



Bern, den 14. Juni 2024

---

## **Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.**

Bericht des Bundesrates  
in Erfüllung des Postulates 22.3190, Michaud  
Gigon Sophie, 16. März 2022

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>Zusammenfassung</b> .....	4
<b>1 Ausgangslage</b> .....	5
<b>2 Vorgehen</b> .....	5
<b>3 Ergebnisse</b> .....	5
<b>3.1 Relevante Stossrichtungen für die Weiterentwicklung von Gesetz und Praxis</b> .....	6
<b>4 Beantwortung der Fragen aus dem Postulat</b> .....	6
<b>4.1 Erfassung von Dark Patterns</b> .....	6
<b>4.2 Unterschiede je nach Plattform</b> .....	7
<b>4.3 Auswirkungen auf Konsumierende</b> .....	8
<b>4.4 Möglichkeiten der Einschränkung</b> .....	9
<b>5 Begriff «Dark Patterns»</b> .....	9
<b>5.1 Definition</b> .....	9
<b>5.2 Merkmale und Abgrenzungen</b> .....	11
5.2.1 Digitales Design .....	11
5.2.2 Beeinflussung (unter Ausnutzung von Erkenntnissen aus der Verhaltenspsychologie) .....	11
5.2.3 Zum Vorteil des Anbietenden .....	13
5.2.4 Konsumierende als Adressaten? .....	13
5.2.5 Vorsatz .....	14
5.2.6 Fazit.....	14
<b>5.3 Erscheinungsformen</b> .....	14
5.3.1 Einleitung.....	14
5.3.2 Voreinstellungen.....	14
5.3.3 Graphische Hervorhebungen (Framing).....	15
5.3.4 Missverständliche Formulierungen.....	15
5.3.5 «Bait and Switch».....	16
5.3.6 Disguised Ads .....	16
5.3.7 Social Proof .....	16
5.3.8 Verschleierung von Kosten .....	17
5.3.9 Verhinderung von Preisvergleichen .....	17
5.3.10 Countdowns .....	17
5.3.11 «Roach Motel» .....	17
5.3.12 «Nagging» .....	18
5.3.13 «Sneaking» .....	18
5.3.14 Unerwünschter Vertragsschluss bzw. -verlängerung / Zwangsregistrierung .....	18
5.3.15 «Confirshaming» .....	19

5.3.16	Gamification .....	19
5.3.17	Exkurs: Dark Patterns in Games .....	19
<b>5.4</b>	<b>Kategorisierung .....</b>	<b>19</b>
5.4.1	Anwendungsbereiche .....	19
5.4.2	Mittel .....	20
<b>6</b>	<b>Analyse .....</b>	<b>21</b>
<b>6.1</b>	<b>Geltendes Recht .....</b>	<b>21</b>
6.1.1	Verfassungsrechtliche Grundlagen .....	21
6.1.2	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) .....	22
6.1.3	Datenschutzrecht .....	27
6.1.4	Vertragsrecht .....	31
6.1.5	Übersicht .....	36
<b>6.2</b>	<b>Auswirkungen auf Schweizer Konsumierende .....</b>	<b>41</b>
<b>6.3</b>	<b>Mögliche Lösungsansätze .....</b>	<b>42</b>
6.3.1	Regelungen in der Europäischen Union .....	42
6.3.2	Mögliche Lösungsansätze in der Schweiz .....	44
<b>7</b>	<b>Handlungsempfehlungen des Bundesrates .....</b>	<b>48</b>

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

## Zusammenfassung

Dieser Bericht beantwortet das Postulat 22.3190 «Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren» vom 16. März 2022. Mit dem Postulat erhielt der Bundesrat den Auftrag, den Einsatz von «Dark Patterns» zu dokumentieren und möglichen Handlungsbedarf beim geltenden Recht zu identifizieren.

Der Begriff Pattern (Muster) stammt aus der Softwareentwicklung, in welcher Muster dazu dienen, wiederkehrende Probleme zu lösen. Durch die Verwendung von Mustern können die Stabilität und Sicherheit erhöht sowie die Bedienbarkeit der Software verbessert werden. Im Gegensatz dazu dienen sogenannte «Dark Patterns» der Beeinflussung des Verhaltens von Nutzenden.

Das Phänomen Dark Patterns ist sehr vielschichtig und verändert sich aufgrund von neuen technischen Möglichkeiten. Es lässt sich nicht abschliessend definieren, aber anhand von wesentlichen Merkmalen beschreiben (siehe Kapitel 5). Diese Merkmale sind: (i) digitales Design (ii) Beeinflussung von Konsumierenden bzw. Nutzenden unter Ausnutzung von Erkenntnissen der Verhaltenspsychologie (iii) eine Beeinflussung, die dem Anbietenden des Designs einen Vorteil verschafft.

Der Grundlagenbericht betrachtet das geltende Recht, mögliche Auswirkungen auf Konsumierende sowie internationale Entwicklungen. Darauf aufbauend wurden für die Schweiz insbesondere folgende Ansätze analysiert:

- Anpassung des Klagerichts des Bundes (Revision von Art. 10 Abs. 3 UWG)
- Schaffung eines neuen Spezialtatbestandes im UWG
- Ausweitung des Widerrufsrechts

Der Grundlagenbericht konzentriert sich entsprechend dem Postulatsauftrag auf die Darstellung der aktuellen Rechtslage betreffend Dark Patterns. Er fasst die wichtigsten Erkenntnisse zusammen und zeigt mögliche Schritte für die Schweiz auf.

**Aufgrund des Grundlagenberichts wird zum jetzigen Zeitpunkt kein Handlungsbedarf erkannt. Bislang lassen sich die Auswirkungen von internationalen rechtlichen Entwicklungen für die Schweiz noch nicht abschätzen. Die Wirksamkeit von Massnahmen auf EU-Ebene ist abzuwarten. Daher sind die Entwicklungen im Umgang mit Dark Patterns – auch auf internationaler Ebene – weiterhin aufmerksam zu beobachten, um bei Bedarf rechtzeitig reagieren zu können.**

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

## 1 Ausgangslage

Dieser Bericht dient der Erfüllung des Postulates 22.3190 von Michaud Gigon Sophie<sup>1</sup>. Der Wortlaut des Postulats «Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren» vom 16. März 2022 umfasst Folgendes:

«Der Bundesrat wird beauftragt, einen Bericht über die Nutzung der digitalen Designmuster "Dark Patterns" im Internet vorzulegen. Der Bericht soll die Nutzung von Dark Patterns auf Websites, Online-Plattformen und Apps auflisten und dokumentieren. Außerdem soll er insbesondere auf die folgenden Fragen eingehen: Werden diese Designmuster und ihre gehäufte Nutzung auf einer einzigen Website oder Plattform von der geltenden Gesetzgebung erfasst? Unterscheiden sie sich je nach Art der Plattform? Wie wirken sie sich auf die freie Wahl der Konsumentinnen und Konsumenten aus? Wie ist die Lage bei Plattformen mit Sitz in der Schweiz? Wie kann die Nutzung solcher Muster eingeschränkt werden?»

Der Bericht soll sich auf Websites und Plattformen konzentrieren, die in den Bereichen Onlinehandel, Unterhaltung und Streaming tätig sind, sowie auf kostenlos herunterladbare Videospiele, bei denen In-Game-Käufe angeboten werden.»

## 2 Vorgehen

Die Grundlagen, insbesondere Begriff «Dark Patterns» sowie rechtliche Analyse des vorliegenden Postulatsberichts wurden massgeblich vom Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL, Prof. Florent Thouvenin und sein Team, insb. von Dr. Stephanie Volz) der Universität Zürich erarbeitet und gemeinsam mit dem Bundesamt für Gesundheit (BAG), dem Büro für Konsumentenfragen (BFK), dem Bundesamt für Justiz (BJ), der Bundeskanzlei (BK) und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) ergänzt. Auf Basis dieser Beiträge hat der Bereich Digitale Transformation und IKT-Lenkung (DTI) der BK einen gemeinsamen Bericht erstellt und mit den vorher erwähnten Stellen abgestimmt.

## 3 Ergebnisse

Die Analyse kommt zum Schluss, dass die bestehende Rechtslage eine Vielzahl von Dark Patterns (siehe Definition Kap. 5.1) erfasst und zeigt mögliche Weiterentwicklungsoptionen auf (siehe Kapitel 6.3). Der Bundesrat begrüßt die rechtliche Analyse und die Stossrichtung möglicher Lösungsansätze, ohne die Einschätzung für sämtliche Möglichkeiten oder Empfehlungen zu teilen (siehe Kapitel 7).

---

<sup>1</sup> <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20223190>>.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

### 3.1 Relevante Stossrichtungen für die Weiterentwicklung von Gesetz und Praxis

Gemäss rechtlicher Analyse wurden folgende mögliche Lösungsansätze für die Schweiz identifiziert (siehe Kapitel 6.3.):

- Anpassung des Klagerichts des Bundes (Revision von Art. 10 Abs. 3 UWG)
- Schaffung eines neuen Spezialtatbestandes im UWG
- Ausweitung des Widerrufsrechts

## 4 Beantwortung der Fragen aus dem Postulat

### 4.1 Erfassung von Dark Patterns

*Werden diese Designmuster und ihre gehäufte Nutzung auf einer einzigen Website oder Plattform von der geltenden Gesetzgebung erfasst?*

Im Schweizer Recht gibt es verschiedene Normen, die bei der Beurteilung von Dark Patterns herangezogen werden können, um sie rechtlich zu erfassen. Relevant sind hier insbesondere das Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb («UWG»),<sup>2</sup> das Datenschutzgesetz (DSG)<sup>3</sup> und das Vertragsrecht. Wie häufig Dark Patterns in der Praxis auftreten, wurde für die Schweiz bislang nicht systematisch erfasst. Eine abschliessende Beurteilung möglicher negativer Auswirkungen von Dark Patterns ist deshalb nicht möglich.

In der EU sind Dark Patterns Gegenstand von Regulierungen (z.B. Verordnung (EU) 2022/2065 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste [Digital Services Act (DSA)<sup>4</sup>], Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken<sup>5</sup>, Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr [Datenschutz-Grundverordnung]<sup>6</sup>, Verordnung (EU) 2022/1925 über bestreitbare und faire Märkte im

---

<sup>2</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (SR. 241).

<sup>3</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020 (SR. 101).

<sup>4</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (Text von Bedeutung für den EWR). Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065>.

<sup>5</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken). Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>.

<sup>6</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung). Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

digitalen Sektor [Digital Markets Act]<sup>7</sup>). Der Bund beobachtet diese Entwicklungen und die Auswirkungen auf die Schweiz aufmerksam.

## 4.2 Unterschiede je nach Plattform

*Unterscheiden sie sich je nach Art der Plattform?*

Was die rechtliche Erfassung von Dark Patterns angeht, werden keine Unterschiede je nach Art der Plattform festgestellt. Viele Formen von Dark Patterns werden auf allen Arten von Plattformen verwendet. Gewisse Formen unterscheiden sich in Abhängigkeit des Geschäftsmodells der Plattform.

---

<sup>7</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über anfechtbare und faire Aufträge im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über digitale Märkte). Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

## 4.3 Auswirkungen auf Konsumierende

### *Wie wirken sie sich auf die freie Wahl der Konsumentinnen und Konsumenten aus?*

Bislang gibt es wenig Forschung darüber, wie weit verbreitet Dark Patterns sind, sowie ob und wie sie Wirkung entfalten. Die Fédération romande des consommateurs (FRC) und Public Eye<sup>8</sup> haben ausgewählte Online-Shops analysiert. Die Nutzung von Dark Patterns sei vor allem bei den chinesischen Plattformen sehr verbreitet, gefolgt vom US-Konzern Amazon und dem französischen Anbieter La Redoute. Anbieter wie Zara, Globus, Manor und H&M, welche überwiegend im stationären Geschäft tätig sind, scheinen laut den Studienautoren weniger Dark Patterns einzusetzen.

Laut einem Bericht der Europäischen Union (EU) von 2022<sup>9</sup> nutzen rund 97% der in der EU am meisten verwendeten Websites und Apps Dark Patterns (z.B. Voreinstellungen, «Nagging» und «Roach Motels», bspw. die schwierige Gestaltung von Kündigungsprozessen, Gestaltung von Cookies, siehe auch Kap. 6.2). Gemäss einem OECD-Paper<sup>10</sup> können Dark Patterns im Wesentlichen die Entscheidungsfindung von Konsumierenden beeinflussen. Als milde Form gelten etwa Vorselektion von Wahlmöglichkeiten, wobei dies effektiver sein kann als aggressivere Formen wie Nagging. Je nach Ausprägung können Dark Patterns die Autonomie von Konsumierenden beeinträchtigen oder zu finanziellen Verlusten führen (z.B. Abo-Fallen). Unter Umständen können auch bestimmte problematische (Kauf-)Verhaltensweisen sowie die Sucht nach Video- und Glücksspielen begünstigen. Dark Patterns weisen unter Umständen das Potenzial auf, problematischer zu sein als analoge Praktiken, da sich im digitalen Raum technisch neue Möglichkeiten eröffnen (z.B. Reichweite). Online-Unternehmen können ihre Benutzeroberfläche z.B. rasch und kostengünstig optimieren (siehe auch Kap. 5.1.) und dabei u.a. durch wiederholte Experimente Erfahrung sammeln, wie sie ihre Verbraucher täuschen können. Wie gross die Wirkung der verschiedenen Formen von Dark Patterns ist, wurde bislang nicht flächendeckend untersucht. Deshalb braucht es eine bessere Datenlage, um daraus politische Bemühungen ableiten zu können.

### *Wie ist die Lage bei Plattformen mit Sitz in der Schweiz?*

Dark Patterns treten länderübergreifend auf. Das geltende Schweizer Recht greift für Plattformen mit Sitz in der Schweiz. Ferner sind gewisse Rechtsnormen auch auf Plattformen mit Sitz im Ausland anwendbar. Das neue DSG gilt etwa für Sachverhalte, die in der Schweiz Wirkung entfalten, auch wenn sie im Ausland eingetreten sind (Art. 3 DSG; für privatrechtliche Ansprüche vgl. Art. 3 Abs. 2 DSG und Art. 139 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht(IPRG) <sup>11</sup>). Somit kann das DSG auch für Plattformen mit Sitz im Ausland gelten, wenn sie Personendaten von Personen in der Schweiz bearbeiten. Soweit strafrechtlich relevantes Verhalten im Raum steht, gelten Art. 3 ff. StGB, und schweizerisches Recht kommt dann zur Anwendung, wenn entweder der Ausführungs- oder Erfolgsort in der Schweiz liegt.

Darüber hinaus können Unternehmen mit Sitz in der Schweiz auch EU-Recht unterliegen, wenn dieses eine extraterritoriale Wirkung vorsieht. Es gibt nur wenig empirische Forschung zum Einsatz von Dark

<sup>8</sup> Der Bericht ist abrufbar unter <<https://www.publiceye.ch/de/themen/mode/dark-patterns-im-onlinehandel-heizen-den-mode-ueberkonsum-an>>.

<sup>9</sup> Der Bericht ist abrufbar unter <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>>, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment - Publications Office of the EU (europa.eu)*.

<sup>10</sup> OECD (2022), «Dark commercial patterns», OECD Digital Economy Papers, No. 336, OECD Publishing, Paris, <<https://doi.org/10.1787/44f5e846-en>>.

<sup>11</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291).

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Patterns durch Plattformen mit Sitz in der Schweiz. Daher kann diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden.

## 4.4 Möglichkeiten der Einschränkung

*Wie kann die Nutzung solcher Muster eingeschränkt werden?*

Ein Grossteil der heute verwendeten Dark Patterns lässt sich durch bestehende Rechtsnormen erfassen (siehe auch Kap. 4.1). Um dem Phänomen besser begegnen zu können, wurden die folgenden Lösungsansätze für die Schweiz analysiert (siehe Kap. 6.3):

- Anpassung des Klagerichts des Bundes (Revision von Art. 10 Abs. 3 UWG)
- Schaffung eines neuen Spezialtatbestandes im UWG
- Ausweitung des Widerrufsrechts

## 5 Begriff «Dark Patterns»

### 5.1 Definition

Der Begriff Pattern (Muster) stammt aus der Softwareentwicklung, wo Muster dazu dienen, wiederkehrende Probleme zu lösen. Durch die Verwendung von Mustern können die Stabilität und Sicherheit erhöht sowie die Bedienbarkeit der Software verbessert werden. Im Gegensatz dazu dienen sogenannte «Dark Patterns» der Beeinflussung des Verhaltens von Nutzenden.<sup>12</sup>

Es gibt keine allgemein anerkannte Definition von «Dark Patterns». Vielmehr handelt es sich um einen Sammelbegriff, der unterschiedliche Phänomene umfasst. Das Fehlen einer allgemein anerkannten Definition dürfte (auch) darauf zurückzuführen sein, dass mit dem Begriff Praktiken und Konstellationen bezeichnet werden, die immer wieder neu entwickelt werden und sich ständig wandeln. Typische Erscheinungsformen sind graphische Gestaltungen wie farbliche Hervorhebungen von Buttons in Apps, intransparente Vorselektionen oder die vermeintlich zeitliche oder mengenmässige Knapheit eines Angebots (dazu nachfolgend Kapitel 5.3). Geprägt wurde der Begriff «Dark Patterns» von *Harry Brignull*, einem User-Interface-Design-Spezialisten. Er versteht Dark Patterns als «Benutzeroberflächen, die darauf abzielen, den Nutzenden dazu zu bringen, Dinge zu tun, die er eigentlich nicht tun will».<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BROCKMANN CHRISTIAN/GOLOMBECK MARIUS/NEUMANN THORBEN/RASKE CHRISTIAN/TÜBBEN STEFAN, Evaluation des Problembewusstseins in Bezug auf den Einsatz von Dark Patterns: Eine qualitative Analyse, abrufbar unter <[https://www.researchgate.net/publication/335110906\\_Evaluation\\_des\\_Problembewusstseins\\_in\\_Bezug\\_auf\\_den\\_Einsatz\\_von\\_Dark\\_Patterns\\_Eine\\_qualitative\\_Analyse](https://www.researchgate.net/publication/335110906_Evaluation_des_Problembewusstseins_in_Bezug_auf_den_Einsatz_von_Dark_Patterns_Eine_qualitative_Analyse)>.

<sup>13</sup> Heute verwendet er den Begriff «Deceptive Patterns» vgl. BRIGNULL HARRY, Dark patterns, abrufbar unter <<https://www.deceptive.design/>>.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Auch die Europäischen Gesetzgebenden definieren Dark Patterns nicht einheitlich. Gemäss Erwägungsgrund 67 der Verordnung (EU) 2022/2065 (Digital Services Act (DSA))<sup>14</sup> handelt es sich um «Praktiken, mit denen darauf abgezielt oder tatsächlich erreicht wird, dass die Fähigkeit der Nutzer, eine autonome und informierte Entscheidung oder Wahl zu treffen, erheblich verzerrt oder beeinträchtigt wird». Demgegenüber findet sich in der Verordnung (EU) 2023/2854 (Datenverordnung, Data Act)<sup>15</sup> die Definition «Gestaltungstechniken, die dazu dienen, die Verbraucher zu Entscheidungen, die negative Folgen für sie haben, zu verleiten oder sie zu täuschen» (siehe Erwägungsgrund 38). Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) bezeichnet Dark Patterns in seinen Leitlinien über täuschende Gestaltungsmuster («deceptive design patterns») in sozialen Medien als «Benutzeroberflächen oder -schnittstellen und Nutzererfahrungen [auf Social-Media-Plattformen], die die Nutzer zu unbeabsichtigten, ungewollten und potenziell schädlichen Entscheidungen über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten verleiten».<sup>16</sup>

Teilweise wird vorgeschlagen, den Begriff noch weiter zu fassen und darunter alle Verhaltensweisen zu verstehen, die im weitesten Sinn die Autonomie der Nutzenden beeinträchtigen. So liessen sich auch Massnahmen berücksichtigen, die darauf abzielen, die Nutzenden länger auf einer Plattform oder einer Website zu halten. Darunter fallen bspw. das sog. «Infinite Scrolling», bei dem Inhalte am Ende einer Seite bzw. des Bildschirms automatisch nachgeladen werden, «Autoplay», also das automatische Abspielen von Mediadaten, oder das sog. «Pull-to-Refresh», also die ständige Aktualisierung beim Weiterscrollen. Bei diesen Massnahmen handelt es sich allerdings um Muster, die möglicherweise der momentanen Absicht der Nutzenden nicht widersprechen und nicht direkt auf ihre Entscheidungen einwirken. Sie dienen vor allem dem Ziel, die Nutzenden dazu zu bringen, möglichst viel Zeit auf der Plattform oder der Website zu verbringen, wodurch ihre «Technologiesucht» gefördert werden kann.<sup>17</sup>

Gewisse Autoren weisen darauf hin, dass der Begriff «Dark» unklar oder gar rassistisch sei und sie schlagen stattdessen die Verwendung von Begriffen wie «Deceptive Design», «Dishonest Design» oder «Manipulative Design» vor.<sup>18</sup> Namentlich die Begriffe «Deceptive Design» und «Manipulative Design» wären an sich passender, weil sie die Problematik – die Täuschung und Manipulation von Nutzenden – besser zum Ausdruck bringen. In diesem Bericht wird dennoch der Begriff «Dark Patterns» verwendet, weil er sich bereits etabliert hat und auch im hier zu beantwortenden Postulat verwendet wird.

