

Friedrich Graf von Westphalen^{*)}

Verzweifelte Suche nach der verlorenen Vertragsfreiheit

Randnotizen zur Richtlinie 2019/770/EU

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl 2019 L 136, S. 1) hat in ihrem Art. 3 Abs. 2 einen Meilenstein gesetzt: Die Richtlinie ist nämlich auch dann anwendbar, wenn der Unternehmer dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt „und der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt“. Damit sind die personenbezogenen Daten als neue Währung und als vertragliche Gegenleistung des Verbrauchers gesetzlich anerkannt. Doch die sich dahinter verbergende – entscheidende – Frage zielt darauf ab, ob es sich bei diesen milliardenfach weit verbreiteten „Geschäftsmodellen“ (Facebook, Google, Twitter etc.) in der Tat noch um einen rechtsgeschäftlich begründbaren (unwirksamen) Vertrag auf Seiten des Verbrauchers handelt. Oder – das wäre die Antithese – liegt in Wirklichkeit nur noch ein technischer Vorgang vor, an dessen Vollzug die europäische und nach Umsetzung der Richtlinie eben auch die nationale Rechtsordnung gleichwohl Rechtsfolgen knüpft, die jedoch nach bisherigem Verständnis dem Regime eines Vertrags vorbehalten sind?

I. Eingrenzung der Fragestellung – Erwägungsgründe der Richtlinie

Mit Recht stellt der Europäische Gesetzgeber im Rahmen der Erwägungsgründe für diese Richtlinie heraus, dass diese „Geschäftsmodelle“,¹⁾ bei denen der Verbraucher nicht mit Euro, sondern mit der Hergabe seiner personenbezogenen Daten „bezahlt“, „einen erheblichen Teil des Marktes“ ausmachen, auf dem Unternehmen digitale Inhalte oder digitale Dienste zur Nutzung bereit stellen. Doch sogleich formuliert er einen weitreichenden Vorbehalt: „Obwohl in vollem Umfang anerkannt wird, dass der Schutz personenbezogener Daten ein Grundrecht ist und daher personenbezogene Daten nicht als Ware betrachtet werden können, sollte mit dieser Richtlinie

sichergestellt werden, dass die Verbraucher im Zusammenhang mit solchen Geschäftsmodellen Anspruch auf vertragliche Rechtsbehelfe haben.“²⁾ Deren Erfassung und Neugestaltung im nationalen Recht stehen also im Vordergrund des Schutzzwecks dieser Richtlinie. Die einen sehen darin einen „Meilenstein“ des europäischen Vertragsrechts;³⁾ andere sind da skeptischer.⁴⁾ Wieder andere stellen die Frage, ob diese Richtlinie – gekoppelt mit der kaufrechtlichen RL 2019/771 – fit für den Binnenmarkt ist.⁵⁾ Allerdings besteht Einvernehmen darüber, dass der durch die DSGVO bewirkte Schutz der personenbezogenen Daten des Nutzers unangetastet bleiben soll, wenn diese als Gegenleistung des Verbrauchers dienen.⁶⁾

Der Richtliniengeber will allerdings im Sinn eines hohen Schutzniveaus zugunsten des Verbrauchers erreichen,⁷⁾ dass diese Richtlinie „für alle Verträge gelten (sollte),⁸⁾ auf deren Grundlage ein Verbraucher einem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt oder deren Bereitstellung zusagt.“⁹⁾ Das schließt in vollem Umfang auch die „Geschäftsmodelle“ ein,¹⁰⁾ die da-

^{*)} Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln

1) ABl 2019 L 136, S. 1 – Erwägungsgrund Nr. 24.

2) ABl 2019 L 136, S. 1 – Erwägungsgrund Nr. 24.

3) Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 664.

4) Bach, NJW 2019, 1705, 1711.

5) Wendehorst, in: Wendehorst/Zöchling-Jud, Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt?, 2019, S. 45 ff.

6) Erwägungsgründe 24 f., 37 ff.; hierzu auch Staudenmayer, NJW 2019, 2497, 2498, der insoweit eine Ambiguität im Gesetzgebungsverfahren offenlegt: „Die Klarstellung, dass die Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) weiterhin auf persönliche Daten Anwendung findet und die Zahl und Länge der einschlägigen Erwägungsgründe ist als Kompromissergebnis dieser Diskussion zu verstehen. Die jeweiligen Formulierungen tun ihr Möglichstes, nicht zu erwähnen, dass Daten als Gegenleistung für digitalen Inhalt gegeben werden, können aber nicht verbergen, dass es in der Praxis genauso ist.“

7) Hierzu auch Staudenmayer, ZEuP 2019, 663, 666: Förderung des Binnenmarkts und des Verbraucherschutzes; vgl. Erwägungsgründe Nr. 1 – 8.

8) Hierzu Metzger, JZ 2019, 577 – neuer Vertragstypus für das deutsche Recht, da in der Richtlinie offengelassen.

9) ABl 2019 L 136, S. 1 – Erwägungsgrund Nr. 24.

10) Spindler/Sein, MMR 2019, 415, 418.

durch geprägt sind, dass personenbezogene Daten vom Unternehmer verarbeitet und zu „Marketingzwecken“ genutzt werden.¹¹⁾ Darin liegt, ob man dies zugeben oder verschämt verneinen will, eine neue Art des Entgelts.¹²⁾

Fast ein wenig verschämt stellt dann der Europäische Gesetzgeber im nachfolgenden Satz fest: „Den Mitgliedstaaten sollte es jedoch weiterhin freistehen, festzustellen, ob die Anforderungen für das Zustandekommen, das Bestehen und die Gültigkeit eines Vertrags nach nationalem Recht erfüllt sind.“¹³⁾ Dieser ausdrückliche Vorbehalt deckt sich mit dem an einer früheren Stelle unterbreiteten Befund, dass nämlich die RL 2019/770 nur sektoral und daher begrenzt „bestimmte“ Aspekte von Verträgen in den Blick nimmt, in denen dem Verbraucher digitale Inhalte oder digitale Dienste bereitgestellt werden. Deshalb ist zu lesen: „Diese Richtlinie sollte nationale Rechtsvorschriften unberührt lassen, soweit die betreffenden Angelegenheiten nicht durch diese Richtlinie geregelt sind, wie beispielsweise nationale Vorschriften über das Zustandekommen, die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Wirkungen von Verträgen oder über die Rechtmäßigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung.“¹⁴⁾

Es geht also genau darum, diese von der RL 2019/770 nicht erfassten Bereiche auf Basis des nationalen Rechts näher unter die Lupe zu nehmen. Liegen also die elementaren Voraussetzungen eines rechtsgeschäftlich begründeten Vertrags i. S. v. § 311 Abs. 1 BGB immer noch vor, wenn der Verbraucher sich millionenfach bereit erklärt, gegen die ihm kostenlos zur Verfügung gestellten digitalen Dienste – Google, Facebook etc. – seine personenbezogenen Daten vor allem auch zu „Marketingzwecken“ hinzugeben?

Dabei ist schon im Ansatz so viel klar: Bejaht man diese Frage, dann ist die Feststellung der Gesetzgebers, personenbezogene Daten seien besonders schutzwürdig und auch schutzbedürftig und deshalb „nicht als Ware“ zu qualifizieren,¹⁵⁾ kaum mehr als ein recht billiges Lippenbekenntnis. Denn der dem Verbraucher im Rahmen dieser Richtlinie zugesagte Rechtsschutz gegenüber dem Unternehmer, vor allem im Rahmen einer Vertragswidrigkeit digitaler Inhalte oder Dienste beherrscht die Szene mit sanfter Ausschließlichkeit.¹⁶⁾ Die Pflicht zur Vollharmonisierung fordert eben ihren Tribut: Die bisherige Spezialliteratur zur RL 2019/770 hat sich daher – soweit erkennbar – noch nicht dem Thema gewidmet, ob denn der in den herkömmlichen Kategorien der Privatautonomie zu denkende Vertrag auf Seiten des Verbrauchers noch Bestand haben kann, weil dieser ja bedenkenlos seine personenbezogenen Daten (Fotos jeder Art, E-Mail-Adresse, Geburts- und Fitnessdaten etc.) den einschlägigen Plattformen auf Dauer überantwortet.¹⁷⁾

II. Blick über den Tellerrand

1. Kundige Dritte

1.1 Fragestellung

Im Blick auf das hier zu vertiefende Thema, ob denn die zwischen dem Verbraucher und den sozialen Medien geschlossenen Verträge in der Tat noch auf dem Fundament der tradierten Vertragsfreiheit und damit auch auf dem Sockel der Privatautonomie gem. §§ 145 ff. BGB wirksam aufrufen,¹⁸⁾ emp-

fehlt es sich, die hier zu unterbreitenden Gedanken praktisch aus einer Außensicht zu beleuchten. In einem ersten Schritt sollen daher bei denjenigen Stimmen Anleihen platziert werden, die nicht juristisch argumentieren, aber als hinreichend kundig in der Beurteilung der Risiken von Big Data ausgewiesen sind. Sie loben nämlich die Segnungen der Digitalisierung nur in sehr begrenztem Maß, adressieren aber dafür die uns drohenden Risiken und auch die Gefährdungen für unsere bürgerliche Freiheit desto scharfsinniger. Erst später sollen dann juristische Stimmen zu Wort kommen und Schlussfolgerungen Schritt um Schritt ausgebreitet werden.

