

Personalisierte Verbraucherinformationen

Rechtsgutachten im Auftrag des
Sachverständigenrats für Verbraucherfragen
beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

vorgelegt von

Prof. Dr. Christoph Busch, Maître en Droit
Universität Osnabrück

August 2020

Wesentliche Ergebnisse

A. Das Informationsmodell des Verbraucherschutzes im geltenden Recht

- (1) Informationspflichten sind eines der wichtigsten Instrumente des deutschen und europäischen Verbraucherrechts. Die Rechtsprechung legt bei der Konkretisierung der Informationspflichten das typisierende Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ zugrunde. Dies führt im Ergebnis zu einer Standardisierung der Verbraucherinformationen.
- (2) Rechtspolitische Vorschläge für eine Differenzierung des Verbraucherleitbildes werden bislang nur zögerlich aufgegriffen. Zwar zeigen sich in der neueren Rechtsprechung des EuGH Ansätze für eine Anpassung des Verbraucherleitbildes. Insgesamt dominiert aber nach wie vor der Standard des informierten und informierbaren Durchschnittsverbrauchers.
- (3) Ein entscheidender Grund für den Erfolg des Informationsmodells ist sein „ökumenischer“ Charakter, der ganz unterschiedliche rechtspolitische Positionen miteinander verbindet. Während für die einen Informationspflichten als geringster Eingriff in das freie Spiel der Marktkräfte gelten, sehen andere darin ein Instrument zur Stärkung von Eigenverantwortung und Selbstbestimmung der Verbraucher.
- (4) Empirische Erkenntnisse aus Kognitionspsychologie und Verhaltensökonomik stellen das Informationsmodell und das ihm zugrundeliegende Modell rationalen Verhaltens zunehmend in Frage. Da die Fähigkeit der Verbraucher zur Aufnahme und Verarbeitung von Informationen begrenzt ist, sind sie mit der großen Menge an Informationen oft überfordert (*information overload*). Ferner entspricht das Entscheidungsverhalten von Verbrauchern häufig nicht den Modellannahmen strikter Rationalität, sondern wird durch kognitive Verzerrungen beeinflusst. Hinzu kommt, dass das standardisierte Informationsmodell die unterschiedlichen Informationsbedürfnisse von Verbrauchern nicht adäquat berücksichtigt (*information mismatch*).
- (5) Während über die Defizite des bisherigen Informationsmodells ein breiter Konsens herrscht, besteht keine Einigkeit hinsichtlich der Frage, welcher regulatorische Ansatz an die Stelle des Informationsmodells treten sollte. Das Spektrum an Reformvorschlägen reicht von marktbasierter Lösungen über *nudging* und *smart disclosures* bis hin zur Forderung nach einer Ausweitung zwingender materieller Verbraucherschutzregeln (z.B. Gewährleistungsregeln, Klauselkontrolle).

B. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata

- (6) Eine Lösung für das Doppelproblem von *information overload* und *information mismatch* könnte eine Personalisierung von Verbraucherinformationen bieten. Dadurch könnte die Relevanz der Informationen für den jeweiligen Verbraucher erhöht werden. Streuverluste bei der Informationserteilung könnten verringert werden.

- (7) Im geltenden Recht findet sich bereits eine Reihe von Anknüpfungspunkten für personalisierte Verbraucherinformationen. Als Vorbild kann dabei die Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung im Anlegerschutzrecht dienen, die inzwischen Ausstrahlungswirkungen auch auf andere Rechtsgebiete entfaltet. Ansatzpunkte für eine differenzierte Informationserteilung finden sich daneben im Lauterkeitsrecht sowie mit Einschränkungen im Verbrauchervertragsrecht.
- (8) Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob mit der immer umfassenderen Sammlung und Verarbeitung von Verbraucherdaten bereits *de lege lata* eine Pflicht zur kundengerechten Information erwächst. Dies würde bedeuten, dass Unternehmer die von ihnen gesammelten Daten nicht mehr nur zu Werbezwecken verwenden dürfen, sondern diese auch zum Schutz ihrer Kunden einsetzen müssten.

C. Personalisierte Verbraucherinformationen *de lege ferenda*

- (9) Durch den Einsatz digitaler Technologien lassen sich die bestehenden Regelungen zur Personalisierung von Informationen verallgemeinern und gewissermaßen „skalieren“. Nach dem Modell eines *personalized law* könnte damit in naher Zukunft eine algorithmengestützte Personalisierung von Verbraucherinformationen in vielen Bereichen möglich werden. Die Defizite des bisherigen Informationsmodells könnten so gewissermaßen *ex machina* behoben werden.
- (10) Den Kern eines künftigen Modells personalisierter Verbraucherinformation könnten algorithmische Empfehlungssysteme (*recommender systems*) bilden, wie sie heute bereits bei vielen digitalen Geschäftsmodellen eingesetzt werden. Mittels solcher Systeme könnten Verbraucherinformationen nach Relevanz gefiltert werden, um den jeweiligen Verbrauchern die für sie besonders bedeutsamen Informationen in hervorgehobener Weise anzuzeigen.
- (11) Für die Ausgestaltung der Empfehlungssysteme bestehen zahlreiche regulatorische Designoptionen in Bezug auf die *Dimensionen* der Personalisierung (z.B. Inhalt, Detailgrad, Darbietung der Informationen) und die *Kriterien* der Personalisierung (z.B. Verbraucherpräferenzen, Gesundheitsrisiken, finanzielle Vulnerabilität). Ferner lassen sich nach dem Grad der rechtlichen Verbindlichkeit drei Stufen der Personalisierung unterscheiden (Gestattung, Privilegierung und Anordnung von personalisierten Verbraucherinformationen).
- (12) Das hier skizzierte Modell einer algorithmischen Personalisierung von Verbraucherinformationen stößt allerdings an gewisse technische und konzeptuelle Grenzen. So hängt die Leistungsfähigkeit des Systems in hohem Maße von der Verfügbarkeit qualitativ hochwertiger Daten ab. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich Fehler in Form von *false positives* und *false negatives* nicht gänzlich vermeiden lassen. Eine weitere Begrenzung des Modells liegt darin, dass die Personalisierung nicht den Verbraucher als Individuum in den Blick nimmt, sondern lediglich sein digitales *alter ego*, das aus den verfügbaren Datenpunkten rekonstruiert wird.

D. Rechtliche Rahmenbedingungen für personalisierte Verbraucherinformationen

- (13) Auf der Ebene des Unionsrechts erfährt die Personalisierung von Verbraucherinformationen eine Rechtfertigung durch Art. 38 GRCh. Eine Verpflichtung zur Personalisierung lässt sich aus dieser Regelung dagegen nicht ableiten.
- (14) Die Ausgestaltung des Empfehlungssystems muss den Anforderungen von Art. 3 GG genügen. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, inwieweit das typisierende Verbraucherleitbild noch mit Art. 3 GG vereinbar ist. Die bislang zur Rechtfertigung von Typisierungen vorgebrachten Kosten- und Praktikabilitätsargumente verlieren angesichts der wachsenden Leistungsfähigkeit von algorithmischen Systemen an Überzeugungskraft. Je nach Fallkonstellation könnte eine Personalisierung daher sogar verfassungsrechtlich geboten sein.
- (15) Das Konzept eines *personalized law* ist auch mit dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes aus Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar. Die Regeln zur Personalisierung von Verbraucherinformationen stellen keine unzulässigen „Einzelfallgesetze“ oder gar „Einzelpersonengesetze“ dar, sondern sehen lediglich eine algorithmengestützten Konkretisierung abstrakt-genereller Informationsgebote vor.
- (16) Ein System zur Personalisierung von Verbraucherinformationen muss den Anforderungen des Datenschutzrechts genügen. Dabei sind insbesondere die strengen Anforderungen für automatisierte Einzelentscheidungen (Art. 22 DS-GVO) zu beachten. Die besonderen Anforderungen für Scoringverfahren (§ 31 BDSG), die nicht unmittelbar auf die Personalisierung von Verbraucherinformationen anwendbar sind, sollten zu einem „Qualitätssicherungsrecht für Verfahren prädiktiver Analytik“ weiterentwickelt werden.
- (17) Auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung kommt es zu einer Überlagerung der Durchsetzungsregime aus Datenschutz- und Verbraucherrecht. Sowohl die Instrumente der individuellen als auch der kollektiven Rechtsdurchsetzung stoßen dabei (wie auch bei anderen algorithmischen Systemen) schnell an ihre Grenzen. Um eine effektive Kontrolle der Empfehlungssysteme zu gewährleisten, sollte daher eine Erweiterung von behördlichen Durchsetzungsbefugnissen erwogen werden.

E. Auswertung der empirischen Studie und weiterer Forschungsbedarf

- (18) Die Ergebnisse der empirischen Studie geben Anlass, genauer zu prüfen, in welchen Konstellationen der Einsatz von personalisierten Informationen sinnvoll ist. Möglicherweise ist die Wirkung der Personalisierung stark abhängig vom jeweiligen Produkt und der Art des Entscheidungsprozesses. Zu untersuchen ist ferner, ob die Wirkung personalisierter Verbraucherinformationen durch eine Emotionalisierung der Information erhöht werden kann.
- (19) Weiterer Forschungsbedarf besteht auch zu den Wirkungen einer „umgekehrten Personalisierung“, durch die ein gesellschaftlich erwünschtes Verbraucherverhalten (z.B. Nachhaltigkeitsverhalten) gefördert werden könnte.

Inhaltsübersicht

Einführung	7
Teil A: Das Informationsmodell des Verbraucherschutzes im geltenden Recht.....	9
I. Verbraucherschutz durch Information.....	9
1. Informationspflichten im deutschen und europäischen Verbraucherrecht	9
2. Informationsmodell und Verbraucherleitbild.....	10
3. Rechtspolitische Hintergründe des Informationsmodells	11
II. Das verbraucherrechtliche Informationsmodell im juristischen Diskurs.....	13
1. Zivilrechtsdogmatische Einschätzung	13
2. Kritik aus verhaltensökonomischer Perspektive.....	14
a) Informationsaufnahme und -verarbeitung	14
b) Entscheidungsverhalten.....	16
c) Heterogenität der Normadressaten	16
3. Alternativen zum bisherigen Informationsmodell	17
a) Marktbasierte Lösungen.....	17
b) Zwingendes materielles Verbraucherrecht.....	18
c) Nudging	19
d) Smart Disclosures	20
III. Zusammenfassung	21
Teil B: Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata	22
I. Pflicht zur kundengerechten Beratung.....	22
II. Differenziertes Verbraucherleitbild im Lauterkeitsrecht	24
III. Transparenzgebote im Verbrauchervertragsrecht	25
IV. Wissenszurechnung und Big Data	27
Teil C: Personalisierte Verbraucherinformationen de lege ferenda.....	30
I. Algorithmisches Empfehlungssystem	31
II. Zentrale und dezentrale Personalisierung	32
III. Dimensionen der Personalisierung	33
1. Inhaltliche Differenzierung.....	33
2. Detailgrad und Komplexität	34
3. Darbietung der Information	34
IV. Kriterien der Personalisierung	35
1. Verbraucherpräferenzen	36
2. Gesundheitsrisiken.....	38
3. Finanzielle Vulnerabilität	38

V. Stufenmodell der Personalisierung – drei Szenarien	40
1. Gestattung personalisierter Information	40
2. Privilegierung personalisierter Information	42
3. Anordnung personalisierter Information	43
VI. Grenzen einer Personalisierung von Verbraucherinformationen.....	44
1. Technische Grenzen	44
2. Konzeptuelle Grenzen.....	45
Teil D: Rechtliche Rahmenbedingungen für personalisierte Verbraucherinformationen .	47
I. Unionsrechtlicher Rahmen.....	47
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben	48
1. Gleichheitssatz und Grenzen der Typisierung	48
a) Allgemeiner Gleichheitssatz.....	48
b) Besondere Differenzierungsverbote.....	50
c) Abschied von der Typisierung?	51
2. Allgemeinheit des Gesetzes.....	52
III. Datenschutzrechtliche Anforderungen.....	54
1. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung	55
2. Automatisierte Einzelentscheidung und Profiling	56
3. Qualitätsanforderungen für Scoringverfahren	59
IV. Rechtsdurchsetzung.....	60
1. Individuelle Rechtsdurchsetzung	61
2. Kollektive Rechtsdurchsetzung	62
3. Behördliche Rechtsdurchsetzung	63
Teil E: Auswertung der empirischen Studie und weiterer Forschungsbedarf.....	65
I. Kurzzusammenfassung der empirischen Studie.....	65
1. Zielsetzung und Experimentaldesign	65
2. Ergebnisse	66
II. Diskussion der Ergebnisse	66
1. Produktart und Entscheidungsprozesse	66
2. Darbietung der Information	67
3. Emotionale Personalisierung	68
4. Umgekehrte Personalisierung.....	68
5. Transparenz der Personalisierung	68
6. Einfluss der Vorbefragung.....	69

Einführung

Ausgehend von dem Befund, dass sich das verbraucherpolitische Instrument der Verbraucherinformation in der Krise befindet, geht die vorliegende Studie der Frage nach, inwieweit eine datenbasierte Personalisierung von Informationen zu einer Erneuerung des Instruments der Verbraucherinformation beitragen kann.

„Personalisierung“ von Verbraucherinformationen im hier verwendeten Sinne bedeutet, dass sich Inhalt und Darbietung der Informationen nicht mehr wie bisher am typisierenden Leitbild eines (fiktiven) Durchschnittsverbrauchers orientieren, sondern auf die individuellen Informationsbedarfe und Verständnishorizonte einzelner Verbraucher abstellen. Dadurch wird der Heterogenität der Normadressaten besser Rechnung getragen und die Relevanz der Information für den einzelnen Verbraucher erhöht. Um zu ermitteln, welche Informationen für den Einzelnen relevant sind, könnten dabei Verfahren der prädiktiven Analytik eingesetzt werden, wie sie bereits in vielen Bereichen der digitalen Kommunikation zur Filterung und Empfehlung von Inhalten verwendet werden.

Die Studie greift dabei die noch recht neue und bisher vor allem in der englischsprachigen Literatur geführte Diskussion über eine datenbasierte Personalisierung von Rechtsnormen (*personalized law*) auf.¹ Zugleich ist sie Teil einer neueren Forschungsrichtung, die der Frage nachgeht, inwieweit algorithmische Entscheidungssysteme und Verfahren der prädiktiven Analytik zur Verwirklichung verbraucherpolitischer Ziele eingesetzt werden können. Diesem Ansatz liegt die Überlegung zugrunde, dass der zunehmende Einsatz algorithmischer Systeme nicht nur neue Risiken für Verbraucher schafft (z.B. digitale Manipulation,² personalisierte Preise³), sondern auch Chancen für die Verbraucherpolitik bietet, etwa durch den Einsatz von *consumer protection technologies*.⁴

¹ Grundlegend Porat/Strahilevitz, Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data 112 Michigan Law Review 1417 (2014); Sunstein, Choosing not to Choose: Understanding the Value of Choice, 2015, S. 157-73; siehe auch Hacker, Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates, 25 European Review of Private Law 651 (2017); Busch, 86 Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law 309 (2019); siehe ferner die Beiträge in Busch/De Franceschi (Hrsg.) Data Economy and Algorithmic Regulation: A Handbook on Personalized Law, 2020.

² Calo, Digital market manipulation, 82 George Washington Law Review 995 (2013); Wagner/Eidenmüller, Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences: The Dark Side of Personalized Transactions, 86 University of Chicago Law Review 581 (2019); siehe auch Schmitz, Secret Consumer Scores and Segmentations: Separating Haves from Have-Nots, Michigan State Law Review 1411 (2014).

³ Zander-Hayat/Reisch/Steffen, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 ff.; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447 ff.; Hennemann, Die personalisierte Vertragsanbahnung, AcP 219 (2019) 818 ff.; siehe auch Domurath/Groß/Zander-Hayat, Personalisierte Preise, Working Paper des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen, 2016.

⁴ Thorun/Diels, Consumer Protection Technologies: An Investigation Into the Potentials of New Digital Technologies for Consumer Policy, 43 Journal of Consumer Policy 177 (2020); Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers, 30 Harvard Journal of Law & Technology 309 (2016); Micklitz/Paika/Panagis, The empire strikes back: digital control of unfair terms of online services, 40 Journal of consumer policy 367 (2017).

Bei dem hier vorgestellten und aus juristischer Sicht untersuchten Modell personalisierter Verbraucherinformationen handelt es sich um einen Anwendungsfall von *algorithmic regulation* (im Sinne einer Regulierung *durch* Algorithmen).⁵ Die hier diskutierten Regulierungsoptionen stehen daher im Zusammenhang mit den derzeit breit geführten gesellschaftlichen und rechtspolitischen Debatten über die Notwendigkeit einer „Algorithmenregulierung“ (im Sinne einer Regulierung *von* Algorithmen).⁶ Insoweit knüpft die Studie an Vorarbeiten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (SVRV) zu den rechtlichen Anforderungen an Scoring-Algorithmen an.⁷

In Teil A der Studie wird das Instrument der Verbraucherinformation zunächst aus rechtssystematischer und rechtsökonomischer Sicht untersucht. Den Ausgangspunkt bildet ein knapper Überblick über die Verwendung von Verbraucherinformationen durch den deutschen und europäischen Gesetzgeber sowie die rechtspolitischen Hintergründe des Informationsmodells. Darauf aufbauend wird der juristische und rechtsökonomische Diskurs zu Stärken und Schwächen von Verbraucherinformationen als Instrument des Verbraucherschutzes nachgezeichnet und herausgearbeitet, dass das geltende Modell standardisierter Verbraucherinformation unter erheblichen Defiziten leidet.

Diese Defizite könnten im geltenden und im künftigen Recht durch eine stärkere Personalisierung von Verbraucherinformationen behoben werden. In Teil B wird zunächst untersucht, welche Anknüpfungspunkte für personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata bereits bestehen. Daran anknüpfend werden in Teil C Regulierungsoptionen für eine Personalisierung von Verbraucherinformationen de lege ferenda skizziert.

In Teil D werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine künftige datenbasierte Personalisierung von Verbraucherinformationen beleuchtet. Dabei werden zunächst Vorgaben des Unions- und Verfassungsrechts in den Blick genommen, sodann datenschutzrechtliche Anforderungen und Fragen der Rechtsdurchsetzung erörtert.

Parallel zur Erstellung der vorliegenden juristischen Studie wurde im Auftrag des SVRV eine empirische Studie⁸ zur Personalisierung von Verbraucherinformationen durchgeführt. In Teil E werden die wesentlichen Ergebnisse der empirischen Studie aus juristischer Perspektive diskutiert. Dabei wird erörtert, welche Schlussfolgerungen aus der empirischen Studie für die konkrete Ausgestaltung personalisierter Verbraucherinformationen gezogen werden können. Ferner wird aufgezeigt, zu welchen Fragen weiterer Forschungsbedarf besteht.

⁵ Siehe dazu die Beiträge in Yeung/Lodge (Hrsg.) *Algorithmic Regulation*, 2019.

⁶ Statt vieler Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 2019; siehe auch Hacker, *Europäische und nationale Regulierung von künstlicher Intelligenz*, NJW 2020, 2142 ff.

⁷ SVRV, *Verbrauchergerechtes Scoring*, 2018; siehe auch die Studie der Gesellschaft für Informatik (Fachgruppe Rechtsinformatik) im Auftrag des SVRV zum Thema „Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren“, 2018; siehe ferner Wagner/Gerberding, *Qualitätssicherung für „Predictive Analytics“ durch digitale Algorithmen*, ZRP 2019, 116 ff.

⁸ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, *Personalisierte Verbraucherinformationen*, 2020.

Teil A: Das Informationsmodell des Verbraucherschutzes im geltenden Recht

I. Verbraucherschutz durch Information

Bevor die Möglichkeit einer Personalisierung von Verbraucherinformationen näher in den Blick genommen werden, soll zunächst ein knapper Überblick über die Bedeutung von Informationspflichten im geltenden Verbraucherrecht und die rechtspolitischen Hintergründe des verbraucherrechtlichen Informationsmodells gegeben werden.

1. Informationspflichten im deutschen und europäischen Verbraucherrecht

Informationspflichten sind eines der wichtigsten Instrumente des deutschen und europäischen Verbraucherrechts.⁹ Seit vielen Jahren ist insbesondere auf europäischer Ebene ein ungebrochener Trend zur Ausweitung der Informationspflichten zu beobachten. Der Versuch einer Bestandsaufnahme und Systematisierung der verbraucherrechtlichen Informationspflichten wurde in der Literatur bereits oft unternommen.¹⁰ Auf eine detaillierte Auflistung einzelner Informationspflichten mit Angaben zu Inhalt, Zeitpunkt und Form der Informationserteilung kann hier daher verzichtet werden. Der Fokus soll vielmehr auf der Entwicklung des verbraucherrechtlichen Informationsmodells und den tieferliegenden Gründen für die Popularität von Informationspflichten als wichtigstem Instrument des Verbraucherschutzes liegen.

In den Anfangsjahren des europäischen Verbraucherrechts spielten Informationspflichten zunächst eine eher untergeordnete Rolle. Das Verbraucherrecht der 1970er und 1980er Jahre setzte nicht in erster Linie auf Schutz durch Information, sondern auf die Einführung spezifischer Rechtsbehelfe, Widerrufsrechte und Schadensersatzansprüche.¹¹ So verpflichtete etwa die Haustürwiderrufsrichtlinie (85/577/EWG) die Gewerbetreibenden lediglich dazu, den Verbrauchern Informationen über das Widerrufsrecht sowie den Namen und die Anschrift der Person mitzuteilen, gegenüber der dieses Recht ausgeübt werden konnte.¹² Das wichtigste Verbraucherschutzinstrument der Haustürwiderrufsrichtlinie war das Widerrufsrecht, nicht eine lange Liste von Pflichtangaben, wie sie heute charakteristisch für viele Richtlinien des Verbraucheracquis ist.

⁹ Fleischer, Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 772, 781; Kroll-Ludwigs, Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP 2010, 509, 514; ebenso Bar-Gill/Ben-Shahar, Regulatory techniques in consumer protection, 50 Common Market Law Review 109, 110 (2013) ("standard staple of consumer protection"); Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, S. 799 („zentrale Säule“); ebenso Kieninger, Informationspflichten als Allheilmittel des Verbraucherschutzrechts? in: Verhandlungen des 69. DJT 2012, Band II/1, S. I 29 („tragende Säule“).

¹⁰ Siehe etwa Fleischer, ZEuP 2000, 772 ff.; Ebers, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, S. 802 ff; von Vogel, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, S. 47 ff.; Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.) Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001; Schulze/Ebers/Grigoleit (Hrsg.) Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003; Howells/Janssen/Schulze (Hrsg.) Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness, 2005; siehe ferner Twigg-Flesner/Schulze, Protecting rational choice: information and the right of withdrawal, in Howells/Ramsay/Wilhelmsson (Hrsg.) Handbook of Research on International Consumer Law, 2010, S. 130 ff.

¹¹ Micklitz, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. DJT 2012, A 15.

¹² Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 85/577/EWG.

Die folgenden Jahre waren dagegen geprägt durch eine kontinuierliche Ausweitung von Informationspflichten und den damit einhergehenden Aufstieg des verbraucherrechtlichen Informationsmodells. Eine primärrechtliche Verankerung findet das Informationsmodell inzwischen in Art. 169 Abs. 1 AEUV. Danach ist die Europäische Union zur Förderung des Rechts der Verbraucher auf Information verpflichtet. Seine konkreten Ausprägungen findet das Informationsmodell in den zahlreichen Richtlinien des Sekundärrechts, die eine wachsende Zahl an Informationspflichten vorsehen. Mit jeder Überarbeitung einer Richtlinie nimmt dabei die Zahl der Informationsgebote zu. Dies gilt etwa im Verhältnis der ursprünglichen Verbraucherkreditrichtlinie aus dem Jahr 1987 (87/102/EWG) zur überarbeiteten Richtlinie aus dem Jahr 2008 (2008/48/EG). Den gleichen Befund liefert ein Vergleich zwischen der Timesharing-Richtlinie von 1994 (94/47/EG) und der neuen Fassung der Richtlinie aus dem Jahr 2008 (2008/122/EG). Die Richtlinie über Verbraucherrechte (2011/83/EU) und die Hypothekarkreditrichtlinie (2014/17/EU) mit ihren langen Listen von Informationspflichten weisen in die gleiche Richtung. Gleiches gilt für die jüngsten Ergänzungen des Verbraucheracquis durch die Modernisierungsrichtlinie (EU) 2019/2161.¹³

Die Rolle von Informationspflichten als bevorzugtes Instrument der Verbraucherpolitik ist dabei kein Alleinstellungsmerkmal des europäischen Verbraucherrechts, auch wenn die weit überwiegende Mehrzahl der im BGB und EGBGB geregelten Informationspflichten europäischer Provenienz ist. In den nicht unionsrechtlich überprägten Teilen des Verbraucherrechts, wie etwa bei den Vorschriften zum Verbraucherbauvertrag spielen Informationspflichten ebenfalls eine zentrale Rolle (§ 650j BGB i.V.m. Art. 249 EGBGB).¹⁴

Vor diesem Hintergrund haben kritische Beobachter der europäischen Rechtsentwicklung zutreffend darauf hingewiesen, dass die wachsende Zahl an Informationspflichten als Indikator für eine qualitative Veränderung des Verbraucherrechts angesehen werden kann. Die Schwerpunktverlagerung von spezifischen Rechtsbehelfen, Widerrufsrechten, und Schadensersatzansprüchen hin zu Informationspflichten kann insofern als Beleg für den Aufstieg des „Verbraucherrechts“ und den Abstieg des „Verbraucherschutzrechts“ gesehen werden, das sich früher auf den schutzbedürftigen Verbraucher konzentrierte. Aus dieser Perspektive betrachtet, ist der Aufstieg des verbraucherrechtlichen Informationsmodells Ausdruck einer „Entmaterialisierung des Verbraucherrechts, die mit einer Re-Formalisierung korreliert“.¹⁵

2. Informationsmodell und Verbraucherleitbild

Das verbraucherrechtliche Informationsmodell ist eng verknüpft mit dem normativen Leitbild vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“.¹⁶ Dieses Leitbild, das ursprünglich durch den EuGH als Hebel

¹³ Siehe dazu Loos, *The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All*, 28 *European Review of Private Law* 407 ff. (2020).

¹⁴ Vgl. Glöckner, *Bauverträge im Bürgerlichen Gesetzbuch*, JZ 2020, 63, 71 ff.

¹⁵ Micklitz, *Gutachten zum 69. DJT 2012*, A 16; siehe auch die Kritik bei Howells/Wilhelmsson, *EC Consumer Law – Has it Come of Age?*, 28 *European Law Review* 370, 381 (2003).

¹⁶ EuGH, 16.7.1998, C-210/96, Slg. 1998, I-4657 – Gut Springenheide.

zur Durchsetzung der Grundfreiheiten entwickelt wurde, wird von der Rechtsprechung inzwischen auch im Verbrauchervertragsrecht herangezogen.¹⁷ Dort wird es als normativer Maßstab für die Auslegung von Informationspflichten eingesetzt. Als normative Zielgröße bestimmt das Verbraucherleitbild dabei Form und Inhalt der Informationserteilung. Der Typisierungsmaßstab des Verbraucherleitbildes führt so zur Standardisierung der Verbraucherinformationen.

Vorschläge aus der rechtswissenschaftlichen Literatur für eine Differenzierung des Verbraucherleitbildes,¹⁸ wurden bisher nur zögerlich aufgegriffen.¹⁹ Dabei finden sich im Sekundärrecht durchaus Ansatzpunkte für eine Differenzierung, etwa in Art. 5 Abs. 3 der Lauterkeitsrichtlinie (2005/29/EG), der dem Leitbild des Durchschnittsverbrauchers als weiteren Maßstab den „besonders schutzbedürftigen“ Verbraucher an die Seite stellt. Die Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) erwähnt ebenfalls in Erwägungsgrund 34 S. 2 explizit die „besonderen Bedürfnisse“ schutzbedürftiger Verbraucher. Auch in der neueren lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung des EuGH finden sich erste Versuche, Anpassungen am Verbraucherleitbild vorzunehmen.²⁰ Insgesamt dominiert aber nach wie das Modell des informierten und informierbaren Durchschnittsverbrauchers.²¹

3. Rechtspolitische Hintergründe des Informationsmodells

Geht man der Frage nach, aus welchem Grund Informationspflichten das wohl am häufigsten eingesetzte Instrument der Verbraucherschutzpolitik sind, so stößt man auf ganz unterschiedliche Antworten. Zutreffend weisen *Ben-Shahar* und *Schneider* darauf hin, dass einer der wohl wichtigsten Gründe für die Popularität von Informationspflichten der „ökumenische“ Charakter des Informationsmodells ist.²² In der Tat lässt sich das Informationsmodell problemlos mit ganz unterschiedlichen rechtspolitischen Ansichten verbinden. Die Forderung nach der Einführung neuer Informationspflichten führt daher auf politischer Ebene nur selten zu größeren Kontroversen.

