

Unterliegen automatisierte Entscheidungen im Privatbereich anderen Legitimitätsanforderungen als solche durch Menschen?

Bettina Bacher*

I. Einleitung

Entscheidungen können anstrengend und zeitraubend sein. Unabhängig von ihrer Bedeutung sind sie Weichenstellungen, die eine Verbindung zwischen Gegenwart und Zukunft herstellen: In Entscheidungssituationen stehen verschiedene Möglichkeiten offen und es ist nötig, sich auf einen bestimmten Weg festzulegen und andere Ergebnisse auszuschließen. Dies geschieht in einer Situation der Ungewissheit, weil jede Entscheidung auf Prognosen und Vorstellungen über die Zukunft aufbaut, deren Wahrheitsgehalt sich erst zeigen wird. Es ist daher nicht überraschend, dass Entscheidungsprozesse automatisiert werden, um sie zu beschleunigen, Ergebnisse zu optimieren oder dafür benötigtes Personal einzusparen. Dies reicht von der Automatisierung des Vertragsschlusses (z. B. Abschluss eines Kontos bei einer Online-Bank), der Selektion möglicher Vertragspartner (z. B. bei der Auswahl von Bewerbern auf eine Stelle) bis zur Anpassung der Vertragskonditionen (z. B. bei personalisierten Preisen).¹

Dies geschieht vor dem Hintergrund einer allgemeinen Tendenz, dass private Unternehmen an Macht und Einfluss gewinnen, während die staatlichen Handlungs- und Steuerungsmöglichkeiten eher abzunehmen scheinen. Darüber können auch die staatlichen Eingriffe während der Pandemie nicht hinwegtäuschen, sind doch etwa die zahlreichen Plattformen, die das Rückgrat für die Verlagerung des Lebens in den digitalen Raum bilden, praktisch vollständig in privater Hand. Weitgehend unverändert bleiben indes die rechtlichen Rahmenbedingungen, wonach die Privatau-

* Diese Publikation entstand im Rahmen des ERDF/ESF-Projekts CyberSecurity, CyberCrime and Critical Information Infrastructures Center of Excellence (C4e; CZ.02.1.01/0.0/0.0/0.0/16_019/0000822).

1 Für Anwendungsbeispiele AlgorithmWatch, Automating Society, 2019. Zu AEE gegenüber einem Algorithmus Gal/Elkin-Koren, Algorithmic Consumers, Harvard Journal of Law & Technology 2017, 30(2), 309 (310 ff.).

tonomie sowohl für das Verhältnis von Staat und Privaten als auch von Privaten untereinander die zentrale Leitlinie bildet. Die Automatisierung von Entscheidungen erscheint als selbstverständlicher Bestandteil privatautonomer Handlungsmöglichkeiten. Allerdings werden dadurch vormalig verborgene Grundlagen, Prozesse und Ergebnisse privater Entscheidungen sichtbar und es stellt sich die Frage, ob die Privatautonomie tatsächlich die Verwendung automatisierter Entscheidungssysteme rechtfertigt, oder ob dafür weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Unklar ist überdies, welche Bedeutung die veränderte Machtposition einzelner Unternehmen hat. Diese Fragen werde ich nachfolgend untersuchen.

II. Entscheidungen durch Technik

Automatisierte Entscheidung im Einzelfall (AEE) beruhen meist auf statistischen Verfahren. Klassischerweise dient Statistik dem besseren Verständnis der Welt, indem Ereignisse in Datenform dargestellt und zueinander in Beziehung gesetzt werden.² Mit statistischen Regeln lassen sich aber auch konkrete Probleme lösen, indem auf der Grundlage von Daten aus der Vergangenheit ein Algorithmus entwickelt wird, der Lösungen für künftige Fälle dieses Problems produziert.³ Heutzutage handelt es sich dabei häufig um Algorithmen⁴, die auf Maschinenlernprozessen⁵ beruhen. Solche Algorithmen «entscheiden» nicht nach Wenn-Dann-Regeln, sondern bringen auf der Grundlage von Mustern in bestehenden Daten eine Lösung bzw. Prognose hervor.⁶

Art. 22 DSGVO umschreibt AEE als Entscheidung, d. h. einen gestaltenden Akt⁷, der auf einer ausschliesslich automatisierten Verarbeitung, insbe-

2 Spiegelhalter, *The Art of Statistics*, 2019, S. 7, 143.

3 Spiegelhalter, *The Art of Statistics*, 2019, S. 143 ff.; Kelleher/Tierney, *Data Science*, 2018, S. 18.

4 Zum Begriff Louridas, *Algorithms*, 2020, S. 19 ff.

5 Maschinenlernen bedeutet im Wesentlichen, dass ein Algorithmus einen Datensatz analysiert und wiederkehrende Muster in den Daten identifiziert; vgl. Kelleher, *Deep Learning*, 2019, S. 7; aus juristischer Sicht Lehr/Ohm, *Playing with the Data*, *UC Davis Law Review* 2017, 51(2), 653; Zech, 73. Deutscher Juristentag, 2020, A 5 ff., A 18 ff.

6 Mitchell, *Artificial Intelligence*, 2019, S. 12; Kelleher, *Deep Learning*, 2019, S. 7.

7 Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, *Datenschutzrecht/Scholz*, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 17 ff.; Taeger/Gabel, *DSGVO – BDSG – TTDSG/Taeger*, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 26 ff.

sondere einem Profiling⁸, beruht und gegenüber der betroffenen Person eine rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in anderer Weise erheblich beeinträchtigt.⁹ Damit keine «ausschliesslich» automatisierte Verarbeitung vorliegt, muss der Mensch (der «human in the loop», HITL¹⁰) so in den Entscheidungsprozess eingeschaltet sein, dass er seine inhaltliche Entscheidungsbefugnis tatsächlich ausübt, entsprechend qualifiziert ist, und über die erforderlichen Daten sowie den entsprechenden Entscheidungsspielraum verfügt.¹¹ Selbst dann ist indes unsicher, ob die Überwachung durch den Menschen tatsächlich ein wirksames Mittel gegen Fehler von AEE-Sys-

8 Profiling wird in Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert. Es geht dabei um den Schluss vom Bekannten auf etwas Unbekanntes, um Aspekte einer Person zu bewerten. Nach Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 22, werden durch die «Verknüpfung, Auswertung und Analyse von Einzeldaten neue Informationen über die betroffene Person generiert [...], die dann zu einer personenbezogenen Prognoseentscheidung führen.»

Das DSG kennt hierzu keine Vorschrift. Das nDSG (BBl 2020 7639; noch nicht in Kraft) enthält komplizierte und mitunter fragwürdige Regeln, deren Diskussion vorliegend keinen Platz hat.

9 Ob es sich bei der Norm um ein Verbot von AEE handelt, und welche Rechte sie der betroffenen Person vermittelt, ist umstritten. Für ein Verbot u. a. Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 16; Taeger/Gabel, DSGVO – BDSG – TTDSG/Taeger, 4. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 22 ff.; Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung/Helfrich, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 37 ff.; Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG/Buchner, 3. Aufl. 2020, Art. 22 DSGVO Rn. 12; «zumindest mittelbarer Verbotscharakter» Gola, DS-GVO/Schulz, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 5; kein Verbot Brink/Wolff, Beck OK Datenschutzrecht/v. Lewinski, 40. Ed. 1.5.2022, Art. 22 DSGVO Rn. 2 ff. Zu den Rechten z. B. Wachter/Mittelstadt/Floridi, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law 2017, 76; Tosoni, The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22 (1) of the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law 2021, 1.

Art. 21 nDSG enthält eine Informationspflicht sowie das Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts und Überprüfung durch einen Menschen. Art. 21 Abs. 1 nDSG umschreibt AEE wie die DSGVO, erwähnt aber, anders als der Entwurf (BBl 2017 7139), das Profiling nicht mehr, obwohl sich am Anwendungsbereich der Bestimmung nichts ändert (vgl. Votum BR Keller-Sutter AB 2019 S 1241).

10 Dazu Brennan-Marquez/Levy/Susser, Strange Loops, Berkeley Tech. Law Journal 2019, 34(3), 745.

11 Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 27; Brink/Wolff, Beck OK Datenschutzrecht/v. Lewinski, 40. Ed. 1.5.2022, Art. 22 DSGVO Rn. 22 ff.

temen ist.¹² Der Begriff des «automation bias» beschreibt die menschliche Tendenz, Vorschlägen von automatisierten Entscheidungssystemen eher zu vertrauen als ihnen widersprechenden Informationen, selbst wenn diese zutreffen.¹³ Als Folge übersieht der Mensch möglicherweise Fehler, die das System fälschlicherweise nicht anzeigt, oder er befolgt unzutreffende Anweisungen des Systems.¹⁴ Mit Blick auf diese Unsicherheiten verwende ich den Begriff der AEE in einem weiteren Sinn für sämtliche Entscheidungen, bei denen in irgendeiner Form, auch mit HITL, AEE-Systeme beigezogen werden.

Vorliegend beschränke ich mich auf AEE durch Private, die in einem (auch potenziellen) vertraglichen Kontext¹⁵ erfolgen, sodass ihnen regelmässig eine rechtliche Wirkung¹⁶ zukommt. Weiter unterscheide ich dabei zwischen AEE in «klassischen», bereits vor der Digitalisierung denkbaren Vertragsverhältnissen und solchen, die im Rahmen von Nutzerverträgen

12 Dazu Green, The Flaws of Policies Requiring Human Oversight of Government Algorithms, Computer Law & Security Review 2022, 1 (14 ff.).

13 Zum Begriff Bahner, Übersteigertes Vertrauen in Automation, 2008, S. 15 ff. Bei KI ist auch von deep automation bias die Rede; vgl. Strauss, Deep Automation Bias, Big Data and Cognitive Computing 2021, 5, 18.

