

# VERBRAUCHERRECHT DIGITAL FAIR

Positionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) zu aktuellen Herausforderungen im Europäischen Verbraucherrecht

20. März 2024

## VERBRAUCHERRELEVANZ

Im digitalen Bereich sind Unternehmen gegenüber Verbraucher:innen ganz überwiegend im Vorteil, weil sie die technischen Möglichkeiten haben, ihre Kund:innen durch personenbezogene Daten genau zu analysieren und Schwächen auszunutzen. Die Herausforderungen der digitalen Kommunikation und Vertragsgestaltung unter Einsatz künstlicher Intelligenz sind weitreichend und erzeugen erhebliche Asymmetrien, deren Bewältigung nach geltendem Verbraucherrecht mindestens fraglich ist und bislang weitgehend in den Händen der Gerichte liegt. Was digital erlaubt und verboten ist, ergibt sich häufig nicht ansatzweise aus dem geltenden Rechtsrahmen des Verbraucherrechts. Die Europäische Union muss diese Rechtsunsicherheit beseitigen und einen für den digitalen Wandel leistungsfähigen Rechtsrahmen schaffen.

## LAUTERKEITSRECHT

Das Europäische Lauterkeitsrecht<sup>1</sup> hält der rasanten technischen Entwicklung nicht mehr stand. Automatisierung, verbunden mit immer detaillierteren Profilen von Nutzer:innen durch umfassendes Datensammeln und dadurch steigender Verfügbarkeit personenbezogener Daten, verstärkt die vorhandenen strukturellen Asymmetrien in Bezug auf Wissen, Informationsverarbeitung, Verletzlichkeit und Entscheidungsautonomie zulasten von Verbraucher:innen.<sup>2</sup> Angesichts der Komplexität können diese Herausforderungen allein durch weitere Informationspflichten nicht kompensiert werden. Erforderlich ist eine grundlegende Neujustierung des Lauterkeitsrechts<sup>3</sup>:

- ✿ **Fairness by design and by default:** Die unternehmerische Sorgfaltspflicht sollte als horizontales Sicherheitsnetz gegen digitale Asymmetrien ausgestaltet werden. Dies sollte auch eine positive Verpflichtung zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus durch Gestaltung und Voreinstellung umfassen, ohne dass Verbraucher:innen sich selbst vor negativen Folgen schützen müssen. Es darf nicht länger Aufgabe der Verbraucher:innen sein, unfaire und benachteiligende Voreinstellungen korrigieren zu müssen.

<sup>1</sup> Artikel 5 bis 9 Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, im Folgenden UGP-RL

<sup>2</sup> Hierzu grundlegend Dornis, Lauterkeitsrecht im KI-Zeitalter, GRUR 2023, 1729 und GRUR 2024, 20

<sup>3</sup> Siehe hierzu den Regulierungsvorschlag von Micklitz, Helberger, Kas, Namyslwska, Naudts, Rott, Sax, Veale: Towards Digital Fairness, EuCML 2024, 24, Seite 27 f.

- …✿ **Verbraucherleitbild:** Digital sind alle Verbraucher:innen verletzlich. Das analoge Leitbild des Durchschnittsverbrauchers, der gut informiert rationale Entscheidungen trifft, ist angesichts technischer und datenbasierter Ausnutzung individueller und situativer Schwächen kein zukunftsicherer Maßstab für digitale Fairness. Digitale Verletzlichkeit resultiert vielmehr aus einer allgemeinen Anfälligkeit für die Ausnutzung von Asymmetrien jenseits der Kontrollmöglichkeiten der Verbraucher:innen.<sup>4</sup>
- …✿ Die **Entscheidungsautonomie** von Verbraucher:innen darf nicht durch Ausnutzung von Gefühlserkennung und psychografischer Profilbildung (beispielsweise Angst, emotionale Not, Erschöpfung, Müdigkeit, Trauer, Kummer) unterlaufen werden.

