

Klaus Wiedemann

Rechtliche Implikationen Profiling-basierter Preispersonalisierung

MAX PLANCK
GESELLSCHAFT



OPEN ACCESS

 Springer

Munich Studies on Innovation and Competition

Band 20

Reihe herausgegeben von

Josef Drexl, Munich, Deutschland

Reto M. Hilty, Munich, Deutschland

The Munich Studies on Innovation and Competition present fundamental research on legal systems that have been created with the objective of promoting and safeguarding innovation and competition as the most important factors for economic growth and prosperity. Accordingly, this series will include monographic works in English in the different fields of intellectual property and competition law such as patent, trademark and copyright law, as well as unfair competition and antitrust law. Rather than describing what the law is, the series strives to contribute to the scholarship on how these legal systems should develop so as to promote innovation and competition. Therefore, its outlook is both international, by not focussing on any specific national legal system, and interdisciplinary. In particular, studies are encouraged that also incorporate the methods and findings of other disciplines such as economics, sociology and anthropology.

Klaus Wiedemann

Rechtliche Implikationen Profiling-basierter Preispersonalisierung



Klaus Wiedemann
Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb
München, Deutschland



ISSN 2199-7462 ISSN 2199-7470 (electronic)
Munich Studies on Innovation and Competition
ISBN 978-3-662-67451-2 ISBN 978-3-662-67452-9 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-662-67452-9>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en) 2023

Open Access funding provided by the Max Planck Society and the Max Planck Institute for Innovation and Competition.

Dieses Buch ist eine Open-Access-Publikation.

Open Access Dieses Buch wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Buch enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung/Lektorat: Brigitte Reschke

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer-Verlag GmbH, DE und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Heidelberger Platz 3, 14197 Berlin, Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Die mündliche Doktorprüfung fand am 25. Oktober 2022 in München statt. Die Arbeit wurde für die Veröffentlichung auf den Stand März 2023 gebracht.

Zunächst danke ich herzlich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Josef Drexl, LL.M. (UC Berkeley), Direktor am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München, für die Betreuung dieser Arbeit und sein in mich gesetztes Vertrauen. Die einzigartigen Rahmenbedingungen an unserem Institut und die mir gewährten Freiheiten und wissenschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten weiß ich sehr zu schätzen. Herrn Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) danke ich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die darin enthaltenen wertvollen Anmerkungen, die ich gerne noch für die Drucklegung berücksichtigt habe. Auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Reto M. Hilty und Herrn Prof. Dietmar Harhoff, Ph.D., bin ich mit Blick auf den regen und konstruktiven wissenschaftlichen Austausch der letzten Jahre zu Dank verpflichtet. Dem Institut danke ich zudem für die großzügige finanzielle Unterstützung dieser Veröffentlichung. Es ist mir eine große Ehre und Freude, dass es sich bei meiner Arbeit um die erste deutschsprachige Dissertationsschrift in der Reihe *Munich Studies on Innovation and Competition* handelt.

Unser MPI ist geprägt von einer herzlichen und kollegialen Atmosphäre. Dies ist nicht nur in wissenschaftlicher, sondern auch in persönlicher Hinsicht ungemein bereichernd. Einige Personen haben mich während der Erstellung dieser Arbeit begleitet und jeweils auf ihre Weise wesentlich zu ihrem erfolgreichen Abschluss beigetragen. Sie alle zu nennen, würde an dieser Stelle zu weit führen. Ausdrücklich danken möchte ich aber Dr. Eva-Marina Bastian, Dr. Sebastian Benz, Dr. Marco Botta, LL.M. (Leiden), Dr. Luc Desaunettes-Barbero, LL.M. (College of Europe), Prof. Dr. Michèle Finck, LL.M. (EUI), Dr. Marius Fischer, Dr. Franziska Greiner-Wittner, Dr. Laura Jones, Dr. Daria Kim, LL.M. (MIPLC), Dr. Jan Lersch, Dr. Ricarda Lotte, Dr. Florian Paschold, LL.M. (München), Dr. Moritz Sutterer, LL.M. (München), Seyhan Uğurlu, LL.M. (MIPLC) und Dr. Alina Wernick, LL.M. (Helsinki). In ihrer Funktion als Betreuerin bzw. Betreuer am Institut haben mich Dr. Gintarė

Surblytė-Namavičienė, LL.M. (München) und Dr. Axel Walz engagiert und tatkräftig unterstützt, wofür ich ihnen sehr dankbar bin. Ein besonderer Dank gilt Prof. Dr. Dr. Mark-Oliver Mackenrodt, LL.M. (NYU), der stets ein offenes Ohr für mich hatte und mir auf freundschaftliche und kollegiale Weise eine enorme Hilfe war. Zudem danke ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer Bibliothek für ihren stets engagierten und gewissenhaften Einsatz, der meine Arbeit am Institut wesentlich erleichtert hat.

Meinen lieben Eltern danke ich herzlich für ihre immerwährende und liebevolle Unterstützung. Der behütete Rahmen, den sie mir Zeit meines Lebens geschaffen haben, hat es mir ermöglicht, meinen eigenen Weg zu gehen. Dafür bin ich ihnen sehr dankbar. Meiner Frau Seraphina Wiedemann möchte ich in zweierlei Hinsicht danken: Zunächst danke ich ihr für ihre gewissenhaften und überaus hilfreichen Korrekturarbeiten sowie die zahlreichen konstruktiven Gespräche, die wir über meine Arbeit geführt haben. Zudem danke ich ihr von Herzen für ihre geduldige und liebevolle Unterstützung, auf die ich mich immer verlassen konnte und kann. Nach Fertigstellung meiner Dissertationsschrift wurde unser Sohn Julius geboren und erfüllt uns seitdem mit dem größten Glück. Ich wünsche ihm, dass er sich sein fröhliches und neugieriges Wesen Zeit seines Lebens bewahrt. Ihm widme ich diese Arbeit.

München, Deutschland
April 2023

Klaus Wiedemann

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
	I. Untersuchungsgegenstand	1
	II. Gang der Untersuchung	3
	III. Methodik	4
 Teil I Profiling und automatisierte Entscheidungen		
2	Profiling	9
	I. Definition	9
	1. Profiling im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung	9
	a. Datenschutzrechtliche Definition	9
	b. Mögliche Ergebnisse	10
	c. Einsatzgebiete	12
	d. Fallbeispiel: Google/CNIL 2019	13
	2. Scoring als Unterfall des Profilings	15
	II. Technische und methodische Hintergründe	20
	1. Knowledge Discovery in Databases	20
	2. Data Mining	22
	a. Clustering	24
	b. Association Rules	27
	3. Anwendung auf konkrete Personen	28
	4. Einfluss der Verwender und Entwickler	29
	III. Berechnung und Zuweisung von Wahrscheinlichkeitswerten	30
	1. Berechnung von Informationen und Zuweisung an den Einzelnen	30
	2. Strukturell bedingte Fehlerquote	32
	3. Kritische Bewertung	33

3	Profiling und automatisierte Entscheidungen: Ein 3-stufiges Modell	37
	I. Vorüberlegungen	37
	1. Überblick	37
	2. Terminologie	38
	II. Erste Stufe: Datensammlung	39
	1. Abstrakte Vergleichsdaten	39
	a. Vorüberlegungen	39
	b. Anonyme, anonymisierte und personenbezogene Daten	41
	c. Technische und rechtliche Probleme der Anonymisierung	42
	2. Personenbezogene Daten des Betroffenen	44
	III. Zweite und dritte Stufe: Profiling und Entscheidungsfindung sowie -ausführung	45
	IV. Herleitung, Eigenschaften und Nutzen des Modells	47
	1. Dogmatische Herleitung	47
	2. Eigenschaften und Nutzen	48
4	Regulierung von Profiling und automatisierten Einzelentscheidungen	51
	I. Überblick	51
	II. Regulierung von Profiling	52
	1. Rechtsgrundlagen	52
	a. Einwilligung	52
	b. Vertragliche oder vorvertragliche Notwendigkeit	55
	c. Allgemeine Interessenabwägungsklausel	57
	2. Erwägungsgründe und Datenschutzgrundsätze	58
	III. Verbot automatisierter Einzelentscheidungen	60
	1. Anwendungsbereich und <i>Funktion</i>	60
	a. Regelungsabsicht	60
	b. Schutz durch menschliche Entscheider	62
	c. Verhältnis von Profiling zu automatisierten Einzelentscheidungen	63
	d. Rechtliche Wirkung oder ähnliche erhebliche Beeinträchtigung	64
	2. Ausnahmen, Schutzmechanismen und norminterne Logik	66
	a. Interessenausgleich durch Verfahren	66
	b. Rolle der Transparenzpflichten	68
	c. Angemessene Maßnahmen als Schutzmechanismus	73
	d. Besonderer Schutz sensibler Daten	74
5	Zusammenfassung	77

Teil II Profiling, Preisdiskriminierung und Preispersonalisierung

- 6 Preisdiskriminierung** 83
 - I. Überblick und Definition 83
 - 1. Annäherung an den Begriff 83
 - 2. Konkretisierung der Definition von Stigler 84
 - 3. Value-based Pricing und risk-based Pricing 88
 - II. Voraussetzungen für Preisdiskriminierung 89
 - 1. Gewisser Grad an Marktmacht 89
 - 2. Verhinderung von Arbitrage 90
 - 3. Kenntnis des Reservationspreises 91
 - III. Arten von Preisdiskriminierung 93
 - 1. Preisdiskriminierung 1. Grades 94
 - a. Definition 94
 - b. Datenschutzrechtliche Relevanz 95
 - 2. Preisdiskriminierung 2. Grades 95
 - a. Definition 95
 - b. Datenschutzrechtliche Relevanz 98
 - 3. Preisdiskriminierung 3. Grades 99
 - a. Definition 99
 - b. Datenschutzrechtliche Relevanz 101
 - 4. Gemeinsamkeiten, Unterschiede und datenschutzrechtliche Überlegungen 103
- 7 Preispersonalisierung** 107
 - I. Vorüberlegungen 107
 - 1. Preispersonalisierung als Unterfall von Preisdiskriminierung 107
 - 2. Rahmenbedingungen im Online-Handel 108
 - 3. Weiteres Vorgehen 110
 - II. Personalisierte Preise in der Theorie 112
 - 1. Preisdiskriminierung und Online-Preispersonalisierung 112
 - 2. Konzeptionelle Überschneidungen mit Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO 113
 - 3. Anwendbarkeit des 3-stufigen Modells 114
 - III. Ablauf der Preissetzung nach dem 3-stufigen Modell 115
 - 1. Datenbeschaffung (Stufe 1) 116
 - 2. Datenauswertung: Bestimmung des Reservationspreises (Stufe 2) 118
 - 3. Entscheidungsfindung und -ausführung: Tatsächliches Einfordern personalisierter Preise (Stufe 3) 119
 - a. Art und Grenzen der Preiskommunikation 120
 - aa. Problem der zuverlässigen Kunden-Identifizierung 120
 - bb. Verschleierung oder Rechtfertigung der Diskriminierung ... 122
 - b. Preishöhe 127

aa. Monopolsituation.	128
bb. Koordinierungssituation	131
cc. Tacit Collusion als Folge algorithmenbasierter Preissetzungsmethoden?	134
4. Fallbeispiel: Netflix	139
5. Wertende Zusammenfassung	140
IV. Personalisierte Preise in der Praxis	141
1. Abgrenzung mittelbarer von unmittelbarer Preispersonalisierung	141
2. Ausgewählte Einzelfälle.	143
a. Amazon.com	143
b. Staples.	144
3. Behördlich durchgeführte bzw. veranlasste Studien.	145
a. Competition and Markets Authority (2017)	145
b. Studie im Auftrag der Europäischen Kommission (2018)	148
c. Studie im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (2016).	152
aa. Untersuchte Variablen und Methode	152
bb. Ergebnisse	153
cc. Wertende Zusammenfassung.	155
d. Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (2021)	155
aa. Forschungsfragen und Methode	155
bb. Ergebnisse	157
4. Wissenschaftliche Studien	160
a. Hannak et al. (2014)	160
aa. Abstraktes Ausmaß der Preispersonalisierung	161
bb. Gründe für Preispersonalisierung	164
cc. Wertende Zusammenfassung.	166
b. Mikians et al. (2012).	168
aa. Überblick über die Versuchsanordnung.	169
bb. Ergebnisse	170
cc. Wertende Zusammenfassung.	173
c. Mikians et al. (Fortsetzung 2013).	174
aa. Methodik und Forschungsfragen.	174
bb. Ergebnisse	175
cc. Wertende Zusammenfassung.	177
5. Zusammenfassung	178
a. Allgemeine Überlegungen	178
b. Technische und methodische Herausforderungen	179
c. Unmittelbare Preispersonalisierung methodisch greifbar.	181
d. Mittelbare Preispersonalisierung methodisch kaum greifbar.	182
e. Nur grobe Formen nachweisbar	183
f. Erklärung anhand des 3-stufigen Modells.	185
g. Wertende Zusammenfassung	189

- 8 Weiterführende Überlegungen** 193
 - I. Preispersonalisierung heute und in Zukunft 193
 - II. Ungleichbehandlung durch Gruppenbildung 195

Teil III Diskriminierung geschützter Gruppen durch Preispersonalisierung

- 9 Einleitung** 199
 - I. Normative Implikationen 199
 - 1. Unmittelbare Diskriminierung 199
 - 2. Mittelbare Diskriminierung 202
 - 3. Praktische Probleme 204
 - II. Rechtliche Implikationen 205
- 10 Relevante Rechtsregime** 209
 - I. Datenschutzrecht 209
 - 1. Datenschutz-Grundverordnung 209
 - 2. ePrivacy-Richtlinie und Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz 210
 - a. Regelungsgehalt der ePrivacy-Richtlinie 210
 - b. Umsetzung von Art. 5 III ePrivacy-Richtlinie 211
 - c. § 15 III TMG a. F. 212
 - d. § 25 TTDSG 213
 - e. Zwischenergebnis 215
 - 3. ePrivacy-Verordnung (Entwurf) 215
 - II. Verbraucherschutzrecht 216
 - 1. AGB-Richtlinie 217
 - 2. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 218
 - 3. Preisangabenverordnung 220
 - III. Antidiskriminierungsrecht 221
 - IV. Zwischenergebnis 222
- 11 Rechtliche Analyse anhand des 3-stufigen Modells** 223
 - I. Erste Stufe: Datenbeschaffung 223
 - 1. Datenschutzrecht 223
 - a. Personenbezug 223
 - aa. Vorüberlegungen 223
 - bb. Rechtliche Qualifikation technischer kundenbezogener Daten 225
 - cc. Breyer-Urteil: Identifizierbarkeit durch Dritte 230
 - dd. Weiterführende Überlegungen 232
 - ee. Abgrenzung von der rechtlichen Bewertung personalisierter Werbung 234
 - ff. Zwischenergebnis 235

b. Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung	236
aa. Einwilligung	237
bb. Vertragliche oder vorvertragliche Notwendigkeit	246
cc. Allgemeine Interessenabwägungsklausel	249
c. Transparenzpflichten	257
2. Zwischenergebnis	258
II. Zweite Stufe: Datenauswertung	259
1. Datenschutzrecht	259
a. Allgemeine Vorgaben (ErwG. 71 DSGVO)	259
b. Diskriminierungsverbot (ErwG. 71 DSGVO)	261
aa. Dogmatische Einordnung	261
bb. Konkretisierung der Datenschutzgrundsätze	264
2. Zwischenergebnis	266
III. Dritte Stufe: Entscheidungsfindung und -ausführung	267
1. Datenschutzrecht	267
a. Anwendbarkeit (Art. 22 I DSGVO)	267
aa. Automatisierte Einzelentscheidung	267
bb. Erhebliche Beeinträchtigung	268
cc. Diskriminierungsschutz	269
b. Ausnahmen (Art. 22 II DSGVO)	271
aa. Erforderlichkeit	271
bb. Öffnungsklausel	272
cc. Ausdrückliche Einwilligung	273
dd. Art. 22 IV DSGVO	274
c. Rechtsfolgen und praktische Überlegungen	275
d. Zwischenergebnis	277
2. Lauterkeitsrecht	277
a. Per se-Verbot (§ 3 III UWG i. V. m. Anhang Nr. 18)	277
b. Preisbezogene Irreführung (§ 5 I UWG)	279
aa. Täuschung über den Preis oder Art und Weise der Preisberechnung	280
bb. Irreführung über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils	284
c. Transparenzpflichten	284
aa. Irreführung durch Unterlassen (§ 5a I UWG)	284
bb. Informationspflicht („New Deal for Consumers“ 2019)	286
d. Verbrauchergeneralklausel (§ 3 II UWG)	287
e. Zwischenergebnis	290
3. Antidiskriminierungsrecht	290
a. Zivilrechtliches Gleichbehandlungsgebot	291
b. Anwendung auf Preispersonalisierung	292

c. Rechtfertigung oder Tatbestandsausschluss	293
aa. Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 I S. 1 AGG)	293
bb. Mittelbare Benachteiligung (§ 3 II AGG)	295
d. Zwischenergebnis	296
IV. Zusammenfassende Überlegungen	297
12 Abschließende Bemerkungen	301
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	301
II. Ausblick	303
III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse mithilfe von Thesen	305
Literatur	309

Über den Autor

Klaus Wiedemann; Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Würzburg und Heidelberg sowie am Trinity College Dublin (Irland); 2013 Erste juristische Prüfung (Heidelberg); Juristischer Vorbereitungsdienst am Landgericht Mosbach, u. a. mit Stationen bei Linklaters LLP (Frankfurt a.M.) und an der University of Oxford, Institute of European and Comparative Law (Großbritannien); 2015 Zweite juristische Staatsprüfung (Stuttgart); Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (München); seit 2022 Wissenschaftlicher Referent ebenda; 2023 Promotion an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Kapitel 1: Einleitung



I. Untersuchungsgegenstand

Die vorliegende Arbeit untersucht, wie datenbasiertes Profiling und automatisierte Entscheidungen funktionieren, funktional miteinander zusammenhängen und reguliert sind (Teil I). Im Anschluss analysiert sie, welche Möglichkeiten der Nutzung von Profiling bestehen, um im Online-Handel Preise zu personalisieren (Teil II). Aufbauend auf den so gefundenen Erkenntnissen behandelt die Arbeit schließlich die Frage, ob das geltende materielle Recht ausreichende Schutzmechanismen vor Diskriminierung bereithält, die aus der Zugehörigkeit zu geschützten Gruppen resultiert und in ihrer systematischen preislichen Schlechterstellung zum Ausdruck kommt (Teil III). Die Arbeit ist modular aufgebaut. Der erste Teil erarbeitet eine Grundlage für die weiteren Untersuchungen. Der zweite und dritte Teil bauen auf dem jeweils vorhergehenden auf. Preispersonalisierung stellt nur einen von zahlreichen denkbaren Anwendungsfällen der im ersten Teil entwickelten Grundlagen dar. Bei der Analyse des bestehenden Diskriminierungsschutzes handelt es sich, daran anknüpfend, um die Behandlung einer speziellen rechtlichen Fragestellung.

Bei Profiling geht es im Wesentlichen um die Bewertung der persönlichen Aspekte einer natürlichen Person mithilfe einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 4 Nr. 4 Datenschutz-Grundverordnung¹). Es handelt sich um ein technisches Erkenntnisverfahren, welches sich statistischer Methoden und der automatisierten Bildung künstlicher Vergleichsgruppen bedient, um Analysen und Vorhersagen über natürliche Personen oder Personengruppen zu erstellen.

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments 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) (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1 ff.). Die Datenschutz-Grundverordnung (im Folgenden „DSGVO“) wurde nach ihrem Inkrafttreten dreimal berichtigt, zuletzt am 4.3.2021 (ABl. L 314 vom 22.11.2016, S. 72, ABl. L 127 vom 23.5.2018, S. 2 ff. sowie ABl. L 74 vom 4.3.2021, S. 35).

Gegenstand dieser Bewertungen ist stets ein Mensch. Voraussetzung für Profiling ist immer der Zugriff auf Daten, die größtenteils personenbezogen sind. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Technik, etwa in den Bereichen Werbewirtschaft und Kredit-Scoring, kann kaum überschätzt werden. Profiling befindet sich damit an einer fragilen Schnittstelle von persönlichkeitsrechtlichen und wirtschaftlichen Interessen. Da die Digitalwirtschaft von zunehmender Individualisierung und dem Einsatz automatisierter Entscheidungsfindungsprozesse geprägt ist, ist die Frage des richtigen Umgangs mit Profiling auch von gesellschaftlicher Relevanz.

Preispersonalisierung bedeutet, stark verkürzt formuliert, dass der Preis für ein Gut oder eine Dienstleistung an die individuelle Zahlungsbereitschaft des einzelnen Kunden angepasst wird. Die Arbeit behandelt (ausschließlich) den Online-Handel mit Gütern und Dienstleistungen zwischen Unternehmern und Endverbrauchern. Typische Anwendungsfälle sind beispielsweise der Verkauf von Verbrauchsgütern und das Anbieten von Flugbuchungen. Preispersonalisierung ist begrifflich strikt zu unterscheiden von dynamischer Preissetzung. Diese ist kein Ausdruck von Personalisierung, sondern von Angebot und Nachfrage. Diese Abgrenzung ist für die vorliegende Untersuchung von essenzieller Bedeutung. Nur Personalisierung löst datenschutzrechtliche (und einige andere) Schutzmechanismen aus. Zudem wird sie von Kunden deutlich negativer rezipiert als dynamisch begründete Preisschwankungen. Die Diskriminierung geschützter Gruppen durch personalisierte Preise ist gegenwärtig ein wohl eher theoretisches Problem. Der Nachweis, dass Preise überhaupt personalisiert werden, ist nur mit großem technischem Aufwand möglich. Umso schwieriger ist der Nachweis einer Diskriminierung geschützter Gruppen durch personalisierte Preise. Abwegig ist eine solche aber nicht: Die – vor allem in den USA – bereits vor längerer Zeit erkannte Problematik des sog. *Redlinings*² kann in abgewandelter Form auch im Kontext von personalisierten Preisen wieder Realität werden. Die im dritten Teil dieser Arbeit diskutierte Frage, ob das geltende Recht diesem Szenario gewachsen ist, ist damit nicht nur eine akademische.

Die Untersuchung wählt zunächst einen datenschutzrechtlichen Blickwinkel und erweitert diesen Schritt für Schritt um Erkenntnisse aus dem technischen, ökonomischen und empirischen Bereich. Der datenschutzrechtliche Ansatz wird im dritten Teil der Untersuchung umfassend um verbraucher- und antidiskriminierungsrechtliche Erwägungen ergänzt. Auf spezifisch kartellrechtliche Fragestellungen geht die Analyse dort nur am Rande ein. Preisdiskriminierung und *Personalised Pricing*³ werden auch im kartellrechtlichen Schrifttum – vor allem im Kontext des Missbrauchstatbestands, Art. 102 AEUV bzw. § 19 f. GWB – dis-

²*Redlining* bedeutet, dass mithilfe eines symbolischen Rotstifts auf einer Stadtkarte ein Gebiet markiert wird, in dem Kunden wohnen, die aus Sicht etwa einer Bank pauschal als ökonomisch unattraktiv eingestuft werden. Damit gehen Benachteiligungen einher, z. B. bei der Vergabe von Krediten. Diese Praxis ist höchst umstritten, da die betroffenen Kunden oftmals geschützten Gruppen – etwa einer bestimmten Ethnie – angehören.

³Die Begriffe *Personalised Pricing* und Preispersonalisierung werden im Folgenden synonym verwendet.

kutiert.⁴ Der dritte Teil dieser Arbeit untersucht rechtliche Schutzmechanismen, die bestimmte Gruppen vor unzulässiger Diskriminierung bewahren sollen. Auf dieses spezifische Problem ist das Kartellrecht aber nicht zugeschnitten. Im Gegensatz zum Datenschutz- und Antidiskriminierungsrecht schützt es den freien und unverfälschten Wettbewerb. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es zukünftig – etwa unter Rückgriff auf die Konstellation des Ausbeutungsmissbrauchs – im Kontext von personalisierten Preisen auch im Hinblick auf den Schutz von Endverbrauchern Bedeutung erlangen wird. Dieser Schutz vor Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wäre aber gänzlich unabhängig und losgelöst von einem Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe. Unabhängig davon haben datenschutz-, verbraucherchutz- und lauterkeitsrechtliche Lösungen den Vorteil, dass sie in den hier diskutierten Konstellationen einen bedeutend breiteren und grundsätzlich stets eröffneten Anwendungsbereich aufweisen: Sie erfordern keinen Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung und keine vertieften ökonomischen Analysen.⁵

II. Gang der Untersuchung

Abgesehen von der Einleitung und den abschließenden Bemerkungen gliedert die Arbeit sich in drei Teile. Der erste widmet sich zunächst einer datenschutzrechtlichen und technischen Annäherung an den Begriff Profiling, aufbauend auf der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 4 DSGVO. Ausgehend davon wird ein 3-stufiges Modell entwickelt, auf das im Laufe der Untersuchung immer wieder Bezug genommen wird und dieses als Grundlage dient. Dieses Modell bildet ab, wie automatisierte datenbasierte Entscheidungsfindungsprozesse in tatsächlicher Hinsicht ablaufen: Auf Stufe 1 findet die Sammlung personenbezogener Daten sowie abstrakter Vergleichsdaten statt, auf Stufe 2 das Auswerten der Daten (das eigentliche Profiling), auf Stufe 3 das Treffen und Ausführen von Entscheidungen, aufbauend auf den Erkenntnissen des Profilings. An dieser Stelle findet eine erste Auseinandersetzung mit den datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen statt. Das 3-stufige Modell kann als Blaupause für weitere Forschung dienen. Es ist nicht auf den Anwendungsfall „Preispersonalisierung“ beschränkt, sondern stets anwendbar, wenn datenbasiertes Profiling zum Treffen und Ausführen von automatisierten Entscheidungen herangezogen wird. Es erlaubt die Analyse von Abläufen, ihre rechtliche Bewertung und die Zuordnung von Verantwortlichkeiten. Der letztgenannte Aspekt entfaltet seinen

⁴Vgl. dazu statt vieler *Muraca/Maggiolino*, ECLR 40 (2019), 483 ff. *passim*; *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683 ff. *passim* und *Botta/Wiedemann*, Eur. J. Law. Econ. 50 (2020), 381, 389–394 m. w. N.

⁵Siehe zu den ökonomischen Auswirkungen personalisierter Preise und den Hürden der kartellrechtlichen Rechtsdurchsetzung *Botta/Wiedemann*, Eur. J. Law. Econ. 50 (2020), 381, 386–388 und 393 f.

Nutzen vor allem dann, wenn verschiedene Akteure arbeitsteilig zusammenwirken und die verschiedenen Stufen von verschiedenen Personen verantwortet werden.⁶

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich im Schwerpunkt der Preispersonalisierung und ihrer Umsetzung in Theorie und Praxis. Dafür ist zunächst eine Auseinandersetzung mit dem ökonomischen Begriff Preisdiskriminierung notwendig. Personalisierte Preise stellen nach hier vertretener Ansicht einen Unterfall von Preisdiskriminierung 3. Grades dar. Eine wesentliche Erkenntnis dieses Teils liegt darin, dass Profiling und Preispersonalisierung auf derselben konzeptionellen Herangehensweise basieren. Das 3-stufige Modell dient hier als Grundlage, um zu eruieren, wie Preispersonalisierung in der Theorie ablaufen könnte und welchen Hindernissen Anbieter ausgesetzt sind. Diese Erwägungen werden ergänzt durch eine umfassende Analyse von empirischen Studien, die sich mit dem Vorkommen von Preispersonalisierung in der Praxis befassen haben, sowie ausgewählten Einzelfällen. Dabei zeigt sich, dass personalisierte Preise heutzutage ein ausgesprochen seltenes Phänomen zu sein scheinen – im starken Gegensatz zu dynamisch und anderweitig begründeten Preisschwankungen und Individualisierungen.

Der dritte Teil der Arbeit führt tatsächliche, rechtliche und normative Erwägungen zusammen. Er stellt die Frage, ob das geltende materielle Recht in der Lage ist, eine durch Preispersonalisierung herbeigeführte Diskriminierung rechtlich geschützter Gruppen zu verhindern. Hintergrund dieser Fragestellung ist die Überlegung, dass Profiling-basierte Preispersonalisierung auf dem Prinzip der Gruppenbildung aufbaut. Dem systematischen Bilden und Andersbehandeln einzelner Gruppen wohnt die Gefahr inne, solche Gruppen zu benachteiligen, die aus rechtlichen – letztlich moralischen – Gründen nicht benachteiligt werden dürfen. Das Recht begegnet dem Problem der ungewollten Diskriminierung im Privatrechtsverkehr mit zwei Mechanismen: Indem es Informationspflichten auferlegt und indem es bestimmte (diskriminierende) Handlungen verbietet. Einschlägige Schutzmechanismen finden sich im Datenschutzrecht, im Lauterkeitsrecht und im Antidiskriminierungsrecht. Ihr Zusammenspiel auf den drei Stufen des Modells wird analysiert und bewertet. Diese rechtliche Analyse bezieht sich stets auf das spezifische Problem der Gruppendifferenzierung. Dennoch sind einige ihrer Ausführungen auch auf andere Fallkonstellationen übertragbar.

III. Methodik

Die hier untersuchten rechtlichen Fragestellungen können nicht losgelöst von praktischen Erwägungen und Erkenntnissen aus anderen Disziplinen beantwortet werden. Deshalb kommen nicht nur die klassischen juristischen Auslegungsmethoden

⁶Typisches Beispiel hierfür ist das Kredit-Scoring: Auskunfteien erstellen mit den Mitteln des Profilings Score-Werte, die Auskunft über die individuelle Kreditwürdigkeit geben (Stufe 2 des Modells). Diese werden anschließend von Kreditinstituten als Entscheidungsgrundlage für die Vergabe von Krediten herangezogen (Stufe 3).

sowie die Auswertung von Rechtsprechung und Behördenpraxis zum Tragen. Das hier entwickelte 3-stufige Modell stellt einen eigenen methodischen Ansatz dar. Es ist strukturell an eine datenschutzrechtliche Denkweise angelehnt und erlaubt die zielgerichtete Verknüpfung von wirtschaftlichen bzw. technischen Abläufen mit einer rechtlichen Bewertung. Der Begriff Preispersonalisierung als Unterfall von Preisdiskriminierung ist ein genuin ökonomischer. Um ihn einer rechtlichen Bewertung überhaupt zugänglich zu machen, ist eine Auseinandersetzung mit den ökonomischen Begrifflichkeiten und den damit einhergehenden Wirkweisen zwingend. Die Untersuchung des praktischen Vorkommens von Preispersonalisierung basiert auf der Auswertung verschiedener empirischer Studien. Ihre Analyse ist unter zwei Gesichtspunkten hilfreich: Sie hilft zunächst, zu verstehen, wie häufig und mit welchen ökonomischen Auswirkungen Preispersonalisierung tatsächlich vorkommt. Zudem verdeutlicht sie, wie schwierig – teilweise unmöglich – die Abgrenzung von personalisierten und dynamischen Preisen ist. Im Kontext von Preispersonalisierung greift die Arbeit zudem auf Erkenntnisse aus dem Marketing und der Verhaltensökonomie zurück.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Teil I
Profiling und automatisierte
Entscheidungen

Kapitel 2: Profiling



I. Definition

1. Profiling im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung

a. Datenschutzrechtliche Definition

Vor Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung bestand im europäischen Rechtsraum keine rechtlich verbindliche Definition des Begriffs Profiling. Er wurde weder in der Datenschutz-Richtlinie 94/46/EG¹ noch in den verschiedenen Fassungen des Bundesdatenschutzgesetzes² verwendet. Auch ansonsten besteht keine fest etablierte Definition. In der vorliegenden Arbeit wird als Ausgangspunkt der Untersuchungen auf die Legaldefinition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO zurückgegriffen, um den Begriff im Kontext der Verordnung zu konkretisieren.

Profiling ist demnach „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, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder

¹Richtlinie 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 (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31 ff.) (im Folgenden „DSRL“).

²Im Folgenden bezeichnet „BDSG n.F.“ das Bundesdatenschutzgesetz vom 30.6.2017, BGBl. 2017 I, S. 2097, zuletzt geändert durch Art. 12 Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU vom 20.11.2019 (BGBl. 2019 I, S. 1626). „BDSG a.F.“ bezeichnet das Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.1.2003, BGBl. 2003 I, S. 66, zuletzt geändert durch Art. 10 II Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vom 30.10.2017 (BGBl. 2017 I, S. 3618).

vorherzusagen“. Diese Legaldefinition entspricht dem typischen Begriffsverständnis von Profiling im privatwirtschaftlichen Bereich im Verhältnis zwischen Unternehmen und (einzelnen) Verbrauchern. Sie zeigt zudem große Ähnlichkeit mit der Formulierung, die das Ministerkomitee im Anhang einer Empfehlung³ zur Auslegung der Europäischen Datenschutzkonvention von 1981 (bekannt als „Konvention 108“)⁴ an die Mitgliedstaaten des Europarats verwendet hat. Profiling wird dort beschrieben als „*ein Verfahren der automatisierten Verarbeitung von Daten, das darin besteht, einer natürlichen Person ein ‚Profil‘ zuzuordnen, um insbesondere Entscheidungen in Bezug auf ihre Person zu treffen oder um ihre persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen und Einstellungen zu analysieren oder vorherzusagen*“.⁵

Profiling ist demnach ein Verfahren, in dem personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO automatisiert verarbeitet werden, um persönliche Aspekte einer natürlichen Person zu bewerten. Nur eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten kann unter diese Legaldefinition subsumiert werden, obwohl der sachliche Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung auch bei der nicht automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten eröffnet ist, sofern diese gem. Art. 2 I DSGVO „*in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen*.“ Eine rein manuelle Verknüpfung der Daten zwecks Bewertung persönlicher Aspekte stellt also noch kein Profiling im Sinne der Verordnung dar.⁶

b. Mögliche Ergebnisse

Die Spannweite der so generierbaren Erkenntnisse und Beurteilungen ist äußerst weit, wie die nicht abschließende⁷ („*insbesondere*“) Auflistung von Regelbeispielen zeigt. Der Wortlaut von Art. 4 Nr. 4 DSGVO deutet darauf hin, dass eine derartige Bewertung persönlicher Aspekte entweder einen aktuellen Status beschreibt („*analysieren*“) oder eine in die Zukunft gerichtete Vorhersage trifft („*vorherzusagen*“). Die Legaldefinition der Datenschutz-Grundverordnung stellt von ihrem

³Empfehlung CM/Rec(2010)13 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über den Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit Profiling.

⁴Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (Konvention Nr. 108) vom 28.1.1981, BGBl. 1985 II, S. 539. Das Ministerkomitee des Europarats hat 2018 eine modernisierte Fassung dieses Übereinkommens angenommen („Konvention 108+“). Diese muss noch von einer ausreichenden Zahl an Staaten ratifiziert werden, bevor sie in Kraft tritt. Vgl. *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: dies. (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Einl. Rn. 111–115.

⁵Nichtamtliche Übersetzung aus dem Französischen, abrufbar unter https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cdd0a (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

⁶*Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 5 DSGVO.

⁷*Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 7 DSGVO; *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, EL 2/2023, Art. 4 Rn. 125.

Wortlaut her – im Gegensatz zu der Definition des Ministerkomitees – bloß auf das eigentliche Erstellen der Bewertung ab, nicht aber auf die darauf basierenden, nachfolgenden Entscheidungen. Inhaltlich macht dies auf den ersten Blick keinen Unterschied, da Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO keinen Selbstzweck darstellt, sondern vielmehr regelmäßig gerade mit dem Blick auf nachfolgende Entscheidungen durchgeführt wird. Zu beachten ist jedoch die explizite Regulierung automatisierter Einzelentscheidungen in Art. 22 DSGVO, welche eine (rechtliche und tatsächliche) Unterscheidung zwischen Profiling einerseits und der auf Profiling basierenden Entscheidungsfindung im Einzelfall (und ihrer Ausführung) andererseits nahelegt.⁸

Bereits die große Bandbreite an Regelbeispielen des Art. 4 Nr. 4 DSGVO zeigt, dass der Begriff Profiling die Bewertung inhaltlich ganz verschiedener und unterschiedlich komplexer persönlicher Aspekte umfassen soll.⁹ Der Anwendungsbezug der Legaldefinition ist damit bewusst weit gewählt. Angesichts der genannten, teilweise sehr speziellen Aspekte („*Aufenthaltsort*“, „*Ortswechsel*“) wird deutlich, dass nicht nur die Erstellung von umfassenden, detaillierten Persönlichkeitsprofilen unter diesen Begriff subsumiert werden kann. Auch simpler gehaltene Bewertungen können das Ergebnis von Profiling sein.¹⁰ Es ist wichtig, bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass der Wortlaut des Art. 4 Nr. 4 DSGVO deutlich macht, dass Profiling (auch bei den vermeintlich völlig objektiven persönlichen Aspekten „*Aufenthaltsort [und] Ortswechsel*“) nicht dazu verwendet wird, persönliche Aspekte schlicht objektiv festzustellen. Es ist charakteristisch für Profiling im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung, dass eine Bewertung generiert wird. Dies geschieht entweder dergestalt, dass bekannte persönliche Aspekte analysiert werden („*um Aspekte (...) zu analysieren*“) oder dass sie vorhergesagt werden („*um Aspekte (...) vorherzusagen*“). Es geht damit sowohl um eine analytische Bewertung der Gegenwart als auch um das Treffen von Vorhersagen über persönliche Aspekte mit Blick auf die Zukunft. In beiden Konstellationen wird versucht, vom Bekannten auf das Unbekannte zu schließen.

Moderne Smartphones sind beispielsweise häufig mit einer Vielzahl von Sensoren ausgestattet und damit in der Lage, ganz verschiedene Arten von Daten zu erheben. In aller Regel sind in ihnen GPS-Tracker, Beschleunigungsmesser, Umgebungslichtmesser, Kompass, Gyroskope und weitere Sensoren enthalten, die es erlauben, Informationen über den Nutzer und seine Umwelt aufzuzeichnen.¹¹ Die Sammlung und Auswertung von mittels Smartphones gesammelten Daten haben eine bedeutende Rolle bei der Entwicklung der datengetriebenen Wirtschaft gespielt und zahlreiche Innovationen ermöglicht.¹² Auch andere Produkte des *Internet of Things* („Internet der Dinge“) – also solcher Alltagsgegenstände, die mit Senso-

⁸ Siehe dazu unten Kap. 4, III.

⁹ Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 7 DSGVO.

¹⁰ Vgl. Greenstein, *Our Humanity exposed*, 2017, S. 42 f.

¹¹ Peppet, *Tex. L. Rev.* 93 (2014), 85, 114 f.; *Tene/Polonetsky*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 11 (2013), 239, 247.

¹² *Tene/Polonetsky*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 11 (2013), 239, 247.

ren ausgestattet sind und das Sammeln großer Mengen personenbezogener Daten ermöglichen – erlauben generell eine umfassende Profilbildung Einzelner, vor allem durch das Zusammenführen von Daten aus verschiedenen Quellen (sog. *Data Fusion*).¹³ Das bloße Sammeln der Daten als solches stellt aber noch kein Profiling dar, da damit keine Bewertung einhergeht. Vielmehr handelt es sich um ein zunächst wertneutrales Erfassen von Informationen. Allerdings erlauben diese Sensordaten es auch – vor allem in ihrer Kombination bzw. durch das Zusammenführen mit Daten aus anderen Quellen –, eine Bewertung einer Person in Form einer Analyse bzw. einer Vorhersage zu erstellen.¹⁴ Es ist mit den heutigen Mitteln der automatisierten Datenverarbeitung z. B. durchaus möglich, durch Auswertung der Sensoren auf demografische Eigenschaften des Handynutzers (wie z. B. Geschlecht, Ehestand, Alter etc.)¹⁵ oder auf seine Gesundheit, sein allgemeines Wohlbefinden und weitere persönliche Aspekte zu schließen.¹⁶ Erwägungsgrund 30 der Datenschutz-Grundverordnung führt zutreffend beispielhaft aus, dass auch IP-Adressen, Cookies und Funkfrequenzkennzeichnungen in Verbindung mit weiteren Informationen zur Bildung von Profilen herangezogen werden können.¹⁷

Ausgehend von den genannten Beispielen bezieht sich Profiling zum einen auf Eigenschaften, auf die der Betroffene keinen oder nur bedingten Einfluss hat, wie z. B. die „*Gesundheit, persönliche Vorlieben [und] Interessen*“. Zugleich wird das bewusst steuerbare „*Verhalten*“ des Betroffenen genannt, wobei „*Aufenthaltsort [und] Ortswechsel*“ als Beispiele für ein solches Verhalten verstanden werden können.

c. Einsatzgebiete

Profiling kommt beispielsweise zur Anwendung, wenn Anbieter von Online-Shops das Verhalten ihrer Nutzer erfassen und anhand der gesammelten Daten automatisiert individuelle Kundenprofile erstellen.¹⁸ Ausgehend von diesen Profilen gestalten sie die weitere Interaktion mit den Betroffenen aus, idealerweise genau abgestimmt auf die jeweils erkannten Vorlieben, Eigenschaften und Verhaltensmuster.¹⁹ Profiling kann damit als Teilaspekt des sog. *Customer Relationship Manage-*

¹³ *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 20.

¹⁴ *Peppet*, Tex. L. Rev. 93 (2014), 85, 115 f.

¹⁵ *Zhong/Tan/Mo u. a.*, Pervasive and Mobile Computing 9 (2013), 823, 834.

¹⁶ *Peppet*, Tex. L. Rev. 93 (2014), 85, 115 f.

¹⁷ Hintergrund dieses Erwägungsgrundes ist aber primär die Frage, ob derlei Daten personenbezogen sind i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Über die rechtliche Zulässigkeit von Profilbildungen trifft er keine Aussage, vgl. *Gola*, in: *Gola/Heckmann* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 4 Rn. 44 DSGVO.

¹⁸ *Kerr*, in: *Hildebrandt/Vries* (Hrsg.), Privacy, Due Process and the Computational Turn, 2013, S. 91, 98.

¹⁹ Vgl. *Ernst*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 4 Rn. 39 DSGVO und Erwägungsgrund 23 S. 2 DSGVO; *Kerr*, in: *Hildebrandt/Vries* (Hrsg.), Privacy, Due Process and the Computational Turn, 2013, S. 91, 98; *King/Forder*, Computer Law & Security Review 32 (2016), 696, 700 f.; *Räuchle*, Online-Profilung, 2006, S. 11 f.

ments eingesetzt werden und der Optimierung des Verhältnisses zwischen Unternehmer und Kunden dienen.²⁰ Das übergeordnete Ziel ist dabei häufig der Verkauf von Gütern oder Dienstleistungen.²¹ Trotz der dem E-Commerce innewohnenden Anonymität können Kunden auf diese Weise individuell angesprochen und so an das Unternehmen gebunden werden.²² Auch dann, wenn einem Nutzer auf der Homepage eines Online-Händlers oder per E-Mail individualisierte Kaufempfehlungen präsentiert werden, die sich an der jeweiligen Kaufhistorie orientieren, liegt Profiling vor: Anhand automatisierter Verarbeitung der vorliegenden Informationen über getätigte Käufe wurde ein mögliches Interesse an bestimmten Produkten erkannt und für eine Werbeansprache genutzt (sog. *Online Behavioural Advertisement*).²³ Ähnlich verhält es sich bei Streamingdiensten für Musik und Videos im Internet. Deren Kunden erhalten, ausgehend von ihrem bisherigen Nutzungsverhalten, als Teil der Dienstleistung individualisierte Empfehlungen, z. B. für den Abruf bestimmter Filme oder Musikstücke.²⁴ Die Vorlieben ihrer Nutzer zutreffend vorherzusagen, ist für die Anbieter solcher Streamingdienste ein wichtiger Teil ihres Geschäftsmodells.²⁵ Profiling kommt im privatwirtschaftlichen Bereich auch für Zwecke der Risikominimierung zum Einsatz und hilft beispielsweise beim Aufdecken von Betrugsversuchen und der Verifikation der Identität von Kunden.²⁶ Es wird von zahlreichen Unternehmen aus verschiedenen Bereichen eingesetzt, vor allem von den Betreibern von Suchmaschinen und sozialen Netzwerken, Online-Händlern, Werbeunternehmen und Telefonanbietern.²⁷

d. Fallbeispiel: Google/CNIL 2019

Ein anschauliches Beispiel für Profiling und die zugrunde liegenden Methoden enthalten die Feststellungen, die die französische Datenschutzbehörde CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) im Rahmen eines Bußgeldverfahrens gegen *Google* getroffen hat. Die CNIL hat im Januar 2019 gegen die *Google LLC* (mit Sitz in Mountain View, Kalifornien, USA) ein Bußgeld in Höhe von 50 Mio. € wegen Verstößen gegen verschiedene Vorschriften der Datenschutz-

²⁰ *Räuchle*, Online-Profiling, 2006, S. 11 f.

²¹ *Kerr*, in: Hildebrandt/Vries (Hrsg.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, S. 91, 101.

²² *Räuchle*, Online-Profiling, 2006, S. 12.

²³ *Amazon* hat diese Form der Werbung in den USA bereits in den Anfangsjahren des Internethandels etabliert, vgl. *Härting*, CR 30 (2014), 528, 529 und *Tene/Polonetsky*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 11 (2013), 239, 249.

²⁴ *Härting*, CR 30 (2014), 528, 529.

²⁵ Vgl. dazu z. B. *Ohm*, *UCLA L. R.* 57 (2010), 1701, 1720.

²⁶ *King/Forder*, *Computer Law & Security Review* 32 (2016), 696, 700.

²⁷ *Dies.*, *Computer Law & Security Review* 32 (2016), 696, 698. Diese nennen zudem noch „Data Broker“ als besonders wichtige Marktteilnehmer. In Deutschland dürfte diese Form des kommerziellen Datenhandels allerdings bedeutend weniger verbreitet sein als in den USA.

Grundverordnung verhängt.²⁸ Die CNIL warf *Google* vor, gegen die Transparenzpflichten der Art. 12 ff. DSGVO verstoßen und personenbezogene Daten mangels wirksamer Einwilligung i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO ohne Rechtsgrundlage verarbeitet zu haben. Streitgegenstand war die datenschutzrechtliche Bewertung von personalisierter Werbung denjenigen Kunden gegenüber, welche im Kontext der Inbetriebnahme eines Smartphones mit Android-Betriebssystem einen *Google*-Account anlegen.

Mit Blick auf die Transparenzpflichten des Art. 12 I DSGVO führt die CNIL aus, dass *Google* Nutzerdaten aus gänzlich verschiedenen Quellen sammelt, zusammenführt und auswertet, um die so gewonnenen Erkenntnisse für spätere Entscheidungen zu nutzen. Dabei werden Daten erhoben, welche sich auf die Nutzung des Smartphones selbst, auf die Nutzung von *Google*-eigenen Diensten (etwa *YouTube* und *GMail*) und auf die Nutzung von Webseiten Dritter beziehen, welche wiederum über Plug-ins (wie etwa *Google Analytics*) mit *Google* verbunden sind und dorthin Daten übermitteln.²⁹ Die Behörde unterscheidet drei Kategorien von Daten.

Die erste Kategorie bezieht sich auf Daten, die der Nutzer selber bereitgestellt hat. Gemeint sind damit beispielsweise der Name des Nutzers, sein Passwort, seine Telefonnummer, seine E-Mail-Adresse, die von ihm empfangenen Dateien (Fotos, Videos etc.) und die von ihm gewählte Zahlungsweise.³⁰ Die zweite Kategorie enthält Daten, die bei Aktivitäten des Nutzers generiert und gesammelt werden und über diese Auskunft geben. Beispielhaft genannt sind die dem Nutzer im Laufe der Zeit zugewiesenen IP-Adressen, ihm zugewiesene eindeutige Kennziffern, seine Nutzung von WLAN-Anschlüssen, die mit Bluetooth-Geräten getätigten Verbindungen, sein Aufenthaltsort, technische Daten des Endgeräts (inklusive Daten, die von Sensoren erhoben werden, wie etwa der im Smartphone enthaltene Beschleunigungsmesser), die von ihm aufgerufenen Videos, von ihm getätigte Suchanfragen, von ihm getätigte Einkäufe und von ihm genutzte Applikationen.³¹ Die dritte Kategorie bezieht sich auf Daten, welche sich infolge von Berechnungen bzw. Schlussfolgerungen ergeben, welche auf Daten aus den ersten beiden Kategorien aufbauen.³² Was die Nutzung von Daten aus der dritten Kategorie angeht, differenziert die CNIL unter Bezugnahme auf die Verarbeitungszwecke, die in der von *Google* verwendeten Datenschutzerklärung aufgelistet sind. Sie geht zum einen davon aus, dass *Google* die Analysen durchführt, um personalisierte Werbung für Dritte anbieten zu können. Zugleich werden die Analyseergebnisse aber auch herangezogen, um Suchergebnisse, Inhalte und Empfehlungen für die Nutzer zu personalisieren.³³ Sie macht damit deutlich, dass verschiedene Zwecke verfolgt werden: Eine indirekte Kommerzialisierung der Daten (durch Verkauf der Werbepplätze an Dritte) ei-

²⁸ Deliberation of the Restricted Committee SAN-2019-001 of 21 January 2019 pronouncing a financial sanction against GOOGLE LLC (im Folgenden „Beschluss CNIL“).

²⁹ Beschluss CNIL, S. 15 Rn. 106.

³⁰ Beschluss CNIL, S. 15 Rn. 108.

³¹ Beschluss CNIL, S. 15 Rn. 108.

³² Beschluss CNIL, S. 15 f. Rn. 108.

³³ Beschluss CNIL, S. 15 f. Rn. 108.

nerseits, eine Verbesserung der eigenen Dienste andererseits. Die Behörde führt aus, dass die von *Google* ausgewerteten Daten intime, präzise Rückschlüsse auf das Privatleben der Betroffenen erlauben, wie etwa auf ihren Geschmack, ihre Lebensweise, ihre Meinungen und ihre sozialen Kontakte.³⁴ Wertend fasst sie dies wie folgt zusammen: „*The result of the combination of this data as a whole greatly reinforces the extensive and intrusive nature of the processing in question.*“³⁵

Die Daten der dritten Kategorie sind das typische Ergebnis von Profiling: Personenbezogene³⁶ Daten werden analysiert, um aus ihnen eine Beurteilung der persönlichen Aspekte einer natürlichen Person, in diesem Fall des Android-Nutzers, zu generieren. Das so geschaffene, „neue“ Wissen wird genutzt, um den Betroffenen personalisiert anzusprechen, sei es mittels Werbung oder mittels personalisierter Dienstleistungserbringung. Der hier diskutierte *Google*-Fall macht deutlich, wie divers das Ausgangsmaterial des Profilings im Online-Bereich sein kann: Die herangezogenen Daten stammen aus verschiedenen Quellen und beziehen sich auf ganz unterschiedliche Lebensbereiche der Nutzer. Und auch die so generierten Ergebnisse sind denkbar breit: Personalisierte Werbung bezieht sich auf Produkte und Dienstleistungen aus den unterschiedlichsten Bereichen. Das (erkennbar erfolgreiche) Geschäftsmodell von *Google* ist es u. a., Nutzern die Werbung von passenden Werbetreibenden anzuzeigen. Dies funktioniert wiederum nur, weil *Google* in der Lage ist, personalisierte Dienste verschiedener Art anzubieten. Erst eine ausdifferenzierte Zuordnung, aufbauend auf den Erkenntnissen des Profilings, macht dies möglich.

2. Scoring als Unterfall des Profilings

Im Zusammenhang mit dem Begriff Profiling tritt häufig der des Scorings auf. Auch für diesen gibt es in Wissenschaft und Praxis keine einheitliche Definition.³⁷ Typischerweise wird der Begriff Scoring – ausgehend von seinem Ursprung im Englischen – verwendet, wenn das Ergebnis eines Profiling-Verfahrens in stark vereinfachter und abstrahierter Form als bloßer Zahlenwert dargestellt wird.³⁸ Auch die automatisierte Einordnung des Betroffenen in eine bestimmte Risikogruppe kann eine Form des Scorings darstellen. Zudem kommt dieser Begriff in der Regel eher dann zum Einsatz, wenn es um die Vorhersage des (bewusst steuerbaren) Verhaltens

³⁴ Beschluss CNIL, S. 16 Rn. 109.

³⁵ Beschluss CNIL, S. 16 Rn. 109.

³⁶ Da die Daten in diesem Fall stets einem konkreten Nutzer-Profil zugewiesen wurden, steht ihr Personenbezug i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO außer Frage. Er wurde weder von *Google* noch von der CNIL angezweifelt.

³⁷ *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 2005, S. 10.

³⁸ *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, EL 2/2023, Art. 4 Rn. 125.

eines Menschen geht und nicht um seine (nicht oder nur bedingt beeinflussbaren) persönlichen Eigenschaften.³⁹ Eine trennscharfe Abgrenzung der beiden Begriffe kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben, da Scoring im privatwirtschaftlichen Bereich nach hiesiger Definition immer einen Unterfall des Profilings darstellt.⁴⁰

Je nach Sektor, Verwendungszweck, Verwender etc. kommen verschiedene Arten von Scoring-Modellen zum Einsatz.⁴¹ In den USA ist Scoring aufgrund der traditionell deutlich laxeren Datenschutzgesetzgebung⁴² etablierter und institutionalisierter als in Deutschland. Data Broker und weitere privatwirtschaftliche Unternehmen treiben dort mit personenbezogenen Daten und Verbraucherprofilen Handel und bieten darauf bezogene Dienstleistungen in den verschiedensten Bereichen an.⁴³ Manche Data Broker verkaufen z. B. Score-Werte, die Auskunft darüber geben, wie wahrscheinlich es ist, dass bestimmte Kunden eines Unternehmens auf Werbeanzeigen reagieren.⁴⁴ Andere Scores geben Auskunft darüber, wie wahrscheinlich es ist, dass eine Briefzustellung an eine bestimmte Adresse fehlschlägt, andere darüber, wie stark der Einfluss einer bestimmten Person auf andere Menschen in den

³⁹Vgl. *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 2005, S. 10–12.

⁴⁰So auch *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 3/2020, Art. 22 Rn. 22 DSGVO; *Härting*, ITRB 2016, 209; *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, EL 2/2023, Art. 4 Rn. 125; *Schild*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*, 43. Edition (Stand: 1.2.2023), Art. 4 Rn. 64 DSGVO.

⁴¹Vgl. *Hurley/Adebayo*, *Yale J.L. & Tech.* 18 (2016), 148, 155.

⁴²Die USA kennen kein allgemeines Datenschutzrecht auf Bundesebene. Es gibt allerdings eine sektorspezifische Datenschutzregulierung, die durchaus sehr detailliert sein kann und von den zuständigen Behörden – etwa der *Federal Trade Commission* – konsequent durchgesetzt wird. Zudem kommen bei Sachverhalten, welche nach europäischem Verständnis datenschutzrechtlich relevant sind, teilweise verbraucherschutzrechtliche Generalklauseln zur Anwendung. Vgl. dazu *Schwartz*, *Harv. L. Rev.* 126 (2013), 1966, 1973–1979.

Wenn es um die Erstellung von Berichten über bzw. die Bewertung von Verbrauchern zu bestimmten kommerziellen Zwecken anhand personenbezogener Daten geht, ist ggf. der *Fair Credit Reporting Act* einschlägig. Dieser trifft einige Vorgaben, welche *Consumer Reporting Agencies* und z. B. auch ihre Kunden, wie etwa Banken, befolgen müssen. Sobald dieses Bundesgesetz anwendbar ist, erwachsen den Beteiligten z. B. Informations- und Auskunftspflichten zugunsten der Betroffenen sowie die Pflicht, angemessene Maßnahme zu ergreifen, um die Richtigkeit der weitergegebenen Informationen sicherzustellen. Die Frage, ob der *Fair Credit Reporting Act* im Einzelfall anwendbar ist, ist aufgrund der damit einhergehenden Pflichten für die betroffenen Unternehmen sehr bedeutsam und häufiger Gegenstand behördlicher und gerichtlicher Auseinandersetzung. Vgl. dazu instruktiv *Federal Trade Commission*, *Big Data – A Tool for Inclusion or Exclusion?*, 2016, S. 13 ff.; *Hurley/Adebayo*, *Yale J.L. & Tech.* 18 (2016), 148, 184 ff.; *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), *Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit*, 2005, S. 148 ff.

⁴³*Federal Trade Commission*, *Data Brokers – A Call for Transparency and Accountability*, 2014 *passim*.

⁴⁴*Dass.*, *Data Brokers – A Call for Transparency and Accountability*, 2014, S. 31.

sozialen Medien ist, wie z. B. auf *Facebook* oder *Twitter*.⁴⁵ Auch ist es nicht unüblich, dass Unternehmen Einstellungs- oder anderweitige Personalentscheidungen u. a. auf Beurteilungen stützen, welche von externen „employment background screening companies“ erstellt wurden, welche eine individualisierte Bewertung über gegenwärtige oder potenzielle Arbeitnehmer erstellen. Für diesen Zweck ziehen sie personenbezogene Daten über den jeweiligen Betroffenen heran, die z. B. Auskunft über frühere Arbeitsverhältnisse, die Kredithistorie des Betroffenen oder zahlreiche weitere Faktoren geben.⁴⁶ Allerdings ist unklar, in welchem Ausmaß solche weitreichenden Datenverarbeitungen in den USA auch in Zukunft zulässig sein werden. Verschiedene US-Bundesstaaten haben mittlerweile Datenschutzgesetze erlassen (bzw. in Planung), deren Schutzniveau sich dem der Datenschutz-Grundverordnung annähert.⁴⁷ Nicht zuletzt aufgrund der dadurch drohenden Rechtsfragmentierung wird in den USA mittlerweile auch eine Datenschutzregulierung auf Bundesebene diskutiert.⁴⁸

Einer der Hauptanwendungsfälle von Scoring ist das sog. Kredit-Scoring.⁴⁹ Es handelt sich dabei um die Berechnung eines individuellen Wahrscheinlichkeitswerts, der Auskunft über die Bonität eines potenziellen Kreditnehmers geben soll. Stellt ein Interessent eine Kreditanfrage bei einer Bank, entscheidet diese darüber in aller Regel vor allem anhand eines Score-Wertes, der Auskunft über das im konkreten Fall erwartete Zahlungsverhalten gibt.⁵⁰ Dieser wird entweder von der Bank selbst anhand unternehmensinterner Daten berechnet, oder er wird von einer Auskunftsei (wie z. B. der *Schufa* in Deutschland oder *Equifax* in den USA) bezo-

⁴⁵ *Dass.*, Data Brokers – A Call for Transparency and Accountability, 2014, S. 31. Im zweiten Fall geht es den Unternehmen darum, ihre Produkte vornehmlich bei solchen Personen zu bewerben, bei denen die Wahrscheinlichkeit hoch ist, dass diese das jeweilige Produkt an möglichst viele Menschen in ihrem digitalen Einflussbereich weiterempfehlen.

⁴⁶ In den USA ist es rechtlich grundsätzlich zulässig, auch solche Daten in die Bewertung einfließen zu lassen, die augenscheinlich keinen oder nur einen indirekten Bezug zur getroffenen Bewertung haben. Dazu gehören z. B. Daten, die über den Betroffenen aus sozialen Netzwerken, wie z. B. *Facebook*, gewonnen wurden. Einige Arten von Informationen, wie z. B. solche über eine Insolvenz des Betroffenen, dürfen hingegen nach Ablauf bestimmter Zeiträume nicht mehr zur Erstellung des sog. Consumer Reports herangezogen werden. Vgl. dazu *Hurley/Adebayo*, *Yale J.L. & Tech.* 18 (2016), 148, 189 f.

⁴⁷ Dazu zählen beispielsweise Virginia und Colorado. Sie folgen damit dem Vorbild Kaliforniens, das 2018 mit dem *California Consumer Privacy Act* eine Vorreiterrolle eingenommen hatte. Sein Schutzniveau wurde 2020 durch den *California Privacy Rights Act* weiter angehoben. Vgl. dazu *Spies*, *ZD-Aktuell* 2021; *ders.*, *ZD-Aktuell* 2020 und *ders.*, *ZD-Aktuell* 2023 sowie die Übersicht bei *ders.*, *MMR* 2023, 69, 72.

