

KOLJA KADEN

Der personalisiert angebahnte (unerwünschte) Vertrag

*Schriften zum
Recht der Digitalisierung*

52

Mohr Siebeck

Schriften zum Recht der Digitalisierung

herausgegeben von

Florian Möslein, Sebastian Omlor
und Martin Will

52



Kolja Kaden

Der personalisiert angebahnte (unerwünschte) Vertrag

Zivilrechtliche Grenzen von
Data Driven Exploitative Advertising

Mohr Siebeck

Kolja Kaden, geboren 1998; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg und der Università Cattolica Sacro Cuore Mailand; 2022 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2025 Promotion; Rechtsreferendariat am Oberlandesgericht Karlsruhe.

Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, 2025

ISBN 978-3-16-200357-7 / eISBN 978-3-16-200358-4

DOI 10.1628/978-3-16-200358-4

ISSN 2700-1288 / eISSN 2700-1296 (Schriften zum Recht der Digitalisierung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland

www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2025 berücksichtigt werden.

Danken möchte ich an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stephan Lorenz, für die hervorragende Betreuung sowie die kontinuierliche Unterstützung während des gesamten Promotionsvorhabens. Herrn Prof. Dr. Matthias Leistner danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich ferner dem Evangelischen Studienwerk Villigst, das mir durch die Gewährung eines Promotionsstipendiums die Möglichkeit eröffnet hat, mich intensiv der wissenschaftlichen Arbeit zu widmen. Die ideelle Förderung und die anregenden Begegnungen im Rahmen des Studienwerks haben die Entstehung dieser Arbeit in besonderer Weise bereichert.

Für wertvolle Anregungen und sorgfältige Korrekturen danke ich zudem Julius Loos und Tim Buchholz.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern, die mich durchweg und bedingungslos unterstützen. In unendlicher Liebe ist ihnen diese Arbeit gewidmet.

Heidelberg, den 23.12.2025

Kolja Kaden

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Einführung und Fragestellung.....	1
A. Stand der Forschung und Zielsetzung.....	8
B. Gang der Untersuchung, Methodik und Schwerpunkte.....	11

Teil 1:

Die personalisierte Vertragsanbahnung als Untersuchungsgegenstand

A. Vertragsanbahnung im Online-Handel.....	15
B. Personalisierung durch Big Data	17
I. Erste Phase: Akkumulation marketingrelevanter Daten.....	19
II. Zweite Phase: Datenanalyse und Profilerstellung	22
III. Dritte Phase: Personalisiertes Online-Marketing.....	24
1. Personalisierte Online-Werbung.....	26
a) Targeting-Methoden.....	29
aa) Online Behavioural Targeting.....	30
bb) Predictive Behavioural Targeting.....	31
cc) Psychological Targeting	32
dd) Emotional Targeting.....	33
b) Das digitale Werbeökosystem und seine Akteure	34
c) Rechtsverhältnisse und Eingrenzung der Untersuchung	41
2. Personalisierte Preise	43
C. Abgrenzung zu verwandten Begriffen und Phänomenen.....	47
I. Profiling.....	47
II. Direktwerbung.....	48
III. Scoring.....	49
IV. Dark Patterns vs. Digital Nudging.....	51

Teil 2:

Die personalisierte Vertragsanbahnung
als Ursache unerwünschter Verträge

A.	Unerwünschter Vertrag	57
B.	Verursachung durch die Personalisierung der Vertragsanbahnung	59
I.	Vorliegen eines Defekts in der rechtsgeschäftlichen Willensbildung	59
1.	Leitbild: Der von endogenen Defekten freie Homo Oeconomicus	61
a)	Ausgangspunkt: Rational Choice Theory	63
aa)	Rationale Präferenzbildung	63
bb)	Rationale Präferenzverwirklichung	64
b)	Übertragung auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung	66
2.	Feststellung von Defekten mithilfe verhaltensökonomischer Erkenntnisse	67
a)	Beschränkte Rationalität im engeren Sinne	69
aa)	Urteilsfehler	70
(1)	Verfügbarkeits- und Repräsentativitätsheuristik	72
(2)	Affektheuristik	74
(3)	Selbstüberschätzung und Überoptimismus	76
bb)	Entscheidungsanomalien	78
(1)	Ankereffekt	78
(2)	Aversion gegen Extreme	78
(3)	Framinganomalie	79
(4)	Bedeutung für die rechtsgeschäftliche Willensbildung	80
b)	Beschränkte Willensmacht	80
II.	Identifikation und Konkretisierung relevanter Fallgestaltungen	82
1.	Vertragstheoretische Grundlage: Behavioral Contract Theory	82
2.	Übertragung der Erkenntnisse auf die personalisierte Vertragsanbahnung	84
a)	Data Driven Exploitative Contracting	84
b)	Exploitative Advertising	86
c)	Synthese: Data Driven Exploitative Advertising	87
d)	Empirie	91
aa)	Personalisierte Online-Werbung	92
bb)	Personalisierte Preise	94
C.	Auswirkungen auf die Privatautonomie	98
I.	(Funktions-)Voraussetzungen von Privatautonomie	98
1.	Ausgangspunkt: Das Erfordernis formeller und materieller Selbstbestimmung	99

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

Teil 3:

Schutz vor personalisiert angebahten unerwünschten Verträgen de lege lata

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

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

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

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

Teil 4:

Schutz vor personalisiert angebahten unerwünschten Verträgen de lege ferenda

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

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

Teil 5:

Eigener Regulierungsvorschlag

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

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

Teil 6:

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

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

Einführung und Fragestellung

“Algorithms have come to shape our daily lives and realities.”

Mit diesen Worten beschreibt eine Forschergruppe unter Leitung des Züricher Kommunikationswissenschaftlers *Latzer* die enorme Bedeutung von Algorithmen im digitalen Zeitalter des 21. Jahrhunderts.¹ Mathematisch betrachtet ist ein Algorithmus ein schematisches Problemlösungsverfahren, das in endlich definierten Schritten eine Eingabe in eine Ausgabe umwandelt.² In diesem Sinne handelt es sich auch bei der Mitternachtsformel, Kochrezepten oder Aufbauanleitungen für Möbel um Algorithmen.³ Im Zuge der Digitalisierung verändern sich ihre Einsatzmöglichkeiten allerdings rasant.⁴ Ob bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben,⁵ in der medizinischen Diagnostik,⁶ der Unternehmensführung,⁷ der kommerziellen Kundenkommunikation⁸ oder im privaten Bereich⁹: Eingebettet in künstlich intelligente Systeme (KI-Systeme¹⁰) sind soft-

¹ *Latzer et al.*, in: Bauer/Latzer, Handbook on the Economics of the Internet (2016), S. 395, 395; dazu *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1, 4. Der Beginn des „Digitalen Zeitalters“ wird auf 2002 datiert, da in diesem Jahr erstmals mehr Informationen digital als analog gespeichert werden konnten, vgl. *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“*, Bericht v. 01.10.2018, S. 9 Fn. 7.

² Vgl. *Algorithm Watch*, Arbeitspapier: Was ist ein Algorithmus?, Artikel v. 12.05.2016; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur *Martini*, Blackbox Algorithmus (2019), S. 17 ff.; *Kment/Borchert*, KI und Algorithmen (2022), S. 3 ff.; *Ernst*, JZ 2017, 1026, 1026 f.; *Grininger*, in: Beyer et al., Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, S. 151, 153.