1.2 Jaron Lanier

Beginnen wir den Reigen mit *Jaron Lanier*, dem Träger des „Friedenspreises des Deutschen Buchhandels“ (2014). In seinem zeitgleich erschienen Buch „Wem gehört die Zukunft“ formuliert er bereits die wegweisende Wertungen für die sich abzeichnenden, aber vor allem auch für die vielfältigen, bereits eingetretenen Gefahren für unsere Freiheit: „Du bist nicht der Kunde der Internetkonzerne,“ so lehrt er uns in einem weithin bekannten Merksatz, sondern: „Du bist ihr Produkt.“¹⁹⁾ Das ist fraglos eine radikale Absage an jegliche privatautonom zu verordnende Entscheidung des Verbrauchers. Sieht man durch die juristisch geschulte Brille, dann leuchtet hier deutlich grell die von *Günther Dürig* zu Art. 1 GG entwickelte „Objektformel“.²⁰⁾ Danach gilt nämlich: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“²¹⁾ Ob und inwieweit diese Beobachtung zutrifft, soll hier zunächst noch offen bleiben, wird aber später ins Visier genommen.

Doch offenbar war bereits einige Jahre später *Lanier* die mit dieser Wertung ausgesprochene Zustandsbeschreibung als Warnung an die Zeitgenossen nicht genug. Im Jahr 2018 veröffentlichte er seine zweite Streitschrift. Das „Handelsblatt“ nannte sie einen „Weckruf“.²²⁾ Darin forderte er nicht mehr, aber auch nicht weniger, als dass ein jeder Nutzer eines Social-Media-Accounts dieses „sofort“ und mindestens für einen Zeitraum von sechs Monaten „löschen“ soll. Eindringlich spricht er von der „Sucht“, der die Nutzer von Smartphones, Tablets

11) „Diese Richtlinie sollte gleichfalls Anwendung finden, wenn der Verbraucher seine Einwilligung erteilt, dass Material, das als personenbezogene Daten zu betrachten ist, wie z. B. Fotos oder Textbeiträge, die der Verbraucher ins Internet hochlädt, von einem Unternehmer zu Marketingzwecken verarbeitet werden darf“ – Nr. 24.

12) *Langbanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218; *Wendeborst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3750; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 418.

13) Fußn. 9 – Erwägungsgrund Nr. 24 a. E.

14) Fußn. 9 – Erwägungsgrund Nr. 12.

15) Fußn. 9 – Erwägungsgrund Nr. 24.

16) Aus der Fülle der Literatur exemplarisch *Carvalho*, EuCML 2019, 194; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889; *Schulze*, ZEuP 2019, 695; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488; *Helmig*, IWRZ 2019, 200.

17) Hierzu auch *Schmidt-Kessel*, in: De Franceschi/Schulze, Digital Revolution – New Challenges for Law, 2019, S. 75, 80 ff.

18) Mit ersten Überlegungen in diese Richtung vgl. *Graf von Westphalen*, in: De Franceschi/Schulze, Digital Revolution – New Challenges for Law, 2019, S. 99 ff.

19) *Lanier*, Wem gehört die Zukunft?, 6. Aufl., 2014.

20) Hierzu *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, 88. EL, 2019, Art. 1 Rz. 36.

21) Voraufage von Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rz. 28, zit. nach *Herdegen* (Fußn. 20).

22) *Lanier*, Zehn Gründe, warum du deine Social Media Accounts sofort löschen musst, 2018.

und Internet Tag für Tag oft über sehr lange Stunden anheimfallen. Unverblümt nennt er die Nutzer „Zombies“, die „keinen freien Willen“ mehr haben.²³⁾ Das Buch endet in seinem vorletzten Kapitel mit der mehr als nachdenklich stimmenden Aufforderung: „Was auch immer ein Mensch ist – wenn du einer sein willst, dann lösche deine Nutzerkonten.“²⁴⁾

1.3 „Reclaim Autonomy“

Dahinter steht für Lanier eine „unsichtbare Manipulation“²⁵⁾, durch die Internetgiganten des Silicon Valleys verübt, vor allem das Werk zahlloser „seelenloser Algorithmen“.²⁶⁾ Die Juristin und bekannte Schriftstellerin *Juli Zeh* zieht daraus schon früh und sehr hellsichtig ihre Schlussfolgerung: „Ziel des entfesselten Spiels ist eine algorithmische Einhegung des Menschen, welche die Berechenbarkeit von menschlichem Verhalten zur Folge hat.“²⁷⁾ Diese Aussage steigert der Sozialphilosoph *Harald Welzer* mit der überaus ernüchternden Feststellung: „Selbstentmündigung als Signatur der Epoche“ nennt er das hier zu beleuchtende Phänomen.²⁸⁾ Fast zeitgleich wirft der Publizist *Jacob Augstein* sein „j'accuse“ in die digitale Arena und fordert im Sinn der bürgerlichen Freiheit nicht mehr, aber auch nicht weniger als ein „Reclaim Autonomy“.²⁹⁾

Alle diese Befürchtungen um Bestand und Erhalt der privaten autonomen liberalen Freiheit basieren letztlich auf der Erkenntnis, dass im „Zeitalter des Überwachungskapitalismus“ unser künftiges Verhalten bei allen möglichen Entscheidungen des Alltags deswegen mit stupender Treffsicherheit vorausgesagt werden kann, weil die wahre Macht der Datensammler darin besteht, einen bedrohlichen Dreiklang ins Werk gesetzt zu haben: „Sie kennen dich! Sie haben dich! Sie steuern dich!“³⁰⁾ Hat man einmal erst genug personenbezogenen Daten – das ist das Fazit – dann „sprechen die Zahlen für sich selbst“.³¹⁾ In ihrem Regime herrscht, wie *Shoshana Zuboff*, Ökonomin und emeritierte Professorin der Harvard Business School, feststellt, „eine Diktatur der Optionslosigkeit“.³²⁾ *Yvonne Hofstetter*, Trägerin des Theodor-Heuss-Preises 2018 und ausgewiesene Expertin für Big Data, beschreibt dieses Phänomen ein wenig anders, aber kaum radikaler: „Im Informationskapitalismus werden unsere Daten nur zu einem Gewinn für denjenigen, der sich mit ihrer Hilfe ein genaues Bild von uns macht, um langfristig die Freiheit unseres Denkens und Fühlens abzuschaffen.“³³⁾

Nur höchst zögerlich, wenn denn überhaupt, lässt sich die Bange, an diese Sentenz unmittelbar anknüpfende Frage des Wissenschaftsjournalisten *Christoph Drösser* noch verneinen, ob wir denn nicht bereits „total berechenbar“ geworden sind.³⁴⁾ Denn immer geht es um die nachhaltige Beeinflussung des gegenwärtigen und auch des künftigen Verhaltens des Verbrauchers. Jahr für Jahr werden neue Produkte, neue „Dienste“ geschaffen, die das alleinige Ziel verfolgen, uns süchtig zu machen. Stets winken raffiniert ersonnene Belohnungssysteme. Die Nutzer erhaschen mit einem simplen Knopfdruck für sie das Geschenk blanker Nützlichkeit.³⁵⁾ Sie aber ist für die Nutzer Gewinn und Vergnügen in einem, fördert aber eine immer rasanter sich drehende Spirale,³⁶⁾ welche unsere Freiheit zerstört. Mit einem Wort: Es herrscht das „Kollektiv des Schwarms“.³⁷⁾ Sein Motor ist der „confirmation bias“, die durch Algorithmen

geförderte Sucht nach ständiger Bestätigung durch virtuelle Freunde und Follower.

