den Regelungen zur E-Mail-Werbung zu behandeln ist. Daher reicht eine Kennzeichnung als Werbung nicht aus. Es ist stattdessen eine ausdrückliche Einwilligung in die Werbung erforderlich.

In diesem Fall unterstellt der EuGH aufgrund des Erscheinungsbildes von Werbung diese Praxis demnach einem strengeren Regime, das sich an dem imitierten Gegenstand messen muss. Mit einer solchen Spruchpraxis kann jenen „dark patterns“ begegnet werden, durch die aufgrund der Gewöhnung an gewisse Verhaltensweisen (in diesem Fall das Öffnen einer E-Mail im Postfach) andere Handlungen als gewünscht ausgeführt werden, und zudem an diese Verhaltensweisen besondere Anforderungen gestellt werden.

6. Lauterkeitsrechtliche Verbrauchergeneralklausel, § 3 Abs. 2 UWG

Als Auffangtatbestand findet sich in § 3 Abs. 2 UWG die sogenannte „Verbrauchergeneralklausel“, die jene lauterkeitsrechtliche Fälle behandeln kann, die von den spezielleren Tatbeständen nicht umfasst werden. Zu denken ist hier etwa an „dark patterns“, deren Beeinflussung nicht effektiv genug ist, oder die sich nicht der entsprechenden Beeinflussungsmittel bedienen, um § 4a UWG zu unterfallen, die Folgen für den Adressaten aber derart gravierend sind, dass ein Bedürfnis ausgelöst wird, die Praktik zu verbieten.

Nach § 3 Abs. 2 UWG sind geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Anders als bei den §§ 4a, 5 und 5a UWG enthält § 3 Abs. 2 UWG die sogenannte „Spürbarkeitsklausel“, die Bagatellfälle aus dem Anwendungsbereich der Norm herausnimmt.¹³³ Die Spürbarkeitsklausel erfordert eine Gesamtwürdigung der Umstände, wobei es unter anderem auf die Intensität der geschäftlichen Handlung, die Marktstärke des Unternehmens, den Verschuldensgrad und die Art der betroffenen Rechtsgüter ankommt.¹³⁴ Eine Spürbarkeit und damit die Anwendung von § 3 Abs. 2 UWG wurde dabei für geschäftliche Handlungen wegen einer besonderen Anreiz- oder Anlockwirkung angenommen.¹³⁵ Daher ist davon auszugehen, dass wirkungsvolle „dark patterns“ dem Regime des § 3 Abs. 2 UWG ohne weiteres unterfallen können.¹³⁶

¹³³ *Sosnitza*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 126.

¹³⁴ Siehe dazu *Sosnitza*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 128 ff.

¹³⁵ Siehe die Nachweise bei *Sosnitza*, in: Heermann/Schlingloff (Hrsg.), MüKoUWG, 3. Aufl. 2020, § 3 Rn. 135, Fn. 357.

¹³⁶ So auch *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 68.

7. Zwischenergebnisse

Obwohl das Lauterkeitsrecht „dark patterns“ nicht systematisch behandelt, eignet sich das Regime, um ihnen wirksam zu begegnen. Die Herangehensweise des Gesetzgebers ähnelt dabei sehr der des Verbrauchervertragsrechts. Zum großen Teil unterfallen „dark patterns“ feingranularen Verbotsstatbeständen, wie § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. der Liste im Anhang des UWG oder den §§ 4 ff. UWG ausdrücklich. Identifiziert der Gesetzgeber eine noch nicht adressierte Praxis, bei der ein manipulatives Design ein Verbotsbedürfnis auslöst, justiert er über die Schaffung spezieller Tatbestände nach, wie er es jüngst mit der Aufnahme von gefälschten Nutzerbewertungen in Anhang I der UGP-RL vollzogen hat. Ansonsten wird man „dark patterns“, jedenfalls bei besonderer Spürbarkeit, über die Generalklausel in § 3 Abs. 2 UWG regulieren und gegebenenfalls unterbinden können. Damit kann die Rechtsprechung im Einzelfall Regelungslücken wirksam schließen, wenn der Sachverhalt nach Wirksamkeit der Beeinflussung und Schwere der Folgen ein Bedürfnis nach staatlichen Eingriffen rechtfertigt (siehe dazu bereits oben unter III. 3.). Ein Bedarf für ein umfassendes Verbot von „dark patterns“ ist daher gegenwärtig nicht ersichtlich.

Auch Vollzugsdefizite, die im Verbrauchervertragsrecht bestehen, werden durch das Lauterkeitsrecht wirkungsvoll beseitigt. Die Verbote werden nicht von Betroffenen, sondern von Mitbewerbern und Wirtschaftsverbänden durchgesetzt (siehe § 8 Abs. 3 UWG). Dies führt dazu, dass Marktwächter hier befähigt werden, gegen Verstöße vorzugehen, was dem einzelnen Verbraucher möglicherweise wegen der Hürden und der Anstrengungen eines Prozesses nicht attraktiv erscheinen mag. Daneben können die aus § 8 Abs. 3 UWG Berechtigten über den Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG auch Verstöße gegen sonstige Marktverhaltensregeln sanktionieren, wie etwa gegen die Impressumspflicht aus § 5 TMG oder gegen verbrauchervertragsrechtliche Informationspflichten aus den §§ 312a, 312d Abs.1 und 312i BGB.¹³⁷

V. Datenschutzrechtliche Vorgaben

Beim Datenschutzrecht handelt es sich um eine Materie, die besonders häufig mit Blick auf „dark patterns“ adressiert wird. Dies liegt zum einen daran, dass der Bereich der elektronischen Datenverarbeitung einen besonders günstigen Nährboden für beeinflussende Interfacegestaltungen

¹³⁷ Siehe Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 68 m.w.N.

bereitet.¹³⁸ Daneben führt eine wachsende Zahl an datengetriebenen Geschäftsmodellen durch die voranschreitende Digitalisierung dazu, dass ein erhöhtes Bedürfnis an der Verarbeitung personenbezogener Daten besteht. Da andere Rechtfertigungstatbestände häufig nicht vorliegen, ist die Einwilligung ein zentrales Instrument für die Legitimation der Datenverarbeitung.¹³⁹ Obwohl diese Entwicklung bereits seit längerer Zeit voranschreitet, sind die Anforderungen an die Einwilligung seit der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG von mehr als 25 Jahren im Grunde unverändert geblieben. Die Einwilligung muss freiwillig und in informierter Weise erfolgen.¹⁴⁰ Daneben bestehen Regelungsmöglichkeiten über die datenschutzfreundliche Technikgestaltung (Art. 25 DS-GVO).