---

<sup>14</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 vom 27.10.2022, S. 1.

<sup>15</sup> Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung), ABl. L, 2023/2854, 22.12.2023.

<sup>16</sup> Leitlinie EDSA über täuschende Gestaltungsmuster in sozialen Medien, Version 2, abrufbar unter <[https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb\\_03-2022\\_guidelines\\_on\\_deceptive\\_design\\_patterns\\_in\\_social\\_media\\_platform\\_interfaces\\_v2\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf)>, Rz. 3, S. 9; dazu auch DREGELIES MAX, Der Schutz vor Dark Patterns im DSA, MMR 2023, 243 ff., 245.

<sup>17</sup> KOLLMER TIM/ECKHARDT ANDREAS, Dark Patterns - Conceptualization and Future Research Directions, Bus InfSyst Eng 2023, (DOI:10.1007/s12599-022-00783-7), S. 201 ff., S. 202.

<sup>18</sup> BRIGNULL HARRY, <<https://www.deceptive.design>>; MATHUR ARUNESH/ACAR GUNES/FRIEDMAN MICHAEL J./LUCHERINI ELI/MAYER JONATHAN/CHETTY MARSHINI/NARAYANAN ARVIND, Dark Patterns at Scale: Findings from a Crawl of 11K Shopping Websites CSCW, Article 81 (November 2019), (<https://doi.org/10.1145/3359183>), S. 32. ».

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

## 5.2 Merkmale und Abgrenzungen

Gemeinsam ist den vorgeschlagenen Definitionen, dass sie sich auf Konstellationen beziehen, in denen eine Interaktion mit Nutzenden stattfindet, wobei die Nutzenden aufgrund dieser Interaktion eine von ihrer eigentlichen Absicht abweichende Entscheidung mit für sie (potenziell) negativen Konsequenzen treffen.<sup>19</sup> Aufgrund dieser Definitionen können gemeinsame Merkmale identifiziert werden, die für das Vorliegen von Dark Patterns wesentlich sind.

### 5.2.1 Digitales Design

Dark Patterns beziehen sich auf digitale Oberflächen. Zwar gibt es auch in der analogen Welt zahlreiche Möglichkeiten zur Beeinflussung des menschlichen Verhaltens. Bei der Gestaltung von digitalen Designs, Oberflächen und Infrastrukturen ergeben sich aber neue Optionen, die für Nutzende oft schwer durchschaubar sind, sodass sie nicht angemessen reagieren können. Aufgrund der Vielzahl der Nutzenden lassen sich digitale Designs leicht auf ihre Wirksamkeit überprüfen und sie können schnell und zu geringen Kosten fast jederzeit angepasst werden.<sup>20</sup> Zudem ermöglichen es digitale Designs, Inhalte so individuell zu gestalten, dass sie gezielt einzelne Nutzende aufgrund ihrer persönlichen Schwächen zu manipulieren versuchen (*Personalized Dark Patterns*).<sup>21</sup> Dies kann mithilfe von selbstlernenden Algorithmen auch automatisiert geschehen. Personalisierte Manipulationsversuche sind im Hinblick auf den potenziellen Schaden für die Nutzenden besonders problematisch, weil sie ausserordentlich wirkungsvoll sein können und für Dritte kaum zu erkennen sind, weil allen Nutzenden unterschiedliche Oberflächen und Inhalte angezeigt werden. Dies macht es nahezu unmöglich, nachzuvollziehen, welche personalisierten Inhalte einer Person zu einem bestimmten Zeitpunkt präsentiert wurden und gestützt auf welche Kriterien oder Daten dies geschah.<sup>22</sup>

Dark Patterns sind damit ein Phänomen, das im digitalen Kontext auftritt und dort besonderes Gefährdungspotenzial entfaltet.<sup>23</sup>

### 5.2.2 Beeinflussung (unter Ausnutzung von Erkenntnissen aus der Verhaltenspsychologie)

Dark Patterns sind auf eine Beeinflussung der Verhaltensweise der Nutzenden ausgerichtet. Beeinflussung ist allerdings ein sehr weiter Begriff. Grundsätzlich kann jede Interaktion mit anderen Menschen oder mit einem User Interface zu einer Beeinflussung des Verhaltens führen. Außerdem hat die ganze

---

<sup>19</sup> KÜHLING JÜRGEN/SAUERBORN CORNELIUS, Rechtsgutachten vom 14. Februar 2022 über die Rechtlichen Rahmenbedingungen sogenannter «Dark Patterns» im Auftrag des Bundesverbandes E-Commerce und Versandhandel Deutschland e.V. (BEVH), abrufbar unter <[https://bevh.org/fileadmin/content/04\\_politik/Europa/Kuehling-Gutachten-BEVH-Dark-pattern-22-02-16-final.pdf](https://bevh.org/fileadmin/content/04_politik/Europa/Kuehling-Gutachten-BEVH-Dark-pattern-22-02-16-final.pdf)> S 14.

<sup>20</sup> GERTZ MICHAEL/MARTINI MARIO/SEELIGER PAUL/TIMKO CHRISTINA, Dark Patterns – eine interdisziplinäre Analyse, LTZ 2023, S.3 ff.; S. 5; MAST TOBIAS, in: Mast Tobias/Kettemann Matthias C./Dreyer Stephan/Schulz Wolfgang (Hrsg.), Digital Services Act / Digital Markets Act (DSA / DMA), München 2024; DSA 25 N 1; WEINZIERL QUIRIN, Dark Patterns als Herausforderung für das Recht Rechtlicher Schutz vor der Ausnutzung von Verhaltensanomalien, NVwZ – Extra 15/2020, S. 1 ff., S 3.

<sup>21</sup> WEINZIERL (Fn. 16), S. 3; GERTZ /MARTINI /SEELIGER /TIMKO (Fn. 16), S. 5.

<sup>22</sup> MARTINI MARIO/DREWS CHRISTIAN/SEELIGER PAUL/WEINZIERL QUIRIN, Dark Patterns -Phänomenologie und Antworten der Rechtsordnung, ZfDR 2021, S. 47 ff., S. 47.

<sup>23</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 50; a.A. KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 13), S. 16.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Werbewirtschaft zum Ziel, Menschen in ihrem (Konsum-)Verhalten zu beeinflussen. Entsprechend kann eine einfache, alltägliche und allgegenwärtige Beeinflussung des Verhaltens für das Vorliegen eines Dark Pattern nicht ausreichen.<sup>24</sup>

Charakteristisch ist das Ausnutzen von Erkenntnissen aus der Verhaltenspsychologie, insb. die Ausnutzung von menschlichen Schwächen.<sup>25</sup> Die neoklassische Theorie der Wirtschaftswissenschaften beruht auf der Annahme, dass der Mensch ein rational<sup>26</sup> handelndes Wesen sei, das seine Entscheidung auf rationale Kosten-Nutzen-Analysen stützt (*homo oeconomicus*). Inzwischen ist bekannt, dass Menschen nicht immer rational handeln, sondern sich insb. unter Zeitdruck sog. Heuristiken bedienen, also abgekürzte Entscheidungsverfahren verwenden, in denen komplexe Zusammenhänge (stark) vereinfacht werden. Wie sich diese Heuristiken auf die Entscheidfindung von Menschen auswirken und welche Verzerrungen als Abweichungen vom rationalen Verhalten (Biases) entstehen, lässt sich bis zu einem gewissen Grad vorhersagen.<sup>27</sup>

Bekannt ist bspw. der sog. «*Default Bias*»; darunter versteht man den Umstand, dass vorbestehende Einstellungen trotz Änderungsmöglichkeit übernommen werden.<sup>28</sup> Mit diesem verwandt ist der «*Status Quo Bias*», nach welchem Menschen die Beibehaltung des Ist-Zustandes gegenüber Veränderungen bevorzugen. Eine verbreitete Heuristik ist die sog. «*Availability Heuristic*», wonach die Bewertung von Wahrscheinlichkeiten anhand von (leicht) verfügbaren Informationen (und damit oft auf unvollständiger Grundlage) erfolgt.<sup>29</sup> Eine oft ausgenutzte Verhaltensanomalie dürfte auch die «*Loss Aversion*» sein, nach der Menschen Verluste höher bewerten als Gewinne; dasselbe gilt für den sog. «*Optimism Bias*», nach dem Menschen die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Ereignisses oft falsch, bzw. zu optimistisch einschätzen.<sup>30</sup> Die Verwender von Dark Patterns nutzen diese Erkenntnisse aus der Verhaltenspsychologie aus, um Menschen zu einer von den Verwendern gewünschten Entscheidung zu veranlassen und sie dabei potenziell zu schädigen.<sup>31</sup>

Durch die Beeinflussung werden die Nutzenden zu einem Handeln verleitet, das zu ihrem Nachteil oder zumindest nicht zu ihrem Nutzen ist oder nicht in ihrem Interesse liegt und das ohne die Beeinflussung anders ausgefallen wäre.<sup>32</sup> Diese Voraussetzung für das Vorliegen von Dark Patterns dient auch der

---

<sup>24</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 14.

<sup>25</sup> DREGELIES (Fn. 12), S. 243; KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S 16.

<sup>26</sup> Die Rationalität ist in dieser Theorie wohldefiniert und besagt im Wesentlichen, dass Menschen alle Handlungsoptionen entsprechend einer Rangfolge entsprechend ihrer Präferenzen bewerten können. Dies müssen sie widerspruchsfrei machen können.

<sup>27</sup> WEINZIERL (Fn. 16), S 2.

<sup>28</sup> DENGA MICHAEL, Digitale Manipulation und Privatautonomie, ZfDR 2022, S. 229 ff., S.233.

<sup>29</sup> WEINZIERL (Fn. 16), S 2.

<sup>30</sup> WEINZIERL (Fn. 16), S 3; KAHNEMAN DANIEL/ KNETSCH JACK L./THALER RICHARD H., Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, 5 Journal of Economic Perspectives 1991, (DOI: 10.1257/jep.5.1.193) S 193 ff., S. 195.

<sup>31</sup> KÜHLING JÜRGEN/SAUERBORN CORNELIUS, «Dark patterns» unter der DSGVO und dem DSA – Neue Herausforderungen für die digitale Rechtsordnung, CR 2022, S. 226 ff, S. 227.

<sup>32</sup> GERTZ/MARTINI/SEELIGER /TIMKO (Fn. 18), 4; LUGURI JAMIE/STRAHILEVITZ LIOR JACOB, Shining a light on dark patterns, Journal of Legal Analysis 2021, S. 43 ff., S. 61; BOGENSTAHL CHRISTOPH, Dark Pattern – Mechanismen (be)trügerischen Internetdesigns, Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim deutschen Bundestag 2019, (DOI: 10.5445/IR/1000133932), S. 1 ff.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Abgrenzung vom sog. «Nudging»<sup>33</sup>, das darauf ausgerichtet ist, den Nutzenden oder der Gesellschaft zumindest mittel- oder langfristig einen Vorteil zu verschaffen.<sup>34</sup> Die Anwendung dieses Kriteriums ist allerdings nicht unproblematisch, weil die Ermittlung der Interessen eines bestimmten Nutzenden schwierig sein kann. Aus diesem Grund ist bei der Beurteilung dieses Kriteriums auf den Durchschnittsadressaten und auf dessen Interessen abzustellen. Dieser Ansatz ist in vielen Rechtsgebieten längst etabliert, so etwa im Lauterkeitsrecht (UWG), wo sich die Beurteilung, ob Angaben irreführend sind, aus der Sicht des Durchschnittsadressaten unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit objektiv beurteilt (siehe Kap. 6.1.2.1).<sup>35</sup> Trotz der zunehmenden Individualisierung, wie sie vor allem im kommerziellen Kontext zu beobachten ist, ermöglicht dieses Vorgehen den Gerichten und Behörden, einen sinnvollen Massstab zu definieren, an dem sich ein Verhalten messen und rechtlich bewerten lässt.

### 5.2.3 Zum Vorteil des Anbietenden

Die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Nachteile der Nutzenden könnten relativiert werden, wenn nicht auf deren Nachteile, sondern auf die Vorteile der Anbietenden abgestellt würde. Voraussetzung wäre dann, dass der Anbietende seine Gestaltungsmacht zu seinem eigenen Vorteil (oder dem Vorteil von Dritten) ausnutzt, ohne auf die (vermeintlichen) Interessen der Nutzenden Rücksicht zu nehmen.<sup>36</sup> Die Vorteile für die Anbietenden können unterschiedlicher Art sein und sie brauchen je für sich allein auch nicht gross zu sein. Denn der Gesamtnutzen der Anbietenden ergibt sich in der Regel aus der Summe vieler kleiner Vorteile. Zu denken ist etwa daran, dass grössere Mengen an Daten über Nutzende gesammelt werden können, wenn diese länger auf einer Plattform bleiben.<sup>37</sup>

### 5.2.4 Konsumierende als Adressaten?

Einige Autoren sprechen sich dafür aus, dass es sich bei den Adressaten von Dark Patterns um Konsumierende handeln muss.<sup>38</sup> Als Grund wird angeführt, dass geschäftlich handelnde Personen ein erhöhtes Mass an Sorgfalt anwenden und sich deshalb weniger zu irrationalen Handlungen verleiten lassen würden.<sup>39</sup> Dies ist aber unnötig einschränkend. Adressaten von Dark Patterns können alle natürlichen Personen sein, deren Schwächen ausgenutzt werden, unabhängig von den Motivgründen ihres Handelns. Eine Einschränkung der Definition würde zu unnötigen Abgrenzungsproblemen führen und einen (kleinen) Teil der Betroffenen von einem möglichen Schutz vor Dark Patterns ausschliessen. Der Verzicht auf dieses Merkmal darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass bislang vor allem Konsumierende von Dark Patterns betroffen sind.

---

<sup>33</sup> Nudging (Engl. anschubsen, anstoßen) ist gemäss Duden eine Massnahme zur Verhaltensbeeinflussung. Umgangssprachlich werden darunter solche Massnahmen verstanden, die Menschen zu einem für sie oder für die Gesellschaft oder Dritte positiven Verhalten bringen soll.

<sup>34</sup> DREGELIES (Fn. 12), S. 243; KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 16.

<sup>35</sup> BGE 136 III 23, E. 9.1.

<sup>36</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 47; KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 16.

<sup>37</sup> DENG (Fn. 24), S. 235.

<sup>38</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 14.

<sup>39</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 14 m.w.H.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

## 5.2.5 Vorsatz

Unerheblich ist, ob die Beeinflussung vorsätzlich erfolgt. Auch Designmuster, die ohne Manipulationsabsicht oder aufgrund technischer Bedingungen gewählt werden, können als Dark Patterns qualifiziert werden (siehe zum Vorsatz im Bereich des UWG in Kap. 6.1.2).<sup>40</sup>

## 5.2.6 Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Phänomen Dark Patterns sehr vielschichtig ist und sich aufgrund von neuen technischen Möglichkeiten verändern kann. Eine abschliessende Definition des Begriffs ist deshalb weder möglich noch sinnvoll. Das Phänomen Dark Patterns lässt sich aber anhand von wesentlichen Merkmalen beschreiben und damit hinreichend eingrenzen. Diese Merkmale sind: (i) digitales Design (ii) Beeinflussung von Nutzenden unter Ausnutzung von Erkenntnissen der Verhaltenspsychologie (iii) Beeinflussung verschafft dem Anbietenden des Designs einen Vorteil.

# 5.3 Erscheinungsformen

## 5.3.1 Einleitung

Es lassen sich verschiedene Typen von Dark Patterns unterscheiden. Eine gefestigte Typisierung oder Terminologie gibt es aber nicht. Die verschiedenen Typen lassen sich zudem nicht immer klar voneinander abgrenzen; vielmehr überschneiden sie sich teilweise oder werden in Kombination verwendet. In der Forschung werden verschiedene Einteilungen vorgeschlagen.<sup>41</sup> In der Folge werden die häufigsten Typen kurz dargestellt, ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Aufgrund der Weiterentwicklung von Technologien und Anwendungen ist damit zu rechnen, dass in Zukunft neue Typen von Dark Patterns verwendet werden.

## 5.3.2 Voreinstellungen

Dark Patterns können bei Voreinstellungen relevant sein. Angebotsvorselektionen oder Standard-einstellungen sind Parameter einer App, Software oder Website, die vor der ersten Nutzung festgelegt werden. So kann bspw. bei einer (abänderbaren) Auswahl bereits ein Häkchen gesetzt werden, wobei die getroffene Auswahl nicht unbedingt im Interesse der Nutzenden liegt.<sup>42</sup> Vielmehr setzt der Anbieter

---

<sup>40</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 53; OECD Report (Fn. 6), S. 14; a.A. BOGENSTAHL (Fn. 28), S. 1.

<sup>41</sup> European Commission, Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: Dark patterns and manipulative personalisation: final report («EU Study»), 2022, abrufbar unter <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>>. S. 30; MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 51; LEISER MARC R./CARUANA MIREILLE M., Dark Patterns: Light to be Found in Europe's Consumer Protection Regime, EuCML 2021, S. 237 ff., S. 240.

<sup>42</sup> JANICKI THOMAS/SCHULTZ MELANIE, "Dark Pattern from the other side: zur datenschutzrechtlichen (Un-)Zulässigkeit des Einsatzes von Designelementen, DSRITB 2021, S. 13 ff.; S. 14; MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 55.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

die Voreinstellungen nach seinen eigenen Interessen und unter Ausnutzung des Wissens, dass die Voreinstellungen von den Nutzenden oft so belassen werden (*Default Bias*).

Voreinstellungen sind ein Phänomen, das zum Beispiel im datenschutzrechtlichen Kontext zu beobachten ist. Mit diesen Voreinstellungen wird versucht, die Nutzenden dazu zu bringen, die Bearbeitung von mehr persönliche Daten zu erlauben, als sie möchten. In der Schweiz und in der EU sollen die gesetzlich statuierten «Privacy by Default»-Vorgaben solche Praktiken künftig verhindern.<sup>43</sup>

### 5.3.3 Graphische Hervorhebungen (Framing)

Der Begriff Framing bezeichnet allgemein die Art und Weise, wie etwas, bspw. ein Produkt oder eine Information, präsentiert wird. Im Zusammenhang mit Dark Patterns werden Praktiken als Framing bezeichnet, bei denen die Nutzenden durch eine gezielte Auswahl von Worten, Grafiken oder visuellen Elementen zu einer von den Anbietenden gewünschten Reaktion oder Entscheidung veranlasst werden sollen.<sup>44</sup> Dabei werden bspw. farbliche Hervorhebungen, unterschiedliche Schriftgrößen oder gezielte Platzierungen verwendet, um bestimmte Informationen zu verbergen und andere hervorzuheben oder Hierarchien zu suggerieren.<sup>45</sup> Solche Gestaltungsmethoden sind nicht per se unzulässig. Beim Framing stellt sich aber immer die Frage nach dem zulässigen Mass an Beeinflussung.