1.4 Digitale Paranoia

Doch Hate Speech, Fake News, perfides Mobbing, Verrohung der Sprache und öffentliche Feindschaften („shitstorm“) sind die bekannten, aber auch beklagenswerten Folgen. Es sind dies die Kollateralschäden, gegen die sogar der Staat mit seinen traditionellen Machtmitteln bislang weithin wehrlos ist. *Jan Kablitzer*, Facharzt für Psychotherapie und Psychiatrie, der an der Charité in Berlin über das Internet und seine Auswirkungen auf die seelische Gesundheit forscht, spricht bereits von „digitaler Paranoia“.³⁸⁾ Das passt recht gut zu dem kaum zu widerlegenden Ausspruch von *Jaron Lanier*: „Social Media macht dich zum Arschloch!“³⁹⁾ Dahinter verbirgt sich aber auch eine „digital erzeugte gesellschaftliche Abstumpfung“.⁴⁰⁾ Fast ein wenig lakonisch bemerkt *Sascha Lobo* in seinem neuesten Buch „Realitätsschock“ zu dieser Entwicklung: „Die Täter sehen darin eine Art Unterhaltung“.⁴¹⁾

1.5 Technologischer Totalitarismus

Man kann diese Phänomene aber auch radikaler deuten und verfehlt damit kaum die zutreffende Analyse: „Technologischer Totalitarismus“ ist der Name, von dem der viel zu früh verstorbene Feuilleton-Chef der FAZ, *Frank Schirrmacher*, bereits 2015 fast prophetisch sprach,⁴²⁾ während der frühere Präsident des Europäischen Parlaments, *Martin Schulz*, der Auffassung ist, dass die immer rasanter um sich greifende Digitalisierung „unsere Gesellschaft und unser Denken in ihrer Gesamtheit revolutioniert“.⁴³⁾ Doch verantwortlich für diese neue, existentiell zu nennende Bedrohungslage für unser freiheitliches Denken und Handeln ist nicht – wie früher – der Staat, sondern der Markt, vor allem die Akteure im Silicon Valley⁴⁴⁾ mit ihrem „großen Weltverbesserungsexperiment“.⁴⁵⁾ Von ihnen aber geht die Bedrohungslage aus. Nimmt man auch das Phänomen der immer weiter perfektionierten Überwachung⁴⁶⁾ sowie das Risikopotential von Cyberwar⁴⁷⁾ und Cybersabo-

23) Lanier (Fußn. 23), S. 36.

24) Lanier (Fußn. 23), S. 196.

25) Eindringlich *O'Neil*, Angriff der Algorithmen, 2017.

26) Lanier (Fußn. 23), S. 37.

27) Zeh, in: Schirrmacher, Technologischer Totalitarismus, 2015, S. 22, 33.

28) Welzer, Smarte Diktatur – Der Angriff auf unsere Freiheit, 2016, S. 116.

29) Augstein, Reclaim Autonomy, 2017.

30) Höchst instruktiv *Morgenroth*, Sie kennen dich! Sie haben dich! Sie steuern dich!, 2016.

31) *Morgenroth* (Fußn. 30), S. 98.

32) *Zuboff*, Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, 2018, S. 291.

33) *Hofstetter*, Sie wissen alles, 2014, S. 15 f.

34) *Drösser*, Total berechenbar?, 2016.

35) *Eyal*, Hooked, Wie sie Produkte erschaffen, die süchtig machen, 2014, S. 33.

36) Vgl. hierzu auch *Eyal* (Fußn. 35), passim.

37) *Zuboff* (Fußn. 32), S. 577.

38) *Kablitzer*, Digitale Paranoia, 2016, S. 142 ff.

39) Lanier (Fußn. 23), S. 59.

40) Lanier (Fußn. 23), S. 112.

41) *Lobo*, Realitätsschock, 2019, S. 294.

42) *Schirrmacher* (Fußn. 27).

43) *Schulz*, in: Schirrmacher, Technologischer Totalitarismus, 2015, S. 15, 17.

44) Grundlegend hierzu *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 641 ff.

45) *Morozov*, Smarte Neue Welt, 2013, S. 17.

46) *Aust/Ammann*, Digitale Diktatur, 2014, passim.

47) Neuestens *Hofstetter*, Der unsichtbare Krieg, 2019.

tage hinzu, dann wird erkennbar, dass es sich bereits um eine globale Bedrohung der Freiheit handelt.⁴⁸⁾ Nichts ist, folgt man dieser Analyse, dann im Ergebnis so bedrückend wie die abschließend formulierte, aber wohl doch realistisch-fatalistische Feststellung des ehemaligen Verfassungsrichters *Wolfgang Hoffmann-Riem*: „Aber auch hier gilt: Das Recht hat allein nicht die Kraft, das Notwendige zu erreichen.“⁴⁹⁾

2. Kontrapunktisch: Das Unverfügbare der Freiheit

2.1 Die Chance des Irrens

Freiheit, so ist zu erinnern, ist geprägt durch das „Doppeldeutige“, auch durch das „Unperfekte“, vor allem auch durch die Möglichkeit sich zu irren, zu sündigen, schlicht auch dadurch, das Falsche zu tun.⁵⁰⁾ Der Philosoph *Richard David Precht* prangert die Macht der Algorithmen an und stellt – die Werte der Aufklärung in den Blick nehmend – fest: „Die Kybernetiker nehmen den Menschen die Möglichkeit, sich untugendhaft zu verhalten.“⁵¹⁾ Auf eine andere, gleichsam höhere Ebene gehoben bedeutet Freiheit eben auch das privatautonome Recht, das „eigene Futur“⁵²⁾ fest in seinen eigenen Händen halten zu können. Dieses aber ist, wie *Peter Wust*, ein lang vergessener Philosoph, in seinem Hauptwerk sagte, ein Leben führen zu dürfen, welches gleichermaßen von „Ungewissheit und Wagnis“ bestimmt wird.⁵³⁾

Doch Big Data geht es um die Modifikation, um die stringente Beeinflussung unseres Verhaltens, um seine Steuerung, eben um Fremdbestimmung, nicht aber, wie uns immer suggeriert wird, um die Steigerung unserer Selbstbestimmung. Der Soziologe *Hartmut Rosa* liefert in seinem jüngsten Buch „Unverfügbarkeit“ ein einfaches Beispiel: „Es erweist sich als eine lebenspraktische Illusion zu glauben, man ließe sich von den Daten, sind sie erst einmal verfügbar,“ – Beispiel: wearables – „nicht zu entsprechenden Verhaltensänderung verleiten.“⁵⁴⁾ Denn: „Es ist nahezu unmöglich, die tägliche Schrittzahl zu messen, ohne versucht zu sein, sie zu steigern bzw. zu optimieren.“⁵⁵⁾

2.2 Technische Strukturen v. freier Wille

Der israelische Geschichtswissenschaftler *Yuval Noah Harari*, dem wir das grandiose Buch „Homo Deus“ verdanken, zieht aus dieser kurz umschriebenen Einsicht eine sehr weitreichende Schlussfolgerung:⁵⁶⁾ Der Liberalismus, so schreibt er, ist nicht dadurch bedroht, dass die philosophische Vorstellung um sich greift, es gäbe „keine freien Individuen“, sondern dadurch, dass eine akute Bedrohung durch „ganz konkrete Technologien“ ausgelöst ist: „Wir stehen vor einer wahren Flut äußerst nützlicher Apparate, Instrumente und Strukturen, die auf den freien Willen individueller Menschen keine Rücksicht nehmen.“⁵⁷⁾ Das ist der Abgesang an die Errungenschaften des liberalen Denkens und auch an die Freiheit im Sinn einer Privatautonomie. Es herrscht die Manipulation.

Doch während *Harari* an diese Aussage die beunruhigende Frage anknüpft, ob denn „Demokratie, der freie Markt und die Menschenrechte diese Flut überleben“ werden,⁵⁸⁾ gelangt der Philosoph *Richard David Precht* zu einem etwas abgemilderten Befund: „Was in der Realwirtschaft extrem mühsam und rechtlich eng eingezäunt ist, gelingt nun nahezu unbehelligt und spielend: Menschen auszuspionieren, um ihnen das

Geld aus der Tasche zu ziehen.“⁵⁹⁾ Denn, so seine Begründung, der Nutzung der digitalen Kommunikationsmittel kann man sich kaum entziehen: „Die Freiwilligkeit ist also so freiwillig nicht, sondern sie geschieht unter sozialem Zwang bei Gefahr sozialer Isolation.“⁶⁰⁾

Man kann allerdings diesen Befund auch radikaler in Worte fassen: Die uns „kostenlos“ zur Verfügung gestellten „Dienste“ der Internetplattformen bezahlen wir mit dem „Wertvollsten, was wir besitzen – unseren intimsten Geheimnissen – und sie machen daraus pures Geld. Es ist ein gigantischer Vermögens-transfer, der da stattfindet.“⁶¹⁾ Gefangen in diesem Moloch stellen wir Heutigen, uns die Augen reibend, fest, dass wir für Big Data und für die dort betriebenen personalisierten Algorithmen – unser Hirn, unsere Seele, wir selbst als Menschen – auf dem besten Weg sind, zu einer „berechenbaren Größe“ zu werden.⁶²⁾ Und zynisch, aber im Gleichklang mit der Realität kann man anfügen, dass wir genau diese Entwicklung aus Bequemlichkeit oder auch aus Unwissenheit selbst „mit unseren Informationen gefüttert haben“.⁶³⁾ Am Ende der Entwicklung – keineswegs in den Bereich einer technizistisch geprägten Utopie verwiesen – steht dann möglicherweise schon bald die Ersetzung der Autonomie der Person durch Zahlen, die ein externer, nicht transparenter Algorithmus sekundenschnell bereithält.

