

# Dark Patterns im Verbraucherrecht

Tagung Konsument:innen in der  
Datenökonomie, 25.11.2022, Wien

Prof. Dr. Peter Rott

# Übersicht

- Definition
- Erscheinungsformen
- Rechtliche Behandlung vor DSA
- Rechtliche Behandlung im DSA
- Praktische Implikationen

# Dark Patterns – *Harry Brignull*

- Deceptive design patterns (also known as "dark patterns") are tricks used in websites and apps that make you do things that you didn't mean to, like buying or signing up for something.
- When you use websites and apps, you don't read every word on every page - you skim read and make assumptions. If a company wants to trick you into doing something, they can take advantage of this by making a page look like it is saying one thing when it is in fact saying another.

# Dark Patterns – Europäischer Datenschutzausschuss

- “(D)ark patterns” are considered as interfaces and user experiences implemented on social media platforms that lead users into making unintended, unwilling and potentially harmful decisions regarding the processing of their personal data. Dark patterns aim to influence users’ behaviour and can hinder their ability to effectively protect their personal data and make conscious choices.

# Dark Patterns – EP, IMCO

- Neuer Art. 2 (1) (qa) DSA
- „Dark Pattern“: eine Benutzeroberfläche, die so konzipiert oder manipuliert ist, dass sie die Autonomie, Entscheidungsfindung oder Auswahl des Nutzers erheblich untergräbt oder beeinträchtigt.
- Offenbar dem The California Privacy Rights and Enforcement Act von 2020 nachempfunden

# Dark Patterns - DSA

- Erw.Gr. (67) Digital Services Act
- „Dark Patterns“ auf Online-Schnittstellen von Online-Plattformen sind Praktiken, mit der darauf abgezielt oder tatsächlich erreicht wird, dass die **Fähigkeit der Nutzer, eine autonome und informierte Auswahl oder Entscheidung zu treffen, maßgeblich verzerrt oder beeinträchtigt wird.** Solche Praktiken können eingesetzt werden, um die Nutzer zu unerwünschten Verhaltensweisen oder ungewollten Entscheidungen zu bewegen, die negative Folgen für sie haben. Anbietern von Online-Plattformen sollte es daher untersagt sein, die Nutzer in die Irre zu führen oder zu etwas zu verleiten und die Autonomie, die Entscheidungsfreiheit oder die Auswahlmöglichkeiten der Nutzer **durch den Aufbau, die Gestaltung oder die Funktionen einer Online-Schnittstelle oder eines Teils davon** zu verzerren oder zu beeinträchtigen.

# Erscheinungsformen (1) - Erw.Gr. (67) DSA

- Auswahlmöglichkeiten durch visuelle, akustische oder sonstige Elemente stärker hervorheben, wenn die Nutzer aufgefordert werden, eine Auswahl zu treffen.
- Wiederholte Aufforderung, eine Auswahl zu treffen, wenn diese Auswahl bereits getroffen wurde (*Nagging, Confirm Shaming*)
- Verfahren zur Stornierung eines Dienstes erheblich umständlicher gestalten als die entsprechende Anmeldung
- Wahlmöglichkeiten schwieriger oder zeitaufwendiger gestalten als andere
- es unverhältnismäßig schwierig machen, Käufe abzurechnen oder sich von einer bestimmten Online-Plattform abzumelden
- Nutzer in die Irre führen, indem sie zu Entscheidungen bezüglich Transaktionen verleitet werden
- Entscheidungsfindung der Nutzer durch Standardeinstellungen, die sehr schwer zu ändern sind, unverhältnismäßig beeinflussen

# Erscheinungsformen (2)

- Zeitlicher Druck (*Countdown, Scarcity*)
- Inhaltlicher Druck – Drohung mit Beeinträchtigung des Nutzererlebnisses