³ *Hromkovič*, Sieben Wunder der Informatik, 2. Aufl. 2009, S. 37; *Hofmann-Riem*, in: ders., Big Data (2018), S. 11, 14; *Scheja*, CR 2018, 485, 486 Rn. 4; *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“*, Bericht v. 01.10.2018, S. 9.

⁴ *Hofmann-Riem*, in: ders., Big Data (2018), S. 11, 14.

⁵ Zum Beispiel im Bereich des E-Governments, des „Predictive Policing“ oder bei automatisierten Verwaltungsverfahren, dazu etwa *Martini/Nink*, NVwZ-Extra 10/2017, 1 ff.; *Kment/Borchert*, KI und Algorithmen (2022), S. 21 ff.; *Härtel*, LKV 2019, 49, 54 ff.; *Stember et al.*, Aktuelle Entwicklungen zum E-Government (2021).

⁶ Vgl. *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz (2020), S. 1.

⁷ Dazu etwa *Möslein*, ZIP 2018, 204 ff.

⁸ Zum Beispiel bei dem Einsatz von Chatbots, Sprachassistenten und Robo-Advisor (sog. Konversationsagenten), dazu etwa *Micklitz/Namysłowska/Jabłonowska*, in: Ebers et al., KI und Robotik (2020), § 6 Rn. 16 ff.; *Hoeren/Pinelli*, KI – Ethik und Recht (2022), S. 26 f.; *Schmidt*, Sprachassistenten (2022), passim.

⁹ Zum Beispiel bei der Nutzung von Chat GPT oder autonom fahrenden Autos, dazu etwa *Hoeren/Pinelli*, KI – Ethik und Recht (2022), S. 53 ff.; *Wilmer*, K&R 2023, 233 ff.

¹⁰ Der Begriff der Künstlichen Intelligenz (KI) wird uneinheitlich verstanden. Im Kern beschreiben sämtliche Ansätze Modelle, die ein Verhalten zeigen, das Menschen als „intelligent“ be-

warebasierte Algorithmen in einer wachsenden „Algorithmic Society“¹¹ allgegenwärtig und aus der Optimierung alltäglicher Prozesse nicht mehr wegzudenken. *Martini* beschreibt sie treffend als „DNA der digitalen Zukunft“.¹²

Trotz der zahlreichen Vorteile mehren sich jedoch die Stimmen, die auf die Risiken des Einsatzes von KI-Systemen hinweisen. Neben der wachsenden Abhängigkeit von Technologie, dem Verlust von Privatsphäre und der Anfälligkeit von Algorithmen für diskriminierende Entscheidungen rücken zunehmend die verhaltenslenkenden Wirkungen der Systeme und damit einhergehende Autonomiebeeinträchtigungen in den Mittelpunkt der Diskussion.

Den Ausgangspunkt solcher Überlegungen bildet die Beobachtung eines Zusammentreffens zweier Entwicklungen, die bereits isoliert betrachtet revolutionäre Auswirkungen auf wirtschaftliche, politische, technische und rechtliche Sachverhalte haben: Zum einen ermöglichen Algorithmen im Kontext von „Big Data and Artificial Intelligence“ (BDAI) die automatisierte Erhebung und Analyse großer Datenmengen, um präzise Aussagen über Interessen, Eigenschaften, Verhaltensweisen und mentale Zustände von Individuen zu treffen.¹³ Zum anderen gewinnt eine Sozialtechnologie an Bedeutung, die ausgehend von Erkenntnissen der Verhaltensökonomik¹⁴ neuartige Möglichkeiten zur subtilen Verhaltensbeeinflussung verspricht.¹⁵

Staatliche Akteure, politische Parteien und privatwirtschaftliche Unternehmen können beide Phänomene kombinieren und für eine „Big-Data-gestützte Verhaltensbeeinflussung“¹⁶ einsetzen: Während der Gesetzgeber die Technologien nutzen kann, um das Verhalten Einzelner in eine „bessere“ Richtung zu lenken,¹⁷ eröffnen sich für politische Parteien und private Unternehmen neue Methoden, Wähler bzw. Kunden individualisiert zu beeinflussen.

schreiben würden, wenn es ein Mensch an den Tag legt. Kennzeichnend ist die Fähigkeit zum selbstständigen Lernen und das eigenständige Lösen von Problemen. Eingehend zum Begriff und zur Funktionsweise etwa *Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 5. Aufl. 2021, S. 1 ff.; *Kaplan*, Künstliche Intelligenz (2017), S. 15 ff.; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur etwa *Hoeren/Pinelli*, KI – Ethik und Recht (2022), S. 2 ff.; *Kment/Borchert*, KI und Algorithmen (2022), S. 6 ff.; *Gebauer/Huber*, in: dies., Künstliche Intelligenz (2024), S. 1, 1 ff.; *Wildhaber*, in: Gebauer/Huber, Künstliche Intelligenz (2024), S. 117, 118 f.; *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1, 9 ff.; *Zech*, Gutachten A zu den Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages Hamburg 2020/Bonn 2022, Band I, A 20 f.; *Vogel*, Künstliche Intelligenz (2021), S. 34 ff.; *Linhart*, Information aus der Blackbox (2023), S. 11 ff. Zur Definition von KI nach der KI-Verordnung siehe Teil 3. B. II. 5.

¹¹ So *Koolen*, European Review of Private Law 2023, 427, 429 Rn. 3.

¹² *Martini*, Blackbox Algorithmus (2019), S. 1; ähnlich *Scheja*, CR 2018, 485, 485 Rn. 1: „Lebenselixier der digitalen Revolution“.

¹³ Vgl. *Europäische Kommission*, Manipulative Personalisation (2022), S. 18; *Christl*, Corporate Surveillance (2017), S. 8 f.

¹⁴ Zu diesen Teil 2 B. I. 2.

¹⁵ Vgl. *V. Grafenstein et al.*, Nudging (2018), S. 10.

¹⁶ Vgl. *V. Grafenstein et al.*, Nudging (2018), S. 16.

¹⁷ Zum sog. „libertären Paternalismus“ etwa *Eidenmüller*, JZ 2011, 814, 814 ff.; zum sog. „Nudging“ Teil 1 C. IV.

Auf politischer Ebene steht seit dem Skandal des Analysedienstleisters *Cambridge Analytica* bei dem Wahlkampf in den USA 2016 und der Brexit-Kampagne 2018 das sog. Microtargeting im Fokus der Öffentlichkeit.¹⁸ Microtargeting beschreibt Praktiken, die potenzielle Wähler¹⁹ durch eine personalisierte Kommunikation in ihrer politischen Willensbildung und Entscheidungsfindung beeinflussen sollen.²⁰ Es beruht auf einer umfangreichen Datenanalyse, die es Parteien ermöglicht, Informationen über potenzielle Wähler zu erlangen.²¹ Mithilfe dieser Informationen können Werbebotschaften gezielt zu gewissen Zeiten, an spezifischen Orten und in einer bestimmten Weise verbreitet werden, um die Wähler zu erreichen, die in diesem Moment besonders empfänglich für die jeweiligen Botschaften sind.²² Microtargeting zielt somit darauf ab, die Wahlwerbung an die Präferenzen und Charaktereigenschaften einer Zielgruppe anzupassen, um die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, dass die angesprochenen Personen eine bestimmte Partei wählen.²³ Bei der gezielten Ansprache von Einzelpersonen ist auch von Nano-Targeting die Rede.²⁴