III. Wirkmacht der Algorithmen

1. Fragestellung

Schon jetzt ist daher festzuhalten, dass die Normierung in Art. 3 Abs. 2⁶⁴⁾, wonach die Gegenleistung des Verbrauchers für die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienste in der Überlassung personenbezogener Daten besteht, diese hier kurz apostrophierte Entwicklung immens fördern wird. Denn die „Geschäftsmodelle“, kostenlose „Dienste“ gegen personenbezogene Daten des Verbrauchers bewegten sich bislang – jedenfalls im Rahmen des europäischen Rechts – in einem rechtlich nicht regulierten Bereich. Die Frage, ob denn das BGB im Zug der sich fortentwickelnden Digitalisierung ein Update benötigt,⁶⁵⁾ blieb ja bislang auch weithin im Bereich der Rechtspolitik gefangen.

48) *Hoffmann-Riem* (Fußn. 44), S. 614 ff.

49) *Hoffmann-Riem* (Fußn. 44), S. 693; ähnlich *Aust/Ammann* (Fußn. 46), S. 23: „Die Gesetze und auch der gesellschaftliche Diskurs können nicht Schritt halten“.

50) *Morozov* (Fußn. 45), S. 17.

51) *Precht*, Jäger, Hirten, Kritiker, 2018, S. 224.

52) *Zubanoff* (Fußn. 32), S. 385 ff.

53) *Wust*, Ungewissheit und Wagnis, 1937.

54) *Rosa*, Unverfügbarkeit, 2019, S. 87.

55) *Rosa* (Fußn. 54), S. 87.

56) *Harari*, Homo Deus, Eine Geschichte von Morgen, 2017, S. 411.

57) *Harari* (Fußn. 56), S. 414.

58) *Harari* (Fußn. 56), S. 414.

59) *Precht* (Fußn. 51), S. 224.

60) *Precht* (Fußn. 51), S. 224.

61) *Aust/Ammann* (Fußn. 46), S. 20.

62) Hierzu im Einzelnen auch und mit regulatorischen Vorschlägen *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220; hierzu weiter unten IV 4.

63) *Aust/Ammann* (Fußn. 46), S. 21.

64) Künftige Angaben ohne Nennung der Richtlinie beziehen sich auf die RL 2019/770.

65) Hierzu im Einzelnen *Faust*, DJT-Gutachten, 71. DJT, 2016; vgl. auch *Wendeborst*, NJW 2016, 2609; *Wagner/Eidenmüller* (Fußn. 62), S. 220, 234 ff. – „Manipulation von Präferenzen“.

Doch im Blick auf die hier zu klärende Frage nach den – trotz aller Manipulation des Verbrauchers durch personalisierte Algorithmen – noch verbliebenen Rudimenten seiner liberalen Vertragsfreiheit⁶⁶⁾ im Kontext von Art. 3 Abs. 2 muss zunächst die grundsätzliche Frage zumindest kurz angeschnitten werden: Wie groß ist denn die Wirkmacht des Rechts als eines der entscheidenden Regulative menschlichen Verhaltens, wenn technisch geprägte, dem Rechtsverkehr unbekannt, aber ganz und gar personalisierte Algorithmen ihre verhaltensbestimmenden Funktionen gegenüber dem Einzelnen zu Lasten seiner Freiheit und Selbstständigkeit entfalten?⁶⁷⁾

2. Unterschiede zwischen Recht und verhaltenssteuerndem Algorithmus

Dabei fallen einige fundamentale Unterschiede zwischen der Herrschaft von Algorithmen und dem Regime der „rule of law“ sogleich in den Blick: Immer ist Recht geschriebenes Recht; es lebt von Wörtern. Weder Richter noch Staatsanwalt oder Anwalt haben ein anderes Instrument im „Kampf um das Recht“ (*Jebring*) als die Berufung auf das geschriebene Wort, auf seine Auslegung, seine durchaus auch unterschiedliche Anwendung im Einzelfall.⁶⁸⁾ Besonders deutlich wird dieser Zusammenhang, wenn sich die gesellschaftlichen Anschauungen und Vorstellungen ändern, weil dann das Recht aufgerufen ist, auch solche neuen Herausforderungen – auch und gerade im Rahmen des ihm zugewiesenen Gewaltmonopols – zu meistern. Entweder ändert dann der Gesetzgeber die zugrunde liegende Norm oder Richter bemühen sich, im Rahmen der ihnen zugewiesenen Kompetenzen und der stets darin verankerten Bindung an Recht und Gesetz neues Recht als Richterrecht zu schaffen. Dass hier auch – freilich: abseits der Legalität – das Gesetz der „unbegrenzten Auslegung“ seine Herrschaft antreten kann, hat *Bernd Rütters* schon vor vielen Jahrzehnten im Blick auf den „Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus“ auf das Eindrücklichste nachgewiesen.⁶⁹⁾

Mehr noch: Als freier Bürger habe ich jederzeit das „Recht“, mich dem Rechtsbefehl zu widersetzen; die Legalität des Strafrechts beruht auf diesem Prinzip – eine Einsicht, die *Mireille Hildebrandt* mit dem Satz markiert: „If one cannot disobey the law it is not law, but discipline“.⁷⁰⁾ *Boehme-Nefler* überhöht diesen Satz noch in seinem Beitrag über Recht und Algorithmen, indem er von der „Ohnmacht des Rechts und der Macht der Algorithmen“ spricht.⁷¹⁾ Doch die Macht der Algorithmen – gerade der unser Verhalten weithin vorhersagenden und bestimmenden personalisierten Algorithmen – wächst rasant. Da aber noch nicht klar ist, wie sehr – und wie rasant – der das menschliche Verhalten bestimmende Regelkreis des geschriebenen Rechts an Einfluss gegenüber den Algorithmen auf Sicht verliert, bleibt wohl gegenwärtig nur der drastische Befund in eine noch nicht abschließend beantwortete Frage gehüllt: „Disruptive technology creates disrupted law?“⁶⁷²⁾

Dabei beruht die Institution des Rechts wesentlich auf dem Vertrauen der Staatsbürger,⁷³⁾ dass der Staat als Rechtsgemeinschaft sich redlich und effizient darum müht, vor allem auch das Gemeinwohl für sein Handeln in den Blick zu nehmen, was das Streben nach Gerechtigkeit und auch die Verbürgung

von Rechtssicherheit einschließt. Immer noch ist jedoch der Akt staatsbürgerlichen Gehorsams ein Akt, der ein Mindestmaß an ethischer Grundüberzeugung einschließt, dass es eben rechtens ist, den staatlichen Sollensgeboten aus freien Stücken und nicht nur aus zweckrationaler Einsicht zu folgen, weil sonst der Staat ja Machtmittel genug hat, im Weigerungsfall seine Anordnung auch durchzusetzen.

Nichts von alledem ist jedoch den Geboten zuzuschreiben, die ihre Wirkkraft einem personalisierten Algorithmus und der von ihm ausgehenden Verhaltenssteuerung verdanken. Ihre Wirkweise ist zutiefst intransparent und überhaupt nicht bekannt; sie ist ein streng gehütetes Betriebsgeheimnis der Datensammler. Verwaltet wird es von den einzelnen privaten Unternehmen, die ausschließlich ihre eigenen geschäftlichen Ziele und den zu steigenden Profit als Richtschnur im Sinn haben. Dass die klassischen Repräsentanten von Big Data zudem extraterritorial und auch für die europäische Justiz nur sehr bedingt zur Verantwortung gezogen werden können, belegt ein weiteres Dilemma.⁷⁴⁾ Schließlich ist für die Nutzung der Algorithmen keine demokratische und auch keine auf dem Prinzip der Repräsentation der Mandatare aufruhende Legitimation begründet, sondern nur eine monetäre, die allein den exzessiven Zielen des „Überwachungskapitalismus“⁶⁷⁵⁾ verpflichtet ist.

