

# Inhaltsverzeichnis

---

## **Zusammenfassung und Ergebnisse.....3**

---

## **Vorgehensweise der Arbeitsgruppe .....4**

---

A. Beschlusslage .....	4
B. Arbeitsauftrag.....	5
C. Tätigkeit der Arbeitsgruppe .....	6

## **Kapitel 1: Big Data.....7**

---

A. Vorbemerkung.....	7
B. Algorithmen.....	8
I. Begriff des Algorithmus.....	8
II. Anwendungsgebiete von Algorithmen im Kontext des Arbeitsauftrages .....	16
C. Bestehender Rechtsrahmen für Big Data-Anwendungen .....	25
I. Verfassungsrecht.....	26
II. Datenschutzrecht.....	31
III. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz .....	49
IV. Kartellrecht.....	57
D. Abstrakte Betrachtung der rechtspolitischen Handlungsoptionen.....	58
I. Erkenntnisse aus anderen Rechtsgebieten: Finanzmarktrecht.....	58
II. Untersuchung rechtspolitischer Handlungsoptionen .....	61
E. Konkrete Betrachtung rechtspolitischer Handlungsoptionen für personalisierte Newsfeeds, personalisierte Werbung und personalisierte Preise .....	67
I. Personalisierte Newsfeeds.....	67
II. Personalisierte Werbung .....	71
III. Personalisierte Preise .....	88
F. Ergebnis.....	97

<b>Kapitel 2: Gesundheitsdatenschutz .....</b>	<b>98</b>
A. Vorbemerkung.....	98
B. Begriffsbestimmungen .....	99
I. Definition „Fitness-Tracker“.....	99
II. Definition „Gesundheitsdaten“ .....	100
C. Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung.....	102
I. Diskussionsstand im Hinblick auf private Versicherungen.....	102
II. Diskussionsstand/ übertragbare Argumentationen im Hinblick auf gesetzliche Krankenversicherungen.....	106
III. Zu berücksichtigende bzw. übertragbare Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	109
IV. Europarechtliche Zulässigkeit einschränkender Regelungen im Hinblick auf die Datenschutzgrundverordnung .....	112
D. Stellungnahme .....	112
E. Regelungsvorschlag .....	117
F. Ergebnis.....	118
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>119</b>

# Zusammenfassung und Ergebnisse

---

Die Überlegungen der Arbeitsgruppe sind nach wie vor von dem Grundsatz getragen, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, soweit und solange das geltende („analoge“) Recht tragfähige Normen für die Folgen der Digitalisierung bereithält und es den Gerichten überantwortet werden kann, die neuen Sachverhalte durch Subsumtion unter vorhandene Normen sachgerechten Lösungen zuzuführen. Zudem ist eine Etablierung unterschiedlicher Regelungsregime für analoge und digitale Sachverhalte und damit eine weitere Fragmentierung des Rechts zu vermeiden. Etwaigem gesetzgeberischen Handlungsbedarf ist daher primär dadurch Rechnung zu tragen, dass die bereits vorhandenen Regelungsregime gegebenenfalls durch gezielte Sondervorschriften ergänzt werden.

Unter Berücksichtigung dessen sieht die Arbeitsgruppe gesetzgeberischen Handlungsbedarf hinsichtlich folgender Punkte:

- Bei der Erstellung personalisierter Trefferlisten im Internet sollten die wesentlichen Kriterien des Sortieralgorithmus offengelegt werden.
- Der Einsatz algorithmischer Entscheidungsfindung darf nicht zu Erleichterungen im Rahmen des Entlastungsbeweises nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG führen.
- Bei der Verwendung personalisierter Preise im Rahmen von Vertragsbeziehungen im Internet sollten die Unternehmen verpflichtet werden, dem Verbraucher gegenüber die Tatsache des Einsatzes algorithmischer Entscheidungssysteme zur personalisierten Preisbildung offenzulegen, ohne weitere Details der Preisfindung preisgeben zu müssen („transparentes Preisschild“).
- Die laufende Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten zu Zwecken der Tarifgestaltung in der privaten Krankenversicherung sollte für unzulässig erklärt werden.

# Vorgehensweise der Arbeitsgruppe

---

## A. Beschlusslage

Mit Beschluss zu TOP I.2 „Bericht der Länderarbeitsgruppe Digitaler Neustart“ der Frühjahrskonferenz vom 21. und 22. Juni 2017 in Deidesheim billigten und würdigten die Justizministerinnen und Justizminister den Bericht ihrer mit Beschluss vom 17. und 18. Juni 2015 eingesetzten Länderarbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ und erteilten dieser folgenden Arbeitsauftrag:

*„Die Justizministerinnen und Justizminister sind sich darin einig, dass die Arbeitsgruppe die Diskussion um die zivilrechtlichen Folgen der Digitalisierung, sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene, weiter begleiten soll. Unter diesem Aspekt beauftragen sie die Arbeitsgruppe, ihre Arbeit fortzusetzen und*

- a) sich vertieft mit bisher ausgeklammerten Themen, insbesondere den zivilrechtlichen Aspekten im Zusammenhang mit „Big Data“, zu befassen, sowie gegebenenfalls auch Fragestellungen, die sich aus der Dynamik der digitalen Entwicklung perspektivisch ergeben, aufzugreifen,*
- b) die bereits behandelten Themen im Blick zu halten und auf der Grundlage des Berichts den Austausch mit der Fachöffentlichkeit zu suchen und*
- c) bei Bedarf einzelne Themen wieder aufzugreifen und nochmals einer speziellen Prüfung zu unterziehen.“*

Unter TOP I. 9 „Marktmacht und Datenhoheit im Recht – Algorithmentransparenz bei Vertragsbeziehungen im Internet schaffen“ erteilten die Justizministerinnen und Justizminister der Länderarbeitsgruppe im Rahmen ihrer Konferenz vom 21. und 22. Juni 2017 verbunden mit einer Positionierung in der Sache folgenden weiteren Arbeitsauftrag:

- „1. Die Justizministerinnen und Justizminister stellen fest, dass durch den Einsatz von Algorithmen immer mehr Daten über Internetnutzerinnen und -nutzer gesammelt und diese bei der Erstellung von Angeboten (auch beim Preis) eingesetzt werden. Für die Nutzerinnen und Nutzer ist dabei oft nicht erkennbar, auf welchen Kriterien mittels Algorithmen entstandene Werbe- oder Vertragsangebote beruhen. Dies deutet auf ein Missverhältnis zwischen Nutzer- und Anbieterseite hin. Um informierte und selbstbestimmte Entscheidungen zu ermöglichen, halten die Justizministerinnen und Justizminister eine Prüfung für erforderlich, wie die wesentlichen Kriterien, aufgrund derer Algorithmen entscheiden, überprüfbar und für die Nutzerinnen und Nutzer besser erkennbar gemacht werden können.*

2. *Die Justizministerinnen und Justizminister bitten daher die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ um Prüfung, ob und gegebenenfalls welche rechtlichen Anpassungen geboten sind. Die Arbeitsgruppe wird gebeten, einen Zwischenbericht bis zur Justizministerkonferenz im Frühjahr 2018 vorzulegen.“*

Schließlich beschlossen die Justizministerinnen und Justizminister im Rahmen der vorbezeichneten Frühjahrskonferenz in Deidesheim unter TOP I.10 „Marktmacht und Datenhoheit im Recht – vertragliche Vereinbarungen über höchstpersönliche Gesundheitsdaten regeln“:

- „1. *Die Justizministerinnen und Justizminister nehmen zur Kenntnis, dass sensible private Gesundheitsdaten zum Gegenstand von vertraglichen Vereinbarungen über die Tariffhöhe bei privaten Versicherungen werden. Sollten sich derartige Geschäftsmodelle künftig durchsetzen, droht ein mittelbarer Zwang zur Ermittlung und zur Preisgabe derartiger hochsensibler Daten.*
2. *Die Justizministerinnen und Justizminister bitten daher die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ um Prüfung, ob und gegebenenfalls durch welche Maßnahmen sensible Gesundheitsdaten wirksam gegen die Kommerzialisierung geschützt werden sollten.“*

## **B. Arbeitsauftrag**

Der aus den vorstehend aufgeführten Beschlüssen folgende Arbeitsauftrag an die Arbeitsgruppe lässt sich in die Themen „Big Data“, mit dem Unterthema „Algorithmen“, sowie „Gesundheitsdatenschutz“ aufgliedern.

Im Bereich „Algorithmen“ ist das Zivilrecht in den Blick zu nehmen und hier insbesondere das Vertragsrecht, für das unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Privatautonomie die Erforderlichkeit und bei deren Bejahung die mögliche Ausgestaltung rechtlicher Anpassungen in Bezug auf algorithmenbasierte Werbe- und Vertragsangebote geprüft werden soll, die darauf abzielen, die Kriterien, aufgrund derer Algorithmen entscheiden, transparenter zu machen. Hinsichtlich der algorithmischen Entscheidungsfindung als solcher geht es insbesondere um das Phänomen, dass personenbezogene Daten der Nutzer erhoben werden und bei der algorithmischen Entscheidungsfindung Verwendung finden („Personalisierung“).

Ferner bezieht sich der Arbeitsauftrag auf das private Versicherungsrecht, für das vor dem Hintergrund vertraglicher Gestaltungen, die die Überlassung sensibler Gesundheitsdaten zum Gegenstand von Vereinbarungen über die Tariffhöhe machen, geprüft werden soll, ob und gegebenenfalls auf welche Weise Gesundheitsdaten wirksam gegen Kommerzialisierung geschützt werden können.

Demgegenüber werden mit Blick auf die thematische Begrenzung des Arbeitsauftrags andere Anwendungsbereiche algorithmenbasierter Entscheidungsfindung im

vorliegenden Bericht nicht näher untersucht. Zu diesen nachfolgend nicht ausdrücklich behandelten Anwendungen gehört beispielsweise der Einsatz von Algorithmen bei der Personalauswahl im Rahmen der Mitarbeitergewinnung und der Vergabe von Führungspositionen in Unternehmen<sup>1</sup> oder bei der Bonitätsprüfung im Vorfeld einer Kreditvergabeentscheidung (sogenanntes „Kreditscoring“).<sup>2</sup>

Schließlich soll seitens der Arbeitsgruppe der mit den zu untersuchenden Fragestellungen verbundene rechtspolitische Handlungsbedarf in Bezug auf den digitalen „Ist – Zustand“ abgeklärt werden.

## C. Tätigkeit der Arbeitsgruppe

Die Auftaktsitzung der Länderarbeitsgruppe unter Federführung Nordrhein-Westfalens fand am 26. September 2017 in der Landesvertretung Nordrhein-Westfalens beim Bund unter Beteiligung der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Freie und Hansestadt Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein sowie des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz statt.

Zur weiteren Bearbeitung wurde die Einrichtung zweier Arbeitsgruppen zu den Themenbereichen „Big Data, Algorithmentransparenz und Gesundheitsdaten“ unter Federführung Hessens (Arbeitsgruppe 1) und „Robotic Law (einschließlich Haftungsfragen und selbstlernende Algorithmen), Blockchain und Leistungsschutzrecht an Daten“ (Arbeitsgruppe 2) unter der Gesamtfederführung Nordrhein-Westfalens eingerichtet, die sich ihrerseits in drei Unterarbeitsgruppen untergliedert.

An der Arbeitsgruppe 1 unter Federführung Hessens wirkten die Länder Baden-Württemberg, Freie und Hansestadt Hamburg, Saarland und Schleswig-Holstein mit. Die Arbeitsgruppe 1 traf sich nach einer ersten vorbereitenden Besprechung im Anschluss an die Sitzung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe am 26. September 2017 zu einer Sachverständigenanhörung am 24. November 2017 in Saarbrücken. Im Rahmen der ganztägigen Veranstaltung vermittelten Prof. Dr. Mehlhorn (Direktor am Max-Planck Institut für Informatik, Saarbrücken) und Dr. Andreas Karrenbauer (Senior Researcher am Max-Planck Institut für Informatik, Saarbrücken) sowie Prof. Dr. Katharina Zweig (Professorin an der TU Kaiserslautern, Mitbegründerin der Initiative „Algorithm Watch“) in Form von Vorträgen und Workshops den Mitgliedern der Arbeitsgruppe zunächst ein technisches Verständnis der Materie. Die gewonnenen Erkenntnisse wurden in den folgenden Sitzungen rechtlich bewertet.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Werle*, Der Bierfaktor im Bewerbungsgespräch, Karriere-Spiegel vom 14.2.2017, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/karriere/recruiting-unternehmen-setzen-verstaerkt-auf-algorithmen-a-1132633.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>2</sup> *Lobe*, Wenn Algorithmen über die Bonität entscheiden, Der Standard vom 6.2.2015, abrufbar unter: <https://derstandard.at/2000011340593/Wenn-Algorithmen-ueber-die-Bonitaet-entscheiden> (letzter Abruf: 25.8.2018).

# Kapitel 1: Big Data

---

## A. Vorbemerkung

Unter dem Begriff Big Data ist ein Bündel neu entwickelter Methoden und Technologien zu verstehen, das die Erfassung, Speicherung und Analyse eines großen und beliebig erweiterbaren Volumens unterschiedlich strukturierter Daten ermöglicht. Charakteristisch für Big Data ist die Datenmenge (Volume), die Geschwindigkeit (Velocity) und die unterschiedliche Beschaffenheit (Variety) der komplex und vielfältig strukturierten Quellen wie zum Beispiel soziale Netzwerke, Fotos, Videos, Blogs, MP3-Dateien, E-Mails, Tweeds, Sensoren intelligenter Geräte.<sup>3</sup>

Mittlerweile generieren technische Geräte, Internetseiten und Software-Anwendungen massenhaft personen- oder nichtpersonenbezogene Daten, die in „Datenraffinerien“<sup>4</sup> aufbereitet, gespeichert und für die weitere Nutzung bereitgestellt werden. Die Aufbereitung verschiedener Sammlungen bestimmter Datentypen durch die Datenraffinerien führt dazu, dass die so geschaffenen „Datencontainer“ von Abnehmern maschinenlesbar neu miteinander kombiniert und so völlig neue, bisher unbekannte Korrelationen aufgedeckt werden können. So können Daten für neue Zwecke nutzbar gemacht werden und betroffene Personen mittels eines auf der Auswertung basierenden Profilings beispielsweise zum Ziel eines feinabgestimmten Direktmarketings werden. Letztendlich trifft man durch Big Data-Anwendungen Aussagen über statistische Korrelationen.

Es gibt kaum einen Bereich gesellschaftlichen Lebens, in dem keine Anwendungsgebiete von Big Data denkbar sind. Besonderes Potenzial erhofft man sich auf dem Gebiet der Früherkennung und Behandlung von Krankheiten, der Entwicklung neuer Therapien mittels personalisierter Medizin und Präzisionsmedizin, der Verhütung und Bewältigung großer Naturkatastrophen, der Verkürzung von Entwurfs- und Produktionszyklen in der Industrie und der Beschleunigung der Konzeption neuer Werkstoffe. Auch für die nationale Sicherheit und Verteidigung werden Anwendungsbereiche etwa in der Entwicklung komplexer Verschlüsselungstechniken sowie in der Rückverfolgung von Cyberangriffen und entsprechenden Abwehrmaßnahmen gesehen.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Sabine Horvath, Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: „Aktueller Begriff Big Data“ unter [https://www.bundestag.de/blob/194790/.../big\\_data-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/194790/.../big_data-data.pdf); (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>4</sup> Vgl. Andreas Weigend, Data For The People, S. 31 ff..

<sup>5</sup> Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates zu Gründung des gemeinsamen Unternehmens für europäisches Hochleistungsrechnen (COM (2018) 8 final).

Gleichzeitig kristallisieren sich Anwendungsbereiche heraus, die Risiken bergen oder schlicht mit unserem Rechtssystem unvereinbar sind. So berechnet in fast jedem US-Bundesstaat vor Gericht eine Software die Rückfallwahrscheinlichkeit von Straftätern. In Großbritannien und den Vereinigten Staaten werden Bewerber auf einen Arbeitsplatz in online - Auswahlverfahren ohne menschliche Beteiligungen aussortiert. Dabei werden auch Erkenntnisse, die im Rahmen des Kredit Scorings gewonnen wurden, verarbeitet.

## B. Algorithmen

Als Unterkategorie zum Thema Big Data kann man Algorithmen begreifen. Diese kommen bei Big Data-Anwendungen bei den unterschiedlichsten Datenverarbeitungsschritten zum Einsatz.<sup>6</sup>

### I. Begriff des Algorithmus

#### 1. Zum Begriff des Algorithmus im Allgemeinen

Algorithmen sind nicht erst im „Digitalen Zeitalter“<sup>7</sup> entwickelt worden. Vielmehr wird etwa der von Euklid im dritten Jahrhundert vor Christus in seiner Schrift „Die Elemente“ niedergelegte „Euklidische Algorithmus“ als einer der frühesten schriftlichen Verkörperungen von Algorithmen angesehen.<sup>8</sup> Der Begriff des Algorithmus wird auf den persischen Gelehrten Abu Ja`far Muhammad ibn Musa al-Chwarizmi<sup>9</sup> zurückgeführt, der in einer Schrift aus dem 9. Jahrhundert nach Christus ein mathematisches Lehrbuch über die indischen Zahlen verfasst hatte, das die Basis für das heutige Dezi-

<sup>6</sup> Zur Definition des Begriffs „Datenverarbeitung“ vgl. Art. 4 Nr. 2 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO).

<sup>7</sup> So wörtlich: *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 Fußnote 2. Der Beginn des „Digitalen Zeitalters“ wird im Jahr 2002 verortet, da die Menschheit in diesem Jahr erstmals in der Lage gewesen sein soll, mehr Informationen digital als analog zu speichern: [https://de.wikipedia.org/wiki/Digitale\\_Revolution#cite\\_note-HilbertLopez2011-2](https://de.wikipedia.org/wiki/Digitale_Revolution#cite_note-HilbertLopez2011-2) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>8</sup> *Ziegenbalg/Ziegenbalg/Ziegenbalg*, Algorithmen von Hammurapi bis Gödel, S. 9, abrufbar unter <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> ((letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>9</sup> Die Schreibweise für den Namen variiert teilweise, so dass sich etwa anstelle von „al-Chwarizmi“ „al-Khowarizm“ oder „al-Khwarismi“ sowie andere Schreibweisen zu finden sind. So etwa bei: *Ziegenbalg et al*, S. 19, <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018), bei: <https://de.wikipedia.org/wiki/Al-Chwarizmi> (letzter Abruf: 25.8.2018), *Zweig*, Arbeitspapier: Was ist ein Algorithmus?, abrufbar unter: <https://algorithmwatch.org/de/arbeitspapier-was-ist-ein-algorithmus/> oder <http://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/lexikon/technologien-methoden/Informatik--Grundlagen/Algorithmus/index.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).



malsystem gelegt haben soll und dessen lateinische Übersetzung seines vom Geburtsort abgeleiteten Namensbestandteils „al-Chwarizmi“ „Algorithmi“ lautete.<sup>10</sup>

Der Begriff Algorithmen umfasst in seiner allgemeinsten, fachdisziplinenübergreifenden Bedeutung ein aus einzelnen Handlungsschritten bestehendes abstrakt und abschließend definiertes „schematisches Problemlösungsverfahren“<sup>11</sup>. Anders ausgedrückt geht es um einen „Lösungsplan“<sup>12</sup>, der in detailliert umschriebenen, miteinander verknüpften Lösungsschritten „Eingabedaten in Ausgabedaten“ umsetzt.<sup>13</sup> Damit reicht die Anwendungsbreite von alltäglichen Handlungsleitfäden wie hinreichend präzise verfassten<sup>14</sup> Kochrezepten, Bedienungsanleitungen, Formeln zur Berechnung des sogenannten Body-Mass-Index (BMI)<sup>15</sup> oder zur Bestimmung des Osterdatums nach dem gregorianischen Kalender (sogen. „Oster-Algorithmus“)<sup>16</sup> bis hin zu Aufgabenlösungsanleitungen in den unterschiedlichsten Gebieten der Wissenschaft (Logik, Philosophie, mathematische Wissenschaften, Sprachwissenschaften, Sozialwissenschaft, Naturwissenschaften).<sup>17</sup>

Eine elementare Rolle spielen Algorithmen in der Mathematik und in der Informatik. Ihre Bedeutung für diese beiden Wissenschaften in der Gesamtschau wird dahingehend beschrieben, dass die Algorithmik ein zentrales Themengebiet ist, in dem sich beide Wissenschaften „überschneiden“ und sich thematische Schnittmengen bil-

<sup>10</sup> *Ziegenbalg et al*, S. 19, <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018); <https://de.wikipedia.org/wiki/Al-Chwarizmi>; *Zweig, Katharina*, Arbeitspapier: Was ist ein Algorithmus? Abrufbar unter: <https://algorithmwatch.org/de/arbeitspapier-was-ist-ein-algorithmus/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>11</sup> *Broy*, Informatik. Eine grundlegende Einführung, S. 31; *Mellouli*, Algorithmen in: Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik. Online Lexikon, abrufbar unter: <http://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/lexikon/technologien-methoden/Informatik--Grundlagen/Algorithmus/index.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>12</sup> *Czernik*, Was ist ein Algorithmus? – Definition und Beispiele, abrufbar unter: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/was-ist-ein-algorithmus-definition-und-beispiele/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>13</sup> *Czernik*, Was ist ein Algorithmus? – Definition und Beispiele, abrufbar unter <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/was-ist-ein-algorithmus-definition-und-beispiele/> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>14</sup> Da eine charakteristische Eigenschaft von Algorithmen darin besteht, dass sie zu einem reproduzierbaren Ergebnis führen, erfüllt ein Kochrezept die Anforderungen an einen Algorithmus nur, wenn es so bestimmt verfasst ist, dass es keine „Auslegungsspielräume“ enthält, die auf Erfahrungswissen des Verwenders abzielen: *Hromkovic*, Sieben Wunder der Informatik, S. 37.

<sup>15</sup> *Czernik*, Was ist ein Algorithmus? – Definition und Beispiele, abrufbar unter: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/was-ist-ein-algorithmus-definition-und-beispiele/> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>16</sup> Vgl. zur „Gaußschen Osterformel“: [https://de.wikipedia.org/wiki/Gau%C3%9Fsche\\_Osterformel](https://de.wikipedia.org/wiki/Gau%C3%9Fsche_Osterformel) (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>17</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus> (letzter Abruf 25.8.2018); *Ziegenbalg et al*, S. 18, <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf 25.8.2018).

den.<sup>18</sup> Aber auch in der Mathematik und Informatik gibt es, soweit ersichtlich, keine „allgemein anerkannte“ Definition des Algorithmus<sup>19</sup>. Hier wie in einschlägigen Enzyklopädien<sup>20</sup> finden sich vielmehr zahlreiche, häufig in den Kernelementen übereinstimmende Definitionen, die der eingangs angeführten allgemeinen Begriffsumschreibung nahe kommen.<sup>21</sup> Ist der Algorithmus in einer „Sprache“ bzw. einer Zeichenabfolge formuliert, der einer Ausführung durch einen Computer zugänglich ist, so spricht man von einem „Programm“.<sup>22</sup>

Bei aller begrifflichen Unschärfe gibt es gleichwohl charakteristische Eigenschaften von Algorithmen, die nach jedenfalls verbreiteter Auffassung für Algorithmen prägend sind und daher zu deren Umschreibung herangezogen werden können.

Demnach muss das Problemlösungsverfahren, das einen Algorithmus ausmacht, in einem endlichen Text bzw. einer endlichen Zeichenfolge beschrieben sein („Endlichkeit“)<sup>23</sup>, so präzise formuliert sein, dass es von Mensch und/oder Computer ohne Weiteres umgesetzt werden kann („Eindeutigkeit“<sup>24</sup> und „Ausführbarkeit“<sup>25</sup>) und schließlich ein die Aufgabenstellung zutreffend lösendes, bei gleicher Dateneingabe reproduzierbares Ergebnis liefern („Korrektheit“)<sup>26</sup>. Ferner wird, wenn dies auch keine essentielle Eigenschaft eines Algorithmus sein mag, gefordert, dass der Algorithmus bei jedweder Dateneingabe zur Vermeidung einer sogenannten „Endlosschleife“

<sup>18</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus> (letzter Abruf 25.8.2018); *Ziegenbalg et al*, S. 18, <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (abgerufen am 10.1.2018).

<sup>19</sup> *Promberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen, S. 32.

<sup>20</sup> Vgl. etwa die Zusammenstellung bei: *Ziegenbalg et al*, S. 21 – 23, <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (abgerufen am 10.1.2018).

<sup>21</sup> So etwa: *Vieth/Müller-Eiselt*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 9, abrufbar unter: [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf 25.8.2018) in Anlehnung an die klassische Definition von *Cormen/Leiserson/Rivest/Stein*, *Introduction to Algorithms*; vgl. etwa auch die Definition bei *Broy*, *Informatik. Eine grundlegende Einführung*, S. 31 oder bei *Ziegenbalg et al*, S. 23, abrufbar unter: <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>22</sup> *Ziegenbalg et al*, S. 25, abrufbar unter: <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf>; *Promberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen, S. 82.

<sup>23</sup> *Promberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen, S. 34; abrufbar unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus#Algorithmus\\_und\\_Programme](https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus#Algorithmus_und_Programme); *Ziegenbalg et al*, S. 18 (letzter Abruf: 25.8.2018), <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>24</sup> *Promberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen, S. 34; *Cormen*, *Algorithms unlocked*, S. 1 f.; *Ziegenbalg et al*, S. 24, abrufbar unter: <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>25</sup> *Promberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen, S. 34; abrufbar unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus#Algorithmus\\_und\\_Programme](https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus#Algorithmus_und_Programme).

<sup>26</sup> *Promberger/Dobler*, Algorithmen und Datenstrukturen, S. 34; *Cormen*, *Algorithms unlocked*, S. 2.

nach einer endlichen Zahl von Schritten zu einem Ende kommt<sup>27</sup> und „zeiteffizient“ ausgelegt ist.<sup>28</sup>

## 2. Zum Begriff des Algorithmus im Kontext der Diskussion um die Algorithmenregulierung

Die obige Darstellung der vielfältigen Einsatzmöglichkeiten zeigt, dass man algorithmische Entscheidungssysteme nicht per se fürchten muss. Viele algorithmische Entscheidungssysteme bergen weder Gefahren, noch drohen Diskriminierungen oder Teilhabeausschluss. Beispielhaft kann hier das Navigationssystem genannt werden, das mit einem mehr oder weniger tauglichen Schnellster-Weg-Algorithmus ausgestattet ist. Im schlechtesten Fall weist der Algorithmus einfach nicht den schnellsten Weg aus. Die Verbraucher werden das Produkt meiden, da es den gewünschten Erfolg nicht herbeiführt. Eine staatliche Kontrolle ist nicht erforderlich.

Darüberhinaus drängt sich rein praktisch ferner auf, dass es kein einheitliches Kontrollwerkzeug für alle erdenklichen algorithmischen Entscheidungssysteme geben wird. Ganz allgemeine Kontrollen scheitern bereits an der Vielfältigkeit und schlichten Masse von Algorithmen. Matt Cutts, Head of Googles Webspam Team, wurde beispielsweise damit zitiert, dass Google im Verlauf des Jahres 2012 665 Änderungen am Ranking-Algorithmus vorgenommen habe.<sup>29</sup> Jede dieser Änderungen im Einzelnen nachzuvollziehen, dürfte schlicht nicht leistbar sein.

Wenn es um die Kontrolle von algorithmischen Entscheidungssystemen geht, ist vielmehr sektorspezifisch zu fragen, in welchen Bereichen diese in besonderem Maße Risiken in sich bergen, die sich im hier zu untersuchenden Bereich des Zivilrechts beispielsweise in Form von Diskriminierung und Teilhabeausschluss ausdrücken. So wie eine rein menschlich getroffene Entscheidung ohne Zuhilfenahme technischer Einrichtungen nicht neutral ist, ist dies auch kein Algorithmus.<sup>30</sup> Wissenschaftler, Algorithmen-Designer und Programmierer entwickeln eine Handlungsanweisung, die potentiell millionenfach ausgeführt wird, ohne dass die physische Anwesenheit der Entwickler erforderlich ist und ohne die Begrenzung menschlicher Kapazitäten.<sup>31</sup> Im

---

<sup>27</sup> Teilweise wird dies auch für eine unverzichtbare Eigenschaft von Algorithmen gehalten: <https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/was-ist-ein-algorithmus-definition-und-beispiele/> (letzter Abruf 25.08.2018); a.A.: *Ziegenbalg et al*, S. 24, abrufbar unter: <http://www.ziegenbalg.ph-karlsruhe.de/materialien-homepage-jzbg/Manuskripte/AHG-1u2.pdf> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>28</sup> *Cormen*, *Algorithms unlocked*, S. 4; abrufbar unter [https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus#Algorithmus\\_und\\_Programme](https://de.wikipedia.org/wiki/Algorithmus#Algorithmus_und_Programme) (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>29</sup> <https://www.sistrix.de/frag-sistrix/google-algorithmus-aenderungen/google-page-layout-algorithm-update-ads-above-the-fold/wie-haeufig-nimmt-google-algorithmus-aenderungen-vor/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>30</sup> *Busch*, *Algorithm Accountability*, S. 20, abrufbar unter: <http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>31</sup> *Zweig*, *Algorithm Watch*, 1. Arbeitspapier: Was ist ein Algorithmus, abrufbar unter: <https://algorithmwatch.org/de/arbeitspapier-was-ist-ein-algorithmus/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

Laufe des Entwicklungsprozesses kann es, bewusst oder unbewusst, zu Weichenstellungen kommen, die nachher in der Anwendung zu diskriminierenden Ergebnissen führen. Denkbar sind konzeptionelle Fehler im Algorithmen-Design, die dazu führen, dass der Algorithmus das mathematische Problem, für das er entwickelt wurde, schlicht nicht löst.<sup>32</sup> Denkbar sind ferner Implementierungsfehler. Hierbei wird beispielsweise der eigentlich korrekte Algorithmus fehlerhaft programmiert. Bedeutsam sind auch Fehler in der Modellierungsphase. Bei der Modellierung werden Modellierungsentscheidungen getroffen. Für das „Kürzeste-Wege-Problem“ muss zum Beispiel genau festgelegt werden, welche Arten von Daten genutzt werden können (aktuelle Verkehrsdichte, Kapazitäten der Straßen, Länge der Straßen, aktuelle Baustellen) und nach welchen Parametern optimiert werden soll (Minimierung der Gesamtlänge oder Minimierung der Fahrtzeit oder möglichst schöne Strecke oder möglichst wenig Autobahn). An dieser Stelle ist Platz für subjektive Entscheidungen der Designer. Die nächste Fehlerquelle besteht in fehlerhaften oder unzureichenden Daten. Der Algorithmus benötigt Eingabedaten, die in ihrer Qualität stark variieren können. Insbesondere bei selbstlernenden Algorithmen können die Daten zum Training des Algorithmus unzureichend sein, indem nicht genügend Daten für alle zu unterscheidenden Klassen vorhanden sind. Schließlich kann auch ein an sich korrekter Algorithmus aufgrund der Interaktion mit den Nutzern zu gesellschaftlich unerwünschten Nebenwirkungen führen. Dieses Phänomen ist insbesondere bei der automatischen Suchvervollständigung aufgetreten.

In Kenntnis möglicher Fehlerquellen sind zunächst diejenigen Algorithmen zu extrahieren, die von Computerprogrammen mit „Außenwirkung“ gegenüber Dritten, seien es Nutzer der Programme oder sonstige Betroffene, ausgeführt werden.<sup>33</sup> Diese Algorithmen entfalten regelmäßig Außenwirkung durch das Treffen von Entscheidungen, die die Belange des Nutzers oder der sonstigen Betroffenen berühren, da sie in Entscheidungssysteme eingebunden sind. Dies wird mit den Begriffen „algorithmische Entscheidungsfindung“<sup>34</sup> bzw. „algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse“<sup>35</sup> umschrieben.

---

<sup>32</sup> Vollständige Darstellung der Fehlerquellen in: *Zweig*, Algorithm Watch, 2. Arbeitspapier: Überprüfbarkeit von Algorithmen, abrufbar unter <https://algorithmwatch.org/de/zweites-arbeitspapier-ueberpruefbarkeit-algorithmen/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>33</sup> So wörtlich *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 Fußnote 1.

<sup>34</sup> *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026; *Vieeth/Müller-Eiselt*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 10, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>35</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 3, abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf)

[07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf 25.8.2018). Teilweise wird insoweit auch auf

In einem weiteren Schritt ist zu fragen, welche weiteren Klassifizierungsmerkmale herangezogen werden können, um relevante Algorithmen herauszufiltern. Dabei wird insbesondere von Autoren, die eine Regulierung befürworten, weiterhin danach differenziert, welche Eingriffstiefe im Rahmen einer etwaigen Regulierung in Betracht käme. *Martini* umschreibt (potentiell) regulierungsbedürftige digitale Algorithmen mit der Formulierung „Algorithmen in persönlichkeitsensiblen Feldern“<sup>36</sup>. Für solche Algorithmen kann er sich Regelungen zur Verbesserung der Transparenz (Kennzeichnungspflichten, Begründungspflichten) vorstellen.<sup>37</sup> Die weitere Eingriffsschwelle, die darüber hinausgehende Eingriffe (wie z.B. Vorab-Kontrollverfahren) ermöglicht, beschreibt er als Algorithmen in „besonders persönlichkeitsensiblen“<sup>38</sup> Entscheidungsbereichen. Bei beiden Kategorien wird indes darauf abgehoben, dass die vorgeschlagenen Klassifizierungsmerkmale einer erheblichen Konkretisierung anhand hinreichend bestimmter Kriterien bedürfen, deren Normierung dem Gesetzgeber obliegt.<sup>39</sup>

Der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. zielt in seinem Thesenpapier „Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse“ auf eine dreistufige Überprüfung ab. Auf der ersten Stufe steht zunächst sozusagen das Herausfiltern der digitalen Algorithmen, die einer weiteren Prüfung und mithin auch einer Regulierung bedürftig sein könnten. Hierfür schlägt das Papier das Kriterium vor, dass ein algorithmischer Entscheidungsprozess „signifikante“ bzw. „große Auswirkungen auf Individuen und Gesellschaft“ haben könnte.<sup>40</sup> Als Kriterien für diese Prüfung werden die „politische und ökonomische Macht des Betreibers“, die Abhängigkeit vom Zugang zu dem von der Entscheidungsfindung betroffenen Angebot, die „Auswirkung“ des Entscheidungsprozesses „auf die weitere Lebensgestaltung des Betroffenen“ oder die Zahl der Betroffenen angeführt.<sup>41</sup> Wird auf dieser Stufe jedenfalls festgestellt, dass der algorithm-

---

den angelsächsischen Terminus „algorithmic decision making“ abgestellt und auch im Deutschen von „ADM-Prozessen“ gesprochen: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 3, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf 25.8.2018); Algorithm Watch, Das ADM – Manifest, abrufbar unter: <https://algorithmwatch.org/de/das-adm-manifest-the-adm-manifesto/> (letzter Abruf 25.8.2018); *Lischka*, Neun Chancen, neun Risiken algorithmischer Entscheidungsfindung, abrufbar unter: <http://www.konradlischka.info/2017/05/blog/neun-chancen-neun-risiken-algorithmischer-entscheidungsfindung/> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>36</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1020).

<sup>37</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1020).

<sup>38</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1021).

<sup>39</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1021).

<sup>40</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 9, abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>41</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 9, abrufbar unter:

mische Entscheidungsprozess „gesellschaftlich relevant“<sup>42</sup> ist, so seien Kennzeichnungspflichten in Betracht zu ziehen.<sup>43</sup> Bei Feststellung „signifikanter Auswirkungen auf Individuen und Gesellschaft“ sollten für einen zweiten Schritt Rechtsgrundlagen für eine Einsichtnahme geschaffen werden, die neben der Prüfung persönlicher und gesellschaftlicher Folgewirkungen insbesondere auch eine Überprüfung der Übereinstimmung mit den gesetzlichen Anforderungen umfasse.<sup>44</sup> Auf der Grundlage der Überprüfung könne bei Schaffung entsprechender rechtlicher Grundlagen in einem dritten Schritt über etwaige Maßnahmen entschieden werden. Unabhängig von dieser „Drei-Schritt-Prüfung“ komme ein Zulassungs- bzw. Vorabkontrollverfahren stets dann in Betracht, wenn die Entscheidungsergebnisse des Algorithmus mit „Risiken für Leib und Leben“ verbunden seien.<sup>45</sup>

Demgegenüber stellen *Vieth/Wagner* in einer Expertise für die Bertelsmann Stiftung für eine Klassifizierung von Algorithmen nach ihrer potentiellen Regulierungsrelevanz auf das Kriterium der „Teilhaberelevanz“<sup>46</sup> ab. Dabei gehen auch sie mit Blick auf dieses Kriterium von unterschiedlichen Eingriffs- bzw. Regulierungsstufen in Abhängigkeit von dem Ausmaß der mit dem Algorithmus potentiell verbundenen „Teilhabewirkung“ aus.<sup>47</sup> Ferner wollen auch sie mit Blick auf das von ihnen für relevant erachtete Differenzierungskriterium nicht sämtliche Algorithmen auf ihre Regulierungsbedürftigkeit hin untersuchen, sondern Algorithmen erst ab einer „bestimmten Grund-

---

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>42</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 10, abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>43</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 10, abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>44</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 10 f., abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>45</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 9, abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>46</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 22, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>47</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 22, abrufbar unter [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

schwelle von Teilhabewirkung“ einer Prüfung zuführen.<sup>48</sup> Die Teilhaberelevanz wollen die Autoren nicht „binär“<sup>49</sup> bestimmen, sondern anhand dreier als maßgeblich erachteter Kriterien („Akteure“, „soziale Einbettung“ und „Konsequenzen“<sup>50</sup>), denen wiederum weiteren Unterkriterien zugeordnet sind. Dies sind die Kriterien „Wettbewerb“ und „Abhängigkeit“ (für das Hauptkriterium „Akteure“),<sup>51</sup> „Selbstbestimmung“ und „Anpassung“ (für das Hauptkriterium „soziale Einbettung“)<sup>52</sup> sowie „Reichweite“ und „Systemveränderung“ (für das Hauptkriterium „Konsequenzen“).<sup>53</sup>

*Busch* unterscheidet in seinem Gutachten zum ABIDA – Projekt nach dem mit einem Algorithmus verbundenen „Grad der Gefährdung“ und dem „Rang der gefährdeten Rechtsgüter“ und schlägt eine an diesen Kriterien ausgerichtete „Kontrolldichte“ vor, die in einen „Regulierungsmix aus behördlicher Kontrolle, zivilrechtlichen Rechtsbehelfen und Selbstregulierung“ münden soll.<sup>54</sup> Gesetzgeberische Eingriffe sollen von Kennzeichnungspflichten für „sensible Bereiche“ bis hin zu normativen Vorgaben für die Algorithmenentwicklung und einem „Vorabgenehmigungsverfahren“ für „besonders gefahrträchtige Anwendungen“ reichen.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 22, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>49</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 22, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>50</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 22, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>51</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 22, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>52</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 23, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>53</sup> *Vieth/Wagner*, Teilhabe, ausgerechnet. Wie algorithmische Prozesse Teilhabechancen beeinflussen können, *Gütersloh* 2017, S. 23, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe\\_ausgerechnet.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Teilhabe_ausgerechnet.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>54</sup> *Busch*, Algorithmic Accountability, S. 71, abrufbar unter: <http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>55</sup> *Busch*, Algorithmic Accountability, S. 71 f., abrufbar unter: <http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).

## II. Anwendungsgebiete von Algorithmen im Kontext des Arbeitsauftrages

Von den vielfältigen Algorithmen mit Außenwirkung sollen in diesem Bericht, ausgerichtet an dem Arbeitsauftrag, die häufig thematisierten Anwendungsbereiche von Algorithmen in den Bereichen der personalisierten Werbung, personalisierten Trefferlisten und fortlaufend aktualisierten Informationsangebote (sogen. „newsfeed“) sowie der personalisierten Preise untersucht werden.

### 1. Personalisierte Trefferlisten sowie personalisierte fortlaufend aktualisierte Informationsangebote (sogenannte „Newsfeeds“)

Da Unternehmen, die Internetsuchmaschinen, Handelsplattformen und Soziale Online-Netzwerke mit Newsfeed-Funktionen (= Intermediäre<sup>56</sup>) betreiben, die von ihnen entwickelten und eingesetzten Algorithmen, die Suchergebnisse oder Newsfeeds erzeugen und steuern, regelmäßig als Geschäftsgeheimnis hüten und allenfalls grundlegende Informationen zu deren Funktionsweise veröffentlichen, ist das Ausmaß der Heranziehung und Gewichtung personenbezogener Daten der Nutzer mit der Folge starker oder geringer Personalisierung der Treffer- bzw. Newsfeedliste naturgemäß von Dienst zu Dienst verschieden und für die einzelnen Anbieter weder den Nutzern noch der (Fach-)Öffentlichkeit im Detail bekannt.<sup>57</sup> Es ist allerdings angesichts der Zweckbestimmung und des Geschäftsmodells Sozialer Online-Netzwerke für jeden Nutzer offenkundig, dass diese dessen im Rahmen der Anlegung des Benutzeraccounts und der Nutzung des Dienstes durch Veröffentlichen, Aufrufen, Teilen, Kommentieren und Liken von Inhalten sowie durch das Begründen und Beenden von „Freundschaften“ oder „Follower“-Beziehungen erzeugte Daten speichern und als einen Parameter für ihren Newsfeed-Algorithmus heranziehen,<sup>58</sup> der sich grundsätzlich – ebenso wie Trefferlisten in Suchmaschinen und Handelsplattformen – an einer Sortierung angezeigter Daten nach deren Relevanz für den Nutzer orientiert.<sup>59</sup> Das Ausmaß der Personalisierung und deren Gewichtung im

---

<sup>56</sup> Zur Begriffsdefinition: vgl. <https://www.die-medienanstalten.de/themen/intermediaere/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>57</sup> Vgl. etwa die Darstellung öffentlich bekannter Informationen zu personalisierten Kriterien für den google- und den Facebook-Algorithmus: *Lischka/Stöcker*, Wie algorithmische Prozesse den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen. Arbeitspapier im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, *Gütersloh* 2017, S. 22 ff, abrufbar unter: [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale\\_Oeffentlichkeit\\_final.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale_Oeffentlichkeit_final.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>58</sup> Dabei können die in Bezug auf die Interaktion von Nutzern hinsichtlich einer Veröffentlichung erhobenen Daten sehr vielfältig und weitreichend sein. Zum Twitter-Algorithmus wurde etwa bekannt, dass er auch die Lesezeiten der Tweets als Kriterium für die Relevanzsortierung heranzieht, *Mühlenmeier*, Twitter schreibt mit, wie lange ein Tweet gelesen wird, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2017/twitter-schreibt-mit-wie-lange-ein-tweet-gelesen-wird/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>59</sup> *Brühl/Stratmann*, So baut Zuckerberg den Facebook-Algorithmus um, <http://www.sueddeutsche.de/digital/facebook-so-baut-zuckerberg-den-facebook-algorithmus-um->



Rahmen des Newsfeed-Algorithmus ist essentieller Bestandteil der Geschäftspolitik des jeweiligen Betreibers und häufig Gegenstand allgemeiner Statements der Betreiber zu Änderungen des Algorithmus sowie Gegenstand diesbezüglicher grundlegender öffentlicher Debatten.<sup>60</sup> Auch bei Internethandelsplattformen, insbesondere wenn deren Nutzer über ein Benutzerkonto angemeldet und identifiziert sind, dürfte es der allgemeinen Nutzererwartung entsprechen, dass der Algorithmus, der die vom Nutzer gesuchten Produkte in einer Trefferliste anzeigt, bei der Sortierung der Suchergebnisse unter Relevanzgesichtspunkten die bereits gespeicherten Kundendaten einbezieht und damit das Suchergebnis personalisiert. Selbst wenn beispielsweise die digitale Plattform Amazon ihren Algorithmus ebenso wenig wie die anderen Anbieter im Detail offenlegt, kann man bereits der Datenschutzerklärung auf der Webseite der Plattform und damit einer Verlautbarung des Unternehmens selbst entnehmen, dass die Plattform „alle Informationen speichert und erfasst“, die der Nutzer „auf der Webseite eingibt oder in anderer Weise übermittelt“.<sup>61</sup> Darüber hinaus werden auch geräte- und softwarebezogene Informationen erhoben sowie Informationen zum Nutzerverhalten wie etwa die Dauer des Verweilens bei einem Post,<sup>62</sup> „die Dauer des Besuchs auf einer Detailseite, Informationen zur Interaktion zwischen Seiten (z.B. Scrolling, Klicken, Mouse-overs) und über das Verlassen der Seite“.<sup>63</sup> Dabei legt Amazon ausdrücklich offen, dass die Daten auch dazu verwendet werden, das „Einkaufserlebnis individuell zu gestalten und stetig zu verbessern“, wozu auch gehört, dem Kunden „Produkte oder Dienstleistungen zu empfehlen, die ihn interessieren könnten“.<sup>64</sup> Damit ergibt sich schon aus den Verlautbarungen von Amazon

---

1.3822756 (aufgerufen am 16.1.2018); *Bauer*, 6 Fakten zum Instagram Algorithmus: So gewinnst Du an Relevanz, <https://onlinemarketing.de/news/wissenwerte-fakten-instagram-algorithmus-maximierung-relevanz> (aufgerufen am 16.1.2018).