⁴⁸ Vgl. etwa *Collum*, *Wash. U. Jurisprudence Rev.* 13 (2021), 433 ff.; *Nahra*, *Seton Hall L. Rev.* 51 (2021), 1549 ff.; *Weber, Corp. & Bus. L.J.* 2 (2021), 188 ff. und *Spies*, *MMR* 2023, 69 (zum Vorschlag eines *American Data Privacy and Protection Act* auf Bundesebene).

⁴⁹ *Ehmann*, in: *Simitis* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, §2014, § 28b Rn. 42.

⁵⁰ *Citron/Pasquale*, *Wash. L. Rev.* 89 (2014), 1, 8–10.

gen, welche über umfassende Datensätze verfügt.⁵¹ Score-Werte sind häufig in Echtzeit verfügbar und können beispielsweise auch während einer über das Internet getätigten Kreditanfrage bei den Auskunfteien abgefragt werden.

Die Nutzung von Scoring-Verfahren ist in der Kreditwirtschaft fest etabliert. Ihr Einsatz kann für seine Verwender zu einer deutlichen Zeit- und Kostenersparnis führen.⁵² Eine aussagekräftige und zutreffende Berechnung des Score-Werts unterstellt, können Kreditantragsteller durch die automatisierte Vorauswahl ggf. vor Überschuldung geschützt werden, da ein Kredit nur bei ausreichender Bonität gewährt wird.⁵³ Dementsprechend ist bei Verbraucherdarlehensverträgen gem. § 505a I S. 1 BGB die Prüfung der Kreditwürdigkeit des Antragstellers zwingend vorgeschrieben. Gem. § 505a I S. 2 BGB darf der Kredit nur gewährt werden, wenn diese ergeben hat, „dass bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag keine erheblichen Zweifel daran bestehen und dass es bei einem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen (...) vertragsgemäß nachkommen wird.“ In § 505b I, II S. 1, III S. 1 BGB wird explizit auf die Einbeziehung von Auskunfteien abgestellt.⁵⁴ Beim Kredit-Scoring geht es typischerweise aber nicht mehr nur primär darum, ob dem Antragsteller ein Kredit gewährt wird. Scoring-Verfahren kommen vielmehr zum Einsatz, um die Konditionen des jeweiligen Kredits (Zinshöhe, Laufzeit, Anforderung von Sicherheiten etc.) dergestalt festzulegen, dass die Bank einen möglichst hohen Gewinn generiert.⁵⁵ In diesem Kontext treffen Score-Werte also auch kom-

⁵¹ Dementsprechend wird unterschieden zwischen internem Scoring (durchgeführt vom Unternehmen selbst) und externem Scoring (Score-Werte werden von spezialisierten Auskunfteien bezogen). Auch Mischformen sind geläufig (*Giesswein*, Die Verfassungsmäßigkeit des Scoringverfahrens der Schufa, 2012, S. 25; vgl. auch *Gola/Klug/Körffler*, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, ¹²2015, § 28b Rn. 4 noch zum BDSG a.F.). In den USA sammeln sog. *Consumer Reporting Agencies* (CRAs) die für die Erstellung des Score-Wertes notwendigen Daten und treten als Auskunftei am Markt auf. Die Berechnung des konkreten Score-Wertes im Einzelfall wird typischerweise von externen Anbietern ausgeführt (in der Regel von dem Unternehmen *FICO*). Diese sammeln typischerweise selber keine Daten, sondern legen ihren Berechnungen die von den CRAs gesammelten zugrunde (*Hurley/Adebayo*, Yale J.L. & Tech. 18 (2016), 148, 154 f.).

⁵² BGH, NJW 1978, 2151, 2152.

⁵³ Vgl. schon BGH, NJW 1978, 2151, 2152 und *Taeger*, ZRP 2016, 72, 73. *Simitis* merkt aber in Bezug auf das Kredit-Scoring der *Schufa* zutreffend an, dass die Kreditvergabe dadurch nicht zu einer „karitative[n] Leistung“ der Banken werde. Es diene in erster Linie ihren wirtschaftlichen Interessen (*Simitis*, JZ 43 (1986), 188). Sehr kritisch auch *Simon*, der darauf hinweist, dass Scoring-Verfahren dazu führen, dass von finanzschwachen Kreditnehmern überproportional hohe Zinsen verlangt werden. Allgemeinwohlintressen würden gerade nicht gefördert (*Simon*, CR 1988, 637, 644).

⁵⁴ Dies gilt für beide genannten Arten von Verbraucherdarlehen. Dies ergibt sich bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen direkt aus § 505b I BGB. Bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen ergibt sich dies aus § 505b III S. 1 BGB: Mit den dort genannten „externen Quellen“ sind insbesondere Auskunfteien gemeint, vgl. BT-Drucksache 18/5922, S. 99. Zu den §§ 505a ff. BGB vgl. auch instruktiv *Buck-Heeb*, BKR 2023, 137 ff. *passim*.

⁵⁵ *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 10; *Marron*, Economy and Society 36 (2007), 103, 121 f.; *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 2005, S. 19 und 49. Das jeweilige individuelle Ausfallrisiko spielt bei diesem sog. „Profit-Scoring“ häufig nur eine untergeordnete Rolle.

plexere Aussagen, die über reine Zahlenwerte hinausgehen. In dieser speziellen Form gewinnt der Einsatz von Profiling für die Betroffenen eine ganz andere Qualität als beispielsweise im Bereich der maßgeschneiderten Werbung, da die Entscheidung über die Vergabe eines Kredites häufig äußerst weitreichende Auswirkungen hat, so z. B., wenn es um eine Existenzgründung oder um die Finanzierung einer Wohnimmobilie geht.⁵⁶

Profiling bzw. Scoring findet in ähnlicher Form (und mit ähnlich weitreichenden Folgen) bei der Berechnung von Versicherungsrisiken und bei der Bewertung der Arbeitsleistung von potenziellen bzw. gegenwärtigen Arbeitnehmern statt.⁵⁷ Teilweise entscheiden Unternehmen auch über den Ausspruch einer Kündigung u. a. mithilfe solcher datengestützten Analysen.⁵⁸ Auch Vermieter können bestimmte Scoring-Verfahren nutzen, anhand derer die Seriosität von Mietinteressenten bestimmt wird. In diese Bewertung fließt nicht etwa nur die Zahlungsfähig- bzw. -willigkeit des Mieters ein. Auch die Wahrscheinlichkeit, dass er Schäden am Mietobjekt verursacht oder sich einer Kündigung widersetzt, wird dabei berücksichtigt.⁵⁹ Scoring kommt auch zum Einsatz, wenn einem (potenziellen) Käufer am Ende eines Online-Kaufvorganges nach Eingabe seines Namens und seiner Adressdaten in Abhängigkeit vom Ergebnis einer in Echtzeit durchgeführten Bonitätsprüfung verschiedene Bezahlungsmöglichkeiten angeboten werden (z. B. nur Vorkasse bei niedriger, Lieferung auf Rechnung bei hoher Bonität).⁶⁰

Trotz ihres hohen Abstraktionsgrads und der damit einhergehenden Vereinfachung wird Score-Werten häufig eine große Bedeutung zugesprochen, wenn es darum geht, bestimmte, teilweise hochkomplexe Entscheidungen zu treffen. Dies mag daran liegen, dass die Verwendung von Score-Werten die Erstellung von Ranglisten erleichtert und damit das Fällen von Entscheidungen (vermeintlich) objektiviert.⁶¹ Auch die hohe Verbreitung von Distanzgeschäften mag hierbei eine Rolle spielen: Der institutionalisierte Einsatz von einfachen und schnell verfügbaren individualisierten Bewertungen kann dazu dienen, das hohe Maß an Anonymität im Internet aus Sicht beispielsweise von Online-Händlern zumindest teilweise zu kompensieren.⁶²

⁵⁶ *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 8.

⁵⁷ *Sprague*, Rich. J.L. & Tech. 21 (2014), 1, 31; *Weichert*, ZRP 2014, 168.

⁵⁸ *Sprague*, Rich. J.L. & Tech. 21 (2014), 1, 31.

⁵⁹ *Ehmann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, §2014, § 28b Rn. 42.

⁶⁰ *Born*, ZD 2015, 66, 67; *Deuster*, PinG 4 (2016), 75; *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 2005, S. 19.

⁶¹ Vgl. *Weichert*, ZD 2013, 251, 255.

⁶² *Möller/Florax*, MMR 2002, 806. Vgl. auch *Weichert*, ZRP 2014, 168, 169.

II. Technische und methodische Hintergründe

Profiling erlaubt es, persönliche (menschliche) Aspekte i. S. v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO zu einem gewissen Ausmaß zu analysieren und vorherzusagen. Der weit verbreitete Einsatz dieser Verfahren in der Privatwirtschaft zeigt, dass die durch Profiling generierten Ergebnisse zumindest so aussagekräftig sind, dass es sich im Ergebnis lohnt, auf sie zurückzugreifen. Im Folgenden wird Profiling in seinen technischen Kontext eingeordnet und analysiert, welche Ideen und Konzepte dahinterstehen.

Profiling wird zu ganz verschiedenen Zwecken und in ganz verschiedenen Bereichen eingesetzt. Die Verfahren, die dabei zum Einsatz kommen, weisen recht große methodische Unterschiede auf. Trotz dieser Unterschiede kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass vergleichbare interne Abläufe und weitere strukturelle Ähnlichkeiten und Gemeinsamkeiten erkennbar sind. Die Legaldefinition von Profiling in Art. 4 Nr. 4 DSGVO wurde insoweit technologieneutral formuliert: Die Art und Weise, mit der „*persönliche Aspekte*“ im Rahmen von Profiling bewertet werden, wird nicht näher definiert; vor allem wird nicht auf bestimmte Methoden abgestellt.⁶³ Die Norm verwendet stattdessen den neutralen Begriff der „*automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten*“ und verweist damit auf in Art. 4 Nr. 1 und 2 DSGVO legaldefinierte, allgemeine Termini. Die Datenschutz-Grundverordnung beschreibt Profiling somit von seinem Zweck her, also mit dem Blick auf die Erkenntnisse, die die Verwender der Verfahren zu finden suchen.⁶⁴

1. Knowledge Discovery in Databases

Profiling basiert auf der Vorstellung, dass sich die Eigenschaften und das Verhalten eines Menschen dadurch berechnen und vorhersagen lassen, dass gewisse über ihn bekannte persönliche Aspekte mit den Eigenschaften und dem (früheren) Verhalten anderer Menschen in Bezug gesetzt und mit diesen verglichen werden.⁶⁵ Es wird dabei unterstellt, dass Menschen, die sich ähnlich sind, sich in der Regel auch ähnlich verhalten und ggf. auch mit Blick auf andere Eigenschaften einander ähnlich sind. Dies lässt bereits ahnen, dass zur Durchführung von Profiling-Verfahren zunächst eine gewisse, große Menge an Vergleichsdaten vorhanden sein muss, welche Auskunft über Eigenschaften und Verhalten von realen Menschen und weitere Zusammenhänge aus der Vergangenheit geben. Zu denken ist hier beispielsweise an

⁶³ Erwägungsgrund 15 DSGVO führt diesbezüglich aus, dass technologieneutraler Schutz auch notwendig ist, um Umgehungen zu vermeiden.

⁶⁴ Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 6 DSGVO; Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32021, Art. 22 Rn 21a DSGVO.

⁶⁵ Vgl. Härtling, CR 30 (2014), 528, 529; *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), *Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit*, 2005, S. 10.

Daten über das Kaufverhalten von Kunden eines Supermarktes, über die Vertragstreue von Kreditnehmern und über das Konsumverhalten der Nutzer von Streamingdiensten.

Das Generieren von (zumindest potenziell) nutzbringendem Wissen und das Auffinden von neuen Informationen und Erkenntnissen in unverarbeiteten Daten mit dem Ziel, anhand des Gefundenen Entscheidungen zu fällen, wird generell als *Knowledge Discovery in Databases* (KDD) beschrieben.⁶⁶ Bei diesem Prozess werden verschiedene Arbeitsschritte durchlaufen. *Fayyad et. al.* unterteilen KDD beispielsweise in fünf Abschnitte: Auswahl der zu verarbeitenden Daten aus einem gegebenen Datenbestand, Vorverarbeitung der Daten, Umwandlung der Daten, *Data Mining* und (menschliche) Interpretation der gefundenen Ergebnisse.⁶⁷ KDD wird eingesetzt, um das so gefundene Wissen nutzbringend einzusetzen. In der Regel geht es dabei um das Fällen von Entscheidungen oder um Risikomanagement.⁶⁸ Profiling nach dem Verständnis der Datenschutz-Grundverordnung stellt also auch einen Fall des KDD dar: Im Rahmen von Profiling werden nämlich ebenso vorhandene Daten herangezogen und mit dem Ziel verarbeitet, nützliche Erkenntnisse zu generieren, die bei der Interaktion mit dem Betroffenen verwendet werden sollen.⁶⁹

Grundvoraussetzung für den Einsatz von Profiling-Verfahren ist zunächst die Möglichkeit des Zugriffs auf große Datenbestände in Datenbanken oder sog. *Data Warehouses*.⁷⁰ Es ist wichtig, dass ein möglichst großer Satz an auswertbaren Daten vorliegt, welche zutreffend vor allem über Eigenschaften und Verhalten von natürlichen Personen, aber auch über weitere damit zusammenhängende relevante Informationen Auskunft geben. Die Identität derjenigen, deren Daten ausgewertet werden, ist an dieser Stelle des Verfahrens grundsätzlich irrelevant.⁷¹ Ausgehend von dem 5-stufigen Modell von *Fayyad et. al.* findet danach eine Vorverarbeitung und

⁶⁶ *Custers*, in: *Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, S. 3, 7; *Colonna*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 49; *National Research Council*, *Protecting individual Privacy in the Struggle against Terrorists*, 2008, S. 188. Vgl. auch die Definition bei *Fayyad/Piatetsky-Shapiro/Smyth*, *AI Magazine* 17 (1996), 37, 40 f.: „KDD is the nontrivial process of identifying valid, novel, potentially useful, and ultimately understandable patterns in data“.

⁶⁷ *Fayyad/Piatetsky-Shapiro/Smyth*, *AI Magazine* 17 (1996), 37, 41. Einige gehen davon aus, dass *Fayyad* selber KDD als Verfahren etabliert hat, vgl. *Zarsky*, *Yale J.L. & Tech.* 5 (2002–2003), 1, 7.

⁶⁸ *Colonna*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 71 und 103.

⁶⁹ Vgl. *Schermer*, *Computer Law & Security Review* 27 (2011), 45.

⁷⁰ *Data Warehouses* sind spezielle Datenbanken, die aus verschiedenen Quellen gerade für den Zweck der Auswertung der darin enthaltenen Daten zusammengestellt wurden. Die darin enthaltenen Daten sind von hoher Qualität und systematisch geordnet. Es geht dabei nur um das Sammeln und Speichern der Daten im Vorfeld von *Data Mining*, noch nicht aber um ihre eigentliche Auswertung. *Data Mining* kann anhand von Daten aus einem *Data Warehouse*, aber auch anhand von Daten aus anderen Quellen durchgeführt werden, vgl. *Colonna*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 60 f. und *Zarsky*, *Yale J.L. & Tech.* 5 (2002–2003), 1, 8.

⁷¹ Vgl. *Council of Europe*, *The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling*, 2011, S. 25 Rn. 39.

Nutzbarmachung der Daten statt. Es handelt sich hierbei um technische Zwischenschritte, die notwendig sind, um die nutzbringende Auswertung der in den Daten enthaltenen Informationen überhaupt erst zu ermöglichen.⁷²

2. Data Mining

Der eigentliche Erkenntnisgewinn erfolgt erst im Rahmen des sog. *Data Minings*. Dies ist ein besonders wichtiger, für die Gewinnung nutzbarer Ergebnisse essenzieller Verarbeitungsschritt. *Data Mining* bezeichnet das automatisierte Durchforsten riesiger Datenbestände mit dem Ziel, darin bis dato unbekannte, dem menschlichen Betrachter nicht ohne Weiteres erkennbare Muster, Modelle und Trends zu erkennen und darzustellen.⁷³ *Fulda* fasst dieses Verfahren prägnant zusammen: „*Data mining is the intelligent search for new knowledge in existing masses of data.*“⁷⁴

Die besonders große Menge an Daten, die beim *Data Mining* zum Einsatz kommen, erlaubt es häufig, Zusammenhänge und Korrelationen offenzulegen, die sonst nicht bekannt geworden wären.⁷⁵ Vor der Datenverarbeitung ist teilweise noch gar nicht klar, was für eine Art von Erkenntnis gewonnen werden wird und wofür sie nützlich sein könnte.⁷⁶ *Data Mining* kann somit eingesetzt werden, um in Datenbeständen gänzlich unbekannte, neue Zusammenhänge zu finden.⁷⁷ Darüber hinaus wird es auch eingesetzt, um Vermutungen zu verifizieren, so z. B., wenn bereits ein Verdacht besteht, dass gewisse Zusammenhänge bestehen.⁷⁸

Data Mining wird mittels verschiedener technischer Verfahren und mit verschiedenen Zwecksetzungen durchgeführt.⁷⁹ *Pattern Recognition*, also das Aufdecken verschiedener Arten von Mustern in Datensätzen, ist mit die wichtigste beim *Data Mining* zum Einsatz kommende Methode und prägt diesen Begriff.⁸⁰ *Data Mining*

⁷² *Zarsky*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 8.

⁷³ *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 66; *Zarsky*, U. Ill. L. Rev. 2013, 1503, 1517 Fn. 84.

⁷⁴ *Fulda*, Alb. L.J. Sci. & Tech. 11 (2000), 105, 106.

⁷⁵ Vgl. *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 64 f.

⁷⁶ Vgl. *Zarsky*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 3 f.

⁷⁷ *Custers*, in: *Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, S. 3, 9.

⁷⁸ Die erstgenannte Herangehensweise wird als *data-driven approach* bezeichnet, da ausgehend von den Zusammenhängen, die in den Daten gefunden werden, neue Theorien entwickelt werden. Die zweite Herangehensweise wird als *theory-driven approach* bezeichnet, weil die Daten genutzt werden, um eine bestimmte These zu verifizieren. Siehe dazu *ders.*, in: *Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, S. 3, 9.

⁷⁹ *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 66.

⁸⁰ Dieser Begriff bezieht sich grundsätzlich auch auf Mustererkennung, die nicht von Computern, sondern von Menschen ausgeführt wird, vgl. *dies.*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 54.

und *Pattern Recognition* können aber nicht synonym verwendet werden, da die Methoden des *Data Minings* über das bloße Erkennen von Mustern hinausgehen.⁸¹ *Pattern Recognition* ist damit begrifflich enger als *Data Mining*.

In der Literatur werden zwei verschiedene grundsätzliche Ansätze unterschieden: „*Descriptive*“ und „*Predictive*“ *Data Mining*. Die beim *Descriptive Data Mining* zum Einsatz kommenden Methoden dienen dazu, dem Verwender ein vertieftes Verständnis über die Struktur großer Datensätze zu vermitteln, indem ihm zuvor unbekannte Zusammenhänge und Regeln offengelegt werden, welche dem menschlichen Betrachter ansonsten verborgen geblieben wären.⁸² Die so erstellte, automatisierte Beschreibung bzw. Strukturierung der Daten ist der eigentliche Zweck des *Descriptive Data Mining*. Es soll dem Verwender durch Verständnis der Strukturen die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, anhand der gewonnen Erkenntnisse z. B. zu planen oder Ressourcen möglichst effizient einzusetzen.⁸³ Der Verwender dieser Verfahren setzt dem Computer zwar gewisse Vorgaben bei der Sortierung der Daten. Beim *Descriptive Data Mining* gibt es aber kein Ziel, welches über die Beschreibung des Datensets und der darin enthaltenen Zusammenhänge und Regeln hinausgeht. Beim *Predictive Data Mining* hingegen wird bereits vorhandenes Wissen herangezogen, um Vorhersagen über unbekannte Fälle zu treffen. Dem Computer kann beispielsweise „beigebracht“ werden, dass das Vorliegen bestimmter persönlicher Eigenschaften mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit darauf schließen lässt, dass noch eine weitere persönliche Eigenschaft vorliegt.⁸⁴ Ziel ist hier also ein Datenabgleich, der Vorhersagen erlaubt.⁸⁵

Die Legaldefinition von Profiling in der Datenschutz-Grundverordnung erfasst ohne Weiteres beide Kategorien des *Data Minings*. *Descriptive Data Mining* kann als „Analyse persönlicher Aspekte“ und *Predictive Data Mining* als „Vorhersage persönlicher Aspekte“ i. S. d. Art 4 Nr. 4 DSGVO subsumiert werden. Eine trennscharfe Unterscheidung wäre mit Blick auf die Praxis auch kaum realisierbar: Sehr häufig werden *Descriptive* und *Predictive Data Mining* nämlich in Kombination angewendet. Dies gilt vor allem, wenn *Descriptive Data Mining* Erkenntnisse hervorbringt, welche im Rahmen des *Predictive Data Minings* fruchtbar gemacht werden. *Amazon* beispielsweise bietet, neben zahlreichen anderen Unternehmen, als Teil seiner Server-Dienstleistungen Cloud-Computing-Dienste für Dritte an und analysiert in diesem Rahmen die Kundendaten seiner Kunden: „*The service uses powerful algorithms to create [machine learning] models by finding patterns in your existing data. Then, Amazon Machine Learning uses these models to process new data and generate predictions for your application. Amazon Machine Learning is highly scalable and can generate billions of predictions daily, and serve those*

⁸¹ Dies., Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 54.

⁸² Schermer, Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 46.

⁸³ Ders., Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 46.

⁸⁴ Ders., Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 46. Dementsprechend werden *Descriptive Data Mining* und *Predictive Data Mining* auch als *Unsupervised Data Mining* resp. *Supervised Data Mining* bezeichnet.

⁸⁵ Ders., Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 46.

predictions in real-time and at high throughput.“⁸⁶ Ausgehend von in den Daten gefundenen Mustern können z. B. vermutete Betrugsfälle abgewendet und Trends aufgedeckt werden. Das Verfahren dient auch dazu, herauszufinden, welche Präferenzen die jeweiligen Kunden im Einzelfall haben.⁸⁷ Die Güte dieser Analysen steigt, je mehr Daten analysiert werden.⁸⁸ Dies kommt *Amazon* bzw. dem jeweiligen Anbieter der Cloud-Computing-Dienste zugute und macht sie für seine Kunden zugleich immer attraktiver.⁸⁹

Der Begriff *Data Mining* sollte immer im Kontext des KDD betrachtet werden. Er bezieht sich bloß auf das automatisierte Durchsuchen der Datensätze als solches. Die anderen Arbeitsschritte, wie z. B. Auswahl und Vorsortierung bzw. Vorverarbeitung der zu durchsuchenden Daten, Interpretation der Ergebnisse, Entscheidung über das weitere Vorgehen etc., fallen nicht unter den Begriff des *Data Minings*.⁹⁰ Damit wird auch deutlich, dass *Data Mining* nur im Zusammenwirken mit den vor- und nachgelagerten Schritten des KDD nutzbringende Erkenntnisse produzieren kann.⁹¹

Beim Einsatz von *Data Mining* kommen verschiedene methodische Herangehensweisen zum Einsatz. Auch wenn die jeweiligen Verfahren auf unterschiedliche Art und Weise ablaufen, geht es im Kern immer darum, aus der Auswertung des Vergangenen auf unbekannte Zustände der Gegenwart oder der Zukunft zu schließen. Im Folgenden werden beispielhaft zwei Methoden des *Data Minings* dargestellt, die häufig eingesetzt werden, um Profiling durchzuführen.

a. Clustering

Eine im Rahmen von *Data Mining* geläufige Methode ist das sog. *Clustering*.⁹² Hierbei werden die vorhandenen (und für die weitere Verarbeitung vorbereiteten) Datensets mit statistischen Methoden daraufhin untersucht, ob sich aus ihnen abgrenzbare Gruppen bilden lassen, beispielsweise von Menschen mit jeweils gleichen bzw. ähnlichen persönlichen Eigenschaften.⁹³ Notwendig hierfür sind also Datensets, in denen Profile (beispielsweise von Kunden) mit einem gewissen Grad an Komplexität enthalten sind. Ein Beispiel wäre der Kundendatenbestand eines

⁸⁶<https://aws.amazon.com/about-aws/whats-new/2015/04/introducing-amazon-machine-learning/> (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023). Zum Begriff *Machine Learning* siehe auch Drexl/Hilty/Beneke u. a., Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-13 2019, 1 ff. *passim*.

⁸⁷Vgl. auch *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 18.

⁸⁸*Dies.*, *Virtual Competition*, 2016, S. 18.

⁸⁹*Dies.*, *Virtual Competition*, 2016, S. 18.

⁹⁰*Colonna*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 66.

⁹¹*Dies.*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 66 und 70 f.

⁹²*Zarsky*, *Yale J.L. & Tech.* 5 (2002–2003), 1, 9. Vgl. auch *Colonna*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 81 f.

⁹³*Zarsky*, *Yale J.L. & Tech.* 5 (2002–2003), 1, 10. Vgl. die Definition bei *Colonna*, *Legal Implications of Data Mining*, 2016, S. 81: „*Clustering is about clumping together similar things, events or people in order to create meaningful subgroups using automated methods.*“

Versicherungskonzerns, in dem neben den Namen und den Adressen der Kunden auch Informationen über bereits abgeschlossene Versicherungen, eingesetzte Zahlungsmethoden und Zahlungsverhalten gespeichert sind.⁹⁴ Der Verwender kann im Vorfeld dieser Gruppenbildung gewisse Vorgaben hinsichtlich des statistischen Vorgehens machen. Er bestimmt z. B., welche Variablen bei der Gruppenbildung herangezogen werden und wie viele Gruppen gebildet werden sollen – durch Letzteres wird also festgelegt, wie feingliedrig die Untergliederung des Datensets ist.⁹⁵ Die Software schlägt nach dem Durchsuchen der Datensets vor, welche Gruppen gebildet werden können, wie hoch die jeweilige statistische Affinität der angewandten Variablen ist und wie groß etwaige Überschneidungen zwischen den Gruppen sind.⁹⁶ Die Vorgaben im Vorfeld des Durchsuchens der Daten und die eigentliche Entscheidung darüber, auf was für Gruppen die Daten aufgeteilt werden sollen, trifft also grundsätzlich ein menschlicher Entscheider. Die Umsetzung dieser Vorgaben erfolgt automatisiert. *Clustering* dient also dazu, Daten in bis dahin unbekannte, neu gebildete Gruppen einzusortieren.⁹⁷ Es unterscheidet sich damit von der sog. *Classification*, welche dazu dient, gegebene Daten automatisiert in bereits vom Anwender vorgegebene Gruppen einzusortieren.⁹⁸ *Clustering* ist eine Methode, die zunächst rein beschreibende Erkenntnisse produziert: Es werden Gruppen gebildet, welche „zusammengehörige“ Daten enthalten.⁹⁹ Dies spricht dafür, dass es – wenn es im Rahmen des Profilings zur Anwendung kommt – für die „Analyse persönlicher Aspekte“ i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO eingesetzt werden kann, so z. B. die Unterscheidung verschiedener „Käufertypen“.

Die im Rahmen des *Clusterings* gebildeten Gruppen werden allerdings regelmäßig auch dazu herangezogen, um neben diesen beschreibenden auch vorhersagende Erkenntnisse zu generieren.¹⁰⁰ Einen besonderen Reiz für die Unternehmen, die Profiling einsetzen, stellt in diesem Rahmen die Möglichkeit dar, Vorhersagen über die (ihnen eigentlich unbekannt) persönlichen Aspekte von Menschen zu treffen und diese Erkenntnisse zu kommerziellen Zwecken zu nutzen. *Descriptive* und *Predictive Data Mining* werden so kombiniert. Die Methoden des *Clusterings* erlauben es schließlich, Gruppen zu definieren, deren „typische Gruppenmitglieder“ bestimmte Interessen, Bedürfnisse und Vorlieben teilen. Sobald den Unternehmen genügend Informationen in Form von Daten über eine Einzelperson vorliegen, kann diese automatisiert derjenigen Gruppe zugewiesen werden, in die sie mit Blick auf ihre persönlichen Eigenschaften am besten hineinpasst.¹⁰¹ Dies lässt (mit einer je nach Einzelfall unterschiedlichen hohen Genauigkeit) wertvolle Rückschlüsse auf diejenigen persönlichen Aspekte zu, die dem

⁹⁴ Beispiel nach Zarsky, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 9.

⁹⁵ Ders., Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 10.

⁹⁶ Ders., Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 10.

⁹⁷ Colonna, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 81.

⁹⁸ Dies., Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 77 und 81.

⁹⁹ Colonna ordnet *Clustering* dementsprechend auch den „beschreibenden“ Methoden des *Data Minings* zu (und nicht den „vorhersagenden“).

¹⁰⁰ Zarsky, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 11.

¹⁰¹ Ders., Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 11.

Unternehmen noch nicht bekannt sind.¹⁰² Es wird davon ausgegangen, dass die Person sich so oder zumindest ähnlich wie die anderen Gruppenmitglieder verhalten wird bzw. vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mit Blick auf das oben skizzierte Beispiel eines Versicherungskonzerns ist es diesem beispielsweise möglich, Informationen, die ihm über eine potenzielle Kundin vorliegen, heranzuziehen, um sie automatisiert einer der im Rahmen von *Clustering* gebildeten Gruppen zuzuordnen.¹⁰³ Ausgehend von der festgestellten Gruppenzugehörigkeit wird im nächsten Schritt bestimmt, welche Art von Versicherung die Betroffene am ehesten abzuschließen geneigt ist, indem die diesbezüglichen Präferenzen der Gruppenmitglieder herangezogen werden. Die auf diese Weise generierte Vorhersage, dass ein potenzielles Interesse der Betroffenen an einem bestimmten Produkt besteht, kann genutzt werden, um ihr Werbung zukommen zu lassen, die möglichst genau auf ihre Interessen abgestimmt ist.¹⁰⁴ Auf diese Weise lassen sich die Effektivität der Werbung und der Nutzen der dafür eingesetzten Ressourcen signifikant steigern.¹⁰⁵ Diese Facette des *Clusterings* als Methode des *Predictive Data Minings* kommt häufig und mit großem Erfolg im Bereich der Online-Werbung vor.¹⁰⁶

Clustering kann also auch dazu genutzt werden, um „persönliche Aspekte“ i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO vorherzusagen. Mit Blick auf das hier beschriebene Verfahren zeigt sich, dass häufig nicht trennscharf zwischen der Analyse und der Vorhersage i. S. d. Art 4 Nr. 4 DSGVO unterschieden werden kann und dass diesen beiden in der Legaldefinition genannten Varianten des Profiling gewisse Überschneidungen innewohnen.

In praktischer Hinsicht äußerst bedeutsam ist *Clustering* auch, wenn es um die automatisierte Erstellung von Bonitätsauskünften im Rahmen des Kredit-Scoring geht. Dabei werden statistisch-mathematische Analyseverfahren eingesetzt, um anhand des früheren Verhaltens Dritter auf bestimmte Bonitätsmerkmale des Betroffenen zu schließen.¹⁰⁷ Dies kann z. B. dergestalt ausgestaltet sein, dass einzelne Bonitätsmerkmale festgelegt und bewertet werden und die gefundenen Einzelbewertungen in ihrer Summe den Score-Wert (und damit die jeweilige Risikoklasse) der jeweils in Frage stehenden Person ergeben.¹⁰⁸ Es wird also davon ausgegangen, dass sich das frühere Verhalten sowie die persönlichen Eigenschaften der Mitglieder der Vergleichsgruppen auf den Betroffenen übertragen lassen und so Aussagen über seine Bonität ermöglichen.

¹⁰² *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 11.

¹⁰³ *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 11.

¹⁰⁴ *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 11.

¹⁰⁵ Vgl. *ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 9.

¹⁰⁶ Zum gegenwärtigen Ausmaß und Erfolg von sog. *Targeted Advertising* und zu den zum Einsatz kommenden Strategien vgl. z. B. *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 34 ff. Vgl. dazu auch *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 103.

¹⁰⁷ *Möller/Florax*, MMR 2002, 806, 806 f.

¹⁰⁸ Vgl. *Giesswein*, Die Verfassungsmäßigkeit des Scoringverfahrens der Schufa, 2012, S. 28, für den von der *Schufa* angebotenen „Auskunft-Scoring-Service“ („ASS“).

b. Association Rules

Profiling wird zudem häufig mit Mitteln der *Association Discovery* ausgeführt (sog. *Association Rule Mining*).¹⁰⁹ Diese Methode untersucht Datenbestände dahingehend, ob bzw. welche Ereignisse zur selben Zeit auftreten, so z. B. ob bestimmte Produkte typischerweise zusammen gekauft werden.¹¹⁰ Die eingesetzte Software kann dem Verwender darstellen, mit welcher Häufigkeit die gefundenen Regeln auftreten und mit welcher Wahrscheinlichkeit sie im Einzelfall zutreffende Auskunft geben.¹¹¹ Es obliegt dem Verwender der Software, welches Maß an Fehlertoleranz er akzeptiert und wie zuverlässig eine gefundene Regel sein muss, damit an sie praktische Folgen geknüpft werden: Werden hier zu hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Regeln gesetzt, führt dies dazu, dass bloß solche Regeln gefunden werden, die ohnehin offensichtlich sind. Wird die Hemmschwelle, ab der von einer Regel ausgegangen wird, hingegen zu niedrig angesetzt, kann dies dazu führen, dass zahlreiche abwegige „Regeln“ aufgrund bloßer Zufallsergebnisse und ausageloser Korrelationen aufgestellt werden.¹¹²

Findet ein Einzelhändler beispielsweise heraus, dass Produkt A und Produkt B unerwarteterweise besonders häufig gemeinsam gekauft werden, kann er die Verkäufe beider Produkte dadurch steigern, dass er sie in seinem Ladengeschäft nebeneinander platziert.¹¹³ Das Wissen um derartige Zusammenhänge kann also durchaus einen Wettbewerbsvorteil darstellen.¹¹⁴ *Association Discovery* kommt sehr häufig im Bereich des E-Commerce zur Anwendung und ermöglicht es z. B., Kunden noch während des Kaufvorgangs oder direkt nach seinem Abschluss weitere Produkte anzubieten, welche sie – ausgehend von früheren Käufen anderer Kunden – vermutlich auch interessieren werden.¹¹⁵

Eine damit verwandte, technisch aufwändigere Methode des *Data Minings* ist die sog. *Sequential Pattern Discovery*. Hier geht es nicht um die Untersuchung und Beschreibung einzelner, zeitlich abgeschlossener Vorgänge (wie z. B. eines Kaufvorgangs), sondern darum, das Verhalten von Personen über einen längeren Zeitraum auszuwerten und zu verstehen.¹¹⁶ Dies ermöglicht es zum einen, Unregelmäßigkeiten im Verhalten einer bestimmten Person zu erkennen. Beispielsweise können so Anzeichen von Kreditkartenbetrug frühzeitig erkannt werden: Wenn z. B. bei der Nutzung einer Kreditkarte bestimmte Unregelmäßigkeiten in Abweichung vom früheren Verhalten des Kreditkarteninhabers erkannt werden, kann dies darauf hinweisen, dass die Karte von einem Unbefugten verwendet wird.¹¹⁷ *Sequential Pattern*

¹⁰⁹ *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 82 f.

¹¹⁰ *Zarsky*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 12.

¹¹¹ *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 13.

¹¹² *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 13.

¹¹³ Vgl. *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 47 f.

¹¹⁴ Vgl. *dies.*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 48.

¹¹⁵ *Zarsky*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 12 f.

¹¹⁶ *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 13.

¹¹⁷ Vgl. *ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 14.

Discovery wird aber auch dazu eingesetzt, um von den längerfristigen Verhaltensmustern vieler Menschen auf das zu erwartende Verhalten Einzelner rückzuschließen. *Zarsky* zitiert das Beispiel einer Bank, die mit den Methoden des *Data Minings* erkannt hatte, dass Kunden in der Vergangenheit vor der Kündigung ihrer Konten typischerweise gewisse Verhaltensmuster an den Tag gelegt hatten, ohne die Kündigung als solche anzukündigen oder anderweitig ihre Unzufriedenheit mit der Bank explizit zu kommunizieren.¹¹⁸ Ein erstes Anzeichen einer drohenden Kündigung liegt demnach z. B. dann vor, wenn ein Kunde einige Monate lang keine Einzahlungen mehr leistet. Sobald diese Anzeichen und typischen Verhaltensmuster im Einzelfall vermehrt auftreten, kann die Bank z. B. dergestalt intervenieren, dass sie auf den Kunden zugeht und versucht, ihn mit besonders attraktiven Angeboten von einer Kündigung abzuhalten.¹¹⁹

Wie schon beim *Clustering* zeigt sich auch bei den *Association Rules*, dass eine strikte Unterscheidung zwischen Analyse bekannter und Vorhersage unbekannter persönlicher Aspekte i. S. d. Art 4 Nr. 4 DSGVO wenig zielführend ist. *Association Rules* sind zunächst rein beschreibend: Sie decken Regeln bzw. Wahrscheinlichkeiten auf und erlauben es so, Datensets zu beschreiben und dem Menschen verständlich zu machen. An den gefundenen Erkenntnissen kann der Mensch sein Handeln ausrichten. Wie das oben aufgeführte Beispiel des Versicherungsunternehmens gezeigt hat, lassen sich die auf solche Weise gefundenen Erkenntnisse teilweise aber ohne Weiteres auch nutzbar machen, um potenziell nützliche Vorhersagen über Einzelpersonen für die Zukunft zu treffen. Die Ergebnisse des *Descriptive Data Minings* werden in diesen Fällen also für Zwecke des *Predictive Data Minings* herangezogen.¹²⁰

3. Anwendung auf konkrete Personen

Um Profiling bezogen auf eine konkrete Person durchführen zu können, ist es notwendig, dass über diese eine Mindestzahl an persönlichen Informationen in Form von Daten vorliegt.¹²¹ Nur dann ist die Erstellung einer Bewertung mittels Analyse bekannter bzw. Vorhersage unbekannter persönlicher Aspekte i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO möglich. Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass bei den im Rahmen von Profiling zum Einsatz kommenden Daten ganz grob zwischen zwei Kategorien unterschieden werden muss.

Zum einen ist es für Profiling-Verfahren in aller Regel notwendig, Zugriff auf einen großen Bestand an abstrakten Erfahrungssätzen in Form von Daten zu haben. Dieser besteht häufig aus (anonymisierten) Profilen, Mustern und Zusammenhän-

¹¹⁸ *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 14.

¹¹⁹ *Ders.*, Yale J.L. & Tech. 5 (2002–2003), 1, 14.

¹²⁰ *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 83.

¹²¹ Vgl. *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 2005, S. 50 (bezogen auf Kredit-Scoring).

gen aus der Vergangenheit und erlaubt es, mit den Methoden des *Knowledge Discovery in Databases* (abstrakte) Erkenntnisse zu gewinnen, welche vor allem in Form von Mustern und Korrelationen dargestellt werden. Zudem muss aber auch zumindest ein Mindestmaß an Daten über die konkrete Person vorliegen, welche dem Profiling-Verfahren unterworfen werden soll: Erst wenn genügend Daten, wie z. B. demografische Informationen oder persönliche Eigenschaften, vorliegen, sodass es möglich ist, die Person sinnvoll derjenigen Gruppe zuzuordnen, der sie von ihren persönlichen Aspekten her am ehesten entspricht, ist es möglich, die bereits bekannten abstrakten Erfahrungssätze fruchtbar zu machen und Bewertungen über persönliche Aspekte der Person zu erstellen.

4. Einfluss der Verwender und Entwickler

Profiling basiert also häufig auf der Auswertung von Erfahrungssätzen und der Übertragung der dort gefundenen Erkenntnisse auf konkrete Einzelpersonen. Die konkrete Ausgestaltung der eingesetzten Verfahren bzw. Software spielt demnach eine ganz maßgebliche Rolle.¹²² Sie stellt ein Einfallstor für Wertungen und Ermessen der Softwareentwickler bzw. der Verwender der Profiling-Verfahren dar.¹²³ Beispielsweise spielt es eine Rolle, welche Quellen für die verwendeten Daten gewählt werden und nach welchen Kriterien bzw. Suchbegriffen sie durchsucht werden.¹²⁴ Die Frage, ob und ggf. wie Korrelationen, die in Datenbeständen gefunden wurden, interpretiert werden, und die Gewichtung einzelner Faktoren im Rahmen der Erstellung der Bewertungen spielt bei den durch Profiling generierten Ergebnissen eine Schlüsselrolle.¹²⁵ Datengetriebene Analysen sind also Verfahren, denen trotz des großen Ausmaßes an Automatisierung auch ein Element der Interpretation innewohnt und die dementsprechend ungenau, fehleranfällig und vorurteilsbehaftet sein können.¹²⁶

Unabhängig von diesen subjektiv-wertenden Elementen gilt es auch zu bedenken, dass die Effizienz der zum Einsatz kommenden technischen Verfahren zu einem maßgeblichen Teil davon abhängt, ob der Verwender die ihm an die Hand gegebenen Möglichkeiten sinnvoll nutzt. Beim Einsatz von *Data Mining* in Form des *Clusterings* kommt es beispielsweise maßgeblich darauf an, dass die vom Computer gefundenen und dem Verwender kommunizierten Gruppen von diesem richtig inter-

¹²² Vgl. *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 70 ff. zum *Data Mining*, welches regelmäßig einen ganz wesentlichen Schritt des Profiling-Verfahrens darstellt.

¹²³ *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 13 f.; *Zarsky*, U. Ill. L. Rev. 2013, 1503, 1518; *Rubinstein/Lee/Schwartz*, U. Chi. L. Rev. 75 (2008), 261, 282.

¹²⁴ *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 13 f.; *Rubinstein/Lee/Schwartz*, U. Chi. L. Rev. 75 (2008), 261, 282; *Tene/Polonetsky*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 11 (2013), 239, 271; *Zarsky*, U. Ill. L. Rev. 2013, 1503, 1518.

¹²⁵ Vgl. *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 13 f. und *Zarsky*, U. Ill. L. Rev. 2013, 1503, 1518 f.

¹²⁶ *Tene/Polonetsky*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 11 (2013), 239, 271.

pretiert werden. Wenn dieser beispielsweise nicht erkennt, dass eine Gruppe einem bestimmten Käufertyp entspricht, können daran keine weitergehenden Entscheidungen geknüpft werden und das mit den Methoden des *Clusterings* „aufgedeckte“ Wissen liegt brach.¹²⁷ Die menschliche Interpretation stellt also eine besondere Herausforderung dar und birgt die potenziell durchaus große Gefahr, dass bestehende Möglichkeiten aufgrund von Unkenntnis nicht genutzt werden.

Ein menschlicher Einfluss besteht also – trotz des hohen Ausmaßes an Automatisierung – vom Beginn bis zum Ende des Profilings. Dies gilt nicht zuletzt, da die Software und die jeweils konkrete Ausgestaltung des Profiling-Verfahrens im Einzelfall zumindest ursprünglich auf menschliche Entscheidungen zurückgehen.¹²⁸ Der menschliche Einfluss kann allerdings dadurch verringert werden, dass selbstlernende Algorithmen zum Einsatz kommen.¹²⁹

III. Berechnung und Zuweisung von Wahrscheinlichkeitswerten

1. Berechnung von Informationen und Zuweisung an den Einzelnen

Den Menschen, die zum Objekt von Profiling werden, wird also häufig das Verhalten anderer Menschen zugerechnet. Profiling bedeutet demnach im Kern nichts anderes als die Erstellung von Wahrscheinlichkeitswerten durch Extrapolation: Abstrakte Erfahrungssätze werden herangezogen, um im konkreten Einzelfall mit mathematisch-statistischen Methoden zu berechnen, was für eine Eigenschaft eine Person vermutlich aufweist bzw. welches Verhalten sie vermutlich an den Tag legen wird.¹³⁰ Es handelt sich also um qualifizierte Vermutungen, welche inhaltlich nicht unbedingt zutreffend sein müssen.¹³¹

Es liegt folglich kein Profiling vor, wenn Datenbanken bloß mit Blick auf bestimmte Parameter durchsucht und die so gefundenen Ergebnisse (zusammenfassend) dargestellt werden (z. B. im Rahmen des sog. *Online Analytical Proces-*

¹²⁷ Vgl. *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 82.

¹²⁸ *Dies.*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 72; *Rubinstein/Lee/Schwartz*, U. Chi. L. Rev. 75 (2008), 261, 282.

¹²⁹ *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 5 f.

¹³⁰ *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 f. Rn. 41 und 29 Rn. 54; *Härting*, CR 30 (2014), 528, 531; *Schermer*, Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 46; *Sprague*, Rich. J.L. & Tech. 21 (2014), 1, 6 f.

¹³¹ Vgl. *Datatilsynet (Dänische Datenschutzbehörde)*, The great Data Race, 2015, S. 25.

sing).¹³² Die auf diese Weise abgerufenen, zusammenfassenden Ergebnisse stellen keine Wahrscheinlichkeitswerte dar, sondern bloß – die Richtigkeit der in den Datenbanken enthaltenen Informationen unterstellt – ein ordnendes Abbild der Wirklichkeit. Sie sind damit keine Bewertung und vor allem keine Analyse oder Vorhersage i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO. Denkbar wäre beispielsweise, dass eine Bank ihre Kunden für interne Zwecke in verschiedene Kategorien bzw. Profile in Abhängigkeit davon einordnet, was der jeweilige Kunde monatlich verdient und welches Vermögen er hat.¹³³ Dieser internen Kategorisierung mag zwar aus Sicht der Bank durchaus ein wertendes Element innewohnen, zumal an die jeweilige Einstufung der Kunden Konsequenzen geknüpft werden. Dennoch stellt die Sortierung als solche kein Profiling dar, da die Kategorisierung der Kunden keine Wahrscheinlichkeitsberechnung beinhaltet und keinerlei Interpretation des Gegebenen voraussetzt.¹³⁴ Vor allem werden durch die Bildung von Kundengruppen keine qualitativ-inhaltlich neuen Daten geschaffen. Die Kunden werden zwar jeweils bestimmten Gruppen zugeordnet. Dies hat aber bloß eine ordnende Funktion ohne einen darüber hinausgehenden Aussagegehalt. Eine Bewertung i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO liegt nicht vor.

Kommen hingegen Profiling-Maßnahmen zum Einsatz, werden als Ergebnis einer Wahrscheinlichkeitsberechnung neue, dem Verwender zuvor nicht verfügbare Daten geschaffen und dem jeweils betroffenen Menschen konkret zugeordnet.¹³⁵ Der Verwender erlangt auf diese Weise künstlich generierte Informationen über eine Person, die in dieser Form zuvor nicht explizit in den ausgewerteten Daten enthalten und dem Verwender dementsprechend nicht bekannt waren.¹³⁶ Diese neuen Daten sind personenbezogen i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO.¹³⁷ Sie wurden aber nicht von den Betroffenen mitgeteilt oder anderweitig erhoben, sondern neu geschaffen.¹³⁸ Von bekannten Eigenschaften einer Person wird also auf unbekanntes geschlossen. Diese Zurechnung des Verhaltens einer Gruppe an eine Einzelperson mittels mathematisch-statistischer Verfahren ist ein für Profiling spezifisches, in diesem Ausmaß neues

¹³²Vgl. *Colonna*, Legal Implications of Data Mining, 2016, S. 62 f.; *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 f. Rn. 41.

¹³³Beispiel aus *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 f. Rn. 41.

¹³⁴Vgl. *dass.*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 f. Rn. 41.

¹³⁵*Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 7; *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 28 Rn. 50; *King/Forder*, Computer Law & Security Review 32 (2016), 696, 699 f.; *Schermer*, Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 46.

¹³⁶*King/Forder*, Computer Law & Security Review 32 (2016), 696, 699 f.

¹³⁷*Datatilsynet (Dänische Datenschutzbehörde)*, The great Data Race, 2015, S. 25 (noch zur Datenschutz-Richtlinie).

¹³⁸Vgl. *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 7.

Phänomen,¹³⁹ auch wenn die dem Profiling zugrunde liegenden Verfahren als solche schon vor Jahrzenten beschrieben wurden.¹⁴⁰

Diejenigen, die Profiling einsetzen, machen ihre darauf folgende Interaktion mit dem Betroffenen (bzw. das Unterlassen eines Handelns) zumindest teilweise von den gefundenen Erkenntnissen abhängig. Diese spielen im privatwirtschaftlichen Bereich eine je nach Fall unterschiedlich bedeutsame Rolle bei der Interaktion zwischen Verwender und Betroffenen.

2. Strukturell bedingte Fehlerquote

Den durch Profiling gefundenen Ergebnissen wohnt also strukturell eine gewisse Fehlerquote inne.¹⁴¹ Daraus folgt, dass Profiling konzeptionell dazu führt, dass im Einzelfall getroffene Bewertungen in Form von Analysen bzw. Vorhersagen persönlicher Aspekte i. S. v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO nicht zutreffen und damit inhaltlich dem Betroffenen nicht gerecht werden.¹⁴² Dies ist dem Konzept Profiling immanent, was bedeutet, dass falsche Ergebnisse im Einzelfall nicht *per se* auf einen Makel des eingesetzten Verfahrens schließen lassen. Im Fall von Kredit-Scoring bedeutet dies beispielsweise, dass einer vielleicht sehr kleinen, aber gewissen Zahl von Kreditantragstellern ein Kredit gewährt wird, obwohl die über sie getroffene Vorhersage falsch war und sie ihn tatsächlich nicht vertragsgemäß bedienen werden (sog. *false positive*). Zugleich wird anderen Antragstellern ein Kredit verweigert, obwohl sie eigentlich eine ausreichende Bonität aufweisen (sog. *false negative*).¹⁴³ Die Entscheidung darüber, welche Fehlerquote akzeptiert wird, liegt bei den Entwicklern bzw. Verwendern des jeweiligen Profiling-Verfahrens.¹⁴⁴ Diese haben grundsätzlich ein Interesse daran, dass die generierten Ergebnisse möglichst zutreffend sind, da der Zweck von Profiling (vor allem das Fällen und Ausführen von Entscheidungen

¹³⁹ *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 28 f. Rn. 53; *King/Forder*, Computer Law & Security Review 32 (2016), 696, 699.

¹⁴⁰ Siehe oben Kap. 2, II.

¹⁴¹ *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 26 Rn. 43 und 29 Rn. 54 f.; *Schermer*, Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 48.

¹⁴² Vgl. *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 8 DSGVO und *Datatilsynet (Dänische Datenschutzbehörde)*, The great Data Race, 2015, S. 25. Siehe auch *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 55: „(...) it should be noted that online profiles often lack accuracy. As confirmed by our study's experts and the literature, a recurring problem for those using online profiles is that these contain errors and inconsistencies, hence limiting their usability.“

¹⁴³ Beispiel nach *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 29 Rn. 54. Vgl. auch *Schermer*, Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 48.

¹⁴⁴ *Zarsky*, U. Ill. L. Rev. 2013, 1503, 1519.

und Risikominimierung) nur dann sinnvoll erreicht werden kann: Je besser die generierten Ergebnisse sind, desto nutzbringender können sie in der Interaktion mit Verbrauchern eingesetzt werden.

Bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise stellt sich für den Verwender somit ggf. die Frage, bis zu welcher Fehlerquote (und der damit einhergehenden Anzahl an falschen Beurteilungen) es sich in der Summe noch lohnt, Profiling einzusetzen. Finanziellen Gewinnen auf der einen Seite stehen beispielsweise unzufriedene Kunden im Einzelfall gegenüber, welche sich durch getroffene Bewertungen ungerecht behandelt fühlen bzw. einzelne darauf basierende Handlungen nicht nachvollziehen können. *Hurley* und *Adebayo* berichten beispielsweise von einem US-amerikanischen Fall aus dem Jahr 2008, in dem einem Kunden des Kreditkartenanbieters *American Express* der Kreditrahmen ohne ersichtlichen Grund von 10800 \$ auf 3800 \$ gekürzt wurde. Begründet wurde dies ihm gegenüber bloß damit, dass er kürzlich seine Kreditkarte bei den gleichen (auch auf Nachfrage nicht näher spezifizierten) Unternehmen eingesetzt habe wie andere Kunden, welche durch eine schlechte Zahlungsmoral aufgefallen seien.¹⁴⁵

3. Kritische Bewertung

Der Umstand, dass Profiling-Verfahren in bloßen Wahrscheinlichkeitsberechnungen bestehen, ist durchaus problematisch. Dies bedeutet nämlich, dass auch dann, wenn ein bestimmtes Verfahren in nahezu allen Fällen zutreffende Bewertungen erzeugt, immer Bewertungen im Einzelfall unzutreffend sind – selbst wenn das herangezogene Datenmaterial in qualitativer und quantitativer Hinsicht nicht zu beanstanden war. Derartige, zumindest ab und an auftretende falsche Ergebnisse sind systemimmanent und dem Wesen des Profilings als Verfahren, welches Bewertungen produziert, geschuldet. Über diese konzeptionell bedingte Fehlerhaftigkeit, die Profiling *per se* innewohnt, hinaus können fehlerhafte Ergebnisse auch dadurch herbeigeführt werden, dass das verwendete Datenmaterial fehlerhaft oder unvollständig ist.¹⁴⁶ Auch einwandfrei programmierte Algorithmen produzieren fehlerhafte Ergebnisse, wenn das herangezogene Datenmaterial fehlerhaft ist.

Je nach Kontext kann dies unterschiedlich weitreichende Folgen für den Betroffenen zeitigen. Wird Profiling eingesetzt, um im Rahmen eines Streamingdienstes für Filme kundenspezifische Empfehlungen einzublenden, besteht der denkbar größte Schaden darin, dass der Kunde aufgrund unzutreffender Empfehlungen unzufrieden mit der erworbenen Dienstleistung ist. Im Falle des Kredit-Scorings hingegen führt eine unzutreffende Bonitätsbewertung im Einzelfall z. B. dazu, dass Grundlagengeschäfte, wie die Gründung eines Unternehmens oder der Kauf einer Immobilie, un-

¹⁴⁵ Vgl. *Hurley/Adebayo*, Yale J.L. & Tech. 18 (2016), 148, 150 f.: Diese Art von Kredit-Scoring wird auch als *Behavioral Analysis*, *Behavioral Scoring* bzw. *Creditworthiness by Association* bezeichnet.

¹⁴⁶ *Schermer*, Computer Law & Security Review 27 (2011), 45, 48.

nötigerweise scheitern. Kritisch zu bewerten ist zudem, dass Profiling konzeptionell regelmäßig auf der Idee aufbaut, dass das Verhalten Dritter dem Einzelnen zugerechnet werden kann, sobald nur genügend Übereinstimmungen gefunden wurden. Dies bedeutet nämlich, dass der Betroffene – überspitzt formuliert – nicht mehr unmittelbar anhand seiner eigenen Handlungen beurteilt wird, sondern zumindest auch anhand der Handlungen Dritter.¹⁴⁷ Dies steht im Widerspruch zu grundlegenden Rechtsprinzipien und moralischen Wertungen, wonach Verantwortung (und Haftung) grundsätzlich nur aufgrund eigenen Verhaltens begründet werden.¹⁴⁸

Kerr und *Earle* sehen angesichts der bestehenden Möglichkeiten, Menschen automatisierten Bewertungen und schließlich Entscheidungen zu unterwerfen, Gefahren für grundlegende und zumeist allgemein anerkannte Rechtsprinzipien.¹⁴⁹ Sie beginnen ihre Überlegungen mit Analogien zur Unschuldsvermutung und zu weiteren, grundsätzlich rechtsgebietsübergreifend gültigen Verfahrensgrundsätzen, wie z. B. dem Recht, gehört zu werden, der Pflicht zur Begründung von Entscheidungen und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz. Sie führen zutreffend aus, dass diese Grundsätze auch im privat(rechtlichen) Bereich zumindest teilweise anerkannt sind, z. B. im Verhältnis zwischen Unternehmen und ihren Kunden sowie Arbeitnehmern.¹⁵⁰ Ausgehend davon argumentieren sie, dass moralische Gründe und solche der Fairness Wertungen vorgeben, die Grenzen ziehen, wenn es darum geht, Vermutungen über Einzelne anzustellen und auf Basis dieser Vermutungen zu handeln.

Diese Überlegungen lassen sich teilweise auf Profiling nach der Definition der Datenschutz-Grundverordnung übertragen: Die automatisierte Erstellung einer Bewertung persönlicher Aspekte i. S. v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO stellt eine Handlung Dritter dar, die der davon Betroffene in der Praxis häufig nur eingeschränkt oder gar nicht inhaltlich überprüfen kann.¹⁵¹ Die Dritten, anhand deren Eigenschaften und Verhalten er bewertet wird, kennt er nicht (dies wäre angesichts des Umfangs der typischerweise ausgewerteten Datenmassen auch nicht möglich). Dementsprechend kann er auch auf ihr Verhalten selber keinen Einfluss nehmen. Sowohl die konkret eingesetzte Methode (also die Frage, nach welchen Kriterien die Bewertung im Ein-

¹⁴⁷ *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 28 f. Rn. 53.

¹⁴⁸ *Dass.*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 28 f. Rn. 53.

¹⁴⁹ *Kerr/Earle*, *Stan. L. Rev. Online* 66 (2013), 65, 70 f.; *Kerr*, in: Hildebrandt/Vries (Hrsg.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, S. 91, 107 f.

¹⁵⁰ *Kerr*, in: Hildebrandt/Vries (Hrsg.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, S. 91, 108; *Kerr/Earle*, *Stan. L. Rev. Online* 66 (2013), 65, 70.: „*These include the right to a fair and impartial hearing, an ability to question those seeking to make a case against you; access to legal counsel, a public record of the proceedings, published reasons for the decision, and, in some cases, an ability to appeal the decision or seek judicial review. Likewise, a corollary set of duties exists in the private sector: Although such duties are not constitutionally enshrined, companies do owe employees and customers the right to full information, the right to be heard, the right to ask questions and receive answers, and the right of redress.*“

¹⁵¹ Vgl. *Citron/Pasquale*, *Wash. L. Rev.* 89 (2014), 1, 10 f.

zelfall erstellt wird) als auch die Auswahl des herangezogenen Datenmaterials entziehen sich seinem Einflussbereich. Vielmehr ist er darauf angewiesen, dass die im Einzelfall getroffene Analyse bzw. Vorhersage im Ergebnis zutrifft.

Im Fall einer im Einzelfall unzutreffenden „Bewertung persönlicher Aspekte“ steht zu befürchten, dass diese sich negativ für ihn auswirkt, indem sie beispielsweise kausal für eine später ihm gegenüber getroffene Entscheidung wird. Dies ist gerade vor dem Hintergrund der tendenziell zunehmenden Automatisierung bedenklich, denn es nimmt dem von Profiling Betroffenen unter Umständen ein Stück Autonomie und Handlungsfähigkeit: Je nachdem, in welchem Kontext, mit welchen Verfahren und mit welcher tolerierten Fehlerquote Profiling zum Einsatz kommt, droht eine zunehmend generalisierte Betrachtungsweise durch Algorithmen, indem diese Durchschnittsverhalten zur Norm erklären, sodass (zu starke) Abweichungen davon negative Folgen zeitigen.¹⁵²

¹⁵² *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 8 DSGVO.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 3: Profiling und automatisierte Entscheidungen: Ein 3-stufiges Modell



I. Vorüberlegungen

1. Überblick

Die beschriebenen kritischen Aspekte von Profiling wurden ausgehend von der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 4 DSGVO und dem Einsatz von Profiling in der Praxis entwickelt. Bei der Beschreibung der mit Profiling zusammenhängenden tatsächlichen Problemlagen tritt eine wesentliche Erkenntnis zutage. Es bietet sich an, eine Unterscheidung in qualitativer sowie chronologischer Hinsicht zu treffen zwischen Profiling einerseits, also der „bloßen“ Erstellung von Bewertungen, und dem darauf aufbauenden Prozess der Entscheidungsfindung (ggf. mitsamt der Ausführung dieser Entscheidung) andererseits.¹ Denn „*Profiling – als automatisierte Datenverarbeitung – bildet die Grundlage, auf der eine Entscheidung des Verantwortlichen aufsetzt, die für die betroffene Person dann eine rechtliche Wirkung oder sonstige Konsequenz mit sich bringt.*“² Diese beiden Stufen können erst durchgeführt werden, wenn eine ausreichende Datengrundlage vorliegt. Die Datensammlung muss also logischerweise den ersten Schritt in diesem Modell darstellen.

