

Problemlagen und Handlungsoptionen zur Einschränkung von manipulativen und konsumsteigernden Designs im Online-Shopping

Kurzstudie in der
Forschungslinie Governance Innovation Labs

Autor

Peter Rott

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Diese Kurzstudie wurde im Rahmen des CO:DINA Projekts als Auftrag des Wuppertal Instituts für Klima, Umwelt, Energie erstellt

Kurz gesagt

Plattformen und Onlinehandel nutzen vielfältige Möglichkeiten zur Beeinflussung unseres Konsumverhaltens. Das erfolgt häufig nicht fair und transparent und ist ein Hemmnis für nachhaltigen Konsum. Die Kurzstudie identifiziert die derzeit rechtlich verfügbaren Instrumente, um diesen Praktiken Einhalt zu bieten.

INHALT

1. Einführung.....	4
2. Möglichkeiten der Beeinflussung während der Customer Journey	5
3. Einschlägige rechtliche Vorschriften	8
3.1 Schutz der Entscheidungsfreiheit im Allgemeinen	9
3.1.1 Kenntlichmachung kommerzieller Kommunikation.....	9
3.1.2 Verbot irreführender Werbung	10
3.1.3 Informationspflichten	11
3.1.4 Verbot von dark patterns	11
3.2 Nachhaltigkeitsbezogene Informationspflichten	16
3.2.1 Explizite Informationspflichten.....	17
3.2.2 Nachhaltigkeit als „wesentliche Eigenschaft“ von Produkten?.....	20
3.3 Greenwashing	21
3.3.1 Umweltwerbung	21
3.3.2 Werbung mit Klimaschutz.....	23
3.3.3 Werbung mit Regionalität.....	23
3.3.4 Nachhaltigkeitssiegel	23
3.3.5 Vorschlag einer Richtlinie zu Green Claims.....	25
3.4 Personalisierung.....	26
3.4.1 Kenntnis persönlicher Merkmale oder Verhaltensweisen	26
3.4.2 Personalisierung der kommerziellen Kommunikation	27
3.5 Beweislast und Beweismaß	29
3.5.1 Beweislast.....	29
3.5.2 Beweismaß	31
4. Die spezifische Rolle der Plattformen	33
4.1 Plattformen als Intermediäre	33
4.2 (Keine) Haftung für fremde Inhalte	35
4.2.1 Das grundsätzliche Haftungsregime	35
4.2.2 Eigene Inhalte	37
4.3 Eigene Pflichten der Plattformen	38
4.3.1 Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste.....	38

4.3.2	Modernisierungs-Richtlinie.....	40
4.3.3	Digital Services Act (DSA)	40
4.3.4	Zwischenfazit.....	43
5.	Nachhaltigkeit als Geschäftsmodell von Online-Plattformen.....	43
5.1	Beispiele	44
5.1.1	Utopia.....	44
5.1.2	Verivox.....	44
5.2	Rechtliche Implikationen.....	45
5.2.1	Grundsätzliches.....	45
5.2.2	Beispiel Utopia	46
5.2.3	Beispiel Verivox	48
5.3	Zwischenfazit.....	49
6.	Rechtsdurchsetzung.....	49
7.	Zusammenfassung und Vorschläge	51
8.	Literatur	54
	Über den Autor	58
	Über CO:DINA	59
	Impressum.....	59

1. Einführung

Die Kurzstudie steht im Kontext des Zielbilds von Umwelt- und Verbraucherschutz by Design im Onlinehandel und dem Konsum auf Plattformen, wie es im Projekt „Transformationsroadmap Digitalisierung und Nachhaltigkeit“ (CO:DINA) verfolgt wird.¹ Das Projekt beleuchtet komplexe Wechselwirkungen zwischen Technologie, Gesellschaft und Umwelt und sucht nach Einflussgrößen für eine nachhaltige Digitalisierung. Ein Ansatzpunkt ist dabei der stetig ansteigende Konsum über Online-Plattformen.

Bei der Verfolgung des Ziels, den Online-Handel nachhaltiger zu machen, ist zu berücksichtigen, dass Konsumententscheidungen nicht punktuell etwa beim Betrachten eines konkreten Produkts auf einer Webseite erfolgen, sondern während des Besuchs einer Plattform vom Plattformbetreiber oder vom von diesem verschiedenen Anbieter beeinflusst werden können. Im Hintergrund steht das Konzept der Customer Journey, die aus vier bis fünf Phasen besteht. Klassisch werden die folgenden Phasen unterschieden:

- Awareness/Aufmerksamkeit (Interesse wird geweckt)
- Consideration/Abwägung/Informationsbeschaffung (Interesse wird konkretisiert)
- Conversion/Purchase (Kaufentscheidung wird getroffen)
- Retention (erste Erfahrungswerte werden gesammelt)
- Advocacy (Erfahrungswerte werden mit anderen geteilt).

Die Beeinflussung der Verbraucher auf dieser „Reise“ geht auf Online-Plattformen derzeit regelmäßig dahin, möglichst viel zu konsumieren, was dem Ziel nachhaltigen Konsumverhaltens im Sinne der Suffizienz² diametral entgegensteht.³ Auch inhaltlich wird bei dem, was konsumiert werden soll, tendenziell nicht zu nachhaltigem Konsumverhalten hin beeinflusst. Möglicherweise werden selbst zwingende gesetzliche Informationspflichten, die dem Verbraucher eine nachhaltige Konsumententscheidung ermöglichen sollen, durch das Webseitendesign verletzt.

Die Beeinflussung der Verbraucher erfolgt zudem nicht stets fair und transparent. Vielmehr setzen Anbieter und Plattformen Mechanismen ein, die Verbraucher zu

¹ <https://codina-transformation.de>.

² Vgl. dazu *Ekar dt*, Suffizienz als Governance- und Rechtsproblem, ZUR 2022, 472 ff.

³ Vgl. auch *Halfmeier*, Abschied vom Konsumschutzrecht, VuR 2022, 3, 6 f.

Konsum verleiten können, der gar nicht ihren Interessen entspricht. In diesem Zusammenhang wird häufig von „Dark Patterns“ gesprochen, ohne dass dieser Begriff in der verhaltensökonomischen oder gar der juristischen Literatur klar definiert wäre. Eine erste Beschreibung in einem Rechtsakt findet sich neuerdings in Erwägungsgrund (67) des Digital Services Act⁴ (DSA). Danach sind „Dark Patterns“ auf Online-Schnittstellen von Online-Plattformen Praktiken, mit denen 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 nach diesem Erwägungsgrund eingesetzt werden, um die Nutzer zu unerwünschten Verhaltensweisen oder ungewollten Entscheidungen zu bewegen, die negative Folgen für sie haben.“

Ziel dieser Kurzstudie ist es, die nach geltendem Recht zur Verfügung stehenden Instrumente zu identifizieren, mit denen derlei Praktiken Einhalt geboten werden kann. Ergänzend werden Selbstregulierungsansätze „unterhalb des Rechts“ in Form spezifischer Geschäftsmodelle vorgestellt, mit denen nachhaltigkeitschädlicher Konsum auf Plattformen eingehegt bzw. nachhaltiger Konsum gefördert werden kann. Wo der Rechtsrahmen nicht ausreicht oder gar nachhaltigem Konsum entgegensteht, werden Vorschläge zur Weiterentwicklung des Rechts entwickelt. Hierbei wird mit Blick auf den begrenzten Spielraum, den das EU-Recht den Mitgliedstaaten gerade im Lauterkeitsrecht, aber auch bei neuen Rechtsakten zur Digitalwirtschaft wie dem Digital Services Act, lässt, erörtert, auf welcher Ebene – EU-Recht oder nationales Recht – eine derartige Weiterentwicklung stattfinden könnte oder müsste.

2. Möglichkeiten der Beeinflussung während der Customer Journey

Verbraucher sind nicht nur während der eigentlichen Suche nach Produkten oder Dienstleistungen Beeinflussungen ausgesetzt, sondern fast immer, wenn sie sich im Internet bewegen. All diese Beeinflussungen zielen letztlich auf mehr Konsum ab und sind daher nachhaltigkeitsrelevant.

Dies beginnt schon bei der privaten Kommunikation in sozialen Netzwerken oder bei der Lektüre von Online-Nachrichten, die von Werbung durchsetzt ist, wenn man sich

⁴ Verordnung (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste), ABl. 2022 L 277/1.

nicht eine werbefreie Version gegen Entgelt leistet (sofern eine solche überhaupt verfügbar ist). Typische Probleme in diesem Stadium bestehen einerseits in der mangelnden oder undeutlichen Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt auf Internetseiten mit Sachinformation und in der mangelnden oder undeutlichen Trennung von Werbung und Privatem in sozialen Netzwerken, insbesondere im Zusammenhang mit Influencern.

Beginnt man dann mit der Suche nach einem konkreten Produkt oder einer konkreten Dienstleistung, so geschieht dies häufig unter Nutzung von Suchmaschinen und Vergleichsportalen. Beide sind wichtige Instrumente, über die sich Verbraucher an einem Ort über verschiedene Angebote informieren können,⁵ und werden daher auch verbraucherpolitisch gefordert.⁶ Typische Probleme hierbei bestehen darin, dass Ergebnisse zugunsten individueller Anbieter beeinflusst oder verfälscht werden. Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass Werbung an oberster Stelle gezeigt und nicht klar von den Suchergebnissen abgegrenzt wird, dass die Reihenfolge dadurch verfälscht wird, dass sie sich am Grundpreis orientiert, aber sehr unterschiedliche Lieferkosten gefordert werden oder dass viele am Markt erhältlichen Angebote nicht aufgeführt werden.⁷ Viele dieser Praktiken sind rechtswidrig und haben zu gesetzgeberischen Reaktionen geführt,⁸ sie führen aber nicht dazu, dass Verbraucher mehr konsumieren, sondern dazu, dass sie möglicherweise Produkte wählen, die sie sonst nicht gewählt hätten. Für die vorliegende Studie sind sie daher grundsätzlich nicht relevant. Etwas anderes gilt freilich, wenn die Nachhaltigkeit ein explizites Kriterium der Suche ist. Diese Konstellation wird weiter unten (Kapitel 5) behandelt.

Ähnliches wie für Suchmaschinen und Preisvergleichsportale gilt für Testseiten, auf die Verbraucher wiederum häufig von einer Suchmaschine geführt werden. Typische Probleme liegen darin, dass das testende Institut einen offiziellen Anschein erweckt, dass es tatsächlich gar keine Tests durchgeführt, sondern sich

⁵ Vgl. zu Suchmaschinen Erwägungsgrund (4) der Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. 2019 L 186/57.

⁶ Vgl. zu Preisvergleichsportalen etwa Erwägungsgrund (22) der Zahlungskonten-Richtlinie 2014/92/EG, ABl. 2014 L 257/214.

⁷ Vgl. etwa *Verbraucherkommission Baden-Württemberg*, Vergleichsportale im Internet – Transparenz schaffen, Verbrauchertäuschung verhindern, 2013.

⁸ Vgl. insb. die Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328/7. Zu ihrer Umsetzung im deutschen Recht vgl. *Schmitt*, Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht, VuR 2022, 131 ff.

nur auf Herstellerangaben verlassen hat, die womöglich nur algorithmisch ausgewertet wurden,⁹ oder dass die Tests gleich gänzlich erfunden sind.

Erreicht der Verbraucher nun die Internetseite seiner Wahl, so kommen wiederum die verschiedensten Beeinflussungen zum Kauf im Allgemeinen und zum Kauf nicht nachhaltiger Produkte im Besonderen in Betracht. Diese reichen von Lockangeboten, die gar nicht verfügbar sind, aber eben dazu führen, dass der Verbraucher, der schon einmal da ist, eben ein anderes Produkt erwirbt, über irreführende Angaben über Produkte (einschließlich deren Nachhaltigkeit) und die Verschleierung verpflichtender, aber ungünstiger (Nachhaltigkeits-)Angaben bis hin zu Webdesigns, die einen noch nicht recht kaufwilligen Verbraucher auf der Seite festhalten und zum Kauf bringen, etwa durch den Aufbau zeitlichen Drucks oder durch einen kurzfristigen persönlichen Rabatt. Eine besondere Problematik bieten vom Anbieter direkt oder indirekt beeinflusste Produktbewertungen.

Eine letzte relevante Phase ist die unmittelbar nach dem Erwerb eines Produkts. In vielen Fällen eröffnet das Fernabsatzrecht dem Verbraucher die Möglichkeit des Widerrufs. Die Nutzung dieser Möglichkeit kann den Konsum insgesamt verringern; ein Konsumverhalten, das darauf angelegt ist, (viel) zu viel zu erwerben, um nur wenig zu behalten und viel zurückzusenden, kann hingegen nachhaltigsschädlich sein.¹⁰ Auch hier bestehen für den Unternehmer Möglichkeiten, auf das Konsumverhalten Einfluss zu nehmen. Ein Faktor dabei sind die Rücksendekosten, die nach der gesetzlichen Regelung des § 357 Abs. 5 S. 1 BGB der Verbraucher trägt, wenn der Unternehmer den Verbraucher nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB von dieser Pflicht unterrichtet hat. Der Unternehmer kann sich aber nach § 357 Abs. 5 S. 2 BGB auch bereit erklären, die Kosten zu tragen. Übernimmt der Unternehmer die Rücksendekosten nicht, so sollte der Verbraucher, rationales Verhalten vorausgesetzt, vorsichtiger agieren und z.B. nicht das gleiche Paar Schuhe in drei verschiedenen Größen bestellen, um (mindestens) zwei Paar Schuhe wieder zurückzusenden.

Das Kaufrecht selbst kann ebenfalls vom Gesetzgeber mehr oder weniger nachhaltig ausgestaltet werden kann, indem etwa das Recht auf Nachbesserung (Reparatur) gegenüber dem Recht auf Ersatzlieferung gestärkt wird.¹¹ Hierzu hat die

⁹ Vgl. etwa OLG Köln, 30.10.2020 - 6 U 136/19, VuR 2021, 225.

¹⁰ Vgl. etwa *Schiefke*, Nachhaltiger Konsum: Die Retourenproblematik im Onlinehandel, VuR 2021, 416 ff.

¹¹ Vgl. zu entsprechenden Vorschlägen etwa *Tonner*, Für eine nachhaltige Weiterentwicklung des Verbrauchsgüterkaufrechts, VuR 2012, 355 ff.; *ders.*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, VuR 2019, 363 ff.; *Dastis*, Ethischer Konsum und Vertragsrecht, VuR 2017, 252 ff.; *Rudloff*, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU – Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit?, VuR 2018, 323 ff.

Kommission im März 2023 den Vorschlag für eine Richtlinie über gemeinsame Vorschriften zur Förderung der Reparatur von Waren¹² vorgelegt, nach dessen Art. 12 die Warenkauf-Richtlinie (EU) 2019/771 dahingehend geändert werden soll, dass der Verkäufer, wenn die Kosten für die Ersatzlieferung mindestens den Nachbesserungskosten entsprechen, die Nachbesserung der Waren vorzunehmen hat, um den vertragsgemäßen Zustand der Waren herzustellen. Zudem soll der Verbraucher auch unabhängig von Mängeln der Ware verbesserte Möglichkeiten erhalten, einen Reparaturbetrieb zu finden, und dessen Leistungen sollen durch Informationspflichten transparent gestaltet werden. All dies dürfte aber eher indirekt auf die Kaufentscheidung einwirken, um die es in dieser Studie geht, und wird deshalb hier nicht weiter vertieft.

In allen Phasen der Customer Journey kann die Beeinflussung des einzelnen Verbrauchers dadurch gesteigert werden, dass sie personalisiert erfolgt, also gezielt auf seine Präferenzen reagiert. Handelt es sich um einen Verbraucher, der an nachhaltigem Konsumverhalten interessiert ist, kann er schon bei der Lektüre der Online-Zeitung oder bei seinem Aufenthalt in sozialen Medien auf entsprechende Angebote geleitet werden. Dasselbe ist bei der Suche über Suchmaschinen oder Preisvergleichsportale möglich und dann auf der Plattform selbst. Dies setzt wiederum voraus, dass diese Präferenzen aufgrund der Sammlung umfangreichen Datenmaterials bekannt sind.

3. Einschlägige rechtliche Vorschriften

Die zahlreichen Vorschriften, mit denen insbesondere der europäische Gesetzgeber auf die kurz angesprochenen Probleme der Beeinflussung der Kaufentscheidung des Verbrauchers reagiert hat, sollen im Folgenden in vier Gruppen eingeteilt werden: (1) Vorschriften, mit denen die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers allgemein geschützt wird; (2) Vorschriften, mit denen der Verbraucher gezielt über die Nachhaltigkeit bzw. Umweltfreundlichkeit von Produkten informiert werden soll; (3) Vorschriften, die verhindern sollen, dass der Verbraucher über die Nachhaltigkeit von Produkten in die Irre geführt wird, und (4) Vorschriften, die sich im weitesten auf die Personalisierung von Werbung und Angeboten beziehen.

¹² COM(2023) 155 final.

Die Darstellung konzentriert sich auf diejenigen rechtlichen Regelungen, die für den nachhaltigen Konsum relevant sind, und geht auf die Vorschriften, die die Entscheidungsfreiheit allgemein schützen sollen, eher cursorisch ein. Dabei wird jeweils zunächst, soweit vorhanden, der EU-rechtliche Ursprung der Norm benannt, ehe dann für die vertiefte Auseinandersetzung die einschlägigen deutschen Umsetzungsnormen verwendet werden.

3.1 Schutz der Entscheidungsfreiheit im Allgemeinen

Der Schutz der Entscheidungsfreiheit im Allgemeinen erfolgt traditionell mit Mitteln des Vertragsrechts und des Lauterkeitsrechts. Spezifisch für den elektronischen Geschäftsverkehr gelten die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG.¹³ Hinzu tritt der Digital Services Act, dessen Regelungen ab dem 17. Februar 2024 gelten werden.

3.1.1 Kenntlichmachung kommerzieller Kommunikation

Bleibt man in der Reihenfolge der Customer Journey, so ist zunächst die Informationspflicht aus Art. 6 (a) der E-Commerce-Richtlinie von Bedeutung, umgesetzt in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG. Danach müssen kommerzielle Kommunikationen klar als solche zu erkennen sein. Dies erfordert einerseits die klare Trennung von Werbung und redaktionellen Inhalten, andererseits spielt die Vorschrift eine wichtige Rolle bei der Bewertung der Tätigkeit von Influencern. Gleichzeitig unterfiel die Tätigkeit von Influencern den allgemeinen Vorschriften des UWG, insbesondere dem Verbot irreführender Unterlassung dadurch, dass der Unternehmer den kommerziellen Zweck der Geschäftspraxis nicht kenntlich macht (Art. 7 (2) Lauterkeits-Richtlinie).¹⁴

Gerade in Bezug auf Influencer herrschte allerdings – aufgrund der unspezifischen Regelung – einige Rechtsunsicherheit insbesondere darüber, wann kommerzielle Kommunikation vorliegt und auf welche Weise diese dann zu kennzeichnen ist.¹⁵ Der

¹³ Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABl. 2000 L 178/1.

