

Rechtliche Rahmenbedingungen personalisierter Verbraucherinformationen

Prof. Dr. Christoph Busch, Maître en Droit
European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Information Society Project, Yale Law School

Berlin, 21.9.2021

Agenda

- I. Defizite des bisherigen Informationsmodells**
- II. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata**
- III. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege ferenda**
- IV. Rechtlicher Rahmen für personalisierte Verbraucherinformationen**

Kritik am bisherigen Informationsmodell

- Ungebrochener Trend zur Ausweitung standardisierter Informationspflichten
- Leitbild des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ dominiert weiterhin, nur vereinzelt Differenzierungen
- Normative Unschärfe der Typisierungen: „overinclusive / „underinclusive“
- Kritik an den Modellannahmen der „rational choice theory“:
Informationsaufnahme und -verarbeitung, Entscheidungsverhalten
- Individuelle Unterschiede in Bezug auf Rationalitätsdefizite: Heterogenität der Akteure



Doppeltes Problem: „**information overload**“ / „**information mismatch**“

Mögliche Alternativen zum bisherigen Informationsmodell

- Marktbasierte Lösungen (z.B. Informationsintermediäre: „information as a business“)
- Inhaltliche Schranken der Vertragsfreiheit (z.B. zwingende Gewährleistungsregeln)
- Smart Disclosures (z.B. Produktscores)
- Nudging (z.B. Standardoptionen / „default rules“)

Breiter Konsens über **Defizite** des Informationsmodells, kein Konsens über **Alternativen**

Bisher diskutierte Alternativen berücksichtigen nicht hinreichend die **Heterogenität** der Normadressaten (Informationsbedarfe, kognitive Stile)

Agenda

- I. Defizite des bisherigen Informationsmodells
- II. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata**
- III. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege ferenda
- IV. Rechtlicher Rahmen für personalisierte Verbraucherinformationen

Anknüpfungspunkte für Personalisierung im geltenden Recht

Pflicht zur kundengerechten Beratung („know your customer“)

- Anlegerschutz: BGHZ 123, 126 ff., §§ 63 ff. WpHG (anleger- und objektgerechte Beratung)
- Versicherungsrecht: § 61 Abs. 1 S. 1 VVG (Explorationspflichten)
- Immobilier-Verbraucherdarlehen: § 511 Abs. 2, 3 BGB („know your borrower“)

Differenziertes Verbraucherleitbild im Lauterkeitsrecht

- Stufe 1: Durchschnittsverbraucher, § 3 Abs. 4 S. 1 Alt. 1 UWG
- Stufe 2: Durchschnittliches Mitglied der Zielgruppe, § 3 Abs. 4 S. 1 Alt. 2 UWG
- Stufe 3: Besonders schutzbedürftige Verbraucher, § 3 Abs. 4 S. 2 UWG

Je kleiner die Zielgruppe, desto höher die **Granularität** des Verbraucherleitbildes

Relevant für zielgruppenspezifisches **Microtargeting**

Im Extremfall Zielgruppengröße: **n=1**

Anknüpfungspunkte für Personalisierung im geltenden Recht

Transparenzgebote im Verbrauchervertragsrecht

- Bislang keine explizite Regelung eines abgestuften Verbraucherleitbildes im Verbrauchervertragsrecht → Pendant zu § 3 Abs. 4 UWG fehlt im BGB
- Möglicher Anknüpfungspunkt: Pflicht zur „**klaren und verständlichen**“ Aufklärung
- Beispiele: § 312a Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. Art. 246 Abs. 1 EGBGB, § § 312d BGB i.V.m. Art. 246 § 4 Abs. 1 EGBGB, § 312i Abs. 1 Nr. 2, § 312j Abs. 1 Nr. 2, § 479 Abs. 1 S. 1 BGB

Erwägungsgrund Nr. 34 Verbraucherrechte-RL 2011/83/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.