1. Freiwillige Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; Art. 7 Abs. 4 DS-GVO)¹⁴¹

Art. 4 Nr. 11 DS-GVO definiert die Einwilligung freiwillig erfolgende Willensbeurkundung. Die Forderung der Freiwilligkeit der Einwilligung für ihre Wirksamkeit spiegelt die Erkenntnis aus der Rechtswirklichkeit wider, dass sich oftmals ungleiche Partner gegenüberstehen. Die Einwilligung des schwächeren Partners droht ihre Legitimationswirkung für den Eingriff in sein informationelles Selbstbestimmungsrecht zu verlieren, wenn aufgrund faktischer Verhältnisse gleichsam keine echte Wahlmöglichkeit besteht und der Betroffene einwilligen muss, um die begehrte Leistung zu erhalten oder zu behalten.¹⁴² Dasselbe gilt, wenn die betroffene Person durch „übermäßige Anreize finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe [ihrer] Daten verleitet wird“.¹⁴³ Insgesamt sind für die Bewertung der Freiwilligkeit daher die Kriterien des Ungleichgewichts, der Erforderlichkeit, der vertragscharakterlichen Leistung, der zumutbaren Alternative und eines angemessenen Interessenausgleichs relevant.

¹³⁸ Siehe Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 50.

¹³⁹ Siehe dazu auch die Entwicklung im Telemediendatenschutz. Lange Zeit konnte nach Ansicht der Datenschutzkonferenz ein Nutzertracking durch Cookies auf überwiegende berechnete Interessen gestützt werden. siehe *Datenschutzkonferenz*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, 2019, S. 11 ff. Seit dem 01.12.2021 erlaubt § 25 TTDSG nun nur noch die Platzierung und das Auslesen von Cookies mittels Einwilligung, wenn die Handlung nicht „unbedingt erforderlich“ für die Bereitstellung des Telemediendienstes im Einzelfall ist.

¹⁴⁰ So schon Art. 2 lit. h der Datenschutzrichtlinie: eine Einwilligung muss „ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage“ erfolgen.

¹⁴¹ Dieser Abschnitt orientiert sich an Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 512 ff.

¹⁴² Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992, 1 BvR 1430/88 – *Fangschaltungen*.

¹⁴³ BGH, Urt. v. 16.07.2008, VIII ZR 348/06, Rn. 21.

a) Ungleichgewicht zwischen den Akteuren

Erwägungsgrund 43 der DS-GVO statuiert, dass eine Einwilligung unfreiwillig sein kann, wenn zwischen den Akteuren ein klares Ungleichgewicht besteht. Typische Beispiele hierfür sind Arbeitsverhältnisse und das Bürger/Staat-Verhältnis, im Einzelfall aber auch Verhältnisse zwischen Unternehmen und Verbrauchern.¹⁴⁴ So statuierte das Bundesverfassungsgericht sogar eine aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht, die es den zuständigen staatlichen Stellen gebietet, die rechtlichen Voraussetzungen eines wirkungsvollen informationellen Selbstschutzes bereitzustellen. Ist ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht hat, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, sei es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Bestandteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt.¹⁴⁵ Zwar bindet diese Entscheidung nicht die DS-GVO als EU-Verordnung. Diese Grundsätze dürften aber auch auf unionaler Ebene Anwendung finden.

b) Koppelungsverbot

Das Koppelungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 DS-GVO wird verletzt, wenn die Erfüllung bzw. Eingehung eines Vertrags von einer Einwilligung abhängig gemacht wird, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich ist. Dem Datenverarbeiter ist es aber dabei nicht versagt, seine Leistung von der Erteilung im Sinne eines „take it or leave it“ abhängig zu machen. Dafür müssten aber sämtliche Datenverarbeitungen, in die eingewilligt wird, für die Durchführung des Vertrages erforderlich sein.¹⁴⁶ In diesen Fällen wird aber wegen der Erforderlichkeit zur Erfüllung des Vertrags regelmäßig bereits eine Zulässigkeit nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DS-GVO vorliegen. Durch die Einwilligung kann aber die Bereitstellung der personenbezogenen Daten selbst zum Gegenstand der Hauptleistungspflicht werden, etwa im Falle eines Tausches „Daten gegen Leistung“, wie er bei sozialen Netzwerken stattfindet.¹⁴⁷ Für die Beurteilung der Erforderlichkeit muss zudem das spezifische Charakteristikum des vom Verantwortlichen erbrachten Dienstes bestimmt werden, was gerade für die „Online-Welt“ ein transparentes Modell „Daten gegen Leistung“ eröffnet.¹⁴⁸ Daneben spielt es eine Rolle, ob dem Betroffenen für den gewünschten Vertragsschluss eine

¹⁴⁴ So etwa im Fall von Monopolisten, siehe *Buchner*, DuD 2016, 155, 158.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006, 1 BvR 2027/02.

¹⁴⁶ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 43.

¹⁴⁷ Dazu *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 51 f.

¹⁴⁸ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 49.

zumutbare Alternative am Markt zur Verfügung steht,¹⁴⁹ was etwa bei großen sozialen Netzwerken, auf deren Nutzung man zur Kontaktaufnahme zu anderen Personen teilweise angewiesen sein kann, nicht der Fall ist. Daneben muss bei der Gesamtbetrachtung noch das Kriterium eines angemessenen Interessenausgleichs berücksichtigt werden.¹⁵⁰

Damit werden auch „dark patterns“ adressiert, die eine Einwilligung in die Datenverarbeitung für die Bereitstellung eines inhaltlich völlig unzusammenhängenden Dienstes einfordern, wie eine Bildbearbeitungssoftware, die eine Einwilligung in eine Standortverfolgung oder -speicherung erlaubt.¹⁵¹ Auch wiederholte Einwilligungsanfragen oder eine unnötige Erschwerung der Verweigerung von Einwilligungen können die Freiwilligkeit in Zweifel ziehen.¹⁵² Maßstab muss hier sein, ob die Gestaltung der Einwilligungsoptionen primär dem Zweck dient, den Nutzer zu einer Einwilligung zu drängen, oder ob sie erforderlich ist, um detaillierte Einstellungen vorzunehmen.

Damit wird besonders die Gestaltung von Cookie-Bannern adressiert, die teilweise eine Ablehnung der Einwilligung erst auf zweiter Ebene erlauben.¹⁵³ Solange dies darin begründet ist, dass der Nutzer eine Wahl der Einstellungen treffen und damit die Speicherung von nicht-essenziellen Cookies für alle Zwecke ablehnen kann, ist die Einwilligung noch als freiwillig zu beurteilen.¹⁵⁴ Anders ist das zu sehen, wenn die Ablehnung auf einer zweiten Ebene ohne näheren Grund und bloß schikanemäßig erfolgt.¹⁵⁵

c) Vergleich zu AGB

Die Regelungen zur datenschutzrechtlichen Einwilligung sind von der Stoßrichtung stark vergleichbar mit der zivilrechtlichen und ebenfalls unionsrechtlich vorgeprägten AGB-Kontrolle, die wiederum starke Bezüge zum Verbrauchervertragsrecht aufweist. In beiden Fällen ist die Privatautonomie Ausgangspunkt. Diese wird bei ungleichen Vertragspartnern gefährdet, da sich der unterlegene Teil letztlich faktisch nicht mehr frei entscheiden kann. Daneben verbleibt dem

¹⁴⁹ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 52 ff.

¹⁵⁰ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 54.