Das Modell beginnt demnach auf der ersten Stufe mit der Sammlung der Daten, die für die nachfolgenden Schritte notwendig sind. Hierbei wird unterschieden zwischen personenbezogenen Daten, welche sich unmittelbar auf die im Einzelfall zu bewertende Person beziehen, und abstrakten Vergleichsdaten, welche (häufig, aber nicht zwangsläufig in anonymisierter Form) in bedeutendem Umfang gesammelt

¹ So auch *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 1 DSGVO. Siehe auch *Wiedemann*, *Computer Law & Security Review* 45 (2022), 1 ff. *passim*.

² *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 1 DSGVO.

und ausgewertet werden, um Erfahrungssätze zu generieren und Vergleichsgruppen zu bilden. Das eigentliche Profiling stellt die zweite Stufe dar. Sie befasst sich mit der Schaffung eines im weitesten Sinne „nutzbaren“ Ergebnisses, welches für den Verantwortlichen von wirtschaftlichem Interesse ist. Die dritte Stufe befasst sich mit dem Fällen und Ausführen von Entscheidungen, welche auf dem gefundenen Ergebnis (bzw. den Ergebnissen) der zweiten Stufe aufbauen. Diese Phase basiert zumindest teilweise auf dem Ergebnis des Profiling-Verfahrens. Freilich können zur Entscheidungsfindung neben dem Ergebnis des Profilings auch andere Daten herangezogen werden, welche keine Bewertung persönlicher Aspekte i. S. v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO darstellen, sondern ein nicht wertendes Abbild der Wirklichkeit, wie z. B. demografische Angaben über die Person oder Wetterdaten. Die gemeinsame Betrachtung von Entscheidungsfindung und -ausführung ist geboten, weil beide Aktionen voneinander abhängen: Die Entscheidung ist inhaltlich dadurch bedingt, was tatsächlich – zumindest *a priori* aus Sicht des Anbieters – praktisch umsetzbar ist. Die dritte Stufe endet, je nach inhaltlichem Ausgang des Entscheidungsfindungsprozesses, mit einem aktiven Tun oder einem bewussten Unterlassen.

2. Terminologie

Die Überlegung, dass Profiling und das damit zusammenhängende Treffen von Entscheidungen zwei miteinander zusammenhängende, aber qualitativ verschiedene und damit voneinander zu unterscheidende Verfahrensabschnitte darstellen, ist grundsätzlich nicht neu. Buchner führt z. B. aus, dass „*Profiling und Entscheidung (bzw. Entscheidungsfindung) auf zwei verschiedenen Ebenen anzusiedeln sind*“³ und dementsprechend eine Unterscheidung geboten ist.⁴

Nach Ansicht mancher Autoren ist der Begriff „Profiling“ inhaltlich weiter gefasst als es nach dem hier vertretenen Modell der Fall ist. Damit geht aber nicht unbedingt zugleich eine signifikante inhaltliche Divergenz einher. So schreiben z. B. Mendoza und Bygrave mit Blick auf die Datenschutz-Grundverordnung: „*profiling denotes the process of (1) inferring a set of characteristics about an individual person or group of persons (i.e., the process of creating a profile), and/or (2) treating that person or group (or other persons/groups) in light of these characteristics (i.e., the process of applying a profile)*.“⁵ Dies impliziert, dass Profiling sich begrifflich auf das Bewerten einer Person bezieht, zugleich aber auch darauf, welche Folgen man daraus für die Interaktion mit der Person zieht.⁶ Terminologisch wird

³ Ders., in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 4 Rn. 1 DSGVO.

⁴ In diesem Sinne auch Martini, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 22 Rn. 2 DSGVO, der Profiling als „*Entscheidungsunterstützung*“ bezeichnet.

⁵ Mendoza/Bygrave, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), EU Internet Law, 2017, 77.

⁶ Vgl. auch Gola, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 4 Rn. 43 DSGVO, der zwischen „*Profilbildung*“ und „*Nutzung von Profilen*“ unterscheidet.

Profiling damit auch auf die (nach hiesiger Ansicht) dritte Stufe bezogen und geht damit weiter als das hier vertretene engere Verständnis, welches Profiling begrifflich auf der zweiten Stufe verortet.

II. Erste Stufe: Datensammlung

Grundlage von Profiling sind immer Informationen in Form von Daten. Zugriff darauf ist eine unabdingbare Voraussetzung. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verantwortliche die Daten selber erhebt, sie von Dritten erlangt oder sie aus verschiedenen Quellen zusammenführt. Das Beschaffen von Daten – also ein Sammeln von Daten im weitesten Sinne – ist damit der erste Schritt, der gegangen werden muss, um Profiling zu betreiben und daran Entscheidungen zu knüpfen. Schon ab dieser Ebene stellt sich für den Verantwortlichen i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO die Frage, ob bzw. in welchem Ausmaß das Datenschutzrecht zur Anwendung kommt. Dies hängt davon ab, ob den Daten ein Personenbezug innewohnt, Art. 2 I DSGVO, ob sie sich also auf eine „*identifizierte oder identifizierbare natürliche Person*“ beziehen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO).⁷ Eine Kategorisierung der für das Profiling eingesetzten Daten ist an dieser Stelle notwendig, da die datenschutzrechtlichen Vorgaben vom Verantwortlichen je nach rechtlicher Qualifikation des einzelnen Datums befolgt werden müssen oder nicht. Die rechtlichen und tatsächlichen, vor allem finanziellen Folgen, sind unter Umständen beträchtlich. Dies gilt nicht nur mit Blick auf die Sammlung der Daten – hier verstanden als erste Stufe –, sondern auch mit Blick auf die Datenverarbeitung auf der nachgelagerten Stufe (dem eigentlichen Profiling zum Zwecke der Ergebnisfindung) und teilweise auch auf der dritten Stufe des Modells (dem Fällen von Entscheidungen).

Bei der Betrachtung des ersten Schrittes bietet sich eine Unterscheidung zwischen zwei Kategorien von Daten an, nämlich „abstrakten Vergleichsdaten“ einerseits und „personenbezogenen Daten der betroffenen Person“ andererseits.

1. Abstrakte Vergleichsdaten

a. Vorüberlegungen

Zunächst sind (typischerweise) große Summen an „Erfahrungsdaten“ bzw. „Vergleichsdaten“ erforderlich, um aus ihnen allgemeine Erfahrungssätze, Korrelationen und Regeln zu generieren, welche das Profiling überhaupt erst möglich machen. Die meisten Profiling-Verfahren basieren auf der Überlegung, dass diese Analysen einer großen Masse von Daten es erlauben, im Einzelfall auf persönliche Aspekte einer bestimmten Person zu schließen, indem über diese Person vorliegende Infor-

⁷Siehe dazu auch Erwägungsgrund 26 DSGVO.

mationen mit den aus den abstrakten Daten gewonnenen Erfahrungssätzen abgeglichen werden. Anders formuliert geht es darum, Eigenschaften und Verhalten von Menschen in bestimmten Situationen allgemein zu typisieren (und ggf. mit weiteren, von ihrer Natur her nicht personenbezogenen Daten in Bezug zu setzen), um daraus später Erkenntnisse über Einzelpersonen ableiten zu können.⁸ Auch wenn weitere Faktoren für die Qualität des eingesetzten Verfahrens und die Zuverlässigkeit der gefundenen Ergebnisse ebenso eine tragende Rolle spielen, so z. B. die Richtigkeit und Aktualität der verarbeiteten Daten, führen grundsätzlich größere Datenmengen auf der abstrakten Ebene zu besseren Ergebnissen im Einzelfall. Ohne Vergleichsdaten lassen sich individualisierte natürliche Personen nicht einordnen und bewerten – dem Profiling würde die Grundlage fehlen. Auch wenn Vergleichsdaten häufig zumindest ursprünglich ein Personenbezug innewohnt, spielt die Identität der Personen für den Verantwortlichen auf dieser abstrakten Ebene keine Rolle. Anonymisierte (also ursprünglich personenbezogene) Daten sind damit als Vergleichsgrundlage ausreichend.

Ein anschauliches Beispiel dafür, welche Rolle abstrakte Vergleichsdaten beim Profiling spielen, ist eine Marketing-Strategie des US-amerikanischen Discount-Einzelhändlers *Target*. Diesem ist es gelungen, durch Analyse der ihm vorliegenden Daten über das Kaufverhalten solcher Kundinnen, die im Rahmen eines Vorteilsprogramms dem Unternehmen gegenüber angegeben hatten, schwanger zu sein und zudem den erwarteten Geburtstermin mitgeteilt hatten, Rückschlüsse auf das Bestehen einer Schwangerschaft bei anderen Kundinnen zu ziehen.⁹ *Target* konnte¹⁰ auf diese Weise die Schwangerschaft einer Kundin durch Auswertung ihres Kaufverhaltens hinsichtlich eines Muster-Einkaufskorbes von ca. 25 Alltagsprodukten bereits im zweiten Drittel der Schwangerschaft mit hoher Genauigkeit feststellen – und damit lange vor dem Erwerb solcher Produkte, die offensichtlich auf die Geburt eines Kindes bezogen sind. *Target* erstellte zu diesem Zweck individuelle „Pregnancy Prediction Scores“. Selbst der erwartete Geburtstermin konnte so auf ein relativ kleines Zeitfenster eingegrenzt werden.¹¹ Das Unternehmen nutzte dieses Wissen, um je nach aktuellem Stand der Schwangerschaft individualisierte Werbung (in Form von Rabatt-Gutscheinen) zu verschicken. Der Wettbewerbsvorteil von *Target* bestand darin, die Kundinnen schneller als andere Unternehmen¹² mit situationsbezogener Werbung konfrontieren zu können. Das Wissen, dass eine Kundin mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit schwanger ist, war für *Target* besonders wertvoll, da Kundinnen (bzw. Paare) in dieser Lebensphase besonders empfänglich dafür sind, ihr Kaufverhalten grundlegend zu verändern: Zielgerichtete, geschickte Werbung kann dann den Effekt haben, die Kunden längerfristig auch für solche Produkte an

⁸ Vgl. *Federal Trade Commission*, Big Data – A Tool for Inclusion or Exclusion?, 2016, S. 5.

⁹ Ausführlich dazu *Duhigg*, The New York Times Magazine 16.02.2012.

¹⁰ Es ist nicht bekannt, ob bzw. in welchem Ausmaß *Target* diese Analysen auch heute noch vornimmt.

¹¹ Vgl. zum Fall *Target* generell auch die Analyse von *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 91 ff.

¹² Geburtsregister sind in den USA öffentlich, weshalb junge Eltern nach der Geburt eines Kindes regelmäßig von verschiedenen Unternehmen mit Werbung konfrontiert werden.

das Unternehmen zu binden, welche sie bisher woanders gekauft haben.¹³ Dies gilt vor allem auch für solche Produkte, die keinen inhaltlichen Bezug zur Schwangerschaft der Kundin haben. Das beschriebene Vorgehen kann damit für den Verwender durchaus jahrelange positive Auswirkungen zeitigen.

b. Anonyme, anonymisierte und personenbezogene Daten

Innerhalb der Kategorie „abstrakte Vergleichsdaten“ lassen sich somit drei Unterkategorien abschließend feststellen. Zunächst sind dies solche Daten, denen ihrer Natur nach *per se* kein Personenbezug innewohnt, wie z. B. Wetter- oder Geländedaten (Unterkategorie 1). Sie sind genuin anonym, solange sie nicht mit personenbezogenen Daten verknüpft werden.¹⁴ Zudem werden häufig personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO verarbeitet (Unterkategorie 2). Wenn beispielsweise eine Auskunft eine Bonitätsauskunft über eine konkrete Person erstellt, werden dafür zahlreiche Daten anderer in der Kartei gelisteter Kunden als Vergleichsmaßstab herangezogen. Diese Daten sind personenbezogen und müssen es aufgrund der Arbeitsweise von Auskunftgebern auch bleiben, da diese für jede gelistete Person Score-Werte bereithalten müssen. Die dritte Unterkategorie stellen anonymisierte Daten dar. Dies sind Daten, die ursprünglich personenbezogen waren, aber durch verschiedenartige technische Methoden mit dem Ziel weiterverarbeitet wurden, dass eine Identifizierung der betroffenen Person nicht mehr möglich ist. Die Datenschutz-Grundverordnung kommt gem. Art. 2 I DSGVO nur zur Anwendung, wenn personenbezogene Daten (Unterkategorie 2) verarbeitet werden. Bei den nicht personenbezogenen Daten ist ihr sachlicher Anwendungsbereich nicht eröffnet.

Um die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts zu umgehen, werden große Datensätze häufig anonymisiert, um sie an Dritte weiterzugeben, z. B. zu Zwecken der Forschung oder zwecks kommerzieller Nutzung. Terminologisch ist der Begriff „anonymisiert“ nicht unproblematisch. Er suggeriert nämlich, dass die Anonymisierung erfolgreich gewesen ist, dass sie also vor allem nicht umkehrbar ist. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, ließe sich durchaus argumentieren, dass begrifflich stärker deutlich gemacht werden sollte, ob auf das Ergebnis, also eine wirklich effektive Anonymisierung, oder nur auf die Absicht, eine solche nach Möglichkeit herbeizuführen, abgestellt wird.¹⁵ Anonymisierung kommt in großem Ausmaß auch beim Profiling zum Einsatz, denn die Entbindung von möglichst vielen datenschutzrechtlichen Pflichten, welche in der Praxis für die Verpflichteten durchaus zeit- und kostenintensiv sein können,¹⁶ ist für diese sehr erstrebenswert.

¹³Vgl. zu den verhaltenspsychologischen Hintergründen *Duhigg*, The New York Times Magazine 16.02.2012 und *Greenstein*, Our Humanity exposed, 2017, S. 116 f.

¹⁴Erwägungsgrund 26 DSGVO unterscheidet personenbezogene und anonyme Daten, wobei Letztere den hier als Unterkategorie 1 und 3 bezeichneten Daten entsprechen.

¹⁵Vgl. dazu die Ausführungen bei *Ohm*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1744 f.

¹⁶Zu denken ist z. B. an das ggf. notwendige Einholen von Einwilligungen aller Betroffenen gem. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO oder das Erstellen einer Datenschutz-Folgenabschätzung gem. Art. 35 f. DSGVO.

c. Technische und rechtliche Probleme der Anonymisierung

Sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht ist das Verhältnis von technischer Anonymisierung und datenschutzrechtlicher Bewertung des Personenbezugs nicht durchweg unproblematisch. An die Anonymisierung personenbezogener Daten sind in technischer Hinsicht hohe Anforderungen zu stellen, da diese Verfahren mit fortschreitender technischer Entwicklung und Zunahme des vorhandenen Datenmaterials immer häufiger rückgängig gemacht werden können.¹⁷ Je nachdem, welche Anforderungen man an den Begriff „identifizierbar“ in Art. 4 Nr. 1 DSGVO stellt, müssen Daten, welche eigentlich anonymisiert werden sollten, rechtlich doch als personenbezogen eingeordnet werden, wenn die Identität der ursprünglich betroffenen Personen mit technischen Mitteln wieder aufgedeckt werden kann. Mit dem Fortschritt der Technologie und dem verfügbaren Datenmaterial steigt damit tendenziell die Summe an Daten, die rechtlich als personenbezogen qualifiziert werden müssen.¹⁸ Auch die Anonymisierungstechniken entwickeln sich im Laufe der Zeit weiter. Allerdings hat sich gezeigt, dass die Möglichkeiten der Re-Identifikation diesen technisch in der Regel überlegen sind.¹⁹

„Schwachstelle“ der Anonymisierung ist zumeist der Abgleich (vermeintlich) anonymisierter Daten mit weiteren Datenquellen. Sobald eindeutige Übereinstimmungen gefunden wurden, kann häufig aufgedeckt werden, auf welche natürlichen Personen sich ein eigentlich anonymisierter Datensatz bezieht.²⁰ Viele Methoden würden zwar eine Anonymisierung ermöglichen, die mit Sicherheit nicht rückgängig zu machen wäre. Dies gilt aber nur unter der (in den meisten Fällen) realitätsfernen Prämisse, dass ansonsten keinerlei Zugriff auf personenbezogene Daten besteht, welche sich auf die Personen beziehen, deren Identitäten durch die Anonymisierung geschützt werden sollten.²¹ Einer Re-Identifikation in besonderem Maße zugänglich sind mit Sensoren ausgestattete Alltagsprodukte des „Internets der Dinge“, wie etwa Fitness-Tracker oder Smartphones. Diese können umfassende und damit persönlichkeitsrechtlich hoch relevante Bewegungs- bzw. anderweitige Verhaltensprofile ihrer Nutzer erstellen, welche ihrer Natur nach aufgrund ihrer Komplexität häufig einzigartig sind.²² Werden diese Profile in ihrer Gänze gespeichert und nur dadurch anonymisiert, dass eindeutige Identifikationsmerkmale (sog. *Identifier*) gelöscht werden, wie z. B. Name oder Adresse der jeweiligen Nutzer, ist eine Re-Identifikation häufig relativ leicht möglich: Einige wenige Informationen über das Verhalten eines bestimmten Nutzers, gewonnen aus anderen Quellen,

¹⁷ *Bygrave*, Data Privacy Law, 2014, S. 131; *Schwartz/Solove*, N.Y.U. L. Rev. 86 (2011), 1814, 1841 ff.; *Tene/Polonetsky*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 11 (2013), 239, 251 f. Zum Spannungsfeld zwischen Anonymisierung, Datenschutz und Datenqualität vgl. auch grundlegend *Leistner/Antoine/Sagstetter*, Big Data, 2021, S. 214 ff.

¹⁸ Vgl. *Ohm*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1742 (zu dem Begriff *Personally Identifiable Information* aus dem US-amerikanischen Recht).

¹⁹ *Ders.*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1751 ff.

²⁰ *Ders.*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1723.

²¹ Vgl. *ders.*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1724.

²² *Peppet*, Tex. L. Rev. 93 (2014), 85, 129 f.

können ohne Weiteres eine Zuordnung dieser konkreten Person zu einem der eigentlich anonymisierten Profile erlauben. Dies bedeutet, dass wenige, zudem häufig vermeintlich banale Informationen, wie z. B. solche über den typischerweise zurückgelegten Weg zur Arbeit, sehr komplexe und aussagekräftige Profile und Verhaltensmuster offenlegen können.²³ Generell gilt, dass trotz dauerhafter Löschung typischer Identifikationsmerkmale aus einem Datensatz, wie z. B. des Namens oder der Adresse einer Person, erstaunlich häufig der Rückschluss auf die Identität einzelner Personen weiterhin möglich ist. Eine US-amerikanische Studie aus dem Jahr 2000 hat beispielsweise nachgewiesen, dass 87 % der US-Amerikaner anhand ihrer 5-stelligen Postleitzahl, ihres Geschlechts und ihres Geburtsdatums einwandfrei identifiziert werden können.²⁴

Je effektiver personenbezogene Daten anonymisiert werden, desto aussageloser und damit weniger nutzbringend werden sie häufig mit Blick auf ihren Aussagegehalt. Eine Methode der Anonymisierung ist es beispielsweise, spezifische Informationen, welche in Datensätzen enthalten sind, gezielt zu generalisieren, um so den Rückschluss auf die dahinterstehenden Individuen zu verhindern oder zumindest zu erschweren. Der Aussagegehalt wird auf diese Weise verwässert, so z. B. indem bei Vorliegen von 5-stelligen Postleitzahlen, welche Auskunft über den Wohnort der in einem Datensatz enthaltenen Personen geben, immer die letzten beiden Ziffern gelöscht werden.²⁵ Dies erschwert tendenziell das Aufdecken der Identität der betroffenen Personen, verringert aber auch den Aussagegehalt des Datensatzes insgesamt. Wird er z. B. herangezogen, um Marktforschung zu betreiben oder eine Statistik zu erstellen, wird das Ergebnis in örtlicher Hinsicht unpräziser. Ein noch stärkerer Verlust an Aussagekraft ist zu erwarten, wenn Datensätze dergestalt anonymisiert werden, dass die in ihnen enthaltenen Informationen vor der Weiterverarbeitung zusammengefasst werden.²⁶ Die Anonymisierung mag in diesen Fällen sehr effizient sein und eine Identifizierung einzelner Personen verhindern. Durch das Zusammenfassen der Ergebnisse gehen aber auch viele potenziell nützliche Informationen verloren. Zudem wohnen einer Zusammenfassung häufig auch wertende Elemente inne, weshalb der Aussagegehalt der Daten eventuell verfälscht wird.

Es stellt sich also das grundsätzliche Problem, dass ein Kompromiss gefunden werden muss zwischen dem Schutz der Privatheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf der einen Seite und dem den Daten nach der Anonymisierung noch innewohnenden Nutzen andererseits. Man muss nicht so weit gehen wie *Ohm*, der in seiner grundlegenden Abhandlung zu den rechtlichen Implikationen der Anonymisierung von Datensätzen ausführt: „*Data can be either useful or perfectly anyony-*

²³Vgl. *ders.*, Tex. L. Rev. 93 (2014), 85, 129 f.

²⁴*Sweeney*, Simple Demographics often identify People uniquely, 2000, S. 2. Geschlecht und Geburtsdatum in Kombination mit dem Wohnort (also einer weniger präzisen Ortsangabe) lassen immer noch eine Identifikation von 53 % der US-Amerikaner zu; eine Angabe des County (Verwaltungseinheit, die im weitesten Sinne mit den deutschen Landkreisen vergleichbar ist) anstelle des Wohnorts von immerhin noch 18 % (*dies.*, Simple Demographics often identify People uniquely, 2000, S. 2).

²⁵*Ohm*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1714 f.

²⁶Vgl. *ders.*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1715 f.

mous but never both.“²⁷ Ihm ist aber dahingehend beizupflichten, dass der Konflikt zwischen der (durch die Datenverarbeitung möglicherweise negativ beeinträchtigten) Privatheit der Betroffenen und der Nutzbarmachung von Daten zu verschiedenen Zwecken häufig vorschnell unter Verweis auf eine vermeintlich effektive Anonymisierung im Einzelfall heruntergespielt wird.²⁸

2. Personenbezogene Daten des Betroffenen

Um Profiling bezogen auf eine bestimmte Person – einen (potenziellen) Kunden, eine Arbeitnehmerin, einen Kreditantragsteller etc. – durchzuführen, ist es notwendig, dass mindestens ein einzelnes Datum bekannt ist, welches sich auf diese konkrete Person bezieht. Es handelt sich um die betroffene Person i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Typischerweise wird auf mehrere (und zwecks Verbesserung des Ergebnisses möglichst viele) personenbezogene Daten zurückgegriffen. Diese müssen zwingend personenbezogen i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO sein, da der Verantwortliche sie heranzieht, um die konkret betroffene Person im Einzelfall zu bewerten, und dies nur unter Bezugnahme auf die jeweilige Identität möglich ist. Die tatsächlichen, qualitativen Unterschiede zwischen abstrakten Vergleichsdaten und (im Gegensatz dazu „konkreten“) Daten mit Bezug auf eine Einzelperson schlagen sich hier bei der datenschutzrechtlichen Einordnung nieder.²⁹ *Target* ging grundsätzlich so vor, dass nach Möglichkeit jeder Kundin eine individuelle „Guest ID Number“ zugeordnet wurde, unter der alle dem Unternehmen bekanntgewordenen Informationen über die jeweilige Kundin gespeichert wurden.³⁰ Spätestens im Zeitpunkt der Zuordnung dieser einzelnen Informationen zu einem konkreten Individuum unter Verwendung dieser Kennnummer wurden daraus (nach dem Verständnis des europäischen Datenschutzrechts) personenbezogene Daten.³¹ Um die Wahrscheinlichkeit zu berechnen, dass eine bestimmte Kundin schwanger ist, wurde das Kaufverhalten bezogen auf 25 Produkte eines Muster-Warenkorbes ausgewertet (s. o.). Der Zugriff auf dieses Bündel an Informationen in Form von personenbezogenen Daten mit Bezug auf die konkret zu bewertende Kundin ermöglichte *Target* die Durchführung des Profilings. Personenbezogenen Daten kommt damit beim Profiling eine Schlüsselrolle zu: Erst der Zugriff auf sie erlaubt es, die abstrakten Erfahrungssätze, welche aus den abstrakten Vergleichsdaten gewonnen werden konnten, auf den Einzelfall zu übertragen und somit nutzbar zu machen.

²⁷ *Ders.*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701, 1704.

²⁸ *Ders.*, UCLA L. R. 57 (2010), 1701 ff. *passim*.

²⁹ Vgl. dazu auch *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 Rn. 38–40.

³⁰ *Duhigg*, The New York Times Magazine 16.02.2012.

³¹ Vgl. *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19 DSGVO.

III. Zweite und dritte Stufe: Profiling und Entscheidungsfindung sowie -ausführung

Der Einsatz von Profiling ist für Unternehmen ein hilfreiches Werkzeug, um die persönlichen Aspekte von Verbrauchern zu analysieren und vorherzusagen. Es wird deshalb eingesetzt, um die Interaktion mit dem Betroffenen im weiteren Sinne auszugestalten, um also geschäftliche Handlungen – bzw. das Unterlassen eines Handelns – ihm gegenüber zu bestimmen. Im Kern dient Profiling also dazu, Entscheidungen über das weitere Vorgehen vorzubereiten. Das Fällen und Ausführen von Entscheidungen folgt zeitlich nach.

Profiling stellt also in chronologischer Hinsicht den zweiten Schritt des hier vertretenen Modells dar, das Fällen von Entscheidungen den dritten. Auch in qualitativer Hinsicht ist diese Strukturierung und Abgrenzung von Profiling einerseits und dem Fällen sowie Ausführen von Entscheidungen andererseits sinnvoll. Im Folgenden wird dargestellt, dass diese Herangehensweise es erlaubt, die verschiedenen Probleme und Interessenlagen der Beteiligten rechtlich zu würdigen, zu bewerten und in Bezug zueinander zu setzen. Anders formuliert erlaubt es die vorgeschlagene Strukturierung, die anwendbaren Rechtsregime und damit die ggf. betroffenen Rechtsgüter der Beteiligten und weitere rechtliche Implikationen zu bestimmen.

Profiling stellt, wie schon der Wortlaut der Legaldefinition zeigt, zunächst nur eine Bewertung persönlicher Aspekte dar. Dabei werden für den Verwender potenziell nützliche Informationen über den Betroffenen generiert. Es geht also um das Finden von Erkenntnissen, die in einem nachgelagerten Schritt möglicherweise nutzbringend eingesetzt werden können. Eine gedankliche, strukturelle Differenzierung zwischen dem Schaffen einer Entscheidungsgrundlage mit den Mitteln des Profilings und dem eigentlichen Fällen und Ausführen einer Entscheidung scheint also sinnvoll. Das 3-stufige Modell lässt sich, wie vor allem bei der Untersuchung der Regulierung automatisierter Entscheidungsfindungen zu sehen sein wird, auch mit dem Aufbau der Datenschutz-Grundverordnung begründen.

Die Erstellung der Bewertung persönlicher Aspekte, also das eigentliche Profiling, wird anhand der im Rahmen des ersten Schritts gesammelten Daten vorgenommen. In diesem zweiten Schritt geht es darum, die Ergebnisse von Profiling und ggf. weiterer relevanter Aspekte, welche nicht zwangsläufig auf Profiling basieren, zusammenzutragen, um eine Grundlage für das weitere Vorgehen zu schaffen. Die Bewertung ist für den Betroffenen zunächst insofern relevant, als sie einen Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht darstellt. Das Profiling einer Person spielt sich im klassischen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts ab und stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Privatheit des Betroffenen dar. Abgesehen davon hat es für ihn zunächst aber keine unmittelbaren Auswirkungen. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen der Betroffene sich nicht bewusst ist, dass Profiling stattfindet. In tatsächlicher Hinsicht kommt es für den Betroffenen maßgeblich darauf an, wie der Verwender von Profiling-Verfahren angesichts dieser gefundenen Informationen weiter verfährt, welche tatsächlichen Folgen er also an das Ergebnis des Profilings knüpft. Ein Beispiel hierfür ist das

Erstellen eines Score-Wertes durch eine Auskunftfei, welchen eine Bank einholt, um über einen Kreditantrag zu entscheiden: Der Wert trifft eine Aussage über die Bonität des Kreditantragstellers. Das Erstellen des Wertes und die in ihm getroffene Aussage sind für den Betroffenen erst dann relevant, wenn die Bank sich entschieden hat, ob und ggf. unter welchen Bedingungen sie einen Kredit gewährt. Erst diese Entscheidung hat für den Antragsteller spürbare Auswirkungen auf seine persönliche Handlungsfreiheit, die in diesem Beispiel vor allem auch mit wirtschaftlicher Handlungsfreiheit einhergeht. Für ihn kommt es also neben dem inhaltlichen Ergebnis des Profiling-Verfahrens (also der Höhe des Score-Wertes) maßgeblich darauf an, wie die Bank mit der Aussage, die der Score-Wert trifft, umgeht und ihren Entscheidungsfindungsprozess intern ausgestaltet.

Dem Profiling folgt zeitlich also das Füllen und Ausführen einer Entscheidung, die auf den mit den Mitteln des Profiling gefundenen Ergebnissen aufbaut. Dies kann als nachgelagerter, dritter Schritt des Modells verstanden werden. Auf dieser Stufe spielen wiederum zwei wesentliche Faktoren eine Rolle.

Zunächst stellt sich die Frage, welche Bedeutung den Profiling-Ergebnissen bei der Entscheidungsfindung zugemessen wird. Spielen sie eine untergeordnete Rolle, oder hängt die Entscheidung über das weitere Vorgehen maßgeblich oder sogar vollständig von ihnen ab? Für den eben beispielhaft genannten Antragsteller macht es einen wesentlichen Unterschied, ob der Score-Wert die Frage der Kreditvergabe *de facto* abschließend entscheidet, oder ob er nur einen Faktor darstellt, der neben anderen in die Entscheidung einfließt. So kann die Bank durchaus auch eigene, weitere Kriterien heranziehen, welche der Auskunftfei nicht bekannt sind, wie z. B. die Dauer der Kundenbeziehung oder auch das Einkommen der Person.³² Die Entscheidung über die Kreditvergabe kann durchaus auch von einem gewachsenen Vertrauensverhältnis mit dem Kunden beeinflusst werden. Auch Faktoren, die nicht in der Person des Kreditantragstellers begründet liegen, wirken auf die Entscheidungsfindung ein, so z. B. die allgemeine wirtschaftliche Situation der Bank.

Der zweite Faktor ist der Grad an Automatisierung. Dieser beschreibt, inwiefern eine Entscheidung ohne menschliches Zutun von einem Computer gefällt und ausgeführt wird. Stellen die Ergebnisse des Profiling eine Entscheidungshilfe dar – oder spielen menschliche Entscheider im Entscheidungsfindungsprozess gar keine bzw. nur eine untergeordnete Rolle? Vollständig oder weitgehend automatisierte, auf Profiling basierende Entscheidungsfindungen ohne jegliches menschliches Eingreifen sind heutzutage in vielen Bereichen die Praxis oder wären zumindest ohne Weiteres denkbar. Die Datenschutz-Grundverordnung nennt in ihrem Erwägungsgrund 71 beispielhaft „*die automatische Ablehnung eines Online-Kreditantrags oder Online-Einstellungsverfahrens ohne jegliches menschliche Eingreifen.*“ Letztgenannte Verfahren kommen heutzutage z. B. schon regelmäßig zum Einsatz. Wie u. a. die *Süddeutsche Zeitung* berichtet, findet die Vorauswahl von Bewerbern immer häufiger automatisiert statt.³³ Demnach entscheidet eine Software anhand von

³² Dies ist ein für die Bonität durchaus relevanter Faktor. Dieser ist den Auskunftfeien aber häufig gar nicht bekannt.

³³ *Demmer*, *Süddeutsche Zeitung* 17.06.2017.

online ausgefüllten Fragebögen und den Bewerbungsunterlagen, ob ein Kandidat zum Vorstellungsgespräch eingeladen wird. Wenn dabei nur klar definierte Kriterien wie beispielsweise das Vorliegen eines notwendigen berufsqualifizierenden Abschlusses überprüft werden, liegt mangels Bewertung kein Profiling nach dem Verständnis der Datenschutz-Grundverordnung vor.³⁴ Profiling ist hingegen zu bejahen, wenn „die Profile von Kandidaten mit denen der [im jeweiligen Unternehmen] erfolgreichen Mitarbeiter“³⁵ verglichen werden, um im Rahmen des Auswahlprozesses geeignete Kandidaten zu finden. Es erfolgt nämlich eine Analyse der Bewerber hinsichtlich ihrer (erwarteten) Arbeitsleistung, verbunden mit einer Vorhersage ihres Verhaltens. Eine solche Bewertung persönlicher Aspekte i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO liegt ebenso vor, wenn eigentlich geeignete Kandidaten, die aber „häufig den Job gewechselt haben, deren Lebenspartner nicht am Standort der zu besetzenden Stelle arbeiten oder deren biografische Angaben zu erkennen geben, dass sie aus anderen Gründen einem Angebot keinesfalls folgen würden“,³⁶ automatisiert abgelehnt werden.

IV. Herleitung, Eigenschaften und Nutzen des Modells

1. Dogmatische Herleitung

Das hier vorgeschlagene 3-stufige Modell lässt sich mit Aufbau und Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung begründen.³⁷ Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten als Tatbestandsvoraussetzung, womit eine Datensammlung als vorgelagerte Stufe für das Profiling zwingend notwendig ist. Abgesehen davon erschöpft die Norm sich im Wesentlichen darin, Profiling als Bewertung persönlicher Aspekte zu definieren. Maßnahmen des Profilings stellen nach dieser Definition keine Entscheidungen dar.³⁸ Der Umgang mit der Bewertung wird in dieser Norm also nicht thematisiert. Dies deutet darauf hin, dass Profiling ein in sich abgeschlossener, eigenständiger Handlungsabschnitt ist.

Art. 22 I DSGVO macht mit der Formulierung „auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung“ deutlich, dass die Datenschutz-Grundverordnung den Akt des Entscheidens als nachgelagerten Schritt

³⁴Vgl. *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 f. Rn. 41 und *von Lewinski*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 43. Edition (Stand: 1.2.2023), Art. 22 Rn. 16.1 DSGVO.

³⁵*Demmer*, Süddeutsche Zeitung 17.06.2017.

³⁶*Dies.*, Süddeutsche Zeitung 17.06.2017.

³⁷Siehe zur dogmatischen Herleitung des Modells bereits *Wiedemann*, Computer Law & Security Review 45 (2022), 1, 9 ff.

³⁸*Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32022, Art. 22 Rn. 4 DSGVO.

sieht (ebenso wie der Wortlaut des Erwägungsgrundes 71³⁹) und stellt die Verbindung zwischen Schritt 2 und Schritt 3 des Modells her. Deutlich wird die Unterscheidung zwischen Profiling (als Schaffung einer Entscheidungsgrundlage) und dem anschließenden Fällen einer davon beeinflussten Entscheidung in Art. 35 III lit. a DSGVO. Demnach ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung insbesondere dann notwendig, wenn eine „*systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen, die sich auf automatisierte Verarbeitung einschließlich Profiling gründet und die ihrerseits als Grundlage für Entscheidungen dient,*“ vorliegt. Eine Entscheidung kann auch dazu führen, dass der Verantwortliche ein Handeln unterlässt. Die Ausführung der Entscheidung muss also nicht stets in einem aktiven Tun bestehen.

2. Eigenschaften und Nutzen

Die drei Stufen des hier skizzierten Modells – die Sammlung abstrakter Vergleichsdaten bzw. personenbezogener Daten über den Betroffenen als erste Stufe, Profiling als zweite Stufe, das Fällen (und ggf. Ausführen) von Entscheidungen als dritte Stufe – stehen für jeweils eigene Verfahrensabschnitte, die als solche auch eine jeweils eigene Würdigung notwendig machen. Auch wenn sie jeweils in sich abgeschlossen sind und damit ein gewisses Maß an Unabhängigkeit aufweisen, besteht zwischen ihnen ein innerer Zusammenhang. Dies zeigt sich vor allem mit Blick auf die dritte Stufe, da das Fällen von Entscheidungen ja zumindest auch vom Ergebnis der zweiten Stufe abhängt (welche wiederum nur nach Durchlaufen der ersten Stufe erreicht werden kann).

Die Unterscheidung der drei Stufen anhand des Modells erleichtert es, die verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Implikationen für die jeweils Betroffenen zu erkennen und zu bewerten. Dies kann für die Interpretation des geltenden Rechts und rechtspolitische Diskussionen über etwaige Änderungen hilfreich sein. Die ersten beiden Stufen spielen sich im klassischen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts ab, da für das Durchführen von Profiling personenbezogene Daten gesammelt und automatisiert verarbeitet werden. Profiling erlaubt weitreichende Analysen und Vorhersagen über private, teilweise intime persönliche Aspekte, womit die typischen Gefährdungen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Privatheit des Einzelnen einhergehen. Die Beeinträchtigung besteht an dieser Stelle oftmals „nur“ in dem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen, die darüber hinausgehend aber keine unmittelbaren Wirkungen entfaltet. Die dritte Stufe hingegen ist primär unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung und der Ausübung wirtschaftlicher Freiheit relevant. Die von Unternehmen getroffenen Entscheidungen im Umgang mit Verbrauchern sind zwar in vielen Konstellationen für diesen ohne nennenswerte unmittelbare Auswirkungen, so z. B. bei Online-

³⁹Vgl. den Wortlaut: „*Entscheidung(...), die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung [wie z. B. Profiling] beruht*“ und „*auf einer derartigen Verarbeitung, einschließlich des Profilings, beruhende Entscheidungsfindung*“.

Werbung. Sie können allerdings auch wirtschaftliche und damit auch unter freiheitlichen Gesichtspunkten sensible Lebensbereiche beeinflussen, wie die genannten Beispiele (Kreditantrag, Einstellungsentscheidungen, Zugang zu Versicherungen etc.) gezeigt haben. Hier geht es also im Schwerpunkt um die allgemeine Handlungs- und Entfaltungsfreiheit des Betroffenen, oftmals auch um seine persönliche Freiheit in wirtschaftlicher Hinsicht.

Die drei Stufen des Modells können durchaus von verschiedenen Verantwortlichen ausgeführt werden. Wieder lässt sich dafür das Beispiel des Kredit-Scorings heranziehen: Score-Werte werden typischerweise von Auskunfteien bezogen, welche in großem Ausmaß Verbraucherdaten sammeln und mit den Methoden des Profilings verarbeiten (sog. externes Scoring). Ihr Handeln spielt sich also auf den ersten beiden Stufen des Modells ab. Die tatsächliche, dem Kreditantragsteller gegenüber verbindliche Entscheidung über die Kreditvergabe wird letztlich aber immer auf der dritten Stufe von der Bank ihm gegenüber mit Wirkung *inter partes* gefällt. Die Auskunftei stellt der Bank nur eine Entscheidungsgrundlage zur Verfügung.⁴⁰ Auf die Frage, wie die Bank anschließend damit umgeht, hat die Auskunftei keinen Einfluss: Sie entscheidet weder darüber, ob die Bank letztlich weitere Kriterien für die Entscheidung (und ggf. welche) heranzieht, noch entscheidet sie darüber, inwieweit diese Entscheidung seitens der Bank automatisiert getroffen wird.⁴¹ Daher können die Ausführungen des VG Wiesbaden nicht überzeugen, welches im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens i. S. d. Art. 267 AEUV argumentiert, die Auskunftei treffe durch Erstellung des Score-Wertes dem Kunden gegenüber (faktisch) die finale Entscheidung über die Kreditvergabe.⁴² Die dritte Stufe bezieht sich also auf interne Verfahrensabläufe des Verantwortlichen (die reine Entscheidungsfindung) und, soweit ein aktives Handeln entschieden wurde, auf Aktivitäten mit Außenwirkung bzw. ein bewusstes Untätigbleiben.

Dieses Beispiel verdeutlicht zudem, dass das 3-stufige Modell die Feststellung der Verantwortlichkeit für Fehler und der etwaigen daraus resultierenden Haftung erleichtern kann. Dies gilt unabhängig davon, ob ein (bußgeldbewehrter) Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften oder eine zivilrechtliche Haftung im Raum steht, so z. B. für Fehler bei der Erstellung des Score-Wertes. Die Strukturierung erlaubt so das Aufdecken von Fehlerquellen und Verantwortlichkeiten.

⁴⁰Taeger, RDV 2017, 3, 6. Siehe auch OLG Frankfurt a.M., NZI 2016, 188, 189 (zu § 6a BDSG a.F., welche als Vorgängernorm von Art. 22 DSGVO in Umsetzung von Art. 15, 12 DSRL die Zulässigkeit automatisierter Einzelentscheidungen regelte): „Zwar findet bei der Bekl. [Anmerkung: einer Auskunftei] eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten statt. Jedoch trifft die Bekl. auf Grund dieser Datenverarbeitung keine Entscheidungen gegenüber dem Kl. [Anmerkung: ein Schuldner mit negativem Eintrag] Dies tun allein die Vertragspartner der Bekl., indem sie unter anderem anhand der durch die Bekl. erlangten Informationen entscheiden, ob sie mit dem Kl. ein kreditrelevantes Geschäft abschließen.“

⁴¹Dazu siehe bereits oben Kap. 3, III.

⁴²VG Wiesbaden, 6 K 788/20.WI, ECLI:DE:VGWIESB:2021:1001.6K788.20.WI.0A, BeckRS 2021, 30719, Rn. 21 und 24–33 (im Kontext von Art. 22 DSGVO). Der Generalanwalt hat sich der Argumentation des vorlegenden Gerichts angeschlossen, siehe Schlussanträge des Generalanwalts Priit Pikamäe, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 31–52 (*SCHUFA Holding u. a. (Scoring)*).

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 4: Regulierung von Profiling und automatisierten Einzelentscheidungen



I. Überblick

Auf den in Art. 4 Nr. 4 DSGVO legaldefinierten Begriff Profiling wird in der Datenschutz-Grundverordnung sowohl in ihrem verfügenden Teil als auch in ihren Erwägungsgründen an mehreren Stellen Bezug genommen. Vor dem Hintergrund des hier vertretenen 3-stufigen Modells spielt vor allem Art. 22 DSGVO eine Schlüsselrolle. Diese Norm regelt die Zulässigkeit automatisierter Einzelentscheidungen und ist damit für die dritte Stufe des Modells (Entscheidungsfindung und -ausführung) relevant. Sie wird im Folgenden neben den rechtlichen Vorgaben für das eigentliche Profiling vertieft analysiert. Die weiteren relevanten Betroffenenrechte des Kapitels III, welche Profiling explizit in Bezug nehmen, sind zunächst die Informationspflichten der Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g DSGVO, welche nur im Kontext von automatisierten Entscheidungsfindungen gem. Art. 22 DSGVO speziell auf Profiling Bezug nehmen. In diesen Fällen steht dem Betroffenen zudem ein Auskunftsrecht gem. Art. 15 I lit. h DSGVO zu. Die Grundtatbestände der Art. 13, 14 und 15 DSGVO kommen auch zur Anwendung, wenn Profiling durchgeführt wird, ohne dass die gefundenen Ergebnisse im Nachgang zur Grundlage vollständig automatisierter Entscheidungen werden. Art. 21 I, II DSGVO gewährt zudem in bestimmten Situationen ein Widerspruchsrecht, welches Profiling beispielhaft nennt (ein eigener Aussagegehalt kommt der Nennung allerdings nicht zu).¹ Die genannten Vorschriften werden im Folgenden überblicksartig mit Blick auf ihren Regelungsgehalt und ihre Funktion im Kontext von Profiling umrissen. Eine vertiefte, spezifischere Analyse erfolgt im dritten Teil dieser Arbeit im Kontext der Frage, ob das geltende materielle Recht in der Lage ist, die Mitglieder geschützter Gruppen vor Diskriminierung durch personalisierte Preise zu schützen.

¹ *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 2022, Art. 21 Rn. 16 DSGVO.

II. Regulierung von Profiling

In materiell-rechtlicher Hinsicht macht die Datenschutz-Grundverordnung in ihrem verfügenden Teil keine spezifischen Vorgaben, wie Profiling-Verfahren i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO durchzuführen sind. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Legaldefinition, welche das Verfahren beschreibt. Es handelt sich damit weder um einen Erlaubnistatbestand, noch werden der Zulässigkeit von Profiling durch die Norm rechtliche Grenzen gezogen. In Ermangelung spezieller Regelungen kommen damit im Rahmen der Prüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit nur die allgemeinen Vorgaben zur Anwendung.²

1. Rechtsgrundlagen

Das europäische Datenschutzrecht sieht bei der Verarbeitung personenbezogener Daten traditionell ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor. Gem. Art. 6 I S. 1 DSGVO ist für eine rechtmäßige Datenverarbeitung zwingend entweder eine Einwilligung des Betroffenen oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand notwendig.³ Art. 9 II DSGVO ist als Rechtsgrundlage gegenüber Art. 6 I S. 1 DSGVO *lex specialis*, soweit besondere Kategorien personenbezogener Daten (sog. sensible Daten⁴) verarbeitet werden. Von besonderer Relevanz ist dies mit Blick auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO. Der Verantwortliche kann sich nicht auf diese Interessenabwägungsklausel berufen, wenn sensible Daten verarbeitet werden.⁵ Art. 9 II DSGVO enthält keine vergleichbare, offen formulierte Abwägungsklausel. Im Bereich des privatwirtschaftlich durchgeführten Profilings kommen insbesondere Art. 6 I S. 1 lit. a, lit. b und lit. f, 9 II lit. a DSGVO als Rechtsgrundlagen in Betracht.

a. Einwilligung

Im Fall des Profilings kommt damit zunächst die Einwilligung des Betroffenen gem. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO in Betracht. Der Verantwortliche muss, wenn er die Datenverarbeitung auf diesen Erlaubnistatbestand stützen möchte, die Vorgaben des Art. 7 DSGVO befolgen. Die Einwilligung muss zudem eine „freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willens-

² So auch Erwägungsgrund 72 DSGVO.

³ *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32022, Art. 6 Rn. 2 DSGVO.

⁴ Die Datenschutz-Grundverordnung verwendet diesen Begriff in ihrem Erwägungsgrund 10 als Synonym für den Ausdruck „besondere Kategorien personenbezogener Daten“, welcher in der amtlichen Überschrift von Art. 9 DSGVO verwendet wird.

⁵ *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32022, Art. 9 Rn. 5 DSGVO.

bekundung“ im Sinne der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 11 DSGVO sein. Der Betroffene muss demnach verstehen, in was genau er einwilligt, wie die Ergebnisse des Profilings genutzt werden sollen und welche Konsequenzen daraus für ihn (mit Sicherheit oder möglicherweise) erwachsen.⁶ Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer erteilten Einwilligung ist eine Gesamtschau der Art. 6 I S. 1 lit. a, 4 Nr. 11 und 7 DSGVO sowie der einschlägigen Erwägungsgründe (z. B. Nummer 32, 42 und 43) erforderlich.⁷ Daraus ergibt sich, dass eine einzelfallbezogene, durchaus wertende Abwägung verschiedener Faktoren geboten ist.

So ist die Wirksamkeit z. B. zweifelhaft, wenn zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen *„ein klares Ungleichgewicht besteht (...) und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde“*.⁸ Eine Rolle spielt auch, wie pauschal und weitreichend eine abverlangte Einwilligungserklärung konkret ausgestaltet ist: Je weiter und pauschaler sie formuliert ist, desto stärker kann tendenziell ihre Freiwilligkeit und damit ihre Wirksamkeit bezweifelt werden.⁹ Zu berücksichtigen ist mit Blick auf Art. 7 IV DSGVO auch, inwieweit die Einwilligung erforderlich ist, damit der Verantwortliche die vertragscharakteristische Leistung erbringen kann, und inwieweit sie über das Erforderliche hinausgeht.¹⁰

Bei der Prüfung der Freiwilligkeit spielt es auch eine Rolle, wieweit es für den Betroffenen zumutbar ist, auf Alternativangebote anderer Anbieter zurückzugreifen.¹¹ Angesichts des für die Betroffenen häufig undurchsichtigen Charakters von Profiling und der teilweise sehr sensiblen und weitreichenden Informationen, welche mit den ihm zugrunde liegenden Methoden berechnet werden können, sind an eine wirksame Einwilligungserklärung je nach Einsatzzweck der zu verwendenden Daten eher hohe Anforderungen zu stellen. Es lassen sich allerdings kaum allgemeingültige Regeln für eine wirksame Einwilligungserklärung formulieren. Dies liegt zunächst daran, dass Profiling in gänzlich verschiedenen Bereichen (und dementsprechend mit verschiedenen Zielen) zum Einsatz kommt. Eher banale Einsatzgebiete (etwa Verwendung von Profiling durch Streamingdienste, um die individuellen Vorlieben eines Kunden zu bestimmen und das Angebot an seine Wünsche anzupassen) stehen solchen mit weitreichenden wirtschaftlichen Folgen für den Betroffenen gegenüber (etwa Scoring im Kreditwesen, Preispersonalisierung im Online-Handel). Die für den Betroffenen drohenden Grundrechtsbeeinträchtigungen

⁶Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 13.

⁷Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 18 DSGVO.

⁸Erwägungsgrund 43 DSGVO.

⁹Buchner/Kühling, in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 7 Rn. 45 DSGVO.

¹⁰Vgl. dies., in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 7 Rn. 46–51.

¹¹Dies., in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 7 Rn. 52 f.

divergieren dementsprechend stark. Diese Faktoren müssen berücksichtigt werden, wenn eine Einwilligung als Rechtsgrundlage für Profiling i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO herangezogen werden soll.

Sofern ein Betroffener in die Verarbeitung von Daten einwilligen soll, die zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten gezählt werden (z. B. Gesundheitsdaten oder andere sensible Daten, wie etwa solche, die Auskunft geben über „rassische und ethnische Herkunft“ des Betroffenen, seine religiösen Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit etc.), sind die gegenüber Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO strengeren Vorgaben des Art. 9 DSGVO zu beachten. Art. 9 DSGVO stellt aus verschiedenen Gründen erhöhte Anforderungen an die Verarbeitung sensibler Daten: Er begegnet damit einem im Kontext dieser Daten erhöhten Diskriminierungsrisiko, bezweckt den Schutz bestimmter Grundrechte (z. B. des Rechts auf freie politische Betätigung) und trägt allgemein dem Umstand Rechnung, dass aus der Verarbeitung der in Art. 9 I DSGVO abschließend aufgezählten sensiblen Datenkategorien potenziell ein höherer Schaden für den Betroffenen folgen kann, als es bei den anderen personenbezogenen Daten der Fall ist.¹² Zwingend notwendig ist dann – sofern ein der Einwilligung gänzlich entgegenstehendes Verbot auf Unions- oder nationaler Ebene nicht vorliegt – eine ausdrückliche¹³ Einwilligung in die Verarbeitung der sensiblen Daten, Art. 9 II lit. a DSGVO.

Beim Einsatz von Profiling kann die Situation auftreten, dass die Verarbeitung von „regulären“, also nicht sensiblen personenbezogenen Daten zur Schaffung neuer Daten führt, welche in den Anwendungsbereich von Art. 9 I DSGVO fallen. Das bereits beschriebene Vorgehen des Discount-Einzelhändlers *Target*¹⁴ dient hierfür – die Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung unterstellt – als anschauliches Beispiel. Das Erfassen und Speichern von Daten über das Kaufverhalten bestimmter Kundinnen (z. B. „Kundin X hat zum Zeitpunkt Y das Produkt Z gekauft“) fällt bei isolierter Betrachtung der verarbeiteten Daten zunächst nicht in den Anwendungsbereich des Art. 9 I DSGVO. Durch die Analyse der gesammelten Daten konnte *Target* allerdings fundierte Vorhersagen dahingehend treffen, ob die jeweilige Kundin schwanger ist. Die Information über die (wahrscheinliche) Schwangerschaft als neu geschaffene Information ist ein Gesundheitsdatum i. S. d. Art. 9 I, 4 Nr. 15 DSGVO.¹⁵ In einer solchen Situation, in der die Verarbeitung der (isoliert betrachtet nicht sensiblen) Ausgangsdaten gerade mit dem Ziel durchgeführt wird, neue Daten zu schaffen, welche in den An-

¹² Weichert, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 9 Rn. 15–17 DSGVO (zudem Bezug nehmend auf den Schutz der Intimsphäre und des Kernbereichs privater Lebensgestaltung).

¹³ Der Begriff „ausdrückliche Einwilligung“ wird in der Datenschutz-Grundverordnung an mehreren Stellen verwendet, aber nicht legaldefiniert. Der Begriff „ausdrücklich“ ist so zu verstehen, dass ein expliziter Bezug zu den zu verarbeitenden sensiblen Daten hergestellt werden muss. Eine ausdrückliche Einwilligung kann, im Gegensatz zur „regulären“ Einwilligung i. S. d. Art. 4 Nr. 11 DSGVO, zudem nicht stillschweigend oder konkludent erteilt werden (Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 9 Rn. 23 DSGVO).

¹⁴ Siehe oben Kap. 3, II. 1. a.

¹⁵ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 9 Rn. 15 DSGVO.

wendungsbereich des Art. 9 I DSGVO fallen, kommt die Norm auch zur Anwendung. Durch ihre zielgerichtete Verknüpfung werden die Ausgangsdaten zu sensiblen Daten und erfahren deshalb den erhöhten Schutz.¹⁶ Allgemeiner gesprochen kommt es in derlei Situationen also auf den Kontext der Datenverarbeitung und den konkret angestrebten Verarbeitungszweck an.¹⁷ Wenn es dem Verantwortlichen gerade darum geht, durch Auswertung (vermeintlich) unbedeutender personenbezogener Daten Rückschlüsse auf sensible Daten zu ziehen, ist ihm auch das Befolgen der erhöhten Voraussetzungen des Art. 9 DSGVO zuzumuten.

b. Vertragliche oder vorvertragliche Notwendigkeit

Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO stellt eine Rechtsgrundlage für Profiling dar, soweit seine Durchführung zur Erfüllung vertraglicher Pflichten oder im Rahmen einer vorvertraglichen Anfrage seitens des Betroffenen erforderlich ist. Diese Norm kommt in zahlreichen alltäglichen Fällen als Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen zur Anwendung. Im Falle eines Warenkaufs über das Internet legitimiert sie z. B. die Datenverarbeitung, die für die Abwicklung des Kaufs notwendig ist, wie etwa die Verarbeitung der Adressdaten des Käufers.

Wenn Profiling zur Anwendung kommt, hängt die Anwendbarkeit von Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO maßgeblich davon ab, unter welchen Umständen die Erforderlichkeit der Durchführung von Profiling zu bejahen ist. Erforderlichkeit ist nicht im Sinne einer „Unverzichtbarkeit“ zu verstehen und somit begrifflich einer normativen Betrachtung zugänglich.¹⁸ Bei der damit eröffneten Abwägung der Interessen der Beteiligten ist zu beachten, dass Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen ist und eine Datenverarbeitung nur so weit zulässig sein kann, wie sie vom Betroffenen veranlasst wurde. Dies zeigt sich mit Blick auf den Wortlaut der Norm: Sie ist nur anwendbar, wenn das Vertragsverhältnis bereits begründet wurde und der Betroffene Vertragspartei ist, oder wenn ein vorvertragliches Rechtsverhältnis auf seine Anfrage hin begründet wurde. Die spezifischen Charakteristika sowie der Zweck des konkreten Schuldverhältnisses und eine objektive Betrachtungsweise begründen und begrenzen die Reichweite dieser Rechtsgrundlage.¹⁹ Ein Verantwortlicher kann ohne vorheriges Tätigwerden des Betroffenen also keine auf Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO gestützten einseitigen Maßnahmen ergreifen, die – wie Profiling – in der Verarbeitung personenbezogener Daten bestehen.

¹⁶ *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 15.

¹⁷ *Weichert*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 9 Rn. 24 DSGVO. Siehe dazu auch unten Kap. 11, II. 1. b. aa.

¹⁸ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 45 DSGVO; *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 6 Rn. 14 DSGVO.

¹⁹ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 39 f. DSGVO.

Somit kann Profiling mit dem Ziel, allgemeine Kaufinteressen des Kunden anhand einer Auswertung seines Kaufverhaltens zu bestimmen, bei einem Warenkauf über das Internet nicht auf Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO gestützt werden, da es nicht erforderlich ist, um den Kauf abzuwickeln.²⁰ Generell kann Profiling zum Zwecke der individualisierten Werbung und des Direktmarketings mangels Erforderlichkeit regelmäßig nicht auf Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO gestützt werden.²¹ Denkbar ist allenfalls die Situation, dass es dem Betroffenen gerade darum geht, maßgeschneiderte Angebote und Dienstleistungen zu erhalten, und dieser Wunsch einem Vertrag erkennbar zugrunde gelegt wird.

Die Erforderlichkeit von Profiling ist typischerweise zu bejahen, wenn eine Bank bei einer Auskunft eine Score-Wert über die Bonität des Kreditantragstellers abfragt (externes Scoring) oder eine solche Bonitätsbewertung selber anhand der ihr bekannten Daten durchführt (internes Scoring).²² Das Profiling in Form des Scorings ist erforderlich, da die Bank bei einem Kreditvertrag in Vorleistung tritt und der Score-Wert für sie eine wesentliche Entscheidungsgrundlage ist, ob sie einen Kredit vergeben soll und wenn ja, zu welchen Bedingungen.²³ Bonitätsrelevante Daten dürfen mangels Erforderlichkeit allerdings nicht verarbeitet werden, wenn beispielsweise nur ein Basiskonto i. S. d. § 30 II ZKG ohne Einräumung eines Dispositionskredits beantragt wird.²⁴ Im Anwendungsbereich des § 505a I S. 1 BGB (Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags) kann die Bank sich angesichts ihrer zivilrechtlichen Pflicht, die Bonität des Antragstellers zu prüfen, soweit erforderlich auch auf Art. 6 I S. 1 lit. c DSGVO als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung stützen.²⁵ Auch Versicherungen können sich grundsätzlich auf Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO stützen, um vor Abschluss eines Versicherungsvertrages eine individualisierte datengestützte Risikoanalyse vorzunehmen.²⁶

²⁰Vgl. *dies.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 39 DSGVO.

²¹Vgl. *dies.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 41 und 52 f. DSGVO.

²²*Dies.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 47 DSGVO; von *Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 17 f.; *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 6 Rn. 42 DSGVO.

²³*Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 46 f. DSGVO.

²⁴*Dies.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 47 DSGVO.

²⁵Vgl. hierzu auch § 505b I BGB, der sich ausdrücklich auf Auskunfteien bezieht.

²⁶Vgl. *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 70 DSGVO.

c. Allgemeine Interessenabwägungsklausel

Weitere denkbare Rechtsgrundlage für die Durchführung von Profiling ist die sog. allgemeine Interessenabwägungsklausel des Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO. Diese Norm greift, wenn die Verarbeitung „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“. Diese Rechtsgrundlage ist aufgrund ihrer offenen Formulierung besonders flexibel und einzelfallbezogen. Daraus ergibt sich zugleich eine gewisse Unbestimmtheit, verbunden mit der Notwendigkeit, die im konkreten Einzelfall betroffenen Interessen sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Der Normtext legt eine 3-stufige Prüfung nahe.²⁷ Der Verantwortliche oder ein Dritter muss sich zunächst auf ein „berechtigtes Interesse“ berufen können. Die Datenverarbeitung – hier also das Profiling – muss erforderlich sein, um diesen Zweck erreichen zu können. Zudem dürfen die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten des Betroffenen nicht die Interessen des Verantwortlichen überwiegen. Der letzte Teil der Prüfung stellt mithin die eigentliche Interessenabwägung dar und erfordert einen wertenden Ausgleich.