¹⁴ Nach einer Mindermeinung ist außerdem die Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. 2010 L 95/1, einschlägig, vgl. *De Cock Buning*, Life after the European Audiovisual Media Services Directive: social media influencers through the looking-glass, in Goanta/Ranchordás (Hrsg.), *The regulation of social media influencers*, 2020, 47 ff. Einen Mehrwert bringt dies allerdings im Hinblick auf die hier untersuchten Fragen nicht.

¹⁵ Vgl. etwa die divergierende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte: OLG Hamburg, 2.7.2020 – 15 U 142/19, MMR 2020, 767; OLG Karlsruhe, 9.9.2020 – 6 U 38/19, MMR 2021, 159 (Pamela Reif); OLG München, 25.6.2020 – 29 U 2333/19, GRUR 2020, 1096 (Cathy Hummels).

Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Grundsatzurteil vom September 2021 einige Grundfragen entschieden.¹⁶ Schon zuvor hat der deutsche Gesetzgeber im Juni 2021 mit dem Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht¹⁷ eine Änderung des UWG beschlossen, die im Mai 2022 in Kraft trat.¹⁸ Mit dem neuen § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG wurde der Begriff der „geschäftlichen Handlung“ neu gefasst. Danach ist „geschäftliche Handlung“ 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 *unmittelbar* und objektiv zusammenhängt (...).“ Damit sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die Fälle vom Anwendungsbereich des UWG ausgeschlossen werden, in denen Influencer Waren oder Dienstleistungen empfehlen oder in ihren Beiträgen erwähnen und hierfür kein Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erhalten und die Erwähnung unter Umständen ausschließlich ihre eigene Bekanntheit fördert.¹⁹ Speziell Influencer betrifft dann § 5a Abs. 4 UWG n.F., der wie folgt lautet: „(...). Ein kommerzieller Zweck liegt bei einer Handlung zugunsten eines fremden Unternehmens nicht vor, wenn der Handelnde kein Entgelt oder keine ähnliche Gegenleistung für die Handlung von dem fremden Unternehmen erhält oder sich versprechen lässt. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung wird vermutet, es sei denn der Handelnde macht glaubhaft, dass er eine solche nicht erhalten hat.“

Ergänzend sei angemerkt, dass auch die Europäische Kommission eine spezifische Regelung für Influencer in Erwägung zieht. Im Konsultationspapier zu “digital fairness” vom November 2022²⁰ sollten sich Interessierte zu der folgenden These äußern: “Clarifying the concept of an ‘influencer’ (e.g. social media personalities) and the obligations of traders towards consumers would be beneficial.”

3.1.2 Verbot irreführender Werbung

Ganz allgemein darf Werbung natürlich, gleich in welcher Phase der Customer Journey, nicht irreführend sein. Das EU-Recht unterscheidet in der Richtlinie 2005/29/EG (im Folgenden Lauterkeits-Richtlinie) zwischen irreführender

¹⁶ Vgl. BGH, 9.9.2021 – I ZR 90/20, NJW 2021, 3450. Vgl. dazu *Köberlein*, Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH, ZVertriebsR 2022, 102 ff.

¹⁷ BGBl. 2021 I, 3504.

¹⁸ Zur Neuregelung vgl. *Schaub*, Influencer und Lauterkeitsrecht – de lege lata und de lege ferenda, GRUR 2021, 1358 ff.

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/27873, 32.

²⁰ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13413-Digital-fairness-fitness-check-on-EU-consumer-law/public-consultation_de.

Handlung und irreführender Unterlassung, in Deutschland umgesetzt in den §§ 5 und 5a UWG. Einige spezielle Irreführungstatbestände sind auch in der Liste stets verbotener Geschäftspraktiken im Anhang der Richtlinie enthalten, in Deutschland umgesetzt im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG. Zu diesen gehört etwa nach der Nr. 7 des Anhangs die 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. Die Irreführung kann u.a. mit Nachhaltigkeitsaspekten erfolgen. Dies wird unten im Abschnitt 3.3 vertieft.

3.1.3 Informationspflichten

Im Vertragsrecht finden sich insbesondere vorvertragliche Informationspflichten. Diese verfolgen den Zweck, dem Verbraucher eine informierte Entscheidung zu ermöglichen. Für die Plattformökonomie von zentraler Bedeutung ist dabei das Fernabsatzrecht der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, umgesetzt in den §§ 312c ff. und 355 ff. BGB sowie in Art. 246a EGBGB, denn Verträge, die über das Internet geschlossen werden, sind Fernabsatzverträge i.S.d. § 312c BGB.

3.1.4 Verbot von dark patterns

Eine neue Vorschrift zum Verbot von *dark patterns* speziell für Online-Plattformen wurde mit dem Digital Services Act eingeführt.²¹ Nach Art. 25 (1) DSA dürfen Anbieter von Online-Plattformen 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. Woran der EU-Gesetzgeber dabei denkt, zeigt einerseits der Erwägungsgrund (67), andererseits Art. 25 (3) DSA, wonach der Kommission Leitlinien für die Anwendung von Absatz 1 auf eine bestimmte Praxis herausgeben kann. Zu den *dark patterns* zählen gemäß Erwägungsgrund (67):

- ausbeuterische Gestaltungsmuster, mit denen die Nutzer zu Handlungen verleitet werden sollen, die dem Anbieter von Online-Plattformen zugutekommen, aber möglicherweise nicht im Interesse der Nutzer sind, und bei denen die Auswahlmöglichkeiten in einer nicht neutralen Weise präsentiert werden, etwa indem bestimmte Auswahlmöglichkeiten durch visuelle,

²¹ Vgl. zum Folgenden *Rott, Dark patterns im Verbraucherrecht*, erscheint in: Reiffenstein (Hrsg.), *Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2023, 2023*.

akustische oder sonstige Elemente stärker hervorgehoben werden, wenn die Nutzer aufgefordert werden, eine Auswahl zu treffen.

- die wiederholte Aufforderung an den Nutzer, eine Auswahl zu treffen, wenn diese Auswahl bereits getroffen wurde – in der Literatur als *nagging* bezeichnet.²² Eine Sonderform dieser Praktik ist das *confirm shaming*, mit dem einem zunächst ablehnenden Nutzer ein schlechtes Gewissen gemacht werden soll, damit er doch noch zustimmt.
- das Verfahren zur Stornierung eines Dienstes erheblich umständlicher zu gestalten als die entsprechende Anmeldung;
- bestimmte Wahlmöglichkeiten schwieriger oder zeitaufwendiger zu gestalten als andere; auch dies wird Folgenden noch illustriert.
- es unverhältnismäßig schwierig zu machen, Käufe abzubuchen oder sich von einer bestimmten Online-Plattform abzumelden, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmen ermöglichen und
- die Nutzer in die Irre zu führen, indem sie zu Entscheidungen bezüglich Transaktionen verleitet werden, oder die Entscheidungsfindung der Nutzer durch Standardeinstellungen, die sehr schwer zu ändern sind, unverhältnismäßig zu beeinflussen.

In Art. 25 (3) DSA werden beispielhaft genannt: (a) das stärkere Hervorheben von bestimmten Auswahlmöglichkeiten, wenn der Nutzer eine Entscheidung treffen muss, wie das etwa bei der Einwilligung in das Setzen von Cookies der Fall ist; (b) die wiederholte Aufforderung an den Nutzer, eine Auswahl zu treffen, obwohl eine solche Auswahl bereits getroffen wurde, insbesondere durch die Einblendung eines Fensters, mit der die Nutzererfahrung beeinträchtigt wird, und (c) dass das Verfahren zur Beendigung eines Dienstes schwieriger als das Verfahren zur Anmeldung bei diesem Dienst gestaltet wird.

Diese Aufzählungen sind aber eben nur beispielhaft. In der Literatur werden weitere *dark patterns* diskutiert, insbesondere etwa solche, die Verbraucher mit Zeitdruck oder (vermeintlicher) Knappheit zu einer schnellen und damit weniger informierten Entscheidung drängen.²³

Einschränkend schließt Art. 25 (2) DSA das Verbot für Praktiken, die unter die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG oder die DSGVO fallen, aus. Diese Vorschrift ist insofern problematisch, als unklar ist, welche *dark patterns* die Richtlinie 2005/29/EG erfasst, so dass ebenso unklar ist, welche im Anwendungsbereich des

²² Vgl. etwa *Janicki/Schultz*, Dark Pattern from the other side: zur datenschutzrechtlichen (Un-) Zulässigkeit des Einsatzes von Designelementen, DSRITB 2021, 13, 15.

²³ Ausf. zu diesen *Martini/Kramme/Seeliger*, „Nur noch für 30 Minuten verfügbar“ – Scarcity- und Countdown-Patterns bei Online-Geschäften auf dem Prüfstand des Rechts, VuR 2022, 123 ff.

Art. 25 (1) DSA liegen. Tatsächlich hat der Begriff der unlauteren Geschäftspraktiken nach der Lauterkeits-Richtlinie eine erhebliche Reichweite. Unter dem Aspekt der irreführenden Unterlassung stellen nach Art. 7 (5) dieser Richtlinie Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung oder Marketing aus anderen EU-Rechtsakten wesentliche Informationen dar, deren fehlende oder inkorrekte Angabe nach Art. 7 (1) eine irreführende Unterlassung und damit eine unlautere Geschäftspraktik darstellt, wenn sie geeignet ist, die wirtschaftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen.

Auch Verstöße gegen die Klausel-Richtlinie 93/13/EWG können gleichzeitig unlautere Geschäftspraktiken sein.²⁴ Dasselbe könnte schließlich für Verstöße gegen die Cookie-Richtlinie 2009/136/EU angenommen werden,²⁵ da auch das Setzen von Cookies die wirtschaftlichen Interessen von Verbrauchern beeinträchtigen kann, wenn etwa anschließend auf dieser Grundlage Angebot oder gar Preise personalisiert werden. Insofern kann auch die Entscheidung, Cookies zuzulassen, schon als wirtschaftlich relevante Entscheidung angesehen werden.

Können aber dark patterns grundsätzliche unlautere Geschäftspraktiken nach der Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG darstellen, so stellt sich die Frage, ob Art. 25 (1) DSA inhaltlich über diese hinausgeht, ob es also Praktiken gibt, die dark patterns sind, ohne schon unlauter zu sein. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass sowohl Art. 25 (1) DSA als auch Art. 5 der Lauterkeits-Richtlinie keinen subjektiven Tatbestand enthalten. Beide verlangen lediglich die Eignung einer Praktik, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in der erforderlichen Art und Weise zu beeinträchtigen. Im Detail weichen die Formulierungen in den deutschen Sprachfassungen leicht voneinander ab. Art. 5 (2) der Lauterkeits-Richtlinie verlangt, dass die fragliche Praktik das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers (...) „wesentlich“ beeinflusst oder dazu geeignet ist, es „wesentlich“ zu beeinflussen, während Art. 25 (1) von einer „maßgeblichen“ Beeinflussung oder Behinderung, der Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, spricht. Dies hat dabei keine Bedeutung. In ihren englischen Fassungen verwenden beide Rechtsakte den Begriff „materially distort“ bzw. „materially distorts or impair“.

²⁴ So die deutsche Rechtsprechung, grundlegend BGH, 31.5.2012 – I ZR 45/11, NJW 2012, 3577; vgl. auch BGH, 14.12.2017 – I ZR 184/15, GRUR 2018, 423, 428. Vgl. weiter EuGH, 15.3.2012, C-453/10 *Pereničová and Perenič*, ECLI:EU:C:2012:144.

²⁵ Vgl. LG Frankfurt, 19.10.2021 - 3-06 O 24/21, MMR 2021, 152.

Denkbar wäre noch, dass die beiden Rechtsakte unterschiedliche Leitbilder hinsichtlich der Adressaten der dark patterns bzw. der unlauteren Geschäftspraktiken verwenden. Der Lauterkeits-Richtlinie liegt das Leitbild des Durchschnittsverbrauchers zugrunde, den ihr Erwägungsgrund (18) im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH als „angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch“ beschreibt. Dieses Leitbild wird auch im Datenschutzrecht verwendet, das selbst keine eigenständige Definition des relevanten Betroffenen aufweist.²⁶ Ein aufmerksamer und kritischer Verbraucher weist aber idealerweise keine kognitiven Verzerrungen auf und fällt auf dark patterns nicht herein.

Der Digital Services Act dagegen benennt kein Verbraucher- oder Nutzerleitbild. Das muss nichts bedeuten, denn der EuGH hat das Leitbild des Durchschnittsverbrauchers auch auf Rechtsakte angewendet, die dieses Leitbild nicht erwähnen, etwa auf die Klausel-Richtlinie 93/13/EWG.²⁷ Allerdings scheint der EU-Gesetzgeber mit dem Digital Services Act und seinem Art. 25 eben doch anzuerkennen, dass Verbraucher nicht gänzlich rational handeln, sondern sich durch dark patterns manipulieren lassen. Damit könnten solche dark patterns, auf die der aufmerksame Durchschnittsverbraucher nicht hereinfällt, nur unter Art. 25 (1) DSA fallen.

Fraglich ist allerdings, ob die Rechtsprechung den Durchschnittsverbraucher der Lauterkeits-Richtlinie noch so streng handhabt, wie es seine Beschreibung suggeriert. Die Verhaltensforschung belegt, dass wenn nicht alle, so doch die Mehrheit der Verbraucher kognitiven Verzerrungen unterliegen.²⁸ Man könnte daher durchaus argumentieren, dass schon der Durchschnittsverbraucher kognitive Verzerrungen aufweist und damit anfällig für geschickte Manipulation ist.

Eine gewisse Offenheit der Rechtsprechung in diese Richtung haben jedenfalls einige Autor:innen im Teekanne-Urteil des EuGH²⁹ ausgemacht.³⁰ In der Rechtssache Teekanne ging es um einen Himbeer-Vanille-Tee, auf dessen Verpackung zwar einerseits, wie nach der Richtlinie 2000/13/EG erforderlich, die

²⁶ Vgl. *Janicki/Schultz*, DSRITB 2021, 13, 20 f., m.w.N.

²⁷ Vgl. EuGH, 30.4.2014, Rs. C-26/13 *Kásler*, ECLI:EU:C:2014:282.

²⁸ Vgl. etwa *Lupiáñez-Villanueva/Boluda/Bogliacino/Liva/Lechardoy/Rodríguez de las Heras Ballell*, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation. Final report for the European Commission, 2022, 120 ff.

²⁹ EuGH, 4.6.2015, Rs. C-195/14 *Teekanne*, ECLI:EU:C:2015:361.

³⁰ Vgl. *Schebesta/Purnhagen*, The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality In CJEU's Case Law? Reflections on Teekanne, *European Law Review* 2016, 595 ff.

Zutaten korrekt angegeben waren, so dass ein aufmerksamer Verbraucher erkennen konnte, dass der Tee keine echten Himbeeren und keine echte Vanille, sondern nur entsprechende Aromen enthielt; andererseits aber war die Verpackung durch die bildliche Darstellung von Himbeeren und Vanilleblüten so gestaltet, dass der Eindruck entstand, der Tee enthalte eben doch echte Früchte und Vanille. Während die herrschende Auffassung in der Literatur im Vorfeld auf das korrekte Zutatenverzeichnis abstellte und keine Irreführung annahm, meinte der EuGH, das Verzeichnis der Zutaten könne, auch wenn es richtig und vollständig sei, in bestimmten Fällen gleichwohl nicht geeignet sein, einen falschen oder missverständlichen Eindruck des Verbrauchers bezüglich der Eigenschaften eines Lebensmittels zu berichtigen, der sich aus den anderen Elementen der Etikettierung dieses Lebensmittels ergibt.³¹ Seit diesem Urteil gab es aber keine weiteren Hinweise seitens des EuGH. In der deutschen Rechtsprechung wurden zwar seither einige Lebensmittelverpackungen als irreführend bewertet,³² eine Anpassung des Verbraucherleitbilds im Übrigen ist aber nicht erkennbar.

Der EuGH hat jetzt allerdings wieder die Möglichkeit, diese Frage zu klären. Der italienische Consiglio di Stato hat dem Gerichtshof in der Rechtssache *Compass Banca* die folgende Frage vorgelegt: „Ist der Begriff des Durchschnittsverbrauchers im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG, verstanden als ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Verbraucher – wegen seiner Flexibilität und Unbestimmtheit – nicht unter Bezugnahme auf den Stand der Wissenschaft und Erfahrung zu definieren, und verweist er daher nicht nur auf den klassischen Begriff des homo oeconomicus, sondern auch auf die Erkenntnisse der jüngsten Theorien über die begrenzte Rationalität, die gezeigt haben, dass Personen bei ihrem Handeln die erforderlichen Informationen oft mit Entscheidungen einschränken, die im Vergleich zu denjenigen, die eine hypothetisch aufmerksame und kritische Person treffen würde, „unvernünftig“ sind, wobei diese Erkenntnisse einen größeren Schutz der Verbraucher für den – in der modernen Marktdynamik immer häufiger auftretenden – Fall der Gefahr kognitiver Beeinflussung erforderlich machen?“³³

Wenn sich die verhaltensökonomisch orientierte Sichtweise auch im Lauterkeitsrecht durchsetzen würde, würde dies gleichzeitig bedeuten, dass mehr

³¹ EuGH – *Teekanne*, Rn. 40, umgesetzt in BGH, 2.12.2015 – I ZR 45/13, VuR 2016, 80. Vgl. dazu auch *Fezer*, Das lauterkeitsrechtliche Informationsgebot im Lebensmittelrecht, VuR 2015, 289 ff.

³² Vgl. etwa LG Amberg, 29.7.2016 – 41 HK O 497/16, VuR 2016, 435; LG Lübeck, 6.6.2017 – 11 HKO 47/16, VuR 2017, 440 (Ls.).

³³ Rs. C-646/22 *Compass Banca*, ABI. 2022 C 24/28.

dark patterns nach Art. 25 (2) DSA aus dem Anwendungsbereich des Art. 25 (1) DSA herausfielen. Insgesamt ist die Rechtslage in beiden Rechtsakten daher derzeit völlig unklar.