14 Bahner, Übersteigertes Vertrauen in Automation, 2008, S. 40 f. Das Phänomen tritt u. a. im Cockpit oder bei der Bedienung medizinischer Geräte auf; vgl. z. B. Cummings, Automation Bias in Intelligent Time Critical Decision Support Systems, AIAA 1st Intel. Syst. Tech. Conf., 2004; Goddard/Roudsari/Wyatt, Automation bias, Journal of the American Medical Informatics Association 2012, 19(1), 121; Lyell/Coiera, Automation bias and verification complexity, Journal of the American Medical Informatics Association 2017, 24(2), 423. Auch wirtschaftliche Anreize können eine Rolle spielen, weil die angestrebte Beschleunigung der Entscheidungsprozesse durch einen allzu entscheidungsfreudigen HITL konterkariert würde.

15 Nicht behandeln werde ich die haftpflichtrechtliche Frage, wie mit negativen Konsequenzen von AEE-Systemen umzugehen ist; vgl. Zech, 73. Deutscher Juristentag, 2020, A 54 ff.; Wagner, Produkthaftung für autonome Systeme, AcP 2017, 217(6), 707.

16 Dazu Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 31 ff.

für digitale Plattformen¹⁷ erfolgen; ausgeklammert bleiben «smart contracts»,¹⁸

AEE werfen verschiedene Fragen auf, die intensiv diskutiert werden, vorliegend aber nicht im Zentrum stehen. Viele Probleme ergeben sich aus der Funktionsweise von AEE, weil Muster in Daten über die Vergangenheit auf die Gegenwart oder Zukunft projiziert und so darin enthaltene Fehler, Diskriminierungen oder Wertungen repliziert werden.¹⁹ Der Technizität inhärent ist ebenfalls ein Schematismus, der grundsätzlich nur mit Konstellationen umgehen kann, die sich in irgendeiner Form bereits in der Vergangenheit präsentiert haben – es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass eine als Innovation gepriesene Technik mit Neuentwicklungen in der Realität, in der sie zur Anwendung kommt, nur schlecht umgehen kann. Als datenbasierte Prozesse unterliegen AEE den grundlegenden Diskrepanzen zwischen der analogen Welt und deren Repräsentation im digitalen Raum.²⁰ Diese enthält nur, was durch Daten abgebildet wird und abgebildet werden kann. Während bei menschlichen Entscheidungen deren Begründung ein wesentliches Element ihrer Legitimität darstellt, ist eine solche bei Algorithmen oft nicht nur technisch eingeschränkt, sondern auch nicht erwünscht, weil die zugrundeliegenden Algorithmen nicht offengelegt werden sollen.²¹

17 Ich gehe davon aus, dass AEE von Plattformen primär gegenüber Nutzern erfolgen, die über ein Benutzerkonto eine dauerhafte vertragliche Bindung mit der Plattform haben. Nutzer ohne Konto dürften kaum Adressaten einer AEE sein, aber die Inhalte bleiben Konsequenz der Entscheidungen der Plattform. Dies behandle ich vorliegend nicht.

18 Dazu Finck, Smart contracts as a form of solely automated processing under the GDPR, *International Data Privacy Law* 2009, 78.

19 Aus der uferlosen Literatur vgl. z. B. Barocas/Selbst, Big Data's Disparate Impact, *California Law Review* 2016, 104(3), 671; Ajunwa, The Paradox of Automation as Anti-Bias Intervention, *Cardozo Law Review* 2020, 41(5), 1671; Cofone, Algorithmic Discrimination is an Information Problem, *Hastings Law Journal* 2019, 70(6), 1389; Allen, The Color of Algorithms, *Fordham Urban Law Journal* 2019, 46(2), 219.

20 Vgl. Nassehi, Muster, *Theorie der digitalen Gesellschaft*, 2019, S. 33 ff., 104 ff.

21 Aus der umfangreichen Literatur vgl. z. B. Casey/Farhangi/Vogl, Rethinking Explainable machines, *Berkeley Tech Law Journal* 2019, 34(1), 143; Bayamlioglu, Contesting Automated Decisions, *European Data Protection Law Review* 2018, 433; Katyal, The Paradox of Source Code Secrecy, *Cornell Law Review* 2019, 104(5), 1183; Perel/Elkin-Koren, Black Box Tinkering, *Florida Law Review* 2017, 69(1), 181; Selbst/Barocas, The intuitive Appeal of Explainable Machines, *Fordham Law Review* 2018, 87(3), 1085; Strandburg, Rulemaking and Inscrutable Automated Decision Tools, *Columbia Law Review* 2019, 119(7), 1851; Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, *AöR* 2018, 143(1), 1 (42 ff.); Castets-Renard,

Der Mensch erschliesst sich die Welt in nicht-metrischer Form, über Sinnesorgane, Sinnbezüge, Bedeutungen und Beziehungen.²² Menschen rezipieren AEE auf ihre Weise und kommen nicht umhin, AEE auf ihre Sinnhaftigkeit zu befragen und ihnen Sinnhaftigkeit zuzuschreiben, auch wenn sie nicht auf sinnbasierten Kriterien beruhen.²³ AEE-Systeme agieren mithin in einer Umgebung, die nach anderen Kriterien funktioniert und entscheidet, als sie es tun, und es ist diese Diskrepanz, die hinter vielen Kritikpunkten steht.

III. Technik als Teil der gesellschaftlichen Wirklichkeit

Die technische Bedingtheit von AEE wirft Fragen nach dem Verhältnis von Technik und Gesellschaft und damit auch von Technik und Recht auf. Eine Sichtweise wäre, dass es sich dabei um ein rein technisches Phänomen handelt, mit dem das Recht umgehen muss. Dies entspricht einer technikdeterministischen Sicht, wonach Technik von aussen auf die Gesellschaft einwirkt.²⁴ Diese Ansicht scheint im rechtlichen Diskurs weit verbreitet. Teilweise wird aus einer eher negativen Perspektive das Hinterherhinken des Rechtssystems beklagt.²⁵ Andere heben die positiven Konsequenzen des technischen Fortschritts hervor, in Bezug auf AEE etwa, dass datenbasierte Entscheidungen besser seien, weil sie eher auf Fakten gestützt und weniger dem menschlichen Bauchgefühl unterliegen würden.²⁶ Aus dieser Perspektive lassen sich Gesellschaft und Technik ein-

Accountability of Algorithms in the GDPR and beyond, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 2019, 30(1), 91.

22 Dazu Eco, *Einführung in die Semiotik*, 9. Aufl. 2002, S. 65 ff.

23 Vgl. nur Weizenbaum, *Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft*, 1978, S. 15 ff., zur Rezeption des Sprach-Analyse-Programms «Eliza».

24 Rammert, *Technik – Handeln – Wissen*, 2. Aufl. 2016, S. 19 ff. Im Gegensatz dazu geht der Sozialkonstruktivismus davon aus, dass die Entstehung und die Gestalt der Technik auf gesellschaftlichen Faktoren (u. a. auch Rechtsnormen) beruht. Er spielt im rechtlichen Diskurs eine geringere Rolle.

25 Z. B. Fuhrer, *Jahrbuch SGHVR 2016/Zech*, S. 17 (30). Mitunter ist die Rede von einem «legal lag» (Vieweg, *Zur Einführung: Technik und Recht*, JuS 1993, 894 (896)), in Anlehnung an Ogburns «cultural lag» (dazu Häussling, *Techniksoziologie*, 2. Aufl. 2019, S. 93 ff.).

26 Z. B. Thouvenin/Früh/George, *Datenschutz und automatisierte Entscheidungen*, Jusletter 26.11.2018 Rn. 9; Gola, *DS-GVO/Schulz*, 2. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 2.

deutig voneinander abgrenzen, Soziales lässt sich durch Soziales erklären, Technisches durch Technisches.²⁷

Eine Sichtweise, die eher Verbindungen deutlich macht und das Verwobenheit von Technik und Gesellschaft aufgreift, dürfte indes der Realität besser gerecht werden. Dies beginnt schon beim Technikbegriff. Nach Ropohl soll von Technik die Rede sein, «wenn Gegenstände von Menschen künstlich gemacht und für bestimmte Zwecke verwendet werden.»²⁸ Er wendet sich bewusst dagegen, Artefakte «als eine vom Menschen abgelöste Eigenwelt» zu betrachten und menschliches Handeln auszuschließen.²⁹ Ähnlich umfassend ist die Definition von Rammert, wonach Handlungen, natürliche Abläufe oder Zeichenprozesse technisiert sind, «wenn sie einem festen Schema folgen, das wiederholbar und zuverlässig erwartete Wirkungen erzeugt.»³⁰ Das Recht kennt hingegen keinen allgemeinen Technikbegriff, weil Normen meist spezifische Bereiche betreffen.³¹

In der neueren Techniksoziologie versuchen verschiedene Autoren, den Dualismus zwischen Technik und Mensch bzw. Gesellschaft zu überwinden. So können bei Latour auch nicht-menschliche Entitäten Akteure in gesellschaftlichen Prozessen sein. Er löst die Subjekt-Objekt-Dichotomie auf und geht von einer Verflechtung der Menschen und nicht-menschlichen Entitäten aus.³² Massgebend ist nicht die Absicht der Entität, sondern die Konsequenz ihres Vorhandenseins in einer bestimmten Situation. Zu fragen ist, ob ein Handlungsträger im Verlauf irgendeines anderen Handlungsträgers einen Unterschied macht, sodass «jedes Ding, das eine gegebene Situation verändert, indem es einen Unterschied macht», zum Akteur wird.³³ Handeln ergibt sich so aus dem Zusammenspiel unterschiedli-

27 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 44.

28 Ropohl, Allgemeine Technologie, 3. Aufl. 2009, S. 30.

29 Ropohl, Allgemeine Technologie, 3. Aufl. 2009, S. 30.

30 Rammert Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 11 (Hervorhebungen entfernt). Je nach Trägermedium unterscheidet er die Habitualisierung, die Mechanisierung und die Algorithmisierung.