Anknüpfungspunkte für Personalisierung im geltenden Recht

„Durch den Einsatz von Big-Data-Analytics werden die wertende **Wissenszurechnung** und in der Folge die Anwendungsbereiche wissensbezogener Rechtsinstitute wie vertragliche und vorvertragliche **Aufklärungspflichten** erweitert.“

„Zwar setzt eine ordnungsgemäße Wissensorganisation den Einsatz dieser Analyse-Werkzeuge nicht zwingend voraus; es gibt also (noch) keine flächendeckende Pflicht zur Nutzung solcher Analysewerkzeuge. Aber: **Wer Daten besitzt und diese verarbeitet, darf diese nicht nur zu Werbezwecken nutzen, sondern muss sie auch zum Schutz seiner Kunden einsetzen.**“

(Spindler/Seidel, NJW 2018, 2153, 2157; zustimmend Noack, ZHR 183 (2019) 105, 133 f.)

Agenda

- I. Defizite des bisherigen Informationsmodells
- II. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata
- III. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege ferenda**
- IV. Rechtlicher Rahmen für personalisierte Verbraucherinformationen

Eckpunkte eines Modells personalisierter Verbraucherinformationen

- Ziel: Verallgemeinerung und **Skalierung** personalisierter Verbraucherinformationen
- Methode: Filterung von Verbraucherinformationen mittels **algorithmischer Empfehlungssysteme** anhand von Relevanzscores

Inhaltsgestützte Systeme (content-based filtering): Bestimmung der Relevanz anhand der Analyse des Verhaltens einzelner Verbraucher

Beispiel: Verbrauchern, die sich in der Vergangenheit besonders für die Umweltverträglichkeit eines Produkts interessiert haben, werden auch künftig Umweltinformationen in hervorgehobener Weise präsentiert.

Kollaborative Systeme (collaborative filtering): Bestimmung der Relevanz anhand der Analyse des Verhaltens einer großen Zahl von Verbrauchern

Beispiel: Umweltinformationen werden Verbrauchern in hervorgehobener Weise präsentiert, wenn sie ein ähnliches Konsumverhalten zeigen, wie andere Verbraucher, von denen bekannt ist, dass sie sich für Umweltinformationen interessieren.

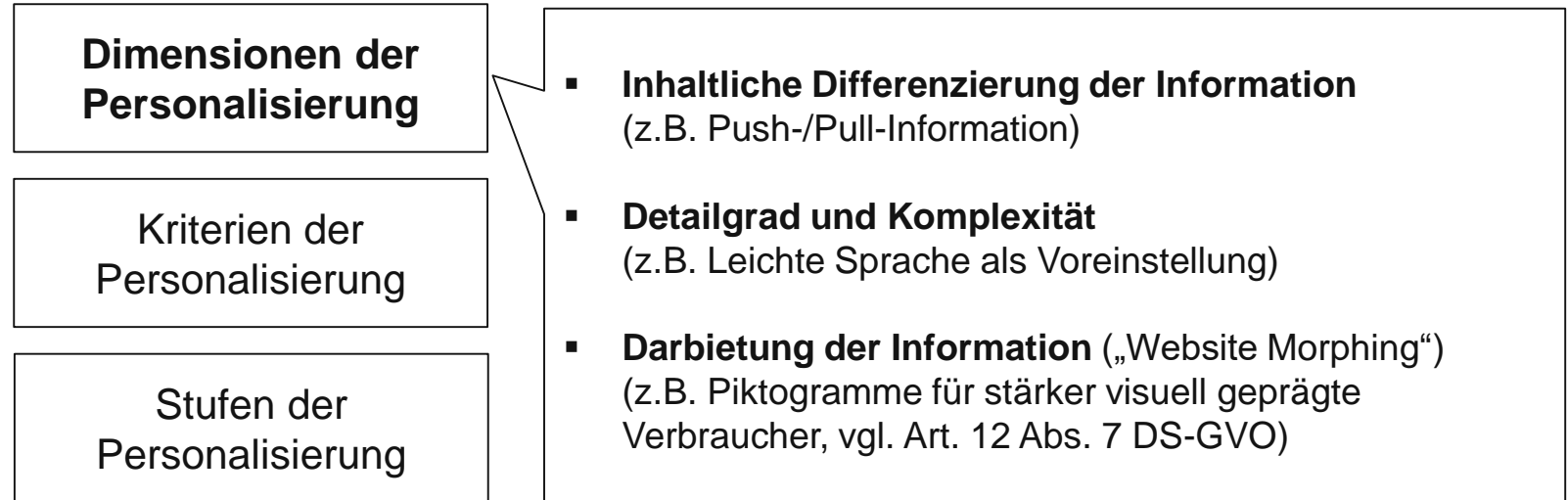
Aspekte eines möglichen Regulierungsdesigns