Etwas mehr Klarheit könnte nun eine Initiative des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO) des Europäischen Parlaments bringen, der im Zuge seiner Befassung mit dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zu Green Claims (infra, C. III. 5.) ein Verbot von *dark patterns* in die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG integrieren will. Dazu soll in Art. 6 der Richtlinie 2005/29/EG folgende irreführende Praxis aufgenommen werden: *“practices with the effect or likely effect of distorting or impairing the autonomy, decision-making or choice of the recipients of the service, on purpose or in effect, via the structure, design, or functionalities of an online interface or a part thereof.”*³⁴ Die Vorschrift wäre zwar in Art. 6 fehlplatziert, da *dark patterns* nicht nur durch Irreführung auf die Entscheidungsfreiheit einwirken, und sollte daher als eigenständige Regelung aufgenommen werden, sie könnte aber das Problem der konkurrierenden Anwendungsbereiche dahingehend auflösen, dass eben (aufgrund von Art. 25 (2) DSA) nur noch die Lauterkeits-Richtlinie mit ihrem auf den zivilrechtlichen Verbraucherschutz zugeschnittenen Regime zur Anwendung käme.

3.2 Nachhaltigkeitsbezogene Informationspflichten

Die EU (damals noch EG) hat schon vor über 20 Jahren die Relevanz umweltfreundlichen Verbrauchens entdeckt.³⁵ Im Grünbuch zur Integrierten Produktpolitik aus dem Jahr 2001 stellte die Europäische Kommission fest:

„(...) Ebenso sind alle Bemühungen der Designer vergeblich, wenn die Verbraucher umweltfreundlichere Produkte nicht kaufen oder sie nicht in einer umweltfreundlichen Art und Weise benutzen. Daher wird sich das Konzept der integrierten Produktpolitik vor allem auf das Ökodesign von Produkten und die Bereitstellung von Informationen und Anreizen für eine effiziente Aufnahme und Verwendung umweltfreundlicherer Produkte konzentrieren.“³⁶

³⁴ Praktiken mit der Wirkung oder der wahrscheinlichen Wirkung, die Autonomie, Entscheidungsfindung oder Wahl des Nutzers des Dienstes absichtlich oder tatsächlich durch die Struktur, das Design oder durch Funktionalitäten einer Online-Schnittstelle oder eines Teils davon zu beeinträchtigen oder zu behindern (Übersetzung des Verf.).

³⁵ Vgl. dazu *Rott*, Nachhaltigkeit durch Verbraucherverbandsklagen, in: Tamm (Hrsg.), Zentrifugalkräfte in Europa und im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Klaus Tonner, 2022, 353 ff.

³⁶ KOM(2001) 68 endg., 3.

Im sechsten Umweltprogramm von 2002³⁷ hieß es in Art. 3 über „Strategische Konzepte zur Erfüllung der Umweltziele“:

„Die in diesem Programm beschriebenen Zielsetzungen und Ziele werden unter anderem mit folgenden Maßnahmen verfolgt: (...)

6. Gewährleistung dafür, dass private Verbraucher, Unternehmen und öffentliche Stellen in ihrer Rolle als Käufer besser über die Umweltauswirkungen von Verfahren und Produkten informiert werden, damit nachhaltige Konsummuster erreicht werden. Dies erfordert:

- die Förderung des Einsatzes von Umweltzeichen und anderen Formen der umweltbezogenen Information und Etikettierung, die es dem Verbraucher ermöglichen, die Umwelteigenschaften gleichartiger Produkte zu vergleichen;
- die Förderung der Verwendung zuverlässiger Umweltangaben durch die Hersteller und die Vermeidung irreführender Angaben; (...).“

3.2.1 Explizite Informationspflichten

In der EU-Gesetzgebung führte dieser Ansatz zu einer Vielzahl von Kennzeichnungs- und Informationspflichten, darunter etwa die Richtlinie 1999/94/EG über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen,³⁸ in Deutschland umgesetzt durch die Pkw-Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (Pkw-EnVKV); ein Rechtsakt, gegen den Autohändler so häufig verstoßen,³⁹ dass die Deutsche Umwelthilfe aus den Abmahngebühren und Vertragsstrafen ihre Klagen auf Dieselverbote finanzieren konnte.⁴⁰ Ebenfalls schon Gegenstand einer verbraucherrechtlichen Verbandsklage waren die Hinweispflichten nach dem Verpackungsgesetz.⁴¹

Umweltrechtliche Rechtsakte bzw. Vorschriften sind auch in der neuen Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 als (zugleich) verbraucherrechtliche Vorschriften benannt. Es handelt sich im Einzelnen um:

³⁷ Beschluss Nr. 1600/2002/EG über das sechste Umweltaktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaft, ABI. EG 2002, L 242/1.

³⁸ ABI. 2000 L 12/16.

³⁹ Vgl. etwa BGH, 4.7.2019 – I ZR 149/18, NJW 2019, 3377; LG Erfurt, 3.6.2010 – 2 HK O 24/10, BeckRS 2011, 00607; LG Erfurt, 13.1.2011 – 2 HK O 121/10, BeckRS 2011, 10372.

⁴⁰ Vgl. dazu BGH, 4.7.2019 – I ZR 149/18, NJW 2019, 3377, sowie zum daraus resultierenden Streit um ihre Gemeinnützigkeit *Rott*, FS Tonner, 353, 361 f.

⁴¹ OLG Köln, 9.4.2020 – 6 U 292/19, GRUR-RS 2020, 6565.

- Art. 14 und Anhang I der Ökodesign-Richtlinie 2009/125/EG⁴² über die Aufklärung der Verbraucher über die Rolle, die sie bei der nachhaltigen Nutzung des betreffenden Produkts spielen können, und über das ökologische Profil des betreffenden Produkts und die Vorteile des Ökodesigns, falls dies in den Durchführungsmaßnahmen vorgesehen ist,
- die Verordnung (EG) Nr. 1222/2009 über die Kennzeichnung von Reifen in Bezug auf die Kraftstoffeffizienz und andere wesentliche Parameter,⁴³
- die Umweltzeichen-Verordnung (EG) Nr. 66/2010,⁴⁴
- die Art. 9 bis 11a der Energieeffizienz-Richtlinie 2012/27/EU,⁴⁵ die sich mit der Verbrauchserfassung durch individuelle Zähler und intelligente Verbrauchserfassungssysteme, Abrechnungsinformationen und den Kosten für den Zugang zu Verbrauchserfassungs- und Abrechnungsinformationen befassen. Diese Informationen sollen den Verbraucher u.a. zu Energieeinsparungen befähigen.
- Art. 3 bis 6 der Energieverbrauchskennzeichnungs-Verordnung (EU) 2017/1369⁴⁶ über die Etikettierung von Produkten, Produktdatenblätter, die Produktdatenbank und Werbung. Die Richtlinie bezweckt die Bereitstellung einheitlicher Produktinformationen zur Energieeffizienz, zum Verbrauch an Energie und anderen Ressourcen durch die Produkte während des Gebrauchs und zusätzlicher Angaben über die Produkte vor, so dass Kunden in die Lage versetzt werden, sich für effizientere Produkte zu entscheiden, um ihren Energieverbrauch zu verringern.

Diese Rechtsakte bzw. Vorschriften dienen sämtlich der Verbraucherinformation über umwelt- bzw. nachhaltigkeitsrelevante Aspekte von Produkten oder über sein eigenes umweltrelevantes Verhalten. Sie verfügen einerseits über ihre eigenen, z.T. öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsregime. Verstöße stellen aber gleichzeitig ein irreführendes Unterlassen i.S.d. Art. 7 (5) der Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG dar. Durch ihre Aufnahme in den Anhang der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 ist nämlich zugleich geklärt, dass sie „Informationsanforderungen in Bezug auf kommerzielle Kommunikation“ zwischen Unternehmen und Verbrauchern im Sinne dieser Vorschrift sind.

Die fraglichen Rechtsakte regeln mehr oder weniger deutlich und durchaus unterschiedlich, in welcher Weise und an welchem Ort die relevanten Informationen zu finden sein müssen. Dies sei anhand der Pkw-EnVKV illustriert. Nach § 5 Abs. 1 Pkw-EnVKV haben Händler, die Werbeschriften verwenden, sicherzustellen, dass in

⁴² ABI. 2009 L 285/10.

⁴³ ABI. 2008 L 353/1.

⁴⁴ ABI. 2010 L 27/1.

⁴⁵ ABI. 2012 L 351/1.

⁴⁶ ABI. 2017 L 198/1.

den Werbeschriften Angaben über den offiziellen Kraftstoffverbrauch und die offiziellen spezifischen CO₂-Emissionen der betreffenden Modelle neuer Personenkraftwagen nach Maßgabe von Abschnitt 1 der Anlage 4 gemacht werden. Nach § 5 Abs. 2 Pkw-EnVKV gelten diese Informationspflichten entsprechend für in elektronischer Form oder durch elektronische Speichermedien verbreitetes Werbematerial, wobei die Angaben nach Maßgabe der Abschnitte II und III der Anlage 4 erfolgen müssen. Dazu zählen Internetseiten der Händler, aber auch ihre Auftritte auf Facebook⁴⁷ oder Youtube.⁴⁸ Nach der Anlage 4, Abschnitt II, Nr. 3 und Nr. 2 S. 1 zu § 5 Pkw-EnVKV sind dann, wenn sich das in elektronischer Form verbreitete Werbematerial auf ein bestimmtes neues Fahrzeugmodell oder auf eine bestimmte Version oder Variante davon bezieht, zumindest der offizielle Kraftstoffverbrauch im kombinierten Testzyklus und die offiziellen spezifischen CO₂-Emissionen im kombinierten Testzyklus dieses Fahrzeugs anzugeben. Die Angaben müssen auch bei flüchtigem Lesen leicht verständlich, gut lesbar und nicht weniger hervorgehoben sein als der Hauptteil der Werbebotschaft. Es ist sicherzustellen, dass dem Empfänger des Werbematerials die Informationen automatisch in dem Augenblick zur Kenntnis gelangen, in dem erstmalig Angaben zur Motorisierung, zum Beispiel zu Motorleistung, Hubraum oder Beschleunigung, auf der Internetseite angezeigt werden.⁴⁹ Typische Verstöße liegen darin, dass die relevanten Informationen nicht automatisch, sondern erst nach einem Zwischenschritt sichtbar werden, etwa durch Klicken eines Buttons mit der Aufschrift „Mehr ansehen“⁵⁰ oder durch Ansehen eines Videoclips.⁵¹ Etwas weniger spezifisch war Art. 4 (b) der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 1062/2010 zur Ergänzung der RL 2010/30/EU im Hinblick auf die Kennzeichnung von Fernsehgeräten in Bezug auf den Energieverbrauch, nach der der Händler sicherzustellen hat, dass bei jeglicher Werbung für ein bestimmtes Fernsehgerätemodell mit energie- oder preisbezogenen Informationen auch dessen Energieeffizienzklasse angegeben wird. Nach Auffassung des BGH war im Fall einer Internetwerbung für Fernsehgeräte eine Verlinkung auf die Angaben zum Energieverbrauch ausreichend.⁵² Die Verordnung wurde 2012 dahingehend geändert, dass im Ergebnis die Angaben zur Energieeffizienz auf derselben Internetseite wie das Produkt erscheinen müssen.⁵³

⁴⁷ Vgl. OLG Köln, 19.5.2017 - 6 U 155/16, MMR 2018, 317.

⁴⁸ Vgl. BGH, 13.9.2018 - I ZR 117/15, NJW 2019, 784.

⁴⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, 30.4.2015 - I-15 U 66/14, MMR 2016, 176.

⁵⁰ So in OLG Köln, 19.5.2017 - 6 U 155/16, MMR 2018, 317.

⁵¹ So in OLG Köln, 10.6.2022 - 6 U 3/22, GRUR-RR 2023, 87.

⁵² Vgl. BGH, 4.2.2016 - I ZR 181/14, GRUR 2016, 954.

⁵³ Vgl. Art. 4 der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 518/2014 im Hinblick auf die Kennzeichnung energieverbrauchsrelevanter Produkte im Internet, ABl. 2014 L 147/1.

3.2.2 Nachhaltigkeit als „wesentliche Eigenschaft“ von Produkten?

Allgemeiner könnte über Nachhaltigkeitsaspekte zu informieren sein, wenn die Nachhaltigkeit eine „wesentliche Eigenschaft“ von Produkten wäre. So verlangt Art. 6 (1) (a) der Verbraucherrechte-Richtlinie bei Fernabsatzverträgen, dass der Unternehmer den Verbraucher über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen informiert. Negativ gewendet behandelt Art. 7 (1) der Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG eine Geschäftspraxis als irreführend, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände und der Beschränkungen des Kommunikationsmediums wesentliche Informationen vorenthält, die der durchschnittliche Verbraucher je nach den Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen, und die somit einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er sonst nicht getroffen hätte.

Wesentlich ist eine Information nach der Rechtsprechung, wenn ihre Angabe unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen vom Unternehmer erwartet werden kann und ihr für die vom Verbraucher zu treffende geschäftliche Entscheidung erhebliches Gewicht zukommt. Dies lässt sich nur anhand der Umstände des Einzelfalls konkretisieren.⁵⁴ Erwirbt man etwa ein Produkt in einem Öko-Supermarkt, so dürfte man erwarten, darüber informiert zu werden, wenn es nicht entsprechenden Standards genügt. Kauft man dasselbe Produkt beim Discounter, so wird diese Angabe nicht erforderlich sein.

Die Rechtsprechung scheint allerdings dazu zu tendieren, dem Gesetzgeber den Vorrang einzuräumen. So hat das LG Berlin jüngst im Zusammenhang mit der Klimafreundlichkeit eines Tesla darauf verwiesen, dass in der Pkw-EnVKV doch geregelt sei, welche Informationen über die Umwelteigenschaften eines Pkw zur Verfügung zu stellen seien, so dass im Umkehrschluss eben andere Informationen nicht wesentlich i.S.d. § 5a Abs. 1 UWG, der Art. 7 (1) der Lauterkeits-Richtlinie umgesetzt, seien.⁵⁵

⁵⁴ Vgl. BGH, 21.7.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076.

⁵⁵ LG Berlin, 21.3.2023 – 52 O 242/22, https://www.vzbv.de/sites/default/files/2023-04/LG%20Berlin_21.03.2023.pdf.

3.3 Greenwashing

Von unmittelbarer Relevanz für die Thematik dieser Studie ist irreführende Werbung mit der Nachhaltigkeit von Produkten, häufig als „Greenwashing“ bezeichnet. Rechtlich gelten hier zunächst die allgemeinen Grundsätze der irreführenden Werbung, die allerdings in den vergangenen Jahren bzw. Jahrzehnten durch die Rechtsprechung zur Umweltwerbung und neuerdings zur Werbung mit Klimafreundlichkeit konkretisiert wurden.

3.3.1 Umweltwerbung

Grundlegend ist bis heute eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1988,⁵⁶ in der es um „Altpapier“ ging, das nur zu 80 % aus Altpapier bestand. Der BGH meinte, dass die Werbung mit Umweltschutzbegriffen grundsätzlich nach strengen Maßstäben zu beurteilen sei, die sich im Einzelfall nach der Art des Produkts und dem Grad und Ausmaß der „Umweltfreundlichkeit“ bestimmten. Zum einen führe ein (schon damals) höheres Umweltbewusstsein in der Bevölkerung dazu, dass Waren bevorzugt würden, die als umweltverträglich deklariert sind. Umweltbezogene Werbeaussagen seien zudem geeignet, emotionale Bereiche im Menschen anzusprechen, die von einer Besorgnis um die eigene Gesundheit bis zum Verantwortungsgefühl für spätere Generationen reichten. Schließlich sei die Irreführungsfahr in diesem Bereich besonders hoch, da im Einzelnen weitgehend Unklarheit über Bedeutung und Inhalt von Umweltschutzbegriffen bestehe.

In Folgeentscheidungen verwendete der BGH den Maßstab der relativen Umweltfreundlichkeit, der davon ausgeht, dass Verbraucher sich darüber im Klaren sind, dass bestimmte Produkte wie etwa Kraftfahrzeuge, die als umweltfreundlich beschrieben werden, nicht in einem absoluten Sinn den Zustand der Umwelt verbessern, sondern umweltfreundlicher sind als vergleichbare Produkte.⁵⁷ Gleichzeitig legt die Rechtsprechung schon wegen der Schwierigkeit für den Verbraucher, den Wahrheitsgehalt von Aussagen zu überprüfen, besonders hohe Maßstäbe an die Transparenz der Aussagen an.⁵⁸

⁵⁶ BGH, 20.10.1988 – I ZR 238/87, NJW 1989, 712.

⁵⁷ Vgl. etwa BGH, WRP 1994, 615, 616 – Unipor-Ziegel; BGH, WRP 1996, 290 – Umweltfreundliches Bauen. Dazu auch *Wölwer*, Zur Zulässigkeit der Werbung mit Umweltslogans und Umweltzeichen im deutschen und amerikanischen Recht, 1999, 38 f.

⁵⁸ Vgl. BGH, 20.10.1988 – I ZR 219/87, BGHZ 105, 277 – Umweltengel. Vgl. auch *Ackermann*, Die deutsche Umweltrechtsprechung auf dem Weg zum Leitbild des verständigen Verbrauchers?, WRP 1996, 502, 503 ff.

Wenn ein umweltfreundlicher Gesamteindruck erweckt wird, darf das Produkt nicht insgesamt unter dem Durchschnitt vergleichbarer Produkte liegen.⁵⁹ Die positiven genannten Aspekte dürfen nicht von negativen, nicht genannten Aspekten kompensiert werden;⁶⁰ andernfalls muss deutlich nur auf einen Teilaspekt abgestellt werden.⁶¹ Dasselbe gilt für die Unternehmensimagewerbung. Auch ein „umweltfreundliches Unternehmen“ darf nicht unter dem Branchendurchschnitt liegen.⁶² Bei umweltbezogener Imagewerbung in besonders umweltbelastenden Branchen wie der Rohstoffgewinnung und der Chemie sind an den Informationsgehalt der Werbung sowie die Begründetheit der Argumente besonders hohe Anforderungen zu stellen.⁶³ Diese Fallgruppe wird durch das Verbot irreführenden Unterlassens erfasst, denn nach Art. 7 (2) der Richtlinie 2005/29/EG (§ 5a Abs. 2 UWG) liegt ein irreführendes Unterlassen auch dann vor, wenn Information in unklarer, unverständlicher oder zweideutiger Weise bereitgestellt wird.⁶⁴

Mit Selbstverständlichkeiten, etwa der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben, darf nicht geworben werden.⁶⁵ Hiervon wird man möglicherweise die oft beworbene Einhaltung gesetzlicher Standards im Ausland ausnehmen müssen, die oft Gegenstand von Selbstverpflichtungen von Unternehmen und leider nicht selbstverständlich ist.⁶⁶

Werbung ist auch irreführend, wenn sie auf (nicht-staatliche) Normen verweist, die das beworbene Produkt nicht erfüllt. Der BGH hat dies für DIN-Normen und

⁵⁹ Vgl. *Roth*, Umweltbezogene Unternehmenskommunikation im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, 2000, 241. Inwieweit eine signifikante Verbesserung der Umweltverträglichkeit vorliegen muss, ist weiterhin ungeklärt. Eine entscheidende Umweltverbesserung forderte das OLG Düsseldorf, 5.6.1986 - 2 U 16/86, GRUR 1988, 55, 59 - bio Fix.