<sup>60</sup> *Brühl/Stratmann*, So baut Zuckerberg den Facebook-Algorithmus um; abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/facebook-so-baut-zuckerberg-den-facebook-algorithmus-um-1.3822756> (letzter Abruf: 25.8.2018); *Bauer*, 6 Fakten zum Instagram Algorithmus: So gewinnst Du an Relevanz, abrufbar unter: <https://onlinemarketing.de/news/wissenwerte-fakten-instagram-algorithmus-maximierung-relevanz> (letzter Abruf: 25.8.2018); *Mühlenmeier*, Twitter schreibt mit, wie lange ein Tweet gelesen wird, abrufbar unter: <https://netzipolitik.org/2017/twitter-schreibt-mit-wie-lange-ein-tweet-gelesen-wird/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>61</sup> [https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A\\_\\_SECTION\\_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A__SECTION_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>62</sup> *Lischka/Stöcker*, Wie algorithmische Prozesse den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen. Arbeitspapier im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, *Gütersloh* 2017, S. 22 ff, abrufbar unter: [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale\\_Oeffentlichkeit\\_final.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale_Oeffentlichkeit_final.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>63</sup> [https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A\\_\\_SECTION\\_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A__SECTION_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>64</sup> [https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A\\_\\_SECTION\\_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A__SECTION_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE) (letzter Abruf: 25.8.2018).

selbst, dass der seitens des Unternehmens eingesetzte Sortieralgorithmus auch individuelle Parameter zum Zwecke einer personalisierten Trefferliste verwendet. Dies liegt auch im Trend weiterer Internethandels- oder vertriebsplattformen wie etwa der Unternehmen Zalando<sup>65</sup>, Ebay<sup>66</sup> oder Booking.com<sup>67</sup>, die erklärtermaßen mittels Algorithmen erzeugte Suchergebnisse in jüngerer Zeit stärker personalisiert haben oder zeitnah beabsichtigen, dies zu tun. Auf der anderen Seite konnten etwa im Zusammenhang mit der Bundestagswahl 2017 bei Google keine hinreichenden Anhaltspunkte für Personalisierungen erkannt werden.<sup>68</sup>

## 2. Personalisierte Werbung

Bei der Nutzung zahlreicher Internetdienste (Suchmaschinen, Nachrichtenportale, Soziale Netzwerke, Handelsplattformen) wird Werbung von Drittanbietern eingespielt. Hierbei kommen regelmäßig digitale Algorithmen zum Einsatz, um die angezeigte Werbung möglichst zielgruppenorientiert zu präsentieren. Diese Algorithmen ziehen dabei personenbezogene Nutzerdaten heran, die beispielsweise aus der aktuellen Nutzung des besuchten Internetdienstes in Echtzeit (z.B. Inhalt der Dateneingabe in das Eingabefeld einer Suchmaschine, Tippverhalten bei der Bedienung der PC-Tastatur<sup>69</sup>, Scrollverhalten, Erfassung gerätebezogener Informationen (wie verwendetes PC-Modell, Version des verwendeten Betriebssystems, Gerätekennungen<sup>70</sup>, IP-Adresse<sup>71</sup>) resultieren, bei früheren Besuchen der Seite erhoben und z.B.

---

<sup>65</sup> Penke, Personalisierte Shops: Zalando investiert zweistelligen Millionenbetrag, abrufbar unter: <https://www.gruenderszene.de/allgemein/zalando-amazon-otto-investment-personalisierung> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>66</sup> Pohlgeers, Ebay garantiert die schnelle Lieferung und will mehr Personalisierung, abrufbar unter: <https://www.onlinehaendler-news.de/handel/internationales/28659-ebay-garantiert-schnelle-lieferung-mehr-personalisierung.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>67</sup> <https://news.booking.com/bookingcom-mit-neuem-tool-fur-die-personalisierte--reise--und-hotel-suche-nach-interessen-und-hobbies/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>68</sup> Krafft/Gamer/Laessing/Zweig, Filterblase geplatzt? Kaum Raum für Personalisierung bei Google-Suche zur Bundestagswahl 2017, abrufbar unter: <https://algorithmwatch.org/de/filterblase-geplatzt-kaum-raum-fuer-personalisierung-bei-google-suchen-zur-bundestagswahl-2017/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>69</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Tippverhalten> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>70</sup> Datenschutzerklärung von google, abrufbar unter: <https://www.google.de/policies/privacy/> (abgerufen am 16.01.2018); Datenschutzerklärung von amazon, abrufbar unter: [https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A\\_\\_SECTION\\_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A__SECTION_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>71</sup> Datenschutzerklärung von google, abrufbar unter: <https://www.google.de/policies/privacy/> (letzter Abruf: 25.8.2018); Datenschutzerklärung von amazon, abrufbar unter: [https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer\\_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A\\_\\_SECTION\\_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE](https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=footer_privacy?ie=UTF8&nodeId=201909010#GUID-9DFA0CFF-9E83-4207-8EE5-5B1B8CFC3F4A__SECTION_B1A612A0C0F44BECB53C001C486B5CFE) (letzter Abruf: 25.8.2018).

mit Hilfe von Cookies<sup>72</sup> gespeichert wurden<sup>73</sup> oder nach Authentifizierung des Nutzers von Datenhändlern in Echtzeit erworben werden, um diese zur Platzierung einer individualisierten Werbung zu verwenden.<sup>74</sup> Hierbei können zugleich auch die infolge der Nutzung des Internetdienstes generierten Nutzerdaten in Echtzeit an dritte Anbieter (wie z.B. Datenhändler) übertragen werden.<sup>75</sup> Dabei mögen die Geschäftspraktiken und technischen Lösungen ebenso vielfältig sein wie der Grad der Individualisierung der gespeicherten Nutzerprofile<sup>76</sup> und der algorithmenbasierten Werbeanzeigen.<sup>77</sup> Gleichwohl wird die praktische Bedeutung personalisierter Werbung im Internet so eingeschätzt, dass sie zwischenzeitlich das Schalten von Werbung, das zu angezeigten bzw. abgerufenen Seiteninhalten passt, nahezu vollkommen verdrängt habe<sup>78</sup> und zum „Standard“<sup>79</sup> gehöre. Dabei wird personalisierte Werbung als „Vor-

<sup>72</sup> Cookies sind kleine Textdateien, die eine Wiedererkennung des vom Nutzer verwendeten Endgeräts ermöglichen. Besucht der Nutzer die Webseite erneut, erkennt die Webseite das gespeicherte Cookie und kann so das Nutzungsverhalten des Nutzers (besuchte Seiten, Warenkorb etc.) auswerten (vgl. *Weidert/ Klar*, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutzgrundverordnung, BB 2017, 1858 (1861)).

<sup>73</sup> Z.B. mit Hilfe von Cookies auf dem Rechner abgelegter Dateien, die bei erneutem Aufruf angesteuert werden (Cookies) oder mittels Auslesen des Webspeichers des Nutzerbrowsers: abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Cookie> (letzter Abruf: 25.8.2018); Datenschutzerklärung von google, abrufbar unter: <https://www.google.de/policies/privacy/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>74</sup> *Hawiger*, Personalisierte Werbung: Wie unsere Person selbst an verschiedenen Geräten identifizierbar wird, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2015/personalisierte-werbung-wie-unsere-person-selbst-an-verschiedenen-geraeten-identifizierbar-wird/> (letzter Abruf: 25.8.2018); *Tanner, Connectivity*, How ads follow you from phone to desktop to tablet, abrufbar unter: <https://www.technologyreview.com/s/538731/how-ads-follow-you-from-phone-to-desktop-to-tablet/> (letzter Abruf: 25.8.2018); *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 51 ff., abrufbar unter: [http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>75</sup> Vgl. etwa die Übersicht zur Übertragung von Nutzungsdaten aus der Nutzung deutschsprachiger Nachrichten-Portale an „externe Services“ bei *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 51 ff., abrufbar unter: [http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018) unter Berufung auf die instruktive Seite: von @stefanwehmer, @annabelchurch, @pudo, We used to read the newspapers, now the news reads us, abrufbar unter: <http://newsreadsus.okfn.de/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>76</sup> So wird etwa von Anbieterseite angeführt, es gebe keine gespeicherten Nutzerprofile mit Klarnamen, sondern nur Datenpakete mit Identifikationsnummern: *Hawiger*, Personalisierte Werbung: Wie unsere Person selbst an verschiedenen Geräten identifizierbar wird, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2015/personalisierte-werbung-wie-unsere-person-selbst-an-verschiedenen-geraeten-identifizierbar-wird/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>77</sup> *Schneider*, Personalisierte Werbung: Durchs Netz verfolgt, abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/streitthema-tracking-personalisierte-werbung-durchs-netz-verfolgt-/6445032.html>, wonach die Ergebnisse teilweise unscharf seien, da eine Zuordnung des Nutzers zu einer Personengruppe offenbar nur anhand grober Parameter (z.B. Geschlecht) erfolge.

<sup>78</sup> *Weinland*, Online Marketing Trends 2014 – Personalisierung und Targeting als Chance, abrufbar unter: <https://www.marketing-boerse.de/Fachartikel/details/1407-OnlineMarketing-Trends-2014---Personalisierung-und-Targeting-als-Chanc/46183> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>79</sup> *Reisch/Büchel/Joost/Zander-Hayat*, Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel. Veröffentlichung des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin 2016, S. 22, abrufbar unter:

stufe“ zu einer Preisdifferenzierung nach personenbezogenen Kriterien (siehe dazu nachfolgend II. 3) gewertet.<sup>80</sup>

Eine zentrale Komponente personalisierter Online-Werbung ist die Fähigkeit der Werbeanbieter, die Werbung so zielgenau wie möglich an die Konsumenten anzupassen und ihnen maßgeschneidert zukommen zu lassen.<sup>81</sup> Dies wird auch als Targeting, also als an Zielgruppen ausgerichtete Werbung bezeichnet.<sup>82</sup> Dabei wird zwischen diversen Werbeformen unterschieden. Allein beim bloßen Content-Targeting, bei dem die Werbung bloß in einem passenden Umfeld geschaltet wird, spielt der Aspekt der Personalisierung keine Rolle. Alle weiteren Formen von Targeting stellen Formen von personalisierter Werbung dar. Hierbei wird zwischen folgenden Targeting-Methoden, bei denen es sich jeweils um personalisierte Werbung handelt, unterschieden:

- Semantisches Targeting

Dabei wird die Produktwerbung dem Nutzer auch auf Webseiten präsentiert, die einen ähnlichen Inhalt haben, wie das beworbene Produkt und unter Verwendung von Cookies versucht, passende Werbung auf den Nutzer abzustimmen.

- Behavioral Targeting

Bei dieser Form der Werbung werden ebenfalls technische Daten ausgelesen, aber zusätzlich verschiedene Merkmale herangezogen und berücksichtigt (etwa besuchte Seiten, installierte Schriftarten oder Plug-Ins, geographische Einordnung mittels der IP-Adresse). Damit kann ein dynamisches Verhaltensprofil erstellt werden, das kontinuierlich wächst und angepasst wird. Es wird nicht nur das aktuelle, sondern auch das längerfristige Interesse des Nutzers berücksichtigt.

---

[https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016\\_Digitale\\_Welt\\_und\\_Handel.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016_Digitale_Welt_und_Handel.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>80</sup> *Reisch/Büchel/Joost/Zander-Hayat*, Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel. Veröffentlichung des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin 2016, S. 22, abrufbar unter

[https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016\\_Digitale\\_Welt\\_und\\_Handel.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016_Digitale_Welt_und_Handel.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 17.1.2018).

<sup>81</sup> *Spies*, USA: Personalisierte Werbung und gläserne Websurfer – Deep Packet Inspection MMR 2008, XII (XII).

<sup>82</sup> Vgl. etwa Wikipedia unter „targeted advertising“, [https://de.wikipedia.org/wiki/Targeted\\_Advertising](https://de.wikipedia.org/wiki/Targeted_Advertising) (letzter Abruf: 25. 8.2018), vgl. auch unter <https://www.clicks.de/blog/personalisierte-werbung-vor-und-nachteile-fuer-ihr-unternehmen> (letzter Abruf: 25.8.2018).

- Retargeting

Hier wird mit den gleichen Techniken wie beim Behavioral-Targeting versucht, verloren gegangene Kunden zurückzugewinnen (etwa wenn ein Produkt bei einem Anbieter angeschaut oder in einen Warenkorb gelegt, aber dann doch nicht bestellt wurde durch gezielte weitere Bewerbung dieses Produkts).

- Social-Media-Targeting

Auch hierbei werden die o.g. Techniken eingesetzt und Werbung in einem sozialen Netzwerk eingeblendet.

- Psychografisches Targeting

Bei dieser Targetingmethode geht es darum, die Persönlichkeit von Nutzern in Form von Maßzahlen als Profile darstellbar zu machen (Verhaltensprofile) und daraus individuelle Handlungstendenzen und Unterschiede in der Wahrnehmung abzuleiten und diese Erkenntnisse bei der Werbung zu nutzen.

- Search Intent Targeting

Hierbei werden Nutzer einer Website in Echtzeit mit Werbung angesprochen, noch während sie auf dieser Website suchen.<sup>83</sup>

Bei derartigen Verfahren ist es bereits seit vielen Jahren gängige Praxis, dass für derartige Verfahren personalisierter Werbung zum einen persönliche Daten, die Nutzer bei Anmeldung für eine Website angegeben hatten (wie Name, E-Mail-Adresse, Postadresse oder Geburtsdatum) verwendet werden, wie auch Daten über die Dauer der Nutzung oder einzelne Seitenabrufe oder Downloads. Typischerweise erhobene Nutzerdaten waren schon vor zehn Jahren etwa die IP-Adresse des Nutzers, sein Nutzernamen und Passwort und die besuchten Subsites. Bereits damals wurden freiwillig eingegebene weitere persönliche Daten genutzt, wie Geschlecht, Wohnort, Kinder, Beziehungsstatus, besondere Vorlieben (Lieblingsmusik, -filme, Hobbys etc.) und es wurden mittels Software die Surfgegewohnheiten des Nutzers möglichst umfangreich ermittelt und ausgewertet und sich der Nutzerprofile oder statistischer Auswertungen über das Verhalten des Nutzers bedient.<sup>84</sup> Auch in aktuelleren Auseinan-

---

<sup>83</sup> Vgl. etwa Wikipedia unter „targeted advertising“, [https://de.wikipedia.org/wiki/Targeted\\_Advertising](https://de.wikipedia.org/wiki/Targeted_Advertising) (letzter Abruf: 25.8.2018) und unter <https://www.clicks.de/blog/personalisierte-werbung-vor-und-nachteile-fuer-ihr-unternehmen> (letzter Abruf: 25.8.2018); vgl. auch *Spies*, USA: Personalisierte Werbung und gläserne Websurfer – Deep Packet Inspection MMR 2008, XII (XII).

<sup>84</sup> *Bauer*, Personalisierte Werbung auf Social Community Websites; Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verwendung von Bestandsdaten und Nutzungsprofilen, MMR 2008, 435 (435/436); *Spies*,

dersetzungen mit der Thematik wird darauf hingewiesen, dass Anbieter von Internetseiten umfangreiche Daten über die Nutzer ihrer Dienste erlangen und zu Profilen zusammentragen können, indem sie etwa die IP-Adresse, Fingerprints oder Cookies verwenden, was dazu führt, dass Anbieter immer besser über ihre (potentiellen) Kunden Bescheid wissen und ihre Datenbanken sich an Geschäfte oder Suchvorgänge erinnern, die der Kunde längst vergessen hat. Zwar ist die Verwendung von solchen Techniken seit der Cookies-Richtlinie (2009/136/EG) nur noch mit Einwilligung des Nutzers zulässig, ohne diese Einwilligung können aber viele Dienste gar nicht mehr genutzt werden.<sup>85</sup> Für sämtliche Formen personalisierter Werbung ist grundsätzlich<sup>86</sup> der Einsatz von Algorithmen erforderlich.

Bei der personalisierten Werbung stellt sich im Kern also das Problem, dass über lange Zeiträume äußerst detailliert umfangreiche Daten über die Nutzer gesammelt und zu Profilen verarbeitet werden und dass bereits anhand von relativ wenigen Informationen sehr aussagekräftige Persönlichkeitsprofile erstellt werden können. Der Psychologe Michal Kosinski hat etwa einen Algorithmus geschrieben, der die Persönlichkeit von Menschen einschätzen soll. Als Grundlage für diese Einschätzung bzw. die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils dienen diesem Algorithmus „Likes“, die ein Nutzer im Internet (insbesondere auf Facebook) gesetzt hat. Diesem Algorithmus sollen 10 „Likes“ im Internet genügen, um die Persönlichkeit eines Menschen besser einzuschätzen, als seine Kollegen; 100 um sie besser einzuschätzen als Familienangehörige und 250 um besser zu sein, als der Lebenspartner.<sup>87</sup> Derartige Algorithmen wurden etwa auch von der Firma Cambridge Analytica verwendet, die maßgeblich an dem sog. Facebook-Datenskandal beteiligt war (vgl. dazu ausführlich noch unten).

Damit sind aber in erster Linie Probleme des Datenschutzes angesprochen und weniger zivilrechtliche Fragestellungen. Folgerichtig wird das Problem der personalisierten Werbung in der Literatur insbesondere vor dem Hintergrund des Geltungsbeginns der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) zum 25. Mai 2018 hinsichtlich des Datenschutzes diskutiert. Unter zivilrechtlichen Aspekten wird das Thema hingegen nur vereinzelt angesprochen.

---

USA: Personalisierte Werbung und gläserne Websurfer – Deep Packet Inspection MMR 2008, XII (XII).

<sup>85</sup> Vgl. Rott, Der „Durchschnittsverbraucher“ – ein Auslaufmodell angesichts personalisierten Marketings? VuR 2015, 163 (165) mwN.

<sup>86</sup> Lediglich beim semantischen Targeting könnte personalisierte Werbung theoretisch auch ohne Einsatz von Algorithmen erfolgen.

<sup>87</sup> Vgl. etwa Süddeutsche Zeitung vom 3./4.3.2018, S. 51 „Der Vermesser der Seele“, noch in 2016 wurde sein Modell so beschrieben, dass es 19 Facebook-Likes benötigt, um eine Person besser einschätzen zu können, als ein durchschnittlicher Arbeitskollege, 70 Likes um die Menschenkenntnis eines Freundes zu überbieten, 150 um die der Eltern und 300 um die des Partners/ der Partnerin zu überbieten (vgl. Beitrag über Michal Kosinski [www.dasmagazin.ch](http://www.dasmagazin.ch) vom 12.3.2016 „Ich habe nur gezeigt, dass es die Bombe gibt“). Der Algorithmus wurde offenbar in jüngster Zeit noch weiter optimiert.

Zwar liegt der Schwerpunkt der Bearbeitung nach der Zielsetzung der Arbeitsgruppe im Zivilrecht. Da aber die aktuelle Diskussion um personalisierte Werbung nahezu ausschließlich im Bereich des Datenschutzrechts geführt wird, hier im Wesentlichen die relevanten Probleme zu verorten sind und das Datenschutzrecht insoweit zivilrechtliche Funktionen übernimmt, indem es faktisch Anforderungen für die Zulässigkeit eines „Bezahlens mit Daten“ aufstellt, soll in dem Kapitel zur konkreten Betrachtung rechtspolitischer Handlungsoptionen für personalisierte Werbung (E. III. 3.) zuerst ein kurzer Abriss zu der Problematik der datenschutzrechtlichen Fragestellungen erfolgen (Kapitel 1, E. II. 3. a) bis c)). Anschließend sollen die im engeren Sinn zivilrechtlichen Aspekte personalisierter Werbung angesprochen werden (Kapitel 1, E. II. 3. d).

### 3. Personalisierte Preise

Unter „personalisierten Preisen“ versteht man das Phänomen, dass ein Anbieter ein bestimmtes Produkt/eine bestimmte Dienstleistung nicht allen Kunden zu einem Einheitspreis anbietet, sondern zur selben Zeit potentiellen Kunden gegenüber die Preise nach personenbezogenen Kriterien differenziert.<sup>88</sup> Dabei kommt im vorliegenden thematischen Kontext in Betracht, die Preisbildung digitaler Algorithmen zu überlassen, in die auch personenbezogene Daten der Internetkunden (wie z.B. benutztes Endgerät, Wohnort, Zugehörigkeit zu einer bestimmten Kunden- oder Zielgruppe, häufig besuchte Websites, bisheriges Kaufverhalten etc.) einfließen.<sup>89</sup> Erfolgt im Rahmen der Verwendung personenbezogener Daten im Preisbildungsalgorithmus nicht nur eine pauschale Zuordnung zu verschiedenen Kunden- oder Zielgruppen, sondern eine individuelle Preisbildung derart, dass der Preis exakt auf den konkreten Internetnutzer zugeschnitten ist, so liegt eine personalisierte Preisbildung im engeren Sinne vor.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (404); *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 2, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>89</sup> *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (404); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Personalisierte Preise. Diskussionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbands, 23. September 2016, S. 3, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_position\\_preisdifferenzierung\\_16-09-21\\_pdf.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_position_preisdifferenzierung_16-09-21_pdf.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>90</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 5, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

Dieses Phänomen ist von anderen Phänomenen<sup>91</sup> abzugrenzen. Zu erwähnen ist hierbei insbesondere das im Onlinehandel verbreitete<sup>92</sup> „dynamic pricing“, wonach Preise nicht festgeschrieben und von Zeit zu Zeit nach Maßgabe von Angebot und Nachfrage aktualisiert werden, sondern fortwährend anhand bestimmter Kriterien (wie z.B. Angebot und Nachfrage, Lagerbestand, Wettbewerbsbeobachtung, Such- und Kaufverhalten der Kunden, Tageszeit etc.) mittels Algorithmen an das Marktgeschehen angepasst werden.<sup>93</sup> Gleichfalls nicht mit personalisierten Preisen gleichzusetzen ist die sogenannte „Suchdiskriminierung“, bei der mittels Einbeziehung personenbezogener Nutzerdaten, die zum Beispiel Rückschluss auf dessen Zahlungsbereitschaft oder Kaufkraft zulassen, durch algorithmische Prozesse eine Veränderung der Reihenfolge in der Trefferliste mit dem Ziel erfolgt, dass die Aufmerksamkeit des Kunden auf Angebote einer bestimmten Preisklasse gelenkt werden soll, ohne dass aber eine Anpassung der Preise für die angezeigten Produkte bzw. Dienstleistungen erfolgt.<sup>94</sup> Soweit ersichtlich, besteht für den deutschen Markt – anders als etwa für den US-amerikanischen Markt – bislang Einigkeit, dass es an fundierten empirischen Belegen für verbreitete personalisierte Preisbildung im Online-Handel fehlt.<sup>95</sup> Eine

---

<sup>91</sup> Neben den hier erwähnten Abgrenzungsfällen wird auch häufig die Preisdifferenzierung mittels mobiler Coupons erwähnt, die im Ergebnis bei dynamischer Ausgestaltung zu (verdeckter) individueller Preisdifferenzierung führen könnte: vgl. [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>92</sup> *Busch*, Algorithmic accountability, S. 13, abrufbar unter: <http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>93</sup> *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (404); *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten JZ, 2017, 1026 (1034).

<sup>94</sup> *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (404).

<sup>95</sup> *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (405 f.); *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 2, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Personalisierte Preise. Diskussionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbands, 23. September 2016, S. 3, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_position\\_preisdifferenzierung\\_16-09-21\\_pdf.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_position_preisdifferenzierung_16-09-21_pdf.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 2, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018); vgl. ferner das Diskussionspapier des Händlerbundes e.V., der eine Praxis der personalisierten Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel als „extrem selten und in einem gesunden Wettbewerb nicht marktfähig“ bewertet: Händlerbund e.V., Diskussionspapier zur aktuellen Debatte um „Dynamic Pricing“ und „individualisierte Preise“, Berlin 2016, S. 4, abrufbar unter: <https://www.haendlerbund.de/de/downloads/stellungnahmen/dynamic-pricing.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).



Studie im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen aus dem Jahr 2016 stützt dieses Ergebnis und konnte personalisierte Preisbildung in nennenswertem Umfang lediglich im Bereich höherpreisiger Pauschalreisen feststellen.<sup>96</sup> Auch die im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung seitens der Länderarbeitsgruppe durchgeführte Expertenanhörung hat hierzu keine abweichenden Erkenntnisse erbracht.

Allerdings besteht Einigkeit, dass algorithmenbasierte personalisierte Preisbildung im Onlinehandel auch auf dem deutschen Markt technisch möglich wäre und daher in Zukunft praktische Relevanz entfalten könnte. Die in der vorgenannten Studie geäußerte Einschätzung, dass die verbreitete Einführung personalisierter Preise auf dem deutschen Markt nicht zuletzt mangels hinreichenden Wissens der Unternehmen über Zahlungsbereitschaften der Kunden und der Schwierigkeiten des Preisabgleichs bei mehreren Vertriebswegen „unwahrscheinlich sei“<sup>97</sup>, steht die in der Literatur geäußerte Einschätzung entgegen, dass sich bei einem Rückgang derzeit bestehender praktischer Hindernisse die Praxis der im Onlinehandel auf dem deutschen Markt tätigen Unternehmen „wahrscheinlich ändern“ werde.<sup>98</sup>

### **C. Bestehender Rechtsrahmen für Big Data-Anwendungen**

Wie in den dargestellten Fallgruppen gezeigt, aber auch darüber hinaus, können sich bei Big Data-Anwendungen ganz grundsätzliche Fragen von Diskriminierung, Teilhabe und Transparenz stellen. Nachfolgend sollen zunächst bestehende rechtliche Rahmenbedingungen dargestellt werden.

---

<sup>96</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 2, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>97</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 2, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>98</sup> *Reisch/Büchel/Joost/Zander-Hayat*, Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel, Veröffentlichung des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Januar 2016, S. 2, abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016\\_Digitale\\_Welt\\_und\\_Handel.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016_Digitale_Welt_und_Handel.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (letzter Abruf: 25.8.2018).

# I. Verfassungsrecht

## 1. Vorbemerkung

Im Hinblick auf die Digitalisierung der Gesellschaft erscheint eine Reihe von Grundrechten von Bedeutung. Zu nennen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, insbesondere in seiner speziellen Ausprägung des Schutzes der informationellen Selbstbestimmung. Auch der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 GG sowie die Gleichheitsgrundrechte in Art. 3 GG spielen im Rahmen der Digitalisierung eine Rolle.

Dabei binden die Grundrechte zunächst nach Art. 1 Abs. 3 GG die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. Sie sind in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern.

Bedient sich der Staat, etwa zum Erlass eines Verwaltungsaktes, einer automatischen Einrichtung nach § 35a des Verwaltungsverfahrensgesetzes, ist er dabei unproblematisch an die Grundrechte gebunden.

Daneben definieren die Grundrechte eine objektive Werteordnung und begründen als objektive Prinzipien staatliche Schutzpflichten. Sie verpflichten den Gesetzgeber, ein hinreichendes Maß an Schutz gegen nicht-staatliche Beeinträchtigungen zu gewährleisten, namentlich auch gegenüber Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Privatrechtssubjekte.<sup>99</sup> Dabei kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum lässt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht kann eine Verletzung der Schutzpflichten nur feststellen, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen.<sup>100</sup>

Schließlich enthalten einige wenige grundrechtliche Bestimmungen ausdrückliche Regelungen zur Wirkung zwischen Privaten, sogenannte Dritt- oder Horizontalwirkung. Hierzu zählt Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, der die Nichtigkeit von Abreden vorsieht, die das Recht auf Bildung von Vereinigungen zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einschränken oder zu behindern suchen.

Soweit in Teilen der Literatur<sup>101</sup> und in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>102</sup> darüber hinaus eine grundsätzliche unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte angenommen wurde, konnte sich dies nicht durchsetzen. Vielmehr wird allgemein von einer lediglich mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ausgegangen. Nach dieser

---

<sup>99</sup> Kiel/Lunk/Oetker/*Fischinger*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 7, Rn. 13.

<sup>100</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 - 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 170 (214f); BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 - 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174 (202).

<sup>101</sup> *Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Arbeit, RDA 1950, 121 ff.

<sup>102</sup> BAG, Ur. v. 3.12.1954 - 1 AZR 150/54, BAGE 1, 185 (193).

auf Günter Dürig zurückgehenden Lehre finden die Grundrechte in das Zivilrecht über unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln Einzug.

In seiner Entscheidung zu Bürgschaftsverträgen hat das Bundesverfassungsgericht eine Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs.1 GG (hier in Form der Privatautonomie, als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben) auf die Auslegung von zivilrechtlichen Generalklauseln wie § 138 Abs. 2 BGB angenommen.<sup>103</sup> Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen, dürfte nicht nur das Recht des Stärkeren gelten.<sup>104</sup> Das Gericht lässt in dieser Entscheidung eine Tendenz erkennen, den Einzelnen in seinem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch gegen private Dritte abzusichern. Eine Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung ist denkbar, wenn der Einsatz von Big Data-Anwendungen den Einzelnen zum wehr- und hilflosen Objekt elektronischer Entscheidungsfindung in wichtigen Lebensbereichen machen sollte.

In jüngerer Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht passend hierzu ausgeführt, dass je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder gleichkommen könne. Für den Schutz der Kommunikation käme das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten würden, die wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.<sup>105</sup>

Auch die Gleichheitsgebote des Grundgesetzes richten sich zunächst an alle Staatsgewalt. Davon nicht ausgeschlossen ist der allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, obgleich der Wortlaut „vor dem Gesetz“ zunächst lediglich auf die Rechtsanwendungsgleichheit abzustellen scheint.<sup>106</sup>

Aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG leiten die herrschende Meinung<sup>107</sup> und die Rechtsprechung<sup>108</sup> zudem Schutzpflichten ab.<sup>109</sup> Dem Gesetzgeber kommt danach die Aufgabe zu, Sicherungsvorkehrungen gegen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechtes, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen sowie bei Behinderungen zu treffen.

<sup>103</sup> BVerfG, Urt. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – BVerfGE 89, 214 (230 ff.).

<sup>104</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, BVerfGE 89, 214 .

<sup>105</sup> BVerfG, Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 („Fraport-Urteil“).

<sup>106</sup> Vgl. z.B. Dreier/Heun, GG, Art. 3, Rn. 47; BVerfG, Beschl. v. 12.10.1951 – 1 BvR 201/51, BVerfGE 1, 14 (52) .

<sup>107</sup> Von Münch/Kunig/Boysen, GG, Art. 3, Rn. 47.

<sup>108</sup> BVerfG, Urt. v. 16.11.1993 – 1 BvR 258/86, BVerfGE 89, 276.

<sup>109</sup> Ob dies auch bei Art. 3 Abs. 1 GG der Fall ist, wird sehr kontrovers diskutiert; vgl. hierzu Mangoldt/Klein/Stark/Wollenschläger, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 173 ff.

Wie bei den Freiheitsgrundrechten wird auch bei den Gleichheitsgrundrechten die so genannte mittelbare Drittwirkung, also deren Ausstrahlungswirkung in das Privatrecht, überwiegend angenommen.<sup>110</sup> Die Ausstrahlungswirkung wird dabei im Wesentlichen davon abhängig sein, ob ein dem Staat/Bürger-Verhältnis vergleichbares strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern herrscht. An ein solches ist im Arbeits- oder Mietrecht aber auch bei monopolartigen Strukturen zu denken. Der Rückgriff auf die Gleichheitssätze im Privatrecht erfolgt jedoch mit Zurückhaltung. Beim Abschluss von Verträgen nehmen die Vertragspartner ihre individuelle Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG wahr. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts infrage gestellt oder korrigiert werden.<sup>111</sup> Die bloße Ausnutzung der den Parteien freistehenden rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten hat das Bundesverfassungsgericht nicht veranlasst, eine entsprechende Regelung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.<sup>112</sup>

## 2. Die relevanten Grundrechte im Überblick:

- a. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG - Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung steht im Zentrum der grundrechtlichen Beurteilung von Big Data-Anwendungen.

Ausgangspunkt für die Anerkennung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung war das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983.<sup>113</sup>

Grundrechtlich gewährleistet ist danach die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Denn wer, so das Bundesverfassungsgericht, nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen könne, welche ihn betreffende Information in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sei, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermöge, könne in seiner Freiheit aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden, wesentlich gehemmt werden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der der Bürger nicht mehr wissen könnte, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn wisse. Freie Entfaltung der Persönlichkeit setze unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhe-

<sup>110</sup> Mangoldt/Klein/Stark/Wollenschläger, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 62; Mangoldt/Klein/Stark/Baer/Markard, GG, Art. 3 Abs. 3, Rn. 414; kritisch: von Münch/Kunig/Boysen, GG, Art. 3, Rn. 50, 146.

<sup>111</sup> OLG München, Urt. v. 22.4.1999 - U (K) 2149/98, WuW 2000, 515.

<sup>112</sup> BVerfG, Urt. v. 10.01.1995 – 1 BvF 1/90, BVerfGE 92, 26 (51).

<sup>113</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1.

bung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus.<sup>114</sup>

Einschränkungen des Grundrechts sind im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen. Diese Beschränkungen bedürfen einer förmlichen gesetzlichen Grundlage, die dem Gebot der Normenklarheit und Normbestimmtheit entspricht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.<sup>115</sup>

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung findet seine Entsprechung im Recht auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und wird durch dieses im unionsrechtlich geprägten Bereich des Datenschutzrechts nunmehr weitgehend verdrängt.

**b. Art. 10 GG - Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis**

Art. 10 GG schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation.<sup>116</sup> Verpflichtet ist jeder Träger staatlicher Gewalt. Durch Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von Kommunikationsdaten wird in das Grundrecht eingegriffen. Beschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Nach allgemeinen Grundsätzen muss die Ermächtigung ausreichend bestimmt sein, das Zitiergebot ist zu achten und die Grundrechtsschranke ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Spezifika von Informationseingriffen wie die Streubreite von Datenspeicherungen oder die Heimlichkeit des Zugriffs auf geschützte Kommunikationsvorgänge begründen eine besondere Intensität des Eingriffs, deren Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne für Zwecke der Strafverfolgung nur bei einem durch bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer schweren Straftat bejaht werden kann.<sup>117</sup> Ist der absolute Kernbereich der Persönlichkeit betroffen, soll gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nach Möglichkeit der Eingriff bereits auf der Erhebungsebene unterbleiben. Ist dies nicht möglich, sind geeignete Vorgaben für die Durchsicht der Daten zu normieren. Bei Kernbereichsbezug sind diese unverzüglich zu löschen.<sup>118</sup>

**c. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG - Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

Die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts schützt vor Eingriffen in

<sup>114</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1, 43.

<sup>115</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1, 44.

<sup>116</sup> BVerfG, Beschl. v. 3.3.2004 – 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33 (53).

<sup>117</sup> Dreier/*Hermes*, GG, Art. 10, Rn. 69; BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 u.a., BVerfGE 125, 260.

<sup>118</sup> BVerfG, Urt. v. 20.4.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220.

informationstechnische Systeme, soweit der Schutz nicht durch andere Grundrechte, wie insbesondere Art. 10 oder Art. 13 GG, sowie durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet ist.<sup>119</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 27. Februar 2008 zu Vorschriften zur Onlinedurchsuchung im Verfassungsschutzgesetz von Nordrhein-Westfalen ausgeführt, dass es der lückenschließenden Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts insbesondere bedürfe, um neuartigen Gefährdungen zu begegnen, zu denen es im Zuge des wissenschaftlich-technischen Fortschritts und der gewandelten Lebensverhältnisse kommen könne. Eine solche Lücke hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere dann ausgemacht, wenn die Nutzung informationstechnischer Systeme als solche überwacht wird oder Speichermedien durchsucht werden. Unter einem informationstechnischen System ist jedes System zu verstehen, das elektronisch Daten verarbeitet.<sup>120</sup> Erforderlich ist darüber hinaus, dass das System alleine oder in der technischen Vernetzung personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten kann, dass ein Zugriff es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten. Ferner müsse der Betroffene das System als eigenes nutzen und deshalb den Umständen nach davon ausgehen dürfen, dass er alleine oder zusammen mit anderen zur Nutzung berechtigter Personen über das System selbstbestimmt verfügt. Ein Eingriff liegt bei jeder Erhebung von Daten aus dem System vor, aber auch, wenn Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können. Der Schutzbereich ist nicht auf heimliche Zugriffe beschränkt. Die Rechtfertigung beim heimlichen Eingriff kommt nur in Betracht, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für besonders gewichtige Rechtsgüter wie Leib, Leben und Freiheit der Person sowie Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes, vorliegen. Diese Beschränkungen bedürfen einer förmlichen gesetzlichen Grundlage, die dem Gebot der Normenklarheit und Normbestimmtheit entspricht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Der heimliche Eingriff unterliegt zudem grundsätzlich dem Vorbehalt richterlicher Anordnung. Es gilt der gleiche Kernbereichsschutz wie bei Art. 10 GG.

#### d. Art. 3 GG - Gleichheit

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet allen Trägern öffentlicher Gewalt, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>121</sup> Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen.<sup>122</sup> Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Ausschluss<sup>123</sup>, bei dem eine Be-

---

<sup>119</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822.

<sup>120</sup> *Hornung*, Ein neues Grundrecht – der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, CR 2008, 299 (302).

<sup>121</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89, BVerfGE 98, 365 (385), st. Rspr..

<sup>122</sup> BVerfG, Besch. v. 11.10.1988, 1 BvR 777, 882, 1239/85, BVerfGE 79, 1, 17; BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400 (416).

günstigung einem Personenkreis gewährt, dem anderen aber sachgrundlos vorenthalten wird.<sup>124</sup> Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Grundrechtsberechtigten im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.<sup>125</sup>

Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter, verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen.<sup>126</sup>

#### e. Zwischenergebnis

Es steht zu erwarten, dass die Übermacht internationaler Technologieunternehmen wieder verstärkt den Wunsch nach grundrechtlich veranlasster Korrektur privatrechtlicher Verträge hervorruft und die Debatte um den Einfluss der Grundrechte neu entfacht. Erste Hinweise hierauf bietet auch das Fraport-Urteil<sup>127</sup> des Bundesverfassungsgerichts. Jedenfalls dürfte der Gesetzgeber aufgrund der Wirkung der Grundrechte als objektivem Wertekanon und der ihm danach auferlegten Schutzpflichten immer wieder punktuell zu einem Eingreifen gehalten sein.

## II. Datenschutzrecht

Überall dort, wo Big Data-Anwendungen personenbezogene Daten zum Gegenstand haben, trifft das Datenschutzrecht wesentliche Regelungen. Personenbezogene Daten stehen unter dem Schutz der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO).

Das Recht zum Schutz personenbezogener Daten ist durch die seit dem 25. Mai 2018 (Art. 99 Abs. 2 DS-GVO) geltende Datenschutz-Grundverordnung europaweit weitgehend einheitlich geregelt. Sie dient – ihrem Titel entsprechend – nicht nur dem

<sup>123</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.1.1996 – 2 BvL39/93, BVerfGE 93, 386, 396.

<sup>124</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.6.2004 – 2 BvL 5/00, BVerfGE 110, 412 (413); BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07126, 400 (416).

<sup>125</sup> BVerfG, Beschl. v. 7.10.1980 – 1 BvL 50,89/79, 1 BvR 240/79, BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>126</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400 (416); BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49.

<sup>127</sup> BVerfG, Ur. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226, s. oben unten Kapitel 1 C. I. 1. und Fn. 105.

Schutz personenbezogener Daten, sondern eröffnet auch einen umfassenden rechtlichen Rahmen für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Wirtschaftssakteure. Dieser rechtliche Rahmen enthält nicht nur gesetzliche Regelungen des „Ob“ einer Verarbeitung personenbezogener Daten, sondern auch Rechtsgrundlagen für das „Wie“ der Datenverarbeitung, beispielsweise einer transparenten Nutzung. Die Begriffe „personenbezogene Daten“ und „Verarbeitung“ sind dabei denkbar weitgefasst, so dass eine Vielzahl von Internet-Anwendungen und Hintergrunddienste die Schutzmechanismen des Datenschutzrechts auslösen.

## 1. Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung

Ziel der Datenschutz-Grundverordnung ist nicht nur der Schutz personenbezogener Daten, sondern auch der Grundrechte und Grundfreiheiten von natürlichen Personen allgemein (Art. 1 Abs. 2 DS-GVO); gleichwohl ist Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Verordnung „die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Dateisystemen gespeichert sind oder werden sollen“ (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO).

Die Datenschutz-Grundverordnung ist damit *lex-specialis* für Verarbeitungsvorgänge, die personenbezogene Daten betreffen. Entscheidend ist deshalb der Begriff des personenbezogenen Datums. Er ist in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO legal definiert. Danach sind personenbezogene Daten „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (...) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann.“

Voraussetzung ist also die Identifizierbarkeit einer Bezugsperson bei der Verarbeitung von Daten. Die Datenschutz-Grundverordnung unterscheidet hier zunächst zwischen den zwei Polen vollständiger Anonymisierung, bei der ein Personenbezug unwiederbringlich verloren geht und einer Pseudonymisierung, bei der sich vom Verantwortlichen mit vertretbarem Aufwand ein Personenbezug wiederherstellen lässt, „Identifizierbarkeit“ also gegeben ist. Dazwischen entsteht ein Graubereich, der mit der Rechtsprechung der Gerichte, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs (EuGH),<sup>128</sup> zur Richtlinie 95/46/EG<sup>129</sup> nur im Ansatz einer klaren Auslegung zugäng-

---

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14 – Breyer gegen Deutschland; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10 - Scarlet Extended.

<sup>129</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.



lich ist. In diesen Bereich fallen diejenigen Daten, bei denen es für den Verantwortlichen in der Theorie möglich, in der Praxis aber mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist, einen Personenbezug wiederherzustellen oder der Verantwortliche unter Einschaltung eines Dritten den Personenbezug wiederherstellen kann.

Einen mehr oder minder aufschlussreichen Klärungsversuch unternimmt der Unionsgesetzgeber im 26. Erwägungsgrund zur Datenschutz-Grundverordnung: Um festzustellen, ob eine natürliche Person identifizierbar ist, sollten alle Mittel berücksichtigt werden, die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um die natürliche Person auch nur indirekt zu identifizieren. Für die Frage der Identifizierbarkeit sind alle objektiven Faktoren relevant, wie die Kosten der Identifizierung, der dafür erforderliche Zeitaufwand, verfügbare Technologien und die technologische Entwicklung.<sup>130</sup>

Durch den begrifflichen Einschluss von pseudonymisierten Daten ist klargestellt, dass kein Namensbezug entstehen muss,<sup>131</sup> sondern die Identifizierbarkeit (Wiedererkennbarkeit) einer bestimmten Person sich auch anhand anderer Merkmale bestimmen kann wie beispielsweise IP-Adressen, Cookies oder Gerätekennungen.<sup>132</sup> Gerade letztere Mittel dürften im Rahmen der personalisierten Werbung zur Anwendung kommen: Verwender von Cookies verarbeiten personenbezogene Daten, indem sie die auf grundsätzlich nicht namentlich identifizierbaren Rechnern abgelegten Cookies mit ihren Kundendatenbanken abgleichen, den Internetnutzer identifizieren, um ihn dann mit E-Mails oder personalisierter Werbung erneut auf ihre Produkte aufmerksam zu machen.