¹⁵¹ Siehe Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 55 mit Verweis auf *European Data Protection Board*, Guidelines 5/2020 on consent unter Regulation 2016/679, 4. 5. 2020, S. 19.

¹⁵² So zutreffend Martini/Drews/Seelinger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 55.

¹⁵³ Dem Vorschlag des Bundesrates (BT-Drs. 163/21, S. 5), diese Praxis zu untersagen, ist in § 25 TTDSG nicht gefolgt worden.

¹⁵⁴ A.A. etwa Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435, 437.

¹⁵⁵ Siehe zu einem ähnlichen Fall auch EuGH, Urt. v. 11.11.2020 – C-61/19: Der Verantwortliche verlangte ohne Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung einen Ausweis vom Betroffenen. Lehnte dieser ab, musste er ein gesondertes Formular ausfüllen. Damit stellt die Einwilligung keine freie Entscheidung des Betroffenen dar.

unterlegenden Teil häufig keine Zeit mehr, sich über die Tragweite seiner Erklärung klar zu werden. Es spricht daher einiges dafür, als wesentliches Kriterium den aus dem AGB-Recht stammenden Gedanken der Prüfung auf ein Vorliegen einer „unangemessener Benachteiligung“ abzustellen (§ 307 Abs. 1 BGB). Eine stark zulasten der betroffenen Person und gegen dessen objektive Interessen gerichtete Einwilligung indiziert Zweifel an der Freiwilligkeit.¹⁵⁶ Im Ergebnis kann also nur dann von einer freien Entscheidung der betroffenen Person gesprochen werden, wenn die betroffene Person effektiv die Möglichkeit hat, selbst zu bestimmen, ob und wie ihre Daten verarbeitet werden. Beruht die Einwilligung des Betroffenen nicht auf ihrer freien Entscheidung, ist ihre Einwilligung unwirksam und bereits erhobene Daten sind grundsätzlich zu löschen.

Wie das Vertragsrecht und das Lauterkeitsrecht ist auch das AGB-Recht von Generalklauseln gekennzeichnet, die durch Einzelfallregelungen ergänzt werden. Normsystematisch ist dies der wesentliche Unterschied zum Datenschutzrecht, das bei der Einwilligung keine punktuellen Einzelfälle regelt, sondern ausschließlich aus offenen Tatbeständen besteht.

2. Informierte Einwilligung (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO)¹⁵⁷

Daneben schreibt Art. 4 Nr. 11 DS-GVO vor, dass die Einwilligung in informierter Weise zu erfolgen hat. Nur eine betroffene Person, die alle entscheidungsrelevanten Informationen kennt, kann Risiken und Vorteile der Einwilligung abschätzen und eine darauf beruhende Entscheidung treffen. Ihre Einwilligung kann sich daher auch nur auf bekannte Umstände beziehen. In unbekannte Datenverarbeitungen kann daher nicht wirksam eingewilligt werden. Daher hat der Verantwortliche eine umfassende Informationspflicht, insbesondere hinsichtlich der Arten von verarbeiteten Daten, des Verarbeitungszwecks, der Identität des Verantwortlichen und dessen Erreichbarkeit und gegebenenfalls der Datenempfänger. Die Informationspflicht muss vor Einholung der Einwilligung erfolgen, wobei die Einzelheiten aus Art. 12 und 13 DS-GVO folgen. Dem genügt es beispielsweise nicht, wenn zunächst der Eindruck einer Unterrichtung über wissenschaftliche oder andere Erkenntnisse erweckt wird, es aber um die Verwendung von Daten zu späteren Verkaufszwecken geht.¹⁵⁸

¹⁵⁶ In diese Richtung auch *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG*, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO, Rn. 54.

¹⁵⁷ Dieser Abschnitt orientiert sich an *Kühling/Klar/Sackmann*, *Datenschutzrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 517 ff.

¹⁵⁸ Vgl. noch zum BDSG a.F. LG Traunstein, Urt. v. 20.05.2008, 7 O 318/08.

Durch die Erforderlichkeit der Informiertheit werden jene Praktiken verhindert, die auf eine Verschleierung von Informationen setzen, wie *Hidden-Information-patterns*. Daneben ist die Informiertheit der Einwilligung fraglich, wenn der Nutzer mit einer Vielzahl von Einwilligungsoptionen konfrontiert wird, sodass davon auszugehen ist, dass er sich mit ihnen nicht genauer auseinandersetzt.¹⁵⁹

Schließlich lässt sich unter dem Blickwinkel der Informiertheit auch die Frage adressieren, ob Cookie-Banner so gestaltet werden dürfen, dass sie den Nutzer etwa durch das Ausgrauen des „Ablehnen“-Buttons oder die besondere Hervorhebung des „Einwilligen“-Buttons zur Einwilligung bewegen. Problematisch ist es insoweit, wenn die graphische Gestaltung dazu führt, dass der Nutzer glaubt, keine Möglichkeit zu haben, eine Einwilligung nicht zu erteilen. In diesem Fall kennt der Nutzer nicht alle entscheidungsrelevanten Informationen und ist daher nicht ausreichend informiert. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn die Option des Ablehnens gegenüber der Option der Erteilung der Einwilligung optisch so sehr in den Hintergrund gedrängt wird, dass sie kaum noch wahrnehmbar ist. Andernfalls ist die Informiertheit der Erklärung durch einfaches Hervorheben nicht gefährdet.¹⁶⁰

3. Bestimmte Einwilligung (Art. 5 Abs. 1 lit. b, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)

Im engen Zusammenhang mit der Informationspflicht steht das Erfordernis der Bestimmtheit der Einwilligungserklärung, das sich unmittelbar aus dem Zweckbindungsgrundsatz ableitet.¹⁶¹ Der Betroffene kann nur dann die Vorteile und Risiken seiner Einwilligung einschätzen, wenn er den Inhalt der Einwilligung versteht und die Einwilligungserklärung ausreichend konkret abgefasst ist.¹⁶²

Um dem Gebot der Bestimmtheit zu genügen, sind nicht nur die Daten oder die Art der Daten zu benennen, sondern grundsätzlich auch die einzelnen konkreten Phasen der Datenverarbeitung. Das erforderliche Maß an Bestimmtheit lässt sich allerdings nur in Zusammenschau mit der konkreten Verarbeitungssituation ermitteln. Je komplexer die Verarbeitungsphasen, und je höher ihre Anzahl

¹⁵⁹ BGH, Urt. v. 28.05.2020, I ZR 7/16 – *Cookie-Einwilligung II*, Rn. 36; siehe auch Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl, ZfDR 2021, 47, 56.

¹⁶⁰ So im Ergebnis auch Baumgartner/Hansch, ZD 2020, 435, 437, 438 m.w.N., die aber auf die Tatbestandsmerkmale der Unmissverständlichkeit, bzw. der eindeutig bestätigenden Handlung abstellen; A.A. LG Rostock, 15.09.2020 – 3 O 762/19, Rn. 54, das eine farbliche Hervorhebung des „Einwilligen“-Buttons gegenüber dem „Ablehnen“-Button für unzulässig erachtet.