Bekanntheit hat Framing vor allem durch Cookie-Banner erlangt, mit denen die Nutzenden über die Verwendung von Cookies informiert und ihre Einwilligung eingeholt wird. Bei diesen Bannern wird die für die Anbietenden vorteilhafte Variante der Antwort («Ich stimme zu») bisweilen farbig hinterlegt, während die für die Nutzenden mutmasslich vorteilhaftere Variante («Ich lehne ab») grau hinterlegt und damit weniger gut lesbar war.<sup>46</sup> Für einen Effekt kann es dabei schon genügen, dass die Farbe den Blick der Nutzenden stärker anzieht, was sie eher zum Anklicken der erwünschten Variante veranlasst. Eine andere Möglichkeit der optischen Suggestion ist die Darstellung der Zustimmungsoption als Button, also als offensichtlich anklickbare Schaltfläche, während die Möglichkeit zur Vornahme einer differenzierten Auswahl aus mehreren Arten von Cookies als Link dargestellt wird.<sup>47</sup>

### 5.3.4 Missverständliche Formulierungen

In Dark Patterns werden bisweilen auch Formulierungen verwendet, die missverständlich oder verwirrend sind. So können die Nutzenden bspw. durch unerwartete (doppelte) Verneinungen dazu gebracht werden, Erklärungen abzugeben, die sie gar nicht abgeben möchten.<sup>48</sup> Ein Beispiel wäre ein anklickbares Kästchen, in dem steht «Ich möchte den Newsletter nicht nicht erhalten.»

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu hinten 3.1.3.3.

<sup>44</sup> RAUE BENJAMIN, in: Hofmann Franz/Raue Benjamin (Hrsg.), *Digital Services Act – Gesetz über digitale Dienste*, Baden-Baden 2023, Art. 25 N 26.

<sup>45</sup> DREGELIES (Fn. 12), S. 243.

<sup>46</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 5; Dazu der Entscheid des LG Rostock, welches die grau hinterlegte Schaltfläche mit dem Inhalt «Nur notwendige Cookies zulassen» neben der grünen Schaltfläche «Cookies zulassen» als unzulässig betrachtete, LG Rostock, Urt. v. 15.9.2020 – 3 O 762/19, K&R 2021, S. 210 ff., S. 212.

<sup>47</sup> MÖLLER CARL CHRISTOPH, *Dark Patterns in Consent-Bannern*, VuR 2022, S. 449 ff., S. 456.

<sup>48</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 52.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Missverständliche Formulierungen können bspw. im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder bei der Darstellung von Informationen verwendet werden, etwa in Datenschutzerklärungen. Unter diesen Typus können auch irreführende Bezeichnungen von Schaltflächen fallen. Enthält bspw. ein Cookie-Banner die Schaltflächen «Cookies akzeptieren» und «Zwecke anzeigen», kann damit den Nutzenden (bewusst) der Eindruck vermittelt werden, dass sie gar keine Wahl haben, obwohl beim Anklicken der Schaltfläche «Zwecke anzeigen» die Möglichkeit angeboten wird, die Bearbeitungen von Daten zu bestimmten Zwecken aus- oder abzuwählen.<sup>49</sup>

### 5.3.5 «Bait and Switch»

Neben missverständlichen Formulierungen können auch irreführende Gestaltungen Dark Patterns sein. Beim sog. «Bait and Switch» (Lockvogeltrick) wird durch ein bestimmtes Verhalten der Nutzenden eine andere Interaktion ausgelöst, als sie erwarten. Ein typischer Fall ist das «Austauschen» der sog. «X»-Schaltfläche. Die Nutzenden sind sich gewohnt, dass ein Klick auf das «X» oben rechts auf einem Banner zum Schliessen des Banners oder zum Abbruch der Interaktion führt. Wenn ein Klick jedoch wider Erwarten eine Zustimmung bzw. eine datenschutzrechtliche Einwilligung auslöst, liegt ein Fall von «Bait and Switch» vor.<sup>50</sup> Eine weitere Form von «Bait and Switch» wird in der Werbung verwendet: ein Produkt wird in einer Werbeanzeige sehr günstig angeboten, wenn die Nutzenden das Angebot ansehen wird das günstige Produkt als nicht mehr verfügbar angegeben und ein teureres Produkt angeboten.<sup>51</sup>

### 5.3.6 Disguised Ads

Die aus der Offline-Welt bekannten verdeckten Werbungen werden bei Dark Patterns als «Disguised Ads» bezeichnet. Gemeint ist Werbung, die in ungewöhnlicher Gestalt oder als Navigationsfeld, bspw. in Form eines Newsartikels, daherkommt.<sup>52</sup> Eine typische Form ist die Tarnung von Werbung als Download-Button, der auf einer Website unter anderen Downloads versteckt wird. Wenn die Nutzenden auf den Button klicken, werden sie auf eine andere Website geleitet.

### 5.3.7 Social Proof

Social-Proof-Praktiken verwenden Kundenbewertungen oder (missverständliche) positive Erfahrungsberichte anderer (früherer) Nutzenden, um so die (aktuellen) Nutzenden zum Kauf eines Produkts oder zum Eingehen einer Mitgliedschaft zu bewegen.<sup>53</sup> Die Nutzenden sollen dabei dazu gebracht werden, ihre Entscheide gestützt auf die Meinungen anderer zu treffen, ohne weitere Informationen einzuholen. Social-Proof-Praktiken sind allerdings nur problematisch, wenn die Bewertungen der anderen Nutzenden nicht der Wahrheit entsprechen.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> JANICKI/SCHULTZ (Fn. 38), S: 22.

<sup>50</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 19; MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 55; MÖLLER (Fn. 47), 456; JANICKI/SCHULTZ (Fn. 38), S. 22.

<sup>51</sup> OECD Report (Fn. 10), S. 53.

<sup>52</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 19; LEISER/CARUANA (Fn. 37), S. 242.

<sup>53</sup> OECD Report (Fn. 10), S. 11.

<sup>54</sup> So auch LUGURI/STRAHILEVITZ (Fn. 28), S. 43 ff., S. 100.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

### 5.3.8 Verschleierung von Kosten

Eine weitere Variante von Dark Patterns ist das Verschleiern von Kosten. Die tatsächlichen Kosten oder allfällige Zusatzkosten werden entweder verborgen oder oft sehr spät im Bestellprozess offenbart. Weil die Nutzenden die für die Bestellung eingesetzte Zeit nicht «verlieren» wollen, brechen sie den Bestellvorgang zu diesem Zeitpunkt oft nicht mehr ab.<sup>55</sup> Dies kann auch auf Spielwährung in Games zutreffen.

### 5.3.9 Verhinderung von Preisvergleichen

Praktiken, die Vergleiche mit Preisen anderer Anbieter behindern, sind in der Schweiz bislang kaum bekannt. Mit diesen sollen die Nutzenden dazu gebracht werden, sich für ein überteuertes Angebot zu entscheiden. In der Literatur wird als Beispiel der Fall genannt, in dem Käufe nur in Fremd- oder Kryptowährungen möglich sind.<sup>56</sup>

### 5.3.10 Countdowns

Eine weitere Variante sind zeitliche oder mengenmässige «Countdowns», die Nutzenden suggerieren, dass eine Notwendigkeit besteht, sich schnell für einen Vertragsabschluss zu entscheiden. Durch das Vorspiegeln einer Drucksituation neigen Nutzende dazu, sich den Vertragsabschluss nicht genügend zu überlegen. Typisches Beispiel sind Buchungsplattformen, auf denen Formulierungen verwendet werden wie «In dieser Kategorie ist auf unserer Website nur noch ein Zimmer verfügbar» oder «Drei Personen sehen sich das Angebot gerade an». Oft wird auch mit zeitlich begrenzten Angeboten geworben, z.B. «Aktion nur noch gültig bis morgen». Diese Form ist auch in kostenlos herunterladbaren Videospielen häufig anzutreffen. Spielende werden dazu aufgefordert, Spielvorteile oder ästhetische Komponenten zu kaufen, die beispielsweise in Paketform nur für eine bestimmte Zeitdauer angeboten werden. Ein Countdown, welcher weggeklickt werden muss, um das Spiel fortzusetzen, zeigt an, wie lange das Angebot gültig ist. Dark Patterns liegen jedenfalls vor, wenn die Angaben nicht stimmen.<sup>57</sup> Treffen die Angaben zu, ist im Einzelfall zu bestimmen, ob eine unzulässige Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit vorliegt.

### 5.3.11 «Roach Motel»

Als «Roach Motel» (Schabenfalle) werden, vereinfacht gesagt, Situationen bezeichnet, bei denen der Weg hinein viel einfacher gestaltet ist als der Weg hinaus. Ein typisches Beispiel sind aufwändig gestaltete Kündigungsprozesse, die im Gegensatz zum einfachen Vertragsabschluss stehen, bspw. wenn ein Vertrag online mit zwei Klicks abgeschlossen werden kann, während die Kündigung einen Telefonanruf oder einen Brief erfordert.<sup>58</sup> Ein solches Vorgehen bezieht sich nicht immer auf den Vertragsschluss als solchen, sondern kann auch bei der bisweilen schwierigen Deaktivierung kostenpflichtiger Optionen eingesetzt werden (z.B. Premium-Mitgliedschaft). Verwendet werden «Roach Motels» auch beim Erteilen der Einwilligung in Datenbearbeitungen, wenn die Einwilligung

---

<sup>55</sup> DENGA (Fn. 24), S. 235.

<sup>56</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 47.

<sup>57</sup> So auch LUGURI/STRAHILEVITZ (Fn. 28), S. 100.

<sup>58</sup> DENGA (Fn. 24), S. 233; Beispiel aus LUGURI/STRAHILEVITZ (Fn. 28), S. 49.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

relativ einfach ist, die Ablehnung oder der Widerruf dagegen erschwert. Auch die Erschwerung der Ausübung von Rechten (bspw. Widerrufs- oder Widerspruchsrecht) fällt in diese Kategorie.

### **5.3.12 «Nagging»**

Der Begriff «Nagging» beschreibt allgemein anhaltendes Drängen oder Kritisieren. Im Zusammenhang mit Dark Patterns versteht man darunter wiederholte und mitunter aggressive Aufforderungen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen oder eine Erklärung abzugeben.<sup>59</sup> Dies kann bspw. durch mehrfaches Einblenden von Pop-ups geschehen, bei dem die Nutzenden aufgefordert werden, eine kostenpflichtige Mitgliedschaft abzuschliessen, statt die kostenlose Version eines Dienstes zu nutzen. Bei solchen Aufforderungen haben die Nutzenden vielfach nur die Wahl zwischen «Ja» und «Nicht jetzt».<sup>60</sup> Auch wiederholte Aufforderungen, die E-Mail-Adresse anzugeben oder einen Benachrichtigungsservice zu aktivieren, zählen zum Nagging. In kostenlosen Online-Games kommt es vor, dass Spielende gleich mehrere Fenster wegklicken müssen, bevor sie weiterspielen können – Countdowns, Sonderangebote und Spielvarianten sind Beispiele für kostenpflichtige Inhalte, welche auf diese Weise immer wieder abgelehnt werden müssen, wenn man kein Geld ausgeben möchte.

### **5.3.13 «Sneaking»**

Ein weiterer Typus von Dark Patterns wird als «Sneaking» oder «Sneak into Basket» bezeichnet. Gemeint ist damit das Einschleichen von Produkten oder Leistungen in einen digitalen Warenkorb, ohne dass die Nutzenden diese ausdrücklich ausgewählt haben. Oft werden dabei zusätzliche Produkte in den Warenkorb gelegt, die dann im letzten Schritt vor dem Abschluss der Bestellung wieder aus dem Warenkorb entfernt werden müssen. Sneaking kann zu den «Voreinstellungen» im weiteren Sinn gezählt werden, bei denen auf die Trägheit der Nutzenden gesetzt wird.

### **5.3.14 Unerwünschter Vertragsschluss bzw. -verlängerung / Zwangsregistrierung**

Als Dark Patterns können auch Verfahren qualifiziert werden, in denen die Nutzenden zu einem unerwünschten oder unerwarteten Vertragsschluss oder zu einer unerwünschten Verlängerung eines bestehenden Vertrages gedrängt werden. Der Zweck liegt dabei weniger im Abschluss oder in der Verlängerung des Vertrages, insb., wenn dieser nicht mit direkten Kostenfolgen verbunden ist, sondern vielmehr dem Sammeln von Daten dient. In diese Kategorie gehören Fälle, in denen die Nutzenden zu einer Registrierung oder zur Eröffnung eines Kundenkontos gedrängt werden, sowie Verfahren mit denen möglichst viele Personendaten gesammelt werden sollen. Der erste Fall kommt im E-Commerce häufig vor, wenn z.B. beim Kauf auf einer Website eine Registrierung beim Betreiber des Webshops verlangt wird. Der zweite Fall findet sich bei vielen Apps, die den Zugriff auf Daten oder Funktionalitäten auf dem Smartphone (bspw. Adressbuch oder Standort) verlangen, obwohl diese für das Funktionieren der App nicht erforderlich sind.

---

<sup>59</sup> DENGÄ (Fn. 24), S. 234; JANICKI/SCHULTZ (Fn. 38), S. 5; OECD Report (Fn. 10), S. 10.

<sup>60</sup> LUGURI/STRAHILEVITZ (Fn. 28), S. 50.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

### 5.3.15 «Confirshaming»

Eine weitere Form von Dark Patterns ist das sog. «Confirshaming». Dabei werden die Nutzenden unter moralischen oder emotionalen Druck gesetzt, bspw. durch das Auslösen von Ängsten oder Schuldgefühlen, um sie zu einer bestimmten Aktion zu bewegen. So sollen Nutzende bspw. zum Abschluss eines zusätzlichen Rechtsgeschäfts, etwa einer Versicherung, oder zur Beanspruchung einer teureren Leistung motiviert werden. Unter diesen Typus fallen auch Formulierungen, die Nutzenden suggerieren, dass sie die falsche Wahl getroffen haben, bspw. «Nein, ich trage das gesamte Risiko selbst», wenn sie keine Versicherung abgeschlossen haben. Dasselbe gilt, wenn beim Ablehnen von Webtracking die Meldung «Sie können nicht die ganze Website nutzen» angezeigt wird.

### 5.3.16 Gamification

Unter den Begriff Gamification werden verschiedene Erscheinungen verstanden. Einerseits fallen darunter Fälle, in denen die Nutzenden in der kostenlosen Startphase eines Spiels «angefüttert» und danach zu sog. «In-Game-Käufen» verleitet oder zur Verlängerung der Spieldauer verführt werden. Andererseits bezeichnet der Begriff die Übertragung von spieltypischen Elementen in spielfremde Zusammenhänge. Als Gamification werden zum Teil spielerische Ausgestaltungen von Apps bezeichnet, etwa wenn bei einer Trading-App durch eine spielerische Ausgestaltung das Risikobewusstsein der Nutzenden gesenkt wird.<sup>61</sup>

### 5.3.17 Exkurs: Dark Patterns in Games

Gewisse Formen von Dark Patterns finden sich auch im Gaming-Bereich. Bei den typischen Fällen werden die Nutzenden in der kostenlosen Startphase eines Spiels «angefüttert» und danach zu sog. «In-Game-Käufen» verleitet oder zur Verlängerung der Spieldauer verführt (siehe Kap. 5.3.10 zu Countdowns und Kap. 5.3.12 zu Nagging). Im Postulatsbericht 23.3004 zum Schutz vor Zusatzfunktionen in Videospiele (Mikrotransaktionen) wird u.a. der Aspekt der In-App-Käufe vertieft ausgeführt.

## 5.4 Kategorisierung

### 5.4.1 Anwendungsbereiche

Dark Patterns treten vor allem in zwei Bereichen auf:

- (1) Der eine Bereich ist der E-Commerce. Praktisch alle Rechtsgeschäfte und deren Vorbereitung, vom Wocheneinkauf über das Buchen von Flugreisen bis zur Vereinbarung von Kosmetikterminen, lassen sich über digitale Oberflächen abwickeln, wobei die Willenserklärungen elektronisch abgegeben werden. Aus rechtlicher Sicht geht es bei der durch Dark Patterns geförderten Handlung um einen Vertragsschluss. Damit ein Vertrag zustande kommt, müssen übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien vorliegen (Art. 1 OR). Die Vertragsparteien müssen sich über die wesentlichen Punkte (essentialia negotii) geeinigt haben (siehe Art. 2 Abs. 1 OR). Voraussetzung ist, dass die Parteien mit Rechtsbindungswillen

---

<sup>61</sup> DENGA (Fn. 24), S. 234.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

handeln (Rechtsfolge-, Geschäfts- und Verpflichtungswille) und dass sie ihrem Verhalten eine rechtliche Verbindlichkeit beimessen wollen.<sup>62</sup> Gerade im digitalen Bereich kann es vorkommen, dass die Nutzenden keinen Rechtsbindungswillen haben, weil sie sich nicht bewusst sind, dass ein einziger Mausklick eine rechtlich bindende Willenserklärung darstellen und zum Abschluss eines Vertrages führen kann.<sup>63</sup> Während bei einem Online-Kauf der Rechtsbindungswille in aller Regel vorliegen dürfte, ist es bspw. bei der Registrierung auf einem sozialen Netzwerk oder bei der Nutzung einer Suchmaschine unklar, ob zwischen den Nutzenden und der Anbieterin ein Vertrag zustande kommt. Meist wird davon ausgegangen, dass bei einer Registrierung von Nutzenden ein Vertragsverhältnis vorliegt, zumindest wenn die Registrierung mit einer ausdrücklichen Handlung wie dem Anklicken eines Buttons und dem Einverständnis zu den AGB abgeschlossen wird.<sup>64</sup> Diese Ansicht ist aber nicht unumstritten.<sup>65</sup>

(2) Der Kern vieler digitaler Geschäftsmodelle ist das Erbringen von Dienstleistungen gegen das Zurverfügungstellen von Daten («Dienst gegen Daten»).<sup>66</sup> Dark Patterns, die in diesem Zusammenhang verwendet werden, zielen darauf ab, dass die Nutzenden dem Anbieter möglichst umfangreiche Daten zur Verfügung stellen und/oder möglichst umfangreichen Datenbearbeitungen zustimmen. Die mit grafischen Hervorhebungen versehenen Cookie-Banners sind wohl das bekannteste Beispiel. Oft zielen Dark Patterns darauf ab, die Nutzenden zur Bekanntgabe von mehr Personendaten zu bewegen, als sie möchten. Das wird in Anspielung auf Mark Zuckerberg bisweilen als «Privacy Zuckering» bezeichnet. Bei der Zurverfügungstellung handelt es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern um eine faktische Handlung, die sich am ehesten als Realakt beschreiben lässt.<sup>67</sup>

Die beiden Anwendungsfelder werden von den Anbietern teilweise auch verbunden, etwa indem im E-Commerce möglichst viele Daten von Kunden gesammelt werden.

## 5.4.2 Mittel

Gestützt darauf, welche Mittel verwendet werden, um die Nutzenden zu beeinflussen, lassen sich Dark Patterns verschiedenen Kategorien zuordnen.

(1) Die erste Gruppe nutzt zur Beeinflussung Irreführung oder Täuschung, d.h. die betroffenen Personen unterliegen entweder bei der Willensbildung oder bei der Willensausübung einem Irrtum, sie kennen also die wahren Begebenheiten nicht. In diese Gruppe fallen missverständliche Formulierungen, «Bait and Switch», «Sneaking» und «Disguised Ads». Je nach konkreter Ausgestaltung können aber auch Countdowns, Social Proof-Praktiken oder die

---

<sup>62</sup> HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil und besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019, N 52; ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 1 N 12 ff.; MÜLLER CHRISTOPH, in: Hausheer Heinz, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-109 OR (ohne Art. 62-67 OR), Berner Kommentar, Bern 2023, Art. 1 N 15 ff.