### Manipulatives Design (Dark Patterns)

Webseiten und Apps müssen in ihren Grundeinstellungen so gestaltet sein, dass Verbraucher:innen weder manipuliert noch behindert werden. Dazu gehören neben einem erweiterten Verständnis von digitaler unternehmerischer Sorgfalt (fairness by design and by default) auch konkrete Regelungstatbestände:

- …✿ Es sind konkrete Verbote manipulativer Techniken erforderlich. Das im Anwendungsbereich zu enge Verbot von Dark Patterns in Artikel 25 Digital Services Act<sup>5</sup> sollte durch eine horizontale Regelung im Lauterkeitsrecht ergänzt werden.
- …✿ Für Verbraucher:innen vorteilhafte Entscheidungen müssen für sie mindestens ebenso leicht umsetzbar sein, wie entsprechende Entscheidungen im Unternehmensinteresse (Beispiel Kaufbutton).

### Influencermarketing

Marketing durch Influencer:innen ist bislang nur unzureichend reguliert. Mit Blick auf den kommerziellen Zweck und dessen Kennzeichnung hat der Bundesgerichtshof in mehreren Urteilen zwar auf deutscher Ebene für mehr Rechtssicherheit gesorgt. Angesichts weiterhin bestehender Unklarheiten wäre aber ein einheitlicher unionsweiter Rechtsrahmen unter Einführung von Werbeverboten für bestimmte Produktgruppen hilfreich. Dabei sollte der Europäische Gesetzgeber jedoch keinesfalls hinter dem deutschen Verbraucherschutzniveau zurückbleiben.

Problematisch ist aus Sicht des vzbv, dass nach der jüngsten Änderung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>6</sup> der kommerzielle Zweck bei Handlungen zugunsten fremder Unternehmen zwingend von der Gegenleistung abhängen soll (§ 5a Absatz 4 Satz 2 UWG), obwohl der Bundesgerichtshof zuvor richtigerweise auch darauf abgestellt hatte, ob „der Beitrag nach seinem Gesamteindruck

---

<sup>4</sup> Zur möglichen Umsetzbarkeit einer solchen Regelung siehe etwa die Empfehlung für eine neue Definition digitaler Verletzlichkeit von Micklitz, Helberger, Kas, Namyslowska, Naudts, Rott, Sax, Veale a.a.O. Seite 28: 'Digital vulnerability' refers to a universal state of susceptibility to the exploitation of differences in power in the trader-consumer relationship that result from internal and/or external factors beyond the consumer's control.

<sup>5</sup> Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste)

<sup>6</sup> Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.8.2021 (BGBl. I 2021, Nr. 53 vom 16.08.2021, S. 3504)

übertrieben werblich ist, also einen werblichen Überschuss enthält“.<sup>7</sup> Hinzu kommt, dass sich der anwendbare Rechtsrahmen je nach Medium unterscheidet.<sup>8</sup>

Zu berücksichtigten ist darüber hinaus, dass bestimmte Produktgruppen besonders schädliche Auswirkungen haben können und sich deshalb nicht für Influencermarketing eignen.

- … Anzustreben ist eine weite, **rechtssichere Definition von Influencer-marketing**, bei der eine Gegenleistung jedenfalls hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung ist. Der Erhalt oder das Versprechen einer Gegenleistung sollte widerleglich vermutet werden (entsprechend § 5a Absatz 4 Satz 3 UWG). Darüber hinaus sollten auch übertrieben werbliche Beiträge und Eigenwerbung zugunsten der eigenen Influencer-Tätigkeit erfasst werden.
- … Hilfreich wären unionsweite Standards zur Art und Weise der **Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks** in den jeweiligen Kommunikationskanälen.
- … **Gefährliche Produkte:** Influencer:innen sollte untersagt werden, für besonders gefährliche Produkte und Dienstleistungen zu werben, wie für Schönheitsoperationen, nikotinhaltige Produkte, Alkohol oder andere suchtfördernde Produkte.
- … **Ungesunde Lebensmittel:** Influencermarketing sollte für alle Lebensmittel untersagt werden, die nicht den WHO-Nährwertkriterien entsprechen – also zu viel Salz, Fett und Zucker enthalten.

### **Stärkung des kollektiven Rechtsschutzes durch Beweislastumkehr**

Das System der privaten Rechtsdurchsetzung in Deutschland hat sich bewährt und muss erhalten bleiben. Dies gilt auch mit Blick auf die koordinierte Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene.