Aus marktliberaler Perspektive bieten Informationspflichten den Vorteil, dass sie im Vergleich zu anderen Verbraucherschutzinstrumenten nur einen verhältnismäßig geringen Eingriff in das Marktgeschehen bewirken. Aus diesem Blickwinkel sind Informationspflichten das ideale Instrument, um Informationsasymmetrien zwischen den Marktteilnehmern zu beseitigen, die zu einem Marktversagen führen könnten.²³ Die gesetzliche Bestimmung von Informationspflichten trägt nach dieser Sichtweise dazu bei,

¹⁷ EuGH, 14.5.2020, C-269/99 GRUR-RS 2020, 8821, Rn. 37 – EIS; EuGH, 23.1.2019, C-430/17, EuZW 2019, 132, Rn. 39 – Walbusch; siehe auch Weber, Verbraucherleitbilder im Spiegel der Verbraucherverhaltensforschung, ZRP 2020, 98, 100.

¹⁸ Siehe etwa Micklitz, Gutachten A zum 69. DJT 2012, S. A 110 ff.

¹⁹ Kritisch Gsell, Verbraucherrealitäten und Verbraucherrecht im Wandel, JZ 2012, 809, 812 ff.

²⁰ EuGH, 4.6.2015, C-195/14, GRUR 2015, 701 – Teekanne; dazu Straetmans, Misleading practices, the consumer information model and consumer protection, EuCML 2016, 199, 207; siehe auch Schebesta/Purnhagen, Island or Ocean? Empirical Evidence on the Average Consumer Concept in the UCPD, 28 European Review of Private Law 293 ff. (2020)

²¹ Vgl. Weber, Das Verbraucherleitbild des Verbrauchervertragsrechts – im Wandel?, VuR 2020, 9 ff.

²² Ben-Shahar/Schneider, More Than You Wanted to Know, 2014, S. 5 f.

²³ Grundlegend zum Marktversagen aufgrund von Informationsasymmetrien Akerlof, The market for 'lemons': Qualitative uncertainty and the market mechanism, 84 Quarterly Journal of Economics 488 ff. (1970).

Informationsasymmetrien zu überwinden, ohne dabei den Wettbewerb durch die Regulierung von Preisen, Produkteigenschaften oder Vertragsbedingungen zu verzerren. Verbraucherschutz durch Information schränkt nicht die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher ein, sondern folgt einem prozeduralen Schutzkonzept.²⁴

Für diejenigen, aus deren Sicht die Selbstbestimmung der Verbraucher im Mittelpunkt der Verbraucherpolitik steht, sind Informationspflichten ein geeignetes Mittel, um die Eigenverantwortung der Verbraucher im Sinne eines „Consumer Empowerment“ zu fördern und Wahlmöglichkeiten für Verbraucher zu stärken.²⁵ Eine informierte Verbraucherin ist besser in der Lage, die Angebote verschiedener Lieferanten zu vergleichen. Vorvertragliche Informationen gleichen die strukturell schwächere Position der Verbraucher aus und tragen bildlich gesprochen dazu bei, sie informationell auf eine Stufe mit dem Gewerbetreibenden zu heben. Aus dieser Perspektive sind Informationspflichten ein Mittel zur Förderung rationaler Verbraucherentscheidungen und der Stärkung der Verbraucher.

Im europäischen Kontext kommt zu diesen Begründungsmustern noch eine binnenmarktbezogene Argumentation hinzu. Danach leistet das verbraucherrechtliche Informationsmodell einen wichtigen Beitrag zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes.²⁶ Der informierte Verbraucher werde in die Lage versetzt, die Vorteile eines Binnenmarktes zu nutzen, in dem Anbieter aus allen Mitgliedstaaten um die Gunst der Kunden konkurrieren. Aus dieser Perspektive sind Informationspflichten ein Instrument zur Förderung von Wettbewerb und Innovation. Die Verbindung zwischen dem informationsbasierten Ansatz des Verbraucherschutzes und der Binnenmarktpolitik geht auf die sogenannte „Labelling-Doktrin“ zurück, die der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit entwickelt hat.²⁷ Danach ist ein auf Gründe des Verbraucherschutzes gestütztes mitgliedstaatliches Einfuhrverbot für Waren unverhältnismäßig und mit der in Art. 34 AEUV verankerten Warenverkehrsfreiheit unvereinbar, wenn der Schutz der Verbraucher durch Informationen auf der Verpackung erreicht werden kann.²⁸ Mit Blick auf den unionsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist das Verbot von Waren daher nur eine *ultima ratio*. In den meisten Fällen genügt zum Schutz des Verbrauchers eine weniger restriktive Regelung – zumeist in Gestalt einer Informationspflicht.²⁹

Kritiker des Informationsmodells sehen ferner noch einen weiteren – eher pragmatischen – Grund für die rechtspolitische Popularität von Informationspflichten. Sie verweisen darauf, dass Informationspflichten einfach zu erlassen sind und den Fiskus wenig kosten.

²⁴ Esposito, A Dismal Reality: Behavioural Analysis and Consumer Policy, 40 Journal of Consumer Policy 193, 203 (2017).

²⁵ Vgl. Micklitz/Stuyck/Terryn, Cases, Materials and Texts on Consumer Law, 2010, S. 215; siehe auch McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2020, S. 147: Das Informationsmodell könne daher auch als „Selbstschutzmodell“ bezeichnet werden.

²⁶ Kritisch dazu Wilhelmsson, The Abuse of the Confident Consumer as a Justification for EC Consumer Law, 27 Journal of Consumer Policy 317 ff, 319 ff. (2004)

²⁷ Vgl. Schulze/Schulte-Nölke/Jones, A Casebook on European Consumer Law, 2000, S. 181.

²⁸ EuGH, 20.2.1979, 120/78 – Rewe; siehe auch EuGH, 7.3.1990, C-362/88, GB-INNO-BM.

²⁹ Unberath/Johnston, The double-headed approach of the ECJ concerning consumer protection, 44 Common Market Law Review 1237, 1249 (2007).

Darüber hinaus wird die mangelnde Wirksamkeit des verbraucherrechtlichen Informationsmodell von den relevanten Akteuren kaum bemerkt.³⁰ Hinzu kommt, dass (unvermeidliche) Regulierungsfehler im Fall von Informationsgeboten zumeist nur geringe Schäden verursachen.³¹

II. Das verbraucherrechtliche Informationsmodell im juristischen Diskurs

Das verbraucherrechtliche Informationsmodell ist seit vielen Jahren Gegenstand kontroverser juristischen Debatten. Dabei vermischen sich rechtstheoretische und dogmatische Überlegungen mit ideologisch aufgeladener Kritik an der „systemverändernden“ Wirkung des Verbraucherrechts.³² Im neueren Schrifttum dominiert dagegen die Kritik aus verhaltensökonomischer Perspektive.³³ Einige Grundlinien der juristischen Debatte über das Informationsmodell sollen im Folgenden nachgezeichnet werden. Dabei werden auch mögliche Alternativen zum bisherigen Modell des Verbraucherschutzes durch Information diskutiert, u.a. zwingende materiell-rechtliche Vorgaben, sog. *smart disclosures* und *nudges*.³⁴

1. Zivilrechtsdogmatische Einschätzung

Das Informationsmodell ist aus zivilrechtsdogmatischer Sicht sowohl auf Zustimmung als auch auf Kritik gestoßen.³⁵ So hebt etwa *Canaris* die Vorzüge des Informationsmodells gegenüber dem „Inhaltsschrankenmodell“ hervor.³⁶ Die Festlegung von prozeduralen Voraussetzungen für einen fairen Vertragsschluss, zu denen auch Aufklärungspflichten gehören, lasse sich wesentlich leichter begründen als Anforderungen an den Inhalt des Vertrages. Dies liege in erster Linie daran, „dass das Informationsmodell gleichermaßen die „materiale“ Vertragsfreiheit wie die „formale“ Vertragsgerechtigkeit zu fördern geeignet ist, wohingegen die Entwicklung inhaltlicher Schranken allzu häufig mit der typischen

³⁰ Ben-Shahar/Schneider, *More Than You Wanted to Know*, 2014, S. 6 (“Mandated disclosure is alluring because its failures are little noticed and soothingly explained.”)

³¹ Esposito, 40 *Journal of Consumer Policy* 193, 203 (2017).

³² So etwa Bydlinski, *Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft*, *AcP* 204 (2004) 309, 363 („Systemänderungsideologie“).

³³ Siehe etwa Bar-Gill/Schkade/Sunstein, *Drawing False Inferences from Mandated Disclosures*, *Behavioral Public Policy* 1 (2018); Ben-Shahar/Schneider, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, 2014; Loewenstein/Sunstein/Golman, *Disclosure: psychology changes everything*, 6 *Annual Review of Economics* 391 (2014); Bubb, *TMI? Why the Optimal Architecture of Disclosure Remains TBD*, 113 *Michigan Law Review*, 1021 (2015).

³⁴ Siehe etwa Kenning/Reisch, *Alternativen zum Informationsparadigma der Verbraucherpolitik*, 8 *Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit* 227 (2013); Micklitz, *Gutachten zum 69. DJT 2012*, S. A120 ff.; Alemanno/Sibony (Hrsg.) *Nudge and the Law: A European Perspective*, 2015.

³⁵ Zu den unterschiedlichen rechtstheoretischen Begründungsansätzen des Informationsmodells siehe den Überblick bei Fleischer, *ZEuP* 2000, 772, 779 ff., der zwischen welfaristischen und liberalen Begründungsmustern unterscheidet; siehe auch Fleischer, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, S. 209 ff.

³⁶ *Canaris*, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*, *AcP* 200 (2000) 273, 303; vgl. auch Schön, *Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung*, in *FS Canaris*, Band I, 2007, S. 1191, 1193, der das Informationsmodell als „fortgeschrittene Alternative zu dem klassischen Instrumentarium von liberalem Freiheitsdenken und sozialer Fürsorge versteht“.

Schwäche „materialen“ Gerechtigkeitsdenkens, nämlich mit hoher Unsicherheit über den anzulegenden Maßstab belastet ist.“³⁷

Bydlinski kritisiert, dass der enge Zusammenhang zwischen dem verbraucherrechtlichen Informationsmodell und dem bestehenden Recht der Willensmängel, insbesondere dem Irrtumsrecht, kaum oder gar nicht diskutiert werde.³⁸ Erforderlich sei insoweit „eine harmonische Abstimmung neuerer und alter Vorschriften mit ähnlicher Zielsetzung aufgrund umfassender Prinzipienabwägung“.³⁹ Auf das „Spannungsverhältnis zu herkömmlichen Rechtsinstituten des Privatrechts“ weist auch *Grigoleit* hin.⁴⁰ Verbreitet findet sich Kritik an der großen Menge verbraucherrechtlicher Informationspflichten.⁴¹ Als kritikwürdig wird darüber hinaus auch „deren zum Teil unpräziser Inhalt“ angesehen.⁴²

2. Kritik aus verhaltensökonomischer Perspektive

Besonders deutliche Kritik hat das verbraucherrechtliche Informationsmodell aus verhaltensökonomischer Perspektive erfahren.⁴³ Erkenntnisse der Kognitionspsychologie und der experimentellen Ökonomik haben dabei einige der Grundannahmen, auf denen das Informationsmodell beruht, in Frage gestellt. Insbesondere im neueren juristischen Schrifttum sind diese Überlegungen aufgegriffen worden. Sie bilden heute den Kern der Kritik am verbraucherrechtlichen Informationsmodell.

a) Informationsaufnahme und -verarbeitung

Einer der wichtigsten Gründe dafür, dass verbraucherrechtliche Informationspflichten ihren Zweck verfehlen, dürfte daran liegen, dass die Fähigkeit der Verbraucher zur Informationsaufnahme begrenzt ist. Dies führt dazu, dass die Verbraucher mit der Menge der übermittelten Informationen überfordert sind (*information overload*). *Eidenmüller* fasst dies treffend wie folgt zusammen: „Ein Mehr an Informationen führt nicht immer zu einer proportional besseren Entscheidung. Empirisch ist gut dokumentiert, dass der Grenznutzen zusätzlicher Informationen vielmehr zumeist sinkt. Im Einzelfall kann ein Mehr an Informationen sogar zu einer schlechteren Entscheidung führen; der Grenznutzen zusätzlicher Informationen wird dann negativ.“⁴⁴ Im Fall einer Informationsüberlastung ist es dabei durchaus rational, wenn der Verbraucher die ihn überfordernden Informationen

³⁷ Canaris, AcP 200 (2000) 273, 303.

³⁸ Bydlinski, AcP 204 (2004) 309, 362.

³⁹ Bydlinski, AcP 204 (2004) 309, 362.

⁴⁰ Grigoleit, Die Aufklärungspflichten des Acquis, in: Eidenmüller et al. (Hrsg.) Revision des Verbraucher-acquis, 2011, S. 223, 224; siehe ferner Kocher, Informationspflichten des europäischen Verbrauchervertragsrechts in der deutschen Rechtsgeschäftslehre: What You See Is What You Get?, ZEuP 2006, 785 ff.

⁴¹ Statt vieler Martinek, Das neue Teilzeit-Wohnrechtgesetz - mißratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen, NJW 1997, 1393, 1396 („Informationsbombardement“), Mäsch, Die Time-Share-Richtlinie, EuZW 1995, 8, 11 („Bumerang-Effekt“).

⁴² Grigoleit, Besondere Vertriebsformen im BGB, NJW 2002, 1151, 1155.

⁴³ Siehe die Zusammenfassung der Kritik bei Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 29 ff.; siehe ferner Rehberg, Der staatliche Umgang mit Information. Das europäische Informationsmodell im Lichte von Behavioral Economics, in: Eger/Schäfer (Hrsg.) Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, 284 ff.

⁴⁴ Eidenmüller, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814, 816 m.w.N.

nicht wahrnimmt. Zu einer Auswahl zwischen wichtigen und weniger wichtigen Informationen ist der Verbraucher zumeist nicht in der Lage, da eine solche Priorisierung genau die Kenntnisse voraussetzt, die dem Verbraucher übermittelt werden sollen.⁴⁵ Die Folge ist, dass der Verbraucher die mitgeteilten Hinweise, statt sie flüchtig zu überfliegen, gar nicht mehr zur Kenntnis nimmt.⁴⁶

Dieser Befund steht im Widerspruch zu den Annahmen der klassischen Informationsökonomik, die den theoretischen Unterbau für das verbraucherrechtliche Informationsmodell bilden. Nach der *rational choice theory* treffen Verbraucher rationale Entscheidungen über die Suche und Verarbeitung von Informationen. Der entscheidende Faktor ist dabei das Verhältnis zwischen den Kosten für die Suche und Verarbeitung der Informationen und dem erwarteten Grenzertrag der Informationen.⁴⁷ Auf Basis dieser Annahme wird davon ausgegangen, dass Verbraucher ihre knappen finanziellen und kognitiven Ressourcen auf die für sie relevantesten Informationen richten.

Die Erkenntnisse der Kognitionspsychologie und der Verhaltensökonomik deuten jedoch darauf hin, dass das Informations- und Entscheidungsverhalten der Verbraucher häufig nicht diesem Modell entspricht. Näher an der Realität als das Konzept des vollkommen rational handelnden Akteurs ist das Konzept des beschränkt rationalen Verhaltens (*bounded rationality*).⁴⁸ Zur Beschreibung des Verbraucherverhaltens kann dabei auf ein Modell zurückgegriffen werden, das auf zwei komplementären kognitiven Systemen zur Informationsverarbeitung und Entscheidungsfindung beruht: System 1, das automatisch, intuitiv und schnell arbeitet, und System 2, das bewusst und reflektiert, aber dafür langsamer arbeitet.⁴⁹ Alltagsentscheidungen werden nach diesem Modell zumeist von System 1 getroffen, das einer Reihe von kognitiven Verzerrungen (*cognitive biases*) unterliegt. So neigen Verbraucher dazu, ihre eigene Leistungsfähigkeit zu optimistisch einzuschätzen (*over-confidence bias*) und zeigen eine Tendenz zur Überbewertung von Informationen, die ihre bereits geformten Erwartungen bestätigen (*confirmation bias*). In anderen Fällen werden Informationen nur deshalb übergewichtet, weil sie gerade zur Hand sind (*availability bias*). Die Liste derartiger *biases* ließe sich noch weiter fortsetzen.⁵⁰

⁴⁵ Kieninger, Informationspflichten als Allheilmittel des Verbraucherschutzes? – Plädoyer für eine Dosisreduktion, in: 69. DJT 2012, Band II/1, S.129, 137 f.

⁴⁶ Eidenmüller, JZ 2011, 814, 816; siehe auch Bar-Gill/Ben-Shahar, 50 Common Market Law Review 109, 110 („These disclosures are neither read nor used, and they are beyond most people’s interest or understanding.”).

⁴⁷ Vgl. Stigler, The Economics of Information, 69 Journal of Political Economy 213, 215 (“If the cost of search is equated to the expected marginal return, the optimum amount of search will be found.”).

⁴⁸ Grundlegend Simon, A Behavioral Model of Rational Choice, 69 Quarterly Journal of Economics 99 (1955); siehe auch Wheeler, Bounded Rationality, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2020 Edition), Zalta (ed.), abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/bounded-rationality> (zuletzt abgerufen am 24.5.2020)

⁴⁹ Vgl. Kahnemann, Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics, 93 American Economic Review 1449, 1450 f. (2003); siehe auch die zusammenfassende Darstellung bei Kahnemann, Thinking, Fast and Slow, 2011, S. 20 ff.

⁵⁰ Siehe etwa den Überblick bei Incardona/Poncibò, The Average Consumer, the Unfair Commercial Practices Directive, and the Cognitive Revolution, 30 Journal of Consumer Policy 21 (2007); Schüller, The definition of consumers in EU law, in: Devenney/Kenny (Hrsg.) European Consumer Protection: Theory and Practice, 2012, S. 123, 129 ff.; siehe ferner Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 2010, S. 68 ff.

b) Entscheidungsverhalten

Die hier knapp skizzierten Verzerrungen bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung werden dadurch verschärft, dass auch das Entscheidungsverhalten selbst nicht den Modellannahmen strikter Rationalität entspricht. Nach den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik wird die Entscheidungsfindung von Verbrauchern durch beschränkte Willensmacht (*bounded willpower*) und beschränktes Eigeninteresse (*bounded self-interest*) beeinflusst.⁵¹ Dies führt etwa dazu, dass Verbraucher langfristige Ziele nicht konsequent verfolgen und dazu neigen, diese kurzfristigen Zielen unterzuordnen. Ferner spielen offenbar altruistische Motive eine größere Rolle bei der Entscheidungsfindung als dies von den Vertretern der *rational choice theory* angenommen wurde.

Die traditionellen Modellannahmen zur Entscheidungsfindung von Verbrauchern werden darüber hinaus auch durch neuere Forschungen auf dem Gebiet der Neurowissenschaften, insbesondere im Bereich Consumer Neuroscience und Decision Neuroscience in Frage gestellt. Im vorliegenden Zusammenhang ist dabei insbesondere von Bedeutung, dass Neurowissenschaftler die Rolle von Emotionen im Entscheidungsprozess besonders betonen.⁵² Sollte diese Einschätzung durch weitere Forschungsergebnisse bestätigt werden, könnte dies das dem Informationsparadigma zugrunde liegende Modell einer *rational choice* weiter untergraben und weitere Belege dafür liefern, dass das Leitbild des „informierten Verbrauchers“ auf wenig realistischen Annahmen beruht.

c) Heterogenität der Normadressaten

In den vergangenen drei Jahrzehnten lag der Fokus kognitionswissenschaftlicher und verhaltensökonomischer Forschung insbesondere darauf, systematische Abweichungen vom Modell des rational handelnden Akteurs zu aufzudecken und Verhaltensmuster zu identifizieren, die *typischerweise* in Entscheidungssituationen auftreten. Diese Erkenntnisse wurden inzwischen auch in weiten Teilen der juristischen Literatur rezipiert.⁵³ Nur wenig Beachtung gefunden haben dagegen neuere verhaltenswissenschaftliche Arbeiten, die *individuelle* Unterschiede in Bezug auf Rationalitätsdefizite und Entscheidungsverhalten betonen.⁵⁴ Dabei deuten neuere empirische

⁵¹ Jolls/Sunstein/Thaler, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stanford Law Review 1471, 1476 ff. (1998); siehe auch Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 75 ff.

⁵² Siehe dazu Kenning/Plassmann/ Roth, Consumer Neuroscience, Marketing ZFP 2007, 55, 60 f.; Kenning/Linzmaier, Consumer neuroscience: An overview of an emerging discipline with implications for consumer policy, 6 Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 111, 118 (2011); Roth, Entscheidungsverhalten aus Sicht der Neurowissenschaften, 8 Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit 230 ff. (2013).

⁵³ Siehe etwa Jolls/Sunstein/Thaler 50 Stanford Law Review 1471, 1476 ff. (1998); Sunstein (Hrsg.) Behavioral Law and Economics, 2000; Zamir/Teichman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, 2014; Teitelbaum/Zeiler (Hrsg.) Research Handbook on Behavioral Law and Economics, 2018; Zamir/Teichman, Behavioral Law and Economics, 2018; aus der deutschsprachigen Literatur siehe etwa Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216; Englerth/Towfigh, Verhaltensökonomik, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2. Aufl. 2017, S. 237 ff.; eingehend dazu Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017.

⁵⁴ Tor, The Next Generation of Behavioral Law and Economics, in: Mathis (Hrsg.) European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2015, S. 17, 23 (“To date, the legal literature largely

Forschungsergebnisse darauf hin, dass etwa individuelle Unterschiede in Bezug auf kognitive Fähigkeiten, Denkstile, Risikoneigung und andere Persönlichkeitsmerkmale eine Erklärung für die bei Experimenten zu beobachtende Heterogenität des Entscheidungsverhaltens bieten können.⁵⁵

In die gleiche Richtung weisen Forschungen aus der Marketingwissenschaft, die sich mit der Frage befassen, inwieweit unterschiedliche kognitive Stile von Verbrauchern die Aufnahme von Werbebotschaften beeinflussen.⁵⁶ Diese Arbeiten werden soweit ersichtlich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion um die Grenzen des verbraucherrechtlichen Informationsmodells bisher kaum berücksichtigt.⁵⁷

3. Alternativen zum bisherigen Informationsmodell

Während über die Defizite des bisherigen Informationsmodells inzwischen ein breiter Konsens herrscht, besteht keine Einigkeit hinsichtlich der Frage, welcher regulatorische Ansatz an die Stelle des Informationsmodells treten sollte oder ob eine Reform des bisherigen Modells möglich ist.⁵⁸ Eine Auswahl der diskutierten Reformvorschläge wird im Folgenden vorgestellt.

a) Marktbasierte Lösungen

Einige der schärfsten Kritiker des Informationsmodells vertreten die Ansicht, dass der bisherige Regulierungsansatz, der auf verpflichtende Verbraucherinformation setzt, gescheitert und nicht reformfähig ist. Sie fordern daher eine Abkehr vom traditionellen Informationsmodell.⁵⁹ Stattdessen sollte die Bereitstellung von Verbraucherinformationen dem Markt überlassen werden in Form von Ratings, Rankings und Kundenbewertungen.⁶⁰ Dieser Ansatz, der sich mit dem Schlagwort „information as a business“⁶¹ charakterisieren lässt, überzeugt jedoch nicht. Zweifel bestehen zum einen hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Informationen, die durch Informationsintermediäre zur Verfügung gestellt werden. Dies gefährdet nicht nur Verbraucherinteressen, sondern betrifft auch die marktstabilisierende

has neglected to examine the implications of individual differences in rationality for the law.”); siehe aber Rachlinski, Cognitive Errors, Individual Differences, and Paternalism, 73 University of Chicago Law Review 207 (2006).

⁵⁵ Vgl. die umfangreichen Nachweise bei Tor, The Next Generation of Behavioral Law and Economics, in: Mathis (Hrsg.) European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2015, S. 17, 23;

⁵⁶ Siehe etwa Kaptein/Eckles, Heterogeneity in the Effects of Online Persuasion, 26 Journal of Interactive Marketing, 176 (2012); Kaptein, Customizing persuasive messages; the value of operative measures, 35 Journal of Consumer Marketing 208 (2018); Kaptein/McFarland/Parvinen, Automated adaptive selling, 52 European Journal of Marketing 1037 (2018).

⁵⁷ Siehe aber Calo, Digital Market Manipulation, 89 George Washington Law Review, 995 1016 (2014), der auf die Arbeiten von Kaptein verweist.

⁵⁸ Der folgende Abschnitt beruht weitgehend auf Busch, The Future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data, in: Twigg-Flesner (Hrsg.) Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, 2016, S. 221, 228 ff.

⁵⁹ Ben-Shahar/Schneider, More than you wanted to know, 2014, S. 183; siehe auch Ben-Shahar/Schneider, Coping with the failure of mandated disclosure, 11 Jerusalem Review of Legal Studies 83 (2015).

⁶⁰ Ben-Shahar/Schneider, More than you wanted to know, 2014, S. 185.

⁶¹ Stürmer, Risikoauslagerung und Information in der kompetitiven Marktgesellschaft, in: FS Canaris, Band I, 2007, S. 1489, 1496.

Funktion des Informationsmodells. Dass es sich dabei nicht nur um ein theoretisches Risiko handelt, zeigt etwa die zweifelhafte Rolle von Rating-Agenturen im Rahmen der Finanzkrise des Jahres 2008. Durch Fehlbeurteilungen seitens der Rating-Agenturen wurde die Krise weiter verschärft.⁶² Zweifel bestehen auch hinsichtlich der Qualität von Kundenbewertungen, wie etwa die zahlreichen Berichte über „fake reviews“ auf Online-Plattformen zeigen.⁶³ Zuverlässiger dürften die von neutralen Institutionen, wie z.B. der Stiftung Warentest oder Verbraucherverbänden bereitgestellten Informationen sein. Fraglich ist allerdings, inwieweit besonders schutzbedürftige Verbraucher in der Lage sind, die von den Marktteilnehmern und Informationsintermediären angebotenen Informationen zu nutzen. Nach diesem Modell, das vollständig auf die freiwillig auf dem Markt zur Verfügung gestellten Informationen setzt, müssten die Verbraucher aktiv nach solchen Informationen suchen, sie verstehen und danach handeln. Schließlich löst ein Ansatz, der sich vollständig auf freiwillig bereitgestellte Informationen stützt, nicht die oben erörterten Probleme der begrenzten Aufmerksamkeit und eingeschränkten Rationalität von Verbrauchern.

b) Zwingendes materielles Verbraucherrecht

Am anderen Ende des rechtspolitischen Spektrums stehen diejenigen, die eine alternative Regulierungsstrategie auf der Grundlage zwingender materieller Regelungen (z.B. Widerrufsrechte, Gewährleistungsrechte, Kontrolle missbräuchlicher Klauseln) fordern, um schutzbedürftige Verbraucher ausreichend zu schützen.⁶⁴ Etwas abgeschwächt findet sich dieser Gedanke auch in der Forderung, man müsse angesichts der Schwächen des Informationsmodells über einen „Flankenschutz durch komplementäre Regelungen nachdenken“.⁶⁵ Zwingende materielle Regeln (z.B. unabdingbare Gewährleistungsregeln) stellen allerdings einen deutlich weitergehenden Eingriff in den Markt dar. Kritiker eines solchen Ansatzes wenden ferner ein, dass der Erlass zwingender materieller Regelungen zum Schutz besonders vulnerabler Verbraucher distributive Effekte zwischen verschiedenen Verbrauchergruppen zur Folge habe.⁶⁶ So wirkten etwa zwingende Widerrufsrechte und Gewährleistungsregeln wie eine „Zwangsversicherung“, deren Kosten von allen Kunden zu tragen sei.⁶⁷ Andere kritisieren, dass ein Schutz der Verbraucher vor sich selbst mittels zwingender materieller Regelungen eine übermäßige staatliche Bevormundung darstelle.⁶⁸

⁶² Siehe dazu Blaurock, *Regelbildung und Grenzen des Rechts - Das Beispiel der Finanzkrise*, JZ 2012, 226, 227 f.; kritisch auch Stürmer, *Risikoauslagerung und Information in der kompetitiven Marktgesellschaft*, in: FS Canaris, Band I, 2007, S. 1489, 1496.

⁶³ Vgl. Marotta-Wurgler, *Even More Than You Wanted to Know About the Failures of Disclosure*, 11 *Jerusalem Review of Legal Studies* 63, 71 (2015); optimistischer im Hinblick auf Kundenbewertungen dagegen Strahilevitz, *Less Regulation, More Reputation*, in: Masum/Tovey (Hrsg.) *The Reputation Society: How Online Opinions Are Reshaping the Offline World*, 2011, S. 63 ff.

⁶⁴ Siehe etwa Micklitz, *Gutachten A zum 69. DJT 2012*, S. A 120 ff.; ähnlich Ebers, *Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht*, S. 802 („Soweit das Informationsmodell versagt, muss durch zwingendes Recht Abhilfe geschaffen werden.“).

⁶⁵ Brömmelmeyer, *Ist das Informationsmodell gescheitert?* in: Brömmelmeyer/Ebers/Sauer, *Innovatives Denken zwischen Recht und Markt*, FS Schwintowski, 2018, S. 44, 60.

