Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Einführung und Fragestellung 1

A. Stand der Forschung und Zielsetzung 8

B. Gang der Untersuchung, Methodik und Schwerpunkte 11

Teil 1: Die personalisierte Vertragsanbahnung als Untersuchungsgegenstand

A. Vertragsanbahnung im Online-Handel 15

B. Personalisierung durch Big Data 17

I. Erste Phase: Akkumulation marketingrelevanter Daten 19

II. Zweite Phase: Datenanalyse und Profilerstellung 22

III. Dritte Phase: Personalisiertes Online-Marketing 24

1. Personalisierte Online-Werbung 26

a) Targeting-Methoden 29

aa) Online Behavioural Targeting 30

bb) Predictive Behavioural Targeting 31

cc) Psychological Targeting 32

dd) Emotional Targeting 33

b) Das digitale Werbeökosystem und seine Akteure 34

c) Rechtsverhältnisse und Eingrenzung der Untersuchung 41

2. Personalisierte Preise 43

C. Abgrenzung zu verwandten Begriffen und Phänomenen 47

I. Profiling 47

II. Direktwerbung 48

III. Scoring 49

IV. Dark Patterns vs. Digital Nudging 51

Teil 2:
Die personalisierte Vertragsanbahnung als Ursache unerwünschter Verträge

A. Unerwünschter Vertrag 57

B. Verursachung durch die Personalisierung der Vertragsanbahnung 59

I. Vorliegen eines Defekts in der rechtsgeschäftlichen Willensbildung 59

1. Leitbild: Der von endogenen Defekten freie Homo Oeconomicus 61

a) Ausgangspunkt: Rational Choice Theory 63

aa) Rationale Präferenzbildung 63

bb) Rationale Präferenzverwirklichung 64

b) Übertragung auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung 66

2. Feststellung von Defekten mithilfe verhaltensökonomischer Erkenntnisse 67

a) Beschränkte Rationalität im engeren Sinne 69

aa) Urteilsfehler 70

(1) Verfügbarkeits- und Repräsentativitätsheuristik 72

(2) Affektheuristik 74

(3) Selbstüberschätzung und Überoptimismus 76

bb) Entscheidungsanomalien 78

(1) Ankereffekt 78

(2) Aversion gegen Extreme 78

(3) Framinganomalie 79

(4) Bedeutung für die rechtsgeschäftliche Willensbildung 80

b) Beschränkte Willensmacht 80

II. Identifikation und Konkretisierung relevanter Fallgestaltungen 82

1. Vertragstheoretische Grundlage: Behavioral Contract Theory 82

2. Übertragung der Erkenntnisse auf die personalisierte Vertragsanbahnung 84

a) Data Driven Exploitative Contracting 84

b) Exploitative Advertising 86

c) Synthese: Data Driven Exploitative Advertising 87

d) Empirie 91

aa) Personalisierte Online-Werbung 92

bb) Personalisierte Preise 94

C. Auswirkungen auf die Privatautonomie 98

I. (Funktions-)Voraussetzungen von Privatautonomie 98

1. Ausgangspunkt: Das Erfordernis formeller und materieller Selbstbestimmung 99

2. Kriterien zur Ermittlung von (Defiziten in der) Entscheidungsfreiheit ... 105
a) Anknüpfungspunkt: „Gestörte Vertragsparität"? ... 105
b) Konkretisierung von Entscheidungsfreiheit anhand des Gesetzes ... 110
c) Feinjustierung mithilfe philosophischer Ansätze ... 114
aa) Das Autonomiekonzept von *Dworkin* ... 114
bb) Übertragbarkeit auf die Privatautonomie ... 116
cc) Übertragung auf die Privatautonomie ... 118
II. Übertragung auf personalisiert angebahnte unerwünschte Verträge ... 120
1. Endogene Beeinträchtigung aufgrund beschränkter Rationalität ... 120
2. Exogene Beeinträchtigung durch Ausnutzung beschränkter Rationalität ... 121
a) Täuschung und Druck ... 122
b) Manipulation ... 123
D. Zusammenfassung und Konsequenz ... 125

Teil 3: Schutz vor personalisiert angebahnten unerwünschten Verträgen de lege lata

A. Rahmenbedingungen ... 129
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben zum Schutz der Privatautonomie ... 129
1. Obere Grenze: Privatautonomie als Abwehrrecht ... 129
2. Untere Grenze: Privatautonomie als Schutzpflicht ... 130
3. Konsequenz für die Rechtsanwendung ... 134
II. Prinzip der Selbstverantwortung und des Vertrauensschutzes ... 135
B. Ex-ante-Schutzinstrumente ... 137
I. Datenschutzrechtlicher Vorfeldschutz ... 137
1. Überblick: Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Personalisierung ... 138
2. Einwilligung als Schutzinstrument der Privatautonomie? ... 142
a) Rechtliche Bedenken ... 144
aa) Freiwilligkeit ... 144
bb) Informiertheit ... 145
b) Bedenken aus Sicht der Verhaltensökonomik ... 147
3. Fazit zum datenschutzrechtlichen Vorfeldschutz ... 149
II. Transparenzvorschriften ... 149
1. Hintergrund: Das Informationsmodell und seine Grenzen ... 150
2. Datenschutzrecht: Artt. 13, 14 DSGVO ... 154
3. Digital Services Act: Artt. 26 Abs. 1, 27 DSA ... 157