<sup>63</sup> WEBER ROLF H., E-Commerce und Recht, Zürich 2010, S. 339.

<sup>64</sup> So spricht der DSA bspw. explizit von «Allgemeinen Geschäftsbedingungen» die die Nutzenden mit den Plattformen abschliessen, was das Vorliegen eines Vertrages impliziert (Art. 3 Bst. u der Verordnung (EU) 2022/2065).

<sup>65</sup> Zurückhaltend bspw. bei Suchmaschinen WEBER (Fn.63), S. 391 m.w.H.

<sup>66</sup> DENGA (Fn. 24), S. 242.

<sup>67</sup> Dazu DENGA (Fn. 24), S. 242.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Verschleierung von Kosten und die Verhinderung von Preisvergleichen in diese Fallgruppe fallen (dazu Kapitel 6.1.2).

(2) Die zweite Gruppe funktioniert durch Ausübung von Druck oder Zwang. Dazu zählen auch Praktiken, die den Nutzenden unnötige Hindernisse auferlegen, um eine Handlung auszuführen oder es ihnen einfach machen, eine bestimmte Handlung vorzunehmen. Dabei sind sich die Nutzenden zwar bewusst, was passiert, sie lassen sich aber aufgrund der äusseren Umstände zu einem bestimmten Verhalten verleiten. In diese Gruppe fallen Voreinstellungen, grafische Hervorhebungen «Roach Motel», «Nagging», «Sneaking», unerwünschte Vertragsschlüsse oder Registrierungen, «Confirshaming» und Gamification sowie je nach konkreter Ausgestaltung auch Countdowns, Social-Proof-Praktiken, die Verschleierung von Kosten und die Verhinderung von Preisvergleichen (siehe Kap. 6.1.2).

Die einzelnen Mittel lassen sich auch miteinander kombinieren, bspw. bei «Social Proof», bei der Verschleierung von Kosten, bei der Verhinderung von Preisvergleichen oder bei Countdowns, bei denen irreführende oder unwahre Informationen zu einem gewissen Druck auf die Nutzenden führen sollen.

## 6 Analyse

### 6.1 Geltendes Recht

Das nachfolgende Kapitel enthält eine Übersicht über die für Dark Patterns relevanten Bestimmungen des geltenden Rechts. Dabei zeigt sich, dass schon heute eine Vielzahl von Normen besteht, die es Nutzenden grundsätzlich ermöglichen, gegen Dark Patterns vorzugehen.

#### 6.1.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen

Grundlage staatlichen Handelns ist das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV). Eine bestehende oder neue gesetzliche Regelung hat sich an den Grundrechten zu orientieren, staatliche Eingriffe müssen den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Die Grundrechte sind in erster Linie Freiheitsrechte und dienen als solche der Abwehr von staatlichen Eingriffen; gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die Grundrechte jedoch in der gesamten Rechtsordnung verwirklicht werden. Darüber hinaus müssen die Behörden gemäss Art. 35 Abs. 3 BV dafür sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dafür eignen, auch in den Beziehungen zwischen Privatpersonen verwirklicht werden.

Die Beeinflussung durch Dark Patterns greift in die Privatautonomie der Nutzenden ein. Die Privatautonomie findet ihre Grundlage in der Menschenwürde (Art. 7 BV) und in der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie, soweit Personendaten betroffen sind, in Art. 13 Abs. 2 BV (Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten). Grundsätzlich sollen die Betroffenen ihre (vertraglichen) Beziehungen ohne staatliche Einmischung gestalten können (Vertragsfreiheit).<sup>68</sup> Staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit – wie allgemein in Grundrechte – müssen sich an Art. 36 BV messen.

---

<sup>68</sup> UHLMANN FELIX, in: Waldmann Bernhard/Besler Eva Maria (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 27 N 10 ff.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Auf Seiten der Anbietenden ist die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) relevant, welche das geschäftliche Tätigwerden und die dazu verwendeten Mittel schützt.<sup>69</sup> Auch die Verwendung von Dark Patterns steht grundsätzlich unter dem grundrechtlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit. Allerdings müssen sich alle Wirtschaftsteilnehmer an die gleichen gesetzlichen Regeln halten. Wer Dark Patterns einsetzt, kann davon abweichen und gesetzliche Regeln verletzen (siehe Kap. 6.1). Praktiken wie die Verschleierung von Preisen oder unerwünschte Vertragsschlüsse bzw. -verlängerungen führen dazu, dass die Nutzenden ihren Vertragspartner entweder nicht gestützt auf die tatsächlichen Grundlagen (bspw. den korrekten Preis) wählen können - oder diesen überhaupt nicht frei wählen können, weil sie bereits einen Vertrag mit dem Verwender von Dark Patterns abgeschlossen haben. Dadurch kann der Wettbewerb durch unlautere Praktiken beeinträchtigt werden, weil sich nicht alle Unternehmen an die gleichen geltenden Regeln halten.

### 6.1.2 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>70</sup> verfolgt einen umfassenden Zweck und hat einen äusserst weiten Anwendungsbereich. Nach seinem Zweckartikel dient es dazu, den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Mit dem Verweis auf den «lauteren und unverfälschten» Wettbewerb sind allerdings nicht zwei verschiedene Arten von Wettbewerb gemeint. Die Begriffe lassen sich aber als Hinweis auf zwei unterschiedliche Ansätze zur Beurteilung eines Verhaltens verstehen, den traditionellen geschäftsmoralischen Ansatz, der im Wesentlichen auf einer individuellen Wertung durch die Gerichte beruht, und den funktionalen Ansatz, der auf grundlegenden ökonomischen Erkenntnissen aufbaut und ein Verhalten danach beurteilt, ob es einen Beitrag zum Funktionieren des Wettbewerbs leistet.<sup>71</sup>

Das UWG enthält eine Generalklausel (Art. 2 UWG) und eine Reihe von Spezialtatbeständen (Art. 3–8 UWG). Unlauter und widerrechtlich ist nach der Generalklausel jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst (Art. 2 UWG). Die Spezialtatbestände sind besondere Ausprägungen der Generalklausel und konkretisieren deren Gehalt. Im Gegensatz zur Generalklausel, die äusserst offen formuliert ist, erfassen sie bestimmte unzulässige Verhaltensweisen anhand von hinreichend klar definierten Tatbestandsmerkmalen.

Die Verhaltensweisen beurteilen sich stets aus der Perspektive des Durchschnittsadressaten: Eine Irreführung erfolgt dann, wenn Angaben bei den Durchschnittsadressaten unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls Vorstellungen über die Eigenschaften der Angebote hervorrufen, die nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen oder einen unklaren Eindruck erzeugen.<sup>72</sup> Dabei genügt das Vorliegen einer abstrakten Gefahr der Irreführung: Die Angabe muss sich objektiv zur Irreführung

---

<sup>69</sup> BSK BV-UHLMANN (Fn. 68), Art. 27 N 3 ff.

<sup>70</sup> Fn.(2).

<sup>71</sup> Siehe dazu THOUVENIN FLORENT, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Diss. Zürich, Zürich 2005, S. 77 ff.

<sup>72</sup> BERGER MATHIS, in: Hilty Reto M./Arpagaus Reto (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 82; KUONEN NICOLAS, in: Martenet Vincent/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Loi contre la concurrence déloyale, Commentaire romand, Basel 2017, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 17 ff.; JUNG PETER, in: Jung Peter (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2023, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 60 ff.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

eignen, ob aber der Erfolg, nämlich eine tatsächliche Irreführung, eintritt oder nicht, bleibt irrelevant.<sup>73</sup> Das Bundesgericht geht dabei von einem durchschnittlich informierten und aufmerksamen Adressaten bzw. Konsumenten aus: Die Beurteilung, ob Angaben irreführend sind, beurteilt sich aus der Sicht des Durchschnittsadressaten unter Zugrundelegung durchschnittlicher Erfahrung, Sachkunde und Aufmerksamkeit.<sup>74</sup>

### **6.1.2.1 Anwendungsbereich**

Das UWG ist auf Wettbewerbshandlungen anwendbar. Gemeint sind damit Verhaltensweisen, die «objektiv auf die Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt sind und nicht in einem völlig anderen Zusammenhang erfolgen».<sup>75</sup> Nicht in den Anwendungsbereich des UWG fallen rein private Handlungen. Da Dark Patterns fast ausnahmslos in einem kommerziellen Kontext verwendet werden, wird das UWG regelmäßig zur Anwendung kommen.

### **6.1.2.2 Erfassung von Dark Patterns**

Das UWG enthält eine Reihe von Tatbeständen, die zur Erfassung von Dark Patterns in Frage kommen.

#### **6.1.2.2.1 Irreführung (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)**

Eine zentrale Bestimmung des UWG ist das allgemeine Irreführungsverbot, das täuschende und irreführende Angaben verbietet. Unlauter handelt nach dieser Bestimmung, wer über sich, seine Firma, seine Geschäftsbezeichnung, seine Waren, Werke oder Leistungen, deren Preise, die vorrätige Menge, die Art der Verkaufsveranstaltung oder über seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht oder in entsprechender Weise Dritte im Wettbewerb begünstigt (Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG). Die Norm soll die Wahrheit und Klarheit im Wettbewerb fördern und sicherstellen, dass die Markttransparenz gewährleistet ist.<sup>76</sup> Sie kommt nur zur Anwendung, wenn eine Angabe vorliegt; gemeint ist damit eine sachlich überprüfbare Aussage tatsächlicher Art.<sup>77</sup> Diese muss unrichtig oder irreführend sein. Der Tatbestand nennt eine Reihe von Merkmalen, auf die sich die Angabe beziehen kann.

Über Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG lassen sich verschiedene Dark Patterns erfassen, wobei es jeweils auf die Beurteilung im konkreten Einzelfall ankommt. Darunterfallen können Framing, missverständliche Formulierungen, «Bait and Switch», «Disguised Ads» und «Sneaking». Das Bundesgericht hat bereits

---

<sup>73</sup> BSK UWG-BERGER (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 52; SHK-UWG JUNG (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 65; BGE 136 III 23, E. 9.1 f.

<sup>74</sup> BGE 136 III 23, E. 9.1 f.

<sup>75</sup> BGE 120 II 76, E. 3.a.

<sup>76</sup> Botschaft UWG 1983, BBI 1983 II 1009, S. 1012; BSK UWG-BERGER (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 3; BLATTMANN ANDREAS, in: Heizmann Reto/Loacker Leander (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), DIKE Kommentar, Zürich 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. b N 5 ff., SHK UWG-JUNG (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 1; CR LCD-KUONEN (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 2.

<sup>77</sup> DIKE UWG-BLATTMANN (Fn. 77), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 12; SHK UWG-JUNG (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. b N 26.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

entschieden, dass z.B. Countdowns unter den Tatbestand fallen können, soweit sie falsch oder irreführend sind.<sup>78</sup>

Zudem kann «Social Proof» unter Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG fallen, wenn die Angaben irreführend oder unrichtig sind. Auch bei der Verschleierung von Kosten und bei der Verhinderung von Preisvergleichen ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Verhalten von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG erfasst ist. Wenn Informationen über die Kosten nicht täuschend, sondern blass schwer erhältlich sind und die Nutzenden einen gewissen Aufwand betreiben müssen, um sich zu informieren, liegt unter Umständen keine Irreführung vor. Anderes gilt, wenn die Angaben geeignet sind, die Nutzenden über die Kosten zu täuschen, oder Preisvergleiche zu verhindern.

#### **6.1.2.2.2 Aggressive Verkaufsmethoden (Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG)**

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG handelt unlauter, wer Kunden durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Wann eine Verkaufsmethode als besonders aggressiv zu beurteilen ist, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. Mögliche Handlungen sind Belästigungen, Nötigungen, Überrumpelungen und Zwänge; auch das Setzen von aleatorischen Anreizen kann unter den Tatbestand fallen.<sup>79</sup> Die Kunden müssen durch die besonders aggressive Verkaufsmethode in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden. Dies ist der Fall, wenn eine Person ein Rechtsgeschäft insb. deshalb eingehet, weil sie sich dazu genötigt oder gedrängt fühlt.<sup>80</sup>

Von diesem Tatbestand können alle Formen von Dark Patterns erfasst sein, die auf einen Vertragsschluss ausgelegt sind und Zwang oder Druck ausüben und damit die freie Entscheidungsfindung beeinträchtigen. Das gilt namentlich für das «Nagging», «Confirshaming» oder weitere Formen von Dark Patterns die zu unerwünschten oder erzwungenen Vertragsschlüssen bzw. Vertragsverlängerungen führen. Die Botschaft zum UWG nennt zudem die Vorspiegelung einmaliger Kaufgelegenheiten<sup>81</sup> wie dies bei Countdowns der Fall ist. Unter dem Tatbestand von Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG liessen sich unter Umständen auch Countdowns subsumieren, die korrekte Angaben enthalten.

#### **6.1.2.2.3 Informationspflichten im E-Commerce (Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG)**

Das UWG auferlegt Anbietern im elektronischen Geschäftsverkehr besondere Transparenzpflichten. Wer im elektronischen Geschäftsverkehr Waren, Werke oder Leistungen anbietet, muss klare und vollständige Angaben über seine Identität und seine Kontaktadresse machen (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 1 UWG). Zudem ist auf alle technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen, hinzuweisen; den Nutzenden muss also bewusst sein, wann eine zahlungspflichtige Bestellung erfolgt (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG). Zudem müssen den Kunden angemessene technische Mittel zur Verfügung gestellt werden, mit denen Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden können, (Art.

---

<sup>78</sup> BGer 4A\_314/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 5.2.3 und 7.1.

<sup>79</sup> HEIZMANN RETO, in: Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (Hrsg.), Wettbewerbrecht II, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, Art. 3 Abs. 1 lit. h N 6; CR LCD-KUONEN (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. h N 38 ff.; SHK UWG-OETIKER/SINGH (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. h N 12 m.w.H.

<sup>80</sup> OFK-HEIZMANN (Fn. 79), Art. 3 Abs. 1 lit. h N 7; STREULI-YOUSSEF MAGDA, in: Streuli-Youssef Magda (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, SIWR V/1, 3. Aufl., Basel 2020, N 234; SHK-OETIKER/SINGH (Fn. 72), Art. 3 Abs. 1 lit. h N 11.

<sup>81</sup> Botschaft UWG 1983, BBI 1983 II 1009, S 1067.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG) und eine allfällige Bestellung muss den Kunden unverzüglich auf elektronischem Weg bestätigt werden (Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG). Bei einigen Dark Patterns, etwa bei irreführenden Formulierungen und beim «Sneaking», werden die Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG möglicherweise nicht eingehalten. Die Beurteilung kann allerdings auch hier nur im Einzelfall erfolgen, weil sie von der konkreten Ausgestaltung der Interaktion abhängt.

#### **6.1.2.2.4 Verstoss gegen Preisbekanntgabevorschriften**

Das UWG und die Preisbekanntgabeverordnung (PBV) enthalten Vorgaben zur Preisbekanntgabe. Namentlich muss den Konsumenten beim Angebot von Waren und von in der PBV aufgeführten Dienstleistungen stets der tatsächlich zu bezahlende Preis in Schweizer Franken bekannt gegeben werden; bei Waren und Dienstleistungen ist das der Detailpreis inklusive sämtliche nicht frei wählbaren Zuschläge jeglicher Art. Sollten Dark Patterns eine korrekte Preisbekanntgabe verhindern, wäre dies unzulässig, weil ein Verstoss gegen Art. 16 UWG und die Vorgaben der PBV vorliegen würde. Der Zweck der PBV besteht darin, dass Preise klar und miteinander vergleichbar sind und irreführende Preisangaben verhindert werden (Art. 1 PBV).

#### **6.1.2.2.5 Generalklausel (Art. 2 UWG)**

Verhaltensweisen, die nicht unter einen Spezialtatbestand fallen, können aufgrund der Generalklausel (Art. 2 UWG) unzulässig sein, wenn ein täuschendes oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossendes Geschäftsgebaren vorliegt. Die Generalklausel stellt mit einer bewusst offenen Formulierung sicher, dass diese angewandt werden kann, wenn kein Spezialtatbestand greift.<sup>82</sup>

Lehre und Praxis haben zur Konkretisierung der Generalklausel gewisse Fallgruppen gebildet. Die wichtigsten Gruppen sind insb. Praktiken, die der Behinderung von Konkurrenten dienen und solche, die auf die Beeinflussung von Kunden ausgerichtet sind.<sup>83</sup> Zur Fallgruppe der Beeinflussung von Kunden zählen Schleichwerbung und Verstösse gegen das Trennungsgebot, nach dem Werbung und redaktioneller Teil zu trennen sind.<sup>84</sup> Ein Verstoss gegen dieses Gebot dürfte bei «Disguised Ads» regelmässig gegeben sein. Auch das Setzen und Ausbeuten von aleatorischen Anreizen, bspw. das Ausnutzen der Spiellust, wie sie bei Gamification genutzt werden, ist eine anerkannte Fallgruppe von Art. 2 UWG.<sup>85</sup>

Dark Patterns, die nicht unter eine anerkannte Fallgruppe von Art. 2 UWG fallen, können ohne weiteres von der Generalklausel erfasst werden, wenn die Gerichte einen relevanten Bedarf erkennen. So liesse sich gerade mit Blick auf den funktionierenden Wettbewerb argumentieren, es verstosse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn das Abschliessen eines Vertrages viel leichter fällt als dessen Kündigung.

---

<sup>82</sup> BGE 133 III 431, E. 4.1.

<sup>83</sup> BSK UWG-HILTY (Fn. 72), Art. 2 N 65 m.w.H.

<sup>84</sup> SHK UWG-JUNG (Fn. 72), Art. 2 N 42; KAISER/NOTH, SIWR V/1 (Fn. 80), N 260; VOLZ STEPHANIE, Trennungsgebot und Internet – Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz, Diss. Zürich, Zürich 2010, S. 67 f., m.w.H.

<sup>85</sup> SHK UWG-JUNG (Fn. 72), Art. 2 N 51.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

### 6.1.2.3 Rechtsfolgen

Die Bestimmungen des UWG können mit den Mitteln des Zivil- und des Strafrechts durchgesetzt werden. Zivilrechtlich stehen gemäss Art. 9 UWG Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, Feststellung, Schadenersatz, Genugtuung, Gewinnherausgabe sowie Urteilspublikation zur Verfügung. Vorsatz ist hierfür nicht erforderlich. Wer aber vorsätzlich gegen einen der hier in Frage stehenden, in Art. 3 Abs. 1 UWG genannten Tatbestände verstösst, macht sich nicht nur zivilrechtlich haftbar, sondern auch strafbar (Art. 12 23 UWG). Das Vorliegen eines Eventualvorsatzes reicht dafür aus, d.h. Strafbarkeit kann vorliegen, wenn der Täter weiss, dass sein Handeln problematisch ist. Der genaue Tatbestand muss nach h.L. nicht bekannt sein.<sup>86</sup>

Zur Erhebung einer zivilrechtlichen Klage sind Personen und Unternehmen berechtigt, deren wirtschaftliche Interessen durch das unzulässige Verhalten bedroht oder verletzt sind (Art. 9 f. UWG). Daneben ist insbesondere auch der Bund klageberechtigt, wenn er das Erheben einer Klage zum Schutz des öffentlichen Interesses für nötig erachtet (Art. 10 Abs. 3 UWG). Das ist namentlich der Fall, wenn die Interessen mehrerer Personen oder einer Gruppe von Angehörigen einer Branche oder andere Kollektivinteressen bedroht oder verletzt sind (Art. 10 Abs. 3 lit. b UWG) oder wenn das Ansehen der Schweiz im Ausland bedroht oder verletzt ist und die in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffenen Personen im Ausland ansässig sind (Art. 10 Abs. 3 lit. a UWG). Wer nach den Artikeln 9 und 10 UWG zur Zivilklage berechtigt ist, kann überdies Strafantrag stellen (Art. 23 Abs. 2 UWG). Der Bund wird in Zivil- und Strafverfahren durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) vertreten.<sup>87</sup>

Auf Verträge, die allenfalls im Zusammenhang mit oder als Folge eines Verstosses gegen das UWG geschlossen wurden, haben eine zivilrechtliche oder strafrechtliche Verurteilung allerdings keine direkte Wirkung. Diese Verträge bestehen also dennoch weiter. Da sich die Verwendung von Dark Patterns in aller Regel nicht auf den Inhalt der Verträge, sondern auf deren Abschluss oder Verlängerung auswirkt, sind solche Verträge nach herrschender Auffassung nicht nützlich, sondern lediglich anfechtbar.<sup>88</sup>

### 6.1.2.4 Fazit

Die meisten Dark Patterns können durch eine sinnvolle Anwendung der bestehenden Normen des UWG erfasst werden. Es muss aber jeweils im Einzelfall beurteilt werden, ob tatsächlich ein Verstoss gegen das UWG vorliegt. Dabei kommt es auf eine Gesamtbeurteilung an, wobei eine Widerhandlung gegen das UWG umso eher vorliegen dürfte, je mehr Dark Patterns verwendet und kombiniert werden.