31 Die wichtigste rechtliche Technikdefinition ist jene des Patentrechts, wonach eine technische Erfindung «als Lehre zum planmässigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur unmittelbaren Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolgs» zu verstehen ist (BGH 27.3.1969 – X ZB 15/67 NJW 1969 1713, II.A.3; BGer 4A.12/1995, 31.7.1996 E. 4, sic! 1997, 77; BGE 146 III 403, E. 8.2). Dazu Zech, FS Bodewig, 2018, 137 = https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063183 (vorliegend wird die SSRN-Version zitiert), S. 17 f.

32 Gertenbach/Laux, Zur Aktualität von Bruno Latour, 2019, S. 125.

33 Latour, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 5. Aufl. 2019, S. 123 (Hervorhebungen entfernt). So macht es einen Unterschied, ob man einen Nagel mit oder ohne Hammer einschlägt bzw. mit oder ohne Kleider über die Straße läuft.

cher Handlungsbeiträge.³⁴ Besonders deutlich wird dieses Zusammenspiel im «Hybrid-Akteur». Die Verwendung einer Schusswaffe schafft z. B. einen Mensch-Waffe- bzw. Waffe-Mensch-Agenten und damit einen dritten, hybriden Agenten.³⁵ Auch bei Rammert bilden Technik und Gesellschaft ein nahtloses Geflecht, technische und gesellschaftliche Wirklichkeit ko-konstruieren sich, wodurch «das Technische als eine Form des Sozialen» erscheint.³⁶ Die Entstehung der Wirklichkeit lasse sich technik- oder medienfrei nicht nachvollziehen, ebenso wenig, wie eine «natürliche», technikfreie Wirklichkeit denkbar sei.³⁷ Vielmehr agieren sowohl der Mensch als auch die Technik reflexiv, beziehen sich in verteilter Handlungsträgerschaft aufeinander in einem «kontinuierliche[n] Prozess der wechselseitigen Anpassung».³⁸ Insgesamt wirkt Technik aus dieser integrierenden Perspektive nicht von aussen auf die Gesellschaft ein, sondern wird selbst zum Bestandteil gesellschaftlicher Prozesse, indem sie «Kommunikations- und Handlungsverläufe entscheidend» prägt.³⁹ Der Gesellschaft ist nicht mehr aufgetragen, mit dem Eigenleben einer äusseren Entität umzugehen, sondern mit ihren eigenen Entwicklungen zurechtzukommen.⁴⁰

Für das Recht ergeben sich aus dieser integrierenden Perspektive neue Einsichten über den Regelungsgegenstand von Normen. Sie beziehen sich demnach nicht auf ein bestimmtes Artefakt⁴¹, sondern auf menschliche

Dieses Beteiligtsein bedeutet aber nicht, dass das Objekt diese Handlung verursacht, z. B. die Kleider dazu führen, dass man über die Straße läuft.

34 Belliger/Krieger, ANThology/Latour, 2006, S. 490; Gertenbach/Laux, Zur Aktualität von Bruno Latour, 2019, S. 125.

35 Latour, Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, 5. Aufl. 2019, S. 485 ff.

36 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 45 f.

37 Rammert, Technik – Handeln – Wissen, 2. Aufl. 2016, S. 48.

38 Rammert/Schulz-Schaeffer, Können Maschinen handeln?/Rammert/Schulz-Schaeffer, 2002, S. 11 (21).

39 Nassehi, Muster, Theorie der digitalen Gesellschaft, 2019, S. 200. Davon zu unterscheiden ist, wem tatsächlich Handlungsträgerschaft zugeschrieben wird. Handlungen werden stets durch Zurechnungsprozesse konstituiert (Luhmann, Soziale Systeme, 17. Aufl. 2018, S. 228). Die selbstverständliche Annahme menschlicher Handlungsträgerschaft ist keine Selbstverständlichkeit (Rammert/Schulz-Schaeffer, Können Maschinen handeln?/Rammert/Schulz-Schaeffer, 2002, S. 11 (53)).

40 Anzumerken ist, dass die Erzählung von der Technik als äusserer Entität hervorragend geeignet ist, um die treibenden gesellschaftlichen Kräfte einer Entwicklung zu verbergen. Zugleich passt sie in die allgemeine Erzählung vom gesellschaftlichen Fortschritt durch Technik, der vieles legitimieren soll; vgl. dazu pointiert bereits Beck, Risikogesellschaft, 23. Aufl. 2016, S. 45 («in dubio pro Fortschritt»).

41 Der Begriff des Artefakts kann gemäss Duden auch allgemein als etwas vom Menschen Geschaffenes bedeuten und damit etwa auch Software einschliessen. Ähn-

und gesellschaftliche Praktiken⁴², die damit zusammenhängen. Diese lassen sich als soziotechnische Praktiken bezeichnen.⁴³ Eine solche Sichtweise wirft auch ein neues Licht auf den Umgang mit technischem Fortschritt, der im rechtlichen Kontext besonders häufig thematisiert wird. Nach Bennett Moses sind technische Entwicklungen eine Art von gesellschaftlicher Veränderung, die sie als soziotechnischen Wandel bezeichnet.⁴⁴ Rechtlich relevant wird ihrer Ansicht nach v. a. Technik, die menschliche Fähigkeiten erweitert, andere Wege zur Erreichung bestimmter Ziele eröffnet oder neue Verhaltensweisen ermöglicht.⁴⁵ Rechtliche Anpassungen können aus vier Gründen nötig werden: (1) Es entsteht der Bedarf nach spezifischen Regeln für neue Verhaltensweisen, um eine bestimmte Technik oder Anwendung zu verbieten, anzuordnen oder zu fördern; (2) bei neuen Verhaltensweisen ist unklar, ob diese erlaubt, verboten oder gar geboten sind; (3) es ist unklar, ob die neuen Verhaltensweisen von bestehenden Regeln erfasst werden (over-/underinclusiveness); (4) gewisse Regeln können obsolet werden, weil die tatsächlichen Verhältnisse, auf denen sie aufbauen, nicht mehr existieren.⁴⁶ Dass ein bestimmtes Problem mit Technik

lich Zech, FS Bodewig, 2018, S. 137 = https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3063183 (vorliegend wird die SSRN-Version zitiert), S. 21.

- 42 Zum Begriff der Praktiken Reckwitz, Grundlemente einer Theorie sozialer Praktiken, ZfS 2003, 32, 282 (289 ff.), wonach diese verstanden werden «als know-how-abhängige und von einem praktischen «Verstehen» zusammengehaltene Verhaltensroutinen, deren Wissen einerseits in den Körpern der handelnden Subjekte «inkorporiert» ist, die andererseits regelmässig die Form von routinisierten Beziehungen zwischen Subjekten und von ihnen «verwendeten» materialen Artefakten annehmen.» Die Reproduzierbarkeit von Handlungen ergibt sich daraus, dass diese «nicht als diskrete, punktuelle und individuelle Exemplare vorkommen, sondern sie im sozialen Normalfall eingebettet sind in eine umfassendere, sozial geteilte und durch ein implizites, methodisches und interpretatives Wissen zusammengehaltene Praktik als ein typisiertes, routinisiertes und sozial «verstehbares» Bündel von Aktivitäten.» Praktiken unterscheiden sich von Praxis, womit Handeln in allgemeinerer Form umschrieben wird.
- 43 In Anlehnung an Brownsword/Scotford/Yeung, The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology/Bennett Moses, 2016, S. 573 (576), «sociotechnical change».
- 44 Brownsword/Scotford/Yeung, The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology/Bennett Moses, 2016, S. 573 (576); Bennett Moses, Why Have a Theory of Law and Technological Change?, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 2007, 8(2), 589 (598).
- 45 Bennett Moses, Recurring Dilemmas, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2007, 239 (245 f.).
- 46 Bennett Moses, Recurring Dilemmas, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2007, 239 (248); Bennett Moses, Why Have a Theory of Law and

zusammenhängt, rechtfertigt ihrer Ansicht nach noch keine Regulierung, während soziotechnischer Wandel dies durchaus erforderlich machen könne und auch besonderer Aufmerksamkeit bedürfe.⁴⁷ Bernstein vertieft diese Überlegungen in Bezug auf die Wechselwirkung zwischen Technik sowie gesellschaftlichen Normen und Werten. Ihrer Ansicht nach sind einer bestimmten Technik strukturell auch bestimmte Werte inhärent, die mit sozialen Normen oder rechtlichen Wertungen und Instituten kollidieren können.⁴⁸ Im Rahmen des rechtlich-sozialen Akzeptanzprozesses interagierten die strukturellen Komponenten der Technik mit gesellschaftlichen Normen, Werten und Instituten sowie deren Verkörperung im Recht (sogar solchen, die ursprünglich nichts mit der Technik zu tun hatten) und es sei möglich, dass sich die Technik aufgrund dessen verändern muss oder gänzlich zurückgewiesen wird.⁴⁹ Dabei könne die verwendete Technik im Mittelpunkt der juristischen Argumentation stehen oder weitgehend unsichtbar bleiben, wenn es primär um gesellschaftliche Aspekte der Technik geht.⁵⁰ Die Bedeutungen, die einer Technik zugeschrieben werden, seien für diesen Prozess ebenfalls zentral.⁵¹ Weil dieser Akzeptanzprozess in der Verbreitungsphase⁵² einer Innovation erfolgt, komme dieser Zeit bei der gesellschaftlichen Technikgestaltung, zu der auch das Recht gehört, eine besondere Bedeutung zu, weil sich eine bestimmte Art

Technological Change?, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 2007, 8(2), 589 (594 f.).