Viele NGOs²⁵ und Stimmen aus der Literatur²⁶ sehen in solchen Praktiken ein erhebliches Manipulationspotenzial und eine Bedrohung für den freien, demokrati-

¹⁸ Dazu etwa *Grassegger/Krogerus*, Tages-Anzeiger, aktualisierte Version v. 20.03.2018; *Cadwalladr/Graham-Harrison*, The Guardian v. 17.03.2018; *Rosenberg/Confessore/Cadwalladr*, The New York Times v. 17.03.2018; aus den zahlreichen wissenschaftlichen Veröffentlichungen etwa *Kelber/Leopold*, in: Spiecker gen. Döhmman/Westland/Resende Campos, Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert (2022), S. 149, 161 ff.; *Flammel/Mehlan*, K&R 2022, 571; *Dobber/Fathaigh/Zuiverdein Borgesius*, Internet Policy Review 2019 Vol. 8 Issue 4, S. 1 ff.; *Christl*, ApuZ 2019, 42 ff.; *Hill*, in: Hill/Kugelmann/Martini, Digitalisierung (2018), S. 47; *Klaas*, MMR 2019, 84, 89; *Shiner*, Public Law Journal 2019 Vol. 2, 362 ff.; *Gafus*, ITRB 2022, 230 ff.

¹⁹ Der besseren Lesbarkeit halber wird im Folgenden zwar ausschließlich das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten aber gleichermaßen für alle Geschlechter (m/w/d).

²⁰ Berichten zufolge haben deutsche Parteien allein im Zeitraum von Januar bis April 2024 mehr als 700.000 Euro für gezielte Werbung allein auf Instagram und Facebook ausgegeben, was die künftige Relevanz von Microtargeting unterstreicht, vgl. *Dachwitz*, Netzpolitik.org v. 26.04.2024; zum Einsatz vergleichbarer Methoden in Deutschland *Richter*, in: FS Roßnagel (2020), S. 303, 303 f. m.w.N.

²¹ Zur Datensammlung und -verarbeitung im *Cambridge-Analytica*-Skandal etwa *Goantal Mulders*, EuCML 2019, 136, 137 f.

²² *Martini*, Blackbox Algorithmus (2019), S. 101.

²³ Zur Anwendung von Big Data zur Beeinflussung des Wahlverhaltens *Ulbricht et al.*, in: Kolany-Raiser/Heil/Orwat/Hoeren, Big Data und Gesellschaft (2018), S. 151, 166 ff.; *Chen/Miotto*, in: Jongepier/Klenk, The Philosophy of Online Manipulation (2022), S. 392, 399.

²⁴ *Flammel/Mahle*, K&R 2022, 571, 572.

²⁵ Etwa *Privacy International*, abrufbar unter: <https://www.privacyinternational.org/learn/micro-targeting> (zuletzt abgerufen: 30.10.2025).

²⁶ Etwa *Mehlhorn*, NVwZ 2023, 1388, 1389 ff.; *Kelber/Leopold*, in: Spiecker gen. Döhmman/Westland/Resende Campos, Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert (2022), S. 149, 149 ff.; *Flammel/Mehlan*, K&R 2022, 571, 572 ff.

schen Willensbildungsprozess. Lange wurde eine gezielte Regulierung gefordert.²⁷ Der europäische Gesetzgeber hat mittlerweile eine Verordnung beschlossen,²⁸ die datenbasiertes Targeting bei politischer Werbung im Internet künftig vor allem durch mehr Transparenz reguliert.²⁹

Micro- und Nanotargeting beschränken sich jedoch nicht nur auf die politische Wahlwerbung. Auch private Unternehmen sammeln und analysieren in einem erheblichem Umfang Daten, um ihren Marketing³⁰-Mix³¹ zu optimieren. Besonders im Online-Marketing spielen datenbasierte KI-Systeme eine zentrale Rolle.³² Die Technologien ermöglichen es, die Entscheidungsumgebung von Internetnutzern zunehmend zu personalisieren: Anbieter können nicht nur ihre Produkte und Dienstleistungen, sondern auch Werbekampagnen auf Homepages, sozialen Medien,³³ Messengers,³⁴ Apps,³⁵ Online-Marktplätzen,³⁶ Suchmaschinen,³⁷ On-Demand-Diensten,³⁸ Video-

²⁷ Etwa von der *Datenethikkommission*, Gutachten v. 23.10.2019, S. 36, 46, 99 sowie von *Jaurisch*, Regeln für faire digitale Wahlkämpfe (2020).

²⁸ Legislative Entscheidung des Europäischen Parlaments v. 27. Februar 2024 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung (COM(2021)0731 – C9-0433/2021 – 2021/0381(COD)); dazu *Horstmann*, ZD-Aktuell 2024, 01499; *Mehlhorn*, NVwZ 2023, 1388 ff.; *Grisse*, in: Rauer/Hofmann, DSA, Art. 26 Rn. 84; *Flammel/Mable*, K&R 2022, 571, 574 ff.

²⁹ Verordnung (EU) 2024/900 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.03.2024 über die Transparenz und das Targeting politischer Werbung, ABl. L, 2024/900, 20.03.2024. Gemäß Art. 30 Abs. 2 S. 1 VO (EU) 2024/900 gilt die Verordnung ab dem 10.10.2025. Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 gelten bereits ab dem 09.04.2024; vgl. Art. 30 Abs. 2 S. 2 VO (EU) 2024/900. Im Überblick dazu *Gilga/Panahi/Schindler*, CR 2024, 416, 422 Rn. 34 ff.

³⁰ Die vorliegende Untersuchung versteht in Anlehnung an den Definitionsvorschlag der *American Marketing Association* unter Marketing „sämtliche Aktivitäten eines Unternehmens, mit denen Angebote erzeugt, kommuniziert, übermittelt und ausgetauscht werden“, abrufbar unter: <https://www.ama.org/AboutAMA/Pages/Definition-of-Marketing> (zuletzt abgerufen: 30.10.2025); instruktiv zur Definition und zum Verständnis von Marketing *Kotler et al.*, Marketing-Management, 16. Aufl. 2023, S. 34; *Bruhn*, Marketing, 15. Aufl. 2022, S. 2.

³¹ Der klassische Marketing-Mix besteht aus den sog. „4 P's“ – Promotion, Place, Price und Product. Im Deutschen spricht man deckungsgleich von der Kommunikations-, Distributions- bzw. Vertriebs-, Preis- und Produktpolitik, dazu *Wagener*, KI im Marketing, 2. Aufl. 2023, S. 61 f.; *Poppe/Gampfer*, Konsumentenverhalten im digitalen Kontext (2019), S. 10 ff.

³² Der Umsatz von personalisierter Online-Werbung betrug im Jahr 2022 weltweit 550 Milliarden Dollar, vgl. *Dachwitz*, Netzpolitik.org v. 08.06.2023; zur Bedeutung von BDAI für das Marketing ferner *Felser*, Werbe- und Konsumentenpsychologie, 5. Aufl. 2023, S. 606 ff.; *Bunte*, Studie: Künstliche Intelligenz – Die Zukunft des Marketings (2023); zur wachsenden Bedeutung von Online-Werbung im Marketing *Europäische Kommission*, Digital Advertising (2023), S. 14 ff., 20; *Bourreau/De Streel/Graef*, Big Data and Competition Policy (2017), S. 49; *Indenhuck/Grubert*, DSRITB 2024, 125, 125 f.

³³ Zum Beispiel *Instagram*, *Facebook*, *TikTok* oder *X*.