⁶⁰ Vgl. auch *Roth* (Fn. 59), 242 f.

⁶¹ Vgl. *Federhoff-Rink*, Umweltschutz und Wettbewerbsrecht, 1994, 249 ff.; *Roth* (Fn. 59), 244. Vgl. auch OLG Karlsruhe, 25.3.1992 - 6 U 137/91, WRP 1993, 122.

⁶² Vgl. auch *Roth* (Fn. 59), 248.

⁶³ Vgl. *Federhoff-Rink* (Fn. 61), 85. Das OLG Düsseldorf, 5.6.1986 - 2 U 16/86, GRUR 1988, 55, 58, ging sogar so weit, Umweltwerbung in schmutzigen Branchen für generell unzulässig zu halten. Dagegen *Michalski/Riemenschneider*, Irreführende Werbung mit der Umweltfreundlichkeit von Produkten, BB 1994, 1157, 1160.

⁶⁴ Explizit *Apostolopoulos*, Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge, WRP 2004, 841, 849.

⁶⁵ So *Roth* (Fn. 59), 245, zur biologischen Abbaubarkeit von Waschmitteln; vgl. auch *Federhoff-Rink* (Fn. 61), 229 f.; *Wölwer* (Fn. 57), 161.

⁶⁶ Vgl. etwa *Hepple*, A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct, 20 *Comparative Labour Law & Policy Journal* (1999), 347, 362. Die Einhaltung der Umweltstandards des Gastlands ist daher auch Voraussetzung der Zertifizierung nach ISO 14001, vgl. dazu *Roht-Arriaza*, Developing Countries, Regional Organizations, and the ISO 14001 Environmental Management Standard, 9 *Georgetown International Environmental Law Review* (1997), 583, 589.

internationale Sicherheitsnormen festgestellt;⁶⁷ für Sozial- und Umweltnormen gilt nichts anderes.

3.3.2 Werbung mit Klimaschutz

Exemplarisch für die verbleibende Unsicherheit im Umgang mit Umweltwerbung bzw. der Werbung mit Nachhaltigkeit ist die aktuelle deutsche Rechtsprechung zur Werbung mit „klimaneutralen“ Produkten. Hier besteht im Wesentlichen Uneinigkeit darüber, ob dies nur zulässig ist, wenn das Produkt selbst klimaneutral produziert wurde, oder auch dann, wenn die Klimaneutralität über den Erwerb von CO₂-Zertifikaten erreicht wird, bzw. wie transparent Unternehmer darüber aufklären müssen, welche der beiden Methoden vorliegt.⁶⁸ Fraglich ist weiter, ob es irreführend ist, wenn ein Unternehmer sein Produkt als klimaneutral bewirbt, aber dabei nicht deutlich macht, dass er CO₂-Zertifikate an andere Unternehmer verkauft, die damit wiederum ihre nicht klimaneutrale Produktion ausgleichen.⁶⁹

3.3.3 Werbung mit Regionalität

Eine weitere Spielart ist die Werbung mit Regionalität, die von vielen Verbrauchern mit Nachhaltigkeit gleichgesetzt wird. Bei gleichartigen Produkten kann Regionalität immerhin aufgrund kürzerer Transportwege Nachhaltigkeitsvorteile bringen.⁷⁰ Was allerdings „regional“ bedeutet, ist gesetzlich nicht geregelt, und die Praxis treibt zahlreiche Blüten,⁷¹ etwa die Etikettierung von Kartoffeln als „regionales Produkt“ aus Rheinland-Pfalz, was etwas irreführend wirkt, wenn sie mit dieser Bewerbung in einem niedersächsischen Supermarkt vertrieben werden.

3.3.4 Nachhaltigkeitssiegel

Eine spezielle Form der Marktkommunikation stellen Nachhaltigkeitssiegel dar. Auch zu diesen haben sich der EU-Gesetzgeber und die Rechtsprechung bereits geäußert.

⁶⁷ BGH, 24.1.1985 - I ZR 22/83, GRUR 1985, 973, 974 - DIN 2093; BGH, 11.7.1991 - I ZR 33/90, NJW 1992, 369 - IEC-Publikation. Vgl. auch *Kollmann*, Technische Normen und Prüfzeichen im Wettbewerbsrecht, GRUR 2004, 6, 9.

⁶⁸ Ausf. dazu *Thomalla*, Die Werbung mit „klimaneutralen“ Produkten, VuR 2022, 458 ff.

⁶⁹ Abl. LG Berlin, 21.3.2023 - 52 O 242/22, https://www.vzbv.de/sites/default/files/2023-04/LG%20Berlin_21.03.2023.pdf.

⁷⁰ Vgl. dazu OLG Stuttgart, 26.6.2019 - 2 U 145/18 und 2 U 152/18, LMuR 2019, 245 (Ls.).

⁷¹ Ausf. dazu *Becker*, Was ist regional?, VuR 2020, 15 ff.

Grundlegend für das deutsche Lauterkeitsrecht ist insofern die *Umweltengel-*Entscheidung des BGH, in der ein Unternehmen den Umweltengel verwendet hatte, ohne den Grund für seine Erteilung anzugeben. Der BGH entschied, dass diese Werbung mit dem Umweltzeichen irreführend sei, da der Verbraucher nicht erkennen könne, aus welchen Gründen das Umweltzeichen vergeben worden sei.⁷² Die Verwendung von Gütezeichen ohne die erforderliche Genehmigung ist nach Anhang I Nr. 2 der Richtlinie 2005/29/EG stets unlauter. Dabei spricht die Vorschrift nicht ausdrücklich von einer behördlichen Genehmigung, so dass Anhang I Nr. 2 auch auf Gütezeichen, die von privaten Organisationen vergeben werden, anwendbar ist.⁷³

Generell ist die Täuschungsgefahr privater Labels groß, da Labels dem Verbraucher eine öffentliche, unabhängige Verleihung suggerieren.⁷⁴ Deshalb müssen Label zumindest deutlich über die Prüfinstitution sowie über die ökologische Grundlage Auskunft erteilen.⁷⁵ Das gilt insbesondere für Öko-Labels von Wirtschaftsverbänden und Vereinen.⁷⁶

Weisen private oder von privaten Verbänden vergebene Gütezeichen ihre private Urheberschaft aus, so sind sie nicht irreführend, wenn sie den in den Verbandssatzungen festgelegten Anforderungen entsprechen und diese Anforderungen öffentlich zugänglich sind, wie dies etwa bei Bioland oder Demeter der Fall ist. Problematisch hingegen sind (nach den Kriterien der *Umweltengel-*Entscheidung) Verweise auf interne, nicht veröffentlichte Umwelleitlinien mit Blick auf die Nichtgewährung von Information bei gleichzeitigem Erwecken eines positiven Gesamteindrucks.⁷⁷ In diesem Zusammenhang ist auch auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Lidl Belgium* zur vergleichenden Werbung zu verweisen. Für vergleichende Werbung stellte die Richtlinie 97/55/EG, mit der die Richtlinie 84/450/EWG geändert worden war, das Erfordernis der Nachprüfbarkeit auf. Dieses

⁷² BGH, 20.10.1988 – I ZR 219/87, BGHZ 105, 277 – Umweltengel.

⁷³ So auch *Howells/Micklitz/Wilhelmsson*, *European Fair Trading Law*, 2006, 161.

⁷⁴ Vgl. auch *Wiebe*, Zur ökologischen Relevanz des Wettbewerbsrechts, WRP 1993, 798, 808; *Federhoff-Rink* (Fn. 61), 235; *Roth* (Fn. 59), 241.

⁷⁵ Vgl. ausf. *Wölwer* (Fn. 57), 104 ff. Vgl. auch *Roth* (Fn. 59), 246.

⁷⁶ Vgl. dazu *Wölwer* (Fn. 57), 108 ff.

⁷⁷ Vgl. etwa *Kimerling*, *Corporate Ethics in the Era of Globalization: The Promise and Peril of International Environmental Standards*, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 14 (2001), 425, 443 f., zu vergeblichen Versuchen, die Umweltstandards zu ermitteln, die Occidental Petroleum (Oxy) sich für seine ISO 14001-zertifizierten Ölbohrungen in Ecuador vorgegeben hatte. Das Europäische Parlament forderte in seiner EntschlieÙung zur Mitteilung der Kommission betreffend die soziale Verantwortung der Unternehmen (KOM(2002) 347 endg.) schon 2002, nicht nachprüfbare Umweltangaben zu verbieten und abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen dieses Verbot einzuführen, vgl. EP-Dok. P5_TA(2003)0200, ABl. EG 2004, C 67 E/73, Nr. 30.

sah der EuGH nur dann als erfüllt an, wenn der Werbende insbesondere für die Adressaten der Werbeaussage angibt, wo und wie sie die genannten Bestandteile leicht in Erfahrung bringen können, um deren Richtigkeit und die der betreffenden Eigenschaft nachzuprüfen oder, falls sie nicht über die dafür erforderliche Sachkenntnis verfügen, nachprüfen zu lassen.⁷⁸

3.3.5 Vorschlag einer Richtlinie zu Green Claims

Die Unsicherheit darüber, wann Umwelt- bzw. Nachhaltigkeitswerbung irreführend ist, hat nicht nur die Rechtsdurchsetzung EU-weit behindert, sondern auch die Europäische Kommission auf den Plan gerufen. Diese hat im März 2022 einen Vorschlag für eine Richtlinie hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen⁷⁹ veröffentlicht, die die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken sowie die Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU ergänzen soll.

Beispielsweise soll die „Schwarze Liste“ im Anhang I der Richtlinie 2005/29/EG erweitert werden. Hinzu sollen die folgenden Praktiken kommen:

- Anbringen eines Nachhaltigkeitssiegels, das nicht auf einem Zertifizierungssystem beruht oder von staatlichen Stellen festgesetzt wurde;
- Treffen einer allgemeinen Umweltaussage, bei der der Gewerbetreibende für die anerkannte hervorragende Umweltleistung, auf die sich die Aussage bezieht, keine Nachweise erbringen kann;
- Treffen einer Umweltaussage zum gesamten Produkt, wenn sie sich tatsächlich nur auf einen bestimmten Aspekt des Produkts bezieht, sowie
- Präsentation von Anforderungen, die kraft Gesetzes für alle Produkte in der betreffenden Produktkategorie auf dem Unionsmarkt gelten, als Besonderheit des Angebots des Gewerbetreibenden.

Weitere Ergänzungen der schwarzen Liste beziehen sich auf nachhaltigkeitsrelevante Aspekte wie die geplante Obsoleszenz sowie auf falsche Behauptungen über die Haltbarkeit von Waren und über ihre Reparierbarkeit.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 19.9.2006, Rs. C-356/04 *Lidl Belgium GmbH & Co. KG gegen Etablissements Franz Colruyt NV*, ECLI:EU:C:2006:585, Rn. 74.

⁷⁹ COM(2022) 143 final.

Nach der vorgeschlagenen Neufassung des Art. 6 (2) der Lauterkeits-Richtlinie soll es eine irreführende Handlung darstellen, einer Umweltaussage über die künftige Umweltleistung ohne klare, objektive und überprüfbare Verpflichtungen und Ziele sowie ohne ein unabhängiges Überwachungssystem zu treffen. Irreführend soll auch Werbung mit Vorteilen für Verbraucher sein, die in dem betreffenden Markt als gängige Praxis gelten.

Wenn ein Gewerbetreibender eine Leistung anbietet, die Produkte vergleicht, auch durch die Verwendung eines Nachhaltigkeitsinformationsinstruments, sollen Informationen über die Vergleichsmethode, die betreffenden Produkte und die Lieferanten dieser Produkte sowie die bestehenden Maßnahmen, um die Informationen auf dem neuesten Stand zu halten, zukünftig als wesentlich angesehen werden. Das bedeutet, dass das Fehlen dieser Informationen ein irreführendes Unterlassen i.S.d. Art. 7 der Lauterkeits-Richtlinie darstellen würde. Insbesondere die erstgenannten Neuerungen entsprechen der deutschen Rechtspraxis, sie könnten die Rechtsdurchsetzung aber durchaus erleichtern, weil die Beweislast beim Unternehmer liegt. Die Neuerung in Art. 7 würde Unternehmer zu deutlich erhöhter Transparenz zwingen.

3.4 Personalisierung

Auf allen Stufen kann die manipulative Wirkung von Werbung bzw. des Webseiten-Designs dadurch verstärkt werden, dass Unternehmer diese an persönliche Merkmale oder Verhaltensweisen von Verbrauchern anpassen. Hierfür ist zweierlei erforderlich: Kenntnis persönlicher Merkmale oder Verhaltensweisen und die technischen Gegebenheiten, die Werbung bzw. das Webdesign entsprechend anzupassen.

3.4.1 *Kenntnis persönlicher Merkmale oder Verhaltensweisen*

Kenntnis persönlicher Merkmale oder Verhaltensweisen setzt die Sammlung oder Akquise der entsprechenden Daten voraus. In diesem Zusammenhang sind Verstöße gegen das Datenschutzrecht der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und die Cookie-Richtlinie 2009/136/EG, in Deutschland mittlerweile in § 25 des Gesetzes über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (TTDSG) umgesetzt, häufig. Gerade im Zusammenhang mit Cookies, aber auch mit der Einwilligung nach Art. 6 DSGVO, sind

die oben genannten *dark patterns* häufig,⁸⁰ wobei im Einzelnen umstritten ist, welche Gestaltungsvarianten noch zulässig und welche verboten sind.⁸¹ Hier wäre an eine Standardisierung des Designs von Cookie-Bannern zu denken, die den Verbrauchern die Ablehnung der Verwendung persönlicher Daten erleichtern würde. Dieses Vorgehen ist dem EU-Verbraucherrecht nicht fremd, wie etwa die Musterformulare für die Information der Verbraucher beim Verbraucherkredit und beim Immobilienkredit⁸² oder auch die Kennzeichnungsvorschriften der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 über die Einstufung, Kennzeichnung und Verpackung von Stoffen und Gemischen mit ihren einheitlichen Symbolen für gefährliche Chemikalien zeigen. Ein Beispiel für eine mögliche einheitliche Gestaltung bieten die Design Guidelines für Cookie-Einwilligungen, die ConPolicy gemeinsam mit deutschen und europäischen Stakeholdern erarbeitet hat.⁸³

Zu den möglicherweise rechtswidrig, weil ohne Einwilligung des Verbrauchers gewonnenen persönlichen Daten können natürlich auch solche über die Einstellung zur Nachhaltigkeit von Produkten bzw. zum entsprechenden bisherigen Kaufverhalten gehören.

3.4.2 Personalisierung der kommerziellen Kommunikation

Die Personalisierung kommerzieller Kommunikation als solche ist nicht verboten, solange sie nicht den Tatbestand irreführender oder aggressiver Geschäftspraktiken erfüllt. Wenigstens im Ansatz reguliert ist bislang lediglich die Personalisierung von Preisen, die in dieser Studie insofern eine Rolle spielen kann, als nachhaltigkeitsorientierten Verbrauchern Preisanreize geboten werden können, die sie zum Erwerb eines Produkts verleiten können, das dann vielleicht doch nicht nachhaltig ist (Greenwashing).

Nach Art. 6 (1) (ea) der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU i.d.F. der Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 muss der Unternehmer dem Verbraucher vor dem Abschluss eines Fernabsatzvertrags gegebenenfalls den Hinweis geben, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden ist. Diese Informationspflicht ist allerdings von geringem Nutzen, da der Verbraucher aus dieser Information nicht

⁸⁰ Ausf. Möller, *Dark Patterns in Consent-Bannern*, VuR 2022, 449 ff.

⁸¹ Vgl. zum Meinungsstand Rott, *Dark patterns* (Fn. 21).

⁸² Vgl. Anhang II der Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und Anhang II der Immobilienkredit-Richtlinie 2014/17/EU.

⁸³ Vgl. ConPolicy, *Good-Practice-Initiative für Cookie-Einwilligungen*, <https://www.conpolicy.de/referenz/good-practice-initiative-fuer-cookie-einwilligungen>.

ersehen kann, welche seiner persönlichen Merkmale oder Präferenzen in die automatisierte Entscheidungsfindung eingeflossen ist, und darüber hinaus im Dunkeln bleibt, auf welche Weise diese Information – auch im Verhältnis zu anderen Informationen – gewichtet wurde.⁸⁴

Im Übrigen ist vieles unklar. Gut vertreten lässt sich, dass die Information darüber, ob Preise personalisiert sind, „wesentlich“ i.S.d. Art. 7 (1) der Lauterkeits-Richtlinie ist und deshalb auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbraucherrechte-Richtlinie offengelegt werden muss.⁸⁵ Gerichtlich getestet wurde dies bislang nicht. Unklar ist auch, ob die Personalisierung von Preisen eine automatisierte Entscheidung i.S.d. Art. 22 (1) DSGVO darstellt, mit der Folge, dass sie nur zulässig ist, wenn der Verbraucher (als Datensubjekt) nach Art. 22 (2) DSGVO zugestimmt hat.⁸⁶

Personalisierung kann auch lauterkeitsrechtlich relevant werden. Dass sie den Maßstab des „Durchschnittsverbrauchers“ zu beeinflussen vermag, wurde bereits oben erläutert. Personalisierte Geschäftspraktiken können aber auch aggressiv i.S.d. Art. 8 f. der Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG sein.⁸⁷ Vor einigen Jahren ging ein Fall durch die Presse, in dem eine Frau aus den Vereinigten Staaten sich durch Werbung für Babynahrung und andere Babyartikel belästigt fühlte, weil sie – nach anfänglichen euphorischen Posts auf Facebook – ihr ungeborenes Kind verloren hatte.⁸⁸

Unklar ist schließlich, wie die (an sich zulässige) Personalisierung der Kommunikation rechtlich zu bewerten ist, wenn sie unter Nutzung von Daten erfolgt, die unter Verstoß gegen Datenschutzrecht gesammelt wurden. Das Datenschutzrecht selbst sieht zwar Rechtsmittel vor, die etwa auf die Löschung solcher Daten zielen, es klärt aber das Verhältnis zum Lauterkeitsrecht ebenso wenig, wie dies die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG tut. Eine entsprechende

⁸⁴ Ausf. dazu *Rott/Strycharz*, Personalised Pricing, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU\(2022\)734008_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU(2022)734008_EN.pdf), 28 ff.