47 Brownsword/Scotford/Yeung, *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*/Bennett Moses, 2016, S. 573 (583).

48 Bernstein, *The socio-legal acceptance of new technologies*, *Washington Law Review* 2002, 77(4), 1035 (1036). Die von ihr untersuchte In-vitro-Fertilisation kann das Konzept der Kernfamilie, das Institut der Ehe und allgemeine Familienwerte in Frage stellen (Bernstein, *The socio-legal acceptance of new technologies*, *Washington Law Review* 2002, 77(4), 1035 (1041 f.)).

49 Bernstein, *The socio-legal acceptance of new technologies*, *Washington Law Review* 2002, 77(4), 1035 (1040).

50 Bernstein, *The socio-legal acceptance of new technologies*, *Washington Law Review* 2002, 77(4), 1035 (1042).

51 Bernstein, *The socio-legal acceptance of new technologies*, *Washington Law Review* 2002, 77(4), 1035 (1045).

52 Bernstein, *The socio-legal acceptance of new technologies*, *Washington Law Review* 2002, 77(4), 1035 (1039), unterscheidet drei Entwicklungsphasen für neue Technik: Erfindung, Innovation, d. h. die erste erfolgreiche kommerzielle Anwendung, und die Verbreitung des Produkts.

der Techniknutzung als soziale Norm etablieren kann.⁵³ Dies geschehe, wenn es aufgrund von Pfadabhängigkeiten irgendwann günstiger und effizienter ist, beim eingeschlagenen Pfad zu bleiben⁵⁴, aber auch, wenn der gesellschaftliche Diskurs um Design, Nutzung oder Regeln endet und sich bestimmte Normen etablieren, wodurch die interpretative Offenheit verlorengeht und Änderungen unwahrscheinlich werden.⁵⁵

Diese Überlegungen sind wegleitend für den weiteren Fortgang der Untersuchung.⁵⁶ Entscheidungen über Vertragsverhältnisse lassen sich auch als komplexe soziale Praktiken verstehen, die gewissen Konventionen und Erwartungen unterliegen.⁵⁷ Herauszuarbeiten ist, wie AEE zum Bestandteil dieser Praktiken werden und diese gegebenenfalls beeinflussen.

IV. Soziotechnischer Wandel durch AEE?

Eine umfassende Untersuchung des Vertrags als soziale Praktik wäre viel zu komplex.⁵⁸ Nachfolgend werde ich lediglich beschreibend kurz darstellen, welche Elemente eines Vertrags automatisiert werden können, und damit, wie sich AEE in diese Abläufe einfügen und die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten verändern.

-
- 53 Bernstein, When new technologies are still new, Villanova Law Review 2006, 51(4), 921 (932 ff.), wonach das Sammeln persönlicher Daten und das Profiling zur sozialen Norm kommerzieller Internetnutzer wurden.
- 54 Zu Pfadabhängigkeiten z. B. Häussling, Techniksoziologie, 2. Aufl. 2019, S. 258 ff.
- 55 Bernstein, When new technologies are still new, Villanova Law Review 2006, 51(4), 921 (938 ff.); vertiefend Bernstein, The Role of Diffusion Characteristics in Formulating a General Theory of Law and Technology, Minnesota Journal of Law, Science & Technology 2007, 8(2), 623.
- 56 Zu sozialwissenschaftlichen Überlegungen im Privatrecht vgl. Grünberger, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 2019, 219(6), 924 (929 insbes.); Derselbe, Verträge über digitale Güter, AcP 2018, 218(2-4), 214; kritisch Riesenhuber, Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung, AcP 2019, 219(6), 892; vgl. ebenfalls Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft/Gutmann, 2. Aufl. 2021, S. 93 ff.
- 57 Bereits Durkheim, Über soziale Arbeitsteilung, 7. Aufl. 2016, S. 267 ff., der die Bedeutung gemeinsamer Normen und Werte betont: «[D]enn es ist nicht alles vertraglich am Vertrag. [Er ist] überall dort, wo er existiert, einer Regelung unterworfen, die das Werk der Gesellschaft ist, und nicht das der Einzelperson.»
- 58 Vgl. dazu Röhl, Rechtssoziologie-online, § 64 Der Vertrag als Institution, Stand 2012 (<https://rechtssoziologie-online.de/kapitel-12institutionstheoretische-erklarungsansatze/%C2%A7-64der-vertrag-als-institution/>).

1. Veränderung soziotechnischer Praktiken in «klassischen» Vertragsverhältnissen

Bei herkömmlichen Vertragsverhältnissen wird der Abschluss des Vertrags sicherlich am häufigsten automatisiert. In der einfachsten Form überprüft Technik anstelle des Menschen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, und schliesst danach den Vertrag ab. Durch die AEE wird der Vertragsschluss mithin vom Menschen losgelöst und schematisiert. Die Loslösung dürfte keine grundsätzliche Änderung darstellen, weil bereits vor den AEE kaum noch Verträge in Anwesenheit geschlossen wurden. Neu ist aber, dass das Gegenüber nicht nur abwesend ist, sondern auch kein Mensch. Die übereinstimmende Willensäußerung der Vertragsparteien wird damit endgültig zur Fiktion, weil nur Menschen einen Willen haben können. Die «Zustimmungshandlung» muss als Willensäußerung gedeutet und ihr entsprechend Wirkung zugeschrieben werden⁵⁹, was auch zu einer Art «Re-Formalisierung» führen kann.⁶⁰ Stärkere Auswirkungen hat die Schematisierung. Algorithmen können ausschliesslich mit allenfalls bereits vorgesehenen Ausnahmen umgehen.⁶¹ Selbst im anonymen Massengeschäft ist ohne AEE möglich, dass ein Sachbearbeiter irrelevante Abweichungen durchwinkt oder bedeutungslose Fehler beseitigt. Ein Algorithmus tut das nicht: Was nicht passt, geht nicht durch. Was passt, geht hingegen um ein Vielfaches schneller durch, sodass sich Vertragsschliessungen erheblich beschleunigen lassen. AEE dienen so häufig der Effizienz, indem sie beispielsweise Vorgänge ersetzen, für die sonst Menschen bezahlt werden müssen. Der Schematismus kann Nachteile für all jene mit sich bringen, die aus irgendeinem Grund aus einem Raster fallen. Das ist aber zwangsläufig stets eine Minderheit, sonst würde der Algorithmus seinen Zweck nicht erfüllen.

59 Bei einem Akteur ohne Bewusstsein von konkludentem Handeln zu sprechen, scheint nicht adäquat.

60 Mir geht es lediglich um die Veränderung der soziotechnischen Praktiken, nicht um eine Bewertung derselben. Insbesondere impliziere ich nicht, dass bei Verträgen zwischen Menschen keine Missverständnisse möglich wären, oder dass diese vollkommen frei von symbolischen Handlungen und Zuschreibungen wären. Zu AEE-Systemen im Vertragsrecht Kainer/Förster, Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts, ZfPW 2020, 275 (281 ff.); Foerster, Automatisierung und Verantwortung im Zivilrecht, ZfPW 2019, 418 (424 ff.).

61 Ich habe lebendige Erinnerungen an meine durchwegs vergeblichen Versuche, als ausländische Gastforscherin mit einem Stipendium ein Konto bei einer deutschen Online-Bank abzuschliessen – eine Ausnahmekonstellation, die in kein Raster passte, für einen Bankmitarbeiter aber kein Problem war.

Grundsätzlicher sind Veränderungen, die AEE zusammen mit Profiling bewirken können. Auf dessen Grundlage lassen sich die Vertragskonditionen automatisiert anpassen, indem z. B. die Zahlungsmodalitäten⁶² oder mit dem Preis⁶³ sogar zentrale Punkte des Vertrags individualisiert werden. Dies verweist auf ein zentrales Bezugsproblem, bei dem AEE ansetzen: Sie versprechen, den Umgang mit den inhärenten Risiken jedes Vertragsschlusses zu optimieren. Diese Risiken beziehen sich darauf, dass stets Ungewissheit über das Verhalten des künftigen Vertragspartners besteht, zunächst, ob der Vertrag gemäss den angebotenen Konditionen überhaupt zustande kommt und später, ob der Partner seine Pflichten vollumfänglich erfüllt. Die Optimierung erfolgt primär durch mehr Information. Die individuelle Anpassung der Vertragskonditionen behebt einen Nachteil standardisierter Verträge, denn jede Standardisierung, z. B. die Festlegung des Preises, beinhaltet eine Annahme darüber, unter welchen Konditionen das Gegenüber einen Vertrag abschliessen dürfte. Diese Festlegung ist nötig, verunmöglicht es aber, den Vertrag an individuelle Risiken oder die Zahlungsbereitschaft des Gegenübers anzupassen. Anders ausgedrückt: Sowohl reiche als auch arme Verbraucher können dasselbe Produkt zum selben Preis kaufen, obwohl deren individuelle Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft sich erheblich unterscheiden. Informationen aus Profiling können eine Re-Individualisierung der Vertragskonditionen erlauben, das Risiko von Fehleinschätzungen reduzieren⁶⁴, aber auch dazu führen, dass ein gläserner Verbraucher⁶⁵ entsteht, dessen «Verhandlungsmacht» in den nicht stattfindenden Vertragsverhandlungen weiter abnimmt. Beruht auch

62 Vgl. dazu Born, Bonitätsprüfungen im Online-Handel, ZD 2015, 66.

63 Dies gilt v. a. für personalisierte Preise, bei denen zum selben Zeitpunkt unterschiedlichen Kunden unterschiedliche Preise angeboten werden (zu unterscheiden von dynamischen Preisen, die sich über die Zeit ändern, bei denen aber alle Kunden zum selben Zeitpunkt denselben Preis erhalten); vgl. Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (286); zur Preisgestaltung über Algorithmen Zurth, Personalisierte Preise, AcP 2021, 221(4), 514 (516 ff.).