⁶⁶ Bar-Gill/Ben-Shahar, *50 Common Market Law Review* 109, 110 (2013).

⁶⁷ Eidenmüller, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, JZ 1999, 53, 54; Heiderhoff, *Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbrauchervertragsrecht*, ZEuP 2003, 769, 779.

⁶⁸ Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, 2003, S. 344 f.

c) Nudging

Einen Mittelweg zwischen rein marktbasierter Lösungen und zwingenden materiellen Regelungen schlagen die Vertreter des sog. libertären Paternalismus ein, die sich für die Schaffung von „Entscheidungsarchitekturen“ aussprechen, die es Verbrauchern erleichtern sollen „richtige“ Entscheidungen zu treffen.⁶⁹ An die Stelle zwingender Regeln treten dabei mehr oder weniger subtile *nudges*. Das wohl prominenteste Beispiel für derartige *nudges* sind sogenannte Standardoptionen (*default rules*).⁷⁰ Angesichts der verbreiteten Tendenz, am status quo festzuhalten und der Empfehlungswirkung eines gesetzlichen Standards zu folgen, gehören Standardoptionen zu den wohl effektivsten Instrumenten einer Verhaltenssteuerung durch *nudges*.⁷¹ Die europäische Verbraucherpolitik greift daher zunehmend auf Standardoptionen zurück.⁷² Das Instrument der *nudges* wird dabei in einigen Fällen auch als Alternative zu verbraucherrechtlichen Informationspflichten verwendet.

Ein Beispiel dafür findet sich in Artikel 22 der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU). Danach hat der Unternehmer die ausdrückliche Zustimmung des Verbrauchers zu jeder Extrazahlung einzuholen, die über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung des Unternehmers hinausgeht (z.B. ein Navigationsgerät für einen Mietwagen, eine Reiseversicherung oder eine Sitzplatzreservierung im Zug). Die Zustimmung des Verbrauchers ist nicht wirksam, wenn sie durch die Verwendung einer Voreinstellung (z.B. ein angekreuztes Kästchen auf der Website des Gewerbetreibenden) herbeigeführt wird. Somit gilt nach Art. 22 der Richtlinie die Standardoption „keine Extrazahlung“.⁷³ Als Verbraucherschutzinstrument verwendet der europäische Gesetzgeber dabei keine Informationspflicht, sondern eine negative Standardoption.⁷⁴ Ein solcher Regulierungsansatz, der auf Entscheidungsarchitekturen setzt, stößt jedoch ebenfalls an Grenzen. Beim Einsatz von Standardoptionen besteht zwar im Unterschied zu Informationspflichten nicht die Gefahr einer Informationsüberlastung (*information overload*). Die Qualität der Entscheidungsfindung kann aber auch dadurch abnehmen, dass den Verbrauchern mehr Wahlmöglichkeiten eingeräumt werden, als sie

⁶⁹ Grundlegend Thaler/Sunstein, *Libertarian paternalism*, 93 *The American Economic Review* 175 (2003); Sunstein/Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, 70 *University of Chicago Law Review* 1159 (2003); Thaler/Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008

⁷⁰ Siehe den Überblick über unterschiedliche Arten von „nudges“ bei Sunstein, *Nudging: A very short guide*, 37 *Journal of Consumer Policy* 583 ff. (2014)

⁷¹ Sunstein, *Nudging: A Very Short Guide*, 37 *Journal of Consumer Policy* 583, 585 (2014); siehe auch Reisch/Sandrini, *Nudging in der Verbraucherpolitik*, 2015, S. 28.

⁷² Vgl. Alemanno/Sibony (Hrsg.) *Nudge and the Law: A European Perspective*, 2015; für einen transatlantischen Vergleich siehe Hacker, *The Behavioral Divide: A Critique of the Differential Implementation of Behavioral Law and Economics in the US and the EU*, 11 *European Review of Contract Law* 299 (2015); siehe auch Reisch/Sunstein, *Do Europeans Like Nudges?* 11 *Judgment and Decision Making* 310 (2016).

⁷³ Engel/Stark, *Buttons, Boxes, Ticks, and Trust: On the Narrow Limits of Consumer Choice*, in: Mathis (Hrsg.) *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer 2015, S. 107, 109; siehe auch Tscherner, *Can behavioral research advance mandatory law, information duties, standard terms and withdrawal rights*, 1 *Austrian Law Journal*, 144, 147 (2014).

⁷⁴ Engel/Stark, a.a.O., S. 112.

sinnvollerweise vergleichen können (*choice overload*).⁷⁵ Kritiker des Nudging-Ansatzes verweisen ferner darauf, dass Maßnahmen zur indirekten Verhaltenssteuerung durch *nudges* in einem Rechtsstaat eine wohlbegründete Ausnahme bleiben müssten, da der Staat grundsätzlich mit „offenen Karten“ spielen müsse, wenn er lenkend eingreife.⁷⁶

d) Smart Disclosures

Den oben skizzierten alternativen Ansätzen ist gemeinsam, dass sie das verbraucherrechtliche Informationsmodell durch andere Regulierungsinstrumente ersetzen. Daneben finden sich aber auch zahlreiche Stimmen, die im Grundsatz am Informationsmodell festhalten wollen. Dabei sprechen sie sich dafür aus, bei Auswahl und Darbietung der Informationen neuere verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen, um die Effektivität des Verbraucherschutzes durch sog. „smarte Informationspflichten“ (*smart disclosures*) zu erhöhen.⁷⁷ Ziel sei es, die Menge an Informationen zu reduzieren und gleichzeitig die Relevanz der Informationen für den einzelnen Verbraucher zu erhöhen. Eine überarbeitete Version des Informationsmodells solle die Grenzen der Aufmerksamkeit und der Rationalität, die von der Verhaltenswissenschaft aufgezeigt wurden, besser berücksichtigen. Angesichts der begrenzten Aufmerksamkeit der Verbraucher erscheint es naheliegend, die Menge an Informationen zu reduzieren und zu vereinfachen, um die Wirksamkeit der Verbraucheraufklärung zu erhöhen.⁷⁸ Eine Reduktion der Informationsmenge vermeidet die Gefahr einer Informationsüberlastung. Ferner können besonders wichtige Aspekte hervorgehoben werden, um die Wahrnehmbarkeit der Informationen zu erhöhen, damit diese dem Bewusstsein der Verbraucher leichter zugänglich sind.

Ein Beispiel wäre etwa die verstärkte Verwendung von „Produkt-Scores“. Dabei geht es im Kern um die Bündelung unterschiedlicher Produkteigenschaften zu einer leicht zu erfassenden Informationseinheit.⁷⁹ Ein bekanntes Beispiel ist der effektive Jahreszins, der gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. c der Verbraucherkreditrichtlinie (2008/48/EG) und Art. 11 Abs. 2 Unterabs. 3 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie (2014/17/EU) in jeder Werbung für Verbraucherkredite angegeben werden muss. Der effektive Jahreszins enthält dabei gebündelte Informationen über die Gesamtkosten eines Kreditvertrages, einschließlich der damit verbundenen Kosten und Gebühren. Ein weiteres prominentes Beispiel für den Einsatz von Scores zur Verbraucherinformation sind etwa Hygiene-Rankings für Restaurants, durch die Verbraucher über das Niveau der Lebensmittelsicherheit in einem Restaurant informiert werden sollen.⁸⁰

⁷⁵ Engel/Stark, a.a.O., S. 113; siehe auch Scheibehenne/Greifeneder/Todd, Can there ever be too many options? A meta-analytic review of choice overload, 37 Journal of Consumer Research 409 (2010).

⁷⁶ So etwa G. Kirchhof, Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, ZRP 2015, 136, 137; siehe zur Legitimität einer Verhaltenssteuerung durch *nudges* auch Sunstein/Reisch, A Bill of Rights for Nudging, EuCML 2019, 93 ff.

⁷⁷ Bar-Gill, Defending (smart) disclosure, 11 Jerusalem Review of Legal Studies 75 (2015); see also Sibony, Data and arguments: empirical research in consumer law, in: Micklitz/Sibony/Esposito (Hrsg.) Research Methods in Consumer Law, 2018, 165, 197 ff.

⁷⁸ Loewenstein/Sunstein/Golman, Disclosure: psychology changes everything, 6 Annual Review of Economics, 391 (2014).

⁷⁹ Bar-Gill, Defending (smart) disclosure, 11 Jerusalem Review of Legal Studies 75, 76 (2015).

⁸⁰ Siehe dazu Choi et al, Consumers' Responses to Restaurant Inspection Reports: The Effects of Information Source and Message Style, 16 Journal of Foodservice Business Research, 255 (2013).

Die einfache Erfassbarkeit solcher Scores erhöht nicht nur die Transparenz, sondern erleichtert auch den Vergleich zwischen unterschiedlichen Angeboten. Allerdings ist der eindimensionale Charakter von Scores zugleich eine der Schwächen dieses Ansatzes. Die Scores beruhen auf einem bestimmten Modell zur Bündelung und Gewichtung einzelner Informationen, d.h. es handelt sich notwendigerweise um eine selektive Information. Die Frage, anhand welcher Kriterien die Auswahl und Gewichtung der Einzelaspekte getroffen wird, ist daher bei Verbraucherinformationen, die in Form von Scores präsentiert werden, von zentraler Bedeutung. Um die Relevanz der Information zu gewährleisten, kann es unter Umständen auch erforderlich sein, das dem Score zugrunde liegende Modell der Informationsaggregation von Zeit zu Zeit zu überarbeiten. So wurde etwa durch die Richtlinie 2011/90/EU die Berechnungsgrundlage für die Ermittlung des effektiven Jahreszinses geändert.⁸¹

III. Zusammenfassung

Informationspflichten bilden nach wie vor das wichtigste Instrument des deutschen und europäischen Verbraucherrechts. Die rechtspolitischen Begründungen für Verbraucherschutz durch Information sind dabei vielfältig. Gerade dieser „ökumenische“ Charakter des Informationsmodells ist einer der wichtigsten Gründe für seine ungebrochene Popularität. Gleichzeitig steht das verbraucherrechtliche Informationsmodell in der Kritik. In den bereits seit vielen Jahren andauernden rechtspolitischen und dogmatischen Debatten über das verbraucherrechtliche Informationsmodell ist dabei seit einiger Zeit eine Schwerpunktverlagerung zu beobachten. Standen zunächst rechtssystematische Fragen zum Verhältnis zwischen Verbraucherrecht und allgemeinem Vertragsrecht im Mittelpunkt, rücken in neuer Zeit verhaltensökonomische Argumente in den Fokus. Die aus verhaltensökonomischer Sicht formulierte Kritik am Informationsmodell wird im juristischen Schrifttum inzwischen fast einhellig geteilt. Keine Einigkeit besteht dagegen in Bezug auf die Frage, welcher regulatorische Ansatz an die Stelle des Informationsmodells treten sollte oder ob eine Reform des bisherigen Modells überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Das in der neueren verhaltensökonomischen Literatur verstärkt diskutierte Problem der Heterogenität von Akteuren und die sich damit aufdrängende Frage, welche Konsequenzen daraus für das verbraucherrechtliche Informationsmodell zu ziehen sind, wird im juristischen Schrifttum bisher kaum aufgegriffen.

⁸¹ Richtlinie 2011/90/EU der Kommission v. 14.11.2011 zur Änderung von Anhang I Teil II der Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates mit zusätzlichen Annahmen für die Berechnung des effektiven Jahreszinses, ABl.EU L 296 v. 15.11.2011, S. 35-37.

Teil B: Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata

Die Analyse des verbraucherrechtlichen Informationsmodells hat deutlich gemacht, dass das Modell des Verbraucherschutzes durch Information in seiner derzeitigen Ausprägung unter einem doppelten Defizit leidet.

Erstens führt die Vielzahl an Informationspflichten zu einem *Quantitätsproblem*, d.h. die Menge an Informationen übersteigt häufig die Verarbeitungskapazitäten der Verbraucher. Dies führt zur Informationsüberlastung (*information overload*) und damit zur Wirkungslosigkeit der Verbraucherinformation. Zweitens hat die Verwendung standardisierter Informationspflichten ein *Qualitätsproblem* zur Folge. Da sich der Zuschnitt der Informationen am Modell des „Durchschnittsverbrauchers“ orientiert, geht die Information nicht selten an den spezifischen Bedürfnissen des einzelnen Verbrauchers vorbei (*information mismatch*). Die für den einzelnen Verbraucher relevanten Informationen gehen in der Flut der Informationen unter oder fehlen gänzlich. Auch die Form der Darbietung von Informationen nimmt zumeist keine Rücksicht auf die spezifischen Bedürfnisse einzelner Verbraucher.

Eine Lösung für beide Probleme könnte eine stärkere Personalisierung von Verbraucherinformationen bieten. Dadurch ließe sich zum einen der Umfang der übermittelten Informationen reduzieren. Zum anderen könnten Inhalt und Darbietung der Information besser auf die Bedürfnisse des jeweiligen Adressaten zugeschnitten werden. Dadurch ließen sich zugleich „Streuverluste“ bei der Informationserteilung vermeiden und das Instrument der Verbraucherinformation zielgerichteter einsetzen.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass sich im geltenden Verbraucherrecht bereits eine Reihe möglicher Anknüpfungspunkte findet für eine differenzierte Bereitstellung von Informationen, die auf die unterschiedlichen Informationsbedürfnisse von Verbrauchern Rücksicht nimmt.

I. Pflicht zur kundengerechten Beratung

Besonders deutlich kommt das Konzept einer personalisierten Verbraucherinformation in solche Regelungen zum Ausdruck, die nicht auf die Übermittlung standardisierte Informationen zielen, sondern ausdrücklich eine Verpflichtung zur individuell kundengerechten Beratung vorsehen. Eine modellbildende Rolle hat insoweit die Rechtsprechung des BGH im Bereich des Anlegerschutzrechts gespielt. Nach der vom BGH in der Bond-Entscheidung⁸² geprägten Formel schuldet die Bank dem potenziellen Anleger aus dem Anlageberatungsvertrag eine richtige, sorgfältige, zeitnahe, vollständige und für den Kunden verständliche Aufklärung über jene Eigenschaften und Risiken des Anlageobjekts, die für die Anlageentscheidung wesentliche Bedeutung haben oder haben können.⁸³ Inhalt und Umfang der Beratungspflicht sind dabei von einer Reihe von Faktoren

⁸² BGH NJW 1993, 2433.

⁸³ Siehe den Überblick bei BeckOGK/Herresthal, 1.6.2019, BGB § 311 Rn. 706 ff. sowie MüKoHGB/Zahrte, 4. Aufl. 2019, Anlageberatung, Rn. 139 ff.

abhängig, die sich einerseits auf die Person des Kunden und andererseits auf das Anlageprojekt beziehen („anleger- und objektgerechte Beratung“).⁸⁴

Zu den Umständen, die an die Person des Kunden anknüpfen, gehören insbesondere dessen Wissensstand über Anlagegeschäfte der vorgesehenen Art und dessen Risikobereitschaft. Zu berücksichtigen ist vor allem, ob es sich bei dem Kunden um einen erfahrenen Anleger mit einschlägigem Fachwissen handelt und welches Anlageziel der Kunde verfolgt. Die Kenntnis von solchen Umständen kann die Bank aus langjährigen Geschäftsbeziehungen mit dem Kunden gewonnen haben. Verfügt sie nicht über entsprechendes Wissen, muss sie Informationsstand und Anlageziel des Kunden erfragen („know your customer rule“).⁸⁵ Die empfohlene Anlage muss unter Berücksichtigung dieses Ziels auf die persönlichen Verhältnisse des Kunden zugeschnitten, also „anlegergerecht“ sein.⁸⁶

Der Gedanke der anleger- und objektgerechten Beratung lässt sich mit entsprechenden Modifikationen auch auf andere Bereiche übertragen.⁸⁷ Ausdrücklich geregelte Beratungspflichten, die auf den individuellen Informationsbedarf des Kunden abstellen, finden sich etwa im Versicherungsrecht und im Verbraucherkreditrecht. So verpflichtet § 61 Abs. 1 S. 1 VVG den Versicherungsvermittler, soweit die konkreten Umstände, d. h. das Produkt oder die persönliche Situation des Versicherungsnehmers, dazu erkennbar Anlass geben, nach seinen Wünschen und Bedürfnissen zu befragen und bedarfsgerecht zu beraten. Ein solcher Anlass für eine nähere Bedarfsermittlung kann beispielsweise bestehen, wenn das konkret nachgefragte oder angebotene Versicherungsprodukt – etwa aufgrund bestimmter Deckungsausschlüsse – den vom Kunden angestrebten Vertragszweck erkennbar verfehlen würde.⁸⁸ Die Rechtsprechung hat dies beispielsweise für den Fall bejaht, dass es sich bei dem Versicherungsnehmer um einen türkischen Staatsangehörigen handelt und die ihm angebotene Kfz-Haftpflichtversicherung keinen Versicherungsschutz für die asiatische Türkei bietet. In diesem Fall müsse damit gerechnet werden, dass das Kfz auch zu Reisen in den asiatischen Teil der Türkei genutzt wird.⁸⁹

Die Verpflichtung zur kundengerechten Beratung vor Abschluss eines Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrages regelt § 511 Abs. 2, 3 BGB. Die Vorschrift ergänzt insoweit die allgemeinen Informations- und Erläuterungspflichten aus § 491a BGB. Erbringt der Darlehensgeber – über die bloße Vergabe eines Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrages hinaus – Beratungsleistungen, so muss er sich zunächst

⁸⁴ BGH NJW 1993, 2433; siehe auch BGH NJW 2015, 398 Rn. 18; BGH NJW 2011, 1949. Inwieweit das Modell der anlegergerechten Beratung in der Praxis tatsächlich funktioniert, ist allerdings umstritten, vgl. Jungermann/Belting, Wir verstehen uns doch – nicht wahr! Psychologische Aspekte der Altersvorsorge und Anlageberatung, KritV 2004, 325, 339 („Beide, Kunde und Berater, tun so *als ob* und beide machen so einander und oft auch sich selbst etwas vor.“).

⁸⁵ Siehe §§ 63 Abs. 10, 64 Abs. 3 WpHG; näher zur Exploration des Kunden siehe MüKoHGB/Zahrte, 4. Aufl. 2019, Anlageberatung, Rn. 140 ff.

⁸⁶ BGH NJW 1993, 2433; siehe auch BGH NJW 2015, 398 Rn. 18; BGH NJW 2011, 1949.

⁸⁷ Vgl. Kieninger, Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten beim Abschluß von Versicherungsverträgen, AcP 198 (1998), 190, 236 (für eine Übertragung auf das Versicherungsrecht).

⁸⁸ Prölss/Martin/Dörner, 30. Aufl. 2018, VVG § 61 Rn. 14.

⁸⁹ OLG Frankfurt NVersZ 1998, 38, 39; OLG Hamm VersR 1991, 1238; siehe auch Prölss/Martin/Dörner, 30. Aufl. 2018, VVG § 61 Rn. 16.

gem. § 511 Abs. 2 S. 1 BGB über den Bedarf, die persönliche und finanzielle Situation sowie über die Präferenzen und Ziele des Darlehensnehmers informieren („know your borrower rule“).⁹⁰ Diese Explorationspflicht soll den Darlehensgeber in die Lage versetzen, ein Produkt auszuwählen und zu empfehlen, das auf den konkreten Darlehensnehmer zugeschnitten ist.⁹¹

II. Differenziertes Verbraucherleitbild im Lauterkeitsrecht

Auch im Lauterkeitsrecht findet sich der Gedanke einer adressatengerechten Verbraucherinformation. Dies lässt sich am Zusammenspiel von § 5a Abs. 2 UWG und § 3 Abs. 4 UWG verdeutlichen. Nach § 5a Abs. 2 UWG handelt ein Unternehmer unlauter, der einem Verbraucher eine „wesentliche Information“ vorenthält, die dieser für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötigt. Das Vorenthalten der Information muss dabei geschäftliche Relevanz haben, also geeignet sein, den Verbraucher zu einer Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. Eine Konkretisierung erfährt die Vorschrift durch § 5a Abs. 3 UWG. Zu den Basisinformationen, die dem Verbraucher bei einem Angebot von Waren oder Dienstleistungen erteilt werden müssen, zählen danach u.a. die „wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung“.

Der Beurteilungsmaßstab für die Wesentlichkeit der Information ergibt sich aus § 3 Abs. 4 UWG.⁹² Diese Vorschrift enthält drei verschiedene Maßstäbe, die vom Allgemeinen zum Besonderen führen: Nach § 3 Abs. 4 S. 1 Alt. 1 UWG kommt es zunächst auf den Verständnishorizont des Durchschnittsverbrauchers an (Stufe 1). Maßgeblich ist damit grundsätzlich „wie der normal informierte und angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher die beworbenen Waren oder Dienstleistungen wahrnimmt“.⁹³ Richtet sich die geschäftliche Handlung dagegen an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern, so ist gem. § 3 Abs. 4 S. 1 Alt. 2 UWG auf die Sichtweise eines durchschnittlichen Mitgliedes dieser Gruppe abzustellen (Stufe 2). Noch weiter schränkt § 3 Abs. 4 S. 2 UWG den Maßstab auf die Perspektive eines durchschnittlichen Mitglieds einer bestimmten besonders schutzbedürftigen Gruppe ein, wenn für den Unternehmer vorhersehbar ist, dass seine geschäftliche Handlung nur eine solche eindeutig identifizierbare Gruppe betrifft (Stufe 3).

Eine besondere Schutzbedürftigkeit kann sich nach § 3 Abs. 4 S. 2 UWG etwa aufgrund von „geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit“ im Hinblick auf die konkrete geschäftliche Handlung oder die betreffenden Produkte ergeben. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des verschärften Schutzstandards aus § 3 Abs. 4 S. 2 UWG ist, dass die schutzbedürftige Gruppe „eindeutig identifizierbar“. Dies dient der Rechtssicherheit und dem Schutz des Unternehmers. Für ihn muss vorhersehbar sein, welche spezifischen lauterkeitsrechtlichen Anforderungen er im Hinblick auf die besondere Schutzbedürftigkeit der Verbrauchergruppe beachten muss. Eine eindeutige

⁹⁰ BeckOGK/Harnos, 1.3.2020, BGB § 511 Rn. 1; siehe auch Lang/Buck-Heeb, Kreditwürdigkeitsprüfung, Exploration und Beratung bei Immobilien-Verbraucherdarlehen nach der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, ZBB 2016, 320.

⁹¹ BeckOGK/Harnos, 1.3.2020, BGB § 511 Rn. 32.

⁹² MüKoUWG/Alexander, 3. Aufl. 2020, UWG § 5a Rn. 221.

⁹³ EuGH, 8.2.2017, C-562/15, GRUR 2018, 280, Rn. 31 – Carrefour Hypermarchés SAS.

Identifizierbarkeit dürfte zu bejahen sein, wenn der Unternehmer von vornherein gezielt eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern anspricht, die im Allgemeinen besonders schutzbedürftig ist (z.B. Minderjährige, Verbraucher mit körperlichen Beeinträchtigungen oder solche die unter psychischen Störungen leiden).⁹⁴

Als Beispiel lässt sich etwa an die vielfältigen Möglichkeiten zum zielgruppenspezifischen „micro-targeting“ auf Facebook denken.⁹⁵ Je kleiner die dabei gewählte Zielgruppe ist, desto höher fällt auch die „Granularität“ des maßgeblichen Verbraucherleitbildes aus. Im Extremfall kann sich dabei die Zielgruppe bis auf einen Verbraucher verdichten. Im Zusammenspiel von § 5a UWG und § 3 Abs. 4 UWG ergibt sich damit für die Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten eine gewisse Annäherung an ein Modell personalisierter Verbraucherinformation.

III. Transparenzgebote im Verbrauchervertragsrecht

Anders als im Lauterkeitsrecht findet sich im Vertragsrecht bislang keine explizite Regelung eines abgestuften Verbraucherleitbildes. Ein vertragsrechtliches Gegenstück zu § 3 Abs. 4 UWG fehlt im BGB. Einen möglichen Anknüpfungspunkt für eine adressatenbezogene Differenzierung der Verbraucherinformation könnten allerdings die zahlreichen Einzelregelungen bieten, die bestimmen, dass die dem Verbraucher zu erteilenden Informationen „klar und verständlich“ sein müssen.

Entsprechende Transparenzgebote gelten u.a. für Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (§ 312d BGB i.V.m. Art. 246 § 4 Abs. 1 EGBGB), den elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312i Abs. 1 Nr. 2, § 312j Abs. 1 Nr. 2 BGB), Garantieerklärungen beim Verbrauchsgüterkauf (§ 479 Abs. 1 S. 1 BGB), Teilzeit-Wohnrechteverträge (§ 482 Abs. 1 S. 2 BGB) und Reiseverträge (§§ 651f Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, 651t Nr. 2 BGB). Neben diesen Regelungen, die jeweils bestimmte Vertriebsformen oder besondere Vertragstypen betreffen, findet sich eine allgemeines Gebot „klarer und verständlicher“ Verbraucherinformation in Art. 312a Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246 Abs. 1 EGBGB.⁹⁶

Flankiert werden diese Einzelregelungen durch § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach kann sich eine unangemessene Benachteiligung in Bezug auf AGB auch daraus ergeben, dass die entsprechende Klausel nicht „klar und verständlich“ ist.⁹⁷ Nach Rechtsprechung und Literatur ist dabei auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertreters der

⁹⁴ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 38. Aufl. 2020, UWG § 3 Rn. 5.28.

⁹⁵ Siehe den Überblick bei Kind/Weide, Microtargeting: Psychometrische Analyse mittels Big Data, TAB, Themenkurzprofil Nr. 18, Mai 2017, abrufbar unter <http://www.tab-beim-bundestag.de/de/pdf/publikationen/themenprofile/Themenkurzprofil-018.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.5.2020).

⁹⁶ Zur Funktion von § 312a BGB als Bestandteil eines „Allgemeinen Teils des Verbraucherrechts“ vgl. BeckOGK/Busch, 1.1.2020, BGB § 312 Rn. 2. Die Liste der Transparenzgebote wird durch die bis 2022 umzusetzende Modernisierungs-RL (EU) 3019/2161 noch weiter verlängert. So sieht die Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie zusätzliche Informationspflichten bei auf Online-Marktplätzen geschlossenen Verträgen vor. Dabei ordnet die Richtlinie ebenfalls an, dass die Informationen „in klarer, verständlicher und in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise“ zu erfolgen hat.

⁹⁷ Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019 Rn. 64, BGB § 307 Rn. 64; kritisch dazu McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 145 ff., 297 ff.

angesprochenen Kundenkreise abzustellen.⁹⁸ Bei Verbrauchergeschäften, die im Massenverkehr getätigt werden, ist als Maßstab der „normal informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher“ heranzuziehen.⁹⁹ Für Versicherungsverträge ist auf den „durchschnittlichen Versicherungsnehmer“ abzustellen, für Leasingverträge auf den „durchschnittlichen Leasingnehmer“.¹⁰⁰

Das Transparenzgebot des AGB-Rechts wird verbreitet als Vorbild für die anderen verbraucherrechtlichen Transparenzgebote angesehen.¹⁰¹ Dementsprechend seien die im Rahmen des AGB-Rechts erarbeiteten Anforderungen an den Verständnishorizont der Marktgegenseite verallgemeinerungsfähig.¹⁰² Ausgangspunkt für die Konkretisierung der Informationspflichten aus §§ 312 ff. BGB ist daher ebenfalls der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers.¹⁰³ Welche Anforderungen im Einzelnen zu stellen sind, richtet sich nach den jeweils angesprochenen Verkehrskreisen.¹⁰⁴

Ein möglicher Anknüpfungspunkt für personenbezogene Differenzierungen und die Berücksichtigung der Bedürfnisse besonders schutzbedürftiger Verbraucher findet sich dabei in Erwägungsgrund 34 der Verbraucherrechterichtlinie 83/2011/EU:

„Bei der Bereitstellung dieser Informationen sollte der Unternehmer den besonderen Bedürfnissen von Verbrauchern Rechnung tragen, die aufgrund ihrer geistigen oder körperlichen Behinderung, ihrer psychischen Labilität, ihres Alters oder ihrer Leichtgläubigkeit in einer Weise besonders schutzbedürftig sind, die für den Unternehmer vernünftigerweise erkennbar ist. Die Berücksichtigung dieser besonderen Bedürfnisse sollte jedoch nicht zu unterschiedlichen Verbraucherschutzniveaus führen.“

Inwieweit aus Erwägungsgrund 34 eine Verpflichtung abgeleitet werden kann, bei der Bereitstellung der in Art. 246, 246a EGBGB geregelten Verbraucherinformationen auf die erkennbaren Bedürfnisse von besonders schutzbedürftigen Gruppen oder sogar einzelner Verbraucher Rücksicht zu nehmen, ist weitgehend ungeklärt. In der vertragsrechtlichen Literatur wird in erster Linie die Frage erörtert, ob aus der Bestimmung eine Verpflichtung abgeleitet werden kann, die *Modalitäten* der Informationsbereitstellung im Hinblick auf besonders schutzbedürftige Verbraucher anzupassen.¹⁰⁵ Die dabei teilweise erhobene Forderung, die nach Art. 246 §§ 1-3 EGBGB zu erteilenden Informationen seien generell

⁹⁸ MüKoBGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019 Rn. 64, BGB § 307 Rn. 64 m.w.N.