³⁴ Zum Beispiel *WhatsApp* oder *Signal*.

³⁵ Zum Beispiel *Apple App Store* oder *Google Play*.

³⁶ Zum Beispiel *Google Shopping* oder *Amazon Store*.

³⁷ Zum Beispiel *Google Suche* oder *Microsoft Bing*.

³⁸ Zum Beispiel *Amazon Prime* oder *Netflix*.

Sharing-Diensten³⁹ oder Voice-Shops⁴⁰ auf die Bedürfnisse und Merkmale einzelner Kunden zuschneiden („Sniper Ad Targeting“⁴¹).

Auf den ersten Blick erscheint eine personalisierte Online-Entscheidungsumgebung für Nutzer als Vorteil. Sie werden weniger mit als störend empfundener Werbung konfrontiert und können Such- sowie Transaktionskosten senken.⁴² Viele empfinden es auch als angenehm, lediglich für Produkte beworben zu werden, die ihren tatsächlichen Interessen entsprechen.⁴³ Die Anpassung von Angeboten und Preisen an die individuelle Zahlungsbereitschaft kann darüber hinaus den Zugang zu neuen Märkten ermöglichen.⁴⁴

Kritiker hingegen warnen vor der „dunklen Seite personalisierter Transaktionen“.⁴⁵ Sie befürchten, dass Unternehmen ihren informationellen Vorsprung ausnutzen, indem sie Schwächenmomente sowie kognitive Verzerrungen potenzieller Kunden identifizieren und opportunistisch ausbeuten.⁴⁶ Der Vorwurf lautet, dass

³⁹ Zum Beispiel *YouTube* oder *TikTok*.

⁴⁰ Gemeint ist damit eine Produktberatung mithilfe von Sprachassistenten wie *Amazon Alexa* oder *Google Assistant*, die in der Regel zugleich den Zugang zu verschiedenen E-Commerce-Plattformen ermöglichen.

⁴¹ Vgl. *Faddoull/Kapurial/Lin*, Sniper Ad Targeting (2019); *Zardiashivili*, The Ends of Online Behavioral Advertising in the EU (2024), S. 99.

⁴² Vgl. *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten (2018), S. 65 Fn. 166; *Koolen*, European Review of Private Law 2023, 427, 429; *Käseberg/V. Kalben*; WuW 2018, 2, 3; *Owens*, in: Custers/Fosch-Villaronga, Law and Artificial Intelligence (2022), S. 395, 396; eingehend zu den Vor- und Nachteilen einer personalisierten und KI-basierten Ansprache aus Konsumentensicht *OECD*, Online Advertising (2019), S. 23 ff.; *Laux/Wachter/Mittelstadt*, CML Rev. 2021, 719, 725; *Hess/Schreiner*, DuD 2012, 105, 108; *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“*, Bericht v. 01.10.2018, S. 72 ff.; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition (2016), S. 3 ff., 84; *Hermann*, Journal of Business Ethics 2022 Vol. 179, 43, 49 ff.

⁴³ Dazu etwa der Auszug der Studie von *Fittkau & Maaß*, Personalisierte Werbung im Internet (2009) sowie *Müller*, AG 2019, R121, der sich auf die Ergebnisse der bevölkerungsrepräsentativen Studie „Personalisierte Werbung – E-Privacy“ der Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft PricewaterhouseCoopers (PwC) beruft, nach der 31 % der Befragten lieber personalisierte Werbung als nicht personalisierte Werbung sehen. Die Studie ist abrufbar unter: <https://www.pwc.de/de/pressemitteilungen/2019/personalisierte-online-werbung-erreicht-die-nutzer.html> (zuletzt abgerufen: 30.10.2025).

⁴⁴ Dazu *Bar-Gill*, The University of Chicago Law Review 2019 Vol. 86, 217, 221 f.; *Laux/Wachter/Mittelstadt*, CML Rev. 2021 Vol. 58, 719, 725; *Bourreau/De Streel/Graef*, Big Data and Competition Policy (2017), S. 53 f.; *Economides/Lianos*, Journal of Competition Law and Economics 2021 Vol. 17, 765, 813; *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“*, Bericht v. 01.10.2018, S. 72; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 226; *Thomas*, in: Gebauer/Huber, Künstliche Intelligenz (2024), S. 67, 70 ff.

⁴⁵ So die Überschrift des Beitrags von *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220 ff.; ähnlich *Hacker*, IDPL 2017 Vol. 7, 266, 269.

⁴⁶ Vgl. *Micklitz/Namysłowska/Jabłonowska*, in: Ebers et al., KI und Robotik (2020), § 6 Rn. 11; *Calo*, George Washington Law Review 2014 Vol. 82, 995, 999, 1010; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition (2016), S. 105; *Dornis*, GRUR 2023, 1729, 1731; *Strycharz/Duivenvoorde*, Internet Policy Review 2021 Vol. 10 Issue 4, S. 7 ff.; *Helberger/Zuiderveen Borgesius/Reyna*, CML Rev. 2017 Vol. 54, 1427, 1456 ff.; *Burri/Christianini/Ladyman*, Minds and Machines 2018 Vol. 28, 735 ff.; *Margaritis*, EuCML 2023, 243, 245; *Meier*, Täuschung und Manipulation (2022), S. 326 f.; *Zardiashivili/Sears*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2023 Vol. 56, 799, 840; *Laux/Wachter/*

unethische⁴⁷ und manipulative⁴⁸ Marketingstrategien zum Einsatz kommen, die weit über den bloßen Kaufanreiz hinausgehen und die Privatautonomie potenzieller Vertragspartner in unangemessener Weise beeinträchtigen.⁴⁹ Eine verhaltensökonomisch optimierte „personalisierte Vertragsanbahnung“⁵⁰ könne Betroffene zu Verträgen verleiten, die sie unter anderen Bedingungen nicht oder zumindest nicht zu den jeweiligen Konditionen geschlossen hätten.⁵¹ Solche Verträge seien nicht nur unerwünscht,⁵² sondern oft auch ausbeuterisch.⁵³ Befürchtet wird eine „sanfte Entmündigung des Bürgers“,⁵⁴ eine „Erosion der Privatautonomie“⁵⁵ und schlimms-

Mittelstadt, CML Rev. 2021 Vol. 58, 719, 726 f.; *Bar-Gill/Sunstein/Talgam-Cohen*, Harvard Public Law Working Paper 2023, 1, 2 ff.; *Cohen*, A Journal of Law, Technology and Society 2023 Vol. 20, 203, 217; *Mühlhoff*, Big Data & Society 2023, 1, 2 f.; siehe auch *OECD*, Consumer Vulnerability in the Digital Age (2023), S. 5, 23 ff.; *Hacker*, in: Faust/Schäfer, Internet und KI (2019), S. 87 ff.; *ders.*, IDPL 2017 Vol. 7, 266, 270; *Ruscheimer*, ZG 2023, 337, 348 f.; *Neuwirth*, Computer Law & Security Review 2023 Vol. 48, 105798, S. 6 f.

⁴⁷ Vgl. *Segijn/Strycharz*, International Journal of Advertising 2023 Vol. 42, 69, 72.