64 Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (287), spricht von punktgenauer Abschöpfung der Kaufkraft. Vgl. für eine eingehende ökonomische Analyse Zurth, Personalisierte Preise, AcP 2021, 221(4), 514 (524 ff.), wonach die Konsumentenrente (der wirtschaftliche Nutzen der Transaktion für den Konsumenten) nahe null liegt; dazu auch Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (224 ff.).

65 Vgl. Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447 (455), wonach der Verbraucher alle Informationen liefert, um von ihm einen möglichst hohen Preis fordern zu können, was bei einem klassischen Marktkauf bedeuten würde, dass der Verbraucher zunächst den Maximalpreis nennt, den er zu zahlen bereit ist, und der Verkäufer erst danach den Verkaufspreis nennt.

der Vertragsschluss auf Profiling, bildet dieses oftmals die Entscheidungsgrundlage dafür, ob ein Vertragspartner als vertrauenswürdig gilt.⁶⁶ Das Bild, das durch die vorhandenen Daten und deren Analyse im Rahmen des Profilings vermittelt wird, ist so die einzige oder jedenfalls zentrale Information, die über das Zustandekommen und evtl. auch die Konditionen des Vertrags entscheidet. Die Datenwelt bildet mithin die Grundlage für einen Vertrag in der analogen Welt.

Während AEE, insbesondere in Verbindung mit Profiling, auf Seiten des AEE-Anwenders die Handlungsmöglichkeiten vergrössern, werden jene des AEE-Adressaten tendenziell eingeschränkt. Dies dürfte oft un bemerkt bleiben, weil vielfach Unsicherheit darüber besteht, ob im konkreten Fall eine AEE oder ein Profiling erfolgt. Zudem hat der AEE-Adressat regelmässig keine Kontrolle über die Informationen, die für das Profiling verwendet werden. Er muss zudem auf das korrekte Funktionieren der Technik vertrauen und davon ausgehen, dass die automatisierten Handlungen der Technik auch tatsächlich den Vertragsschluss mit dem gewünschten Inhalt repräsentieren.

2. Neue soziotechnische Praktiken durch Plattformen

Plattformen bilden geschlossene Ökosysteme, auf denen zahlreiche soziale Handlungen stattfinden können, und haben zu vielen neuen soziotechnischen Praktiken geführt. Strukturell gehören sie aufgrund ihrer Grösse, Mitgliederzahl und gesellschaftlichen Bedeutung zur Kommunikationsinfrastruktur vieler Länder, liegen aber in privater Hand. Das Konfliktpotential dieser Plattformen ergibt sich wesentlich daraus, dass deren Eigeninteressen vielfach den Interessen der Allgemeinheit und der Nutzer widersprechen.⁶⁷ Die Plattform erweitert die Handlungsmöglichkeiten ihrer Nutzer, setzt sie aber auch den Handlungsmöglichkeiten aller anderen Nutzer aus. Der Betreiber erhält zugleich eine umfassende Macht über sämtliche Kommunikationsvorgänge auf der Plattform. Hingegen verliert der Staat als Repräsentant des Gemeinwohls an Handlungsmöglichkeiten, weil er

66 Vgl. Röhl, Rechtssoziologie-online, § 64 Der Vertrag als Institution, Stand 2012, V. 3., wonach ein Verhaltensprofil als Vertrauensbasis dienen kann (<https://rechtssoziologie-online.de/kapitel-12institutionstheoretische-erklarungsansatze/%C2%A7-64der-vertrag-als-institution/>).

67 Bacher, Digitalprivatrecht – Begriff und Strukturelemente, Jusletter 8.6.2020, Rn. 37 ff.

keinen direkten Zugriff auf die Plattform hat und sich die Plattformen über staatliche Strukturen hinwegsetzen.

Bei Plattformnutzungsverträgen⁶⁸ werden AEE und Profiling etwas anders eingesetzt. Der Abschluss eines solchen Vertrags dürfte stets automatisiert erfolgen. Die Plattformnutzung ist *prima facie* «kostenlos» und die Hürden für den Abschluss des Vertrags sind sehr niedrig. Eine automatische Anpassung der Vertragskonditionen dürfte daher kaum vorkommen. AEE und Profiling sind bei diesen Verträgen v. a. bedeutsam für das Management der Plattformnutzung.⁶⁹ Profiling ist die Grundlage für die Werbeeinnahmen der Plattformbetreiber. AEE sind das zentrale Steuerungsinstrument auf diesen Plattformen, weil deren Betreiber aus Kostengründen, aber auch mit Blick auf die schiere Masse an Kommunikationsvorgängen möglichst viele Regulierungsprozesse automatisieren. Auf weitgehend automatisierte Weise werden Inhalte kuratiert, zugelassen oder gelöscht, Kommentare moderiert, Nutzer sanktioniert oder ausgeschlossen.⁷⁰ Die Gründe für die Automatisierung stehen in scharfem Gegensatz zu dem, was Gegenstand vieler AEE ist: zwischenmenschliche Kommunikation, also ein sinnbehafteter, zutiefst menschlicher Vorgang, der sich in vielerlei Hinsicht der erforderlichen Schematisierung entzieht. Es scheint, dass die Plattformen bereits im Sinne von Bernstein (vgl. oben III.) neue soziale Normen für die Kommunikation von Privaten, Unternehmen, Politikern und Staaten (!) etablieren konnten und grundlegende Veränderungen vielleicht nurmehr schwer möglich sind.

68 Ich denke dabei primär an Verträge über den Beitritt zu einem sozialen Netzwerk, nicht aber an Verträge von Händlern, die z. B. auf Amazon ihre Waren vertreiben möchten. Zu Plattformen z. B. Srnicek, *Plattform-Kapitalismus*, 2018; Staab, *Digitaler Kapitalismus*, 2019.

69 Vgl. aus der umfangreichen Literatur z. B. Klonick, *The new Governors*, *Harvard Law Review* 2018, 131(6), 1598; Elkin-Koren/Perel, *Separation of Functions for AI*, *Lewis & Clark Law Review* 2020, 24(3) 857; Castets-Renard, *Algorithmic Content Moderation on Social Media in EU Law*, *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 2020, 283.

70 Dabei ist davon auszugehen, dass auch eine individuelle Auslegung der Nutzungsbedingungen erfolgt, z. B. entsprechend der Position des Nutzers. Man denke nur an Donald Trump, dessen Mitteilungen auf sozialen Medien ohne Zweifel nicht selten gegen deren Nutzungsbedingungen verstießen, ohne dass er die dafür üblichen Sanktionen der Plattformen vergegenwärtigen musste.

V. Privatautonome Entscheidungsfreiheit

Die Grundlage aller oben skizzierten Vorgänge bildet die Privatautonomie.⁷¹ Sie gewährleistet einen Raum, in dem das «Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen»⁷² gilt. Anders als der Staat müssen sich Private «im Rahmen ihrer Privatautonomie nicht für ihr Handeln rechtfertigen, ihnen steht «die «Willkür» i. S. v. nicht begründungsbedürftiger Entscheidungshoheit frei. Sie dürfen sogar ganz irrational agieren.»⁷³ Der Vertrag ist das zentrale Handlungsinstrument zur privatautonomen Gestaltung von Rechtsverhältnissen und die Vertragsfreiheit gilt als zentrale Ausprägung der Privatautonomie.⁷⁴ Beide sind Teilgarantien sowohl der persönlichen Freiheit⁷⁵ als auch der Wirtschaftsfreiheit.⁷⁶ Die Vertragsfreiheit umfasst die Abschlussfreiheit, die Partnerwahlfreiheit, die Inhaltsfreiheit, die Formfreiheit sowie die Aufhebungsfreiheit und zählt zum Kerngehalt der Wirtschaftsfrei-

71 Ich bleibe dazu sehr knapp. Aus der umfangreichen Literatur z. B., Bumke/Röthel, *Autonomie im Recht*/Röthel, 2017, S. 91 ff.; Riesenhuber, *Privatautonomie – Rechtsprinzip oder «mystifizierendes Leuchtfeuer»*, ZfPW 2018, 352; Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 529 ff.; Baer, «Ende der Privatautonomie» oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290.

72 Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* II, 4. Aufl. 1992, S. 1.

73 Waldmann/Belser/Epiney, *Basler Kommentar, Bundesverfassung/Tschentscher*, 2015, Art. 9 BV Rn. 10.

74 Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* II, 4. Aufl. 1992, S. 7. Zu weiteren Ausprägungen der Privatautonomie vgl. Graham-Siegenthaler, *Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen*, ZSR 2018 II, 137, 155 (171 ff.).

75 Waldmann/Belser/Epiney, *Basler Kommentar, Bundesverfassung/Tschentscher*, 2015, Art. 10 BV Rn. 38. Die Schweiz kennt keine allgemeine Handlungsfreiheit. Die persönliche Freiheit gewährleistet lediglich die «elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» (vgl. z. B. BGE 138 IV 13, E. 7.1, 25 f.; Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar/Schweizer, 3. Aufl. 2014, Art. 10 BV Rn. 38). In Deutschland schützt Art. 2 Abs. 1 GG ebenfalls die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit; vgl. Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz/di Fabio*, 95. Aufl. 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 102 f.