¹⁶¹ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 61 m.w.N.

¹⁶² Eine mögliche Ausnahme, die unter dem Schlagwort „broad consent“ diskutiert wird, besteht im Bereich wissenschaftlicher Forschung, siehe Erwägungsgrund 33 DS-GVO.

ist, desto weniger kann die Benennung jedes einzelnen Verarbeitungsschritts gefordert werden. In diesen Fällen reicht es aus, wenn die wesentlichen Phasen der Verarbeitung beschrieben sind. Dabei ist aus Gründen der Verständlichkeit und der Klarheit ein gewisser Grad der Unvollständigkeit hinzunehmen. Umgekehrt sind die Anforderungen an die Bestimmtheit aber umso höher, je mehr der Persönlichkeitsschutz der betroffenen Person berührt wird.

Die Einwilligung kann sich immer nur auf die konkrete Datenverarbeitung zu vorher genau festgelegten Zwecken beziehen. Blankoeinwilligungen sind daher unwirksam.¹⁶³

4. Transparenzgebot (Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO)

Um ein „Verstecken“ von Einwilligungserklärungen zu verhindern fordert Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO als besondere Ausprägung des Transparenzgebots des Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO die Hervorhebung der Einwilligung.¹⁶⁴ Der Einwilligungstext muss sich optisch von den übrigen Erklärungen abheben und angemessen platziert sein. Wird dies nicht gewährt ist die Einwilligung unwirksam und die Datenverarbeitung rechtswidrig. Ferner muss der Text der betroffenen Person den Inhalt der Einwilligung, die vom Verantwortlichen vorformuliert und nicht mit anderen Erklärungen gemeinsam abgegeben wird, in einer klaren und verständlichen Sprache vor Augen führen.¹⁶⁵

5. Einwilligung durch Erklärung oder eindeutig bestätigende Handlung (Art. 4 Nr. 11, 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO)

In der DS-GVO ist ferner vorgesehen, dass die Einwilligung ausdrücklich erteilt werden muss. Damit sind durch vorausgewählte Einstellungen oder vorangekreuzte Auswahlkästchen erteilte Einwilligungen, das sogenannte Opt-out, unwirksam (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, Erwägungsgrund 32 DS-GVO).¹⁶⁶ Darüber hinaus muss der Betroffene sich bei der Abgabe im Klaren darüber sein, dass er etwas Rechtserhebliches erklärt (Einwilligungsbewusstsein). Damit werden auch jene Praktiken untersagt, die durch trickreiche Interfacegestaltungen, die einem Opt-out wie etwa durch einen gekennzeichneten Button und einer vorausgefüllten Check-Box ähneln, eine

¹⁶³ Zum BDSG a.F. etwa BGH, Urt. v. 19.09.1985, III ZR 213/83; Urt. v. 10.07.1991, VIII ZR 296/90; Urt. v. 11.12.1991, VIII ZR 4/91.

¹⁶⁴ *Tinnefeld/Buchner/u.a.*, Einführung in das Datenschutzrecht, 7. Aufl. 2019, S. 418.

¹⁶⁵ Vgl. dazu auch *Ernst*, ZD 2017, 110, 113.

¹⁶⁶ Dazu jüngst EuGH, Urt. v. 01.10.2019 – C-673/17, Rn. 55–65 – *Planet49*; siehe auch *Kühling/Sauerborn*, CR 2021, 271, 279.

Einwilligungserklärung provozieren wollen.¹⁶⁷ Konkludente Einwilligungserklärungen, etwa durch das bloße Weiterscrollen auf einer Homepage, sind nun überhaupt nicht mehr möglich.¹⁶⁸

6. Widerruf (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO)

Ähnlich wie im Verbrauchervertragsrecht kennt auch das Datenschutzrecht in Art. 7 Abs. 3 DS-GVO die Möglichkeit des bedingungslosen Widerrufs. Dieser unterscheidet sich allerdings in mehrerlei Hinsicht vom vertragsrechtlichen Pendant. Zum einen ist er nicht an eine Frist gebunden, sondern kann „jederzeit“ ausgeübt werden (Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO). Zum anderen beseitigt er nicht die Folgen der Verarbeitung vollkommen und führt zu einer Rückabwicklung, sondern beseitigt die Wirksamkeit der Einwilligung ex nunc. Der datenschutzrechtliche Widerruf stellt damit letztlich eine Ausprägung der Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung dar,¹⁶⁹ während der vertragsrechtliche Widerruf eine Bindung rückgängig machen soll, die aufgrund einer Überrumpelung oder informationeller Defizite eingegangen wurde. Damit das Widerrufsrecht nicht künstlich erschwert wird, muss es so einfach wie die Einwilligung ausgestaltet sein (Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO). Daneben muss der Betroffene vor Abgabe der Einwilligung über sein Widerrufsrecht informiert werden (Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO).

7. Vermeidung einer unzulässigen Beeinflussung durch Datenschutz by Design und by Default (Art. 25 DS-GVO)

Eng mit der Einwilligung verbunden und doch auf einer allgemeineren Anforderungsebene wirken die Anforderungen aus Art. 25 DS-GVO zum „Privacy by Design“ und „Privacy by Default“.¹⁷⁰ Ersteres beschreibt die Verpflichtung, Produkte so zu gestalten, dass sie bereits bei ihrer Entwicklung unter Abwägung mit dem damit verbunden Aufwand und sonstigen Nachteilen die Datenschutzbelange berücksichtigen. Die Pflicht gilt dabei keineswegs nur für physische Produkte, sondern gerade auch für Online-Dienste.¹⁷¹ In der Praxis lässt sich gemäß Art. 25 Abs. 3 DS-GVO durch genehmigte Zertifizierungsverfahren der Nachweis einer datenschutzkonformen Produktgestaltung erbringen. Die Verletzung der Pflicht zur datenschutzfreundlichen Produktgestaltung ist bußgeldbewehrt, Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO. „Privacy by Default“ beschreibt die Verpflichtung

¹⁶⁷ Dazu Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 58a m.w.N.

¹⁶⁸ Siehe Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 7 DS-GVO Rn. 58b, 58c.

¹⁶⁹ Siehe Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 529.

¹⁷⁰ Der folgende Abschnitt orientiert sich an Kühling/Klar/Sackmann, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 757 ff.

¹⁷¹ Hamann, BB 2017, 1090 (1095).

des Verantwortlichen, konfigurierbare Arbeitsweisen seiner Produkte so zu gestalten, dass in der Voreinstellung nur personenbezogene Daten verarbeitet werden, die für den konkreten Verarbeitungszweck erforderlich sind. Möchte die betroffene Person weitere Funktionen nutzen, die eine weitergehende Datenverarbeitung mit sich bringen, so muss sie aktiv die Einstellungen ändern. Systematisch ist diese Vorschrift daher bei der Durchsetzung der Freiwilligkeit einer Einwilligung und des Opt-in-Prinzips zu verorten.¹⁷² Insofern kann an die Ausführungen zur Einwilligung (soeben 1. bis 6.) angeknüpft werden.