⁴⁸ Vgl. *Duivenvoorde*, EuCML 2023, 177, 177; *Duivenvoorde/Goanta*, Computer Law & Securities Review 2023 Vol. 51, 1, 4; *Margaritis*, EuCML 2023, 243, 245; *Grise*, in: Genovesi/Kaessling/Robbins, Recommender Systems (2023), S. 115 ff.; *Barudi*, in: Müller-Terpitz/Köhler, DSA (2024), Art. 26 Rn. 4; ferner *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der UGP-Richtlinie (2021), S. 100; *dies.*, Manipulative Personalisation (2022), S. 19; *Galli*, in: Ebers/Gamito, Algorithmic Governance (2021), S. 109, 110 ff.; *Chen/Miotto*, in: Jongepier/Klenk, The Philosophy of Online Manipulation (2022), S. 394 ff.; *Dornis*, GRUR 2023, 1729, 1731 f.; *Halbauer/Klarmann*, International Journal of Research in Marketing 2022 Vol. 39, 77, 93; *Banker/Khetani*, Journal of Public Policy & Marketing 2019 Vol. 38, 500, 503; siehe auch *Pade*, Moral und künstliche Intelligenz im Marketing (2024), S. 14 ff.

⁴⁹ Vgl. *Ebers*, MMR 2018, 423, 423 ff.; *Grise*, in: Raue/Hofmann, DSA (2023), Art. 26 Rn. 7; *Zardiashvili/Sears*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2023 Vol. 56, 799, 840; *Galli*, in: Ebers/Gamito, Algorithmic Governance (2021), S. 109, 125; *Haucap*, in: Zimmer, Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz (2021), S. 43, 64; *Burri/Christianini*, Minds and Machines 2019 Vol. 29, 461, 462 f., 483 f.; *Linderkamp*, Personalisierte Preise (2023), S. 161 f.

⁵⁰ Zum Terminus erstmals *Hennemann*, AcP 219 (2019), 818 ff.; im Anschluss *Dornis*, ZfPW 2022, 310 ff.

⁵¹ *Ebers*, MMR 2018, 423, 423 f.; *Graef*, CML Rev. 2021 Vol. 58, 471, 472; *Koolen*, European Review of Private Law 2023, 427, 440 Rn. 24; *Grise*, in: Raue/Hofmann, DSA (2023), Art. 26 Rn. 7; *Zardiashvili/Sears*, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2023 Vol. 56, 799, 840 f.; *Galli*, in: Ebers/Gamito, Algorithmic Governance (2021), S. 109, 125; *Susser/Roessler/Nissenbaum*, Internet Policy Review 2019 Vol. 8 Issue 2, S. 9 f.; *Haucap*, in: Zimmer, Regulierung für Algorithmen und Künstliche Intelligenz (2021), S. 43, 64; *Burri/Christianini*, Minds and Machines 2019 Vol. 29, 461, 462 f., 483 f.; *Helberger/Zuiderveen Borgesius/Reyna*, CML Rev. 2017 Vol. 54, 1427, 1456; siehe auch *Europäische Kommission*, Manipulative Personalisation (2022), S. 19.

⁵² Zum Begriff des unerwünschten Vertrags unten Teil 2 A.

⁵³ *Hacker*, IDPL 2017 Vol. 7, 266, 266 f., 270; näher unten Teil 2 B. II.

⁵⁴ *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen (2016), S. 91.

⁵⁵ *Ebers*, MMR 2018, 423, 423; *Mik*, Law, Innovation and Technology 2016 Vol. 8, 1 ff.; *Zardiashvili*, The Ends of Online Behavioral Advertising in the EU (2024), S. 161; ähnlich *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32, 50 („Potenzielle Erosion der Privatautonomie“); *Dornis*, GRUR 2024, 20, 27 („Auflösung der Privatautonomie“); *Grapentin*, NJW 2019, 181, 182 („Erosion der Vertragsgestaltungsmacht“); in diese Richtung bereits *Zarsky*, Yale Journal of Law & Technology 2002–2003, 1, 35 („autonomy trap“).

tenfalls der „Death of Contracts“.⁵⁶ Verwiesen wird auf eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staats, die Privatautonomie vor den Auswirkungen einer manipulativen Online-Entscheidungsgebung zu schützen.⁵⁷

Vor diesem Hintergrund stellen sich die zentralen Fragen der vorliegenden Untersuchung:

Bietet das geltende Zivilrecht ausreichend Schutz vor unerwünschten Verträgen, die durch eine personalisierte Vertragsanbahnung verursacht werden? Oder ist ein Eingriff des Gesetzgebers erforderlich, um die Privatautonomie von Konsumenten in einer zunehmend digitalisierten und datengetriebenen Welt zu wahren?

⁵⁶ Dornis, ZfPW 2022, 310, 315; grundlegend zur Death of Contract-Doktrin *Gilmore*, The Death of Contract (1974); dazu *Weller*, Vertragstreue (2009), S. 561 ff.

⁵⁷ *Graf von Westphalen*, ZIP 2020, 437, 445; *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen (2016), S. 94; für die unten in Teil 1 C. IV. näher ausgeführten sog. Dark Patterns ebenso *Weinzierl* NVwZ-Extra 15/2020, 1, 3 ff.; eingehend *ders.*, Dark Patterns (2024), S. 139 ff.; ferner *Martini et al.*, ZfDR 2021, 47, 54.

A. Stand der Forschung und Zielsetzung

Rechtsfragen einer personalisierten Vertragsanbahnung sind nur der Ausschnitt eines umfassenderen Diskurses über die zivil- und öffentlich-rechtliche Regulierung von Sachverhalten, bei denen BDAI eine tragende Rolle spielt.⁵⁸ Als Querschnittsmaterie berührt die rechtliche Zulässigkeit der personalisierten Vertragsanbahnung eine Vielzahl an Rechtsgebieten, die sich teilweise überschneiden, in einer wechselseitiger Beziehung zueinander stehen und im Zusammenspiel einen umfassenden Rechtsgüterschutz gewähren sollen.⁵⁹ Neben dem Datenschutz-, Wettbewerbs- und Verbraucherschutzrecht sind auch eine Reihe von Rechtsakten betroffen, die der europäische Gesetzgeber im Rahmen seiner sog. europäischen Digitalstrategie⁶⁰ erlassen hat.⁶¹

Die bisherige Forschung hat sich vor allem mit der datenschutzrechtliche Zulässigkeit der für eine Personalisierung erforderlichen Datenerhebung und -analyse beschäftigt.⁶² Untersucht wurden darüber hinaus lauterkeits-,⁶³ kartell-⁶⁴ und diskriminierungsrecht-

⁵⁸ Ähnlich *Sommer*, Haftung für autonome Systeme (2020), S. 28.

⁵⁹ Sog. „Holistic Approach“, vgl. *Wachter*, Berkeley Technology Law Journal 2020 Vol. 35, 367, 418; *Koolen*, European Review of Private Law 2023, 427, 435 Rn. 17 f., 441 Rn. 28 ff., 446 Rn. 36, siehe auch *Graef*, CML Rev. 2021 Vol. 58, 471, 478 f.

⁶⁰ Hierzu zählen etwa die P2B-Verordnung, der DSA der Digital Markets Act, der Data Governance Act, der Data Act und die KI-Verordnung, vgl. *Ruscheimer*, ZG 2023, 337 ff. sowie die Übersicht bei *Pfeiffer/Helmke*, ZD-Aktuell 2023, 01125.

⁶¹ Zu den von einer personalisierten Vertragsanbahnung betroffenen Rechtsgebieten *Henemann*, AcP 219 (2019), 818, 829 Fn.54 unter Verweis auf *Europäische Kommission*, Personalised pricing/offers in the EU (2018), Annex 2, S. 205 ff.; vgl. auch *Zardiashvili*, The Ends of Online Behavioral Advertising in the EU (2024), S. 146.