Dimensionen der
Personalisierung

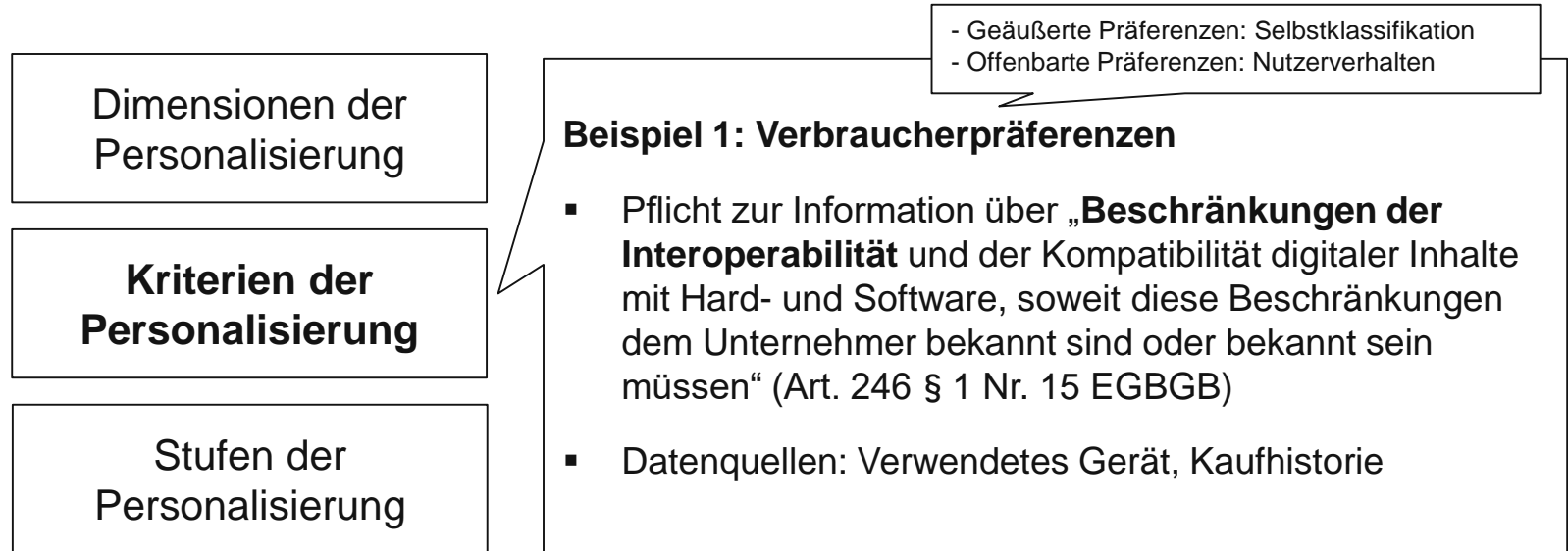
Kriterien der
Personalisierung

Stufen der
Personalisierung

Aspekte eines möglichen Regulierungsdesigns



Aspekte eines möglichen Regulierungsdesigns



Aspekte eines möglichen Regulierungsdesigns

Dimensionen der
Personalisierung

**Kriterien der
Personalisierung**

Stufen der
Personalisierung

Beispiel 2: Gesundheitsrisiken

- Personalisierte Gesundheitswarnung
(z.B. beim Online-Einkauf eines Haarfärbemittels,
das für Schwangere gefährliche Inhaltsstoffe enthält)
- Datenquellen: Kaufhistorie,
Selbstklassifikation