⁸⁵ Dafür etwa *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, 403, 407 f.; *Obergfell*, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel – Vertragsfreiheit oder Kundenbetrug?, *ZLR* 2017, 290, 298; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, 447, 452 f.; *Rott/Strycharz*, Personalised Pricing (Fn. 84), 33 f.

⁸⁶ Ausf. zum Meinungsstand *Rott/Strycharz*, Personalised Pricing (Fn. 84), 24 ff.

⁸⁷ Vgl. auch *Rott*, A Consumer Perspective on Algorithms, in: de Almeida/Cantero Gamito/Durovic/Purnhagen (Hrsg.), *The Transformation of Economic Law*, 2019, 43, 52.

⁸⁸ Vgl. dazu Beuth, Dumme Maschinen sollten uns recht sein, *Spiegel* online vom 12.12.2018, <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/werbung-fuer-babybedarf-nach-totgeburt-dumme-maschinen-sollten-uns-recht-sein-a-1243348.html>.

Ergänzung des Lauterkeitsrechts hätte enormes Potential, die rechtswidrige Nutzung persönlicher Daten zu reduzieren, zumal wenn dem Unternehmer die Beweislast für das Vorliegen der Einwilligung des Verbrauchers auferlegt würde.

3.5 Beweislast und Beweismaß

Ein grundsätzliches Problem jeder Rechtsdurchsetzung ist der Nachweis eines Verstoßes. Dabei gilt im Ausgangspunkt der Grundsatz, dass es jeder Partei obliegt, die für sie günstigen Tatbestandsmerkmale zu beweisen. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings Ausnahmen. Von der Beweislast zu unterscheiden ist das Beweismaß, also die Frage, was die jeweilige Partei tun muss, um den ihr obliegenden Beweis zu erbringen.

3.5.1 Beweislast

Die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG äußert sich in Art. 12 zur Beweislast. Danach sollen die Gerichte und/oder Verwaltungsbehörden insbesondere im Verbandsklageverfahren nach Art. 11 vom Unternehmer den Beweis der Richtigkeit von Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit einer Geschäftspraxis zu verlangen, wenn ein solches Verlangen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Gewerbetreibenden und anderer Verfahrensbeteiligter im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls angemessen erscheint. Wenn der verlangte Beweis nicht angetreten wird oder wenn er von dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde für unzureichend erachtet wird, kann die Tatsachenbehauptung als unrichtig angesehen werden. Im großen Bereich des Greenwashing liegt die Beweislast damit beim Unternehmer.

Die Vorschrift bezieht sich allerdings nur auf Tatsachenbehauptungen und damit nur auf einen Ausschnitt des Irreführungstatbestands. Dasselbe gilt für einige der Verbote der geplanten Richtlinie hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel.

Für andere unlautere Geschäftspraktiken, insbesondere für viele der oben angesprochenen *dark patterns*, etwa in Form eines manipulativen Webseitendesigns, gilt sie nicht, weil es dort nicht um Tatsachenbehauptungen

geht. In diesen Fällen liegt die Verteilung der Beweislast in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, wenn sie durch EU-Recht nicht einer Partei zugewiesen ist.⁸⁹

Dabei ist wiederum zu beachten, dass sowohl im UWG als auch im Digital Services Act Geschäftspraktiken nur *geeignet* sein müssen, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers (...) wesentlich zu beeinflussen, bzw. Online-Schnittstellen nicht so konzipiert, organisiert oder betrieben werden dürfen, dass Nutzer getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, maßgeblich beeinträchtigt oder behindert werden. Dies ist ein objektiver Maßstab, der vom Gericht beurteilt werden kann. Ein Nachweis der Beeinflussung oder Beeinträchtigung von Nutzern muss nicht erbracht werden. Bewiesen werden muss allerdings das Webdesign, was mittels Screenshots erfolgen kann.

Wirklich problematisch ist die Beweislast im Bereich der Personalisierung kommerzieller Kommunikation, denn diese ist einem Screenshot nicht zu entnehmen. Diese ist aber bislang auch – außerhalb der verdeckten Personalisierung von Preisen – nicht verboten, wenn sie nicht gleichzeitig etwa den Tatbestand aggressiver Werbung erfüllt. Letztere ist wiederum objektiv erkennbar. Damit bleibt im Anwendungsbereich dieser Studie nur die kaum relevante Personalisierung von Preisen als Problem der Beweislast. Hier erscheinen Beweiserleichterungen in der Tat angezeigt.⁹⁰ Beispielhaft könnte hier *der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Neufassung der Produkthaftungs-Richtlinie sein.*⁹¹ Zwar bleibt es nach Art. 9 des Vorschlags bei der bisherigen Regelung, dass der Kläger die Fehlerhaftigkeit des Produkts, den erlittenen Schaden und den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit und dem Schaden nachweisen muss. Allerdings bietet Art. 8 (1) des Vorschlags Erleichterungen beim Zugang zu Beweismitteln in der Sphäre des Beklagten. Die nationalen Gerichte können nämlich dann, wenn *der Kläger* Tatsachen und Belege vorgelegt hat, welche die Plausibilität ihres Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen, anordnen, dass der Beklagte in seiner Verfügungsgewalt befindliche relevante Beweismittel offenlegen muss, wobei Art. 8 (2) und (3) Einschränkungen insbesondere in Bezug auf den Schutz von vertraulichen Informationen und Geschäftsgeheimnissen enthalten. Dieser wiederum ist nicht absolut, sondern soll

⁸⁹ Letzteres ist etwa im Produkthaftungsrecht der Fall, wo Art. 4 der Richtlinie 85/374/EWG die Beweislast für das Vorliegen eines Produktfehlers und für dessen Kausalität für einen Schaden dem Geschädigten auferlegt.

⁹⁰ Vgl. etwa *Helberger/Lynskey/Micklitz/Rott/Sax/Strycharz*, EU Consumer Protection 2.0, 2021, 75 ff.

⁹¹ KOM(2022) 495 final.

nach Art. 8 (4) auch dadurch gewährleistet werden können, dass sie in Gerichtsverfahren vertraulich behandelt werden. Legt der Beklagte dann relevante Beweismittel, die sich in seiner Verfügungsgewalt befinden, nicht offen, so wird nach Art. 9 (2) (a) des Vorschlags von der Fehlerhaftigkeit des Produkts ausgegangen.

Auf die Personalisierung von Preisen übertragen würde dies bedeuten, dass bei einem entsprechenden „Anfangsverdacht“ der Unternehmer nachweisen müsste, dass er Preise nicht personalisiert bzw. bei der Personalisierung keine unzulässigen persönlichen Daten verwendet.

3.5.2 Beweismaß

Selbst wenn einer Partei die Beweislast auferlegt ist, besteht noch erheblicher Spielraum auf mitgliedstaatlicher Ebene, das Beweismaß zu regeln. Die Grenze ist dort erreicht, wo eine nationale Regelung rechtlich oder auch faktisch zur Umkehr der Beweislast führt.⁹² Letzteres ist bei einer unwiderleglichen Vermutung der Fall.⁹³ Gestattet sind nach der Rechtsprechung des EuGH hingegen auch in diesem Fall widerlegliche Vermutungen ebenso wie Beweiserleichterungen im Wege des Anscheinsbeweises.⁹⁴

Das deutsche Recht stellt traditionell hohe Anforderungen an den Beweisbelasteten. Das Gericht muss die Behauptung des Fehlers bei Inverkehrbringen des Produkts als „wahr“ erachten (§ 286 Abs. 1 ZPO). In seiner *Anastasia*-Entscheidung formulierte der BGH:

„Eine von allen Zweifeln freie Überzeugung setzt das Gesetz nicht voraus. Auf die eigene Überzeugung des entscheidenden Richters kommt es an, auch wenn andere zweifeln oder eine andere Auffassung erlangt haben würden. Der Richter darf und muss sich aber in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“⁹⁵

⁹² So EuGH, Urteil vom 21.6.2017, Rs. C-621/15 *Sanofi Pasteur*, ECLI:EU:C:2017:484, Rn. 29.

⁹³ *ibid.*, Rn. 36.

⁹⁴ *ibid.*, Rn. 41 f.

⁹⁵ BGH, 19.2.1970 - III ZR 139/67, NJW 1970, 946, 948.

Bei aller Diskussion um die dogmatischen Feinheiten des § 286 ZPO⁹⁶ ist doch klar, dass das Gesetz zumindest eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit verlangt. Das Vorliegen einer „bloßen“ Wahrscheinlichkeit hat der BGH explizit als nicht ausreichend erachtet.⁹⁷

Gewisse Beweiserleichterungen sieht das deutsche Recht bzw. die deutsche Rechtsprechung durchaus in einigen Bereichen vor. Unbestritten kann bei typischen Geschehensabläufen der Anscheinsbeweis zum Tragen kommen, was etwa bei einer größeren Anzahl parallel auftretender Phänomene im Internet der Fall sein kann. Vorstellbar wäre dies, wenn in einem Feldversuch iPhone-Nutzer stets höhere Preise angezeigt bekämen als Nutzer von Samsung-Smartphones.

Abseits der typischen Geschehensabläufe existiert die Rechtsfigur der sekundären Darlegungslast, die z.B. im VW-Dieselskandal eine erhebliche Rolle spielte. Die Rechtsprechung legt dem Gegner der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei dann eine sekundäre Behauptungslast auf, wenn eine darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht, keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, sich diese auch nicht verschaffen kann und daher pauschal behaupten darf, während der Prozessgegner die Kenntnis hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.⁹⁸ Kommt die nicht beweisbelastete Partei ihrer sekundären Darlegungslast nicht nach, gilt der sonst als nicht hinreichend substantiiert anzusehende *Vortrag ihres Gegners als zugestanden i.S.d. § 138 Abs. 3 ZPO*.

Ähnliche Ansätze finden sich im oben angesprochenen Vorschlag für eine neue Produkthaftungs-Richtlinie. Art. 9 (3) des Vorschlags würde für den Kausalitätsbeweis den Anscheinsbeweis kodifizieren: Von einem ursächlichen Zusammenhang zwischen der Fehlerhaftigkeit des Produkts und dem Schaden wird danach ausgegangen, wenn festgestellt wurde, dass das Produkt fehlerhaft und der entstandene Schaden von der dem betreffenden Fehler typischerweise entsprechenden Art ist.

In begrenzten Fällen sieht der Richtlinienvorschlag auch eine Absenkung des Beweismaßes auf überwiegende Wahrscheinlichkeit vor. Ist ein nationales Gericht der Auffassung, dass es für den Kläger aufgrund der technischen oder

⁹⁶ Ausf. MüKoZPO – Prütting, § 286 ZPO Rn. 32 ff.

⁹⁷ BGH, 19.2.1970 - III ZR 139/67, NJW 1970, 946, 948. Ausf. dazu MüKoZPO – Prütting, § 286 ZPO Rn. 35 ff.

⁹⁸ Vgl. etwa BGH, 12.5.2010 - I ZR 121/08, NJW 2010, 2061.

wissenschaftlichen Komplexität übermäßig schwierig ist, die Fehlerhaftigkeit des Produkts oder den ursächlichen Zusammenhang zwischen dessen Fehlerhaftigkeit und dem Schaden oder beides nachzuweisen, wird von der Fehlerhaftigkeit des Produkts oder einen ursächlichen Zusammenhang zwischen seiner Fehlerhaftigkeit und dem Schaden oder beidem ausgegangen, wenn der Kläger auf der Grundlage hinreichend relevanter Beweise nachgewiesen hat, dass a) das Produkt zum Schaden beigetragen hat und b) das Produkt *wahrscheinlich* fehlerhaft war und/oder seine Fehlerhaftigkeit den Schaden *wahrscheinlich* verursacht hat.⁹⁹ Dass diese Situation bei der (möglichen) Personalisierung von Preisen gegeben ist, liegt auf der Hand.

4. Die spezifische Rolle der Plattformen

Die vorgenannten Vorschriften richten sich, mit der Ausnahme von Art. 25 DSA, der nur Anbieter von Online-Plattformen adressiert, an „Unternehmer“. Betreiber von Online-Plattformen sind natürlich Unternehmer.¹⁰⁰ Sie treffen daher auch die Vorschriften z.B. des Fernabsatzrechts oder des Rechts des elektronischen Geschäftsverkehrs (§ 312j BGB) – dies allerdings nur in Bezug auf Verträge, die sie selbst mit dem Nutzer schließen. Und selbst dann sind diese Vorschriften nicht auf Plattformen zugeschnitten und ergeben dort kaum einen Sinn. So ist etwa der Widerruf eines Plattformvertrags sinnlos, wenn der Verbraucher für die Benutzung der Plattform kein Entgelt entrichtet. Daneben gelten die Vorschriften des UWG für Online-Plattformen. Die Verantwortung der Plattformen ist aber eingeschränkt, wenn sie lediglich als Intermediäre tätig sind.

4.1 Plattformen als Intermediäre

Vereinzelt gibt es Fälle, in denen der Plattformbetreiber selbst Anbieter ist, während die vermittelnden Leistungen von jemandem erbracht werden, der als Erfüllungshelfer für den Anbieter tätig ist. Ein Beispiel für diese Konstellation ist die Plattform Book-a-Tiger, über die Reinigungskräfte nach Hause bestellt werden können.¹⁰¹

⁹⁹ Hervorhebung durch den Verf.

¹⁰⁰ Vgl. auch *Duivenvoorde*, The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act, EuCML 2022, 43, 47.

¹⁰¹ Vgl. die Präambel der AGB von Book a Tiger: „Die BAT Household Services GmbH, Brückenstraße 5a, 10179 Berlin (im Folgenden „BAT“) betreibt eine Onlineplattform – u.a. über die Website www.bookatiger.com – über die sie ihren Kunden (im Folgenden „KUNDE(N)“) haushaltsnahe

In aller Regel werden Plattformen aber als Intermediäre tätig.¹⁰² Sie schließen nicht selbst einen Vertrag über den Kauf eines Produkts oder die Erbringung einer Dienstleistung wie der Vermietung einer Unterkunft mit dem Verbraucher, sondern stellen die Plattform zur Verfügung, auf der Drittanbieter solche Verträge mit dem Verbraucher schließen. Zur Erfüllung der Leistungspflicht dieser Dritten sind sie nicht verpflichtet. Ebenso wenig treffen sie dessen vorvertragliche Leistungspflichten.

Dies formulieren Plattformbetreiber in der Regel auch sehr deutlich in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen. So heißt es in Nr. 11 der AGB von Amazon.de: „Amazon erlaubt Drittanbietern, ihre Produkte auf der Webseite zu listen und zu verkaufen. Dies wird auf der jeweiligen Produktdetailseite ersichtlich. Auch wenn Amazon Transaktionen auf dem Amazon Marketplace ermöglicht, ist Amazon weder der Käufer noch der Verkäufer dieser Drittanbieter-Artikel. Amazon bietet Käufern und Verkäufern die Möglichkeit, Verhandlungen durchzuführen und Transaktionen abzuschließen. Somit wird der Vertrag, der bei Verkaufsabschluss dieser Drittanbieter-Artikel zustande kommt, ausschließlich zwischen dem Käufer und dem Verkäufer geschlossen. Amazon ist nicht Vertragspartner und übernimmt daher keine Haftung für jenen Vertrag. (...)“

Das vertragliche Verhältnis von Vermittler-Plattformen mit Verbrauchern beschränkt sich auf den Plattformnutzungsvertrag, der in der Regel ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit Elementen des Dienstvertrags oder der Werkvertrags i.S.d. § 675 BGB ist.¹⁰³ Aus dem Plattformvertrag ergibt sich zunächst die Hauptleistungspflicht zur Bereitstellung und Pflege der Infrastruktur (Plattform) sowie zur Ermöglichung des Kontakts der zukünftigen Vertragsparteien.¹⁰⁴ Häufig werden weitere Leistungen angeboten, etwa die Bewerbung von Anzeigen, die

Dienstleistungen bzw. Reinigungsdienstleistungen anbietet. Die Dienstleistungen werden ausgeführt von bei BAT (bzw. mit BAT verbundenen oder von BAT beauftragten Unternehmen) angestellten und nur deren Weisungen unterliegenden Reinigungskräften. (...) Die Verträge kommen ausschließlich zwischen BAT und dem jeweiligen KUNDEN zustande. Die Reinigungskräfte werden bei der Erfüllung der vertraglichen Pflichten als Erfüllungsgehilfen von BAT tätig.“

¹⁰² Ausf. *Domurath*, Probleme bei der Einordnung von Plattformen als Vertragspartner, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Das Recht der Online-Vermittlungsplattformen, 2017, 44 ff.

¹⁰³ Vgl. *Bräutigam*, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635 ff.

¹⁰⁴ Vgl. etwa Nr. 1 der AGB von BlaBlaCar, <https://www.blablacar.de/ueber-uns/agb>: „Comuto SA (nachstehend bezeichnet als „BlaBlaCar“) ist die Betreiberin einer Fahrgemeinschaftsplattform, die (...) dazu dient, Fahrer, die mit ihrem PKW zu einem bestimmten Ziel fahren, mit Mitfahrern in Kontakt zu bringen, die in dieselbe Richtung fahren, damit sie zusammen reisen und somit die mit der Fahrt verbundenen Betriebskosten teilen können (nachstehend bezeichnet als die „Plattform“)“.

Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen der Vertragspartner durch AGB, die Zahlungsabwicklung,¹⁰⁵ Versicherungen und Formen von Streitbeilegung.¹⁰⁶

Nur auf dieses Verhältnis beziehen sich dann auch die Informationspflichten der Plattformbetreiber aus dem Fernabsatzrecht oder dem Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs.¹⁰⁷

4.2 (Keine) Haftung für fremde Inhalte

4.2.1 Das grundsätzliche Haftungsregime

Das Haftungsregime für Online-Plattformen stammt aus der E-Commerce-Richtlinie von 2000. Damals ging es dem EU-Gesetzgeber maßgeblich darum, den elektronischen Geschäftsverkehr zu erleichtern, um so den Binnenmarkt zu fördern. Infrastruktur-Intermediären wurde daher weitgehende Befreiung von der Haftung für fremde Inhalte gewährt. Dies gilt auch für Anbieter von Hosting-Diensten, zu denen Online-Plattformen zählen.

Nach Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie haften Anbieter von Hosting-Diensten nicht, wenn a) der Anbieter keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder b) der Anbieter, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Eine allgemeine Überwachungspflicht besteht nach Art. 15 (1) der Richtlinie ausdrücklich nicht.¹⁰⁸

Mit anderen Worten haften Online-Plattformen für die Inhalte Dritter erst, wenn sie von rechtswidrigen Inhalten Kenntnis erlangen und daraufhin nicht unverzüglich mit Maßnahmen wie der Entfernung des rechtswidrigen Inhalts oder der Sperre des Anbieter-Accounts reagieren.