⁶² *Wenhold*, Nutzerprofilbildung (2018), S. 214 ff.; *Lorentz*, Profiling (2020), S. 155 ff.; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017 Vol. 40, 347 ff.; *Steppe*, Computer Law & Security Review 2017 Vol. 33, 768 ff.; *Kelber/Leopold*, in: Spiecker gen. Döhmman/Westland/Campos, Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert (2022), 149, 166 ff.; *Galli*, in: Ebers/Gamito, Algorithmic Governance (2021), S. 109, 112 ff.; *Wachter*, Berkeley Technology Law Journal 2020 Vol. 35, 367, 380 ff.

⁶³ *Gyarmati-Buchmüller*, Neuromarketing (2019), S. 214 ff.; *Laux/Wachter/Mittelstadt*, CML Rev. 2021 Vol. 58, 719, 722 ff.; *Galli*, in: Ebers/Gamito, Algorithmic Governance (2021), S. 109, 121 ff.

⁶⁴ *Owens*, in: Custers/Fosch-Villaronga, Law and Artificial Intelligence (2022), S. 395 ff.; *Graef*, CML Rev. 2021 Vol. 58, 471, 475 ff.; *Zardiashvili*, The Ends of Online Behavioral Advertising in the EU (2024), S. 156 ff.; *Möller/Uphues*, in: Hoeren, Phänomene des Big-Data-Zeitalters (2019), S. 21, 33 f.; *Paal*, ZRP 2/2015, 34 ff.; *Paal*, GRUR 2019, 43, 47 ff.; *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 548 f.; *Botta/Wiedemann*, European Journal of Law and Economics 2020 Vol. 50, 381 ff.; *Kolany-Raiser et al.*, Big Data: gesellschaftliche Herausforderungen und rechtliche Lösungen (2019), S. 167, 208 ff.; *Haucap*, in: Kenning/Oehler/Reisch, Verbraucherwissenschaften, 2. Aufl. 2021, S. 423 ff.; *Townley/Morrison/Yeung*, Yearbook of European Law 2017 Vol. 36, 683 ff.; *Economides*/

liche⁶⁵ Implikationen einer personalisierten Ansprache.⁶⁶ Inwieweit eine personalisierte (Online-)Entscheidungsumgebung mit der Selbstbestimmung von Nutzern in einen Konflikt geraten kann, wurde zunächst auf der Basis (rechts-)philosophischer Autonomiekonzeptionen beleuchtet.⁶⁷ In letzter Zeit ist verstärkt die Frage nach den Gefahren für die Privatautonomie in den Fokus gerückt.⁶⁸ Verwiesen wurde auf wirtschaftswissenschaftliche Literatur, die untersucht, wie Unternehmen verhaltensökonomische Erkenntnisse ausnutzen, um potenzielle Vertragspartner durch manipulative Praktiken zu sog. ausbeuterischen Verträgen („Exploitative Contracts“⁶⁹) zu verleiten.⁷⁰ Unter Berücksichtigung der Dimension, die solche Praktiken durch BDAI erlangen, haben sich

Lianos, Journal of Competition Law and Economics 2021 Vol. 17, 765 ff.; *Andreas*, Die Haftung für Kartellverstöße durch Preisalgorithmen (2022), passim.

⁶⁵ *Rützel*, Algorithmische Preisdiskriminierung (2023), S. 43 ff.; *Müller*, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/Rostalski, Künstliche Intelligenz (2022), S. 205 ff.; *Wachter*, Berkeley Technology Law Journal 2020 Vol. 35, 367, 385 ff.; *Lauscher/Legner*, ZfDR 2022, 367, 373 ff.; *Zurth AcP* 221 (2021), 515, 536 ff.; *Gerards/Zuiderveen Borgesius*, Colorado Technology Law Journal 2022 Vol. 20, 1 ff.; grundlegender zur Diskriminierung durch Algorithmen aus rechtlicher Sicht *Ernst*, JZ 2017, 1026, 1032 ff.; *Martini*, Black Box Algorithmus (2019), S. 47 ff., 73 ff.; *Wischmeyer*, AöR 143 (2018), 1, 26 ff.; im arbeitsrechtlichen Kontext *Kullmann*, in: Beyer et al., Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, S. 227 ff.; zu dem einer Diskriminierung zugrundeliegenden sog. Algorithmic Bias *Kment/Borchert*, KI und Algorithmen (2022), S. 56 ff.; *Wägener*, KI im Marketing, 2. Aufl. 2023, S. 163 f.; *Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz*, BT-Drucks. 19/23700, S. 60 ff.

⁶⁶ Zu einer rechtsgebietsübergreifenden Untersuchung personalisierter Preise *Rützel*, Preisdiskriminierung (2023), S. 43 ff.; zu einer lauterkeits- und datenschutzrechtlichen Untersuchung personalisierter Preise *Hidar*, Smarte Preisgestaltung, S. 257 ff.; vgl. auch *Prange*, WRP 2024, 151, 155 Rn. 42 ff.

⁶⁷ *Grafanaki*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 2017 Vol. 27, 803, 810 ff.; *Susser/Roessler/Nissenbaum*, Georgetown Law Technology Review 2019 Vol. 4, 1, 34 ff.; *dies.*, Internet Policy Review 2019 Vol. 8 Issue 2, S. 1 ff.; *Willis*, Harvard Journal of Law & Technology 2020 Vol. 34, 115 ff.; *Mik*, Law, Innovation and Technology 2016 Vol. 8, 1 ff.; *Zarsky*, Theoretical Inquires in Law 2019 Vol. 20, 157, 173 f.; *ders.*, in: Strandburg/Raicu, Privacy and Technologies of Identity (2006), S. 209 ff.; *ders.*, Yale Journal of Law & Technology 2002–2003, 1, 35 ff.; *Nys/Engelen*, in: Jongepiet/Klenk, Philosophy of Online Manipulation (2022), S. 134, 143 ff.; vgl. auch *Weinzierl*, Dark Patterns (2024), S. 35 ff.

⁶⁸ Zum Verhältnis zwischen philosophischen Autonomiekonzeptionen und der Privatautonomie unten Teil 2 C. I. 2. c).

⁶⁹ Grundlegend *Bigwood*, Exploitative Contracts (2003), passim.

⁷⁰ Dazu insbesondere *Eliaz/Spiegler*, Review of Economic Studies 2006 Vol. 73, 689 ff.; *Spiegler*, Bounded Rationality and Industrial Organisation, (2011), passim; *Köszegi*, Journal of Economic Literature 2014 Vol. 52, 1075 ff.; *Grubb*, Review of Industrial Organization 2015 Vol. 47, 247 ff.; *ders.*, Journal of Economic Perspectives 2015 Vol. 29, 9 ff.

insbesondere *Hacker*,⁷¹ *Ebers*,⁷² *Wagner/Eigenmüller*,⁷³ *Schäfers*,⁷⁴ *Dornis*,⁷⁵ *Meier*⁷⁶ und *Linderkamp*⁷⁷ mit der Thematik auseinandergesetzt.⁷⁸ Hervorzuheben ist ferner die Untersuchung von *Thornton*, die sich mit der Echtzeitanalyse von „Gehirndaten“⁷⁹ und den Auswirkungen eines darauf beruhenden „neuronalen Targetings“ auf die Privatautonomie befasst hat.⁸⁰

Die vorliegende Arbeit baut auf den bestehenden Erkenntnissen der Literatur auf, hinterfragt diese kritisch und entwickelt sie weiter. Der Fokus liegt auf der im Anwendungsbereich des deutschen Rechts⁸¹ bislang wenig eingehend analysierten Frage, inwieweit eine personalisierte Vertragsanbahnung vor allem *im Online-Handel* eine Gefahr für die Privatautonomie darstellt. Nur unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten dieses Bereichs lässt sich beurteilen, ob das geltende Recht angemessene und praxistaugliche Schutzmechanismen bereithält oder ob ein legislativer Handlungsbedarf besteht.