HEALTH WARNING

This product could
harm your baby



Geben Sie das Geburtsdatum Ihres Kindes ein und erhalten Sie altersbezogene Empfehlungen und mehr.



Geburtsdatum

Erstellen

Dieses Angebot ist für mich nicht relevant.

family

Für jede Entwicklungsstufe Ihres Kindes

Erwarten Sie gerade Ihr erstes Kind oder sind Sie schon Eltern? Geben Sie das Alter Ihres Kindes an und finden Sie genau die Produkte und Informationen, die Sie gerade brauchen.

- ▾ Bis zu 20% Rabatt auf Windeln und Babynahrung im Spar-Abo
- ▾ Personalisierte Produktempfehlungen für Ihre Familie
- ▾ Exklusive Angebote



Baby-Wunschliste



Gratis Amazon Baby-Box sichern



Baby-Wunschliste

Jetzt Ihre Wunschliste anlegen

Eine Baby-Wunschliste suchen

Suchen

[Erweiterte Suche](#)



STYLISCH & FUNKTIONAL:
WICKELRUCKSÄCKE UND TASCHE VON LÄSSIG



Aspekte eines möglichen Regulierungsdesigns

Dimensionen der
Personalisierung

**Kriterien der
Personalisierung**

Stufen der
Personalisierung

Beispiel 3: Finanzielle Vulnerabilität

- „**Financial Health Warning**“ für finanziell vulnerable Kunden (z.b. bei Nutzung von Dispositionskrediten über längere Zeit und in erheblichem Umfang)

§ 504a Abs. 1 BGB: Der Darlehensgeber hat dem Darlehensnehmer eine Beratung ... anzubieten, wenn der Darlehensnehmer eine ihm eingeräumte Überziehungsmöglichkeit ununterbrochen über einen Zeitraum von **sechs Monaten** und durchschnittlich in Höhe eines Betrags in Anspruch genommen hat, der **75 Prozent** des vereinbarten Höchstbetrags übersteigt.

Aspekte eines möglichen Regulierungsdesigns

Dimensionen der
Personalisierung

Kriterien der
Personalisierung

**Stufen der
Personalisierung**

- **Gestattung** personalisierter Information
- **Privilegierung** personalisierter Information
 - Vermutungswirkung (vgl. § 4 Abs. 2 ProdSG)
 - Gesetzliche Fiktion (vgl. § 8 Abs. 5 VVG)
- **Anordnung** personalisierter Information
 - Pflicht zur Erstellung von Kundenprofilen?
 - Variante: Nur „bedingte Pflicht“ zur Personalisierung

Opt-in-Modell zur Berücksichtigung unterschiedlicher Verbraucherpräferenzen in Bezug auf den Schutz der Privatsphäre

Grenzen einer Personalisierung von Verbraucherinformation

Technische Grenzen

- Leistungsfähigkeit des Systems zur Filterung und Priorisierung von Verbraucherinformationen ist abhängig von der Verfügbarkeit hochwertiger Daten
- Genauigkeit der Relevanzprognosen variiert je nach Prognosemodell
- Misclassification Cost Ratio (false positives \leftrightarrow false negatives)

Konzeptuelle Grenzen

- Begriff der „Personalisierung“ suggeriert, dass Informationen tatsächlich individuell auf den einzelnen Verbraucher zugeschnitten sind
- Anknüpfungspunkt ist aber nicht das Individuum, sondern nur dessen digital konstruiertes „alter ego“ („digital persona“, „data double“)