Die berechtigten Interessen, auf die der Verantwortliche sich zu eigenen Gunsten oder zugunsten eines Dritten berufen kann, sind weit gefasst und beinhalten rechtliche, tatsächliche, wirtschaftliche und ideelle Interessen.²⁸ Hierbei spielen grundrechtlich geschützte Positionen – welche sich vor allem aus der Europäischen Grundrechte-Charta ergeben – eine herausgehobene Rolle, wie etwa die Berufsz- bzw. unternehmerische Freiheit oder die Kommunikationsfreiheit des Verantwortlichen.²⁹ Ähnliches gilt für die Rechte des Betroffenen, der sich zunächst stets auf den Schutz personenbezogener Daten *per se*, aber auch auf andere (grund)rechtlich geschützte Interessen berufen kann.³⁰ Die Abwägung muss sich auf den konkreten Fall oder auf konkret definierte Fallgruppen beziehen, zumal gem. Erwägungsgrund 47 DSGVO auch die „vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen“ sind.

²⁷ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 6 Rn. 27 DSGVO. So auch der EuGH zur Vorgängernorm Art. 7 lit. f DSRL (EuGH, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336, Rn. 28 (*Rīgas satiksme*)).

²⁸ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 146a DSGVO; Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 6 Rn. 28 DSGVO.

²⁹ Vgl. auch den expliziten Bezug zur Grundrechte-Charta in, beispielsweise, Erwägungsgrund 4 DSGVO.

³⁰ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 148 f. DSGVO. Der BGH bezog sich in der *Spickmich.de*-Entscheidung im Kontext von § 29 I S. 1 Nr. 1 BDSG a. F., welcher – vergleichbar mit Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO – eine Abwägung mit den „schutzwürdigen Interessen“ des Betroffenen erforderlich machte, nicht nur auf dessen Persönlichkeitsrecht als solches, sondern beispielhaft auch auf die Abwehr von wirtschaftlichen Nachteilen, BGH, MMR 2009, 608, 610 Rn. 26 (*Spickmich.de*).

Die Erwägungsgründe 47–49 DSGVO enthalten Beispiele für Datenverarbeitungen, welche grundsätzlich über Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO legitimiert werden können. Diese dienen ganz unterschiedlichen Zwecken. Genannt werden etwa die Prävention von Betrug, Direktwerbung, der Datenaustausch innerhalb von Konzernen und die Gewährleistung der Netz- und Informationssicherheit. Gerade die beiden erstgenannten Beispiele sind typische Anwendungsfelder von Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO, da ihnen individualisierte Vorhersagen über das Verhalten, die Interessen etc. von Einzelpersonen zugrunde liegen. In ihrem verfügbaren Teil stellt die Datenschutz-Grundverordnung den Zusammenhang zwischen Profiling und der allgemeinen Interessenabwägungsklausel sogar ausdrücklich her. Art. 21 I DSGVO gewährt Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen ein Widerspruchsrecht gegen Datenverarbeitungen, welche auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestützt werden. Die Norm nimmt dabei ausdrücklich, wenngleich rein deklaratorisch,³¹ Bezug auf Profiling. Gleiches gilt für Art. 21 II DSGVO. Dieser postuliert – im Gegensatz zu Art. 21 I DSGVO ohne Begrenzung auf bestimmte Rechtsgrundlagen – ein bedingungsloses Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten zwecks Direktwerbung und stellt klar, dass dieses sich auch auf Profiling erstreckt, welches mit der Direktwerbung in Zusammenhang steht.

2. Erwägungsgründe und Datenschutzgrundsätze

Der verfügbare Teil der Datenschutz-Grundverordnung macht keine spezifischen inhaltlichen Vorgaben, wie die automatisierte Datenverarbeitung im Rahmen des Profilings abzulaufen hat.³² Die relevanten Betroffenenrechte, vor allem die Informationspflichten der Art. 13 und 14 DSGVO, das Auskunftsrecht des Art. 15 DSGVO und das Widerspruchsrecht des Art. 21 I, II DSGVO können zwar bewirken, dass der Betroffene einen gewissen Überblick über die Datenverarbeitung hat und ihm ein Mindestmaß an Kontrolle und Einflussnahme bleibt. Zudem sind die allgemeinen Datenschutzgrundsätze des Art. 5 I DSGVO zu beachten. Eine darüber hinausgehende Regulierung von Profiling ist den Normen hingegen nicht zu entnehmen. Es kommen nur die allgemeinen Regeln der Datenschutz-Grundverordnung zur Anwendung.³³

³¹ Die ausdrückliche Inbezugnahme von Profiling ist – ebenso wie im Fall des Art. 21 II DSGVO – deklaratorisch, da es sich dabei angesichts der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO stets um eine Verarbeitung personenbezogener Daten handelt. Vgl. auch *Herbst*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, ³2020, Art. 21 Rn. 13 DSGVO (Erwähnung des Profilings hat bloße „Warn-, Hinweis- oder Erinnerungsfunktion“).

³² Vgl. dazu Erwägungsgrund 15 DSGVO, wonach die Verordnung bewusst technologieneutral formuliert ist.

³³ So auch Erwägungsgrund 72 DSGVO. Dies wurde angesichts der hohen Relevanz von Profiling für die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen kritisiert, vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, ³2021, Art. 22 Rn. 23 DSGVO.

Erwägungsgrund 71 DSGVO macht in seinem zweiten Absatz einige inhaltliche Vorgaben, die zu beachten sind, um im Rahmen von Profiling eine „*faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten*“. Erwägungsgründe haben keinen Normcharakter und sind rechtlich nicht bindend.³⁴ Allerdings können sie für die Auslegung der Normen des verfügenden Teils des jeweiligen Rechtsakts herangezogen werden und Auskunft über ihren Sinn und Zweck geben.³⁵ Es ist notwendig, einen konkreten Bezugspunkt im verfügenden Teil des Rechtsakts herzustellen, da aus Erwägungsgründen allein grundsätzlich keine unmittelbaren Rechte und Pflichten abgeleitet werden können.³⁶ Ausgehend davon können die in Erwägungsgrund 71 DSGVO enthaltenen Vorgaben bei der Auslegung der allgemeinen Datenschutzgrundsätze des Art. 5 I DSGVO herangezogen werden und diese inhaltlich konkretisieren. Aus diesem Grund bietet es sich an, die inhaltlichen Ausführungen des Erwägungsgrundes 71 DSGVO in Verbindung mit den Vorgaben des Art. 5 I DSGVO zu lesen.

Bevor er konkretere Handlungsmaximen postuliert, weist Erwägungsgrund 71 DSGVO in seinem zweiten Absatz einleitend darauf hin, dass die „*besonderen Umstände und Rahmenbedingungen*“ der Datenverarbeitung berücksichtigt werden müssen. Dabei handelt es sich um einen Verweis auf die vielfältigen Einsatzmöglichkeiten von Profiling in verschiedenen Situationen und die damit einhergehende Notwendigkeit abwägender Einzelfallbetrachtungen. Eine aussagekräftige Analyse des materiell-rechtlichen Gehalts des Zusammenspiels von Erwägungsgrund 71 DSGVO und Art. 5 I DSGVO ist dementsprechend erst anhand konkreter Anwendungsfälle möglich. Dementsprechend erfolgt sie hier erst im dritten Teil der Arbeit im Kontext der dortigen rechtlichen Analyse.³⁷

³⁴ Baratta, *The Theory and Practice of Legislation* 2 (2014), 293, 302 f.; *Klimas/Vaičiukaitė*, ILSA J. Int 15 (2008), 61, 85 f.; EuGH, C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554, Rn. 54 (*Nilsson u. a.*): „*Die Begründungserwägungen eines Rechtsaktes der Gemeinschaften sind rechtlich nicht verbindlich und können nicht zur Rechtfertigung einer Abweichung von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsaktes angeführt werden.*“ Dem folgend EuGH, C-136/04, ECLI:EU:C:2005:716, Rn. 32 (*Deutsches Milch-Kontor*).

³⁵ Baratta, *The Theory and Practice of Legislation* 2 (2014), 293, 302.

³⁶ Vgl. EuGH, C-215/88, ECLI:EU:C:1989:331, Rn. 31 (*Casa Fleischhandel/BALM*); *Klimas/Vaičiukaitė*, ILSA J. Int 15 (2008), 61, 85 f., bezugnehmend auf EuGH, C-308/97, ECLI:EU:C:1998:566, Rn. 30 (*Manfredi/Regione Puglia*).

³⁷ Siehen unten Kap. 11, II. 1.

III. Verbot automatisierter Einzelentscheidungen

1. Anwendungsbereich und Funktion

a. Regelungsabsicht

Art. 22 I DSGVO postuliert ein grundsätzliches Verbot³⁸ vollständig automatisierter Einzelentscheidungen. Demnach hat die 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 erheblich beeinträchtigt.*“ Ist eine solche ausnahmsweise (Art. 22 II DSGVO) doch zulässig, kommen gem. Art. 22 III bzw. II lit. b DSGVO „*angemessene Maßnahmen*“ zum Schutze des Betroffenen zur Anwendung. Die Norm spielt primär für die dritte Stufe des hier vertretenen Modells eine Rolle und stellt durch ihren Wortlaut explizit die Verbindung zwischen Profiling und dem Fällen von Entscheidungen her. Sie regelt weder das „Ob“ noch das „Wie“ von Profiling. Vor allem ist sie keine Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung. Art. 22 DSGVO hat stattdessen den Charakter einer Verfahrensnorm.

Art. 22 DSGVO bezieht sich auf die Phase der sich dem Profiling anschließenden Entscheidungsfindung (Stufe 3). Er regelt diese fragmentarisch: Der Entscheidungsfindungsprozess darf grundsätzlich nicht vollständig automatisiert ausgestaltet sein, sofern die am Ende des Prozesses getroffene Entscheidung dem Betroffenen gegenüber eine „*rechtliche Wirkung entfaltet*“ oder ihn „*in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.*“

Der Anwendungsbereich der Norm ist hingegen von vornherein nicht eröffnet, wenn die Entscheidung inhaltlich von einem Menschen verantwortet wird.³⁹ Dieser darf automatisierte Datenverarbeitungsprozesse als Entscheidungshilfe heranziehen, ohne dass dies Art. 22 I DSGVO aktivieren würde. Eine rein formale menschliche Beteiligung genügt aber nicht, um das Verbot von Art. 22 I DSGVO zu

³⁸Trotz des irreführenden Wortlauts („*Die betroffene Person hat das Recht...*“) und der Verortung im dritten Kapitel, welches die Betroffenenrechte behandelt, geht die ganz herrschende Meinung zu Recht davon aus, dass Art. 22 DSGVO eine objektive Handlungspflicht des Verantwortlichen postuliert, die nicht vom Betroffenen geltend gemacht werden muss (wie es z. B. beim Auskunftsrecht gem. Art. 15 I DSGVO der Fall ist). Müsste Art. 22 I DSGVO erst geltend gemacht werden, wäre z. B. die Ausnahme in Art. 22 II lit. c DSGVO (ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen) gänzlich überflüssig. Vgl. dazu *Brkan*, Int. J. Law Inf. Technol. 27 (2019), 91, 98 f.; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 361; *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 22 Rn. 29b DSGVO; *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), EU Internet Law, 2017, S. 77, 85 ff. Mit anderer Begründung zum gleichen Ergebnis kommt *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 5 DSGVO. Er geht zwar von einem subjektiven Recht des Betroffenen aus. Dieses müsse aber nicht aktiv geltend gemacht werden, sodass ihm ein mittelbarer Verbotscharakter zukomme. *Veale/Edwards*, Computer Law & Security Review 34 (2018), 398, 400 werfen die Frage auf, lassen sie aber offen.

³⁹Vgl. *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 15 DSGVO.

umgehen.⁴⁰ Der Entscheider muss je nach Sachverhalt Zugriff auf ausreichend Informationen haben, um qualitativ selber entscheiden zu können, und er muss diese Möglichkeit auch tatsächlich nutzen.⁴¹ Ist dies der Fall, so ist Art. 22 I DSGVO nicht anwendbar.⁴² Liegt beispielsweise einem Bankmitarbeiter, der über einen Kreditantrag entscheiden soll, als Entscheidungsgrundlage ausschließlich ein Score-Wert vor, anhand dessen er über die Kreditvergabe entscheiden soll, so greift das grundsätzliche Verbot des Art. 22 I DSGVO.⁴³ Seine Entscheidung ist nämlich durch die vorangegangene datengestützte Bewertung *de facto* vollständig vorherbestimmt. Die Anwendung von Art. 22 I DSGVO ist in solchen Fällen zum Schutze der Betroffenen auch deshalb geboten, weil menschliche Entscheider automatisiert generierten Aussagen regelmäßig eine hohe Autorität zusprechen und ihnen aus verschiedenen Gründen (beispielsweise Bequemlichkeit und Zeitersparnis) oftmals unüberlegt folgen.⁴⁴ Die „*automatische Ablehnung eines Online-Kreditantrags (...)* ohne jegliches menschliche Eingreifen“ fällt erst recht unter Art. 22 I DSGVO, wie die Datenschutz-Grundverordnung bereits selber in ihren Erwägungsgründen ausführt.⁴⁵ Eine andere Frage ist, ob eine der Ausnahmen in Art. 22 II DSGVO greift.

⁴⁰ *Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 15 DSGVO; *La Diega*, *jipitec* 9 (2018), 3, 19; *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 87.

⁴¹ *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 22 Rn. 19 DSGVO. Vgl. auch § 6a I S. 2 BDSG a. F., mit dem Art. 15 DSRL umgesetzt wurde: „*Eine ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung gestützte Entscheidung liegt insbesondere dann vor, wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat.*“

⁴² Vgl. *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 87.

⁴³ Auch aus diesem Grund ist keine (systemwidrige) Erstreckung des Anwendungsbereichs des Art. 22 I DSGVO auf Auskunftfeien notwendig, die Score-Werte erstellen, welche der Bank als Entscheidungsgrundlage dienen. In diese Richtung argumentiert allerdings das VG Wiesbaden in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH vom 1.10.2021. Es führt aus, dass die Erstellung des Score-Werts die Entscheidung der Bank *de facto* vorherbestimmt und die Tätigkeit der Auskunftfei deshalb dem Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO unterfällt (VG Wiesbaden, 6 K 788/20.WI, ECLI:DE:VGWIESB:2021:1001.6K788.20.WI.0A, BeckRS 2021, 30719, Rn. 21 und 24–33). Der Generalanwalt hat sich dieser Argumentation angeschlossen (Schlussanträge des Generalanwalts *Priit Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 31–52 (*SCHUFA Holding u. a. (Scoring)*)). Dies überzeugt aber nicht, da die Bank ihre Entscheidung autonom trifft. Ausreichende Schutzmechanismen zugunsten der Kunden sind gegeben, da eine übermäßige Automatisierung der Entscheidungsfindungsprozesse auf Seiten der Bank wie dargelegt dem Verbot des Art. 22 I DSGVO unterfällt. Nach hier vertretener Auslegung des Art. 15 I lit. h DSGVO (siehe dazu unten Kap. 4, III. 2. b.) hat der Betroffene der Auskunftfei gegenüber zudem ein recht weitgehendes Auskunftsrecht, sodass die vom VG Wiesbaden und seitens des Generalanwalts diesbezüglich angeführte Rechtsschutzlücke nicht besteht (vgl. Rn. 28–31 des Beschlusses und Rn. 48 der Schlussanträge).

⁴⁴ Siehe dazu *Finck*, *International Data Privacy Law* 9 (2019), 78, 87 f. und *Veale/Edwards*, *Computer Law & Security Review* 34 (2018), 398, 400 jeweils m. w. N.

⁴⁵ Erwägungsgrund 71 DSGVO. Dieser nennt als weiteres Beispiel „*Online-Einstellungsverfahren ohne jegliches menschliche Eingreifen.*“

b. Schutz durch menschliche Entscheider

Die Datenschutz-Grundverordnung bringt in ihrem Artikel 22 die grundsätzliche Wertung zum Ausdruck, dass der Mensch nicht zum Objekt rein maschineller Entscheidungen gemacht werden soll.⁴⁶ Sie macht damit deutlich, dass menschliche Entscheidungsfindungsprozesse gegenüber rein maschinellen grundsätzlich vorzuzugwürdig sind.⁴⁷ Dies zeigt sich beim Blick auf das Zusammenspiel zwischen dem Verbot im ersten Absatz der Norm und den in Art. 22 II lit. b und III DSGVO genannten „*angemessenen Maßnahme[n]*“, welche zugunsten des Betroffenen ergriffen werden müssen, falls eine der Ausnahmen im zweiten Absatz greift. Sollte die rein automatisierte Entscheidungsfindung ausnahmsweise zulässig sein und der Betroffene zum Objekt einer maschinellen Entscheidung werden, so wird er zugleich in die Lage versetzt, einen menschlichen Entscheider aktivieren und selber Einfluss auf den Entscheidungsfindungsprozess nehmen zu können.

Es geht dabei also nicht um einen Schutz vor „falschen“ Entscheidungen im Sinne einer Kontrolle des Ergebnisses als solches. Eine solche Herangehensweise wäre unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Sie würde (etwa im privatrechtlichen Kontext zwischen Unternehmer und Verbraucher) eine massive Einnischung in die unternehmerische Freiheit darstellen, zumal die Datenschutz-Grundverordnung keine konkreten Aussagen dazu treffen kann, welche Entscheidungen „falsch“ oder „richtig“ sind. Vielmehr soll durch die Norm die Menschenwürde des Einzelnen dadurch geschützt werden, dass die primäre Entscheidungshoheit eher bei Menschen als bei Computern liegt.⁴⁸ Auf Seiten des Verantwortlichen soll grundsätzlich ein menschlicher Entscheidungsträger involviert sein. Wenn dies nicht der Fall ist, stellt Art. 22 DSGVO sicher, dass ein solcher zumindest auf Wunsch des Betroffenen hinzugezogen wird.

Der effektive Schutz des Einzelnen vor Objektivierung und die tatsächlichen Auswirkungen der Norm sind dabei angesichts ihres engen Anwendungsbereichs begrenzt: Nur eine vollständige Automatisierung des Entscheidungsprozesses ist von Art. 22 I DSGVO erfasst.⁴⁹ Außerhalb dieses engen Anwendungsbereichs hat die Norm für die Frage, wie der Verantwortliche Entscheidungen trifft, keine Relevanz. Weitgehend, aber eben nicht „*ausschließlich*“ automatisierte Verfahren aktivieren mangels Anwendbarkeit der Norm nicht die „*angemessenen Maßnahmen*“ i. S. d. Art. 22 III DSGVO. Der Gesetzgeber hat damit im Kontext von Art. 22 DSGVO bei

⁴⁶ Von Lewinski, in: Wolff/Brink (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 43. Edition (Stand: 1.2.2023), Art. 22 Rn. 2 DSGVO; Martini, in: Paal/Paully (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32021, Art. 22 Rn. 20 DSGVO. Vgl. zu den Wertungen, die in Art. 22 i. V. m. 13–15 DSGVO enthalten sind, auch *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age*, 2017, S. 49.

⁴⁷ Kritisch bezüglich der Absolutheit dieser Wertung Temme, Eur. Data Prot. L. Rev. 3 (2017), 473, 482.

⁴⁸ Mendoza/Bygrave, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 84.

⁴⁹ Die Vorgängernorm zu Art. 22 DSGVO, Art. 15 DSRL, spielte in der Praxis eine untergeordnete Rolle (*dies.*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 80 f.).

der Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen einerseits und der Förderung von Wertschöpfung mithilfe automatisierter Datenverarbeitung andererseits Letztere in den Vordergrund gestellt und von einer darüber hinausgehenden Regulierung des Entscheidungsfindungsprozesses abgesehen.⁵⁰ Anders betrachtet liegt Art. 22 DSGVO die Vorstellung zugrunde, dass ein Entscheidungsfindungsprozess, der von menschlichen Entscheidern bestimmt ist, einem vollständig automatisierten Fällen von Entscheidungen gegenüber vorzugswürdig ist. Art. 22 DSGVO ist damit eine Verfahrensnorm: Durch ein faires Verfahren unter Beteiligung menschlicher Entscheidungsträger sollen bessere Ergebnisse produziert werden, ohne dass diese durch die Norm inhaltlich vorgegeben werden.

c. Verhältnis von Profiling zu automatisierten Einzelentscheidungen

Art. 22 DSGVO steht mit Blick auf seine Funktion in der Tradition des Art. 15 DSRL. Erfasst und grundsätzlich unzulässig waren automatisierte Einzelentscheidungen, die ausschließlich auf der Grundlage „*einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person (...), wie beispielsweise ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer Kreditwürdigkeit, ihrer Zuverlässigkeit oder ihres Verhaltens*“ ergehen. Art. 15 DSRL stellte also von vornherein auf Entscheidungen ab, die aufgrund von Profiling getroffen werden. Art. 22 I DSGVO hingegen bezieht sich auf Entscheidungen, die „*auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling –*“ beruhen. Die Norm könnte mit Blick auf ihren Wortlaut und ihre Überschrift so interpretiert werden, dass Profiling nur ein beispielhaft genannter von mehreren denkbaren Anwendungsfällen von Art. 22 I DSGVO ist, wonach sie dementsprechend auch dann zur Anwendung käme, wenn der Entscheidung kein Profiling vorangeht.⁵¹ Dennoch wird man ihren Anwendungsbereich bei teleologischer Auslegung auf die Fälle reduzieren müssen, bei denen vor dem Fällen einer Entscheidung Profiling zur Entscheidungsunterstützung eingesetzt wird.⁵² Dies gebieten zunächst der Sinn und der Zweck der Norm, welche nicht *per se* alle

⁵⁰ *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32021, Art. 22 Rn. 8 DSGVO.

⁵¹ *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 90.

⁵² *Dies.*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 90 f. Ähnlich *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32022, Art. 22 Rn. 19 DSGVO, der nicht – wie hier vertreten – das Vorliegen von Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO für die Anwendbarkeit des Art. 22 I DSGVO verlangt, aber (im Wege der teleologischen Reduktion) zumindest ein dem Profiling „*vergleichbares Mindestmaß an Komplexität*“ der zur Entscheidungsfindung herangezogenen Datenverarbeitung. Anders *Dammann*, *ZD* 2016, 307, 312 f., welcher davon ausgeht, dass Profiling nur beispielhaft genannt und sein Vorliegen dementsprechend keine Tatbestandsvoraussetzung ist. *Brkan*, *Int. J. Law Inf. Technol.* 27 (2019), 91, 97 deutet ohne eigene Positionierung an, dass dieser Streit dahinstehen kann, da kaum Fälle automatisierter Einzelentscheidungen i. S. d. Art. 22 I DSGVO denkbar seien, die nicht auf Profiling basieren.

automatisierten Entscheidungsformen verhindern will, sondern vor potenziellen Gefahren des Profiling schützen soll.⁵³ Eine Auslegung, die sich auf alle Formen von automatisierter Datenverarbeitung erstreckt, würde zu dem absurden Ergebnis führen, dass es beispielsweise datenschutzrechtlich grundsätzlich unzulässig wäre, wenn ein Geldautomat bei fehlender Kontodeckung einem Kunden die Auszahlung verweigert.⁵⁴ Selbst banale und in keiner Weise für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Privatheit relevante Vorgänge wären erfasst – und damit grundsätzlich unzulässig. Auch die Bezugnahmen, welche die Datenschutz-Grundverordnung an anderen Stellen zwischen Profiling und dem Fällen von Entscheidungen herstellt, sprechen dafür, dass Art. 22 DSGVO automatisierte Einzelentscheidungen nur dann verbietet, wenn diese (zumindest auch) auf den Ergebnissen von Profiling basieren.⁵⁵ Im verfügbaren Teil der Verordnung stellt Art. 35 III lit. a DSGVO im Kontext von Datenschutz-Folgenabschätzungen den Bezug zwischen der systematischen, auf Profiling gründenden Bewertung persönlicher Aspekte und dem Fällen von Entscheidungen her. Auch die Ausführungen in Erwägungsgrund 71 DSGVO stellen Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO im Kontext automatisierter Einzelentscheidungen in den Vordergrund.⁵⁶ Auch bei den dort aufgeführten Beispielen („*Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs*“ und „*Online-Einstellungsverfahren ohne jegliches menschliche Eingreifen*“) handelt es sich um solche Verfahren, die typischerweise auf Profiling basieren. Darüber hinaus ist die hier vertretene Auslegung durchaus mit dem Wortlaut von Art. 22 I DSGVO in Einklang zu bringen. Die Formulierung „*auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhende(...) Entscheidung*“ kann grammatikalisch durchaus so verstanden werden, dass die automatisierte Datenverarbeitung das Profiling beinhalten muss, und Letzteres gerade nicht nur beispielhaft, sondern als Tatbestandsvoraussetzung genannt ist.

d. Rechtliche Wirkung oder ähnliche erhebliche Beeinträchtigung

Für die Anwendbarkeit von Art. 22 I DSGVO ist es notwendig, dass die getroffene Entscheidung der betroffenen Person gegenüber „*rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.*“ Ein Entfalten einer rechtlichen Wirkung liegt vor, wenn sich „*die Rechtsposition der betroffenen Person in irgendeiner Weise verändert, ein Recht oder Rechtsverhältnis begründet oder aufgehoben*“

⁵³ *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), EU Internet Law, 2017, S. 77, 91.

⁵⁴ *Abel*, ZD 2018, 304, 305; *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 18 DSGVO; *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), EU Internet Law, 2017, S. 77, 90 f.; *von Lewinski*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 43. Edition (Stand: 1.2.2023), Art. 22 Rn. 13 DSGVO.

⁵⁵ *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 19 DSGVO.

⁵⁶ *Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 19 DSGVO.

wird oder in ein Recht eingegriffen wird.“⁵⁷ Eine erhebliche Beeinträchtigung ist zu bejahen, wenn „der Betroffene durch die Entscheidung in seiner wirtschaftlichen oder persönlichen Entfaltung nachhaltig gestört wird.“⁵⁸ Gerade die zweite Alternative ist damit auch einer normativen Auslegung zugänglich. Die Verbindung der beiden Alternativen („in ähnlicher Weise“) macht deutlich, dass bei beiden eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegen muss.

Automatisierte Einzelentscheidungen, mit denen einem Begehren des Betroffenen gänzlich stattgegeben wird, sind damit mangels Beeinträchtigung zumindest im zivilrechtlichen Bereich richtigerweise nicht vom Anwendungsbereich der Norm erfasst.⁵⁹ Hat die Entscheidung allerdings stattgebende und zugleich nachteilige Elemente, so z. B. wenn ein erhöhter Dispositionskredit bei einer Bank beantragt und der Kreditrahmen daraufhin zwar erhöht wird, aber nicht im beantragten Umfang, so ist eine Anwendbarkeit von Art. 22 I DSGVO durchaus denkbar.⁶⁰ Aus einem Umkehrschluss zu Art. 21 II DSGVO ergibt sich, dass Direktwerbung, die auf Profiling basiert, grundsätzlich zulässig ist und nicht *per se* unter das Verbot fällt. Dies überrascht nicht, da Direktwerbung den Betroffenen im Regelfall kaum erheblich beeinträchtigen dürfte. Inwiefern Art. 22 I DSGVO zur Anwendung kommt, wenn beispielsweise online der Abschluss eines Vertrages automatisiert abgelehnt oder die konkrete Ausgestaltung eines Angebots auf Vertragsabschluss gem. § 145 BGB einseitig von Seiten des Verarbeiters automatisiert festgesetzt wird, ist umstritten.⁶¹ Diese Fragen werden vertieft zu einem späteren Zeitpunkt im Rahmen der Prüfung des datenschutzrechtlichen Diskriminierungsschutzes im Kontext von Preispersonalisierung untersucht.⁶²

⁵⁷ *Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 24 DSGVO.

⁵⁸ *Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 26 DSGVO.

⁵⁹ *Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 25 DSGVO; *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 21 DSGVO. Dies war auch schon unter Geltung der Datenschutz-Richtlinie der Fall, siehe Art. 15 II lit. a DSRL und die Umsetzung durch § 6a II Nr. 1 BDSG a. F. Laut *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 22 Rn. 28 DSGVO sind hingegen Entscheidungen unabhängig davon, ob sie begünstigend sind oder nicht, von Art. 22 I DSGVO erfasst. Dies gelte auch, wenn einem Begehren vollumfänglich stattgegeben wird, denn es könne ja sein, dass dem Betroffenen mehr zusteht, als von ihm beantragt wurde. Es komme darauf an, ob die „Auswirkungen [der Entscheidung] auf den Betroffenen einschneidend einwirken können – egal in welche Richtung“.

⁶⁰ *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougoux/Markou u. a. (Hrsg.), EU Internet Law, 2017, S. 77, 89.

⁶¹ Vgl. z. B. *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 24 und 26a DSGVO, der in derlei Konstellationen die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 22 I DSGVO durchaus bejahen würde, dies im Gegensatz zu *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 24 DSGVO, wonach diese Auslegung des Art. 22 I DSGVO nicht mit der Privatautonomie vereinbar sei.

⁶² Siehe unten Kap. 11, III. 1. a. bb.

2. Ausnahmen, Schutzmechanismen und norminterne Logik

Art. 22 I DSGVO verbietet grundsätzlich solche automatisierten Einzelentscheidungen, die ohne (nennenswertes) Zutun menschlicher Entscheider getroffen werden. Der zweite Absatz benennt abschließend Ausnahmen von diesem Grundsatz (vertragliche Notwendigkeit; Öffnungsklausel für Union und Mitgliedstaaten; ausdrückliche Einwilligung). Eine Rückausnahme findet sich im vierten Absatz: Sobald sensible Daten i. S. d. Art. 9 I DSGVO verarbeitet werden, gelten erhöhte Anforderungen.

a. Interessenausgleich durch Verfahren

In Art. 22 II-IV DSGVO versucht die Datenschutz-Grundverordnung, einen Ausgleich zwischen den Interessen der Beteiligten herzustellen. Dies ist im einfachsten Fall auf der einen Seite ein Betroffener i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, dessen personenbezogene Daten (u. a.) im Rahmen des Profiling ausgewertet wurden. Auf der anderen Seite steht ein Verantwortlicher i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Dieser hat das Profiling entweder selbst durchgeführt oder im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung (vgl. Art. 4 Nr. 8 DSGVO) durchführen lassen.

Der Schwerpunkt von Art. 22 DSGVO liegt nicht auf dem Schutz der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen, wie es z. B. bei Art. 6 DSGVO der Fall ist. Für eine datenschutzrechtliche Norm ist Art. 22 DSGVO damit atypisch, denn sie schützt nicht primär „*die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.*“⁶³ Es geht um den Entscheidungsfindungsprozess des Verantwortlichen und die Rolle, die der Betroffene dabei spielt – nicht aber um die eigentliche Entscheidung, welche immer beim Verantwortlichen liegt. Sein privatautonomer Handlungsspielraum wird insofern also nicht beschränkt.⁶⁴ Mit Blick auf den Inhalt der getroffenen Entscheidung ist die Datenschutz-Grundverordnung wertneutral. Sie regelt in ihrem Artikel 22 nur das Verfahren.

Bei Analyse der von der Norm verwendeten Regel-Ausnahme-Methode und ihrem Zusammenspiel mit weiteren Normen, welche auf sie verweisen, zeigt sich, dass Art. 22 DSGVO darauf abzielt, dem Betroffenen vor und nach dem Fällen automatisierter Einzelentscheidungen Kenntnis über das Geschehen, vor allem aber auch eine Möglichkeit der Einflussnahme an die Hand zu geben. Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g DSGVO stellen sicher, dass der Betroffene zu Beginn des Entscheidungsfindungsprozesses über Bestehen und Ausmaß des automatisierten Einzelentscheidungsprozesses informiert wird. Art. 22 III und IV DSGVO sichert „*angemessene Maßnahmen*“ zugunsten des Be-

⁶³ So das BVerfG, NJW 1984, 419, 422 (*Volkszählungsurteil*).

⁶⁴ Vgl. Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32022, Art. 22 Rn. 35 DSGVO.

troffenen in Form von aktiven Einflussnahmemöglichkeiten. Art. 15 I lit. h DSGVO gewährt dem Betroffenen zudem ein jederzeitiges Auskunftsrecht, welches inhaltlich den Informationspflichten entspricht.

Art. 22 DSGVO ist so konzipiert, dass der Betroffene dann, wenn eine der Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot des Art. 22 I DSGVO greift, durch „*angemessene Maßnahmen*“ geschützt wird. Dies bedeutet konkret, dass er immer eine menschliche Befassung mit der Entscheidung auf Seiten des Verantwortlichen verlangen kann. Wenn der Betroffene möchte, kann er so der Entscheidung ihren Charakter als reine „Computer-Entscheidung“ nehmen und das Verfahren beeinflussen. Macht der Betroffene von diesen Möglichkeiten Gebrauch, bedeutet dies allerdings nicht, dass dies sich auch zwangsläufig in einem anderen Ergebnis niederschlagen müsste. Das Ergebnis der Entscheidung wird von der Datenschutz-Grundverordnung nicht vorgegeben.

Der Schutz durch „*angemessene Maßnahmen*“ ergibt sich in den Fällen des Art. 22 II lit. a und c DSGVO unmittelbar aus Art. 22 III DSGVO. Zu diesen Maßnahmen gehören demnach „*mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung*“. Wenn die Union oder ein Mitgliedstaat sich auf Art. 22 II lit. b DSGVO stützen, um weitere Ausnahmetatbestände zu schaffen, müssen auch in diesem Rahmen „*angemessene Maßnahmen*“ zugunsten des Betroffenen vorgesehen werden. Obwohl diese inhaltlich nicht näher konkretisiert werden, spricht einiges dafür, auch im Falle des Art. 22 II lit. b DSGVO den gleichen Maßstab an Mindestabsicherung des Betroffenen zu verlangen, den Art. 22 II lit. a und c DSGVO vorsehen.⁶⁵ Dafür sprechen zunächst der Sinn und Zweck der Datenschutz-Grundverordnung und des Art. 22 DSGVO.⁶⁶ Auch ist kein Grund ersichtlich, warum bei der Schaffung neuer Ausnahmetatbestände ein anderes, ggf. niedrigeres Schutzniveau ausreichen sollte. Darüber hinaus zeigt die Verwendung des Ausdrucks „*mindestens*“ in Art. 22 III DSGVO, dass die dort vorgesehenen Maßnahmen nach dem Verständnis der Datenschutz-Grundverordnung das Minimum an notwendigem Schutz formulieren.⁶⁷ Auch der Wortlaut von Erwägungsgrund 71 DSGVO lässt diese Wertung erkennen: Die in Art. 22 III DSGVO genannten Maßnahmen sollen demnach „*[i]n jedem Fall*“ gelten, wobei diese Formulierung nach Nennung aller in Art. 22 II DSGVO aufgeführten Ausnahmen verwendet wird.⁶⁸

⁶⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat in § 37 I Nr. 2 BDSG n.F. (automatisierte, zumindest teilweise abschlägige Einzelentscheidung im Rahmen der Leistungserbringung nach einem Versicherungsvertrag) die Mindestschutzmaßnahmen des Art. 22 III DSGVO wörtlich übernommen.

⁶⁶ *La Diega*, jipitec 9 (2018), 3, 22 Fn. 221.

⁶⁷ *Ders.*, jipitec 9 (2018), 3, 22 Fn. 221.

⁶⁸ *Ders.*, jipitec 9 (2018), 3, 22 Fn. 221.

b. Rolle der Transparenzpflichten

Art. 13 II lit. f DSGVO legt fest, dass der Verantwortliche dem Betroffenen im Zeitpunkt der ersten Datenerhebung folgende Informationen zur Verfügung stellen muss: „[D]as Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und — zumindest in diesen Fällen — aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.“ Wurden die Daten nicht direkt beim Betroffenen erhoben, ergibt sich eine inhaltlich identische Informationspflicht für den Verantwortlichen aus Art. 14 II lit. g DSGVO. Im letztgenannten Fall gelten für die Mitteilung die Fristen aus Art. 14 III DSGVO. Im Regelfall dürfte die Monatsfrist des Art. 14 III lit. a DSGVO ab Erlangung der Daten gelten. Hierbei ist zu beachten, dass es sich um eine Maximalfrist handelt, die in allen drei Varianten des Art. 14 III DSGVO gilt und vor dem Hintergrund der Wertungen des Art. 12 I, II DSGVO nicht grundsätzlich oder regelmäßig ausgereizt werden darf.⁶⁹ In beiden Fällen müssen dem Betroffenen „aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung“ mitgeteilt werden, ohne dass dieser dies geltend machen muss. Art. 15 I lit. h DSGVO gibt dem Betroffenen zudem ein Auskunftsrecht an die Hand. Dieses stimmt vom Wortlaut her mit den genannten Informationspflichten in Art. 13 und 14 DSGVO überein und kann grundsätzlich jederzeit geltend gemacht werden.

Art. 13 II lit. f DSGVO kommt in zeitlicher Hinsicht also zu einem konkret festgelegten Zeitpunkt zum Tragen. Da die Informationen schon bei der Erhebung der Daten mitgeteilt werden müssen, kommt die Norm in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich vor dem eigentlichen Profiling zur Anwendung. Der Informationspflicht aus Art. 14 II lit. g DSGVO muss innerhalb eines Monats genügt werden. Damit besteht für den Verantwortlichen ein gewisser zeitlicher Spielraum. Das Recht aus Art. 15 DSGVO hingegen deckt den kompletten Zeitraum ab der erstmaligen Datenerhebung ab und erstreckt sich damit auch auf die Situationen, in denen Profiling anhand der erhobenen Daten schon durchgeführt und darauf basierende Entscheidungen bereits getroffen worden sind.⁷⁰ Die drei Normen dienen der Schaffung von Transparenz.⁷¹ Neben der ihnen innewohnenden freiheitssichernden Komponente besteht ihre Funktion darin, es dem Betroffenen zu erlauben, bei Bedarf seine datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte geltend zu machen.⁷²

Da die Informationspflicht des Art. 13 II lit. f DSGVO bereits im Zeitpunkt der Datenerhebung besteht, kann der Verantwortliche dem Betroffenen zu diesem Zeit-

⁶⁹ Franck, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 14 Rn. 18 und 21 DSGVO.

⁷⁰ Vgl. Wachter/Mittelstadt/Floridi, International Data Privacy Law 7 (2017), 76, 82 f.

⁷¹ Bäcker, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 13 Rn. 7 DSGVO; Temme, Eur. Data Prot. L. Rev. 3 (2017), 473, 481.

⁷² Bäcker, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 13 Rn. 8 DSGVO.

punkt naturgemäß nur einen abstrakten Überblick über den Entscheidungs- und Wirkmechanismus des eingesetzten Verfahrens geben.⁷³ Die Frage, wie weit die Informations- und Auskunftspflichten im Einzelfall reichen, bietet unter verschiedenen Blickwinkeln Anlass zu Diskussionen. Fraglich ist zunächst der Anwendungsbereich der Normen: Sind sie nur anwendbar, wenn automatisierte Einzelentscheidungen i. S. d. Art. 22 DSGVO vom Verantwortlichen vorgesehen sind, oder erstrecken sich die Informationspflichten und das Auskunftsrecht auch auf die vorgelagerte Stufe, nämlich das eigentliche Profiling, ohne dass der enge Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO zwingend eröffnet sein muss? Aus Sicht des hier vertretenen 3-stufigen Modells formuliert, geht es darum, ob die Transparenzpflichten auch die zweite Stufe erfassen oder nur die Entscheidungsfindungsprozesse auf der dritten Stufe. Die Frage des Anwendungsbereichs ist vor allem dann relevant, wenn die zweite und dritte Verarbeitungsstufe von verschiedenen Beteiligten durchgeführt und verantwortet werden, wie es z. B. im Verhältnis zwischen Auskunftfei und Bank der Fall ist. Würden die genannten, spezifischen Transparenzpflichten nur im Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO zur Anwendung kommen, ergäben sich aus den genannten Normen z. B. keine Verpflichtungen für Auskunftfeien, die Score-Werte über die Bonität von Privatpersonen generieren. Auskunftfeien fallen nämlich in der Regel keine Entscheidungen i. S. d. Art. 22 DSGVO.⁷⁴

Richtigerweise decken die sich aus Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g und 15 I lit. h DSGVO ergebenden Transparenzpflichten auch Profiling-Maßnahmen ab, solange diese zumindest potenziell zu einer darauf folgenden Entscheidungsunterstützung herangezogen werden. Informationen über Profiling zum Zwecke der menschlichen Entscheidungsfindung (also außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 22 I DSGVO) sind von den Transparenzpflichten ebenso erfasst wie automatisierte Einzelentscheidungen, die keine rechtliche Wirkung bzw. erhebliche Beeinträchtigung i. S. d. Art. 22 I DSGVO zeitigen. Für diese Auslegung spricht der Wortlaut der Normen („*zumindest in diesen Fällen*“).⁷⁵ Dieser Zusatz in Parenthese deutet darauf hin, dass die „*Fälle*“ Profiling und Entscheidungsfindung erfasst sein sollen. Bei Zugrundelegung einer engeren Auslegung, wonach bloß das Stadium der Entscheidungsfindung gemeint sein soll, hätte der Zusatz keine eigenständige Bedeutung mehr. Zudem lässt sich nur diese Auslegung der Transparenzpflichten mit dem Grundsatz der Transparenz gem. Art. 5 I lit. a DSGVO und dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 60 DSGVO in Einklang bringen: „*Darüber hinaus sollte er die betroffene Person darauf hinweisen, dass Profiling stattfindet und welche Folgen dies hat.*“⁷⁶ Der Hinweis auf die Folgen des Profilings legt die Annahme des wei-

⁷³ Wachter/Mittelstadt/Floridi, International Data Privacy Law 7 (2017), 76, 82.

⁷⁴ Von Lewinski/Pohl, ZD 2018, 17, 22.

⁷⁵ So auch Bäcker, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 13 Rn. 52 DSGVO. Vgl. auch Franck, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 13 Rn. 30 DSGVO.

⁷⁶ Vgl. Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 17.

ter gefassten Anwendungsbereichs nahe.⁷⁷ Kenntnis über die im Rahmen des Profiling erstelltten Bewertungen ist zudem für den Betroffenen aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht und mit Blick auf die genannten Funktionen der Transparenzpflichten (Freiheitswahrung und Absicherung der Betroffenenrechte) in aller Regel mindestens ebenso relevant wie das Wissen darüber, wie die Entscheidungsfindungsprozesse ausgestaltet sind. Funktional soll die Norm nämlich sicherstellen, dass der Betroffene seine Rechte aus der Datenschutz-Grundverordnung, aber auch solche aus anderen Regelwerken (wie z. B. dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz) tatsächlich geltend machen kann.⁷⁸ Dafür sind Kenntnisse über den Ablauf des Profiling notwendig. All dies spricht dafür, den Anwendungsbereich der Normen nicht auf die wenigen Fälle zu beschränken, die sich im bloßen Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO abspielen.

Neben der Frage des Anwendungsbereichs ist zudem fraglich, wie weitreichend diese Transparenzpflichten inhaltlich sind. So wird z. B. das Spannungsverhältnis zwischen den Informationspflichten gem. Art. 13 und 14 DSGVO bzw. dem Auskunftsrecht gem. Art. 15 DSGVO und dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Verantwortlichen nicht aufgelöst.⁷⁹ Erwägungsgrund 63 DSGVO erkennt dieses Problem zwar. Objektive Kriterien zu seiner Lösung werden allerdings nicht formuliert, sondern allenfalls angedeutet: *„Dieses Recht sollte die Rechte und Freiheiten anderer Personen, etwa Geschäftsgeheimnisse oder Rechte des geistigen Eigentums und insbesondere das Urheberrecht an Software, nicht beeinträchtigen. Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass der betroffenen Person jegliche Auskunft verweigert wird.“* Damit hängt die Frage zusammen, wie konkret die zum Einsatz kommenden Algorithmen bzw. die jeweils dahinterstehende Logik erläutert werden müssen. Eine weitreichende Offenlegungspflicht vertritt z. B. *Franck*, der aus Art. 13 II lit. f DSGVO eine recht umfassende Darstellungspflicht ableitet. Der konkrete Algorithmus muss demnach offengelegt und um *„erklärende Bestandteile“* ergänzt werden.⁸⁰ Auch *La Diega* sieht eine Pflicht zur gänzlichen Offenlegung des Algorithmus, verbunden mit Erläuterungen, die auch für Laien verständlich sind. Dies sei notwendig, um den Anforderungen von Art. 47 GRCh und

⁷⁷ Diesbezüglich wohl eher kritisch *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 13 Rn. 31 DSGVO. Mit Blick auf den Anwendungsbereich der Normen nicht ganz eindeutig *von Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 22: Nach ihrer Ansicht sind die Normen wohl nur dann anwendbar, wenn vom Verantwortlichen Entscheidungen getroffen werden. Demnach erwachsen für Auskunfteien keine Informationspflichten aus Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g DSGVO. Zugleich gehen sie diesen gegenüber aber im Kontext des Auskunftsanspruchs gem. Art. 15 I lit. h DSGVO von einer Offenlegungspflicht bzgl. der *„Informationen über die involvierte Logik“* aus, welche sich auf das Profiling (hier in Form des Kredit-Scoring) bezieht.

⁷⁸ *Selbst/Powles*, International Data Privacy Law 7 (2017), 233, 236.

⁷⁹ Vgl. *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 13 Rn. 31b DSGVO und *Temme*, Eur. Data Prot. L. Rev. 3 (2017), 473, 479 f.

⁸⁰ *Franck*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 13 Rn. 29 DSGVO.

Art. 6 und 13 EMRK (Recht auf wirksamen Rechtsbehelf/wirksame Beschwerde und auf ein faires Verfahren) zu genügen.⁸¹

Derart weitreichende Offenlegungspflichten wären aber aus verschiedenen Gründen problematisch. In praktischer Hinsicht stellt sich das Problem, dass Algorithmen weiterentwickelt werden und sich teilweise auch „selber“ weiterentwickeln (sog. *Machine Learning*). In beiden Fällen müsste der Verantwortliche seine Mitteilungen dementsprechend anpassen. Je detaillierter die Transparenzpflichten sind, die man ihm abverlangt, desto häufiger sind Anpassungen notwendig. Es steht zu befürchten, dass solche Situationen vor dem Hintergrund der von Art. 12 I S. 1 DSGVO geforderten Transparenz und Verständlichkeit eher kontraproduktiv wirken. Im Fall des oben genannten *Machine Learnings* ist es für den Verantwortlichen zudem schwierig bzw. ab einer bestimmten ihm abverlangten Transparenzhöhe unmöglich, eine detaillierte Begründung einzelner gefundener Ergebnisse bzw. einzelner Entscheidungen zu präsentieren.⁸² Eine Mitteilung des Quellcodes oder von detaillierten Entscheidungsbäumen wäre zudem für Verbraucher aufgrund ihrer Komplexität kaum eine Hilfe und wäre deshalb mit Blick auf den Grundsatz der Transparenz und die Vorgaben in Art. 12 I S. 1 DSGVO problematisch und wenig zielführend.⁸³ Auch die damit einhergehende Beeinträchtigung der Geschäftsgeheimnisse der Verantwortlichen dürfte in vielen Fällen unverhältnismäßig sein.⁸⁴ Der Betroffene hat kein legitimes, schützenswertes Interesse daran, den Quellcode zu erfahren, da die technischen Details als solche für seine informationelle Selbstbestimmung völlig irrelevant sind. Für ihn geht es stattdessen darum, zu wissen, welche seiner personenbezogenen Daten wie verarbeitet werden und welche Folgen ihm daraus sicher oder möglicherweise erwachsen.

Zur inhaltlichen Konkretisierung der Transparenzpflichten scheint daher eine Orientierung am Wortlaut der Normen, ihrem Sinn und Zweck und der Systematik der Datenschutz-Grundverordnung hilfreich. Offenzulegen sind im Rahmen der Informationspflichten und des Auskunftsrechts „*aussagekräftige Informationen*“ über die „*involvierte Logik*“ sowie über „*Tragweite*“ und die „*angestrebten Auswirkungen*“ der Verarbeitung. Der Bezug auf die Aussagekraft der mitzuteilenden Informationen kann so verstanden werden, dass der in Art. 5 I lit. a und Erwägungsgrund 39 DSGVO formulierte datenschutzrechtliche Grundsatz der Transparenz effektiv umgesetzt wird. Dies gilt gerade auch mit Blick auf die Ermöglichung der Geltendmachung der Betroffenenrechte. Auch Art. 12 DSGVO nennt weitere, all-

⁸¹ *La Diega*, jipitec 9 (2018), 3, 23.

⁸² Vgl. *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 363 und *Drexl/Hilty/Beneke u. a.*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-13 2019, 1, 9.

⁸³ So auch selber *Franck*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32022, Art. 13 Rn. 29 DSGVO; *La Diega*, jipitec 9 (2018), 3, 23; von *Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 22 und Schlussanträge des Generalanwalts *Priit Pikamäe*, C-634/21, EC-LI:EU:C:2023:220, Rn. 57 (*SCHUFA Holding u. a. (Scoring)*).

⁸⁴ Von *Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 22; *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32021, Art. 13 Rn. 31b DSGVO.

gemeingültige Konkretisierungen dieses Grundsatzes.⁸⁵ Und auch die Normen selbst beziehen sich einleitend auf die Gewährleistung einer „transparente[n] Verarbeitung“. Vor diesem Hintergrund müssen die anderen offenzulegenden Aspekte betrachtet werden. Die „Tragweite“ der Verarbeitung und die „angestrebten Auswirkungen“ beschreiben, wie sich das Treffen automatisierter, auf Profiling basierender Einzelentscheidungen auf den Betroffenen auswirkt, welche Konsequenzen also für ihn persönlich zu erwarten sind. Für die Auslegung der Normen hilfreich ist vor allem auch Art. 15 I lit. h DSGVO, welcher in zeitlicher Hinsicht durchaus nach der getroffenen (und ggf. ausgeführten) Entscheidung vom Betroffenen geltend gemacht werden kann. Dennoch wird auch in dieser Norm der Ausdruck „angestrebten Auswirkungen“ verwendet. Diese in die Zukunft gerichtete Formulierung deutet darauf hin, dass die Offenlegungspflicht sich auf die Erläuterung der Systemfunktionalität der „involvierten Logik“ auf einem eher abstrakten Niveau bezieht.⁸⁶ Verlangt werden kann demnach eine aussagekräftige Erläuterung der Grundannahmen und Wirkmechanismen der eingesetzten Verfahren, mithin eine Darstellung, wie das Profiling und das ggf. darauf basierende Fällen von Entscheidungen konzeptionell ausgestaltet sind.⁸⁷ Für den Betroffenen muss erkennbar sein, anhand welcher Kriterien Bewertungen erstellt und darauf aufbauende Entscheidungen getroffen werden. Das Wechselspiel zwischen seinem Verhalten bzw. seinen Eigenschaften und den für ihn daraus folgenden Konsequenzen darf nicht gänzlich abstrakt sein, sondern muss aussagekräftig erläutert werden. Ansonsten wären die Informationspflichten und das Auskunftsrecht wirkungslos. Für diese funktionale Auslegung der Normen spricht auch Erwägungsgrund 63 DSGVO, wonach der Betroffene das Recht hat, „zu wissen und zu erfahren (...) nach welcher Logik die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten erfolgt und welche Folgen eine solche Verarbeitung haben kann, zumindest in Fällen, in denen die Verarbeitung auf Profiling beruht.“

Der konkrete Umfang der Transparenzpflichten hängt auch entscheidend davon ab, in welchem Kontext und mit welchem Ziel Profiling verwendet wird.⁸⁸ Setzt ein Musik- bzw. Video-Streamingdienst Profiling ein, um einem Kunden individualisierte Empfehlungen zu unterbreiten, ist eine allgemeiner gehaltene Information ausreichend. Man wird in diesem Kontext nicht verlangen können, dass jede einzelne Empfehlung erläutert und begründet wird. Die getroffenen Vorschläge basieren zwar auf Profiling, sind für den Betroffenen aber von geringer Relevanz und haben über den Informations- und Unterhaltungswert hinaus keine eigenständige

⁸⁵Vgl. von Lewinski/Pohl, ZD 2018, 17, 22.

⁸⁶Vgl. Wachter/Mittelstadt/Floridi, International Data Privacy Law 7 (2017), 76, 83 f. (im Kontext der Frage, inwiefern die Datenschutz-Grundverordnung einen Anspruch auf Begründung konkret ergangener automatisierter Einzelentscheidungen gewährt).

⁸⁷Vgl. dazu auch Paal/Hennemann, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32021, Art. 13 Rn. 31c DSGVO.

⁸⁸Vgl. Schmidt-Wudy, in: Wolff/Brink (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 43. Edition (Stand: 1.2.2023), Art. 15 Rn. 78.3 DSGVO im Kontext der Offenlegung von Score-Werten und Score-Formeln.

Funktion. Vor allem sind die aufgrund der Ergebnisse des Profilings getroffenen Entscheidungen, die sich in der Anzeige bestimmter Vorschläge manifestieren, vom Nutzer in der Regel gewollt und steigern für ihn die Nutzbarkeit des erworbenen Dienstes. Daher genügt ein allgemeiner Verweis darauf, dass das Nutzerverhalten des Betroffenen mit statistischen Erkenntnissen über das Konsumverhalten von Nutzern mit ähnlichen Eigenschaften abgeglichen wird und die individuellen Empfehlungen aufgrund gefundener Korrelationen unterbreitet werden.

Deutlich weitreichender sind – als Gegenbeispiel – die Transparenzpflichten anzusetzen, denen Auskunftfeien unterliegen. Im Bereich des Kredit-Scorings sind die für den Betroffenen möglicherweise erwachsenden Konsequenzen potenziell durchaus tiefgreifend, da ein schlechter Score-Wert ohne Weiteres dazu führen kann, dass ein Kredit nicht wie gewünscht vergeben wird. Der Score-Wert hat Einfluss auf das „Ob“ der Kreditvergabe und auf das „Wie“. Die genauen Modalitäten, wie z. B. Höhe des Zinssatzes, das Einfordern von Sicherheiten, Kredithöhe und Kreditlaufzeit werden regelmäßig vor allem von Score-Werten abhängig gemacht.⁸⁹ Große Auskunftfeien wie die *Schufa* sind zudem oft nicht nur im Kredit-Sektor tätig. Sie erstellen auch branchenspezifische Auskünfte, etwa über potenzielle Mietinteressenten, Kunden im Mobilfunksektor oder Versandhandelskunden.⁹⁰ Aufgrund dieser weiten „Strahlwirkung“ auch auf Alltagsgeschäfte und aufgrund der deutlich stärkeren unmittelbaren Auswirkungen auf die Betroffenen sollte bei Anwendung der Transparenzpflichten gem. Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g und 15 I lit. h DSGVO ein strengerer Maßstab angelegt werden.

c. Angemessene Maßnahmen als Schutzmechanismus

Art. 22 I DSGVO geht von der Prämisse aus, dass vollständig automatisierte Einzelentscheidungen grundsätzlich unzulässig sind. Dieses Verbot gilt ausnahmsweise nicht, wenn die Entscheidung „für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist“ (II lit. a) und im Falle des Vorliegens einer „ausdrücklichen Einwilligung“ des Betroffenen (II lit. c). Art. 22 II lit. b DSGVO enthält zudem eine Öffnungsklausel zugunsten von Union und Mitgliedstaaten.

Gemäß Art. 22 III DSGVO trifft den Verantwortlichen, der sich auf Art. 22 II lit. a bzw. lit. c DSGVO beruft, die Pflicht, „angemessene Maßnahmen [zu treffen], um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört.“⁹¹ Es obliegt also dem Verantwortlichen, in-

⁸⁹ Rühlicke, in: Maute/Mackenrodt (Hrsg.), Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 9, 11.

⁹⁰ Vgl. ders., in: Maute/Mackenrodt (Hrsg.), Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 9, 15 f.

⁹¹ Erwägungsgrund 71 DSGVO geht davon aus, dass der Betroffene eine „spezifische(...) Unterrichtung“ über seine diesbezüglichen Rechte erhält. Eine dementsprechende Unterrichtungspflicht kann damit in den Begriff der Angemessenheit der Maßnahmen i. S. d. Art. 22 III DSGVO hineingelesen werden (Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 22 Rn. 32 DSGVO).

stitutionalisierte Vorkehrungen zu treffen, um diesen Pflichten nachzukommen und so einen effektiven Schutz des Betroffenen zu bewirken.⁹² Der Mindeststandard, den die Datenschutz-Grundverordnung vorsieht, um den Betroffenen vor ausnahmsweise zulässigen, vollständig automatisierten Einzelentscheidungen zu schützen, ist damit im weitesten Sinne ein Anspruch auf „inhaltliches Gehör“: Der Betroffene kann seinen Standpunkt geltend machen, der Verantwortliche muss einen menschlichen Entscheider einsetzen, und es muss eine reale Möglichkeit bestehen, dass die ursprüngliche Entscheidung inhaltlich abgeändert wird. Der Betroffene kann auf diese Weise erwirken, dass die zunächst automatisiert getroffene Entscheidung inhaltlich einzelfallbezogen neu gefällt und von einem Menschen verantwortet wird und dass sein Standpunkt dabei Berücksichtigung findet.⁹³

d. Besonderer Schutz sensibler Daten

Der dargestellte Interessenausgleich wird zugunsten des Betroffenen modifiziert, wenn sensible Daten i. S. d. Art. 9 I DSGVO verarbeitet werden. Art. 22 IV DSGVO verlangt, dass automatisierte Einzelentscheidungen im Falle der Verarbeitung sensibler Daten nur dann zulässig sind, wenn Art. 9 II lit. a bzw. lit. g DSGVO gilt. Im privatwirtschaftlichen⁹⁴ Kontext bedeutet dies, dass immer eine „*ausdrückliche Einwilligung*“ gem. Art. 9 II lit. a DSGVO in die automatisierte Verarbeitung der sensiblen Daten vorliegen muss.⁹⁵ Darüber hinaus muss – wie sonst auch – eine der Ausnahmen des Art. 22 II DSGVO greifen.⁹⁶ Der Verweis des Art. 22 IV DSGVO auf „*angemessene Maßnahmen*“ zum Schutz des Betroffenen ist deklaratorisch, da er sich schon aus Art. 22 III und II lit. b DSGVO ergibt. Freilich sind bei Entscheidungen, die auf sensiblen Daten basieren, aufgrund der besonders hohen persönlichkeitsrechtlichen Relevanz und des gesteigerten Diskriminierungspotenzials⁹⁷ tendenziell höhere Anforderungen an die Angemessenheit zu stellen, als es bei der Verarbeitung „regulärer“ personenbezogener Daten der Fall ist. Es kann daher durchaus geboten sein, vom Verantwortlichen Maßnahmen zu verlangen, die über den in Art. 22 III DSGVO definierten Mindestkatalog (vgl. die Formulierung

⁹²Vgl. *La Diega*, jipitec 9 (2018), 3, 22.

⁹³*Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 22 Rn. 31 DSGVO.

⁹⁴Der Verweis auf Art. 9 II lit. g DSGVO (erhebliches öffentliches Interesse) ist im rein privatwirtschaftlichen Bereich ohne Bedeutung. Deshalb wird er hier nicht weiter behandelt.

⁹⁵Gem. Art. 9 II lit. a i. V. m. 22 IV DSGVO können Union und Mitgliedstaaten allerdings bestimmen, dass das Verbot der Verarbeitung sensibler Daten doch nicht per Einwilligung des Betroffenen aufgehoben werden kann.

⁹⁶Vgl. *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 22 Rn. 45 DSGVO.

⁹⁷*Ders.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 22 Rn. 44 DSGVO.

„*mindestens*“) hinausgehen. Letztlich kommt es allerdings immer auf die konkrete Fallgestaltung an und darauf, wie stark die Gefährdung der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen ausfällt und wie weitreichend und wahrscheinlich die Auswirkungen auf ihn im Einzelfall sind.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 5: Zusammenfassung



Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO stellt ein statistisches Erkenntnisverfahren dar, welches sich der Verarbeitung personenbezogener Daten bedient. Es dient dazu, die persönlichen Aspekte natürlicher Personen wertend zu analysieren bzw. vorherzusagen. Diese Bewertungen können in einer Vielzahl von Lebensbereichen und mit ganz verschiedenen Zielrichtungen zum Einsatz kommen. Ihr potenzieller Anwendungsbereich ist damit äußerst breit. Als typische Beispiele lassen sich Kredit-Scoring und personalisierte Werbung nennen.