¹⁰⁵ Vgl. *Omlor*, Die Online-Plattform als Zahlungsdienstleister, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 94 ff.

¹⁰⁶ Zur Streitbeilegung vgl. *Fries*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860, 2861.

¹⁰⁷ Ausf. *Wendehorst*, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, EuCML 2016, 30 ff.; *Rott*, Die vertragsrechtliche Position des Online-Plattformbetreibers als Vermittler, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 62, 66 ff.

¹⁰⁸ Ausf. dazu *Duivenvoorde*, EuCML 2022, 43, 44 ff.

Mit Blick auf die zuvor genannten nachhaltigkeitschädlichen Praktiken bedeutet dies, dass zwischen Praktiken der Unternehmer, die eine Plattform zum Absatz nutzen, und den Praktiken der Plattform selbst zu unterscheiden ist. Während die Plattform für eigene Inhalte haftet, gilt dies für die Inhalte Dritter regelmäßig nicht, sondern eben erst dann, wenn dem Plattformbetreiber eine Praktik bekannt wird, in der Regel also, wenn er über diese Praktik informiert wird. Und selbst dann hat er noch Zeit für die notwendige rechtliche Prüfung.

Gerade die nachhaltigkeitsrelevanten Verhaltensweisen, nämlich irreführende Werbung und Verstöße gegen Informationspflichten mit Nachhaltigkeitsbezug, werden in aller Regel von den Unternehmen selbst begangen. Sie stellen also aus Sicht der Online-Plattformen rechtswidrige Inhalte Dritter dar, für die die Online-Plattformen im Ausgangspunkt nicht haften.

An diesem System ändert auch der Digital Services Act, dessen Art. 4 bis 8 die Haftungsvorschriften der E-Commerce-Richtlinie zum 17.2.2024 ersetzen, nichts Grundsätzliches. Art. 6 (1) DSA nimmt die Haftungsregelung des Art. 14 E-Commerce-Richtlinie auf und ergänzt diese lediglich um eine Klarstellung dahingehend, dass die Online-Plattform haftet, wenn ein durchschnittlicher Verbraucher davon ausgehen kann, dass die Information, Dienstleistung oder das Produkt vom Anbieter der Online-Plattform selbst oder von einem unter ihrer Aufsicht stehenden Nutzer bereitgestellt wurde. Dies entspricht der deutschen Rechtslage, die auf den objektiven Empfängerhorizont abstellt.¹⁰⁹ Wie bereits erwähnt, tun Online-Plattformen in der Praxis alles, um diesen Anschein zu vermeiden.

Eine Verbesserung dürfte aber Art. 16 DSA bringen. Mit diesen soll die Meldung von illegalen Inhalten erleichtert werden. Hostingdiensteanbieter, einschließlich Online-Plattformen, müssen Verfahren einrichten, nach denen Personen oder Einrichtungen ihnen das Vorhandensein von Einzelinformationen in ihren Diensten melden können, die die betreffende Person oder Einrichtung als rechtswidrige Inhalte ansieht. Diese Verfahren müssen leicht zugänglich und benutzerfreundlich sein und eine Übermittlung von Meldungen ausschließlich auf elektronischem Weg ermöglichen. Bislang war die Meldung rechtswidriger Inhalte häufig schwierig.

¹⁰⁹ Vgl. *Rott*, New liability of online platforms under the Digital Services Act?, *European Review of Private Law* 2022, 1038 ff.; *Dregelies*, Verbraucherschutz im Digital Services Act, *VuR* 2023, 175, 176 f.

Welche Elemente Meldungen enthalten müssen, bestimmt Art. 16 (2) DSA. Durch die Konkretisierung soll sichergestellt werden, dass Hostingdiensteanbieter illegale Inhalte identifizieren können. Gleichzeitig wird damit nach Art. 16 (3) DSA bewirkt, dass von einer tatsächlichen Kenntnis oder einem Bewusstsein in Bezug auf die betreffende Einzelinformation ausgegangen wird, wenn sie es einem sorgfältig handelnden Anbieter von Hostingdiensten ermöglichen, ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist. Damit wird die Pflicht des Art. 6 DSA ausgelöst, die rechtswidrigen Inhalte von der Plattform zu entfernen. Zu diesen rechtswidrigen Inhalten können z.B. die oben beschriebenen Formen des Greenwashing gehören. Problematisch dabei ist und bleibt allerdings, dass die Rechtswidrigkeit von Inhalten häufig nicht zweifelsfrei ist, was u.a. mit einer unklaren Rechtslage zu tun hat (dazu noch infra, Kapitel 6).

Umgekehrt wird auch die Position des Nutzers gestärkt, der die angeblich rechtswidrigen Inhalte platziert hat. Hintergrund ist, dass Hostingdiensteanbieter in der Vergangenheit, um auf der sicheren Seite zu sein, Inhalte beseitigt haben, die die Rechtsprechung im Nachhinein als zulässig erachtet hat, was einigen Plattformen den Vorwurf des „Overblocking“ eingebracht hat.¹¹⁰ Zunächst muss der Hostingdiensteanbieter seine Entscheidung nach den Vorgaben des Art. 17 DSA begründen. Gegen die Entscheidung kann der Nutzer dann zunächst eine Beschwerde im internen Beschwerdemanagementsystem nach Art. 20 DSA einlegen und anschließend nach Art. 21 DSA außergerichtliche Streitschlichtung in Anspruch nehmen. Selbstverständlich verbleibt ihm auch noch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten. Mit der Entfernung der als rechtswidrig eingestuftten Inhalte muss der Hostingdiensteanbieter allerdings nicht warten, bis all dies geschehen ist. Vielmehr kann er seine Maßnahmen bereits vorher ergreifen, denn aus Art. 17 DSA ergibt sich, dass er die Begründung spätestens mit der Verhängung der Beschränkung liefern muss.

4.2.2 Eigene Inhalte

Von fremden Inhalten sind die eigenen Inhalte abzugrenzen. Dazwischen gibt es allerdings noch die Kategorie der „sich zu eigen gemachten Inhalte“. Leitentscheidung ist die Entscheidung *marions-kochbuch.de*. Beklagt war der Betreiber der Seite *chefkoch.de*, die eine kostenfrei abrufbare Rezeptsammlung

¹¹⁰ Vgl. etwa *Holznapel*, Overblocking durch User Generated Content (UGC) - Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, 369 ff.; *Schiff*, Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen, MMR 2018, 366 ff.

anbietet. Die Rezepte stammen zu einem erheblichen Teil von Privatpersonen, die nach Eingabe von Namen, Anschrift und E-Mail-Adresse selbstständig Rezepttexte und Bilder auf die Internetseite „www.chefkoch.de“ hochladen können. Nach den dafür gegebenen Hinweisen werden die Rezepte erst freigeschaltet, nachdem sie von der Redaktion von chefkoch.de sorgfältig gesichtet und auf Richtigkeit und Vollständigkeit überprüft worden sind; bei Bildern wird geprüft, ob sie Merkmale aufweisen, die auf eine professionelle Anfertigung schließen lassen. Werden sie akzeptiert, so werden sie mit einer Kochmütze mit Aufschrift „Chefkoch“ versehen. Als auf chefkoch.de Rezepte auftauchten, die Dritte von marions-kochbuch.de kopiert hatten, berief sich der Plattformbetreiber auf das Privileg des § 10 TMG. Der BGH hingegen entschied, dass er sich die von Dritten hochgeladenen Inhalte durch Prüfung und Bearbeitung zu Eigen gemacht habe und deshalb wie für eigene Inhalte nach § 7 TMG hafte.¹¹¹ Maßgeblich ist wiederum, welche Rolle der Plattformbetreiber nach dem objektiven Empfängerhorizont der Nutzer einnimmt.

4.3 Eigene Pflichten der Plattformen

Die gänzlich passive Rolle, die dem soeben erläuterten Haftungsregime zugrunde lag und liegt, entspricht freilich nicht der faktischen Macht, die Online-Plattformen über die über sie geschlossenen Verträge haben. Schon lange gibt es daher Bestrebungen, die Plattformen selbst stärker in die Pflicht zu nehmen.¹¹²

Eigene Pflichten von Online-Plattformen in Bezug auf Inhalte Dritter sehen mittlerweile die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, die Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 und der Digital Services Act vor.

4.3.1 Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste

Die Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste stammt ursprünglich von 2010 und beachtete Online-Plattformen zunächst nicht. Sie wurde aber im Jahre 2018 durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 zur Änderung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten¹¹³ geändert. Diese nimmt insbesondere die Anbieter von „Video-Sharing-Plattformen“ wie Youtube in den Blick. Ihnen misst der EU-Gesetzgeber die Möglichkeit bei, „die Meinungen anderer Nutzer zu formen und zu

¹¹¹ Vgl. BGH, 12.11.2009 – I ZR 166/07, GRUR 2010, 616.

¹¹² Vgl. insb. *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3 ff. Vgl. auch *Rott*, in *Rott/Tonner* (Fn.103), 62, 72 ff.

¹¹³ ABl. 2018 L 303/69.

beeinflussen“.¹¹⁴ Zwar lässt die Richtlinie das Haftungssystem der Art. 12 ff. der E-Commerce-Richtlinie ausdrücklich unberührt, so dass Betreiber von Video-Sharing-Plattformen für Inhalte, die ihre Nutzer hochladen, im Ausgangspunkt nicht haften. Sie erlegt aber den Betreibern von Video-Sharing-Plattformen gewisse, wenn auch moderate eigene Pflichten auf.

Primär geht es dabei um den Schutz von Minderjährigen, die Verhinderung von Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine durch das Antidiskriminierungsrecht geschützte Person oder Gruppe und den Schutz vor der Verbreitung bestimmter Straftaten. Hier müssen die Betreiber von Video-Sharing-Plattformen nach Art. 28b (1) n.F. der Richtlinie 2010/13/EG „angemessene Maßnahmen“ treffen.

Angemessene Maßnahmen müssen sie nach Art. 28b (2) n.F., umgesetzt in § 98 Medienstaatsvertrag (MStV) auch ergreifen, um die Anforderungen nach Art. 9 (1) in Bezug auf audiovisuelle kommerzielle Kommunikation Dritter zu erfüllen. Dabei ist allerdings der Tatsache, dass die Video-Sharing-Plattform-Anbieter nur eine begrenzte Kontrolle über eine solche audiovisuelle kommerzielle Kommunikation ausüben, Rechnung zu tragen. Zu den in Art. 9 (1) genannten Anforderungen gehören etwa die Erkennbarkeit von kommerzieller Kommunikation als solche und die Nichtanwendung von Techniken der unterschweligen Beeinflussung. Verboten sind die Verletzung der Menschenwürde, die Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft, Staatsangehörigkeit, Religion oder Glauben, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung sowie bestimmte gesundheitsgefährdende Verhaltensweisen einschließlich Tabakwerbung.

Der Umweltschutz und die Nachhaltigkeit sind nur insoweit angesprochen, als audiovisuelle Kommunikation nicht Verhaltensweisen fördern darf, die den Schutz der Umwelt in hohem Maße gefährden. Diese Vorschrift könnte man vielleicht dynamisch verstehen und aktuelle Erkenntnisse etwa zum Klimaschutz einbeziehen. Dennoch ginge es wohl zu weit, etwa die Werbung für Kraftfahrzeuge mit Verbrennermotor unter dieses Verbot zu fassen. Soweit ersichtlich, hat die Vorschrift bislang keine praktische Bedeutung erlangt.

Im Übrigen beschränken sich die Maßnahmen, die der Plattformbetreiber prophylaktisch ergreifen muss, darauf, Bestimmungen in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufnehmen, die zur Einhaltung der Vorgaben des § 98 Abs.

¹¹⁴ Vgl. Erw.Gr. (4) der Richtlinie (EU) 2018/1808.

1 MStV verpflichten und diese Bestimmungen auch „umsetzen“, und eine Funktion zur Kennzeichnung von Werbung bereitzustellen.

4.3.2 Modernisierungs-Richtlinie

Mit der Modernisierungs-Richtlinie (EU) 2019/2161 erkannte der EU-Gesetzgeber die wichtige Rolle von Online-Marktplätzen für den Verbraucherschutz an. Dabei wurden etwa die Informationspflichten der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU um solche für Anbieter von Online-Marktplätzen ergänzt. Dabei ging es allerdings nicht um Nachhaltigkeitsinformationen, sondern um die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings der Angebote auf dem Online-Marktplatz, um die Frage, ob der Dritte, mit dem der Verbraucher einen Vertrag schließt, Unternehmer oder selbst Verbraucher ist, um die daraus abzuleitende Qualifikation des Vertrags als Verbrauchervertrag (oder nicht) und darum, wie die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zwischen dem Dritten, der die Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalte anbietet, und dem Anbieter des Online-Marktplatzes aufgeteilt werden.

Auch die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG wurde ergänzt, wiederum um Informationspflichten hinsichtlich der Unternehmereigenschaft des Dritten, mit dem der Verbraucher einen Vertrag schließt und um Informationen zu den Hauptparametern, nach denen Suchmaschinen das Ranking der Suchergebnisse festlegen. Hinzu traten Vorschriften zum Schutz von Verbrauchern mit Blick auf die Offenlegung von bezahlter Werbung oder von Zahlungen zur Erlangung eines höheren Rankings und zum Schutz vor gefälschten Verbraucherbewertungen.¹¹⁵

4.3.3 Digital Services Act (DSA)

Neue Pflichten für Online-Plattformen führt auch der Digital Services Act ein. Das Verbot von *dark patterns* in Art. 25 DSA wurde bereits angesprochen. Hinzu treten eine Regelung zur Werbung auf Online-Plattformen und eine Vorschrift zum Schutz Minderjähriger.

Art. 26 DSA verlangt von Plattformen, die Werbung auf ihren Online-Schnittstellen darstellen, u.a. die Erkennbarkeit der Werbung als solche. Schalten Nutzer die

¹¹⁵ Vgl. zum Ganzen *Peifer*, Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer), GRUR 2021, 1453 ff.

Werbung, so muss diesen ermöglicht werden, die Trennung der Werbung von redaktionellen Inhalten transparent zu machen.

Von größerem Interesse ist Art. 28 DSA zum Online-Schutz Minderjähriger. Anbieter von Online-Plattformen, die für Minderjährige zugänglich sind, müssen geeignete und verhältnismäßige Maßnahmen ergreifen, um für ein hohes Maß an Privatsphäre, Sicherheit und Schutz von Minderjährigen innerhalb ihres Dienstes zu sorgen, und sie dürfen keine Werbung auf der Grundlage von Profiling (Art. 4 (4) DSGVO) unter Verwendung personenbezogener Daten des Nutzers darstellen, wenn sie hinreichende Gewissheit haben, dass der betreffende Nutzer minderjährig ist. Dies hat zwar mit Nachhaltigkeit nichts zu tun, es belegt aber, dass Plattformen doch einige Pflichten auferlegt werden können, wenn das Schutzgut hinreichend wichtig ist.

Von Relevanz für das vorliegende Gutachten könnten im Prinzip auch die Art. 30 ff. DSA sein, die sich mit „Bestimmungen für Anbieter von Online-Plattformen, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmern ermöglichen“ befassen.¹¹⁶

Art. 30 DSA will die Nachverfolgbarkeit von Anbietern im Fernabsatz erleichtern. Er steht damit im Zusammenhang mit Fake Shops, die mit Vorkasse arbeiten, dann aber keine Waren liefern. Mit nachhaltigem Konsumverhalten steht die Vorschrift in keinem Zusammenhang.

Bei Art. 31 DSA geht es zunächst darum, dass Online-Plattformen so gestaltet sein müssen, dass Unternehmer ihren Informationspflichten nachkommen können. Art. 31 (3) DSA geht aber weiter, indem er Plattformen auferlegt, sich nach besten Kräften darum zu bemühen, zu bewerten, ob Unternehmer bestimmte Informationen bereitgestellt haben, bevor sie diesen gestatten, ihre Produkte oder Dienstleistungen auf diesen Plattformen anzubieten. Relevant sind neben Informationen zur klaren und eindeutigen Identifizierung der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen und des Unternehmers auch Informationen in Bezug auf die Etikettierung und Kennzeichnung im Einklang mit den Vorschriften des geltenden Unionsrechts über Produktsicherheit und Produktkonformität.¹¹⁷ Die Einhaltung von Informationspflichten auf dem Gebiet der Nachhaltigkeit ist hingegen nicht Gegenstand des Art. 31 DSA. Strukturell interessant ist er dennoch, denn er verlangt

¹¹⁶ Ausf. zu den neuen Pflichten *Rott*, *European Review of Private Law* 2002, 1039, 1048 ff.; *Dregelies*, *VuR* 2023, 175, 178 f.

¹¹⁷ Vgl. dazu *Dregelies*, *VuR* 2023, 175, 179 f.

von Plattformbetreibern nachlaufende stichprobenhafte Kontrollen. Nachdem der Plattformbetreiber dem Unternehmer gestattet hat, Produkte oder Dienstleistungen auf seiner Online-Plattform anzubieten, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmern ermöglicht, muss er sich nämlich in angemessener Weise darum bemühen, stichprobenartig in einer amtlichen, frei zugänglichen und maschinenlesbaren Online-Datenbank oder Online-Schnittstelle zu prüfen, ob die angebotenen Produkte oder Dienstleistungen als rechtswidrig eingestuft wurden. Gemeint sind die Datenbanken, in denen nationale Behörden vor unsicheren Produkten waren.

Nach Art. 32 DSA muss ein Anbieter einer Online-Plattform, die Verbrauchern den Abschluss von Fernabsatzverträgen mit Unternehmern ermöglicht, Kenntnis erlangt, dass ein rechtswidriges Produkt oder eine rechtswidrige Dienstleistung von einem Unternehmer über seine Dienste Verbrauchern in der Union angeboten wurde, die Verbraucher, die das rechtswidrige Produkt oder die rechtswidrige Dienstleistung über seine Dienste erworben haben – sofern ihm deren Kontaktdaten vorliegen –, über die Tatsache, dass das Produkt oder die Dienstleistung rechtswidrig ist, die Identität des Unternehmers und die einschlägigen Rechtsbehelfe informieren. Die Begriffe „rechtswidriges Produkt“ und „rechtswidrige Dienstleistung“ sind im Digital Services Act nicht definiert. Nahe läge es, sich an den Begriff der „rechtswidrigen Inhalte“ anzulehnen, der in Art. 3 (h) definiert ist als „alle Informationen, die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit, einschließlich des Verkaufs von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften.“ Entsprechend wäre ein rechtswidriges Produkt ein Produkt, das gegen irgendeine Vorschrift des EU-Rechts oder des nationalen Rechts verstößt. Dies kann dann auch eine nachhaltigkeitsbezogene Vorschrift sein, so dass Art. 32 DSA auch Einwegbesteck, das gegen die Richtlinie (EU) 2019/904 über die Verringerung der Auswirkungen bestimmter Kunststoffprodukte auf die Umwelt (Einwegkunststoffrichtlinie) verstößt, oder auch nicht ordnungsgemäß gekennzeichnete Elektrogeräte erfassen würde. Fraglich ist allerdings, ab wann ein Anbieter einer Online-Plattform „Kenntnis“ von der Rechtswidrigkeit eines Produkts oder einer Dienstleistung hat. Insofern stellt sich dasselbe Problem wie bei der Pflicht, Maßnahmen zur Entfernung rechtswidriger Inhalte zu treffen. Die Rechtswidrigkeit wird häufig nicht eindeutig sein.¹¹⁸

¹¹⁸ Vgl. auch *Dregelies*, VuR 2023, 175, 180.