76 Waldmann/Belser/Epiney, *Basler Kommentar, Bundesverfassung/Uhlmann*, 2015, Art. 27 BV Rn. 10 ff. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet lediglich Rechtsgeschäfte, die im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Tätigkeiten stehen. Andere Rechtsgeschäfte sind durch Art. 10 BV oder spezifische Garantien, wie z. B. das Recht auf Ehe in Art. 14 BV, geschützt. Ähnliches gilt in Deutschland, wo Art. 2 Abs. 1 GG subsidiär ist zu anderen Garantien; vgl. Dürig/Herzog/Scholz, *Grundgesetz/di Fabio*, 95. Aufl. 2021, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 102 f.

heit.⁷⁷ Mitunter werden die freie Vertragsgestaltung und die Möglichkeit, Verträge mithilfe der staatlichen Rechtsordnung durchzusetzen, auch als private «Normsetzungsbefugnis» bezeichnet.⁷⁸

Die Vertragsfreiheit gewährleistet die Selbstbestimmung im Rechtsleben und «lässt aus Freiheit Bindung wachsen».⁷⁹ Das Schützenswerte der Vertragsfreiheit ist damit die Autonomie.⁸⁰ Dementsprechend wird ein Vertrag nur anerkannt, wenn er «als Ausdruck beidseitiger Autonomie zustande gekommen ist», mithin von beiden Seiten nach einer selbstbestimmten Entscheidung gewollt ist.⁸¹ Ein Vertrag wird daher durch die «übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung»⁸² von formal gleichen Parteien geschlossen. Vorausgesetzt ist einzig, dass der Parteiwille nach einem gerechten Prozess zustande kommt; die formale Gerechtigkeit durch Verfahren ersetzt weitgehend die materielle Vertragsgerechtigkeit, sodass das Vertragsrecht «entmaterialisiert» erscheint.⁸³

Die Realität ist freilich eine andere. Die Vorstellung vom Vertragschluss unter freien Gleichen dürfte in den seltensten Fällen der Wirklichkeit entsprechen. Ein korrektes Verfahren kann das Gerechtigkeitsversprechen nur erfüllen, wenn dafür tatsächliche Voraussetzungen gegeben sind, die das Verfahren selbst nicht herzustellen vermag. Die Diskussion um diese Fragen ist alt und kann hier nur angedeutet werden: AGB ersetzen individuelle Vertragsverhandlungen, weil sich diese im Massengeschäft nicht lohnen; in den meisten Fällen klappt zwischen den Parteien ein Machtgefäl-

77 Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Vallender, 3. Aufl. 2014, Art. 27 BV Rn. 44 f.; Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 1079.

78 Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Vallender, 3. Aufl. 2014, Art. 27 BV Rn. 44; vgl. Bachmann, Private Ordnung, 2006; Köndgen, Privatisierung des Rechts, AcP 2006, 206(2-3), 477.

79 Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz/di Fabio, 95. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 101.

80 Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 51.

81 Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 51 (Hervorhebungen entfernt). Allgemein zur Selbstbestimmung als Legitimationsmodell vgl. Lindner, Fremdbestimmung durch Selbstbestimmung, AöR 2015, 140(4), 542.

82 Art. 1 Abs. 1 OR; vgl. Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 11 ff., zur historischen Entwicklung.

83 Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, 2000, S. 24 f. Diese Idee schlug sich auch in den Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts nieder und prägt das Vertragsrecht bis heute; vgl. dazu Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 337 ff. Dementsprechend beziehen sich Mängel des Vertragschlusses auf den fehlerhaft zustande gekommenen Willen: Irrtum, Täuschung, Furcht (Art. 23 ff. OR).

le, das auf Wissen, wirtschaftlicher Potenz oder tatsächlichen Abhängigkeiten beruht; Marktversagen lässt die freie Wahl des Vertragspartners zur Illusion werden. Punktuelle Abhilfe schaffen etwa Sonderprivatrecht, das insbesondere den Verbraucherschutz sicherstellt, oder Ansätze der «Rematerialisierung» namentlich aufgrund staatlicher Schutzpflichten.⁸⁴

VI. *Prozeduralisierung des Vertrages durch AEE*

In einem nächsten Schritt sind nun die erweiterten Handlungsmöglichkeiten durch AEE in Beziehung zu setzen zur Vertragsfreiheit, wie sie sich in den Regeln des Vertragsrechts niederschlägt. Dies macht deutlich, wie sich soziale Praktiken rund um den Vertrag durch soziotechnische Praktiken verändern. AEE fügen sich in das Verfahren ein, das zur gegenseitigen übereinstimmenden Willensäußerung und damit zum Vertragsschluss führt, bei Plattformen auch in die Verwaltung von Dauerverträgen. Technik entscheidet über den Abschluss des Vertrags (Abschlussfreiheit). Mithilfe von Profiling wird der Vertragspartner gewählt (Partnerwahlfreiheit). Ebenso mithilfe von Profiling werden die Vertragskonditionen individualisiert (Inhaltsfreiheit) oder über komplexere Systeme zur Kuratierung von Inhalten «ungehorsame» Nutzer von der Plattform ausgeschlossen (Aufhebungsfreiheit). Mittels algorithmischer Standardisierung und Kategorisierung werden mithin Freiheiten ausgeübt, die ihre Begründung und Legitimation im Menschsein finden. Sie verkörpern den Respekt vor der Autonomie und Individualität jedes Menschen, die der zentrale Gedanke der persönlichen Freiheit ist, und verwirklichen diese in Bezug auf die rechtsgeschäftlichen Handlungsmöglichkeiten. Weil die selbstbestimmte Gestaltung von Rechtsbeziehungen gerade nicht stets auf rationalen Erwägungen beruht, befreit die Vertragsfreiheit die Parteien ebenso davon, ihre Handlungen zu begründen, und schützt selbst Irrationalität, Willkür oder Diskriminierung vielfach vor Einschränkungen. Zur Wahrung eines

84 In beiden Bereichen ist die Schweiz sehr viel zurückhaltender als Deutschland oder die EU. Vgl. zu staatlichen Schutzpflichten im Privatrecht Bacher, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, Basel 2015, Rn. 135 ff., 610 ff.; zur Rematerialisierung grundlegend Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 2000, 200(3-4), 273; auch mit Blick auf die Digitalisierung, vgl. z. B. Ernst, Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick, ZSR 137 (2018) II, 8; Schweitzer, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung, AcP 2020, 220(4-5), 544.

solchen individuellen Bewegungsraums wird in vielerlei Hinsicht die Einzelfallgerechtigkeit geopfert.⁸⁵

Nun liesse sich argumentieren, dass die Vertragsfreiheit auch für juristische Personen gilt, mithin für nicht-individuelle Entitäten. Sie werden in vielerlei Hinsicht wie menschliche Individuen behandelt⁸⁶, weil die «individuelle Grundkonzeption des Rechts weithin unberührt» blieb davon, dass die wichtigsten Akteure des Rechtssystems inzwischen nicht mehr Menschen, sondern Organisationen sind.⁸⁷ In einem ähnlichen Akt der Zuschreibung wären diese Freiheiten auch auf AEE-Systeme auszudehnen. Ein direkter Schutz dürfte an der (noch nicht anerkannten?) Rechtspersönlichkeit⁸⁸ solcher Systeme scheitern, mit der dann auch Technik in die individuelle Grundkonzeption des Rechts eingefügt würde. Aber es liesse sich argumentieren, dass die Anwender von AEE-Systemen Grundrechtsträger sind und ihnen diese Freiheit auch das Recht zum freien Einsatz von AEE-Systemen verleiht, weil deren Handlungen letztlich wieder dem menschlichen Grundrechtsträger zugerechnet werden.⁸⁹ Es entstünde gewissermassen das Recht auf Vertragsautomatisierung und automatisierte Vertragsgestaltung mittels Profiling als neuer Teilgehalt der Vertragsfreiheit. Ob das sinnvoll und wünschenswert wäre, ist vorliegend nicht abschliessend zu erörtern. Denn selbst, wenn eine solche Freiheit mittelbar oder unmittelbar anerkannt würde, würde sie das grundsätzlichere Problem von AEE, das gleich zu zeigen sein wird, nicht lösen.

Wie vorgängig erläutert, beruht das Zustandekommen eines Vertrags darauf, dass der übereinstimmende Parteiwille in einem formal korrekten Ablauf zustande kommt. Getreu der Grundidee der freien Willensbildung definiert sich dessen Korrektheit primär danach, *was nicht vorhanden ist*: Der Vertrag muss in Abwesenheit von Furcht, Irrtum oder Täuschung zustande kommen. Die internen Kriterien, nach denen die Gestaltung des Vertrags und der Entscheid über dessen Abschluss erfolgen, bleiben im «forum internum» des Menschen verborgen. Genau dies verändert sich durch AEE-Systeme. Die Algorithmen werden zu einer Abstraktion dieser

85 Vgl. Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz/di Fabio, 95. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 107.

86 Vgl. nur Art. 53 ZGB oder Art. 19 III GG.

87 Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 427.

88 Zum aktuellen Forschungsstand Linardatos, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021.

89 So Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht/Scholz, 2019, Art. 22 DSGVO Rn. 6, wonach das Verbot von AEE die Privatautonomie des Verantwortlichen beeinträchtigen könne.