Profiling kann mithilfe diverser technischer Verfahren durchgeführt werden. Ihnen allen ist gemein, dass sie konzeptionell auf dem Prinzip der Gruppenbildung beruhen: Große Datensätze werden ausgewertet, um Muster und Korrelationen aufzudecken, aus denen sich Vergleichsgruppen bilden lassen. Der Betroffene – etwa ein potenzieller Kreditnehmer – wird derjenigen Gruppe zugeordnet, mit der ausweislich der über ihn bekannten Informationen die größten Überschneidungen bestehen. Dann werden ihm die Eigenschaften der übrigen Gruppenmitglieder zugerechnet. Auf diese Weise entstehen „neue“ personenbezogene Daten, die Auskunft über persönlichkeitsrechtlich mitunter hoch sensible Eigenschaften geben können. Im Einzelfall falsche Ergebnisse sind diesem Verfahren immanent und praktisch nicht zu vermeiden, da das Profiling reine Wahrscheinlichkeitswerte produziert. Dies ist problematisch, wenn diese Ergebnisse herangezogen werden, um dem Betroffenen gegenüber Entscheidungen zu fällen.

Aufbauend auf diesen Erkenntnissen hat der erste Teil dieser Arbeit ein 3-stufiges Modell entwickelt. Die erste Stufe bezieht sich auf die Datensammlung: Sowohl abstrakte Vergleichsdaten als auch sich auf den Betroffenen beziehende personenbezogene Daten sind nötig, um Profiling überhaupt durchführen zu können. Das eigentliche Profiling stellt die zweite Stufe des Modells dar. Es geht hier darum, nutzbare Erkenntnisse über einen Betroffenen zu gewinnen, die als Entscheidungsgrundlage dienen können. Die dritte Stufe des Modells bezieht sich auf die Phase der Entscheidungsfindung und -ausführung. Hier werden die Erkenntnisse des Pro-

filings sowie weitere relevante Aspekte herangezogen, um eine Entscheidung zu fällen (und ggf. auszuführen), die Auswirkungen auf den Betroffenen hat. Die dritte Stufe endet also mit einer Handlung bzw. einem bewussten Untätigbleiben.

Diese Strukturierung ermöglicht es, die rechtlichen und tatsächlichen Implikationen von Profiling und den darauf aufbauenden Entscheidungen zu erkennen und sie rechtlich wie normativ zu bewerten. Das 3-stufige Modell erleichtert zudem die Analyse solcher Sachverhalte, an denen mehrere Akteure beteiligt sind. Ein Beispiel ist das Kredit-Scoring: Auskunfteien sammeln personenbezogene Daten, um Score-Werte über natürliche Personen zu erstellen (Stufen 1 und 2 des Modells). Die Entscheidung, ob (und ggf. wie) ein Kredit gewährt wird, trifft aber stets die Bank unter Zugrundelegung des Score-Wertes (Stufe 3).

Die Datenschutz-Grundverordnung ist in derlei Fallkonstellationen grundsätzlich anwendbar, da für das Profiling personenbezogene Daten verarbeitet werden. Sie setzt gewisse rechtliche Rahmenbedingungen. Für Profiling sind im privatwirtschaftlichen Bereich vor allem drei datenschutzrechtliche Rechtsgrundlagen relevant: die Einwilligung, die (vor)vertragliche Notwendigkeit und die allgemeine Interessenabwägungsklausel (Art. 6 I S. 1 lit. a, b und f DSGVO). Je nach Fallkonstellation gelten mithin unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen. Jedenfalls müssen die allgemeinen Datenschutzgrundsätze des Art. 5 I DSGVO beachtet werden. Der Erwägungsgrund 71 DSGVO kann hier ein wichtiges Werkzeug darstellen, um Art. 5 I DSGVO inhaltlich zu konturieren. Im Gegensatz zum verfügbaren Teil der Verordnung enthält er recht konkrete Hinweise, wie Profiling auszuführen ist.

Art. 22 I DSGVO formuliert ein grundsätzliches Verbot bestimmter, rein automatisierter Einzelentscheidungen. Es kommt nach hier vertretener Auslegung nur dann zur Anwendung, wenn der Entscheidung Profiling vorangegangen ist. Die Reichweite des Verbots ist eher gering, zumal Ausnahmen möglich sind. Im Wesentlichen geht es bei Art. 22 DSGVO darum, dass der Mensch nicht zum Objekt rein maschineller Entscheidungen gemacht werden soll. Ist dies ausnahmsweise doch zulässig, so gewährt ihm die Datenschutz-Grundverordnung stets das Recht, das Hinzuziehen eines menschlichen Entscheiders zu verlangen (Art. 22 II lit. b, III DSGVO). Art. 22 DSGVO kommt auf der dritten Stufe des hier vertretenen Modells zur Anwendung. Die dritte Stufe geht allerdings deutlich über den Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO hinaus, da sie auch Entscheidungen umfasst, die von Menschen getroffen wurden.

Die Datenschutz-Grundverordnung stellt in ihren Artikeln 13 bis 15 gewisse Transparenzpflichten auf, die u. a. im Kontext von Art. 22 I DSGVO relevant sind. Der Betroffene hat demnach das Recht, aussagekräftige Informationen über die „*involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung*“ zu erhalten (Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g und 15 I lit. h DSGVO). Nach hier vertretener Ansicht besteht dieses Recht nicht nur dann, wenn der Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO eröffnet ist. Es besteht auch, wenn Profiling-Verfahren zum Einsatz kommen, die potenziell auf der dritten Stufe zur Entscheidungsunterstützung herangezogen werden. Der konkrete Umfang dieser Transparenzpflichten ist kontextabhängig. Er hat sich am *Telos*, an der Systematik sowie am Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung zu orientieren. Der Betroffene hat damit grundsätzlich das Recht auf eine aussagekräftige Erläuterung der konzeptionellen Grundannahmen und Wirkmechanismen der ihn betreffenden Verfahren.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Teil II

Profiling, Preisdiskriminierung und Preispersonalisierung

Dieser Teil der Arbeit beschäftigt sich mit Preisdiskriminierung im Online-Handel und ihrem Zusammenhang mit dem oben bereits in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht konturierten datenschutzrechtlichen Begriff des Profiling. Als Ausgangspunkt der Untersuchung wird dargestellt, wie Preisdiskriminierung wirtschaftswissenschaftlich definiert ist. In diesem Kontext wird dargelegt, welche konkrete Definition und Konzeption des Begriffs dieser Arbeit zugrunde liegt. Der Blickwinkel auf diese ökonomischen Ausführungen ist an dieser Stelle primär der des Datenschutzrechts. Profiling wird eingesetzt, um personalisierte Preise zu verlangen. Bei personalisierter Preissetzung (sog. *Personalised Pricing*) handelt es sich um einen Unterfall von Preisdiskriminierung, nämlich das Setzen von Preisen in Abhängigkeit von Präferenzen und Eigenschaften des konkreten Kunden: Der Preis wird mittels einer datenschutzrechtlich relevanten Vorgehensweise aktiv an den Kunden angepasst.

Ein Teil der Untersuchung widmet sich der Frage, in welchem Ausmaß Preisdiskriminierung in Form personalisierter Preise im Online-Bereich tatsächlich zum Einsatz kommt. Darüber hinaus sollen vor allem gerade auch die Einsatzmöglichkeiten Berücksichtigung finden, welche zum jetzigen Zeitpunkt gegeben sind, aber nicht oder nur wenig genutzt werden. Preispersonalisierung im Online-Handel findet aus verschiedenen Gründen nur selten bzw. nur in bestimmten Konstellationen statt, obwohl die technischen Möglichkeiten ihren Einsatz häufiger erlauben würden. Diese Unterscheidung zwischen in der Praxis tatsächlich vorkommenden und technisch darüber hinausgehend theoretisch möglichen Formen von Preispersonalisierung spielt im Rahmen dieser Untersuchung eine besonders hervorzuhebende Rolle, da der Unterschied zwischen Theorie und Praxis eklatant ist und sich die Frage stellt, wo diese Diskrepanz herrührt.

Hauptanliegen dieses Teils der Arbeit ist es, die konzeptionellen Zusammenhänge und Überschneidungen zwischen Profiling, wie es in Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert ist, und dem wirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Preisdiskriminierung darzustellen. Der Blick auf den eher breiten Begriff der Preisdiskriminierung

ist für die Analyse und Bewertung personalisierter Preise im Online-Bereich unverzichtbar. Diese Untersuchungen gehen Hand in Hand mit der Frage, welche Formen von Preisdiskriminierung überhaupt datenschutzrechtliche Relevanz haben und welche Folgen daraus zu ziehen sind. Auf die technischen Abläufe wird so weit eingegangen, wie es für das Verständnis und die rechtliche Einordnung notwendig ist.

Kapitel 6: Preisdiskriminierung



I. Überblick und Definition

1. Annäherung an den Begriff

Der Begriff Preisdiskriminierung wird in den Wirtschaftswissenschaften unterschiedlich definiert. Als Annäherung an die Thematik wird hier zunächst eine vereinfachte Definition herangezogen. Diese besagt, dass Preisdiskriminierung vorliegt, wenn ein Anbieter zum selben Zeitpunkt für das gleiche Gut von verschiedenen Käufern verschiedene Preise verlangt.¹ Diese Formulierung ist aber aus verschiedenen Gründen irreführend und ungenau. So wäre nach dieser Definition Preisdiskriminierung z. B. auch dann gegeben, wenn ein Anbieter nur deshalb von Kunden unterschiedliche Preise verlangt, weil er tatsächlich unterschiedliche Kosten hat. Ein Beispiel hierfür wäre der Fall, dass ein Anbieter aufgrund höherer Versandkosten vom Kunden A einen höheren Gesamtpreis als vom Kunden B verlangt, da A – im Gegensatz zu B – im Ausland lebt und dementsprechend höhere Portokosten anfallen.² Zugleich würden Situationen von dieser Definition mangels „verschiedener Preise“ nicht erfasst, in denen alle Betroffenen denselben Preis zahlen, dieser *de facto* aber diskriminierend ist, weil beim Anbieter verschiedene Kosten anfallen.³ Dies ist in der Praxis zum Beispiel der Fall, wenn Industriegüter, deren Versand besonders kostenintensiv ist (etwa Zement), an Kunden unabhängig vom Lieferort zum gleichen Preis verkauft werden und die Versandkosten immer im Endpreis

¹ Varian, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, 1989, S. 597, 598.

² Zuiderveen Borgesius/Poort, J Consum Policy 40 (2017), 347, 350 f.; Varian, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, 1989, S. 597, 598.

³ Vgl. Graef, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), 541, 543; Stigler, The Theory of Price, 41987, S. 210; Varian, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, 1989, S. 597, 598.

enthalten sind.⁴ Hierdurch werden die Kunden, bei denen besonders hohe Transportkosten anfallen, gegenüber den günstiger zu erreichenden bevorzugt.

Die geschilderten Situationen entsprechen aber kaum dem Gemeinten. So ist beispielsweise das Verhalten des Anbieters, der mit im Einzelfall erhöhten Preisen nur seine gestiegenen (Versand- oder anderweitige) Kosten auffangen möchte, dabei aber den gleichen Gewinn erzielt wie bei anderen Kunden auch, nach allgemeinem Verständnis nicht vom Begriff der Preisdiskriminierung erfasst.⁵ Gemeint sind stattdessen solche Konstellationen, in denen Anbieter zwecks Gewinnmaximierung systematische Preissetzungsmethoden einsetzen, die zu einer Segmentierung des Marktes auf der Nachfragerseite führen bzw. versuchen, eine bestehende Segmentierung preislich widerzuspiegeln. Der Zweck besteht darin, Preise von den Kunden verlangen und durchsetzen zu können, welche im theoretischen Idealfall möglichst genau ihrem Reservationspreis entsprechen. Dies ist der Preis, den ein bestimmter Kunde für eine konkrete Ware bzw. Dienstleistung maximal zu zahlen bereit ist.⁶ Der Grad an Individualisierung kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein und hängt neben der Art der Preisdiskriminierung (1., 2. oder 3. Grades)⁷ von zahlreichen Faktoren ab. Letztlich dient Preisdiskriminierung in der Regel dem Ziel, die Produzentenrente zu steigern, indem Konsumentenrente abgeschöpft wird.⁸

2. Konkretisierung der Definition von Stigler

Im Rahmen dieser Arbeit wird für die Begriffsdefinition die Definition von *Stigler* herangezogen und konkretisiert. *Stigler* beschreibt Preisdiskriminierung als „*the sale of two or more similar goods at prices that are in different ratios to marginal cost.*“⁹ Prägend für diese Formulierung und Grundlage des dieser Arbeit zugrunde liegenden Verständnisses von Preisdiskriminierung sind zwei ihrer Charakteristika.

Zunächst ist es so, dass die Definition von *Stigler* die Grenzkosten des Anbieters zum verlangten Preis in Relation setzt. Sie ist also relativ und stellt nicht auf absolute Preise ab. Übertragen auf das obige Beispiel geht es darum, welche Kosten dem Anbieter tatsächlich entstehen und wie er in Abhängigkeit davon verschiedenen Kunden

⁴ *Varian*, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 1989, S. 597, 631 f.

⁵ Vgl. *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 350 f. und *Wojtal*, *Shopping ohne Grenzen?*, 2015, S. 56 f.

⁶ *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 85 f.; *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 2014, S. 4.

⁷ Siehen unten Kap. 6, III.

⁸ Im Rahmen dieser Arbeit wird, etwas vereinfachend, unterstellt, dass mit der Produzentenrente stets auch der Gewinn des Anbieters steigt.

⁹ *Stigler*, *The Theory of Price*, 1987, S. 210. An dieser Definition orientieren sich z. B. auch *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 351; *Stole*, in: *Armstrong/Porter* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 2007, S. 2221, 2224 f.; *Varian*, in: *Schmalensee/Willig* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 1989, S. 597, 598.

gegenüber verschiedene Preise setzt. Sofern er seine Kosten bloß an die Kunden weitergibt, liegt grundsätzlich keine Preisdiskriminierung vor, da der von ihm erzielte Gewinn gleichbleibt.¹⁰ Von den erhöhten Versandkosten hat er selber nämlich keinen finanziellen Vorteil. Er reicht diesen Posten bloß an den Kunden A weiter.¹¹

Sind verschiedene Preise für das gleiche¹² Produkt bloß das Ergebnis von Skalen- oder Verbundeffekten, liegt auch darin also keine Preisdiskriminierung.¹³ Anders zu bewerten ist der Fall hingegen, wenn der Anbieter beispielsweise anhand der IP-Adresse des A erkennt, dass dieser sich im Ausland befindet, ihm daher eine höhere Kaufkraft und dementsprechend einen erhöhten Reservationspreis unterstellt und in der Folge den Preis anhebt.¹⁴ Wird dem A deshalb von vornherein ein höherer Preis angezeigt (oder ein solcher wird etwa indirekt über überproportional erhöhte Versandkosten durchgesetzt, welche nicht durch die tatsächlich gestiegenen Kosten gerechtfertigt sind), so liegt angesichts des im Vergleich zur Transaktion mit B gestiegenen Gewinns Preisdiskriminierung vor. Der Anbieter macht, sofern seine Prognose zutreffend hat und A den Preis auch tatsächlich zu zahlen bereit ist, in der Relation mit dem gleichen Produkt einen höheren Gewinn. So greift er Teile der Konsumentenrente des A ab, um seine Produzentenrente und damit letztlich seinen Gewinn zu steigern. In der Tat wird in der Praxis der Aufenthalts- bzw. Wohnort eines Nutzers – etwa eine Wohnadresse in einer wohlhabenderen Wohngegend – als Parameter für seine Zahlungsbereitschaft angesehen.¹⁵

Ein anschauliches Beispiel für Preisdiskriminierung aufgrund des Herkunftslands von Kunden ist die (frühere) Praxis der unionsweit tätigen Autovermietungen *Sixt*, *Enterprise*, *Goldcar*, *Europcar*, *Hertz* und *Avis*. Diese Unternehmen wurden im Jahr 2014 von der Europäischen Kommission vor dem Hintergrund der Dienstleistungs-Richtlinie¹⁶ aufgefordert, ihre dahingehende Vorgehensweise zu beenden, Verbraucher aus verschiedenen Mitgliedstaaten preislich zu diskriminieren.¹⁷ Der Vorwurf

¹⁰ So auch das *Office of Fair Trading*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 2, welches Preisdiskriminierung wie folgt definiert: „[A] firm charges a different price to different people for the same good or service, for reasons not associated with costs“ und *Stole*, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 2007, S. 2221, 2224: „Price discrimination exists when prices vary across customer segments in a manner that cannot be entirely explained by variations in marginal cost“ sowie *Jentzsch*, *Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte*, 2017, S. 17 f.

¹¹ So auch *Schofield*, *Competition Law Journal* 18 (2019), 35, 36.

¹² Dazu siehe unten Kap. 6, I. 2.

¹³ *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Price Discrimination*, 2016, S. 6.

¹⁴ Vgl. *Wojtal*, *Shopping ohne Grenzen?*, 2015, S. 57 f.

¹⁵ *European Commission*, *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union*, 2018, S. 55.

¹⁶ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 vom 27.12.2006, S. 36 ff.) (im Folgenden „Dienstleistungs-RL“).

¹⁷ Vgl. EU-Kommission, *Pressemitteilung* vom 13.8.2014, abgedruckt in *EuZW* 2014, S. 684, im Wesentlichen identisch auf http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-917_de.htm (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

bestand darin, dass von Mietwageninteressenten je nach Herkunftsland online für die gleiche Leistung verschiedene Preise verlangt wurden, ohne dass dies für die Anbieter mit unterschiedlichen Kosten verbunden war.¹⁸ Beispielsweise erfuhr ein Mieter aus Deutschland bei der Online-Anmietung eines Autos im Vereinigten Königreich einen Preisaufschlag von 100 %, nachdem er während der Buchung sein Herkunftsland angegeben hatte. Die Europäische Kommission führt in ihrer Pressemitteilung aus: „Die Preisunterschiede zwischen den verschiedenen länderspezifischen Internetseiten ein und derselben Autovermietung können erheblich sein. Doch oft bestehen sie für die gleiche Dienstleistung am gleichen Standort und von demselben Anbieter. Die Kosten für die Erbringung solcher Dienste dürften sich daher nicht aufgrund des Wohnsitzes des Kunden erheblich unterscheiden. Eine unterschiedliche Behandlung von Verbrauchern aus verschiedenen EU-Ländern ist somit nicht gerechtfertigt.“¹⁹ Sie stellt damit auch auf das Verhältnis zwischen Kosten und Gewinn der Anbieter ab und macht deutlich, dass unterschiedliche Preise aufgrund unterschiedlich hoher Kosten unproblematisch wären. Freilich gilt es hier zu beachten, dass diese Aussage nicht ohne Weiteres auf inländische Sachverhalte übertragen werden kann, da sie im Kontext der Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union getätigt wurde. Ähnliche Vorwürfe hatte die EU-Kommission auch im Jahr 2003 vor dem Hintergrund zahlreicher Verbraucherbeschwerden gegenüber Luftfahrtunternehmen erhoben.²⁰ Auch diese sollen Kunden aufgrund ihres Wohnsitzes preislich diskriminiert haben, was zu Preisunterschieden von bis zu 300 % für identische Flugtickets geführt hat.²¹

Das zweite Charakteristikum der Definition von *Stigler* ist die Verwendung des Begriffs „similar“. Er selbst präsentiert keine vertiefte Erläuterung dieses Begriffs. Nach hiesigem Verständnis wird damit deutlich gemacht, dass Preisdiskriminierung auch dann vorliegen kann, wenn die Produkte bzw. Dienstleistungen, welche an verschiedene Kunden zu verschiedenen Preisen verkauft werden, nicht völlig identisch sind. Es geht stattdessen darum, ob es sich aus Sicht der Kunden im Kern um das gleiche Produkt handelt, welches mehr oder weniger stark modifiziert wurde oder unter verschiedenen Bedingungen angeboten wird. Die Produkte müssen so ähnlich sein, dass sie grundsätzlich austauschbar sind, auch wenn sie als unterschiedlich hochwertig wahrgenommen werden. Durch das Abstellen auf „Ähnlichkeit“ werden mehr Sachverhalte vom Begriff der Preisdiskriminierung erfasst. In

¹⁸Zum rechtlichen Hintergrund vgl. Art. 20 II Dienstleistungs-RL und den darauf basierenden § 5 Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung.

¹⁹Siehe http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-917_de.htm (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

²⁰Vgl. EU-Kommission, Pressemitteilung vom 7.6.2004, abgedruckt in EuZW 2004, S. 387, im Wesentlichen identisch auf http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-720_de.htm (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

²¹Vgl. den Text der Pressemitteilung: „Die (...) Beschwerden bezogen sich auf identische Flugtickets. Die beanstandeten Preisunterschiede standen somit nicht in Zusammenhang mit dem Kaufdatum, der Möglichkeit zur Änderung einer Reservierung oder sonstigen Dienstleistungsmerkmalen, die den Kostenunterschied erklären könnten. Die Preisunterschiede hingen offenbar nur mit dem Wohnort des Kunden zusammen.“

diesem Sinne führt auch die OECD zutreffend aus: „*The meaning of the word ‘similar’ in this definition is important, since products may differ in quantity, quality, purpose, over time, and in the circumstance in which they are sold.*“²²

Dieser offene und damit auslegungsbedürftige Begriff führt zu einer gewissen Unschärfe der Definition, da der Übergang vom „ähnlichen“ zum nicht mehr ähnlichen Produkt fließend ist und eine genaue Abgrenzung in Einzelfällen schwierig sein dürfte. Ihrer Bestimmung wohnt immer auch eine wertende Komponente inne. Ein wesentlicher Vorteil ist allerdings, dass nur so auch die Fälle des sog. *Versionings* erfasst sind.²³ *Versioning* ist ein Unterfall von Preisdiskriminierung 2. Grades und bedeutet, dass das an sich gleiche Produkt in Ausführungen verschiedener Qualität vermarktet wird. Der Kunde wählt „seinen Preis“ dadurch aus, dass er sich für eine Variante entscheidet (sog. Selbstselektion). Durch das Anbieten unterschiedlicher Qualitätsstufen werden verschiedene Kundengruppen mit verschiedenen Präferenzen angesprochen.²⁴ Ein alltägliches Beispiel hierfür sind Bücher, die als Taschenbuch und als gebundene Ausgabe auf den Markt kommen.²⁵ Inhaltlich sind diese Ausgaben identisch, da sie denselben Text beinhalten. Dem typischen Käufer wird es in aller Regel primär um das Lesen des Buchs als solches gehen. Die Produkte sind also im Sinne der Definition „ähnlich“. Die gebundene Ausgabe wird als höherwertiger wahrgenommen und deutlich teurer verkauft. Der Preisaufschlag geht dabei typischerweise deutlich über die Mehrkosten des Produzenten für die aufwändigere Herstellung hinaus, womit sein Gewinn steigt.²⁶ Diese in der Relation höheren Gewinnmargen bei den höherwertigen Varianten eines Produkts sind beim *Versioning* typisch.²⁷ Preisdiskriminierung liegt nach der hier verwendeten Definition vor, da das gleiche (bzw. nach der hier verwendeten Definition „ähnliche“) Produkt an verschiedene Kunden zu verschiedenen Preisen verkauft wird und dabei Gewinne produziert werden, die in unterschiedlicher Relation zu den angefallenen Kosten stehen.²⁸ Diese Art der Marktsegmentierung durch Produktdifferenzierung kann auch durch eine künstliche Verschlechterung des Produkts herbeigeführt werden. So hat *IBM* in den 1990er-Jahren seinen „*LaserPrinter Series E*“ in zwei Versionen verkauft, wobei die günstigere Variante langsamer gedruckt hat als die (doppelt so) teure. Um diesen Effekt herbeizuführen, hatte *IBM* in die eigentlich „schnelle“ Variante des Druckers einen Chip eingebaut, der den Druckvorgang künstlich verlangsamt hat.²⁹ Abgesehen davon waren die Modelle baugleich. Die Kunden konnten nach

²² *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Price Discrimination*, 2016, S. 6.

²³ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 351.

²⁴ *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 485.

²⁵ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 351; *The White House*, *Big Data and Differential Pricing*, 2015, S. 5.

²⁶ *Motta*, *Competition Policy*, 2004, S. 491. Vgl. dazu auch *Stigler*, *The Theory of Price*, 41987, S. 210 und *Varian*, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 1989, S. 597, 598 f.

²⁷ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 351.

²⁸ Es handelt sich um Preisdiskriminierung 2. Grades, siehe dazu unten Kap. 6, III. 2.

²⁹ *The White House*, *Big Data and Differential Pricing*, 2015, S. 5; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 351.

ihrer Präferenz auswählen, ob sie lieber den schnell druckenden, teuren, oder den langsamen und dafür günstigen Drucker kaufen möchten. Die höhere Gewinnmarge pro Stück ist in diesem Fall besonders deutlich: Abgesehen von den zusätzlichen, vermutlich zu vernachlässigenden Kosten für den Chip und seinen Einbau stellt die komplette Differenz zwischen dem günstigen und dem hochwertigen Modell einen zusätzlichen Gewinn für *IBM* dar. Da es sich um „ähnliche“ Produkte gehandelt hat, liegt Preisdiskriminierung nach der hier vertretenen Definition vor.

3. *Value-based Pricing und risk-based Pricing*

Im Folgenden wird unter Preisdiskriminierung in der Gestalt von Preispersonalisierung die Situation verstanden, dass der Preis für ein bestimmtes Gut bzw. für eine bestimmte Dienstleistung in Abhängigkeit von der mit den Methoden des Profiling „berechneten“ bzw. vermuteten Zahlungswilligkeit des Kunden, also seinen Präferenzen, festgesetzt wird (sog. *value-based Pricing*).³⁰ Der Preis orientiert sich also nicht (nur) an den entstandenen Kosten, sondern auch an der Zahlungswilligkeit des Betroffenen. Dementsprechend werden die Fälle ausgenommen, welche unter den Begriff *risk-based Pricing* fallen. Letzteres liegt vor, wenn verschiedene Preise verschiedene Risiken für den Anbieter widerspiegeln.³¹ Klassisches Beispiel hierfür sind Versicherungen, bei denen der individuell verlangte Tarif (zumindest auch) von individuellen Risikofaktoren abhängt. Je nach Art der Versicherung haben solche Faktoren wie Alter oder Wohnort des Versicherungsnehmers Einfluss auf die verlangte Versicherungsprämie. Im Gegensatz zu diesen relativ groben, verallgemeinernden Faktoren gibt es auch stärker individualisierte Modelle, z. B. Telematik-Tarife für Kraftfahrzeuge. Bei diesen wird die zu zahlende Prämie noch stärker an den jeweiligen Versicherungsnehmer angepasst, indem sein Fahrverhalten beispielsweise durch eine im Auto installierte „Telematik-Box“ oder anhand einer Smartphone-App erfasst wird und je nach Fahrstil (z. B. Brems- und Beschleunigungsverhalten) und festgestellter Risikofreude des Fahrers im Laufe der Zeit angepasst wird.³² Sofern die im Einzelfall bestimmten Preise bloß Ausdruck des Risikos sind, welches die Versicherung abdeckt, die relative Gewinnmarge aber bei den verschiedenen Kunden grundsätzlich gleich bleibt, liegt keine Preisdiskriminierung (und dementsprechend erst recht keine Preispersonalisierung) vor.

³⁰Vgl. *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 2015, S. 6.

³¹*Dass.*, Big Data and Differential Pricing, 2015, S. 7; *Competition and Markets Authority (CMA)*, The Commercial Use of Consumer Data, 2015, S. 92. Terminologisch abweichend *Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 293, die diese Vorgehensweise mit dem Begriff „Scoring“ bezeichnet.

³²Zu den technischen Details siehe *Klimke*, r+s 2015, 217, 218.

II. Voraussetzungen für Preisdiskriminierung

Um Preisdiskriminierung betreiben zu können, müssen grundsätzlich drei Voraussetzungen gegeben sein: Der Anbieter muss ein gewisses Maß an Marktmacht innehaben; er muss in der Lage sein, Arbitrage (also den Weiterverkauf des Gutes bzw. der Dienstleistung) zu verhindern oder zumindest zu beschränken; und er muss (zumindest ungefähre) Kenntnis des Reservationspreises seiner Kunden haben.

1. Gewisser Grad an Marktmacht

Solange perfekter Wettbewerb herrscht, kann ein Anbieter grundsätzlich nicht auf Dauer erfolgreich Preise verlangen, welche vom Marktpreis abweichen. Der Marktpreis entspricht in diesem hypothetischen Modell den Grenzkosten. Um überhaupt Preise setzen zu können, welche von diesem Wert abweichen, muss ein Unternehmen zwingend ein gewisses Maß an Marktmacht innehaben.³³ Letzteres gilt demzufolge auch, wenn der Anbieter Preisdiskriminierung betreibt.³⁴ Die notwendige Marktmacht kann im Online-Bereich z. B. aus hohen Wechselkosten für Kunden, Skaleneffekten, Verbundvorteilen, Intransparenz oder Netzwerkeffekten resultieren.³⁵ Allerdings besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Ausmaß der Marktmacht von Unternehmen und dem Ausmaß ihres Einsatzes von Preisdiskriminierung.³⁶ Aus der Marktmacht des Unternehmens lassen sich also keine pauschalen Schlüsse ziehen: Auch Unternehmen mit eher geringer Marktmacht können differenzierte Preise verlangen. Dies überrascht nicht, denn auf den meisten Märkten ist Preisdiskriminierung der Regelfall und kommt unabhängig von der Unternehmensgröße zum Einsatz.³⁷

Diese Erkenntnisse sind für die Einordnung und Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit von Preisdiskriminierung im Online-Handel relevant. Ein Unternehmen muss nicht im kartellrechtlichen Sinne marktbeherrschend sein, um Preisdiskriminierung betreiben zu können. Zugleich lässt sich aus dem Umstand, dass ein Unternehmen Preisdiskriminierung betreibt, nicht auf besondere Marktmacht oder gar Marktbeherrschung schließen. Hieraus folgt wiederum, dass die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Preisdiskriminierung keinesfalls in jeder Konstellation auch eine kartellrechtliche ist.

³³ McAfee/Mialon/Mialon, *Economics Letters* 92 (2006), 360; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Price Discrimination*, 2016, S. 9.

³⁴ McAfee/Mialon/Mialon, *Economics Letters* 92 (2006), 360; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 13.

³⁵ *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 13; Zuiderveen Borgesius/Poort, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 351.

³⁶ McAfee/Mialon/Mialon, *Economics Letters* 92 (2006), 360, 366; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Price Discrimination*, 2016, S. 9.

³⁷ Vgl. Muraca/Maggiolino, *ECLR* 40 (2019), 483.

2. Verhinderung von Arbitrage

Preisdiskriminierung ist nur möglich, wenn Arbitrage, also „die Möglichkeit, Preisunterschiede risikofrei zur Gewinnerzielung zu nutzen“,³⁸ *per se* ausgeschlossen oder praktisch eingeschränkt ist. Der vom Anbieter angestrebte Effekt von Preisdiskriminierung – die Steigerung der Produzentenrente bzw. des Gewinns durch Abschöpfung der Konsumentenrente – kann auf längere Sicht gesehen nicht eintreten, wenn Kunden, die ein Gut (oder eine Dienstleistung) zu einem bestimmten Preis gekauft haben, dieses für einen höheren Preis an andere Kunden weiterverkaufen, welche beim selben Anbieter sonst einen noch höheren Preis gezahlt hätten.³⁹ Dies gilt für alle Formen von Preisdiskriminierung. Gewährt ein Anbieter z. B. Mengenrabatt (Preisdiskriminierung 2. Grades), wird der für ihn positive Effekt langfristig wieder reduziert oder gänzlich zunichte gemacht, wenn einzelne Kunden größere Mengen des Produkts kaufen – wodurch für sie der Stückpreis sinkt – und es dann stückweise zu einem Preis weiterverkaufen, der über dem von ihnen gezahlten Stückpreis, aber unter dem Einzelpreis des Anbieters liegt.⁴⁰ Ein praktisches Beispiel für Arbitrage ist der Parallelimport von Arzneimitteln: Wenn die Hersteller diese in verschiedenen Ländern zu unterschiedlichen Preisen verkaufen, erschwert der Bezug der Produkte aus „günstigeren“ Drittländern diese Form von Preisdiskriminierung.⁴¹

Ein solcher Weiterverkauf zwischen den Kunden muss also unmöglich sein oder aus anderen Gründen nicht oder nur eingeschränkt stattfinden, damit Preisdiskriminierung funktionieren kann. Die Art des Gutes spielt eine entscheidende Rolle. Bei vielen beweglichen Gütern ist der Weiterverkauf grundsätzlich unproblematisch möglich und Arbitrage aus Sicht des Anbieters durchaus ein potenzielles Hindernis.⁴² Bei manchen Gütern, wie z. B. solchen, die verderblich sind oder deren Weiterverkauf mit besonders hohen Transaktionskosten einhergeht, ist Arbitrage hingegen *per se* unmöglich oder eingeschränkt.⁴³ Dies gilt vor allem auch für viele Arten von offline genutzten Dienstleistungen, bei denen der Kunde konkret benannt und nicht ohne Weiteres austauschbar ist. Beispiele dafür sind die Buchung eines Hotelzimmers sowie der Kauf von Flugtickets bzw. personengebundenen Frühbuchertickets bei der Bahn.⁴⁴ Das letztgenannte Beispiel (Sparangebote der Bahn) zeigt anschaulich das Bestreben, Arbitrage durch gezielte Maßnahmen zu verhindern:

³⁸ Locher, ZWeR 16 (2018), 292, 294.

³⁹ Bar-Gill, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 227; Ezzachi/Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 86 f.; Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 9.

⁴⁰ Motta, Competition Policy, 2004, S. 492.

⁴¹ Locher, ZWeR 16 (2018), 292, 294.

⁴² Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 13.

⁴³ Bar-Gill, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 227; Maggolino, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 11.

⁴⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 13; Zuiderveen Borgesius/Poort, J Consum Policy 40 (2017), 347, 351.

Weil die Tickets personengebunden sind, kann kein Zweitmarkt entstehen. Für die Erbringung der Dienstleistung ist die Personalisierung aber unnötig.⁴⁵ Für den Anbieter gibt es verschiedene weitere Möglichkeiten, Arbitrage aktiv zu unterbinden: So kann er z. B. den Verkauf eines Produkts an Dritte oder Reimporte vertraglich untersagen oder Garantie- und Serviceleistungen im Falle des Weiterverkaufs einschränken.⁴⁶ Auch das Personalisieren des Produkts senkt die Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit des Weiterverkaufs.

3. Kenntnis des Reservationspreises

Die dritte zwingende Voraussetzung für Preisdiskriminierung ist Kenntnis des Reservationspreises der Kunden. Der Anbieter muss zumindest näherungsweise erkennen können, wie viel dem Kunden oder bestimmten Kundengruppen ein konkretes Gut bzw. eine Dienstleistung wert ist. Dementsprechend kann er mit Preisdiskriminierungsmaßnahmen keinen Erfolg haben, wenn alle Kunden anonym sind und ein homogenes Kaufverhalten an den Tag legen.⁴⁷

Perfekte Preisdiskriminierung, für die u. a. die exakte Kenntnis des Reservationspreises eines bestimmten Kunden notwendig ist, ist aus verschiedenen Gründen auch in einer digitalisierten Welt nahezu ein Ding der Unmöglichkeit. Im Standardmodell der neoklassischen Theorie ergibt sich der Reservationspreis als Ausdruck der maximalen Zahlungswilligkeit der Kunden rein nach ihren Präferenzen.⁴⁸ Diese sind subjektiv und dementsprechend heterogen. Sie bestimmen sich u. a. nach dem erwarteten Nutzen, den der Kauf mit sich bringen wird. Die Präferenzen – und die daraus resultierende Wertschätzung eines Produkts bzw. einer Dienstleistung – werden aber darüber hinaus auch von den Vorstellungen der Kunden über die Eigenschaften des Kaufgegenstands beeinflusst. Fehlvorstellungen schlagen auf die Höhe des Reservationspreises durch, sofern die Kunden etwa aufgrund von Unwissenheit (oder auch aufgrund einer Täuschung bzw. Irreführung) von einer falschen Tatsachengrundlage ausgehen.⁴⁹ Fehlvorstellungen können sich auch auf das eigene zukünftige Verhalten des Kunden beziehen und so bei diesem beispielsweise einen Reservationspreis bewirken, der eigentlich zu hoch ist. So überschätzen Kunden von Fitnessstudios in vielen Fällen ihre Selbstdisziplin, was zu einer irrationalen, weil ökonomisch situativ nicht optimalen Auswahl bei mehreren zur Wahl gestellten Vertragsoptionen (etwa mit unterschiedlicher Laufzeit bzw. Kündigungsmöglich-

⁴⁵Locher, ZWeR 16 (2018), 292, 294.

⁴⁶Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 86 f.; Maggolino, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 11; Motta, Competition Policy, 2004, S. 492 f.

⁴⁷Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 9.

⁴⁸Bar-Gill, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 228. Es wird unterstellt, dass Zahlungswilligkeit mit der entsprechenden Zahlungsfähigkeit einhergeht.

⁴⁹Vgl. ders., U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 228 f.

keiten) führt.⁵⁰ Der Schwerpunkt der Fehlvorstellung kann sich auch auf den verlangten Preis beziehen. Ein Beispiel dafür sind etwa Säumnisgebühren, die unter Umständen im Rahmen der Nutzung einer Kreditkarte von der Bank verlangt werden können. Fallen diese wider Erwarten an – weshalb der vom Karteninhaber zu zahlende Geldbetrag planwidrig steigt –, lag *de facto* eine preisliche Fehlvorstellung beim Kunden vor.⁵¹

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass das Zustandekommen des Reservationspreises von ganz verschiedenen Faktoren abhängt. Er ist aufgrund seines subjektiven Charakters situativ, oftmals irrational, fehleranfällig und Schwankungen unterworfen.⁵² Dennoch stehen Anbietern mittlerweile immer bessere technische Möglichkeiten zur Verfügung, die es zumindest in der Theorie erlauben, die Reservationspreise konkreter Kunden näherungsweise zu bestimmen. Nach gegenwärtigem Stand der Technik basiert dies nahezu immer auf Pauschalierungen, Schätzungen und Hochrechnungen und lässt sich damit in der Regel unter den Begriff des Profiling i. S. v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO subsumieren.

Stets ist es notwendig, dass die Kunden entweder aus Sicht des Anbieters unterscheidbar sind oder ihre unterschiedlichen Präferenzen selber durch ihr Kaufverhalten nach außen zu erkennen geben.⁵³ Der letztgenannte Fall wird als Selbstselektion bezeichnet. Der Preis wird in dieser Konstellation nicht aktiv an den konkreten Kunden angepasst (etwa aufgrund von dessen Alter, Status, Gruppenzugehörigkeit, erkannter oder vermuteter Präferenzen). Stattdessen wählt der Kunde „seinen“ Preis aus mehreren, vom Anbieter jedermann angebotenen Optionen aus. Selbstselektion ist damit von ihrer Grundkonzeption her datenschutzrechtlich neutral, da der Anbieter keinerlei Informationen über den konkreten Kunden benötigt.

Wenn man die Kenntnis des Reservationspreises als Voraussetzung für Preisdiskriminierung betrachtet, ist es zunächst unerheblich, wie er allgemein und im Einzelfall zustande kommt. Für den Anbieter kommt es nur auf die Höhe an – und darauf, diese möglichst präzise erkennen zu können. Der Reservationspreis wird im Rahmen von ökonomischen Untersuchungen in der Regel als fixes Datum behandelt. Das Gesagte zeigt aber, dass Anbieter auf ihn durchaus Einfluss nehmen können: Eine Beeinflussung, eventuell Manipulation des Kunden mittels Einwirken auf seine Vorstellungen kann diesen zu einer Zahlungsbereitschaft verleiten, die eigentlich nicht von seinen Präferenzen gedeckt ist.⁵⁴

⁵⁰ Siehe dazu umfassend *Della Vigna/Malmendier*, Amer. Econ. Rev. 96 (2006), 694 ff.

⁵¹ *Bar-Gill*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 229.

⁵² *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 97.

⁵³ *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 9.

⁵⁴ *Bar-Gill*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 229 f. Siehe dazu auch *Botta/Wiedemann*, Eur. J. Law. Econ. 50 (2020), 381, 384 f.

III. Arten von Preisdiskriminierung

Seit den Ausführungen von *Pigou* werden in der Ökonomie drei verschiedene Grade von Preisdiskriminierung unterschieden.⁵⁵ Auch die vorliegende Arbeit orientiert sich an dieser Einteilung. Sie ist neutral und beschreibend. Ihr wohnt weder eine Wertung noch eine Aussage über die jeweilige rechtliche Zulässigkeit oder Fragen der Verteilungsgerechtigkeit inne. Nicht alle Formen von Preisdiskriminierung lassen sich eindeutig in die im Folgenden dargestellte Klassifizierung einordnen, zumal sehr häufig Mischformen vorkommen.⁵⁶ Auch ist in vielen Fällen nicht klar bestimmbar, ob überhaupt Preisdiskriminierung vorliegt oder ob ein bestimmter Preis das Ergebnis dynamischer Preisfestsetzung ist (sog. *Dynamic Pricing*).⁵⁷ Im letztgenannten Fall ist der sinkende oder steigende Preis bloßer Ausdruck von Angebot und Nachfrage und stellt damit gerade keine Preisdiskriminierung angesichts verschiedener Käufer oder Käufergruppen dar.⁵⁸ Diese Art von dynamischer Preisfestsetzung wird häufig in Echtzeit umgesetzt, womit eine Abgrenzung von Preisdiskriminierung in der Praxis oftmals schwierig ist.

Bereits an dieser Stelle werden erste Einschätzungen getroffen, welche Rolle das Datenschutzrecht spielt, wenn Anbieter Preisdiskriminierung betreiben. Für diesen Zweck ist der Blick auf die Grundprinzipien, die sich aus der von *Pigou* vorgenommenen Einteilung ergeben, sehr nützlich, auch wenn ihnen eine gewisse Verallgemeinerung innewohnt. Es wird im Folgenden aus Gründen der Einfachheit unterstellt, dass der Anbieter zugleich der datenschutzrechtlich Verantwortliche gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist. Zudem wird die betroffene Person i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO als Kunde bezeichnet. Gemeint ist damit ein tatsächlicher Käufer bzw. ein Kaufinteressent einer vom Anbieter online angebotenen Ware oder Dienstleistung.

⁵⁵ *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 31929, S. 278 f.

⁵⁶ Vgl. *Varian*, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 1989, S. 597, 600.

⁵⁷ *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 87 f.

⁵⁸ *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 292; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 9; *Paal*, GRUR 2019, 43. Vgl. dazu auch *Europäische Kommission*, *Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, 2016, S. 165 und *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz* (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 76. Auch das konkrete Wettbewerbsumfeld und die bestehende Kapazitätsauslastung spielen hier eine Rolle, vgl. *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 516.

1. Preisdiskriminierung 1. Grades

a. Definition

Preisdiskriminierung 1. Grades (sog. perfekte Preisdiskriminierung) liegt vor, wenn der Anbieter von jedem Kunden für ein konkretes Gut bzw. eine konkrete Dienstleistung exakt den Reservationspreis verlangen kann.⁵⁹ Neben den bereits beschriebenen, allgemeinen Voraussetzungen ist es also notwendig, dass der Anbieter genaue Kenntnis über die Präferenzen des Kunden hat. Preisdiskriminierung 1. Grades ist (nahezu) immer ein rein hypothetisches Modell, da es kaum möglich ist, den Reservationspreis des Einzelnen eindeutig zu bestimmen.⁶⁰

Praktische Fälle von Preisdiskriminierung 1. Grades sind dementsprechend äußerst rar.⁶¹ Ein Beispiel, welches dem Konzept eines individuell „maßgeschneiderten“ Preises zumindest nahe kommt, sind Studiengebühren für private Universitäten in den USA. Dabei ist es nicht unüblich, dass Studienplatzbewerber (und ihre Eltern) den Hochschulen gegenüber ihre finanzielle Lage detailliert offenlegen. Diese und andere Kriterien – wie z. B. das zu erwartende spätere Einkommen des Bewerbers oder sein Abschneiden in einem Eignungstest – werden herangezogen, um die regulären Studiengebühren mittels der Vergabe von Stipendien, individuellen Nachlässen etc. an die Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungswilligkeit des Bewerbers anzupassen und ggf. abzusenken.⁶² Diese Art der Preissetzung ist nicht immer „perfekt“, da es auch Bewerber gibt, die bereit wären, mehr als diesen errechneten Preis zu bezahlen.⁶³

Auch wenn Profiling und verwandte Methoden dem Anbieter bei Vorliegen von ausreichend Datenmaterial gewisse Erkenntnisse über die Zahlungsbereitschaft eines Kunden vermitteln können, handelt es sich letztlich meistens nur um eine ungefähre Annäherung an den Reservationspreis.⁶⁴ Dies kommt daher, dass nach momentanem Stand der Technik in der Regel nur grob zwischen verschiedenen Käufergruppen mit jeweils unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft unterschieden werden kann.

⁵⁹ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 351; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 492; *Varian*, Intermediate Microeconomics, ⁹2014, S. 480.

⁶⁰ *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 34; *Paal*, GRUR 2019, 43, 48; *Varian*, Intermediate Microeconomics, ⁹2014, S. 482; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 351. Vgl. dazu auch *Shiller*, First-Degree Price Discrimination using Big Data, 2014, S. 1.

⁶¹ *Varian*, Intermediate Microeconomics, ⁹2014, S. 482 f.

⁶² *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 86; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 7. Vgl. zu den ökonomischen Auswirkungen dieser Preissetzungsmethoden instruktiv *Waldfoegel*, The Journal of Industrial Economics 63 (2015), 569 ff.

⁶³ *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 86 und *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 7 sprechen deshalb beide von „near perfect price discrimination“.

⁶⁴ *Maggiolino*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 5.

b. Datenschutzrechtliche Relevanz

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist für Preisdiskriminierung 1. Grades der Umstand prägend, dass der Anbieter – die technische Machbarkeit der Berechnung des Reservationspreises unterstellt – zwingend personenbezogene Daten des Kunden verarbeiten muss. Konzeptionell ist sie ohne Informationen über den individuellen Kunden nicht durchführbar, denn der Preis wird ja gerade an ihn als Individuum angepasst. Die Informationen, aus denen sich der Reservationspreis ergibt, müssen sich also zwingend „auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person“⁶⁵ beziehen und sind mithin personenbezogene Daten. Es ist hierbei unerheblich, mit welcher Methode der Reservationspreis genau bestimmt wird. Spätestens in dem Moment, wenn einem konkreten Kaufinteressenten ein individualisierter Preis zugewiesen und angeboten wird, ist der Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung gem. Art. 2 I DSGVO eröffnet.⁶⁶

2. Preisdiskriminierung 2. Grades

a. Definition

Preisdiskriminierung 2. Grades bedeutet, dass der Preis nicht von der Person des Kunden und dessen Eigenschaften abhängig gemacht wird, sondern davon, wie viele Einheiten des Produkts er kauft.⁶⁷ Der klassische Fall ist der, dass der Stückpreis für ein Gut bei steigender Abnahmemenge sinkt (Mengenrabatt), weshalb auch von nicht-linearer Preissetzung gesprochen wird. Kaufen verschiedene Kunden die gleiche Menge des Gutes, so zahlen sie jeweils den gleichen Preis; kaufen sie verschiedene Mengen des Gutes, kann der Stückpreis variieren. Der im Wesentlichen gleiche Effekt tritt bei sog. zweiteiligen Tarifen auf. Von solchen spricht man, wenn jeder Kunde einen fixen Grundpreis zahlt, zu dem je nach individuellem Konsum weitere, variable Kosten hinzukommen, wie es etwa bei Telefonтарifen teilweise der Fall ist. Mit steigendem Konsum wird der Stückpreis des konsumierten Guts – wie auch beim klassischen Mengenrabatt – immer niedriger.⁶⁸

Preisdiskriminierung 2. Grades ist aber nicht notwendig rein quantitativer Natur. Auch das bereits beschriebene *Versioning*, also das Anbieten des im Kern gleichen Produkts in qualitativ unterschiedlichen Ausführungen, wird unter diesen Begriff

⁶⁵Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

⁶⁶Vgl. ausführlich dazu *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 356–358 und unten Kap.11, I. 1. a. dd.

⁶⁷*Dies.*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 351 f.; *Motta*, Competition Policy, 2004, S. 494; *Varian*, Intermediate Microeconomics, 92014, S. 483.

⁶⁸*Motta*, Competition Policy, 2004, S. 494 f.; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 7.

subsumiert.⁶⁹ Ökonomisch betrachtet ist *Versioning* vergleichbar mit dem Gewähren von Mengenrabatt.⁷⁰ Der Kunde selbst trifft die Entscheidung, welchen Preis er zahlt, indem er die für ihn passende Qualitätsstufe kauft. Er wählt „seinen“ Preis aus den ihm vorliegenden Optionen selber aus. Es geht dem Anbieter darum, durch das Bereitstellen verschiedener Angebote die Kunden nach ihrer Zahlungsbereitschaft zu sortieren: Kunden mit hoher Zahlungsbereitschaft sollen dazu gebracht werden, die höherwertigen Produkte zu kaufen; Kunden mit niedriger Zahlungsbereitschaft sollen dazu gebracht werden, die qualitativ weniger hochwertigen Produkte zu kaufen.

Auf diese Weise versuchen z. B. Fluggesellschaften, zwischen privat und geschäftlich reisenden Passagieren zu differenzieren und die Preise für Flugtickets an die Zahlungsbereitschaft bestimmter Kundengruppen anzupassen.⁷¹ Diese Art von Gewinnmaximierung wird auch als *Yield Management* bezeichnet. Es werden dabei ganz verschiedene Methoden kombiniert verwendet,⁷² von denen sich einige unter den Begriff der Preisdiskriminierung 2. Grades subsumieren lassen. So richten sich Flugtickets, bei denen Hin- und Rückflug unter der Woche stattfinden, eher an Geschäftsleute und sind im Schnitt dementsprechend deutlich teurer als Flüge über das Wochenende, welche eher von privat Reisenden (z. B. Touristen) gekauft werden, die in der Regel eine niedrigere Zahlungsbereitschaft aufweisen.⁷³ Es handelt sich dabei nicht um Preisdiskriminierung 1. Grades, denn der Reservationspreis des Einzelnen ist der Fluggesellschaft nicht bekannt. Stattdessen wählt jeder Reisende „seinen“ Preis selber aus, indem er sich für einen konkreten Flug entscheidet. Nicht immer, aber im Durchschnittsfall wird die Fluggesellschaft so von den Geschäftsleuten einen höheren Preis als von den privat Reisenden verlangen können. Aus demselben Grund spielt es für den Preis des Tickets typischerweise eine Rolle, wie lange im Vorhinein es gekauft wird.⁷⁴ Je kurzfristiger die Buchung erfolgt, desto wahrscheinlicher ist es, dass es sich um einen weniger preissensitiven Käufer, wie etwa einen geschäftlich Reisenden, handelt. Gerade der letztgenannte Aspekt (stei-

⁶⁹ Varian, *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 485. Zum Begriff *Versioning* siehe auch *The White House, Big Data and Differential Pricing*, 2015, S. 5.

⁷⁰ Varian, *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 485.

⁷¹ Ders., *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 485.

⁷² Ezrachi/Stucke, *Virtual Competition*, 2016, S. 87.

⁷³ Motta, *Competition Policy*, 2004, S. 494 Fn. 112; Varian, *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 485 f.

⁷⁴ In der Regel setzen Fluggesellschaften bei jedem angebotenen Flug für jede Buchungsklasse interne Ticket-Kontingente fest, die jeweils eine fixe Anzahl Tickets zu einem bestimmten Preis enthalten. Sobald ein Kontingent ausverkauft ist und das nächste in den Verkauf geht, steigt der Preis. Dies führt zu dem Effekt, dass der Ticketpreis in der Regel ansteigt, je näher das Abflugdatum rückt. Der Preis hängt darüber hinaus aber auch noch von zahlreichen anderen Faktoren ab, wie z. B. Ferien- und Messeterminen sowie historischen Flugdaten über die Auslastung bestimmter Strecken zu bestimmten Daten. Erfahrungswerte aus der Vergangenheit werden zudem laufend mit dem Ticketverkauf abgeglichen, um ggf. die für einen bestimmten Flug verlangten Preise nach oben oder unten zu korrigieren. Diese Verfahren laufen nicht nur automatisiert ab. Menschliche Entscheider überwachen den Ticketverkauf und greifen regelmäßig korrigierend ein, z. B. um aktuelle politische Ereignisse, welche Auswirkungen auf die Nachfrage nach Flugtickets haben, berücksichtigen zu können (siehe dazu umfassend Hecking, *Die Zeit* 21.07.2016).

gende Preise bei näherrückendem Abflugdatum) ist zugleich Ausdruck von sog. dynamischer Preisfestsetzung (*Dynamic Pricing*), also des Zusammenspiels von Angebot und Nachfrage: Je weniger Tickets noch verfügbar sind, desto teurer werden sie.⁷⁵

Diese Arten von Preisdifferenzierung führen dazu, dass Passagiere im selben Flieger in der gleichen Buchungsklasse unterschiedliche Preise für ihr Ticket gezahlt haben, obwohl die Kosten der Fluggesellschaft für den Transport jeweils gleich groß sind. Die verschiedenen angebotenen Buchungsklassen („Economy“, „Business“ etc.) sind zudem typisch für *Versioning* als Variante von Preisdiskriminierung 2. Grades. Das im Kern gleiche Produkt wird qualitativ in verschiedenen Varianten angeboten: Reisende in der Business Class erhalten im Vergleich zu denen in der Economy Class verschiedene Arten von Annehmlichkeiten, zahlen dafür aber überproportional mehr.⁷⁶ Qualitative Preisdiskriminierung liegt auch dann vor, wenn ein Flugticket dahingehend flexibel ist, dass der Flug umgebucht werden kann.

An den aufgeführten Beispielen zeigt sich, dass der für Preisdiskriminierung 2. Grades wesentliche Grundsatz der Selbstselektion sich auf verschiedene Aspekte des Produktes beziehen kann (quantitative, qualitative, zeitliche etc.). Allen genannten Beispielen ist zudem gemein, dass die Höhe der verlangten Preise nicht davon abhängig gemacht wird, wer im Einzelfall tatsächlich das Ticket bucht: Auch ein Geschäftsreisender zahlt den günstigeren „Touristentarif“, wenn die Geschäftsreise sich über ein Wochenende erstreckt, und auch ein Tourist mag bereit sein, den höheren Preis für kurzfristig gebuchte Tickets oder für solche in der „Business Class“ zu zahlen. Es werden also zwar Gruppen von Passagieren mit unterschiedlicher Preissensitivität gebildet (Geschäftsleute und privat Reisende) und die Preise dementsprechend gesetzt. Ob die Gruppenzugehörigkeit auch im Einzelfall zu bejahen ist, weiß die Fluggesellschaft in den genannten Beispielen aber nicht. Hätte sie positive Kenntnis von der Gruppenzugehörigkeit eines konkreten Kunden und würde den Preis darauf aufbauend individualisieren, z. B. während des Buchungsvorgangs, läge Preisdiskriminierung 3. Grades⁷⁷ vor.

⁷⁵Vgl. dazu auch *Office of Fair Trading, Personalised Pricing*, 2013, S. 11.

⁷⁶*Graef*, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), 541, 544; *Varian*, Intermediate Microeconomics, ⁹2014, S. 486. Vgl. in diesem Kontext auch die anschaulichen Ausführungen von *Jules Dupuit* zu den verschiedenen Buchungsklassen in den französischen Zügen des 19. Jahrhunderts, aus dem Französischen übersetzt von *Ekelund*, Q. J. Econ. 84 (1970), 268, 275: „It is not because of the few thousand francs which would have to be spent to put a roof over the third-class carriages or to upholster the third-class seats that some company or other has open carriages with wooden benches. ... What the company is trying to do is to prevent the passengers who can pay the second-class fare from traveling third class; it hits the poor, not because it wants to hurt them, but to frighten the rich. ... And it is again for the same reason that the companies, having proved almost cruel to third-class passengers and mean to second-class ones, become lavish in dealing with first-class passengers. Having refused the poor what is necessary, they give the rich what is superfluous.“

⁷⁷Siehe dazu unten Kap. 6, III. 3.

b. Datenschutzrechtliche Relevanz

Um Preisdiskriminierung 2. Grades zu betreiben, müssen dem Anbieter von ihrer Grundkonzeption her keine Informationen über den jeweiligen Kunden vorliegen. Da dieser „seinen“ Preis selber auswählt (sog. Selbstselektion), ist diese Vorgehensweise datenschutzrechtlich grundsätzlich neutral. Der Preis wird nicht an den Kunden angepasst; die Kunden sind aus Sicht des Anbieters austauschbar, ohne dass dies die Preisgestaltung beeinflussen würde. Es handelt sich damit um eine „indirekte“ Form der Diskriminierung.⁷⁸ Hier zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen von Preisdiskriminierung 1. und 3. Grades. Bei diesen ist es möglich, dass der Kunde den Preissetzungsmechanismus des Anbieters (selber oder mit technischen Hilfsmitteln) durchschaut und dahingehend zu seinem Vorteil nutzt, dass er eine niedrigere Zahlungsbereitschaft vorgibt, als bei ihm eigentlich besteht.⁷⁹ Dies ist nur möglich, weil der Preis an den konkreten Käufer angepasst wird. Bei Preisdiskriminierung 2. Grades ist eine derartige Täuschung des Anbieters nicht möglich. Die Preise werden von ihm abstrakt vorgegeben. Dies macht ihn unabhängig davon, ob er Zugriff auf personenbezogene Daten über seine Kunden hat oder nicht. Zugleich kann ein Anbieter durchaus damit werben, dass er sich besonders „datensparsam“ verhält und von Personalisierung jedweder Art absieht. Mit Blick auf diejenigen Kunden, die gesteigerten Wert auf Datenschutz und den Schutz ihrer Privatsphäre allgemein legen, dürfte diese Aussage durchaus einen Wettbewerbsvorteil darstellen. Aus Sicht des Anbieters stellt sich letztlich die Frage, welches Geschäftsmodell für ihn lukrativer ist: Das werbewirksam „datensparsame“ oder dasjenige, welches im größtmöglichen Umfang von Personalisierung Gebrauch macht und dementsprechend auf anderen Wegen den Umsatz steigert.

Die eben beschriebene „Unabhängigkeit“ vom Zugang zu personenbezogenen Daten gilt zum einen gegenüber den Kunden. Zugleich besteht sie gegenüber Wettbewerbern: Umfassender Zugang zu personenbezogenen Kundendaten bringt im Rahmen von Preisdiskriminierung 2. Grades keinen unmittelbaren Wettbewerbsvorteil. Allerdings benötigt der Anbieter Daten auch bei Preisdiskriminierung 2. Grades: Er muss zwar nicht wissen, welche Eigenschaften ein konkreter Käufer hat oder welche Gruppenzugehörigkeit er aufweist. Dennoch ist er darauf angewiesen, die Marktgegenseite dahingehend zu kennen, dass er sein Angebot auf bestimmte Käufergruppen zuschneiden kann. Personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind dafür grundsätzlich nicht notwendig, wohl aber abstrakte (ggf. anonymisierte) Vergleichsdaten nach dem Verständnis des hier verwendeten Modells.⁸⁰

Die grundsätzlich festgestellte datenschutzrechtliche Neutralität von Preisdiskriminierung 2. Grades gilt allerdings nicht ausnahmslos. So sind etwa bestimmte Fälle des *Versionings* durchaus datenschutzrechtlich relevant. In der Digitalökonomie gibt es eine erkennbare Tendenz zu einer stärkeren Personalisierung von Produkten und Dienstleis-

⁷⁸ *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 9.

⁷⁹ *Varian*, Intermediate Microeconomics, ⁹2014, S. 483.

⁸⁰ Siehe oben Kap. 3, II. 1.

tungen. Um ein Produkt für einen konkreten Kunden zu personalisieren, ist die Verarbeitung personenbezogener Daten notwendig. Dies kann, je nach Fallgestaltung, durchaus als spezielle, singuläre – also kundenbezogene – Form der qualitativen Produktvariation (*Versioning*) beschrieben werden.⁸¹ Der Anbieter passt sowohl den Preis als auch das Produkt mithilfe der Verarbeitung personenbezogener Daten an. Diese Situation ist besonders: Das für Preisdiskriminierung 2. Grades typische „passive“ Reagieren der Anbieter-Seite auf die Präferenzen der Nachfragerseite nimmt in diesen Fällen eine andere Gestalt an. Das Angebot wird nicht mehr nur abstrakt an die Bedürfnisse der Marktgegenseite angepasst, sondern zugleich für den einzelnen Kunden personalisiert. Sofern der Anbieter den Preis dabei (auch) in Abhängigkeit von der Zahlungsbereitschaft des konkreten Kunden bestimmt oder anderweitig personenbezogene Daten verarbeitet, besteht datenschutzrechtliche Relevanz.