⁹⁹ EuGH, 30.4.2014, C-26/13, EuZW 2014, 506 Rn. 74 – Kásler.

¹⁰⁰ BeckOGK/Eckelt, 1.1.2020, BGB § 307 Rn. 127; BGH NJW 2017, 3711 Rn. 13 (Versicherungsvertrag); BGH NJW 1996, 455 (Leasingvertrag).

¹⁰¹ Fleischer, ZEuP 2000, 772, 786; Staudinger/Thüsing (2019) § 321i Rn. 44.

¹⁰² Fleischer, ZEuP 2000, 772, 786; Staudinger/Thüsing (2019) § 321i Rn. 44.

¹⁰³ Siehe etwa MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312d Rn. 76: „Hinweise müssen so angeordnet sein, dass sie von einem Durchschnittsverbraucher auch bei flüchtiger Betrachtung nicht übersehen werden können und klar erkennen lassen, welche Art von Informationen sich hinter ihnen verbergen“.

¹⁰⁴ BeckOGK/Busch, 1.1.2020, EGBGB Art. 246a § 4 Rn. 8.

¹⁰⁵ Vgl. BeckOK BGB/Martens, EGBGB Art. 246a § 4 Rn. 7; MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312d Rn. 70; siehe auch BeckOGK/Busch, 1.1.2020, EGBGB Art. 246a § 4 Rn. 8.1

barrierefrei zur Verfügung zu stellen,¹⁰⁶ dürfte zu weit gehen.¹⁰⁷ Durchaus denkbar erscheint es, aus Erwägungsgrund 34 auch eine Pflicht abzuleiten, den *Inhalt* der Verbraucherinformation an die Bedürfnisse schutzbedürftiger Verbraucher anzupassen, etwa in der Weise, dass geschäftlich besonders unerfahrenen Verbrauchern zusätzliche Warnhinweise vor riskanten Geschäften gegeben werden müssen. Rechtsprechung zu dieser Frage gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Dies könnte daran liegen, dass derartige Streitfälle, wenn sie überhaupt in der Praxis vorkommen, eher im Bereich des Lauterkeitsrechts als im Vertragsrecht ausgetragen werden, da dort diese Frage in § 3 Abs. 4 S. 2 UWG eine eindeutigere Regelung erfahren hat.

IV. Wissenszurechnung und Big Data

Unabhängig von den gesetzlich besonders geregelten Fällen personalisierter Information und Beratung und auch über die oben skizzierten weiteren in Betracht kommenden Anknüpfungspunkte hinaus, stellt sich ganz allgemein Frage, ob mit der immer umfassenderen Sammlung von Kundendaten zu Zwecken von Marketing und „Business Analytics“ nicht bereits de lege lata eine allgemeine Pflicht zur kundengerechten Information auf Basis der verfügbaren Daten erwächst. Eine solche Pflicht könnte etwa für eine Haftung aus culpa in contrahendo (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) oder im Rahmen einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB zu berücksichtigen sein. Diese Fragen werden in der juristischen Literatur bisher kaum erörtert.¹⁰⁸

Eine allgemeine Pflicht zur kundengerechten Information, die an den Einsatz von Big Data Analytics anknüpft, ließe sich durchaus in die vertragsrechtliche Dogmatik zu vorvertraglichen Informationspflichten einpassen.¹⁰⁹ Den Umfang der vorvertraglichen Informationspflichten beschreibt die Rechtsprechung zumeist anhand zweier gegenläufiger Formeln.¹¹⁰ So wird zunächst betont, dass keine allgemeine Pflicht zur Aufklärung besteht und grundsätzlich jede Partei selbst dafür verantwortlich ist, die für ihre Entscheidung über den Vertragsschluss notwendigen Informationen zu beschaffen („negative Formel“).¹¹¹ Nach gefestigter Rechtsprechung besteht aber eine Pflicht zur Aufklärung hinsichtlich solcher Umstände, die für den Vertragsschluss der anderen Partei erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann („positive Formel“).¹¹²

Diese beiden Blankettformeln bieten für sich genommen dem Rechtssuchenden wenig Orientierung. In der Literatur wird jedoch eine Reihe von Kriterien herausgearbeitet, um

¹⁰⁶ Buchmann, Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 4), K&R 2014, 453, 455.

¹⁰⁷ MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312d Rn. 70; BeckOK BGB/Martens, EGBGB Art. 246a § 4 Rn. 7.

¹⁰⁸ Siehe aber Spindler/Seidel, Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, NJW 2018, 2153.

¹⁰⁹ Dazu umfassend Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001; siehe auch Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 109 ff.

¹¹⁰ Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 118 f.

¹¹¹ BGH NJW 2017, 3586 Rn. 14; BGH NJW 1983, 2493, 2494; BGH NJW-RR 1989, 211, 212.

¹¹² BGH NJW 2017, 3586 Rn. 14; BGH NJW-RR 1996, 690; BGH NJW 2006, 3139, 3141.

die Voraussetzungen vorvertraglicher Informationspflichten zu konkretisieren.¹¹³ Ein wesentliches Kriterium ist dabei die tatsächliche Kenntnis der relevanten Informationen. Wer über *präsenten Wissen* verfüge, solle eher aufklären als derjenige, der sich die Information erst mühsam und unter hohen Kosten beschaffen müsse.¹¹⁴ Die Frage, welche Informationen dem Aufklärungspflichtigen als präsenten Wissen zugerechnet werden können, lässt sich dabei nicht empirisch, sondern nur normativ bestimmen. Bildlich gesprochen ist es erforderlich, den Kreis des präsenten Wissens mittels eines normativen Zirkels abzugrenzen.

Zur Bestimmung des aktuellen Wissens sind dabei im Wege der wertenden Wissenszurechnung auch die sich weiterentwickelnden technischen Möglichkeiten zur Analyse großer Datenmengen berücksichtigen.¹¹⁵ In diesem Sinne hat das OLG Hamm bereits im Jahr 2011 entschieden, dass Informationen, die ein Computer sammelt, dem Benutzer des Computers analog § 166 Abs. BGB zuzurechnen sind.¹¹⁶ Die elektronische Speicherung der Informationen wurde dabei sogar als positive Kenntnis und nicht nur als bloßes Kennenmüssen qualifiziert.¹¹⁷

Diese Überlegungen lassen sich auch auf die besonderen Informationspflichten des Verbraucherrechts übertragen und könnten zur Auslegung der einzelnen Informationstatbestände herangezogen werden. Zur Illustration mag das folgende Beispiel dienen:

Beispiel 1: Information über Deckungsausschlüssen bei Versicherungen

Ein Kreditkartenunternehmen, das einem seiner Kunden eine Reisegepäckversicherung anbietet, ist nach Artikel 3 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a) der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2002/65/EG) verpflichtet, dem Verbraucher „eine Beschreibung der wesentlichen Merkmale der Finanzdienstleistung“ zur Verfügung zu stellen. Bei der Beantwortung der Frage, welche Merkmale für den einzelnen Verbraucher „wesentlich“ sind, könnte berücksichtigt werden, dass dem Unternehmen umfangreiche Informationen über die Verwendung der Kreditkarte des Verbrauchers zur Verfügung stehen. Nutzt das Unternehmen die Zahlungsdaten in datenschutzrechtlich zulässiger Weise zu Werbezwecken, so könnte es im Gegenzug dazu verpflichtet sein, diese Daten auch dafür zu verwenden, den Verbraucher in adäquater Weise über die für ihn wesentlichen Merkmale der angebotenen Reisegepäckversicherung zu informieren. Wenn beispielsweise aus den Zahlungsdaten erkennbar ist, dass der Kunde aus beruflichen Gründen häufiger in den Irak oder nach Libyen reist, so sollten Informationen über einen Deckungsausschluss der Versicherung für diese Reiseländer für diesen Kunden in hervorgehobener Weise angezeigt werden.

¹¹³ Siehe dazu Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 109 ff.

¹¹⁴ Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S.70.

¹¹⁵ Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht, 2008, S. 142. Danach können etwa einem Autohändler, der Zugang zum Intranet eines Automobilherstellers hat, die dort verfügbaren Informationen über einen bevorstehenden Modellwechsel zugerechnet werden.

¹¹⁶ OLG Hamm ZIP 2011, 1926; siehe auch OLG Saarbrücken BeckRS 2016, 2971.

¹¹⁷ Vgl. Weber/Kiefner/Jobst, Künstliche Intelligenz und Unternehmensführung, NZG 2018, 1131, 1135.

Beispiel 1 zeigt, dass der Einsatz von Big-Data-Analytics zu Werbezwecken dazu führen könnte, dass der Umfang der vertraglichen und vorvertraglichen Aufklärungspflichten erweitert wird. Wie *Spindler* und *Seidel* betonen, besteht zwar (noch) keine Pflicht zur Nutzung derartiger Analysemethoden, aber umgekehrt gilt: „Wer Daten besitzt und diese verarbeitet, darf diese nicht nur zu Werbezwecken nutzen, sondern muss sie auch zum Schutz seiner Kunden einsetzen.“¹¹⁸

¹¹⁸ Spindler/Seidel, Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, NJW 2018, 2153, 2157; zustimmend Noack, Organisationspflichten und -strukturen kraft Digitalisierung, ZHR 183 (2019) 105, 133 f.

Teil C: Personalisierte Verbraucherinformationen de lege ferenda

Wie in Teil B gezeigt wurde, sieht das geltende Recht eine Personalisierung von Verbraucherinformationen bislang nur in bestimmten Fallkonstellationen vor. Durch den Einsatz digitaler Technologien könnten sich die dabei zum Ausdruck kommenden Wertungen jedoch verallgemeinern und gewissermaßen „skalieren“ lassen. Dadurch könnte in naher Zukunft eine algorithmengestützte Personalisierung von Verbraucherinformationen in vielen Bereichen ermöglicht werden. Die eingangs beschriebenen Defizite des bisherigen Informationsmodells könnten auf diese Weise gewissermaßen *ex machina* behoben werden.

Im Folgenden sollen Eckpunkte eines Modells personalisierter Verbraucherinformationen skizziert werden. Die Darstellung des Modells erfolgt dabei in vier Schritten:

1. Den Kern des Modells bilden algorithmisches Empfehlungssysteme (*recommender systems*), mit deren Hilfe Informationen nach Relevanz gefiltert werden. Auf der Basis von „Relevanzscores“ werden einzelnen Verbrauchern die für sie besonders wichtigen Informationen in hervorgehobener Weise präsentiert (dazu I.) Neben der inhaltlichen Differenzierung ermöglicht dieses Modell auch eine Differenzierung in Bezug auf die Darbietung der Information. Für die praktische Umsetzung dieses Modells kommen zwei Varianten in Betracht (zentrale bzw. dezentrale Personalisierung) (dazu II.).
2. Im zweiten Schritt werden unterschiedliche Einsatzmöglichkeiten für eine algorithmengestützte Personalisierung vorgestellt. Dabei werden zwei wesentliche Aspekte des Systemdesigns in den Blick genommen: Zum einen wird erörtert, in welchen formellen und materiellen *Dimensionen* eine Personalisierung der Verbraucherinformation möglich ist (z.B. Gestaltung, sprachliche Komplexität, Sequenz, Lesbarkeit, Detaillierungsgrad, inhaltliche Differenzierung) (dazu III.).¹¹⁹ Zum anderen wird erläutert, anhand welcher *Kriterien* eine Personalisierung erfolgen könnte (z.B. individueller Informationsbedarf, Verbraucherverhalten und -präferenzen) (dazu IV.).¹²⁰
3. Im dritten Schritt wird erläutert, wie ein Modell personalisierter Information in rechtlicher Hinsicht umgesetzt werden kann. Dabei wird ein nach dem Grad der rechtlichen Verbindlichkeit gestaffeltes Stufenmodell für die Einführung personalisierter Informationen entwickelt (z.B. Gestattung, Privilegierung und Anordnung personalisierter Information) (dazu V.).
4. Abgerundet wird die Darstellung durch einen Blick auf technische und konzeptuelle Grenzen einer Personalisierung von Verbraucherinformationen (dazu VI.).

¹¹⁹ Siehe dazu die Beispiele bei Busch, Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law, 86 University of Chicago Law Review 309, 315 ff. (2019) und Hacker, Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates, 25 European Review of Private Law 651, 666 ff. (2017).

¹²⁰ Zu möglichen Kriterien siehe Porat/Strahilevitz, Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data, 112 Michigan Law Review 1417, 1434 ff. (2014); Hacker, 25 European Review of Private Law 651, 660 ff. (2017).

I. Algorithmisches Empfehlungssystem

Den Kern des hier skizzierten Modells personalisierter Verbraucherinformation bildet ein algorithmisches Empfehlungssystem, das für unterschiedliche Verbraucher(-gruppen) die jeweils relevanten Informationen filtert. Vergleichbare Systeme spielen heute in vielen Bereichen der Online-Kommunikation eine zentrale Rolle.¹²¹ Der kommerzielle Erfolg von Unternehmen wie Amazon, Spotify oder Netflix beruht zu einem nicht geringen Teil darauf, dass sie auf der Grundlage umfangreicher Datenbestände in der Lage sind, ihren Nutzern personalisierte Empfehlungen zu geben.¹²² So sollen etwa 30 % der Seitenaufrufe bei Amazon.com auf algorithmischen Produktempfehlungen beruhen.¹²³ 60% der Videoaufrufe bei Youtube gehen nach eigenen Angaben auf algorithmische Empfehlungen zurück.¹²⁴ Bei dem Streaming-Dienst Netflix soll der Empfehlungsalgorithmus sogar für mehr als 80% der abgespielten Filme verantwortlich sein.¹²⁵

Dieser Ansatz lässt sich grundsätzlich auch auf gesetzlich vorgeschriebene Verbraucherinformationen übertragen. Auf abstrakter Ebene erscheint die Zielsetzung klar: Angesichts der vielfach beklagten Informationsüberlastung (*information overload*) könnte eine Fokussierung auf solche Informationen, die für den einzelnen Verbraucher in einer bestimmten Entscheidungssituation relevant sind, die Wirksamkeit des Verbraucherschutzes durch Information erhöhen. Bei der Konkretisierung dieser einfachen Zielsetzung ergeben sich allerdings einige konzeptionelle Herausforderungen.

Algorithmische Empfehlungssysteme beruhen auf verallgemeinerten Annahmen hinsichtlich der Relevanz von spezifischen Inhalten für bestimmte Nutzer. Anhand der vom System ermittelten „Relevanzscores“ werden die Inhalte gefiltert und die Auswahl den jeweiligen Nutzern präsentiert. Empfehlungssysteme lassen sich dabei grob vereinfacht in zwei Grundtypen unterteilen, die sich durch die Art des Filteralgorithmus unterscheiden:¹²⁶

- *Inhaltsgestützte Systeme (content-based filtering systems)* bestimmen die Relevanz anhand von Ähnlichkeiten zwischen Inhalten. Bei diesem Modell würden etwa einem Verbraucher, der sich in der Vergangenheit besonders für die Umweltverträglichkeit eines Produkts interessiert hat, auch künftig Umweltinformationen in hervorgehobener Weise präsentiert. Welche Informationen für einen bestimmten Verbraucher relevant sind, könnte dabei entweder durch Befragung der Verbraucher (etwa bei der Registrierung im Online-Shop) oder durch Beobachtung des Verbraucherverhaltens (etwa anhand von Clickstream-Daten) ermittelt werden.

¹²¹ Ricci et al. (Hrsg.) *Recommender Systems Handbook*, 2011, S. 3.

¹²² Aggarwal, *Recommender Systems*, 2016, S. 8 ff.; siehe auch Schmidt/Sørensen/Dreyer/Hasebrink, *Media Perspektiven* 2018, 522.

¹²³ Sharma/Hofman/Watts, *Estimating the Causal Impact of Recommendation Systems from Observational Data*, Proc. 16th ACM Conf. Economics and Computation, 453 (2015).

¹²⁴ Siehe <https://developers.google.com/machine-learning/recommendation/overview>.

¹²⁵ Gomez-Uribe/Hunt, *The Netflix Recommender System: Algorithms Business Value and Innovation*, 6 ACM Trans. Management Information Systems 1 (2016).

¹²⁶ Vgl. Aggarwal, *Recommender Systems*, 2016, S. 8 ff.

- *Kollaborative Systeme (collaborative filtering systems)* bestimmen die Relevanz anhand einer Analyse der Nutzungsgewohnheiten einer großen Zahl von Nutzern. Sie orientieren sich dabei zumeist an Ähnlichkeiten zwischen Personen. Bei einem solchen kollaborativen System würden einer Verbraucherin beispielsweise Umweltinformationen in hervorgehobener Weise präsentiert, wenn sie ähnliche Konsum- oder Nutzungsgewohnheiten zeigt, wie andere Verbraucher, von denen bekannt ist, dass diese sich für Umweltinformationen interessieren.¹²⁷

Neben diesen beiden Grundtypen gibt es weitere Varianten von Empfehlungssystemen, etwa solche, die demographische Daten (z.B. Alter, Wohnort) verwenden (*demographic filtering systems*). In der Praxis finden häufig Systeme Anwendung, die unterschiedliche Modelle miteinander verbinden (*hybrid filtering systems*).¹²⁸

II. Zentrale und dezentrale Personalisierung

Anknüpfend an Überlegungen von *Hacker* lassen sich bei der Personalisierung von Rechtsnormen zwei Grundmodelle unterscheiden,¹²⁹ die auch für die Personalisierung von Verbraucherinformationen in Betracht kommen. Zum einen könnten die Nutzerdaten, auf deren Grundlage die Personalisierung der Informationen erfolgt, dezentral bei den jeweiligen Unternehmen gespeichert und verarbeitet werden („dezentrale Personalisierung“). Alternativ könnte eine zentrale Speicherung erfolgen, etwa durch eine Datentreuhänder oder im Rahmen eines Personal Information Management System (PIMS)¹³⁰ („zentrale Personalisierung“).

Das Modell der dezentralen Personalisierung hat den Vorteil, dass es auf bereits bestehende Strukturen zur Datenspeicherung und -verarbeitung innerhalb der jeweiligen Unternehmen aufsetzt und – in der Terminologie des Datenschutzrechts – lediglich eine Zweckänderung der Datenverarbeitung erfolgt. Die bereits zu Werbezwecken gespeicherten Daten würde in diesem Falle zusätzlich zum Zweck der Personalisierung von Verbraucherinformationen verwendet.

Eine zentrale Speicherung der Nutzerdaten würde dagegen den Aufbau zusätzlicher Strukturen voraussetzen, hätte aber den Vorteil, dass die Daten dem Verbraucher bzw. seinem Datentreuhänder zugeordnet sind. Dies würde es ermöglichen, dass der

¹²⁷ Eine Variante ist die artikelbasierte kollaborative Filterung (*item-based collaborative filtering*), wie sie etwa Amazon für Produktempfehlungen verwendet. Dabei werden anhand einer Ähnlichkeitsmatrix Produkten mit „verwandten“ Produkten verknüpft. Der Algorithmus hat dabei die Aufgabe für jedes Produkt p1 ein Produkt p2 zu ermitteln, das in der Vergangenheit häufig von Kunden gekauft wurde, die zuvor das Produkt p1 gekauft haben. Daraus leitet das System eine Empfehlung nach dem Muster „Kunden, die p1 gekauft haben, kaufen auch p2“ ab. Siehe dazu Linden et al., Collaborative Recommendations Using Item-to-Item Similarity Mappings, US Patent 6,266,649, to Amazon.com, Patent and Trademark Office, 2001 (led 1998); siehe auch Linden/Smith, Amazon.com Recommendations: Item- to-Item Collaborative Filtering, 7 IEEE Internet Computing 76 (2003).

¹²⁸ Siehe Bobadilla/Ortega/Hernando/Gutiérrez, Recommender systems survey, 46 Knowledge-Based Systems

¹²⁹ Vgl. Hacker, 25 European Review of Private Law 651, 656 f. (2017), der zwischen “company-based personalization” und “government-based personalization” unterscheidet.

¹³⁰ Zu Datenmanagement- und Datentreuhandsystemen vgl. Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, 2018, S. 133 ff.

Verbraucher etwa beim erstmaligen Einkauf in einem neuen Online-Shop sein Nutzerprofil gewissermaßen mitbringen kann und die Vorteile einer personalisierten Verbraucherinformation nutzen kann, obwohl in dem erstmals besuchten Online-Shop noch keine Daten über ihn gespeichert sind. Eine solche „Portabilität der Personalisierung“ setzt dabei nicht voraus, dass der Verbraucher seine gesamte Kaufhistorie dem neuen Online-Shop zur Verfügung stellt. Der Verbraucher müsste lediglich die „Relevanzscores“ übermitteln, etwa mittels einer Application Programming Interface (API). Die Ermöglichung einer Portabilität der Personalisierung ist auch aus wettbewerbsökonomischen Gründen sinnvoll, da sie zur Reduktion von Wechselkosten zwischen Online-Plattformen beiträgt und Lock-in-Effekte vermeidet.¹³¹

III. Dimensionen der Personalisierung

Mit Blick auf die Ausgestaltung des Systems personalisierter Verbraucherinformation stellt sich zunächst die Frage, welche Aspekte oder „Dimensionen“ der Information auf den Adressaten zugeschnitten werden sollen (z.B. Inhalt, Detailgrad, Komplexität, Zeitpunkt, Form). Im Folgenden soll anhand einiger Beispiele veranschaulicht werden, welche Regulierungsoptionen in Erwägung gezogen werden könnten.

1. Inhaltliche Differenzierung

Zunächst kommt eine inhaltliche Differenzierung der Verbraucherinformation in Betracht. Dabei werden den einzelnen Verbrauchern solche Informationen, von denen erwartet werden kann, dass sie für ihre Kaufentscheidung besonders relevant sind, unaufgefordert angezeigt (Push-Informationen). Andere Informationen, die für den jeweiligen Verbraucher weniger relevant sind, werden nur angezeigt, wenn sie aktiv angefordert werden (Pull-Informationen). Zur Illustration kann dabei auf das Experimentaldesign der empirischen Studie verwiesen werden, die parallel zu der vorliegenden juristischen Studie durchgeführt wurde.¹³²

Beispiel 2: Differenzierung zwischen Push-Informationen und Pull-Informationen

In einem Online-Shop für Smartphones werden Verbrauchern unterschiedliche Informationen unaufgefordert angezeigt, um eine präferenzkonforme Entscheidung zu erleichtern. Verbrauchern, die in der Vergangenheit ein nachhaltiges Konsumverhalten gezeigt haben, erhalten im Online-Shop unaufgefordert Informationen über Nachhaltigkeitsaspekte der einzelnen Smartphones (z.B. Produktionsemissionen, Ressourcenverbrauch, Reparierbarkeit). Zusätzlich wird ein „Nachhaltigkeitsscore“ angezeigt. Finanziell vulnerablen Verbrauchern werden dagegen unaufgefordert Informationen über die Erschwinglichkeit des Smartphones angezeigt (z.B. Preis-Leistungs-Verhältnis, Reparaturkosten, Wiederverkaufswert). Hier wird zusätzlich ein „Erschwinglichkeitsscore“ angezeigt.

¹³¹ Vgl. Engels, Data portability among online platforms, 5(2) Internet Policy Review (2016), DOI: 10.14763/2016.2.408.

¹³² Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, Personalisierte Verbraucherinformation, 2020, S. 10 ff.

Als gesetzlicher Anknüpfungspunkt könnte dabei eine Regelung dienen, wie sie in Art. L 113-1 des französischen Code de la consommation enthalten ist. Danach hat der Unternehmer dem Verbraucher auf Verlangen Informationen darüber zur Verfügung zu stellen, unter welchen sozialen Produktionsbedingungen das von ihm angebotene Produkt hergestellt wurde. Die französische Regelung sieht dabei nur eine Pull-Information vor. Im Rahmen einer personalisierten Verbraucherinformation könnte Verbrauchern, deren Datenprofil auf ein besonderes Interesse an Nachhaltigkeitsinformationen schließen lässt, diese Information unaufgefordert als Push-Information angezeigt werden.

2. Detailgrad und Komplexität

Differenzierungen sind auch denkbar im Hinblick auf Detailgrad und Komplexität der Verbraucherinformation. Entsprechende Abstufungen in Bezug auf den Umfang der zu erteilenden Informationen sind dem deutschen und europäischen Verbraucherrecht nicht fremd. So reduziert § 312d Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 3 S. 1 EGBGB den Umfang der Informationspflichten, sofern der Unternehmer für den Vertragsschluss ein Fernkommunikationsmittel einsetzt, das nur begrenzten Raum oder begrenzte Zeit zur Informationserteilung bietet.¹³³ Die Vorschrift nimmt dabei allein Rücksicht auf externe Faktoren, die eine Informationserteilung erschweren. Im Rahmen einer Personalisierung der Verbraucherinformation könnten dagegen auch Grenzen der Informationsverarbeitung berücksichtigt werden, die ihren Grund in der Person des Verbrauchers haben. Neben einer Anpassung des Detailgrades der Information wäre es auch denkbar, die sprachliche Komplexität anzupassen (z.B. Information in „leichter Sprache“ als Voreinstellung).

3. Darbietung der Information

Eine Personalisierung könnte auch hinsichtlich der äußeren Gestaltung der Information erfolgen. Als Vorbild könnte dabei etwa das im Bereich des Online-Marketing eingesetzte „Website Morphing“ dienen.¹³⁴ Dabei wird die Art und Weise der Informationsdarbietung auf Internetseiten für unterschiedliche Nutzer angepasst, um den verschiedenen kognitiven Stilen der Nutzer, d.h. individuellen Unterschieden bei der Aufnahme und Verarbeitung von Informationen, Rechnung zu tragen. Beispiele für unterschiedliche kognitive Stile, die u.a. für das Morphing von Banner-Werbung im Internet berücksichtigt werden, sind etwa impulsiv-deliberativ, visuell-verbal oder analytisch-holistisch.¹³⁵ Anhand dieser oder ähnlicher Kategorien könnte die Darstellung von Verbraucherinformationen individuell angepasst werden, um die Informationsaufnahme zu erleichtern.

Beispiel 3: Piktogramme für stärker visuell geprägte Verbraucher

Die Art. 13, 14 DS-GVO sehen eine umfangreiche datenschutzrechtliche Aufklärung des von der Datenverarbeitung Betroffenen vor. Nach Art. 12 Abs. 7 DS-GVO besteht dabei die Möglichkeit zur Verwendung von standardisierten Bildsymbolen (Piktogrammen). Der Einsatz solcher Piktogramme könnte personalisiert werden. Dabei könnten eher verbal

¹³³ Siehe dazu EuGH, 23.1.2019, C-430/17, GRUR 2019, 296 – Walbusch; BGH GRUR 2019, 961.

¹³⁴ Hauser et al, Website Morphing, 28 Marketing Science (2006), 202.

¹³⁵ Urban et al., Morphing banner advertising, 33 Marketing Science, 27 (2014); Liberali/Hauser/Urban, Morphing theory and applications, in: Wierenga/van der Lans (Hrsg.) Handbook of Marketing Decision Models, 2017, S. 531, 539.

orientierten Verbrauchern Textinformationen präsentiert werden, während für stärker visuell geprägte Verbraucher als Voreinstellung Bildsymbole verwendet werden.

Beispiel 4: Unterschiedliche Lesegewohnheiten bei der Darstellung von Texten

Bei der Darstellung von Informationen auf Webseiten könnten auch die Lesegewohnheiten unterschiedlicher Verbraucher berücksichtigt werden. Empirische Untersuchungen zeigen, dass ältere Verbraucher, die über wenig Erfahrung im Umgang mit Computern verfügen, Texte auf Webseiten leichter aufnehmen können, wenn die Texte wie auf einer Papierseite dargestellt werden, d.h. wenn man zwischen einzelnen Seiten „blättert“ und nicht scrollt.¹³⁶ Dementsprechend könnte die Darstellung von umfangreicheren Verbraucherinformationen auf Websites für unterschiedliche Verbrauchergruppen personalisiert werden.

IV. Kriterien der Personalisierung

Neben der Frage, welche Aspekte oder Dimensionen der Informationen personalisiert werden, ist zu entscheiden, anhand welcher Kriterien die Personalisierung erfolgen soll. Die Auswahl der Kriterien hängt dabei nicht zuletzt davon ab, welche Ziele mit der Personalisierung der Verbraucherinformation erreicht werden sollen.

In erster Linie kann eine Personalisierung von Verbraucherinformation dafür eingesetzt werden, um die Relevanz der erteilten Information zu erhöhen. Der jeweilige Verbraucher soll diejenigen Informationen erhalten, die für seine Entscheidung besonders wichtig sind. Dies wird durch eine inhaltliche Filterung der Informationen erreicht. Eine Filterung von Verbraucherinformationen mit dem Ziel, die inhaltliche Relevanz der Information zu erhöhen, kann dabei anhand ganz unterschiedlicher Kriterien erfolgen. Das Spektrum reicht von geäußerten und offenbarten Präferenzen über demographische Kriterien bis hin zu psychologischen Persönlichkeitsmerkmalen. Im Kern geht es dabei immer um die Frage, welche Umstände geeignet sind, um eine möglichst treffsichere Prognose in Bezug auf die Relevanz spezifischer Informationen für einzelne Verbraucher zu treffen.