Entscheidungsprozesse. AEE-Systeme machen Vorgänge beobachtbar, die es vorher so nicht waren. Folgerichtig bestehen die Anwender von AEE-Systemen darauf, dass deren Algorithmen geheim bleiben müssen. Dies bestätigt indes nur, dass mit der in Algorithmen verkörperten Abstraktion von Entscheidungskriterien etwas Neues und damit Sichtbares geschaffen wurde (was im «forum internum» verborgen war, musste nicht geheim gehalten werden). Die Geheimhaltung der Algorithmen kann die Existenz der Abstraktion daher nicht ungeschehen machen. Ebenso wenig vermag sie zu verhindern, dass gegenüber dieser Abstraktion die grundsätzliche Forderung entsteht, dass sie in irgendeiner Form dem Recht unterstellt wird. Diese Forderung ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass AEE die Einzelfallbezogenheit fehlt.⁹⁰ AEE-Systeme verkörpern standardisierte Entscheidungsanweisungen, wodurch ihnen eine Normativität innewohnt, die der individualistischen Grundidee der Vertragsfreiheit letztlich widerspricht. Bei einem Menschen mögen geheime, gar irrationale, an subjektiven Bedürfnissen orientierte Entscheidungen wegen seines Menschseins sowohl akzeptabel als auch schützenswert erscheinen. Für eine generell-abstrakte Entscheidungsanweisung in einem AEE-System gilt dies nicht gleichermassen. AEE verändern mithin die sozialen Praktiken zu Verträgen unter Privaten grundlegend. Sie sind nicht einfach eine Art «extended version» der durch sie erledigten menschlichen Vorgänge, sondern es sind andere Prozesse, denen nicht dasselbe Privileg der Fehlbarkeit zugestanden wird wie dem Menschen.⁹¹

Werden diese soziotechnischen Veränderungen durch AEE ernstgenommen, müssen Überlegungen zum legitimen Einsatz von AEE-Systemen bei der Prozessualität des Vertragsschlusses ansetzen. AEE regen dazu an, die Qualität des Verfahrens, das zum Vertragsschluss führt, auch danach zu definieren, *was vorhanden ist*. In Anlehnung an das Verfahrensrecht kann die Fairness des Vertragsverfahrens als übergeordneter Leitgedanke dienen.⁹² Fairness kann sich sowohl auf einen Vorgang als auch auf ein Ergebnis

90 Auch vor AEE-Systemen gab es interne Richtlinien für Entscheidungen. Da stets ein Mensch entscheiden musste, stand die Tür zur Abweichung aber offen, selbst wenn sie nicht genutzt wurde. Technik schliesst dies aus.

91 Zum menschlichen Privileg, Fehler zu machen, Nassehi, *Muster, Theorie der digitalen Gesellschaft*, 2019, S. 223 ff.

92 Im deutschen Arbeitsrecht gibt es im Zusammenhang mit Aufhebungsverträgen ein Gebot fairen Handelns; dazu Kamanabrou, *Das Gebot fairen Handelns bei Aufhebungsverträgen*, RdA 2020, 201. Die Fairness des Vertragsverfahrens soll jedoch nicht auf Situationen mit besonderem Druck oder strukturellen Abhängigkeiten beschränkt bleiben.

beziehen.⁹³ Die Fairness des Vertragsverfahrens bezieht sich auf ersteres.⁹⁴ Die Art und Weise, wie der Weg zum Ziel des Vertragsschlusses zurückgelegt wird, erhält vor dem Hintergrund des Fairnessgedankens einen eigenständigen Wert. Druey spricht anschaulich von der Anerkennung von «Weg-Werten», «die sich nicht durch die Eignung für die Erreichung eines Ziels legitimieren».⁹⁵ Der Fairnessgedanke bringt den relationalen Aspekt⁹⁶ eines Verfahrens zum Ausdruck. Er stellt eine Beziehungsnähe⁹⁷ zwischen den Beteiligten her, die eine wesentliche Begründung für die Anerkennung dieser Weg-Werte darstellt und diese davon befreit, lediglich dem Schutz einer aus irgendeinem Grund schwächeren Partei zu dienen⁹⁸. Fairness fordert «kontextuelle Gerechtigkeit», die nicht nur gegenseitige Rücksichtnahme und Achtung einschliesst, sondern auch bedeutet, «den

93 Bezieht sich die Fairness auf ein Ergebnis, geht es um materielle Ausgewogenheit; vgl. Druey, *Recht und Fairness*, recht 1998, 137 (140). Berkemann, Fairness als Rechtsprinzip, JR 1989, 221 (225), hält indes zu Recht fest, dass mangelnde Fairness das Ergebnis «infizieren» kann. Grundlegend zu Gerechtigkeit und Fairness Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 21. Aufl. 2019, S. 34 ff.

94 Es geht um den fairen Einsatz von AEE-Systemen, nicht um faire AEE, d. h. solche, die zu materiell fairen Ergebnissen führen. Ein prozedurales Verständnis klingt auch in Art. 22 DSGVO an, der sich ausschliesslich auf das Zustandekommen eines Entscheids bezieht. Der Anspruch auf einen HITL ist ebenfalls eine Verfahrensvorschrift. Brink/Wolff, Beck OK Datenschutzrecht/v. Lewinski, 38. Ed. 1.11.2021, Art. 22 DSGVO Rn. 2, spricht von einem informationellen Recht auf faires Verfahren; dazu van der Sloot, *Decisional privacy 2.0: the procedural requirements implicit in Article 8 ECHR and its potential impact on profiling*, *International Data Privacy Law* 2017, 190. Vorliegend geht es indes um Überlegungen aus vertragsrechtlicher Sicht, bei denen der im Datenschutz zentrale risikobasierte Ansatz nicht wegleitend sein soll, ebenso wenig wie dessen Instrumente, beispielsweise die Einwilligung.

Fairness stimmt nicht überein mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB). Dieser knüpft anders als die Fairness i. d. R. an ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis an (vgl. etwa Aebi-Müller et al., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht I/1/Hausheer/Aebi-Müller*, 2012, Art. 2 ZGB Rn. 4). Druey, *Recht und Fairness*, recht 1998, 137 (141), spricht von einem «Schuss Treu und Glauben», der dem Fairness-Gedanken innewohne, aber es gehe bei der Fairness nicht nur um die Honorierung von geschaffenem, sondern auch von vorausgesetztem Vertrauen.

95 Druey, *Recht und Fairness*, recht 1998, 137 (139).

96 Wiederkehr, Fairness als Verfassungsgrundsatz – eine Skizze, recht 2007, 173 (177, Hervorhebungen entfernt); vgl. auch Saladin, FS Bundesgericht, 1975, S. 41; Tettinger, Fairness als Rechtsbegriff im deutschen Recht, *Der Staat* 1997, 36, 575.

97 Druey, *Recht und Fairness*, recht 1998, 137 (140).

98 Vgl. Heiderhoff, Vertrauen versus Vertragsfreiheit im europäischen Verbraucherrecht, ZEuP 2003, 769 (770 ff.).

Umständen, dem Verständnishorizont des Adressatenkreises, der Stellung und Position der involvierten Parteien, den individuell-konkreten Besonderheiten, d. h. dem gesamten Kontext, angemessen Rechnung zu tragen.»⁹⁹ Die Idee der Fairness des Vertragsverfahrens auferlegt den Parteien eine Verantwortung für dessen Ablauf, die eine Verantwortung für den Umgang mit fremden Interessen¹⁰⁰ einschliesst. Darin ordnet sich auch eine eher prozedurale Sicht auf die Vertragsfreiheit ein als «Schutz der gegenseitigen Einwirkung zum richtigen hin», die ihre Begründung darin findet, dass Verträge der wechselseitigen Bedürfnisbefriedigung dienen.¹⁰¹ Ganz wesentlich fordert Fairness eine Beschränkung der Mittel, die im fraglichen Vorgang verwendet werden.¹⁰² Das bedeutet, dass der Einsatz eines bestimmten Instruments sich nicht nur danach richten darf, ob er zur Erreichung eigener Ziele geeignet und möglich ist, sondern ob er mit Blick auf die Verantwortung für das Vertragsverfahren und die Interessen der Gegenpartei auch als fair erscheint.

Hinweise für die weitere Konkretisierung der Fairness des Vertragsverfahrens ergeben sich aus den verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundsätzen für ein faires Verfahren. Dazu gehört beispielsweise der Grundsatz der Waffengleichheit und der prozessualen Chancengleichheit, der im Wesentlichen bedeutet, dass sich alle Beteiligten gleich wirksam am Verfahren beteiligen können, aber auch das grundsätzliche Verwertungsverbot widerrechtlich erlangter Beweise und der Anspruch auf rechtliches Gehör, mit dem die Akteneinsicht eng verbunden ist.¹⁰³ Alle haben sie zum Ziel, die Verfahrensbeteiligten nicht zu reinen Objekten des Verfahrens zu machen (eine Gefahr, die auch AEE mit sich bringen), sondern vielmehr zu Akteuren, deren Handlungen und Perspektiven berücksichtigt werden müssen. Beweisverwertungsverbote und ähnliche Regeln bringen überdies zum Ausdruck, dass der Zweck nicht sämtliche Mittel heiligt.

Was die Fairness des Vertragsverfahrens bei der Verwendung von AEE-Systemen bedeutet, lässt sich an dieser Stelle lediglich skizzieren. Aus-

99 Wiederkehr, Fairness als Verfassungsgrundsatz – eine Skizze, recht 2007, 173 (176 f.).

100 Vgl. Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (143), wonach Fairness «überall dort geboten [ist], wo der Umgang mit fremden Interessen unter einer Rechtsverantwortung steht.»

101 Graf von Westphalen/Pamp/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke/Thüsing, 47. EL 2022, Rn. 4 f.

102 Druey, Recht und Fairness, recht 1998, 137 (139).

103 Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar/Steinmann, 3. Aufl. 2014, Art. 29 BV Rn. 41.; vgl. Berkemann, Fairness als Rechtsprinzip, JR 1989, 221 (222 ff.).

gangspunkt sind die Positionen, Fähigkeiten und Interessen der Beteiligten, wobei strukturelle Ungleichheiten zwar herausgearbeitet, aber als unveränderlich anerkannt werden. Es geht nicht darum, tatsächliche Gleichheit herzustellen, sondern die Positionen *aller* Beteiligten mit Blick auf den konkreten Vertrag und den Einsatz der AEE-Systeme so zu optimieren, dass ihnen Handlungsmöglichkeiten zur Wahrung ihrer Interessen offenstehen. Grundsätzlich gilt ein Vertragsverfahren mit AEE-Systemen als fair, wenn die Beteiligten betreffend die zentralen Punkte des Vertragschlusses, mit Blick auf ihre Position und ihre Interessen angemessene Handlungsmöglichkeiten, Informationsrechte und -pflichten haben, die auch gegenüber jenen der Gegenseite insgesamt als ausgewogen erscheinen.