3. Preisdiskriminierung 3. Grades

a. Definition

Preisdiskriminierung 3. Grades ist die in der Praxis wohl am meisten verbreitete Form differenzierter Preise. Sie liegt vor, wenn verschiedene Gruppen von Kunden für das gleiche Gut bzw. die gleiche Dienstleistung verschiedene Preise zahlen („Gruppenpreise“).⁸² Dabei zahlt jedes Gruppenmitglied den gleichen Preis, unabhängig von der Anzahl der gekauften Einheiten.⁸³ Die gemeinsamen Eigenschaften der Gruppenmitglieder stehen im Vordergrund.⁸⁴ Der im Einzelfall verlangte Preis ergibt sich aus der Gruppenzugehörigkeit und wird dem konkreten Kunden vom Anbieter dementsprechend „zugewiesen“. Die Zugehörigkeit zu einer solchen Gruppe kann auch vorübergehender Natur sein.⁸⁵ Der Kunde sucht sich also – im Gegensatz zu Preisdiskriminierung 2. Grades – „seinen“ Preis nicht aus. Der indivi-

⁸¹ Vgl. dazu *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 8: „In digital markets where offers tend to be highly customised, it is also plausible that firms tailor both prices and products to consumers, resulting in a very granular second-degree price discrimination (or ‘versioning’).“

⁸² *European Commission*, *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union*, 2018, S. 34. Nach dem Verständnis der hiesigen Definition geht es genauer formuliert darum, ob die Gruppenmitglieder für ein ähnliches, also vergleichbares Gut bzw. Dienstleistung Preise zahlen, bei denen eine unterschiedliche Relation zwischen Kosten und Gewinn besteht. Vgl. oben Kap. 6, I. 2.

⁸³ *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 2014, S. 487; *ders.*, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 1989, S. 597, 617. Eine Kombination dieses Vorgehens mit Mengenrabatt (Preisdiskriminierung 2. Grades) ist häufig anzutreffen.

⁸⁴ *European Commission*, *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union*, 2018, S. 34.

⁸⁵ *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Price Discrimination*, 2016, S. 7.

duelle Preis ist stattdessen von der Gruppenzugehörigkeit vorherbestimmt, was freilich voraussetzt, dass der Anbieter diese erkennen kann.⁸⁶

Es geht auch hier darum, den Markt zu segmentieren und verschiedene Nachfragegruppen zu unterscheiden. Je preissensitiver das durchschnittliche Gruppenmitglied ist, desto niedriger ist der verlangte Preis. Anders formuliert führt eine gruppenspezifisch höhere Preiselastizität zu niedrigeren Preisen für die betroffenen Gruppenmitglieder.⁸⁷ Typisches Beispiel sind Studenten- und Seniorenrabatte sowie verschiedene Preise für Käufer mit Wohnsitz in verschiedenen Ländern.⁸⁸ Derlei Gruppenpreise basieren konzeptionell auf Pauschalisierungen, die sich zum einen aus ökonomischen Erkenntnissen und Erfahrungen, häufig aber auch aus Fairness-Gesichtspunkten ergeben. Es wird z. B. pauschal davon ausgegangen, dass Studenten und Senioren weniger einkommensstark sind als Arbeitnehmer, weshalb von einer höheren Preissensitivität ausgegangen und ihnen ein Rabatt beispielsweise im Theater oder im Kino eingeräumt wird.⁸⁹ Eine Diskriminierung nach Wohnsitz des Kunden⁹⁰ basiert auf den unterschiedlichen Pro-Kopf-Einkommen verschiedener Länder und unterstellt, dass der durchschnittliche Wohnsitzinhaber je nach Land eine unterschiedliche Kaufkraft und damit einhergehende Zahlungsbereitschaft aufweist.⁹¹ Diese Annahmen sind ihrer Natur nach manchmal unzutreffend. So gibt es wohlhabende Studenten, die den Rabatt eigentlich nicht bräuchten, sowie wohlhabende Bürger in ärmeren Ländern und arme Bürger in reicheren Ländern, deren Pro-Kopf-Einkommen nicht dem Landesdurchschnitt entspricht. Je gröber und pauschaler die Gruppen bestimmt werden, desto weiter entfernt sich im Durchschnitt der verlangte Preis vom Reservationspreis der einzelnen Kunden.

Die hier genannten Beispiele (Studentenrabatte etc.) sind typisch für Preisdiskriminierung 3. Grades und in den allgemein bekannten Formen durchaus auch gesellschaftlich akzeptiert. Wie sie zustande kommen, ist für Kunden und andere Marktteilnehmer leicht nachvollziehbar, vor allem wenn ihnen neben der ökonomischen auch eine soziale Komponente innewohnt. Diese Transparenz schafft Akzeptanz bei den Kunden.⁹² Die

⁸⁶Vgl. *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 34; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 7.

⁸⁷Vgl. *Varian*, Intermediate Microeconomics, 92014, S. 488; *ders.*, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, 1989, S. 597, 618.

⁸⁸*European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 34; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), Price Discrimination, 2016, S. 7.

⁸⁹*Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 86. Diesen Rabatten wohnen auch eine soziale Komponente und eine der Kulturförderung inne.

⁹⁰Vgl. dazu *Wojtal*, Shopping ohne Grenzen?, 2015, S. 82, wonach eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zumindest im Dienstleistungsbereich sehr selten ist. Stattdessen wird auf den (zumeist anhand der IP-Adresse bestimmten und damit nur vermuteten) Wohnsitz des Betroffenen abgestellt.

⁹¹*Dies.*, Shopping ohne Grenzen?, 2015, S. 57 f.

⁹²*Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 704. Vgl. auch *Maggiolino*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 12.

konkrete Ausgestaltung von Preisdiskriminierung 3. Grades kann aber auch deutlich komplexere und undurchsichtigere Formen annehmen. Die preisrelevanten Gruppen können auch sehr fein gegliedert und speziell sein. Sie können sich überlappen und mit Blick auf die im Rahmen der Preissetzung berücksichtigten Faktoren, also vor allem die Eigenschaften der Gruppenmitglieder, ein theoretisch unbegrenztes Maß an Komplexität annehmen. Dies gilt vor allem, wenn die Gruppenbildung ausschließlich nach ökonomischen Kriterien erfolgt, also grundsätzlich in Abhängigkeit von der Zahlungsfähigkeit und Preiselastizität der Gruppenmitglieder. Daraus folgt auch, dass die relevanten „Kundengruppen“ sich dem unbefangenen Betrachter nicht unbedingt von selbst erschließen müssen. Der soziale Aspekt von Preisdiskriminierung tritt zudem bei einer rein ökonomischen Betrachtungsweise völlig zurück, wenn auch die Preissensitivität der Gruppenmitglieder häufig mit sozialem Status, Alter etc. korrelieren wird.⁹³

b. Datenschutzrechtliche Relevanz

Aus Sicht des Datenschutzrechts ergeben sich hieraus mehrere Konsequenzen. Zunächst spielt die Quelle der Informationen eine Rolle, also wie genau der Anbieter von der Gruppenzugehörigkeit erfährt und dieses Wissen nutzt, um den „richtigen“ Gruppenpreis zu verlangen. Hilfreich ist in diesem Kontext die von *Zuiderveen Borgesius* und *Poort* beschriebene Kategorisierung von drei Arten der Informationsbeschaffung, die sich Anbieter zu Nutze machen können: Aktive Mitteilung der Daten vom Kunden selbst (Kategorie 1), eigene Erhebung der Daten (Kategorie 2), Erhebung der Daten durch bzw. mithilfe von Dritten (Kategorie 3).⁹⁴ Diese Methoden kommen häufig kombiniert zum Einsatz.

Die erste Kategorie erfasst diejenigen Fälle, bei denen der Kunde die notwendigen Informationen bewusst und freiwillig dem Anbieter gegenüber preisgibt. Dies ist die typische Vorgehensweise bei den weit verbreiteten Gruppenrabatten, wie z. B. beim Studentenrabatt. Die Preisgabe des notwendigen personenbezogenen Datums (in diesem Fall das Bestehen des Studentenstatus) wird dem Betroffenen freigestellt. Er wählt selber aktiv seine Preisgruppe aus, indem er seine Gruppenzugehörigkeit mitteilt oder die Angaben etwa in einem Nutzerprofil bzw. Kundenkonto angibt. Für den Anbieter ist es meistens zudem recht einfach, die getroffene Angabe zu verifizieren.⁹⁵ Ihm kommt es insofern zu Gute, dass Preisdiskriminierung 3. Grades anhand objektiv feststellbarer Kriterien durchgeführt wird. Mit Blick auf das

⁹³Vgl. dazu auch *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 488.

⁹⁴*Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 350. Eine ganz ähnliche Einteilung nimmt das *Office of Fair Trading*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 12 vor. Dieses unterscheidet bezüglich der Herkunft der Daten zwischen „*volunteered*“ (entspricht Kategorie 1), „*observed*“ (entspricht Kategorie 2) und „*collected*“ (Hier wird nicht explizit auf das Sammeln durch Dritte abgestellt. Die genannten Beispiele sowie der Bezug auf den Einsatz von Cookies legen ein solches aber nahe.).

⁹⁵In der Praxis geschieht dies durch Übersendung einer Immatrikulationsbescheinigung oder durch die zwingende Verwendung einer E-Mail-Adresse, die die Zugehörigkeit zu einer Universität/Hochschule voraussetzt.

Leitbild der informationellen Selbstbestimmung ist diese Vorgehensweise durchaus positiv zu bewerten: Der Kunde gibt die notwendige Information freiwillig und in Kenntnis der Konsequenzen preis. Er behält insofern die Kontrolle über die sich auf ihn beziehenden personenbezogenen Daten und kann sich (in gewissen Grenzen) auch dafür entscheiden, Informationen zurückzuhalten. Jedem Betroffenen steht es damit frei, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“⁹⁶

In der zweiten Kategorie werden die notwendigen personenbezogenen Daten vom Anbieter online gesammelt, ohne dass der Kunde sich unbedingt dieses Umstands bewusst ist und dies möchte.⁹⁷ Ein Anbieter, der Preisdiskriminierung z. B. aufgrund des Wohnsitzes betreiben möchte, bedient sich dafür in der Regel der IP-Adresse des Kunden. Diese gibt nämlich Auskunft über den (ungefähren) Standort des vom Kunden verwendeten Endgeräts und ist ohne Weiteres vom Anbieter erfassbar.⁹⁸ Auf dem Endgerät gespeicherte Cookies oder Beacons dienen zudem u. a. dazu, das Surfverhalten des Kunden zu beobachten und auszuwerten.⁹⁹ Die datenschutzrechtliche Schlüsselfrage ist hier, ob (bzw.: ab wann) die vom Anbieter gesammelten Informationen es erlauben, auf die Identität des Kunden zu schließen, ob also personenbezogene Daten verarbeitet werden i. S. d. Art. 2 I, 4 Nr. 1 DSGVO. Nach hier vertretener Ansicht ist dies bereits in dem Moment der Fall, wenn der Anbieter erstmalig Daten zum Zwecke der Preispersonalisierung erhebt.¹⁰⁰ Sobald personenbezogene Daten zur Preissetzung verwendet werden, muss eine Rechtsgrundlage gem. Art. 6 I DSGVO für die Datenverarbeitung vorliegen.

Die dritte Kategorie ist eng mit der zweiten verwandt. Sie umfasst die Fälle, in denen Daten über den Kunden von Dritten gesammelt und zusammengeführt werden, ohne dass dies dem Nutzer unbedingt bewusst ist. So können sog. *Affiliated Ad Networks* oder *Affiliated Websites* das Surfverhalten einzelner Nutzer anhand von Cookies nachvollziehen und auf diese Weise verschiedene Arten von Informationen sammeln und zusammenführen.¹⁰¹ Die drohende Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung ist der Natur nach ähnlich wie beim zuvor beschriebenen Datensammeln durch den Anbieter (Kategorie 2): Auch hier werden Daten über den Kunden gesammelt, um daraus für den Anbieter nutzbare Erkenntnisse abzuleiten. Durch den größeren Umfang der Datensammlung steigt potenziell die Gefahr für die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen. Dieser wird „durchschaubar“, was gerade auch für Preisdiskriminierung genutzt werden kann.

⁹⁶ So die „klassische“ Formulierung des BVerfG, NJW 1984, 419, 422 (*Volkszählungsurteil*).

⁹⁷ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 350.

⁹⁸ *Dies.*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 350. Die IP-Adresse ist freilich nur ein Anhaltspunkt für den Wohnsitz des Betroffenen. So ist es diesem z. B. ohne Weiteres möglich, mithilfe eines Proxy-Servers eine andere Länderkennung vorzutäuschen.

⁹⁹ Zu den technischen Hintergründen vgl. *Competition and Markets Authority (CMA)*, *The Commercial Use of Consumer Data*, 2015, S. 36 f.

¹⁰⁰ Siehe dazu ausführlich unten Kap. 11, I. 1. a. dd.

¹⁰¹ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 350.

4. Gemeinsamkeiten, Unterschiede und datenschutzrechtliche Überlegungen

Die hier behandelten Arten von Preisdiskriminierung weisen Gemeinsamkeiten und Unterschiede auf. Allen ist gemein, dass sie vom Anbieter typischerweise eingesetzt werden, um Konsumentenrente abzugreifen und so den eigenen Gewinn zu steigern. In gewissen Konstellationen kommen zudem soziale Erwägungen hinzu (z. B. besonders günstige Preise für Theaterbesuche von Schulklassen), welche allerdings im Online-Handel in der Regel keine Rolle spielen und deshalb im Folgenden nicht weitergehend behandelt werden.

Im Rahmen der eigentlichen Preisbestimmung stellt bei Preisdiskriminierung 1. und 3. Grades der Kunde den Bezugspunkt für die Preissetzung dar: Sofern die übrigen Voraussetzungen für das Setzen individualisierter Preise vorliegen, hängt es maßgeblich von seinen individuellen Eigenschaften (Preisdiskriminierung 1. Grades) bzw. von seiner Gruppenzugehörigkeit (Preisdiskriminierung 3. Grades) ab, welcher Preis verlangt wird. Daher muss ein Informationsfluss bestehen, der dem Anbieter diese Preisfestsetzung erlaubt: Er benötigt zwingend gewisse relevante Informationen, die sich auf den Kunden beziehen. Diese erhält er entweder vom Kunden selbst oder von Dritten.

Der Reservationspreis einzelner Kunden ist eine Eigenschaft, die nicht unmittelbar und objektiv festgestellt oder beobachtet werden kann. Bei dahingehenden Datenverarbeitungen handelt es sich um Hochrechnungen, also das Erzeugen neuer Daten (welche Auskunft über die Zahlungswilligkeit geben) aus den bereits gegebenen.¹⁰² Damit geht zwingend die Verarbeitung personenbezogener Daten und mithin die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts einher. Preisdiskriminierung 1. Grades in ihrer „Reinform“, also die genaue Bestimmung des Reservationspreises, stellt ein wertvolles Arbeitsmodell dar. Da die dafür nötigen subjektiven, inneren Präferenzen und Eigenschaften des Betroffenen aber nicht mit der nötigen Genauigkeit „von außen“ bestimmt werden können, handelt es sich in der Praxis in nahezu allen Fällen um ein rein hypothetisches Ziel. Anders verhält es sich mit Preisdiskriminierung 3. Grades, welche praktikabel ist und häufig zum Einsatz kommt. Erkauft wird diese Praktikabilität damit, dass die Verwendung von Gruppenpreisen konzeptionell auf Pauschalisierungen beruht: Die Gruppenzugehörigkeit des Einzelnen wird pauschal mit einem bestimmten Preis verknüpft. Durch das Abstellen auf objektiv feststellbare, äußere Eigenschaften des Kunden, wie z. B. sein Alter, ist Preisdiskriminierung 3. Grades relativ leicht umzusetzen, führt in der Regel aber zu ungenauen Ergebnissen. Eine solche grobe Gruppeneinteilung führt zu Preisen, die dem Reservationspreis des Einzelnen näherkommen als Einheitspreise. Sie stellen aber eben auch nur Näherungswerte dar. Wenn die im Rahmen von Preisdiskriminierung 3. Grades eingesetzten Gruppen feiner, vielschichtiger und zielgenauer werden, kann zumindest in der Theorie preislich eine äußerst hohe Präzision erreicht werden – die Gruppen werden spezieller und der Gruppenpreis nähert sich dem Reser-

¹⁰² *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 11.*

vationspreis seiner Mitglieder immer weiter an. Die Bestimmung der Gruppenzugehörigkeit ist Schlüssel für die Bestimmung des Preises. Ohne Kenntnis über zumindest eine Eigenschaft des Betroffenen („Alter?“, „Student?“, „Bestandskunde?“ etc.) ist die Einordnung in die richtige Gruppe unmöglich. Aus diesem Grund werden auch hier zwingend personenbezogene Daten über den konkreten Kunden verarbeitet und das Datenschutzrecht ist anwendbar.

Preisdiskriminierung 2. Grades unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der 1. und 3. Grades. Der Grundsatz der Selbstselektion hat zur Folge, dass es für den Anbieter egal ist, wer kauft – die Käufer sind austauschbar und zahlen alle den gleichen Preis, sofern sie im gleichen Zeitpunkt das Gut bzw. die Dienstleistung in der gleichen Menge, auf der gleichen Qualitätsstufe etc. erwerben. Der Anbieter muss nichts über den konkreten Käufer wissen, was über die für die Kaufabwicklung unbedingt notwendigen Informationen hinausgeht. Preisdiskriminierung 2. Grades hat deshalb keine datenschutzrechtliche Relevanz, sofern sie nicht mit anderen Arten von Preisdiskriminierung oder sonstigen Preissetzungsmethoden, für die die Verarbeitung personenbezogener Daten notwendig ist, kombiniert zum Einsatz kommt. In der Praxis ist Preisdiskriminierung 2. Grades oftmals die „zweitbeste“, aber dafür einzig praktikable Wahl des Anbieters: Wenn er im Einzelfall nicht feststellen kann, wer bei ihm kauft, kann er den Preis nicht individualisieren. Stattdessen richtet er sein Angebot von vornherein auf verschiedene Gruppen von Nachfragern aus.¹⁰³ Er bietet etwa Mengenrabatte oder Preisvorteile bei frühzeitigem Kauf an oder produziert das gleiche bzw. nach hiesiger Definition „ähnliche“ Produkt in verschiedenen qualitativen Ausführungen. Die Käufer offenbaren ihre Gruppenzugehörigkeit selber, indem sie das für sie passende Produkt auswählen und kaufen. Im (in der Regel hypothetischen) Idealfall erreicht der Anbieter mit den verschiedenen Angeboten immer die „richtigen“ Käufer, also diejenigen mit der passenden Zahlungsbereitschaft. Preisdiskriminierung 2. Grades hat für den Anbieter den Vorteil, dass sie von den Kunden in aller Regel nicht als ungerecht wahrgenommen wird, da sie grundsätzlich transparent ist und kein Gefühl der Benachteiligung entsteht.¹⁰⁴ Auch die datenschutzrechtliche Neutralität ist für Anbieter in der Praxis durchaus vorteilhaft: Es erwachsen für sie weniger rechtliche Verpflichtungen (etwa mit Blick auf datenschutzrechtliche Auskunftsrechte) und Risiken (etwa mit dem Blick auf Bußgelder, vgl. Art. 83 V DSGVO). So führt auch das *Office of Fair Trading* des Vereinigten Königreichs (seit 2014: *Competition and Markets Authority*) im Kontext von Online-Preisdiskriminierung aus: „*The research and evidence we have collected indicates that businesses are trying to identify different sorts of customer and segment their customer base into fine groups, rather than seeking to identify who individuals are. They are very aware of the potential adverse consumer reaction to actual or perceived invasions of their customers’ privacy*“.¹⁰⁵

¹⁰³ Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Anbieter zwar personalisieren könnte, davon aber Abstand nimmt, weil er z. B. negative Auswirkungen auf den Ruf seines Unternehmens fürchtet.

¹⁰⁴ Vgl. dazu *Maggiolino*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 11 f.

¹⁰⁵ *Office of Fair Trading*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 13.

Um den Bedürfnissen der Marktgegenseite zu entsprechen, passen die Anbieter also ihr Angebot entsprechend an. Konsequenter Weitergedacht führt Preisdiskriminierung 2. Grades damit nicht nur zur Anpassung von Preisen, sondern – im Gegensatz zu Preisdiskriminierung 1. und 3. Grades – auch zu einer Veränderung des Angebots. Für den Anbieter wäre der (hypothetische) Idealfall derjenige, dass er es schafft, mit einem fein ausdifferenzierten Angebot möglichst genau die Zahlungsbereitschaft aller Kunden abzudecken. Praktisch ist dies kaum möglich, da Preisdiskriminierung 2. Grades (ebenso wie diejenige 3. Grades) mit Verallgemeinerungen arbeiten muss und zudem den Variationen des Produktangebots Grenzen gesetzt sind. Dennoch besteht strukturell eine Wechselwirkung zwischen beiden Marktseiten, die beim Einsatz von Preisdiskriminierung 1. und 3. Grades in diesem Ausmaß nicht zu erwarten ist. Unter dem Gesichtspunkt der informationellen Selbstbestimmung ist diese Preissetzungsmethode positiv zu bewerten, da sie datenschutzrechtlich neutral ist.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 7: Preispersonalisierung



I. Vorüberlegungen

1. Preispersonalisierung als Unterfall von Preisdiskriminierung

Der vorhergegangene Abschnitt hat eine allgemeine Definition des Begriffs Preisdiskriminierung entwickelt, welche auf der Definition von *Stigler* aufbaut und diese konkretisiert. Zudem wurden die in der ökonomischen Literatur beschriebenen allgemeinen Voraussetzungen für die erfolgreiche Umsetzung von Preisdiskriminierung sowie die drei traditionell unterschiedenen Grade beschrieben, voneinander abgegrenzt und mit Blick auf ihre datenschutzrechtliche Relevanz analysiert.

Im Folgenden widmet sich die Untersuchung personalisierten Preisen im Online-Kontext. Hierbei handelt es sich um Formen von Preisdiskriminierung, welche im Online-Handel gegenüber Verbrauchern beim Verkauf von Gütern oder Dienstleistungen zum Einsatz kommen und Preise in Abhängigkeit von den Eigenschaften, Präferenzen und Handlungen der Verbraucher bestimmen. Synonym zum Begriff „personalisierte Preise“ werden im Folgenden die Ausdrücke *Personalised Pricing* sowie Preispersonalisierung verwendet. Die OECD definiert das Setzen personalisierter Preise zutreffend als „*any practice of price discriminating final consumers based on their personal characteristics and conduct, resulting in prices being set as an increasing function of consumers’ willingness to pay*“.¹ Die Preissetzung hängt damit nicht nur von den entstandenen Kosten ab, sondern auch von der (vom An-

¹ *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 9. Ganz ähnlich formuliert die britische Competition and Markets Authority (CMA), Pricing Algorithms, 2018, S. 36: „We define personalised pricing as the practice where businesses may use information that is observed, volunteered, inferred, or collected about individuals’ conduct or characteristics, to set different prices to different consumers (whether on an individual or group basis), based on what the business thinks they are willing to pay.“*

bieter) vermuteten bzw. berechneten Zahlungsbereitschaft des konkreten Kunden. Keine personalisierten Preise nach dieser Definition liegen bei sog. A/B-Tests vor. Bei diesen werden zwar für das gleiche Produkt verschiedene Preise verlangt, weshalb sie für außenstehende Beobachter in der Praxis von personalisierten Preisen oftmals nur mit großem technischen Aufwand bzw. gar nicht zu unterscheiden sind.² Es handelt sich aber nicht um eine Personalisierung der Preise aufgrund der Zahlungsbereitschaft des Einzelnen, sondern um das bloße Testen der Kundenreaktionen auf verschiedene Preise.³ So wird ausgetestet, welcher Preis überhaupt verlangt werden kann.

Personalisierte Preise sind immer ein Unterfall von Preisdiskriminierung. Der Begriff Preisdiskriminierung ist also weiter und geht nicht zwangsläufig mit einer Personalisierung einher. Dementsprechend wird Preisdiskriminierung 2. Grades, welche von ihrer Grundkonzeption her datenschutzrechtlich neutral ist und keine Personalisierung von Preisen, sondern zumeist eine bloße Anpassung des Angebots an die Marktverhältnisse darstellt, grundsätzlich außen vor gelassen. Ausgenommen von der folgenden Untersuchung sind des Weiteren solche Geschäftsmodelle, bei denen der Kunde keine finanzielle Gegenleistung für das Gut bzw. die Dienstleistung erbringt.⁴

2. Rahmenbedingungen im Online-Handel

Die datengetriebene Wirtschaft schafft im Online-Handel Rahmenbedingungen, welche Preisdiskriminierung und personalisierte Preise gegenüber Endverbrauchern grundsätzlich begünstigen oder in manchen Fällen überhaupt erst ermöglichen. Wie bereits gesehen müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: Der Anbieter muss eine gewisse Marktmacht innehaben; er muss Arbitrage verhindern oder zumindest be-

²Vgl. *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 172.

³*Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 9.

⁴Siehe *Drexl*, in: Franceschi/Schulze (Hrsg.), *Digital Revolution*, 2019, S. 19, 37 Rn. 60 zu der oftmals schwierigen Abgrenzung von Nutzer-Daten, welche eine Gegenleistung im vertragsrechtlichen Sinne darstellen, und der Bereitstellung von Daten als reine Obliegenheit des Nutzers, welche der Verbesserung der Qualität bestimmter Online-Dienste, wie z. B. sozialen Netzwerken, dient. Im Kontext des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015) 634 final) vgl. auch *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, S. 848 ff. zu der Frage, welche vertraglichen Pflichten zur Datenpreisgabe für Verbraucher entstehen können. Die Richtlinie wurde schließlich 2019 erlassen: Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 vom 22.5.2019, S. 1 ff.). Die Umsetzung erfolgte in Deutschland durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen vom 25.6.2021, BGBl. 2021 I, S. 2123, in Kraft getreten am 1.1.2022.

schränken können; und er muss (zumindest näherungsweise) Kenntnis des jeweiligen Reservationspreises einzelner Kunden haben.⁵ Auch wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, bedeutet dies aber nicht zwingend, dass Preispersonalisierung für den Anbieter auch tatsächlich praktikabel ist. In der Praxis kommt *Personalised Pricing* trotz der an sich günstigen Rahmenbedingungen erstaunlich selten vor, im Gegensatz zu anderen Formen der nicht preisbezogenen Online-Personalisierung (wie etwa die Anpassung der Reihenfolge angezeigter Suchergebnisse basierend auf dem vorherigen Surfverhalten des Nutzers).⁶ Die Frage, wie und in welchem Umfang personalisierte Preise tatsächlich kommuniziert werden und welche Umstände Anbieter ggf. davon abhalten, erfährt deshalb im Folgenden gesonderte Beachtung.

Die ersten beiden der drei genannten allgemeinen Voraussetzungen liegen häufig vor: Online-Anbieter sowie -Plattformen haben dank direkter und indirekter Netzwerkeffekte in vielen Fällen eine gewisse, in einigen Fällen eine bedeutende Marktmacht inne.⁷ Der Weiterverkauf von Gütern oder Dienstleistungen, welche online von Verbrauchern erworben wurden, ist zwar zu einem gewissen Grad denkbar, aber oftmals unmöglich (z. B. im Fall von Flugtickets) oder zumindest umständlich.⁸ Arbitrage findet in diesen Fällen nicht in bedeutendem Umfang statt und stellt daher kein strukturelles Hindernis für Anbieter dar.⁹ Eine gewisse Rolle spielt in diesem Kontext auch, wie transparent die Preissetzung aus Sicht des Kunden ist. Wie sich noch zeigen wird, haben Anbieter grundsätzlich ein Interesse daran, Preispersonalisierung zu verschleiern, sodass der Kunde gar nicht merkt, dass „sein“ Preis ein anderer ist als der für andere Kunden.¹⁰ Sinkende Preistransparenz und fehlgeleitete Vorstellungen über den Marktpreis machen damit einen Weiterverkauf zwischen Kunden unwahrscheinlicher.

Die Erfüllung der dritten Voraussetzung (Bestimmung des Reservationspreises) ist komplizierter – hier klaffen die theoretisch gegebenen Möglichkeiten und die Praxis weit auseinander. Der Anbieter muss zumindest grobe Anhaltspunkte dafür haben, wie viel der Kunde in einer konkreten Situation zu zahlen bereit ist, da ansonsten die Personalisierung von Preisen nicht möglich ist. Die (näherungsweise) Bestimmung des Reservationspreises ist in den letzten Jahren grundsätzlich einfacher und praktikabler geworden.¹¹ Aufgrund der Digitalisierung und der stärkeren Vernetzung können Unternehmen in aller Regel über ihre Kunden (und über andere

⁵ Siehe dazu ausführlich oben Kap. 6, II.

⁶ Vgl. zusammenfassend z. B. *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 258 f. Siehe dazu unten Kap. 7, IV.

⁷ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 351.

⁸ *Dies.*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 351.

⁹ Vgl. *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 224.

¹⁰ Diese Aussage gilt nur für Fälle unmittelbarer Preispersonalisierung. Bei mittelbarer Preispersonalisierung wird dem Kunden gegenüber offengelegt, dass er einen anderen Preis zahlt als andere, verbunden mit einer Rechtfertigung. Siehe dazu unten Kap. 7, IV. 1.

¹¹ *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 13.

Besucher ihrer Webseiten) mehr Daten sammeln. Die heutigen Geschäftsmodelle sind damit nicht mehr nur auf solche Daten angewiesen, welche von den Kunden selber aktiv mitgeteilt wurden. Anbieter können auch selber Daten über ihre Kunden erheben, ohne dass diesen dies unbedingt bewusst sein muss.¹² Zugleich können die gesammelten Daten verwendet werden, um aus ihnen weitergehende Schlüsse abzuleiten.¹³ Das damit einhergehende Wissen über das Kaufverhalten von Kunden kann durchaus dazu eingesetzt werden, um ihnen gegenüber Preise direkt oder indirekt anzupassen. Auch hier gilt allerdings, dass die praktische Umsetzung – also die tatsächliche Anpassung des Preises, der von einem Kunden verlangt wird – nicht so einfach ist, wie es die Theorie vermuten lässt.

3. Weiteres Vorgehen

Der Diskrepanz zwischen den bestehenden theoretischen Möglichkeiten, von Verbrauchern personalisierte Preise zu verlangen, und dem nur sehr begrenzten praktischen Vorkommen trägt die Untersuchung im Folgenden dadurch Rechnung, dass sie zunächst auf vorwiegend theoretischer Basis den Bogen zum Begriff des Profiling i. S. v. Art. 4 Nr. 4 DSGVO schlägt und personalisierte Preise zu dem in diesem Kontext bereits beschriebenen 3-stufigen Modell in Bezug setzt. Diese theoretische Betrachtung geht grundsätzlich von (aus Anbietersicht) besonders günstigen, also Idealbedingungen aus, ohne aber praktische Grenzen außen vor zu lassen und ein gänzlich unrealistisches Szenario zu skizzieren. Der theoretische Abschnitt beinhaltet somit auch bewusst praxisbezogene Überlegungen und Erkenntnisse aus der Praxis. Im Anschluss wird das Vorkommen personalisierter Preise in der Praxis vor allem anhand empirischer Studien und bekannt gewordener Einzelfälle beleuchtet, um die Gründe für die unternehmerische Zurückhaltung zu verstehen. Diese zweigliedrige Untersuchung zielt darauf ab, ein umfassendes Bild personalisierter Preise zu zeichnen. Dieses soll auch möglichst dann noch Bestand haben, wenn die Praxis sich ändert und personalisierte Preise an Bedeutung gewinnen. Letzteres ist durchaus denkbar:¹⁴ Heutzutage ist auf Verbraucherseite bereits akzeptiert, dass in manchen Bereichen für die gleiche bzw. vergleichbare Leistung unterschiedliche Preise verlangt werden. So gilt es durchaus als normal, dass beispielsweise bei der Buchung eines Flugtickets die Passagiere auf dem gleichen Flug und in der gleichen Klasse in Abhängigkeit vom Buchungszeitpunkt unterschiedlich viel bezahlen. Hierbei handelt es sich in aller Regel nicht um personalisierte Preise, sondern um die Auswirkungen von Angebot und Nachfrage sowie Preisdiskriminierung 2. und 3. Grades.¹⁵ Die in diesem Kontext *de facto* entgegengebrachte Akzeptanz kann sich im Laufe der Zeit auch auf personalisierte Preise ausweiten.

¹² Dass., *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 11.

¹³ Dass., *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 10 f.

¹⁴ So im Ergebnis auch *Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 304.

¹⁵ Siehe dazu bereits oben Kap. 6, III. 2. a.

Preissetzungsmethoden im Flugsektor sind eine gute Blaupause für solch eine sich wandelnde gesellschaftliche Akzeptanz: Das *Yield Management* US-amerikanischer Fluggesellschaften – also die automatisierte, dynamische Anpassung von Ticketpreisen mit dem Ziel der Gewinnmaximierung¹⁶ – wurde nach seiner Einführung von der breiten Öffentlichkeit zunächst kritisch bewertet, im Laufe der Zeit aber akzeptiert.¹⁷ Im Kontext von *Personalised Pricing* könnte durchaus ein ähnlicher Effekt eintreten: Die dynamischen Ticketpreise, welche die Folge von *Yield Management* sind, wirken aus Kundensicht oftmals wie personalisierte Preise. Zudem zeitigen sie für die Betroffenen ähnliche wirtschaftliche Auswirkungen (verschiedene Kunden zahlen verschiedene Preise für die gleiche Dienstleistung). Eine wachsende gesellschaftliche Akzeptanz wäre folglich nicht überraschend.

Ein solcher Trend zu mehr personalisierten Preisen kann auch dadurch gefördert werden, dass vermehrt das Produkt als solches – und damit einhergehend der Preis – an den Kunden angepasst wird, womit die Vergleichbarkeit der Produkte und der Preise sinkt bzw. erschwert wird.¹⁸ Die Personalisierung kann sich unmittelbar auf das Produkt als solches beziehen oder durch die Anpassung produktnaher Konditionen bewirkt werden (z. B. durch besondere Garantieleistungen, Versandarten oder Zahlungsmodalitäten). Preisvergleichsportale, die im digitalen Wettbewerb für Verbraucher oftmals eine Schlüsselfunktion bei der Kaufentscheidung spielen,¹⁹ können ihre Funktion in diesen Fällen nicht mehr wie vorgesehen erfüllen. Die geschaffene Informationsasymmetrie senkt die Vergleichbarkeit von Preisen und schafft damit zugunsten des Anbieters ein strukturelles Hindernis personalisierter Preise teilweise aus der Welt, nämlich die Vergleichbarkeit von Produkten und Preisen. Produktpersonalisierung kann zudem den Weiterverkauf (Arbitrage) erschweren oder, sofern dieser aufgrund der Personalisierung unmöglich ist, gänzlich ausschließen.

¹⁶Vgl. die Definition von *Kimes*, *The Cornell H.R.A. Quarterly* 35 (1994), 22, 23: „*Yield management is a method that can help a firm sell the right inventory unit to the right customer at the right time and for the right price. It guides the decision of how to allocate undifferentiated units of limited capacity to available demand in a way that maximizes profit or revenue. The question is, how much should one sell at what price and to which market segment?*“.

¹⁷*Townley/Morrison/Yeung*, *YEL* 36 (2017), 683, 707; *Xia/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 68 (2004), 1, 6.

¹⁸Vgl. *Xia/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 68 (2004), 1, 8 f.

¹⁹*Competition and Markets Authority (CMA)*, *Digital Comparison Tools Market Study*, 2017, S. 22 ff.

II. Personalisierte Preise in der Theorie

1. Preisdiskriminierung und Online-Preispersonalisierung

Preisdiskriminierung und *Personalised Pricing* haben im Online-Bereich durch die Digitalisierung eine andere Qualität bekommen als in der analogen Welt. Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO kann Preissetzungsmethoden als Grundlage dienen, die konzeptionell Preisdiskriminierung 3. Grades darstellen. Sie erlauben damit das Setzen personalisierter Preise.

Klassische Gruppenrabatte, wie sie von der Preisdiskriminierung 3. Grades bekannt sind, sind zumeist durch ihre (oftmals grobe) Pauschalisierung gekennzeichnet: Der Preis hängt beispielsweise pauschal davon ab, ob der Kunde ein Student ist oder nicht. Eine feinere Differenzierung in Form einer feineren Segmentierung des Nachfragemarktes findet in diesen Fällen nicht statt. Im digitalen Umfeld ist das zugrunde liegende Preissetzungskonzept das gleiche – die Umsetzung ist aber potenziell deutlich präziser.²⁰ Statt pauschal und einseitig bestimmte Gruppen vorab zu definieren, werden mit statistischen Methoden Gruppen definiert, die eine bestimmte Preissensitivität aufweisen, um den Reservationspreis zu bestimmen. Bei diesen Gruppen handelt es sich z. B. um bestimmte „Käufer-Typen“. Es gilt dann, den Betroffenen – also den Kunden, für den der Anbieter im Einzelfall den Preis bestimmen möchte – in die richtige Gruppe einzuordnen, um von der Gruppenzugehörigkeit wiederum auf seinen Reservationspreis schließen zu können. Der Anbieter muss also Informationen über den Betroffenen erlangen, denn nur so kann dieser in die „richtige“ Gruppe eingeordnet und der Preis dementsprechend an ihn angepasst werden. Ein Fluss personenbezogener Daten über den Betroffenen an den Anbieter ist damit zwingend notwendig. Die auf diese Weise erzielbaren Ergebnisse sind in der Theorie äußerst präzise und können mit Blick auf ihre Präzision an perfekte Preisdiskriminierung heranreichen.²¹ Da der individuelle Reservationspreis als subjektives, inneres Merkmal des Betroffenen aber nicht bekannt ist, sondern anhand externer Faktoren indirekt bestimmt wird, liegt bei per Profiling personalisierten Preisen nach hiesigem Verständnis keine Preisdiskriminierung 1. Grades vor.²²

Bei dieser Art und Weise der Preisfestsetzung handelt es sich um Preisdiskriminierung 3. Grades, da die Gruppenzugehörigkeit den Preis bestimmt.²³ Die automatisierte Auswertung großer Datenmengen erlaubt in der Theorie allerdings die Bildung viel feinerer Gruppen, da mehr empirische und statistische Informationen über das Kaufverhalten von Kunden zusammengeführt werden können, um

²⁰ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 36.

²¹ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 36.

²² So auch Locher, ZWeR 16 (2018), 292, 303. Vgl. dazu auch *Centre on Regulation in Europe* (Cerre), Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising, 2017, S. 40.

²³ Townley/Morrison/Yeung, YEL 36 (2017), 683, 690.

Preise im Einzelfall zu setzen. Statt beispielsweise nur pauschal der Gruppe „Studenten“ einen Rabatt zu gewähren, können viel präzisere Gruppen definiert werden, wodurch (zumindest theoretisch) auch ganz individuelle Faktoren des jeweils Betroffenen berücksichtigt werden können. Datengetriebene Preisdiskriminierung orientiert sich also an objektiv feststellbaren äußeren Merkmalen der Kunden. Sie wird individueller und präziser, da die zur Preisbestimmung angewendeten Gruppen potenziell sehr feingliedrig und vielschichtig sind. Die Gruppenzugehörigkeit wird anhand von Eigenschaften und Verhalten des Betroffenen bestimmt und gibt wiederum Auskunft über seine zu erwartende Preissensitivität.²⁴ Damit lässt sie näherungsweise die Bestimmung des Reservationspreises zu. Je mehr individuelle Faktoren über das Verhalten und die Eigenschaften von natürlichen Personen bekannt sind, desto feiner können die Gruppen gebildet werden – und desto präziser geben sie Auskunft über den Reservationspreis ihrer Mitglieder.²⁵

2. Konzeptionelle Überschneidungen mit Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO

Diese datengetriebene Variante von Preisdiskriminierung 3. Grades entspricht konzeptionell und mit Blick auf ihren chronologischen Ablauf dem datenschutzrechtlichen Begriff des Profilings, wie er in Art. 4 Nr. 4 DSGVO definiert wird.²⁶ Wie bereits festgestellt²⁷ basiert auch Profiling methodisch auf dem Konzept, Wissen über das Verhalten vieler (in der Vergangenheit) zu nutzen, um daraus, bezogen auf den Einzelfall, Schlussfolgerungen für die Zukunft zu ziehen. Profiling läuft in der Regel so ab, dass Vergleichsgruppen aus großen Datensätzen herausgefiltert werden (sog. *Grouping* oder *Clustering*) und der Betroffene anhand der über ihn vorliegenden Informationen in die Gruppe eingeordnet wird, der er mit Blick auf seine persönlichen Aspekte (Eigenschaften, Präferenzen etc.) am ehesten entspricht. Im Umkehrschluss eröffnet das Wissen, dass der Betroffene angesichts der über ihn bekannten persönlichen Aspekte einer bestimmten Gruppe zugehörig ist, dem Anbieter weiteres Wissen: Weitere persönliche Aspekte des Betroffenen, welche dem Anbieter bisher nicht bekannt waren, können aus den in den Vergleichsdaten enthaltenen bekannten persönlichen Aspekten der anderen Gruppenmitglieder abgeleitet werden.

Verkürzt formuliert meint der datenschutzrechtliche Begriff Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO das datengestützte Bewerten der persönlichen Aspekte einer

²⁴ *Dies.*, YEL 36 (2017), 683, 690.

²⁵ *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 101 f.

²⁶ *Graef*, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), 541, 551; *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 22 Rn. 21a DSGVO; *Zuiderveen Borge-sius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 362. Vgl. auch *Goodman*, Eur. Data Prot. L. Rev. 2 (2016), 493, 500.

²⁷ Siehe oben Kap. 2, II.

natürlichen Person. In den nicht abschließenden²⁸ Regelbeispielen des Art. 4 Nr. 4 DSGVO wird Preisdiskriminierung nicht genannt. Datengetriebene Preisdiskriminierung im Online-Handel fällt aber sowohl mit Blick auf den Wortlaut der Norm als auch mit Blick auf ihren Sinn und Zweck unter die Legaldefinition des Profiling. Bereits in dem Moment, in dem Daten erstmalig zum Zwecke der Preispersonalisierung erhoben werden, liegt eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 4, 2 und 1 DSGVO vor.²⁹ Der Bestimmung des Reservationspreises wohnt sowohl eine analytische als auch eine vorher sagende Komponente inne (vgl. dazu den Wortlaut des Art. 4 Nr. 4 DSGVO: „zu analysieren oder vorherzusagen“). Es geht im Kern immer um die Frage, zu welchem Preis der Käufer ein bestimmtes Gut oder eine bestimmte Dienstleistung noch zu kaufen bereit ist. Bestimmt werden also die momentanen Präferenzen und Eigenschaften des Betroffenen, um vorherzusagen, ob er einen bestimmten Preis akzeptieren (und das Produkt oder die Dienstleistung kaufen) wird oder nicht.³⁰ Das Bestimmen des Reservationspreises anhand der Eigenschaften und Präferenzen eines Kunden dient also dazu, seine persönlichen Aspekte „wirtschaftliche Lage“, „persönliche Vorlieben“, „Interessen“ und „Verhalten“ zu bewerten i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO.

3. Anwendbarkeit des 3-stufigen Modells

Da die Berechnung personalisierter Preise konzeptionell dem datenschutzrechtlichen Begriff des Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO entspricht, kann im Rahmen ihrer Beschreibung und rechtlichen Bewertung auf das im Rahmen dieser Arbeit im Kontext von Profiling entwickelte 3-stufige Modell zurückgegriffen werden. Dieses erlaubt es, den Ablauf von datengetriebener Preisdiskriminierung in der Form personalisierter Preise zu strukturieren und damit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht greifbar zu machen. Das Modell wird grundsätzlich „idealisiert“ beschrieben. Es nimmt die Situation in den Blick, in der datengetriebene Preisdiskriminierung ungehindert möglich ist und keinen bzw. kaum realen Beschränkungen unterliegt. Dieser hypothetische Ablauf wäre aus Sicht des Anbieters der ideale, da er unterstellt, dass der Reservationspreis des Kunden in jedem Einzelfall exakt bestimmt und vollständig von diesem in voller Höhe verlangt werden kann. Dies wie-

²⁸Vgl. den Wortlaut der Norm („insbesondere um“) sowie Ernst, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 4 Rn. 37 DSGVO.

²⁹Siehe dazu ausführlich unten Kap. 11, I. 1. a. dd.

³⁰Davon zu trennen ist die Frage, wie der Anbieter das gewonnene Wissen nutzt. Nur in seltenen Fällen wird er tatsächlich den vollen von ihm berechneten Reservationspreis vom Kunden verlangen: Zum einen wird er im Zweifel den verlangten Preis niedriger ansetzen, um der Gefahr zu begegnen, dass ein falscher, weil zu hoher Reservationspreis angenommen wurde. Darüber hinaus lässt der Wettbewerb das vollständige Ausreizen der Zahlungswilligkeit des Kunden oftmals gar nicht zu (*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 11).

derum entspräche von der Präzision her gesehen perfekter Preisdiskriminierung³¹ und wäre für Anbieter am lukrativsten, da sie in dieser Konstellation bei jeder einzelnen Transaktion die Konsumentenrente komplett abschöpfen könnten.³² Gerade bei dieser letztgenannten Situation handelt es sich um ein hypothetisches Konstrukt, welches in dieser „lehrbuchhaften“ Form in der Praxis aus verschiedenen Gründen nahezu gar nicht vorzufinden ist. Aus diesem Grund nimmt die Untersuchung des Ablaufs der Preissetzung vor dem Hintergrund des 3-stufigen Modells gerade nicht nur die hypothetischen Idealumstände in den Blick, sondern auch faktische Umstände und Phänomene, welche Anbieter in der Praxis daran hindern, Preispersonalisierung tatsächlich umzusetzen. Die Untersuchung widmet sich nur dem Verhältnis zwischen Anbietern (die im Online-Handel Waren und Dienstleistungen unmittelbar an Endverbraucher verkaufen) und ihren Kunden. Vom Begriff „Kunde“ sind auch potenzielle Kunden umfasst – also etwa solche, die eine Anbieter-Seite aufrufen, um sich über Preise zu informieren. Anhand der so gefundenen, modellhaften Struktur lassen sich anschließend die praktischen Hindernisse analysieren, welche sich Anbietern gegenüber aufgrund tatsächlicher sowie rechtlicher Beschränkungen ergeben.

III. Ablauf der Preissetzung nach dem 3-stufigen Modell

Das zu Beginn dieser Arbeit beschriebene 3-stufige Modell unterscheidet im Kontext von Profiling drei grundsätzlich nacheinander³³ ablaufende Schritte. Diese Schritte lassen sich übertragen auf den Ablauf personalisierter Preissetzungsmethoden: Beschaffung von Daten mit weiterer Unterscheidung zwischen dem Sammeln bzw. anderweitigen Beschaffen abstrakter Vergleichsdaten einerseits und personenbezogener Daten bezogen auf den Betroffenen andererseits (Stufe 1); Bestimmung des Reservationspreises durch Auswertung der Daten per Profiling (Stufe 2); Bestimmung des Preises, der dem Kunden im Einzelfall angezeigt oder auf andere Weise kommuniziert wird, also Entscheidungsfindung und Umsetzung der getroffenen Entscheidung (Stufe 3).

³¹ Da der jeweilige Reservationspreis aber jeweils nicht als *per se* bekannt vorausgesetzt wird, sondern eine Annäherung an ihn über die Bildung von (extrem feinen, präzisen) Gruppen stattfindet, liegt keine Preisdiskriminierung 1. Grades vor.

³² Vgl. *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 92014, S. 481 f.

³³ Das Modell beschreibt den Ablauf von Profiling und dem Fällen/Ausführen von Entscheidungen chronologisch. Freilich fließen die Erkenntnisse, die sich auf den jeweils nachgelagerten Stufen ergeben, in die vorgelagerten Stufen ein, um die Ergebnisse qualitativ zu verbessern. So wird z. B. registriert, ob ein Kunde mit einem bestimmten Kundenprofil (also einer bestimmten Gruppenzugehörigkeit) das Produkt zu dem errechneten personalisierten Preis tatsächlich gekauft hat oder nicht. Diese Information wird dann zukünftig als abstraktes Vergleichsdatum auf Stufe 1 berücksichtigt. Die chronologische Betrachtungsweise erleichtert die Unterscheidung der einzelnen Stufen, darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich eher um ein Netzwerk, also eine deutlich komplexere Struktur handelt.

1. Datenbeschaffung (Stufe 1)

Mit zunehmendem Zugriff auf Daten steigt das Wissen, welches Anbieter über ihre Kunden und über Kundenverhalten im Allgemeinen haben – und damit grundsätzlich auch die Möglichkeit, die Zahlungsbereitschaft Einzelner zu bestimmen.³⁴ Im digitalen Umfeld bestehen, nicht zuletzt aufgrund moderner Tracking- und anderer Datenverarbeitungs-Technologien, grundsätzlich äußerst weitreichende Möglichkeiten, Daten jedweder Art zwecks Auswertung zu sammeln und zusammenzuführen.³⁵ Anbieter, welche personalisierte Preise verlangen möchten, müssen die dafür notwendigen Daten nicht unbedingt selber sammeln: Weitere Möglichkeiten der Datenbeschaffung sind z. B. der Kauf von Datensätzen oder auch Unternehmenskäufe bzw. Zusammenschlüsse von Unternehmen, womit dem kaufenden bzw. aufnehmenden Unternehmen Zugang zu relevanten Daten eröffnet wird.³⁶ Im theoretischen Idealfall haben Anbieter somit Zugriff auf extrem große Datensätze, welche Auskunft geben über das Kaufverhalten von Kunden in verschiedenen Situationen und angesichts verschiedener Preise. Notwendig ist der Zugriff auf besonders große, vielfältige und inhaltlich korrekte Datenmengen, welche verschiedene Konstellationen abdecken. In diesen abstrakten Vergleichsdaten müssten sämtliche relevanten Informationen darüber enthalten sein, welcher Kundentyp welche Produkte in welcher Situation zu welchem Preis zu kaufen bereit ist. Relevant sind dabei nicht nur die persönlichen Aspekte des Betroffenen, sondern darüber hinausgehend auch situative Faktoren, wie z. B. die Tageszeit. Auf dieser Stufe geht es nur um die wertungsfreie Sammlung von Daten: Das Auswerten der Daten mit den Mitteln des Profilings und mit dem Ziel der Bestimmung des Reservationspreises eines Kunden – womit das Erschaffen „neuer“ Daten einhergeht – ist der Datenbeschaffung nachgelagert.

Mit Blick auf die Quelle solcher Daten, die geeignet sind, um mit ihnen Preisdiskriminierung in der Form personalisierter Preise zu betreiben, unterschied das *Office of Fair Trading* in einer Veröffentlichung aus dem Jahr 2013 zwischen drei übergeordneten Gruppen, namentlich „*observed*“ (Daten, die vom Anbieter selber „beobachtet“ und gesammelt werden), „*volunteered*“ (Daten, die aktiv vom Kunden an den Anbieter übermittelt werden) und „*collected*“ (Daten, die sich auf das Verhalten des Kunden auf anderen Webseiten beziehen).³⁷ In die Kategorie „*observed*“ fallen demnach Informationen wie z. B., welches Produkt gekauft wurde, das

³⁴Vgl. *Centre on Regulation in Europe* (Cerre), Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising, 2017, S. 40 und *Office of Fair Trading*, Personalised Pricing, 2013, S. 12.

³⁵*European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 49; *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 460 f.; *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86, 86 f.

³⁶*Bar-Gill*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 217, 225; *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 49.

³⁷*Office of Fair Trading*, Personalised Pricing, 2013, S. 12.

Endgerät, über das der Kunde den Online-Shop ansteuert, sein Betriebssystem, sein (aus der IP-Adresse ersichtlicher) Standort, sein Status als Neu- oder Bestandskunde sowie frühere Einkäufe. „*Volunteered*“ sind z. B. seine Adressdaten, sein Geburtsdatum und Antworten, welche von ihm im Rahmen von Online-Kundenbefragungen des Anbieters gegeben wurden. Die Kategorie „*collected*“ bezieht sich auf Daten, welche z. B. mithilfe von Cookies gesammelt werden und Auskunft über das Online-Verhalten des Kunden geben. In diesem Rahmen geht es beispielsweise darum, ob der Kunde den Online-Shop des Anbieters direkt angesteuert hat oder ob ein Preisvergleichsportaal ihn weitergeleitet hat. In diese Kategorie fallen auch das Surfverhalten des Kunden und sein Online-Kaufverhalten.³⁸

Innerhalb dieser übergeordneten Gruppen kann weiter differenziert werden hinsichtlich des Inhalts der verwendeten Daten. Eine im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie aus dem Jahr 2018 unterscheidet beispielsweise verschiedene Kategorien von Daten, welche zum Zweck der Preisdiskriminierung gesammelt werden.³⁹ Die nicht abschließende Liste umfasst 11 Kategorien, welche anhand von Beispielen erläutert werden. Zu den Kategorien gehören u. a. Daten über die finanziellen Verhältnisse des Betroffenen (Einkommen, Bonitätswerte), Kontaktdaten (Anschrift, E-Mail-Adresse, Telefonnummer), Transaktionsdaten (z. B. über vergangene Käufe), sozio-demografische Daten (Alter, Ethnie, Bildungsstand, Haushaltseinkommen etc.), Standortdaten, Daten über das Verhalten des Betroffenen und seine Interessen (besuchte Webseiten, angeklickte Werbung, Beiträge in sozialen Netzwerken, auf Webseiten und Blogs etc.), technische Daten (IP-Adresse, Informationen über das verwendete Endgerät und den verwendeten Browser), Daten über bestehende Sozialkontakte (Familien- und Freundeskreis) sowie Daten, die aus öffentlichen Registern abgefragt werden können (z. B. öffentliche Wählerregister oder Insolvenzen).⁴⁰

Diese abstrakten Vergleichsdaten sind zu unterscheiden von personenbezogenen Daten, die sich im Einzelfall auf konkrete Kunden beziehen und zwingend notwendig sind, um Preise zu personalisieren. Diese Daten stellen den Schlüssel zu dem in den abstrakten Vergleichsdaten enthaltenen Wissen dar. Im Idealfall haben Anbieter Zugriff auf ein vollständiges Profil jedes konkreten Kunden, welches inhaltlich zutreffende Informationen über sämtliche für die Preisbestimmung relevanten persönlichen Aspekte enthält.

³⁸ Dass., *Personalised Pricing*, 2013, S. 12.

³⁹ *European Commission*, *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union*, 2018, S. 50 f.

⁴⁰ Dass., *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union*, 2018, S. 50 f.

2. Datenauswertung: Bestimmung des Reservationspreises (Stufe 2)

Die dem Anbieter zur Verfügung stehenden Daten werden automatisiert ausgewertet, um den Reservationspreis des Betroffenen zu bestimmen. Dies ist das eigentliche Profiling: Die personenbezogenen Daten des Betroffenen werden zu den vorhandenen abstrakten Vergleichsdaten in Relation gesetzt und mit dem Ziel analysiert, eine Bewertung seines persönlichen Aspekts „Reservationspreis“ zu generieren. Die zweite Stufe schließt im theoretischen Idealfall mit der Erkenntnis, dass der Kunde einen bestimmten Preis zu zahlen bereit ist bzw. das Produkt gar nicht oder nur zu einem Preis kaufen würde, der unterhalb der Grenzkosten des Anbieters liegt und für diesen deshalb nicht mehr profitabel ist.

Der Reservationspreis als innerer Vorgang des Kunden ist keine Variable, die objektiv messbar oder anderweitig unmittelbar feststellbar wäre.⁴¹ Er kann methodisch nur indirekt bestimmt werden, nämlich anhand der Feststellung, ob Kunden ein Produkt zu einem bestimmten Preis kaufen oder nicht.⁴² Anbietern bleibt damit nur die Möglichkeit, im Rahmen des Profilings Schlussfolgerungen aus dem Verhalten anderer, „vergleichbarer“ Kunden in vergleichbaren Situationen zu ziehen und diese Erkenntnisse *in concreto* auf den einzelnen Kunden zu übertragen und situationsabhängig zur Entscheidungsfindung zu nutzen.⁴³

Vor allem Daten, die vom Kunden nicht aktiv mitgeteilt, sondern stattdessen vom Anbieter oder Dritten über diesen erhoben wurden, können grundsätzlich einiges über den Betroffenen aussagen. So ist beispielsweise die Kenntnis des Surfverhaltens hilfreich, um die Interessen des Betroffenen oder seine Preissensitivität zu bestimmen. Demografische Daten geben Hinweise auf die Kaufkraft und -willigkeit des Betroffenen. Gleiches gilt für Daten über sein Kaufverhalten: Ist der Betroffene eher ein schneller „Impuls-Käufer“, oder verhält er sich preissensitiv und recherchiert Preise, indem er die Seiten verschiedener Anbieter aufsucht oder Preisvergleichsportale nutzt? Hat er sich das gleiche oder ein ähnliches Produkt bereits auf anderen Seiten angesehen?⁴⁴

Naturgemäß handelt es sich – selbst die besten Rahmenbedingungen unterstellt – bei den auf diese Art und Weise gefundenen Erkenntnissen aber nur um Näherungswerte. Diese beruhen auf Wahrscheinlichkeitsberechnungen und erlauben dementsprechend nur näherungsweise Aussagen.⁴⁵ Mit steigender Datenmasse und besserer Software zum Auswerten steigt die Präzision der Ergebnisse. Allerdings dürfte es auch in der Theorie nur in seltenen Ausnahmefällen möglich sein, den genauen Reservationspreis zu bestimmen. Dafür wäre nämlich letztlich Zugriff auf die

⁴¹ Locher, ZWeR 16 (2018), 292, 303.

⁴² Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 96; Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 11.

⁴³ Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, 2016, S. 96; Locher, ZWeR 16 (2018), 292, 303.

⁴⁴ Vgl. die Beispiele bei Zuiderveen *Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 356 f.

⁴⁵ Siehe oben Kap. 2, III.

subjektiven, inneren Wünsche und Präferenzen der Kunden notwendig, um jeweils „ihren“ Preis im Einzelfall zutreffend erkennen zu können. Diese Präferenzen sind Schwankungen unterworfen, oftmals irrational – und somit selbst unter den besten Rahmenbedingungen nicht in allen Fällen bestimmbar. Der Kunde kann seinen Reservationspreis oftmals selber nicht eindeutig benennen, zumal dieser auch durch äußere Umstände beeinflusst wird und generell situationsabhängig ist.⁴⁶

Auch wenn datengetriebene Preisdiskriminierung den Reservationspreis eines Kunden in der Theorie also sehr präzise anhand seiner Eigenschaften und seines Verhaltens vorhersagen kann, bestehen systembedingte, dem Profiling innewohnende Unschärfen. Weitere praktische Erwägungen reduzieren in der Regel die Genauigkeit der Ergebnisse: Es stehen zu wenige abstrakte Vergleichsdaten und zu wenige personenbezogene Daten über den konkreten Kunden zur Verfügung. Die Beschränkungen für Anbieter sind damit tatsächlicher Natur: Es gibt nicht so viel Datenmaterial, dass jede denkbare Situation und jeder konkrete Einzelfall präzise abgebildet werden könnte. Im Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts bestehen zudem rechtliche Hürden, welche das Datensammeln und -speichern regulieren und damit einschränken. Die Präzision hängt also letztlich auch davon ab, auf welches Datenmaterial der Anbieter faktisch und rechtlich Zugriff hat und welche Analysemethoden ihm zur Verfügung stehen. Beispiele aus der Praxis bestätigen, dass die Ergebnisse in der Regel recht pauschal sind und nur grobe Aussagen getroffen werden können.⁴⁷ Diese Unschärfe wohnt auch fortgeschrittenen Verfahren zur Preisbestimmung inne. Diese mögen zwar im Einzelfall präzise sein. Eine hohe Präzision der Masse an Kunden gegenüber zu erreichen, scheint aber in der Praxis nach dem heutigen Stand der Technik nicht möglich zu sein.