Darüber hinaus kann die Personalisierung von Informationen dazu genutzt werden, um die Darbietung der Informationen besser auf den Verständnishorizont des jeweiligen Adressaten zuzuschneiden. Dabei geht es weniger um eine inhaltliche Filterung, sondern vielmehr um die Frage, in welcher Form die Information präsentiert wird. Legt man den Fokus auf diese Zielsetzung, so müssen Kriterien gewählt werden, anhand derer der jeweilige Verständnishorizont des Verbrauchers bestimmt werden kann.

Nachfolgend sollen beispielhaft einige Kriterien skizziert werden, die für eine Personalisierung von Verbraucherinformationen in Betracht kommen. Dabei zeigt sich,

¹³⁶ Hou/Wu/Harrell, Reading on paper and screen among senior adults: Cognitive map and technophobia, 8 *Frontiers in psychology* 2225 (2017); siehe auch Clinton, Reading from paper compared to screens: A systematic review and meta-analysis." 42 *Journal of Research in Reading* 288 (2019).

dass es eine enge Wechselbeziehung zwischen den Dimensionen der Personalisierung und den verwendeten Kriterien besteht.

1. Verbraucherpräferenzen

Eine Auswahl der Informationen kann zunächst auf der Grundlage individueller Verbraucherpräferenzen erfolgen. Dies hätte insbesondere Auswirkungen auf die Anwendung zahlreicher Vorschriften, die eine Information über die „wesentlichen Eigenschaften“ des angebotenen Produkts verlangen, wie etwa § 312d Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGBGB oder § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG.¹³⁷ Für die Bestimmung der Wesentlichkeit eines Produktmerkmals wird dabei auf die Sichtweise der „angesprochenen Verkehrskreise“ abgestellt.¹³⁸ Bei Angeboten im Massengeschäft wird daher bislang der Maßstab des Durchschnittsverbrauchers herangezogen. Im Rahmen einer personalisierten Verbraucherinformation könnte dagegen unterschiedlichen Vorstellungen über die Wesentlichkeit von Produktmerkmalen innerhalb der Zielgruppe Rechnung getragen werden. Die Wesentlichkeit einer Information könnte sich dabei etwa aus dem vorherigen Konsumverhalten des Verbrauchers ableiten.

Beispiel 5: Personalisierte Angaben zur Interoperabilität von Verbrauchsmaterialien

Ein Verbraucher erwirbt in einem Online-Shop einen Laserdrucker. Einige Wochen später will er im selben Online-Shop einen Toner kaufen. Er wählt eine Tonerkartusche aus und legt sie in seinen virtuellen Warenkorb. Vor Vertragsschluss ist der Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher über die „wesentlichen Eigenschaften“ des Produkts zu informieren.¹³⁹ Der Unternehmer muss daher darüber informieren, für welche Drucker der Toner verwendet werden kann. Mit der Angabe einer Typenbezeichnung (z.B. „Canon I-SENSYS MF742CDW 3“) kann der Verbraucher wenig anfangen. Er weiß möglicherweise, dass er einen Drucker der Marke „Canon“ besitzt, kann sich aber nicht mehr an die genaue Typenbezeichnung erinnern. Hilfreicher wäre eine personalisierte Warnung nach folgendem Muster: „Der Toner ist nicht kompatibel mit dem Drucker, den Sie vor drei Wochen bei uns gekauft haben. Für weitere Informationen klicken Sie hier.“).

Die Erteilung einer personalisierten Warnung wie in Beispiel 5 setzt voraus, dass im Online-Shop ein Kundenprofil besteht, in dem Daten über die Kaufhistorie des Verbrauchers gespeichert sind. Die Berücksichtigung von Verbraucherpräferenzen bei der Informationserteilung setzt allerdings nicht allen Fällen das Bestehen von Kundenprofilen voraus. In manchen Fällen kann eine Personalisierung von Verbraucherinformationen

¹³⁷ Weitere Beispiele: § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 246 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB (wesentliche Eigenschaften von Waren und Dienstleistungen), § 312d Abs. 2 BGB i.V.m. § 246b § 1 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB (wesentliche Merkmale der Finanzdienstleistung) 248 § 4 Abs. 1 Nr. 2 a) EGBGB (wesentlichen Merkmale des zu erbringenden Zahlungsdienstes), § 650j BGB i.V.m. Art. 249 § 2 EGBGB (wesentlichen Eigenschaften der Bauleistung) § 651d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 250 § 3 EGBGB (wesentliche Eigenschaften der Reiseleistung).

¹³⁸ So etwa OLG Hamburg MMR 2014, 818. Danach zählen bei einem Sonnenschirm nicht nur Maße, Form und Farbe zu den wesentlichen Merkmalen, über die Verbraucher zu informieren sind, sondern auch das Material des Bezugsstoffs und des Gestells, vgl. dazu BeckOGK/Busch, 1.1.2020, EGBGB Art. 246 Rn. 18.1.

¹³⁹ Siehe § 312d Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EGBGB.

auch anhand situativer Umstände erfolgen. In diesen Fällen reicht ein kontextbezogener Empfehlungsalgorithmus aus.¹⁴⁰ Dies zeigt das folgende Beispiel 6:

Beispiel 6: Personalisierte Angaben zur Interoperabilität digitaler Inhalte

Ein Verbraucher erwirbt in einem Online-Shop für digitale Inhalte eine Videodatei zum Download. Der Unternehmer ist in diesem Fall verpflichtet, den Verbraucher über etwaige Beschränkungen der Interoperabilität und die Kompatibilität der digitalen Inhalte mit Hard- und Software zu informieren.¹⁴¹ Die Information könnte in personalisierter Weise erfolgen („Dieses Produkt ist mit dem Computer kompatibel, den Sie gerade benutzen. Für detailliertere Informationen klicken Sie hier.“). Diese Information, die für den Verbraucher besonders relevant sein dürfte, wird als Push-Information angezeigt. Weitere Angaben, etwa zur Interoperabilität mit anderen Betriebssystemen, können als Pull-Informationen zur Verfügung gestellt.

Beispiel 6 bezieht sich auf die Informationspflicht aus § 312d Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 15 EGBGB. Danach sind Unternehmer verpflichtet, den Verbraucher vor Abschluss eines Außergeschäftsraumvertrages oder Fernabsatzvertrages über digitale Inhalte „gegebenenfalls, soweit wesentlich“ über Beschränkungen der Interoperabilität und Kompatibilität der digitalen Inhalte mit Hard- und Software, zu informieren.¹⁴² So muss etwa beim Download einer Video- oder Musikdatei angegeben werden, welche technischen Voraussetzungen für die Wiedergabe erforderlich sind. Diese Informationspflicht besteht allerdings nur soweit die Interoperabilitätsbeschränkungen dem Unternehmer „bekannt sind oder bekannt sein müssen“.

Als Orientierungshilfe für die Auslegung der Vorschrift, die der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 lit. s) VRRRL dient, kann auf den Leitfaden der EU-Kommission (GD Justiz) zur Umsetzung und Anwendung der VRRRL zurückgegriffen werden.¹⁴³ Danach soll der Verbraucher u.a. Angaben zu den Geräten erhalten, mit denen die Inhalte genutzt werden können. Diese Angaben sollten nach den Vorstellungen der GD Justiz gegebenenfalls auch Informationen zum erforderlichen Betriebssystem oder zusätzlicher Software (einschließlich Versionsnummer) und zur Hardware (z.B. Prozessorgeschwindigkeit und Grafikkartenfunktionen) umfassen. Werden diese Angaben auf abstrakte Weise bereitgestellt („Dieses Produkt erfordert Windows 7, Service Pack 2, 64 Bit“), werden viele Verbraucher nicht in der Lage sein, die erteilten Informationen zu verstehen. Wenn jedoch die Hardware, die der Verbraucher für den Zugang zum Online-Shop verwendet, durch die Software des Shops identifiziert wird, können die Informationen – wie in Beispiel 6 – auf eine stärker personalisierte Art und Weise bereitgestellt werden („Dieses Produkt ist mit dem Computer kompatibel, den Sie gerade benutzen. Für detailliertere Informationen klicken Sie hier.“). Für die meisten Verbraucher dürfte diese Informationen, die auf die Umstände des konkreten Falles Bezug nimmt, hilfreicher sein als eine abstrakte Angabe der Interoperabilitätsbeschränkungen.

¹⁴⁰ Vgl. Adomavicius/Tuzhilin, Context-Aware Recommender Systems, in: Ricci et al. (Hrsg.) Recommender Systems Handbook, 2011, S. 217 ff.

¹⁴¹ Siehe § 312d Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 15 EGBGB.

¹⁴² Eine gleichlautende Informationspflicht enthält § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 246 Abs. 1 Nr. 8 EGBGB.

¹⁴³ Leitfaden der GD Justiz zur Richtlinie 2011/83/EU (Juni 2014), S. 81 f.

2. Gesundheitsrisiken

Personalisierte Verbraucherinformationen könnten auch dazu eingesetzt werden, um Verbrauchern personalisierte Warnhinweise vor Gesundheitsrisiken zu geben, die für den jeweiligen Verbraucher besonders relevant sind. Zur Veranschaulichung kann ein in der Literatur häufig zitiertes Beispiel aus den USA dienen, das zeigt, wie weit die Möglichkeiten des Data Mining im Online-Handel reichen:

Beispiel 7: Personalisierte Gesundheitswarnungen in der Schwangerschaft

Nach einem Bericht der New York Times¹⁴⁴ konnte der amerikanische Discounthändler Target durch eine Analyse des Einkaufsverhaltens anhand scheinbar „unverdächtiger“ Produkte (z.B. Körperlotion, Nahrungsergänzungsmittel) einen „pregnancy prediction score“ berechnen. Dadurch konnten schwangere Kundinnen identifiziert und der erwartete Geburtstermin des Kindes recht genau berechnet werden. Target nutzte diese Informationen, um den Kundinnen personalisierte Werbebotschaften zu senden. Im Rahmen eines Modells personalisierter Verbraucherinformationen könnte man erwägen, dass der Händler die von ihm zu Werbezwecken erstellten Kundenprofile auch für die Erteilung personalisierter Gesundheitswarnungen einsetzen muss.¹⁴⁵ Kundinnen, die einen bestimmten „pregnancy prediction score“ erreichen, könnte auf diese Weise ein Warnhinweis angezeigt werden, wenn sie im Online-Shop von Target bestimmte Produkt in den virtuellen Warenkorb legen (z.B. ein Haarfärbemittel, das für Schwangere gefährliche Inhaltsstoffe enthält).

3. Finanzielle Vulnerabilität

In der Literatur finden sich noch deutlich weitergehende Vorschläge zur Profilbildung diskutiert, die an unterschiedliche Metriken zur Identifizierung vulnerabler Verbraucher anknüpfen. Nach Ansicht von *Porat* und *Strahilevitz* könnte eine Personalisierung von Informationspflichten auch anhand von psychologischen Persönlichkeitsmerkmalen erfolgen.¹⁴⁶ Als mögliche Metrik verweisen Sie auf das bekannte „Big Five“-Modell (Offenheit, Gewissenhaftigkeit, Extraversion, Verträglichkeit, Neurotizismus).¹⁴⁷

Am Beispiel von § 504a BGB lässt sich veranschaulichen auf welche Weise Persönlichkeitsmerkmale zur Personalisierung von Informationspflichten und anderen Verbraucherschutzinstrumenten herangezogen werden könnten.¹⁴⁸ Die im Jahr 2016 eingeführte Vorschrift des § 504a Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet Kreditgeber, finanziell

¹⁴⁴ Duhigg, How Companies Learn Your Secrets, New York Times Magazin, 16.2.2012, <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html> (zuletzt abgerufen am 5.6.2020)

¹⁴⁵ Busch, The Future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data, in: Twigg-Flesner (Hrsg.) Research Handbook on EU Consumer and Contract Law, 2016, S. 221, 234; siehe auch Busch, 86 University of Chicago Law Review 309, 316 (2019).

¹⁴⁶ Porat/Strahilevitz 112, Michigan Law Review 1417 (2014).

¹⁴⁷ Porat/Strahilevitz 112, Michigan Law Review 1417, 1434 ff. (2014); zum „Big-Five-Modell“ siehe ferner McCrae/John, An Introduction to the Five-factor Model and its Applications, 60 Journal of Personality 175 (1992); Gosling/Rentfrow/Swann, A Very Brief Measure of the Big-Five Personality Domains, 37 Journal of Research in Personality 504 (2003).

¹⁴⁸ Beispiel nach Busch, 86 University of Chicago Law Review 309, 317 f. (2019).

besonders vulnerablen Verbrauchern, die über längere Zeit und in erheblichem Umfang einen Dispositionskredit nutzen, eine Beratung zu alternativen Kreditarten anzubieten.¹⁴⁹ Die Beratungspflicht greift ein, wenn der Verbraucher die ihm eingeräumte Überziehungsmöglichkeit ununterbrochen über einen Zeitraum von sechs Monaten und durchschnittlich in Höhe eines Betrags in Anspruch genommen hat, der 75% des vereinbarten Höchstbetrags übersteigt. Nimmt der Kunde das Beratungsangebot des Kreditgebers an, so ist eine Beratung zu möglichen kostengünstigen Alternativen zur Inanspruchnahme der Überziehungsmöglichkeit und zu möglichen Konsequenzen einer weiteren Überziehung des laufenden Kontos durchzuführen sowie gegebenenfalls auf geeignete Beratungseinrichtungen hinzuweisen (§ 504a Abs. 2 S. 1 BGB).

Der Vorschrift liegt der rechtstatsächliche Befund zugrunde, dass eine Reihe von privaten Haushalten über einen längeren Zeitraum und in erheblichem Umfang Dispositionskredite nutzt, obwohl diese im Vergleich zu anderen Kreditarten teuer sind daher in erster Linie zur Befriedigung eines kurzfristigen, überschaubaren Kreditbedarfs eingesetzt werden sollten.¹⁵⁰ Im Kern geht es bei § 504a BGB daher um eine „financial health warning“. Der Gesetzgeber verlangt keine allgemeine Warnung für alle Nutzer von Dispositionskrediten, sondern konzentriert sich auf ein Kundensegment, das anhand der über die Nutzung des Dispositionskredites verfügbaren Daten als finanziell vulnerabel eingestuft wird. Die gesetzlich vorgeschriebene Beratungspflicht ist dabei an eine recht grobe Typisierung der Schutzbedürftigkeit geknüpft. Als Proxy-Variable für die finanzielle Vulnerabilität dient die längerfristige und erhebliche Nutzung des Dispositionskredites (Dauer: sechs Monate, Umfang: 75 % des Überziehungsrahmens).

Diese Typisierung ließe sich verfeinern durch die Berücksichtigung von Vulnerabilitäten, die sich durch spezifische Persönlichkeitsmerkmale einzelner Verbraucher ergeben. Empirische Untersuchungen deuten darauf hin, dass Verbraucher mit niedrigen Haushaltseinkommen dazu neigen, einen höheren Anteil des verfügbaren Einkommens für Statusprodukte auszugeben.¹⁵¹ Eine mögliche Erklärung dafür könnte das Bestreben sein, tatsächliche oder vermeintliche Defizite auszugleichen („kompensatorischer Konsum“).¹⁵² Ein solches Verhaltensmuster kann zu erheblichen finanziellen Problemen führen.¹⁵³ Neuere empirische Untersuchungen lassen eine Korrelation zwischen der Neigung zu „Statusausgaben“ und bestimmten Persönlichkeitsmerkmalen erkennen.¹⁵⁴ So konnte festgestellt werden, dass extravertierte Verbraucher mit niedrigem Einkommen in

¹⁴⁹ Siehe dazu Krüger, Neue Beratungspflichten bei Verbraucherdarlehen – ein Paradigmenwechsel?, BKR 2016, 397 ff.

¹⁵⁰ Zum rechtstatsächlichen Hintergrund von § 504a BGB siehe MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, BGB § 504a Rn. 1 f.

¹⁵¹ Bagwell/Bernheim, Veblen Effects in a Theory of Conspicuous Consumption, 86 American Economic Review 349 (1996).

¹⁵² Rucker/Galinsky, Compensatory Consumption, in: Belk/Ruvio (Hrsg.) The Routledge Companion to Identity and Consumption, S. 207 ff. (2013)

¹⁵³ Siehe Moav/Neeman, Saving Rates and Poverty: The Role of Conspicuous Consumption and Human Capital, 122 The Economic Journal 933, 938 ff. (2012).

¹⁵⁴ Landis/Gladstone, Personality, Income, and Compensatory Consumption: Low-Income Extraverts Spend More on Status, 28 Psychological Science 1518, 1518 f. (2017); siehe auch Nyhus/Webley, The Role of Personality in Household Saving and Borrowing Behaviour, 15 European Journal of Personality 85 (2001) (zu Persönlichkeitsmerkmalen als Prädiktoren für das Sparverhalten von Verbrauchern).

größerem Umfang Statusausgaben tätigen als introvertierte Verbraucher der gleichen Einkommensgruppe.

Auf der Grundlage dieser Beobachtungen könnte die in § 504a BGB vorgesehene Beratungspflicht zielgenauer eingesetzt werden. Beispielsweise könnte die Beratungspflicht bei extravertierten Kunden mit niedrigem Einkommen niedriger angesetzt werden als bei introvertierten Kunden (z.B. 60% statt 75% des Dispositionsrahmens oder drei statt sechs Monate).

Das Beispiel macht zugleich deutlich, dass eine Personalisierung auf der Basis von Persönlichkeitsmerkmalen eine Reihe von Problemen mit sich bringt. Zum einen hängt die Durchführbarkeit des hier skizzierten Ansatzes sehr stark von der Qualität der für das Profiling verwendeten Daten und der Prognosefähigkeit des zugrunde liegenden theoretischen Modells ab. Zum anderen wäre zu klären, anhand welcher Daten die Persönlichkeitsmerkmale der Kunden ermittelt werden sollen. Eine Auswertung der verfügbaren Kontodaten für die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen erscheint aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich. Auf ähnliche datenschutzrechtliche Vorbehalte stößt auch der in der Literatur unterbreitete Vorschlag, Creditscores wie etwa den Schufa-Score heranzuziehen, um besonders vulnerable Verbraucher zu identifizieren, die einen verstärkten Verbraucherschutz benötigen.¹⁵⁵

V. Stufenmodell der Personalisierung – drei Szenarien

In rechtlicher Hinsicht könnte das oben beschriebene Modell der personalisierten Verbraucherinformation könnte auf unterschiedliche Weise umgesetzt werden. Drei mögliche Szenarien sollen im Folgenden kurz skizziert werden. Die verschiedenen Umsetzungsmodelle unterscheiden sich nach ihrem Grad der rechtlichen Verbindlichkeit. Das Spektrum reicht von einer Gestattung personalisierter Information (Szenario 1), über deren rechtliche Privilegierung (Szenario 2) bis hin zu einer verbindlichen Anordnung personalisierter Information (Szenario 3).

Für alle drei nachfolgend skizzierten Varianten wäre ein Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers erforderlich, da durch die Filterung und Reduktion der Informationen, die dem einzelnen Verbraucher präsentiert wird, die Informationserteilung in vielen Fällen hinter den derzeit geltenden Vorgaben des europäischen Verbraucherrechts zurückbliebe, das eine umfassende und standardisierte Verbraucherinformation vorsieht.

1. Gestattung personalisierter Information

Eine Personalisierung von Verbraucherinformationen kann zunächst auf freiwilliger Basis im Rahmen eines *Opt-in-Modells* erfolgen.¹⁵⁶ Als Standardoption (*default rule*) werden dem Verbraucher dabei – wie bisher – standardisierte Informationen präsentiert. Eine Personalisierung der Informationen findet nur statt, wenn sich der Verbraucher dafür

¹⁵⁵ Dies erwägt Hacker, 25 *European Review of Private Law* 651, 661 (2017).

¹⁵⁶ Busch, in: Twigg-Flesner (Hrsg.) *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, 2016, S. 221, 237 f.

entscheidet. Dieser Ansatz steht im Einklang mit dem Gedanken eines „Rechts auf eine nicht-personalisierte Nutzung digitaler Angebote“, wie es etwa im Entwurf für eine Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union postuliert wird.¹⁵⁷ In eine ähnliche Richtung zielt die Forderung nach einem „Recht auf datenerhebungsfreie Produkte“, die von Teilen der juristischen Literatur erhoben wird.¹⁵⁸

An diese Wertungen anknüpfend räumt das hier skizzierte Opt-in-Modell dem Verbraucher ein Recht ein, zwischen standardisierten und personalisierten Informationen zu wählen.¹⁵⁹ Ob sich eine Verbraucherin für die Personalisierung von Informationen entscheidet, dürfte davon abhängen, wie stark ihre Präferenz für den Schutz der Privatsphäre ausgeprägt ist. Dieser Ansatz trägt der Tatsache Rechnung, dass verschiedene Verbraucher unterschiedliche Präferenzen hinsichtlich ihrer Privatsphäre haben.¹⁶⁰ Ein Verbraucher, der die Vorteile personalisierter Informationen nutzen möchte, muss dafür die Erstellung von Kundenprofilen akzeptieren. Umgekehrt muss ein Verbraucher, der nicht bereit ist, die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Erstellung von Kundenprofilen zu akzeptieren, einen „Preis“ für das höhere Datenschutzniveau zahlen: Der Preis für den Schutz der Privatsphäre ist dabei eine weniger personalisierte und daher möglicherweise weniger relevante Verbraucherinformation.¹⁶¹

Auf den ersten Blick erscheint das Opt-in-Modell als eine besonders freiheitsschonende Regulierungsoption, bei der die informationelle Selbstbestimmung des Verbrauchers in den Mittelpunkt gestellt wird. Diese optimistische Sichtweise bedarf allerdings einer gewissen Relativierung. Empirische Untersuchungen zur datenschutzrechtlichen Einwilligung zeigen, dass Verbraucher auch bei der Einschätzung von Datenschutzrisiken gewissen Rationalitätsbeschränkungen unterliegen.¹⁶² Mögliche Gefährdungen der Privatsphäre erscheinen aus Verbrauchersicht zumeist als „diffuse Risiken“ und werden häufig unterschätzt.¹⁶³ Die Annahme einer informierten und freiwilligen Einwilligung erweist sich daher nicht selten als eine Fiktion. Hier zeigt sich eine gewisse Parallele zur verhaltensökonomischen Kritik an den Modellannahmen der *rational choice theory*, die in Teil A der Studie skizziert wurden.¹⁶⁴ Den verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen

¹⁵⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 3 des Entwurfs für eine Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union, verfügbar unter <https://digitalcharta.eu> (zuletzt abgerufen am 12.8.2020).

¹⁵⁸ Siehe Becker, Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte, JZ 2017, 170 ff.; siehe ferner Eskens, A right to reset your user profile and more: GDPR-rights for personalized news consumers, 9 International Data Privacy Law 153 (2019).

¹⁵⁹ Als Variante dieses Ansatzes wäre ein doppeltes Opt-in-Modell denkbar (dazu näher Busch, 86 University of Chicago Law Review 309, 328 (2019)). Dabei erfolgt eine Personalisierung der Information nur dann, wenn sowohl der Verbraucher als auch der jeweilige Unternehmer dafür optieren. Ein Wahlrecht steht bei dieser Variante nicht nur dem Verbraucher, sondern auch dem Unternehmer zu. Dieses Modell bietet Unternehmern die Möglichkeit, gezielt damit zu werben, dass Sie auf die Erstellung von Kundenprofilen verzichten und daher auch keine personalisierten Informationen zur Verfügung stellen können, sondern lediglich standardisierte Informationen erteilen.

¹⁶⁰ Vgl. Wisniewski/Knijnenburg/Richter Lipford, Making Privacy Personal: Profiling Social Network Users to Inform Privacy Education and Nudging, 98 Intl J Human-Computer Stud 95, 103 ff. (2017).

¹⁶¹ Vgl. Porat/Strahilevitz, 112 Michigan Law Review 1417, 1467 (2014); Sunstein, Choosing not to Choose: Understanding the Value of Choice, 2015, S. 170 f.

¹⁶² Dazu eingehend Hermstrüwer, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 227 ff.

¹⁶³ Hermstrüwer, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 299.

¹⁶⁴ Siehe dazu bereits Teil A.II.2.

müsste bei der Ausgestaltung des Opt-in-Modells hinreichend Rechnung getragen werden, um eine informierte Entscheidung des Verbrauchers zu gewährleisten.

2. Privilegierung personalisierter Information

Eine Regelung wie in Szenario 1, die eine Personalisierung von Verbraucherinformationen lediglich gestattet und von einer Opt-in-Entscheidung des einzelnen Verbrauchers abhängig macht, birgt aus Unternehmenssicht ein nicht geringes Risiko. Gemäß § 312k Abs. 2 BGB trägt der Unternehmer die Beweislast dafür, dass er die für ihn geltenden Informationspflichten erfüllt hat. Überträgt man diese gesetzliche Wertung auf das Modell personalisierter Verbraucherinformation, so bedeutet dies, dass der Unternehmer die Beweislast dafür trägt, dass er einen geeigneten Empfehlungsalgorithmus zur Personalisierung der Informationen eingesetzt hat. Im Streitfalle müsste er darlegen und beweisen, dass der verwendete Algorithmus bei der Berechnung der Relevanzscores hinreichend präzise Ergebnisse produziert und die Zahl der Typ I und Typ II Fehler (false positives, false negatives) das zulässige Maß nicht übersteigt.

Als Lösung kommt eine rechtliche Privilegierung personalisierter Informationen in Betracht. Denkbar wäre zum einen eine *Vermutungswirkung* zugunsten des Unternehmers. Als Vorbild könnte insoweit das Produktsicherheitsrecht dienen. So wird nach § 4 Abs. 2 ProdSG bei einem Produkt, das einer harmonisierten europäischen technischen Norm entspricht, (widerleglich) vermutet, dass es den allgemeinen Sicherheitsanforderungen nach § 3 Abs. 1, 2 ProdSG entspricht.¹⁶⁵ In gleicher Weise könnte zugunsten des Unternehmers vermutet werden, dass er die geltenden Informationspflichten erfüllt hat, sofern er zur Personalisierung einen Algorithmus einsetzt, der einer (noch zu schaffenden) europäischen Norm entspricht, die Qualitätsanforderungen an Verfahren der prädiktiven Analytik festlegt.¹⁶⁶ Für die Praxis würde dies bedeuten, dass der Unternehmer sein Risiko durch den Einsatz eines zertifizierten Empfehlungssystems reduzieren könnte.

Noch weitergehend könnte man eine *gesetzliche Fiktion* zugunsten von Unternehmern erwägen, die einen zertifizierten Algorithmus verwenden. Als Modell kann insoweit § 8 Abs. 5 VVG dienen. Danach genügt die Belehrung des Versicherungsnehmers den in § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VVG aufgestellten Anforderungen, wenn der Versicherer die in der Anlage zum VVG enthaltene Muster-Widerrufsbelehrung verwendet. § 8 Abs. 5 S. 1 VVG stellt damit eine gesetzliche Fiktion auf, so dass etwaige Mängel des Musters nicht zulasten des Versicherers gehen.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Siehe dazu Klindt, ProdSG, 2. Aufl. 2015, ProdSG § 4 Rn. 8 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Wagner/Gerberding ZRP 2019, 116 ff., die sich für ein „Qualitätssicherungsrecht für Scoring-Algorithmen“ aussprechen.

¹⁶⁷ HK-VVG/Schimikowski, 4. Aufl. 2020, VVG § 8 Rn. 31; HK-VVG/Peter Schimikowski, 4. Aufl. 2020, VVG § 8 Rn. 31.

3. Anordnung personalisierter Information

Noch weiter ginge schließlich ein Regulierungsmodell, bei dem eine Personalisierung von Informationen zwingend angeordnet wird. Darin läge eine vollständige Abkehr vom geltenden Modell der standardisierten Verbraucherinformation.

Da dem Verbraucher bei diesem Szenario kein Wahlrecht zugunsten eines standardisierten und damit datenschutzfreundlicheren Informationsmodells verbleibt, stößt dieser Ansatz aus Sicht des Datenschutzes auf Bedenken. Dies gilt jedenfalls für das oben skizzierte dezentrale Umsetzungsmodell, bei dem einzelne Unternehmen von Gesetzes wegen verpflichtet wären, detaillierte Kundenprofile zu erstellen, um personalisierte Verbraucherinformationen zu erteilen. Gerade für kleinere und mittlere Unternehmen wäre dies auch mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Ein zentrales Umsetzungsmodell, bei dem die Kundenprofile nicht bei den einzelnen Unternehmen, sondern zentral bei einem Datentreuhänder erstellt werden, wären aus datenschutzrechtlicher Sicht vorzugswürdig.