Denkbar wären z. B. folgende Konkretisierungen:

- Wenn durch AEE variable Preise festgelegt werden, die aus Verbrauchersicht insgesamt zu Intransparenz und Ohnmacht führen können, wäre die Pflicht denkbar, der Gegenseite die Verwendung personalisierter oder dynamischer Preise mitzuteilen¹⁰⁴, evtl. auch den Standard- oder Durchschnittspreis über eine gewisse Zeit.¹⁰⁵ Überdies oder stattdessen könnte eine Pflicht bestehen, dem Verbraucher auf Wunsch ein Angebot mit einem nicht-variablen Preis zu machen.¹⁰⁶ V. a. die verstärkte Personalisierung durch Technik würde so durch eine Wahlmöglichkeit des Verbrauchers kompensiert.
- Wenn AEE-Systeme Profiling verwenden, könnte die Pflicht bestehen, der Gegenseite standardmässig das Zustandekommen und die Ergebnisse der Profiling-Vorgänge (z. B. einen Score über die Finanzkraft) in verständlicher Form mitzuteilen. Weshalb sollte die digitale Reputation, die jedem zugleich vorausseilt und als Schatten folgt, nur derjenigen Vertragspartei offen zugänglich sein, welche die Information nicht betrifft?
- Bei kuratierten Angeboten, die den Verbraucher gewissermassen in seiner eigenen Filterblase konsumieren lassen, könnte die Pflicht für

104 Art. 4 Ziff. 4 lit. ii RL (EU) 2019/2161 gilt nur für personalisierte Preise; vgl. Zurth, Personalisierte Preise, AcP 2021, 221(4), 542 ff.

105 Vgl. Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (288, 292).

106 So auch Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZIPW 2019, 220 (229 f.).

eine Option bestehen, dass der Verbraucher den Algorithmus für eine bestimmte Transaktion ausschalten kann.¹⁰⁷

- Personalisierte Preise könnten bei gewissen lebensnotwendigen Produkten ausgeschlossen sein, um sicherzustellen, dass finanzschwache Menschen eines der wenigen ihnen zur Verfügung stehenden Optimierungsinstrumente behalten: die Bereitschaft, Anbieter zu vergleichen und für das billigste Angebot auch Umwege in Kauf zu nehmen.¹⁰⁸
- Die Verwendung von Profiling könnte in bestimmten Bereichen ausgeschlossen sein, wenn ein diskriminierungsfreier Einsatz von AEE-Systemen nicht sichergestellt ist.¹⁰⁹
- Dem Fairnessgedanken würde es auch widersprechen, durch die Schaffung «strategisch errichteter Rationalitätsfallen» menschliche Urteilsverzerrungen auszunutzen.¹¹⁰ Faires Verhalten bedeutet, dem Gegenüber ebenfalls mündiges, rationales Verhalten zu ermöglichen oder jedenfalls nicht bewusst zu verhindern.
- Nach Abschluss des Vertrags könnten Widerrufsrechte, wie sie in der EU und noch sehr viel mehr in den USA bereits verbreitet sind, die Handlungsmöglichkeiten des Verbrauchers erheblich stärken.¹¹¹

Letztlich geht es bei der Fairness darum, den Vertrag und die zu diesem Zweck eingesetzten Instrumente stets in seiner relationalen Bedeutung zu sehen. Wenn der Verbraucher auf einer Webseite ein Produkt wählt, seine Kontakt- und Zahlungsdaten eingibt, und ausschliesslich auf deren Grundlage automatisiert ein Vertrag abgeschlossen wird, scheinen die Handlungsmöglichkeiten beider Seiten relativ ausgeglichen. Je komplexer die AEE-Systeme, umso mehr steigt indes die Verantwortung des Anwenders, diese fair einzusetzen. Auch der HITL und Transparenzgebote sollten im Lichte der Fairness betrachtet werden. Zur Fairness gehört z. B., dass der

107 Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (242 f.); vgl. auch Art. 29 Abs. 1 DSA-Entwurf.

108 Nach Linderkamp, Der digitale Preis – eine automatisierte Einzelfallentscheidung?, ZD 2020, 506 (507), könnten Kunden mit geringem Einkommen auch ein günstigeres Angebot erhalten, um den Markt zu öffnen. Es bleibt indes fraglich, ob dies bei tatsächlich nötigen Produkten erfolgt.

109 Zu denken ist etwa an das Arbeitsrecht. Auch bei personalisierten Preisen können Diskriminierungen vorkommen, wenn Profiling an bestimmte unveränderliche persönliche Merkmale anknüpft; vgl. Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie/Rott, 2019, S. 285 (288, 293).

110 Vgl. Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (230 ff.).

111 Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, ZfPW 2019, 220 (233 f.).

Kontakt zu einem mit Menschen besetzten Kundendienst leicht erkennbar ist und effizient funktioniert, allein schon, um technische Probleme zu beseitigen. Ob ein HITL die Handlungsmöglichkeiten des AEE-Adressaten tatsächlich erweitert, hängt allerdings nicht vom Menschsein, sondern von dessen Kompetenzen innerhalb des Prozesses ab. Auch Transparenz kann individuelle Handlungsmöglichkeiten fördern, aber ob diese Wirkung tatsächlich eintritt, hängt von der konkreten Umsetzung ab, nicht von Information per se.

Die Fairness des Vertragsverfahrens ist auch für den Abschluss von Plattformnutzungsverträgen relevant. Die Bedeutung von Verfahren in privaten Rechtsverhältnissen zeigt sich in diesem Kontext allerdings auf umfassendere Weise. Denn Plattformen verwenden AEE-Systeme v. a. für das Management der Plattformnutzung. Aufgrund der gesellschaftlichen Bedeutung der Plattformen und ihrer Rolle als Gatekeeper entwickelt sich deren Nutzungsmanagement immer mehr zu einer Diskursregulierung. Faire Verfahren sind dabei von eminenter Bedeutung und erhalten eine über die Vertragsparteien hinausreichende, gesellschaftliche Dimension.¹¹² Eine analoge Geltung der Grundsätze für staatliche Verfahren wäre durchaus denkbar, wo die Plattformen staatliche Auflagen erfüllen oder faktisch zu erstinstanzlichen «Gerichten» über Persönlichkeits- oder Ehrverletzungen werden.¹¹³

112 Dies gilt im Einzelfall sowie für «content moderation» als «mass speech administration» (dazu Douek, Content Moderation as Administration, Harvard Law Review 136, forthcoming, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4005326).

113 In diese Richtung BVerfG 1 BvR 3080/09, 11.4.2018 Ziff. 46 (Stadionverbot). – Die Online-Streitbeilegung (Online Dispute Resolution, ODR) beschäftigt sich damit, wie Technik eingesetzt werden kann, um die Handlungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten zu verbessern. Die Plattformen müssten das Rad mit hin nicht neu erfinden, wohl aber zu einem Verständnis der Techniknutzung finden, das sich stärker an ihrer gesellschaftlichen Funktion orientiert. Vgl. zu ODR die VO (EU) Nr. 524/2013; Loutocký, Possible approaches towards the architecture of online courts and their potential in the decision-making process (Jusletter IT 31.5.2022); Susskind, Online Courts and the Future of Justice, 2019, der sich für eine eigentliche Transformation des Justizsystems einsetzt; Salter, Online Dispute Resolution and justice system integration, Windsor Yearbook of Access to Justice 2017, 112; Katsch/Rabinovich-Einy, Technology and Dispute Systems Design, Dispute Resolution Magazine 21 (2015), 8 (13), wonach die faire Streitbeilegung auf Sharing-Plattformen entscheidend dafür sein kann, ob die Begriffe des «Sharing» und des «Empowerments» tatsächlich verwirklicht werden; Rabinovich-Einy, Beyond efficiency, UCLA Journal of Law & Technology 2008, 12(1), 1, über die Auswirkungen von Technik auf prozedurale Werte; so-

VII. Schlusswort

Im Kontext vieler Vertragsbeziehungen kommen heute AEE-Systeme zum Einsatz. Die Automatisierung des Vertragsschlusses oder das automatisierte Nutzermanagement auf Plattformen scheint a priori selbstverständlicher Ausfluss der Vertragsfreiheit. Allerdings führen AEE-Systeme zu einem grundlegenden Wandel soziotechnischer Praktiken in Vertragsverhältnissen, weil sie die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten verändern und vormalig im entscheidenden Menschen verborgene Prozesse sichtbar machen.

Dies lenkt den Blick auf die Prozessualität des Verfahrens, das zu einem Vertragsschluss führt oder in dem das Nutzermanagement erfolgt. Dessen Qualität lässt sich nicht allein danach beurteilen, ob es frei von Furcht, Irrtum oder Täuschung ist, sondern auch, ob es der positiven Anforderung der Fairness genügt. Die Mittel, welche die Beteiligten bei diesen Verfahren einsetzen, müssen in umfassendem Sinn als angemessen erscheinen und sind nicht bereits deshalb legitim, weil sie für das angestrebte Ziel geeignet sind. Diese prozedurale Sicht auf Abläufe im Vertragskontext erlaubt einerseits, verschiedene Fragen, die sich durch soziotechnischen Wandel aufgrund der Digitalisierung stellen, thematisch zu bündeln. Andererseits ist das Konzept der Fairness ausreichend flexibel, um es für sehr unterschiedliche Akteure und Situationen zu konkretisieren.

Offen bleiben vorliegend die Konsequenzen eines Verstosses gegen die Fairness des Vertragsverfahrens, ebenso wie das Verhältnis dieser vertragsrechtlichen Überlegungen zu relevanten Vorschriften der DSGVO oder den Entwürfen zu einem Digital Services bzw. Digital Markets Act. Diese Fragen wären in anderen Untersuchungen zu vertiefen.

wie die verschiedenen Beispiele für ODR bei Rabinovich-Einy/Katsch, *The new courts*, *American University Law Review* 2017, 67(1), 165.