Zudem: Der Algorithmus bezieht sich nie auf ein ethisches Sollen des Menschen, nie auf ein Dürfen oder gar auf einen im gesetzten Recht verankerten Normbefehl. Das ist auch ganz und gar konsequent. Mathematiker und hoch spezialisierte Techniker haben ihn ersonnen, oft schon mit den Mitteln der Künstlichen (selbstlernenden) Intelligenz, getrieben aber stets von dem Willen, den einzelnen Nutzer immer mehr und immer länger in den Griff zu bekommen, ihn – im amerikanischen Sprachgebrauch gewertet – zu „engagieren“. Genau auf einer so konstruierten, uns nicht bekannten und auch nicht erkennbaren Wirkweise beruht die faktische, die manipulative Macht der personalisierten Algorithmen über unseren freien Willen.⁷⁶⁾ Dürfen wir also dieses Phänomen noch mit belastbaren Gründen einen Vertrag im Sinn der Rechtsgeschäftslehre nach den §§ 145 ff. BGB nennen?

66) Vgl. auch *Graf von Westphalen*, IWRZ 2018, 9, 10 ff.

67) Hierzu höchst instruktiv *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015, S. 65 ff.; *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1; *Boehme-Nefler*, NJW 2017, 3031. Zum Entwurf von Ethik-Leitlinien zum Einsatz von KI vgl. *Detting/Krüger*, MMR 2019, 211.

68) Vgl. *Hildebrandt* (Fußn. 67), S. 176 ff.

69) *Rütters*, Die unbegrenzte Auslegung, 2017 (Neuaufgabe).

70) *Hildebrandt* (Fußn. 67), S. 226.

71) *Boehme-Nefler*, NJW 2017, 3031.

72) *Twigg-Flesner*, in: De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, S. 21 ff.

73) *Boehme-Nefler*, NJW 2017, 3031, 3035.

74) Hierzu eindrucksvoll, aber im Ergebnis wohl vor der Wucht des Faktischen resignierend *Hoffmann-Riem* (Fußn. 44), S. 683 ff.

75) *Zuboff* (Fußn. 32).

76) *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3746: „(Es) ist nicht nur zu konstatieren, dass Verträge massenhaft und meist ohne hinreichend qualifiziertes Erklärungsbewusstsein des Nutzers geschlossen werden, sondern auch, dass der Nutzer kaum eine Möglichkeit hat, die zahlreichen Vertragsschlüsse zu vermeiden. Er hat auch meist keine Vorstellung, welche Leistungen die Verträge genau beinhalten, aber er fragt auch nicht danach, weil er ja kein gesondertes Entgelt schuldet.“

IV. Bisherige Lösungsansätze

1. Auf der Ebene des Verfassungsrechts

Auf dieser Ebene beantwortet sich die aufgeworfene Frage nach Maßgabe der Grundaussage zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG im bekannten Bürgerschaftsfall.⁷⁷⁾ Der Sachverhalt war dadurch geprägt, dass ein vermögensloser Bürge sich für einen Kredit eines Anverwandten verpflichtet hatte. Im Leitsatz des Urteils wird bereits – von Verfassungswegen – im Blick auf die Gewährleistung der Freiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG strikt eine richterliche Kontrolle solcher Verträge im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB gefordert, weil und soweit die Vertragsgestaltung das Ergebnis „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke“ ist.⁷⁸⁾ Denn Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet uneingeschränkt „die Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“.⁷⁹⁾ Dabei wird der Begriff „Privatautonomie“ in der Regel als Synonym für den der Vertragsfreiheit verwendet.⁸⁰⁾

In den Worten des Verfassungsgerichts heißt dies: „Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach seinem Willen ein Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit“.⁸¹⁾ Schließlich folgt die ganz entscheidende Sentenz: „Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung“.⁸²⁾

Es lässt sich wohl kaum in Zweifel ziehen, dass die hier aufgezeigten Gefahren einer Manipulation der – privatautonom – Entscheidung des Verbrauchers, seine personenbezogenen Daten für die kostenlos ihm zur Verfügung gestellten Dienste Big Data nach Art. 3 Abs. 2 zu überlassen, nachhaltig den Tatbestand der vom Verfassungsgericht angeprangerten „Fremdbestimmung“ darstellen. Der ehemalige Verfassungsrichter *Wolfgang Hoffmann-Riem* umschreibt diesen Sachverhalt mit den Worten: „Ein Grundprinzip moderner Gesellschaften, die Autonomie im Handeln, ist in Gefahr.“⁸³⁾ Man kann hier zusätzlich das mit der Würdegarantie teilkongruente „informationelle Selbstbestimmungsrecht“ des Bürgers in Stellung bringen,⁸⁴⁾ um die grundrechtliche Dimension der auszuleuchtenden Fragestellung noch etwas umfassender anzusprechen.

Doch im Ergebnis geht es hier nicht um den erforderlichen Nachweis, wie denn die richterliche Inhaltskontrolle der von Facebook, Google etc. bereitgestellten digitalen Dienste und Inhalte und der einschlägigen AGB bewerkstelligt werden könnte.⁸⁵⁾ Vielmehr geht es um die weit grundsätzlichere Frage, ob denn – mangels hinreichender Selbstbestimmung des Nutzers – überhaupt noch von einem rechtsgeschäftlich begründeten Vertrag im Zusammenhang mit der Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienste nach Art. 3 Abs. 2 die Rede sein kann, wenn der Nutzer den jeweiligen Plattformen seine personenbezogenen Daten als „Gegenleistung“ überlässt. Doch selbst wenn wegen der fehlenden Selbstbestimmung des Nutzers und der von ihm nicht bemerkten Fremdbestimmung seines Handelns § 138 Abs. 1 BGB als Kontrollnorm hier die Sittenwidrigkeit des „Vertrags“ ins Spiel bringen würde,⁸⁶⁾ dann wäre damit nicht sonderlich viel, doch immerhin etwas Ent-

scheidendes gewonnen: Der Vertragsabschluss wäre dann als nichtig anzusehen⁸⁷⁾ und müsste – gerade auch in Bezug auf die zur Weiterverarbeitung überlassenen Daten – nach den §§ 812 ff. BGB rückabgewickelt werden. Doch das ist technisch kaum möglich.⁸⁸⁾ Es gilt gerade deswegen im Rahmen der RL 2019/770 über Art. 16 Abs. 2 die Regel des Art. 7 Abs. 3 Satz 2 DSGVO: Die Einwilligung in die Datenverarbeitung bleibt bis zum Zugang der Widerrufserklärung – der Feststellung der Sittenwidrigkeit des Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB – rechtmäßig.

2. Betonung des Synallagmas im Rahmen von Art. 3 Abs. 2

Sieht man jedoch in der gesetzlichen Gestattung nach Art. 3 Abs. 2 – der Verbraucher kann für die Bereitstellung digitaler Dienste und Inhalte mit seinen personenbezogenen Daten – als Gegenleistung⁸⁹⁾ – „zahlen“, „eine normative Anerkennung einer vertraglichen Praxis“,⁹⁰⁾ dann sind die Würfel – sowohl unionsrechtlich als auch national – gefallen. Dann stellt sich die hier zu erörternde Frage nach der rechtsverbindlichen Existenz eines Vertrags i. R. d. §§ 145 ff. BGB gar nicht mehr; die bisherige Praxis wird vielmehr normativ abgesegnet. Die rechtliche Anerkennung eines hier zugrunde liegenden Vertrags wird vorbehaltlos bejaht, und sie wird nicht mehr nachhaltig in Frage gestellt. Denn die Existenz eines Synallagmas setzt das Bestehen eines verbindlichen Vertrags voraus.

Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, ob man die so vom Verbraucher durch Hergabe seiner personenbezogenen Daten nur als einfache Gegenleistung anerkennt⁹¹⁾ oder ob man weitergehend eine synallagmatische Verknüpfung bejaht.⁹²⁾ Allein die Verwendung des rechtlich konnotierten Begriffs „Gegenleistung“ schließt zwingend ein, dass es sich insoweit um eine rechtsgeschäftlich begründete Leistung im Rahmen eines Vertrags handelt. Der Blick auf die dem Geschehen zugrunde liegende Manipulation, auf die darin liegende Fremdbestimmung des Verbrauchers, getrieben von Vorhersage im Rahmen einer „prädiktiven Analytik“⁹³⁾ und maschineller Steuerung seines

77) BVerfG ZIP 1993, 1775 (m. Anm. Löwe, S. 1759), dazu EWiR 1994, 23 (Köndgen).