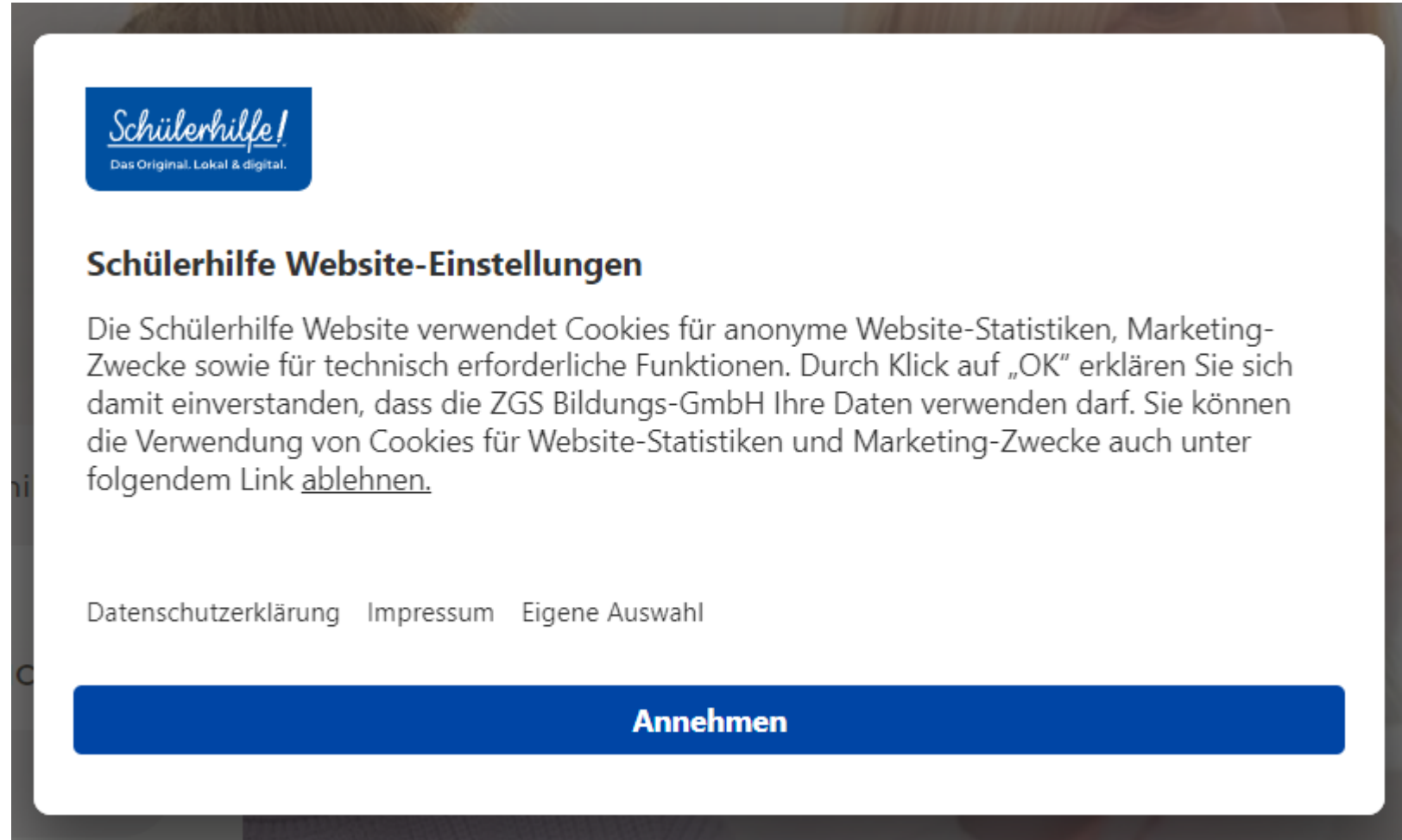
# Rechtliche Behandlung - Überblick

- Datenschutzrecht – Wirksamkeit der Einwilligung?
- Lauterkeitsrecht
  - Irreführende Praktiken
  - Aggressive Praktiken
- Art. 25 Digital Services Act
  - Verbot von dark patterns
  - Aber „nicht für Praktiken, die unter die Richtlinie 2005/29/EG oder die Verordnung (EU) 2016/679 fallen“

# Datenschutzrecht

- Einwilligung in Datenverarbeitung – Art. 6 DSGVO
- Einwilligung in Cookies – Art. 5 (3) E-Privacy Richtlinie 2002/58/EG i.d.F. der Cookie-Richtlinie 2009/136/EG
- Einwilligung ist jede **freiwillig** für den bestimmten Fall, **in informierter Weise** und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

# Beispiele zur Illustration



The image shows a screenshot of a cookie consent banner for the website Schülerhilfe!. The banner has a white background with a dark border. At the top left is the logo for Schülerhilfe! in a blue box, with the tagline 'Das Original. Lokal & digital.' below it. The main heading is 'Schülerhilfe Website-Einstellungen'. The text explains that the website uses cookies for analytics, marketing, and technical functions, and asks for consent. It provides a link to 'ablehnen' (decline) and links to 'Datenschutzerklärung', 'Impressum', and 'Eigene Auswahl'. A large blue button at the bottom says 'Annehmen' (Accept).