Durch das Hinreichen einer Identifizierbarkeit anhand weiterer Merkmale oder Kombinationen solcher Merkmale hat der Unionsgesetzgeber „Big Data“-Sammlungen weitreichender dem EU-Datenschutzrecht und den damit verbundenen Einschränkungen unterworfen, als man zunächst glauben mag: Die technischen Möglichkeiten, aus der Kombination verschiedener Datencontainer einzelne Personen auch aus einer großen Referenzgruppe individuell auszusondern, werden von den betroffenen Personen wie von den Verantwortlichen nämlich häufig unterschätzt.<sup>133</sup>

Dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass die betroffenen Personen jeweils im Einzelfall eine Entscheidung über die Einwilligung in die Erhebung und Speicherung ein-

---

<sup>130</sup> Vgl. den 26. Erwägungsgrund zur Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>131</sup> Vgl. den 26., 28. und 30. Erwägungsgrund zur Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>132</sup> Für den Schutz personenbezogener Daten im Kontext von Kommunikationsdiensten gilt freilich die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), die sog. „ePrivacy-Richtlinie“, deren Vorgaben im Telekommunikationsgesetz umgesetzt sind. Die als deren Nachfolgerin vorgesehene ePrivacy-Verordnung befindet sich derzeit im EU-Gesetzgebungsverfahren und soll auch Kommunikationsdienste im weiteren Sinne (sog. „Over-the-top-Dienste“) erfassen.

<sup>133</sup> Anschaulich ist die Treffsicherheit, mit der soziale Netzwerke wie Facebook ihren Nutzern „Freunde“ vorschlagen: Es genügt offenbar die Auswertung von Netzwerken, um mit einiger Zielsicherheit Bekanntschaften ausmachen zu können.

zelner personenbezogener Daten treffen, sich aber des Risikos einer weiteren Nutzung, in die sie ebenfalls einwilligen, nicht bewusst sind. Auch eine Verarbeitung zur „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ erscheint dem Laien zunächst unverdächtig (vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO und bisher schon § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG a. F.). Hinzu kommt die Möglichkeit des Verarbeiters, die Daten (vermeintlich) zu anonymisieren, so dass sie für ihn den Personenbezug verlieren; übermittelt er diese Datensammlung an einen Dritten, ist ihm womöglich nicht bewusst, dass eine Identifizierbarkeit anhand anderer Merkmale, zu denen der Empfänger über eigene Daten verfügt, nach wie vor gegeben ist.

Der EuGH verfolgte in seiner Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der „personenbezogenen Daten“ einen relativen Ansatz, indem er auf die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten des Datenverarbeiters abstellte.<sup>134</sup> In der Entscheidung „Breyer“ untersuchte der Gerichtshof zunächst die abstrakte Möglichkeit des Personenbezugs. Lässt sich dieser nicht vom Verarbeiter allein herstellen, sondern benötigt er dazu eine dritte Stelle, fragt der Gerichtshof weiter, ob diese Möglichkeit ein Mittel darstellt, das vernünftigerweise zur Bestimmung der betreffenden Person eingesetzt werden kann.<sup>135</sup> Es kann nicht sicher eingeschätzt werden, ob der EuGH Art. 4 Nr. 1 DS-GVO wie Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 95/46/EG auslegen wird; denkbar ist auch die Annahme einer absoluten Betrachtungsweise, bei der schon allein die Möglichkeit, dass ein Dritter in der Lage ist, einen Personenbezug herzustellen, ohne Betrachtung der Wahrscheinlichkeit, dass Verarbeiter und Dritter zusammenwirken, für hinreichend befunden wird.<sup>136</sup>

Nicht wenige Big Data-Anwendungen dürften aber ungeachtet dieser Unsicherheit in den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung fallen, da das zusammenwirkende Verarbeiten personenbezogener Daten, um diese zu „veredeln“, indem einzelne Datensätze um weitere Kriterien angereichert werden, nicht selten Zweck der Verarbeitung ist.

Davon zu unterscheiden sind Big Data-Anwendungen, bei denen der Personenbezug für den Verarbeiter nicht entscheidend ist, sondern vielmehr aus den Datensammlungen Erkenntnisse gezogen werden, mit deren Hilfe dann Daten einer dritten Person gegen ein Raster aus einer Vielzahl von Faktoren, die vom Verarbeiter als relevant für eine automatisiert zu treffende Entscheidung angesehen werden, gelegt werden. Hier werden nicht (zwingend) die personenbezogenen Daten derjenigen Personen verarbeitet, die Eingang in den Datencontainer gefunden haben, auf dessen Grundlage ein Algorithmus automatisierte Entscheidungen trifft (Profiling); es werden die personenbezogenen Daten eines Bewerbers, eines Antragstellers o. ä. mit den Erkenntnissen aus riesigen Datenmengen abgeglichen, verarbeitet werden also (auch) dessen personenbezogene Angaben. Relevant ist in diesem Zusammen-

---

<sup>134</sup> EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – Rs. C-582/14 – Breyer, Tz. 43 ff.

<sup>135</sup> EuGH, a.a.O., Tz. 45.

<sup>136</sup> Vgl. Kühling/Buchner/ Klar, DS-GVO, Art. 4 Nr. 1 Rn. 25.

hang nicht der Schutz der gesammelten Daten, sondern der betroffenen Person vor einer sie womöglich in ihren Rechten verletzenden automatisierten Entscheidung.<sup>137</sup>

Selbst wenn man für die Übermittlung einen Schutz durch die Datenschutz-Grundverordnung ablehnt, weil die Daten für die übermittelnde Stelle aufgrund der bloßen Nutzung der Angaben der betreffenden Personen keinen Personenbezug mehr haben,<sup>138</sup> liegt doch bei der empfangenden Stelle, die über weitere Daten verfügt, welche die betroffene Person identifizierbar machen, eine Erhebung personenbezogener Daten vor. Dies hätte zunächst eine Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Person gemäß Art. 14 Abs. 1 DS-GVO zur Folge, da personenbezogene Daten über die betroffene Person bei Dritten erhoben wurden; in den meisten Fällen wird allerdings Art. 14 Abs. 5 Buchst. b DS-GVO ein Absehen von der Information der betroffenen Person gestatten. Nach dieser Ausnahmenvorschrift besteht keine Informationspflicht, „wenn und soweit die Erteilung dieser Information sich als unmöglich erweist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde“.<sup>139</sup> Der Name und die Adresse der Person, deren Datensatz sich in dem genutzten Container befindet, wird dem Verarbeiter aber regelmäßig nicht bekannt sein, auch wenn eine Person – anhand anderer Merkmale – individualisierbar bleibt. Dementsprechend ist ihr Interesse gering anzusetzen und kann leicht durch das Interesse des Verantwortlichen, den Ermittlungsaufwand zu betreiben, überwogen werden.

Im räumlichen Anwendungsbereich ergeben sich mit der Datenschutz-Grundverordnung wichtige Veränderungen gegenüber dem bisher geltenden Datenschutzrecht. Gemäß Art. 3 DS-GVO gilt das Marktortprinzip, d. h., die Datenschutz-Grundverordnung findet auch auf Unternehmen Anwendung, die über keine Niederlassung in der Europäischen Union verfügen, aber hier ihre Dienstleistungen anbieten. Mit dieser Klausel ist ein weitreichender Ausgriff des europäischen Datenschutzrechts verbunden, wobei dessen Durchsetzung im Ausland sich erst noch erweisen muss.

## 2. Datenschutzrechtliche Erlaubnistatbestände

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist auch im privatrechtlichen Bereich nur gestattet, wenn der Verantwortliche sich auf einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand oder eine wirksame Einwilligungserklärung berufen kann. Die zentrale Rechtsvorschrift für die Beurteilung der Zulässigkeit von Verarbeitungen personenbezogener Daten ist Art. 6 DS-GVO.<sup>140</sup> Für die hier interessierenden privatrechtlichen Datenverarbeitungen sind die Erlaubnistatbestände nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. a (Einwilli-

---

<sup>137</sup> Vgl. dazu unten 5.a.

<sup>138</sup> Angesichts der Definition in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO dürfte es sich aber regelmäßig lediglich um eine Pseudonymisierung handeln, durch welche die Daten ihren Personenbezug nicht verlieren.

<sup>139</sup> Siehe dazu unten 5. b.

<sup>140</sup> Die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten wie z. B. Gesundheitsdaten ist in Art. 9 DS-GVO geregelt. Näheres dazu unten in Kapitel 2.

gung), Buchst. b (Vertragserfüllung) und Buchst. f DS-GVO (Wahrnehmung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten) von Bedeutung.

**a. Verarbeitung zur Vertragserfüllung, Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO**

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen. Die Vorschrift ist schon ihrem Wortlaut nach eng zu verstehen: die Datenverarbeitung ist auf das zur Vertragserfüllung oder Anbahnung notwendige Maß beschränkt. Nach Vertragsbeendigung müssten die personenbezogenen Daten folglich wieder gelöscht werden, vgl. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a und Art. 17 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO.

Weiterverarbeitungen aufgrund von Verträgen, die ein Vertragspartner mit Dritten hat, sind ebenso nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO ausgeschlossen wie nach dem Zweckbindungsgebot aus Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO eigene Weiterverarbeitungen. Zwar fallen auch Verarbeitungen, die für die Anbahnung des Vertrages stattfinden, unter die Vorschrift. Will der Verantwortliche jedoch die erhobenen Daten einer algorithmenbasierten, vollautomatisierten Entscheidung unterwerfen, ist nach Art. 22 Abs. 1 und 2 Buchst. c DS-GVO in den meisten Fällen auch künftig eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich.<sup>141</sup> Eine Sammlung der Daten auch nach Vertragserfüllung ist durch Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO nicht gedeckt. Art. 6 Abs. 4 DS-GVO gestattet die Weiterverarbeitung nur unter sehr engen, mit den meisten kommerziellen Zielen nicht zu vereinbarenden Voraussetzungen.

Auch zur personalisierten Preisbildung dürfte Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO keine ausreichende Rechtsgrundlage bereitstellen, da die Auswertung der Daten der betroffenen Personen nicht objektiv zur Anbahnung eines Vertrages „erforderlich“ sind. Sie dienen allenfalls der Wahrnehmung eines wirtschaftlichen Interesses des Anbieters (dazu sogleich).

**b. Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen, Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO**

Interessant ist die Frage, ob die Aufnahme von personenbezogenen Daten in Datencontainer und deren Übermittlung an Dritte über die Klausel in Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO gerechtfertigt werden kann. Danach ist die Verarbeitung von Daten rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um

---

<sup>141</sup> Siehe dazu unten 3.

ein Kind handelt. Die Klausel erlaubt im Unterschied zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO auch eine Verarbeitung zu außerhalb der Vertragserfüllung liegenden Zwecken.<sup>142</sup>

Mit dem Auffangtatbestand ist aufgrund seiner Unbestimmtheit eine immense Rechtsunsicherheit verbunden.<sup>143</sup> Im Zuge seiner Anwendung ist nämlich im Einzelfall eine umfassende Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten mit den Interessen, Grundrechten und Grundfreiheiten der jeweils von der Datenverarbeitung betroffenen Person durchzuführen. Durch das Merkmal des „berechtigten“ Interesses dürfte trotz der Wertungsoffenheit eine gewisse Einschränkung verbunden sein. In vielen Fällen wird auch die vorzunehmende Abwägung bei Big Data-Anwendungen nicht zu Gunsten des Verantwortlichen ausfallen. Wie die Abwägung im Einzelnen durchzuführen ist und wer die Darlegungslast für ein Überwiegen der Interessen der jeweils betroffenen Person trägt, ist noch nicht hinreichend geklärt.<sup>144</sup>

Allerdings wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auch der Vorschlag diskutiert, eine Verarbeitung personenbezogener Daten stets dann zu erlauben, wenn die Verarbeitung auf pseudonymisierte Daten beschränkt ist und der betroffenen Person ein Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung eingeräumt wird. Dieser Vorschlag konnte sich zwar nicht durchsetzen. Jedoch kann eine solche Art der Datenverarbeitung im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden und wegen der mit der Pseudonymisierung einhergehenden Minderung des Gewichts der Interessen der betroffenen Person den Ausschlag dafür geben, dass die Abwägung zu Gunsten des Verantwortlichen ausfällt und die Verarbeitung zulässig wird.<sup>145</sup> Eine solche Auslegung liegt insbesondere deswegen nahe, weil die jeweils betroffene Person gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 1 DS-GVO das Recht hat, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, Widerspruch gegen die Verarbeitung sie betreffender Daten gemäß Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO einzulegen. In diesem Fall darf der Verantwortliche die Daten nach Art. 21 Abs. 1 S. 2 DS-GVO nicht mehr „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen“ verarbeiten, wenn er nicht zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen kann, welche die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. Eine Verarbeitung ist weitergehend auch dann zulässig, wenn sie der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dient.

Der genannten allgemeinen Interessenabwägung ist jedoch von vornherein die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 DS-

---

<sup>142</sup> Paal/Pauly/Frenzel, DSGVO/BDSG, Art. 6 Rn. 28.

<sup>143</sup> Kühling/Buchner/Petri, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 142; Paal/Pauly/Frenzel, DSGVO/BDSG, Art. 6 Rn. 27.

<sup>144</sup> Kühling/Buchner/Petri, DS-GVO und BDSG, Art. 6 Rn. 149.

<sup>145</sup> Kühling/Buchner/Petri, DS-GVO und BDSG, Art. 6 Rn. 154.

GVO entzogen, weil insoweit der strenge Ausnahmekatalog des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO gilt.<sup>146</sup>

Da die Frage, wie die Interessenabwägung im Einzelnen durchzuführen ist, offen ist, wird abzuwarten sein, ob Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO von privaten Verantwortlichen für Big Data-Anwendungen weitgreifend fruchtbar gemacht werden kann. Allerdings zeigen insbesondere die Einschränkungen der Art. 9 und 21 DS-GVO, dass bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO sehr stark auf den konkreten Einzelfall und die Art der jeweils zu verarbeitenden Daten zu achten ist. Die Inanspruchnahme ist damit stets mit einem gewissen Risiko für den Verantwortlichen verbunden, dass dieser rechtssicher nur mit einer wirksamen Anonymisierung umgehen kann.

Für die Bewertung einer personalisierten Preisbildung, die, soweit sie mit der Verarbeitung personenbezogener Daten einhergeht, allenfalls nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO gerechtfertigt sein kann, dürfte ausschlaggebend sein, ob sich die Auswertung von bestimmten personenbezogenen Daten als legitimes wirtschaftliches Interesse begreifen lässt; unterstellt man dies, müsste die Verarbeitung zur Wahrung dieses Interesses auch „erforderlich“ sein, was zweifelhaft ist. Andernfalls wäre für die Bereitstellung personenbezogener Daten für die Preisbildung eine Einwilligung erforderlich.<sup>147</sup> Dass entsprechende Einwilligungen erteilt werden, ist nicht völlig abwegig, da eine personalisierte Preisbildung selbstverständlich auch zu Gunsten des Konsumenten ausfallen kann (personalisierter Rabatt). Ein Schlüssel dürfte die Transparenz der Preisbildung sein.

### **3. Die Einwilligung nach Art. 7 DS-GVO**

Die Einwilligung ist eine einseitige Erklärung der betroffenen Person, mit der sie in dem rechtlich begrenzten Ausmaß auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten verzichtet. Einen unmittelbaren Vorteil bewirkt sie für die einwilligende Person also nicht, so dass diese regelmäßig Zurückhaltung walten lassen wird, ihre Einwilligung zu erteilen. Selbst wenn eine Einwilligung erteilt wird, setzt sie Big Data-Anwendungen enge Grenzen, denn sie wird gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a DS-GVO nur für bestimmte Zwecke erteilt. Eine Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken ist nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO grundsätzlich, vor allem zu kommerziellen Zwecken, unzulässig.

Die Voraussetzungen einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten ergeben sich aus einer Zusammenschau von Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 Buchst. a und Art. 7 in Verbindung mit den Erwägungsgründen der DS-GVO. In formeller

---

<sup>146</sup> Kühling/*Buchner/Petri*, DS-GVO und BDSG, Art. 6 Rn. 149.

<sup>147</sup> Davon geht der Verbraucherzentrale Bundesverband in seinem Diskussionspapier „Personalisierte Preise“ aus, abrufbar unter [https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv\\_position\\_preisdifferenzierung\\_16-09-21\\_pdf.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_position_preisdifferenzierung_16-09-21_pdf.pdf), (letzter Abruf: 25.8.2018).

Hinsicht muss die Ausgestaltung der Einwilligungserklärung gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO transparent sein, wenn die Erklärung auch andere Sachverhalte betrifft. Der Einwilligende muss vor der Einwilligung gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO darüber in Kenntnis gesetzt werden, dass er seine Einwilligung jederzeit widerrufen kann. Die Einwilligung muss vor der Verarbeitung erfolgen, in die eingewilligt wird.<sup>148</sup> Sie muss von der einwilligenden Person selbst oder von einem zu einem bestimmten Zweck ermächtigten Vertreter erteilt werden. Zudem wird dem Verantwortlichen gemäß Art. 7 Abs. 1 DS-GVO die Nachweispflicht der erfolgten Einwilligung auferlegt. In materiell-rechtlicher Hinsicht muss die Einwilligung freiwillig, mit Einwilligungsbewusstsein und in informierter Weise erfolgen. Zudem muss die Einwilligung bestimmt und der Einwilligende einsichtsfähig sein.<sup>149</sup>

Diese Regelungen werfen hinsichtlich eines Bewerbers, Antragstellers o. ä. grundsätzlich keine Probleme auf, weil er in die Datenverarbeitung zum Zwecke der Auswertung seiner Bewerbung oder seines Antrags einwilligen wird und die dargelegten Voraussetzungen diesbezüglich eingehalten werden können.

Problematisch ist die Frage einer möglichen Einwilligung jedoch hinsichtlich der Daten aus dem Datencontainer, mit denen die Daten des Bewerbers oder Antragstellers abgeglichen werden. Denn soweit man diesbezüglich einen Personenbezug annimmt,<sup>150</sup> müsste eine Einwilligung die oben beschriebenen Voraussetzungen erfüllen. Hierbei werden insbesondere die materiellen Voraussetzungen der Freiwilligkeit („in informierter Weise“) sowie die Bestimmtheit oftmals nur schwer erreicht werden können. Denn die Freiwilligkeit setzt nach Art. 7 Abs. 4 in Verbindung mit Art. 4 Nr. 11 DS-GVO eine Gesamtabwägung der Kriterien des Ungleichgewichts, der Erforderlichkeit, der vertragscharakteristischen Leistung, der zumutbaren Alternative sowie des angemessenen Interessenausgleichs voraus.<sup>151</sup> Diese Beurteilung des Gesamtkontextes verringert die Rechtssicherheit des Rückgriffs auf die Einwilligung, sodass es für einen Verantwortlichen faktisch schwierig wird, die Wirksamkeit einer Einwilligung zu beurteilen. Zudem dürfte die erforderliche Gesamtabwägung in der geschilderten Fallkonstellation dazu führen, dass oftmals keine wirksame Einwilligung vorliegt. Denn das Kriterium des Ungleichgewichts spricht gegen eine wirksame Einwilligung, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht und es daher in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Einzelfall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig erteilt worden ist.<sup>152</sup> Ein solches Ungleichgewicht wird sehr schnell vorliegen, weil ein automatischer Abgleich einer Bewerbung oder eines Antrags mit Daten aus einem bereitgestellten Datencontainer wohl nur von einem Großunternehmen vorgenommen werden wird und die diesbezügliche Einwilligung desjenigen, dessen Daten in einen Da-

---

<sup>148</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 30.

<sup>149</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 20.

<sup>150</sup> Siehe oben, 1.

<sup>151</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 41.

<sup>152</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 42.

tencontainer aufgenommen werden, sehr weit und unbestimmt gefasst sein müsste. Weiterhin wäre auch das Kriterium der Erforderlichkeit hier schwer zu erfüllen. Denn nicht erforderlich ist eine Einwilligung dann, wenn sie über das hinausgeht, was für die bestimmte Vertragserfüllung erforderlich ist.<sup>153</sup> Für die Erforderlichkeitsprüfung muss daher der jeweilige Vertragszweck genau bestimmt und festgestellt werden, ob es sich um eine vertragscharakteristische Leistung handelt. Sollte der Vertragszweck nicht in einer transparenten Weise darauf gerichtet sein, die Daten einer Person in den Datencontainer mit der Möglichkeit einer weiteren Verarbeitung derselben aufzunehmen, würde es oftmals an der Erforderlichkeit fehlen. Das Kriterium der zumutbaren Alternative wird in der vorliegenden Fallkonstellation nur dann Probleme bereiten, wenn dem Verantwortlichen eine Monopolstellung hinsichtlich einer bestimmten Leistung zukommt. Denn in diesem Fall hätte die jeweilige Person keinen zumutbaren anderweitigen Zugang zu einer gleichwertigen vertraglichen Leistung.<sup>154</sup> Hinsichtlich des Kriteriums des angemessenen Interessenausgleichs muss beachtet werden, dass der weiter verwertbare Datencontainer viele Nutzungsmöglichkeiten bietet, so dass der Daten bereitstellenden Person eine entsprechend großzügige Gegenleistung eingeräumt werden müsste.

In Rahmen der Gesamtabwägung der Kriterien ist festzuhalten, dass die Freiwilligkeit der Einwilligung in vielen Fällen zweifelhaft wäre.

Die Voraussetzung der Informiertheit wird ebenfalls nur schwer eingehalten werden können. Denn hierzu muss der Einwilligende vor Beginn der Datenerhebung insbesondere darüber in Kenntnis gesetzt werden, welche Art von Daten zu welchem Zweck verarbeitet werden, wer die verantwortliche datenverarbeitende Stelle ist, wie diese zu erreichen ist und an welche Dritten die Daten im Falle der Übermittlung weitergegeben werden.<sup>155</sup> Insbesondere die Information, an welche Dritten die Daten weitergegeben werden, wird ein Unternehmen oder eine Behörde, die Datencontainer an Dritte übermitteln will, oftmals nicht herausgeben wollen oder können.

Auch die Voraussetzung der Bestimmtheit der Einwilligung, die unmittelbar aus dem Zweckbindungsgrundsatz folgt, wird stets Probleme aufwerfen. Denn hiernach dürfen Daten nur für festgelegte, eindeutige, und legitime Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Eine pauschale Einwilligungsklausel wäre danach unwirksam.<sup>156</sup> Dies bedeutet, dass ein Unternehmen, das einen Datencontainer schafft, den es Dritten für bestimmte algorithmische Entscheidungsverfahren zur Verfügung stellt, diesen Zweck vor der Erhebung der Daten verfolgen muss. Soll der Zweck erst nach der Datenerhebung hinzutreten, müsste eine diesbezügliche Einwilligung eingeholt werden. „Datenraffinerien“ werden an dieser Schranke regelmäßig scheitern, da ihr Erwerb der personenbezogenen Daten kein Selbstzweck, sondern nur Mittel für die Weiterverarbeitung für be-

---

<sup>153</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 46.

<sup>154</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 52.

<sup>155</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 59.

<sup>156</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 7 Rn. 61-62.



liebige, zum Zeitpunkt der Einwilligung kaum vorhersehbare Zwecke ist, die ihrerseits nicht mehr von der ursprünglichen Einwilligung abgedeckt sind. Die Einholung einer neuen Einwilligung für Weiterverarbeitungen dürfte im Big Data-Bereich regelmäßig zu aufwendig sein.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Einholung einer wirksamen Einwilligung in der vorliegenden Fallgestaltung beträchtliche Hürden gegenüberstehen. Beachtet man schließlich, dass eine wirksam eingeholte Einwilligung nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO jederzeit widerrufen werden kann, was die Pflicht zur Löschung (Art. 17 Abs. 1 Buchst. b DS-GVO) und zur Benachrichtigung aller Empfänger der Daten zur Folge hat (Art. 19 S. 1 DS-GVO), erweist sich die Einwilligung letztlich als ungeeignet, um sie für Big Data-Sammlungen und deren Anwendung nutzbar zu machen.

#### **4. Zusammenfassung: Zulässigkeit der Datenverarbeitung**

Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Big Data-Bereich nach der Datenschutz-Grundverordnung dürfte nur unter engen Grenzen zulässig sein. Anwender anonymisierter Datencontainer laufen bei allzu feinmaschiger Auswertung Gefahr, in den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung zu fallen, die eine Weiterverarbeitung der Daten stark erschwert. Das europäische Datenschutzrecht legt eine streng anonymisierte Datenverarbeitung nahe – sofern diese erfolgt, trifft es keine Regelungen.

#### **5. Die konkrete Ausgestaltung der Verarbeitung**

Das Datenschutzrecht stellt auch nach der Klärung der Frage des „ob“ einer zulässigen Verarbeitung personenbezogener Daten nicht unerhebliche Hürden hinsichtlich des „wie“ einer nach Art. 6 DS-GVO erlaubten Datenverarbeitung auf. Zu nennen sind hier

- Transparenzpflichten nach Art. 13 f. DS-GVO und
- Rechte der von einer Algorithmen-Entscheidung betroffenen Person nach Art. 12, 15 ff. DS-GVO, aber auch
- Pflicht zum Treffen von Sicherheitsvorkehrungen (Art. 32 DS-GVO),
- Pflicht zu datenschutzfreundlichen Technikgestaltungen und Voreinstellungen (Art. 25 DS-GVO),
- Pflicht zur Vornahme einer Datenschutz-Folgenabschätzung bei Einsatz neuer und risikoträchtiger Technologien (Art. 35 DS-GVO) einschließlich der Konsultation der Aufsichtsbehörde (Art. 36 DS-GVO),
- Pflicht zur Einrichtung von Datenschutzbeauftragten beim Verantwortlichen (Art. 37 ff. DS-GVO),
- Mechanismen der regulierten Selbstregulierung wie Verhaltensnormsetzung durch Verbände und Zertifizierungslösungen (Art. 40 ff. DS-GVO) sowie nicht zuletzt

- eine effektive datenschutzrechtliche Aufsicht (Art. 51 ff. DS-GVO).

Zu den neuen Betroffenenrechten nach der Datenschutz-Grundverordnung gehören auch das Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“) gemäß Art. 17 DS-GVO und das Recht auf Datenübertragbarkeit nach Art. 20 DS-GVO. Das Recht auf Löschung, das nach Widerruf einer Einwilligung oder nach Widerspruch gegen eine gesetzlich gestattete Datenverarbeitung eingreift, wird verlängert durch die Pflicht zur Mitteilung der Löschung nach Art. 19 DS-GVO. So wird dem von der Rechtsprechung des EuGH<sup>157</sup> entwickelten und in die Datenschutz-Grundverordnung übernommenen „Recht auf Vergessenwerden“ eine gewisse Durchschlagskraft verliehen. Durch die Mitteilung wird die Daten verarbeitende Stelle gleichsam „bösgläubig“ gemacht; stützt sich beispielsweise eine Big Data-Anwendung allein auf eine Einwilligung, die widerrufen wird, unterliegt auch der Verantwortliche einer solchen Anwendung der Löschungspflicht. Zwar steht die Mitteilungspflicht unter einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt; berücksichtigt man allerdings, dass der Verantwortliche, der die Daten bei der betroffenen Person erhoben hat, zu Transparenz und Rechenschaft verpflichtet ist, wird ihm der Empfänger der von ihm übermittelten Daten in aller Regel bekannt sein, so dass er sich kaum auf Unverhältnismäßigkeit wird berufen können. Auch diese Pflichten könnten im Big Data-Bereich mittelbar zur Vornahme wirkungsvoller Anonymisierungen führen.

Speziell mit Blick auf die algorithmenbasierte Verarbeitung ist Art. 22 DS-GVO in den Blick zu nehmen, der die Zulässigkeit vollautomatisierter Entscheidungsfindung regelt, sowie die flankierenden Transparenzgebote nach Art. 12 ff. DS-GVO.

#### a. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer vollautomatisierten Entscheidung

Bei der rechtlichen Situation des Antragstellers oder Bewerbers, dessen Antrag oder Bewerbung durch einen Algorithmus mit den Daten aus dem Datencontainer abgeglichen werden soll, um eine Entscheidung über den Antrag oder die Bewerbung zu treffen, ist Art. 22 DS-GVO zu beachten. Nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO hat die jeweils betroffene Person das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise beeinträchtigt. Klassisches Beispiel eines solchen Profilings ist die Erstellung von Profilen zur Persönlichkeit, zum Verhalten oder zu Aufenthaltsorten und Bewegungen durch Sammlung und Auswertung von Daten. Diese Daten können beispielsweise durch Tracking beziehungsweise Webtracking und im Internet hinterlassenen Cookies, freiwillig oder zumindest mit Einwilligung veröffentlichte Informationen z. B.

---

<sup>157</sup> EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 - Google Spain SL und Google Inc. gegen Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) und Mario Costeja González, in juris.

zu sozialen Kontakten, politischer Einstellung, persönlichen Vorlieben, finanziellen Verhältnissen, gesundheitlicher Situation und weiteren Angaben, die ein modellhaftes, auf Algorithmen beruhendes Gesamtbild einer individuellen Persönlichkeit ergeben, auch durch die Sammlung von Informationen aus der Nutzung „smarter“ Geräte wie Smartphones, Haushaltsgeräte, Kraftfahrzeuge oder auch „Wearables“ wie z. B. „Gesundheitsarmbänder“ gesammelt und zu Profilen verarbeitet werden, mit denen künftige Nutzerdaten abgeglichen werden.<sup>158</sup>

Der Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ist jedenfalls dann eröffnet, wenn die Entscheidung über den Antrag oder die Bewerbung allein aufgrund des automatisierten Abgleichs mit den Daten aus dem Datencontainer durch den Algorithmus erfolgt und die Entscheidung negativ ausfällt.<sup>159</sup> Denn für eine „Entscheidung“ ist es erforderlich, dass eine tatsächliche Wahlmöglichkeit besteht.<sup>160</sup> Eine Entscheidung, die ausschließlich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruht, liegt vor, wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat.<sup>161</sup> Davon zu unterscheiden sind die Entscheidungsunterstützung und –vorbereitung durch automatisierte Verarbeitungen.<sup>162</sup> Die Haltung des Europäischen Parlaments, das grundsätzliche Verbot nach Art. 22 Abs. 1 DS-GVO schon bei nur „vorrangig automatisierten Entscheidungen“ vorzusehen, konnte sich im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen.<sup>163</sup> Für eine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung einer natürlichen Person kann es schon ausreichend sein, wenn sich die Überprüfung des seitens des Algorithmus automatisiert gefundenen Ergebnisses durch eine informierte und gegebenenfalls zur Abweichung befugte natürliche Person auf das Herausgreifen nicht plausibler Entscheidungen beschränkt.<sup>164</sup> Sollte eine solche Nachprüfung vorgenommen werden, die sich nicht nur in einer bloßen Stichprobenkontrolle erschöpft,<sup>165</sup> so wäre der Anwendungsbereich der Norm nicht eröffnet. Zudem liegt von vornherein keine Entscheidung aufgrund einer ausschließlich automatisierten Verarbeitung vor, wenn die automatisierte Datenverarbeitung nur der Unterstützung der Entscheidungsfindung einer natürlichen Person dient.<sup>166</sup>

Wenn also Anträge und Bewerbungen zumindest einer Nachprüfung einer informierten und gegebenenfalls zur Abweichung befugten natürlichen Person unterliegen werden, fällt der Abgleich der erhobenen personenbezogenen Daten mit dem aus

---

<sup>158</sup> Vgl. Wikipedia-Eintrag zu „Profiling“ (<https://de.wikipedia.org/wiki/Profiling>), (letzter Abruf: 25.8.2018); mehr zu „Wearables“ in Form von Gesundheitsarmbändern unter Kapitel 2 II.

<sup>159</sup> Vgl. auch den 71. Erwägungsgrund zur Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>160</sup> *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026 (1029).

<sup>161</sup> *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026 (1029f.); Paal/Pauly/Martini, DSGVO/BDSG, Art. 22 Rn. 16.

<sup>162</sup> Paal/Pauly/Martini, DSGVO/BDSG, Art. 22 Rn. 20.

<sup>163</sup> Vgl. Gola/Schulz, DS-GVO, Art. 22 Rn. 12.

<sup>164</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 22 Rn. 15.

<sup>165</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 22 Rn. 15.

<sup>166</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO und BDSG, Art. 22 Rn. 14.

Big Data gewonnenen Raster schon aus dem Anwendungsbereich der Norm heraus. Dieses Ergebnis ist auch mit dem Schutzzweck der Norm vereinbar. Zweck der Norm des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO ist nicht, eine höhere Ergebnisrichtigkeit der jeweiligen Entscheidung zu erreichen. Sollte eine natürliche Person aufgrund derselben Daten sowie einem vergleichbaren Verarbeitungsvorgang zu demselben (falschen) Ergebnis kommen, würde diese Entscheidung schon gar nicht in den Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO fallen. Normzweck ist es vielmehr zu verhindern, dass ein Gefühl des Ausgeliefertseins und der Hilflosigkeit gegenüber der automatisierten Entscheidungsfindung zum Prinzip des gesellschaftlichen Alltags wird. Zudem wird die menschliche Individualität geschützt.<sup>167</sup>

Sollte eine Entscheidung über den Antrag oder die Bewerbung allein aufgrund eines Profilings erfolgen, wäre der Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO eröffnet, wenn die Entscheidung über einen Antrag oder eine Bewerbung für die betroffene Person negativ ausfällt. Denn dann läge eine Entscheidung vor, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie zumindest in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Für die alternative Konstellation, in der die Entscheidung für die betroffene Person ausschließlich positiv ausfällt, ist noch nicht geklärt, ob die Verarbeitung in den Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO fällt. Gegen die Anwendung von Art. 22 Abs. 1 DS-GVO bei für die betroffene Person rein positiven Entscheidungen spricht die Alternative „oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Denn eine erhebliche Beeinträchtigung liegt bei einer ausschließlich positiven Entscheidung nicht vor.<sup>168</sup>

Art. 22 Abs. 2 DS-GVO normiert Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot nach Abs. 1. Dieses Verbot automatisierter Entscheidungsfindung gilt nicht, wenn die Entscheidung

- für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist (a),
- aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedsstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten (b) oder
- die Entscheidung mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (c).

Eine weitreichende Ausnahme sieht Art. 22 Abs. 2 Buchst. a DS-GVO danach für Vertragsabschlüsse vor. Der Begriff der Erforderlichkeit ist hier weit zu verstehen und verlangt keine Alternativlosigkeit der automatisierten Entscheidungsfindung, sondern lediglich einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertragsschluss. Eine echte Einschränkung stellt das Tatbestandsmerkmal daher nicht dar, sondern eröffnet die

---

<sup>167</sup> *Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026 (1030).

<sup>168</sup> *Kühling/Buchner*, DS-GVO und BDSG, Art. 22 Rn. 25; a. A. *Paal/Pauly/Martini*, DSGVO/BDSG, Art. 22 Rn. 28, der auf die Beeinträchtigung des Schutzzwecks abstellt.

Ausnahme vom Verbot nach Absatz 1 letztlich für alle vertragsbezogenen Datenverarbeitungen.

Eine automatische Entscheidungsfindung kann grundsätzlich gemäß Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO auch durch eine Rechtsvorschrift der Union oder eines Mitgliedsstaates zugelassen werden, wenn die Rechtsvorschrift angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthält. Für zivilrechtliche Konstellationen dürfte die Vorschrift eher unerheblich sein.

Die Ausnahme gemäß Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DS-GVO verlangt die Einwilligung der betroffenen Person. Für diese gelten grundsätzlich die schon zuvor dargelegten Grundsätze.<sup>169</sup> Zusätzlich fordert Art. 22 Abs. 2 Buchst. c DS-GVO die Ausdrücklichkeit der Einwilligung. Dies bedeutet, dass sich die Einwilligung ausdrücklich auch darauf beziehen muss, dass eine den Einzelnen betreffende Entscheidung ausschließlich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruht.<sup>170</sup>

Weiterhin müssen seitens des Verantwortlichen nach Art. 22 Abs. 3 DS-GVO angemessene Maßnahmen getroffen werden, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens ein Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört. Diese angemessenen Maßnahmen decken sich mit denjenigen bei Art. 22 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO. Zudem gelten auch hier die Informationspflichten der Art. 13 Abs. 2 Buchst. f bzw. Art. 14 Abs. 2 Buchst. g DS-GVO und Art. 22 Abs. 4 DS-GVO ist als Begrenzung ebenfalls anwendbar, wobei hier grundsätzlich auf Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DS-GVO (Einwilligung) abgestellt werden kann.

Die Garantien nach Art. 22 Abs. 3 DS-GVO, insbesondere das Recht, die Entscheidung einer zumindest der nochmaligen Überprüfung durch eine Person unterziehen zu lassen, dürften letztlich die eigentliche Bedeutung des Art. 22 DS-GVO ausmachen; dies dürfte bei entsprechender Auslegung in Anbetracht des 71. Erwägungsgrundes zur Datenschutz-Grundverordnung zumindest auch eine rudimentäre Erläuterung umfassen, nicht jedoch umfassende Information über die Auskunft nach Art. 15 DS-GVO hinaus. Der Wortlaut von Art. 22 DS-GVO gibt dafür keine entsprechenden Anhaltspunkte und der Erwägungsgrund erlangt als solcher keine Rechtsverbindlichkeit, so dass allenfalls eine entsprechend weite Auslegung, nicht aber ein eigenes „Recht auf Erläuterung“ in Betracht kommt. Durch die Vorschrift kann eine Entscheidung nach Maßstäben bewirkt werden, wie sie auch vor dem Zeitalter der komplexen digitalen Algorithmen bereits galten – eine von einer natürlichen Person getroffene Entscheidung, die mit Unterstützung von IT-Verfahren ergeht.

---

<sup>169</sup> Siehe oben 3.

<sup>170</sup> Kühling/*Buchner*, DS-GVO und BDSG, Art. 22 Rn. 42.

## b. Transparenz

Aus Art. 13 Abs. 2 Buchst. f bzw. Art. 14 Abs. 2 Buchst. g DS-GVO folgen Informationspflichten, nach denen der Verantwortliche sowohl über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung informieren muss als auch über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Datenverarbeitung für die jeweils betroffene Person. Art. 13 Abs. 2 Buchst. f und Art. 14 Abs. 2 Buchst. g DS-GVO gewähren wohl keinen Anspruch auf Offenlegung des mathematischen Algorithmus, sondern nur eine allgemeinverständliche Beschreibung (vgl. Art. 12 Abs. 1 DS-GVO) der Berechnungsgrundlagen und der Methodik der Berechnung.<sup>171</sup> Nach dem 71. Erwägungsgrund zur Datenschutz-Grundverordnung „sollte der für die Verarbeitung Verantwortliche geeignete mathematische oder statistische Verfahren für das Profiling verwenden, technische und organisatorische Maßnahmen treffen, mit denen in geeigneter Weise insbesondere sichergestellt wird, dass Faktoren, die zu unrichtigen personenbezogenen Daten führen, korrigiert werden, das Risiko von Fehlern minimiert wird und personenbezogene Daten in einer Weise sichern, dass den potenziellen Bedrohungen für die Interessen und Rechte der betroffenen Person Rechnung getragen wird und mit denen Diskriminierung verhindert wird.“ Im Normtext findet sich diese Vorgabe freilich nicht wieder. Problematisch ist die Information der betroffenen Person über die involvierte Logik freilich auch dann, wenn es sich um selbstlernende Algorithmen handelt. Hier werden dem Verwender nicht selten wichtige Informationen fehlen, wenn der Algorithmus eigenständig neue Kategorien von entscheidungsrelevanten Daten bildet oder eigenständig deren Gewichtung vornimmt. Da Art. 13 Abs. 2 Buchst. f DS-GVO innerhalb des Anwendungsbereichs der Datenschutz-Grundverordnung eine Form der „Algorithmentransparenz“ vorsieht, wird gespannt abzuwarten sein, wie weitreichend die Vorschrift von den Aufsichtsbehörden und Gerichten verstanden wird; dass bei einem Einsatz selbstlernender Algorithmen der Hinweis auf diesen Umstand genügt, erscheint bei dem Wortlaut der Norm eher unwahrscheinlich.

Auch über das zugrundeliegende Datenmaterial lassen sich so keine verwertbaren Erkenntnisse gewinnen, da allein die Information darüber, dass ein aus Referenzdaten gewonnenes Raster verwendet wird, genügen dürfte.<sup>172</sup> Mit den wohl synonymen Begriffen „Tragweite und angestrebte Auswirkungen“ dürfte der Unionsgesetzgeber meinen, dass der Verantwortliche das Tableau möglicher Entscheidungen gegenüber der betroffenen Person offenlegen muss,<sup>173</sup> zum Beispiel, dass anhand der erhobenen Daten bei einer online-Darlehensprüfung sowohl das „ob“ des Vertragsschlusses als auch das „wie“ der Darlehensvergabe (Zinssätze, Tilgungsfristen, weitere Darleenslasten des Darlehensnehmers usw.) bestimmt wird.

---

<sup>171</sup> Eßer/Kramer/Lewinski/Auernhammer, DSGVO – BDSG, Art. 13 DSGVO Rn. 35; Paal/Pauly, DSGVO, Art. 13 Rn. 31.

<sup>172</sup> Anders wohl Kühling/Buchner/Bäcker, DS-GVO und BDSG, Art. 13 Rn. 54.

<sup>173</sup> Vgl. Bäcker, in: Kühling/Buchner, Kommentar DS-GVO und BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 13 Rn. 55.

Nach dem Erwägungsgrund 71 zur Datenschutz-Grundverordnung muss der betroffenen Person zudem ein Anspruch auf Erläuterung der Entscheidung eingeräumt werden. Diese weitgehenden Informationspflichten könnten der mit der Automatisierung beabsichtigten Beschleunigung womöglich entgegenwirken, was sich mit dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 3 DS-GVO in Einklang bringen ließe („Darlegung des eigenen Standpunkts“, „Anfechtung der Entscheidung“). Zudem dürfen Entscheidungen aufgrund der Ausnahme gemäß Art. 21 Abs. 4 DS-GVO nicht auf besonderen Kategorien von Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DS-GVO beruhen, wenn nicht Art. 9 Abs. 2 Buchst. a (Einwilligung) oder g (erhebliches öffentliches Interesse) DS-GVO einschlägig ist.

Aus Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 4 DS-GVO folgen Informationspflichten auch für den Fall, dass der Verantwortliche die Daten zu anderen als dem ursprünglichen Erhebungszweck weiterverarbeiten will. Echte Wirkung dürfte dieses Gebot jedoch nur erheben, soweit die Weiterverarbeitung durch den Verarbeiter erfolgt, der die Daten bei der betroffenen Person erhoben hat (Art. 13 Abs. 3 DS-GVO). Weiterverarbeitungen durch Erwerber von Datencontainern dürften bei Pseudonymisierung, wenn der Verantwortliche nicht im Besitz des Schlüssels ist, nach Art. 14 Abs. 5 Buchst. b DS-GVO mit einem Ausschluss der Informationspflicht verbunden sein, weil es für den Verantwortlichen nur mit nach der Datenschutz-Grundverordnung unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist, die Information vorzunehmen.

### c. Datenschutz-Folgeabschätzung

Gemäß Art. 35 Abs. 1 DS-GVO hat der Verantwortliche eine Datenschutz-Folgeabschätzung durchzuführen, wenn die Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat. Näher ausgeführt wird dies in Art. 35 Abs. 3 DS-GVO; ein hohes Risiko wird angenommen bei einer systematischen und umfassenden Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf automatisierte Verarbeitung einschließlich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient, die Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen (Art. 35 Abs. 3 Buchst. a DS-GVO). Diese Voraussetzungen dürften sowohl bei der Einführung von neuen Big Data-Anwendungen als auch beim Einsatz von Algorithmen zur Verarbeitung personenbezogener Daten erfüllt sein. Zum Inhalt der Datenschutz-Folgeabschätzung sieht Art. 35 Abs. 7 Buchst. c und d DS-GVO auch eine Risikobewertung und eine Darstellung der Maßnahmen zur Bewältigung dieser Risiken vor. Art. 36 DS-GVO bestimmt eine Pflicht zur Konsultation der Aufsichtsbehörde für den Fall der Ermittlung eines „hohen Risikos“. Inwieweit dies auch die Untersuchung von Algorithmen mit einbezieht, ist noch nicht geklärt; da allerdings die automatisierte Entscheidungsfindung auch als Verarbeitung personenbezogener Daten angesehen wird, spricht einiges dafür, dass Algorithmen Gegenstand der Folgenabschätzung sind.

Welchen Stellenwert diese Verträglichkeitsprüfung erhält, muss sich erst noch im Vollzug der Datenschutz-Grundverordnung erweisen; dass die Datenschutzaufsichtsbehörden aufgrund der Folgenabschätzung zu einer Art „Algorithmen-Überprüfungsstelle“ werden, ist allerdings derzeit nicht zu erkennen – hierfür dürfte es vielfach schon am erforderlichen Fachpersonal der auf klassischen Datenschutz spezialisierten Aufsichtsbehörden fehlen. Für die Überprüfung einer Folgenabschätzung zum Einsatz komplexer Algorithmen bedarf es zunächst Standards für eine nachvollziehbare und prüffähige Darstellung durch den Verantwortlichen; die Datenschutz-Grundverordnung verlangt lediglich vage eine „systematische Beschreibung“ (Art. 35 Abs. 7 Buchst. a DS-GVO). Dies könnte auch die Offenlegung des Quellcodes einschließen, den zu prüfen jedoch einen erheblichen Ressourceneinsatz bedeuten dürfte. Das gilt es freilich auch bei der Erbringung der Datenschutz-Folgenabschätzung zu beachten; werden die Anforderungen an die beizubringenden Unterlagen und die Aussagekraft der Folgenabschätzung zu hoch angesetzt, drohen sie zu einer unverhältnismäßigen Belastung zu werden. Zu begrüßen wären diesbezügliche Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses (vgl. Art. 70 Abs. 1 S. 2 Buchst. e DS-GVO).