78) BVerfG ZIP 1993, 1775, LS.

79) BVerfG ZIP 1993, 1775 = NJW 1994, 36, 38 unter Bezugnahme auf ein Zitat von *Erichsen*.

80) *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 13.

81) BVerfG ZIP 1993, 1775 = NJW 1994, 36, 38; vgl. auch BVerfG ZIP 1996, 956 – Bürgerschaftsfall III, dazu EWiR 1996, 731 (*Medicus*).

82) BVerfG ZIP 1993, 1775 = NJW 1994, 36, 38.

83) *Hoffmann-Riem*, Reclaim Autonomy: Die Macht digitaler Konzeme, in *Augstein*, Reclaim Autonomy, 2017, S. 121, 124.

84) BVerfG NJW 1984, 419 – Volkszählungsurteil.

85) Hierzu im Einzelnen auch *Graf von Westphalen*, in: *Lohsse/Schulze/Staudenmayer*, Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, 2017, S. 245 ff.

86) So die zivilrechtliche „Segelanweisung“ in der Entscheidung des BVerfG ZIP 1993, 1775.

87) BGH NJW 1989, 26, dazu EWiR 1988, 1159 (*Reich*).

88) Hierzu *Bach*, NJW 2019, 1705, 1711; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 418; *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 668; *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3750.

89) *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 818 ff.

90) *Faust* (Fußn. 65), S. 16 ff.; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415, 418; *Staudenmayer*, ZEuP 2019, 663, 668; *Wendehorst/Graf von Westphalen*, NJW 2016, 3745, 3750.

91) *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 826 ff. zu den rechtsökonomischen Prämissen; demgegenüber plädiert *Hacker* (Fußn. 88), S. 172 ff. unter Auswertung der typischen Interessenslage für eine konditionale Verknüpfung zwischen Hergabe der personenbezogenen Daten und der Inanspruchnahme der digitalen Dienste.

92) *Hoffmann-Riem* (Fußn. 83), S. 121, 125.

künftigen Verhaltens bleibt in dieser Perspektive außer Sichtweite.

3. Ansatz von Hacker und Metzger

3.1 Ausbreitung der Aussagen

In seiner umfassende Studie über „Daten als Gegenleistung“⁹⁴⁾ wirft Philipp Hacker schon zu Anfang seiner Überlegungen die Frage auf, ob unter Beachtung der RL 2019/770 die Hergabe der personenbezogenen Daten als Vertrag oder nur als Gefälligkeit aufzufassen sind – eine Fragestellung, die bereits früher auch Metzger kurz apostrophiert hatte.⁹⁵⁾ Im Blick auf die rechtliche wie vor allem auch wirtschaftliche Bedeutung der Bereitstellung der personenbezogenen Daten für die „Geschäftsmodelle“ von Big Data verneint Hacker,⁹⁶⁾ dass es sich hier – unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH⁹⁷⁾ – „nur“ um eine rechtsgeschäftlich irrelevante Gefälligkeit handelt. Danach liegt nämlich ein Vertrag wegen des anzuerkennenden Rechtsbindungswillens vor, wenn sich dafür objektive Kriterien finden lassen, die Erklärungen und Verhalten beider Parteien bei Beachtung der rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung des Vorgangs bestimmen. Maßgebendes Kriterium ist dabei, ob die andere Partei, also hier die Unternehmen von Big Data unter den obwaltenden Umständen und nach den Geboten von Treu und Glauben auf einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen schließen können.⁹⁸⁾ Genau das bejaht Hacker.

Metzger⁹⁹⁾ stützt sich demgegenüber entscheidend auf die von ihm ausgewerteten AGB, welche – nach Kenntnisnahme – dem Verbraucher den Weg versperren, dass es sich bei diesen „Diensten“ nicht um rechtsgeschäftlich relevante Vertragsbeziehungen, sondern nur um eine Gefälligkeit handelt. Als Gegenleistung wird dann wie von selbst, allerdings im Rahmen einer detailliert begründeten synallagmatischen Verknüpfung die Hergabe der personenbezogenen Daten des Verbrauchers bewirkt. An anderer Stelle bejaht Metzger dann ausdrücklich und ohne weitere Vorbehalte die Existenz eines Vertrages.¹⁰⁰⁾

3.2 Kritik

Die hier aufgeworfene Frage, ob denn bei der Hergabe von personenbezogenen Daten i. R. v. Art. 3 Abs. 2 eine Gegenleistung des Verbrauchers anzunehmen ist, welche auf einem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen und damit auf einem Vertrag nach den §§ 145 ff. BGB beruht, zielt freilich nicht auf eine Abgrenzung zwischen Vertrag und Gefälligkeit. Vielmehr geht es hier – angesichts der allseits beklagten Manipulation des Nutzerverhaltens durch personalisierte Algorithmen von Big Data und der darin liegenden Fremdbestimmung – entscheidend darum, ob hier nicht nur der Tatbestand einer Fremdbestimmung des Verbrauchers festzustellen ist, sondern weitergehend auch das Fehlen eines eigenverantwortlichen, autonomen rechtsgeschäftlichen Handelns des Nutzers. Es geht insoweit entscheidend darum, den Tatbestand in den Blick zu nehmen, dass hier eine massive – intransparente – Steuerung des Verbraucherverhaltens von Algorithmen verursacht wird, deren Wirkweise – ausgewiesen als streng gehütetes Betriebsgeheimnis der Datensammler – ganz und gar im Dunklen liegt.¹⁰¹⁾

Im Hintergrund steht dabei folglich die Frage nach dem tatsächlichen Vorhandensein der rechtsgeschäftlichen Entscheidungs-

freiheit des Verbrauchers, wie sie vor allem von Manfred Wolf entwickelt und begründet worden ist.¹⁰²⁾ Ihre tatbestandlichen Voraussetzung, verstanden als Grundbedingung rechtsgeschäftlich eigenverantwortlichen – autonomen – Handelns, wird man jedoch angesichts der Prägekraft verhaltensmodifizierender Algorithmen kaum bejahen dürfen. Denn im Ergebnis ist die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in diesen Fällen praktisch auf Null reduziert; sie ist reine, technikbasierte Fremdbestimmung. Doch lässt sich auch die Ansicht vertreten, dass der von Mireille Hildebrandt, einer niederländischen Rechtswissenschaftlerin, gewählte Begriff der „digital unconsciousness“ den zu beschreibenden Sachverhalt noch genauer trifft.¹⁰³⁾ Weil vielen Bürgern, vor allem den Jugendlichen die Privatheit inzwischen reichlich gleichgültig geworden ist, interessiert sie es auch nicht wirklich, wenn die Hergabe ihrer personenbezogenen Daten zum Zweck der Manipulation ihres Verhaltens, ihrer Vorlieben, ihrer Schwächen, ihrer sexuellen Orientierung und allgemein ihrer Lebenssituation – selektiv und prädiktiv – eingesetzt wird. Denn sie sehen darin vor allem eine „Entscheidungsentlastung“ und bewerten diese offenbar als erstrebenswerten Gewinn an Lebensqualität.¹⁰⁴⁾

Man kann diesen Befund auch mit einem Wort des ehemaligen Verfassungsrichters Udo Di Fabio noch präziser fixieren: „Es droht eine technologiebasierte sanfte Entmündigung der Bürger.“¹⁰⁵⁾ Unter dieser Perspektive betrachtet ist es dann im Ergebnis allerdings ziemlich gleichgültig, ob das jeden einzelnen Nutzer treffende Verdikt mangelnder rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit – und in ihrem Gefolge: die „sanfte Entmündigung der Bürger“¹⁰⁶⁾ – dem Gebilde eines nur noch technizistisch zu verstehenden Vertrags oder einer „Gefälligkeit“ entgegengehalten werden. Denn auch eine als verbindlich anzuerkennende Gefälligkeit beruht – freilich: außerhalb der rechtlichen Parameter – auf einem freien, autonomen Handlungswillen des Verbrauchers.

Mehr noch: Der Mensch als freier und selbstverantwortlich handelnder Wirtschaftsakteur und als Person muss – das ist auch die anzuerkennende Grundforderung der geltenden Verfassungsordnung wie auch der Grundrechtscharta der EU – „in seiner Subjektstellung handlungsfähig“ bleiben.¹⁰⁷⁾ Genau das aber trifft wegen des Eingreifens personalisierter Algorithmen in den „rechtsgeschäftlich“ veranlassten Entscheidungsvorgang des Verbrauchers nicht zu. Die Fremdbestimmung degradiert den Verbraucher zu einem Objekt; Jaron Lanier spricht konsequenterweise vom Verbraucher als „Produkt“.¹⁰⁸⁾

94) Hacker, ZfPW 2019, 148, 158.