a) Anwendungsbereich 158
b) Inhalt und Telos 160
c) Kritik 161
aa) Art. 27 DSA 161
bb) Art. 26 Abs. 1 lit. d) DSA 162
4. Verbrauchervertragsrecht: Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 EGBGB 164
a) Inhalt und Telos 165
b) Schutzpotenzial 166
c) Kritik 167
d) Fazit 169
5. KI-Verordnung: Art. 50 Abs. 1, Abs. 3 KI-VO 169
a) Inhalt 170
b) Kritik 171
6. Fazit zu den Transparenzvorschriften 172
III. Verbote 173
1. Datenschutzrecht: Verbot automatisierter Entscheidungen: Art. 22 DSGVO 173
a) Anwendbarkeit 174
aa) Meinungsstand 174
bb) Eigener Standpunkt 175
b) Schutzpotenzial 177
2. Digital Services Act 177
a) Verbot manipulativer Online-Schnittstellen: Art. 25 DSA 177
b) Verbot von Werbung auf der Basis sensibler Daten: Art. 26 Abs. 3 DSA 179
c) Verbot von Werbung gegenüber Minderjährigen: Art. 28 Abs. 2 DSA 181
d) Fazit zu den Verboten des DSA 182
3. Lauterkeitsrecht 183
a) Verbot aggressiver Geschäftspraktiken: § 4a UWG 184
b) Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt: § 3 Abs. 2 UWG 186
aa) Auffassungen in der Literatur 187
bb) Eigener Standpunkt 188
c) Eignung zur qualifizierten Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit? 190
aa) Grundsatz: Leitbild des Durchschnittsverbrauchers 191
bb) Ausstrahlungswirkung des Art. 25 DSA auf das Verbraucherleitbild? 192
cc) Ausnahme: Besonders schutzbedürftige Verbraucher 193
d) Fazit zum lauterkeitsrechtlichen Vorfeldschutz 195

4. KI-Verordnung: Verbotene KI-Systeme: Artt. 5 Abs. 1 S. 1 lit.a),b) KI-VO ... 196
5. Bürgerliches Recht ... 200
a) Geschäftsunfähigkeit: § 105 Abs. 2 BGB analog? ... 201
b) Sittenwidrigkeit ... 202
aa) § 138 Abs. 2 BGB ... 202
bb) § 138 Abs. 1 BGB ... 204
c) Übergreifender Einwand gegen eine Vertragsnichtigkeit ipso iure ... 206
IV. Fazit zum geltenden Ex-ante-Schutzprogramm ... 207
C. Ex-post-Schutzinstrumente ... 208
I. Widerruf: §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1, 312g Abs. 1, 312c, 312 BGB ... 208
II. Rücktritt: §§ 346 Abs. 1 BGB ... 210
III. Anfechtung: § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ... 211
1. § 123 BGB (analog) ... 212
2. § 119 Abs. 2 BGB ... 214
IV. Schadensersatz ... 215
1. Deliktsrecht ... 217
a) Art. 82 DSGVO ... 217
b) § 823 Abs. 1 BGB ... 218
c) § 826 BGB und § 831 BGB ... 219
d) Gefährdungshaftung ... 223
2. Lauterkeitsrecht: § 9 Abs. 2 UWG ... 224
3. Vertragsrecht: §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB ... 227
a) Anwendbarkeit ... 228
b) Haftungsvoraussetzungen ... 229
aa) Pflichtenmaßstab ... 230
bb) Data Driven Exploitative Advertising als „Überrumpelung"? ... 230
cc) Missachtung des „Gebot des fairen Verhandelns"? ... 231
dd) Zwischenfazit ... 234
4. Spezielles Haftungsregime wegen der Ausnutzung beschränkter Rationalität ... 234
a) Haftungsbegründung nach Hacker ... 235
aa) Phänomenologischer Anknüpfungspunkt: *Wesentliche* Einflussnahme ... 235
bb) Sachlicher Anknüpfungspunkt: *Erhebliches* Rationalitätsdefizit ... 236
cc) Pflichtverletzung: *Ausnutzung* des erheblichen Rationalitätsdefizits ... 236