Aussichtsreicher als eine ad-hoc Kontrolle von Datenschutz-Folgeabschätzungen dürfte aus Sicht der Aufsichtsbehörden die Entwicklung anerkannter Verhaltensregeln (Art. 40 DS-GVO) sein, die im Rahmen der Datenschutz-Folgenabschätzung immerhin „gebührend zu berücksichtigen“ sind (Art. 35 Abs. 8 DS-GVO). Da die Aufsichtsbehörde über ein umfangreiches Instrumentarium verfügt, das gegen den Verantwortlichen zur Anwendung kommen kann, dürfte ein gewisser Druck erzeugt werden, diese Verhaltensregeln zu beachten, auch wenn eine Bußgeldsanktionierung nach Art. 83 Abs. 5 DS-GVO nicht vorgesehen ist.

#### **d. Rechenschaftspflicht**

Eine im Bereich der Big Data-Anwendungen und des Einsatzes von Algorithmen, insbesondere solche mit fortgeschrittener Architektur, nicht unerhebliche Veränderung könnte auch Art. 5 Abs. 2 DS-GVO mit sich bringen. Danach ist der Verantwortliche auch für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze verantwortlich und muss sie nachweisen können („Rechenschaftspflicht“). In diesen Grundsätzen finden zahlreiche konkrete Pflichten wie etwa die Transparenzpflichten nach Art. 12 ff. DS-GVO Wiederhall (vgl. z. B. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO). Gerade im Bereich der automatisierten Verarbeitung etwa mit Algorithmen könnte dies dazu führen, dass sich eine Art „accountability by design“ durchsetzt, indem Verwender von Algorithmen aus datenschutzrechtlichen Gründen eine gewisse Vorsorge bei der Gestaltung ihrer Algorithmen walten lassen. Für den Datenschutz als solchen ist dies bereits durch das Prinzip des „privacy by design“ verbürgt, das sich in Art. 25 DS-GVO wiederfindet. Ob und inwieweit diese Ansätze sich durchsetzen, wird allerdings auch davon abhängen, wie weitreichend das neue Datenschutzrecht, das den Aufsichtsbehörden eine Vielzahl von Kontrollmöglichkeiten lässt, vollzogen wird.



### III. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Will man den Rechtsrahmen für Big Data Anwendungen bestimmen und geht es um Diskriminierungsverbote und Teilhabe, stellt sich die Frage nach der Relevanz des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG).

Wo Algorithmen automatisiert entscheiden, werden die implementierten Maßstäbe immer wieder gleichförmig angewandt. Etwaige Rechtswidrigkeiten und andere Fehler dieser Maßstäbe haben deshalb eine besonders große Tragweite. Sie fließen in jede Entscheidung ein, selbst wenn sie sich nicht auch in jeder am Ende auswirken. Soweit die den Entscheidungen zugrunde liegenden Algorithmen für Dritte nicht verstehbar sind – gemeint ist hier nicht mathematisches Verständnis, sondern Transparenz, welche Aspekte in welcher Weise zu welchen Ergebnissen führen können –, ist ihnen eine rechtliche Überprüfung der Entscheidung nicht möglich. Das ist zivilrechtlich unproblematisch, soweit Entscheidungen einer rechtlichen Überprüfbarkeit entzogen sind, der freie Wille also unbeschränkt ist - was in unserem auf Privatautonomie beruhenden Zivilrecht ja nicht selten ist. Soweit aber die bürgerliche Rechtsordnung die Entscheidungsmöglichkeiten von Rechtssubjekten einengt, ist es notwendig, die Entscheidung auf die Wahrung dieser Grenzen überprüfen zu können. Das mehrere EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung umsetzende AGG vom 14. August 2006 stellt solche Grenzen auf, soweit es Benachteiligungen verbietet. Fraglich ist, ob und wie weit das AGG de lege lata den von ihm verfolgten Schutz vor Diskriminierung auch gegenüber algorithmenbasierten Entscheidungsprozessen gewährt. Das wird bezweifelt. So hält *Martini* eine Ergänzung des Katalogs der Anwendungsfälle des § 2 Abs. 1 AGG um eine Nr. 9 für Ungleichbehandlungen, die auf einer algorithmenbasierten Datenauswertung oder einem automatisierten Entscheidungsverfahren beruhen, für erwägenswert.<sup>174</sup>

Folgende Beispiele sollen das Problem veranschaulichen:

- a) *Auf der Homepage der Bank B kann online ein Kleinkredit beantragt werden. Über die jeweilige Zusage wird – nach ausdrücklicher Einwilligung der Antragsteller<sup>175</sup> – automatisch, innerhalb weniger Minuten und allein aufgrund einer algorithmenbasierten Datenauswertung entschieden.*

---

<sup>174</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1021).

<sup>175</sup> Ob das gewählte Beispiel ohne ausdrückliche Einwilligung der Antragsteller datenschutzrechtlich zulässig wäre, ist fraglich. Art. 22 Abs. 1 DSGVO bestimmt die grundsätzliche Unzulässigkeit solcher automatisierten Entscheidungen. Die hier gewählte Ausnahme für den Fall einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person bestimmt Art. 22 Abs. 2 c) DSGVO. Vom Verständnis des weiteren Erlaubnistatbestands in Art. 22 Abs. 2 a) DSGVO, namentlich der darin vorausgesetzten Erforderlichkeit für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags hängt ab, ob das Beispiel auch ohne ausdrückliche Einwilligung zulässig wäre. *Kühling/Buchner*, DSGVO, Art. 22 Rn. 30, nimmt die Erforderlichkeit schon an, wenn ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang zwischen automatisierter Entscheidung und konkretem Zweck des Rechtsgeschäfts besteht, den er beispielsweise in Fällen der Kreditvergabe bejaht. Für ein großzügiges Verständnis des Begriffs der Erforderlichkeit (mit dem

- b) *Auch die Sparkasse S bietet auf ihrer Homepage die Möglichkeit, einen Kleinkredit online zu beantragen. Die Anträge werden von Mitarbeiter X geprüft, der innerhalb einiger Tage über eine Zusage entscheidet.*

*Frau F und Herr M aus Kiel befinden sich in ähnlichen Lebenssituationen. Beide beantragen etwa zeitgleich jeweils einen Kleinkredit in derselben Höhe bei B und bei S. Nur M erhält Zusagen. F kennt M, weiß von seinen Zusagen und argwöhnt, dass sie wegen ihres Geschlechts gegenüber M benachteiligt worden sei. Auf Nachfragen von F erklärt B, so habe nun einmal der Computer entschieden. S weist eine unzulässige Benachteiligung durch X zurück.*

Das AGG normiert Benachteiligungsverbote für das – für die vorliegende Fragestellung nicht interessierende – Arbeitsrecht und, in § 19, für das Zivilrecht. Das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot hat zwei Stufen.

Vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft schützt es weitreichender, nämlich bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG. Dabei legt § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG den zivilrechtlichen Anwendungsbereich des AGG als Grundnorm fest.<sup>176</sup> Beschränkend ist hier allein das Erfordernis des der Öffentlichkeit-zur-Verfügung-Stehens. Die Auslegung dieser Voraussetzung ist streitig,<sup>177</sup> wobei die unterschiedlichen Auffassungen kaum und in dem hier interessierenden Bereich algorithmenbasierter Entscheidungsprozesse gar keine praktische Relevanz haben. Schon mit der engeren Auslegung, die fordert, dass der Anbieter seine angebotene Leistung nicht nur einmal erbringen kann, werden die Fälle, in denen auf Anbieterseite mit algorithmenbasierten Entscheidungen realistisch gerechnet werden kann, alle umfasst. Der weiteren Auslegung, nach der alle Leistungen erfasst werden, die öffentlich angeboten werden – auch wenn der Anbieter sie nur einmal erbringen kann – bedarf es also in unserem Zusammenhang nicht.

Der Schutz vor einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist schwächer als der wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft ausgestaltet: Zum einen ist er beschränkt auf die in § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG legaldefinierten Massengeschäfte, Fälle nachrangiger Bedeutung des Ansehens der Person und Versicherungen – wobei auch dieser Aspekt für die hier in Rede stehenden Fälle algorithmenbasierter Entscheidungsprozesse

---

mutmaßlich selben Ergebnis für die Beurteilung der Online-Kreditvergabe) spricht sich auch *Plath*, BDSG/DSGVO, Art. 22 DSGVO Rn. 8, aus. Nach *Härtling*, Internetrecht, Datenschutzrecht Rn. 292, setzt die Erforderlichkeit dagegen voraus, dass die automatisierte Entscheidung zu den vertraglich geschuldeten Dienstleistungen gehört – demgemäß hält er die Online-Kreditvergabe ohne ausdrückliche Einwilligung gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO für unzulässig.

<sup>176</sup> Ziffer 8 wird von den Ziffern 5 bis 7 ergänzt, Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 2 AGG Rn. 8.

<sup>177</sup> Zum Streitstand s. Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., § 2 AGG Rn. 9 mwN.

se keine praktisch relevante Einschränkung darstellen sollte. Zum anderen besteht insoweit die Möglichkeit der Rechtfertigung der Benachteiligung durch einen sachlichen Grund gemäß § 20 Abs. 1 AGG.

*Die Beispielfälle fallen unter das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot. Zwar stellen Kleinkreditverträge keine Massengeschäfte gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG dar, weil sie entgegen der Legaldefinition gerade nicht „ohne Ansehen der Person“ abgeschlossen werden. Das Ansehen der Person hat aber bei Kleinkreditverträgen eine nachrangige Bedeutung, so dass es sich um den Massengeschäften gleichgestellte Verträge handelt.<sup>178</sup>*

Die Aufzählung von Benachteiligungsgründen in den §§ 1 und 19 Abs. 1 AGG ist abschließend,<sup>179</sup> so dass Ansprüche nach dem AGG nicht auf die Unzulässigkeit einer Benachteiligung z. B. aus Gründen der Gesundheit, der Finanzkraft oder der Weltanschauung<sup>180</sup> gestützt werden können. Dass das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des AGG nach § 19 Abs. 4 und 5 auf familien- und erbrechtliche Ansprüche und auf Schuldverhältnisse, die ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründen, keine Anwendung findet,<sup>181</sup> ist mangels praktischer Bedeutung algorithmenbasierter Entscheidungen in diesen Bereichen wiederum für die hiesige Fragestellung uninteressant.

Von den in § 3 AGG aufgeführten Benachteiligungsformen sind zwei – die Belästigung gemäß Absatz 3 und die sexuelle Belästigung gemäß Absatz 4 – aufgrund der vorausgesetzten Schaffung eines würdeverletzenden Umfeldes ersichtlich nur für das Arbeitsrecht bedeutsam, so dass sie bei der vorliegenden Betrachtung ausgeklammert werden können. Interessant sind hier allein die unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 1 AGG und die mittelbare gemäß Absatz 2. Beide setzen voraus, dass eine – die letztlich benachteiligte – Person aus den in §§ 1 bzw. 19 Abs. 1 AGG genannten Gründen eine weniger günstige Behandlung erfährt, erfahren hat oder erfahren würde als eine andere Person in vergleichbarer Situation.

*Hier sei für den Beispielfall a) unterstellt, dass der von B bei der automatisierten Entscheidung verwandte Algorithmus bei im Übrigen gleichen Voraussetzungen der antragstellenden Personen zu Absagen für Frauen und Zusagen für Männer führen kann.*

---

<sup>178</sup> So Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 19 AGG Rn. 3; MüKoBGB/Thüsing, § 19 AGG Rn. 25; Herberger/Martinek/Rüßmann/Altmayer, jurisPK-BGB, § 19 AGG Rn. 11; Staudinger/Serr (2018), BGB, § 19 AGG Rn. 40.

<sup>179</sup> Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 1 AGG Rn. 1.

<sup>180</sup> Anders als im Arbeitsrecht besteht im Zivilrecht – gesetzgeberisch gewollt (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 19 Rn. 1) – kein Schutz nach dem AGG wegen Benachteiligungen aus Gründen der Weltanschauung, vgl. §§ 1 und 19 Abs. 1 AGG.

<sup>181</sup> Z. T. wird dies für unionsrechtlich problematisch erachtet, s. nur Staudinger/Rieble, a.a.O., Einl. AGG § 1 Rn. 17 mwN.

*Für Beispielsfall b) sei unterstellt, dass Mitarbeiter X zu der Meinung neigt, dass Frauen generell in Geldangelegenheiten irrational agierten und deshalb weniger kreditwürdig seien.*

In § 21 AGG sind die aus einer unzulässigen Benachteiligung folgenden Ansprüche des Verletzten formuliert: Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz. Sie richten sich gegen den Leistungsanbieter,<sup>182</sup> in den Beispielsfällen also gegen B und S. Der Leistungsanbieter haftet für alle Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Anspruchsteller bedient.<sup>183</sup> In Betracht kommt für die Zurechnung also in Fall b) der Mitarbeiter X. Im Fall a) ist an all die Personen zu denken, welche für B den unzulässig benachteiligend operierenden Algorithmus programmiert, implementiert, angelernt, also gewissermaßen „hergestellt“ oder seinen Einsatz bestimmt haben. Alternativ wird man zur Inanspruchnahme des Leistungsanbieters auch an der – dogmatisch umstrittenen<sup>184</sup> – Haftung für elektronische Hilfsmittel ansetzen können. Ohne die weitere Voraussetzung<sup>185</sup> des Verschuldens der benachteiligenden Person<sup>186</sup> sind dies ein Beseitigungsanspruch („Abstellen der Benachteiligung für die Zukunft“) und – bei Erstbegehungs-<sup>187</sup> oder Wiederholungsgefahr – ein Unterlassungsanspruch. Erst bei Vorliegen eines Verschuldens besteht der Schadensersatzanspruch gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 AGG.

Das Verschulden des Anspruchsgegners wird von § 21 Abs. 2 S. 2 AGG vermutet. Der notwendige Entlastungsbeweis erstreckt sich auch auf das Verschulden von Erfüllungsgehilfen.<sup>188</sup>

---

<sup>182</sup> Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., § 3 AGG Rn. 1.

<sup>183</sup> Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., § 3 AGG Rn. 8 mwN. Dogmatisch wird man die Zurechnung nur im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 21 Abs. 2 AGG über § 278 BGB vornehmen können, wohingegen beim Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch eine mittelbare Störerhaftung anzunehmen sein wird (MükoBGB/*Thüsing*, a.a.O., § 21 AGG Rn. 12).

<sup>184</sup> S. hierzu nur MükoBGB/*Grundmann*, § 278 BGB Rn. 46 mwN.; Palandt/*Grüneberg*, a.a.O., § 278 BGB Rn. 11.

<sup>185</sup> Soweit es die Benachteiligung aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts betrifft, wird diese Voraussetzung teilweise für europarechtswidrig gehalten – so MükoBGB/*Thüsing*, a.a.O., § 21 AGG Rn. 44 und 47, der hinsichtlich der Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft auf den Inhalt der RL 2000/43 EG (Antidiskriminierungsrichtlinie) vom 29.6.2000 und hinsichtlich der Diskriminierung wegen des Geschlechts auf den Inhalt der RL 2004/113 EG (Gleichbehandlungsrichtlinie) vom 13.12.2004 (Art. 3 bestimmt jeweils den Geltungsbereich) und die EuGH-Rechtsprechung („Draehmpaehl“, Urt. v. 22.4.1997 - Rs. C-180/95, NJW 1997, 1839) verweist; a. A. Erman/*Westermann*, BGB, § 21 AGG Rn. 1; Staudinger/*Serr*, a.a.O., § 21 AGG Rn. 40. Gegen die Annahme von Europarechtswidrigkeit hinsichtlich einer Diskriminierung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder sexuellen Identität spricht, dass die Ausweitung des AGG auf das Zivilrecht insoweit über die genannten RL hinausgeht, also überschießend ist – für diese Gründe wird allerdings eine weitere Richtlinie erarbeitet (Palandt/*Ellenberger*, a.a.O., Einl AGG Rn. 1).

<sup>186</sup> Gemeint ist auch hier der Leistungsanbieter, MükoBGB/*Thüsing*, a.a.O., § 21 AGG Rn. 12.

<sup>187</sup> Palandt/*Grüneberg*, a.a.O., § 21 AGG Rn. 4.

<sup>188</sup> Palandt/*Grüneberg*, a.a.O., § 21 AGG Rn. 5.

An dieser Stelle liegt es nahe, unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen differenziert zu betrachten, weil sich bei der unmittelbaren Benachteiligung durch eine algorithmenbasierte Entscheidung das verbotene Kriterium selbst im Algorithmus befinden müsste, während bei der mittelbaren Benachteiligung die (Zusammen-)Wirkung anderer Kriterien zur Diskriminierung führt.

*Im Beispielsfall a) läge eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn der Algorithmus eine Geschlechterdifferenzierung dergestalt vornimmt, dass Frauen bei der Entscheidung eine geringere Kreditwürdigkeit zugebilligt wird als Männern. Leicht wäre dies zu erfahren, wenn der Algorithmus nach dem Geschlecht fragt, schwieriger, wenn er es aus anderen Angaben wie z. B. dem Vornamen ableitet. Eine unmittelbare Benachteiligung läge aber auch vor, wenn es zu der Benachteiligung von Frauen dadurch kommt, dass der von B bei den Entscheidungen über die Anträge von M und F eingesetzte Algorithmus „selbstlernend“ ist und zu seiner Anlernung eine Vielzahl früherer, noch „menschlich getroffener“ Entscheidungen von B eingegeben wurden. Diese früheren Entscheidungen benachteiligten Frauen – was B und auch ihren Erfüllungsgehilfen nicht bewusst war –, so dass der Algorithmus bei seinem Anlernen diese Benachteiligung von Frauen als Entscheidungsstruktur fortgeschrieben hat.*

Die im Beispiel dargestellten Möglichkeiten zeigen, dass schon bei einer unmittelbaren Benachteiligung durch Algorithmen – insbesondere dann, wenn es sich um selbstlernende handelt – damit zu rechnen sein kann, dass sich der Anspruchsgegner erfolgreich exkulpieren kann. Dies gilt umso mehr für mittelbare Benachteiligungen durch algorithmenbasierte Entscheidungen. Wie es zu ihnen kommen kann, erklären *Martini/Nink*<sup>189</sup> verständlich: „Computeralgorithmen sind nicht davor gefeit, ihren Selektionsmechanismen diskriminierende Auslesekriterien zugrunde zu legen, weil sie mithilfe stochastischer Methoden nach statistischen Korrelationen in der Datenbasis fahnden. Sie schließen von Gruppenmerkmalen auf Fehler und Risiken und können dadurch wichtige Anhaltspunkte für rechtmäßige Eingrenzungen von Kontrollroutinen liefern. Ihrem Wesen nach können sie aber keine Kausalitäten ermitteln, die einen zuverlässigen Rückschluss auf den konkreten Einzelfall zulassen. Daraus erwächst das Risiko von (Gruppen-) Diskriminierungen.“ Würde in Beispielsfall a) der Algorithmus in solcher Weise Frauen nur mittelbar benachteiligen, wird sich der Anspruchsgegner erst recht erfolgreich entlasten können. Die sich hier bei der rechtlichen Bewertung auswirkende Besonderheit unzulässiger Benachteiligungen durch algorithmenbasierte Entscheidungen ist letztlich, dass nicht nur der benachteiligten, sondern möglicherweise auch der benachteiligenden Person und ihrer Erfüllungsgehilfen die genaue Funktionsweise des für die Entscheidung herangezogenen Algorithmus nicht bekannt ist – mit anderen Worten: der Algorithmus ist für alle Beteiligten eine Blackbox.

---

<sup>189</sup> *Martini/Nink*, Wenn Maschinen entscheiden ... - vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (9).

Angemessen erscheint es nicht, dass, bei im übrigen vorliegenden Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 21 Abs. 2 AGG, der Anspruchsgegner sich erfolgreich mit dem Vorbringen exkulpiert, er wisse nicht, was der von ihm eingesetzte Algorithmus tut. Zwar ist denkbar, in der mangelnden Durchschaubarkeit der Entscheidung selbst schon die Diskriminierung zu sehen, wobei allerdings der benachteiligten Person offenstehen soll, das Fehlen einer Diskriminierung darzulegen und zu beweisen.<sup>190</sup> Zwingend wäre eine solche Lösung aber nicht. Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass bei algorithmenbasierten Entscheidungen eine Exkulpation des Anspruchsgegners leichter möglich sein kann als bei menschlichen Entscheidungen.

Fraglich ist aber auch, ob die unzulässige Benachteiligung *de lege lata* nicht letztlich nur weniger erfolgversprechend im Prozess verfolgt werden kann, wenn sie durch eine algorithmenbasierte Entscheidung erfolgt ist. Wie es in § 22 AGG heißt, obliegt derjenigen Person, die sich unzulässig benachteiligt sieht, im Prozess zunächst nur, Indizien zu beweisen, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen. Gelingt ihr dies, trägt die andere Seite die Beweislast für das Fehlen einer unzulässigen Benachteiligung. Was dies bedeutet, ist zum Teil streitig. Einigkeit besteht darin, dass § 22 AGG gegenüber den allgemeinen Regeln zu Gunsten der klagenden Partei das Beweismaß absenkt.

Teilweise wird vertreten, dass § 22 AGG mit der Beweislast auch gleichermaßen die Darlegungslast die Klägersseite erleichternd verteilt.<sup>191</sup> Diese Ansicht dürfte zutreffend sein, weil es unlogisch scheint, der Klägersseite zwar (im zweiten Schritt) zu erlauben, bloß Indizien zu beweisen, aus denen auf eine unzulässige Benachteiligung geschlossen werden kann – von ihr aber (im ersten Schritt) zu verlangen, dass sie die unzulässige Benachteiligung vollen Umfangs darstellt. Die Beweiserleichterung resultiert ja ersichtlich aus dem Umstand, dass der Klägersseite kein oder allenfalls ein beschränkter Einblick in den von ihr angegriffenen Entscheidungsprozess möglich ist, so dass man von ihr ohne eine Erleichterung auch der Darlegungslast Erklärungen „ins Blaue hinein“ verlangen würde. Gleichwohl wird vertreten, dass hier zu differenzieren sei und sich nur die Beweislast nach § 22 AGG, die Darlegungslast aber nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. nach § 138 ZPO richte.<sup>192</sup>

Umstritten ist auch, ob die Beweiserleichterung vollen Umfangs,<sup>193</sup> oder aber nicht hinsichtlich (der äußeren Tatsache) des Vorliegens einer weniger günstigen Behandlung eingreift, sondern nur hinsichtlich (der inneren Tatsache) der Kausalität zwi-

---

<sup>190</sup> v. Roetteken, AGG, § 22 Rn. 40 mwN., juris.

<sup>191</sup> Erman/*Armbrüster*, a.a.O., § 22 AGG Rn. 1; BAG, Urt. v. 25.4.2013, 8 AZR 287/08, NJOZ 2013, 1699, 1702 Rn. 36.

<sup>192</sup> MükoBGB/*Thüsing*, a.a.O., § 22 AGG Rn. 4; Palandt/*Grüneberg*, a.a.O., § 22 Rn. 2.

<sup>193</sup> So Palandt/*Grüneberg*, a.a.O., § 22 AGG Rn. 2; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 1.2.2011, 22 Sa 67/10, juris Rn. 38.

schen Ungleichbehandlung und einem der in § 19 AGG genannten Gründe.<sup>194</sup> Dieser Streit dürfte generell keine praktische Relevanz haben, weil die Ungleichbehandlung als solche von der klagenden Partei ohne Schwierigkeit auch nach den allgemeinen Regeln darzulegen und zu beweisen sein wird. Auf die Idee eines Prozesses wegen einer unzulässigen Benachteiligung wird ja nur kommen, wer weiß, dass jemand anderes eine bessere Behandlung erfahren hat. Dieser Umstand wird also – sofern er nicht sogar unstrittig ist – unproblematisch dem Strengbeweis zugänglich sein.

§ 22 AGG senkt das Beweismaß dahin ab, dass der klagenden Partei nur obliegt zu erreichen, dass die Indizien, aus denen man in der Zusammenschau aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit einer unzulässigen Benachteiligung schließen kann,<sup>195</sup> mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu vermuten sind.<sup>196</sup>

Die Frage, was gemäß § 22 AGG konkret von der klagenden Partei vorzutragen und zu beweisen ist, unterliegt gemäß § 286 Abs. 1 ZPO der Würdigung des Tatsachengerichts aufgrund seiner freien Überzeugung. Die dazu ersichtliche Kasuistik stammt aus dem Arbeitsrecht, wo das AGG eine ungleich höhere praktische Bedeutung hat als im Zivilrecht. Sie gibt für die Situation, dass die jeweils angegriffene Entscheidung algorithmenbasiert getroffen wurde, positiv nichts her.

Festgestellt werden kann allerdings, dass die vergleichende Darstellung von zwei Einzelfällen allein für ein schlüssiges Klagevorbringen nicht genügt,<sup>197</sup> weil sich daraus nicht ergibt, dass die Entscheidung aufgrund eines nach dem AGG unzulässig diskriminierenden Kriteriums gefallen wäre. Die von einer algorithmenbasierten Entscheidung unzulässig benachteiligte Person wird also – selbstverständlich, ohne „ins Blaue hinein“ Behauptungen aufstellen zu dürfen<sup>198</sup> – Indizien, aus denen auf eine unzulässige Benachteiligung geschlossen werden kann, vortragen müssen, obwohl ihr die Entscheidungsstruktur des entscheidenden Algorithmus gar nicht bekannt ist.

*F wird im Beispielfall a) nur vortragen können, dass M anders als sie eine Zusage von B erhalten habe. Darüber hinaus kann sie darstellen, dass und warum sie meint, dass die Entscheidungsvoraussetzungen – abgesehen vom Geschlecht – bei ihr und M gleich bzw. hinreichend ähnlich seien. Das ist aber nicht mehr als die vergleichende Darstellung von zwei Einzelfällen. Nach dem Ausgeführten wird sie damit ihrer Darlegungslast auch nach dem erleichterten Maßstab von § 22 AGG nicht genügen.*

Jedenfalls derzeit ist auch nicht davon auszugehen, dass sich die Darlegungsschwierigkeiten einer unzulässig durch eine algorithmenbasierte Entscheidung benachteilig-

---

<sup>194</sup> MüKoBGB/Thüsing, a.a.O., § 22 AGG Rn. 6; Erman/Armbrüster, a.a.O.

<sup>195</sup> BAG, Urt. v. 24.4.2008 - 8 AZR 257/07, NJW 2008, 3658 Leitsatz 2.

<sup>196</sup> Vgl. MüKoBGB/Thüsing, a.a.O., § 22 AGG Rn. 2; Palandt/Grüneberg a.a.O., § 22 AGG Rn. 2.

<sup>197</sup> BAG, Urt. v. 24.4.2008, a.a.O., Leitsatz 1.

<sup>198</sup> Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 22 AGG Rn. 2.

ten Person dadurch erübrigen, dass ihr die für den Prozessvortrag nötigen Informationen aufgrund des Datenschutzrechts zur Verfügung stünden oder von der benachteiligten Person zur Verfügung zu stellen wären. Zwar sind, wie oben unter C. II. gezeigt, gemäß Art. 13 Abs. 2 Buchst. f DS-GVO dem Betroffenen einer automatisierten Entscheidungsfindung „aussagekräftige Informationen“ unter anderem „über die involvierte Logik“ zu erteilen, ein entsprechender Auskunftsanspruch gegenüber dem Verantwortlichen ist in Art. 15 Abs. 1 Buchst. h DS-GVO normiert. Bislang ist aber noch unklar, was diese Informationspflicht genau umfasst. Zudem dürfte, wie unter D. II. gezeigt wird, die Prüfung von Algorithmen im Hinblick auf die Frage, ob ihren Selektionsmechanismen diskriminierende Auslesekriterien zugrunde liegen, eine regelmäßig unlösbare Aufgabe darstellen.

Die Darlegungsschwierigkeiten der unzulässig benachteiligten Person werden auch nicht geringer, wenn sich die Beklagtenseite – wie B im Beispielfall a) – darauf zurückzieht, dass der Computer so nun einmal entschieden habe. Denn die Verweigerung einer Auskunft über die Kriterien, die für die angegriffene Entscheidung maßgebend waren, stellt für sich betrachtet noch kein Indiz im Sinne von § 22 AGG dar.<sup>199</sup> Davon ist nach der Rechtsprechung des EuGH zwar eine Ausnahme zu machen, wenn die Verweigerung die mit den Richtlinien, die dem AGG zugrunde liegen, verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht.<sup>200</sup> Diese Ausnahme setzt aber wiederum die Darstellung des Anspruchstellers voraus, dass und warum gerade die Verweigerung der Auskunft für sich betrachtet eine Benachteiligung begründet.<sup>201</sup> Abstrakt-generell lässt sich aber wohl nicht sagen, dass die Verweigerung der Auskunft über die Funktionsweise des Algorithmus eine Benachteiligung begründet, weil die angegriffene Entscheidung mit eben diesem Algorithmus getroffen wurde. Wäre dies richtig, müsste man konsequenterweise der Klägerseite im Falle einer durch einen Menschen getroffenen Entscheidung auch das Recht zubilligen, diesen Menschen im Prozess zum Zwecke der Ausforschung seiner Entscheidungsmotive zu befragen. Bei wertender Betrachtung wird man der Beklagtenseite ihren bloßen Verweis auf eine algorithmenbasierte Entscheidung auch nicht vorwerfen können, weil ihr damit vorgetragenes Nichtwissen die Voraussetzungen von § 138 Abs. 4 ZPO erfüllt und nicht unplausibel ist, insbesondere keinen Anhalt dafür liefert, dass es sich um das bewusste Verbergen einer unzulässig benachteiligenden Entscheidungsfindung handelte.

Letztlich sind die dargestellten Darlegungsschwierigkeiten für die benachteiligte Person auch keine besonderen in dem Sinne, dass sie wesentlich darauf beruhen, dass eine algorithmenbasierte Entscheidung vorliegt.

*Dies zeigt sich durch einen Vergleich der Beispielfälle. In Fall b) wird F vor denselben Darlegungsschwierigkeiten stehen, obwohl dort der Mensch X und kein Algo-*

---

<sup>199</sup> BAG, Urt. v. 25.4.2013, a.a.O., 1705 Rn. 58.

<sup>200</sup> EuGH, Urt. v. 19.4.2012 - C-415/10, NJW 2012, 2497 Rn. 47.

<sup>201</sup> BAG, Urt. v. 25.4.2013, a.a.O., 1705 Rn. 59.



*rithmus die diskriminierende Entscheidung getroffen hat. In beiden Fällen wird F auf weitere Informationen angewiesen sein, um in der Lage zu sein, ihrer Darlegungslast gemäß § 22 AGG nachzukommen – im Fall a) auf Informationen, welche die frauendiskriminierende Funktionsweise des Algorithmus indizieren und im Fall b) auf solche, die die frauendiskriminierende Haltung von X indizieren.*

Gäbe man F also in Fall a) einen Auskunftsanspruch oder würde – gleichbedeutend – die Erfüllung ihrer Darlegungslast mit der Begründung bejahen, dass B keine Auskunft über die algorithmenbasierte Entscheidung gegeben hat, würde man F im Beispielsfall a) besser stellen als im Beispielsfall b).

Als Ergebnis ist festzustellen, dass die von *Martini* vorgeschlagene Ergänzung des Katalogs der Anwendungsfälle des § 2 Abs. 1 AGG um eine Nr. 9 für Ungleichbehandlungen, die auf einer algorithmenbasierten Datenauswertung oder einem automatisierten Entscheidungsverfahren beruhen, nicht angezeigt ist. Zum einen entspräche sie nicht der Systematik des AGG, zum anderen erfasst das AGG Ungleichbehandlungen durch algorithmenbasierte Entscheidungen bereits de lege lata. Bei algorithmenbasierten Entscheidungen kann aber eine Exkulpation des Anspruchsgegners gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 AGG leichter möglich sein als bei menschlichen Entscheidungen. Im Übrigen beschränken sich die Besonderheiten bei der rechtlichen Prüfung von algorithmisch geprägten Benachteiligungen auf Fragen der Beweisführung. So wird im Rahmen einer Beweisaufnahme ein anderes tatsächliches Geschehen aufzuklären sein, so dass andere Beweismittel im Vordergrund stehen. Steht die unzulässige Benachteiligung durch eine – im technischen, nicht rechtlichen Sinne – menschliche Entscheidung in Rede, könnte mit Urkunden oder Zeugen zu einer entsprechenden Entscheidungspraxis geklärt werden, ob eine Benachteiligung vorliegt. Hat dagegen der Mensch die Entscheidung einem algorithmisch geprägten Prozess überlassen, würde dessen Überprüfung ganz anders aussehen müssen. Die in den Algorithmus „eingebauten“ Kriterien und ihr jeweiliger Einfluss auf sein Ergebnis müssten sachverständig herausgefunden werden.<sup>202</sup> Eine Schlechterstellung der benachteiligten Person ergibt sich daraus aber wohl nicht.

#### **IV. Kartellrecht**

Der rechtliche Rahmen von Big Data-Anwendungen wird auch durch das Kartellrecht bestimmt, was im Rahmen dieses Berichts jedoch lediglich angerissen werden soll. Während die Digitalisierung vielfach zu einer sehr dynamischen Entwicklung von Märkten und Wettbewerb geführt hat, ist gleichzeitig festzustellen, dass sich einige marktmächtige Unternehmen herauskristallisiert haben.<sup>203</sup> Von Relevanz können da-

---

<sup>202</sup> Zu den Möglichkeiten der Überprüfung algorithmischer Entscheidungssysteme, s. Kapitel I, D II.

<sup>203</sup> Wambach, Wettbewerbsregeln an die Digitalökonomie anpassen, ifo Schnelldienst 10/2018, 24. Mai 2018, S. 6 ff., <https://www.cesifo-group.de/DocDL/sd-2018-10-2018-05-24.pdf> (letzter Abruf: 25.8.2018).

her im Rahmen von Big Data-Anwendungen insbesondere Normen gegen das missbräuchliche Ausnutzen von Marktmacht sein. In der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde klargestellt, dass die unentgeltliche Erbringung der Leistung der Annahme eines Marktes nicht entgegensteht.<sup>204</sup> Damit unterliegen Internetdienstleister wie Facebook oder Google der Missbrauchsaufsicht. Die Erhebung und sonstige Verarbeitung von Daten ist in der Internetökonomie ein in hohem Maße wettbewerbsrelevantes unternehmerisches Verhalten, das der Gesetzgeber in § 18 Abs. 3 GWB mit der 9. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich als marktmachtrelevant, vor allem bei Onlineplattformen und –netzwerken, eingestuft hat. Zurzeit führt das Bundeskartellamt beispielsweise ein Verwaltungsverfahren gegen Facebook durch, in dem es einen möglichen Konditionenmissbrauch prüft. Dabei geht das Bundeskartellamt davon aus, dass es sich bei Facebook um ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem deutschen Markt für soziale Netzwerke handelt. Es prüft, ob die Vertragskonditionen von Facebook dem Verbraucher gegenüber unangemessen sind und zu einem Kontrollverlust für den Nutzer führen, der unter Umständen nicht mehr überschauen kann, welche Daten aus welchen Quellen für welche Zwecke zu einem detaillierten Profil zusammengeführt werden.<sup>205</sup>

## **D. Abstrakte Betrachtung der rechtspolitischen Handlungsoptionen**

### **I. Erkenntnisse aus anderen Rechtsgebieten: Finanzmarktrecht**

Bei der Untersuchung, welche rechtspolitischen Handlungsoptionen dem Gesetzgeber ganz grundsätzlich zur Verfügung stehen, um algorithmischen Entscheidungssystemen mit einem besonderen Potenzial für Diskriminierung oder Teilhabeausschluss zu begegnen, liegt es nahe, nach bereits bestehenden Regulierungen zu suchen.

Der erste Bereich, in dem die Notwendigkeit einer Regulierung von Algorithmen gesehen wurde, war der Börsenhandel.

Bereits der enorme Kursrutsch am Schwarzen Montag, den 19. Oktober 1987, soll durch einen seinerzeit beliebten Programmhandel verschlimmert worden sein.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> § 18 Abs. 2 GWB.

<sup>205</sup> Bundeskartellamt, Hintergrundinformationen zum Facebook-Verfahren des Bundeskartellamtes vom 19. Dezember 2017, abrufbar unter: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions\\_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Hintergrundpapier_Facebook.html) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>206</sup> Handelsblatt vom 19.10.2012; Crash von 1987: Die Mutter aller Börsenpannen, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/boerse-inside/crash-von-1987-die-mutter-aller-boersenpannen/7275944.html> (letzter Abruf 25.8.2018).

Auch beim so genannten „Flash Crash“ am 6. Mai 2010, bei dem völlig unvorhersehbar wesentliche Aktien-Indizes an der Wall Street einbrachen, um sich sodann ähnlich schnell zu erholen, haben Algorithmen jedenfalls verstärkend mitgewirkt. Damals verlor der Börsenindex Dow Jones kurzzeitig rund 1000 Punkte und damit etwa zehn Prozent. Dabei gingen fast eine Milliarde Dollar an Marktkapitalisierung verloren.<sup>207</sup> Dieses Jahr wirkten Algorithmen bei den Kurseinbrüchen am 2. Februar 2018 als Brandbeschleuniger.<sup>208</sup>

Im Vorgriff auf die Richtlinie (EU) 2014/65 (Market in Financial Instruments Directive II – im Folgenden „MiFID II“) wurde im Jahr 2013 das Gesetz zur Vermeidung von Gefahren und Missbräuchen im Hochfrequenzhandel verabschiedet.<sup>209</sup> Die Intention des Gesetzgebers richtete sich auf die Minimierung von Risiken für das Handelssystem aufgrund des Einsatzes algorithmischer Handelsprogramme. Der Einsatz dieser Programme ermöglicht es, Kauf – und Verkaufssignale in sehr kurzen Abständen von teilweise nur einigen Sekundenbruchteilen zu generieren und die Finanzinstrumente lediglich für sehr kurze Zeiträume zu halten. Damit erhöht sich die Geschwindigkeit und Komplexität des Handels, was die Gefahr der Überlastung des Handelssystems aufgrund übermäßiger Nutzung durch ein sehr hohes Orderaufkommen in sich birgt. Daneben besteht das Risiko, dass algorithmische Handelsstrategien auf andere Marktereignisse überreagieren, was die Volatilität verschärfen kann.<sup>210</sup>

In dem am 7. Mai 2013 verabschiedeten Gesetz<sup>211</sup> wurde zur Lösung des Problems der An- und Verkauf von Finanzinstrumenten an organisierten Märkten und multilateralen Handelssystemen als Wertpapierdienstleistung in der Form des Eigenhandels eingestuft. Aufgrund der Einstufung unterfielen ab diesem Zeitpunkt die an diesen Handelsplätzen aktiven Unternehmen grundsätzlich der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: BaFin) nach dem Wertpapierhandelsgesetz. Den Unternehmen, die algorithmischen Handel betreiben, wurden besondere Organisationspflichten auferlegt, nach denen sichergestellt werden muss, dass die Handelssysteme derart ausgestaltet sind, dass Störungen des Marktes unterbleiben.

Darüber hinaus gelten für Wertpapierdienstleistungsunternehmen ab dem 3. Januar 2018 neue Anzeigepflichten aufgrund der Umsetzung der Finanzmarkttrichtlinie MiFID

---

<sup>207</sup> Handelsblatt vom 10.11.2016, „Flash-Crash“ – Händler bekennt sich schuldig, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/panorama/aus-aller-welt/sechseinhalb-jahre-spaeter-flash-crash-haendler-bekannt-sich-schuldig/14822430.html> (letzter Abruf: 25.8.2018); Bericht der US Commodity Futures Trading Commission und der US Securities & Exchange Commission vom 30. September 2010, abrufbar unter: <https://www.sec.gov/news/studies/2010/marketevents-report.pdf>. (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>208</sup> Wirtschaftswoche vom 6.2.2018: Börsen-Crash oder Korrektur, abrufbar unter <https://www.wiwo.de/finanzen/boerse/anleger-sind-in-panik-verfallen-boersen-crash-oder-korrektur/20931348.html> (letzter Abruf: 15.8.2018).

<sup>209</sup> BGBl. 2013 S. 1162.

<sup>210</sup> BR-Drs. 607/12.

<sup>211</sup> BGBl. 2013 S. 1162.

II durch das Zweite Finanzmarktnovellierungsgesetz. Wertpapierdienstleistungen sind von diesen Anzeigepflichten betroffen, wenn sie einen algorithmischen Handel im Sinne des § 80 Abs. 2 S. 1 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) betreiben, oder wenn sie gemäß § 2 Abs. 30 WpHG einen direkten elektronischen Zugang zu einem Handelsplatz anbieten.

In § 80 Abs. 2 WpHG heißt es:

*„(2) Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss zusätzlich die in diesem Absatz genannten Bestimmungen einhalten, wenn es in der Weise Handel mit Finanzinstrumenten betreibt, dass ein Computeralgorithmus die einzelnen Auftragsparameter automatisch bestimmt, ohne dass es sich um ein System handelt, das nur zur Weiterleitung von Aufträgen zu einem oder mehreren Handelsplätzen, zur Bearbeitung von Aufträgen ohne die Bestimmung von Auftragsparametern, zur Bestätigung von Aufträgen oder zur Nachhandelsbearbeitung ausgeführter Aufträge verwendet wird (algorithmischer Handel). Auftragsparameter im Sinne des Satzes 1 sind insbesondere Entscheidungen, ob der Auftrag eingeleitet werden soll, über Zeitpunkt, Preis oder Quantität des Auftrags oder wie der Auftrag nach seiner Einreichung mit eingeschränkter oder überhaupt keiner menschlichen Beteiligung bearbeitet wird. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das algorithmischen Handel betreibt, muss über Systeme und Risikokontrollen verfügen, die sicherstellen, dass*

- 1. seine Handelssysteme belastbar sind, über ausreichende Kapazitäten verfügen und angemessenen Handelsschwellen und Handelsobergrenzen unterliegen;*
- 2. die Übermittlung von fehlerhaften Aufträgen oder eine Funktionsweise des Systems vermieden wird, durch die Störungen auf dem Markt verursacht oder ein Beitrag zu diesen geleistet werden könnten;*
- 3. seine Handelssysteme nicht für einen Zweck verwendet werden können, der gegen die europäischen und nationalen Vorschriften gegen Marktmissbrauch oder die Vorschriften des Handelsplatzes verstößt, mit dem es verbunden ist.*

*Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das algorithmischen Handel betreibt, muss ferner über wirksame Notfallvorkehrungen verfügen, um mit unvorgesehenen Störungen in seinen Handelssystemen umzugehen, und sicherstellen, dass seine Systeme vollständig geprüft sind und ordnungsgemäß überwacht werden. Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen zeigt der Bundesanstalt und den zuständigen Behörden des Handelsplatzes, dessen Mitglied oder Teilnehmer es ist, an, dass es algorithmischen Handel betreibt.“*

Ferner wurde den Händlern aufgegeben, die verwendeten Handelsalgorithmen intern zu kennzeichnen, um eine Rückverfolgung zu ermöglichen, § 16 Abs. 2 Nr. 3 des Börsengesetzes.

Zudem wurde ein Auskunftsrecht der BaFin eingeführt, dass sich nunmehr in § 6 Abs. 4 WpHG wiederfindet. Danach kann die BaFin von einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das algorithmischen Handel betreibt, jederzeit Informationen über seinen algorithmischen Handel und die für diesen Handel eingesetzten Systeme anfordern, soweit dies aufgrund von Anhaltspunkten für die Überwachung der Einhaltung eines Verbot oder Gebots des Wertpapierhandelsgesetzes erforderlich ist. Die BaFin kann insbesondere eine Beschreibung der algorithmischen Handelsstrategien, der Einzelheiten zu den Handelsparametern oder Handelsobergrenzen, denen das System unterliegt, der wichtigsten Verfahren zur Überprüfung der Risiken und Einhaltung der Vorgaben des § 80 WpHG sowie der Einzelheiten über seine Systemprüfung verlangen.