**Schülerhilfe!**  
Das Original. Lokal & digital.

## Schülerhilfe Website-Einstellungen

Die Schülerhilfe Website verwendet Cookies für anonyme Website-Statistiken, Marketing-Zwecke sowie für technisch erforderliche Funktionen. Durch Klick auf „OK“ erklären Sie sich damit einverstanden, dass die ZGS Bildungs-GmbH Ihre Daten verwenden darf. Sie können die Verwendung von Cookies für Website-Statistiken und Marketing-Zwecke auch unter folgendem Link [ablehnen](#).

[Datenschutzerklärung](#) [Impressum](#) [Eigene Auswahl](#)

**Annehmen**

# Beispiele zur Illustration

**We use cookies**

Strictly necessary cookies  Performance cookies  Cooperation cookies

[▶ Details](#) [▶ Details](#) [▶ Details](#)

[Confirm selection](#) [Select all](#)

# Beispiele zur Illustration

## Wir schneiden hier alles auf dich zu

**Zalando, Zalando Lounge, Zalon, Zircle und Outlets** nutzen Cookies und andere Technologien, damit unsere Sites zuverlässig und sicher laufen, wir deren Performance auf dem Schirm behalten und um dir relevante Inhalte und personalisierte Werbung zu zeigen. Damit das funktioniert, sammeln wir Daten über unsere Nutzer und wie sie unsere Angebote auf welchen Geräten nutzen.

Wenn du „Geht klar“ sagst, bist du damit einverstanden und erlaubst uns, diese Daten an Dritte weiterzugeben, etwa an unsere Marketingpartner. Dies schließt gegebenenfalls die Verarbeitung deiner Daten in den USA ein. Falls du dem **nicht zustimmen** magst, beschränken wir uns auf die wesentlichen Cookies und du musst damit leben, dass unsere Inhalte nicht auf dich zugeschnitten sind. Weitere Details und alle Optionen findest du in den „Einstellungen“. Du kannst diese auch später jederzeit anpassen. Weitere Informationen findest du in unserer [Datenschutzerklärung](#).

Einstellungen

Geht klar

# Beispiele zur Illustration

## Cookies

Wir verwenden Cookies, um Ihnen personalisierte Werbung anzuzeigen und personalisierte Inhalte bereitzustellen. Mit einem Klick auf „Akzeptieren“ willigen Sie in die Verarbeitung ein. Mit „Ablehnen“ können Sie die Verarbeitung nicht technischer Cookies ablehnen. Weiter Informationen finden Sie in **unseren Datenschutzhinweisen**.


Akzeptieren

Ablehnen

Nach Möller, VuR 2022, 449 ff.

Dazu LG Rostock, 15.9.2020 – 3 O 762/19, ZD 2021, 166

# Beispiele zur Illustration

Akzeptieren und Schließen 

## Cookies

Wir verwenden Cookies um Ihnen personalisierte Werbung anzuzeigen und personalisierte Inhalte bereitzustellen. Mit einem Klick auf „Akzeptieren“ willigen Sie in die Verarbeitung ein. Klicken Sie auf „Ablehnen“ um die Verarbeitung nicht technisch erforderlicher Cookies abzulehnen. Weiter Informationen finden Sie in **unseren Datenschutzhinweisen**.

Nach Möller, VuR 2022, 449 ff.

# Lauterkeitsrecht der UGP-RL

- Europ. Kommission, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der UGP-RL (2021)
- Der Begriff „Dark Pattern“ ist in der Richtlinie rechtlich nicht definiert. Die UGPRL gilt für alle „unlauteren Geschäftspraktiken“, die den Anforderungen des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie erfüllen, unabhängig von ihrer Einstufung. Wenn Dark Patterns im Kontext von Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern angewandt werden, kann die Richtlinie zusätzlich zu anderen Instrumenten des EU-Rechtsrahmens, wie der DSGVO, verwendet werden, um die Lauterkeit solcher Praktiken in Frage zu stellen.
- Gemäß den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht gemäß Artikel 5 UGPRL sollten Gewerbetreibende grundsätzlich geeignete Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass die Gestaltung ihrer Benutzeroberfläche die geschäftlichen Entscheidungen der Verbraucher nicht verzerrt.



## „Nur noch für 30 Minuten verfügbar“

- Nr. 7 des Anhangs: „Falsche Behauptung, dass das Produkt nur eine sehr begrenzte Zeit oder nur eine sehr begrenzte Zeit zu bestimmten Bedingungen verfügbar sein werde, um so den Verbraucher zu einer sofortigen Entscheidung zu verleiten, so dass er weder Zeit noch Gelegenheit hat, eine informierte Entscheidung zu treffen“ – (+), wenn unwahr
- Irreführende Praktik (+), wenn man Nr. 7 des Anhangs verneint und die Aussage falsch ist
- Aggressive Praktik i.S.d. unzulässigen Beeinflussung, Art. 8 – möglich, wenn die Information in penetranter Weise zur Ausübung von Druck verwendet wird.