3. Entscheidungsfindung und -ausführung: Tatsächliches Einfordern personalisierter Preise (Stufe 3)

Kennt der Anbieter den Reservationspreis des Kunden, stellt sich ihm die Frage, wie er dieses Wissen nutzbar machen soll. In der Praxis wird die ihm vorliegende kundenbezogene Information eher grob und tendenziell sein und sich auf einen preislichen Spielraum beziehen, in dem sich der Reservationspreis vermutlich befindet. Es geht für den Anbieter auf der letzten Stufe des Modells darum, eine Entscheidung über die preisbezogene Kommunikation mit dem Kunden zu treffen und diese in die Tat umzusetzen. Dem Anbieter stellen sich zwei übergeordnete Fragen, welche sich inhaltlich teilweise beeinflussen: Welcher Preis wird zu welchem Zeitpunkt vom Kunden verlangt? Und: Wie wird dieser Preis dem Kunden gegenüber kommuniziert?

⁴⁶ *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 97.

⁴⁷ Siehe dazu unten Kap. 7, IV.

a. Art und Grenzen der Preiskommunikation

Mit Blick darauf, wie der Preis dem Kunden gegenüber kommuniziert wird, gibt es mehrere Möglichkeiten. Naheliegender wäre es zunächst, dass der Anbieter den Preis auf seiner Webseite bei den Kunden, über die ihm für diesen Zweck ausreichend Informationen vorliegen, unmittelbar individuell anpasst.⁴⁸ Jeder Kunde bekäme direkt „seinen“ Preis angezeigt. Wenn dafür nicht ausreichend Informationen über einen Kunden vorliegen, wird stattdessen ein Einheitspreis verwendet.

Dem Anbieter stellen sich in dieser Konstellation zwei verschiedene, teilweise miteinander zusammenhängende Herausforderungen. Zum einen muss er in der Lage sein, den Kunden in ausreichendem Maße zu identifizieren, um den Preis überhaupt aufgrund seiner Attribute anpassen zu können. Ist ihm dies nicht möglich, kann er von vornherein kein *Personalised Pricing* betreiben. Zudem muss er nach Möglichkeit vermeiden, dass seine Kunden die Preispersonalisierung erkennen und negativ bewerten. Im zweiten Problemkreis geht es also darum, die Personalisierung entweder gänzlich zu verschleiern oder sie kommunikativ dergestalt zu begleiten, dass sie von den Kunden nicht als grundlose Schlechterbehandlung Einzelner wahrgenommen wird. In diesem Kontext wird sich zeigen, dass eine ausschließlich ökonomische Betrachtungsweise nicht zielführend ist: Der tatsächliche Einsatz personalisierter Preissetzungsmethoden kann langfristig nur unter Berücksichtigung psychologischer und verhaltensökonomischer Erkenntnisse erfolgreich sein. Dies liegt daran, dass Kunden nicht als rein rationale, ökonomisch denkende Marktteilnehmer agieren, sondern stattdessen auch Aspekte wie die wahrgenommene Fairness eines Preises (bzw. des Verhaltens eines Unternehmens) eine bedeutende Rolle für ihr Kaufverhalten spielen.⁴⁹

aa. Problem der zuverlässigen Kunden-Identifizierung

Die genaue Identifizierung einzelner Kunden ist online allein schon aus technischen Gründen nicht immer durchgängig möglich. Dies liegt daran, dass der Anbieter nicht in jeder Situation erkennen kann, wer gerade seine Seite besucht und sich über Produkte und Preise informiert. Der Anbieter müsste aber, um Preise mit einem gewissen Grad an Komplexität zu personalisieren, mit dem Kunden grundsätzlich be-

⁴⁸Eine konkrete Identifizierung des Kunden ist spätestens im Moment des Vertragsschlusses notwendig. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass das Verfahren des Anbieters dergestalt konzipiert ist, dass er tatsächlich erst im Moment des eigentlichen Kaufes von der Identität des Kunden Kenntnis nimmt. Wird der Preis z. B. angepasst, weil dem Anbieter durch ein Cookie angezeigt wird, dass der Kunde von einer Preisvergleichsseite auf die Seite des Anbieters weitergeleitet wurde, kennt dieser die Identität des Kunden (zunächst) nicht und hat ohne Zugriff auf externe Informationen (z. B. über den Provider des Kunden) auch keine praktikable und rechtmäßige Möglichkeit, davon Kenntnis zu nehmen. Die Frage, ab welchem Moment bzw. in welchen Konstellationen personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO verarbeitet werden, ist für die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts relevant. Siehe dazu ausführlich unten Kap. 11, I. 1. a.

⁴⁹Vgl. dazu auch *Kimes*, The Cornell H.R.A. Quarterly 35 (1994), 22, 24.

reits in dem Moment das richtige Profil verknüpfen – und dafür ggf. auch Daten von externen Quellen in Echtzeit abrufen –, in dem dieser Preise zu sehen bekommt. Ansonsten kann der irritierende Effekt eintreten, dass demselben Kunden in verschiedenen Situationen verschiedene Preise angezeigt werden.⁵⁰

Es gibt zahlreiche technische Möglichkeiten, Webseiten-Besucher über verschiedene Seiten und durchaus auch über verschiedene Endgeräte zu tracken, also zu verfolgen (sog. *Web-Tracking*).⁵¹ Dafür ist es nicht mehr zwingend notwendig, Cookies auf dem Endgerät des Nutzers zu speichern.⁵² Effizientes Tracking (etwa in der Form des sog. *Browser Fingerprintings*) ist mittlerweile auch dergestalt möglich, dass die Verfolgung des Nutzers anhand solcher technischer Informationen ausgeführt wird, die vom Endgerät beim Aufruf einer Webseite zwangsläufig gesendet oder zum Abruf bereitgestellt werden und die u. a. dazu dienen, dass die aufgerufene Webseite richtig dargestellt wird.⁵³ Aus diesen Informationen wird ein Hashwert generiert, welcher den sog. *Fingerprint* darstellt. Dieser *Fingerprint* erlaubt es, das im konkreten Einzelfall verwendete Endgerät zuzuordnen und ggf. wiederzuerkennen.⁵⁴ Dies bedeutet, dass über die eingesetzten Endgeräte Kunden wiedererkannt und als derselbe Nutzer identifiziert werden können, ohne dass zwingend darüber hinausgehend ihre tatsächliche Identität bekannt ist.⁵⁵ Endgeräte von *Apple* sind sogar mit einem jeweils individuellen *Identifier for Advertisements* versehen, mit dessen Hilfe einzelne Nutzer – ihre Einwilligung vorausgesetzt – über verschiedene Webseiten bzw. Apps hinweg getrackt werden können.⁵⁶ Ist die Identität dem Anbieter nicht bekannt, erstreckt sich sein Erkenntnisgewinn aber primär auf das vorhergegangene Surfverhalten eines ihm ansonsten „unbekannten“, anonymen Nutzers. Ein solches Tracking, auch bekannt als *Probabilistic Matching*, ist z. B. auch recht leicht möglich beim Verfolgen derjenigen Nutzer, die beim Surfen etwa mit ihrem *Google*-Account oder *Facebook*-Profil eingeloggt sind.⁵⁷ Eine (ziemlich) sichere Identifizierungsmöglichkeit ist etwa auch dann gegeben, wenn der Kunde sein Smartphone per Fingerabdruck oder Gesichtsscans entsperrt hat und dem Anbieter dies bekannt ist. Abgesehen von den letztgenannten und vergleichbaren Fällen, in denen die Identität des Kunden dem Anbieter aufgrund des Log-ins ohnehin offengelegt ist, funktioniert Individualisierung aber beispielsweise ggf. schon dann nicht mehr zuverlässig, wenn mehrere Personen das gleiche Endgerät

⁵⁰ *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 78.

⁵¹ Vgl. zu den technischen Hintergründen *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 460 f.

⁵² *Hanloser*, ZD 2018, 213, 213 f.

⁵³ *Ders.*, ZD 2018, 213, 214; *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86. Zu den zum *Fingerprinting* verwendeten Informationen gehören z. B. der Browser, das Betriebssystem, die Spracheinstellungen und die Bildschirmauflösung des Endgeräts.

⁵⁴ *Hanloser*, ZD 2018, 213, 214; *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86.

⁵⁵ Vgl. umfassend dazu *Zuiderveen Borgesius*, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, 2015, S. 15 ff.

⁵⁶ Siehe dazu bereits *Wiedemann*, CR 2021, 425, 427 Rn. 8.

⁵⁷ *Tanner*, MIT Technology Review 01.07.2015.

verwenden.⁵⁸ Selbst moderne Tracking-Technologien liefern dementsprechend nicht in allen Fällen zuverlässige Ergebnisse.⁵⁹ Hinzu kommt, dass Nutzer die Möglichkeit haben, etwa durch das Löschen von Cookies, die Verwendung verschiedener Browser oder den Einsatz speziell dafür gemachter Programme ihre Online-Identität zu einem gewissen Grad zu verbergen oder in ihrem Sinne zu verändern. Anbieter haben damit oftmals das Problem, dass sie nicht sicher wissen, wer gerade ihre Seite besucht. Dies erschwert Formen der Preispersonalisierung, die ein gewisses Maß an Komplexität annehmen sollen.

Es ist technisch ohne Weiteres möglich, Preise erst dann zu personalisieren bzw. sie dem Kunden erst dann erstmalig anzuzeigen, nachdem der Kunde sich – etwa mit seinem Kundenkonto oder über das Profil eines sozialen Netzwerks – eingeloggt hat. Eine solche Webseitengestaltung ist allerdings in der Regel unpraktikabel, da die damit einhergehende Intransparenz, verbunden mit dem Zwang, ein Kundenkonto anzulegen oder eine Verknüpfung mit dem eigenen Profil auf einem sozialen Netzwerk herzustellen, zahlreiche Kunden abschrecken dürfte.

bb. Verschleierung oder Rechtfertigung der Diskriminierung

Sofern ein online angezeigtes Angebot sich ausschließlich im Preis (und nicht etwa mit Blick auf weitere Konditionen) ändert, bedeutet dies, dass die Situation auftreten kann, dass Kunden realisieren, dass ihnen zum gleichen Zeitpunkt für das identische Produkt auf der Webseite des Anbieters bloß aufgrund ihrer verschiedenen Nutzerprofile und ohne einen darüber hinausgehenden Grund verschiedene Preise angezeigt werden. Hierbei handelt es sich um den zweiten eingangs beschriebenen Problemkreis, denn damit geht die ernsthaft drohende Beeinträchtigung des Rufs des Unternehmens einher.⁶⁰ Dies ist für Anbieter hoch problematisch. Für Kunden spielt es nämlich eine bedeutende Rolle, welchen Preis andere Kunden für das gleiche Gut gezahlt haben.⁶¹ Eine offensichtliche „Ungleichbehandlung“ der Kunden wird von diesen in aller Regel als unfair und unethisch empfunden und damit als abzulehnendes unternehmerisches Verhalten bewertet.⁶² Dies zeigt, dass die Zahlungsbereitschaft des Einzelnen keine fixe, isoliert bestehende und objektiv feststellbare Größe ist. Sie ist zu einem gewissen Teil relativ, kann im Laufe der Zeit schwanken und ist von – aus ökonomischer Sicht teilweise irrationalen – äußeren

⁵⁸ *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 78. Vgl. dazu auch *Schleipfer*, CR 2015, 113.

⁵⁹ *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86.

⁶⁰ *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 85 („*hohes Gefahrenpotenzial für die Anbieter*“).

⁶¹ *Xia/Monroe*, *Journal of Economic Psychology* 31 (2010), 884, 893.

⁶² Vgl. *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 123 f.; *Gleixner*, *VuR* 2020, 417, 417 f.; *Maggiolino*, *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840* 2017, 1, 10–12; *Malc/Mumel/Pisnik*, *J. Bus. Res.* 69 (2016), 3693, 3694 und *Poort/Zuiderveen Borgesius*, in: *Kohl/Eisler* (Hrsg.), *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, 2021, S. 174, 178–183.

Faktoren abhängig. Das Bedürfnis nach Gleichbehandlung ist rein ökonomisch betrachtet irrational, denn aus Kundensicht kommt es eigentlich nur darauf an, wie hoch der zu zahlende Preis im Verhältnis zum persönlichen Nutzen ist, den der Kauf erwarten lässt.⁶³ Im Kontext dieser Fairness-Erwägungen spielt bei Online-Sachverhalten der Umstand eine prägende Rolle, dass aufgrund der einfachen Kommunikationswege zu erwarten ist, dass eine derart unmittelbare Form der Preispersonalisierung schnell publik wird.⁶⁴ So zeigt sich beispielsweise bei verhaltensökonomischen Laboruntersuchungen, bei denen zwecks Simulation verschiedener Kunden-Anbieter-Interaktionen freiwillige Versuchsteilnehmer zum Einsatz kamen, welchen Einfluss Preistransparenz auf die Bereitschaft von Anbietern hat, Preise zu personalisieren.⁶⁵ So wurde etwa herausgefunden, dass 77 % der Anbieter Preispersonalisierung betreiben, wenn ihnen bewusst ist, dass ihre Kunden nicht wissen, was andere Kunden für das gleiche Gut gezahlt haben. Wenn auf Kundenseite hingegen Preistransparenz herrscht (d. h. die Kunden wissen, welchen Preis die anderen Kunden zu zahlen haben), sinkt diese Zahl auf 33,7 %.⁶⁶ Dies belegt, dass die Aspekte Fairness und Preistransparenz nicht unabhängig voneinander betrachtet werden können.

Für die öffentliche Wahrnehmung der eingangs beschriebenen, von den Kunden als ungerecht empfundenen Art von Preispersonalisierung gibt es ein prominentes Beispiel. Als in den Medien bekannt wurde, dass *Amazon.com* in den USA im Jahr 2000 (laut Unternehmensangabe bloß testweise) für einen kurzen Zeitraum von Bestandskunden höhere Preise für bestimmte DVDs verlangte als von Neukunden, zog dies in der Öffentlichkeit ein denkbar negatives Echo nach sich.⁶⁷ Diese negative Kundenreaktion ist damit zu erklären, dass es aus Verbrauchersicht zwar ohne Weiteres akzeptiert ist, dass verschiedene Anbieter für das gleiche Gut oder die gleiche Dienstleistung verschiedene Preise verlangen. Kunden empfinden es allerdings als gravierenden Verstoß gegen gesellschaftliche, und damit ungeschriebene soziale Normen, wenn ein Anbieter von verschiedenen Kunden im gleichen Zeitpunkt für das gleiche Gut oder die gleiche Dienstleistung unterschiedliche Preise verlangt.⁶⁸ Es wurde empirisch nachgewiesen, dass Kunden dergestalt personalisierte Preise als unfair empfinden, womit ein Vertrauensverlust und eine gesunkene Kaufbereitschaft einhergehen.⁶⁹ Kunden erwarten grundsätzlich, dass ein Anbieter für ein bestimmtes Produkt von vergleichbaren Kundengruppen die gleichen Einheitspreise verlangt.⁷⁰ Es geht ihnen bei der Bewertung der Fairness des Preises also nicht nur

⁶³ Zurth, AcP 221 (2021), 514, 536.

⁶⁴ Leibbrandt, European Economic Review 121 (2020), 1, 2.

⁶⁵ Zum genauen Versuchsdesign siehe *ders.*, European Economic Review 121 (2020), 1, 4.

⁶⁶ *Ders.*, European Economic Review 121 (2020), 1, 8.

⁶⁷ Siehe dazu ausführlich unten Kap. 7, IV. 2. a.

⁶⁸ Garbarino/Maxwell, J. Bus. Res. 63 (2010), 1066, 1067 und 1070 f.; Xia/Monroe, Journal of Economic Psychology 31 (2010), 884, 885.

⁶⁹ Garbarino/Maxwell, J. Bus. Res. 63 (2010), 1066 ff. *passim*. Vgl. auch Xia/Monroe/Cox, Journal of Marketing 68 (2004), 1.

⁷⁰ Maggolino, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 11; Xia/Monroe/Cox, Journal of Marketing 68 (2004), 1, 3 f.

um dessen Höhe *per se*. Stattdessen spielt – auch dies rein ökonomisch betrachtet teilweise irrational – der Vergleich mit Referenzpreisen, und hierbei vor allem mit den von anderen Kunden gezahlten Preisen, eine bedeutende Rolle.⁷¹ Anders formuliert hängt die Kundenwahrnehmung, ob ein Preis fair ist oder nicht, nicht nur von dessen Höhe, sondern auch von den Motiven ab, welche den Anbieter zur Preissetzung veranlassen. Dabei spielt es auch eine Rolle, inwieweit er z. B. die Gründe für einen Preisanstieg selber zu vertreten hat. Preiserhöhungen aus purem Gewinnstreben werden als unfair, solche, die „unverschuldet“ aufgrund externer Faktoren notwendig sind, eher als fair rezipiert.⁷²

Anbieter haben daher ein besonderes Interesse daran, die Preisanpassung dem Kunden gegenüber so gut wie möglich zu verschleiern, sodass dieser die in seiner Person begründete Preisgestaltung möglichst gar nicht mitbekommt. Je weniger vergleichbar zwei Transaktionen sind, desto eher werden Preisunterschiede von den Kunden als „fair“ akzeptiert.⁷³ Der Idealfall ist aus Anbietersicht demzufolge gegeben, wenn die Transaktionen so unterschiedlich erscheinen, dass sie gar nicht miteinander verglichen werden können. Dieses Ziel kann z. B. dergestalt erreicht werden, dass nicht nur der Preis, sondern das ganze an den Kunden gerichtete Angebot an diesen angepasst wird. Der Anbieter kann das Produkt als solches personalisieren oder den Kauf mit verschiedenen Rahmenbedingungen kombinieren, etwa einer erweiterten Garantie. Dies verringert die Möglichkeit, dass Kunden Preise unmittelbar miteinander vergleichen.⁷⁴ Zudem wird mit Preisunterschieden typischerweise das Einhergehen von qualitativen Unterschieden assoziiert, womit der (in Wahrheit personalisierte) Preis eher gerechtfertigt erscheint.⁷⁵ Der „Trick“ liegt also neben der Absenkung der Vergleichbarkeit darin, dass der Kunde das Produkt anders wahrnimmt und ihm eine andere Wertigkeit zuordnet.⁷⁶

Eine andere, für den Anbieter etwas praktikablere Methode ist es, den Preis dann anzupassen, wenn der Kunde sich eines Preisvergleichsportals bedient und dort nach einem bestimmten Produkt sucht. Manche Anbieter bieten ihre Produkte innerhalb dieser Portale günstiger an. Dies hat für sie den Vorteil, dass die Wahrscheinlichkeit eines Verkaufs durch einen besseren Platz in der Reihung der Suchergebnisse steigt. Nach der Weiterleitung vom Preisvergleichsportale auf die Seite des Anbieters sieht der Kunde dann also einen Preis, der niedriger ist als derjenige, den Kunden sehen, die die Seite direkt ansteuern.⁷⁷ In diesem Fall hat der Kunde sich wohl häufig schon (zumindest auch) aufgrund des Preises für den Kauf bei einem

⁷¹ *Arora/Dreze/Ghose u. a.*, *Mark Lett* 19 (2008), 305, 316 f.

⁷² *Kimes*, *The Cornell H.R.A. Quarterly* 35 (1994), 22, 24; *Xia/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 68 (2004), 1, 4 f.

⁷³ *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz* (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 84; *Xia/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 68 (2004), 1, 4 und 8 f.

⁷⁴ Vgl. *Arora/Dreze/Ghose u. a.*, *Mark Lett* 19 (2008), 305, 317.

⁷⁵ *Xia/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 68 (2004), 1, 4 und 8 f.

⁷⁶ *Kimes*, *The Cornell H.R.A. Quarterly* 35 (1994), 22, 24.

⁷⁷ *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz* (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 73.

bestimmten Händler entschieden, die Suche abgeschlossen und den Preisvergleich beendet. Die Gefahr des Vorwurfs der „Kundenungleichbehandlung“ ist in dieser Konstellation zwar weiterhin gegeben. Es ist aber eher unwahrscheinlich, dass diese Praxis den Kunden auffällt.

Alternativ kann ein „offener Normverstoß“, den ein Anbieter durch personalisierte Preissetzungsmethoden begeht, aus Sicht der Verbraucher auch ganz oder zumindest teilweise legitimiert sein. Es geht hier in erster Linie darum, wie der Anbieter dem Kunden gegenüber die Preise kommuniziert und diesen mit den Informationen versorgt, welche notwendig sind, um negative Kundenreaktionen von vornherein zu unterbinden.⁷⁸ Wenn dies gelingt, werden die negativen Effekte, die das Unternehmen zu fürchten hat, abgeschwächt oder gänzlich aufgehoben. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Anbieter nachvollziehbare Gründe für die Preisunterschiede präsentiert, sodass diese gar nicht als abzulehnende Ungleichbehandlung aufgefasst werden.⁷⁹ Wenn Preisunterschiede begründet werden, erhöht dies generell ihre Akzeptanz und sie werden von Kunden eher als „fair“ rezipiert. Der Anbieter kann z. B. versuchen zu suggerieren, dass die unterschiedlichen Preishöhen die Folge ihm entstehender unterschiedlicher Kosten sind.⁸⁰ Auch lassen sich statusbezogene Rabatte, wie etwa solche für besonders treue Kunden oder Senioren, schlüssig erklären.⁸¹ Stammkundenrabatt erfährt generell hohe Akzeptanz.⁸² Die soziale Akzeptanz von Rabatten zugunsten bestimmter finanziell im Durchschnitt schwächer gestellter Gruppen (Senioren, Studenten, Arbeitslose, Schwerbehinderte etc.) ist bereits aus der analogen Welt im Kontext von Preisdiskriminierung 3. Grades hinlänglich bekannt.⁸³ Es handelt sich um faktisch und sozial leicht nachvollziehbare Sachverhalte. Dies ermöglicht Anbietern die Umsetzung dieser finanziellen Privilegierung.

Die Akzeptanz von Gruppenpreisen kommt allerdings dann an ihre Grenzen, wenn Kunden den Preissetzungsmechanismus nicht nachvollziehen können und ihn als intransparent empfinden.⁸⁴ Komplexe, undurchschaubare Preissetzungsmechanismen, an deren Ende individualisierte Preise stehen, wirken auf Kunden abschreckend und zeitigen damit einen deutlich erhöhten Begründungsaufwand auf Seiten des Anbieters. Zum einen fehlt diesen Preisen die leicht erkennbare soziale Legitimation. Zum anderen kann die Methode, wie sie zustande kommen, auf die Betroffenen aufgrund ihrer Intransparenz bedrohlich wirken. Der berechnete Reservationspreis ist das Ergebnis einer Hochrechnung. Es handelt sich also um ein indirekt ermitteltes personenbezogenes Datum, welches vom Betroffenen als solches nicht bewusst und freiwillig preisgegeben, sondern ohne sein Zutun berechnet

⁷⁸ Xia/Monroe/Cox, *Journal of Marketing* 68 (2004), 1, 9.

⁷⁹ Vgl. dazu auch Vaidyanathan/Aggarwal, *J. Bus. Res.* 56 (2003), 453, 461.

⁸⁰ Vgl. Garbarino/Maxwell, *J. Bus. Res.* 63 (2010), 1066, 1071.

⁸¹ Vgl. Xia/Monroe, *Journal of Economic Psychology* 31 (2010), 884, 893.

⁸² Schleusener, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 85.

⁸³ Graef, *Colum. J. Eur. L.* 24 (2018), 541, 557; Townley/Morrison/Yeung, *YEL* 36 (2017), 683, 704.

⁸⁴ Maggiolino, *Bocconi Legal Studies Research Paper No.* 2984840 2017, 1, 11.

wurde.⁸⁵ Die Interaktion zwischen dem Kunden und dem Anbieter hat demnach eine andere Qualität als eine (vom Kunden gewünschte) Preisanpassung aufgrund aktiv mitgeteilter Informationen: Der Kunde hat sich weder „seinen“ Preis selber ausgesucht (wie es bei Preisdiskriminierung 2. Grades der Fall ist), noch hat er seine Gruppenzugehörigkeit selber preisgegeben oder konnte die Zuordnung zu einer bestimmten, im Vorhinein definierten Gruppe im Vorfeld absehen (wie es bei Preisdiskriminierung 3. Grades der Fall ist).⁸⁶ Der Kunde verliert damit die Kontrolle über die Preisgestaltung, da diese ihm ohne seine Zustimmung „von außen“ aufoktroiert wird. Diese Form von „Objektivierung“ führt, sofern sie als solche wahrgenommen wird, in aller Regel zu Ablehnung.⁸⁷

Die Akzeptanz auf Kundenseite kann zudem nicht (nur) durch eine inhaltliche Begründung des preislichen Unterschieds geschaffen werden, sondern auch durch das Setzen verschiedener Anreize für Käufer aus verschiedenen Gruppen, so z. B. indem Bestandskunden mit „Treuepunkten“ belohnt werden und Neukunden bei ihrer ersten Bestellung einen „Neukundenbonus“ erhalten.⁸⁸ Die *de facto* stattfindende Personalisierung wird damit verschleiert und wirkt aus Kundensicht nicht mehr wie eine grundlose Ungleichbehandlung ansonsten „gleicher“ Kunden. Mit Blick auf diese Beispiele ist es zudem bemerkenswert, dass die Kundenempfindungen oftmals inkonsistent bzw. irrational sind. So bewerten Kunden Rabatte für Neukunden gleichermaßen als fair wie Rabatte für besonders loyale Bestandskunden und akzeptieren diese Art der Preispolitik – und dies, obwohl im ersten Fall die Bestandskunden mehr zahlen als Neukunden und im zweiten Fall weniger.⁸⁹

Personalisierte Preissetzungsmethoden sind nicht unbedingt statisch und erschöpfen sich darin, einzelnen Kunden einmalig einen bestimmten Preis zuzuweisen und diesen dann „durchzusetzen“. Es handelt sich stattdessen häufig um flexible Verfahren, wodurch Preise situativ – und vor dem Hintergrund des bereits Gesagten auf möglichst subtile Art und Weise – angepasst werden können. So verwenden Anbieter online zumeist Einheitspreise, welche grundsätzlich allen Webseitenbesuchern zunächst in gleicher Höhe angezeigt werden.⁹⁰ Dies hat den Vorteil, dass Preisanpassungen (unabhängig davon, wie sie umgesetzt werden) aus Kundensicht in der Regel die Reduktion eines Referenzpreises darstellen.⁹¹ Diese Vorgehensweise verbinden Kunden grundsätzlich mit positiven Assoziationen. Die individualisierte Anpassung des Preises erfolgt somit indirekt. Oftmals anzutreffen sind z. B. Rabatte, welche mittels Coupons/Gutscheinen oder anderen individuali-

⁸⁵ *Dies.*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 11.

⁸⁶ *Dies.*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, 1, 11.

⁸⁷ Zur Thematik der Intransparenz automatisierter Verfahren vgl. *Citron/Pasquale*, Wash. L. Rev. 89 (2014), 1, 10 f. (im Kontext von Kredit-Scoring).

⁸⁸ *Garbarino/Maxwell*, J. Bus. Res. 63 (2010), 1066, 1070 f.

⁸⁹ Vgl. *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 707 f.

⁹⁰ Diese mögen zwar aufgrund von dynamischer Preisgestaltung (als Ausdruck von Angebot und Nachfrage) oder im Rahmen von A/B-Tests kurzfristig schwanken, dies stellt aber gerade keine Personalisierung dar (siehe bereits oben Kap. 7, I. 1.).

⁹¹ Vgl. *Kimes*, The Cornell H.R.A. Quarterly 35 (1994), 22, 24.

sierten Ermäßigungen eingeräumt werden. Wenn z. B. bei einem Kunden eine eher höhere Preissensitivität vermutet wird, kann die Personalisierung des Preises dadurch realisiert werden, dass dieser per E-Mail oder als Pop-up-Fenster in seinem Browser einen Gutschein erhält, womit der letztlich tatsächlich verlangte Preis seinem Reservationspreis entspricht oder sich diesem zumindest annähert. Ein Hinweis auf die erhöhte Preissensitivität eines Kunden und dementsprechender Anlass, diesem einen Gutschein zukommen zu lassen, kann z. B. dann angenommen werden, wenn dieser ein bestimmtes Produkt für einen längeren Zeitraum in seinem Online-Warenkorb behält, den Kaufvorgang aber nicht abschließt.⁹²

Solche flexiblen Verfahren sind vor allem auch dann hilfreich, wenn zunächst nur unzureichende Daten über die Preissensitivität eines Kunden vorliegen. Das Auswerten der individuellen Zahlungsbereitschaft kann dann z. B. dergestalt ablaufen, dass einem erkennbar unentschlossenen Kunden, welcher mehrmals eine Seite besucht hat, ohne dort etwas zu kaufen, ein Gutschein angeboten wird. Diese Vorgehensweisen haben für den Anbieter auch den Vorteil, dass die Personalisierung der Preise von den Kunden nicht unbedingt als solche erkannt und das Vorgehen in der Regel weder vom Kunden selbst noch von Dritten als unfair bewertet wird.⁹³ Hinzu kommt, dass aus verhaltenspsychologischer Sicht ein „reduzierter Preis“, also ein solcher, der von einem Referenzpreis (hier: der einheitlich angezeigte Standardpreis) nach unten abweicht, einen besonderen, irrationalen Kaufanreiz schafft.⁹⁴ Die Personalisierung erfolgt dann also in Verbindung mit einer psychologischen Beeinflussung der Kunden.

b. Preishöhe

Der Anbieter muss abwägen, ob und ggf. inwieweit es die Umstände zulassen bzw. gebieten, dass er im Einzelfall von seinem Einheitspreis – den er in Ermangelung der Kenntnis des Reservationspreises sonst von jedem Kunden verlangen würde – abweicht. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass (neben der zumindest groben Kenntnis des Reservationspreises als Grundvoraussetzung) dabei vor allem die konkrete Wettbewerbssituation entscheidend ist. Die Höhe des verlangten Preises entspricht mindestens den Kosten, die dem Anbieter selbst entstehen. Eine positive Kaufentscheidung kann dieser grundsätzlich überhaupt nur erwarten, wenn der dem Kunden angezeigte Preis höchstens dem ermittelten individuellen Reservationspreis entspricht. Liegt dieser unter den Grenzkosten, ist ein Kauf grundsätzlich ausgeschlossen – es sei denn, der Anbieter schafft es, auf den Kunden dergestalt Einfluss zu nehmen, dass sein Reservationspreis steigt (diese Situation wird an dieser Stelle zunächst außen vor gelassen, d. h. der Reservationspreis wird als grundsätzlich fixes Datum behandelt). Die gewählte Preishöhe hängt neben der wettbewerblichen Situation in vielen Fällen vom gewählten Kommunikationsweg sowie ande-

⁹² Obergfell, ZLR 2017, 290, 293.

⁹³ Vgl. *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 111 f.

⁹⁴ Vgl. *Kimes*, The Cornell H.R.A. Quarterly 35 (1994), 22, 24.

ren situativen Aspekten ab. Bei dem genannten Beispiel eines zögernden, noch unentschlossenen Kunden, welcher das Produkt erst kauft, sobald er eine Preisreduktion in Form eines Gutscheins erhält, ergibt sich die Annäherung an den Reservationspreis über den „Umweg“ des Gutscheins beispielsweise gerade erst aus diesem Zögern. Anbieter sind also teilweise auch darauf angewiesen, die Zahlungsbereitschaft mittels unmittelbarer Kundenkommunikation erst auszutesten.

In der Theorie wäre der Anbieter, sofern er den jeweiligen Reservationspreis seiner Kunden kennt, bei rein ökonomischer, statischer Betrachtung in der Lage, dank *Personalised Pricing* den Reservationspreis eines jeden Kunden in jeder Situation vollständig auszuschöpfen. Jeder Kunde würde das Maximum dessen bezahlen, was er zu zahlen bereit wäre. Dies hätte zur Folge, dass der Anbieter die gesamte Konsumentenrente abgreifen kann. Diese Aussage ist lebensfern, denn sie ist in ihrer Absolutheit nur in zwei Szenarien gültig, die beide zum heutigen Zeitpunkt im Online-Handel in aller Regel nicht dauerhaft bzw. nicht in ausreichendem Maße praktikabel sind. Die Analyse der Preishöhenbestimmung wählt hier dennoch bewusst diesen hypothetischen Extremfall als Ausgangspunkt und untersucht, warum er kaum eintreten kann. Auch wenn dieses Szenario in der Praxis kaum vorkommen wird, erlaubt diese Betrachtungsweise nämlich eine modellhafte, anschauliche Untersuchung der Rahmenbedingungen, denen sich Anbieter beim Prozess der Preisgestaltung ausgesetzt sehen, und einen ersten Zugang zu Phänomenen, die im Wettbewerbsprozess zutage treten können. Vor diesem Hintergrund wird vor allem erkennbar, dass personalisierte Preise auf den Preiswettbewerb Einfluss nehmen und ihn intensivieren oder abschwächen können.⁹⁵ Die genauen Auswirkungen hängen von verschiedenen Faktoren ab und lassen sich deshalb nicht pauschal zusammenfassen. Zugleich wird sich zudem zeigen, dass die Gefahr besteht, dass unter bestimmten Voraussetzungen Rahmenbedingungen dafür entstehen können, dass es im Kontext von personalisierten Preisen zu Absprachen zwischen Wettbewerbern oder auch zu bewusstem, wettbewerbsschädlichem Parallelverhalten bei der Preissetzung kommt.

aa. Monopolsituation

Die erste Situation ist diejenige, dass der Anbieter eine Monopolstellung hält und damit auf dem relevanten Markt der einzige Anbieter ist.⁹⁶ Dies ist der „Lehrbuchfall“, der häufig als ökonomisches Modell herangezogen wird, um Preisdiskriminierung zu erklären und zu untersuchen. Er erlaubt es, relativ leicht ihre Auswirkungen mit Blick auf wirtschaftliche Effizienz, Wohlfahrt und Verteilungsgerechtigkeit zu analysieren. Um eine Monopolstellung im Einzelfall

⁹⁵ *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 691–694.

⁹⁶ Vgl. *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u. a. (Hrsg.), Kartellrecht, 42020, Art. 102 AEUV Rn. 120 (im Kontext von Art. 102 AEUV). Nur das Innehaben eines gewissen Grades an Marktmacht, nicht aber die Marktbeherrschung ist Voraussetzung dafür, Preisdiskriminierung betreiben zu können (siehe bereits oben Kap. 6, II. 1.).

feststellen zu können, müsste mithin eine Marktabgrenzung vorgenommen werden. Das Vorliegen eines Monopols ist im Online-Handel beim Verkauf von Gütern und Dienstleistungen an Endverbraucher allerdings nur in Ausnahmefällen tatsächlich denkbar. Wahrscheinlicher ist stattdessen, dass unvollkommener Wettbewerb herrscht, durchaus mit marktmächtigen Anbietern.⁹⁷ Denkbar wäre ein (rechtliches) Monopol in der Situation, dass der Anbieter Immaterialgüterrechte hält (etwa Patente, welche ihm die exklusive Produktion des Gutes erlauben).⁹⁸ Generell würde eine Monopolsituation Wettbewerber auf den Markt locken, die versuchen, ein Substitut für das Monopolgut anzubieten.

Selbst wenn auf einem bestimmten Markt ein Monopol für eine bestimmte Art von Gütern oder Dienstleistungen besteht, folgt daraus aber nicht, dass der Monopolist tatsächlich dauerhaft die Reservationspreise aller seiner Kunden ausreizen kann. In diesem Fall wäre nämlich anzunehmen, dass sich ein Zweitmarkt für den Weiterverkauf des Gutes entwickelt, sodass eine der drei Voraussetzungen von Preisdiskriminierung – die Verhinderung des Weiterverkaufs des Gutes (Arbitrage) – gar nicht mehr gegeben wäre. Kunden mit niedrigerem Reservationspreis könnten das Produkt kaufen und zu einem etwas höheren Preis an diejenigen Kunden verkaufen, die aufgrund ihres hohen Reservationspreises mehr dafür zu zahlen bereit wären. Das Ausreizen des Preises wäre für den Monopolisten damit keine dauerhaft gangbare Strategie. Diese Aussage ist nur gültig, sofern es sich nicht um personalisierte Güter handelt oder um solche, die aus rechtlichen oder tatsächlichen⁹⁹ Gründen nicht weiterverkauft werden können. Hinzu kommt, dass Anbieter in der Regel allerdings ohnehin eher nicht versuchen dürften, den Reservationspreis komplett auszureizen. Die Bestimmungsverfahren – also das Profiling – sind systembedingt fehleranfällig. Es ist davon auszugehen, dass Anbieter einen „Puffer“ einkalkulieren, um der Situation entgegenzuwirken, dass ein Preis gefordert wird, der über dem Reservationspreis angesiedelt ist.¹⁰⁰ Die Gründe hierfür sind betriebswirtschaftlicher Natur: Die Situation, dass ein Kunde ein Produkt nicht kauft, weil der verlangte Preis geringfügig über seinem Reservationspreis liegt (sog. *false positive*¹⁰¹), führt dazu, dass der Anbieter keinen Gewinn macht. Liegt der verlangte und erhaltene Preis etwas unter dem Reservationspreis, lohnt sich das Geschäft hingegen. Deshalb wird er eher einen niedrigeren Preis verlangen.¹⁰²

Zu diesen ökonomischen Erwägungen kommen zudem verhaltenspsychologische, in diesem Fall solche des Marketings hinzu: Aus Marketing-Gesichtspunkten ist es für ein Unternehmen nicht empfehlenswert, seine Preispolitik immer auf den höchstmöglichen (kurzfristigen) Gewinn auszurichten. Ein ausschließlich

⁹⁷Vgl. dazu auch *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 691.

⁹⁸Vgl. *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u. a. (Hrsg.), Kartellrecht, ⁴2020, Art. 102 AEUV Rn. 122.

⁹⁹Hier ist vor allem an verderbliche oder anderweitig zeitkritische Waren zu denken.

¹⁰⁰Vgl. *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 11 und *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 525.

¹⁰¹Siehe dazu bereits oben Kap. 2, III. 2.

¹⁰²*Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 303.

profitorientiertes „Ausnutzen“ der Kunden stößt bei diesen auf starke Ablehnung und kann, wenn es als solches erkannt wird, dem Unternehmen nachhaltig schaden.¹⁰³ Auch wenn einzelne Kunden also einen hohen Reservationspreis aufweisen und diesen im Einzelfall vielleicht auch tatsächlich zahlen würden, wird eine offensichtliche, nicht gerechtfertigte Preispersonalisierung – vor allem auch von mit dem Kunden bekannten Dritten und der Öffentlichkeit – als unfair betrachtet werden und mittel- und langfristig dem Unternehmen schaden, da dieses dadurch das Vertrauen seiner Kunden verlieren kann.¹⁰⁴ Der bereits umrissene *Amazon-Fall*¹⁰⁵ ist dafür das beste Beispiel. Die mediale Kritik am Unternehmen war massiv und führte dazu, dass *Amazon.com* sich zu einer öffentlichen Entschuldigung gezwungen sah, den Betroffenen die entstandenen Differenzbeträge erstattete und versprach, diese Art von Preispersonalisierung nicht mehr vorzunehmen.¹⁰⁶ Der Vertrauensschaden, der einem Unternehmen in einem solchen Fall droht, ist bedeutend.¹⁰⁷ Dies unterstreicht, dass *Personalised Pricing* häufig nur über Umwege praktisch möglich ist. Es wäre also verfehlt, davon auszugehen, dass der Reservationspreis des Kunden ein fixes, gegebenes Datum ist, an dem der Anbieter sich ohne Weiteres orientieren kann. Stattdessen kann die individuelle Zahlungsbereitschaft beträchtlich und in hoher Frequenz schwanken und hängt auch von externen Umständen des Einzelfalls ab, deren jeweilige Bedeutung kaum vorhersehbar ist.¹⁰⁸

Wenn stattdessen unvollkommener Wettbewerb herrscht, würde ein stetes vollständiges Ausreizen des Reservationspreises bei dynamischer Betrachtungsweise grundsätzlich dazu führen, dass Wettbewerber mit günstigeren Preisen in den Markt ein- bzw. an den Kunden herantreten und der Anbieter seine Preise nicht dauerhaft, sondern allenfalls für einen kurzen Zeitraum oder im Einzelfall ausreizen kann. Bei unvollkommenem Wettbewerb kann die Intensität des Preiswettbewerbs – im Gegensatz zu dem, was die statisch betrachtete Monopolsituation suggeriert – durchaus steigen, wenn Anbieter Preise personalisieren.¹⁰⁹ Die Kunden profitieren dann von niedrigeren Preisen und einer generell gesteigerten Konsumentenwohl- fahrt. Die genauen Auswirkungen auf die Höhe der verlangten Preise hängen aber von verschiedenen komplexen Faktoren ab, wie etwa dem Umfang des Wissens bzw. der personenbezogenen Daten, die den am Markt tätigen Anbietern über ihre Kunden zur Verfügung stehen, der konkreten Marktstruktur sowie der genauen Kundenpräferenzen sowie Verhaltensweisen und Eigenschaften der Kunden.¹¹⁰ Dementsprechend kann die Intensität des Wettbewerbs auch absinken. Ein Ausreizen der Preise, wie es im Modell des Monopolisten, der von allen seinen Kunden

¹⁰³ Siehe oben Kap. 7, III. 3. a. bb.

¹⁰⁴ *Vaidyanathan/Aggarwal*, J. Bus. Res. 56 (2003), 453. U.a. aus diesem Grund kommt das Prinzip von Angebot und Nachfrage in der Praxis oftmals nur eingeschränkt zum Tragen.

¹⁰⁵ Siehe oben Kap. 7, IV. 2. a.

¹⁰⁶ *Miller*, J. Tech. L. & Pol 19 (2014), 41, 48.

¹⁰⁷ Vgl. *Paal*, GRUR 2019, 43, 48 (in Fußnote 72 auch auf den *Amazon-Fall* bezugnehmend).

¹⁰⁸ *Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 303.

¹⁰⁹ *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 691–694.

¹¹⁰ Vgl. *dies.*, YEL 36 (2017), 683, 691–697 m.w.N.

die Reservationspreise kennt, skizziert wird, ist dennoch in kaum einer Situation in bedeutendem Umfang denkbar. Sobald Wettbewerber niedrigere Preise anbieten, ist der Anbieter über kurz oder lang gezwungen, nachzuziehen – dieser Faktor beschränkt *de facto* seine Preissetzungsfreiheit.¹¹¹ Kunden haben zahlreiche einfache Möglichkeiten, die Preise der verschiedenen am Markt aktiven Anbieter zu vergleichen, wie etwa die Nutzung von Preisvergleichswebseiten oder „ShopBots“. Ein großer Teil von ihnen nimmt diese auch wahr.¹¹² Vor allem diese Transparenz schränkt die Möglichkeiten des Anbieters, personalisierte Preise einzusetzen, bedeutend ein.¹¹³ Je nach Wettbewerbsintensität auf dem Markt für das verkaufte Gut wird der tatsächlich erzielbare Preis also niedriger liegen, als es der Reservationspreis des Einzelnen vielleicht vermuten lässt.¹¹⁴ Es kann damit festgehalten werden, dass die Kenntnis des Reservationspreises nicht *per se*, sondern allenfalls in besonders gelagerten Ausnahmefällen mit der tatsächlichen Fähigkeit einhergeht, diesen auch gänzlich abschöpfen zu können.

bb. Koordinierungssituation

Die zweite hypothetische Situation, in der ein Anbieter in der Lage ist, den Reservationspreis einzelner Kunden jederzeit voll auszuschöpfen, ist anders gelagert als das zuvor beschriebene Szenario. Sie stellt – zumindest zum jetzigen Zeitpunkt – eher ein Gedankenspiel dar. Dennoch darf dieses angesichts des Fortgangs der technischen Entwicklung nicht unerwähnt bleiben. Zudem erlaubt das Skizzieren dieses „Extremfalls“ den Blick auf realistischere Szenarien.

Gemeint ist der Fall, dass alle Wettbewerber genauso verfahren wie der Anbieter und von jedem Kunden immer genau dessen Reservationspreis verlangen. Der einzelne Kunde wird immer mit dem gleichen Preis konfrontiert, wobei dieser von Person zu Person schwanken kann. Hier wird also eine ganz andere Ausgangslage skizziert als bei der zuvor beschriebenen Situation eines Monopolanbieters. Dort wurde angenommen, dass nur der Anbieter das Produkt überhaupt anbieten kann und darauf aufbauend analysiert, welche Beschränkungen „von außen“ – sprich: herrschende Wettbewerbsbedingungen und befürchtete Kundenrezeption – ihn daran hindern, die Konsumentenrente gänzlich abzuschöpfen. Die nun analysierte Situation geht hingegen von mindestens zwei Anbietern aus, die an sich zueinander im Wettbewerb stehen, dennoch aber im Ergebnis den gleichen Preis für das gleiche Gut verlangen und dabei die Zahlungsbereitschaft der Kunden ausreizen können.

Diese Konstellation hat zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Zunächst müssten alle Wettbewerber Zugriff auf das identische kundenbezogene

¹¹¹ Schleusener, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), Praxis der Personalisierung im Handel, 2017, S. 71, 80.

¹¹² Vgl. dazu z. B. *Competition and Markets Authority (CMA), Digital Comparison Tools Market Study*, 2017, S. 22 ff.

¹¹³ Schleusener, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), Praxis der Personalisierung im Handel, 2017, S. 71, 81.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch *Stole*, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 2007, S. 2221, 2229 f.

Datenmaterial haben und diese Daten mit dem gleichen Ergebnis auswerten – oder aus anderen Gründen allesamt Kenntnis des Reservationspreises jedes relevanten Kunden haben.¹¹⁵ Die zweite Voraussetzung wäre, dass alle Anbieter zudem den Reservationspreis gänzlich ausreizen. Dass beide Voraussetzungen vorliegen, ist in dieser extremen Form allenfalls in wenigen, speziellen Ausnahmefällen vorstellbar. Hinzu kommt, dass die beschriebene Konstellation neue Wettbewerber auf den Markt locken würde, die versuchen, die Preise ihrer Konkurrenten zu unterbieten.

Mit Blick auf die notwendige anbieterübergreifende Kenntnis des Reservationspreises ist festzuhalten, dass grundsätzlich nicht allen Anbietern am Markt die gleichen Informationen über jeden Kunden zur Verfügung stehen. Die für die Preispersonalisierung zwingend notwendigen personenbezogenen Daten sind nicht frei verfügbar, sondern unterschiedlich zwischen den Anbietern verteilt.¹¹⁶ Sie müssen vom Anbieter erst gesammelt oder anderweitig beschafft werden, z. B. durch Kauf der Daten oder etwa auch mittels eines Zusammenschlusses. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben setzen dieser Art von Datenverarbeitung und -handel rechtliche Grenzen und behindern den Transfer personenbezogener Daten. Zwar findet ein Austausch von bzw. Handel mit Daten zwischen Unternehmen durchaus statt.¹¹⁷ Um Preispersonalisierung auf breiter Front mit Wirkung gegenüber jedem Kunden zu etablieren, müssten aber für jeden einzelnen Kunden spezifische Daten getauscht werden, nämlich der Reservationspreis als solches oder ein Kundenprofil, das die zuverlässige Berechnung des Reservationspreises erlaubt. Unabhängig von der großen Menge an qualitativ hochwertigen Daten, die für die Berechnung des Reservationspreises notwendig sind, wäre dies datenschutzrechtlich mit Blick auf Art. 6 I S. 1 DSGVO kaum in zulässiger Weise zu realisieren und zudem kartellrechtswidrig (vgl. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB). Auch wäre es allein schon aus technischen Gründen kaum möglich, da sich das bereits beschriebene Problem der eindeutigen Identifikation einzelner Kunden¹¹⁸ stellen würde. Unabhängig von diesen rechtlichen Rahmenbedingungen wären viele Unternehmen auch gar nicht unbedingt bereit, diese Art von Daten mit ihren Wettbewerbern zu teilen, da die darin enthaltenen Kundeninformationen einen Wettbewerbsvorteil darstellen. Das Ausmaß, mit dem ein Anbieter Kundendaten sammelt, ist eine strategische Entscheidung. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass Anbieter primär Kenntnis über ihre eigenen Kunden haben, nicht aber über die ihrer Konkurrenten.¹¹⁹ Die notwendigen kundenbezogenen Informationen sind damit grundsätzlich nicht allen Wettbewerbern ohne Weiteres zugänglich. Insofern herrscht zwischen den Anbietern Informationsasymmetrie. Dies ist für den einzelnen Kunden tendenziell durchaus nachteilig, denn die beschriebene Situation schränkt ihm gegenüber

¹¹⁵Vgl. *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel*, 2017, S. 71, 80.

¹¹⁶Vgl. dazu auch *Paal*, GRUR 2019, 43, 45.

¹¹⁷Vgl. dazu beispielsweise *Competition and Markets Authority (CMA)*, *The Commercial Use of Consumer Data*, 2015, S. 37 ff.

¹¹⁸Siehe bereits oben Kap. 7, III. 3. a. aa.

¹¹⁹Vgl. *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 696 f.

den Preiswettbewerb ein: Je mehr Anbieter seinen Reservationspreis (zumindest näherungsweise) kennen, desto wahrscheinlicher ist es, dass sie versuchen werden, sich jeweils preislich zu unterbieten.¹²⁰

Um die eingangs beschriebene Situation der anbieterübergreifenden Ausreizung des Reservationspreises zu erreichen, müssten zudem entweder alle Anbieter immer mit dem ausschließlichen Ziel der Gewinnmaximierung arbeiten (d. h. als Automatismus den Reservationspreis tatsächlich in voller Höhe vom Kunden verlangen) oder sie müssten sich über den verlangten Preis in kartellrechtswidriger Weise absprechen bzw. mithilfe von Preissetzungssoftware oder entsprechender Dienstleister zum gleichen Preis kommen.

Der erste Unterfall (das Ausreizen des Preises *per se*) unterstellt, dass Unternehmen die erkannte Preisspanne vollständig ausnutzen. Unter Wettbewerbsbedingungen kann der Anbieter seine Preise aber gerade nicht gänzlich frei setzen. Wettbewerb schlägt sich grundsätzlich in den Preisen nieder: Jeder Anbieter wird bei seiner Preissetzung durch die Preise seiner Wettbewerber beeinflusst und beschränkt. Hinzu kommt, dass nicht jeder Anbieter zwangsläufig stets mit dem Ziel der Gewinnmaximierung handelt. Es ist z. B. durchaus denkbar, dass es einem Anbieter (zunächst) primär darum geht, seinen Absatz auszuweiten, um sich auf einem bestimmten Markt zu etablieren.¹²¹ Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang auch der Blick auf die USA. Bis zum Erlass des (nur in Kalifornien gültigen) *California Consumer Privacy Act* im Jahre 2018 gab es dort weder auf Bundesebene noch auf Ebene der einzelnen Bundesstaaten ein generell anwendbares Datenschutzgesetz nach europäischem Vorbild. Stattdessen wurde auf sektorspezifische Datenschutzregulierung gesetzt.¹²² Dementsprechend war es lange Zeit möglich (und ist es in den meisten US-Bundesstaaten auch heute noch), personenbezogene Daten weitgehend frei von regulatorischen Einschränkungen zu verarbeiten. Datenaustausch und -handel fanden zumindest bisher in großem Umfang auch tatsächlich statt, vor allem mittels sog. *Data Broker*, die als Intermediäre agieren.¹²³ Dennoch ist nicht bekannt, dass *Personalised Pricing* gegenüber Endverbrauchern dort häufiger zum Einsatz gekommen ist als in Ländern der Europäischen Union. Von einem flächendeckenden Einsatz personalisierter Preise, wie er hier skizziert wird, kann erst recht keine Rede sein.

Der zweite Unterfall betrifft Situationen, in denen die Anbieter sich über die verlangten Preise aktiv absprechen oder sich in einer wettbewerblichen Situation befinden, in der aus anderen Gründen auch ohne Absprache die Preise über den Wettbewerbspreis steigen. Aktive anbieterübergreifende Preisabsprachen – die etwa mittels Software umgesetzt werden – wären denkbar.¹²⁴ Allerdings wären sie

¹²⁰ Vgl. *dies.*, YEL 36 (2017), 683, 695. Zu den ökonomischen Auswirkungen von Datenschutzregulierung vgl. auch grundlegend *Shy/Stenbacka*, J. Econ. Manag. Strategy 25 (2016), 539 ff.

¹²¹ *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz (Hrsg.), Praxis der Personalisierung im Handel, 2017, S. 71, 80.

¹²² Siehe dazu bereits oben Kap. 2, I. 2.

¹²³ Vgl. *Federal Trade Commission*, Data Brokers – A Call for Transparency and Accountability, 2014 *passim*.

¹²⁴ Siehe dazu grundlegend *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 39 ff.

offensichtlich kartellrechtlich unzulässig und bußgeldbewehrt (vgl. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB). Zudem wäre die technische Umsetzung und Koordinierung in vielerlei Hinsicht äußerst schwierig. Aus diesen Gründen wird hier davon ausgegangen, dass sich keine bedeutende Zahl an Anbietern finden würde, die sich tatsächlich an einer derartigen Absprache, die mit personalisierten Preisen gekoppelt ist, beteiligen würde und in technischer Hinsicht auch könnte.¹²⁵

Interessanter ist die Frage, welche Auswirkungen algorithmenbasierte, automatisierte Preissetzungsmethoden auf die Preishöhe im Einzelfall und bezogen auf den Durchschnitt der Kunden haben können. Dynamische Preissetzungsmethoden sind im Online-Handel heutzutage weit verbreitet. Sie erlauben es den Anbietern, ihre Preise laufend und mit hoher Frequenz an Angebot und Nachfrage anzupassen und dabei auch die von den Wettbewerbern verlangten Preise in Echtzeit zu berücksichtigen. Vor allem diese, aber auch ähnliche Konstellationen werden im kartellrechtlichen Schrifttum unter dem Stichwort *Algorithmic Pricing* diskutiert.¹²⁶ Die Diskussion bezieht sich dort nicht primär auf personalisierte Preise, sondern wird eher mit Blick auf die Frage geführt, welche kartellrechtlichen Implikationen von Algorithmen gesteuerte Preissetzungsmethoden aufweisen. Diskutiert wird, wie *Algorithmic Pricing* einzuordnen ist, etwa als (grundsätzlich kartellrechtswidrige) Absprache oder als (grundsätzlich zulässiges) bewusstes Parallelverhalten. Die Diskussion bezieht sich zumeist auf die technischen Hintergründe bzw. abzusehenden Entwicklungen, auf die Anwendbarkeit des Kartellrechts und auf die Frage, inwiefern es geboten ist (oder in Zukunft werden könnte), etwaige Regelungslücken zu schließen. Im Kern geht es darum, ob bzw. inwiefern auf Algorithmen basierende Preissetzungsmethoden den Preiswettbewerb beeinflussen (können) und welche Folgen dies für die verschiedenen Marktteilnehmer hat.

cc. Tacit Collusion als Folge algorithmenbasierter Preissetzungsmethoden?

Inspiziert von den zuvor angerissenen Diskussionen lassen sich Überlegungen im Kontext von personalisierten Preisen im Online-Handel anstellen. Wenn man unterstellt, dass alle Anbieter (oder zumindest eine bedeutende Anzahl von ihnen) den Reservationspreis eines konkreten Kunden für ein bestimmtes Gut kennen und ihm gegenüber bezüglich der Preishöhe in Wettbewerb treten, wäre dies aus Sicht der Anbieter eine besondere Situation. Die Marktgegenseite – auf der sich die Kunden befinden – wäre in diesem Fall besonders, denn die Anbieter stünden im Wettbewerb um den konkreten, einzelnen Kunden, der Interesse an einem bestimmten, vom Anbieter angebotenen Produkt hat. Anders formuliert besteht die Nachfragerseite hier also aus einem Mosaik zahlreicher einzelner Kunden, die einzeln „umworben“ werden. Aufgrund der Möglichkeit der Preispersonalisierung ergibt sich hier also ein anderes Bild als in den Fällen, in denen dies nicht möglich ist. Die Anbieter segmen-

¹²⁵ Vgl. dazu *Competition and Markets Authority (CMA), Pricing Algorithms*, 2018, S. 43 f.

¹²⁶ Vgl. *Ezrachi/Stucke*, U. Ill. L. Rev. 2017 (2017), 1775 ff.; *Mehra*, Minn. L. Rev. 100 (2016), 1323 ff.; *Paal*, GRUR 2019, 43 ff.

tieren die Marktgegenseite nicht mit „herkömmlichen“ Methoden, also etwa mittels grob pauschalierter Gruppenpreise, sondern mit unmittelbar personalisierten Preisen. Dies bedeutet, dass ein Preiswettbewerb dem einzelnen Kunden gegenüber entstehen müsste, da jeder Anbieter ein Interesse daran hat, seine Wettbewerber zu unterbieten. Denkbar wäre auch – und unter Effizienzgesichtspunkten zu begrüßen – eine Steigerung des Absatzes, die sonst ohne Preispersonalisierung nicht eingetreten wäre. Dies wäre der Fall, wenn der Reservationspreis des Kunden unter dem Preis liegt, der sich ohne Preispersonalisierung einpendeln würde, aber für die Anbieter immer noch Gewinn generiert.

Bemerkenswert ist die Fragestellung, wie diese Situation sich konkret auf das Preisniveau den einzelnen Kunden gegenüber auswirken würde. Wenn alle Wettbewerber wissen, welchen Preis der konkrete, einzelne Kunde zu zahlen bereit ist, löst sich die Bestimmung des von ihm verlangten Preises möglicherweise vom normalen Wettbewerbsgefüge. Da Wettbewerb stattfindet, kann an sich davon ausgegangen werden, dass der Preis sich tendenziell unter dem Reservationspreis des Kunden ansiedelt. Dies liegt daran, dass jeder Anbieter grundsätzlich ein Interesse daran hat, seine Konkurrenten beim Preis zu unterbieten.

Mit Blick auf die Preishöhe wäre zudem unter bestimmten Umständen eine besondere Konstellation denkbar, welche dazu führt, dass der vom einzelnen Kunden verlangte Preis im Vergleich zum Wettbewerbspreis ansteigt. Gemeint ist der Fall koordinierter Effekte, welche das Ergebnis eines bewussten, erlaubten Parallelverhaltens sind. Dieses Phänomen ist unter dem Begriff *Tacit Collusion* bekannt.¹²⁷ Der klassische Fall ist der, dass ein Oligopol einiger weniger, typischerweise ungefähr gleich marktstarker Wettbewerber ohne sich abzusprechen in ein bewusstes Parallelverhalten eintritt und in der Folge die Intensität des Wettbewerbs zum Nachteil der Kunden dämpft.¹²⁸ Die Wettbewerber entscheiden sich in dieser Situation aufgrund (spieltheoretischer) Überlegungen dahingehend, wie ihre jeweiligen Wettbewerber sich verhalten werden, von echtem Wettbewerb abzusehen. Sie haben in dieser Konstellation keinen Anreiz, den Preis ihrer Wettbewerber zu unterbieten, da sie davon ausgehen müssen, dass die übrigen Wettbewerber dementsprechend nachziehen und so mittelfristig für alle Beteiligten der Marktanteil gleich bleibt, der Gewinn aber (aufgrund des von allen Beteiligten abgesenkten Preises) sinkt.¹²⁹ *Tacit Collusion* kommt grundsätzlich nur in oligopolistisch geprägten, konzentrierten Märkten vor.¹³⁰ Zwingend notwendig ist, dass hohe Markttransparenz herrscht. Ansonsten wäre es für die Oligopolisten nicht möglich, Wettbewerbsvorstöße der anderen zu

¹²⁷ Vgl. anschaulich *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 56 ff.

¹²⁸ *Thomas*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Band 2. *GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 52014, § 36 Rn. 303 f. (im Kontext der Fusionskontrolle).

¹²⁹ *Ders.*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Band 2. *GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 52014, § 36 Rn. 306 f.