Die Umsetzung der Organisationspflichten wird nach § 89 WpHG von Wirtschaftsprüfern überprüft. Dabei findet keine Überprüfung einzelner Algorithmen statt.

Forderungen, ein spezielles Zulassungsverfahren für Algorithmen im Bereich des Hochfrequenzhandels zu etablieren, konnten sich nicht durchsetzen. Konkret gefordert wurde ein Zulassungsverfahren für Algorithmen, in dem die algorithmischen Handelssysteme vor der Nutzung im Markt einem Stresstest unterzogen werden,<sup>212</sup> was jedoch keine Mehrheit fand. Auch auf europäischer Ebene wurde von einem Zulassungsverfahren für Handelsalgorithmen in der Finanzmarktrichtlinie MiFID II abgesehen.

Der Weg, der im Börsenhandel gewählt wurde, um Risiken algorithmenbasierter Entscheidungsfindung zu minimieren, lässt sich nur bedingt auf den hier zu untersuchenden Einsatz von Algorithmen in zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen übertragen. Eine Übertragung der Grundsätze könnte dort erwogen werden, wo zulassungspflichtige Märkte bestehen, wie etwa im Bereich der Krankenversicherungen. Erkenntnisse können ferner insoweit gewonnen werden, als die gesetzliche Beschreibung der algorithmischen Handlungsformen geeignet erscheint, die Realität abzubilden. Zudem zeigt sich in diesem Bereich, dass eine Kennzeichnung von Algorithmen grundsätzlich möglich ist.

## **II. Untersuchung rechtspolitischer Handlungsoptionen**

Die Diskussion um eine Beschränkung algorithmenbasierter Big Data-Anwendungen hat eine Vielzahl von Vorschlägen hervorgebracht, welche die volle Bandbreite des „Baukastens“ legislativer Gestaltungsmittel ausschöpfen. Instrumente direkter Verhaltenssteuerung lassen sich dabei von Instrumenten indirekter Verhaltenssteuerung unterscheiden. Direkte Verhaltenssteuerung wird durch Gesetze bewirkt, die Geoder Verbote aussprechen, Genehmigungsvorbehalte, Anzeigepflichten und Anmel-

---

<sup>212</sup> Vgl. Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages, 17/212, 1. Beratung, Redebeitrag des Abgeordneten Dr. Carsten Siegling, 26013 A.

devorbehalte oder Nebenbestimmungen und Verträglichkeitsprüfungen vorsehen. Mit dem Einsatz eines Genehmigungsvorbehalts sind in aller Regel, je nach Ausgestaltung, schwerwiegendere Eingriffe in die unternehmerischen Freiheiten verbunden, die einen entsprechend gewichtigen Gemeinwohlbelang zur Rechtfertigung verlangen. So macht beispielsweise eine präventive Genehmigungspflicht hinsichtlich eines Algorithmus nur Sinn, wenn und soweit entsprechende Risiken des Einsatzes des betreffenden Algorithmus für die Grundrechtsausübung den enormen Aufwand, der mit der Durchführung von Genehmigungs- und womöglich Änderungsgenehmigungsverfahren verbunden ist, rechtfertigen können. Ein bloßer Anmeldevorbehalt mit stichprobenartiger Kontrolle ist hingegen ein milderer Mittel, bietet aber auch weniger Schutz vor Rechtsverstößen. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung sind beispielsweise Transparenzpflichten und damit korrespondierende (private) Rechte, Formen regulierter Selbstregulierung wie Zertifikatslösungen, Organisationsvorgaben an Unternehmen, Versicherungspflichten, Auskunftsansprüche und unterschiedliche Haftungsregime. Das gewünschte Verhalten soll hier mittelbar dadurch erreicht werden, dass Unternehmen sich aus wirtschaftlichen Gründen für die Einhaltung bestimmter Standards gegen besonders risikoträchtige Verhaltensweisen entscheiden.

## 1. Beispiele zu einzelnen Instrumenten

Das gesetzliche Ver- oder Gebot ist die schärfste Form der direkten Verhaltenssteuerung, da es bestimmte Verhaltensweisen zwingend verbietet oder anordnet, um staatliche Steuerungsziele zu erreichen. Verbote kommen in Betracht, wenn das verbotene Verhalten generell unerwünscht ist, etwa, weil es sich regelhaft in erheblicher Weise gesundheitsschädigend auswirkt, und auch nicht besonders grundrechtlich geschützt ist. Neben dem absoluten Verbot kommt ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt in Betracht, um besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen.<sup>213</sup> Dieses Instrument wird bei grundsätzlich unerwünschtem Verhalten, das nur ausnahmsweise gestattet werden kann, eingesetzt. Die Erteilung der Befreiung liegt meistens im Ermessen der Behörde. Die Einhaltung der Ver- oder Gebote wird staatlich kontrolliert.<sup>214</sup>

Im Kontext der Algorithmen dürften Verbote zu rechtfertigen sein, wenn ihr Einsatz die freie Entfaltung der Persönlichkeit anderer Menschen bedroht, weil die von ihnen getroffenen Entscheidungen oder ihre mittelbaren Auswirkungen den betroffenen Menschen die Möglichkeit nehmen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen oder weil ein anderer als ein diskriminierender Einsatz nicht denkbar ist. Denkbar ist dies in existenziellen Lebensbereichen wie etwa dem diskriminierungsfreien Zugang zu grundlegenden sozialen Sicherungssystemen oder bei Entscheidungen in lebensbedrohlichen medizinischen Situationen.

---

<sup>213</sup> Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, S. 85.

<sup>214</sup> Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, S. A-3.

Auf einer schwächeren Stufe sind gesetzliche Eröffnungskontrollen anzusiedeln, wie Genehmigungsvorbehalte, Anzeigepflichten und Anmeldevorbehalte. Genehmigungsvorbehalte sind in der Regel als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Dabei wird ein grundsätzlich erwünschtes, oft grundrechtlich geschütztes Verhalten, zu Kontrollzwecken einem Erlaubnisvorbehalt unterworfen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Der Antragsteller trägt die Darlegungs- und Beweislast und kann etwaige Vorhaben bis zum Erlass eines positiven Bescheids nicht umsetzen. Genehmigungsvorbehalte wirken sich je nach Ausgestaltung der Anforderungen oder des Verfahrens freiheitshemmend aus; auf unternehmerischer Seite lösen sie einen Erfüllungsaufwand aus, auf staatlicher Seite müssen entsprechende fachliche Ressourcen zur Überprüfung der Anträge bereitgestellt werden. Ein Einsatz ist regelmäßig gerechtfertigt, wenn der Schutz wichtiger Rechtsgüter derartige „Kontrollerlaubnisse“ verlangt.

Ein besonders bekanntes Beispiel in diesem Zusammenhang ist der KfZ-TÜV, präziser, die nach § 29 StVZO vorgesehene Hauptuntersuchung. Diese wird auf Grundlage staatlicher Gesetze auf privatwirtschaftlicher Basis als mittelbare Staatsverwaltung in Form der Beleihung des Technischen Überwachungsvereins durchgeführt.

Der Bundesverband Verbraucherzentrale erhob die Forderung, auch Algorithmen einem so genannten „Algorithmen-TÜV“ zu unterwerfen. Algorithmen, deren Einsatz zwar nicht regelhaft schädlich für die betroffenen Personen ist, deren Fehlerhaftigkeit oder ihr missbräuchlicher Einsatz aber mit erheblichen Gefahren verbunden ist, könnten aufgrund derartiger Regelungen überwacht werden.

Dies wirft die Frage auf, wie überhaupt ein algorithmisches Entscheidungssystem überprüft werden kann. Dabei mag man zunächst an die Prüfung des offengelegten Quellcodes denken, wobei bereits der Prüfungsmaßstab fraglich sein dürfte. Für Algorithmen in den unterschiedlichsten Anwendungsbereichen gibt es bisher keine Standards, an denen sich ein Prüfer orientieren könnte. Die nächste Problematik dürfte die Prüffähigkeit der Algorithmen an sich und der damit verbundene Aufwand sein. Außer im akademischen Bereich dürfte es unüblich sein, dem Quellcode detaillierte Beschreibungen beizufügen, die den Nachweis bringen, dass der Algorithmus die gestellte Aufgabe löst. Der Wunsch, algorithmische Entscheidungssysteme daraufhin zu überprüfen, diskriminierungsfreie Ergebnisse zu liefern, dürfte regelmäßig eine unlösbare Aufgabe darstellen. Dies gilt erst recht, wenn der Algorithmus aus zur Verfügung gestellten Datenpaketen selbst lernt. Ferner unterliegen algorithmische Entscheidungssysteme häufig einer ständigen Veränderung durch deren Entwickler, weswegen es einer Vielzahl von Informatikern bedürfte, alle diese Entwicklungen nachzuvollziehen. Schließlich kollidiert die Offenlegung des Quellcodes mit dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

Eine Alternative zur Offenlegung des Quellcodes könnte die Analyse der Ergebnisse bringen, die algorithmische Entscheidungssysteme auswerfen. Hierzu müssten die jeweiligen Unternehmen Schnittstellen zur Verfügung stellen, die es dem Prüfer ermöglichen, dem algorithmischen Entscheidungssystem Testdatensätzen einzuspielen. Bei diesen Testdatensätzen könnte man je nach konkretem Anwendungsbereich

einzelne Parameter variieren und die Ergebnisse sodann auf Anhaltspunkte für Diskriminierungen (gegebenenfalls unter Zuhilfenahme von eigenen Prüfalgorithmen) untersuchen. Diese Szenario wäre grundsätzlich denkbar, fordert jedoch besonders qualifiziertes Personal<sup>215</sup> und regelmäßig einen hohen zeitlichen Aufwand. Zudem wird die hierzu nötige gesetzliche Verpflichtung der Unternehmen, Schnittstellen zur Verfügung zu stellen, lediglich in ganz besonders grundrechtsrelevanten Bereichen mit einem hohen Gefährdungspotenzial für bedeutsame Rechtsgüter verhältnismäßig sein. In diesem Zusammenhang wäre möglicherweise an autonome Mobilitätssysteme zu denken. Passend hierzu hat der TÜV Süd angekündigt, mit dem Deutschen Forschungszentrum für künstliche Intelligenz zusammenzuarbeiten, um einen TÜV für Algorithmen zu entwickeln und so Systeme zu zertifizieren, die beim autonomen Fahren im Einsatz sind.<sup>216</sup>

Ein deutlich milderer Mittel sind Anzeigepflichten, durch die die Behörden auf die Aufnahme oder Änderung der Tätigkeit aufmerksam gemacht werden sollen, damit diese überwacht werden kann.<sup>217</sup> Anmeldepflichten kommen beispielsweise dort in Betracht, wo auch ein fehlerhafter oder missbräuchlicher Freiheitsgebrauch wie etwa der Algorithmeninsatz nicht zu schwerwiegenden Folgen für andere führen kann, so dass stichprobenartige Kontrollen ausreichen.

Anmeldevorbehalte beinhalten freilich die Pflicht zur Vorlage relevanter Unterlagen, die ähnliche Belastungen mit sich bringen kann wie ein Genehmigungsvorbehalt, der zudem nach Erteilung der Genehmigung auch Rechtssicherheit für einen Antragsteller schafft.

Verträglichkeitsprüfungen werden beispielsweise vielfach im Umweltrecht durchgeführt. Als Beispiel kann hierfür die natura 2000-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 des Bundesnaturschutzgesetzes genannt werden. Zweck der Verträglichkeitsprüfung ist in der Regel die formalisierte fachliche Prüfung, ob Vorhaben bestimmte Rechtsgüter erheblich beeinträchtigen. Sie sind also insbesondere in Bereichen nutzbar, in denen Unsicherheit über Auswirkungen besteht. Denkbar ist es auch, Verträglichkeitsprüfungen denjenigen zu übertragen, die den späteren Nutzen eines Vorhabens genießen; dies schont die staatlichen Ressourcen und sorgt für eine nachfragegerechte Bereitstellung der Prüfungsdienstleistung mit der Folge zügiger Verfahren.

Auch im europäischen Datenschutzrecht hat dieses Instrument mit der Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO seinen Niederschlag gefunden.

Transparenzpflichten sollen unter anderem Behörden oder Personen in die Lage versetzen, informierte Entscheidungen zu treffen oder Rechtsverletzungen zu erken-

---

<sup>215</sup> Der Bundesverband Bitkom zählte zum Jahreswechsel 2017/2018 in Deutschland rund 55.000 offene Stellen für IT-Fachkräfte, vgl. Handelsblatt vom 17./18./19. August 2018, S. 43.

<sup>216</sup> „Ein TÜV für Algorithmen“, Süddeutsche Zeitung vom 18.4.2018/ ratz.

<sup>217</sup> Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, S. 90.



nen, vgl. z.B. Art. 7 Abs. 2 DS-GVO. Transparenzpflichten sensibilisieren zwar im Hinblick auf bestimmte Verhaltensweisen, hindern aber nicht deren Ausübung. Ihre Wirksamkeit hängt zum Beispiel davon ab, wie stark sich Verbraucher für die angegebenen Informationen interessieren und ob sie bereit sind, daraus Verhaltensrückchlüsse zu ziehen. Auch Transparenzpflichten können einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen, wenn mit ihnen die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen verbunden ist. Dennoch sind sie regelmäßig ein milderer Mittel gegenüber Ge- oder Verboten und Genehmigungspflichten. Sie kommen vor allem dann in Betracht, wenn die Information geeignet ist, den Adressaten in die Lage zu versetzen, eine freie Entscheidung über die Nutzung einer Dienstleistung zu treffen. Bleibt dem Adressaten auch nach der Lektüre keine andere Wahl, als die Bedingungen zu akzeptieren, sind unter Umständen materiell-rechtliche Pflichten zur Hebung des Schutzniveaus erforderlich. Flankieren lassen sich Transparenzpflichten mit Sanktionsregimen wie Ordnungswidrigkeiten oder Schadensersatzpflichten.

Auch die Implementierung von Haftungsregimen stellt ein Gestaltungsmittel dar, um gesetzgeberische Ziele zu erreichen. Die Aussicht, für durch Fehlverhalten verursachte Schäden aufzukommen, provoziert sorgfältigeres Verhalten. Haftungsregime bieten sich an, wenn der drohende Schaden durch die Haftung kompensiert werden kann; ist der drohende Schaden bei seinem Eintritt irreparabel, sind sie nur in Kombination mit anderen Instrumenten sinnvoll nutzbar. Mit Blick auf Algorithmen könnten sie geeignet sein, um Diskriminierungen entgegenzuwirken.

Pflichtversicherungen, etwa in § 1 des Pflichtversicherungsgesetzes für Fahrzeughalter oder in § 51 der Bundesrechtsanwaltsordnung für Rechtsanwälte hindern nicht den Schadenseintritt, sollen aber eine nachträgliche Entschädigung des Geschädigten sicherstellen.

Unter regulierter Selbstregulierung ist eine Selbstregulierung zu verstehen, die in einen staatlichen Rahmen eingepasst ist bzw. auf rechtlicher Grundlage erfolgt.<sup>218</sup> Regulierte Selbstregulierung findet sich beispielsweise im Jugendmedienschutz (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag), im Umweltrecht (Umweltaudit) und im Bilanzkontrollrecht (§§ 342b ff HGB, §§ 37 Buchst. n ff. WpHG) sowie neuerdings in § 3 Abs. 2 Nr. 3 des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes. Private Organisationen können sich auch selbst Regeln setzen und deren Einhaltung kontrollieren. Alternativ können private Organisationen auch darauf beschränkt sein, staatlich gesetzte Normen zu kontrollieren. Ob eine regulierte Selbstregulierung möglich ist, hängt verfassungsrechtlich betrachtet von der Grundrechtsrelevanz der Materie ab. Je geringer die Gefahren für geschützte Rechtsgüter, desto eher kann die Erreichung von Steuerungszielen Privaten überlassen werden. Das bietet sich insbesondere dann an, wenn die Bereitstellung staatlicher Ressourcen aufgrund der Spezifika eines Sachverhalts flächen-

---

<sup>218</sup> Schulz/Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, S. A-5.

deckend schwierig ist und, wenn ein Eigeninteresse der regulierten Bereiche erkennbar ist; so kann es im Interesse des Verwenders eines Algorithmus sein, mit dessen Treffsicherheit oder dem Datensicherheitsniveau zu werben. Ist die Materie so komplex, dass der Verbraucher sich kaum sinnvoll mit deren Details auseinandersetzen kann, können Zertifikate anerkannter Zertifizierer einen Werbeeffect bewirken. Missbrauch kann dadurch vorgebeugt werden, dass die Zertifizierer ihrerseits strengen Regeln und einem Sanktionsregime unterworfen werden.

Im Bereich der regulierten Selbstregulierung spielen Zertifikate, mit denen beispielsweise ein bestimmter Qualitätsstandard oder die Einhaltung einer DIN bescheinigt wird, eine bedeutende Rolle. Auch die verschiedenen technischen Überwachungsvereine (TÜV) sind in dem Bereich der Zertifizierung tätig.

Letztlich lassen sich alle Instrumente je nach Anforderungsprofil und gewünschter Wirkung miteinander kombinieren. Maßgeblich sind die klassischen Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Gefahren und Risiken des in Rede stehenden Algorithmus für den Einzelnen, gemessen an den spezifisch einschlägigen Grundrechten und des Ausmaßes von deren Beeinträchtigung, Allgemeinwohlbelange wie Kosten wirksamer staatlicher Überwachung, Wirksamkeit des gewählten Instruments oder Instrumentenmixes.

## **2. Datenschutz-Grundverordnung**

Die Datenschutz-Grundverordnung hält bereits ein umfangreiches Instrumentarium bereit. Als Verordnung, die nicht nur den Schutz personenbezogener Daten regelt, sondern auch Rechtsgrundlage für den freien Verkehr dieser Daten sein will (Art. 1 Abs. 1 DS-GVO), ist sie abschließend, wenn und soweit sie einschlägig ist (insbesondere personenbezogene Daten verarbeitet werden) und keine Öffnungsklauseln einen höheren Schutz personenbezogener Daten und damit auch vor algorithmenbasierter Verarbeitung gestatten. In vielerlei Hinsicht sind die Tatbestände der Datenschutz-Grundverordnung bisher noch konkretisierungsbedürftig. Generell sollten daher erste Entwicklungen in der Rechtsprechung abgewartet werden. Anders könnte dies in Regelungsbereichen sein, in denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung besonders sensibel berührt ist. Die Datenschutz-Grundverordnung ist eine „Grund“-Verordnung. Sie bietet einen Daten-„Grundschutz“, der für bestimmte Daten durch speziellere unionsrechtliche Regelungen ausgeweitet (oder eingeschränkt) wird. Erkennbar ist aber schon jetzt, dass die Datenschutz-Grundverordnung einen Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit nur bietet, soweit diese durch die Verarbeitung personenbezogener Daten bedroht ist. Der Rasterung anhand nicht-personenbezogener Daten wie beispielsweise bestimmter, weit verbreiteter, aber doch aussagekräftiger Maschinendaten, gebietet sie keinen Einhalt.

### **3. Ergänzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes**

Um die bereits vorhandenen legislativen Möglichkeiten zur Regulierung von algorithmischen Entscheidungssystemen optimal nutzen zu können, böte sich eine geringfügige Ergänzung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes an. Wie oben unter Kapitel I C. III. gezeigt, erfasst der Schutz des AGG vor unzulässiger Benachteiligung im Zivilrecht auch algorithmenbasierte Entscheidungen, ohne hinter dem Niveau des Schutzes vor menschlich getroffenen Entscheidungen zurückzubleiben. Unsicherheit besteht aber hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs aus § 21 Abs. 2 S. 2 AGG. Für Rechtssicherheit sorgen würde hier die Entscheidung des Gesetzgebers dahingehend, dass der Entlastungsbeweis nach § 21 Abs. 2 S. 1 AGG ausscheidet, wenn die Verletzung des Benachteiligungsverbots auf einer algorithmenbasierten Entscheidung beruht. Die Konformität einer solchen Änderung des AGG zu den Richtlinien wäre unproblematisch, weil diese nur Mindestanforderungen stellen.

## **E. Konkrete Betrachtung rechtspolitischer Handlungsoptionen für personalisierte Newsfeeds, personalisierte Werbung und personalisierte Preise**

Gemäß dem Arbeitsauftrag sollen nunmehr die eingangs dargestellten Fallkonstellationen algorithmenbasierter Big Data-Anwendungen untersucht werden.

### **I. Personalisierte Newsfeeds**

#### **1. Chancen algorithmenbasierter personalisierter Suchfunktionen und „Newsfeeds“ in digitalen Plattformen**

Personalisierte Suchfunktionen und Newsfeeds können Nutzern - natürlich in Abhängigkeit von der Qualität des verwendeten Algorithmus und der ihm zur Verfügung stehenden Nutzerdaten - einen komfortablen Zugang zu Informationen, die ihren Interessen und ihrem Informationsbedarf entsprechen, ermöglichen.<sup>219</sup> Gerade bei Internetsuchmaschinen kann die Personalisierung der Suchergebnisse dazu beitragen, die Recherche stärker an dem persönlichen Nutzerinteresse auszurichten und damit in zeitsparender Weise die Qualität der Rechercheergebnisse aus Nutzersicht zu verbessern. Damit wird die zeiteffiziente und kostengünstige Verfügbarkeit für den Nutzer relevanter Informationen aus einer aus menschlicher Sicht unüberschaubaren Datenmenge erheblich erleichtert. Dies kommt mangels Entgeltlichkeit der personalisierten Suchangebote weiten Teilen der Bevölkerung zugute („Demokratisierung“).<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> *Lischka/Klingel*, Neun Chancen, neun Risiken algorithmischer Entscheidungsfindung, abrufbar unter: <https://algorithmenethik.de/2017/06/09/neun-chancen-neun-risiken-algorithmischer-entscheidungsfindung/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>220</sup> *Lischka/Klingel*, Neun Chancen, neun Risiken algorithmischer Entscheidungsfindung, abrufbar unter: <https://algorithmenethik.de/2017/06/09/neun-chancen-neun-risiken-algorithmischer-entscheidungsfindung/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

Bei Newsfeeds kann eine stärkere Personalisierung die Nützlichkeit einer digitalen Plattform für den Nutzer erhöhen, da ihm – wie es z.B. bei einer Sortierung der sogenannten „Timeline“ nach Maßgabe der chronologischen Reihenfolge der Veröffentlichung der Fall wäre - anstelle einer ungefilterten großen Datenmenge mit zahlreichen potentiell für ihn persönlich nicht relevanten Informationen primär die Informationen angezeigt werden, die potentiell für ihn persönlich interessant und relevant sind. Sowohl bei Suchmaschinen als auch bei digitalen Plattformen mit Newsfeed-Funktion kann eine stärkere Personalisierung der Informationsangebote mittels Algorithmen dazu beitragen, dass die Nutzer über die sie interessierenden Themengebiete umfassender und qualitativ besser informiert werden.<sup>221</sup> Will der Nutzer mittels Suchmaschinen erzielte Rechercheergebnisse oder Informationen aus Newsfeeds zur Grundlage von Entscheidungen machen, so kann eine durch Personalisierung erhöhte persönliche Relevanz der dem Nutzer angezeigten Informationen eine breitere Informationsgrundlage für Entscheidungen des Nutzers zur Folge haben.<sup>222</sup>

## **2. Risiken algorithmenbasierter personalisierter Suchfunktionen und „Newsfeeds“ in digitalen Plattformen**

Algorithmisch gesteuerte personalisierte Newsfeeds führen zur Informationseinblendung unter Relevanzgesichtspunkten, wobei sich die Relevanz – in der Gewichtung natürlich in Abhängigkeit vom jeweiligen Algorithmus – auch nach personenbezogenen Interessen oder Vorlieben und/oder der Interaktion „befreundeter“ Nutzer mit geposteten Beiträgen bemisst. Damit wird die Relevanz angezeigter Inhalte nicht nach deren tagespolitischer oder zeitgeschichtlicher Bedeutung oder sonstigen in der Presse geltenden qualitativen Kriterien bemessen, was zu einer großen Diskrepanz zwischen allgemeiner Nachrichtenlage und den Informationen im Newsfeed und damit tendenziell zu unvollständiger Information der Intermediärnutzer führen kann.<sup>223</sup> Das Ausmaß der durch Personalisierung von Newsfeeds potentiell herbeigeführten „Unterversorgung“ der Nutzer mit objektiv relevanten Informationen hängt dabei neben der Gewichtung der Personalisierung im jeweiligen Algorithmus und den persönlichen Interessen des Nutzers auch davon ab, ob und in welchem Ausmaß sich der betroffene Nutzer zusätzlich auch aus anderen Quellen (wie z.B. Tagespresse, Rundfunk etc.) informiert. Allerdings kann die andersartige Zusammensetzung per-

---

<sup>221</sup> Lischka/Stöcker, Digitale Öffentlichkeit. Wie algorithmische Prozesse den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen. Arbeitspapier, Gütersloh 2017, S. 18, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale\\_Oeffentlichkeit\\_final.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale_Oeffentlichkeit_final.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>222</sup> Vgl. Ernst, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, 1026 (1029).

<sup>223</sup> Lischka/Stöcker, Digitale Öffentlichkeit. Wie algorithmische Prozesse den gesellschaftlichen Diskurs beeinflussen. Arbeitspapier, Gütersloh 2017, S. 11, abrufbar unter: [https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale\\_Oeffentlichkeit\\_final.pdf](https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/Digitale_Oeffentlichkeit_final.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

sonalisierter Newsfeeds oder Trefferlisten in Online-Suchmaschinen gegenüber der allgemeinen Rundfunk- und Presseberichterstattung bei Nutzern, die sich der Folgen der Personalisierung des digital-algorithmisch sortierten Informationsangebots nicht bewusst sind, auch zur Folge haben, dass das Misstrauen der Nutzer gegenüber der Objektivität der Rundfunk- und Presseberichterstattung wächst. Umgekehrt kann diese Diskrepanz bei Nutzern dazu führen, dass sie nicht zuletzt auch wegen des Gefühls, bei Internetmedien den Folgen als intransparent empfundener algorithmischer Vorsortierung ausgeliefert zu sein, die Nutzung des Internets zunehmend meiden oder einschränken.<sup>224</sup> Ferner kann mit der Personalisierung von Newsfeeds und Rechercheergebnissen im Internet auch das Risiko sogenannter „Filterblasen-“ oder „Echokammereffekte“<sup>225</sup> verbunden sein. Damit ist die auf personalisierte Algorithmentsortierung zurückgeführte Verengung der Nachrichtenlage und Meinungsvielfalt auf dem Weltbild und den Interessen des Nutzers entsprechende Beiträge und Informationen gemeint, die den Nutzer wiederum in seiner Auffassung bestärken.<sup>226</sup> Auch wenn zu diesem Effekt zunehmend kritische Stimmen zu vernehmen sind, die unter Bezugnahme auf vergleichbare milieubezogene Phänomene in der analogen Welt<sup>227</sup> oder auf empirische Untersuchungen zum Grad der Personalisierung der Informationsangebote bestimmter Intermediäre (wie z.B. die Internetsuchmaschine Google<sup>228</sup>) den Filterblaseneffekt verneinen oder relativieren, ist jedenfalls zu konstatieren, dass er eintreten könnte, wenn der seitens des genutzten Intermediärs verwendete Algorithmus hinreichend stark personalisiert ausgerichtet wird.

### 3. Stellungnahme

Die jederzeitige und ubiquitäre Verfügbarkeit unzähliger Nachrichten und sonstiger Informationen darf wohl als der wesentliche Fortschritt angesehen werden, den das Internet ermöglicht hat. Aber erst durch zahlenmäßige Begrenzung, mithin eine Vorauswahl wird die sonst unüberschaubare Menge von Netzinformationen für den Menschen handhabbar und damit sinnvoll. Die Notwendigkeit solcher Vorauswahl impliziert zum einen, dass dafür aus zeitlichen und ökonomischen Gründen Algorith-

---

<sup>224</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 73 f, abrufbar unter:

[http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>225</sup> Grundlegend hierzu: *Pariser*, The filter bubble. What the internet is hiding from you, 2011.

<sup>226</sup> *Von Gehlen*, Welt ohne Gegenmeinung, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/digital/wie-google-und-co-uns-andere-standpunkte-vorenthalten-welt-ohne-gegenmeinung-1.1112983> (letzter Abruf: 25.8.2018); *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen - Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), 1 (12 f).

<sup>227</sup> *Fischer*, Filterblase?, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2017/34/algorithmen-filterblase-meinungen-selbstbetrug> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>228</sup> *Weisberg*, Bubble trouble. Is Web personalization turning us into solipsistic twins?, abrufbar unter: [http://www.slate.com/articles/news\\_and\\_politics/the\\_big\\_idea/2011/06/bubble\\_trouble.html](http://www.slate.com/articles/news_and_politics/the_big_idea/2011/06/bubble_trouble.html) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Krafft/Gamer/Laessing/Zweig*, Filterblase geplatzt? Kaum Raum für Personalisierung bei Google-Suche zur Bundestagswahl 2017, abrufbar unter: [https://algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2017/09/1\\_Zwischenbericht\\_\\_final.pdf](https://algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2017/09/1_Zwischenbericht__final.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

men eingesetzt werden, und zum anderen den Verlust von Objektivität. Eine algorithmische Vorauswahl ist – ebenso wenig wie eine menschliche es sein könnte – nicht objektiv, sondern wertet nach den implementierten Kriterien. Das Forschungsprojekt „#Datenspende: Google und die Bundestagswahl 2017“ hat für die dort untersuchten Fragen – aufgrund seines Setups mit freiwilliger Teilnahme von Datenspendern allerdings nicht notwendigerweise repräsentativ – nur wenige Anzeichen für Personalisierung gefunden.<sup>229</sup> Das kann man unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung und des Schutzes vor „Filterblasen“ begrüßen, aber auch kritisch sehen. Denn wenn die Kriterien des Auswahlalgorithmus bei allen Nutzern zu denselben Ergebnissen führen, sie also mit anderen Worten nicht personalisiert sind, ist ihr Einfluss deshalb nicht gering. Er ist vielmehr insofern sehr groß, als nicht nur bei einigen oder vielen, sondern bei allen Nutzern dieselben Netzinformationen auf vordere Plätze der Auswahl und damit in den Fokus gerückt werden, während andere Informationen ebenfalls allen vorenthalten werden, weil sie es in der Auswahl nicht auf die vorderen, von den Nutzern wahrgenommenen Plätze schaffen. Daher ist die Personalisierung von Suchmaschinenergebnissen und Newsfeeds durchaus zu begrüßen, jedenfalls nicht prinzipiell abzulehnen. Den damit verbundenen Risiken – Unterversorgung mit objektiv relevanten Nachrichten, objektiv unbegründetes Misstrauen gegenüber klassischen Medien, generelles Meiden der Internetnutzung – wäre aber nach Möglichkeit zu begegnen. Dabei liegt auf der Hand, dass sich gerade in dem hier betroffenen Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG staatliche Einflussnahme auf die in den Auswahlalgorithmen für die Personalisierung von Suchfunktionen und Newsfeeds implementierten Kriterien von vornherein verbietet. „Filterblasen“- und „Echokammereffekte“ mag man beklagen – rechtlich steht außer Frage, dass Ausfluss der Informations- und der allgemeinen Handlungsfreiheit und, zivilrechtlich gewendet, der Privatautonomie auch die Freiheit ist, sich nicht, nur aus einem verengten Blickwinkel oder auch bewusst nur in der Absicht zu informieren, das eigene Weltbild und die eigenen Auffassungen zu bestätigen, statt sie kritisch zu hinterfragen. Schon aus diesem Grund hilft der Einbau eines „Zufallelements“, durch das die Nutzer gelegentlich mit einer Nachricht konfrontiert werden, die nicht ihrem üblichen Präferenzprofil entspricht,<sup>230</sup> nicht weiter. Zivilrechtlich kann es nur darum gehen zu gewährleisten, dass der Nutzer über sein – regelmäßig durch Nutzung entsprechender Angebote schlüssig erklärtes – Einverständnis mit dem „Wie“ der Personalisierung von Suchmaschinenergebnissen und Newsfeeds eigenverantwortlich entscheiden kann. Diese Eigenverantwortlichkeit ist umso eher gegeben, je genauer sich der Nutzer über die von dem Auswahlalgorithmus genutzten Kriterien, insbesondere über die Hauptparameter des Rankings informieren kann. Der Vorschlag einer Kennzeichnung von ADM-Prozessen mit eingängigen Symbolen<sup>231</sup> dürfte eine solch genaue Information

---

<sup>229</sup> Der Abschlussbericht vom Juni 2018 kann unter <https://www.blm.de/files/pdf2/bericht-datenspende--wer-sieht-was-auf-google.pdf> abgerufen werden (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>230</sup> Vgl. Algorithmic accountability, Gutachten der Abida-Assessing Big Data, S. 62, abrufbar unter: <http://www.abida.de/de/blog-item/gutachten-algorithmic-accountability> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>231</sup> A.a.O. (vorige Fn.), S. 59.

nicht ersetzen, sondern allenfalls im Sinne eines groben Überblicks ergänzen können.

Entsprechende Transparenzforderungen enthalten die Vorschläge der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2018 (COM [2018] 185 final) für Online-Marktplätze<sup>232</sup> und vom 26. April 2018 (COM [2018] 238 final) für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten<sup>233</sup>, wobei in letzterem statt von „Hauptparametern für das Ranking“ von den „wichtigsten, das Ranking bestimmenden Parametern“ die Rede ist. Diese Forderungen werden von der Arbeitsgruppe geteilt. Es wäre – ungeachtet des Umstands, dass sie wohl zum Teil schon heute erfüllt werden<sup>234</sup> – zu begrüßen, wenn sie ausgedehnt würden auf Auswahlalgorithmen von Suchmaschinenergebnissen und Newsfeeds für Verbraucher.

## II. Personalisierte Werbung

### 1. Chancen algorithmenbasierter personalisierter Werbung

Aus Unternehmenssicht ermöglicht die algorithmische Auswertung personenbezogener Nutzerdaten (wie z.B. Facebook-Likes) die Bildung von Kundenzielgruppen, denen auf die jeweilige Zielgruppe zugeschnittene Werbung gezielt eingeblendet werden kann.<sup>235</sup> Online-Werbung kann dadurch zielgenauer platziert werden; Unternehmen, die nur gezielte Kundengruppen ansprechen möchten, können auf Werbeangebote für die breite Masse der Internetnutzer verzichten und dadurch ihren Werbeetat von überflüssigen Ausgaben für nicht relevante Werbeadressaten einsparen. Eine auf Personendaten (wie z.B. Facebook-Likes) beruhende personalisierte Werbung kann nachweislich den Werbeerfolg einer Online - Werbekampagne steigern.<sup>236</sup> Für spezialisierte kleine und mittelständische Unternehmen, die Marktnischen besetzen, verbessert personalisierte Werbung die Chancen, aus der großen Zahl der Nutzer eines bestimmten Internetdienstes relevante Kundengruppen herauszufiltern und zu erreichen, die man sonst allenfalls durch Annoncen in themenspezifischen Printmedien (wie z.B. Fachzeitschriften) erreichen könnte. Als Beispiel für die Chancen

---

<sup>232</sup> Art. 2 Nr. 4 sieht die Einfügung eines entsprechenden Art. 6a in die Richtlinie 2011/83/EU vor (S. 40 des Vorschlags der Kommission).

<sup>233</sup> Art. 5 (S. 25 des Vorschlags der Kommission).

<sup>234</sup> Z. B. erklärt Google die Funktionsweise seiner Suchmaschine auf der Seite <https://www.google.com/intl/de/search/howsearchworks/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>235</sup> *Matz/Kosinski/Nave/Stillwell*, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion, abrufbar unter: <http://www.pnas.org/content/114/48/12714.full> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>236</sup> *Matz/Kosinski/Nave/Stillwell*, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion, abrufbar unter: <http://www.pnas.org/content/114/48/12714.full> (letzter Abruf: 25.8.2018).

personalisierter Werbung im Internet wird in Medienberichten ein Panamahutmacher angeführt, der mittels GoogleAds in der Lage sei, 84 Auslandsmärkte zu beliefern.<sup>237</sup>

Aus Sicht der Adressaten von Onlinewerbung bietet die Berücksichtigung personenbezogener Daten bei der Auswahl von Werbeinhalten, die dem Nutzer angezeigt werden, die Chance, dass die tatsächlichen Interessen und Bedürfnisse des Nutzers hinsichtlich der im Rahmen der Internetnutzung eingeblendeten Werbung berücksichtigt werden. Dies eröffnet dem Nutzer die Möglichkeit, von potentiell für ihn interessanten Werbeanzeigen mit weniger Rechercheaufwand (vertieft) Kenntnis zu erhalten und dadurch seine Konsumbedürfnisse komfortabler befriedigen zu können.<sup>238</sup> Dies kann auch unter Teilhabegesichtspunkten für die Internutzer förderlich sein, weil es Nutzern die Möglichkeit des Zugangs zu „Angeboten“ ermöglicht, die ihnen zuvor mangels diesbezüglicher auf ihre persönlichen Interessen zugeschnittenen Recherche- oder Auswahlmöglichkeiten verschlossen waren.<sup>239</sup> Dies kann den Wettbewerbsdruck auf die jeweils relevanten Märkte zu Gunsten der Nutzer mit der Folge erhöhen, dass sie die Chance der Kenntniserlangung von alternativen Angeboten zu marktstarken Anbietern mit großen Werbeetat erhalten und dadurch ggf. passgenauere, günstigere oder qualitativ bessere Produkte finden oder Einsparungen erzielen können. Zugleich bietet eine stärkere Personalisierung der Werbung für den einzelnen Nutzer die Chance einer größeren Werbevielfalt zu Lasten einförmiger Werbeangebote finanzstarker Unternehmen in den Massenmedien, die ggf. an den speziellen Bedürfnissen und Interessen einzelner Nutzer oder Nutzergruppen vorbei gehen können.

## 2. Risiken algorithmenbasierter personalisierter Werbung

Da personalisierte Werbung auf der Erhebung und algorithmischen Auswertung personenbezogener Informationen des Nutzers (z.B. aus seinem bisherigen Surf- und Kaufverhalten; anhand des benutzten Endgeräts oder seinem Wohnort etc.) beruht, macht sie sich eine informationsbasierte Machtasymmetrie zwischen Unternehmen und Werbeadressaten zunutze, die auf der Einschätzung gründet, der Algorithmus könne bei hinreichender Datenlage die Interessen und Kaufabsichten des Nutzers besser vorhersehen als dieser selbst.<sup>240</sup> Hieran anknüpfend könnte mit personalisier-

---

<sup>237</sup> *Schneider*, Personalisierte Werbung: Durchs Netz verfolgt, abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/streitthema-tracking-personalisierte-werbung-durchs-netz-verfolgt/6445032.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>238</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017.

<sup>239</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 7, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>240</sup> *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv,



ter Werbung die Gefahr der Verhaltensmanipulation der Werbeadressaten<sup>241</sup> z.B. durch „unbewusste Verhaltensanreize“<sup>242</sup> einhergehen sowie ferner die Problematik, dass Werbeinhalte passgenau auf die mittels Facebook-Likes algorithmisch ausgewertete Persönlichkeitsstruktur einzelner Benutzergruppen zugeschnitten werden.<sup>243</sup> Ferner könnte man gegen personalisierte Werbung anführen, dass weniger in ihr selbst als in der ihr notwendig vorgelagerten Datensammlung der Unternehmen über Nutzer, die in Nutzerprofilen verwaltet werden, ein Problem liege. Wenn man dies bejaht, so könnte man dies letztlich auch als Nachteil personalisierter Werbung bewerten, da sie einen erheblichen wirtschaftlichen Anreiz und teilweise auch das ausschlaggebende Motiv für die Datenerhebung und –speicherung der Unternehmen ist.<sup>244</sup> Damit könnte auch die personalisierte Werbung, insbesondere wenn sie mit früheren Suchanfragen korrespondiert, bei kritischen Nutzern das Gefühl der „Überwachung“ oder des „Verfolgtseins“ auslösen<sup>245</sup> und dadurch tendenziell in Teilen der Bevölkerung die Bereitschaft zur Nutzung des Internets schwächen.<sup>246</sup>

### 3. Stellungnahme

Wie oben (Kapitel 1, B. II. 2.) angekündigt, sollen, obwohl der Schwerpunkt der Bearbeitung nach der Zielsetzung der Arbeitsgruppe im Zivilrecht liegt, hier zunächst die datenschutzrechtlichen Probleme erörtert werden (a-c), da die aktuelle Diskussion um personalisierte Werbung nahezu ausschließlich im Bereich des Datenschutzes geführt wird. Die DS-GVO trifft keine spezifischen Regelungen hinsichtlich der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbezwe-

---

S. 7, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>241</sup> *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen - Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), 1 (5); vgl. auch *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018) und *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 69, abrufbar unter: [http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf 25.8.2018) mit dem Beispiel der gezielten Werbeeinblendung bei Onlinespielern in besonders emotionalen Spielmomenten.

<sup>242</sup> *Hoffmann-Riem*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen - Eine Herausforderung für das Recht, AöR 142 (2017), 1 (13); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 7, abrufbar unter:

[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>243</sup> So etwa in der Studie von *Matz/Kosinski/Nave/Stillwell*, Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion, abrufbar unter: <http://www.pnas.org/content/114/48/12714.full> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>244</sup> *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter:

<http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (abgerufen am 22.1.2018); *Schneider*, <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/streitthema-tracking-personalisierte-werbung-durchs-netz-verfolgt-/6445032.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>245</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018);

<sup>246</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 73 f, abrufbar unter:

[http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

cke.<sup>247</sup> Datenschutzrechtlich werden als maßgebliche Regelungen für die Zulässigkeit personenbezogener Werbung zwei Tatbestände diskutiert, nämlich die Datenverarbeitung aufgrund einer Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO, vgl. dazu sogleich unter a.) und die Datenverarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, vgl. dazu sogleich unter b.). Im Zusammenhang mit der Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung wird zudem die Frage diskutiert, welche Folgen das Koppelungsverbot (Art. 7 Abs. 4 DS-GVO) für die personalisierte Werbung hat.<sup>248</sup> Auf das Sonderproblem der Werbung im Zusammenhang mit der Bereitstellung vernetzter Gebrauchsgegenstände wird in der Folge kurz unter c. eingegangen. Unter d. werden sodann die zivilrechtlichen Aspekte der personalisierten Werbung erörtert.

**a. Zulässigkeit einer Datenverarbeitung zu Werbezwecken aufgrund von Einwilligung**

Die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung aufgrund von Einwilligung ist in Art 6 Abs. 1 Buchst. a DS-GVO geregelt. Die konkreten Anforderungen an die Einwilligung ergeben sich aus Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DS-GVO. Zu den generellen Voraussetzungen von Einwilligungen wird zunächst auf die Ausführungen unter C. II. 1. c. Bezug genommen.

Die Einwilligung kann in elektronischer Form und auch konkludent erfolgen, allerdings wird bezweifelt, dass unter Geltung der DS-GVO bereits in der fortgesetzten Nutzung einer Internetseite, nachdem in einem Banner auf die Nutzung von Cookies oder Fingerprinting-Verfahren hingewiesen wurde, eine (konkludente) Einwilligung gesehen werden kann, da nach Erwägungsgrund 32 die Einwilligung „durch eine eindeutige bestätigende Handlung“ erfolgen und die betroffene Person „in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert“ haben muss. Daher wird empfohlen, eine aktive Einwilligung des Nutzers, etwa durch Ankreuzen eines Kästchens, einzuholen.<sup>249</sup>

In der Praxis scheint es allerdings verbreitet auch nach Geltungsbeginn der DS-GVO üblich zu sein, einen bloßen Hinweis auf die Verwendung von Cookies in einem

---

<sup>247</sup> Weidert, Klar, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1861).

<sup>248</sup> Weidert, Klar, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1861 ff.); Gierschmann, Gestaltungsmöglichkeiten bei Verwendung personenbezogener Daten in der Werbung Auslegung des Art.6 Abs. 1 lit. f DS-GVO und Lösungsvorschläge; MMR 2018, 7 (7 ff.); Golland, Das Koppelungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung; Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag, MMR 2018, 130 (130 ff.).

<sup>249</sup> Weidert, Klar, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1862) unter Verweis auf Erwägungsgrund 32 der DS-GVO.

Banner mitzuteilen und sodann von einer konkludenten Einwilligung ausgehen zu wollen.<sup>250</sup> Ob dies bei einer Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof Bestand haben wird, bleibt abzuwarten. Zudem wird im Hinblick auf die gem. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO ausdrücklich vorausgesetzte Freiwilligkeit der Einwilligung vertreten, dass diese im Rahmen von sozialen Netzwerken fehlen dürfte, da der einzelne Nutzer bei einem Anbieterwechsel einen Großteil seiner virtuellen Verbindungen zu seinen Kontakten verlieren würde, so dass von einem „Take-it-or-leave-it“ Szenario gesprochen werden könne.<sup>251</sup> Des Weiteren bleibt abzuwarten, welche Vorgaben und Klärungen insoweit durch die E-Privacy-Verordnung für elektronische Kommunikationsdienste erfolgen werden.