Die Ziele der Arbeit lassen sich somit präzisieren: Zunächst geht es um eine umfassende Analyse des Manipulationspotenzials einer personalisierten Vertragsanbahnung im Online-Handel. Darauf aufbauend sollen interessengerechte Regelungsansätze zur Sicherung der „digitalen Privatautonomie“⁸² identifiziert werden.

⁷¹ *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität (2017), passim; *ders.*, in: Leyens/Eisenberger/Niemann, Smart Regulation (2021), S. 25 ff.; *ders.*, in: Faust/Schäfer, Probleme des Internet und der künstlichen Intelligenz (2019), S. 87 ff.; *ders.*, IDPL 2017 Vol. 7, 266 ff.; *ders.*, in: Busch/De Franceschi, Algorithmic Regulation (2021), S. 241, 252 Rn. 39 ff.

⁷² *Ebers*, MMR 2018, 423 ff.

⁷³ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220 ff.

⁷⁴ *Schäfers*, AcP 221 (2021), 32 ff.

⁷⁵ *Dornis*, ZfPW 2022, 310 ff.

⁷⁶ *Meier*, Täuschung und Manipulation (2022), S. 312 ff.

⁷⁷ *Linderkamp*, Personalisierte Preise (2023).

⁷⁸ Zu den Auswirkungen von (personalisierten) Empfehlungssystemen auf die (Privat-)Autonomie ferner *Grisse*, in: Genovesi/Kaesling/Robbins, Recommender Systems (2023), S. 101 ff.; zu weiteren möglichen Beeinträchtigung der Privatautonomie beim Einsatz von KI *Grinzing*, in: Beyer et al., Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, S. 151, 162 f., 171 ff.; zu einer verfassungsrechtlichen Untersuchung des Ausnutzens von Rationalitätsdefiziten *Weinzierl*, Dark Patterns (2024), passim; grundlegend zur personalisierten Vertragsanbahnung *Hennemann*, AcP 219 (2019), 818 ff, der sich jedoch explizit nicht mit dem Einsatz von technischen Mitteln befasst, die sich gegenüber potenziellen Kunden verhaltensökonomische Erkenntnisse zunutze machen, vgl. *ders.*, AcP 219 (2019), 818, 822, Fn. 11; aus der betriebswirtschaftlichen Literatur zum Manipulationspotenzial von KI im Marketing *Pade*, Moral und künstliche Intelligenz im Marketing (2024), passim.

⁷⁹ Dazu Teil 1 B. III. 1 a) dd).

⁸⁰ *Thornton*, Verhaltenssteuerung durch Brain-Computer-Interfaces (2024).

⁸¹ Aus EU-rechtlicher Sicht *Zardiashivili*, The Ends of Online Behavioral Advertising in the EU (2024), passim; *Galli*, Algorithmic Marketing (2022), passim; *ders.*, in: Ebers/Gamito, Algorithmic Governance (2021), S. 109 ff.; *Clifford*, The Legal Limits of the Monetisation of Online Emotions (2019), passim.

⁸² Zum Begriff Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Grünbuch digitale Plattformen (2016), S. 51 ff.

Sachregister

- Ad Morphing 88
- Ad Networks 35
 - Werbenetzwerk 35–41, 145, 162–163
- Adblocker 243
- Adverse Selektion 248
- Affektheuristik 74–76, 266
- Aggressive Geschäftspraktiken 184–186
- Anfechtung 211–215, 275, 279–283, 287
- Ankereffekt 78, 235, 294
- Ausnutzung beschränkter Rationalität 121, 205–206, 234, 262
- Automatic Decision Making 40
- Aversion gegen Extreme 78

- Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit 109, 120, 135, 190–191, 203, 206, 210, 237
 - endogene Beeinträchtigung 120–121
 - exogene Beeinträchtigung 121–124
- Behavioral Contract Theory 11, 82–84, 86
- Behavioral Law and Economics 67
- Behavioral Market Failure 248–249
- Beschränkte Rationalität 69, 82–83, 86, 92, 94, 125, 207, 234, 236–237, 248, 272, 286, 293, 302, 317, 323
- Bestätigungsvorbehalt 300–301
- Beweislastumkehr 306–307, 318
- Biased Consumer 192
- Big Data 2, 17–19, 84, 87, 121, 146, 149, 155, 237, 239–241, 292
- Big Five 33
- Black Box 23, 26, 306–310
- bounded willpower 69, 81
- Bürgerliches Recht 200–207

- Cambridge Analytica 3
- Culpa in Contrahendo 211, 213, 216, 227–234, 237, 256, 267, 280, 283, 302, 322–324

- Dark Patterns 47, 51–54, 123, 178
- Data Broker 39–41
- Data Driven Advertising 25, 91, 261
- Data Driven Exploitative Advertising 87–92, 94, 98, 113, 122–123, 125, 128, 142, 164, 166, 169, 172, 174–175, 177, 181–184, 190, 197–198, 200, 205–206, 210, 213, 228–231, 234, 237–239, 241, 246–247, 256, 260, 265, 286, 294, 296, 306, 321–323
- Data Driven Exploitative Contract 85, 237
- Data Mining 22, 146
- Data-Management-Plattformen 38–39
- Datenanalyse 3, 19, 22–24, 30, 32, 39, 47–50, 85, 138, 146, 156, 180, 184, 187, 268, 287, 290, 314
- Datenschutzrecht 8, 11, 51, 137–149, 154, 166, 173–177, 180, 187–188, 217–219, 259, 290, 321–322
- Debiasing 254–255, 287–299
- Deliktsrecht 217–224, 323
- Digital Services Act 12, 157, 177
- Direktwerbung 47–49, 166
- Druck 60, 122, 123, 178, 184–186, 233–234
- Durchschnittsverbraucher 191–193

- Eigenverantwortung 151, 237, 289, 301
- Einflussnahme 56, 113–115, 119–120, 123–124, 137, 149, 165, 176–177, 185, 191, 229–231, 234–236, 238–239, 246, 250, 255–256, 296, 321–322
- Einwilligung 137–149, 166, 177, 179, 217, 260, 290, 321
- Emotional Targeting 33–34, 89, 93, 161, 170, 181, 293, 315
- Emotionserkennungssystem 93, 170, 172
- Empfehlungssysteme 28, 158, 161, 259
- Empirie 91–97
 - Debiasing-Empirie 293–296, 298–299
- Entscheidungsanomalien 70, 78–80