- … Die Rolle der Verbraucherverbände innerhalb des CPC-Netzwerks muss gestärkt werden. Verbraucherverbände müssen weiterhin im Wege der Beauftragung an der koordinierten Rechtsdurchsetzung mitwirken können.

Darüber hinaus sind auch im kollektiven Rechtsschutz Anpassungen erforderlich, um wachsenden Schwierigkeiten beim Darlegen und Beweisen von Verstößen zu begegnen. Ein Wesensmerkmal der digitalen Asymmetrie ist, dass die Einhaltung von Verbraucherrechten angesichts technischer Komplexität von außen häufig kaum präzise genug eingeschätzt werden kann, um Rechtsverstöße zu erkennen, darzulegen und vor Gericht zu beweisen. Dies gilt zum einen für geschädigte Verbraucher:innen, zum anderen aber auch für den kollektiven Rechtsschutz und die Unterlassungsklage durch Verbraucherverbände.

Gerichte können dem Beklagten zwar bereits nach geltendem Recht eine sekundäre Darlegungslast auferlegen. Das gilt aber nur unter engen Voraussetzungen und steht gemäß Artikel 12 UGP-RL weitgehend im Ermessen des Gerichts. Zur effektiveren Durchsetzung des Lauterkeitsrechts sollten deshalb unionsweit *verbindliche Regeln* für Darlegungs- und Beweiserleichterungen eingeführt werden:

---

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 9.9.2021, I ZR 90/20 („Influencer I“), WRP 2021, 1415, Rn. 60

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 9.9.2021, I ZR 125/20 („Influencer II“), WRP 2021, 1429, Rn. 56 ff.; <sup>8</sup> BGH, Urteil vom 31.1.2022, I ZR 35/21, („Influencer III“), WRP 2022, 441, Rn. 64

- … Grundsätzlich sollte das Unternehmen bereits im Falle eines plausibel dargelegten Verdachts auf eine unlautere Geschäftspraxis darlegungs- und beweispflichtig sein, einschließlich einer aussagekräftigen und verständlichen Erläuterung. Bei Missachtung dieser Pflichten sollte eine gesetzliche Vermutung der Unlauterkeit gelten.<sup>9</sup>
- … Bei Vorliegen von digitalen Asymmetrien, etwa aufgrund von datenbasierten Technologien, muss die Beweislast für rechtskonformes Verhalten darüber hinaus grundsätzlich beim Unternehmen liegen.

## PERSONALISIERUNG, INSBESONDERE VON PREISEN

Personalisierungen in Marketing, Preis und Vertragsgestaltung bergen das Risiko der Ausnutzung persönlicher, situativer und struktureller Schwächen von Verbraucher:innen. Datenschutzrecht alleine bietet keine ausreichende Grundlage für den Schutz gegen unlautere personalisierte Geschäftspraktiken. Das gilt insbesondere für die datenschutzrechtliche Einwilligung, deren Reichweite und Folgen im Zeitpunkt der Erteilung kaum absehbar sind. Auch wenn die Einwilligung somit in vielen Fällen unwirksam sein dürfte, wird selbst eine umfassende Informationserteilung eher zu einer Überforderung als zu einer informierten Entscheidung führen.

Transparenz und Verbraucherinformation sind deshalb angesichts der Komplexität keine ausreichenden Instrumente, um den Missbrauch durch Personalisierung zu verhindern. Erforderlich sind klare Regelungen, welche Datenverarbeitungen zu welchen Zwecken zulässig (Erlaubnis) und welche klar begrenzt (Verbot) sein sollten, anstatt diese Abwägung einzelnen Verbraucher:innen bei der Einwilligungsabfrage aufzubürden.