Das Problem liegt nicht darin, dass es an materiell-rechtlichen Bestimmungen für das Erfassen von Dark Patterns fehlen würde, sondern darin, dass die Betroffenen kaum mit den Mitteln des UWG gegen Dark Patterns vorgehen. Denn gerade Privatpersonen sind kaum je bereit, die Kosten und Risiken eines Zivilprozesses zu tragen. Allerdings wäre es für die Betroffenen durchaus möglich, die Mittel des Strafrechts zu nutzen. Hier müssen sie lediglich Strafantrag erstatten; die Abklärung des Sachverhaltens und das Führen des Verfahrens ist dann Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden.

---

<sup>86</sup> DIKE UWG-HEIMGARTNER (Fn. 73), Art. 23 N 12; SHK UWG-SCHAFFNER/SPITZ (Fn. 72), Art. 23 N 58; BGer 6S\_677/2001 vom 16. Mai 2002, E. 5.b/aa.

<sup>87</sup> Art. 1 der Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 12. Oktober 2011 (SR 241.3)].

<sup>88</sup> OFK-HEIZMANN (FN. 79), Art. 3 Abs. 1 lit. q N 26 ff m.w.H.; SHK UWG-JUNG (Fn. 72), Einleitung N 15.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

In der Praxis ergeben sich allerdings oft Beweisprobleme. Die Webseiten und somit auch die Dark Patterns können jederzeit angepasst werden. Ein Nutzer müsste also z.B. bei einem Bestellprozess in einem Onlineshop jede Bestellseite abspeichern, um später die Dark Patterns belegen zu können. Auf den Mobiltelefonen ist zudem oft nicht die ganze Webseite auf einen Blick ersichtlich, was ein Abspeichern sämtlicher Webseiteninhalte zusätzlich erschwert.

Im Bereich des Klagerechts des Bundes wird zudem oft die Aktivlegitimation des SECO in Frage gestellt.<sup>89</sup> Gerade bei den Strafverfahren bringen die Gegenanwälte vor Gericht regelmässig vor, dass das SECO gar nicht zur Strafklage legitimiert sei, weil zu wenige Beschwerden vorliegen würden. Auch in einem der selteneren Zivilverfahren ergab sich dasselbe Problem: Lagen keine oder nur wenige Beschwerden gegen eine bestimmte unlautere Geschäftspraktik vor, verneinte das Bundesgericht die Aktivlegitimation des SECO. Es machte geltend, es genüge nicht, dass sich das fragliche Internetangebot an eine Vielzahl von Personen in zahlreichen Sprachregionen der Welt richte.<sup>90</sup> Diese Praxis widerspricht jedoch einem Teil der Lehre, die sich dafür ausspricht, dass die Zahl der eingegangenen Beschwerden für die Beschwerdelegitimation nicht einschlägig sein könne.<sup>91</sup> So soll auch die potenzielle Betroffenheit mehrerer Markteilnehmenden für die Aktivlegitimation ausreichen.<sup>92</sup> De lege lata kann das SECO somit nur gegen Dark Patterns vorgehen, wenn es eine genügende Anzahl Beschwerden erhält.

### 6.1.3 Datenschutzrecht

Die Diskussion über Dark Patterns wird u.a. häufig mit Blick auf das Datenschutzrecht geführt.<sup>93</sup> Grund dafür dürfte sein, dass diese Praktiken häufig im Zusammenhang mit der Einwilligung zu Datenbearbeitungen, etwa mittels Cookie-Bannern, verwendet werden. Die Bearbeitung von Personendaten wird durch das Bundesgesetz vom 25. September 2020<sup>94</sup> über den Datenschutz (DSG) geregelt.

Das DSG ist technologienutral formuliert: Es nennt keine bestimmten Formen von Technologien und bleibt so offen für technologische Entwicklungen.<sup>95</sup> Das DSG erfasst also Datenbearbeitungen nicht nur beim Einsatz von Dark Patterns, die bereits als solche definiert wurden, sondern auch beim Einsatz von allfälligen noch unentdeckten Designs und bleibt auch bei Weiterentwicklung dieser Technologien anwendbar.

#### 6.1.3.1 Anwendungsbereich

Das DSG kommt auf Personendaten zur Anwendung. Personendaten sind Daten, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen (Art. 5 lit. a DSG). Bestimmt ist eine Person,

---

<sup>89</sup> Siehe Postulat 23.3598, Müller-Altermatt vom 31.05.2023, Wirksame Durchsetzung des UWG, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20233598>>.

<sup>90</sup> BGer 4A\_235/2020 vom 1. Dezember 2020, E. 4.2, 4.3, 4.4 und 4.5

<sup>91</sup> DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 73), Art. 10 N 45 f.; SHK UWG-SPITZ (Fn. 72), Art. 10 N 38a.

<sup>92</sup> DIKE UWG-DOMEJ (Fn. 73), Art. 10 N 46.

<sup>93</sup> Bspw. «Guidelines on deceptive design patterns in social media platform interfaces» (EDSA), auch JANICKI/SCHULTZ (Fn 38), S. 13 ff.; KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 27), S. 228 ff.; MÖLLER (Fn. 43), S. 449 ff.

<sup>94</sup> Fn. 3.

<sup>95</sup> Botschaft DSG 2017, BBI 2017 6941, S. 6971.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

wenn aus den Angaben direkt auf eine bestimmte natürliche Person geschlossen werden kann; bestimmbar ist eine Person, wenn sich der Bezug zu ihr über zusätzliche Angaben herstellen lässt. Keine Personendaten sind vollständig anonymisierte Daten, also Daten, die ohne Personenbezug erhoben wurden oder bei denen der Personenbezug nachträglich entfernt wurde.<sup>96</sup>

### 6.1.3.2 Erfassung von Dark Patterns

#### 6.1.3.2.1 Grundsätze der Datenbearbeitung

In der Schweiz sind Datenbearbeitungen durch Private zulässig, solange das Datenschutzrecht eingehalten wird (siehe Kap. 6.1.3.2.2). Dies sind namentlich die Grundsätze der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung (Art. 6 Abs. 1 DSG) und der Datenbearbeitung nach Treu und Glauben, die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 6 Abs. 2 DSG) und der Zweckbindung (Art. 6 Abs. 3 DSG) sowie der Grundsatz der Datenrichtigkeit (Art. 6 Abs. 5 DSG). Ergänzend gelten die Grundsätze des Datenschutzes durch Technik, d.h. das Prinzip, dass Datenbearbeitungen so auszustalten sind, dass die Datenschutzgrundsätze eingehalten werden («Privacy by Design», Art. 7 Abs. 1 und 2 DSG) und der Grundsatz der datenschutzfreundlichen Voreinstellungen, nach dem mittels geeigneter Voreinstellungen sicherzustellen ist, dass die Bearbeitung der Personendaten auf das für den Verwendungszweck nötige Mindestmass beschränkt ist («Privacy by Default», Art. 7 Abs. 3 DSG). Im digitalen Kontext von besonderer Relevanz ist der Grundsatz der Datensicherheit (Art. 8 DSG): Personendaten sind durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen vor unbefugter Bearbeitung zu schützen.

Wenn Personendaten von privaten Personen bearbeitet werden, gelten die Art. 30 und 31 DSG. Wer Personendaten bearbeitet, darf die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen (Art. 30 Abs. 1 DSG). Eine Persönlichkeitsverletzung liegt insbesondere vor, wenn Personendaten unter Verletzung der in Art. 6 und 8 DSG festgelegten Grundsätze bearbeitet werden, wenn Personendaten gegen den offensichtlichen Willen der betroffenen Person bearbeitet werden oder wenn besonders schützenswerte Personendaten an Dritte bekanntgegeben werden (Art. 30 Abs. 2 DSG, siehe Kap. 6.1.3.2.2).

Der Einsatz von Dark Patterns kann in verschiedener Hinsicht gegen die Grundsätze der Datenbearbeitung verstossen. Einerseits kann ihr Einsatz erwirken, dass mehr Daten bearbeitet werden, als für das Anbieten eines Dienstes erforderlich ist; diesfalls liegt ein Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip vor (Art. 6 Abs. 2 DSG), insb. in seiner Ausprägung als Prinzip der Datensparsamkeit.

Andererseits kann die Verwendung von Dark Patterns die Grundsätze der Datenbearbeitung auch direkt verletzen. Relevant sind hier insbesondere die Grundsätze der Transparenz, von Treu und Glauben der Datenbearbeitung (Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 DSG) sowie der Grundsatz der Zweckbindung (Art. 6 Abs. 3 DSG). Die Grundsätze der Transparenz und der Zweckbindung verlangen, dass die Beschaffung und das Bearbeiten von Personendaten sowie der Zweck der Bearbeitung für die betroffene Person

---

<sup>96</sup> RUDIN BEAT, in: Baeriswyl Brun/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023, Art. 5 N 13; -BLECHTA GABOR/DAL MOLIN LUCA/WESIAK-SCHMIDT, in: Blechta Gabor/Vasella David, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (Hrsg.), Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024, Art. 5 N 35; MEIER PHILIPPE/TSCHUMY NICOLAS, in: Meier Philippe/Métille Sylvain, Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire romand, Basel 2023, Art. 5 N 27.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

erkennbar sind.<sup>97</sup> Das neue Gesetz erweitert zudem die Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten (Art. 19 DSG). Dark Patterns, die dazu führen, dass Personen Daten ohne ihr Wissen oder ohne Wissen über den Bearbeitungszweck bekannt geben, verstossen im Prinzip gegen diese Regeln. Das trifft namentlich bei Voreinstellungen, graphischen Hervorhebungen, missverständlichen Formulierungen und «Nagging» zu, die allesamt darauf ausgerichtet sein können, mehr Daten als erforderlich zu sammeln, und dies oft ohne Herstellung der erforderlichen Transparenz. Werden die Daten, die bspw. im Rahmen eines Vertragsschlusses gesammelt werden, für andere Zwecke, wie zum Beispiel für Marketing, verwendet, kann ein Verstoss gegen den Grundsatz der Zweckbindung vorliegen.

Mit der Revision des DSG hat der Gesetzgeber Normen erlassen, die zwar nicht allein oder primär Dark Patterns betreffen, sich aber auf diese anwenden lassen. Das gilt namentlich für die im neuen DSG vorgesehenen Grundsätze von «Privacy by Design» und «Privacy by Default», die der Verwendung von Dark Patterns entgegenstehen. Dadurch sollen etwa datenschutzfeindliche Voreinstellungen (siehe Kap. 5.3.2) verhindert werden.

#### 6.1.3.2.2 Rechtfertigungsgründe

Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, es sei denn, sie ist durch die Einwilligung der betroffenen Person, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 Abs. 2 DSG). Auch die Nutzung von Dark Patterns kann durch überwiegende private Interessen gerechtfertigt werden (siehe Kap. 6.1.1 betreffend der Wirtschaftsfreiheit). Allerdings muss immer eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse des Verantwortlichen an der Datenbearbeitung einerseits und dem Interesse der betroffenen Person an der Wahrung ihrer Verfügungsfreiheit über ihre Daten andererseits stattfinden.<sup>98</sup> Das DSG nennt einige Beispiele, in welchen ein überwiegendes privates Interesse in Betracht fällt (Art. 31 Abs. 2 DSG). Dazu gehört insbesondere die Datenbearbeitung im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags (Art. 31 Abs. 2 lit. a DSG). Die Bearbeitung muss dabei grundsätzlich auf die für Abschluss und Abwicklung des Vertrags erforderlichen Personendaten beschränkt sein.<sup>99</sup> Anbieter versuchen allerdings oft, mehr Personendaten zu sammeln und zu bearbeiten, als für den Abschluss oder die Abwicklung eines Vertrages erforderlich ist. Für solche Datenbearbeitungen müssen sie die Einwilligung der betroffenen Personen einholen.

Auf die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund wird in der Praxis meist nur dann abgestellt, wenn kein anderer Rechtfertigungsgrund vorliegt, weil die Einwilligung in der Praxis oft wenig praktikabel ist. Dies unter anderem, weil die Betroffenen die Einwilligung gerne verweigern und weil die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann. Aus Sicht des Anbieters besteht zudem die Gefahr, dass nicht alle Nutzenden einwilligen. Die Einwilligung ist nur gültig, wenn sie für eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen nach angemessener Information freiwillig erteilt wird (Art. 6 Abs. 6 DSG). Sie kann zudem jederzeit

---

<sup>97</sup> SHK DSG-BAERISWYL (Fn. 96), Art. 6 N 36; BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE (Fn. 96), Art. 6 N 111 ff.; CR LPD-MEIER/TSCHUMY (Fn 93), Art. 6 N 39, 41

<sup>98</sup> Botschaft DSG 2017, BBI 2017 6941, S.7073.

<sup>99</sup> ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzrecht, Zürich 2008, Art. 13 N 39; CR LPD-BOILLAT/WERLY (Fn. 96), Art. 31 N 36; SHK DSG-PFAFFINGER (Fn. 96), Art. 31 N 54; BSK DSG-RAMPINI/HARASGAMA/HENSELER (Fn. 96), Art. 31 N 34.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

widerrufen werden.<sup>100</sup> Von Bedeutung sind im Zusammenhang mit Dark Patterns die Voraussetzungen der Freiwilligkeit und der Informiertheit. Unter dem Gesichtspunkt der Informiertheit sind etwa missverständliche Formulierungen in Datenschutzerklärungen und datenintensive Voreinstellungen sowie «Bait and Switch» Techniken problematisch. Bei «Bait and Switch»-Techniken, bei denen sich die Nutzenden überhaupt nicht bewusst sind, dass ihr Handeln zu einer Einwilligung führt, basiert die Einwilligung weder auf angemessener Information noch ist sie freiwillig. Bei der Freiwilligkeit stellt sich zudem die Frage, wie stark eine Beeinflussung sein darf, damit die Einwilligung noch als freiwillig erteilt gelten kann, von Bedeutung kann dies beim Framing, «Roach Motel», «Nagging» oder «Confirshaming» sein. Bei sog. Koppelungsgeschäften, bei welchen der Zugang zu einer Leistung von einer Einwilligung zur Datenbearbeitung abhängig gemacht wird, gilt die Einwilligung dann nicht als freiwillig, wenn der sich aus der Nichteinwilligung ergebende Nachteil keinen Bezug zum Zweck der Datenbearbeitung hat oder im Vergleich zu diesem unverhältnismässig ist.<sup>101</sup> Dies kann bspw. der Fall sein, wenn den Nutzenden keine Alternativen zur Verfügung stehen.<sup>102</sup> Wenn bspw. ein Social-Media-Anbieter die Nutzung seiner Dienste von der Zustimmung zu umfangreichen Datenbearbeitungen abhängig macht, kann dies datenschutzrechtlich unzulässig sein, bspw. bei einer Zwangsregistrierung.

Das europäische Recht verlangt, dass der Widerruf der Einwilligung so leicht sein muss wie deren Erteilung. Dieser Grundsatz dürfte auch in der Schweiz gelten.<sup>103</sup> Danach würden Praktiken wie «Roach Motel», soweit sie im Kontext einer Einwilligung zu einer Datenbearbeitung eingesetzt werden, gegen das DSG verstossen (siehe Fazit im Kapitel 6.1.3.4).

#### 6.1.3.2.3 Betroffenenrechte

Das DSG stellt den betroffenen Personen eine Reihe von Rechtsbehelfen zur Verfügung, um gegen den Verantwortlichen vorzugehen. Zu nennen sind namentlich das Auskunftsrecht (Art. 25 ff. DSG), das Recht auf Datenherausgabe und -übertragung (Art. 28 f. DSG), das Recht auf Löschung (Art. 32 Abs. 2 lit. c DSG) und das Recht auf Widerruf einer Einwilligung (Art. 30 Abs. 2 lit. b DSG).

Dark Patterns können auch darauf ausgerichtet sein, den Betroffenen die Ausübung dieser Rechte zu erschweren. Dies ist insbesondere bei «Roach Motel» der Fall, wenn zum Beispiel die Löschung von Personendaten erschwert oder verunmöglich wird. Dasselbe gilt für bestimmte Formen von Framing, bei denen die notwendigen Informationen zur Ausübung der Betroffenenrechte aufgrund der Gestaltung schlecht auffindbar sind.

#### 6.1.3.3 Rechtsfolgen bei einer Verletzung des DSG

Führt ein Verstoss gegen das DSG zu einer Persönlichkeitsverletzung, kann die betroffene Person verlangen, dass eine bestimmte Datenbearbeitung verboten wird, eine Bekanntgabe von Personendaten an Dritte untersagt wird oder Personendaten gelöscht oder vernichtet werden (Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28 ff. ZGB). Jede Person kann zudem beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) eine Anzeige über datenschutzwidriges Verhalten erstatten (Art. 49 Abs. 1

---

<sup>100</sup> FASNACHT TOBIAS, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zürich 2017, N 359; SHK DSG-BAERISWYL, Art. 6 N 57; CR LPD-MEIER/TSCHUMY (Fn. 96), Art. 6 N 77; BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE (Fn. 96), Art. 6 N 316.

<sup>101</sup> Botschaft DSG 2003, 2127; BGE 138 I 331, E. 7.4.1.

<sup>102</sup> SCHWEIKARD CHRISTINE/VASELLA DAVID, Datenschutzerklärungen und AGB, digma 2020, S. 88 ff., S. 91; BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE (Fn. 96), Art. 6 N 310; CR LPD-MEIER/Tschumy (Fn. 96), Art. 6 N 90.

<sup>103</sup> CR LPD-MEIER/Tschumy (Fn. 96), Art. 6 N 77; FASNACHT (Fn. 100), N 359.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

DSG). Darüber hinaus kann der EDÖB von sich aus ein verwaltungsrechtliches Untersuchungsverfahren eröffnen und Verfügungen erlassen (Art. 49 ff. DSG). Die betroffenen Personen müssen dafür nicht selbst tätig werden. Der EDÖB eröffnet von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder eine private Person, wenn genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte (Art. 49 Abs. 1 DSG). Hat die betroffene Person Anzeige erstattet, so informiert der EDÖB sie über die gestützt darauf unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung (Art. 49 Abs. 4 DSG).

Das revidierte DSG enthält auch strafrechtliche Sanktionen. Diese beziehen sich unter anderem auf Verletzungen von Auskunfts-, Informations- und Mitwirkungspflichten (Art. 60 DSG) sowie auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Bekanntgabe von Daten ins Ausland, bei der Übergabe von Daten an den Auftragsbearbeiter und bei der Einhaltung der Vorgaben der Datensicherheit (Art. 61 DSG). Im Zusammenhang mit Dark Patterns könnte Art. 60 DSG relevant sein, bspw. wenn gegen Informationspflichten verstossen wird.