Als Variante kommt schließlich ein Modell in Betracht, bei dem nur eine *bedingte Pflicht* zur Personalisierung besteht. Unternehmer wären danach nicht zur Erstellung von Kundenprofilen zum Zwecke der Personalisierung von Verbraucherinformationen verpflichtet. Wenn aber ein Unternehmer (in zulässiger Weise) aus kommerziellen Gründen Kundenprofile erstellt (z.B. für personalisierte Werbung oder für Business Analytics), wäre er verpflichtet, die bereits bestehenden Profile auch für die Personalisierung von Verbraucherinformationen zu verwenden. In dieser Variante trifft den Unternehmer letztlich ein rechtliches Optimierungsgebot, d.h. er muss auf Basis der ihm verfügbaren Kundendaten, dem Verbraucher die bestmögliche Information zur Verfügung stellen. Dabei gilt: Je umfangreicher das Wissen über den einzelnen Verbraucher, desto größer ist die Verantwortung des Unternehmers, dem Verbraucher relevante Informationen bereitzustellen. Anders formuliert: Je granularer das Verbraucherprofil, desto granularer muss die Verbraucherinformation erfolgen.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Busch, 86 University of Chicago Law Review 309, 328 (2019).

VI. Grenzen einer Personalisierung von Verbraucherinformationen

Bevor im folgenden Abschnitt die *rechtlichen* Grenzen und Rahmenbedingungen einer Personalisierung von Verbraucherinformationen näher beleuchtet werden, erscheint es angebracht, einen kurzen Blick auf die *technischen* und *konzeptuellen* Grenzen einer algorithmischen Personalisierung zu erinnern.

1. Technische Grenzen

Die Leistungsfähigkeit des Systems zur Filterung und Priorisierung von Verbraucherinformationen hängt in hohem Maße von der Verfügbarkeit qualitativ hochwertiger Daten ab.¹⁶⁹ Algorithmische Prognosen über die Relevanz von Informationen sind nur so gut wie die Daten, auf denen sie beruhen. Ist der für die Berechnung von „Relevanzscores“ herangezogene Datenbestand fehlerhaft oder veraltet, ist keine treffsichere Personalisierung der Verbraucherinformationen möglich. Auch wird es in vielen Fällen nicht einfach sein zu bestimmen, ob die mithilfe lernender Algorithmen ermittelten Korrelationen tatsächlich über eine hinreichende prädiktive Kraft verfügen oder ob es sich lediglich um Scheinkorrelationen und statistische Artefakte handelt.¹⁷⁰

Darüber hinaus variiert die Genauigkeit der Vorhersagen je nach den verwendeten Prognosemodellen.¹⁷¹ Wie bei allen statistischen Verfahren lassen sich Fehler in Form von „false positives“ und „false negatives“ nicht gänzlich vermeiden. Der zur Berechnung eines „Relevanzscore“ für Verbraucherinformationen eingesetzte Algorithmus wird dementsprechend einige Informationen als relevant einstufen, die in Wirklichkeit für den betreffenden Verbraucher irrelevant sind und umgekehrt. Durch das Design des Algorithmus kann die Fehlerrate beeinflusst werden. Die beiden Arten von Fehlern sind dabei allerdings derart miteinander verbunden, dass die Reduzierung der einen Fehlerrate zu einer Erhöhung der anderen führt. Welche Fehlerart reduziert werden soll und in welchem Maße dies geschieht (sog. Asymmetric Cost Ratio¹⁷²), ist dabei eine normative Entscheidung. Im Zusammenhang mit der Personalisierung von Informationspflichten hängt die Festlegung der Asymmetric Cost Ratio von der Art der Informationspflicht ab und den Nachteilen, die mit der jeweiligen Fehlerart für den Adressaten der Information verbunden sind. Beispielsweise dürfte bei personalisierten Warnungen vor Gesundheitsrisiken die Vermeidung von „false negatives“ regelmäßig ein größeres Gewicht haben als die Vermeidung von „false positives“.

¹⁶⁹ Dabei gilt der Grundsatz „garbage in, garbage out“, vgl. Kitchin, *The Data Revolution*, 2014, 122 ff.; siehe auch Hermstrüwer, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.) *Big Data – Regulative Herausforderungen*, 2018, S. 99, 108.

¹⁷⁰ Wischmeyer, *Regulierung intelligenter Systeme*, AöR 143 (2018) 1, 23.

¹⁷¹ Wischmeyer, AöR 143 (2018) 1, 24; siehe ferner Zehlike/Wagner, *Süddeutsche Zeitung*, 6.5.2019, Nr. 104, S. 9.

¹⁷² Die Asymmetric Cost Ratio legt das Verhältnis von zu „false positives“ fest. Eine Asymmetric Cost Ratio von 5:1 bedeutet etwa, dass ein Algorithmus für jeden falsch-negativen Fehler fünf falsch-positive machen wird, vgl. Lehr/Ohm, 51 *University of California Davis Law Review* 653, 692 (2017).

2. Konzeptuelle Grenzen

Jenseits dieser technischen Fragen zum Design des Empfehlungsalgorithmus, stößt das Konzept personalisierter Verbraucherinformation noch an eine grundsätzlichere *konzeptuelle* Grenze. Der Begriff der „Personalisierung“ von Verbraucherinformationen suggeriert, dass die Informationspflicht tatsächlich auf den einzelnen Verbraucher in seiner Individualität zugeschnitten wird. In diesem Sinne wird „Personalisierung“ von Rechtsnormen gelegentlich mit „Individualisierung“ gleichgesetzt.¹⁷³ Die Gleichsetzung dieser beiden Kategorien ist jedoch problematisch. Wenn algorithmische Systeme eine Prognose über die Relevanz einer spezifischen Information für einen bestimmten Verbraucher treffen, dann wissen Sie über den Adressaten der Information „nichts eigentlich Individuelles“.¹⁷⁴ Denn Anknüpfungspunkt für die Berechnung des Relevanzscores ist nicht das Individuum, sondern lediglich dessen digitales „alter ego“, das aus einzelnen Datenpunkten (Alter, Wohnort, Kaufhistorie etc.) rekonstruiert und dabei auf diese reduziert wird. Nicht der Verbraucher selbst, sondern nur seine digitale „persona“¹⁷⁵ sind der Bezugspunkt der Personalisierung.¹⁷⁶ Die grobkörnigen Typisierungen des geltenden Verbraucherrechts werden dabei durch granulare Profile ersetzt.¹⁷⁷

Kritiker eines personalisierten Rechts verweisen ferner darauf, dass jede Form von Regulierung ein dynamischer Prozess ist, der durch Feedback-Effekte bestimmt wird.¹⁷⁸ Im Falle von personalisierten Rechtsnormen, die an eine digitale „persona“ anknüpfen, könne dies dazu führen, dass die Regulierungsadressaten versuchen, das Erscheinungsbild ihrer digitale „persona“ zu manipulieren, um sich den Wirkungen des personalisierten Rechts zu entziehen.¹⁷⁹ Diese Überlegung mag grundsätzlich zutreffend sein, für den hier betrachteten Fall der personalisierten Verbraucherinformationen dürfte ein solcher Effekt aber zu vernachlässigen sein. Es ist kaum anzunehmen, dass Verbraucher sich die Mühe machen, ihre digitale „persona“ zu verändern, nur um sich einer personalisierten Verbraucherinformation zu entziehen. Denkbar wäre es allerdings, dass Verbraucher ihr digitales „alter ego“ verändern, um sich bestimmten personalisierten

¹⁷³ Siehe etwa Hacker, *The Ambivalence of Algorithms: Gauging the Legitimacy of Personalized Law*, in: Bakhoun et al. (Hrsg.) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, 2018, S. 85, 97 („individualized default or mandatory rules“); Busch/De Franceschi, *Granular Legal Norms*, in: Mak et al. (Hrsg.) *Research Handbook on Data Science and the Law*, 2018, S. 408, 414 („almost individualized rules“).

¹⁷⁴ Vgl. Wischmeyer, *AöR* 143 (2018) 1, 29.

¹⁷⁵ Clarke, *The Digital Persona and its Application to Data Surveillance*, 10 *The Information Society* 77 (1994) („digital persona“); siehe auch Haggerty/Ericson, *The surveillant assemblage*, 51 *British Journal of Sociology* 605 (2000) („data double“); Solove, *The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age*, 2004 („digital dossier“).

¹⁷⁶ Siehe auch Micklitz, *De- or Re-Typification Through Big Data Analytics? The Case of Consumer Law*, in: Busch/De Franceschi (Hrsg.), *Data Economy and Algorithmic Regulation: A Handbook on Personalized Law*, 2020, S. 203, 205.

¹⁷⁷ Vgl. Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, 2006; kritisch Yeung, *Five fears about mass predictive personalization in an age of surveillance capitalism*, 8 *International Data Privacy Law* 258-269 (2018).

¹⁷⁸ Barry/Hatfield/Kominers, *To Thine Own Self Be True? Incentive Problems in Personalized Law*, San Diego Legal Studies Paper No. 20-439, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3536174> (zuletzt abgerufen am 12.8.2020).

¹⁷⁹ Barry/Hatfield/Kominers, a.a.O., S. 15.

Geschäftsmodellen (z.B. personalisierten Preisen) zu entziehen.¹⁸⁰ Ein solches Verbraucherverhalten würde sich indirekt auch auf die Funktionsweise personalisierte Verbraucherinformationen auswirken, die an ein solches digitales „alter ego“ anknüpfen, und könnte deren Zielgenauigkeit beeinträchtigen.

Die vorstehenden Überlegungen sprechen nicht grundsätzlich gegen eine Personalisierung von Verbraucherinformationen, sofern dadurch dem einzelnen die Aufnahme relevanter Informationen erleichtert wird. Sie machen aber deutlich, dass es ein Trugschluss wäre anzunehmen, eine algorithmische Personalisierung von Verbraucherinformationen würde die Individualität des Verbrauchers ganz in den Mittelpunkt stellen und sämtliche Probleme des verbraucherrechtlichen Informationsmodells beseitigen. Dies wäre eine Überhöhung des hier skizzierten Ansatzes. Es geht lediglich darum, die Wirksamkeit eines Verbraucherschutzinstruments, das in seiner derzeitigen Form zahlreiche Defizite aufweist, zu verbessern.

¹⁸⁰ Vgl. Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers, 30 Harvard Journal of Law & Technology 309, 331 (2016).

Teil D: Rechtliche Rahmenbedingungen für personalisierte Verbraucherinformationen

Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich das in Teil C skizzierte Modell personalisierter Verbraucherinformationen in den durch das geltende Recht gesetzten Rahmen einfügen könnte. Vorgaben des geltenden Rechts für die Personalisierung von Verbraucherinformationen leiten sich dabei zunächst aus dem Unionsrecht und dem Verfassungsrecht ab, insbesondere aus den Grundrechten.¹⁸¹ Darüber hinaus müsste ein Modell personalisierter Verbraucherinformation den Anforderungen des deutschen und europäischen Datenschutzrechts genügen. Thematisiert werden ferner Folgefragen in Bezug auf Rechtsdurchsetzung und effektiven Rechtsschutz.

I. Unionsrechtlicher Rahmen

Die Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus ist ein zentrales Anliegen des europäischen Primärrechts, wie die Querschnittsklausel aus Art. 12 AEUV und die Ermächtigungsnorm des Art. 169 AEUV belegen. Durch Art. 38 GRCh wird der Verbraucherschutz auf die Hierarchieebene der europäischen Grundrechte gehoben. Das Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu sichern, ist danach geeignet, die Beschränkung anderer Grundrechte und sowie der Grundfreiheiten zu rechtfertigen. Auf Art. 38 GRCh können dabei auch Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh) gestützt werden. Auch die mit einem Modell personalisierter Verbraucherinformationen einhergehenden Belastungen für Unternehmer dürften nach Art. 38 GRCh grundsätzlich gerechtfertigt sein.

Umgekehrt könnte man die Frage stellen, ob sich aus Art. 38 GRCh – angesichts der fortschreitenden technischen Entwicklung auf dem Gebiet algorithmischer Empfehlungssysteme – sogar eine Verpflichtung zur Personalisierung von Verbraucherinformationen herleiten lässt. Dagegen spricht allerdings, dass die Vorschrift dem Gesetzgeber bei der Verwirklichung des Verbraucherschutzes grundsätzlich einen weiten Spielraum einräumt.¹⁸² Die konkrete Reichweite des Verbraucherschutzes wird dabei durch den Gesetzgeber festgelegt. Nur in Ausnahmefällen verdichtet sich die Zielvorgabe aus Art. 38 GRCh zu einer Gewährleistungsverantwortung mit Blick auf den Schutz besonders vulnerabler Verbraucher.¹⁸³ Eine generelle Verpflichtung zur Berücksichtigung spezifischer Verbraucherpräferenzen und individuell unterschiedlicher Informationsbedarfe wird man dagegen nicht aus der Art. 38 GRCh ableiten können. Die Vorschrift verpflichtet nur zu einem „hohen“, nicht aber zu einem höchstmöglichen Verbraucherschutzniveau.¹⁸⁴

¹⁸¹ Dabei ist nach neuester Rechtsprechung des BVerfG zu differenzieren: In Bereichen, die vollständig unionsrechtlich determiniert sind, findet eine Prüfung am Maßstab der Unionsgrundrechte statt (BVerfG NVwZ 2020, 63 – Recht auf Vergessen II). Ist die Materie dagegen nicht vollständig unionsrechtlich determiniert, bleiben grds. die nationalen Grundrechte Prüfungsmaßstab (BVerfG NVwZ 2020, 53); siehe dazu Hoffmann, Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, NVwZ 2020, 33 ff.

¹⁸² Jarass GrCh, 3. Aufl. 2016, EU-Grundrechte-Charta Art. 38 Rn. 9.

¹⁸³ Schmidt-Kessel, in: Gebauer/Teichmann (Hrsg.) Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 6, 2016, § 4 Rn. 161.

¹⁸⁴ Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, GRCh 38 Rn. 20.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist zunächst zu untersuchen, inwieweit eine adressatenbezogene Differenzierung von Verbraucherinformationen mit den Gleichheitsgrundrechten aus Art. 3 GG in Einklang zu bringen ist. Dabei geht es nicht nur um die Frage, welche Vorkehrungen zu treffen sind, um unzulässige Diskriminierungen zu verhindern und welche Grenzen die Gleichheitsrechte für eine Personalisierung von Verbraucherinformationen setzen. Umgekehrt stellt sich auch hier – ebenso wie bei Art. 38 GRCh – die Frage, ob eine personenbezogene Differenzierung angesichts neuer technologischer Entwicklungen aus gleichheitsrechtlichen Gründen sogar geboten ist, um eine unzulässige Gleichbehandlung von wesentlich ungleichen Sachverhalten zu vermeiden.¹⁸⁵ Dabei lässt sich an die umfangreiche verfassungsrechtliche Diskussion über die Grenzen einer gesetzlichen Typisierung anknüpfen.¹⁸⁶ Zu prüfen ist ferner die Vereinbarkeit des hier diskutierten Personalisierungsmodells mit dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG.

1. Gleichheitssatz und Grenzen der Typisierung

Auf der Ebene des Verfassungsrechts sind zunächst der in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Gleichheitssatz sowie die speziellen Differenzierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG in den Blick zu nehmen.¹⁸⁷ Das Verhältnis von algorithmischer Personalisierung zu Art. 3 GG ist dabei durchaus ambivalent. Einerseits könnte die adressatenbezogene Differenzierung von Verbraucherinformationen zu einer Ungleichbehandlung führen, die mit den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgeboten in Konflikt tritt. Dies gilt insbesondere, soweit die absoluten Anknüpfungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verletzt werden. Andererseits könnte eine Berücksichtigung von Unterschieden zwischen einzelnen Verbrauchern sogar gleichheitsrechtlich geboten sein.

a) Allgemeiner Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, Gleiches gleich, Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln.¹⁸⁸ Das Gebot gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen.¹⁸⁹ Auch die personenbezogene Differenzierung von Verbraucherinformationen bedarf daher einer Rechtfertigung durch angemessene Sachgründe. Nach der Rechtsprechung des BVerfG wird das Gleichheitsgebot verletzt, „wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich

¹⁸⁵ Siehe dazu Spindler/Seidel, Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, NJW 2018, 2153, 2156.

¹⁸⁶ Vgl. Huster, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 2003, S. 245 ff.; aus zivilrechtlicher Sicht siehe Grünberger, Personale Gleichbehandlung: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013.

¹⁸⁷ Bei vollständig unionsrechtlich determinierten Materien, wie etwa den vollständig harmonisierten Richtlinien des Verbraucherrechts, sind nach neuester Rechtsprechung des BVerfG die Unionsgrundrechte als Prüfungsmaßstab anzulegen, vgl Hoffmann, NVwZ 2020, 33 ff. Danach wären die Art. 20, 21 GRCh einschlägig. Die folgenden Ausführungen dürften insoweit entsprechend gelten.

¹⁸⁸ BVerfGE 103, 242 (258); 71, 255 (271).

¹⁸⁹ BVerfGE 79, 1 (17); 126, 400 (416).

zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“¹⁹⁰ Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal gelten dabei für den Gesetzgeber unterschiedliche Grenzen, die von einem bloßen Willkürverbot bis hin zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.¹⁹¹

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist zu fragen, ob ein Unterscheidungskriterium einem legitimen Zweck folgt, geeignet, erforderlich und angemessen ist.¹⁹² Die Personalisierung von Verbraucherinformationen verfolgt dabei einen legitimen Zweck, da sie darauf gerichtet ist, den unterschiedlichen Informationsbedarfen einzelner Verbraucher Rechnung zu tragen und auf diese Weise die Effektivität des Verbraucherschutzes durch Information zu erhöhen. Inwieweit personalisierte Informationen geeignet sind, das angestrebte Ziel eines effektiveren Verbraucherschutzes tatsächlich zu erreichen, ist mit Blick auf die Ergebnisse der empirischen Studie¹⁹³ noch nicht abschließend geklärt. Angesichts der umfangreichen verhaltenswissenschaftlichen Forschungen zu den Defiziten des bisherigen Modells standardisierter Verbraucherinformation spricht gleichwohl vieles dafür, dass eine verhaltenswissenschaftlich fundierte Personalisierung jedenfalls grundsätzlich geeignet sein könnte, das Verbraucherschutzziel zu fördern. Eine solche Möglichkeit der Zweckerreichung, ist mit Blick auf das verfassungsrechtliche Geeignetheitsgebot ausreichend.¹⁹⁴

Für die einzelnen Anwendungsfälle von personalisierten Verbraucherinformationen ist ferner zu prüfen, ob die Differenzierung erforderlich ist oder durch eine treffsicherere aber weniger belastende Unterscheidung ersetzt werden kann. Insoweit steht dem Gesetzgeber allerdings ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, von dem die Einführung personalisierter Verbraucherinformationen grundsätzlich gedeckt sein dürfte. Auf der vierten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist schließlich zu fragen, ob die Differenzierung angemessen ist. Hierfür ist die Bedeutung des verfolgten Zwecks gegen die Intensität der Ungleichbehandlung abzuwägen. Je größer das Gewicht der Ungleichbehandlung, desto stärker fällt die verfassungsrechtliche Kontrolldichte aus.¹⁹⁵ Das Gewicht der Ungleichbehandlung fällt bei einer Personalisierung von Verbraucherinformationen eher gering aus, da es sich insoweit nicht um einen besonders grundrechtssensiblen Bereich handelt. Zu beachten ist allerdings, dass für personenbezogene Merkmale (z.B. Lebensalter, Persönlichkeitsmerkmale) ein strengerer Maßstab als für verhaltensbezogene Unterscheidungskriterien (z.B. Einkaufsverhalten) anzulegen ist.¹⁹⁶ Dies spricht dafür, im Rahmen des Systemdesigns bei der Auswahl der Differenzierungskriterien bevorzugt auf verhaltensbezogene Merkmale abzustellen.

¹⁹⁰ BVerfGE 55, 72 (88); siehe auch BVerfGE 60, 123 (133 f.); 102, 41 (54); 104, 126 (144 f.); 129, 49 (68 f.).

¹⁹¹ BVerfGE 126, 400 (416); 129 49 (68 f.).

¹⁹² Epping, Grundrechte, 2019, Rn. 799.

¹⁹³ Dazu näher Teil E.

¹⁹⁴ BVerfGE 67, 157 (175); 121, 317 (354); 138, 136 (189).

¹⁹⁵ Epping, Grundrechte, 2019, 809 f.

¹⁹⁶ Epping, Grundrechte, 2019, 811.

Das Modell einer Personalisierung von Verbraucherinformationen ist somit grundsätzlich mit den Vorgaben von Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz liegt allerdings vor, wenn die Personalisierung auf einer fehlerhaften Korrelation beruht.¹⁹⁷ Fehlt es beispielsweise an einem statistischen Zusammenhang zwischen dem herangezogenen Differenzierungskriterium (z.B. einem bestimmten Einkaufsverhalten) und der daran geknüpften Schlussfolgerung (z.B. finanzielle Vulnerabilität), so fehlt es bereits an einem geeigneten sachlichen Grund für die Differenzierung. Die Ursache für den unzutreffend ermittelten statistischen Zusammenhang kann dabei etwa auf einer fehlerhaften Datengrundlage oder einem Fehler in der Modellkalibrierung liegen.¹⁹⁸ Um die Gefahr von unzulässigen Diskriminierungen zu reduzieren, ist daher besondere Sorgfalt bei der Konstruktion des Empfehlungssystems erforderlich von der Auswahl der Trainingsdaten über die Auswahl der Klassifikationskriterien bis hin zur Kalibrierung des Klassifikationsmodells.¹⁹⁹

b) Besondere Differenzierungsverbote

Neben Art. 3 Abs. 1 GG sind bei der Ausgestaltung eines Modells personalisierter Verbraucherinformationen auch die besonderen Differenzierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG zu beachten. Danach ist die Ungleichbehandlung eines Menschen wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politischen Anschauungen und seiner Behinderung untersagt. An die genannten Kriterien darf eine Differenzierung nicht angeknüpft werden. Verboten sind nicht nur solche Ungleichbehandlungen, die unmittelbar an eines der unzulässigen Kriterien geknüpft werden, sondern auch faktische und mittelbare Ungleichbehandlungen, die indirekt an die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG anknüpfen.²⁰⁰ Daher muss bei der Ausgestaltung und Anwendung der algorithmischen Empfehlungssysteme für personalisierte Verbraucherinformationen sichergestellt werden, dass diese nicht an Kriterien anknüpfen, die mit den in Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Unterscheidungsmerkmalen signifikant korrelieren (Proxy-Variablen).²⁰¹ Nach der Rechtsprechung des BVerfG können allerdings Differenzierungen gerechtfertigt sein, die an bestimmte biologische Unterschiede zwischen Frauen und Männern anknüpfen (z.B. Schwangerschaft).²⁰² Eine Differenzierung zwischen Frauen und Männern für die Erteilung personalisierter Warnhinweise bei Produkten,²⁰³ die für Schwangere schädliche Inhaltsstoffe enthalten, dürfte danach zulässig sein.

¹⁹⁷ Vgl. Sommerer, Personenbezogenes Predictive Policing, 2020, S. 192 f. (zu fehlerhaften Korrelationen bei der Ermittlung von Risikoscores im Rahmen der Kriminalitätsbekämpfung).

¹⁹⁸ Sommerer, a.a.O., S. 192.

¹⁹⁹ Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018) 1, 28 f.

²⁰⁰ BVerfGE 97, 35 (43); 104, 373 (393); 121, 241 (254 f.); 138, 296 (354).

²⁰¹ Vgl. Hermstrüwer, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.) Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, S. 99, 108.

²⁰² BVerfGE 85, 191 (207). Dabei ist umstritten, ob in diesen Fällen bereits eine Ungleichbehandlung „wegen“ des Geschlechts fehlt oder ob es sich um Fälle gerechtfertigter Ungleichbehandlungen handelt, vgl. Epping, Grundrechte, 2019, Rn. 844 m.w.N.

²⁰³ Dazu näher Teil C.IV.2.

c) Abschied von der Typisierung?

Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber nicht, Ungleiches unter allen Umständen ungleich zu behandeln.²⁰⁴ Auch für den Bereich des Verbraucherrechts wird hervorgehoben, dass der Gesetzgeber nicht zur Berücksichtigung jeder individuellen Besonderheit des Sachverhaltes verpflichtet ist.²⁰⁵ Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liegt jedoch vor, wenn der Gesetzgeber es unterlässt, tatsächliche Ungleichheiten des zu ordnenden Lebenssachverhalts zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen.²⁰⁶

Dieser Maßstab gilt auch für die gesetzgeberischen Typisierungen, die dem geltenden verbraucherrechtlichen Informationsmodell zugrunde liegen. Das Leitbild des informierten „Durchschnittsverbrauchers“ kollidiert mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebot, soweit dadurch Ungleiches gleich behandelt wird. Dabei darf allerdings nicht verkannt werden, dass bereits die Feststellung, ob zwei Sachverhalte „gleich“ oder „ungleich“ sind, eine normative Wertung beinhaltet.²⁰⁷ Grundsätzlich ist es Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, welche Merkmale beim Vergleich von Lebenssachverhalten er als maßgebend ansieht, um sie im Recht gleich oder verschieden zu behandeln.²⁰⁸

Ob gesetzliche Typisierungen, wie das Leitbild des informierten und verständigen Durchschnittsverbrauchers, das den verbraucherrechtlichen Informationspflichten des geltenden Rechts zugrunde liegt, mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind, ist letztlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Die Typisierung ist dann verhältnismäßig, wenn die Ziele die mit ihr verfolgt werden, von solchem Gewicht sind, dass sie die Ungleichbehandlung gegenüber den Benachteiligten rechtfertigen können.²⁰⁹

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Typisierungen wird in Rechtsprechung und Literatur zumeist auf Praktikabilitätsabwägungen verwiesen.²¹⁰ Das Effektivitätsgebot verlange die Typisierung, da die legislativen Normierungskosten steigen, je mehr der Gesetzgeber die Normen auf den individuellen Einzelfall zuschneidet.²¹¹ Als weiterer Grund für Typisierungen wird die Gewährleistung von Rechtssicherheit genannt, die durch eine vereinfachende Lösung erreicht wird.²¹²

²⁰⁴ BVerfGE 86, 81 (87); 110, 141 (167).

²⁰⁵ Schmidt-Kessel/Germelmann, Verbraucherleitbilder, 2016, S. 36.

²⁰⁶ BVerfGE 71, 255 (271); 98, 365 (385); 103, 242 (258).

²⁰⁷ Dazu näher Epping, Grundrechte, 2019, Rn. 780 ff.

²⁰⁸ BVerfGE 50, 57 (77); BVerfGE 103 242 (258).

²⁰⁹ Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Typisierung, 2008, S. 40; Huster, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, 2003, S. 273.

²¹⁰ BVerfGE 17, 337 (354); BeckOK GG/Kischel, 42. Ed. 1.12.2019, GG Art. 3 Rn. 123.1 m.w.N.

²¹¹ P. Kirchhof, in: Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2005, Band VIII, § 181 Rn. 132; siehe auch Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, S. 341, der betont, dass der Gesetzgeber typisieren dürfe, um in der Massengesellschaft den Gesetzesvollzug zu vereinfachen.

²¹² Reymann, Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge, 2009, S. 177, der zugleich darauf hinweist, dass Typisierungen größere Rechtssicherheit mit geringerer Einzelfallgerechtigkeit erkaufen.

Ob diese Argumente unter den Bedingungen der Datengesellschaft noch geeignet sind, die Typisierungen des Verbraucherrechts zu rechtfertigen, erscheint zunehmend zweifelhaft. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt sich bereits die Frage, ob die Typisierung überhaupt erforderlich ist, um das Ziel des effektiven Gesetzesvollzugs zu sichern. Angesichts der immer weiter zunehmenden technischen Möglichkeiten zur algorithmischen Differenzierung verliert das Praktikabilitätsargument, auf das in der Vergangenheit verwiesen wurde, an Überzeugungskraft. Der verbreitete Rückgriff auf Typisierungen im Verbraucherrecht erscheint aus dieser Perspektive im Wesentlichen als Antwort auf ein Informationsproblem aus vordigitaler Zeit und ein Zugeständnis an die früher stärker begrenzten Möglichkeiten zur Speicherung und Verarbeitung von Daten, das heute in vielen Bereichen obsolet geworden ist.²¹³

Dies bedeutet allerdings nicht, dass aus Art. 3 Abs. 1 GG eine unbedingte verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Personalisierung von Verbraucherinformationen abgeleitet werden kann. Auch droht keine „Auflösung des Gleichheitsgrundsatzes“, wie sie einige Kritiker einer Personalisierung von Rechtsnormen befürchten.²¹⁴ Es geht vielmehr darum, das Verhältnis von Recht und Individualität neu auszutarieren: Wieviel Individualität kann und sollte die Rechtsordnung in der Datengesellschaft abbilden? Anhand welcher Kriterien kann das zulässige Maß an Typisierung neu bestimmt werden?