Insgesamt haben die flankierenden Anforderungen der Vermeidung einer unzulässigen Beeinflussung durch Datenschutz by Design eine ergänzende Bedeutung für die Unterbindung unerwünschter „dark patterns“. Allerdings bedarf es auch hier einer Konkretisierung im Einzelfall. Angesichts des sehr groben Charakters der Vorgaben und der mangelnden feingranularen Determination der Grenze einer noch akzeptablen Beeinflussung werden vor allem besonders starke *Nagging*-patterns und problematische einseitige und stark lenkende *Default*-patterns herausgefiltert, weniger dagegen bloß schwache *Misdirection*-patterns.¹⁷³

8. Zwischenergebnisse

Damit ergibt sich ein ähnliches Zwischenfazit wie hinsichtlich der vertrags- und lauterkeitsrechtlichen Analyse: Zahlreiche besonders problematische Fälle von „dark patterns“ werden, sofern sie auf der Basis einer Datenverarbeitung erfolgen, so dass sich datenschutzrechtliche Fragen stellen, vom hinreichend strengen geltenden Recht insbesondere in der DS-GVO bereits erfasst. Das strenge Sanktionsregime der DS-GVO¹⁷⁴ dürfte zudem eine abschreckende Wirkung auf unzulässige „dark patterns“ entfalten, sobald es zu ersten wirksamen Sanktionen kommt. Weitere Ergänzungen sind hier gegebenenfalls von der noch offenen Entwicklung der ePrivacy-VO zu erwarten.¹⁷⁵ Dabei besteht jedoch ein großer Unterschied zum Vertrags- und Lauterkeitsrecht darin, dass das Datenschutzrecht stärker auf Generalbestimmungen setzt, die nicht durch spezifische Sonderstatbestände ergänzt werden. Das macht es erforderlich, im Rahmen der Anwendung der

¹⁷² Zu weitgehend *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 840, der in der Vorschrift eine große Neuerung der DS-GVO erkennen will.

¹⁷³ So auch *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 57, mit den Beispielen des unzulässigen hartnäckigen Anfragens nach einer Einwilligung einerseits und der noch zulässigen, beeinflussungsgetriebenen farblichen Gestaltung von Schaltflächen in grün und rot andererseits sowie mit Verweis auf *European Data Protection Board*, Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679, 04.05.2020, S. 19.

¹⁷⁴ Dazu grundlegend im Überblick *Kühling/Klar/Sackmann*, Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 790 ff.

¹⁷⁵ Siehe dazu wiederum der Hinweis von *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 54 ff.

bestehenden Regelungen hinreichende Schutzstandards zu gewährleisten. Das ist allerdings durchaus möglich, wenn etwa bei der Bestimmung der Freiwilligkeit einer Einwilligung unter näher zu bestimmenden Parametern – und gerade bei marktdominanten Anbietern – eine Kommerzialisierungsfairness verlangt und damit das übermäßige Abgreifen von Daten unterbunden wird.¹⁷⁶ Angesichts der zusätzlichen Flankierung einer unzulässigen Beeinflussung durch Datenschutz by Design und Default nach Art. 25 DS-GVO besteht damit grundsätzlich ein hinreichendes Rüstzeug für eine angemessene normative Reaktion auf datenbasierten „dark patterns“. Dies gilt zumal die geltenden sekundärrechtlichen Normen vom EuGH stets streng datenschutzgrundrechtskonform (dazu oben II. 3.) interpretiert werden, was bislang jedenfalls keineswegs zu einem insuffizienten Datenschutzstandard geführt hat.¹⁷⁷ Anpassungen *de lege ferenda* müssten, da sie letztlich im Wesentlichen eine Konkretisierung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Einwilligung (und zu Art. 25 DS-GVO) darstellen, auf unionaler Ebene erfolgen. Dies widerspräche aber dem allgemeinen Regelungsansatz des EU-Datenschutzrechts, das nicht feingranulare sektorspezifische Problemlösungen normiert und damit auch gut fährt. Ein seit 1995 materiell-rechtlich im wesentlichen stabiles Einwilligungsregime muss im Stande sein, die Probleme von „dark patterns“ zu bewältigen bzw. diese sind nicht so mächtig, dass es gerade hierfür sektorspezifischer Normen auf Unionsebene bedürfte und das allgemeine Recht nicht genügt.

VI. Sonstige Transparenzvorgaben

Auch in sonstigen Bereichen finden sich Regelungen, die „dark patterns“ adressieren können. So existieren weitere besondere Transparenzpflichten auf nationaler Ebene. Insbesondere ist der Diensteanbieter, der geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien bereitstellt, zu umfangreichen, leicht erkennbaren und unmittelbar und ständig erreichbaren Informationen gegenüber den Verbrauchern verpflichtet (§ 5 Abs. 1 TMG, sogenannte „Impressumspflicht“). Auch der Medienstaatsvertrag enthält umfassende Informationspflichten sowie Anforderungen an die Gestaltung des Interface („[...] auf der ersten Auswahlebene unmittelbar erreichbar und leicht auffindbar [...]“, § 84 Abs. 3 S. 1 MStV), die allerdings „dark patterns“ nicht ausdrücklich adressieren, sondern der Medien- und Meinungsvielfalt dienen sollen.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Skeptischer insoweit *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 59.

¹⁷⁷ Dazu grundlegend und mit dem Hinweis der Gefahr eines allzu starken Zurückdrängens gegenläufiger Schutzanliegen Kühling/Raab, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Einführung Rn. 31.

¹⁷⁸ Dazu *Martini/Drews/Seeliger/Weinzierl*, ZfDR 2021, 47, 69.

VII. Unionsrechtliche Regulierungstendenzen durch den Digital Services Act (DSA)

Auf Unionsebene zeigen sich nun erstmals gesetzgeberische Aktivitäten, die „dark patterns“ ausdrücklich adressieren. Am 25. November 2021 legte sich der Rat auf eine allgemeine Ausrichtung des Digital Services Act (DSA-Ratsposition)¹⁷⁹ fest, in der erstmals spezielle Regelungen zu „dark patterns“ für Vermittlungsdienste implementiert wurden, die in der Position des Europäischen Parlaments vom 20. Januar 2022 (DSA-EP)¹⁸⁰ nochmals deutlich erweitert und feingranularer ausgestaltet wurden. Nach jetzigem Stand ist davon auszugehen, dass der EU-Gesetzgeber die Rechtsform der Verordnung für den DSA wählen wird, sodass die Bestimmungen auch ohne nationale Umsetzungsakte unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten der Union entfalten werden (Art. 288 Abs. 2 AEUV).