#### **6.1.3.4 Fazit**

Das Datenschutzrecht soll dem Schutz personenbezogener Daten dienen. Wenn Dark Patterns verwendet werden, um Personen dazu zu bringen, mehr Daten preiszugeben als beabsichtigt (z.B. bei datenintensiven Voreinstellungen), oder in ungewollte Datenbearbeitungen einzuwilligen (z.B. durch Framing), kann dies gegen die Vorgaben des DSG verstossen. Werden Dark Patterns hingegen verwendet, um Nutzende zu einem ungewollten Vertragsschluss oder zu einer ungewollten Vertragsverlängerung zu bewegen, helfen die Mittel des Datenschutzrechts nicht, um den Vertrag aufzuheben.<sup>104</sup> Im Falle von Datenschutzverletzungen liegt hingegen ein Vorteil des DSG in der Rechtsdurchsetzung durch den EDÖB. Dieser kann von sich aus oder auf Anzeige der betroffenen Personen sowie Dritter tätig werden und gegen datenschutzwidrige Praktiken vorgehen. Um eine Untersuchung einzuleiten, muss der EDÖB jedoch über genügende Anzeichen für das Vorliegen einer Datenschutzverletzung verfügen: Angesichts der wenig transparenten Praktiken ist zu befürchten, dass der EDÖB nur die krassesten Fälle zur Kenntnis erhält.

### **6.1.4 Vertragsrecht**

#### **6.1.4.1 Vertragsabschluss**

Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärung der Parteien zustande (Art. 1 OR). Der Austausch der Willenserklärungen erfolgt in der Regel durch ein Angebot (Offerte) der einen Partei und dessen Annahme durch die andere Partei (Akzept).<sup>105</sup> Die Willenserklärungen müssen in den wesentlichen Punkten übereinstimmen, es muss also Konsens über die wesentlichen Vertragspunkte vorliegen. Wenn die Parteien tatsächlich dasselbe wollen, liegt ein natürlicher Konsens vor, auch wenn sie dafür eine (objektiv) falsche Bezeichnung benutzen (Willensprinzip).<sup>106</sup> Ergänzt wird das Willensprinzip durch das Vertrauensprinzip, nach dem eine Willenserklärung so zu interpretieren

---

<sup>104</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 18), S. 59.

<sup>105</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 201.

<sup>106</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 245 ff.; BK OR-MÜLLER (Fn. 62), Art. 1 N 137 ff.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

ist, wie sie vernünftigerweise verstanden werden durfte.<sup>107</sup> Das heisst, eine Partei muss sich zurechnen lassen, wie die andere Partei ihre Willenserklärung vernünftigerweise verstehen durfte, auch wenn dieses Verständnis nicht ihrem subjektiven Willen entspricht. In diesem Fall liegt ein normativer Konsens vor. Liegt Dissens vor, stimmen also weder die subjektiven noch die objektiven Willenserklärungen überein, kommt kein Vertrag zustande.

Bei der Verwendung von Dark Patterns kommt es in der Regel zu übereinstimmenden Willenserklärungen. Das Problem, dass Dark Patterns die Willensbildung oder die Willenserklärung der Nutzenden beeinflussen können, ist nach den Vorschriften über die Willensmängel zu lösen (dazu nachfolgend Kap. 6.1.4.4.).

#### 6.1.4.2 Rechts- und Sittenwidrigkeit

Die beteiligten Parteien können nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit den Inhalt ihres Vertrages grundsätzlich frei wählen. Das Gesetz sieht aber gewisse Schranken vor und erklärt Verträge, die gegen geltendes Recht, die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder die Persönlichkeit verstossen oder unmöglich sind als nichtig (Art. 19/20 OR). Dies bedeutet, dass der Vertrag von Anfang (ex tunc) und unheilbar keine rechtsgeschäftliche Wirkung entfalten kann.<sup>108</sup>

Die Widerrechtlichkeit kann sich auf den Vertragsgegenstand, den Vertragsabschluss oder den Vertragszweck beziehen, aber nicht auf die Umstände der Willensbildung.<sup>109</sup> Dark Patterns dürften höchst selten einen widerrechtlichen Vertragsinhalt zur Folge haben, weil sie in der Regel auf Ebene der Willensbildung wirken. Wenn Dark Patterns verwendet werden, um Nutzende zum Abschluss rechtswidriger Verträge zu bringen, bspw. zum Kauf verbotener Medikamente, ist dieser Vertrag zwar rechtswidrig, aber nicht wegen der Verwendung von Dark Patterns, sondern wegen des Inhalts des Vertrags.

Sittenwidrig sind Verträge, die «gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmaßstäbe verstossen».<sup>110</sup> Die Sittenwidrigkeit muss sich aus dem Vertragsinhalt ergeben, Lehre und Praxis haben dazu verschiedene Fallgruppen entwickelt. Fälle von Leistungsinäquivalenz werden vom Bundesgericht bislang bis auf eine Ausnahme über Art. 21 OR (Übervorteilung) abgehandelt.<sup>111</sup> Unzulässig sind auch Verträge, die eine Persönlichkeitsverletzende übermässige Bindung beinhalten (Art. 19 Abs. 2 OR).<sup>112</sup> Dark Patterns dürften jedoch nur in besonders krassen Fällen als sittenwidrig zu qualifizieren sein, bspw. wenn Personen dazu gebracht werden, sehr lange unkündbare Verträge einzugehen.

---

<sup>107</sup> HUGUENIN (Fn. 62) N 249; BK OR-MÜLLER (Fn. 62), Art. 1 N 148 ff.

<sup>108</sup> BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE (Fn. 62) Art. 19/20 N 53 m.w.H.; GUILLOD OLIVIER/STEFFEN GABRIELLE, in: *Code des obligations I, Commentaire romand*, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 19/20 N 94; BK OR-KRAMER (Fn. 62), Art. 19 – 22 N 308 ff.

<sup>109</sup> Vgl. dazu vorne 3.1.4.4.

<sup>110</sup> BGE 136 III 474, E. 3.; CR CO-GUILLOD/STEFFEN (Fn. 108), Art. 19/20 N 68; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (Fn. 62), Art. 19/20 N 32 m.w.H.

<sup>111</sup> BK OR-KRAMER (Fn. 62); Art. 19 – 22 N 202 ff.; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (Fn. 62), Art. 19/20 N 32 m.w.H.

<sup>112</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (Fn. 62), Art. 19/20 N 43 ff.; BK OR-KRAMER (Fn. 62) Art. 19 – 22 N 224 ff.; CR CO-GUILLOD/STEFFEN (Fn. 108), Art. 19/20 N 72 ff.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

### 6.1.4.3 Übervorteilung

Ein Vertrag kann durch die übervorteilte Partei für (teil-)ungültig erklärt werden, wenn er ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung enthält und der Abschluss des Vertrages darauf zurückzuführen ist, dass die eine Partei die Notlage, die Unerfahrenheit oder den Leichtsinn der andern ausgebeutet hat. Unerfahrenheit liegt vor, wenn es dem Übervorteilten an Sachkenntnis fehlt, um die Tragweite des Vertrages abzuschätzen, Leichtsinn, wenn die übervorteilte Person nicht die für das Geschäft gebotenen Vorsicht und Überlegtheit walten lässt.<sup>113</sup> Diese Ausnahmesituation muss von der übervorteilenden Person bewusst ausgenutzt werden.

Bei Dark Patterns kommt eine Übervorteilung aus Gründen der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns in Betracht, insb. bei Praktiken wie Gamification oder «Roach Motels», wenn daraus als Ergebnis eine für den Nutzenden völlig überteuerte Leistung resultiert. Die Praxis zu Art. 21 OR ist aber relativ streng, weshalb eine Berufung auf Art. 21 OR nur in Ausnahmefällen erfolgreich sein dürfte.

### 6.1.4.4 Anfechtung von Verträgen

Verträge gelten auch dann als zustande gekommen, wenn sie auf einem sog. normativen Konsens (siehe Kap. 6.1.4.1) beruhen. Unter Umständen können Verträge aber angefochten werden, wenn die betroffene Partei ihren Willen nicht frei bilden oder erklären konnte.<sup>114</sup>

#### 6.1.4.4.1 Täuschung

Ein Vertrag kann im Fall einer absichtlichen Täuschung angefochten werden (Art. 28 OR). Eine Täuschung kann sich aus der Vorspiegelung falscher oder aus dem Verschweigen vorhandener Tatsachen ergeben. Ein Verschweigen ist aber nur tatbestandsmäßig, wenn eine entsprechende Aufklärungspflicht besteht.<sup>115</sup> Eine solche kann sich unter anderem aus Treu und Glauben ergeben und wird bspw. angenommen, wenn zwischen den Parteien aufgrund ihrer unterschiedlichen Stellung ein Macht- oder Informationsgefälle besteht.<sup>116</sup>

Wenn Dark Patterns, die sich des Mittels der Täuschung bedienen, zu einem Vertrag führen, kann die getäuschte Partei den Vertrag nach Massgabe von Art. 28 OR anfechten und für unverbindlich erklären. Darunter fallen bspw. Dark Patterns, die missverständliche Formulierungen enthalten sowie Konstellationen von Framing oder «Bait and Switch».<sup>117</sup>

#### 6.1.4.4.2 Erklärungssirrtum

Ein Erklärungssirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 – 3 OR) liegt vor, wenn die vom Erklärenden abgegebene Willenserklärung nicht seinem wirklichen inneren Willen entspricht. Der innere Wille des Erklärenden wurde zwar fehlerfrei gebildet, der Wille wurde aber nicht korrekt kommuniziert. Beim Vorliegen eines Erklärungssirrtums kann der Vertrag angefochten werden, wenn es sich um einen wesentlichen Irrtum

---

<sup>113</sup> BSK OR I-MEISE/HUGUENIN (Fn. 62), Art. 21 N 12 f; HUGUENIN (Fn. 62), N 450; CR CO-SCHMIDLIN/CAMPPI (Fn. 108), Art. 21 N 11.

<sup>114</sup> Vgl. HUGUENIN (Fn. 62), N 445.

<sup>115</sup> BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 62), Art. 28 N 8; BK OR-SCHMIDLIN (Fn. 62), Art. 23 -31 N 28 ff.

<sup>116</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 534; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 62), Art. 28 N 9.

<sup>117</sup> Dazu auch KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 35.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

handelt. Es ist zwischen einem Irrtum im Erklärungsakt und einem Irrtum über den Erklärungsinhalt zu unterscheiden. Das Gesetz zählt einige Fälle auf, bei denen die Wesentlichkeit vermutet wird. Ein Erklärungssirrtum liegt namentlich vor, wenn der gewollte Vertrag seinem gesamten Inhalt nach als ein wesentlich anderer zu qualifizieren ist als der geschlossene Vertrag (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR), darunter fallen auch diejenigen Fälle, in denen jemand gar keine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben wollte.<sup>118</sup> Bei Dark Patterns kann ein Erklärungssirrtum bei Techniken wie «Bait und Switch» oder bei besonderen Fällen von irreführenden Formulierungen und grafischen Hervorhebungen vorliegen. Beim Vorliegen eines Erklärungssirrtums kann der Irrende den Vertrag für ungültig erklären (Art. 23 OR).

#### **6.1.4.4.3 Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1. Ziff. 4 OR)**

Ein Irrtum in der Willensbildung führt nicht zur Anfechtbarkeit eines Vertrages (unbeachtlicher Motivirrtum, Art. 24 Abs. 2 OR). Eine Ausnahme besteht, wenn der Irrtum sich auf das Fundament des Vertrages bezieht, in diesem Fall liegt ein wesentlicher Grundlagenirrtum vor (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Der Irrtum muss subjektiv und objektiv wesentlich sein, der Irrende muss also aufzeigen, dass er den vorgestellten Sachverhalt als wesentliche Vertragsgrundlage (*conditio sine qua non*) ansah (subjektive Wesentlichkeit) und dass er den zugrunde liegenden Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als wesentlich ansehen durfte (objektive Wesentlichkeit).<sup>119</sup>

Ob bei der Verwendung von Dark Patterns Wesentlichkeit vorliegt, muss im Einzelfall geprüft werden. Etwa bei irreführenden Formulierungen und gewissen Formen von grafischen Hervorhebungen kann unter Umständen ein Grundlagenirrtum gegeben sein. Die irrende Partei kann sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrages berufen (Art. 23 OR).

#### **6.1.4.5 Culpa in contrahendo**

Bereits im Vorfeld eines Vertrages besteht zwischen den Parteien die Pflicht, aufeinander Rücksicht zu nehmen. Bei einem Verstoss gegen eine solche vorvertragliche oder sonstige Pflicht im Umfeld des Vertrages kann ausnahmsweise eine Pflicht zum Leisten von Schadenersatz bestehen (*culpa in contrahendo*). Zu den möglichen verletzten Pflichten gehören die Pflicht zum ernsthaften Verhandeln, die Aufklärungspflicht, die Pflicht zur Rücksicht und die Pflicht zum Schutz vertragsfremder Güter.<sup>120</sup> Im Zusammenhang mit Dark Patterns kommen namentlich die Verletzung von Aufklärungspflichten oder der Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme in Frage. Obwohl sich die Parteien die relevanten Informationen grundsätzlich selbst beschaffen müssen, besteht die Pflicht, die andere Partei über einen erkannten Irrtum aufzuklären. Daraus ergibt sich auch ein allgemeines Täuschungsverbot.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 62), Art. 24 N 10.

<sup>119</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 511; CR CO-SCHMIDLIN/CAMPI (Fn. 108), Art. 23/24 N 40, 44; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 62), Art. 24 N 20 ff.

<sup>120</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 1540 ff.; LEHMANN PETER/HONSELL HEINRICH in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2022, Art. 2 N 17.

<sup>121</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 1544.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Kommt es aufgrund der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht zu einem Schaden, hat der Schädiger, d.h. der Anbieter, grundsätzlich Schadenersatz zu leisten. Ob aufgrund der Verletzung auch eine Vertragsauflösung verlangt werden kann, ist umstritten, wird aber tendenziell abgelehnt.<sup>122</sup>

#### 6.1.4.6 Widerrufsrecht

Das schweizerische Recht sieht in Art. 40a ff. OR ein Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte vor. In den Fällen, in denen typischerweise eine Überrumpelungsgefahr besteht, können die betroffenen Konsumierenden den Vertrag während einer Bedenkzeit von 14 Tagen widerrufen (Art. 40e OR). Der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmungen ist in Art. 40b OR geregelt; er umfasst Angebote, die Konsumierenden an ihrem Arbeitsplatz oder in ihren Wohnräumen bzw. in der unmittelbaren Umgebung gemacht wurden, sowie Angebote in öffentlichen Verkehrsmitteln oder auf öffentlichen Strassen und Plätzen. Erfasst werden auch Angebote an Werbeveranstaltungen, die mit einer Ausflugsfahrt oder einem ähnlichen Anlass verbunden waren und solche, die über Telefon oder über vergleichbare Mittel der gleichzeitigen mündlichen Telekommunikation erfolgten. Wesentliche Merkmale für die sog. Haustürgeschäfte sind die Mündlichkeit und die Gleichzeitigkeit. Ausgenommen sind Angebote, die auf schriftlichem Weg erfolgten.<sup>123</sup> Es gäbe die Möglichkeit das Widerrufsrecht auf Internetgeschäfte auszuweiten (siehe Kapitel 6.3.2.).

De lege lata sind Verträge im Fernabsatz bzw. der Vertragsabschluss im Internet vom Widerrufrecht aber nicht erfasst. Das Parlament hat die Ausdehnung des Widerrufsrechts auf den Fernabsatz in den letzten Jahren mehrfach abgelehnt. Im Rahmen der Parlamentarischen Initiative 06.441 Bonhôte «Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf» wurde ein allgemeines Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge ausführlich diskutiert und 2014 bewusst auf die Schaffung eines Widerrufsrechts im Onlinehandel verzichtet.<sup>124</sup> Mit der Motion 22.3476 Masshardt «Widerrufsrecht im Online-Handel» wurde zudem erst kürzlich ein entsprechender Vorstoss nicht überwiesen.<sup>125</sup>

#### 6.1.4.7 Anwendung der AGB-Regeln

Dark Patterns sind bis zu einem gewissen Mass mit unklaren Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vergleichbar. Auch AGB werden von einer Partei für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, wobei das Problem entstehen kann, dass die formulierende Partei die Rechte und Pflichten einseitig formuliert, die schwächere Partei aber mangels Ausweichmöglichkeiten die AGB übernehmen muss. Um dieser Gefahr zu begegnen und gleichzeitig die Autonomie der Vertragsparteien zu wahren, haben Lehre und Rechtsprechung verschiedene Ebenen der AGB-Kontrolle entwickelt. Diese finden grundsätzlich auf der Ebene des Konsenses (Geltungskontrolle) und der Auslegung (Inhaltskontrolle) statt.<sup>126</sup> Damit AGB Teil eines Vertrages sind, müssen sie gültig einbezogen worden sein, d.h. die Gegenpartei muss auf die AGB hingewiesen worden sein, und sie muss die Möglichkeit

---

<sup>122</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 1562; a.M. SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020, N 47.14; für das deutsche Recht: KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 36.

<sup>123</sup> BSK OR I-KOLLER-TUMLER (Fn. 62), Art. 40b N 8 f; CR CO-STAUDER (Fn. 108), Art. 40b N 3.

<sup>124</sup> Vgl. Den Bericht und Entwurf der Rechtskommission des Ständerates, BBI 2014 921 und 2014 951 und schliesslich den Schlussabstimmungstext BBI 2015 4855 bzw. den Änderungserlass AS 2015 4107.

<sup>125</sup> AB 2023 N 1164.

<sup>126</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 612c.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

gehabt haben, von deren Inhalt in zumutbarer Weise tatsächlich Kenntnis zu nehmen.<sup>127</sup> Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von einer Übernahme diejenigen Klauseln ausgenommen, mit denen die Gegenpartei nicht rechnete und auch nicht rechnen musste, weil sie vom Inhalt her ungewöhnlich sind; anderes gilt nur, wenn die Gegenpartei ausdrücklich auf die ungewöhnliche Klausel aufmerksam gemacht wurde.<sup>128</sup> Bei der Auslegung gilt zudem die Unklarheitenregel: Unklare Klauseln werden zu Ungunsten der formulierenden Partei ausgelegt.<sup>129</sup>

Eine offene Inhaltskontrolle ist nur bei Konsumentenverträgen möglich. Nach Art. 8 UWG sind Vertragsbestimmungen nichtig, wenn sie in gegen Treu und Glauben verstossender Weise zum Nachteil des Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis vorsehen.

Die Anwendbarkeit der AGB-Regeln ist auf «Vertragsbestimmungen» beschränkt. Bei den beschriebenen Formen von Dark Patterns handelt es sich nicht um spezifische Vertragsklauseln, betroffen sind vielmehr die Umstände des Zustandekommens des Vertrages. Aus diesem Grund sind die AGB-Regeln auf Dark Patterns nicht anwendbar (siehe Kapitel 6.3.2.6).

#### 6.1.4.8 Fazit Vertragsrecht

Wenn die Verwendung von Dark Patterns zu ungewollten Vertragsschlüssen oder zu Verträgen mit ungewolltem Inhalt führt, kann der Vertrag unter Umständen angefochten werden. In der Regel ist dies aber nur der Fall, wenn Dark Patterns zu Irreführungen oder Täuschungen führen. Wenn sich Dark Patterns anderer Mittel bedienen, wie das Schaffen von Anreizen, um die Gegenpartei zu einem Vertragsschluss zu bringen und zu halten, kann der Vertrag nicht angefochten werden. Namentlich sind die Bestimmungen über den Widerruf von Verträgen und die Regeln der AGB-Kontrolle nicht auf Dark Patterns anwendbar. Selbst wenn vertragsrechtliche Behelfe zur Verfügung stünden, sind diese wohl oft nicht zielführend, namentlich, weil es sich um einen vielleicht schwer erreichbaren ausländischen Anbieter handelt (Adresse unklar, fremde Sprache etc.) und oft eher geringe Beträge im Spiel sind, welche den Aufwand kaum wert sind.

### 6.1.5 Übersicht

In der folgenden Übersicht werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die verschiedenen Erscheinungsformen von Dark Patterns aufgelistet und welche Rechtsnormen sie allenfalls verletzen – mit entsprechender Rechtsfolge. Ob durch die Verwendung von Dark Patterns (z.B. von Voreinstellungen) die genannten Rechtsnormen (z.B. Art. 6 und 7 DSG) tatsächlich verletzt sind, wird jeweils im konkreten Einzelfall durch das angerufene Gericht abschliessend zu beurteilen sein.