Mit Blick auf das hier diskutierte Anwendungsbeispiel personalisierter Verbraucherinformationen ist für einzelne Schutzsituationen und einzelne gesetzliche Informationsgebote jeweils sorgfältig zu prüfen, ob eine Personalisierung geboten ist. Mit den fortschreitenden technischen Möglichkeiten der prädiktiven Analytik nimmt dabei die Begründungslast für die Rechtfertigung der bisher gängigen Typisierungen zu. Zugleich verändern sich die Gewichte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Während der Hinweis auf einen möglichen Verlust an Rechtssicherheit und die legislativen Normierungskosten an Bedeutung verliert, gewinnen andere Faktoren an Gewicht. So dürfte im Rahmen der Abwägung auf der „Kostenseite“ der mit der Personalisierung notwendigerweise verbundene Verlust an Privatsphäre an Bedeutung gewinnen. Aus dieser Perspektive könnte der bisher im Rahmen von Art. 3 GG ausgetragene Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit abgelöst werden durch einen neuen Zielkonflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und dem Schutz der Privatsphäre.²¹⁵

2. Allgemeinheit des Gesetzes

Neben gleichheitsrechtlichen Aspekten ist auch die Frage zu erörtern, inwieweit eine datenbasierte Personalisierung von Verbraucherinformationen mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes vereinbar ist. Der in Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Allgemeinheitensgrundsatz knüpft an die klassische Aufgabe der Gesetzgebung an, abstrakt-generelle Regelungen für eine unbestimmte

²¹³ Busch, Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law, 86 University of Chicago Law Review 309, 314 (2019).

²¹⁴ Bender, Grenzen der Personalisierung des dispositiven Rechts, in: Beyer et al. (Hrsg.) Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft, 2020, S. 33, 50 f.

²¹⁵ Busch, a.a.O., 326; siehe auch Wischmeyer, AöR 143 (2018) 1, 30, der auf das Spannungsverhältnis von Diskriminierungsschutz und Datenschutz verweist.

Vielzahl von Fällen und Normadressaten zu schaffen, während deren Anwendung auf Einzelfälle der Judikative und der Exekutive überlassen bleibt.²¹⁶

Über die genaue Schutzrichtung von Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG herrscht in der verfassungsrechtlichen Literatur Uneinigkeit.²¹⁷ Teilweise wird vertreten, die Vorschrift habe in erster Linie einen staatsorganisationsrechtlichen Gehalt und diene primär der Absicherung der Gewaltenteilung. Danach sei der Gesetzgeber auf die Setzung abstrakt-genereller Rechtsnormen beschränkt, während ihm der Erlass konkret-individueller Regelungen untersagt sei. Diese diene zur Unterbindung von Übergriffen der Gesetzgebung in den Funktionsbereich der Exekutive. Nach wohl überwiegender Ansicht enthält Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG dagegen eine Ausprägung oder „Spezifikation“ des allgemeinen Gleichheitssatzes im Sinne eines qualifizierten Gleichheitsgebotes.²¹⁸ Aus dieser Perspektive ist die Allgemeinheit des Gesetzes ein (formaler) „Gleichheitsfaktor“.²¹⁹ Durch seine Allgemeinheit hält das Gesetz ferner „aus sich heraus freiheitliche Distanz zu den Individuen“ und wirkt als „Garant der Freiheit“.²²⁰

Vor diesem Hintergrund wird teilweise die Ansicht vertreten, dass das Konzept eines *personalized law* mit dem Gedanken des allgemeinen Gesetzes unvereinbar sei.²²¹ Dies dürfte jedoch auf einem Missverständnis hinsichtlich der Normstruktur von personalisierten Rechtsregeln beruhen. Personalisierte Rechtsnormen in dem hier verwendeten Sinne enthalten keineswegs „Einzelfallgesetze“ oder gar „Einzelpersonengesetze“, wie sie Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG verbietet. Auf der Ebene des Gesetzestextes enthalten auch personalisierte Rechtsnormen eine abstrakt-generelle Regelung. Die Personalisierung findet erst auf der Vollzugsebene statt. Die Besonderheit besteht darin, dass die Konkretisierung auf den Einzelfall mittels eines Vollzugsalgorithmus erfolgt, für den die Rechtsordnung die relevanten Datenquellen, Datenkategorien, Anforderungen an das Datenvolumen, Datenqualität sowie Gewichtungsfaktoren festlegt.

Veranschaulichen lässt sich dies am bereits zitierten Beispiel einer Gesundheitswarnung für Schwangere.²²² Eine Rechtsnorm, die einen personalisierten Warnhinweis vorsieht, könnte etwa wie folgt lauten: „Besteht aufgrund der dem Unternehmer verfügbaren Kundendaten eine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Verbraucherin schwanger ist, so ist der Unternehmer verpflichtet, der Verbraucherin vor dem Vertragsschluss eine Gesundheitswarnung zu erteilen.“

²¹⁶ Sachs, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 19 Rn. 20; siehe auch G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 14 („Der Gedanke an das Gesetz ist der Gedanke an die Allgemeinheit.“).

²¹⁷ Siehe zum Meinungsstand Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 1 Rn. 11 ff.; Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 89. Erg.-Lfg. Oktober 2019, Art. 19 Abs. 1 Rn. 14 ff.

²¹⁸ Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 19 Abs. 1 Rn. 17; Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 89. Erg.-Lfg. Oktober 2019, Art. 19 Abs. 1 Rn. 17.

²¹⁹ Vgl. auch die Beiträge in Starck (Hrsg.) Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1983.

²²⁰ G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 623.

²²¹ So offenbar Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019, S. 165 („Mit der Vorstellung gleicher Informationspflichten des allgemeinen Gesetzes ist ein solches Konzept eines *personalized law* de lege lata jedoch nicht vereinbar.“).

²²² Siehe oben Teil C.IV.2.

In dem hier genannten Beispiel stellt bereits die abstrakt-generelle Formulierung der Regelung sicher, dass das Gesetz nicht nur für einen abschließend bestimmten Kreis von Adressaten gilt, sondern auf unbestimmt viele weitere Fälle anwendbar ist. Zur Konkretisierung der Norm muss dabei festgelegt werden, welche „Kundendaten“ zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit heranzuziehen sind (z.B. Kaufhistorie, Alter). Ferner ist festzulegen, wann von einer „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“ einer Schwangerschaft auszugehen ist, d.h. welcher *pregnancy prediction score* erreicht sein muss, damit die Informationspflicht ausgelöst wird.

Darüber hinaus sollten für die Anwendung des Empfehlungsalgorithmus Mindestanforderungen an die Datenqualität und das Datenvolumen bestimmt werden. Diese technischen Aspekte des algorithmischen Entscheidungssystems könnten etwa in einer technischen Norm festgelegt werden. Das Gesetz könnte dabei ausdrücklich auf die technische Norm verweisen und so den Weg zur Rezeption dieser „extern formulierten Quantifizierungen“²²³ öffnen. Dabei sind allerdings – wie auch in anderen Fällen der Normkonkretisierung durch „Expertenrecht“ – die verfassungsrechtlichen Grenzen einer Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen zu beachten. Die wesentlichen Entscheidungen sind daher vom parlamentarischen Gesetzgeber zu treffen.²²⁴ Insoweit stellen personalisierte Informationspflichten und andere Anwendungsfälle eines *personalized law* keine Besonderheit dar.²²⁵

III. Datenschutzrechtliche Anforderungen

Ein Regulierungsmodell zur Personalisierung von Verbraucherinformationen muss den Anforderungen des Datenschutzrechts entsprechen. Die Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht lässt sich dabei nicht abstrakt beurteilen, sondern hängt von der konkreten Ausgestaltung des Systems ab, etwa davon, welche Kategorien von personenbezogenen Daten als Input für den Empfehlungsalgorithmus dienen. Im Folgenden sollen daher lediglich beispielhaft drei Kernfragen angesprochen werden, die beim Einsatz von Empfehlungssystemen zur Personalisierung von Verbraucherinformationen zu berücksichtigen sind.

Zunächst stellt sich die Frage, auf welche Rechtsgrundlage die Datenverarbeitung zum Zweck der Personalisierung erfolgen kann (Art. 6 DS-GVO) (dazu III.1.). Von zentraler Bedeutung für die Frage nach der Zulässigkeit algorithmischer Empfehlungssysteme als Verbraucherschutzinstrument ist ferner das grundsätzliche Verbot automatisierter Einzelentscheidungen (Art. 22 DS-GVO) (dazu III.2.). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die besonderen rechtlichen Anforderungen für Scoringverfahren (§ 31 BDSG) zu beachten sind (dazu III.3.).

²²³ Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 251.

²²⁴ Statt vieler Grzeszick, in: Maunz Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: 90. Erg.-Lfg. Februar 2020, Art. 20 Rn. 105 ff.; siehe auch Röthel, a.a.O., S. 60 ff.

²²⁵ Unterschiede könnten sich allerdings auf der Ebene des Gesetzesvollzugs ergeben, vgl. Kube, E-Government: Paradigmenwechsel in Verwaltung und Verwaltungsrecht?, VVDStRL 78 (2019) 289, 311 („Wenn sich der Vollzugsalgorithmus als authentische Übersetzung des Gesetzes darstellt, eigenständig typisiert oder das Gesetz gar einzelfallbezogenen variiert, dann entwickelt er eine normative Kraft, die die Unterscheidung zwischen Gesetz und Vollzug, zwischen Regel und Einzelfall gefährdet; Legislativ- und Exekutivfunktion verschwimmen.“).

Neben diesen drei Kernfragen, die nachfolgend näher in den Blick genommen werden, sind weitere datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten, etwa die Transparenzgebote der Art. 13-15 DS-GVO. Eine wichtige flankierende Funktion kommt ferner der Pflicht zur Durchführung von Datenschutz-Folgenabschätzungen gem. Art. 35 DS-GVO zu, die bei Systemen zur Personalisierung von Verbraucherinformationen im Online-Handel einschlägig sein dürfte.²²⁶ Eine generelle Leitlinie gibt darüber hinaus Art. 25 Abs. 1 DS-GVO (*privacy by design*) vor. Danach sind bereits bei der Gestaltung des Empfehlungssystems die Datenschutzgrundsätze aus Art. 5 DS-GVO zu berücksichtigen.²²⁷ Stehen etwa unterschiedliche Empfehlungsalgorithmen mit vergleichbarer Prognosekraft zur Verfügung, so ist diejenige Designoption zu wählen, die dem Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO) am besten Rechnung trägt.

1. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung

Nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann rechtmäßig, wenn mindestens eine der in Art. 6 DS-GVO genannten Voraussetzungen vorliegt. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten dürfte dabei jedenfalls bei der Berechnung von „Relevanzscores“ vorliegen, d.h. wenn die Relevanz spezifischer Informationen für individuelle Personen anhand des bisherigen Konsumverhaltens oder anderer Verbraucherdaten ermittelt wird. Davon zu unterscheiden ist die vorgelagerte Analyse von Datenbeständen ohne Personenbezug, die lediglich der Modellbildung dient.²²⁸

Für die hier diskutierten Modelle zur Personalisierung von Verbraucherinformationen kommen unterschiedliche Rechtsgründe in Betracht. Rechtmäßig ist die Datenverarbeitung gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO, wenn sie auf einer Einwilligung des Betroffenen beruht. Auf diese Vorschrift könnte etwa ein Modell freiwilliger Personalisierung gestützt werden, das auf einer Opt-in-Entscheidung der betroffenen Verbraucher beruht.²²⁹ Bei der Verarbeitung besonders sensibler Daten (z.B. Gesundheitsdaten) sind zusätzlich die strengeren Anforderungen nach Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO zu beachten. Ob das Einwilligungsmodell nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO einen hinreichenden Schutz für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bietet, mag man angesichts der empirischen Forschungen zur beschränkten Rationalität von Verbrauchern bei der Einschätzung von Datenschutzrisiken durchaus bezweifeln. Dies ist jedoch eine grundsätzliche rechtspolitische Frage zur Architektur des Datenschutzrechts, die hier nicht weiter vertieft werden soll.²³⁰

²²⁶ Zur Anwendbarkeit von Art. 35 DS-GVO bei der Datenverarbeitung im E-Commerce vgl. Karg, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, DS-GVO Art. 35 Rn. 33.

²²⁷ Vgl. Hansen, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, DS-GVO Art. 25 Rn. 28 ff.

²²⁸ Hier lässt sich eine Parallele zur Entwicklung von Scorecards für Zwecke des Kredit Scorings ziehen. Vgl. dazu Domurath/Neubeck, Verbraucher-Scoring aus Sicht des Datenschutzrechts, 2018, S. 7.

²²⁹ Siehe zum Opt-in-Modell bereits Teil C.V.1.

²³⁰ Dazu eingehend Hermstrüwer, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 227 ff.

Als weiterer möglicher Rechtsgrund könnte Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DS-GVO einschlägig sein. Danach ist die Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie für die Vertragserfüllung oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Anfrage des Betroffenen erfolgen. Die Vorschrift zielt damit auch auf vorvertragliche Rechtsverhältnisse, in Rahmen derer Rücksichtnahme- oder Informationspflichten entstehen.²³¹ Als Beispiele für vorvertragliche Maßnahmen werden in der Literatur etwa die Durchführung einer Altersverifikation²³² oder die Erstellung von individualisierten Angeboten genannt.²³³ Dieser Gedanke dürfte übertragbar sein auf die Bereitstellung personalisierter Verbraucherinformationen, die eine informierte Entscheidung des Verbrauchers über den Vertragsschluss ermöglichen sollen.

Als weiterer Rechtsgrund kommt schließlich auch Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO in Betracht. Danach ist eine Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, welcher der Verantwortliche unterliegt. Die Vorschrift eröffnet dem Gesetzgeber auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene einen legislativen Spielraum,²³⁴ der auch für die Schaffung einer Rechtsgrundlage zur Personalisierung von Verbraucherinformationen genutzt werden könnte. Nach Art. 6 Abs. 3 S. 4 DS-GVO muss die Rechtsgrundlage ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen. Dies wird bei dem Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau i.S.v. Art. 38 GRCh zu sichern, zu bejahen sein, sofern die konkrete Ausgestaltung des algorithmischen Empfehlungssystems den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt.

2. Automatisierte Einzelentscheidung und Profiling

Zu berücksichtigen ist ferner Art. 22 DS-GVO, der automatisierte Einzelentscheidungen regelt. Nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO hat der Einzelne das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihm gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.

Als besondere Fallgruppe der automatisierten Verarbeitung wird in Art. 22 Abs. 1 DS-GVO das sog. Profiling herausgestellt. Nach der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO bezeichnet der Begriff Profiling „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen“. Im Kern geht es somit um die Bewertung persönlicher Merkmale.²³⁵

²³¹ Gola/Schulz, 2. Aufl. 2018, DS-GVO, Art. 6 Rn. 28.

²³² Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 6 Rn. 55.

²³³ BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit, 31. Ed. 1.11.2019, DS-GVO Art. 6 Rn. 33; Gola/Schulz, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 6 Rn. 28.

²³⁴ Mantz/Marosi, in: Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und Deutsches Datenschutzrecht, 2019, Teil A, Rn. 60.

²³⁵ BeckOK DatenschutzR/von Lewinski, 31. Ed. 1.2.2020, DS-GVO Art. 22 Rn. 8.

Typische Beispiele sind etwa das Kreditscoring, Verfahren zur Auswahl von Organempfängern oder Verfahren zur Auswahl von Bewerbern.²³⁶ Auch die Berechnung von „Relevanzscores“ für die Personalisierung von Verbraucherinformationen dürfte unter den Begriff des Profiling nach Art. 4 Nr. 4 DS-GVO fallen.

Das Verbot aus Art. 22 Abs. 1 DS-GVO erfasst nur Entscheidungen, die ausschließlich auf Grundlage einer automatisierten Verarbeitung, d.h. ohne jegliche menschliche Einflussnahme, erfolgen. Diese Voraussetzung wird bei den hier diskutierten algorithmischen Systemen zur Personalisierung von Verbraucherinformationen regelmäßig erfüllt sein. Art. 22 Abs. 1 DS-GVO gilt allerdings nur für solche Entscheidungen, die gegenüber der betroffenen Person rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Von einer „rechtlichen Wirkung“ kann immer dann die Rede sein, wenn sich durch die Entscheidung die Rechtsposition des Betroffenen ändert.²³⁷ Beispiele sind etwa der Erlass eines Verwaltungsaktes (z.B. Erteilung, Verweigerung oder Rücknahme einer Gewerbeerlaubnis²³⁸) oder die Entscheidung, ein Vertragsangebot zu unterbreiten oder einen Vertrag zu kündigen. Eine „erhebliche Beeinträchtigung“ ist immer dann anzunehmen, wenn der Betroffene in seiner wirtschaftlichen oder persönlichen Entfaltung erheblich gestört wird. Beispiele sind etwa die Ablehnung eines Vertragsschlusses, die Verweigerung einer bestimmten Zahlungsart (z.B. PayPal) oder die Versagung eines günstigeren Zinssatzes.²³⁹ Ob die Belästigung durch personalisierte Werbung erfasst wird, ist umstritten.²⁴⁰

Die Frage, ob auch eine algorithmische Personalisierung von Verbraucherinformationen für den Betroffenen eine rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, lässt sich nicht pauschal beantworten. Eine rechtliche Wirkung wird man jedenfalls bei Außergeschäftsraumverträgen und Fernabsatzverträgen hinsichtlich der Informationen nach Art. 246a EGBGB bejahen können (z.B. wesentliche Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung). Diese Informationen werden gem. § 312d Abs. 1 S. 2 BGB zum Inhalt des Vertrages. Eine algorithmische Auswahl von Informationen hat in diesen Fällen daher unmittelbare Auswirkungen auf den Vertragsinhalt. In anderen Fällen, etwa bei personalisierten Gesundheitswarnungen, dürfte es an einer „rechtlichen Wirkung“ i.S.v. Art. 22 Abs. 1 DS-GVO fehlen. Auch das Vorliegen einer „erheblichen Beeinträchtigung“ wird in aller Regel zu verneinen sein. Soweit die Personalisierung die Relevanz der erteilten Verbraucherinformation erhöht und so die objektive Informiertheit des Verbrauchers verbessert, dürfte es schon an einer Beeinträchtigung fehlen.

Das Verbot der automatisierten Einzelentscheidung wird durch eine Reihe von Ausnahmetatbeständen in Art. 22 Abs. 2 DS-GVO eingeschränkt. Nach Art. 22 Abs. 2 lit. a DS-GVO ist eine automatisierte Einzelentscheidung zulässig, wenn sie für den

²³⁶ Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 22 Rn. 7.

²³⁷ Buchner, in: Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 22 Rn. 24; Martini, in: Paal/Pauly, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 22 Rn. 26.

²³⁸ Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art. 22 Rn. 9.

²³⁹ Vgl. Erwgr. 71 Unterabs. 1 S. 1; Lisa Deuster, PinG 2016, 75 (76); Born, ZD 2015, 66 (69); Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO Art. 22 Rn. 26.

²⁴⁰ Dafür Thilo Weichert, Big Data im Gesundheitsbereich, ABIDA-Gutachten, 2018, S. 135; dagegen Martini, in: Paal/Pauly, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 22 Rn. 23; zweifelnd Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art. 22 Rn. 9; Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 22 Rn. 46.

Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist. Ob dieser Ausnahmetatbestand im Falle personalisierter Verbraucherinformationen eingreift, erscheint eher zweifelhaft, da die Vorschrift einen unmittelbaren sachlichen Zusammenhang zwischen der Datenverwendung und dem konkreten Vertragszweck voraussetzt.²⁴¹ Im Falle einer auf Opt-in beruhenden Personalisierung greift allerdings Art. 22 Abs. 2 lit. c) DS-GVO ein, der eine automatisierte Einzelfallentscheidung für zulässig erklärt, wenn die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat. Darüber hinaus eröffnet Art. 22 Abs. 2 lit. b) dem Gesetzgeber einen gewissen Spielraum für den Erlass von Vorschriften, die eine automatisierte Einzelentscheidung vorsehen.²⁴² Darauf könnten auch Vorschriften zur Personalisierung von Verbraucherinformationen gestützt werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Regelung angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Personen enthält. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Schutzstandard der DS-GVO nicht ausgehöhlt wird.²⁴³

Beruhet die Zulässigkeit der automatisierten Einzelentscheidung auf Art. 22 Abs. 2 lit. a) DS-GVO (Abschluss oder Erfüllung eines Vertrags) oder Art. 22 Abs. 2 lit. c) DS-GVO (Ausdrückliche Einwilligung), so hat der Verantwortliche angemessene Maßnahmen zu treffen, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen des Betroffenen zu wahren. Welchen Inhalt die „angemessenen Maßnahmen“ haben müssen, wird in Art. 22 Abs. 3 DS-GVO und Erwägungsgrund 71 DS-GVO konkretisiert.²⁴⁴ Erforderlich ist insbesondere, dass gewisse prozedurale Mindestgarantien gewährleistet werden. Dazu gehört u.a. das „Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person“ sowie das Recht auf „Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung“. Dem Betroffenen soll dadurch die Möglichkeit eingeräumt werden, die Besonderheiten des Einzelfalles vorzutragen, die bei der automatisierten Entscheidung keine hinreichende Berücksichtigung gefunden haben.

Strengere Anforderungen gelten für Empfehlungssysteme, bei denen besondere Kategorien personenbezogener Daten i.S.d. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO (z.B. Gesundheitsdaten) verarbeitet werden. Für diese Fälle verschärft Art. 22 Abs. 4 DS-GVO das Verbot automatisierter Entscheidungen. Relativiert wird das Verbot nach Art. 22 Abs. 4 DS-GVO durch zwei Rückausnahmen. Eine automatisierte Entscheidung auf Grundlage der besonders sensiblen Daten ist zum einen dann zulässig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung der Daten ausdrücklich eingewilligt hat (Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO) oder die Verarbeitung aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich ist (Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO). Die erstgenannte Ausnahme greift bei einem als Opt-in-System ausgestalteten Empfehlungssystem. Ein „erhebliches“ öffentliches Interesse wird man dagegen im Falle der Personalisierung vorvertraglicher Verbraucherinformationen eher nicht bejahen können. Eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten und anderen

²⁴¹ Martini, in: Paal/Pauly, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 22 Rn. 31; Scholz, in: Simitis/Horning/Spiecker, DSGVO Art. 22 Rn. 42

²⁴² Unter diese Öffnungsklausel fallen etwa § 37 BDSG und § 10 KWG, vgl. Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 22 Rn. 53.

²⁴³ Scholz, in: Simitis/Horning/Spiecker, DSGVO Art. 22 Rn. 46.

²⁴⁴ Dazu näher Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 35 ff.

sensiblen Daten durch den Empfehlungsalgorithmus dürfte daher nur im Rahmen eines Opt-in-Systems in Betracht kommen.

3. Qualitätsanforderungen für Scoringverfahren

Zu klären ist schließlich, ob neben den Vorgaben der DS-GVO weitere Qualitätsanforderungen für das Scoringverfahren gelten, das für eine Personalisierung von Verbraucherinformationen eingesetzt wird.

Als gesetzlicher Anknüpfungspunkt kommt dabei § 31 BDSG in Betracht. Diese Vorschrift legt die Bedingungen für die Zulässigkeit von Scoringverfahren fest, wie sie etwa für die Berechnung von Kreditscores eingesetzt werden. Scoring ist dabei als Unterfall des Profiling i.S.v. Art. 4 Nr. 4 DS-GVO anzusehen.²⁴⁵ Nach der Legaldefinition in § 31 Abs. 1 BDSG bezeichnet „Scoring“ die Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer natürlichen Person zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dieser Person.²⁴⁶ Auch bei dem hier diskutierten Modell personalisierter Verbraucherinformationen werden Wahrscheinlichkeitswerte („Relevanzscores“) verwendet, um zu ermitteln, ob eine spezifische Information für einen bestimmten Verbraucher relevant ist.²⁴⁷ Allerdings werden diese Daten nicht für die „Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses“ (z.B. die Gewährung eines Darlehens) eingesetzt, sondern lediglich zur Filterung und Priorisierung von (vorvertraglichen) Informationen.²⁴⁸ Seinem Wortlaut nach ist § 31 BDSG daher nicht auf die Personalisierung von Verbraucherinformationen anwendbar. Denkbar wäre allenfalls eine analoge Anwendung der Vorschrift auf Scoringverfahren zur Personalisierung von Verbraucherinformationen.

Aus rechtspolitischer Sicht zielführender ist dagegen der Vorschlag, die in § 31 BDSG zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungen zu einem „Qualitätssicherungsrecht für Scoring-Algorithmen“²⁴⁹ weiterzuentwickeln.²⁵⁰ So verlangt § 31 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, dass dem Scoring ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren zugrunde liegt.²⁵¹ Das Scoringverfahren wird damit auf einen „empirisch nachvollziehbaren Rationalitätsstandard“ verpflichtet.²⁵² Ob ein anerkanntes Berechnungsverfahren eingesetzt wurde, kann die zuständige Aufsichtsbehörde im

²⁴⁵ Lapp, in: Gola/Heckmann, 13. Aufl. 2019, BDSG § 31 Rn. 3.

²⁴⁶ Für einen weiter gefassten Scoring-Begriff siehe SVRV, Verbrauchergerechtes Scoring, 2018, S. 15 („Scoring ist die Zuordnung eines Zahlenwertes (des Scores) zu einem Menschen zum Zweck der Verhaltensprognose oder Verhaltenssteuerung.“).

²⁴⁷ Ein Beispiel ist der oben beschriebene „pregnancy prediction score“ im Zusammenhang mit personalisierten Gesundheitswarnungen, siehe Teil C.IV.2.

²⁴⁸ Vgl. Ehmann, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, DS-GVO Anhang 2 zu Art. 6 Rn. 31: Keine Anwendbarkeit von § 31 BDSG auf statistische Verfahren, mittels derer Produkte empfohlen werden.

²⁴⁹ Wagner/Gerberding, Qualitätssicherung für „Predictive Analytics“ durch digitale Algorithmen, ZRP 2019, 116, 117.

²⁵⁰ SVRV, Verbrauchergerechtes Scoring, 2018, S. 111 („Scoring-Qualitätsgewährleistungsrecht“)

²⁵¹ Zu den Anforderungen an die Wissenschaftlichkeit des Verfahrens siehe Ehmann, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, DS-GVO Anhang 2 zu Art. 6 Rn. 39 ff.

²⁵² SVRV, Verbrauchergerechtes Scoring, 2018, S. 123.

Rahmen ihrer Kontrollbefugnisse überprüfen.²⁵³ Zutreffend wird in der Literatur darauf verwiesen, dass ein künftiges Regulierungsrecht für Scoring-Algorithmen über die Anforderungen des § 31 Abs. 1 Nr. 2 BDSG hinausgehen sollte, der nur eine „unscharfe Verpflichtung auf abstrakte Wissenschaftlichkeit“ enthält.²⁵⁴

§ 31 Abs. 1 Nr. 3 BDSG bestimmt ferner, dass die Berechnung des Scorewertes nicht ausschließlich aufgrund von Anschriftendaten erfolgen darf (sog. Geoscoring). Diese Wertung sollte ebenfalls verallgemeinert und auf die Bestimmung von Relevanzscores zur Personalisierung von Verbraucherinformationen ausgedehnt werden. So sollte etwa die Klassifizierung als „finanziell vulnerabler Verbraucher“ nicht ausschließlich anhand bestimmter Wohnadressen erfolgen.

IV. Rechtsdurchsetzung

Die Einführung einer Pflicht zur personalisierten Verbraucherinformation berührt nicht nur das materielle Verbraucherrecht, sondern hätte auch Auswirkungen auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung. Dabei kommt es zu einer Überlagerung der beiden Durchsetzungsregime aus Datenschutz- und Verbraucherrecht.

Soweit es um die datenschutzrechtlichen Aspekte der Personalisierung geht, insbesondere die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (Art. 6 DS-GVO) und die Zulässigkeit einer automatisierte Einzelentscheidung (Art. 22 DS-GVO), sind die Durchsetzungsinstrumente des Datenschutzrechts anwendbar. Soweit es dagegen um die im engeren Sinne verbraucherrechtlichen Fragen der Personalisierung geht, beispielsweise den Inhalt der nach § 312d BGB bei Außergeschäftsraum- und Fernabsatzverträgen zu erteilenden Informationen, ist ein Rückgriff auf die Rechtsdurchsetzungsinstrumente des Verbraucherrechts erforderlich. Vereinfacht gesprochen sind die datenschutzrechtlichen Instrumente für den „input“ und den „throughput“ des Empfehlungssystems einschlägig, die verbraucherrechtlichen Instrumente für den „output“ des Systems.

Auf Seiten des Verbraucherrechts ebenso wie im Bereich des Datenschutzrechts kommen sowohl individuelle als auch kollektive Instrumente der Rechtsdurchsetzung in Betracht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwieweit die effektive Durchsetzung personalisierter Informationspflichten eine Flankierung durch zusätzliche behördliche Durchsetzungsbefugnisse aufseiten des Verbraucherrechts erfordert, die ergänzend zu den bereits bestehenden behördlichen Kontrollbefugnissen im Bereich des Datenschutzrechts hinzutreten.

²⁵³ Taeger, in: Taeger/Gabel, 3. Aufl. 2019, BDSG § 31 Rn. 58. Nahezu identische Qualitätsanforderungen sieht die bankaufsichtsrechtliche Regelung des § 10 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KWG vor.

²⁵⁴ Wagner/Gerberding, ZRP 2019, 116, 119; siehe auch SVRV, Verbrauchergerechtes Scoring, 2018, S. 123 ff. mit konkreten Vorschlägen für ein künftiges „Regulierungsrecht des Scorings“, das Scoring-Verfahren auf die Einhaltung wissenschaftlich anerkannter statistischer Gütemaße verpflichtet.