Möglicherweise von gravierender Auswirkung ist im Zusammenhang mit Einwilligungen in die Datenverarbeitung zwecks personalisierter Werbung zudem das sogenannte „Koppelungsverbot“ des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Diese Vorschrift ordnet an, dass bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Maße Rechnung getragen werden muss, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrages einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrages nicht erforderlich sind. Im Erwägungsgrund 42 wird in Satz 5 hierzu ausgeführt, dass von Freiwilligkeit nur ausgegangen werden sollte, wenn die betroffene Person eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Vor diesem Hintergrund wird vertreten, dass das Geschäftsmodell „Bezahlung mit Daten“, also die kostenlose Bereitstellung eines Internetdienstes im Austausch für die Einwilligung des Nutzers zur Verarbeitung seiner Daten möglicherweise vor dem Ausstehen könnte.<sup>252</sup> Als unzulässig wird es angesehen, dahingehende Einwilligungen im Wege des „Take-it-or-leave-it“ einzuholen und auf der Grundlage umfassender Einwilligungsklauseln vermeintlich „kostenlose“ Leistungen zu präsentieren. Der Tausch Leistung gegen Daten müsse transparent gemacht werden.<sup>253</sup> Von besonderer Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit personalisierter Werbung ist insoweit die Frage, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen den Nutzern ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen in zumutbarer Weise möglich sein muss. Anders als in dem früheren Koppelungsverbot des § 28 Abs. 3b BDSG a. F. ist eine derartige Einschränkung in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO zwar nicht mehr ausdrücklich normiert, jedoch wird vertreten, dass dieser Aspekt in die Gesamtbetrachtung nach Art. 7 Abs. 4 DSVGO einfließen sollte, da Sinn und Zweck des Freiwilligkeitsgebots sei, den Einzelnen davor zu schützen, dass er allein deshalb in eine Datenverarbeitung

---

<sup>250</sup> Eigene Praxiswahrnehmung aus der Arbeitsgemeinschaft.

<sup>251</sup> *Golland*, Das Koppelungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung; Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag, MMR 2018, 130 (130/131).

<sup>252</sup> *Weidert, Klar*, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1859).

<sup>253</sup> *Kühling/Buchner* DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 7 Rn 50 und 51.

einwilligen müsse, weil er ansonsten ein bestimmtes Leistungsangebot nicht in Anspruch nehmen könne.<sup>254</sup> Gerade wenn die Marktanteile anderer Anbieter deutlich niedriger seien und daher nur ein Bruchteil der Endkunden mit dem Angebot erreicht werden könne, sei die Gleichwertigkeit alternativer Angebote zweifelhaft. Daher gelte bei Diensten mit Netzwerkeffekten allgemein besondere Vorsicht. Könnten etwa bestimmte Personen nur erreicht werden, wenn ein bestimmter Anbieter gewählt werde – etwa die anderen Nutzer eines sozialen Netzwerkes wie Facebook – sei eine Alternative schon deshalb kaum zumutbar, weil und wenn diese von den relevanten Nutzern nicht verwendet werde.<sup>255</sup>

Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur den Diensteanbietern angeraten, wenigstens zwei im Leistungsumfang gleichwertige Zugänge zu den Leistungen des angebotenen Dienstes bereitzustellen, von denen wenigstens einer unabhängig von der in die Verarbeitung von Nutzungsdaten zu kommerziellen Zwecken erteilenden Einwilligung sei. Künftige Geschäftsmodelle würden sich am Konzept des gleichwertigen Alternativzugangs orientieren müssen.<sup>256</sup> Andere halten es angesichts des Wortlauts von Art. 7 Abs. 4 DS-GVO für zweifelhaft, ob die Rechtsprechung wie bisher eine marktbeherrschende Stellung des jeweiligen Anbieters für die Feststellung der Freiwilligkeit berücksichtigen wird.<sup>257</sup>

Allerdings wird auch vertreten, dass in den Fällen, in denen für den Nutzer „entgeltfreie“ weil werbefinanzierte Inhalte und Dienstleistungen Vertragsgegenstand sind, nicht vom Vorliegen des Koppelungsverbot auszugehen sei, wenn hinreichend transparent gemacht werde, dass der angebotene Dienst nur unter dieser Voraussetzung wirtschaftlich angeboten werden könne.<sup>258</sup>

Gerade bezüglich des Koppelungsverbot sind damit noch grundlegende Fragen bezüglich der Reichweite und der Auslegung offen und es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung, insbesondere der Europäische Gerichtshof, hierzu positioniert.

---

<sup>254</sup> *Kühling/Buchner* DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 7 Rn 52.

<sup>255</sup> *Kühling/Buchner* DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 7 Rn 53.

<sup>256</sup> *Golland*, Das Koppelungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung; Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag, MMR 2018, 130 (134).

<sup>257</sup> *Weidert, Klar*, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1859).

<sup>258</sup> *Gola/Schulz*, DS-GVO Kommentar 2017, Art. 7 Rn 27.

- b. Zulässigkeit einer Datenverarbeitung zu Werbezwecken zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten

Eine Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO ist zulässig, wenn sie „zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich (ist), sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt“. Hinsichtlich der Einzelheiten zu dieser Frage wird zunächst wiederum Bezug auf die Ausführungen unter C. II. 1. b. genommen. Bei diesem Tatbestand ist eine Interessenabwägung mit den Interessen des Betroffenen vorzunehmen.

Im Rahmen der Interessenabwägung wird für Fälle der Datenverarbeitung zu Werbezwecken in der Literatur auf mehrere zueinander in einem Spannungsverhältnis stehende Erwägungsgründe verwiesen:

Insoweit wird auf Erwägungsgrund 47 hingewiesen, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der Direktwerbung gerade als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann. Auf der anderen Seite wird darauf hingewiesen, dass die Erstellung von Nutzungsprofilen als Profiling im Sinne der Definition in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO einzuordnen ist, wonach Profiling vorliegt, wenn eine Datenauswertung darin besteht, bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten und dass die DS-GVO in verschiedenen Erwägungsgründen (etwa 60, 63, 70, 71 und insbesondere 72) zum Ausdruck bringt, dass das Profiling eine erhöhte Gefahr für die Rechte der Betroffenen bedeuten kann.<sup>259</sup> In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass ein sachgerechter Ausgleich auch unter Geltung der DS-GVO der bisherigen Lösung in § 15 Abs. 3 des Telemediengesetzes entsprechen dürfte, wonach die Erstellung von Nutzungsprofilen und nachfolgende Werbemaßnahmen auf Basis pseudonymisierter Daten ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig sind.<sup>260</sup> Von anderen wird ein umfangreiches Prüfraster vorgeschlagen („berechtigtes Interesse“ als Eingangsschwelle, „Erforderlichkeit“, „Kein Überwiegen entgegenstehender Grundrechte oder Grundfreiheiten des Betroffenen“ sowie „Ausgewogenheit“) und prognostiziert, dass unter Geltung der DS-GVO die Verarbeitung von personenbezogenen Daten basierend auf

---

<sup>259</sup> Weidert, Klar, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1862).

<sup>260</sup> Weidert, Klar, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1862).

„berechtigtem Interesse“ zukünftig in größerem Umfang möglich sein dürfte, als nach alter Rechtslage.<sup>261</sup>

Allerdings besteht bei der Rechtsgrundlage des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO eine gravierende Einschränkung, wenn sie personalisierte Werbung in Form von Direktwerbung rechtfertigen soll. Art 21 Abs. 2 DS-GVO normiert ein Widerspruchsrecht des Betroffenen für den Fall der Direktwerbung. Direktwerbung ist die unmittelbare Ansprache der betroffenen Person etwa durch Zusendung von Briefen oder Prospekten, durch Telefonanrufe, E-Mails oder Übermittlung von SMS.<sup>262</sup> Wird dieses Widerspruchsrecht ausgeübt, kommt eine Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO von vornherein nicht mehr in Betracht. Gleiches muss gelten, wenn die betroffene Person nicht oder nicht ordnungsgemäß auf ihr Widerspruchsrecht nach Art. 21 Abs. 4 DS-GVO hingewiesen worden ist.<sup>263</sup>

Zudem besteht ein Widerspruchsrecht auch im Hinblick auf „Profiling“; dies allerdings nur bei Vorliegen von Gründen, die sich aus der besonderen Situation der betroffenen Person ergeben (Art. 21 Abs. 1 DS-GVO). Profiling wird in Art. 4 Nr. 4 DS-GVO definiert als jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder voraussagen. Damit wird die Datenverarbeitung zwecks Erstellung von Persönlichkeitsprofilen für Werbezwecke („persönliche Vorlieben“, „Interessen“) eindeutig von Art. 21 Abs. 1 DS-GVO erfasst. So wird in Art. 21 Abs. 1 DS-GVO auch ausdrücklich Profiling erwähnt, das mit Direktwerbung in Zusammenhang steht.

Art. 21 Abs. 1 DS-GVO setzt allerdings anders als Absatz 2 die Geltendmachung von Gründen voraus, die sich aus der besonderen Situation des Betroffenen ergeben. Der Widerspruch muss daher damit begründet werden, dass im Fall der konkreten Person eine atypische Konstellation vorliegt, die ihren Interessen besonderes Gewicht verleiht, wobei es sich insbesondere um Gründe handeln kann, von denen anzunehmen ist, dass sie dem Verantwortlichen nicht bekannt sind und die er bei seiner pauschalierenden Abwägung daher nicht berücksichtigen konnte.<sup>264</sup>

---

<sup>261</sup> Vgl. sehr ausführlich *Gierschmann*, Gestaltungsmöglichkeiten bei Verwendung personenbezogener Daten in der Werbung Auslegung des Art.6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO und Lösungsvorschläge; MMR 2018, 7 (9-11).

<sup>262</sup> Vgl. Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 21 Rn 26.

<sup>263</sup> Kühling/Buchner/*Petri*, DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 6 Rn 176, vgl. auch bei Art. 21 Rn 32, 33.

<sup>264</sup> Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 21 Rn 15.

Der Tatbestand der Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO ist damit für diejenigen, die Geschäftsmodelle betreiben, die auf der Verarbeitung personenbezogener Daten zu Werbezwecken beruhen, bereits aus diesem Grund mit nicht unerheblichen Unsicherheiten belastet. Auch hier bleibt zudem (wie bereits unter C. II. 1. b. ausgeführt) abzuwarten, welche konkretisierenden Vorgaben künftig der Europäische Gerichtshof im Hinblick auf die Durchführung der Abwägung bei Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO machen wird.

Ob die Belästigung durch personalisierte Werbung auch von Art. 22 DS-GVO erfasst wird (automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling) ist umstritten. Gegen die Einbeziehung personalisierter Werbung in den Anwendungsbereich von Art. 22 DS-GVO spricht ein Umkehrschluss aus Art. 21 Abs. 2 DS-GVO, der dem Betroffenen ein Widerspruchsrecht gegen Direktwerbung einräumt und dementsprechend von einem an sich rechtmäßigen Verarbeitungsvorgang ausgeht. Erforderlich ist vielmehr eine „rechtliche Wirkung“, wovon immer dann die Rede sein kann, wenn sich durch die Entscheidung die Rechtsposition des Betroffenen ändert.<sup>265</sup> Hieran dürfte es bei personalisierter Werbung fehlen. Es ist daher davon auszugehen, dass Art. 22 DS-GVO bei personalisierter Werbung nicht eingreift.

**c. Werbung im Zusammenhang mit der Bereitstellung vernetzter Gebrauchsgegenstände**

Die im Zusammenhang mit der Nutzung vernetzter Gebrauchsgegenstände („Internet of Things“, etwa Fernseher, Haushaltsgeräte, Fitnessarmbänder („Wearables“) oder autonomes Fahren) anfallenden Daten sind für Werbezwecke besonders attraktiv, da sich aus ihnen, gegebenenfalls in Kombination mit weiteren Daten, aussagekräftige Profile der Nutzer erstellen lassen und auch das Offline-Verhalten im Alltag systematisch erfasst und für Werbezwecke ausgewertet werden kann.<sup>266</sup> Auch zu dieser Problematik enthält die DS-GVO keine speziellen Regelungen, so dass als Rechtfertigung die oben (unter a. und b.) beschriebenen Tatbestände der Einwilligung und der Wahrung berechtigter Interessen in Betracht kommen. Auch hier ist noch offen, wie die Rechtsprechung diese Fälle beurteilen wird und es bleibt abzuwarten, welche konkreteren Vorgaben die E-Privacy-Verordnung insoweit möglicherweise machen wird.

---

<sup>265</sup> Vgl. zum Streitstand

<http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf>. Dort Seite 33 (Ziffer 2.1.1.1.3 am Ende) mwN in Fn 114 und 115 sowie in Fn 111 (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>266</sup> Weidert, Klar, Datenschutz und Werbung – gegenwärtige Rechtslage und Änderungen durch die Datenschutz-Grundverordnung, BB 2017, 1858 (1863).

#### d. Zivilrechtliche Aspekte der personalisierten Werbung

Wie bereits oben dargestellt, wird die Problematik der personalisierten Werbung in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzrechts diskutiert und zivilrechtliche Aspekte werden nur ganz vereinzelt angesprochen. So wird als Grenze der Zulässigkeit der Erstellung von Nutzerprofilen und ihrer Zusammenführung mit Bestandsdaten für personalisierte Werbung das Transparenzgebot für Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gesehen. Dabei wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der Frage, ob das Einholen der entsprechenden Einwilligung für eine umfangreiche Datennutzung intransparent i.S.v. § 305 BGB ist, um eine Wertungsfrage handelt, die für jeden Einzelfall beurteilt werden müsse. Das Transparenzgebot sei verletzt, wenn Klauseln verwendet würden, die in ihrem Kernbereich oder für einen rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittsbürger unklar seien.<sup>267</sup>

Bei der Frage, ob vorgefertigte Vereinbarungen und (Einverständnis-) Erklärungen betreffend die Datenverarbeitung zu Werbezwecken überhaupt an den §§ 305 ff. BGB gemessen werden können, ist nunmehr die Datenschutz-Grundverordnung als höherrangiges Recht zu berücksichtigen.

Allerdings verweist die DS-GVO in Erwägungsgrund 42 auf die RL 93/13/EWG (Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen), so dass Einwilligungen in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der AGB-Kontrolle unterliegen und insbesondere nicht überraschend (§ 305c BGB) sein dürfen, wobei der objektive Maßstab der vernünftigen Erwartungshaltung einer durchschnittlich betroffenen Person zu berücksichtigen ist. Der Verweis auf die RL 93/13/EWG eröffnet Raum für eine inhaltliche Prüfung der Angemessenheit der Einwilligung im jeweiligen Verarbeitungskontext.<sup>268</sup> Eine zivilrechtliche AGB-Kontrolle ist daher auch neben der datenschutzrechtlichen Prüfung weiter möglich und erforderlich und kann zur zivilrechtlichen Unwirksamkeit der Einverständniserklärung führen.

Auch zivilrechtlich ist in erster Linie von Interesse, auf welchem Rechtsgrund die Sammlung und Verarbeitung der Nutzerdaten zwecks Profilbildung und Schaltung personalisierter Werbung erfolgt; insbesondere ob ein wirksamer Vertrag hierüber zwischen dem Diensteanbieter und dem Nutzer zustande gekommen ist. Mit diesen Fragen hat sich die Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ im Hinblick auf soziale Netzwerke bereits ausführlich beschäftigt.<sup>269</sup> Dabei ist die Arbeitsgruppe bereits zu dem Schluss gekommen, dass als Leistung des Nutzers die datenschutzrechtliche Einwilli-

---

<sup>267</sup> *Bauer*, Personalisierte Werbung auf Social Community Websites Datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Verwendung von Bestandsdaten und Nutzungsprofilen, MMR 2008, 435 (437).

<sup>268</sup> *Gola/Schulz*, DS-GVO Kommentar 2017, Art. 7 Rn 42.

<sup>269</sup> Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ vom 15. Mai 2017, Kapitel 2 G. I. – III. (S.199 bis 225).



ligung in die kommerzielle Verwertung seiner Daten, z.B. zum Schalten personenbezogener Werbung und zur Profilbildung zu sehen ist. Im ersten Abschlussbericht der Arbeitsgruppe sind auch die Themenkreise der zivilrechtlichen Relevanz des Rechts auf Widerruf der datenschutzrechtlichen Einwilligung und die Rechte der Parteien bei Vertragsbeendigung bei zivilrechtlichem Widerruf, die Einordnung der Hauptleistung des Nutzers (als synallagmatische, den Typus des Vertragsverhältnisses nicht prägende Gegenleistung), der Inhalt der vom Nutzer geschuldeten Gegenleistung (Datenqualität), die Zulässigkeit und Grenzen einer formularmäßigen Vereinbarung der Hauptleistung des Nutzers, sowie die Frage etwaigen Regelungsbedarfs ausführlich behandelt worden.<sup>270</sup> Die Arbeitsgruppe hat insoweit hinsichtlich einzelner Aspekte Regelungsbedarf ausgemacht und etwa vorgeschlagen, eine „Button-Lösung“ für das Bezahlen mit Daten einzuführen.<sup>271</sup> Auf diese Ausführungen, an denen die Arbeitsgruppe weiter festhält, wird Bezug genommen. Im Hinblick auf die zivilrechtlichen Fragestellungen bezüglich des Zustandekommens eines Vertrages spielt die Frage der algorithmischen Auswertung rechtlich keine Rolle. Allen Vertragsparteien dürfte in der heutigen Zeit ohne weiteres bewusst sein, dass eine Datenerhebung und Profilbildung zum Zwecke der Schaltung personalisierter Werbung lediglich unter Verwendung von Algorithmen durchgeführt werden kann.

#### e. Schaltung/Einblendung der personalisierten Werbung

Bei der später geschalteten personalisierten Werbung handelt es sich um ein sogenanntes „*invitatio ad offerendum*“, also die Aufforderung, ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages abzugeben. Sie bewegt sich damit im Bereich der Anbahnung eines Vertragsschlusses und die Eingriffsintensität ist in der Regel eher gering. Zivilrechtliche Folgen (im engeren Sinne, also Folgen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs) hat sie unmittelbar nicht.

Hier können sich aber wettbewerbsrechtliche Fragen stellen, insbesondere wenn der Empfänger der personalisierten Werbung diese nicht erhalten möchte und Maßnahmen (z.B. Einsatz von Werbeblockern) ergreift, um die Werbung nicht wahrnehmen zu müssen.

Wettbewerbsrechtlich kann Werbung als unzumutbare Belästigung unzulässig sein (§ 7 Abs. 1, 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb). In der Vorschrift sind verschiedene Fälle unzulässiger Arten von Werbung aufgeführt. Daneben kann unerwünschte Werbung im Einzelfall auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

---

<sup>270</sup> Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ vom 15. Mai 2017, Kapitel 2 G. II. 2. bis 8. (S.203 ff.)

<sup>271</sup> Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ vom 15. Mai 2017, Kapitel 2 G. IV. (S. 225).

begründen.<sup>272</sup> In den hier interessierenden Fällen wird dies nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, da der Adressat der Werbung regelmäßig die datenschutzrechtliche Einwilligung in die kommerzielle Nutzung seiner Daten als Gegenleistung für das genutzte Angebot gerade auch zu Werbezwecken erteilt hat.<sup>273</sup>

Wenn der Adressat diese Werbung, die ihn nicht in Grundrechten verletzt und auch nicht wettbewerbswidrig ist (also dem Normalfall einer personalisierten Werbung, die auf die datenschutzrechtliche Einwilligung in die kommerzielle Nutzung der Daten beruht), aber nicht wahrnehmen möchte, stellt sich die Frage, ob er sich – seinerseits nun mit Hilfe von Algorithmen – durch den Einsatz von speziellen Computerprogrammen (Werbeblockern) der Wahrnehmung der Werbung entziehen kann.

In der Literatur wird insoweit ausgeführt, dass es – jenseits etwaiger individualvertraglicher Vereinbarungen – in der Privatrechtsordnung keinen Anspruch gebe, dass ein Umworbener die Werbebotschaft auch zur Kenntnis nehmen müsse. Ein Anspruch auf Rezeption der Werbung bestehe nicht. Der Adressat könne sich demgegenüber auf ein rechtlich anerkanntes Interesse berufen, wenn er Schutzvorkehrungen gegen legale, von ihm aber trotzdem nicht gewünschte Werbung treffe. So umfasse Art. 5 Abs. 1 S. 1. Hs. 1 GG auch die negative Informationsfreiheit, denn ein Zwang zur Aufnahme bestimmter Information sei mit einem freien öffentlichen Kommunikationsprozess unvereinbar. Folglich nehme der Adressat eine grundrechtlich verbürgte Freiheit in Anspruch, wenn er während der Werbeinsel im TV manuell den Sender wechsele, ein Pop-up-Fenster wegklicke oder einen abonnierten Newsletter ungesehen lösche. Nichts anderes gelte, wenn er sich technischer Lösungen bediene, die ihn bei dieser Informationsauslese unterstützten.<sup>274</sup> So hat auch der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19. April 2018 das Angebot des Werbeblockers AdBlock-Plus für grundsätzlich zulässig erklärt und auch in dem Vertrieb dieses Programms keinen Wettbewerbsverstoß gesehen.<sup>275</sup> Wenn ein Nutzer ein werbefinanziertes Me-

---

<sup>272</sup> Vgl. zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausführlich: *Gomille*, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241 (242 ff.); zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG Kommentar, 36. Aufl. 2018, Einleitung Rn 7.38 mwN.

<sup>273</sup> Eine unzumutbare Belästigung iSv § 7 UWG könnte hier im Ausnahmefall dennoch zu bejahen sein, etwa wenn die personalisierte Werbung in einem Umfang erfolgt (etwa durch die Zusendung von Werbe-E-mails in außerordentlich großem Umfang), die die Kommunikation des Betroffenen ernsthaft beeinträchtigt.

<sup>274</sup> *Gomille*, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241 (245 mwN) – im Jahr 2000 hatte das LG Berlin das für den Vertrieb eines Zusatzgeräts zur automatischen Ausblendung von Fernsehwerbung nach anders beurteilt (LG Berlin ZUM-RD, 144 (146)), was aber durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Werbeblockern überholt sein dürfte.

<sup>275</sup> BGH, Urt. v. 19. 4. 2018, Az I RZ 154/16 (derzeit nur als Pressemitteilung verfügbar) (die vorangegangenen Instanzen – LG und OLG Köln – hatten indes bereits wegen besonderer Umstände einzelne Aspekte für wettbewerbswidrig erklärt (vgl. OLG-Köln GRUR 2016, 1082); ebenso auch *Gomille*, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241 (247/248).

dium mit aktiviertem Werbeblocker ansteuert, ist der Medienbetreiber allerdings berechtigt, ihn von dem weiteren Medienkonsum auszuschließen, was auch technisch möglich ist und praktiziert wird.<sup>276</sup>

Das Schalten der personalisierten Werbung ist damit als solches zivilrechtlich kaum von Bedeutung. Wettbewerbsrechtlich ist es zulässig. Die Verhinderung der Rezeption mittels Algorithmen durch Werbeblocker ist ebenso zulässig – der Anbieter ist in diesem Fall aber berechtigt, den Kunden von dem werbefinanzierten Angebot auszuschließen. Dies ist auch folgerichtig, da die datenschutzrechtliche Einwilligung in die Verwendung der Nutzerdaten auch zu Werbezwecken gerade Gegenleistung des Nutzers ist und der Zweck dieser Gegenleistung durch Blockieren der Werbung vereitelt würde.

**f. Facebook Datenskandal und Problematik des Einsatzes persönlicher Daten zu Zwecken von (ggf. verdeckter) Wahlwerbung**

Die algorithmische Auswertung von Nutzerverhalten und die Erstellung von Profilen ist in der jüngsten Vergangenheit insbesondere im Hinblick auf den sog. Facebook-Datenskandal diskutiert worden.

Dabei hatte der Entwickler einer Umfrage-App Informationen von Nutzern an die Analysefirma Cambridge Analytica weitergereicht. Die Firma hatte unter anderem für das Wahlkampfteam von US-Präsident Donald Trump gearbeitet. Inzwischen ist von rund 310.000 betroffenen Nutzern in Deutschland die Rede; Facebook hat erklärt, dass weltweit Informationen von bis zu 87 Mio. Mitgliedern unrechtmäßig an die Analysefirma gelangt sein könnten. An der Umfrage teilgenommen hatten zwar nur 65 Nutzer in Deutschland (weltweit 270.000), allerdings wurden insoweit auch die Daten von deren Facebook-Freunden weitergegeben. Von 2010 bis 2015 hatte Facebook es den Entwicklern derartiger Apps erlaubt, auch die persönlichen Daten von Nutzern zu erfassen, die diese Apps gar nicht selbst nutzten.<sup>277</sup> Der Skandal führte dazu, dass die Analysefirma Cambridge Analytica ihr Geschäft einstellte und Insolvenz anmeldete<sup>278</sup> und der Aktienkurs von Facebook nach Bekanntwerden des Skandals um sieben Prozent fiel (was 35 Milliarden US-Dollar entspricht).<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> Gomille, Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241 (247 mwN).

<sup>277</sup> Vgl. etwa <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/datenskandal-bei-facebook-310-000-deutsche-koennten-betroffen-sein-a-1201310.html> (letzter Abruf: 25.8.2018) sowie <https://www.sueddeutsche.de/digital/datenmissbrauch-was-ist-eigentlich-gerade-bei-facebook-los-1.3932349> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>278</sup> Vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Facebook-Datenskandal-Cambridge-Analytica-macht-angeblich-dicht-4039494.html> (letzter Abruf 25.8.2018); wobei allerdings offenbar in der Folge von deren Managern sogleich eine Firma mit neuem Namen aber gleichem Konzept gegründet wurde vgl. <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/nach-facebook-datenskandal-war-die-insolvenz-von-cambridge-analytica-nur-ein-manoever/21237184.html> (letzter Abruf 25.8.2018).

<sup>279</sup> Vgl. <https://www.bayern3.de/facebook-datenskandal-cambridge-analytica-kurs-aktie-tipps-sicherheit-datenschutz-was-tun> (letzter Abruf: 25.8.2018).

Eine Weitergabe und Auswertung der Nutzerdaten wie sie in dem Datenskandal stattgefunden hatte, wäre unter Geltung der DS-GVO mangels Eingreifens jeglichen Rechtfertigungsgrundes gem. Art. 6 Abs. 1 DS-GVO für die Datenverarbeitung rechtswidrig. Es bestünden die Ansprüche nach Art. 12 ff. und 82 DS-GVO (etwa Information, Auskunft, Löschung und Schadensersatz), sowie die Möglichkeit der Verhängung eines Bußgeldes in Höhe von bis zu 20 Mio. Euro oder 4 % des weltweit erzielten Jahresumsatzes durch die Datenschutz-Aufsichtsbehörde (Art. 83 Abs. 5 DS-GVO). Auch nach zuvor geltendem deutschen Datenschutzrecht war der Vorgang rechtswidrig (§§ 4 ff. BDSG a. F. vor dem 25. Mai 2018). Auch das Bundesdatenschutzgesetz sah vor Geltung der DS-GVO bereits Ansprüche des Betroffenen vor (Auskunft, § 19, 35 BDSG, Berichtigung, Löschung und Sperrung, §§ 20, 35 BDSG, Schadensersatz §§ 7, 8 BDSG) und auch die Verhängung eines Bußgeldes war möglich (§ 43 BDSG). Da allerdings Facebook seinen Sitz in Irland hat und in Deutschland keine Niederlassung unterhält, war irisches Recht maßgebend.<sup>280</sup> Seit dem 25. Mai 2018 ist aber die DS-GVO aufgrund des Marktortprinzips auch auf Facebook anzuwenden (vgl. zum räumlichen Anwendungsbereich Art. 3 DS-GVO).

Ein besonderes Problem, auf das die Öffentlichkeit insbesondere im Zusammenhang mit dem Facebook-Datenskandal aufmerksam geworden ist, stellt (gegebenenfalls verdeckte) Wahlwerbung dar. Cambridge Analytica erstellte im US-Wahlkampf, etwa anhand persönlichkeitsrelevanter Daten, individualisierte Wahlwerbung für Donald Trump im amerikanischen Präsidentschaftswahlkampf und dabei insgesamt 175.000 verschiedene (jeweils auf bestimmte Personengruppen individuell angepasste) Versionen.<sup>281</sup>

Bei einem Einsatz von Algorithmen, die dafür konzipiert sind, Persönlichkeitsanalysen vorzunehmen, um auf diese Weise psychologisch optimiert Personen zu einem bestimmten Wahlverhalten zu bewegen (bis hin dazu, Wähler, die mit Sicherheit nicht den eigenen Kandidaten wählen werden, nach Möglichkeit von der Wahl abzuhalten),<sup>282</sup> könnte eine Gefahr für die freie politische Willensbildung bestehen.

Soweit – wie oben dargestellt – unberechtigt auf die Daten von Facebook-Freunden zugegriffen wird, stellt sich dieses Verhalten ohne weiteres als rechtswidrig dar und die DS-GVO bietet hinreichende Reaktions- und Sanktionsmöglichkeiten.

Allerdings werden Daten vielfach aufgrund einer Einwilligung des Betroffenen gesammelt. Insoweit stellt sich die Frage, inwieweit die über den Einzelnen gesammelten Daten, aufgrund von Art. 6 Abs. 1 Buchst. a oder Buchst. f DS-GVO derzeit zu-

---

<sup>280</sup> § 1 Abs. 5 BDSG, vgl. dazu etwa auch aus der Presse: <http://www.fr.de/politik/facebook-kann-ich-klagen-a-1482884>; <https://www.berliner-zeitung.de/politik/datenskandal--koennen-betroffene-in-deutschland-facebook-verklagen--29989272> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>281</sup> [www.dasmagazin.ch](http://www.dasmagazin.ch) vom 12.3.2016 „Ich habe nur gezeigt, dass es die Bombe gibt“ und Süddeutsche Zeitung vom 3./4.3.2018, S. 51 „Der Vermesser der Seele“.

<sup>282</sup> Vgl. [www.dasmagazin.ch](http://www.dasmagazin.ch) vom 12.3.2016 „Ich habe nur gezeigt, dass es die Bombe gibt“ unter der Zwischenüberschrift „Wie man Clinton-Wähler von der Urne fernhält“.

lässigerweise auch für Wahlwerbezwecke genutzt werden dürften und ob die DSGVO insoweit bereits hinreichenden Schutz bietet.

In diesem Zusammenhang sind die Anforderungen zu berücksichtigen, die die DSGVO an eine wirksame Einwilligung stellt. Diese setzt zum einen Informiertheit voraus (Erwägungsgrund 32), so dass die Einwilligung für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage abgegeben werden muss. Die betreffende Person muss wissen, was mit den Daten geschehen soll. Unspezifische Pauschal- oder Blankoeinwilligungen sind nicht statthaft.<sup>283</sup> Soll sich die Erklärung auf mehrere werbende Unternehmen erstrecken, sind diese gesondert aufzuführen, wobei die Angabe der Kategorie von Empfängern (z.B. Dienstleister aus der Gartenbaubranche) zureichend ist.<sup>284</sup> Zudem setzt eine wirksame Einwilligung voraus, dass die Einwilligung hinreichend bestimmt ist. Personenbezogene Daten dürfen danach stets nur für festgelegte eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Die Zweckbestimmung muss im Zuge der Einwilligungserteilung grundsätzlich so präzise wie möglich erfolgen, um sicherzustellen, dass personenbezogene Daten nicht für Zwecke verarbeitet werden, mit denen die betroffene Person bei der Erhebung nicht gerechnet hat. Auch bezüglich dieses Erfordernisses gilt, dass eine pauschale Einwilligungsklausel, die sich nicht auf bestimmte Datenverarbeitungszwecke beschränkt, stets unwirksam ist.<sup>285</sup>

Aus all dem ergibt sich, dass eine Verwendung von personenbezogenen Daten zwecks Profilbildung zu Wahlwerbezwecken nur zulässig wäre, wenn explizit in Wahlwerbung eingewilligt wurde. Zudem dürfte, damit auch eine Wahlwerbung, die nicht explizit als solche gekennzeichnet ist, zulässig ist, auch auf diesen Umstand im Rahmen der Einholung der Einwilligung explizit gesondert hinzuweisen sein, wobei insoweit fraglich ist, ob eine derartige verdeckte Einflussnahme überhaupt einen eindeutigen und legitimen Zweck darstellen und zulässig sein kann.

#### **g. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf**

Im Hinblick auf personalisierte Werbung besteht der Handlungsbedarf, den die Arbeitsgruppe bereits als Ergebnis ihrer ersten Arbeitsphase für das Bezahlen mit Daten ausgemacht hat, weiter fort. Personalisierte Werbung ist ein besonders häufiger und wichtiger Anwendungsfall des Bezahlens mit Daten. Insoweit bleibt es bei folgenden Empfehlungen der Arbeitsgruppe aus dem ersten Abschlussbericht:

„Die Möglichkeiten des zivilrechtlichen Widerrufs und der Beendigung eines Vertrags, der ein „Bezahlen mit Daten“ vorsieht, erfordern keine grundlegenden Rechtsänderungen.

---

<sup>283</sup> Gola/Schulz, DS-GVO Kommentar 2017, Art. 7 Rn 31.

<sup>284</sup> Gola/Schulz, DS-GVO Kommentar 2017, Art. 7 Rn 34.

<sup>285</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 7 Rn 61/62.

Mit Blick auf § 357 Abs. 9 BGB, mit welchem Art. 14 Abs. 4 lit. b. der Verbraucherrechtlinie umgesetzt worden ist, sollte erwogen werden, für Widerrufsfälle ausdrücklich zu regeln, dass (auch) den Anbieter keine Wertersatzpflicht trifft.

Es könnte sich empfehlen und sollte deshalb erwogen werden, im allgemeinen Schuldrecht allgemein klarzustellen, dass ein Entgelt auch in der Erteilung einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten für kommerzielle Zwecke des Vertragspartners bestehen kann.

Mit Blick auf das Erfordernis der Freiwilligkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung sollte bestimmt werden, dass ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer solchen Einwilligung nicht klagbar ist und dass aus der Nichterfüllung eines auf Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung gerichteten Anspruchs keine anderweitigen Ansprüche hergeleitet werden können.

Zum Schutz von Verbrauchern empfiehlt sich für das „Bezahlen mit Daten“ eine „Button-Lösung“. Mit einer entsprechenden Ergänzung von § 312j Abs. 3 BGB sollte eine Ergänzung von § 312a Abs. 3 BGB einhergehen. Des Weiteren sollte eine Ergänzung von § 312j Abs. 4 BGB in dem Sinne erwogen werden, dass ein Verstoß gegen den neu gefassten § 312j Abs. 3 BGB, soweit er einen Fall des „Bezahlens mit Daten“ betrifft, nicht das Zustandekommen des Vertrags hindert, sondern lediglich zur Folge hat, dass der Verbraucher an den Vertrag nicht gebunden ist.

Es sollte in Betracht gezogen werden, gesetzlich zu bestimmen, dass es nicht zu Lasten einer Vertragspartei zu werten ist, wenn die von ihr zu erbringende Gegenleistung nicht in einer Geldzahlung, sondern in ihrer Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten besteht.<sup>286</sup>

Hinsichtlich der Einblendungen der Werbung selbst führen die geltenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften und die Rechtsprechung hierzu zu angemessenen Ergebnissen. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht insoweit nicht.

Bezüglich der datenschutzrechtlichen Regelungen der DS-GVO besteht zwar noch bei zahlreichen Fragen Rechtsunsicherheit. Hier bleibt allerdings zunächst die Rechtsprechung zur Auslegung der DS-GVO abzuwarten, bis abschließend beurteilt

---

<sup>286</sup> Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ vom 15. Mai 2017, Kapitel 2 G. IV. (S. 225).

werden kann, ob und ggf. inwiefern gesetzgeberisch ergänzender Handlungsbedarf besteht. Insoweit ist allerdings zu beachten, dass den Mitgliedstaaten für Fälle der Datenverarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO keine Befugnis zum Erlass spezifischer Bestimmungen eingeräumt ist (vgl. Art. 6 Abs. 2 und 3, die nur auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. c und e DS-GVO Bezug nehmen). Entsprechender Rechtsetzungsbedarf wäre mithin auf der Ebene des Unionsrechts zu verwirklichen.

Aus Sicht der Nutzer erschiene es wünschenswert, wenn das Koppelungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO in der Weise ausgelegt würde, dass (jedenfalls in Fällen, in denen ein Anbieter eine marktbeherrschende Stellung innehat) ein alternativer (entgeltlicher) Zugang zu dem Angebot bereitgehalten werden muss. Dies würde auch denjenigen Nutzern, die bereit sind, einen gewissen Betrag für die Inanspruchnahme der Leistung zu bezahlen, aber ihre persönlichen Daten nicht gegenüber Dritten freigeben möchten, die Nutzung der entsprechenden Angebote ermöglichen. Insoweit bliebe auch abzuwarten, wie hoch die Netzbetreiber diesen Betrag ansetzen würden und ob gegebenenfalls ein entsprechend hoher Betrag von der Rechtsprechung als nicht hinreichend angesehen würde, um dem Koppelungsverbot genüge zu tun. Die Einwilligung in die algorithmenbasierte Erstellung und Verwendung von Persönlichkeitsprofilen wäre nicht mehr Voraussetzung, um überhaupt an den größten sozialen Netzwerken teilnehmen zu können. Insoweit bleibt aber zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Frage abzuwarten, bevor gegebenenfalls gesetzgeberischer Handlungsbedarf (soweit die DS-GVO überhaupt noch nationale Regelungen zulässt) erörtert werden kann.

Im Hinblick auf den Facebook-Datenskandal gilt, dass aufgrund derartiger Vorgänge nicht unerhebliche Gefahren für die Freiheit des Einzelnen und die Gesellschaft insgesamt drohen. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass zum einen aufgrund der oben beschriebenen Datensammelmethode über das Setzen von Cookies über sehr lange Zeiträume detaillierte Informationen in erheblichem Umfang über den einzelnen Nutzer gesammelt werden können. Zudem ist zu berücksichtigen, dass verhältnismäßig wenige Informationen bereits sehr weitgehende Rückschlüsse über die Persönlichkeit und damit das potenzielle Verhalten des Einzelnen ermöglichen, da es – wie bereits oben unter Kapitel 1 B. II. 2. dargestellt - Algorithmen gibt, die die Persönlichkeit von Menschen anhand von verhältnismäßig wenigen Facebook-Likes sehr genau einschätzen können. Der Psychologe Kosinski, der einen derartigen Algorithmus programmiert hatte, hatte eine Mitarbeit bei Cambridge Analytica zwar abgelehnt. Dort hatte man aber in der Folge vergleichbare Algorithmen entwickelt.<sup>287</sup>

Angesichts des Umstandes, dass – wie oben dargestellt – die Datensammlung mittels Cookies auch vor zehn Jahren schon in der juristischen Fachliteratur diskutiert wurde, dürften über zahlreiche Internetnutzer bereits ganz erhebliche Datenmengen vorliegen, die zur Erstellung von detaillierten Persönlichkeitsprofilen genutzt werden können.

---

<sup>287</sup> Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 3./4.3.2018, S. 51 „Der Vermesser der Seele“.

Die Schaltung von Wirtschaftswerbung erscheint aber auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes tendenziell als unproblematisch, da es sich bei der Werbung für Produkte um einen gesellschaftlich unproblematischeren Vorgang handelt und heutzutage die Rezeption auch personalisierter Produktwerbung zum Alltag der meisten Menschen gehört. Zudem wird auch personalisierte Produktwerbung als Werbung wahrgenommen, so dass die Beeinflussung sich insoweit in Grenzen hält.

Ausdifferenzierte politische Einflussnahme aufgrund von mittels umfangreicher gesammelter Daten erstellten Persönlichkeitsprofilen stellt sich aber als problematischer dar als bloße Produktwerbung. Diese Art von Einflussnahme unterscheidet sich auch dadurch von der Schaltung herkömmlicher Wirtschaftswerbung, als sie nicht notwendigerweise klar als Wahlwerbung zu erkennen ist. So ist etwa die Übermittlung von Informationen, die potenzielle Wähler eines anderen Lagers von der Wahl abhalten sollen, für den Betroffenen nicht in gleicher Weise als Wahlwerbung zu erkennen, wie herkömmliche Werbung.

Allerdings handelt es sich bei der Vorgehensweise im Facebook-Datenskandal gerade nach dem jetzt geltenden und auf Facebook anzuwendenden EU-Recht (DS-GVO) um rechtswidrige Datenverarbeitung, so dass bei einem etwaigen künftigen vergleichbaren Skandal die Sanktionsmöglichkeiten und Ansprüche aus der DS-GVO eingreifen würden. Bezüglich der Verwendung von auf diese Art und Weise (unrechtmäßig) erlangter Daten enthält die DS-GVO hinreichende Sanktionsmöglichkeiten, so dass insoweit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

Vor dem Hintergrund, dass die DS-GVO für eine wirksame Einwilligung in die Verwendung zu Wahlwerbezwecken eine speziell hierauf bezogene Aufklärung und Einwilligungserklärung verlangt und so durch konkrete Informationserfordernisse Schutz bietet und (soweit überhaupt zulässig) es zudem wohl gebietet, auch gesondert eine explizite Einwilligung für die Übersendung von Wahlwerbung, die nicht explizit als solche gekennzeichnet ist, einzuholen (s.o. unter Kapitel 1 C. II. 2.), besteht auch jedenfalls derzeit kein akuter gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Insoweit sollte aber die Auslegung der DS-GVO durch die Gerichte, insbesondere den EuGH intensiv beobachtet werden.

### **III. Personalisierte Preise**

#### **1. Chancen personalisierter Preise im Online-Handel**

Aus Unternehmenssicht sollen personalisierte Preise darauf abzielen, mittels Algorithmen, die z.B. das Surfverhalten und die bisherige (Online-)Kaufhistorie auswerten, die Zahlungsbereitschaft des Kunden für ein Produkt einzuschätzen, um auf diese Weise die maximale Zahlungsbereitschaft des Kunden und damit verbundene Mehrerlöse gegenüber dem gegenwärtigen Einheitspreissystem realisieren zu kön-



nen.<sup>288</sup> Ob sich diese Zielsetzung derzeit jedenfalls in Märkten mit intaktem Wettbewerb realisieren ließe, ist angesichts der – im Onlinebereich nicht zuletzt durch Preisvergleichsportalen gesteigerten – Preisvergleichsmöglichkeiten der Kunden und der Notwendigkeit der Anbieter, ihre personalisierten Preisofferten auch auf die sonstigen Vertriebswege (z.B. stationärer Handel) zu erstrecken,<sup>289</sup> umstritten.<sup>290</sup> Personalisierte Preise können aus Unternehmenssicht auch umgekehrt dazu eingesetzt werden, Kunden durch für sie besonders attraktive Offerten zu einem Anbieter- oder Markenwechsel (sogenanntes „Brand- oder Storeswitching“) zu bewegen, in der Erwartung, eine längerfristige Kundenbeziehung bzw. Kaufgewohnheit des Kunden zu etablieren, die bei im Zeitverlauf abnehmender Preissensibilität des Kunden dem Anbieter oder dem Produkt gegenüber die Chance zu Mehrerlösen bietet.<sup>291</sup>

Aus Kundensicht könnten personalisierte Preise auch dazu führen, dass weniger zahlungskräftigen Kunden mit geringerer Zahlungsbereitschaft niedrigere Preise angeboten werden, die durch die Mehrerlöse der Kunden, die mehr als den bisherigen Einheitspreis zahlen, mitgetragen werden.<sup>292</sup> Ebenso wie die Chance der Erlösung

---

<sup>288</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 6, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>289</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 12, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>290</sup> Skeptisch insoweit etwa: *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 12, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); bejahend dagegen: *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018); ebenso jedenfalls für Kunden mit geringer Wechselbereitschaft gegenüber ihrem Vertragspartner: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 5, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>291</sup> *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 5, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>292</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 5, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 4, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 8, abrufbar unter:

der Maximalpreise bei zahlungskräftigen Kunden ist die Realisierbarkeit dieses möglichen „Wohlfahrtseffekts“ personalisierter Preise indes umstritten, da in Frage gestellt wird, dass Unternehmen dazu motiviert sein könnten, geringen Zahlungsbereitschaften bei der Preisbildung Rechnung zu tragen.<sup>293</sup> Zumindest in der Konstellation, dass ein Anbieter temporär durch offensive Preispolitik seine Marktanteile auszuweiten versucht, dürfte indes auch die Berücksichtigung unterdurchschnittlicher Zahlungsbereitschaften unternehmerseitig ernsthaft in Betracht kommen.