	Rechtsnorm	Rechtsfolge
Voreinstellungen	Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Transparencygebot, u.U.	Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-,

<sup>127</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 614 ff.; CR CO-MORIN (Fn. 108), Art. 1 N 171.

<sup>128</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 619; CR CO-MORIN (Fn. 108), Art. 1 N 177; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 62), Art. 1 N 60.

<sup>129</sup> HUGUENIN (Fn. 62), N 629; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT (Fn. 62), Art. 1 N 59; BGE 124 III 155, E. 1.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

	<p>Zweckbindungsgebot und Verhältnismässigkeitsgebot, u.U. fehlende Einwilligung,</p> <p>Art. 7 DSG: Missachtung von "Privacy by default and by design"</p> <p>Art. 19 DSG: Missachtung der Informationspflicht</p>	<p>Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p>
Graphische Hervorhebungen	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung</p> <p>Art. 7 DSG: Missachtung von "Privacy by design"</p> <p>Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Transparenzgebot u.U.</p> <p>Zweckbindungsgebot und Verhältnismässigkeitsgebot, u.U. fehlende Einwilligung</p> <p>Art. 19 DSG: Missachtung der Informationspflicht</p> <p>Art. 28 OR: absichtliche Täuschung</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 OR: Erklärungssirrturn und Grundlagenirrturn</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag</p> <p>Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p> <p>Art. 60 DSG: Strafantrag (bei Vorsatz)</p> <p>OR 28: Anfechtung des Vertrages</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages</p>
Missverständliche Formulierungen	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung</p> <p>Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG: Nichteinhalten der Informationspflichten</p> <p>Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Transparenzgebot, u.U. Verhältnismässigkeitsprinzip, Zweckbindungsgrundsatz, fehlende Einwilligung</p> <p>Art. 19 DSG: Missachtung der Informationspflicht</p> <p>Art. 28 OR: Täuschung</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR: Erklärungssirrturn</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag</p> <p>Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p> <p>Art. 60 DSG: Strafantrag (bei Vorsatz)</p> <p>OR 28: Anfechtung des Vertrages</p>

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

		Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages
«Bait and Switch»	Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über Waren oder Leistungen, Preis etc.  Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Transparenzgebot, fehlende Einwilligung  Art. 19 DSG: Missachtung der Informationspflicht  Art. 28 OR: Täuschung  Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Grundlagenirrtum	Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung  Art. 23 UWG: Strafantrag  Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung  Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin  OR 28: Anfechtung des Vertrages  Art. 60 DSG: Strafantrag (bei Vorsatz)  Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages
«Disguised Ads»	Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über den (kommerziellen) Charakter eines Inhalts  Art. 2 UWG: Verstoss gegen das Trennungsgebot: Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr  Art. 28 OR: Täuschung  Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Grundlagenirrtum	Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung  Art. 23 UWG: Strafantrag (nur bei Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG)  OR 28: Anfechtung des Vertrages  Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages
«Social Proof»	Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über Werke und Leistungen  Art. 28 OR: Täuschung  Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Grundlagenirrtum	Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung  Art. 23 UWG: Strafantrag  OR 28: Anfechtung des Vertrages  Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages
Verschleierung von Kosten	Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über den Preis	Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG: Nichteinhalten von Informationspflichten</p> <p>Art. 28 OR: Täuschung</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Grundlagenirrtum</p>	<p>Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag</p> <p>OR 28: Anfechtung des Vertrages</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages</p>
Verhinderung von Preisvergleichen	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über den Preis</p> <p>Art. 16 UWG / PBV: Verletzen der Pflicht zur Preisbekanntgabe</p> <p>Art. 28 OR: Täuschung</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR: Grundlagenirrtum</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 und 24 UWG: Strafantrag</p> <p>PBV: Vollzug durch kantonale Gewerbeaufsicht (Art. 20 Abs. 1 UWG)</p> <p>OR 28: Anfechtung des Vertrages</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages</p>
Countdowns	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über die vorrätige Menge</p> <p>Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG: Besonders aggressive Verkaufsmethode</p> <p>Art. 28 OR: Täuschung</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR: Grundlagenirrtum</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag</p> <p>OR 28: Anfechtung des Vertrages</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages</p>
«Roach Motel»	<p>Art. 2 UWG: Unzulässige Beeinflussung von Kunden</p> <p>Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Transparenzgebot</p> <p>Art. 19 DSG: Missachtung der Informationspflicht</p> <p>Verhinderung der Wahrnehmung von Betroffenenrechten (bspw. Widerspruch gegen Datenbearbeitung, Art. 30 Abs. 2 DSG)</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p> <p>Art. 60 DSG: Strafantrag (bei Vorsatz)</p>

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

«Nagging»	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG: Besonders aggressive Verkaufsmethode</p> <p>Art. 2 UWG: Unzulässige Kundenbeeinflussung durch Ausübung von Druck</p> <p>Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, u.U. fehlende Einwilligung</p> <p>Art. 7 DSG: Missachtung von “Privacy by design und by default”</p> <p>Art. 19 DSG: Missachtung der Informationspflicht</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag (nur bei Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG)</p> <p>Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p> <p>Art. 60 DSG: Strafantrag (bei Vorsatz)</p>
«Sneaking»	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG: Irreführung über Werke, Leistungen, Preis</p> <p>Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG: Nichteinhalten von Informationspflichten</p> <p>Art. 28 OR: Täuschung</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR: Grundlagenirrtum</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag</p> <p>OR 28: Anfechtung des Vertrages</p> <p>Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 i.V.m. Art. 31 OR: Anfechtung des Vertrages</p>
Unerwünschter Vertragsschluss bzw. -verlängerung / Zwangsregistrierung	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG: Besonders aggressive Verkaufsmethode</p> <p>Art. 2 UWG: Unzulässige Kundenbeeinflussung durch Ausübung von Druck</p> <p>Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Verhältnismässigkeitsprinzip, u.U. fehlende Einwilligung</p> <p>Verhinderung der Wahrnehmung von Betroffenenrechten (bspw. Widerspruch gegen Datenbearbeitung, Art. 30 Abs. 2 DSG)</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag (nur bei Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG)</p> <p>Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p>

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

«Confirshaming»	<p>Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG: Besonders aggressive Verkaufsmethode</p> <p>Art. 2 UWG: Unzulässige Kundenbeeinflussung durch Ausübung von Zwang bzw. Druck</p> <p>Art. 6 DSG: Verstoss gegen Treu und Glauben, Transparenzgebot, u.U. fehlende Einwilligung</p> <p>Verhinderung der Wahrnehmung von Betroffenenrechten (bspw. Widerspruch gegen Datenbearbeitung, Art. 30 Abs. 2 DSG)</p>	<p>Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 23 UWG: Strafantrag (nur bei Art. 3 Abs. 1 lit. h UWG)</p> <p>Art. 32 DSG i.V.m. Art. 28a und Art. 28 g – I ZGB: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung</p> <p>Art. 49 DSG: Untersuchung durch den EDÖB, u.U. auf Anzeige hin</p>
Gamification	Art. 2 UWG: Unzulässige Kundenbeeinflussung durch Ausnützen des Spieltriebes	Art. 9 UWG: Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage, u.U. Schadenersatz und Genugtuung

## 6.2 Auswirkungen auf Schweizer Konsumierende

Bislang gibt es wenig Forschung darüber, wie weit verbreitet Dark Patterns sind sowie ob und wie sie Wirkung entfalten (siehe auch Kap. 6.1.2).<sup>130</sup> Die Fédération romande des consommateurs (FRC) und Public Eye haben für die Schweiz eine spezifische Analyse durchgeführt, in deren Rahmen Shops About You, Aliexpress, Allylikes, Amazon, Asos, Bonprix, Galaxus, Globus, H&M, La Redoute, Manor, Shein, Wish, Zalando und Zara auf Dark Patterns untersucht wurden.<sup>131</sup> Die Studie hat ergeben, dass alle Plattformen in mehr oder weniger grossem Stil Dark Patterns verwenden. Die Nutzung von Dark Patterns ist vor allem bei den chinesischen Plattformen sehr verbreitet, gefolgt vom US-Konzern Amazon und dem französischen Anbieter La Redoute. Anbieter wie Zara, Globus, Manor und H&M, welche überwiegend im stationären Geschäft tätig sind, scheinen weniger Dark Patterns einzusetzen.

Bezüglich der verwendeten Dark Patterns stehen Zwangsregistrierungen im Vordergrund. Häufig sind auch «Roach Motel» betroffen. Während die Einrichtung eines Kontos sehr einfach möglich ist, ist eine Kündigung bei zahlreichen Shops über die mobile Website nur schwer oder überhaupt nicht möglich.

<sup>130</sup> Zu den durchgeföhrten Studien zählen bspw. MATHUR ET AL., (Fn. 14), LUGURI/STRAHILEVITZ (Fn. 28).

<sup>131</sup> Die Studie ist abrufbar unter <<https://www.publiceye.ch/de/themen/mode/dark-patterns-im-onlinehandel-heizen-den-mode-ueberkonsum-an>>, 17 Freiwillige haben dabei Online-Shops im Bereich der Mode auf das Vorhandensein von Dark Patterns untersucht.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Des Weiteren nutzen viele Websites intransparente Praktiken, teilweise werden etwa Cookies ungefragt auf den Smartphones oder Computern der Nutzenden abgespeichert.

Ein Bericht der Europäischen Union (EU) von 2022<sup>132</sup> hat aufgezeigt, dass rund 97% der in der EU am meisten verwendeten Websites und Apps Dark Patterns nutzen (siehe auch Kap. 4.3). Am häufigsten sind dabei Voreinstellungen, «Nagging» und «Roach Motels», bspw. die schwierige Gestaltung von Kündigungsprozessen. Ein typisches und häufiges Beispiel ist die Auswahl von Cookies, wobei die Praktiken selten allein, sondern in Kombination mit anderen verwendet werden.<sup>133</sup> Der Bericht hat bei den verwendeten Praktiken keine Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten gezeigt.<sup>134</sup>

## 6.3 Mögliche Lösungsansätze

### 6.3.1 Regelungen in der Europäischen Union

#### 6.3.1.1 Bestehende Rechtslage

Dark Patterns sind als manipulatives Verhalten in der EU bereits Gegenstand von Regulierungen: Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL)<sup>135</sup> verbietet irreführende und aggressive Geschäftspraktiken (Art. 6 bis 8 UGP-RL). Die Europäische Kommission veröffentlichte zudem im Dezember 2021 eine Bekanntmachung über die Auslegung und Anwendung der UGP RL mit einem Kapitel über «datengesteuerte Verfahren und Dark Patterns».<sup>136</sup> Ein punktueller Verbot zustimmender Voreinstellungen findet sich zudem in Artikel 22 der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> EU Study (Fn 37), S. 120.

<sup>133</sup> EU Study (Fn. 37), S. 120

<sup>134</sup> EU Study (Fn. 37), S. 120.

<sup>135</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), Abl. 149 vom 11. 6. 2005, S. 22 ff.

<sup>136</sup> Siehe Kapitel 4.2.7 der Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt, ABl, C 526 vom 29.12.2021, S. 1.

<sup>137</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Auch die Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)<sup>138</sup> enthält gewisse Bestimmungen, die sich auf Dark Patterns anwenden lassen, etwa das Verbot datenschutzunfreundlicher Voreinstellungen (Art. 25 Abs. 2 DSGVO). Zur Ergänzung der Vorschriften hat der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) Leitlinien zur Verwendung von Dark Patterns in sozialen Medien publiziert, in welchen verschiedene Praktiken dargestellt und mit Anleitungen für Anbieter («Best Practices» gemäss Anhang II der EDSA-Leitlinie 03/2022) versehen werden.

Auch in der Verordnung (EU) 2022/1925 (Digital Markets Act (DMA))<sup>139</sup> finden sich Vorgaben zur Oberflächengestaltung. Der DMA findet Anwendung auf Gatekeeper, d.h. zentrale Plattformdienste, die erheblichen Einfluss auf den Binnenmarkt haben und hinsichtlich ihrer Tätigkeiten eine gefestigte und dauerhafte Position innehaben oder in absehbarer Zeit erlangen (Art. 2 und Art. 3 DMA). Gatekeepern ist es bspw. verboten, wiederholt durch sog. «Nagging» nach einer Einwilligung zu fragen (Art. 5 Abs. 2 DMA). Die Nutzenden müssen zudem autonom und durch neutral dargestellte Auswahloptionen entscheiden können, ob sie den Dienst nutzen wollen (Art. 13 Abs. 6 DMA).

Mit dem Digital Services Act (DSA)<sup>140</sup> wurde für Anbieter von Online-Plattformen<sup>141</sup> ein Verbot von Dark Patterns eingeführt. Diese Plattformen dürfen ihre Online-Schnittstellen nicht so konzipieren, organisieren oder betreiben, dass Nutzende getäuscht, manipuliert oder anderweitig in ihrer Fähigkeit, freie und informierte Entscheidungen zu treffen, massgeblich beeinträchtigt und behindert werden (Art. 25 Abs. 1 DSA). Ob diese Vorgaben befolgt werden, wird im Wesentlichen davon abhängen, welche Sanktionen bei einem Verstoss vorgesehen sind. Weil die Folgen von Verstößen gegen den DSA von den Mitgliedstaaten festzulegen sind, können die Sanktionen unterschiedlich ausfallen.

Die EU hat zudem die Verordnung (EU) 2023/2854 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung (auch Datenverordnung)<sup>142</sup> verabschiedet. Diese Verordnung soll den Zugang zu und die Nutzung von Daten erleichtern. Wer Daten erhält, soll verpflichtet werden, «den Nutzer in keiner Weise zu zwingen, zu täuschen oder zu manipulieren, indem er die Autonomie, die Entscheidungsfreiheit oder die Wahlmöglichkeiten des Nutzers untergräbt oder beeinträchtigt». Nach den Erwägungsgründen ist damit gemeint, dass bei der Gestaltung von Schnittstellen keine Dark Patterns verwendet werden dürfen (Erw. 38).

---

<sup>138</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 119 vom 4.5.2016, S. 1.

<sup>139</sup> Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265 vom 12.10.2022, S. 1.

<sup>140</sup> Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. 277 vom 27.10.2022, S. 1 ff.

<sup>141</sup> Für die Definition von betroffenen Online-Plattformen siehe auch <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/dsa-vlops>> und <[https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en)>.

<sup>142</sup> Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Zugang zu Daten und deren Nutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung).

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

### **6.3.1.2 Geplante Regulierung**

Auch die Verordnung über Künstliche Intelligenz (KI)<sup>143</sup> enthält eine Bestimmung, die auf Dark Patterns Anwendung finden kann. Die KI-Verordnung findet aber nur Anwendung, wenn Dark Patterns auf der Verwendung eines KI-Systems beruhen. Verboten werden sollen namentlich «das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung eines KI-Systems, das Techniken der unterschwelligen Beeinflussung ausserhalb des Bewusstseins einer Person oder absichtlich manipulative oder täuschende Techniken mit dem Ziel oder der Wirkung einsetzt, das Verhalten einer Person oder einer Gruppe von Personen wesentlich zu beeinflussen, indem ihre Fähigkeit, eine fundierte Entscheidung zu treffen, spürbar beeinträchtigt wird, wodurch die Person veranlasst wird, eine Entscheidung zu treffen, die sie andernfalls nicht getroffen hätte, und zwar in einer Weise, die dieser Person, einer anderen Person oder einer Gruppe von Personen erheblichen Schaden zufügt oder zufügen kann» (Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Verboten werden sollen zudem «das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme oder die Verwendung eines KI-Systems, das eine Schwäche oder Schutzbedürftigkeit einer Person oder einer bestimmten Gruppe von Personen aufgrund ihres Alters, einer Behinderung oder einer bestimmten sozialen oder wirtschaftlichen Situation mit dem Ziel oder der Wirkung ausnutzt, das Verhalten einer Person oder einer dieser Gruppe angehörenden Person in einer Weise wesentlich zu beeinflussen, die dieser Person oder einer anderen Person erheblichen Schaden zufügt oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zufügen wird» (Art. 5 Abs. 1 Bst. b). Die KI-Verordnung sieht darüber hinaus bestimmte Transparenzpflichten vor, bspw. die Pflicht, die betroffenen Personen zu informieren, wenn sie mit einem KI-System interagieren, es sei denn, dies sei aus Sicht einer angemessen informierten, aufmerksamen und verständigen natürlichen Person aufgrund der Umstände und des Kontextes der Nutzung offensichtlich (Art. 50 KI-Verordnung).

## **6.3.2 Mögliche Lösungsansätze in der Schweiz**

Das Schweizer Recht enthält eine Reihe von Bestimmungen, die ein Vorgehen gegen Dark Patterns ermöglichen. Die bestehenden Normen vermögen das Problem aber nicht umfassend zu regeln, insbesondere der Vollzug des bestehenden Rechts birgt z.T. Herausforderungen. Nachfolgend werden deshalb Möglichkeiten zur Anpassung respektive Erweiterung des geltenden Rechts aufgezeigt, die ein vergleichsweise umfassendes Vorgehen gegen Dark Patterns ermöglichen könnten.

### **6.3.2.1 Anpassung des Klagerechts des Bundes (Revision von Art. 10 Abs. 3 UWG)**

#### **6.3.2.1.1 Vorschlag**

Der Bund, vertreten durch das SECO, kann bereits unter geltendem Recht gegen unlautere Handlungen vorgehen, wenn er es zum Schutz des öffentlichen Interesses als nötig erachtet (Art. 10 Abs. 3 UWG). Aus dem Gesetzeswortlaut geht hervor, dass der Bund beurteilt, wann die Notwendigkeit einer Klage gegeben ist. Auch das Bundesgericht hielt bis anhin fest, dass nach einhelliger Lehre und

---

<sup>143</sup> Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz). Abrufbar unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-24-2024-INIT/de/pdf>.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Rechtsprechung dem Bund ein weiter Beurteilungsspielraum zustehe.<sup>144</sup> In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht jedoch die Aktivlegitimation des Bundes im Zusammenhang mit einer Internet-Verkaufsplattform verneint. Gemäss diesem Urteil ist das SECO nur dann aktivlegitimiert, wenn es eine gewisse Anzahl Beschwerden erhält, selbst wenn eine unlautere Geschäftspraktik vorliegt, von der weltweit eine Vielzahl von Personen betroffen ist.<sup>145</sup> Insofern ist näher zu prüfen, ob das Klagerecht des Bundes (Art. 10 Abs. 3 UWG) anzupassen ist, um die Durchsetzung des UWG insgesamt zu verbessern, was auch ein Vorgehen gegen Dark Patterns erleichtern würde.

#### **6.3.2.1.2 Vorteile**

Der Vorteil einer gesetzlichen Anpassung des Klagerechts des Bundes bestünde darin, dass durch die Revision einer einzelnen Bestimmung im UWG (Art. 10 Abs. 3 UWG) der Bund gegen lauterkeitswidrige Dark Patterns effektiver vorgehen könnte. Die Verstärkung des Klagerechts des Bundes würde sich zudem nicht auf lauterkeitswidrige Dark Patterns beschränken, vielmehr wäre damit eine allgemeine Stärkung des lauteren Wettbewerbs verbunden. Dies hätte insbesondere positive Folgen für Unternehmen, die sich an das UWG halten. Insbesondere relativiert sich die Problematik, dass sich die Rechtsdurchsetzung angesichts des unter Umständen eher geringen Streitwertes nicht lohnt.

Klagen des Bundes generieren Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit; sie dienen damit auch der Aufklärung der Nutzenden. Von einer erfolgreichen Klage des Bundes würden nicht nur die Nutzenden profitieren, sondern auch die sich gesetzeskonform verhaltenden Unternehmen. Zudem würde das Funktionieren des Wettbewerbs gesichert.