- Entscheidungsfreiheit 52, 66, 105–106,
108–114, 116, 118, 120–121, 123–125,
130, 133, 135–137, 143–144, 149, 154,
163–164, 172, 189–193, 195, 202–208,
210–211, 213, 217, 219, 226–232, 234,
236–238, 249, 253, 256, 264, 266, 268,
272, 278, 291, 321–322, 325
- Entscheidungsgrundlage 111, 113, 118–
119, 122–123, 184, 190, 311, 319
- Entscheidungsprozess 66, 111, 112, 113,
119, 120, 123, 124, 125, 126, 130, 171,
184, 187, 213, 241, 244, 249, 309, 313,
319, 321
- KI-Entscheidungsprozess 307
- Entscheidungsumgebung 7, 9, 52, 54, 240,
259, 321–322
- Erhebliche Willensschwäche 203
- Erhebliches Rationalitätsdefizit 235–236
- Expected Utility Theory 66, 70, 80
- Explainable Artificial Intelligence 309, 310
- Exploitative Advertising 86–92, 94, 97–98,
113, 122–123, 125, 128, 142, 164, 166,
169, 172, 174–175, 177, 181–184, 190,
197–198, 200, 205–206, 210, 213, 225,
228–231, 234, 237–239, 241, 246–247,
256, 260, 265, 286, 294, 296, 306,
321–323
- Exploitative Contracting 84–85
- Fairness by Design 296
- Framinganomalie 79–80, 148, 294
- Freiwilligkeit 144–145
- Gebot des fairen Verhandelns 231–234,
237, 251
- Gefährdungshaftung 217, 223–224,
262–263, 307
- Geschäftsunfähigkeit 113, 201–202, 298
- Gestörte Vertragsparität 105–110
- Hinweispflichten 164–169, 255, 283, 287,
296
- Homo Oeconomicus 61–67, 80, 81, 152,
191–193
- Impulskauf 34, 75, 239
- Information Overload 152–153, 167, 255,
267–268, 291, 296, 323
- Informationsasymmetrie 121, 166, 168,
245, 316
- Informationsmodell 150–154, 164, 190,
207
- Informationspflichten 103, 111, 130, 137,
150, 154, 157–158, 172, 189, 192, 196,
208, 212, 293, 297, 322
- Informiertheit 144–147
- Internet of Things 20
- Irreführung 111, 188–189, 190, 196, 322
- Kalkulationsirrtum 273–289
- KI-Systeme 1–2, 4, 25, 45–46, 88–89,
169–172, 183, 188, 196–199, 221–223,
263, 287, 294, 302, 306–308, 311, 313,
315, 318–319, 323
- KI-Verordnung 11, 169–172, 196–200
- Lauterkeitsrecht 11, 111, 183, 188–189,
191, 194–195, 199, 224–227, 295, 297,
322
- Mangel an Urteilsvermögen 202–204
- Manipulation 3, 10, 53, 91, 115, 119–120,
123–125, 137, 149, 162, 178, 213,
233–234, 239, 241–242, 255, 260, 265,
288, 322
- Marketing-Mix 18, 26, 88
- Maschinelles Lernen 23, 25, 46
- Microtargeting 3, 160, 267
- Mitverschulden 302–303, 324
- Moral Hazard 268
- Motivirrtum 272–274, 277, 281, 284–285,
290, 304, 323
- Nano-Targeting 3
- Non Exploitation by Design 296
- Nudging 51–54, 125, 178
- Online Behavioural Targeting
- Online-Handel 10–12, 14, 16, 54, 168,
209, 255, 259, 322
- Online-Manipulation 124, 149
- Opt-in-Modell 259, 300–302
- Persönlichkeitsprofil 24, 88
- Pflicht zur Abstandnahme 283, 287, 299
- Pflichtverletzung 210, 216, 229, 235–236,
251, 254–255, 294, 296, 303

- Predictive Behavioural Targeting 31–32
 Preispersonalisierung 43–46, 96, 156, 166–167, 174
 Privacy Paradox 148
 Privatautonomie 6–7, 9–12, 54, 56, 59, 94, 97–100, 103–106, 113–114, 116–118, 120, 123–124, 126, 129–132, 134, 137, 142–144, 149, 151, 164, 169, 172, 177, 210–211, 218, 224, 229, 236, 255–256, 278, 288, 290, 294, 300–301, 321, 323, 325
 Profilerstellung 22–24, 48, 243
 Profiling 47–49, 92, 140, 155, 160, 175, 179–182, 259, 310
 Psychological Targeting 32–33
 Publisher 34–41, 159, 162

 Rational Choice Theory 62–66, 68, 78, 86, 191
 Rationalitätsasymmetrie 122, 220, 254, 294
 Real-Time-Bidding 39, 159, 162, 321
 Recht auf Nichtpersonalisierung 259–260
 Reuerecht 268, 303
 Right to Explain 314–316
 Rücktritt 210–211

 Safe-Harbour-Vermutungsregel 318–320
 Schadensersatz 215–255
 Schutzbedürftigkeit 133, 188, 193–196, 267, 296–297
 Schutzinstrument 11, 130, 137, 142–144, 147, 149, 177, 204, 208, 210, 218, 226, 228, 245–246, 267, 290, 296–297, 321–323
 Schwarze Liste 261
 Scoring 47, 49–50
 Sekundäre Darlegungslast 307–320, 324
 Selbst(-daten)schutz 241–246
 Selbstbestimmung 9, 57–58, 98–111, 118, 130–133, 135, 142, 144, 150, 153–154, 166, 168, 207, 210, 212, 223, 229, 265–266, 294
 Selbstverantwortung 129, 135–136, 191, 230, 238, 259, 273, 297, 302
 Sittenwidrigkeit 200, 202–207, 219–222

 Täuschung 52, 60, 82, 101, 115, 122–123, 178, 212

 Übermaßverbot 129–130, 133, 233, 265
 Überoptimismus 76, 83, 85, 235, 294
 Überrumpelung 230–234, 264
 Undue Influence
 – Algorithmic Undue Influence 184
 Unerwünschter Vertrag 57–58, 198
 Untermaßverbot 132, 134, 164,
 Unternehmerische Sorgfalt 184, 186–196
 Urteilsfehler 69–76, 288

 Verbote 130, 137, 173–207, 322
 Verbraucherleitbild 191–196
 Verbrauchervertragsrecht 154, 164–169, 172
 Vergleichsportale 95, 245–246
 Verhaltensökonomik 11, 67–69, 86, 147, 325
 Vertragliches Widerrufsrecht 302, 319
 Vertragsabschlussschaden 203, 215
 Vertragsfreiheit 98–105, 107, 129–130, 133, 190, 200, 233, 246, 255, 261, 265, 267, 296, 298, 300–302, 325
 Vertragsparität 105–110, 132, 210
 Vertrauensschutz 129, 135–136, 273
 Vulnerabilität 196

 Warnhinweis 291–292, 294, 297, 323
 Website Morphing 88
 Werbearchiv 314, 316–317
 Werbung 3–5, 26–28, 30–31, 34, 37–39, 41, 43, 46–50, 86–88, 90–92, 94, 125, 136, 139–140, 155, 158–160, 162–163, 166, 174–176, 178–183, 199, 233, 235, 239–241, 243, 247, 265, 305, 314, 317, 321–322
 Wesentliche Beeinträchtigung 238
 Wettbewerbsdruck 248
 Widerrufsrecht 103, 112, 208–210, 229, 256, 258, 264–270, 299–303, 319, 322–325
 Willensbildung 3–4, 56, 59–60, 62, 66–67, 69, 74 76, 78, 80, 82, 91, 100–101, 104, 113, 118, 120, 125–126, 136, 149, 191, 204, 209, 212–214, 239, 256, 265, 272, 278, 281, 285–286, 289–290, 321
 – Defekte 56–57, 59–82
 – exogene Willensstörung 60
 – endogene Willensstörung 60

 Zwang 52, 82, 119–120, 185