## „Nur noch 1 Zimmer auf unserer Seite verfügbar“

- Nr. 7 des Anhangs ( - )
- Irreführende Praktik, Art. 5 (+), wenn ganz oder teilweise unwahr, z.B. weil Zimmer automatisch nachbestellt werden können.
- Aggressive Praktik i.S.d. unzulässigen Beeinflussung, Art. 8, je nach der Intensität der Aussage, vgl. Art. 9 (a) (+)
  - Setzt eine gewisse „Erheblichkeit“ voraus
  - Schluss von irrationaler Entscheidung auf wesentliche Einschränkung der Entscheidungsfreiheit

# Schwierigkeiten bzw. Diskussionspunkte

- Dark Patterns nutzen Rationalitätsdefizite gezielt aus
  - vgl. nur EP (IMCO), Erw.Gr. (39a): „Allerdings nutzen bestimmte Praktiken typischerweise kognitive Verzerrungen aus (...).“
- UGP-RL geht vom Leitbild eines rationalen Durchschnittsverbrauchers aus. Im Datenschutzrecht wird auf dieses Leitbild zurückgegriffen.
- Lehre: Sehr unterschiedliche Bewertungen derselben Praktik. Die Grenze zwischen einer rechtlich noch akzeptablen Lenkung auf der einen Seite und einer rechtlich verwerflichen Manipulation auf der anderen Seite lässt sich meist nicht eindeutig ziehen
- Lösung: Relativierung des Leitbilds bzw. Anpassung an die digitale Realität durch Einbeziehung der digitalen Asymmetrie, die die Verwendung von Dark Patterns erst ermöglicht. Bei personalisierten dark patterns Anwendung von gruppenspezifischem Leitbild, bis hin zur 1er-Gruppe.

# Art. 25 DSA

(1) Anbieter von Online-Plattformen dürfen ihre Online-Schnittstellen nicht so konzipieren, organisieren oder betreiben, dass Nutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert werden.

(2) Das Verbot in Absatz 1 gilt nicht für Praktiken, die unter die Richtlinie 2005/29/EG oder die Verordnung (EU) 2016/679 fallen.

Kein Ausschluss der E-Privacy-Richtlinie 2002/58/EG oder der Cookie-Richtlinie 2009/136/EG – aber ein Verstoß gegen die Cookie-Regeln ist gleichzeitig eine irreführende Geschäftspraxis, vgl. etwa LG Frankfurt, 19.10.2021 - 3-06 O 24/21, MMR 2021, 152

## Mehrwert gegenüber der UGP-RL?

- Widerspruch zu den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt
- Keine Absicht erforderlich
- Eignung zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens
- Der Widerspruch ist *dark patterns* (normativ) implizit
- Ebenfalls objektiver Maßstab
- Eignung zur maßgeblichen Beeinträchtigung der Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen

Fazit: Die Neuregelungen waren mehr oder weniger schon im Lauterkeitsrecht enthalten, sofern sie wirtschaftliches Verhalten (inkl. Preisgabe von Daten) betreffen. Allenfalls erkennt der DSA die Rationalitätsdefizite von Verbrauchern ausdrücklich an.

# Implikationen für die Rechtsdurchsetzung

- Verbraucherorganisationen (qualifizierte Einrichtungen)
  - Können eine Klage wahlweise auf Verletzung der UGP-RL oder des DSA stützen (beachte Art. 90 DSA zur Verbandsklage)
  - Es sei denn, sie müssen (nach dem nationalen Prozessrecht) die Anspruchsgrundlage spezifizieren
- DSA-Behörden müssen Lauterkeitsrecht und Datenschutzrecht inzident prüfen, womöglich ohne für diese Bereiche zuständig zu sein
- Unternehmer können in DSA-Verfahren auf Zulässigkeit der Praktik, aber auch auf Unlauterkeit und damit Ausschluss des Art. 25 DSA plädieren
- Art. 25 (2) DSA dürfte die Rechtsdurchsetzung massiv erschweren.

# Fazit

- *Dark Patterns* stellen in aller Regel Verstöße gegen Datenschutzrecht oder Lauterkeitsrecht (oder beides) dar.
- Art. 25 (1) DSA hat eine Auffangfunktion, deren Reichweite unklar ist.
- Art. 25 (2) DSA ist völlig überflüssig und wird zu erheblichen praktischen Problemen führen.
- Der richtige Platz für das Verbot von Dark Patterns (gegenüber Verbrauchern) wäre die UGP-RL gewesen.