## 2. Risiken personalisierter Preise im Online-Handel

Aus Unternehmenssicht wird das Risiko diskutiert, dass mangels hinreichender diesbezüglicher Kompetenz auf Anbieterseite und/oder mangels hinreichend leistungsfähiger Algorithmen Zahlungsbereitschaften falsch eingeschätzt werden und dadurch entweder Kunden verprellt oder Mindererlöse gegenüber dem Einheitspreismodell erzielt werden können.<sup>294</sup> Ferner wird aus Unternehmenssicht das Risiko gesehen, dass bei fehlender Konsistenz personalisierter Preise über alle Vertriebswege eines Unternehmens hinweg „Verwirrung“ und Verdruss auf Verbraucherseite erzeugt werden kann und Kundenbeziehungen verloren gehen können.<sup>295</sup> Überdies wird aus Unternehmerperspektive das Szenario beschrieben, dass jedenfalls onlineaffine Kun-

---

[http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>293</sup> Während dies einerseits für möglich erachtet wird: *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 8, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018), sind andere Stimmen in der Literatur skeptisch: Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 5, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 4, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>294</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 11 f., abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>295</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 12., abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 6, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

den in zunehmendem Maße Strategien entwickeln könnten, um personalisierte Preise zu unterlaufen, indem sie z.B. die Datenerhebungen der Unternehmen technisch unterbinden, mittels Software die Übertragung falscher preisrelevanter Daten veranlassen, unter Fake-Accounts einkaufen oder dritte Personen mit „günstigeren“ Profileigenschaften mit dem Einkauf beauftragen.<sup>296</sup> Des Weiteren ist es sowohl für die Kaufentscheidung<sup>297</sup> als auch für die Kundenbindung wichtig, dass der Kunde die vereinbarten und gezahlten Preise als „fair“ empfindet. Gewinnt der Kunde dagegen – entweder mangels Transparenz der Preispersonalisierung oder im Wege des Austauschs mit anderen Kunden – den Eindruck, unfair behandelt worden zu sein, kann dies für die betroffenen Unternehmen zum Verlust von Kundenbeziehungen und Imageproblemen führen.<sup>298</sup> Aus Unternehmersicht könnten auch in wettbewerblicher Hinsicht insoweit durch Preispersonalisierung falsche Anreize gesetzt werden, dass Unternehmen, die sich gegen Datenerhebung bzw. –kauf zum Zwecke der Preispersonalisierung entscheiden, Wettbewerbsnachteile erleiden könnten.<sup>299</sup> Allerdings wird die Bedeutung dieses Aspekts stark davon abhängen, ob die Preispersonalisierung künftig eine stärkere Nutzerakzeptanz erfährt, da bei mangelnder Nutzerakzeptanz der garantierte Verzicht eines Unternehmens auf Datenerhebung- und/oder –kauf sowie Preispersonalisierung auch gezielt als Werbeargument und Wettbewerbsvorteil eingesetzt werden könnte. Schließlich zeigen aus Unternehmenssicht Versuche, personalisierte Preise durchzusetzen, dass diese vielfach – jedenfalls wenn sie nicht als transparent und „fair“ empfunden werden<sup>300</sup> oder wenn der Kunde

---

<sup>296</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 14 f., abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>297</sup> *Richards/Liaukonyte/Streletskaia*, Personalized pricing and Price fairness, Ithaka/New York, September 2015, S. 32, abrufbar unter: [https://courses.cit.cornell.edu/jl2545/papers/personalized\\_Pricing\\_IJIO.pdf](https://courses.cit.cornell.edu/jl2545/papers/personalized_Pricing_IJIO.pdf), (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>298</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 13 f., abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>299</sup> *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 4, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>300</sup> *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“. Untersuchung und Ausarbeitung für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesminister für Justiz und für Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 14, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center\\_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Richards/Liaukonyte/Streletskaia*, Personalized pricing and Price fairness, Ithaka/New York, September 2015, S. 1, abrufbar unter: [https://courses.cit.cornell.edu/jl2545/papers/personalized\\_Pricing\\_IJIO.pdf](https://courses.cit.cornell.edu/jl2545/papers/personalized_Pricing_IJIO.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

nicht die Möglichkeit hatte, auf sie Einfluss zu nehmen<sup>301</sup> - bei Kunden auf Ablehnung stoßen, was wiederum zu Imageproblemen bei den betroffenen Unternehmen führen kann.<sup>302</sup>

Schließlich bergen personalisierte Preise das Risiko, dass marktstarke Plattformen diese dazu nutzen, systematisch Konkurrenten zu verdrängen oder die Etablierung etwaiger künftiger Konkurrenten (z.B. auch durch ihr größeres Datenreservoir an Kundendaten) zu erschweren.<sup>303</sup>

Aus Kundensicht sind personalisierte Preise bei fehlendem Preisvergleich mangels Transparenz und Kenntnis der Preispersonalisierung mit der Gefahr überhöhter Preiszahlung verbunden. Ferner besteht das Risiko, auf Grund fehlerhafter (z.B. veralteter oder fehlerhaft aufgezeichneter) Daten oder auf Grund von Falschzuordnungen durch den Algorithmus<sup>304</sup> individuell überhöhten, „ungerechten“ Preisen ausgesetzt zu werden.<sup>305</sup> Überdies besteht auch die Gefahr, dass Kunden, die mit hohen Sicherheitseinstellungen surfen und auch ansonsten auf Grund ihres restriktiven Umgangs mit der Offenbarung personenbezogener Daten im Internet, keine ausreichende Datenbasis zur Bildung algorithmenbasierter persönlicher Preise „bereitstellen“, von der Teilnahme am Onlinemarkt verkäuferseitig ausgeschlossen werden könnten.<sup>306</sup> Auch könnten bei der Preisbildung berücksichtigte persönliche Daten diskriminierend wirken, wenn ein Unternehmen etwa Geschlecht, Religionszugehörigkeit oder Alter des Kunden bei der Preisbildung berücksichtigen würde,<sup>307</sup> was nicht von vorneherein undenkbar ist, weil man z.B. aus dem Alter eines Kunden durchaus ggf. auf die Zahlungsbereitschaft des Kunden für bestimmte Produkte Rückschlüsse ziehen könnte. Als bedeutsames Bedenken gegenüber personalisierten Preisen wird aus Kundensicht ins Feld geführt, dass auf Grund des mit der Da-

---

<sup>301</sup> *Richards/Liaukonyte/Streletskaia*, Personalized pricing and Price fairness, Ithaka/New York, September 2015, S. 1, abrufbar unter:

[https://courses.cit.cornell.edu/jl2545/papers/personalized\\_Pricing\\_IJIO.pdf](https://courses.cit.cornell.edu/jl2545/papers/personalized_Pricing_IJIO.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>302</sup> *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 6, abrufbar unter: [http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV\\_WP02\\_Personalisierte-Preise.pdf](http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 406; Müller, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>303</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017.

<sup>304</sup> *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018).

<sup>304</sup> Z.B. Student wohnt in kleiner Dachstube in als „kaufkräftig“ klassifiziertem Stadtviertel oder bestellt mit einem leihweise überlassenen hochpreisigen Endgerät seines Onkels.

<sup>305</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 71, abrufbar unter:

[http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1018).

<sup>306</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 72, abrufbar unter:

[http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>307</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 71, abrufbar unter:

[http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 7, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

tenerhebung und –aufbereitung einhergehenden zunehmenden Informationsvorsprungs der Anbieterseite das Marktgleichgewicht im Vergleich zur analogen Welt einseitig stark zu Gunsten der Anbieterseite verschoben werde.<sup>308</sup> Dabei bewirke die Möglichkeit, mit Hilfe von Algorithmen aufgrund erhobener Daten das Käuferverhalten bis zu einem gewissen Grad vorhersehen zu können, dass die Anbieterseite bildlich gesprochen im Rahmen der Vertragsanbahnung die Gedanken der Kundenseite lesen könne,<sup>309</sup> was sich spezifisch für den digitalen Bereich zu einem dauerhaften strukturellen Machtgefälle verfestigen könnte.<sup>310</sup> Diese Problematik könnte aus Kundensicht noch dadurch verschärft werden, dass die bei der Preispersonalisierung verwendeten Kundendaten (teilweise) möglicherweise auch nicht aus dem aktuellen Surfvorgang und der bisherigen Kundenbeziehung zu dem Anbieter, sondern auch von Drittanbietern stammen können, so dass Daten zur Verwendung kommen können, mit deren Verwendung der Kunde im aktuellen Erwerbsvorgang gar nicht rechnet.<sup>311</sup>

Schließlich lassen die erhobenen personenbezogenen Daten den Rückschluss auf eine Notlage des Kunden z.B. aus medizinischer Sicht zu - so könnten Unternehmen personalisierte Preise für hiermit im Zusammenhang stehende Produkte (wie z.B. Medikamente oder Heil- und Hilfsmittel) sich diese Notlage missbräuchlich zunutze machen.<sup>312</sup>

Ein weiterer Nachteil personalisierter Preise ist die deutliche Beschränkung der Möglichkeit des Preisvergleichs, was sich zu Lasten des freien Wettbewerbs, der auf

---

<sup>308</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 71, abrufbar unter: [http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 7, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>309</sup> *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>310</sup> *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018); *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 71, abrufbar unter: [http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 7, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>311</sup> *Christl*, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, S. 71, abrufbar unter: [http://crackedlabs.org/dl/Studie\\_Digitale\\_Ueberwachung.pdf](http://crackedlabs.org/dl/Studie_Digitale_Ueberwachung.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>312</sup> Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Algorithmenbasierte Entscheidungsprozesse. Thesenpapier des vzbv, S. 7, abrufbar unter: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm\\_17-12-07\\_vzbv\\_thesenpapier\\_algorithmen.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/22/dm_17-12-07_vzbv_thesenpapier_algorithmen.pdf) (letzter Abruf: 25.8.2018); *Müller*, Personalisierte Preise brauchen Regeln, abrufbar unter: <http://dasnetz.online/personalisierte-preise-brauchen-regeln/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

Preistransparenz angewiesen ist, auswirken könnte.<sup>313</sup> Der Bedeutung des Preisvergleichs wird mit dem Preisauszeichnungsrecht Rechnung getragen. In der Preisauszeichnungsverordnung vom 18. September 1969 ist in der Gesetzesbegründung ausgeführt: „Die Preisauszeichnung dient der Preisklarheit und Preiswahrheit und sichert die Möglichkeit des Preisvergleichs. In der heutigen Zeit eines reichlichen und stark differenzierten Warenangebot kommt ihr für den Verbraucher besondere Bedeutung zu, da erst eine deutliche Preisauszeichnung dem Verbraucher die schnelle und zuverlässige Information über das preisgünstigste Angebot ermöglicht. Aber auch die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Preisauszeichnung kann gar nicht hoch genug veranschlagt werden. Nur der informierte Verbraucher ist in der Lage, der ihm zukommenden volkswirtschaftlichen Funktion voll gerecht zu werden und durch seine Entscheidung zur Stabilität des Preisniveaus beizutragen.“<sup>314</sup> Die Kriterien der Preiswahrheit und Preisklarheit werden noch heute im Preisauszeichnungsrecht in ständiger Rechtsprechung betont.<sup>315</sup> Auch auf europäischer Ebene wurde zuletzt durch die Richtlinie 98/6/EG zum Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse festgelegt, dass der Verkaufspreis und der Preis je Maßeinheit anzugeben ist. Die Vorgabe trage merklich zur Verbesserung der Verbraucherinformation bei, da dies den Verbrauchern auf einfachste Weise optimale Möglichkeiten biete, die Preise von Erzeugnissen zu beurteilen und miteinander zu vergleichen und somit anhand einfacher Vergleiche fundierte Entscheidungen zu treffen.<sup>316</sup>

### 3. Stellungnahme

#### a. Zulässigkeit personalisierter Preise nach bisheriger Rechtslage

Grundsätzlich steht es einem Unternehmen im Rahmen einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung frei, seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vorzunehmen.<sup>317</sup> Danach ist der Einsatz personalisierter Preise als Ausdruck der Vertragsfreiheit bisher grundsätzlich erlaubt.

Soweit bei der Preisbildung personenbezogene Daten einbezogen werden, gelten die Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung einschließlich der Transparenzpflichten der Art. 13, 14 DS-GVO (s.o. unter C II).

---

<sup>313</sup> Zander-Hayat/Domurath/Groß, Personalisierte Preise. SVRV Working Paper Nr. 2 August 2016, S. 7, abrufbar unter: <http://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/working-paper-personalisierte-preise/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>314</sup> BAnz. 1969 Nr. 178, S. 3.

<sup>315</sup> Vgl. u.a. BGH, Urt. v. 4.10.2007 - I ZR 143/04, NJW 2008, 1384.

<sup>316</sup> Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse: Erwägungsgrund 6.

<sup>317</sup> BGH, Urt. v. 18.4.1958 – I ZR 158/56, GRUR 1958, 487 (489).

Personalisierte Preise sind dann de lege lata verboten, wenn der Preisbildung Kriterien im Sinne des § 19 AGG zugrundeliegen. Nach dieser Norm sind, wie bereits dargestellt, unter anderem Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts oder des Alters verboten.

Ein weiteres Verbot enthält § 5 der Verordnung über Informationspflichten für Dienstleistungserbringer (DL-InfoV). Danach darf ein Dienstleistungserbringer keine Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung bekannt machen, die auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers beruhende diskriminierende Bestimmungen enthalten, es sei denn, die Unterschiede bei den Zugangsbedingungen sind unmittelbar durch objektive Kriterien gerechtfertigt.<sup>318</sup>

Sowohl ein Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote der §§ 19, 20 AGG als auch gegen § 5 DL-InfoV stellt darüber hinaus in Verbindung mit § 3a UWG einen wettbewerbsrechtlichen Rechtsbruch dar.<sup>319</sup> Personalisierte Preise sind daneben auch dann am Kartellrecht und dabei insbesondere an § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu messen, wenn sie aus einer marktbeherrschenden Stellung heraus aufgestellt werden und von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb nach hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.

#### b. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf

Neben den dargelegten gesetzlichen Regelungen scheint es erwägenswert, insbesondere im Hinblick auf die Begründungen aus dem Preisauszeichnungsrecht, weiteren gesetzlichen Handlungsbedarf in Betracht zu ziehen. Dem Verbraucher sollte es auf einfache Weise möglich sein, die Preise von Erzeugnissen zu beurteilen, miteinander zu vergleichen und anhand dieses Vergleichs fundierte Entscheidungen zu treffen. Personalisierte Preise behindern diese Vergleichsmöglichkeit, insbesondere solange der Verbraucher mit ihnen nicht rechnet, und schaffen eine große Intransparenz. Sie vergrößern das Ungleichgewicht zwischen Verbrauchern und Unternehmen und öffnen der missbräuchlichen Ausnutzung von Notlagen Tür und Tor. Der bestehende Rechtsrahmen hindert dieses Ungleichgewicht nicht. Dies dürfte auch für die Datenschutz-Grundverordnung gelten. Zum einen ist diese lediglich bei der Verarbeitung personenbezogener Daten anwendbar (s.o. unter C.II), zum anderen hat sich der datenschutzrechtliche Individualrechtsschutz bisher als lediglich begrenzt effektiv erwiesen.<sup>320</sup>

---

<sup>318</sup> Einen Verstoß gegen dieses Verbot hat die EU-Kommission im Jahr 2014 im Hinblick auf sechs Autovermietungsfirmen festgestellt, bei denen durch automatisches Rerouting unterschiedliche Preise aufgrund des Wohnortes erhoben wurden. Die betroffenen Firmen haben ihre Preispolitik inzwischen abgeändert, vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 28.10.2014, „Kommission begrüßt Verbesserung für Kunden von Autovermietungsfirmen“, abrufbar unter [www://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-1209\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1209_de.htm) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>319</sup> Köhler/Bornkamp/Feddersen, UWG, § 3a, Rn. 1.294.

<sup>320</sup> Busch, Algorithmic Accountability, S. 51, abrufbar unter <http://www.abida.de/en/node/397> (letzter Abruf: 25.8.2018).

Als Reaktion auf dieses Ungleichgewicht hatte die 12. Verbraucherschutzministerkonferenz am 22. April 2016 in Düsseldorf beschlossen, dass allen Kunden im Onlinehandel von demselben Anbieter auch ein- und derselbe Referenzpreis angezeigt und angeboten werden sollte. Soweit Anbieter von diesem Referenzpreis abwichen, sollten Sie verpflichtet werden, Verbraucherinnen und Verbraucher über die Bedingungen für eine Abweichung vom Referenzpreis in einer nachvollziehbaren und transparenten Weise zu informieren.<sup>321</sup>

Dieser Vorschlag legislativen Handels erscheint jedoch zu weitgehend. Er stellt einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Als milderer Mittel aus dem oben dargestellten Katalog der Gestaltungsmittel (s. o. Kapitel 1 D. II. 1.) kommt die Einführung einer Transparenzpflicht – in Form eines „transparenten Preisschildes“ - in Betracht. Diese verhindert nicht den Einsatz personalisierter Preise, sensibilisiert jedoch die Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Verhaltensweisen. Die Verbraucher könnten den Kauf zum Beispiel nochmals über ein anderes Endgerät versuchen oder bei einem anderen Anbieter die Ware aufrufen. Auch steht zu erwarten, dass Verbraucher ihrerseits Technologien nutzen werden, um die für sie jeweils günstigsten erreichbaren Preise zu realisieren. Denkbar ist, dass die Verbraucher bei nutzungsbasierten, individuellen Preisen ihrerseits ihre gesendeten Profildaten mithilfe von Standardsoftware manipulieren können oder die Kaufentscheidung für einen bestimmten Händler einem Agenten („Shop-Bot“) übertragen.<sup>322</sup> Bis die Verbraucher jedoch diesen Schritt nachvollzogen haben, wird noch Zeit vergehen. Gerade in der Zeit des technischen Übergangs ist daher eine entsprechende Transparenzpflicht angebracht. Der Eingriff ist grundrechtsschonend, wenn die Transparenzpflicht keine Details der Preisbildung umfasst.

Konkret betrachtet könnte der Gesetzgeber eine gesetzliche Verpflichtung, vorrangig auf europäischer Ebene, schaffen, wonach individualisierte Preise auf allgemein zugänglichen Internet-Verkaufsseiten als solche gekennzeichnet werden müssten. Es wäre dabei ausreichend, zunächst neben dem angezeigten Preis den Hinweis „personalisierter Preis“ einzublenden. Nicht erforderlich wäre, die genauen Einzelheiten der Preisbildung darzulegen. Die gesetzliche Regelung müsste dabei einen weiten Begriff des individualisierten Preises zugrunde legen. Eine spätere Evaluierung könn-

---

<sup>321</sup> Beschluss der Verbraucherschutzministerkonferenz abrufbar unter <https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/Beschluesse.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>322</sup> *Schleusener*, Dynamisch und personalisiert: Wie entwickelt sich die Preissetzung im Online-Handel? Aus Zeitgespräch, 96. Jahrgang, Heft 12, S. 863-882, abrufbar unter [www://archiv.wirtschaftsdienst.eu/jahr/2016/12/dynamische-preissetzung-wer-profitiert](http://www://archiv.wirtschaftsdienst.eu/jahr/2016/12/dynamische-preissetzung-wer-profitiert) (letzter Abruf: 25.8.2018).



te zeigen, inwieweit diese Maßnahme bereits ausreichend ist, das erkannte Gefahrenpotential personalisierter Preise einzugrenzen.

Es sollte erwogen werden, eine Missachtung der Kennzeichnungspflicht in Form des „transparenten Preisschilds“ mit Bußgeld zu bewehren.

In der Praxis könnte eine sinnvolle Verknüpfung zwischen diesen Anforderungen und den datenschutzrechtlichen Anforderungen dergestalt hergestellt werden, dass ein Button „personalisierter Preis“ verwendet wird und beim Anklicken die datenschutzrechtlichen Erläuterungen nach Art. 13, 14 DS-GVO hinterlegt sind.

## **F. Ergebnis**

Der Einsatz algorithmischer Entscheidungsfindung darf nicht zu Erleichterungen im Rahmen des Entlastungsbeweises nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG führen.

Bei der Erstellung personalisierter Trefferlisten im Internet sollten die wesentlichen Kriterien des Sortieralgorithmusses offengelegt werden.

Bei der Verwendung personalisierter Preise im Rahmen von Vertragsbeziehungen im Internet sollten die Unternehmen verpflichtet werden, dem Verbraucher gegenüber die Tatsache des Einsatzes algorithmischer Entscheidungssysteme zur personalisierten Preisbildung offenzulegen, ohne weitere Details der Preisfindung preisgeben zu müssen („transparentes Preisschild“).

## Kapitel 2: Gesundheitsdatenschutz

---

### A. Vorbemerkung

Ein Blick nach China scheint wie Science Fiction. Das chinesische Start-up iCarbon sammelt Gesundheitsdaten seiner Nutzer und verspricht damit das Leid der Menschen zu reduzieren. Nach den Erkenntnissen der Biotechnik und Genetik werden Gesundheitsdaten bis hin zu DNA permanent mittels künstlicher Intelligenz ausgewertet und dem Kunden individuelle Vorschläge zu gesundheitsförderndem Verhalten gemacht. Die Daten werden direkt in den Wohnungen der Kunden erhoben, etwa durch eine Toilette mit ausfahrbarem Löffel, die Urinproben sammelt.<sup>323</sup>

Die technischen Möglichkeiten zur Ermittlung individueller Gesundheitsrisiken sind längst gegeben, so dass es auch in Europa einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem Thema bedarf.

In jüngster Vergangenheit ist auf dem deutschen Versicherungsmarkt zu beobachten, dass Versicherungstarife angeboten werden, bei denen der Tarif unter anderem dadurch beeinflusst werden kann, dass die Versicherten Gesundheitsdaten über Trainingseinheiten, die sie mit Fitness-Trackern aufzeichnen, per App an ein Partnerunternehmen der Versicherer übermitteln.<sup>324</sup> Auch durch das Erreichen von seitens des Versicherers nach durchgeführtem Gesundheitstest vorgeschlagenen Zielen kann der Tarif beeinflusst werden.<sup>325</sup> Bei derartigen Vertragskonstellationen können im Laufe der Zeit große Mengen an sensiblen Gesundheitsdaten übertragen und gespeichert werden. Derartige Datenübermittlungen gehen über die Erhebung von Gesundheitsdaten, die für die Beurteilung des zu versichernden Risikos oder der Leistungspflicht erforderlich sind (§§ 19, 31, 213 VVG), weit hinaus.

Aktuell betrifft dies noch nicht Krankenversicherungen, wohl aber Risikolebens-, Unfall- und Erwerbsunfähigkeitsversicherungen sowie private Rentenversicherungen.<sup>326</sup>

---

<sup>323</sup> Handelsblatt vom 1.-3.6.2018, S. 61: Wang will's wissen – alles.

<sup>324</sup> Vgl. unter: [https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv\\_leben/fitness-tracker](https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv_leben/fitness-tracker) (letzter Abruf: 25.8.2018), daneben kann der Tarif vom Versicherten etwa auch durch Teilnahme an diversen Gesundheitsschecks und -tests, Vorsorgeuntersuchungen, Impfungen sowie durch Fitness, Teilnahme an Sportveranstaltungen, gesunde Ernährung, das Erreichen vorgeschlagener Ziele und ähnlichem positiv beeinflusst werden, vgl. unter [https://www.generalivitality.de/vmp/punkte\\_und\\_status/tipps\\_zum\\_punktesammeln](https://www.generalivitality.de/vmp/punkte_und_status/tipps_zum_punktesammeln) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>325</sup> Vgl. unter [https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv\\_leben/ziele](https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv_leben/ziele) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>326</sup> Vgl. <https://www.generalivitality.de/vitality> (letzter Abruf: 25.8.2018).

Auch eine Ausweitung auf private Krankenversicherungen wird aber geprüft und könnte in naher Zukunft umgesetzt werden.<sup>327</sup>

Während derartige Vertragsgestaltungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherungen ohnehin nicht in Betracht kommen dürften,<sup>328</sup> wären nach derzeitiger Rechtslage im Bereich der privaten Krankenversicherung und bei sonstigen Versicherungen solche Vertragsgestaltungen (bei Einwilligung des Versicherten in die Datennutzung) grundsätzlich möglich.<sup>329</sup> Derartige Vertragsgestaltungen bergen aber diverse Risiken für die Gemeinschaft der Versicherten. Insbesondere könnte ein mittelbarer Zwang für alle Versicherten entstehen, hochsensible Gesundheitsdaten zu ermitteln und zu übertragen.

## B. Begriffsbestimmungen

Da für die hier interessierenden Fragestellungen immer wieder die Begriffe der Gesundheitsdaten und der Fitness-Tracker bzw. „Wearables“ eine wesentliche Rolle spielen, sollen vorab diese Begrifflichkeiten geklärt werden:

### I. Definition „Fitness-Tracker“

Bei Wikipedia findet sich für Fitness-Tracker folgende Definition:

„Ein Activity Tracker (auch Fitness- bzw. Gesundheits-Armband, Smart Band oder Fitness Tracker) ist ein tragbares elektronisches Gerät („Wearable“) bzw. eine Applikation zur Aufzeichnung und Versendung fitness- und gesundheitsrelevanter Daten wie etwa Laufstrecken, Energieumsatz und in manchen Fällen auch Herzschlagfrequenz oder Schlafqualität. Die Bezeichnung wird hauptsächlich für am Körper tragbare elektronische Überwachungsgeräte verwendet, welche (in vielen Fällen drahtlos) mit einem Computer oder Smartphone für die Datenerfassung über einen längeren

---

<sup>327</sup> Vgl. <http://versicherungsmonitor.de/2018/01/generali-mit-vitality-krankenversicherung/> sowie [https://www.aerztezeitung.de/praxis\\_wirtschaft/w\\_specials/special-versicherungen/article/955825/praevention-general-weit-et-programm-vitality-pkv.html](https://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/w_specials/special-versicherungen/article/955825/praevention-general-weit-et-programm-vitality-pkv.html) (letzter Abruf: 25.8.2018). Eine Ausweitung ist danach zum Ende des Jahres 2018 oder Anfang des Jahres 2019 beabsichtigt, wobei es aber (anders als bei der Berufsunfähigkeits- oder Risikolebensversicherung) keine Preisnachlässe für gesundheitsbewusstes Verhalten geben soll.

<sup>328</sup> Vgl. zu den dort vorhandenen (gesetzlich geregelten) Möglichkeiten im Einzelnen unten unter B. II.

<sup>329</sup> Vgl. etwa *Ortner/Daubenbüchel*, Medizinprodukte 4.0 – Haftung, Datenschutz, IT-Sicherheit, NJW 2016, 2918 (2920); zu den (derzeit aber nicht überschrittenen) verfassungsrechtlich durch das informationelle Selbstbestimmungsrecht und die Menschenwürde gezogenen grundlegenden Grenzen (bei deren Überschreitung den Gesetzgeber sogar eine Pflicht zum Tätigwerden treffen würde) vgl. ausführlich *Rudkowski, Lena*, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in Festschrift „Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e. V.“, 661 ff.

Zeitraum synchronisiert werden. Abgesehen von diesen tragbaren Geräten gibt es auch vergleichbare Applikationen für Smartphones.<sup>330</sup>

Auch in der juristischen Fachliteratur wird sich dem Begriff in ähnlicher Weise genähert. Fitness-Tracker bzw. „Wearables“ sammeln danach je nach Modell unterschiedliche Daten. Neben dem klassischen Schrittzähler erfassen viele Modelle die Herzfrequenz, Schlafzeit und die verbrannten Kalorien der Träger. Moderne Sportuhren verfügen über GPS-Sender; so messen sie die gelaufenen, gefahrenen oder geschwommenen Kilometer und erheben Daten über die Schrittlänge und –höhe, Bodenkontaktzeit und vieles mehr. Je nach Modell werden diese Daten automatisch oder manuell auf die Server der Anbieter geladen und dort aufbereitet. In aller Regel geben die Nutzer zudem persönliche Informationen preis wie Alter, Geschlecht, Körpergröße und Gewicht.<sup>331</sup> In der juristischen Fachliteratur, die sich mit dem Phänomen des „self-tracking“ mittels Sportuhren und Fitness-Trackern befasst, wird konstatiert, dass es sich dabei um einen Trend handelt, der nicht nur Sportler, sondern inzwischen auch breite Gesellschaftsschichten erfasst hat.<sup>332</sup> Bei dem Versicherungsunternehmen Generali, das mit dem Vitality-Tarif eine Tarifstruktur anbietet, mit dem durch gesundheitsbewusstes Verhalten die Verringerung des Versicherungstarifs erreicht werden kann, werden etwa auf der Homepage diverse konkrete Apps und Tracker aufgeführt, die mit Vitality verknüpfbar sind.<sup>333</sup>

Vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Funktionalitäten ist für Fitness-Tracker bzw. „Wearables“ eine umfassende, wirklich einheitliche Definition daher nicht möglich. Die in Wikipedia enthaltene Beschreibung, die sich mit der Verwendung des Begriffs auch in der juristischen Literatur deckt, umreißt das Phänomen aber hinreichend klar.

## II. Definition „Gesundheitsdaten“

Hinsichtlich des Begriffs der „Gesundheitsdaten“ enthält die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) für das Datenschutzrecht eine Legaldefinition. Danach

---

<sup>330</sup> [https://de.wikipedia.org/wiki/Activity\\_Tracker](https://de.wikipedia.org/wiki/Activity_Tracker) (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>331</sup> Dregelies, Max, Wohin laufen meine Daten? – Datenschutz bei Sportuhren und Fitnesstrackern, VuR 2017, 256 (256); konkret nach dem einzelnen Anbietern von „Wearables“ ausdifferenziert: Eberbach, Wolfram, Personalisierte Prävention: Wirkungen und Auswirkungen – Zugleich ein Plädoyer für die Solidarität mit dem Selbstbestimmungsrecht, MedR 2014, 449 (460/ 461); ähnlich: Kopp, Reinhold/Sokoll, Karen, Wearables am Arbeitsplatz – Einfallstor für die Alltagsüberwachung?, NZA 2015, 1352 (1352)

<sup>332</sup> Dregelies, Max, Wohin laufen meine Daten? – Datenschutz bei Sportuhren und Fitnesstrackern, VuR 2017, 256 (256 mwN)

<sup>333</sup> Vgl. unter: [https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv\\_leben/fitness-tracker](https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv_leben/fitness-tracker) (letzter Abruf: 25.8.2018); der Erwerb mancher Geräte wird danach mit einem (derzeit) 40%igen Rabatt unterstützt.

sind „Gesundheitsdaten“ personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen (Art. 4 Nr. 15 DS-GVO). Diese Definition wird für ausfüllungsbedürftig gehalten und dabei vertreten, dass man vom Grundsatz her von einem weiten Verständnis von Gesundheitsdaten werde ausgehen müssen. Bereits die regelmäßige Ermittlung der Schrittzahl in Verbindung mit den allgemeinen Körperdaten (Alter, Größe, Gewicht) ermögliche eindeutige Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand einer Person. Daten über Körper und Bewegung einer Person seien somit Gesundheitsdaten, so dass ein Großteil der von Sportuhren und Fitness-Trackern erhobenen Daten unter diese Definition falle.<sup>334</sup>

Das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) enthält keine Legaldefinition von Gesundheitsdaten. In § 213 VVG (Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten bei Dritten) wird dieser Begriff aber verwendet.

In der Kommentarliteratur zum VVG wird zum Teil hinsichtlich der Definition von Gesundheitsdaten auf das Datenschutzrecht Bezug genommen.<sup>335</sup> Andere definieren personenbezogene Gesundheitsdaten als Informationen über Krankheiten, Beschwerden oder Störungen oder aus solchem Anlass erfolgte Behandlungen, Untersuchungen und Beratungen einschließlich ihres Ablaufs und ihres Ergebnisses, darüber hinaus aber auch Umstände, die auf ein physisches oder psychisches Leiden oder sein Fehlen schließen lassen.<sup>336</sup>

Vorzugswürdig erscheint es für die Zwecke des vorliegenden Berichts, eine einheitliche weite Definition von Gesundheitsdaten zu Grunde zu legen, die der in der DS-GVO enthaltenen entspricht. Soweit Vorgaben der DS-GVO zu beachten sind, ist ohnehin die dort enthaltene Legaldefinition maßgeblich. Der in der versicherungsvertragsrechtlichen Literatur zum Teil vorgenommene Verweis auf die datenschutzrechtliche Definition verhindert, dass derselbe Begriff datenschutzrechtlich und versicherungsvertragsrechtlich unterschiedlich beurteilt werden müsste, was insbesondere wegen der Überschneidungen der beiden Materien misslich wäre.

---

<sup>334</sup> Dregelies, Max, Wohin laufen meine Daten? – Datenschutz bei Sportuhren und Fitnessstrackern, VuR 2017, 256 (258/259).

<sup>335</sup> Etwa: Bach/Moser/Kalis, Private Krankenversicherung, 5. Aufl. 2015, § 213 VVG Rn 40, 41 (mit zusätzlichem Hinweis darauf, dass es sich um Informationen handeln müsse, die sich auf einzelne Personen beziehen).

<sup>336</sup> Langheid/Rixecker/Rixecker, Versicherungsvertragsgesetz, 5. Aufl. 2016, § 213 VVG Rn 9.

Für die hier in Rede stehenden Übertragungen von Messdaten durch Fitness-Armbänder bzw. „Wearables“ (wie etwa Herzfrequenz, Schlafzeit, verbrannten Kalorien, im Training zurückgelegte Kilometer) bedeutet dies, dass ohne weiteres umfassend von Gesundheitsdaten auszugehen ist. Gerade weil diese Daten einen Rückschluss auf den Trainingstand, die Fitness und damit die körperliche Verfassung zulassen, sind sie ja für die Versicherer von Interesse. Für diesen Bericht wird daher, soweit von Gesundheitsdaten die Rede ist, die Legaldefinition des Art. 4 Nr. 15 DSGVO zu Grunde gelegt.

## **C. Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung**

### **I. Diskussionsstand im Hinblick auf private Versicherungen**

In der Literatur wird die Frage aufgeworfen, ob mit der Zurverfügungstellung individueller Gesundheitsdaten zwecks Tarifersparnis das Grundprinzip von Versicherungen als eine Institution zur Übernahme von Risiken des Lebens durch einen Ausgleich im Versicherungskollektiv und das gegenseitige Solidarprinzip in Frage gestellt wird. Schließlich erfolge diese neue Tariffkalkulation überwiegend auf der Basis rein individuellen Verhaltens. Daher stelle sich die Frage, ob künftig Versicherungen zu akzeptablen Preisen nur noch für diejenigen möglich sein werden, die Kontrollprozeduren für sich akzeptierten, während die anderen, die dazu nicht bereit seien, deshalb auf kaum bezahlbare Tarife verwiesen würden oder gar keine Risikodeckung mehr erhalten würden. Hohe Schadensquoten seien schließlich für Unternehmen auf lange Sicht unwirtschaftlich und schon aus marktwirtschaftlichen Erwägungen würden immer mehr Unternehmen dazu übergehen, vermeintlich risikobehaftete Kunden auszusortieren. Insoweit wird davor gewarnt, dass die Individualisierung von Versicherungsprodukten zu einer Erosion des Versicherungssolidarprinzips führen würde.<sup>337</sup> Bei der Jahrestagung des Deutschen Ethikrates im Jahr 2015 wurde insoweit bereits prägnant formuliert: „Was der Prämienvorteil für den einen ist, ist der Prämiennachteil für den anderen“.<sup>338</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird darauf hingewiesen, dass Versicherungsverträge, die Prämien (auch) anhand von Self-Tracking-Daten berechnen, sowohl die Grundrechte der Versicherungsnehmer und Vertragsinteressenten berühren, die das Self-Tracking oder die Preisgabe von Self-Tracking-Daten ganz oder wenigstens in einem bestimmten Umfang ablehnen, als auch die derjenigen Versicherungsnehmer, die in eine Verwendung von Self-Tracking-Daten für Zwecke der Versicherung voll-

---

<sup>337</sup> *Heinz*, Digitaler „Datenstriptease“ – Die Erhebung von Kundendaten darf Solidarprinzip der Versicherungen nicht verletzen, *VW* 10/2016, 14.

<sup>338</sup> Zitiert in *Sonja Schulz*, Der Mensch im Datenstrom, *zm* 105 vom 1.7.2015, 1488 (1492), zitierte Äußerung von *Christiane Woppen* vom Deutschen Ethikrat.

umfänglich einwilligen möchten.<sup>339</sup> Hinsichtlich der zum Self-Tracking bereiten Versicherungsnehmer wird dabei wegen der erfolgten Einwilligung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) nicht gesehen. Die Grenze für Einwilligungen stellt danach die Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) dar, da die Menschenwürde für den Einzelnen unverzichtbar und zudem objektiv zu bestimmen ist. Insoweit wird vertreten, dass sich eine Verletzung der Menschenwürde durch Herabwürdigung des Versicherungsnehmers zum bloßen Objekt daraus ergeben könnte, dass der Umfang der zu offenbarenden Daten so groß sei, dass sie nur durch eine Totalüberwachung generiert werden könnten. Der Versicherungsnehmer werde dann – sei es auch mit seinem Einverständnis – zum entmenslichten „Datenlieferanten“. Eine Totalüberwachung rund um die Uhr wird daher, auch wenn sie nur auf einzelne Vital- oder Verhaltensdaten bezogen sei, als unzulässig angesehen, ebenso wie das Recht des Versicherers, nach Belieben „Stichproben“ beim Versicherungsnehmer zu nehmen, weil letzteres faktisch auch eine nahezu lückenlose Überwachung ermögliche. Zudem müsse der Versicherungsnehmer frei über die Durchführung der einzelnen Datenerhebungen und –übertragungen entscheiden können; verdeckte Überwachungen seien daher unzulässig. Zudem wird eine Verletzung der Menschenwürde in Fällen angenommen, in denen über das Self-Tracking in größerem Umfang Einfluss auf sein persönliches Verhalten genommen wird. Die Auferlegung von Verhaltenspflichten (etwa um die Aussagekraft der Self-Tracking-Daten zu erhöhen) müsse die Ausnahme sein, der Versicherungsnehmer dürfe nicht zur „Marionette“ des Versicherers werden. Erst recht könne Verhaltensoptimierung nicht Gegenstand des Versicherungsvertrages sein, bereits die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Information des Versicherers, ob einer Empfehlung gefolgt wurde, müsse unzulässig sein.<sup>340</sup>

Diejenigen Versicherungsnehmer, die nicht zum Self-Tracking bereit sind, werden grundsätzlich als durch das im Datenschutzrecht vorgesehene Einwilligungserfordernis ausreichend geschützt angesehen. Eine Betroffenheit im allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird aber angenommen, wenn der Grundrechtsträger vor der Wahl stehe, auf die Inanspruchnahme der gewünschten Leistung zu verzichten oder seine personenbezogenen Daten preiszugeben. Ein solcher Druck könne insbesondere wirtschaftlicher Natur sein, etwa wenn die Prämien Differenz zwischen Tarifen mit und ohne Self-Tracking so groß wäre, dass es bei wirtschaftlicher Betrachtung grob unvernünftig wäre, keinen Self-Tracking-Tarif zu wählen oder auch wenn die Prämie im herkömmlichen Tarif von einem Durchschnittsverdienst nicht mehr in vertretbarer Weise bestritten werden könne. Die Entscheidung zur Offenlegung personenbezogener Daten sei in einem solchen Fall keine freie mehr. Als Voraussetzung für den

---

<sup>339</sup> Rudkowski, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in Festschrift „Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e. V.“, 661 (662).

<sup>340</sup> Rudkowski, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in Festschrift „Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e. V.“, 661 (663 bis 669).

Eintritt einer solchen Konstellation wird indes eine Durchdringung des Marktes mit Self-Tracking-Tarifen angesehen, bei der Personen mit „guten“ Risiken vorwiegend Self-Tracking-Tarife wählten, so dass in den übrigen Tarifen Personen mit ungünstigen Risiken zurückblieben, die dann höhere Prämien zu zahlen hätten. Eine solche Marktlage sei aber derzeit nicht gegeben.<sup>341</sup> Insoweit wird vertreten, dass bei Eintreten einer solchen Konstellation Pflichten des Staates zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen würden, die es dem Gesetzgeber und den Gerichten gebieten würden, dafür Sorge zu tragen, dass die Gewährleistung des informationellen Selbstschutzes gewahrt bleibe. Für eine verhältnismäßige und damit interessengerechte Regelung hätte der Gesetzgeber zu berücksichtigen, dass die risikogerechte Kalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl charakteristisch für die Privatversicherung sei und eine Abkopplung des Versicherungsschutzes vom Risiko sich nur rechtfertigen lasse, wenn ein existentielles Interesse der Begünstigten am Zugang zur Versicherungsleistung vorliege. Insoweit sei aber auch in eine Abwägung einzubeziehen, dass auch bei Einschränkung der Verwertung von Self-Tracking-Daten risikoadäquate Kalkulation nicht unmöglich werde (da bereits vor dem Aufkommen von Self-Tracking risikogerecht kalkuliert wurde) und dass Personen, die sich weigerten, am Self-Tracking teilzunehmen, im Ergebnis letztlich der Zugang zum Versicherungsmarkt verschlossen bleibe. Diesem faktischen Ausschluss müssten nicht einmal zwingend schlechte Risiken zugrunde liegen, sondern gegebenenfalls lediglich der Wunsch, ihre personenbezogenen Daten vertraulich halten zu wollen.<sup>342</sup>

Im Hinblick auf Selbstüberwachung und genormtem Präventionsverhalten mittels Fitness-Trackern bzw. Wearables wird zudem darauf hingewiesen, dass sich immer wieder auch hochgelobte, wissenschaftlich fundierte Standards später als zweifelhaft oder sogar als falsch erwiesen, wenn noch neuere Erkenntnisse ihnen widersprechen.<sup>343</sup> Zudem wird darauf hingewiesen, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG das Recht umfasse, Lebensziele, auch soweit sie die Gesundheit berührten, selbst zu bestimmen und danach zu leben; ein Druck, die Lebensführung nach Gesundheitsnormen – nach Bauchumfang, Kalorienzahl und täglich gelaufenen Metern – zu richten, sei damit unvereinbar.<sup>344</sup>

---

<sup>341</sup> Rudkowski, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in Festschrift „Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e. V.“, 661 (669 bis 670).

<sup>342</sup> Rudkowski, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in Festschrift „Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e. V.“, 661 (671 bis 672).

<sup>343</sup> Eberbach, Wolfram, Personalisierte Prävention: Wirkungen und Auswirkungen – Zugleich ein Plädoyer für die Solidarität mit dem Selbstbestimmungsrecht, MedR 2014, 449 (461 mit diversen Beispielen auf Seiten 461-463).

<sup>344</sup> Eberbach, Wolfram, Personalisierte Prävention: Wirkungen und Auswirkungen – Zugleich ein Plädoyer für die Solidarität mit dem Selbstbestimmungsrecht, MedR 2014, 449 (464).



Aus dem Blickwinkel des Datenschutzrechts wird darauf hingewiesen, dass je nach Art und Umfang der Anwendung die Gefahr des Kontrollverlusts des Einzelnen über seine personenbezogenen Daten bestehe.<sup>345</sup>

Allgemein wird im Hinblick auf Big Data-Auswertungen im Gesundheitswesen ange- mahnt, neben den positiven Möglichkeiten auch die damit einhergehenden Gefahren zu berücksichtigen, da es auch handfeste wirtschaftliche Interessen an Gesundheits- daten gebe. Wie viel Alkohol getrunken, wie viele Zigaretten am Tag geraucht wer- den oder ob und wie Sport getrieben werde, sei nicht nur für den Hausarzt von Inte- resse, sondern wecke auch Begehrlichkeiten bei der Versicherungswirtschaft. Diese könnten die Höhe der Versicherungsprämie an einen anhand der Gesundheitsdaten errechneten Score knüpfen. Bisher werde zwar nur der umgekehrte Weg beschritten, indem Bonuspunkte oder Beitragsreduktionen für in den Bonusprogrammen genann- tes Verhalten angeboten werde. Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Interessen und der Möglichkeiten von Big Data-Analysen bestehe jedoch eine Diskriminierungs- gefahr.<sup>346</sup>

Es wird im Hinblick auf das Sammeln von Gesundheitsdaten mit Fitness-Trackern und die Möglichkeit der Einführung von Tarifen, die ein gesundheitsbewusstes Ver- halten belohnen, aber auch auf die Chancen und Vorteile hingewiesen. Insoweit wird darauf verwiesen, dass der „Lifestyle“ ein großer Kostentreiber im deutschen Ge- sundheitswesen sei und dramatische Auswirkungen auf chronische Erkrankungen wie Diabetes mellitus Typ II, Adipositas oder Herz-Kreislauf-Erkrankungen habe – Ziel der Krankenversicherer müsse es sein, den Versicherten zu einer nachhaltigen Verhaltensänderung und damit einem gesünderen Lebensstil zu motivieren.<sup>347</sup> Aber auch diejenigen, die diese Möglichkeiten und Chancen betonen, verweisen auf die Gefahr der Selektion von Versichertenbeständen, wenn alle Versicherten, die laut Fitness-Tracker gesundheitsbewusst leben, aus der Grundgesamtheit selektiert wür- den und einen separaten Tarif erhielten.<sup>348</sup> Zudem warnen auch sie vor dem Risiko, dass Daten in die falschen Hände geraten könnten und davor, dass die sensiblen Daten in Ländern gespeichert werden könnten, wo weniger strenge Datenschutz- richtlinien gelten würden als in Europa (wie etwa in den USA).<sup>349</sup> Aber auch die

---

<sup>345</sup> Kopp, Reinhold/ Sokoll, Karen, Wearables am Arbeitsplatz – Einfallstor für die Alltagsüberwa- chung?, NZA 2015, 1352 (1353).