95) Metzger, AcP 216 (2016), 817, 834.

96) Hacker, ZfPW 2019, 148, 158.

97) BGH NJW-RR 2017, 1479, Rz. 24.

98) BGH NJW 2009, 1141, 1142, dazu EWiR 2009, 337 (Podewils).

99) Metzger, AcP 216 (2016), 817, 834.

100) Metzger, AcP 216 (2016), 817, 838.

101) Hierzu auch Hildebrandt (Fußn. 67), S. 65 ff.

102) Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 119.

103) Hildebrandt (Fußn. 67), S. 65 ff.

104) Hoffmann-Riem (Fußn. 83), S. 121, 124.

105) Di Fabio, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 91.

106) Di Fabio (Fußn. 105), S. 91.

107) Di Fabio (Fußn. 105), S. 91.

108) Lanier (Fußn. 19).

4. Ansatz von Wagner/Eidenmüller

4.1 Ausbreitung der Aussagen

In ihrer grundlegenden Arbeit „In der Falle der Algorithmen?“¹⁰⁹⁾ widmen sich die Verfasser auch ausführlich¹¹⁰⁾ dem hier aufgeworfenen Fragenkomplex; sie nennen ihn die „dunkle Seite personalisierter Präferenzen“.¹¹¹⁾ Mit Recht stellen sie auf das vor allem in der Politik bekannte Phänomen der so entstehenden „Filterblase“¹¹²⁾ ab. Diese virtuell erzeugten Gebilde verringern die Vielzahl der Angebote (politisch wie wirtschaftlich) der realen (analogen) Welt und „fördern einen passiven Zugang zur Realität“.¹¹³⁾ Die Qual der Wahl für den Verbraucher wird überflüssig; der personalisierte Algorithmus selbst trifft die Auswahl, streng ausgerichtet nach den jeweils subjektiven Präferenzen, die aus der Vergangenheit gelistet und ausgewertet worden sind.

Diese „Manipulation von Präferenzen“¹¹⁴⁾ ist dann mit ihrer – höchst intransparenten – steuernden Kraft Maßstab und Ziel künftigen Verhaltens des Verbrauchers.¹¹⁵⁾ Seine Welt wird auf diesem Weg „eindimensional“.¹¹⁶⁾ Eine solche durch Algorithmen präfabrizierte Entscheidung der Verbraucher wirkt sich natürlich vor allem bei der jungen Generation nachteilig aus. Ihnen fehlt bereits wegen ihrer nachhaltigen Gewöhnung an Smartphone, Tablet und Internet weitgehend, wie die Verfasser zutreffend sehen, „die eigenständige Entwicklung von individuellen Präferenzen“.¹¹⁷⁾ Akte des „zivilen Ungehorsams“ der Verbraucher zur Abwehr dieser Entwicklung einzufordern, ist nach der von den Verfassern vorgenommenen Analyse wohlfeil; doch ein solches Verhalten verursacht „Transaktionskosten, die die meisten Konsumenten nicht bereit sind in Kauf zu nehmen“.¹¹⁸⁾

Im Blick auf das „Menü rechtlicher Schutzmechanismen“¹¹⁹⁾ schlagen die Verfasser im Ergebnis vor, dass Plattformen und sonstige Internetanbieter, welche einen personalisierten Algorithmus zur permanenten Steuerung des Verbraucherverhaltens einsetzen, durch einen regulatorischen Akt gezwungen werden sollen, künftig den Verbrauchern „das Wahlrecht zwischen personalisierten und einer nicht-kuratierten Einkaufswelt“ einzuräumen.¹²⁰⁾ Dann bleibt bei einer solchen „Tarifwahl“ zumindest ein Teilbereich der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erhalten.

4.2 Kritik

Die hier anzugreifende Grundposition der Verfasser ist dadurch geprägt, dass sie meinen, dass „die Bilanz von Nutzen und Kosten für personalisierte Algorithmen nicht eindeutig“ ist, „sondern gemischt ausfällt“.¹²¹⁾ Deshalb sprechen sie sich auch gegen ein Verbot aus, diese Algorithmen gesetzlich zu untersagen,¹²²⁾ um so definitiv und kategorisch die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers nicht weiter zu beeinträchtigen, sondern sie zu konservieren. Es ist also in der Sache ein Opt-out-Modell, von dem sich die Verfasser Remedur zugunsten der wieder zu gewinnenden Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers und seiner Privatautonomie als rechtsgeschäftlichen Vorteil versprechen.

Natürlich kann niemand vorhersagen, ob die von den Verfassern vorgeschlagene „Light Touch“-Regulierung¹²³⁾ mit einiger

Sicherheit auch erreichen wird, das hohe Gut der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des Bürgers gegenüber den dargestellten Risiken und Gefährdungen seiner Privatautonomie hinreichend sicher und verlässlich zu schützen. Dabei bleibt – den nachhaltigen Zweifel gegenüber der Einschätzung der Verfasser nährend – ein entscheidender Einwand: Die technische Fortentwicklung in der Digitalisierung ist so ungeheuer rasant, dass die künftigen, noch weiter reichenden Gefährdungen der bürgerlichen Freiheit von morgen heute noch überhaupt nicht absehbar sind, aber durchaus auch in Folge des technologischen Fortschritts als unvermeidbar angesehen werden.¹²⁴⁾ Doch wird man auch den von *Hoffmann-Riem* in Stellung gebrachten Tatbestand hier anmerken müssen: Auf nationaler Ebene versagen staatliche Schutzmechanismen weitgehend, weil die „Entterritorialisierung der digitalen Kommunikation“ und einer „privaten Vermachtung“ durch Big Data die Regelungskompetenz des nationalstaatlichen Rechts an seine Grenze geführt hat.¹²⁵⁾

5. Ansatz von Faust

5.1 Ausbreitung der Aussage

In seinem DJT-Gutachten gelangt *Faust* zu dem Ergebnis, dass der Anbieter jedenfalls bei der Bereitstellung unentgeltlicher Leistungen dann keinen Rechtsbindungswillen im Sinn eines Vertrags hat, wenn der Nutzer kein eigenes Konto anlegen muss und die Inanspruchnahme der betreffenden Leistung anonym erfolgt.¹²⁶⁾ Hilfsweise sieht dann *Faust* einen Ansatzpunkt in einer (erweiterten) Auslegung von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, weil im Rahmen dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses der Nutzer darauf vertraut, dass der Anbieter ihm die versprochene Leistung auch tatsächlich gewährt.¹²⁷⁾ Doch im einen wie im anderen Fall sieht *Faust* keinen Anlass, dem Gesetzgeber einen Handlungsbedarf zu attestieren.¹²⁸⁾

Anzumerken ist, dass *Faust* datenschutzrechtliche Bedenken aufzeigt, wenn ein Verbraucher gehalten ist, für die Inanspruchnahme (kostenloser) digitaler Dienste seine personenbezogenen Daten dem Unternehmer als Gegenleistung zu überlassen.¹²⁹⁾

109) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220.

110) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220. Kapitel I behandelt die Sonderproblematik der Personalisierung der Preise; Kapitel II das Ausnutzen sonstiger Verhaltensanomalien; weder das eine noch das andere Thema kann und soll hier angesprochen werden, ist aber für das Gesamtverständnis der von der Verf. unterbreiteten Lösungsansätze wichtig.

111) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 234 ff.

112) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 235 ff.

113) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 235.

114) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 234.

115) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 236.

116) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 237.

117) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 238.

118) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 239.

119) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 240 ff.

120) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 243.

121) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 245.

122) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 245.

123) *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 245.

124) Eindrucksvoll *Kelly*, *The Inevitable – Understanding the 12 Technological Forces that will Shape our Future*, 2016, passim.

125) *Hoffmann-Riem* (Fußn. 83), S. 121, 128, 137.

126) *Faust* (Fußn. 65), S. 61 ff.

127) *Faust* (Fußn. 65), S. 64 f.

128) *Faust* (Fußn. 65), S. 69 f.

129) *Faust* (Fußn. 65), These 3 – S. 89.