Agenda

- I. Defizite des bisherigen Informationsmodells
- II. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege lata
- III. Personalisierte Verbraucherinformationen de lege ferenda
- IV. Rechtlicher Rahmen für personalisierte Verbraucherinformationen**
- V. Auswertung der empirischen Studie und weiterer Forschungsbedarf

Unionsrechtlicher Rahmen

- **Zielvorgabe: Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus**
 - Querschnittsklausel (Art. 12 AEUV)
 - Ermächtigungsnorm (Art. 169 AEUV)
 - Grundrechtecharta (Art. 38 GRCh)
- **Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen nach Art. 38 GRCh**
Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRCh)
durch Personalisierung von Verbraucherinformationen
- **Keine Verpflichtung zur Personalisierung aus Art. 38 GRCh**
Grundrechtliche Gewährleistungsverantwortung erfordert keine
generelle Berücksichtigung individueller Informationsbedarfe

Verfassungsrechtliche Vorgaben

Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

- Verfassungsrechtliches Gebot „Wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln“ (BVerfGE 3, 58, 135 f.)
- Notwendigkeit einer Rechtfertigung personenbezogener Differenzierung durch angemessene Sachgründe → Erhöhung der Effektivität des Verbraucherschutzes?

Besondere Differenzierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG)

- Beachtung spezieller Anknüpfungsverbote (z.B. Geschlecht, Abstammung, Herkunft) auch mit Blick auf signifikante Korrelationen → Proxy-Variablen

Verfassungsrechtliche Vorgaben

Umkehrung der Fragestellung

- Sind standardisierte Informationen in Zukunft noch mit Art. 3 GG vereinbar?
- Ist das zulässige Maß der gesetzlichen Typisierung in der Datengesellschaft neu zu bestimmen?

Differenzierungsgebot → Grenzen einer zulässigen Typisierung?

- Bisherige Rechtfertigungsgründe: Praktikabilitätserwägungen, Verhinderung einer vollzugshemmenden Normdichte, Rechtssicherheit für die Normadressaten
- Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Typisierung?
 - Personalisierung als (inzwischen) gleich **geeignetes** Mittel?
 - Berücksichtigung des **Verlusts an Privatsphäre** bei der Abwägung

Verfassungsrechtliche Vorgaben

Allgemeinheit des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 GG)

- Beschränkung des Gesetzgebers auf den Erlass abstrakt-genereller Regelungen
- Verbot von „Einzelfallgesetzen“ und „Einzelpersonengesetzen“
- Normstruktur personalisierter Informationspflichten ist mit Art. 19 Abs. 1 GG vereinbar, da Konkretisierung nicht auf der **Ebene des Gesetzestexts**, sondern erst auf der **Ebene des automatisierten Vollzugs** stattfindet.

Normstruktur: „Text + x“

„Besteht aufgrund der dem Unternehmer verfügbaren **Kundendaten** eine **hinreichende Wahrscheinlichkeit** dafür, dass die Verbraucherin schwanger ist, so ist der Unternehmer verpflichtet, vor dem Vertragsschluss eine Gesundheitswarnung zu erteilen.“

Inputvariablen (Features),
Gewichtungsfaktoren (Weights),
Datenquellen, Datenkategorien,
Anforderungen an Datenvolumen,
Datenqualität, Misclassification Cost
Ratio (false positives vs. false negatives)

Datenschutzrechtliche Anforderungen

Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung

- Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO) → **Opt-In Modell**
- Ausdrückliche Einwilligung bei besonders sensiblen Daten (Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO)
- Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO)
- Erforderlichkeit zur Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c DS-GVO) → **legislativer Spielraum für Personalisierung**

Automatisierte Einzelentscheidung (Art. 22 DS-GVO)