<sup>346</sup> Becker/Schwab, Big Data im Gesundheitswesen – Datenschutzrechtliche Zulässigkeit und Lö- sungsansätze, ZD 2015, 151 (152).

<sup>347</sup> Braun, Michael; Nürnberg, Volker; Verhaltensbedingte Versicherungstarife – innovative E-Health- Initiative oder Ausstieg aus der Solidargemeinschaft?, G + S 1/2015, 70 (72).

<sup>348</sup> Braun, Michael; Nürnberg, Volker; Verhaltensbedingte Versicherungstarife – innovative E-Health- Initiative oder Ausstieg aus der Solidargemeinschaft?, G + S 1/2015, 70 (73).

<sup>349</sup> Braun, Michael; Nürnberg, Volker; Verhaltensbedingte Versicherungstarife – innovative E-Health- Initiative oder Ausstieg aus der Solidargemeinschaft?, G + S 1/2015, 70 (74).

Krankenversicherer müssten vor möglichem Missbrauch geschützt werden, etwa wenn das Armband an einen (sportlicheren) Dritten gegeben werde.<sup>350</sup>

## II. Diskussionsstand/ übertragbare Argumentationen im Hinblick auf gesetzliche Krankenversicherungen

Für die gesetzliche Krankenversicherung existiert bereits seit längerem eine konkrete gesetzliche Regelung zur Frage der Berücksichtigung von gesundheitsbewusstem Verhalten. Wegen der Nähe zu den hier interessierenden privaten Versicherungen erscheint es sinnvoll, die bestehenden Regelungen zur gesetzlichen Krankenversicherung kurz zu analysieren. Die am 1. Januar 2000 in Kraft getretene und mit Wirkung vom 25. Juli 2015 neu gefasste<sup>351</sup> Vorschrift des § 65a des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch (SGB V) regelt, wann ein Bonus für gesundheitsbewusstes Verhalten gewährt werden kann. Die Vorschrift lautet:

„(1) Die Krankenkasse soll in ihrer Satzung bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Versicherte, die

1. regelmäßig Leistungen zur Erfassung von gesundheitlichen Risiken und Früherkennung von Krankheiten nach den §§ 25 und 26 in Anspruch nehmen,
2. Leistungen für Schutzimpfungen nach § 20i in Anspruch nehmen oder
3. regelmäßig Leistungen der Krankenkassen zur verhaltensbezogenen Prävention nach § 20 Absatz 5 in Anspruch nehmen oder an vergleichbaren, qualitätsgesicherten Angeboten zur Förderung eines gesundheitsbewussten Verhaltens teilnehmen,

Anspruch auf einen Bonus haben, der zusätzlich zu der in § 62 Absatz 1 Satz 2 genannten abgesenkten Belastungsgrenze zu gewähren ist.

(2) Die Krankenkasse soll in ihrer Satzung auch vorsehen, dass bei Maßnahmen zur betrieblichen Gesundheitsförderung durch Arbeitgeber sowohl der Arbeitgeber als auch die teilnehmenden Versicherten einen Bonus erhalten.

(3) Die Aufwendungen für Maßnahmen nach Absatz 1 müssen mittelfristig aus Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die durch diese Maßnahmen erzielt werden, finanziert werden. Die Krankenkassen haben regelmäßig, mindestens alle drei Jahre, über diese Einsparungen gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde Rechen-

---

<sup>350</sup> Braun, Michael, Nürnberg, Volker; Verhaltensbedingte Versicherungstarife – innovative E-Health-Initiative oder Ausstieg aus der Solidargemeinschaft?, G + S 1/2015, 70 (74/75).

<sup>351</sup> Bei der Neufassung wurden insbesondere die Kann-Regelungen durch Soll-Regelungen ersetzt (vgl. dazu etwa juris-PK-SGB V/Koch, § 65a Rn 1).

schaft abzulegen. Werden keine Einsparungen erzielt, dürfen keine Boni für die entsprechenden Versorgungsformen gewährt werden.“

Zweck der in Absatz 1 dieser Norm enthaltenen Ermächtigung an die gesetzlichen Krankenkassen ist es, ökonomische Anreize zu gesundheitsbewusstem Verhalten zu schaffen, aber auch, die Wirtschaftlichkeit der gesetzlichen Krankenversicherungen durch Einsparungen und Effizienzsteigerungen zu fördern (Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 SGB V).<sup>352</sup> § 65a Abs. 1 SGB V enthält die Ermächtigung und Verpflichtung der gesetzlichen Krankenkassen, in der Satzung zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Versicherte einen Anspruch auf einen Bonus haben.<sup>353</sup> Die Bonusgewährung muss an die Inanspruchnahme von Leistungen zur Früherkennung bereits eingetretener Krankheiten (Gesundheitscheck, Krebsvorsorgeuntersuchungen, Mammographie-Screening, Kinder- und Jugenduntersuchungen, zahnärztliche Vorsorgeuntersuchungen), welche der Sekundärprävention zuzuordnen sind oder an Leistungen zur primären verhaltensbezogenen Prävention (Verhinderung und Verminderung von Krankheitsrisiken, § 20 Abs. 1 S. 1 SGB V) anknüpfen. Letztere sollen gem. § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V insbesondere einen Beitrag zur Verminderung sozial bedingter sowie geschlechtsbezogener Ungleichheit von Gesundheitschancen leisten. Gleichgestellt werden vergleichbare qualitätsgesicherte Angebote zur Förderung eines gesundheitsbewussten Verhaltens (etwa Erreichung des Deutschen Sportabzeichens oder qualitätsgesicherte Bewegungsangebote in Sport- oder Fitnessstudios mit qualifizierten Trainern).

Ob damit auch die Nutzung von sog. Fitness-Apps erfasst ist, lässt die Gesetzesbegründung offen.<sup>354</sup> Vom Bundesversicherungsamt wurde dies mit der Begründung verneint, dass sportliche Betätigungen nur dann als qualitätsgesicherte Maßnahmen eingestuft werden können, wenn diese nachweisbar unter fachlicher Anleitung erfolgten, woran es bei der Sammlung von Daten durch Fitness-Apps fehle. Das Bundesversicherungsamt verweist zudem auf das Missbrauchsrisiko, das mangels Kontrolle, ob die sportlichen Aktivitäten vom Versicherten tatsächlich selbst erbracht wurden, bestehe, sowie auf erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken.<sup>355</sup> Auch in der Literatur wird es überwiegend unter Verweis auf die Argumentation des Bundesversiche-

---

<sup>352</sup> Hauck-Noftz/*Leopold*, SGB V, § 65a Rn 8; Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/*Roters*, SGB V § 65a Rn 2; BeckOK Sozialrecht/*Scholz*, SGB V § 65a Rn 1; juris-PK-SGB V/*Koch*, § 65a Rn 14.

<sup>353</sup> Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/*Roters*, SGB V § 65a Rn 3.

<sup>354</sup> BeckOK Sozialrecht/*Scholz*, SGB V § 65a Rn 3; vgl. auch Hauck-Noftz/*Leopold*, SGB V, § 65a Rn 13-15.

<sup>355</sup> [www.bundesversicherungsamt.de](http://www.bundesversicherungsamt.de), Tätigkeitsbericht 2014 S. 22,23; dieser Kritik zustimmend: BeckOK Sozialrecht/*Scholz*, SGB V § 65a Rn 3; ebenfalls kritisch: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/*Roters*, SGB V § 65a Rn 4.

rungsamtes abgelehnt, Fitness-Apps unter § 65a SGB V zu subsumieren.<sup>356</sup> Vereinzelt wird in der Literatur die Aufnahme von Fitness-Apps bei den Bonusprogrammen gesetzlicher Krankenkassen nach teleologischer Auslegung von § 65a SGB V hingegen für zulässig gehalten, da, wenn nicht auch Daten über die private Lebensgestaltung des Versicherten erhoben und verarbeitet werden dürften, die Erreichung des Ziels von Bonusprogrammen, eine effektive Prävention zu leisten, unmöglich gemacht werde.<sup>357</sup> In der Praxis hat allerdings die Barmer GEK ein entsprechendes Programm beendet.<sup>358</sup> Auch ganz allgemein wird in der Kommentarliteratur ausgeführt, dass die Bonusgewährung zur Vermeidung von Missbrauch von der Vorlage eines kontrollierbaren Nachweises über die regelmäßige Teilnahme abhängig gemacht werden muss, während andererseits keine weitergehenden Daten, etwa über die private Lebensführung des Versicherten, erhoben werden dürfen.<sup>359</sup> Dies spricht deutlich dagegen, dass die Datenübertragung mittels Fitness-Apps im Rahmen von Bonusprogrammen gem. § 65a SGB V in der gesetzlichen Krankenkasse zulässig ist. Insgesamt wird man daher festhalten können, dass derartige Konzepte nach der derzeitigen Rechtslage bei gesetzlichen Krankenkassen nicht möglich sind und auch praktisch keine Rolle spielen.

Welche Art von Bonus oder Gutschrift die Satzung vorsieht, steht im Ermessen der Krankenkassen. Diese dürfen aber die Boni weder entgegen der gesetzlichen Zielrichtung der Gesundheitsförderung als bloße Werbemaßnahme ausgestalten, noch diese mit zweckwidrigen Auflagen und Voraussetzungen versehen. Möglich sind Sach- oder Geldprämien wie auch die Befreiung von gesetzlichen Zuzahlungen.<sup>360</sup> Zweifelhaft ist hingegen, ob auch ein Bonus in Form eines Beitragsnachlasses vorgesehen werden könnte, schon da ein Beitragsnachlass grundsätzlich nur für diejenigen Versicherten in Betracht käme, die Beiträge zu entrichten hätten, also die Mitglieder der Krankenkasse, so dass damit alle übrigen Versicherten (etwa Familienversicherte nach § 10 SGB V) ausgeschlossen wären.<sup>361</sup> Bei der Nutzung von Gesundheitsdaten für Bonusprogramme muss aber in jedem Fall das Solidarprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung berücksichtigt werden; Personen, die aus medizinischen Gründen nicht in gleichem Maß an gesundheitsförderlichen Aktivitäten teil-

---

<sup>356</sup> BeckOK Sozialrecht/Scholz, SGB V § 65a Rn 3; ebenfalls kritisch: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/Roters, SGB V § 65a Rn 4.

<sup>357</sup> Brönneke, Jan Benedikt/Kipker, Dennis-Kenji, Fitness-Apps in Bonusprogrammen gesetzlicher Krankenkassen – Sozial- und datenschutzrechtliche Anforderungen, Gesundheitsrecht 4/2015, 211 (214 und 215/216 (Fazit und Ausblick)).

<sup>358</sup> Vgl. BeckOK Sozialrecht/Scholz, SGB V § 65a Rn 3 mwN.

<sup>359</sup> BeckOK Sozialrecht/Scholz, SGB V § 65a Rn 4 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1525, 95).

<sup>360</sup> Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/Roters, SGB V § 65a Rn 6; BeckOK Sozialrecht/Scholz, SGB V § 65a Rn 5; Hauck-Noftz/Leopold, SGB V, § 65a Rn 21.

<sup>361</sup> Insoweit zweifelnd: Hauck-Noftz/Leopold, SGB V, § 65a Rn 23 mwN, der dies i. E. zwar für möglich hält, aber wegen der Bedenken hiervon abrät.

nehmen können, dürfen keinen Nachteil haben, es muss stets der Grundsatz der Gleichbehandlung gelten.<sup>362</sup>

Wegen dieses Solidarprinzips der gesetzlichen Krankenversicherung dürfte dort, selbst für den Fall, dass man Beitragsnachlässe unter § 65a SGB V subsummieren würde, kein mittelbarer Zwang drohen, da Ausgestaltungen, die einen derartigen Zwang begründen könnten (gravierende Tarifvergünstigungen für Gesundheitsbewusste, die bereit sind, ihre Trainingsdaten zu übertragen) bereits gegen das Solidarprinzip (das in § 1 S. 1 SGB V verankert ist<sup>363</sup>), verstoßen würde.

Nach alledem besteht im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung bereits seit längerem ein gesetzlich geregeltes System, mit dem gesundheitsbewusstes Verhalten gefördert wird, ohne dass massenhaft sensible Gesundheitsdaten über Fitness-Armbänder übertragen würden oder der Versicherungstarif selbst zur Disposition stehen und eine Benachteiligung Dritter drohen würde. Bonusprogramme werden im Übrigen bereits derzeit auch von privaten Krankenversicherungen angeboten.<sup>364</sup>

### **III. Zu berücksichtigende bzw. übertragbare Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Bezüglich Vertragsgestaltungen, bei denen Versicherte sich verpflichten, persönliche Daten an den Versicherer zu übermitteln, stellt sich insbesondere die Frage nach einer möglichen Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Es flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit, indem es ihn schon auf der Stufe der Persönlichkeitsgefährdung beginnen lässt. Eine derartige Gefährdungslage kann bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen benennbarer Rechtsgüter entstehen, insbesondere wenn personenbezogene Informationen in einer Art und Weise genutzt und verknüpft werden können, die der Betroffene weder überschauen noch verhindern kann.<sup>365</sup> Die mit dem Recht auf informationelle Selbst-

---

<sup>362</sup> Braun, Michael; Nürnberg, Volker; Verhaltensbedingte Versicherungstarife – innovative E-Health-Initiative oder Ausstieg aus der Solidargemeinschaft?, G + S 1/2015, 70 (73).

<sup>363</sup> Vgl. hierzu ausführlich Hauck-Noftz/Noftz, SGB V, § 1 Rn 36 ff.

<sup>364</sup> Vgl. Töpfer, Armin/Opitz, Frank, Bedeutung und Einfluss von Bonusprogrammen, Welt der Krankenversicherung 5/2017, 110 (111), wonach in aller Regel alle Kassen ihren Versicherten inzwischen Bonusprogramme anbieten.

<sup>365</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 (Online-Durchsuchung) - 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07, Juris Rn 198 mwN; BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012 - Az. 1 BvR 1299/05, Juris Rn 122.

bestimmung abzuwehrenden Persönlichkeitsgefährdungen ergeben sich aus den vielfältigen Möglichkeiten des Staates und gegebenenfalls auch privater Akteure zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten. Vor allem mittels elektronischer Datenverarbeitung können aus solchen Informationen weitere Informationen erzeugt und so Schlüsse gezogen werden, die sowohl die grundrechtlich geschützten Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen beeinträchtigen als auch Eingriffe in seine Verhaltensfreiheit mit sich bringen können.<sup>366</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits in diversen Fällen mit der Wirksamkeit von Klauseln in Versicherungsverträgen auseinandergesetzt, die Auswirkungen auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht haben. Die tragenden Grundsätze dieser Entscheidungen enthalten grundsätzliche Wertungen, die auch für die Frage der Übertragung von Gesundheitsdaten zu Zwecken der Tarifbestimmung relevant sind.

Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit in ständiger Rechtsprechung aus, dass es zwar dem Einzelnen frei stehe, Daten anderen gegenüber zu offenbaren. Sei jedoch ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht habe, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, sei es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehre. Eine solche einseitige Bestimmungsmacht eines Vertragspartners könne sich auch daraus ergeben, dass die von dem überlegenen Vertragspartner angebotene Leistung für den anderen Partner zur Sicherung seiner persönlichen Lebensverhältnisse von so erheblicher Bedeutung sei, dass die denkbare Alternative, zur Vermeidung einer zu weitgehenden Preisgabe persönlicher Informationen von einem Vertragsschluss ganz abzusehen, für ihn unzumutbar sei. Seien in einem solchen Fall die Vertragsbedingungen in dem Punkt, der für die Gewährleistung informationellen Selbstschutzes von Bedeutung sei, zugleich praktisch nicht verhandelbar, so verlange die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht eine gerichtliche Überprüfung, ob das Geheimhaltungsinteresse des unterlegenen Teils dem Offenbarungsinteresse des überlegenen Teils angemessen zugeordnet wurde. Dazu seien die gegenläufigen Belange einander im Rahmen einer umfassenden Abwägung gegenüberzustellen.<sup>367</sup> In diesem Zusammenhang hat

---

<sup>366</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 (Online-Durchsuchung) - Az. 1 BvR 370/07; 1 BvR 595/07, Juris Rn 199 mwN.

<sup>367</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006 - 1 BvR 2027/02, Rn 30-32 (juris); BVerfG Beschl. v. 17.7.2013 - 1 BvR 3167/08, Rn 20, 21 (juris); vgl. auch BVerfG, Urt. v. 26.7.2005 - 1 BvR 80/95 Rn 61, 62 (juris).

das Bundesverfassungsgericht auch wiederholt betont, dass die Vertragsbedingungen der Versicherer praktisch nicht verhandelbar sind.<sup>368</sup>

Unter Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht verschiedene klagabweisende Urteile, die gegenüber Versicherungsnehmern ergangen waren, welche sich etwa geweigert hatten, umfangreiche Schweigepflichtentbindungserklärungen abzugeben, aufgehoben. Es hat die Verfahren an die Instanzgerichte zurückverwiesen und zum Teil auch dem Gesetzgeber aufgegeben, Regelungen zu treffen, um den Schutz der Betroffenen zu gewährleisten. Dies betraf etwa vorgedruckte Schweigepflichtentbindungserklärungen im Rahmen einer Berufsunfähigkeitsversicherung<sup>369</sup> sowie im Rahmen eines Lebensversicherungsvertrages mit Berufsunfähigkeitszusatzversicherung<sup>370</sup> und die Berechnung des Schlussüberschusses bei kapitalbildenden Lebensversicherungen.<sup>371</sup>

Aus diesen Rechtsprechungsgrundsätzen des Bundesverfassungsgerichts lässt sich für die hier in Rede stehenden Sachverhalte schließen, dass es Versicherten in Bereichen, in denen sie zur Sicherung ihrer persönlichen Lebensverhältnisse auf eine Versicherung angewiesen sind, möglich sein muss, Versicherungen zu tragbaren Konditionen abzuschließen, ohne dass sie sich verpflichten müssen, dauerhaft hochsensible Gesundheitsdaten über ihren Fitnesszustand zu ermitteln und einem Partnerunternehmen des Versicherers zu übermitteln. Für den Bereich der Krankenversicherung, auf die wegen ihrer elementaren Bedeutung jedermann in ganz besonderer Weise angewiesen ist, dürfte die Prämisse des Bundesverfassungsgerichts, dass es unzumutbar für einen Versicherungsnehmer wäre, zur Vermeidung einer zu weitgehenden Preisgabe persönlicher Informationen von einem Vertragsschluss ganz abzusehen, in ganz besonderer Weise gelten.

Würden also Versicherungstarife bei der privaten Krankenversicherung eingeführt, bei denen die Beitragshöhe erheblich davon beeinflusst wird, dass in großem Umfang sensible Gesundheitsdaten übermittelt werden (und damit auch der aktuelle Fitnesszustand und gegebenenfalls das Erreichen von Fitnesszielen belegt wird), und würden sich diese Tarife durchsetzen, so dass sich der Abschluss einer Krankenversicherung ohne Übernahme der Verpflichtung der Übertragung von Gesundheitsdaten als unverhältnismäßig teuer darstellen würde, so dürfte angesichts der bestehenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hier eine Schutzpflicht des

---

<sup>368</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006 - 1 BvR 2027/02, Rn 36 mwN (juris); BVerfG, Urt. v. 26.7.2005 - 1 BvR 80/95 Rn 77 (juris); BVerfG, Beschl. v. 17.7.2013 - 1 BvR 3167/08, Rn 25 – bezüglich datenschutzrechtlicher Konditionen – (juris).

<sup>369</sup> BVerfG, Beschl. v. 17.7.2013 - 1 BvR 3167/08, Rn 2, 4, 31 (juris).

<sup>370</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.10.2006 - 1 BvR 2027/02, Rn 2, 8; 59 (juris).

<sup>371</sup> BVerfG, Urt. v. 26.7.2005 - 1 BvR 80/95 Leitsatz und Rn 2ff., 98, 99 (juris).

Staates eingreifen, damit kein faktischer Zwang zur Preisgabe dieser sensiblen Daten entsteht. In der derzeitigen Situation entspringt hieraus keine Handlungspflicht des Staates, da derartige Tarife bei der Krankenversicherung (noch) nicht angeboten werden und daher unmittelbar auch keine Auswirkungen für Versicherungsnehmer drohen, die den oben dargestellten entsprechen würden.

#### **IV. Europarechtliche Zulässigkeit einschränkender Regelungen im Hinblick auf die Datenschutz-Grundverordnung**

Würde man, etwa im Versicherungsvertragsgesetz, Regelungen treffen, die zum Schutz der Betroffenen Vertragsgestaltungen einschränken oder untersagen, bei denen sich der Versicherte verpflichtet, permanent Gesundheitsdaten an ein Partnerunternehmen des Versicherers zu übermitteln, stellt sich die Frage, ob dies im Hinblick auf die Datenschutz-Grundverordnung zulässig ist. Schließlich würde hier eine Regelung getroffen, die eine vertragliche Vereinbarung über die Weitergabe personenbezogener Daten betrifft, also in den Anwendungsbereich der DS-GVO fällt, die diese Fragen grundsätzlich abschließend regelt. Modifikationen der durch die DS-GVO vorgegebenen Regelungen durch die einzelnen Mitgliedstaaten sind grundsätzlich untersagt.<sup>372</sup> Eigenständige nationale Regelungen sind indes zulässig, sofern die DS-GVO dies in Öffnungsklauseln vorsieht. Eine derartige allgemeine Öffnungsklausel ist aber in Art. 9 Abs. 4 DS-GVO enthalten<sup>373</sup>, die lautet:

„Die Mitgliedstaaten können zusätzliche Bedingungen, einschließlich Beschränkungen einführen oder aufrechterhalten, soweit die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten betroffen ist.“

Da vorliegend gerade die Verarbeitung von Gesundheitsdaten in Rede steht, greift die Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 4 DS-GVO ein und eine beschränkende Regelung im VVG wäre möglich.

### **D. Stellungnahme**

In der gegenwärtigen Situation dürfte keine akute Pflicht des Staates zum Eingreifen anzunehmen sein. Im Hinblick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Versicherungsnehmer, die ihre Gesundheitsdaten nicht preisgeben wollen, gilt, dass entsprechende Vertragsgestaltungen noch die Ausnahme sind und bei der besonders wichtigen Krankenversicherung überhaupt noch nicht angeboten werden. Daher

---

<sup>372</sup> Gola, Peter/*Gola*, DS-GVO Kommentar, 2017, Einleitung Rn 15.

<sup>373</sup> Vgl. dazu auch Gola, Peter/*Schulz*, DS-GVO Kommentar, 2017, Art. 9 Rn 37.



existieren problemlos Alternativen und ein mittelbarer Zwang zur Preisgabe derartiger Daten besteht derzeit nicht.

Soweit in der Literatur zum Teil vertreten wird, dass eine Verletzung der Menschenwürde vorliege, wenn Daten in einem so großen Umfang zu offenbaren seien, dass sie nur durch eine Totalüberwachung generiert werden könnten, so dass der Versicherungsnehmer zu einem entmenslichten „Datenlieferanten“ werde,<sup>374</sup> vermag sich hieraus jedenfalls derzeit ebenfalls keine Handlungspflicht des Staates abzuleiten. Eine derartige Totalüberwachung wird nach den derzeit auf dem Markt befindlichen Angeboten von den Kunden gerade nicht verlangt, vielmehr können die Teilnehmer lediglich täglich Punkte für Trainingseinheiten erhalten, die sie mit einem Fitness-Tracker oder einer App der Partner des Versicherers erfassen.<sup>375</sup> Zudem betrifft dies lediglich einen besonders gelagerten Ausnahmefall und nicht die generelle Problematik der Übertagung von Gesundheitsdaten.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass Tarifen, die die Umsetzung von Gesundheitszielen und den Nachweis von Trainingseinheiten mittels Fitness-Trackern finanziell begünstigen, gesundheitsbewusstes Verhalten fördern und damit insoweit ein gesamtgesellschaftlich sinnvolles Ziel verfolgen. Auf der anderen Seite bestehen aber auch erhebliche Risiken im Hinblick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich besonders sensibler Daten sowie bezüglich möglicher Diskriminierungen.

Nach der oben unter C. III. dargestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfte eine Pflicht zum Eingreifen des Staates daher – trotz dieses an sich sinnvollen Ziels – zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts entstehen, wenn Tarife, bei denen die Beitragshöhe durch Übermittlung von Gesundheitsdaten über Trainingseinheiten und das Erreichen von Fitnesszielen maßgeblich beeinflusst werden könnten, auch in der für alle Versicherungsnehmer besonders wichtige Krankenversicherung angeboten würden und sich solche Tarife auf dem Markt durchsetzen würden. Dies hätte zur Folge, dass ein mittelbarer Zwang zur Preisgabe dieser sensiblen Daten auch für die Versicherungsnehmer entstehen könnte, die diese Daten nicht übertragen wollen. Eine Krankenversicherung ist für alle von herausragender Bedeutung, zudem ist hier die weitgehende Versicherungspflicht zu beachten.<sup>376</sup>

---

<sup>374</sup> Rudkowski, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in Festschrift „Der Forschung – der Lehre – der Bildung, 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e. V.“ 661 (663 bis 669).

<sup>375</sup> [https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv\\_leben/fitness-tracker](https://www.generalivitality.de/vmp/aktiv_leben/fitness-tracker) (letzter Abruf: 25.08.2018).

<sup>376</sup> § 193 Abs. 3 VVG bei der privaten Krankenversicherung sowie § 5 SGB V bei der gesetzlichen Krankenversicherung.

Wenn sich derartige Konzepte auch für die besonders wichtige private Krankenversicherung auf dem Markt durchsetzen würden, wäre ein staatlicher Eingriff, der Versicherungsmodelle untersagt oder einschränkt (was verfassungsrechtlich dann allerdings geboten sein dürfte), für alle Betroffenen weitaus schwerwiegender, als wenn bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine klare Regelung jedenfalls für die privaten Krankenversicherungen (im VVG) getroffen würde. Derzeit würde durch ein solches Vorgehen noch kein status quo verändert. Es würde kein Versicherungsmodell, das bereits in der Praxis verbreitet ist und auf das sich Versicherer und Versicherte eingestellt haben, nachträglich untersagt. Der faktische Eingriff mit einer Regelung zur Zulässigkeit derartiger Tarife wäre im jetzigen Zeitpunkt weitaus geringer, als nach einer möglichen Marktdurchdringung.

Insoweit ist auch zu beachten dass der Trend zur verstärkten Messung und Speicherung von Gesundheitsdaten mittels Fitness-Trackern bzw. „Wearables“ sowie Apps unübersehbar ist. Angesichts der hier beschriebenen bereits aufkommenden ersten Ansätze in der Versicherungswirtschaft, derartige Daten zu erhalten und diese Übertragung zum Gegenstand der Tarifstruktur zu machen, könnten sich derartige Tarife in naher Zukunft auch schnell stärker auf dem Markt durchsetzen, wodurch legislative Maßnahmen zu größeren Einschnitten führen würden, als es jetzt der Fall wäre.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, bereits jetzt legislative Maßnahmen zum Schutz der besonders sensiblen Gesundheitsdaten in Betracht zu ziehen. Dies vor allem, weil die Gefahrenpotentiale im Hinblick auf Verletzungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts und verschiedenartige Diskriminierungen, die diesen Konzepten innewohnen, erheblich sind:

Zum einen drohen die bereits ausführlich dargestellten Gefahren für das informationelle Selbstbestimmungsrecht derjenigen, die ihre sensiblen Gesundheitsdaten nicht übertragen wollen, wenn sich entsprechende Tarife durchsetzen sollten. Wird dauerhaft Kunden, die bereit sind, ihre hochsensiblen Gesundheitsdaten preiszugeben, ein günstigerer Tarif angeboten und wird dies von zahlreichen Kunden auch genutzt, wird dies langfristig zu einem Ansteigen der Versicherungsprämien der anderen Versicherten führen. Insoweit besteht die nicht fernliegende Gefahr, dass künftig ein erheblicher Druck entstehen wird, Gesundheitsdaten preiszugeben, um nicht wirtschaftliche Nachteile durch teurere Tarife zu erleiden.

Dieser Gefahr kann auch nicht mit dem Hinweis auf eine mögliche Rückkehr in die gesetzliche Krankenversicherung begegnet werden, in der diese Gefahren nicht in gleicher Weise bestehen. Eine Rückkehr in die gesetzliche Krankenversicherung, in der sich – wie oben dargestellt – diese Probleme nicht stellen, durch Versicherte, die sich privat versichert haben, ist in vielen Fällen nur schwierig oder überhaupt nicht möglich (Voraussetzungen: Tätigkeit in einem Angestelltenverhältnis mit weniger als

59.400 Euro jährlichem Bruttoeinkommen (für das Jahr 2018, im Jahr 2017: 57.600 Euro) sowie i.d.R. das Nichtüberschreiten der Altersgrenze von 55 Jahren gem. § 6 Abs. 3a SGB V).<sup>377</sup> Diese Rückkehr stellt mithin keine Option dar, die die Problematik umfassend entschärfen würde.

Hinzu kommt die Gefahr weiterer erheblicher Diskriminierungen durch derartige Versicherungstarifmodelle:

Menschen, die nicht in der Lage sind, die körperliche Fitness zu leisten, die ihnen die Teilnahme an günstigeren Tarifen ermöglicht (etwa ältere Menschen, chronisch Kranke oder Menschen mit körperlichen Behinderungen) würden benachteiligt. Sie wären regelmäßig von der Möglichkeit, günstige Tarife durch körperliche Fitness und den Beleg derselben mittels Datenübertragungen zu erhalten, von vornherein ausgeschlossen. Das damit einhergehende Diskriminierungspotenzial ist erheblich. Es droht darüber hinaus, dass das Grundprinzip von Versicherungen als eine Institution zur Übernahme von Risiken des Lebens durch einen Ausgleich im Versichertenkollektiv in Frage gestellt wird.<sup>378</sup>

Hinzu kommt, dass gerade weniger wohlhabende Menschen sich veranlasst sehen könnten, ihre Gesundheitsdaten zu offenbaren, wenn sie eine private Versicherung abschließen wollen, da die Einsparungsmöglichkeiten sich für sie als wesentlich darstellen, während es sich Besserverdienende leisten könnten, diese intimen Informationen für sich zu behalten. In der Literatur wird darüber hinaus (wie oben unter Kapitel 2 B. I. ausführlich dargestellt) sogar die Befürchtung geäußert, dass künftig Versicherungen zu akzeptablen Preisen nur noch denjenigen möglich sein könnten, die Kontrollprozeduren für sich akzeptieren, während die anderen auf kaum mehr bezahlbare Tarife verwiesen werden könnten oder sogar gar keine Risikodeckung mehr erhalten könnten.<sup>379</sup> Die Preisgabe von sensiblen und sehr persönlichen Gesundheitsdaten sollte nicht von der wirtschaftlichen Situation des Betroffenen abhängen. Angesichts des eingeschränkten Leistungsumfangs und der nicht uneingeschränkten persönlichen Anwendbarkeit des Basistarifs gem. § 152 VVG kann die Problematik auch durch einen Verweis auf den Basistarif des VVG nicht gelöst werden. Auch vor diesem Hintergrund gilt es einer solchen Entwicklung entgegenzuwirken.

---

<sup>377</sup> Vgl. zu den Details ausführlich etwa: BeckOK Sozialrecht/*Ulmer*, SGB V, § 6 Rn 1, 2, 3, 12-14, 40-42 (dort noch die Einkommensgrenze von 57.600 für 2017); Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht/*Peters*, SGB V § 6 Rn2, 10 ff., 57 ff; <https://www.krankenversicherung.net/rueckkehr-gesetzliche>; <http://www.finanztip.de/pkv-rueckkehr-gkv/> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>378</sup> So auch *Heinz*, Digitaler „Datenstriptease“ – Die Erhebung von Kundendaten darf Solidarprinzip der Versicherungen nicht verletzen, VW 10/2016, 14.

<sup>379</sup> Vgl. *Heinz*, Digitaler „Datenstriptease“ – Die Erhebung von Kundendaten darf Solidarprinzip der Versicherungen nicht verletzen, VW 10/2016, 14.

Schließlich sind auch die Gefahren zu berücksichtigen, die für denjenigen entstehen, der einen derartigen Tarif freiwillig abschließt. Insoweit besteht etwa im Fall des Datendiebstahls ein nicht zu vernachlässigendes Risiko, da für dieses Geschäftsmodell hochsensible Daten in großer Menge personalisiert gespeichert werden müssen.<sup>380</sup> Auch droht jedem Einzelnen für den Fall der Änderung seines persönlichen Gesundheits- und Fitnessverhaltens (auch in Konstellationen, in denen dies für ihn gar nicht zu beeinflussen ist, etwa im Fall von Unfällen, schwerer Krankheit oder sonstiger auftretender körperlicher Einschränkungen), eine Verschlechterung des Versicherungstarifs.<sup>381</sup>

Der sinnvolle Effekt, Versicherten Anreize zu einem gesundheitsbewussten Verhalten geben, ließe sich auch in anderer Weise realisieren als durch massenhafte Weitergabe hochsensibler Gesundheitsdaten mit negativen Auswirkungen auf das Gesamtsystem der Versicherungen.

Auch wenn das Angebot eines günstigeren Versicherungstarifs die stärkste Anreizwirkung haben dürfte, ist aber gleichwohl durch Bonusprogramme entsprechend solchen im Sinne des § 65a SGB V (also unter Wahrung des Solidarprinzips) eine Anreizwirkung zu erzielen, der nicht die Gefahr einer Diskriminierung Dritter innewohnt, die diese Daten nicht preisgeben möchten. Solche Bonusprogramme werden bereits derzeit von privaten wie gesetzlichen Versicherern angeboten und werden von den Versicherten auch sehr positiv bewertet.<sup>382</sup> Ein sinnvolles Setzen von Anreizen für gesundheitsbewusstes Verhalten kann damit auch in anderer Weise erfolgen, als durch potentiell Dritte diskriminierende Tarifgestaltungen, die mit der massenhaften Preisgabe hochsensibler Gesundheitsdaten verknüpft sind.

---

<sup>380</sup> Auch ohne Datendiebstahl droht bei Nutzung von Fitness-Trackern, dass in nicht unerheblichem Umfang private Daten öffentlich werden können. Bei der Nutzung des Fitnesstrackers von Strava wurde etwa entdeckt, dass auch US-Soldaten im Auslandseinsatz in Afghanistan damit ihre Joggingrouten (sowie z. T. sogar Versorgungsrouten) öffentlich gemacht hatten, mit der Folge eines gesteigerten Anschlagrisikos, vgl. <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Fitnesstracker-Strava-Aktivitaetenkarte-legt-Militaerbasen-und-Soldaten-Infos-in-aller-Welt-offen-3952875.html> (letzter Abruf: 25.8.2018).

<sup>381</sup> Derzeit droht allerdings keine stärkere Verschlechterung als der Rückfall zu dem Einstiegstarif.

<sup>382</sup> Vgl. *Töpfer, Armin/ Opitz, Frank*, Bedeutung und Einfluss von Bonusprogrammen, *Welt der Krankenversicherung* 5/2017, 110 (111), wonach in aller Regel private wie gesetzliche Krankenkassen ihren Versicherten inzwischen Bonusprogramme anbieten und diese im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung inzwischen auch gesetzlich vorgeschrieben sind. Nach diesem Aufsatz, der sich mit einer Befragung von über 1.000 repräsentativ Befragten aus privater und gesetzlicher Krankenversicherung befasst (M+M Versicherungsbarometer 2017) sind 48,1 % der Befragten zufrieden und 32,7 % der Befragten sogar sehr zufrieden mit dem Bonusprogramm ihrer Versicherung (zusammen also: 80,8 %), Abb. 2 auf S. 111.

Der zusätzliche (möglicherweise noch stärkere) Anreiz zu gesundheitsbewusstem Verhalten, der durch das Angebot günstigerer Versicherungstarife bei Übertragung von Gesundheitsdaten einhergehen würde, stünde jedenfalls bei Versicherungen, bei denen der Nichtabschluss keine Alternative darstellt, in keinem Verhältnis zu dem Risiko für das informationelle Selbstbestimmungsrecht aller Versicherten, die sich faktisch gezwungen sehen könnten, ihre Gesundheitsdaten zu übermitteln sowie zu dem Risiko erheblicher weiterer Diskriminierungen.

Vor diesem Hintergrund kommt die Arbeitsgruppe zu dem Schluss, dass der Bundesgesetzgeber, in dem speziellen, besonders sensible Daten betreffenden und für den Einzelnen besonders wichtigen Bereich der privaten Krankenversicherung regulativ tätig werden sollte – gerade um zu verhindern, dass durch die Etablierung neuer Geschäftsmodelle Fakten geschaffen werden, die schwer umkehrbar wären. Dies gilt umso mehr, als es durchaus denkbar erscheint, dass derartige Gesundheitsdaten künftig (wiederum mit entsprechender Einwilligung) mit anderen Daten kombiniert werden könnten und so immer weitergehend versucht werden könnte, Einfluss auf das Leben des Einzelnen zu nehmen. Dies könnte etwa durch Kombination der Gesundheitsdaten mit Informationen aus Pay-back-Daten bei Einkäufen geschehen, die über die gekauften Produkte Rückschlüsse über die (gesunde oder ungesunde) Ernährungsweise und den Alkohol- und Zigarettenkonsum zulassen. Eine Kombination mit DNA-Daten würde noch weitergehende Rückschlüsse über jeden Einzelnen zulassen (etwa die Ermittlung der Wahrscheinlichkeit des Ausbrechens schwerer Krankheiten), so dass bereits die genetische Veranlagung zum Gegenstand von Krankenversicherungstarifen würde.

Um derartigen Entwicklungen frühzeitig effektiv entgegenzutreten kämen insbesondere Anpassungen im Versicherungsvertragsgesetz in Betracht, mit denen Vertragsgestaltungen (jedenfalls für die private Krankenversicherung) für unwirksam erklärt werden, die darauf basieren, dass Versicherungsnehmer laufend Gesundheitsdaten zum Zwecke der Erlangung eines günstigeren Versicherungstarifs preisgeben. Unberührt hiervon blieben anderweitige Anreizfunktionen, wie etwa Bonusprogramme entsprechend solchen gem. § 65a SGB V, mit denen gesundheitsbewusstes Verhalten ebenfalls gefördert werden kann.

## **E. Regelungsvorschlag**

Die Arbeitsgruppe schlägt daher vor, § 213 VVG um einen Absatz 5 zu ergänzen, mit dem für die Krankenversicherung die laufende Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten zu Zwecken der Tarifgestaltung unabhängig von einer Einwilligung des Versicherten für unzulässig erklärt wird.

Weiter schlägt die Arbeitsgruppe vor, die Vereinbarung entsprechender Tarife in der Krankenversicherung für unzulässig zu erklären. Als Rechtsfolge sollte für den Fall, dass Versicherer dennoch derartige Tarife anbieten, die vereinbarte Tarifhöhe gelten,

die Pflicht zur Datenübermittlung aber ersatzlos entfallen. Dies würde Versicherer effektiv dazu anhalten, keine derartigen Tarife bei der Krankenversicherung anzubieten. Eine derartige Regelung könnte in einem neuen § 203 Abs. 6 VVG bzw. in einem § 203a VVG im Rahmen der Vorschriften zur privaten Krankenversicherung geschaffen werden.

Ein neuer § 213 Abs. 5 VVG könnte lauten:

„(5) Die laufende Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten zu Zwecken der Tarifgestaltung im Rahmen von Krankenversicherungen ist unabhängig von einer Einwilligung der betroffenen Person unzulässig.“

Ein neuer § 203 Abs. 6 VVG könnte lauten:

„(6) Unzulässig sind Vereinbarungen, wonach die laufende Übermittlung personenbezogener Gesundheitsdaten Auswirkungen auf die Tarifhöhe hat. Wird ein derartiger Tarif entgegen Satz 1 vereinbart, gilt die in dem jeweiligen Vertrag vereinbarte Tarifhöhe, ohne dass dem Versicherer ein Anspruch auf die Übermittlung der Daten zusteht.“

## **F. Ergebnis**

Die laufende Erhebung personenbezogener Gesundheitsdaten zu Zwecken der Tarifgestaltung in der privaten Krankenversicherung sollte für unzulässig erklärt werden.

# Literaturverzeichnis

---

- Bach, Peter/ Moser, Hans* Private Krankenversicherung  
5. Auflage, München 2015
- Broy, Manfred* Informatik. Eine grundlegende Einführung. Bd. 1  
2. Auflage, Berlin 1998
- Cormen, Thomas H.* Algorithms unlocked  
Massachusetts, London 2013
- Giesen, Richard/ Kreikenbohm, Ralf/ Rolfs, Christian/ Udsching, Peter/* Beck-Online Kommentar Sozialgesetzbuch (SGB) V,  
49. Auflage, München 2018
- Gola, Peter* Datenschutzgrundverordnung, Kommentar,  
1. Auflage, München 2017
- Grunewald, Barbara u.a.* Ermann, BGB, Handkommentar  
15. Auflage, Köln 2017
- Hauck, Karl/ Noftz, Wolfgang* Sozialgesetzbuch (SGB) V, Kommentar (Loseblatt)  
Berlin 2014
- Härting, Niko* Internetrecht,  
6. Auflage, Köln 2017
- Herberger, Maximilian/ Martinek, Michael u.a. (Hrsg.)* Juris Praxiskommentar BGB, Bd. 2  
8. Auflage, Saarbrücken 2017

- Hromkovic, Juraj* Sieben Wunder der Informatik  
2. Auflage, Wiesbaden 2009
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan,  
Oetker, H. (Hrsg.)* Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1,  
Individualarbeitsrecht  
4. Auflage, München 2018
- Körner, Anne/ Leitherer, Ste-  
phan/ Mutschler, Bernd* Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht,  
SGV V, Loseblatt  
99. Auflage, München 2018
- Kühling, Jürgen/ Buchner, Be-  
nedikt* Datenschutzgrundverordnung, Kommentar,  
2. Auflage, München 2018
- Langheid, Theo/ Rixecker, Ro-  
land* Versicherungsvertragsgesetz,  
5. Auflage, München 2016
- Mangoldt, Herrmann von/  
Klein, Friedrich/Starck, Christi-  
an* Grundgesetz, Kommentar, Bd. I  
6. Auflage, München 2010
- Münch, Ingo von/ Kunig, Philip* Grundgesetz, Kommentar, Bd. I  
6. Auflage, München 2012
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch  
77. Auflage, München 2018
- Plath, Kai-Uwe (Hrsg.)* DSGVO/BDSG, Kommentar,  
3. Auflage, Köln 2018
- Promberger, Gustav/ Dobler,  
Heinz* Algorithmen und Datenstrukturen. Eine systema-  
tische Einführung in die Programmierung  
München 2008



- Rieble, Volker (Red.)*                      Staudinger, BGB  
Neubearbeitung, Berlin 2018
- Roetteken, Torsten von*                      Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)  
Kommentar  
57. Auflage, 2018
- Säcker, Franz-Jürgen (Red.)*                      Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-  
buch,  
Bd 1, 7. Auflage, München 2015  
Bd. 2, 7. Auflage, München 2016
- Sparwasser, Reinhard/ Engel,  
Rüdiger/ Voßkuhle, Andreas*                      Umweltrecht  
3. Auflage, 2003
- Weigend, Andreas*                      Data for the people  
1. Auflage, Hamburg 2017