Erwähnt seien abschließend noch besondere Pflichten der „sehr großen Plattformen“ wie etwa Facebook. Diese müssen nach Art. 34 DSA die systemischen Risiken in der Union, die sich aus der Konzeption oder dem Betrieb ihrer Dienste und seinen damit verbundenen Systemen, einschließlich algorithmischer Systeme, oder der Nutzung ihrer Dienste ergeben. Zu den erfassten systemischen Risiken gehört nach Art. 34 (1) (b) DSA der in Art. 38 der Grundrechtecharta verankerte „umfangreiche“ Verbraucherschutz. Der in Art. 37 der Grundrechtecharta garantierte Schutz der Umwelt wird in Art. 34 (1) DSA hingegen nicht genannt. Über Art. 38 zum Verbraucherschutz werden aber immerhin die oben beschriebenen verbraucherrelevanten Informationen über die Nachhaltigkeit von Produkten und Dienstleistungen erfasst.¹¹⁹ Werden systemische Risiken für den (nachhaltigkeitsbezogenen) Verbraucherschutz ermittelt, so müssen nach Art. 35 DSA Risikominderungsmaßnahmen ergriffen werden.

4.3.4 Zwischenfazit

Bislang nimmt das Recht die Plattformen in der Frage der Nachhaltigkeit der über sie angebotenen Waren allenfalls sehr indirekt in die Pflicht. Die Einführung der kurz dargestellten eigenen Pflichten von Plattformbetreibern zeigt aber, dass dies durchaus möglich ist, wenn ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Verbrauchers – oder auch ein anderes wichtiges Schutzziel wie der Schutz Minderjähriger – identifiziert wird und der politische Wille vorhanden ist. Die Einführung von Pflichten mit Blick auf nachhaltiges Konsumverhalten wäre insofern kein Systembruch, sie hat aber bislang noch nicht stattgefunden.

5. Nachhaltigkeit als Geschäftsmodell von Online-Plattformen

Nichts hindert Online-Plattformen oder auch Betreiber von Suchmaschinen oder Preisvergleichsportalen, nur nachhaltige Produkte und Dienstleistungen aufzunehmen oder diese besonders zu kennzeichnen, Nachhaltigkeit also zu einem Geschäftsmodell zu machen. Im Folgenden werden zunächst zwei Beispiele gezeigt, bevor die rechtlichen Implikationen einer solchen Spezialisierung oder Kennzeichnung analysiert werden.

¹¹⁹ Vgl. supra, C.

5.1 Beispiele

5.1.1 Utopia

Utopia.de beschreibt sich als den „Ort für Nachhaltigkeit im Internet“.¹²⁰ Unter der Überschrift **Konsum verändert**¹²¹ heißt es:

„Wir sind davon überzeugt, dass bewusster Konsum einen wichtigen Beitrag für eine nachhaltige Welt leisten kann. Denn wir haben jeden Tag die Wahl, was wir mit unserem Geld unterstützen: Unternehmen, die noch immer um jeden Preis Profit machen wollen – oder solche, die erkannt haben, dass wir es uns nicht mehr leisten können, auf Kosten von Umwelt, Tieren und Menschen zu wirtschaften.“

Ein Geldschein ist ein Wahlschein – darum wollen wir es unseren Leser:innen so leicht wie möglich machen, sich bei Produkten und Dienstleistungen für nachhaltigere Alternativen zu entscheiden (und solche zu erkennen, die sich nur grün geben). Hinter unseren Meinungen und Empfehlungen steht die langjährige Expertise einer unabhängigen Redaktion.“

Utopia.de bietet zahlreiche Informationsseiten, aber auch z.B. einen Ökostrom-Preisvergleich, der mit den entsprechenden Anbietern verlinkt ist.

5.1.2 Verivox

Verivox bietet einen u.a. einen Preisvergleichsrechner für Strom im Allgemeinen, aber auch für Ökostrom.

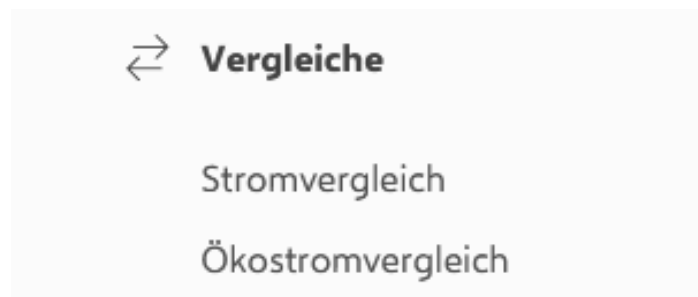


Abb. 1 (Quelle: <https://www.verivox.de>).

¹²⁰ <https://utopia.de/ueber-utopia>.

¹²¹ Fettdruck im Original.

5.2 Rechtliche Implikationen

Bietet eine Online-Plattform explizit nur ein Forum für nachhaltige Produkte und wirbt mit dieser, so stellt sich die Frage, ob sie – wie eine „normale“ Online-Plattform – in keiner Weise für die Produkte Dritter verantwortlich ist bzw. ihre Verantwortlichkeit (untechnisch gesprochen) vollständig ausschließen kann. Dieselbe Frage stellt sich, wenn ein Preisvergleichsportal wie verivox.de explizit die Suche nach Ökostrom anbietet und den Verbraucher bei Interesse auf die Internetseiten der Anbieter weiterleitet.

5.2.1 Grundsätzliches

Ausgangspunkt der Betrachtung ist der Plattformvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB oder als Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB. Dieser ist gesetzlich sehr offen geregelt, so dass es den Vertragsparteien selbst obliegt, die geschuldete Dienstleistung festzulegen. Faktisch bedeutet das natürlich, dass der Plattformbetreiber diese beschreibt und der Nutzer das Angebot durch die Nutzung der Plattform annimmt. Maßgeblich ist daher, wie der Verbraucher, der eine auf nachhaltige Produkte spezialisierte Plattform nutzt, die versprochene Dienstleistung bei objektiver Auslegung verstehen darf.

Das wird nun von der genauen Gestaltung im Einzelfall abhängen. Allgemein gesprochen ist es aber nicht fernliegend, dass Verbraucher davon ausgehen, dass eine irgendwie geartete Zugangskontrolle besteht und nicht einfach jeder Anbieter auf einer solchen Plattform seine Produkte anbieten darf, der sich selbst als nachhaltig bezeichnet. Andernfalls müsste eine solche Online-Plattform als organisiertes potentiell Greenwashing angesehen werden.

Darf man aber eine solche Kontrolle erwarten, dann korrespondiert damit eine Pflicht des Plattformbetreibers, eine entsprechende Kontrolle vorzunehmen. Wird darauf verzichtet oder wird diese zu oberflächlich betrieben, so liegt eine Pflichtverletzung vor, die nach § 280 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch eines Nutzers auslösen kann, der über die Plattform ein Produkt erworben hat, das sich als nicht-nachhaltig herausstellt.

Freilich sind mit einer solchen Konstruktion zahlreiche Schwierigkeiten verbunden. Kann die Haftung für nicht-nachhaltige Produkte in den AGB der Plattformbetreiber ausgeschlossen werden? Falls nicht, wie intensiv müsste eine solche Kontrolle sein? Allgemeine Anschlussprobleme wären der Nachweis mangelhafter Kontrolle und die Berechnung eines Schadens, der häufig nicht in einem materiellen Minderwert liegt.

5.2.2 Beispiel Utopia

Die Selbstbeschreibung von Utopia.de wurde oben zitiert. Sie erweckt den Eindruck, dass der Plattformbetreiber, der auf seine langjährige Erfahrung verweist, eigene Empfehlungen abgibt. Eigene Empfehlungen sind aber eigene Inhalte, für die ein Plattformbetreiber nach den allgemeinen Grundsätzen haftet,¹²² so dass er nach § 611 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig ist, wenn er seine Pflichten schuldhaft verletzt.

Die – nicht leicht aufzufindenden – AGB von Utopia.de¹²³ sagen dazu unter der Überschrift „Haftung für Inhalte“ Folgendes:

„Die Inhalte unserer Seiten wurden mit größter Sorgfalt erstellt. Für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Inhalte können wir jedoch keine Gewähr übernehmen.

Als Diensteanbieter sind wir gemäß § 7 Abs.1 TMG für eigene Inhalte auf diesen Seiten nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Diensteanbieter sind jedoch nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten fremden Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben hiervon unberührt.

Eine diesbezügliche Haftung ist jedoch erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnis einer konkreten Rechtsverletzung möglich. Bei bekannt werden von entsprechenden Rechtsverletzungen werden wir diese Inhalte umgehend entfernen.“

Unter der weiteren Überschrift „Haftung für Links“ folgt sodann:

„Unser Angebot enthält Links zu externen Webseiten Dritter, auf deren Inhalte wir keinen Einfluss haben. Deshalb können wir für diese fremden Inhalte auch keine Gewähr übernehmen. Für die Inhalte der verlinkten Seiten ist stets der jeweilige Anbieter oder Betreiber der Seiten verantwortlich.

Die verlinkten Seiten wurden zum Zeitpunkt der Verlinkung auf mögliche Rechtsverstöße überprüft. Rechtswidrige Inhalte waren zum Zeitpunkt der Verlinkung nicht erkennbar.

¹²² Vgl. auch *Duivenvoorde*, EuCML 2022, 43, 49.

¹²³ <https://stromvergleich.utopia.de/impressum>.

Eine permanente inhaltliche Kontrolle der verlinkten Seiten ist jedoch ohne konkrete Anhaltspunkte einer Rechtsverletzung nicht zumutbar. Bei bekannt werden von Rechtsverletzungen werden wir derartige Links umgehend entfernen.“

Diese Aussagen sind rechtlich zutreffend, aber für den Nutzer nicht leicht zu interpretieren, weil sie den Eindruck erwecken könnten, dass das, was über Drittangebote gesagt wird, fremde Inhalte seien. Relevant ist hingegen der Passus, dass die Inhalte der Seite mit größter Sorgfalt erstellt wurden, sowie im Zusammenhang mit Links, dass diese auf ihre Rechtmäßigkeit geprüft wurden. Dass für fremde Inhalte keine Gewähr übernommen wird, lässt sich als Ausschluss einer (verschuldensunabhängigen) Garantiehafteung verstehen. Es bleibt damit bei der gesetzlichen Wertung, dass utopia.de dann haftet, wenn dem Plattformbetreiber auch nur leichte Fahrlässigkeit bei der Aufnahme eines Angebots eines Drittanbieters auf die Plattform nachgewiesen werden kann. Das ist nicht erst – wie bei „fremden Inhalten“ i.S.d. § 10 TMG – dann der Fall, wenn utopia.de auf die Rechtswidrigkeit eines solchen Angebots (etwa wegen Greenwashing) hingewiesen wurde, sondern schon dann, wenn utopia.de zum Zeitpunkt der Zulassung eines Angebots aufgrund eigener Recherchen hätte erkennen können, dass es rechtswidrig ist.

Zur Bestätigung dieser Ansicht sei auf ein aktuelles Urteil des LG München I verwiesen. Ein Drittanbieter hatte auf Amazon-Marketplace Smartphones angeboten. Amazon hatte dieses Angebot (automatisiert) mit dem Angebot einer Geräteversicherung verbunden, bei dem ein Versicherungsschutz für Mobilfunkgeräte gar nicht vorgesehen ist. Ein solches Angebot ist natürlich irreführend. Fraglich war aber, ob Amazon für diese Irreführung verantwortlich war, obwohl die Empfehlung der Geräteversicherung offenbar aufgrund einer „Fehl kategorisierung“ durch den Drittanbieter erfolgte. Das LG München I stufte Amazon hier als Versicherungsmakler ein, der gewerbsmäßig Versicherungsverträge vermittelt. Die Empfehlung der Geräteversicherung sei damit ein „eigener Inhalt“, so dass das Haftungsprivileg für Host Provider nach § 10 TMG keine Anwendung finde.¹²⁴

¹²⁴ LG München I, 28.2.2023 – 33 O 286/22; vgl. dazu die Presseerklärung des *VerbraucherService Bayern* vom 30.3.2023, <https://www.verbraucherservice-bayern.de/presse/verbraucherservice-bayern-gewinnt-verfahren-gegen-amazon>.

5.2.3 Beispiel Verivox

Verivox bietet, wie oben gezeigt, zwei Stromvergleichsportale: einen Stromvergleich und einen Ökostromvergleich. Auf der Seite Ökostromvergleich wird zunächst erläutert, was Ökostrom ist, bevor erläutert wird, auf welche Weise der Ökostromvergleich und der Anbieterwechsel erfolgen. Ganz unten auf der Seite kann man dann nach Eingabe von Postleitzahl, Ort und Haushaltsgröße einen Button mit der Aufschrift „Jetzt vergleichen“ finden. Nach der Suche werden Anbieter mit spezifischen Tarifen gelistet. Bei den meisten dieser Anbieter findet sich ein weißes Häkchen im grünen Kreis, daneben die Worte „Verivox geprüft“. Fährt man mit der Maus auf diesen grünen Kreis, stellt man zwar fest, dass dort die Nachhaltigkeit des gewählten Tarifs nicht genannt wird. Dies muss aber ja noch nicht bedeuten, dass die Aufzählung abschließend ist. Im Übrigen hat die Rechtsprechung es bislang abgelehnt, Informationen, die nur als Mouse-over zur Verfügung stehen, als relevant anzusehen.¹²⁵

Aus dem gesamten Erscheinungsbild darf ein Verbraucher den Schluss ziehen, dass Verivox die Nachhaltigkeit der gelisteten Tarife überprüft hat. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den „Verivox-Richtlinien zum Verbraucherschutz“,¹²⁶ die ganz unten auf der Seite in sehr kleiner Schrift verlinkt sind. Zur Haftung findet sich dort nur – unter der Überschrift „Können sich diese Richtlinien auch ändern“ die Bemerkung:

„Verivox steht im dauerhaften Austausch mit Verbraucherverbänden, Medien und den Anbietern und begrüßt jegliches Feedback seiner Benutzer herzlich.

Dennoch kann Verivox keine Haftung für die absolute Korrektheit der Darstellung übernehmen. Verivox behält sich ausdrücklich vor, diese Richtlinien den Gegebenheiten des Marktes anzupassen.“¹²⁷

Schon was unter „Korrektheit der Darstellung“ zu verstehen ist, ist unklar. Bestenfalls lässt sich dem Satz wiederum der Ausschluss einer verschuldensunabhängigen Haftung entnehmen. Ein weiterreichender Haftungsausschluss wäre schon als überraschende Klausel i.S.d. § 305c BGB unwirksam, weil unter der Überschrift „Können sich diese Richtlinien auch ändern“ niemand einen Haftungsausschluss vermuten würde. Bei leichter Fahrlässigkeit

¹²⁵ Vgl. etwa OLG Frankfurt, 23.2.2011 - 6 W 111/10, BeckRS 2011, 6931; OLG Nürnberg, 19.4.2016 - 3 U 1974/15, MMR 2016, 527.

¹²⁶ <https://www.verivox.de/company/tarifrechnergrundlage-energie>.

¹²⁷ Fettdruck im Original.

kann daher wiederum ein Schadensersatzanspruch nach § 611 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB bestehen.

5.3 Zwischenfazit

Freiwillige Maßnahmen von Plattformen zur Förderung nachhaltigen Konsums können somit bei Fahrlässigkeit in die Haftung führen. Dies könnte man nun zum Anlass zur Kritik nehmen, weil dies an sich gutwillige Plattformbetreiber abschrecken könnte, sich überhaupt für Nachhaltigkeit zu engagieren. Diese Diskussion ist allerdings bekannt aus dem Bereich der Corporate Social Responsibility (CSR), wo ebenfalls Unternehmen, die vielleicht mehr Verantwortung als andere zeigen, für vollmundige Aussagen haften können, die eben doch nicht ganz zutreffen, oder wo ein konzerninternes CSR-System ein Anhaltspunkt für die Kontrolle der Konzernobergesellschaft über die Aktivitäten der Tochtergesellschaft sein kann, die wiederum zur Haftung für von der letzteren verursachte Schäden führen kann.¹²⁸

6. Rechtsdurchsetzung

Materiell-rechtliche Regelungen helfen wenig, wenn sie in der Praxis nicht durchgesetzt werden (können). Hier sind zwei Aspekte kurz anzusprechen. Der eine besteht in einem nicht ausreichenden Instrumentarium insbesondere des kollektiven Rechtsschutzes, auch nach Einführung der Musterfeststellungsklage¹²⁹ und wahrscheinlich selbst noch nach Einführung der neuen Abhilfeklage, wobei das Gesetzgebungsverfahren für das geplante Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG)¹³⁰ noch nicht abgeschlossen ist.

¹²⁸ Vgl. dazu den britischen Supreme Court, *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* [2019] UKSC 20; zust. Weller/Tran, Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, ZEuP 2021, 573, 602. Krit. Fleischer/Korch, *Okpabi v Royal Dutch Shell* und das deutsche Deliktsrecht in Konzernlagen, ZIP 2021, 709, 716 f.

¹²⁹ Zu deren Unzulänglichkeiten in aller Kürze *Rott*, BaFin – Verzahnung zwischen zivilrechtlichem und behördlichem Verbraucherschutz, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V., 2023.

¹³⁰ Vgl. zum Referentenentwurf nur *Scherer*, Abhilfeanspruch gem. Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL / § 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E und Verbraucherschadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG – Kollektivrechtsschutz contra Individualrechtsschutz?, VuR 2022, 443 ff.

Das andere Problem besteht in der mangelnden Rechtsklarheit. Diese erhöht das Prozesskostenrisiko und damit dessen Abschreckungswirkung deutlich.¹³¹ Virulent ist das einerseits, wie oben ausführlich beschrieben, bei dem rechtlichen Umgang mit *dark patterns*, andererseits aber auch – noch wichtiger für das vorliegende Gutachten – bei der Frage der Werbung mit Nachhaltigkeit bzw. bei der fehlenden Information über bestimmte Nachhaltigkeitsaspekte, die als wesentlich oder nicht wesentlich angesehen werden können.