1. „Dark patterns“ in der DSA-Ratsposition

Nach Erwägungsgrund 50a der DSA-Ratsposition dürfen Anbieter von Onlinemarktplätzen nicht auf „dark patterns“ setzen. Dabei verwendet der Entwurf die einfache Definition von „dark patterns“, nämlich, dass es sich um Gestaltungstechniken handelt, die Verbraucher zu nicht wünschenswerten Entscheidungen drängen, die negative Konsequenzen für sie haben. Im Abschnitt 3a, der Onlinemarktplätze adressiert, findet sich in Art. 24b die entsprechende Vorschrift: Den Unternehmen ist vorsatzunabhängig untersagt, das Interface der Website so zu gestalten, dass es den Dienstekonsumenten täuscht oder manipuliert, indem es dessen Autonomie, Entscheidungsfreiheit oder Wahlmöglichkeiten untergräbt oder beeinträchtigt. Darüber hinaus werden Anbieter von Onlinemarktplätzen verpflichtet, das Design der Website so zu gestalten, dass Händler ihre eigenen Informationspflichten erfüllen können. Die Erfüllung ist von den Betreibern der Onlinemarktplätze in zumutbarer Weise zu überwachen.

2. „Dark patterns“ im DSA-EP

Das Europäische Parlament hat am 20. Januar 2022 seine Position beschlossen und adressiert dabei „dark patterns“ in Art. 13a umfassend für alle Vermittlungsdienste. Solche Dienste sind Hosting-Diensteanbieter sowie Online-Plattformen wie Online-Marktplätze, Soziale Netzwerke und sehr

¹⁷⁹ Abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13203-2021-INIT/en/pdf> (letzter Abruf: 12.01.2022)

¹⁸⁰ Abrufbar unter https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_EN.html (letzter Abruf: 12.02.2022).

große Online-Plattformen mit regelmäßig über 45 Millionen Nutzern.¹⁸¹ Dienste, die nicht unter diese Kategorien fallen, werden nun in Art. 1a Abs. 2 ausdrücklich aus dem Anwendungsbereich der DSA-EP ausgenommen.

In Erwägungsgrund 39a S. 4 werden „dark patterns“ nun neu definiert. So sollen alle Praktiken umfasst sein, die den Dienstempfänger täuschen oder beeinflussen und dessen Autonomie, Entscheidungsfreiheit oder Auswahl durch die Struktur, das Design oder die Funktionalität eines Online-Interface oder eines Teils davon verzerren oder beeinträchtigen. Nach dieser Definition steht die Bedrohung der Autonomie des Dienstempfängers im Mittelpunkt. Zurecht wird nun nicht mehr darauf abgestellt, ob die Ergebnisse für den Adressaten wünschenswert sind, wie auch in Erwägungsgrund 39a in S. 5 weiter ausgeführt wird. Auch eine Berücksichtigung von Gemeinwohlinteressen erfolgt nicht.

In Art. 13a Abs. 1 der DSA-EP ist sodann ein Verbot von „dark patterns“ normiert. Generell sollen Anbieter von Vermittlungsdiensten entsprechend der Definition von „dark patterns“ das Nutzerinterface nicht so gestalten dürfen, dass die Fähigkeit der Dienstempfänger zu einer freien, autonomen und informierten Entscheidung beeinträchtigt wird.¹⁸² Daneben werden einzelne Praktiken genannt, die stets verboten sein sollen. Dies betrifft zum einen die Praxis, Einwilligungsschaltflächen auffälliger zu gestalten als andere Schaltflächen.¹⁸³ Daneben soll eine Form des *Nagging*-patterns untersagt werden, nämlich wiederholt eine Einwilligung vom Dienstempfänger – insbesondere durch Pop-Ups – zu ersuchen, nachdem diese nach Art. 7 Abs. 3 DS-GVO verweigert¹⁸⁴ wurde, unabhängig vom Umfang oder dem Zweck der Datenverarbeitung. Nach Erwägungsgrund 39a S. 7 soll dies aber den Anbieter von Vermittlungsdiensten nicht daran hindern, nach einer angemessenen Zeit erneut eine Einwilligung erfragen zu dürfen. Darüber hinaus soll verboten werden, den Nutzer zur Änderung einer bereits getroffenen Einstellung des Dienstes aufzufordern. Ferner wird auch das *Roach-Motel*-pattern adressiert, indem das Verfahren zur Beendigung eines Dienstes nicht umständlicher gestaltet werden darf als die Anmeldung zum Dienst. Schließlich wird eine besondere Situation adressiert, indem untersagt werden soll, um eine Einwilligung in die Datenverarbeitung zu bitten, wenn der Dienstempfänger sein Widerspruchsrecht mittels

¹⁸¹ Giepen/Uphues, EuZW 2021, 627.

¹⁸² Siehe dazu auch Erwägungsgrund 39a der DSA-EU-Parl.-Position.

¹⁸³ Insoweit würde eine bislang nach richtiger Ansicht grundsätzlich zulässige Praxis untersagt. Siehe dazu V. 1. b) oben).

¹⁸⁴ Dies ist missverständlich, da Art. 7 Abs. 3 DS-GVO nicht die Verweigerung der Erteilung der Einwilligung regelt, sondern den Widerruf einer zuvor erklärten Einwilligung.

automatisierter Verfahren nach Art. 21 Abs. 5 DS-GVO ausgeübt hat. Nach Art. 13a Abs. 2 soll die Kommission einen delegierten Rechtsakt erlassen können, um die in Abs. 1 ausdrücklich genannten Praktiken zu aktualisieren.

3. Ausblick und Bewertung

Zwar ist noch unklar, in welcher finalen Form der DSA erlassen wird. Insgesamt zeigt sich aber, dass auf Unionsebene „dark patterns“ verstärkt in den Fokus der Gesetzgebung rücken. Für Vermittlungsdienste würden derartige Regelungen im DSA weitergehende Einschränkungen in der Interfacegestaltung bedeuten, die über die bisherigen gesetzlichen Anforderungen auf nationaler und unionaler Ebene hinausgehen. Dabei entspricht der Ansatz zwar grundsätzlich dem auch hier favorisierten Modell eines Schutzes der Autonomie der Verbraucher. Allerdings erscheinen die Vorgaben, wie sie gegenwärtig insbesondere vom Europäischen Parlament favorisiert werden, teils sehr feingranular und gehen über die bisherigen Regelungen weit hinaus. Es scheint fraglich, ob derartige Vorgaben, die eine Gestaltung der Interfaces strengen Regelungen unterwerfen, tatsächlich angezeigt sind. Schließlich bieten – wie dargelegt – die bisherigen zivilrechtlichen, lauterkeitsrechtlichen und insbesondere datenschutzrechtlichen Vorgaben ein ausreichend starkes Schwert gegen eine manipulative Interfacegestaltung. Im Bereich der datenschutzrechtlichen Einwilligung ist etwa die Eindeutigkeit der Erklärung, deren Freiwilligkeit und Informiertheit für die Wirksamkeit erforderlich. So kann das Recht dynamisch und im Einzelfall darauf reagieren, ob die Interfacegestaltung derart manipulativ wirkt, dass die Einwilligung des Betroffenen als nicht eindeutig, unfreiwillig oder uninformiert und somit unwirksam angesehen werden kann. Bei der Hervorhebung von Einwilligungsboutons gegenüber der Ablehnungsmöglichkeit wäre etwa die Informiertheit der bestätigenden Handlung erst dann in Zweifel zu ziehen, wenn die Interfacegestaltung dem Nutzer fälschlicherweise das Gefühl vermittelt, über keine Handlungsalternative zu verfügen.¹⁸⁵ Das kann der Fall sein, wenn die Möglichkeit des Ablehnens so versteckt ist, dass der Betroffene sie mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht wahrnehmen wird. Ein leichtes „Lenken“ des Betroffenen zu einer Einwilligung mit dessen Bewusstsein, dass er eine Handlungsalternative hat, wäre daher nach wie vor zulässig.