- … Personalisierung muss **frei von Diskriminierung** sein.
- … Es sollte ein Recht auf eine **nicht personalisierte Alternative** geben. Verbraucher:innen sollten immer die Möglichkeit haben, nicht personalisierte Angebote und Preise zu wählen. Damit würde es Verbraucher:innen ermöglicht, einen objektiven Marktüberblick zu erhalten.
- … Die **Personalisierung von Preisen** auf der Grundlage von Verhaltensprognosen, etwa zur Zahlungsbereitschaft, muss ausdrücklich verboten werden. Dazu sollte auch die Erstellung von Profilen zur Vorhersage des Risikos eines Anbieterwechsels oder das Herausfiltern „unerwünschter“ Verbraucher:innen durch überhöhte Preise gehören. Von dem Verbot sollten Personalisierungen ausgenommen werden, die nicht auf der Erstellung von Profilen beruhen, wie etwa Gruppenrabatte oder Treuekarten.
- … **Beweislastumkehr:** Art und Ausmaß von Personalisierung ist für Außenstehende schwer erkennbar, Rechtsverstöße können kaum belegt werden. Art und Umfang von Preispersonalisierungen müssen deshalb transparent sein. Die Darlegungs- und Beweislast für rechtskonformes Verhalten muss bei den Unternehmen liegen, die entsprechende Praktiken einsetzen.

## NACHHALTIGER ONLINE-HANDEL

Der Online-Handel bringt neben vielen Vorteilen auch Herausforderungen unter anderem für die Umwelt mit sich. Nachhaltigkeitsgesichtspunkte müssen stärker in

---

<sup>9</sup> Siehe hierzu Micklitz, Helberger, Kas, Namyslowska, Naudts, Rott, Sax, Veale a.a.O., Seite 29 f.

den Fokus genommen und Maßnahmen erwogen werden, die die Umwelt besser schützen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass Verbraucherrechte ausgehöhlt werden. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die neue Ökodesignverordnung<sup>10</sup> und die Richtlinie zur Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel<sup>11</sup> bereits Regelungen umfassen, die sich positiv auf einen nachhaltigen Online-Handel auswirken werden.

Das Widerrufsrecht ist essentiell und darf nicht eingeschränkt oder aufgeweicht werden. Anders haben Verbraucher:innen gar keine Möglichkeit, die Waren vor dem dauerhaften Behalten zu begutachten. Online-Händler haben bereits jetzt einen Anspruch auf Wertersatz, wenn Verbraucher:innen die Ware mehr als für die Prüfung erforderlich benutzt haben.

Ohne das Widerrufsrecht könnten viele Verbraucher:innen das Vertrauen in den Online-Handel insgesamt verlieren. Maßnahmen zu nachhaltigeren Versandmethoden (Verbundzustellung, Elektrifizierung der Flotte, Packstationen etc.) und Vermeidung von unnötigen Retouren (Größennormierung bei Kleidung und Schuhen, detailliertere Produktbeschreibungen, aussagekräftige Bilder und Kundenbewertungen etc.) sind seit Jahren bekannt und werden teilweise auch schon praktiziert.

## CAR PASS

Der vzbv unterstützt die Bestrebung, einen Digitalen Produkt Pass (DPP) für Fahrzeuge zu entwickeln und einzuführen. Dieser sollte auch den EU-Batteriepass integrieren.<sup>12</sup> Der Car Pass muss neben den Produkteigenschaften, inklusive der Veränderungen durch reale oder virtuelle Eingriffe, auch Informationen über die Umwelteigenschaften, Ressourceneinsatz, Haltbarkeit, reale Verbrauchs- und Effizienzwerte, Daten der Hauptuntersuchungen und einiges mehr umfassen. Jegliche Vorschläge, die hinter einem umfassenden DPP für Personen- und Lastkraftfahrzeuge zurückfallen, sollten keine Berücksichtigung finden.

## Kontakt

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –  
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Team Recht und Handel

[recht-und-handel@vzbv.de](mailto:recht-und-handel@vzbv.de)

Rudi-Dutschke-Straße 17, 10969 Berlin

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. ist im Deutschen Lobbyregister und im europäischen Transparenzregister registriert. Sie erreichen die entsprechenden Einträge [hier](#) und [hier](#).

<sup>10</sup> Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Ökodesign-Anforderungen für nachhaltige Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/125/EG

<sup>11</sup> Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2005/29/EG und 2011/83/EU hinsichtlich der Stärkung der Verbraucher für den ökologischen Wandel durch besseren Schutz gegen unlautere Praktiken und bessere Informationen

<sup>12</sup> Verordnung (EU) 2023/1542 des Europäischen Parlaments und des Rates über Batterien und Altbatterien