1. Individuelle Rechtsdurchsetzung

Individuellen Rechtsschutz gegen eine fehlerhafte Personalisierung von Verbraucherinformationen bieten zunächst die Betroffenenrechte der DS-GVO, insbesondere das Recht auf Auskunft (Art. 15 DS-GVO), Berichtigung (Art. 16 DS-GVO) und Löschung (Art. 17 DS-GVO). Beruht die Personalisierung von Verbraucherinformationen beispielsweise auf einer unrichtigen Datengrundlage, so gewährt Art. 16 DS-GVO dem Betroffenen ein Recht auf Korrektur der unrichtigen Daten. Erfasst werden dabei auch Scorewerte, die auf falschen Daten beruhen.²⁵⁵

Der Korrekturanspruch geht allerdings ins Leere, wenn die Fehlerhaftigkeit der personenbezogenen Daten dem Betroffenen nicht bekannt ist. Auch eine Überprüfung der automatisiert erfolgenden Personalisierung ist nur möglich, wenn der Verbraucher die bei der algorithmischen Entscheidung verwendeten Datenkategorien und die Gewichtung der Entscheidungskriterien kennt und versteht.²⁵⁶ Insoweit kommt den Informationspflichten aus Art. 13, 14 DS-GVO und dem Auskunftsrecht aus Art. 15 DS-GVO eine wichtige flankierende Rolle für die Durchsetzung des Datenschutzrechts zu. Doch selbst wenn dem Betroffenen ein etwaiger Datenschutzverstoß bekannt ist, wird die Geltendmachung individueller Rechtsbehelfe nicht selten daran scheitern, dass aus Sicht des Einzelnen die Kosten der Rechtsdurchsetzung außer Verhältnis zu der häufig als gering empfundenen Rechtsbeeinträchtigung stehen („rationale Apathie“). Die bisherigen Erfahrungen sowohl bei der individuellen Durchsetzung von Datenschutzvorschriften als auch im Bereich der vorvertraglichen Informationspflichten geben insoweit eher Anlass zur Skepsis.²⁵⁷

Die verbraucherrechtlichen Vorschriften sehen häufig keine besonderen Sanktionen für die Verletzung von Informationspflichten vor. Die Rechtsfolgen ergeben sich daher im Wesentlichen aus den allgemeinen vertragsrechtlichen Vorschriften.²⁵⁸ Bei einer mindestens fahrlässigen Verletzung der Informationspflichten kommen daher Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht.²⁵⁹ Ist der Vertrag für den Verbraucher nachteilig, kann er nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zur fahrlässigen Täuschung auch eine Vertragsaufhebung im Wege der Naturalrestitution verlangen.²⁶⁰ Sieht man in § 312d i.V.m. Art. 246a EGBGB bzw. Art. 246b EGBGB ein Schutzgesetz, so kommt auch ein auf § 823 Abs. 2 BGB gestützter deliktischer Schadensersatzanspruch in Betracht.²⁶¹ Häufig dürfte die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs jedoch daran scheitern, dass der Verbraucher keinen Schaden nachweisen kann.²⁶² Scheitert der Anspruch nicht bereits am fehlenden Schaden, so besteht eine weitere Schwierigkeit darin, dass der

²⁵⁵ Dix, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, 2019, DS-GVO Art. 16 Rn. 14.

²⁵⁶ Martini, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017, 1018.

²⁵⁷ Siehe dazu Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?, Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2018, S. 167 ff.

²⁵⁸ Siehe etwa BeckOGK/Busch, 1.1.2020, BGB § 312d Rn. 12. Ergänzende Sonderregeln finden sich in § 312e BGB und § 356 Abs. 3 BGB.

²⁵⁹ Statt vieler Palandt/Grüneberg, 79. Aufl. 2020, BGB § 312d Rn. 4.

²⁶⁰ Staudinger/Thüsing (2019), BGB § 312d Rn. 151.

²⁶¹ MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312d Rn. 147.

²⁶² BeckOGK/Busch, 1.1.2020, BGB § 312d Rn. 20.

Verbraucher häufig keine Kenntnis vom Rechtsverstoß haben wird. Anders als bei den standardisierten Informationspflichten des geltenden Rechts ist es für den einzelnen Verbraucher bei personalisierten Informationspflichten kaum möglich festzustellen, welche konkrete Information der Unternehmer ihm gegenüber schuldet. Die derzeit schon geringe praktische Bedeutung individueller Rechtsbehelfe bei Verstößen gegen verbraucherrechtliche Informationspflichten,²⁶³ könnte im Falle einer Einführung personalisierter Verbraucherinformationen noch weiter abnehmen.

2. Kollektive Rechtsdurchsetzung

Von größerer praktischer Bedeutung dürfte – wie bereits im geltenden Recht – die kollektive Durchsetzung von Verbraucherrechten sein. Ansatzpunkte dafür bietet sowohl das Datenschutzrecht als auch das Verbraucherrecht. Soweit es um die datenschutzrechtlichen Aspekte der Personalisierung geht, dürfte das in §§ 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG geregelte datenschutzrechtliche Verbandsklagerecht einschlägig sein.²⁶⁴ Inwieweit diese Regelung den Vorgaben aus Art. 77-84 DS-GVO entspricht, ist umstritten.²⁶⁵ Ebenfalls strittig ist, ob darüber hinaus Klagen zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Vorschriften auch auf § 3a UWG gestützt werden können.²⁶⁶ Ungeachtet dieser noch nicht abschließend geklärten Fragen, dürfte für die verbraucherrechtlichen Aspekte der Personalisierung das allgemeine verbraucherrechtliche Verbandsklagerecht nach §§ 2 Abs. 1, 2 UKlaG einschlägig sein. Daneben kommt eine Unterlassungsklage nach §§ 3, 3a, 8 UWG in Betracht.

Die Einhaltung standardisierter Informationspflichten lässt sich vergleichsweise einfach überwachen. Dies gilt insbesondere für den elektronischen Geschäftsverkehr. Für Verbraucherverbände oder Wettbewerber ist es relativ leicht zu überprüfen, ob etwa die gesetzlich vorgeschriebenen Standardinformationen in einem Online-Shop zur Verfügung gestellt werden. Darauf deuten auch aktuelle Statistiken zu Abmahnungen von Online-Händlern hin. Nach einer Erhebung von Trusted Shops waren im April 2020 Verstöße gegen Informationspflichtverletzungen der häufigste Abmahngrund (31%), an zweiter Stelle standen Verstöße in Bezug auf das Widerrufsrecht (23%).²⁶⁷ Besonders einfach ist die Überwachung rechtskonformen Verhaltens, wenn das Gesetz die Verwendung bestimmter Standardformulare vorschreibt, wie etwa die Europäische Standardinformation für Verbraucherkredite (SECCI)²⁶⁸ oder das Europäische Standard-Informationsblatt für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge (ESIS)²⁶⁹

Eine Personalisierung von Informationspflichten dürfte die kollektive Rechtsdurchsetzung dagegen deutlich erschweren, da sich die dem Verbraucher zu erteilenden Informationen

²⁶³ Vgl. Börger, Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten, 2010, S. 75 ff.

²⁶⁴ Näher dazu Moos/Schefzig, in: Taeger/Gabel, 3. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 80 Rn. 24 ff.

²⁶⁵ Der BGH hat diese Frage mit Vorlagebeschluss v. 28.5.2020 dem EuGH vorgelegt (Az. I ZR 186/17).

²⁶⁶ Vgl. Mantz/Marosi, in: Specht/Mantz, Teil A, Rn. 251; siehe ferner Podszun/ de Toma, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, NJW 2016, 2987, 2989 ff.

²⁶⁷ Trusted Shops, Abmahnradar April 2020, <https://shopbetreiber-blog.de/2020/05/04/abmahnradar-april-2020> (zuletzt abgerufen am 24.5.2020).

²⁶⁸ Vgl. Anlage 4 zu Art. 247 § 2 EGBGB sowie Annex II der Richtlinie 2008/48/EG.

²⁶⁹ Vgl. Anlage 6 zu Art. 247 § 1 Abs. 2 EGBGB sowie Annex II der Richtlinie 2014/17/EU.

von Fall zu Fall unterscheiden. Dies führt im Extremfall zu einer „Atomisierung“ der Informationsgebote und erschwert Wettbewerbs- und Verbraucherverbänden die Marktkontrolle. Durchsetzungsdefizite ergeben sich dabei in erster Linie durch Ermittlungsschwierigkeiten und die Beweislastverteilung im Zivilprozess.²⁷⁰ Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine Besonderheit personalisierter Informationspflichten, sondern um ein generelles Problem im Zusammenhang mit algorithmischen Entscheidungssystemen.²⁷¹ Auch andere algorithmische Systeme, die etwa zur Personalisierung von Werbebotschaften, Angeboten oder Preisen eingesetzt werden, erschweren den klagebefugten Verbänden die Überwachung des Marktverhaltens. Zugespitzt formuliert: Erhält jeder Verbraucher eine andere Werbebotschaft, wird es ungleich schwieriger Datenschutzverstöße oder Fälle irreführender Werbung aufzuspüren.

3. Behördliche Rechtsdurchsetzung

Angesichts der geschilderten Schwierigkeiten bei der individuellen und kollektiven Rechtsdurchsetzung dürfte der behördlichen Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit personalisierten Informationspflichten eine entscheidende Bedeutung zukommen. Im Bereich des Datenschutzrechts spielen die zuständigen Aufsichtsbehörden bereits eine zentrale Rolle. Sie verfügen dabei über ein breites Spektrum an Handlungsmöglichkeiten, das von Auskunftsrechten über Warnungen und Anordnungen bis zur Verhängung hoher Bußgelder reicht. Von besonderer Bedeutung für ein effektives Enforcement dürften dabei Auskunftsansprüche nach Art. 58 Abs. 1 lit. e DS-GVO sein, die es ermöglichen, die *black box* des algorithmischen Empfehlungssystems zu öffnen.

Anders als im Datenschutzrecht spielen im Bereich des Verbraucherrechts Instrumente der behördlichen Rechtsdurchsetzung bislang nur eine sehr untergeordnete Rolle.²⁷² Angesichts der oben beschriebenen Ermittlungsschwierigkeiten, die eine effektive Rechtsdurchsetzung in Bezug auf personalisierte Verbraucherinformationen behindern, erscheint es sinnvoll, im Falle einer Einführung personalisierter Verbraucherinformationen, die Rechtsdurchsetzung durch zusätzliche behördliche Befugnisse zu stärken.

In Betracht kommt insoweit die Übertragung zusätzlicher Befugnisse auf das Bundeskartellamt.²⁷³ Auf diese Weise könnte an das funktionierende System der behördlichen Durchsetzung kartellrechtlicher Vorgaben angeknüpft werden. Mit der 9. GWB-Novelle aus dem Jahr 2017 hat das Bundeskartellamt bereits erste Befugnisse

²⁷⁰ Vgl. Weber, Gegenwärtige Verbraucherrechtsfälle und Bedarf an staatlicher Rechtsdurchsetzung, *VuR* 2013, 323, 327 ff.; Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Die Durchsetzung des Verbraucherrechts: Das BKartA als UWG-Behörde?, *GRUR* 2018, 1004 ff.

²⁷¹ Busch, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 53, abrufbar unter: <https://perma.cc/5CXG-2Y59>.

²⁷² Zur aktuellen Diskussion über eine behördliche Durchsetzung des Verbraucherschutzrechts siehe Schulte-Nölke (Hrsg.) *Neue Wege zur Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2017; Podszun/Busch/Henning-Bodewig, *Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts?*, 2018; siehe ferner Köhler, *Behördliche Durchsetzung des Lauterkeitsrechts – eine Aufgabe für das Bundeskartellamt?*, *WRP* 2018, 519; Podszun/Busch/Henning-Bodewig, *GRUR* 2018, 1004 ff.; Mundt, *Verbraucherschutz braucht eine stärkere behördliche Komponente*, Editorial in *WRP* 9/2018; Henning-Bodewig, *Befugnisse des Bundeskartellamts im UWG*, Editorial in *WRP* 4/2017.

²⁷³ Zum Folgenden siehe Podszun/Busch/Henning-Bodewig, *Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts*, 2018, S. 297 ff.

im Verbraucherrecht erhalten. Nach § 32e Abs. 5 GWB kann das Bundeskartellamt bei begründetem Verdacht auf erhebliche, dauerhafte oder wiederholte Verstöße gegen verbraucherrechtliche Vorschriften, die nach ihrer Art oder ihrem Umfang die Interessen einer Vielzahl von Verbraucherinnen und Verbrauchern beeinträchtigen, eine Sektoruntersuchung durchführen. Über die bestehenden Kompetenzen hinaus wäre etwa denkbar, dass das Bundeskartellamt die Befugnis erhält, bei „erheblichen, dauerhaften oder wiederholten Verstöße“ i.S.v. § 32e Abs. 5 GWB Allgemeinverfügungen zu erlassen oder eigene Abstellungsverfügungen oder gerichtliche Entscheidungen für allgemeinverbindlich zu erklären. Der entscheidende Mehrwert läge dabei neben der Breitenwirkung vor allem in den weitreichenden behördlichen Ermittlungsbefugnissen, die eine Sachverhaltsaufklärung im Vergleich zum Zivilprozess deutlich erleichtern würden.

Sinnvoll wären auch zusätzliche Befugnisse zur Durchführung einer marktbegleitenden Kontrolle der Empfehlungsalgorithmen durch ein regelmäßiges oder anlassbezogenes „Algorithm Auditing“.²⁷⁴ Um dies zu ermöglichen, müsste die Testfähigkeit der Systeme durch entsprechende Software-Schnittstellen gewährleistet werden („auditability by design“).²⁷⁵ Im Rahmen eines Audit-Verfahrens könnte dabei die Funktionsweise der Empfehlungssysteme anhand von standardisierten Test-Datensätzen überprüft werden.²⁷⁶

Bei der Ausgestaltung der behördlichen Befugnisse müsste eine sorgfältige Abstimmung mit den vorhandenen Instrumenten zivilrechtlicher Rechtsdurchsetzung sichergestellt werden. Dafür sollten die in UWG und UKlaG aktivlegitimierten Akteure in die Tätigkeit der Behörde eingebunden werden. Entsprechende Vorschläge könnten noch im Rahmen der 10. GWB-Novelle aufgegriffen werden.

²⁷⁴ Siehe dazu Busch, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 65 ff.

²⁷⁵ Zur Testfähigkeit von Scoring-Algorithmen siehe SVRV, *Verbrauchergerechtes Scoring*, 2018, S. 26 ff. Noch weiter geht die Forderung nach einem zivilrechtlichen Anspruch auf Durchführung von Algorithmestests, siehe dazu die Studie der Gesellschaft für Informatik (Fachgruppe Rechtsinformatik) im Auftrag des SVRV zum Thema „Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren“, 2018, S. 156 ff.; siehe auch Wagner, in: Gapski/Packard (Hrsg.) *Super-Scoring? Datengetriebene Sozialtechnologien als neue Bildungsherausforderung*, 2020 (im Erscheinen).

²⁷⁶ Eine wichtige flankierende Rolle bei der Algorithmenkontrolle können darüber hinaus auch Initiativen aus der Zivilgesellschaft übernehmen, wie die Kampagne „OpenSchufa“ der Initiative AlgorithmWatch oder das französische Projekt „TransAlgo“ zeigt, siehe dazu Busch, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 69; siehe auch Groß/Wagner, *Eigentum verpflichtet: Gilt auch für Algorithmen*, WiSt 2020, 23, 27.

Teil E: Auswertung der empirischen Studie und weiterer Forschungsbedarf

Parallel zur Erstellung der vorliegenden juristischen Studie wurde im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen eine empirische Studie²⁷⁷ zur Personalisierung von Verbraucherinformationen durchgeführt. Angesichts des Mangels an empirischer Forschung zu dieser Thematik könnte die Studie einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung der bislang weitgehend ohne empirische Grundlage geführten juristischen Diskussion über personalisierte Verbraucherinformationen leisten.²⁷⁸

Im Folgenden werden die wesentlichen Ergebnisse der empirischen Studie kurz vorgestellt und diskutiert. Dabei wird erörtert, welche Schlussfolgerungen aus der empirischen Studie für die konkrete Ausgestaltung personalisierter Verbraucherinformationen gezogen werden können. Ferner wird aufgezeigt, zu welchen Fragen weiterer Forschungsbedarf besteht.

I. Kurzzusammenfassung der empirischen Studie

1. Zielsetzung und Experimentaldesign

Ziel der empirischen Studie, die von Oktober 2019 bis April 2020 von der ConPolicy GmbH durchgeführt wurde, war es, zu untersuchen, inwieweit eine Personalisierung vorvertraglicher Produktinformationen einen Einfluss auf das Entscheidungsverhalten von Verbrauchern hat. Dazu wurden in einem verhaltenswissenschaftlichen Experiment mit N=2.345 Teilnehmern der Kauf eines Smartphones in einem Online-Shop simuliert.

Zunächst wurde eine Vorbefragung durchgeführt, die dazu diente, finanziell vulnerable Teilnehmer zu identifizieren und solche, die in der Vergangenheit ein nachhaltiges Konsumverhalten gezeigt haben. Im Rahmen des anschließenden Experiments fand eine Personalisierung der Verbraucherinformationen entlang der beiden Dimensionen finanzielle Vulnerabilität und Nachhaltigkeitsverhalten statt. Die Untersuchung wurde dabei von der Hypothese geleitet, dass eine Passung zwischen dem Inhalt der Push-Informationen (z.B. Nachhaltigkeitsinformationen) und den Personeneigenschaften (z.B. vergangenes Nachhaltigkeitsverhalten) zu einem passenderen Konsumverhalten, höherer objektiver und subjektiver Informiertheit sowie höherer Akzeptanz der Personalisierung führt. Angenommen wurde ferner, dass eine transparente im Gegensatz zu einer intransparenten Personalisierung deren Wirkung erhöht.

Bei dem Experiment wurde die Wirkung der Information an sich auf das Einkaufsverhalten untersucht sowie ein möglicher Effekt der Personalisierung. Untersucht wurden ferner Effekte in Bezug auf die objektive Informiertheit der Verbraucher sowie die Zufriedenheit

²⁷⁷ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, Personalisierte Verbraucherinformationen, 2020, S. 8.

²⁷⁸ Zur Notwendigkeit empirischer Forschung zum Thema "personalized law" vgl. Sibony, Data and Arguments: Empirical Research in Consumer Law, in: Micklitz et al. (Hrsg.) Research Methods in Consumer Law, Cheltenham: Edward Elgar 2018, 165 ff.

der Verbraucher mit der Information (subjektive Informiertheit). Ebenfalls untersucht wurde die Akzeptanz der Personalisierung.

Durch die Studie sollten dabei folgende Forschungsfragen²⁷⁹ beantwortet werden:

- Fördert personalisierte Verbraucherinformation die Übereinstimmung von Kaufverhalten und den Personeneigenschaften?
- Führt die Personalisierung dazu, dass die Verbraucher tatsächlich besser informiert sind?
- Fördert die personalisierte Verbraucherinformation die subjektive Zufriedenheit der Verbraucher?
- Wie hoch ist die Akzeptanz der Personalisierung von Verbraucherinformationen bei den Verbrauchern?

2. Ergebnisse

Die wichtigsten Ergebnisse der Studie können wie folgt zusammengefasst werden: Das Konsumverhalten der Teilnehmer konnte anhand der zuvor gemessenen Personeneigenschaften (finanzielle Vulnerabilität, vergangenes Nachhaltigkeitsverhalten) vorhergesagt werden.²⁸⁰ Eine unaufgefordert präsentierte Nachhaltigkeitsinformation beeinflusst das Einkaufsverhalten zugunsten nachhaltiger Smartphones, während für Erschwinglichkeitsinformationen kein entsprechender Effekt festgestellt werden konnte.²⁸¹ Ein Effekt der Personalisierung der Information auf das Konsumverhalten konnte nicht festgestellt werden.²⁸² Auch in Bezug auf die objektive und subjektive Informiertheit konnte kein Effekt der Personalisierung festgestellt werden.²⁸³

II. Diskussion der Ergebnisse

Auf den ersten Blick scheinen die Ergebnisse der empirischen Studie dafür zu sprechen, dass eine Personalisierung von Verbraucherinformationen nicht geeignet ist, die in der juristischen Studie erörterten Defizite des bisherigen Informationsmodells zu beseitigen. Die Ergebnisse der Studie könnten aber auch dahingehend interpretiert werden, dass die Wirkung der Personalisierung möglicherweise stark abhängig ist vom Kontext, in dem sie eingesetzt wird. Dies soll im Folgenden näher erörtert werden.

1. Produktart und Entscheidungsprozesse

Die Autoren der Studie weisen darauf hin, dass das Muster an Befunden auf einen heuristischen Entscheidungsprozess der Verbraucher bei ihrer Konsumententscheidung hindeutet. Offenbar haben die Verbraucher in dem untersuchten Setting die ihnen dargebotenen Informationen nicht bewusst verarbeitet. Vor diesem Hintergrund sei es

²⁷⁹ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, Personalisierte Verbraucherinformationen, 2020, S. 8.

²⁸⁰ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, a.a.O., S. 30.

²⁸¹ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, a.a.O., S. 30.

²⁸² Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, a.a.O., S. 31.

²⁸³ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, a.a.O., S. 36.

nicht überraschend, dass die Personalisierung keinen Effekt zeige, da der Personalisierungseffekt eine gewisse Tiefe der Verarbeitung voraussetze. Sollte sich dieser Befund bei weiteren Untersuchungen bestätigen, könnte dies dafür sprechen, eine Personalisierung von Verbraucherinformationen nur in solchen Entscheidungssituationen einzusetzen, bei denen eine tiefere Verarbeitung der Information erwartet werden kann.

Eine solche Differenzierung nach Entscheidungssituationen steht im Einklang mit dem in der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung verwendeten Leitbild des „situationsadäquat aufmerksamen“ Verbrauchers.²⁸⁴ In der Literatur wird dabei zumeist nach Produktarten differenziert („hochwertige Artikel, allerdings auch Erstkäufe oder Artikel, die nicht zum täglichen Einkaufsbestand gehören, sondern nur in mehrjährigem Abstand erworben werden“²⁸⁵). Bedeutsamer als der Preis des Produkts oder die Häufigkeit des Einkaufs dürfte allerdings die Art des Entscheidungsprozesses sein. Wie die empirische Studie zeigt, kommt es auch bei hochwertigen und eher selten gekauften Produkten (Smartphone) zu heuristischen Entscheidungen.

Bei dem Experiment haben die Personeneigenschaften das Einkaufsverhalten insbesondere in Bezug die Nachhaltigkeit stark beeinflusst, während die Personalisierung insoweit keinen Effekt zeigt (Ergebnisse 3-5 der Studie). Dies könnte daran liegen, dass die Verbraucher schon weitgehend festgelegt waren hinsichtlich der Frage, ob sie ein nachhaltiges oder erschwingliches Smartphone erwerben. In diesem Zusammenhang könnte man untersuchen, inwieweit es eine Rolle spielt, ob sich die Verbraucher stark mit einem Produkt identifizieren. Möglicherweise ist die Frage, welches Smartphone sie nutzen, für viele Verbraucher Ausdruck ihrer Persönlichkeit (also nicht: „Welches Mobiltelefon möchte ich haben?“, sondern: „Welches Mobiltelefon möchte ich sein?“). Dies wiederum könnte dazu führen, dass die Verbraucher nur in geringerem Maße durch Informationen (personalisiert oder nicht) beeinflusst werden können.

Zu untersuchen wäre daher, ob beim Kauf von Produkten bei denen eine geringere Identifikation zu erwarten ist (z.B. Waschmaschinen, Staubsauger) eine größere Offenheit für (personalisierte) Informationen besteht. Schließlich könnte das Ergebnis des Experiments dadurch beeinflusst worden sein, dass die meisten Teilnehmer bereits ein Mobiltelefon besitzen und daher eine gewisse Vorstellung von den wesentlichen Produkteigenschaften haben. Möglicherweise ist die Bereitschaft zur Verarbeitung von (personalisierten) Informationen bei erstmals gekauften Produkten höher.

2. Darbietung der Information

Im Rahmen der Studie wurde die Personalisierung eingesetzt, um den Inhalt der Verbraucherinformation für unterschiedliche Verbrauchergruppen zu differenzieren. Eine Differenzierung in Bezug auf die Darbietung (Positionierung, Sichtbarkeit etc.) erfolgte dabei nicht. Wie auch die Autoren der Studie anmerken, besteht insoweit noch weiterer Forschungsbedarf. Dabei könnte etwa untersucht werden, ob eine Differenzierung nach

²⁸⁴ BGH GRUR 2000, 619, 621 – Orient-Teppichmuster.

²⁸⁵ Fezer/Büscher/Obergfell/Peifer/Obergfell, 3. Aufl. 2016, UWG § 5 Rn. 222.

unterschiedlichen kognitiven Stilen einen Effekt auf die Verständlichkeit der Information hat.

3. Emotionale Personalisierung

Anknüpfend an die Überlegungen zur Darbietung der Information könnte man sogar überlegen, ob die Wirkung personalisierter Verbraucherinformationen durch eine Emotionalisierung der Informationen erhöht werden kann. Denkbar wäre es etwa, den Einsatz von bildlichen Warnhinweisen, wie sie auf Zigarettenpackungen eingesetzt werden²⁸⁶ zu personalisieren. Bei der Einblendung von entsprechenden Warnhinweisen für bestimmte Produkte im Online-Handel dürfte dies technisch möglich sein. Der Einsatz von emotionalen Botschaften könnte möglicherweise sogar bei heuristischen Entscheidungsprozessen zu einem Personalisierungseffekt führen.

4. Umgekehrte Personalisierung

Im Experiment wurde die Personalisierung eingesetzt, um ein „passenderes Konsumverhalten“ zu fördern.²⁸⁷ Dies sollte durch eine Passung von Push-Informationen (Nachhaltigkeitsinformation) und Persönlichkeitsmerkmal (vergangenes Nachhaltigkeitsverhalten) erreicht werden. Denkbar wäre es aber auch die Personalisierung in umgekehrter Richtung einzusetzen, d.h. gerade gegenläufig zu den geäußerten oder offenbarten Verbraucherpräferenzen. Im Sinne eines „personalized nudging“²⁸⁸ könnten etwa Nachhaltigkeitsinformationen gezielt gegenüber Verbrauchern angezeigt werden, die bisher kein Nachhaltigkeitsverhalten gezeigt haben, um sie zu nachhaltigerem Konsum zu motivieren. Zu untersuchen wäre, ob eine solche Umkehr der Personalisierungsrichtung Auswirkungen auf den Effekt der Personalisierung hat. Möglicherweise löst eine solche Form des „personalized nudging“ Reaktanzeffekte aus.

5. Transparenz der Personalisierung

Die empirische Studie zeigt, dass eine Transparenz über die Personalisierung der Information mit höherer Zufriedenheit einhergeht, d.h. Transparenz trägt zu subjektiv besserer Informiertheit bei.²⁸⁹ Sofern personalisierte Verbraucherinformationen eingesetzt werden, sollte dies daher transparent erfolgen.

²⁸⁶ Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Wirksamkeit bildlicher Warnhinweise auf Zigarettenpackungen, 30.5.2017, WD 5 - 3000 - 024/17.

²⁸⁷ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, Personalisierte Verbraucherinformationen, 2020, S. 8 (Hypothese 1).

²⁸⁸ Siehe Mills, Personalized nudging. *Behavioural Public Policy*, 1-10 (2020). doi:10.1017/bpp.2020.7; Hacker, Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates, 25 *European Review of Private Law* 651, 670 ff. (2017).

²⁸⁹ Kettner/Thorun/Kutzner/Kacperski, Personalisierte Verbraucherinformationen, 2020, S. 32 (Ergebnis 19).

6. Einfluss der Vorbefragung

Schließlich könnte man noch die Frage aufwerfen, inwieweit der (fehlende) Personalisierungseffekt durch die vorherige Befragung zur Ermittlung der Personeneigenschaften beeinflusst wurde. Möglich wäre es etwa, dass die Verbraucher durch Fragen zur Nachhaltigkeit ihres Konsumverhaltens („Beim Kauf meines letzten Elektrogeräts habe ich ein Gerät mit Effizienzklasse A+ oder besser gekauft – Ja / Nein / Weiß nicht“) an die Nachhaltigkeit ihres eigenen Konsumverhaltens und dessen Bedeutung für ihr Selbstbild erinnert wurden. Dies könnte im Rahmen des Experiments zu einem „availability bias“ geführt haben, der möglicherweise die Wirkung der Personalisierung überlagert hat, d.h. der stärker war als die vorhandene oder nicht vorhandene Personalisierung der Verbraucherinformation. Denkbar wäre sogar, dass die Fragen nach der Nachhaltigkeit ihres eigenen Konsums einige Verbraucher dazu gebracht hat, im Rahmen des Experiments ein gesellschaftlich erwünschtes Nachhaltigkeitsverhalten bei der Auswahl der Smartphones zu zeigen. Derartige Effekte lassen sich möglicherweise ausschließen, wenn man zwischen der Befragung der Teilnehmer und der Durchführung des Experiments einen größeren zeitlichen Abstand lässt.