Ein weitergehender Schutz ist für die Wahrung der informationellen Selbstbestimmung und der digitalen Souveränität nicht zwingend geboten. Das gilt etwa für ein pauschales Verbot einer Hervorhebung von Einwilligungsboutons, wie es der DSA-EP vorsieht. Es spricht daher Einiges dafür,

¹⁸⁵ Dazu auch schon oben V. 2.

von einer derartigen Detailgenauigkeit der Regelungen und pauschalen Verbote abzusehen und am flexibleren Ansatz des geltenden Rechts festzuhalten. Insoweit ist der gegenwärtige Ansatz in der Ratsposition überzeugender.

Sollten die Vorgaben so in Kraft treten, wären sie als Vorschriften einer Verordnung unmittelbar bindend. Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des DSA fallen, ist daher zu raten, künftige Entwicklungen genau zu beobachten.

D. Ergebnisse

I. Definition und Klassifikation von „dark patterns“

1. „Dark patterns“ sind eine Praxis, die sich wie folgt definieren lässt: Es handelt es sich um Interaktionsgestaltungen, die sich typischerweise an Verbraucher richten und sich objektiv menschliche Verhaltensweisen zunutze machen, mit dem Ziel, einseitige Interessen des Verwenders ohne Rücksicht auf Adressateninteressen durchzusetzen, unabhängig davon, ob zugleich etwaige gemeinnützige Interessen verfolgt werden.
2. Die Beispiele sind dabei vielfältig. Eine nicht abschließende Liste von Fällen wurde im Gutachten angeführt.

II. Grundrechtliche Rahmenbedingungen und Verbraucherleitbild

3. Die umfangreichen einfachgesetzlichen Regelungen zu „dark patterns“, die teils spezifisch und teils als allgemeine Normen Verhaltensweisen steuern und untersagen, werden umfassend vorgeprägt durch die grundrechtlichen Rahmenbedingungen (Vertragsfreiheit, unternehmerische Freiheit und Datenschutzgrundrechte) sowie das Verbraucherleitbild. In ihrer multipolaren Gesamtabwägung im Rahmen einer „praktischen Konkordanz“ müssen sie jedenfalls die Autonomie des Verbrauchers hinreichend schützen. Die unternehmerische und die Vertragsfreiheit können dieses Ziel nicht unterminieren.
4. Punktgenaue Aussagen, welches Ausmaß an Beeinflussung vor diesem Hintergrund noch von der unternehmerischen Freiheit gedeckt und einem souveränen Konsumenten zuzumuten ist und wo die Autonomie nicht mehr gewährleistet wird, lassen sich aus den grundrechtlichen Steuerungsvorgaben allerdings nicht ableiten.
5. Mit Blick auf das Verbraucherleitbild zeigt sich, dass es dynamisch gehandhabt wird und Anpassungen an die jeweiligen Situationen erfolgen, sei es aufgrund von Spezifika der Verbraucher oder der Unternehmen. Zwar wird grundsätzlich noch vom „modernen Verbraucherleitbild“ ausgegangen, das einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher zugrunde liegt. Geschäftsmodellspezifisch zeigen sich aber bereits Tendenzen, wieder eine höhere Schutzbedürftigkeit vorauszusetzen. Dies ist gerade auch für die Konstellation denkbar, dass ein Unternehmen „dark patterns“ verwendet, sofern daraus eine besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers folgt. Insoweit besteht auch auf einer allgemeinen Ebene die Möglichkeit einer behutsamen Fortentwicklung.

6. Allerdings ist zu beachten, dass die Anbieter, die sich der „dark patterns“ bedienen, selbst grundrechtlich geschützt sind. Der EuGH hat das moderne Verbraucherleitbild gerade auch vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit der Eingriffe in die unternehmerische Freiheit entwickelt. Dies ist bei der Normierung und der Auslegung von Normen, die „dark patterns“ regulieren, zu berücksichtigen.

III. Vertragsrechtliche Rahmenbedingungen

7. Mit Blick auf den einfachgesetzlichen Regelungsrahmen zeigt sich zunächst beim Vertragsrecht, dass wirkungsvolle Mechanismen gegen zahlreiche Handlungsformen von „dark patterns“ bestehen. Neben umfassenden Informationspflichten und der Button-Gestaltung sowie dem Verbot der Vorauswahl finden sich einfach auszuübende Widerrufsrechte und künftig stark vereinfachte Kündigungsmöglichkeiten, die die Folgen von Vertragsabschlüssen beseitigen können, die auf Manipulation beruhen.
8. In Fällen, in denen dies nicht genügt, lässt sich irreführenden „dark patterns“ über Anfechtungsmöglichkeiten begegnen. Für die übrigen Fälle bietet vor allem eine Auslegung der vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten oder der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung dergestalt, dass sie das unzulässige Hervorrufen von Rationalitätsasymmetrien verbietet, eine Möglichkeit, sich von unerwünschten Verträgen zu lösen.
9. *De lege lata* existieren daher im Verbrauchervertragsrecht präzise Regelungen, die eine Vielzahl bekannter „dark patterns“ adressieren oder zumindest deren unerwünschte Folgen kostengünstig beseitigen können. Dabei zeigt sich, dass insbesondere der unionale Gesetzgeber das verbrauchervertragliche Richtlinienrecht auch mit dem modernen Verbraucherleitbild im Blick laufend feingranular an neu auftretende manipulierende Praktiken anpasst und neue Fallgruppen der Beeinflussung verbietet, wenn diese kategorisch nicht hinnehmbar sind.
10. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass nicht jede Form der Beeinflussung verboten werden darf. Dies würde zum einen zu nicht gerechtfertigten Eingriffen in die Vertragsfreiheit und in die unternehmerische Freiheit führen. Darüber hinaus besteht das Risiko einer Verbraucherbevormundung, die mit dem Bild eines mündigen Verbrauchers nicht zu vereinbaren wäre. Ferner stellt die Beeinflussung das Grundelement wirtschaftlicher Kommunikation mit Verbrauchern dar. Es ist daher eine normative Grenze zu finden, ab der die Beeinflussung unter Berücksichtigung der Interessen aller beteiligten Akteure nicht mehr hinnehmbar ist.
11. Ein möglicher Lösungsansatz ist, bei der Prüfung der Wahrung der Autonomie die Effizienz der manipulierenden Wirkung und die drohenden Schäden zu berücksichtigen. Dabei kann der Gesetzgeber auch verhaltenspsychologische Effekte in den Blick nehmen. Die

Beeinflussung als solche, wie sie für „dark patterns“ kennzeichnend ist, kann jedoch kein Kriterium weitergehender Regelungen sein.