b) Übertragbarkeit auf personalisiert angebahnte unerwünschte Verträge 237
aa) Data Driven Exploitative Advertising als *wesentliche* Einflussnahme 238
(1) Vergleich zu herkömmlichen Verkaufsstrategien 238
(2) Möglichkeiten des Selbst(-daten)schutzes 241
(a) Anwendung von Verwirrungs- und Manipulationspraktiken 241
(b) Einsatz spezieller Technologien 242
(c) Nutzung von Vergleichsportalen 245
(3) Schützende Markt- und Wettbewerbsmechanismen 246
(a) Schutzkraft des Marktes? 246
(b) Schutzkraft des Wettbewerbs? 247
(4) Zwischenergebnis 249
bb) Konkretisierung der Erheblichkeit des Rationalitätsdefizits 249
cc) Beweisschwierigkeiten 250
(1) Vermutung rationalen Verhaltens? 251
(2) Vermutungswirkung bei fehlender Entscheidungsalternative? 251
(3) Beweislastverteilung nach der „konkretisierenden Äquivalenztheorie"? 252
(4) Fazit zu den Beweisschwierigkeiten 254
dd) Vermeidung einer Pflichtverletzung durch Debiasing? 254
5. Fazit zum vorgeschlagenen Haftungsregime 255
D. Zusammenfassung des Rechtsschutzes de lege lata und Fazit 256

Teil 4:
Schutz vor personalisiert angebahnten unerwünschten Verträgen de lege ferenda

A. „Recht auf Nichtpersonalisierung"? 259
B. Erweiterung der „Schwarzen Liste" im UWG? 261
C. Gefährdungshaftung für personalisierende Algorithmen? 262
D. Widerrufsrecht für personalisiert angebahnte unerwünschte Verträge? 264
I. Rechtsethische Legitimation 264
II. Verfassungsrechtliche Legitimation 265
1. Geeignetheit 266
2. Erforderlichkeit 266

3. Angemessenheit ... 267
a) Übermaß an Schutz? ... 268
b) Untermaß an Schutz? ... 269
III. Fazit und Konsequenz ... 269

Teil 5:
Eigener Regulierungsvorschlag

A. Ausgangspunkt: Rechtliche Behandlung interner Kalkulationsirrtümer ... 273
I. Rechtsprechung des BGH zu beachtlichen internen Kalkulationsirrtümern ... 275
II. Kritik der Literatur und eigener Standpunkt ... 277
1. Tatbestand beachtlicher Kalkulationsirrtümer ... 277
2. Rechtsfolge beachtlicher Kalkulationsirrtümer ... 280
a) § 119 Abs. 1 BGB analog? ... 280
b) § 119 Abs. 2 BGB (analog)? ... 281
c) Hinweispflicht und Pflicht zur Abstandnahme aus § 241 Abs. 2 BGB ... 283
III. Zusammenfassung ... 284
B. Übertragung auf personalisiert angebahnte unerwünschte Verträge ... 285
I. Tatbestand beachtlicher Rationalitätsdefizite ... 285
II. Rechtsfolgen beachtlicher Rationalitätsdefizite ... 287
1. Pflicht zur Abstandnahme? ... 287
2. Pflicht zum personalisierten Debiasing-Hinweis? ... 287
a) Herleitung ... 289
aa) Vorgaben der Rechtsprechung und Konkretisierung durch die Literatur ... 289
bb) Übertragung auf die personalisierte Vertragsanbahnung ... 290
b) „Wie" der Aufklärung: Berücksichtigung individueller kognitiver Grenzen? ... 291
c) Modifikation: Abstufung des Pflichtenumfangs anhand Debiasing-Empirie? ... 293
d) Bewertung ... 295
aa) Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum Anlegerschutz ... 297
bb) Praktische Schwierigkeiten und faktisches Verbot der Personalisierung ... 298
cc) Unzureichender Schutz ... 298
dd) Fehlende Empirie ... 299

3. Lösungsvorschlag: Pflicht zur Gewährung eines vertraglichen Widerrufsrechts ... 299
a) Argumente für ein Opt-in-Modell ... 300
b) Argumente für ein Opt-out-Modell ... 301
c) Fazit ... 302
4. Mitverschulden und Rückabwicklung ... 302
III. Beweisfragen ... 303
1. Nachweis eines Rationalitätsdefizits ... 304
2. Nachweis der Erheblichkeit des Rationalitätsdefizits ... 305
3. Nachweis der Ausnutzung des erheblichen Rationalitätsdefizits ... 306
a) Beweislastumkehr? ... 306
b) Sekundäre Darlegungslast? ... 307
aa) Voraussetzungen ... 308
(1) Mögliche und zumutbare Aufklärung durch Werbetreibende ... 308
(a) Technische Unmöglichkeit? ... 308
(b) Rechtliche Unmöglichkeit? ... 311
(c) Unzumutbarkeit? ... 312
(2) Keine Aufklärungsmöglichkeit der Werbeadressaten ... 314
(a) Werbearchiv gemäß Art. 39 DSA ... 314
(b) Right to explain aus der DSGVO? ... 315
(c) Recht auf Erläuterung einer KI-Entscheidung gemäß Art. 86 KI-VO ... 315
(3) Zwischenergebnis ... 316
bb) Umfang der sekundären Darlegungslast ... 316
(1) Primäre Darlegung der Marketingadressaten ... 316
(2) Substantiiertes Bestreiten der Werbetreibenden ... 317
IV. Zusammenfassung des eigenen Ansatzes ... 319

Teil 6:
Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

Fazit ... 325
Literaturverzeichnis ... 327
Sachregister ... 385