#### **6.3.2.1.3 Nachteile**

Eine Änderung der Anforderung an die Aktivlegitimation des Bundes könnte durch eine Praxisänderung des Bundesgerichts erfolgen oder durch eine Gesetzesrevision präzisiert werden. Allenfalls werden die Gerichte basierend auf Erkenntnissen im Ausland eine Praxisänderung in der Rechtsprechung vornehmen, zumal die Einschränkung in der Lehre nicht unumstritten ist. Eine langwierige Gesetzesrevision zur Anpassung von Art. 10 Abs. 3 UWG wäre in diesem Fall obsolet.

Weitere Nachteile wurden nicht erkannt. Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme vom 16.08.2023 zum Postulat Müller-Altermatt (23.3598) deshalb bereit erklärt, das Anliegen aufzunehmen und im Rahmen des zugehörigen Postulatsberichts ausführlich zu vertiefen.

### **6.3.2.2 Schaffung eines neuen Spezialtatbestandes im UWG**

#### **6.3.2.2.1 Vorschlag**

Denkbar wäre, einen neuen Spezialtatbestand im UWG zu schaffen, welcher die Verwendung von Dark Patterns direkt erfasst. Ein solcher Tatbestand könnte ähnlich formuliert werden wie die Bestimmung im Digital Services Act. Der zentrale Unterschied bestünde darin, dass die Bestimmung im UWG auf alle Anbieter anzuwenden wäre. Der persönliche Anwendungsbereich des Digital Services Act hingegen ist

---

<sup>144</sup> BGer 4A\_106/2009 vom 1. Oktober 2009, E. 7.1, damals im Zusammenhang mit dem alten Art. 10 Abs. 3 lit. a UWG.

<sup>145</sup> Siehe Ausführungen unter 6.1.2; BGer 4A\_23/2020 vom 1. Dezember 2020, E. 4.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

auf Anbieter von Vermittlungsdiensten beschränkt, reine Online-Händler fallen nicht darunter (Art. 1 Abs. 2 DSA).

#### **6.3.2.2.2 Vorteile**

Der Vorteil einer solchen Lösung bestünde darin, dass die heute bekannten Praktiken von Dark Patterns unter einen einheitlichen Tatbestand gefasst werden könnten. Die Einführung eines solchen Tatbestands hätte vermutlich eine Signalwirkung gegenüber den Verwendern von Dark Patterns. Gegenüber der Ausdehnung des Widerrufsrechts hätte diese Massnahme den Vorteil, dass damit auch Sachverhalte erfasst werden könnten, die im konkreten Fall nicht nachweislich zu einem Vertragsabschluss geführt hat. Als weiterer Vorteil ist die potenzielle Strafbarkeit zu nennen, denn die Sanktionierbarkeit eines Verhaltens wirkt oft abschreckend.

#### **6.3.2.2.3 Nachteile**

Wie aufgezeigt, lassen sich die meisten Dark Patterns mit den bestehenden Spezialtatbeständen oder über die Generalklausel des UWG erfassen. Ein neuer UWG-Tatbestand würde zu Doppelspurigkeiten und Abgrenzungsproblemen mit bestehenden UWG-Tatbeständen führen. Eine spezialgesetzliche Regelung käme auch verfrüht: Die Erfahrungen und Entwicklungen der EU und deren Auswirkungen auf die Schweiz sollten abgewartet werden, zumal der Anwendungsbereich in der Schweiz weiter ginge als jener der EU.

Eine eigenständige Regelung würde den Hebel am falschen Ort ansetzen, denn das Problem besteht nicht primär auf Ebene des materiellen Rechts, sondern bei der Rechtsdurchsetzung. Zudem ist umstritten, ob die Praktiken, die sich mit den geltenden Normen des UWG nicht erfassen lassen, rechtlich effektiv problematisch sind und einer Regelung bedürfen, oder ob der Grad der Beeinflussung in diesen Fällen so gering ist, dass kein Bedarf für eine Intervention besteht.

Die präzise Formulierung eines Spezialtatbestandes wäre herausfordernd: Zum einen werden laufend neue Dark Patterns entwickelt, womit die Gefahr besteht, dass ein heute formulierter Tatbestand künftige Formen nicht zu erfassen vermag. Der Wortlaut müsste deshalb an sich möglichst breit gefasst werden. Eine breite Formulierung würde allerdings mit dem Bedarf nach Rechtssicherheit kollidieren und wäre mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (*nulla poena sine lege*) problematisch.

Schliesslich sind bezüglich «Dark Patterns» vor allem auch Vollzugsprobleme der hiesigen Strafbehörden auszumachen, weil die unbekannte Täterschaft sich oft im Ausland befindet und den in der Schweiz involvierten Inkassogesellschaften der Vorsatz nicht nachgewiesen werden kann. Die geschilderte Vollzugsproblematik könnte mit einem neuen Spezialtatbestand im UWG nicht gelöst werden.

### **6.3.2.3 Ausweitung des Widerrufsrechts**

#### **6.3.2.3.1 Vorschlag**

Der Anwendungsbereich des Widerrufsrechts im OR könnte auf Fernabsatzverträge erweitert werden (siehe Kapitel 6.1.4.6). Denkbar wäre eine Erweiterung auf alle Verträge im Fernabsatz. Möglich wäre aber auch, die Erweiterung auf Dark Patterns zu begrenzen, indem man als zusätzliche

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Voraussetzungen für den Widerruf verlangt, dass beim Abschluss des Vertrages manipulative Oberflächengestaltungen verwendet wurden. Diese Variante würde bei der Formulierung und Anwendung allerdings zu mehr Schwierigkeiten führen als dies bei einer Erweiterung des Widerrufsrechts auf alle Fernabsatzverträge der Fall wäre. In Ergänzung des geltenden Rechts wäre es empfehlenswert, gewisse Ausnahmen vom Widerrufsrecht zu definieren, bspw. für verderbliche oder individuell angefertigte Waren, weil der Anbieter diese Waren nach Ausübung des Widerrufsrechts nicht mehr verwenden könnte.<sup>146</sup> Dadurch liessen sich die Interessen von Anbieter und den Abnehmenden besser ausbalancieren. Wenn in der Praxis z.B. bei einem ausländischen Anbieter bezahlt wurde, dürfte die Rückforderung des Geldbetrags oft nicht einfach sein.

#### **6.3.2.3.2 Vorteile**

Mit einer Erweiterung des Widerrufsrechts könnten die Nutzenden Verträge, die sie aufgrund der Verwendung von Dark Patterns abgeschlossen haben, einfach und ohne weitere Voraussetzungen beseitigen. Eine solche Erweiterung liesse sich in die bestehende Regelung einfügen, zumal auch diese auf dem Grundgedanken beruht, die Nutzenden vor unüberlegten und ungewollten Vertragsschlüssen zu schützen, die sich aus einer Überrumpelungssituation ergeben können.

Das Widerrufsrecht liesse sich an den Vertragsabschluss im Allgemeinen im Fernabsatz knüpfen. Es könnte nur bei Vorliegen eines Dark Pattern oder allgemein gewährt werden. Beim zweiten Ansatz entfielen schwierige Wertungsfragen über das zulässige Mass an Beeinflussung, die sich bspw. im Zusammenhang mit dem Framing stellen können.

Auch liesse sich das Problem des Informationsdefizits entschärfen, das die Nutzenden bei Online-Vertragsabschlüssen haben, weil sie die Produkte nicht in die Hand nehmen und prüfen können.<sup>147</sup> Zudem würden Anreize gesetzt, dass die Anbieter die Nutzenden über den Inhalt von Verträgen und die Produkte umfassend aufklären, um möglichst wenige Widerrufe zu generieren, die für die Anbieter mit Kosten verbunden sind. Dies würde die Position der Nutzenden stärken. Ein Widerrufsrecht von Verträgen im Allgemeinen im Fernabsatz gibt es aufgrund der Richtlinie 2011/83/EG über die Rechte der Verbraucher<sup>148</sup> in den Mitgliedstaaten der EU, bspw. in Deutschland.<sup>149</sup>

#### **6.3.2.3.3 Nachteile**

Ein Nachteil des Widerrufsrechts ist dessen begrenzte Wirksamkeit. Oft verzichten Personen auf die Ausübung des Widerrufsrechts, weil sie die Kosten der Rücksendung zu tragen haben.<sup>150</sup> Zudem dürfte auch die Rückforderung etwaiger bereits bezahlter Beträge v.a. bei ausländischen Anbietern in der Praxis häufig schwierig sein. Für Privatpersonen lohnt sich deshalb der Aufwand für die Rückabwicklung oft nicht. Zudem ergeben sich auch hier Doppelspurigkeiten, weil es namentlich im UWG schon eine

---

<sup>146</sup> Dazu die Regelung im deutschen Recht: KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 33.

<sup>147</sup> KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 32.

<sup>148</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Abl. 44 vom 4. Juni 1997, S. 19 ff., welche abgelöst wurde durch die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. L, Nr. 304, 22.11.2011, S. 64 ff.

<sup>149</sup> Zum Widerruf beim Vorliegen von Dark Patterns, KÜHLING/SAUERBORN (Fn 15), S. 30.

<sup>150</sup> MARTINI/DREWS/SEELIGER/WEINZIERL (Fn. 22), 62; KÜHLING/SAUERBORN (Fn. 15), S. 33.

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Reihe von Bestimmungen gibt, die darauf ausgerichtet sind, Abnehmer vor übereilten Vertragsschlüssen zu bewahren (bspw. Art. 3 lit. s UWG).

Ausserdem greift ein gesetzliches Widerrufsrecht massgeblich in die Wirtschaftsfreiheit der Anbieter ein. Zudem liessen sich damit nur einen Teil der Dark Patterns erfassen, nämlich diejenigen die zu einem Vertragsschluss führen.

Gegen die Erweiterung spricht, dass die Einführung eines Widerrufsrechts für den Fernabsatz vom Parlament explizit abgelehnt worden ist.<sup>151</sup>

#### 6.3.2.4 Weitere Möglichkeiten

Vorstellbar wäre eine Ausweitung der Regelung zu den AGB: Zwischen AGB und Dark Patterns bestehen auf einer konzeptionellen Ebene Parallelen. Daraus lassen sich aber nicht hinreichend direkt Erkenntnisse für eine Anpassung des geltenden Rechts ableiten, weshalb der Ansatz nicht weiter vertieft wird.

In der Gesetzgebung gibt es derzeit Entwicklungen, die bei der Bekämpfung von Dark Patterns indirekt hilfreich sein könnten. Das Problem, dass Verstöße gegen das UWG zu wenig verfolgt werden, könnte durch die verbesserte kollektive Rechtsdurchsetzung gemildert werden. Die geplante Revision der ZPO und die geplante Stärkung der Verbandsbeschwerde wären wichtige Schritte in diesem Bereich.

Wie bereits unter Punkt 6.3.1.2 erwähnt, enthält die geplante Regulierung der EU zur künstlichen Intelligenz Bestimmungen, die auf Dark Patterns Anwendung finden können, obschon die heute gängigen Formen von Dark Patterns in seltenen Fällen auf Künstlicher Intelligenz basieren. Der Bundesrat plant, bis Ende 2024 einen Bericht vorzulegen, deren Handlungsbedarf sowie allfällige sektorelle und gegebenenfalls horizontale Massnahmen darlegt und als Grundlage für weitere Diskussionen dienen soll.

Denkbar wären auch Vorschläge, die nicht direkt das Recht betreffen. Ein OECD-Paper von 2022<sup>152</sup> hebt verschiedene Punkte hervor, wo Potenzial für die Bekämpfung von Dark Patterns liegt. Laut diesem OECD-Bericht müssen nämlich fundierte Massnahmen nicht nur bei der Gesetzgebung und der Umsetzung ergriffen werden, sondern auch bei folgenden Bereichen: Sensibilisierung und Aufklärung der Konsumentinnen und Konsumenten, Bereitstellung von technischen Hilfsmitteln für Konsumentinnen und Konsumenten, Selbst- oder Co-Regulierung. Dieser Bericht konzentriert sich auf die rechtliche Lösungsskizze (siehe Ausführung unter Schlussfolgerungen), weshalb die verschiedenen OECD-Vorschläge nicht vertiefter ausgeführt werden.

## 7 Handlungsempfehlungen des Bundesrates

Dark Patterns sind vielfältig, relativ schwer zu erfassen, können sich negativ auf das Konsumverhalten auswirken und zu finanziellen Verlusten führen. Der vorliegende Bericht bietet eine Übersicht über Erscheinungsformen von Dark Patterns und mögliche Rechtsfolgen (siehe Kapitel 6.1.5). Er konzentriert sich primär auf rechtliche Lösungsskizzen (siehe Kapitel 6.3.2). Bei der Analyse und den daraus

---

<sup>151</sup> Dazu vorne 6.1.4.6.

<sup>152</sup> OECD Report (Fn. 10).

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

abgeleiteten möglichen Lösungsansätzen handelt es sich um eine Momentaufnahme, welche eine Übersicht über den aktuellen Stand des geltenden Rechts und mögliche Auswirkungen für Nutzende bietet. Die Entwicklungen im Zusammenhang mit Dark Patterns sind weiterhin aufmerksam zu beobachten, um bei Bedarf rechtzeitig reagieren zu können. Dark Patterns kommen grenzübergreifend vor und können nur sinnvoll koordiniert reguliert werden. Internationale Entwicklungen sind daher auch künftig zu beobachten und ihre möglichen Auswirkungen auf die Schweiz regelmässig zu prüfen.

Der Bundesrat geht grundsätzlich davon aus, dass u.a. infolge der kürzlich in Kraft getretenen Revision des DSG, des UWG und des Vertragsrechts bisher bekannte und auch allfällige neue Dark Patterns durch das geltende Recht erfasst werden, auch wenn diese Bestimmungen nicht primär auf Dark Patterns abzielen. Er sieht aus datenschutzrechtlicher Perspektive keinen speziellen Handlungsbedarf im Umgang mit Dark Patterns.

Geprüft wurde aufgrund der analysierten Lösungsskizzen (siehe Kap. 6.3), das *Klagerecht des Bundes* anzupassen (siehe Kap. 6.3.2.1), um die materiell-rechtlichen Vorgaben des UWG besser durchsetzen zu können, wenn Kollektivinteressen bzw. mehrere Personen betroffen sind. Dies könnte auch ein Vorgehen gegen den Einsatz von Dark Patterns vereinfachen, insbesondere wenn dem Bund (vertreten durch das SECO) ermöglicht würde, unabhängig von der Anzahl Beschwerden aktiv zu werden, um Kollektivinteressen zu schützen. Heute kann der Bund mangels genügender Beschwerden und damit mangels Aktivlegitimation in der Regel nicht intervenieren. Von dieser Anpassung könnten Internetnutzende profitieren, während Online-Anbieter stärker dazu angehalten wären, sich im Wettbewerb gesetzeskonform zu verhalten. Dies könnte den lauteren Wettbewerb insgesamt stärken. Der Nationalrat hat das Postulat Müller-Altermatt ([23.3598](#)) vom 31.05.2023 «Wirksame Durchsetzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb» im März 2024 angenommen. Eine allfällige Stärkung der Aktivlegitimation des Bundes in UWG-Verfahren wird im Rahmen des Postulats Müller-Altermatt zu prüfen sein. In seiner Stellungnahme vom 16.08.2023 zum Postulat Müller-Altermatt hat der Bundesrat eine Stärkung der Aktivlegitimation des Bundes in UWG-Verfahren grundsätzlich begrüßt.

Ferner ist der Bundesrat der Meinung, dass auf die Schaffung eines *Spezialtatbestandes im UWG* zum heutigen Zeitpunkt zu verzichten ist (siehe Kap. 6.3.2.2). Erstens ist ein solcher Spezialtatbestand schwierig umfassend zu formulieren, denn es werden laufend neue «Dark Patterns» entwickelt. Zweitens sollten die Erfahrungen und Entwicklungen auf EU-Ebene abgewartet werden (insbesondere Umsetzung DSA). Gegenstand von laufenden Diskussionen ist, wie die Schweiz den DSA umsetzen soll (siehe [23.3068](#)). Drittens würde ein Spezialtatbestand zu Doppelstrafeigkeiten mit bereits bestehenden UWG-Tatbeständen führen, was auch zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte. Viertens ist zu prüfen, in einem ersten Schritt allenfalls nur das Klagerecht des Bundes nach Art. 10 Abs. 3 UWG anzupassen (siehe hierzu auch die Ausführungen vorne), um dem Bund mit einem griffigeren Klagerecht die Möglichkeit zu geben, mit dem bestehenden UWG gegen Dark Patterns vorgehen zu können und Erfahrungen in diesem Bereich zu sammeln. Eine Revision von Art. 10 Abs. 3 UWG wäre zudem im Vergleich zur Schaffung eines UWG-Spezialtatbestands relativ einfach zu bewerkstelligen. Schliesslich sind bezüglich «Dark Patterns» vor allem auch Vollzugsprobleme der hiesigen Strafbehörden auszumachen, weil die unbekannte Täterschaft sich oft im Ausland befindet und den in der Schweiz involvierten Inkassogesellschaften der Vorsatz nicht nachgewiesen werden kann. Die geschilderte Vollzugsproblematik könnte mit einem neuen Spezialtatbestand im UWG nicht gelöst werden.

Die Wirksamkeit der *Ausweitung des Widerrufsrechts im OR* ist ebenfalls beschränkt, würde sie doch nur einen Teilaspekt im Einsatz von Dark Patterns erfassen können (siehe Kap. 6.3.2.3). Es könnten nur jene Dark Patterns erfasst werden, welche zu einem Vertragsabschluss geführt haben. In den EU-

Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren.

Mitgliedstaaten besteht aufgrund der Verbraucherrechte-Richtlinie der EU ein allgemeines Widerrufsrecht im Rahmen von Fernabsatzverträgen (siehe dazu Kapitel 6.3.2.3). Um Konsumierende vor Dark Patterns stärker zu schützen, könnte ein *generelles* Widerrufsrecht im Online-Handel geschaffen werden, wie dies im EU-Recht umgesetzt ist. Die Erweiterung des Widerrufsrechts auf den Online-Handel wurde in der Schweiz in den letzten Jahren mehrfach diskutiert und vom Parlament verworfen (siehe dazu Kapitel 6.1.4.6), zumal sich zahlreiche Fragen stellen: Auch wenn Dark Pattern potenziell geeignet sind, die Willensbildung von Konsumierenden zu beeinflussen, so fehlt oftmals ein Überraschungs- und Überrumpelungseffekt in jenem Ausmass, wie ihn der unmittelbare persönliche Kontakt mit einem Vertreter des Anbieters erzeugen kann. Die Durchsetzung des Widerrufsrechts bei ausländischen, vor allem aussereuropäischen Online-Anbietern, wäre zudem unter Umständen schwierig oder nicht erfolgversprechend. Es ist einerseits fraglich, ob solche Online-Anbieter ein in der Schweizerischen Rechtsordnung verankertes Widerrufsrecht beachten werden und ob ein solches im Land des Anbieters anerkannt würde. Andererseits ist namentlich auch bei Vorauszahlung oder Zahlung mit Kreditkarte die Ausgangslage für Konsumierende ungünstig, da dann für solche Online-Shops kein Anreiz besteht, dem Widerrufsrecht zu entsprechen, und für die Konsumierenden ein rechtliches Vorgehen gegen solche Online-Anbieter angesichts des damit verbundenen Aufwands und der faktischen Hürden wegen des Auslandsbezugs meist nicht in Frage kommen wird.

Für die Schweiz ist es vor diesem Hintergrund sinnvoll, die aktuellen Entwicklungen abzuwarten und zu beobachten, ob diese EU-Vorgaben auch wirksam gegen den unerwünschten Einsatz von Dark Patterns sind. Bis diese Erkenntnisse vorliegen, liegen aus Sicht des Bundesrates nicht genügend neue Umstände vor, die ein Zurückkommen auf diese Entscheide des Parlaments rechtfertigen würden und einen vorzeitigen Entscheid erfordern. Vielmehr soll die Wirkung dieser Entwicklungen im EU-Raum mit Blick auf die Schweiz beobachtet werden. Wenn Handlungsbedarf sichtbar wird, ist zu einem späteren Zeitpunkt die Übernahme eines entsprechenden Ansatzes wie im EU-Recht für die Schweiz möglich.