Agieren Unternehmer über Online-Plattformen, so schlägt die Rechtsunklarheit doppelt ins Gewicht. Nicht nur die Verbraucher bzw. die Verbraucherverbände können die Rechtslage nicht leicht beurteilen, sondern dasselbe gilt für die Plattformbetreiber. Erhalten sie eine Beschwerde über einen angeblich rechtswidrigen Inhalt, so muss man ihnen, wenn kein klarer Verstoß vorliegt, eine gewisse Zeit zur Prüfung der Rechtslage lassen. Das verzögert Maßnahmen, die zur Löschung rechtswidriger Inhalte oder auch zur Sperrung eines Accounts führen kann.

Maßnahmen wie die geplante Richtlinie hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen mit ihren Konkretisierungen dessen, was im Bereich der Nachhaltigkeitskommunikation unlauter ist, und eine Auflösung des Exklusivitätsverhältnisses von Lauterkeits-Richtlinie und Digital Services Act bei *dark patterns*, also die Abschaffung von Art. 25 (2) DSA, könnten daher die Effektivität der Rechtsdurchsetzung erhöhen.

¹³¹ Ausf. dazu *Rott*, Rechtsklarheit, Rechtsdurchsetzung und Verbraucherschutz, in: Micklitz/Joost/Reisch/Zander-Hayat (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0 - Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, 221 ff.

7. Zusammenfassung und Vorschläge

Das deutsche wie das EU-Verbraucherrecht schützt bislang primär die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers und will diesem ermöglichen, eine informierte Entscheidung frei von Zwang zu treffen. Dazu gehört durchaus auch die Möglichkeit, eine nachhaltigkeitsbewusste Entscheidung zu treffen. Zu diesem Zweck wurden einerseits spezifische Informationspflichten, etwa über den Schadstoffausstoß von Fahrzeugen oder den Energieverbrauch elektrischer Geräte, eingeführt, andererseits gilt das Verbot irreführender Werbung, das von der Rechtsprechung gerade im Bereich des Umweltrechts besonders streng gehandhabt wird. Die geplante Richtlinie hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen würde diese Tendenz weiter verstärken.

Die genannten Pflichten richten sich durchweg an „Unternehmer“, zu denen auch die Online-Plattformen zu zählen sind. Letztere agieren aber regelmäßig nur als Vermittler bzw. stellen nur die Infrastruktur für Verträge zwischen Unternehmern (oder auch Nichtunternehmern) und Verbrauchern zur Verfügung und haften dann grundsätzlich nicht für fremde Inhalte. Wenn also Unternehmer, die auf Online-Plattformen Verträge mit Verbrauchern schließen, etwa Greenwashing betreiben, dann sind nur diese Unternehmer, aber nicht die Online-Plattformen für den Rechtsverstoß verantwortlich.

Online-Plattformen müssen aber reagieren, wenn sie Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten erlangen. Mit den neuen Art. 16 ff. DSA wurde das entsprechende Verfahren verrechtlicht und für Nutzer leichter auffindbar gemacht. Ein verbleibendes Problem besteht darin, dass Online-Plattformen aufgrund der Beschwerden von Nutzern über die Rechtswidrigkeit von Inhalten entscheiden müssen. Letzteres wird häufig schwierig sein, wie die große Anzahl von gerichtlichen Verfahren darüber, ob Online-Plattformen Beiträge zu Recht oder zu Unrecht gelöscht haben, belegt. Wie schwierig die Beurteilung ist, hängt maßgeblich von der Klarheit der zugrunde liegenden rechtlichen Regelungen ab. Effektiver Verbraucherschutz erfordert deshalb größtmögliche Klarheit, die derzeit in zahlreichen Bereichen nicht gegeben ist. Dies gilt insbesondere für den Bereich der *dark patterns* mit der Frage der Anwendbarkeit des Art. 25 (1) DSA in Abgrenzung zur Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG, aber auch für viele Fragen der Werbung mit Nachhaltigkeit, Klimafreundlichkeit oder Regionalität. Rechtspolitisch ist deshalb auf eine Nachschärfung dieser Regelungen hinzuwirken, wie sie in Bezug auf Greenwashing nunmehr im Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zu Green Claims

vorgesehen ist. Auch die Initiative des IMCO-Ausschusses, bei dieser Gelegenheit eine Regelung zu *dark patterns* in die Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG zu integrieren, ist grundsätzlich zu begrüßen, wenn auch der aktuelle Änderungsvorschlag noch Schwächen aufweist.

Klarheit könnte auch eine stärkere Standardisierung in Bereichen bringen, in denen die gestalterische Freiheit der Online-Plattformen bzw. der Unternehmer insgesamt hinter den Schutz der Verbraucher zurücktreten sollte. Dies gilt etwa für das Design von Cookie-Bannern, aber auch für die Bezeichnung, die Influencer wählen müssen, um deutlich zu machen, wann es sich bei einer Produktpräsentation um Werbung handelt.

Gleichzeitig spiegelt die grundsätzliche Trennung der Verantwortlichkeiten die Macht der Plattformen nicht wider. Zwar zeigt insbesondere die Bestätigung des bisherigen Haftungsrahmens durch den Digital Services Act, dass eine grundsätzliche Neuorientierung politisch nicht gewünscht wird. Neuere Rechtsakte wie die im Jahre 2018 erfolgte Änderung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, die Modernisierungs-Richtlinie von 2019 und der Digital Services Act belegen aber, dass es durchaus möglich ist, Online-Plattformen jedenfalls punktuell Pflichten aufzuerlegen, die auch in einer (gewissen) Kontrolle der Inhalte Dritter bzw. in einer bestimmten Gestaltung der Plattform liegen können. Verschärfte Pflichten gelten nach aktueller Rechtslage insbesondere in Bezug auf den Minderjährigenschutz. Maßgeblich ist offenkundig die (rechts)politische Relevanz eines Schutzguts. Denkbar wären angesichts der prekären Lage in Bezug auf Klimaschutz, Biodiversität und Ähnliches auch verschärfte Pflichten in Bezug auf Nachhaltigkeit, die parallel zum Verbraucherschutz als Verweis auf Art. 37 der Grundrechte-Charta in Art. 34 DSA eingestellt werden könnten. Noch schärfer wären Pflichten zum Schutz vor nicht-nachhaltigen Produkten eben in Parallelität zum Minderjährigenschutz, wie sie in Art. 28b (1) n.F. der Richtlinie 2010/13/EG den Videosharing-Plattformen und in Art. 28 DSA den Online-Plattformen auferlegt wurden.

Schon jetzt können Online-Plattformen freiwillig weitergehen und spezifisch nur nachhaltige Angebote beherbergen. Tun sie das, so müssen sie sich daran festhalten lassen und die Nachhaltigkeit dieser Angebote auch kontrollieren; andernfalls drohen Schadensersatzansprüche nach § 611 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB. Schwierig zu beurteilen ist dabei natürlich wieder, wann ein Angebot nachhaltig ist. Mitzudenken ist bei jedweder Regelung der Nachhaltigkeit von Angeboten auf Online-Plattformen die Effektivität des Rechtsschutzes, die maßgeblich von den zur

Verfügung stehenden Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes abhängt. Insofern ist von Bedeutung, dass Verbraucherorganisationen als qualifizierte Einrichtungen im Sinne des Unterlassungsklagengesetzes auch die Verbraucherschützenden Vorschriften des Digital Services Act durchsetzen können und dazu nach erfolgter Umsetzung der Verbandsklagen-Richtlinie (EU) 2020/1828 im Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz (VDuG) ein verbessertes, wenn auch nicht vollständig gelungenes Instrumentarium zur Verfügung haben werden. Gerade mit Blick auf *dark patterns* wäre aber deren Verankerung in der Lauterkeits-Richtlinie 2005/29/EG auch mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung von Bedeutung, da dies auch den Mitbewerbern und den Wirtschaftsverbänden die Verfolgung von Verstößen ermöglichen würde.

Die hier angeregten Maßnahmen sind fast sämtlich auf europäischer Ebene zu verorten, weil die relevanten Rechtsakte weitestgehend vollharmonisierender Natur sind. Nichtsdestotrotz ist natürlich die Bundesregierung ein maßgeblicher Akteur auch auf der europäischen Ebene, so dass rechtspolitische Aktivitäten auf beiden Ebenen wichtig und notwendig wären. Da die Europäische Kommission derzeit sowohl einen Fitness Check zu Digital Fairness durchführt als auch Gesetzgebungsinitiativen im Rahmen des Green Deal verfolgt, erscheint die Gelegenheit, beide Aspekte zu verbinden, derzeit günstig, wie auch der aktuelle Versuch des IMCO-Ausschusses des Europäischen Parlaments, ein Verbot von *dark patterns* in die Richtlinie zu Green Claims zu integrieren, belegt. Angesichts der derzeitigen Schnellebigkeit von gesetzlichen Regelungen ist auch eine diesbezügliche Nachschärfung des Digital Services Act durchaus denkbar.

8. Literatur

Ackermann, Die deutsche Umweltrechtsprechung auf dem Weg zum Leitbild des verständigen Verbrauchers?, WRP 1996, 502.

Apostolopoulos, Neuere Entwicklungen im europäischen Lauterkeitsrecht: Problematische Aspekte und Vorschläge, WRP 2004, 841.

Becker, Was ist regional?, VuR 2020, 15.

Beuth, Dumme Maschinen sollten uns recht sein, Spiegel online vom 12.12.2018, <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/werbung-fuer-babybedarf-nach-totgeburt-dumme-maschinen-sollten-uns-recht-sein-a-1243348.html>.

Bräutigam, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635.

Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll, The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?, EuCML 2016, 3.

Dastis, Ethischer Konsum und Vertragsrecht, VuR 2017, 252.

De Cock Buning, Life after the European Audiovisual Media Services Directive: social media influencers through the looking-glass, in Goanta/Ranchordás (Hrsg.), The regulation of social media influencers, 2020, 47.

Domurath, Probleme bei der Einordnung von Plattformen als Vertragspartner, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Das Recht der Online-Vermittlungsplattformen, 2017, 44.

Dregelies, Verbraucherschutz im Digital Services Act, VuR 2023, 175.

Duivenvoorde, The Liability of Online Marketplaces under the Unfair Commercial Practices Directive, the E-commerce Directive and the Digital Services Act, EuCML 2022, 43.

Ekardt, Suffizienz als Governance- und Rechtsproblem, ZUR 2022, 472.

Federhoff-Rink, Umweltschutz und Wettbewerbsrecht, 1994.

Fleischer/Korch, *Okpabi v Royal Dutch Shell* und das deutsche Deliktsrecht in Konzernlagen, ZIP 2021, 709.

Fries, PayPal Law und Legal Tech - Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, NJW 2016, 2860.

Halfmeier, Abschied vom Konsumschutzrecht, VuR 2022, 3.

Helberger/Lynskey/Micklitz/Rott/Sax/Strycharz, EU Consumer Protection 2.0, 2021.

Hepple, A Race to the Top? International Investment Guidelines and Corporate Codes of Conduct, 20 Comparative Labour Law & Policy Journal (1999), 347.

Holznagel, Overblocking durch User Generated Content (UGC) - Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, 369.

Howells/Micklitz/Wilhelmsson, European Fair Trading Law, 2006.

Janicki/Schultz, Dark Pattern from the other side: zur datenschutzrechtlichen (Un-) Zulässigkeit des Einsatzes von Designelementen, DSRITB 2021, 13.

Kimerling, Corporate Ethics in the Era of Globalization: The Promise and Peril of International Environmental Standards, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 14 (2001), 425.

Köberlein, Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH, ZVertriebsR 2022, 102.

Kollmann, Technische Normen und Prüfzeichen im Wettbewerbsrecht, GRUR 2004, 6.

Lupiañez-Villanueva/Boluda/Bogliacino/Liva/Lechardoy/Rodríguez de las Heras Ballell, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation. Final report for the European Commission, 2022.

Martini/Kramme/Seeliger, „Nur noch für 30 Minuten verfügbar“ – Scarcity- und Countdown-Patterns bei Online-Geschäften auf dem Prüfstand des Rechts, VuR 2022, 123.

Michalski/Riemenschneider, Irreführende Werbung mit der Umweltfreundlichkeit von Produkten, BB 1994, 1157.

Möller, Dark Patterns in Consent-Bannern, VuR 2022, 449.

Obergfell, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel - Vertragsfreiheit oder Kundenbetrug?, ZLR 2017, 290.

Omlor, Die Online-Plattform als Zahlungsdienstleister, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 94.

Peifer, Die neuen Transparenzregeln im UWG (Bewertungen, Rankings und Influencer), GRUR 2021, 1453.

Roht-Arriaza, Developing Countries, Regional Organizations, and the ISO 14001 Environmental Management Standard, 9 *Georgetown International Environmental Law Review* (1997), 583.

Roth, Umweltbezogene Unternehmenskommunikation im deutschen und europäischen Wettbewerbsrecht, 2000.

Rott, Rechtsklarheit, Rechtsdurchsetzung und Verbraucherschutz, in: Micklitz/Joost/Reisch/Zander-Hayat (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0 - Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, 221.

Rott, Die vertragsrechtliche Position des Online-Plattformbetreibers als Vermittler, in: Rott/Tonner (Hrsg.), Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, 62.

Rott, A Consumer Perspective on Algorithms, in: de Almeida/Cantero Gamito/Durovic/Purnhagen (Hrsg.), *The Transformation of Economic Law*, 2019, 43.

Rott, Nachhaltigkeit durch Verbraucherverbandsklagen, in: Tamm (Hrsg.), Zentrifugalkräfte in Europa und im sozialen Rechtsstaat, Festschrift für Klaus Tonner, 2022, 353.

Rott, New liability of online platforms under the Digital Services Act?, *European Review of Private Law* 2022, 1038.

Rott, BaFin – Verzahnung zwischen zivilrechtlichem und behördlichem Verbraucherschutz, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V., 2023.

Rott, *Dark patterns* im Verbraucherrecht, erscheint in: Reiffenstein (Hrsg.), *Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2023*, 2023.

Rott/Strycharz, Personalised Pricing, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU\(2022\)734008_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/734008/IPOL_STU(2022)734008_EN.pdf).

Rudloff, Der Vorschlag einer Warenhandels-Richtlinie der EU – Fortschritt auf dem Weg zu mehr Nachhaltigkeit?, *VuR* 2018, 323.

Schaub, Influencer und Lauterkeitsrecht – de lege lata und de lege ferenda, *GRUR* 2021, 1358.

Schebesta/Purnhagen, The Behaviour of the Average Consumer: A Little Less Normativity and a Little More Reality In CJEU's Case Law? Reflections on Teekanne, *European Law Review* 2016, 595.

Scherer, Abhilfeanspruch gem. Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL / § 1 Abs. 1 Nr. 1 VDuG-E und Verbraucherschadensersatzanspruch gem. § 9 Abs. 2 UWG – Kollektivrechtsschutz contra Individualrechtsschutz?, *VuR* 2022, 443.

Schiefke, Nachhaltiger Konsum: Die Retourenproblematik im Onlinehandel, *VuR* 2021, 416.

Schiff, Meinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen, *MMR* 2018, 366.

Schmitt, Neue Anforderungen für Online-Marktplätze und Bewertungsplattformen im Zivil- und Lauterkeitsrecht, *VuR* 2022, 131.

Thomalla, Die Werbung mit „klimaneutralen“ Produkten, *VuR* 2022, 458.

Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, 447.

Tonner, Für eine nachhaltige Weiterentwicklung des Verbrauchsgüterkaufrechts, *VuR* 2012, 355.

Tonner, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, *VuR* 2019, 363.

Verbraucherkommission Baden-Württemberg, Vergleichsportale im Internet – Transparenz schaffen, Verbrauchertäuschung verhindern, 2013.

Weller/Tran, Klimawandelklagen im Rechtsvergleich – private enforcement als weltweiter Trend?, *ZEuP* 2021, 573.

Wendehorst, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, *EuCML* 2016, 30.

Wiebe, Zur ökologischen Relevanz des Wettbewerbsrechts, *WRP* 1993, 798.

Wölwer, Zur Zulässigkeit der Werbung mit Umweltslogans und Umweltzeichen im deutschen und amerikanischen Recht, 1999.

Zander-Hayat/Reisch/Steffen, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, 403.

Über den Autor

Prof. Dr. Peter Rott

Peter Rott ist Professor an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg. Zuvor war er an den Universitäten Sheffield, Bremen, Kopenhagen und Kassel sowie im Rahmen einer Gastprofessur an der Universität Gent tätig. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Europäischen Privatrecht und im deutschen und europäischen Verbraucherrecht. Derzeit befasst er sich vor allem mit Rechtsfragen der Digitalisierung, der Nachhaltigkeit und der Effektivierung der Rechtsdurchsetzung.

Bitte diese Studie folgendermaßen zitieren:

Rott, P. (2023): Problemlagen und Handlungsoptionen zur Einschränkung von manipulativen und konsumsteigernden Designs im Online-Shopping. Kurzstudie in der Forschungslinie Governance Innovation Labs des CO:DINA Projekts. Online verfügbar unter: <https://codina-transformation.de>

Über CO:DINA

Das Verbundvorhaben CO:DINA – Transformationsroadmap Digitalisierung und Nachhaltigkeit vernetzt Wissenschaft, Politik, Zivilgesellschaft und Wirtschaft, um neue strategische Stoßrichtungen für eine sozialökologische Digitalisierung zu identifizieren. Vielfalt in Denkweisen, Perspektiven und Erfahrungen ist die Voraussetzung, um die Komplexität der Digitalisierung besser zu verstehen und grundlegenden Fragen insbesondere zur Künstlichen Intelligenz mit tragfähigen Lösungsansätzen zu begegnen. Dabei entstehen Netzwerke zwischen Akteursgruppen, die bislang unzureichend verbunden waren. So wird die politische und gesellschaftliche Handlungsfähigkeit für einen sozialökologisch-digitalen Wandel gestärkt.

Das Vorhaben wird vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) im Rahmen der KI-Leuchtturminitiative gefördert und gemeinsam vom IZT – Institut für Zukunftsstudien und Technologiebewertung und dem Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie umgesetzt.

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit
und Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Impressum



IZT – Institut für Zukunftsstudien und
Technologiebewertung gemeinnützige GmbH
Schopenhauerstr. 26, 14129 Berlin
Tel.: +49 (0) 30 8030880
Fax: +49 (0) 30 80308888
E-Mail: info@izt.de
Internet: www.izt.de



Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie
GmbH
Döppersberg 19, 42103 Wuppertal
Tel.: +49 (0) 2022492101
Fax: +49 (0) 2022492108
E-Mail: info@wupperinst.org
Internet: www.wupperinst.org



Weitere Veröffentlichungen unter:
www.codinatransformation.de