Diese rechtfertigen sich nach seiner Auffassung aus dem Kopplungsverbot in Art. 7 Abs. 4 DSGVO (§ 28 Abs. 3b BDSG a. F.). Ist hingegen der Anbieter berechtigt, diese Daten zum Zweck der Verarbeitung zu erheben und zu nutzen,¹³⁰⁾ dann – so *Faust* weiter – ist die Erteilung der Einwilligung das Entgelt für die Leistung.¹³¹⁾

5.2 Kritik

Faust konnte bei der Abfassung seines DJT-Gutachtens nur erste Rudimente der inzwischen verabschiedeten RL 2019/770 berücksichtigen. Daher bleibt nur dies – sozusagen als Fußnote – anzumerken, dass nämlich das Schwergewicht der hier zu untersuchenden Frage nicht darauf liegt, nach dem (erforderlichen) Rechtsbindungswillen des Anbieters zu suchen, sofern dieser Leistungen/Dienste „for free“ anbietet. Vielmehr geht es hier darum festzustellen, dass auf Seiten des Verbrauchers das Vorliegen einer technikinduzierten Fremdbestimmung bejaht wird, so dass das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Vertrags – auch mangels eines zureichenden Erklärungsbewusstseins – in Abrede gestellt werden muss. Die Fronten sind also genau umgekehrt; es geht nicht um die rechtlich zutreffende Erfassung der von den Anbietern angebotenen „unentgeltlichen“ Leistungen, sondern um die Einordnung der nach Art. 3 Abs. 2 gestatteten Gegenleistung des Verbrauchers, der Hergabe seiner personenbezogenen Daten als Entgelt im Rahmen und auf Grund eines rechtsgeschäftlich begründeten Vertrages.

V. Eigener Vorschlag – Zusammenfassung

1. Wenn man die Summe des bisher Vorgebrachten zieht, dann dürfte kaum ein begründbarer Zweifel daran bestehen, dass das hohe Gut der rechtsgeschäftlich verankerten Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers als Folge der permanenten und immer weiter um sich greifenden Attacke personalisierter Algorithmen inzwischen Opfer technologiebasierter Manipulation geworden ist.¹³²⁾ Das ist vor allem auch deswegen anzumerken, weil die damit verbundenen Gefährdungen der bürgerlichen Privatautonomie von Unternehmen ausgehen, die weithin als Verkörperung von Big Data einen extraterritorialen Status genießen und die traditionellen Konzepte des Kartellrechts kaum noch wirksam greifen.¹³³⁾ Dies erfordert eine wesentlich verbesserte Drittwirkung des nationalen, wie insbesondere des Grundrechtsschutzes der EU-Charta.¹³⁴⁾ Diese aber ist nur auf Basis eines legislatorischen Akts zu erreichen.

2. Die jedenfalls nach Art. 2 Abs. 1 GG eingeforderte Schutzpflicht des Staates gebietet es, die Verwendung personalisierter Algorithmen gegenüber Verbrauchern und die dadurch veranlasste Hergabe der personenbezogenen Daten wegen der so verursachten Fremdbestimmung als sittenwidrig nach § 138 Abs. 1 BGB zu untersagen.

3. Die vom Verbraucher nach Art. 3 Abs. 2 veranlasste Hergabe seiner personenbezogenen Daten als „Gegenleistung“ (zu Marketingzwecken) beruht wegen der darin liegenden, von einem intransparenten, personalisiertem Algorithmus bewirkten Fremdbestimmung nicht auf einem rechtsgeschäftlichen Vertrag nach den §§ 145 ff. BGB. Es handelt sich hier vielmehr um einen rein technischen Vorgang.

4. Die hier gegebene Antwort – die Verneinung eines rechtsgeschäftlichen Vertrages – steht dem einzelnen Mitgliedstaat nach Erwägungsgrund Nr. 24¹³⁵⁾ offen. Sie wird nicht von der Pflicht zur Vollharmonisierung der RL 2019/770 erfasst.

5. Rechtspolitisch ist mit diesem Resultat freilich wenig gewonnen. Folgende Lösungsmöglichkeiten sind daher zu debattieren, um aber die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers – gerade im Blick auf die Hergabe seiner personenbezogenen Daten zu Marketingzwecken i. S. v. Art. 3 Abs. 2 – weiterhin zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 1 GG) und vor nachhaltiger und dauerhafter Fremdbestimmung durch Big Data zu schützen:

5.1 Es könnte sich zur Bewahrung der Privatautonomie anbieten, die Verwendung personalisierter Algorithmen im Rahmen eines rechtsgeschäftlichen Kontakts mit einem Verbraucher regulatorisch strikt zu begrenzen, sofern diese zu Werbezwecken eingesetzt werden sollen.

5.1.1 Doch dürfte hier die Trennlinie zu den dann noch – rechtlich statthaften – Algorithmen (Stichwort etwa Suchmaschine) bereits in technischer Sicht nicht immer leicht zu finden sein. Auch werden mit einiger Sicherheit verfassungsrechtlich schwierige Konfliktlagen zwischen Art. 2 Abs. 1 GG zugunsten des Verbrauchers und der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG der Datensammler und Datenverarbeiter zu bewältigen sein.

5.1.2 Gleichwohl bleibt die unbedingt geforderte Gewährleistung der freien Entscheidung des Datensubjekts nach Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den manipulativen Angriffen der personalisierten Algorithmen die entscheidende und überaus dringlich zu bewältigende rechtspolitische Aufgabe. Es reicht nämlich keineswegs aus, nur den in den Guidelines 2/2019 verfolgten restriktiven Ansatz des Europäischen Datenschutzbeauftragten zur Interpretation von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO¹³⁶⁾ – Erforderlichkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erfüllung eines Vertrages als Ersatz der Einwilligung des Datensubjekts nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO – als Rettungsanker für die Vertragsfreiheit des Nutzers digitaler Inhalte und Dienste in Stellung zu bringen. Denn dieser Schutz vollzieht sich im Bereich des Datenschutzrechts, nicht aber im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts.

5.1.3 Daran ist vor allem auch deswegen zu erinnern, weil das OLG Düsseldorf in seiner Facebook-Entscheidung vom 26. 8. 2019¹³⁷⁾ dem vom Bundeskartellamt bejahten Ausbeutungsmissbrauch des Verbrauchers nach § 19 Abs. 1 GWB wegen der Erfassung, Verknüpfung und weiteren Verarbeitung der personenbezogenen Daten des Nutzers eine mehr als deutliche Absage erteilt hat.¹³⁸⁾ Quintessenz: Die kartellrechtlichen Waf-

130) Kritisch *Wendehorst*, NJW 2016, 2609, 2612.

131) *Faust* (Fußn. 65), S. 89.

132) Vgl. auch *Enzensberger*, in: Schirmacher, Technologischer Totalitarismus, 2015, S. 70 ff.

133) Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fußn. 44), S. 636 ff.; hierzu auch betreffend Online-Plattformen *Hoffer/Lehr*, NZKart 2019, 10; betreffend Blockchain *Hoffer/Mirtchev*, NZKart 2019, 239.

134) *Ruffert*, JuS 2020, 1.

135) Fußn. 9.

136) Hierzu *Graf von Westphalen/Wendehorst*, ZIP 2019, 1937.

137) OLG Düsseldorf NZKart 2019, 495, dazu EWiR 2019, 575 (*Bunte*).

138) Hierzu *Bergmann/Modest*, NZKart 2019, 531.

fen und die des Datenschutzrechts sind zum Schutz der Freiheit des Verbrauchers nicht deckungsgleich. Vor allem aber ist nach dieser Entscheidung – vorbehaltlich einem abweichenden Urteil des BGH – zu bedenken, dass die gegen BIG Data zum Schutz von Freiheit und Privatsphäre des Verbrauchers einsetzbaren Instrumente des Kartellrechts (Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch) offenbar nur sehr begrenzte Wirkung entfalten können.¹³⁹⁾

5.2 Denkbar wäre auch zum Schutz der Privatautonomie, eine Offenlegung der personalisierten Algorithmen im Sinn einer umfassenden Transparenz regulatorisch einzufordern.¹⁴⁰⁾

5.3 Auch könnte man darüber nachdenken, zum Schutz der Privatautonomie den Verbraucher mit einem bestimmten Preis zwingend dafür im Einzelfall zu honorieren, dass er digitale Dienste und Inhalte gegenüber Hergabe seiner personenbezogenen Daten in Anspruch nimmt.

5.4 Letzte Bemerkung: Die Reihenfolge der alternativen Vorschläge entspricht der Rangfolge der Lösungspräferenzen des Verfassers.

139) *Körber*, NZKart 2019, 187; vgl. auch *Haus/Cesarano*, NZKart 2019, 637.

140) Vgl. hierzu *Graf von Westphalen* (Fußn. 85), S. 99, 113 f.