12. Ein Bedürfnis gesetzgeberischen Tätigwerdens, das gezielt „dark patterns“ adressiert und verbietet, wird daher im Verbrauchervertragsrecht nicht ausgelöst. Für bislang noch unregelte Fälle bietet sich ein Rückgriff auf offene Tatbestände an, um für den Verbraucher eine Einzelfallgerechtigkeit etwa durch die Möglichkeit der Vertragsaufhebung als Rechtsfolge der culpa in contrahendo oder der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung zu schaffen. Sollten sich weitere Praktiken herauskristallisieren, die ein umfassendes Verbot zur Folge haben müssen, kann der Gesetzgeber im Einzelfall tätig werden.

IV. Lauterkeitsrechtliche Rahmenbedingungen

13. Obwohl das Lauterkeitsrecht „dark patterns“ nicht systematisch behandelt, eignet sich das Regime, um ihnen wirksam zu begegnen. Die Herangehensweise des Gesetzgebers ähnelt dabei sehr der des Verbrauchervertragsrechts. Zum großen Teil unterfallen „dark patterns“ feingranularen Verbotstatbeständen, wie § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. der Liste im Anhang des UWG oder den §§ 4 ff. UWG ausdrücklich.
14. Identifiziert der Gesetzgeber eine noch nicht adressierte Praxis, bei der ein manipulatives Design ein Verbotsbedürfnis auslöst, justiert er über die Schaffung spezieller Tatbestände nach, wie er es jüngst mit der Aufnahme von gefälschten Nutzerbewertungen in Anhang I der UGP-RL vollzogen hat.
15. Ansonsten wird man „dark patterns“, jedenfalls bei besonderer Spürbarkeit, über die Generalklausel in § 3 Abs. 2 UWG regulieren und gegebenenfalls unterbinden können. Damit kann die Rechtsprechung im Einzelfall Regelungslücken wirksam schließen, wenn der Sachverhalt nach Wirksamkeit der Beeinflussung und Schwere der Folgen ein Bedürfnis nach staatlichen Eingriffen rechtfertigt. Ein Bedarf an einem umfassenden Verbot von „dark patterns“ besteht daher nicht.
16. Auch Vollzugsdefizite, die im Verbrauchervertragsrecht bestehen, werden durch das Lauterkeitsrecht wirkungsvoll beseitigt. Die Verbote werden nicht von Betroffenen, sondern von Mitbewerbern und Wirtschaftsverbänden durchgesetzt (siehe § 8 Abs. 3 UWG). Dies führt dazu, dass Marktwächter hier befähigt werden, gegen Verstöße vorzugehen, was dem einzelnen Verbraucher möglicherweise wegen der Hürden und der Anstrengungen eines Prozesses nicht attraktiv erscheinen mag. Daneben können die aus § 8 Abs. 3 UWG Berechtigten über den Rechtsbruchtatbestand in § 3a UWG auch Verstöße gegen sonstige Marktverhaltensregeln sanktionieren, wie etwa gegen die Impressumspflicht aus § 5 TMG

oder gegen verbrauchervertragsrechtliche Informationspflichten aus den §§ 312a, 312d Abs.1 und 312i BGB.

V. Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen

17. Mit Blick auf das Datenschutzregime ergibt sich ein ähnliches Zwischenfazit wie hinsichtlich der vertrags- und lauterkeitsrechtlichen Analyse: Zahlreiche besonders problematische Fälle von „dark patterns“ werden, sofern sie auf der Basis einer Datenverarbeitung erfolgen, so dass sich datenschutzrechtliche Fragen stellen, vom hinreichend strengen geltenden Recht insbesondere in der DS-GVO einschließlich des wirkungsvollen Sanktionsregimes bereits erfasst. Weitere Ergänzungen sind hier gegebenenfalls von der noch offenen Entwicklung der ePrivacy-VO zu erwarten.
18. Dabei besteht jedoch ein großer Unterschied zum Vertrags- und Lauterkeitsrecht darin, dass das Datenschutzrecht stärker auf Generalbestimmungen setzt, die nicht durch spezifische Sondertatbestände ergänzt werden. Das macht es erforderlich, im Rahmen der Anwendung der bestehenden Regelungen hinreichende Schutzstandards zu gewährleisten. Das ist allerdings auch möglich, wenn etwa bei der Bestimmung der Freiwilligkeit einer Einwilligung unter näher zu bestimmenden Parametern – und gerade bei marktdominanten Anbietern – eine Kommerzialisierungsfairness verlangt und damit das übermäßige Abgreifen von Daten unterbunden wird. Angesichts der zusätzlichen Flankierung einer unzulässigen Beeinflussung durch Datenschutz by Design und by Default nach Art. 25 DS-GVO besteht damit grundsätzlich ein hinreichendes Rüstzeug für eine angemessene normative Reaktion auf datenbasierten „dark patterns“. Dies gilt zumal die geltenden sekundärrechtlichen Normen vom EuGH stets streng datenschutzgrundrechtskonform interpretiert werden, was bislang jedenfalls keineswegs zu einem insuffizienten Datenschutzstandard geführt hat.
19. Anpassungen *de lege ferenda* müssten, da sie letztlich im Wesentlichen eine Konkretisierung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Einwilligung (und zu Art. 25 DS-GVO) darstellen, auf unionaler Ebene erfolgen. Dies widerspräche aber dem allgemeinen Regelungsansatz des EU-Datenschutzrechts, das nicht feingranulare sektorspezifische Problemlösungen normiert und damit auch gut fährt.

VI. Sonstige Vorgaben

20. Daneben existieren im TMG und im Medienstaatsvertrag Impressumspflichten und besondere Transparenzbestimmungen. Diese sollen aber nicht vorwiegend den Verbraucher schützen, sondern die Medien- und Meinungsvielfalt.

VII. Unionsrechtliche Regulierungstendenzen durch den Digital Services Act (DSA)

21. Schließlich hat der Unionsgesetzgeber das Phänomen „dark patterns“ erkannt und zeigt Tendenzen, im Bereich von Dienstevermittlern beim Digital Services Act eine spezielle Regulierung von „dark patterns“ vorzunehmen. Dabei sollen nach der aktuellen Position des Europäischen Parlaments bestimmte Praktiken stets untersagt werden, wie beispielsweise das nach zutreffender Ansicht noch zulässige Hervorheben eines Einwilligungsbuttons. Hier spricht Einiges dafür, von einer derartigen Detailgenauigkeit abzusehen, denn Beeinflussungen durch Interfacegestaltungen werden nach geltendem Recht bereits ausreichend und hinreichend flexibel adressiert. Die gegenwärtige Ratsposition ist daher vorzugswürdig. Sollten die Vorgaben so in Kraft treten, wären sie als Vorschriften einer Verordnung unmittelbar bindend. Unternehmen, die als Dienstevermittler zu qualifizieren sind, sollten den Fortschritt des Gesetzgebungsvorhabens daher im Auge behalten.

Regensburg, den 14. Februar 2022



Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.



RA Cornelius Sauerborn