- Berechnung von „Relevanzscores“ → **Profiling** (Art. 4 Nr. 4 DS-GVO)
- Rechtliche Wirkung oder ähnliche Benachteiligung?
- Erlaubnistatbestände: Ausdrückliche Einwilligung (Art. 22 Abs. 2 lit. c), gesetzliche Regelung (Art. 22 Abs. 2 lit. b)
- Erhöhte Anforderungen bei besonders sensiblen Daten (Art. 22 Abs. 4 DS-GVO)

Datenschutzrechtliche Anforderungen

Qualitätsanforderungen für Scoringverfahren (§ 31 BDSG)

- Berechnung von „Relevanzscores“ → **Scoring** als Unterfall des Profiling (Art. 4 Nr. 4 DS-GVO)
- **Aber:** Scorewerte werden nicht für die “Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses“ verwendet, sondern zur Filterung und Priorisierung von Informationen
- § 31 BDSG nicht unmittelbar auf Personalisierung von Verbraucherinformationen anwendbar
- Aber evtl. **analoge Anwendung** einzelner Anforderungen aus § 31 BDSG

Wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren
(§ 31 Abs. 1 Nr. 2 BDSG)

Einschränkung des Geoscoring (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 BDSG)
Beispiel: Keine Klassifizierung als „finanziell vulnerabler Verbraucher“
ausschließlich anhand bestimmter Wohnadressen

**Qualitätssicherungsrecht für
Verfahren prädiktiver Analytik**
Gerberding & Wagner,
ZRP 2019, 116 ff.

Rechtsdurchsetzung

Überlagerung der Durchsetzungsregime aus Datenschutz- und Verbraucherrecht

Individuelle Rechtsdurchsetzung

- Auskunft, Berichtigung, Löschung (Art. 15 ff. DS-GVO), Informationspflichten (Art. 13 f. DS-GVO)
- Evtl. vertragliche Schadensersatzansprüche bei Verletzung der Informationspflichten

Kollektive Rechtsdurchsetzung

- Datenschutzrechtliche Verbandsklage (§ 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 UKlaG) ⇔ Art. 77 ff. DS-GVO
- Verbraucherrechtliches Verbandsklage (§ 2 Abs. 1, 2 UKlaG)
- **Aber:** Erschwerung der Marktkontrolle durch „**Atomisierung**“ der Informationsgebote

Behördliche Rechtsdurchsetzung

- Behördliche Befugnisse im Datenschutzrecht (insbes. Auskunft, Art. 58 Abs. 1 lit. e DS-GVO)
- Zusätzliche behördliche Befugnisse im Verbraucherrecht? → **Algorithmic Auditing**

Zusammenfassung der Ergebnisse

- Es besteht ein breiter Konsens, dass das bisherige Modell standardisierter Verbraucherinformation erhebliche **Defizite** aufweist.
- Die bisher diskutierten **Alternativen** berücksichtigen nicht hinreichend die unterschiedlichen Informationsbedarfe einzelner Verbraucher.
- Das geltende Recht bietet bereits eine Reihe von **Ansatzpunkten** für eine Personalisierung von Verbraucherinformationen.
- De lege ferenda ist eine **Verallgemeinerung** dieser Wertungen mittels algorithmischer Empfehlungssysteme zur Priorisierung von Verbraucherinformation denkbar.
- Es besteht noch erheblicher **Forschungsbedarf** hinsichtlich der Ausgestaltung des Regulierungsdesigns für personalisierte Verbraucherinformationen.

Literatur:

Ben-Shahar, O. & Porat, A. *Personalized Law: Different Rules for Different People*, OUP, Oxford 2021

Busch, C. & De Franceschi, A. (eds.) *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, Hart Publishing, Oxford 2021

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

Kohl, U. & Eisler, J. (eds.) *Data-driven Personalization in Markets, Politics and Law*, CUP, Cambridge 2021

Rechtliche Rahmenbedingungen personalisierter Verbraucherinformationen

Prof. Dr. Christoph Busch, Maître en Droit
European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück
Information Society Project, Yale Law School

Twitter: @christophbusch