¹³⁰ Freilich kann aus der Existenz eines Oligopols nicht *per se* auf das Vorliegen von „*Tacit Collusion*“ geschlossen werden. Im Gegenteil gibt es viele oligopolistische Märkte, auf denen starker Wettbewerb herrscht (*ders.*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Band 2. *GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 52014, § 36 Rn. 307).

entdecken.¹³¹ Dies ist am ehesten bei homogenen Massengütern der Fall und weniger bei personalisierten Produkten.¹³² Zudem müssen die Wettbewerber das Potenzial haben, Abweichler schnell zu „bestrafen“ oder, anders formuliert, schnell preislich nachzuziehen, sodass dieser Wettbewerber seinen Marktanteil nicht dauerhaft ausbauen kann.¹³³ Der wettbewerbschädliche Effekt liegt gerade darin begründet, dass es sich für Wettbewerber angesichts der drohenden Gegenmaßnahmen der anderen nicht lohnt, in einen echten Preiswettbewerb einzutreten, sondern dass stattdessen stillschweigend, ohne direkte Absprache, ein mehr oder weniger einheitlicher Preis akzeptiert und auf „echten“ Wettbewerb verzichtet wird.

Es ist denkbar, dass im Kontext von algorithmenbasierten, personalisierten Preisen in bestimmten, seltenen Konstellationen neue Formen von *Tacit Collusion* auftreten und zu tendenziell höheren Preisen für Endverbraucher führen.¹³⁴ Eine Schlüsselrolle spielt hierbei der Einsatz von Algorithmen, welche in der Lage sind, Preise in Echtzeit zu vergleichen und ggf. unmittelbar und automatisiert auf Preisänderungen zu reagieren.¹³⁵ Im E-Commerce werden oftmals homogene Güter (etwa Verbrauchsgüter des täglichen Bedarfs) bzw. leicht vergleichbare Dienstleistungen (etwa Flugreisen auf einer bestimmten Strecke) gehandelt. Das Vorliegen eines Oligopols und konzentrierter Märkte ist zumindest in einigen Sektoren denkbar. Hinzu kommt, dass im digitalen Umfeld *Tacit Collusion* tendenziell auch in Märkten mit einer größeren Anzahl an Wettbewerbern denkbar wird.¹³⁶ Das erfolgreiche Geschäftsmodell von Preisvergleichsportalen zeigt, dass es grundsätzlich möglich ist, ein konkretes Gut, welches von mehreren Anbietern angeboten wird,

¹³¹ Ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 2. GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 52014, § 36 Rn. 307.

¹³² Ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 2. GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 52014, § 36 Rn. 331.

¹³³ Ders., in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 2. GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 52014, § 36 Rn. 357.

¹³⁴ Vgl. dazu umfassend *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 56 ff. (und, darauf aufbauend, *dies.*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 17 (2020), 217 ff.) sowie *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age*, 2017 *passim*.

¹³⁵ Vgl. *Ezrachi/Stucke*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 17 (2020), 217, 225; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age*, 2017, S. 34.

¹³⁶ In einem Oligopol ist der Markt grundsätzlich eher „übersichtlich“ strukturiert. Dieser Umstand fördert (bzw. ermöglicht erst) ein bewusstes Parallelverhalten der Wettbewerber. Es wäre denkbar, dass Preissetzungsalgorithmen auch in „komplexeren“ Märkten den Eintritt in ein bewusstes Parallelverhalten ermöglichen (vgl. *Ezrachi/Stucke*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 17 (2020), 217, 228 f.). Vgl. dazu auch *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age*, 2017, S. 35: „[A]lgorithms might affect some characteristics of digital markets to such an extent that tacit collusion could become sustainable in a wider range of circumstances possibly expanding the oligopoly problem to non-oligopolistic market structures.“ Ein gewisses Maß an Marktkonzentration wird aber wohl in allen Fällen zwingend sein. Ansonsten könnten Dritte – vor allem neu in den Markt eintretende Wettbewerber – sich mit niedrigeren Preisen Marktanteile sichern bzw. ausbauen.

systematisch über den Faktor „Preis“ zu vergleichen.¹³⁷ Die Markttransparenz kann durch den Einsatz von Algorithmen massiv erhöht werden, da diese in der Lage sind, konstant die Preise anderer Anbieter zu beobachten. Sie können Wettbewerbsvorstöße von Konkurrenten, die sich nicht an die „Gruppendisziplin“ halten, somit in kürzester Zeit registrieren und unmittelbar mit Preisänderungen reagieren.

Es bleibt fraglich, unter welchen Bedingungen *Tacit Collusion* tatsächlich eintreten kann und mit dem Effekt einhergeht, dass die Preise einzelnen Kunden gegenüber tatsächlich steigen und für eine gewisse Zeit auf einem stabilen Preisniveau verharren – bzw. ob dies überhaupt der Fall sein wird.¹³⁸ Die diesbezügliche Diskussion wird in der Wissenschaft und seitens der Kartellbehörden¹³⁹ kontrovers geführt und erlaubt zum jetzigen Zeitpunkt noch keine abschließende Beurteilung. Nach jetzigem Kenntnisstand kann algorithmenbasierte *Tacit Collusion*, wenn überhaupt, nur in seltenen Ausnahmefällen tatsächlich eintreten und stellt damit eine Randerscheinung dar. Neben den bereits genannten Voraussetzungen (hohe Transparenz auf einem stark konzentrierten Markt und Möglichkeit der wettbewerblichen Gegenreaktion) gibt es weitere Bedingungen, die für ein derartiges, stabiles Parallelverhalten erfüllt sein müssen. So kann die Stabilität des Parallelverhaltens nur gewährleistet sein, wenn Dritte dieses nicht beeinträchtigen können. Letzteres wäre aber der Fall, wenn z. B. Kunden auf alternative Produkte ausweichen oder neue Wettbewerber in den Markt eintreten können.¹⁴⁰ Es wäre auch durchaus denkbar, dass sich auf Kundenseite Möglichkeiten ergeben, negativen Effekten gegenzusteuern, wie etwa Endverbraucherpreisen, welche in Folge von *Algorithmic Pricing* angestiegen sind. Durch den Einsatz geeigneter Software könnten Kunden beispielsweise Preispersonalisierungsmethoden der Anbieter zu ihrem Vorteil ausnutzen.¹⁴¹ Auch ist Markttransparenz bei personalisierten Preisen nicht zwangsläufig gegeben: Sofern etwa alle – bzw. manche – Kunden auf der Webseite eines

¹³⁷ Siehe dazu auch *European Commission*, Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry (Commission Staff Working Document), 2017, S. 175: „Price monitoring software can provide a high level of granularity, scope and immediate access to pricing data. For instance, some software allows companies to monitor several hundred websites extremely rapidly, if not in real time.“

¹³⁸ *Ezrachi/Stucke*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 17 (2020), 217, 228 f.

¹³⁹ *Competition and Markets Authority (CMA)*, Pricing Algorithms, 2018, S. 25 ff.; *Monopolkommission*, Wettbewerb 2018 – XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, 2018, S. 62 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Ezrachi/Stucke*, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 17 (2020), 217, 228.

¹⁴¹ Siehe dazu die Überlegungen (im Kontext des von den Autoren geprägten Begriffs „*Algorithmic Consumer*“) von *Gal/Elkin-Koren*, Harv. J. L. & Tech. 30 (2017), 309, 331 f.: „*Algorithmic buying groups may reduce the ability of suppliers to learn about, or to use to their advantage, information regarding each user’s preferences by aggregating the choices of different consumers into one virtual buyer (what might be called anonymization through aggregation). Indeed, once consumers are aggregated into sufficiently large consumer groups, suppliers will lose the ability to collect information on individual consumers’ preferences with regard to products bought through the group and to discriminate among them based on each consumer’s elasticity of demand.*“ Vgl. aber auch *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 532 f., der vermutet, dass Kunden bei einem „technischen Wettrüsten“ im Kontext von Preispersonalisierung langfristig nur verlieren können. Eher kritisch auch *Hennemann*, AcP 219 (2019), 818, 852 f. („(vielleicht noch) kein Allheilmittel“).

Anbieters einen personalisierten Preis angezeigt bekommen, ist die Vergleichbarkeit aus Sicht der Wettbewerber erschwert oder sogar unmöglich (dies gilt natürlich nicht im Falle eines aktiven Informationsaustauschs).¹⁴² Sie können aber nur in ein bewusstes Parallelverhalten eintreten, wenn sie wissen, welchen Preis ihre Wettbewerber einem bestimmten Kunden gegenüber für einen bestimmten Kaufgegenstand verlangen. Auch ist es nicht selbstverständlich, dass Anbieter in der Lage sein werden, die wettbewerblichen Handlungen ihrer Konkurrenten mit der notwendigen Genauigkeit vorherzusagen. Algorithmen sind dazu zwar grundsätzlich besser in der Lage als menschliche Entscheider.¹⁴³ Das Treffen präziser Vorhersagen dürfte aber gerade bei komplexer strukturierten Märkten oftmals schwierig oder kaum möglich sein, zumal dafür u. a. Zugriff auf enorm große, vielfältige Datenmengen nötig ist.¹⁴⁴ Auch findet Wettbewerb nicht nur über den Preis statt. Etablierte Anbieter genießen oftmals bei ihren Kunden einen Vertrauensvorsprung und haben allein deshalb mehr Spielraum bei der Preissetzung als andere.

Zudem spielen verschiedene, weitergehende Aspekte im Kontext von *Tacit Collusion* eine Rolle, deren Entwicklung zum heutigen Zeitpunkt aber kaum absehbar ist. Eine Schlüsselfrage dürfte die Rolle von Intermediären spielen, auf die Anbieter zurückgreifen, um Preise zu personalisieren bzw. anderweitig festzusetzen. Eine Sektor-Untersuchung im Bereich „elektronischer Handel“ der Europäischen Kommission hat ergeben, dass von 1051 befragten Händlern ungefähr die Hälfte die Online-Preise ihrer Wettbewerber verfolgen.¹⁴⁵ Für die Erledigung dieser Aufgabe kommt u. a. speziell dafür gemachte Software zum Einsatz, welche von den Anbietern (bzw. den Herstellern der Produkte) selber geschaffen oder von darauf spezialisierten Drittanbietern zur Verfügung gestellt wird. Die Anpassung der eigenen Preise an die der Wettbewerber findet dann manuell bzw. ganz oder teilweise automatisiert statt. Der Einsatz von Preisbeobachtungs- und Preissetzungssoftware birgt grundsätzlich die Möglichkeit der aktiven oder stillschweigenden Kollusion, da die Software als Intermediär den Informationsaustausch deutlich erleichtert (bzw. überhaupt erst ermöglicht).¹⁴⁶

Ein weiterer unklarer Aspekt in diesem Kontext ist die Frage, wem gegenüber sich *Tacit Collusion* tatsächlich auswirken könnte. Fraglich ist, ob sie („nur“) zu erhöhten Einheitspreisen führen würde, welche dann von allen Kunden verlangt

¹⁴² *Competition and Markets Authority* (CMA), *Pricing Algorithms*, 2018, S. 44 f. Vgl. dazu *Johannsen*, *Conscious Parallelism and Price Discrimination in the Era of Algorithms: A Case of collective Abuse of Dominance?*, 2017, S. 36, der in diesem Kontext verschiedene Fallgruppen bildet.

¹⁴³ Vgl. *Ezrachi/Stucke*, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 17 (2020), 217, 226; *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age*, 2017, S. 22.

¹⁴⁴ Vgl. zur notwendigen Infrastruktur *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age*, 2017, S. 45.

¹⁴⁵ *European Commission*, *Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry* (Commission Staff Working Document), 2017, S. 175–177.

¹⁴⁶ *Dass.*, *Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry* (Commission Staff Working Document), 2017, S. 176.

werden (horizontale Betrachtung), oder ob auch Konstellationen der Preispersonalisierung denkbar sind, die dazu führen, dass verschiedene Kunden verschiedene, aufgrund des Parallelverhaltens ggf. erhöhte Preise angezeigt bekommen. Ein derart „zersplittertes“ Preisgefüge würde aber die für *Tacit Collusion* zwingend notwendige Markttransparenz derart absenken, dass stabile koordinierte Effekte kaum mehr auftreten können.¹⁴⁷ Der letztgenannte Fall dürfte damit wohl ein theoretischer bleiben, zumal neben den Voraussetzungen für *Tacit Collusion* zugleich die Voraussetzungen für Preispersonalisierung gegeben sein müssten.

4. Fallbeispiel: Netflix

Wenn Preise personalisiert werden, kann diese Form der Preisdiskriminierung in der Theorie nahezu die Präzision „perfekter Preisdiskriminierung“ (also solcher 1. Grades) erreichen. Die zugrunde gelegten Gruppen werden mit zunehmender Datenmenge immer feingliedriger und präziser und geben ab einem gewissen Maß an Granularität näherungsweise Auskunft über den exakten Reservationspreis ihrer jeweiligen Mitglieder.¹⁴⁸ So wird bei theoretischer Betrachtungsweise – die besten Bedingungen unterstellt – ein ähnlich präzises Ergebnis erzielt wie bei Preisdiskriminierung 1. Grades. Der Weg ist konzeptionell allerdings ein anderer: Preisdiskriminierung 1. Grades unterstellt Kenntnis des Reservationspreises als inneres Merkmal des Betroffenen. Preisdiskriminierung 3. Grades erlaubt den Schluss auf den näherungsweisen Reservationspreis des Betroffenen anhand äußerer Merkmale, also beobachteter bzw. gesammelter Eigenschaften.

Die Verwendung personalisierter Preise ist in der Theorie für Anbieter äußerst lukrativ. *Benjamin Shiller* hat 2014 mithilfe eines eigens entwickelten ökonomischen Modells untersucht, welche Gewinnsteigerung der Video-Streamingdienst *Netflix* bei Verwendung personalisierter Preise realisieren könnte.¹⁴⁹ Personalisierte Preise, die ausschließlich anhand „einfacher“ demografischer Daten (wie etwa das verfügbare Haushaltseinkommen, das Vorhandensein von Kindern, die Anzahl von Personen im Haushalt etc.) kalkuliert wurden, führten demnach zu einer Gewinnsteigerung von 0,8 %. Demgegenüber wurden in einem zweiten fiktiven Szenario zur Preiskalkulation ca. 5000 Variablen eingesetzt, die hoch detaillierte Auskunft über das Surfverhalten von Kunden gaben.¹⁵⁰ Beispielsweise wurde berücksichtigt, wie häufig welche Webseiten (aus einem Pool von 4788) von den Nutzern angesteuert wurden und zu welcher Tageszeit sie an welchem Tag in der Woche im

¹⁴⁷ So auch die *Competition and Markets Authority* (CMA), *Pricing Algorithms*, 2018, S. 44 f. („*Tacit coordination and personalised pricing are very unlikely to occur together*“).

¹⁴⁸ *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 101 f.; *Competition and Markets Authority* (CMA), *Pricing Algorithms*, 2018, S. 36.

¹⁴⁹ *Shiller*, *First-Degree Price Discrimination using Big Data*, 2014.

¹⁵⁰ Zum Inhalt der im Rahmen der Studie eingesetzten Daten siehe ausführlich *ders.*, *First-Degree Price Discrimination using Big Data*, 2014, S. 6 f.

Internet gesurft haben. In diesem fiktiven Szenario betrug die Gewinnsteigerung 12,2 % und einzelne Kunden zahlten im Einzelfall das Doppelte des von *Netflix* ansonsten verlangten Einheitspreises.¹⁵¹ Von perfekter Preisdiskriminierung nach traditionellem Verständnis kann bei dieser Untersuchung nicht gesprochen werden, da es sich um theoretische und dementsprechend fehleranfällige Hochrechnungen handelt, zumal das zugrunde gelegte Datenmaterial nur Auskunft über demografische Daten und Surfverhalten beinhaltet. Die Präzision könnte bei Zugrundelegung weitergehender Datenarten durchaus noch bedeutend gesteigert werden.¹⁵² Die Untersuchung zeigt aber, welche Möglichkeiten die Berücksichtigung einzelner, sehr spezieller Variablen in der Theorie eröffnet.

5. Wertende Zusammenfassung

Die Übertragung der Struktur des 3-stufigen, im Kontext von Profiling entwickelten Modells auf Online-Preispersonalisierung zeigt, welche Faktoren dabei eine Rolle spielen – und warum ihre praktische Umsetzung auf jeder der drei Stufen mehr Probleme aufwirft, als die Theorie zunächst vermuten lässt. Auf Stufe 1 (Datenbeschaffung) liegt das Problem weniger auf der Beschaffung abstrakter Vergleichsdaten, die etwa die Bildung verschiedener Käuferprofile erlauben. Schwieriger ist der Zugriff auf die personenbezogenen Daten des konkreten Kunden, der Adressat eines personalisierten Preises werden soll. Anbieter mögen oft Zugriff auf einige personenbezogene Daten haben, etwa solche über das vorangehende Surfverhalten des Kunden (so etwa, wenn dieser seitenübergreifend getrackt wurde), frühere Einkäufe, seinen Aufenthaltsort etc. Die Komplexität dieser Profile ist oftmals aber zu niedrig, um aus ihnen wirklich fundierte Aussagen über seine Zahlungsbereitschaft ableiten zu können. Nicht zu unterschätzen ist bereits an dieser Stelle, wie auch auf den anderen beiden Stufen, das Problem der sicheren Identifizierung des Einzelnen: Ein Profil ist für den Anbieter nur dann nutzbar, wenn er es im richtigen Moment richtig zuordnen kann. Bei Neukunden oder etwa solchen, die verschiedene Endgeräte nutzen oder ihre Spuren im Internet bewusst reduzieren, kann die sichere Identifizierung des Einzelnen ein Ding der Unmöglichkeit werden. Hinzu kommt, dass personenbezogene Daten vom Anbieter nicht ohne Weiteres unbegrenzt gespeichert werden dürfen. Diese Hindernisse setzen sich auf Stufe 2 fort, dem Profiling, welches in der Bestimmung des Reservationspreises endet bzw. enden soll:

¹⁵¹ *Ders.*, First-Degree Price Discrimination using Big Data, 2014, S. 21.

¹⁵² Vgl. *ders.*, First-Degree Price Discrimination using Big Data, 2014, S. 19: „A pertinent question is whether personalized pricing substantially raises the fraction of total surplus which is extractable by the firm as profits. I find the answer is no – only about 42 % of the theoretical maximum variable profits can be captured when prices are tailored based on web browsing history. This raises the question of how much prices would vary if the firm were better able to predict willingness to pay, which certainly may be possible with bigger and better datasets. Other data might include location by time of day, collected on smartphones via GPS, and textual variables derived from user-generated text on twitter, emails, and text-messages.“

Diese Verfahren sind auf umfassendes, qualitativ hochwertiges und relevantes Datenmaterial angewiesen, um den Betroffenen in die richtige Gruppe einzuordnen. Wenn es an diesen Faktoren scheitert, scheitert auch die Bestimmung der Zahlungsbereitschaft. Die Rahmenbedingungen auf der dritten Stufe sind wiederum anderer Natur. Zu diesem Zeitpunkt liegt dem Anbieter im Idealfall die Information vor, welche Zahlungsbereitschaft ein konkreter Kunde aufweist. In der Praxis handelt es sich eher um grobe Tendenzen dahingehend, wie preissensitiv der Kunde ist und in welcher Preisspanne sein Reservationspreis vermutlich liegt. Nun geht es darum, wie der Anbieter auf den ihm vorliegenden Informationen aufbaut und sein weiteres Vorgehen gestaltet. Mit Blick auf die Höhe des tatsächlich realisierbaren Preises unterliegt er weiterhin wettbewerblichen Beschränkungen. Die manchmal suggerierte Vorstellung, Kunden würden alle Preise akzeptieren, die ihrem Reservationspreis entsprechen oder darunter liegen, ist in dieser Schlichtheit unzutreffend: Wettbewerb, vor allem auch ein Abwerben von Kunden, kann auch bei personalisierten Preisen stattfinden und durch diese sogar in seiner Intensität steigen.¹⁵³ Je nach Marktsituation und Informationsgefüge kann die Wettbewerbsintensität aber auch absinken. Unabhängig davon sind psychologische, auf das Marketing der Anbieter bezogene Aspekte zu berücksichtigen, die sich mit der verhaltensökonomischen Forschung erklären lassen. Kunden empfinden personalisierte Preise grundsätzlich als ungerecht. Die Preiskommunikation wird damit zur Schlüsselfrage: Anbieter müssen die Personalisierung des Preises entweder verschleiern oder sie aktiv offenlegen und mit einer Rechtfertigung verknüpfen. Eine „Marketing-Todsünde“ ist das erkennbar aus Gewinnstreben motivierte Anheben von Preisen zu Lasten Einzelner. Deshalb findet eine Personalisierung tendenziell eher „nach unten“ statt, also als Vergünstigung ausgestaltet, ausgehend von einem Referenzpreis. Kunden sind zudem oftmals irrational und inkonsequent in ihrer Wahrnehmung. Die Simulation von *Shiller* zeigt, wie lukrativ Personalisierung sein könnte, wenn tatsächliche, rechtliche und wettbewerbliche Hindernisse ausgeschaltet sind. Deshalb ist davon auszugehen, dass für Unternehmen große Anreize bestehen, die ihnen gegebenen Möglichkeiten der Preispersonalisierung auszuloten und so weit wie möglich zu nutzen.

IV. Personalisierte Preise in der Praxis

1. Abgrenzung mittelbarer von unmittelbarer Preispersonalisierung

Vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen widmet die Untersuchung sich im Folgenden der Frage, in welchem Ausmaß und in welcher Form personalisierte Preise in der Praxis vorkommen. Dies geschieht unter Rückgriff auf zwei bekannt

¹⁵³ *Townley/Morrison/Yeung*, YEL 36 (2017), 683, 691–694.

gewordene, nachgewiesene Einzelfälle von Preispersonalisierung, behördliche bzw. behördlich veranlasste sowie wissenschaftliche Studien. Zugleich werden die gefundenen Ergebnisse analysiert.

Angesichts der Rahmenbedingungen, denen Anbieter auf der dritten Stufe ausgesetzt sind, und mit Blick auf die im Folgenden zu analysierenden Erkenntnisse aus der Praxis bietet sich eine weitergehende terminologische Konkretisierung des Begriffs Preispersonalisierung an. Im Folgenden kommt der Ausdruck „unmittelbare Preispersonalisierung“ zum Einsatz, wenn ein Anbieter so vorgeht, dass er den dem jeweiligen Kunden online angezeigten Preis unmittelbar an diesen anpasst. Die individuelle Anpassung des Preises ist dabei als solche beabsichtigt (und nicht etwa Folge eines technischen Fehlers) und basiert auf der vom Anbieter vermuteten individuellen Zahlungsbereitschaft. Gemeint ist die Fallkonstellation, dass ein Kunde ohne ihm ersichtlichen Grund eventuell¹⁵⁴ einen anderen Preis angezeigt bekommt als andere Kunden im gleichen Zeitpunkt. Bei den im Nachgang analysierten Fallbeschreibungen und Studien kann aus methodischen Gründen grundsätzlich nur diese Form des *Personalised Pricings* erfasst werden. Der Begriff „mittelbare Preispersonalisierung“ bezeichnet demgegenüber die Situation, dass die Anpassung des Preises in eine subtilere Form der Kommunikation eingebettet wird. Auch sie findet bewusst und basierend auf der vermuteten Zahlungsbereitschaft des Kunden statt. Gemeint sind die bereits weiter oben beschriebenen Fälle, in denen die Personalisierung entweder gänzlich verschleiert oder, alternativ, offengelegt und dem Kunden gegenüber mit einer für diesen erkennbaren Rechtfertigung versehen wird. Typische Fälle von mittelbarer Preispersonalisierung sind etwa die Produktpersonalisierung (durch die die damit einhergehende Personalisierung des Preises durch Absenkung der Vergleichbarkeit verschleiert wird) oder die gezielte Kundenansprache mit einem Gutschein, der etwa als „Gutschein für besonders loyale Kunden“ oder als Neukundengutschein deklariert wird. In diesen Fällen wird also *de facto* ein individualisierter Preis verlangt. Die Kommunikation ist aber so ausgestaltet, dass der Kunde diese Strategie gar nicht realisiert bzw. nicht mit negativen Assoziationen verknüpft.

Mittelbare und unmittelbare Preispersonalisierung lassen sich auch unter dem Gesichtspunkt des Umgangs mit Transparenz voneinander abgrenzen.¹⁵⁵ Die unmittelbare Variante ist transparent, obwohl der Anbieter grundsätzlich ein wirtschaftliches Interesse daran hat, dass der Kunde diese Form der Preispersonalisierung nicht als solche erkennt. Mittelbare Preispersonalisierung hingegen wählt, sofern die Anpassung des Preises gänzlich verschleiert wird, einen bewusst intransparenten Ansatz: Der Kunde soll die Personalisierung des Preises überhaupt nicht mitbekommen. Wenn die Preisanpassung hingegen offen stattfindet und der Anbieter sie mit einer Rechtfertigung verbindet, dann nutzt er diese selbst geschaffene Transparenz offensiv, um dem Kunden die Personalisierung des Preises in einer positiven Art und Weise zu kommunizieren.

¹⁵⁴Die Preise für verschiedene Kunden müssen nicht zwingend voneinander abweichen, da es möglich ist, dass bei mehreren Kunden die gleiche oder eine ähnliche Zahlungsbereitschaft vermutet wird.

¹⁵⁵Zu den datenschutzrechtlichen Transparenzpflichten siehe unten Kap. 11, I. 1. c.

2. Ausgewählte Einzelfälle

Es gibt eine überschaubare Anzahl an der breiten Öffentlichkeit bekannt gewordenen Einzelfällen, in denen Preispersonalisierung tatsächlich festgestellt und in der Folge medial diskutiert wurde. Hieraus ergeben sich erste Anhaltspunkte dahingehend, an welchen Faktoren Anbieter sich bei der Berechnung personalisierter Preise in der Praxis orientieren und auf welche Weise diese den Kunden gegenüber kommuniziert werden. Die beiden folgenden, exemplarisch genannten Fälle haben dabei besondere mediale Aufmerksamkeit erfahren.

a. Amazon.com

Der Online-Händler *Amazon.com* hat im Jahr 2000 für einen sehr kurzen Zeitraum mit Preisen experimentiert und diese bei beliebten DVDs personalisiert.¹⁵⁶ Die Preissetzung sollte im Ergebnis wohl davon abhängig gemacht werden, ob es sich eher um einen Neu- oder um einen Bestandskunden handelte. Besucher der Webseite bekamen im gleichen Zeitpunkt verschiedene Preise für die gleichen DVDs angezeigt.

Es kann nicht ganz eindeutig festgestellt werden, anhand welcher Kriterien *Amazon.com* die Preise festgesetzt hatte. Eine Rolle schien wohl u. a. der beim jeweiligen Kunden erkannte Browser gespielt zu haben.¹⁵⁷ Als sicher gilt, dass Kunden, auf deren Rechner ein Cookie gespeichert war, welches angezeigt hat, dass diese bereits zuvor die Seite besucht hatten – was auf Bestandskunden hinweist – höhere Preise zu sehen bekamen als solche Kunden, die *Amazon.com* zum ersten Mal besucht haben. Die Vermutung liegt nahe, dass mithilfe der niedrigeren Preise Neukunden gewonnen werden sollten.¹⁵⁸ Die Praxis war sehr leicht nachzuweisen, da unmittelbar nach dem Löschen der Cookies auf dem verwendeten Computer bei den betroffenen DVDs niedrigere Preise angezeigt wurden.¹⁵⁹ Nachdem diese Praxis öffentlich bekannt wurde und äußerst negative Reaktionen in den Medien und bei den Kunden hervorgerufen hatte, kündigte *Amazon.com* an, in Zukunft von derlei Experimenten Abstand zu nehmen.¹⁶⁰

¹⁵⁶ *Office of Fair Trading*, Personalised Pricing, 2013, S. 13.

¹⁵⁷ Siehe dazu <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/914691.stm> (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

¹⁵⁸ Siehe dazu *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Others in the European Union, 2018, S. 43; *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 90; *Office of Fair Trading*, Personalised Pricing, 2013, S. 13.

¹⁵⁹ *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 16.

¹⁶⁰ Vgl. *Centre on Regulation in Europe (Cerre)*, Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising, 2017, S. 41 und *Garbarino/Maxwell*, J. Bus. Res. 63 (2010), 1066.

b. Staples

Einen anderen Ansatz hat das US-amerikanische Unternehmen *Staples* gewählt, welches online und in Ladengeschäften Bürobedarf verkauft. Im Jahr 2012 hat das *Wall Street Journal* berichtet, dass *Staples* in seinem Online-Shop bei zahlreichen Produkten die jeweils verlangten Preise in Abhängigkeit vom gegenwärtigen Aufenthaltsort des Webseitenbesuchers festgelegt hat.¹⁶¹ Der Aufenthaltsort wurde anhand der IP-Adresse des Besuchers bestimmt. So wurde beispielsweise ein bestimmter Locher der Marke *Swingline* den Kunden, die sich in einem bestimmten Postleitzahlen-Bezirk befanden, online zum Preis von 14,29 \$ angeboten, während im gleichen Zeitpunkt das gleiche Modell den Kunden aus einem benachbarten Bezirk zum Preis von 15,79 \$ angezeigt wurde. Das *Wall Street Journal* konnte in umfangreichen, internen Tests¹⁶² nicht mit Sicherheit feststellen, welche Kriterien der Preissetzung zugrunde lagen. Dass Preispersonalisierung vorgenommen wurde, gilt aber als sicher und konnte auch in der 2012 durchgeführten Studie von *Mikians et al.* bestätigt werden.¹⁶³ Der wohl wichtigste maßgebende Faktor schien die örtliche Entfernung des Kunden (genauer: die Entfernung von der geographischen Mitte des Postleitzahlenbezirks/ZIP-Codes des Kunden) von Ladengeschäften der Konkurrenten von *Staples* (*OfficeMax* sowie *Office Depot*) zu sein. Je näher der Kunde sich physisch an den Konkurrenten befunden hatte, desto niedriger war der ihm angezeigte Preis. Die kritische Distanz lag bei 20 Meilen.

Höhere Preise wurden am häufigsten dann angezeigt, wenn der Kunde sich in einem Bezirk aufhielt, in dem *Staples* selber ein Ladengeschäft betrieb und zugleich die nächsten Ladengeschäfte der Konkurrenz eher weit entfernt lagen. Dies legt die Vermutung nahe, dass *Staples* in diesen Situationen von weniger Wettbewerbs- bzw. Preisdruck seitens leicht erreichbarer Konkurrenten vor Ort ausging und dementsprechend mehr Spielraum bei der Preisgestaltung sah. Es handelte sich bei den dergestalt individualisierten Preisen letztlich um datengestützte Preisdiskriminierung 3. Grades: Die Gruppenzugehörigkeit wurde vom Aufenthaltsort des Kunden abgeleitet und hat den Preis mitbestimmt. Denjenigen Kundengruppen, welche an ihrem Aufenthaltsort eine größere Auswahl an Anbietern hatten (und somit weniger auf den Kauf bei *Staples* angewiesen waren), wurde eine höhere Preissensitivität unterstellt, weshalb ihnen niedrigere Preise angezeigt wurden.

Es ist bemerkenswert, dass die Preissetzung – soweit aus dem Bericht des *Wall Street Journals* ersichtlich – *de facto* nur von einem Faktor abhängig gemacht wurde. Die Gruppenbildung war somit sehr pauschalisierend. Zudem hing der Preis nur mittelbar von den individuellen Eigenschaften des Betroffenen ab: Vom Aufenthaltsort des Kunden schloss *Staples* auf die Wettbewerbsintensität vor Ort – und

¹⁶¹ *Valentino-DeVries/Singer-Vine/Soltani*, The Wall Street Journal 24.12.2012.

¹⁶² Das *Wall Street Journal* hatte den Test technisch so gestaltet, dass aus allen der über 42 000 US-amerikanischen ZIP-Codes jeweils 20-mal eine Preisanfrage (bezogen auf den *Swingline*-Locher) automatisiert fingiert wurde. Zudem wurde der Preis von über 1000 weiteren Produkten in zehn ausgewählten ZIP-Codes jeweils 10-mal abgefragt.

¹⁶³ Siehe dazu unten Kap. 7, IV. 4. b.

letztlich erst über diesen „Umweg“ auf die vermutete Zahlungsbereitschaft des Einzelnen. Eine unmittelbare Verknüpfung von festgestelltem Aufenthaltsort und vermuteter Zahlungsbereitschaft (etwa aufbauend auf dem Wissen, dass Bewohner eines bestimmten Stadtviertels besonders wohlhabend und in der Folge weniger preissensitiv sind) schien dem Handeln von *Staples* hingegen nicht zugrunde zu liegen.

3. Behördlich durchgeführte bzw. veranlasste Studien

a. Competition and Markets Authority (2017)

Im Oktober 2017 hat die britische Wettbewerbsbehörde (*Competition and Markets Authority*, CMA) eigene, strukturierte Untersuchungen dahingehend angestellt, ob einige der führenden Online-Händler im Vereinigten Königreich Preispersonalisierung betreiben.¹⁶⁴ Die CMA hat dabei drei Variablen berücksichtigt und systematisch untersucht, ob diese in der Praxis mit Preispersonalisierung in Verbindung stehen: das beim Aufrufen der Seite verwendete Betriebssystem (Windows oder MacOS); ob der Test-Nutzer mit seinem Kundenkonto eingeloggt war oder nicht (hier ging es darum, ob dem Anbieter die Identität des Kunden bekannt ist); und wie der Nutzer auf die Seite gelangt ist (direktes Ansteuern oder Weiterleitung von einem Preisvergleichsportal bzw. von einer anderweitig kommerziell affilierten Seite mit sog. Cashback-Funktion¹⁶⁵). Keine Berücksichtigung fanden der Aufenthaltsort des Nutzers sowie sein früheres Online-Kaufverhalten.¹⁶⁶

Getestet wurden 30 verschiedene Produkte und Dienstleistungen aus verschiedenen Kategorien bei zehn unterschiedlichen Anbietern, nämlich *Opodo*, *Booking.com*, *Ryanair*, *Expedia*, *Amazon*, *Staples*, *Asda*, *Tesco*, *Apple* und *Zara*.¹⁶⁷ Die Auswahl der untersuchten Anbieter hat sich u. a. an einer Studie der Arbeiterkammer Wien orientiert, die beispielsweise auf *Opodo* (einem Preisvergleichsportal u. a. für Flugreisen) Preispersonalisierung nachweisen konnte. *Staples* wurde mit Blick auf die bereits oben beschriebene US-amerikanische Berichterstattung aufgenommen. Bei der Auswahl der untersuchten Anbieter wurde ihre jeweilige Marktstärke berücksichtigt und versucht, Anbieter mit einer möglichst großen Bandbreite an Kunden abzudecken. Die Anbietersauswahl sollte auf Kundenseite möglichst auch solche miteinschließen, die eine eher hohe Zahlungsbereitschaft aufweisen. Der Gedanke dahinter war, dass diese von *Personalised Pricing* am ehesten in negativer Weise beeinträchtigt sind. Auf jeder der zehn Anbieter-Seiten wurden drei verschiedene Produkte ausgewählt, um an diesen beispielhaft zu testen, ob Preis-

¹⁶⁴ *Competition and Markets Authority* (CMA), *Pricing Algorithms*, 2018, S. 54 ff.

¹⁶⁵ Bei diesen Seiten erhält der Nutzer eine Rückzahlung („Cashback“), wenn er über sie als Intermediär auf die Anbieter-Seite gelangt und dort den Kauf tätigt.

¹⁶⁶ *Competition and Markets Authority* (CMA), *Pricing Algorithms*, 2018, S. 56 f.

¹⁶⁷ *Dass.*, *Pricing Algorithms*, 2018, S. 57 f.

personalisierung zum Einsatz kommt. Die Auswahl der untersuchten Produkte war grundsätzlich willkürlich. Die CMA nahm allerdings bewusst keine sehr bekannten Produkte in die Untersuchung auf. Gleiches galt für solche Produkte, die im Testzeitpunkt stark beworben wurden. Diesem Vorgehen lag die Überlegung zugrunde, dass die Kunden in diesen Fällen häufig den Marktpreis kennen und Anbieter deshalb von einer Personalisierung des Preises eher absehen.¹⁶⁸

Im ersten Teil der Untersuchung testete die CMA bei den zehn Anbietern die jeweils drei ausgewählten Produkte unter Abänderung der eingangs beschriebenen drei Variablen. Sofern das Ändern der Variablen mit Abweichungen des Preises einherging, prüfte die Behörde im nächsten Schritt, ob diese Abweichungen struktureller Natur oder dem Zufall geschuldet waren.¹⁶⁹

Im Ergebnis wurden keine reproduzierbaren bzw. systematisch implementierten Fälle von Preispersonalisierung nachgewiesen. Auffällig war aber, dass die den Test-Nutzern angezeigten Suchergebnisse teilweise stark von den drei eingangs beschriebenen Variablen abhingen.¹⁷⁰ Das verwendete Betriebssystem hatte keinen Einfluss auf die Preise, teilweise aber auf die Reihenfolge, in der die Suchergebnisse nach Eingabe des Produktnamens angezeigt wurden. Auch der Weg, über den die Test-Nutzer auf die Anbieter-Seiten gelangt sind (Preisvergleichs- bzw. „Cashback“-Seite im Gegensatz zum direkten Ansteuern der Seite), ließ keine reproduzierbaren Preisunterschiede erkennen.¹⁷¹ Bei *Expedia* beispielsweise änderte sich aber die Reihenfolge der angezeigten Suchergebnisse. „Cashback“-Seiten nahmen teilweise Einfluss auf die Darstellung der Anbieter-Seite, indem sie z. B. neben dem Produktpreis die zu erwartende Bonuszahlung (den „Cashback“) anzeigten und zudem suggerierten, dass die zu zahlenden Preise als solche bereits reduziert waren. Dieser (vermeintliche) Rabatt war aber nicht mehr zu sehen, sobald die Seite des Anbieters unmittelbar angesteuert wurde.¹⁷²

Bei Abwandlung der dritten Variablen (eingeloggter im Gegensatz zu unbekanntem Kunden) war auf den untersuchten Seiten teilweise wieder eine unterschiedliche Anzeige der Suchergebnisse zu beobachten. Diese ging aber nicht mit unterschiedlichen Preisen einher. Bloß bei *Expedia* konnte ein Preisunterschied in Höhe von 10 % für bestimmte Hotelbuchungen beobachtet werden.¹⁷³ Dieser Rabatt war allerdings nicht Ausdruck von datengestützter Personalisierung, welche in Abhängigkeit von Eigenschaften und Verhalten der Nutzer ausgeführt wurde. Vielmehr warb *Expedia* damit und kennzeichnete die reduzierten Hotels im Kunden-

¹⁶⁸ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 58.

¹⁶⁹ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 58. Der zweite Fall wäre etwa dann gegeben, wenn der Preis sich nicht aufgrund von Personalisierung, sondern als Reaktion auf das Marktgeschehen geändert hat (*Dynamic Pricing*).

¹⁷⁰ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 59.

¹⁷¹ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 59 f. Im Einzelfall wurden Werte auf der Seite des Intermediärs gerundet angezeigt oder auch inklusive der Versandkosten – im Endeffekt änderte dies aber in keinem Fall etwas am Endpreis.

¹⁷² Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 59 f.

¹⁷³ Dass., Pricing Algorithms, 2018, S. 60 f.

portal farblich. Jeder, der sich bei der Seite registriert hatte, konnte diesen Rabatt in Anspruch nehmen. Diese Vorgehensweise kann unter den Begriff der Preispersonalisierung gefasst werden, da der Preis an eine Eigenschaft des Kunden angepasst wird: Ist dieser registriert, zahlt er in bestimmten Fällen weniger als den Referenzpreis, der für andere Kunden gilt. Anders formuliert löst die Zugehörigkeit zur Gruppe der registrierten Kunden die Reduktion aus. In diesem Fall dürfte es sich im Schwerpunkt aber eher um eine Marketing- und Kundenbindungsstrategie handeln. Die Personalisierung des Preises basiert nämlich nicht primär auf der individuellen Zahlungswilligkeit des Kunden, da jeder registrierte Nutzer den Rabatt unabhängig davon erhält, wie viel er im Einzelfall zu zahlen bereit ist. Die Personalisierung ist damit sehr grob, da sie nur auf einem Kriterium aufbaut (registrierter Nutzer oder nicht), welches zudem *per se* keinen erkennbaren Bezug zum Reservationspreis des Einzelnen aufweist.

Bei näherer Betrachtung ist aber durchaus denkbar, dass diese Form der Preissetzung für den Anbieter im Kontext von Preispersonalisierung eine größere Rolle spielt, als ihre grobe Umsetzungsform zunächst vermuten lässt. Die Reduktion ausgewählter Hotels für registrierte Nutzer erlaubt es dem Anbieter, Hinweise zu sammeln, welche Nutzer konkret – bzw. welche Nutzertypen allgemein – eher preissensitiv agieren. Wer regelmäßig die reduzierten Hotels bucht, achtet auf den Preis und weist vermutlich eine niedrigere Zahlungsbereitschaft auf. Durch die Auswahl des reduzierten Hotels teilt der Kunde seine Präferenzen also indirekt mit. Diese Kunden können dann wiederum beispielsweise individuell zu einem späteren Zeitpunkt angesprochen und gezielt beworben werden – etwa mit Rabatt-Gutscheinen. Die Reduktion von der Registrierung abhängig zu machen, hat für den Anbieter den Vorteil, dass die eindeutige Identifikation des einzelnen Kunden kein Problem darstellt: Ein eingeloggter Nutzer ist ein bekannter Nutzer, über den ein Profil angelegt werden kann. Zudem muss er sich einloggen, bevor er die reduzierten Hotels überhaupt zu Gesicht bekommt, womit ein Anreiz zum Anlegen eines Kundenkontos geschaffen wird. Die Preiskommunikation ist auf diese Weise geschickt umgesetzt: Die Änderung des Preises für manche Kunden wird transparent kommuniziert. Da grundsätzlich jeder Kunde den Rabatt in Anspruch nehmen kann, ist nicht davon auszugehen, dass bei den Kunden ein Gefühl der Ungleichbehandlung entsteht. Die Personalisierung findet also offen statt, ist aber aus Sicht der Kunden gerechtfertigt. Über den konkreten einzelnen Kunden hinaus kann zudem das Kaufverhalten der Nutzergruppen des Anbieters wertvolle (abstrakte) Vergleichsdaten liefern, deren Auswertung nützliche Einsichten bei der zukünftigen Preisgestaltung gewähren können. Preispersonalisierung und Kundenbindung gehen bei dieser groben Form des *Personalised Pricings* also Hand in Hand und ergänzen sich gegenseitig, obwohl die Individualisierung des Preises auf den ersten Blick kaum etwas mit den Eigenschaften des betroffenen Kunden zu tun zu haben scheint.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Untersuchung der CMA nahelegt, dass der Fokus von datengetriebener Personalisierung nicht auf Preisen liegt. Die Testreihe gibt allerdings dahingehende Hinweise, dass gewisse Variablen, die Rückschlüsse auf den Nutzer zulassen, zur Personalisierung der ihm angezeigten Webseite, vor allem von Suchergebnissen, herangezogen werden. Kunden können

auf diese Weise vom Anbieter beeinflusst und ggf. zum Kauf bestimmter Produkte gebracht werden. Sofern der Preis sich dabei nicht ändert, liegt darin keine Preispersonalisierung. Für die Anbieter kann diese Vorgehensweise allerdings ähnliche Vorteile haben: Diese als *Price Steering* bekannte Vorgehensweise kann ihnen dabei helfen, den Reservationspreis der Kunden zwar nicht bezogen auf ein konkretes Produkt auszureizen, aber innerhalb der sie interessierenden Produktkategorie. Der Kunde kann so dazu gebracht werden, eher ein Produkt zu wählen, dessen Preis näher an seiner Zahlungswilligkeit liegt. In der Regel kann der Anbieter ihm dann ein teureres Produkt verkaufen und in der Folge einen höheren Gewinn realisieren.

Die CMA lässt (zutreffend) erkennen, dass der von ihr gewählte Versuchsaufbau zu simpel konstruiert war, um ggf. auch komplexere Methoden der Preispersonalisierung zu erfassen.¹⁷⁴ Vor allem war die Methode, immer nur eine Variable gleichzeitig zu verändern, ungeeignet, solche Fälle nachzuweisen, in denen die Kombination verschiedener Aspekte zur Preispersonalisierung herangezogen wird. Daher gibt die Studie zwar brauchbare Hinweise zum Vorkommen von Preispersonalisierung in der Praxis, erlaubt isoliert betrachtet aber nur wenige belastbare Aussagen.

b. Studie im Auftrag der Europäischen Kommission (2018)

Eine Studie, die im Auftrag der Europäischen Kommission erstellt und 2018 veröffentlicht wurde, hat im Rahmen eines „Mystery Shopping“-Experiments ausführlich u. a. das Vorkommen von Preispersonalisierung im Online-Handel in verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union untersucht.¹⁷⁵ Es waren 254 „echte“ Testkäufer im Einsatz. Die Zugriffe auf die Webseiten wurden also nicht mittels eines VPN-Clients oder mithilfe ähnlicher Methoden simuliert. Dabei wurde eine hohe Diversität mit Blick auf die Faktoren Alter, Einkommen, sozialer Status etc. erreicht.¹⁷⁶ Beide Geschlechter waren gleich stark vertreten. Im Fokus waren Anbieter in Tschechien, Frankreich, Deutschland, Polen, Rumänien, Spanien, Schweden und dem Vereinigten Königreich.¹⁷⁷ Die Untersuchung bezog sich auf vier Produktkategorien: Fernsehgeräte, Schuhe, Hotelbuchungen, Flugbuchungen. Dabei wurden, aufbauend auf früheren Forschungsergebnissen aus anderen Studien, drei verschiedene Variablen in den Blick genommen, bei denen die Vermutung

¹⁷⁴ *Dass.*, Pricing Algorithms, 2018, S. 61.

¹⁷⁵ *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 186 ff.

¹⁷⁶ Siehe dazu die ausführliche Übersicht in *dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 115.

¹⁷⁷ *Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 109. Die Auswahl der Länder wurde anhand folgender Kriterien vorgenommen: geographische Abdeckung (bezogen auf die gesamte EU), Jahr des Eintritts in die EU, Verbreitung von Internet und Online-Shopping, Anteil der im Online-Handel tätigen Anbieter, landestypische Einstellung der Verbraucher zu den Themen Privatheit (Schutz der Privatsphäre) und Sicherheit.

bestand, dass sie der Personalisierung von Preisen dienen: Das Vorliegen (oder nicht) eines Nutzerprofils, welches sich aus dem vorhergegangenen Surfverhalten des Nutzers ergibt (und beispielsweise durch die Verwendung von Cookies generiert werden kann); die Art, wie der Nutzer auf die Seite des Anbieters gelangt (direktes Ansteuern oder Weiterleitung über Preisvergleichsportal); Betriebssystem und Browser, mit dem die Seite aufgerufen wurde (hier ging es vor allem darum, ob der Nutzer ein Desktop- oder ein mobiles Endgerät, wie etwa ein Smartphone, benutzt hat).¹⁷⁸ Pro Land wurden 20 Online-Shops getestet. Für jede der vier Produktkategorien wurden jeweils fünf verschiedene Anbieter ausgewählt, sodass insgesamt 160 Anbieter getestet wurden.¹⁷⁹ Jeder Anbieter wurde nur einmal getestet, auch wenn er – wie z. B. *Amazon* – in mehreren Ländern aktiv war oder Produkte aus verschiedenen der relevanten Produktkategorien angeboten hat.¹⁸⁰ Flugreisen wurden nicht auf der Seite der jeweiligen Fluggesellschaft gebucht, sondern über Reise-Plattformen.

Für die Testreihen wurden vier verschiedene Szenarien gebildet und umfangreiche Absicherungen implementiert, um Messfehler zu verhindern und sicherzustellen, dass festgestellte Preisänderungen wirklich Ausdruck personalisierter Preise und nicht etwa von A/B-Tests oder dynamischer Preissetzung sind. Die Szenarios A und B wurden jeweils auf Desktop-Endgeräten ausgeführt und dienen dazu, herauszufinden, inwiefern das vorhergegangene Surfverhalten des Nutzers eine Rolle spielt.¹⁸¹ In Szenario A wurde geprüft, ob die Suchmaschine, über die der Nutzer auf die Anbieter-Seite gelangt, einen Einfluss auf den Preis hat. Die Tester haben dafür das jeweilige Produkt einmal mit der von ihnen normalerweise verwendeten Suchmaschine (etwa *Google*) gesucht und dann das Suchergebnis angeklickt, welches auf das Angebot des gesuchten Produkts auf der Seite des zu testenden Anbieters führte. Danach wurde die gleiche Suche mit *DuckDuckGo* durchgeführt. Die letztgenannte Suchmaschine übermittelt – im Gegensatz zu *Google* und anderen – an den Anbieter nicht, welche Suchbegriffe der Nutzer zuvor in sie eingetippt hatte. In Szenario B wurde getestet, ob es eine Rolle spielt, ob der Nutzer die Anbieter-Seite von einem Preisvergleichsportal kommend aufruft. In Szenario C wurde auf den verwendeten Browser abgestellt und getestet, ob es einen Unterschied macht, welchen Browser die Tester verwenden, um die Anbieter-Seite anzusteuern.¹⁸² Szenario

¹⁷⁸ *Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 109 f. Desktopgeräte schließen auch Laptops mit ein.

¹⁷⁹ *Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 114.

¹⁸⁰ *Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 117.

¹⁸¹ *Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 112 f.

¹⁸² Dafür sollten sie die Seite einmal über den Browser aufrufen, den sie normalerweise verwenden, und einmal über einen anderen, neu installierten (*dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 113).

Diente dazu, den Einfluss des vom Kunden verwendeten Endgeräts (Smartphone oder Desktop) zu testen. Die Szenarien wurden in verschiedenen Konstellationen getestet und, soweit möglich, miteinander kombiniert.

Die Untersuchung brachte verschiedene Ergebnisse zu Tage. Als wesentliches Ergebnis hielten die Ersteller der Studie fest, dass Preispersonalisierung mit dem gewählten Studiendesign kaum, in vielen Fällen überhaupt nicht nachgewiesen werden konnte. Vor allem ließ sich keine durchgängige und systematisch implementierte Preispersonalisierung nachweisen, die mit den eingangs beschriebenen kundenbezogenen Variablen in einen Kausalzusammenhang gebracht werden kann.¹⁸³ Auf 34 von 153 Anbieter-Seiten¹⁸⁴ wurden Preisabweichungen gefunden, welche nicht mit normalen Preisschwankungen (also etwa A/B-Tests, dynamischer Preissetzung etc.) erklärt werden konnten und mithin als Personalisierung kategorisiert wurden. Diese waren durchgängig von nur minimalem Ausmaß und gleichmäßig nahezu bei null angesiedelt: In 94 % aller testweise abgefragten Produkte war keinerlei Personalisierung zu erkennen. Bei den übrigen 6 % lag der Mittelwert (Median) an Abweichung bei einer Preisdifferenz von 1,6 %. Von den 34 nachweisbaren Fällen kamen 19 aus der Produktkategorie Flugbuchungen. Bei neun Fällen handelte es sich um Hotelbuchungen, bei vier Fällen um Schuhe und in zwei Fällen um Fernsehgeräte.¹⁸⁵ Nur bei 16 Anbietern – allesamt aus dem Flug- bzw. Hotelsektor stammend – betrug der preisliche Unterschied im Durchschnitt mehr als 1 %, wobei der höchste Durchschnittswert bei knapp unter 4 % lag.¹⁸⁶

Es ist bemerkenswert, dass das größte Ausmaß an Preispersonalisierung innerhalb der zahlreichen auf verschiedene Art und Weise kombinierten Szenarien regelmäßig dann eintrat, wenn die Seiten der Anbieter über Preisvergleichsportale angesteuert wurden.¹⁸⁷ In diesen Fällen hervorgestochen ist die Produktkategorie Flugbuchungen: Wurden Anbieter-Seiten über eine Preisvergleichs-Suchmaschine angesteuert, so betrug die preisliche Differenz zum Ansteuern über eine reguläre Suchmaschine durchschnittlich 4,8 %, die zum Ansteuern direkt über die Internetadresse des Anbieters 4,4 % und die zum Ansteuern über ein mobiles Endgerät 4,8 %.¹⁸⁸ Diese Ergebnisse stehen im deutlichen Gegensatz zu denen in den Produkt-

¹⁸³ Dass., Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 219.

¹⁸⁴ Insgesamt sieben Anbieter-Seiten wurden nicht berücksichtigt, da zu wenig bzw. nur unbrauchbares Datenmaterial vorlag, um statistisch aussagekräftige Ergebnisse zu erhalten. Deshalb konnte dieses Ergebnis nicht für 160, sondern nur für 153 Seiten festgehalten werden (vgl. dass., Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 196).

¹⁸⁵ Dass., Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 196.

¹⁸⁶ Dass., Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 197.

¹⁸⁷ Dass., Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 209 ff.

¹⁸⁸ Dass., Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 211.

kategorien Schuhe und Fernsehgeräte, bei denen der Zugang über Preisvergleichsportale keine statistisch signifikanten Preisunterschiede erkennen ließ. Bei Hotelbuchungen war nur in einer dieser Konstellationen eine statistisch signifikante Preisdifferenz nachweisbar (durchschnittlich 0,5 % Preisdifferenz im Vergleich zum Ansteuern über eine reguläre Suchmaschine). Die Verfasser der Studie heben auch hervor, dass – gemessen am Traffic – kleinere Anbieter-Seiten häufiger Preispersonalisierung betreiben als größere. Diese Aussage gilt grundsätzlich über Produktkategorien, Personalisierungsmethoden und Länder hinweg.¹⁸⁹ Mit Blick auf die Gründe dafür spekulieren die Verfasser u. a., dass größere Anbieter von Preispersonalisierung tendenziell Abstand nehmen, weil sie eher davon ausgehen müssen, dass ihre Preissetzungsmethoden dahingehend untersucht werden. Diese Überlegung ist überzeugend und gilt ähnlich auch unter einem anderen Gesichtspunkt betrachtet: Je größer ein Anbieter ist, desto stärker steht er im Fokus des medialen Interesses. Werden bei diesen Anbietern Preissetzungsmethoden publik, die von Kunden als unfair oder anderweitig negativ empfunden werden, dürfte der Reputationsschaden in der Relation deutlich größer sein als bei kleinen Anbietern, über die generell weniger berichtet und gesprochen wird. Der weiter oben beschriebene Fall von *Amazon.com* ist dafür ein gutes Beispiel: Auch Jahre später wird er noch als Lehrbuchfall schlechter Preiskommunikation diskutiert.¹⁹⁰ Dieses Schicksal würde einen kleinen (und dementsprechend unbekanntem) Anbieter nicht ereilen.

Die Ergebnisse dieser Studie decken sich im Wesentlichen mit denen der *Competition and Markets Authority*: Beide Untersuchungen mündeten in dem Ergebnis, dass personalisierte Preise in der Praxis kaum oder nur in Einzelfällen vorkommen. Mit Blick auf die Gründe stellen die Verfasser der Studie die Vermutung auf, dass die Anbieter trotz gegebener technischer Möglichkeiten von Preispersonalisierung Abstand nehmen, da sie im Falle des Bekanntwerdens Schäden für ihre Reputation zu befürchten haben.¹⁹¹ Zugleich weisen sie darauf hin, dass *Personalised Pricing* möglicherweise häufiger stattfindet, als die Ergebnisse vermuten lassen. Es sei nämlich beispielsweise denkbar, dass Anbieter für die Preissetzung hoch entwickelte Algorithmen einsetzen, welche von systematisch durchgeführten Studien als solche gar nicht erkannt werden können und in der Lage sind, die Preispersonalisierung erfolgreich zu verschleiern.¹⁹²

¹⁸⁹Vgl. dazu ausführlich *dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 197.

¹⁹⁰Vgl. statt vieler *Xia/Monroe/Cox*, Journal of Marketing 68 (2004), 1 („a public relations nightmare for the firm“) und *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 90.

¹⁹¹So *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 261.

¹⁹²*Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 261.

c. Studie im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (2016)

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen hat in seiner Funktion als Beratungsgremium des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eine 2016 veröffentlichte Expertise zur Thematik der Preispersonalisierung im deutschen Online-Handel in Auftrag gegeben. Teil dieser Expertise war eine (kleinere) Studie zum tatsächlichen Vorkommen personalisierter Preise bei Anbietern, die auf dem deutschen Markt tätig sind.¹⁹³

aa. Untersuchte Variablen und Methode

Die Verfasser der Studie, *Schleusener* und *Hosell*, haben drei Variablen in den Fokus genommen und untersucht, ob diese in der Praxis mit Preispersonalisierung in Verbindung stehen: Das verwendete Endgerät/Betriebssystem (sog. technisches Merkmal); die Suchhistorie des den Preis anfragenden Nutzers (sog. nutzerbezogenes Merkmal) und den geographischen Ursprung der Preisanfrage (sog. ortsbezogenes Merkmal).¹⁹⁴ Im Fokus waren 20 verschiedene, zumeist deutsche Anbieter aus zehn Branchen. Die Verfasser haben dabei verschiedene Güter (z. B. ein bestimmtes Fernsehgerät) und Dienstleistungen (z. B. Mietwagenbuchung, Abschluss einer Haftpflichtversicherung) berücksichtigt.¹⁹⁵

Methodisch war die Studie nach Aussage ihrer Verfasser an die Studien von *Hannak et al.* und *Mikians et al.* angelehnt, aber mit einem geringeren Ausmaß an Komplexität umgesetzt.¹⁹⁶ Die Verfasser führten systematisch verschiedene Testreihen durch. Dabei wurde gemessen, ob sich die jeweilige Abänderung der drei eingangs beschriebenen Merkmale preislich auswirkt. Die Änderung der ortsbezogenen und der technischen Merkmale war mit technischen Mitteln recht einfach zu simulieren. Im Kontext der nutzerbezogenen Merkmale kamen zwei verschiedene Nutzerprofile („Luxus“ und „normal“) sowie ein gänzlich neutrales Endgerät zum Einsatz. Bei diesen Anfragen kam immer dasselbe Betriebssystem zum Einsatz. Beim neutralen Profil war der Browserverlauf leer, Cookies waren blockiert, ein

¹⁹³ *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 15 ff.

¹⁹⁴ *Dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 21. Es wurden nur Preisanfragen von deutschen Städten aus simuliert (Mönchengladbach, Hamburg, Düsseldorf).

¹⁹⁵ *Dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 16 f. Bei den untersuchten Anbietern handelte es sich um *Europcar*, *Lufthansa*, *Ab-in-den-urlaub.de*, *weg.de*, *Expedia.de*, *Amazon*, *Cyberport*, *Mediamarkt*, *notebooksbilliger.de*, *Sport-Scheck*, *Zalando*, *Check24*, *MyToys*, *Weltbild*, *Hawesko*, *Fressnapf*, *Douglas*, *Otto*, *GartenXXL* und *Gartenmöbel.de*.

¹⁹⁶ *Dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 15.

Ad-Blocker aktiviert etc.¹⁹⁷ Das Nutzerprofil „Luxus“ hatte einen Browserverlauf, der eine Suchhistorie mit Anfragen im Luxusgütersegment erkennen ließ. Dieser Rechner war nicht durch technische Schutzvorkehrungen abgesichert (Cookies waren zugelassen, es gab keinen Ad-Blocker etc.). Das „normale“ Profil war gegen Tracking-Maßnahmen besser geschützt. Es wurde dabei unterstellt, dass preis-sensitivere Nutzer eher technikaffin sind und sich vor Tracking und ähnlichen Maßnahmen besser absichern. Das „normale“ Profil ließ zudem eine Suchhistorie erkennen, aus der hervorging, dass der (fingierte) Nutzer zuvor günstige Reiseanbieter, Preisvergleichsportale und ähnliche Seiten besucht hatte.¹⁹⁸

Die Anzahl der durchgeführten Tests (und mithin die Summe an generierten Preisanfragen) ist aus der Studie nicht ersichtlich. *Schleusener* und *Hosell* führten die Preisanfragen, soweit erkennbar, automatisiert und grundsätzlich zeitgleich durch. Das zeitgleiche Anfragen von Preisen reduziert die Wahrscheinlichkeit, dass von *Personalised Pricing* ausgegangen wird, obwohl die Preisschwankungen anderweitig begründet sind.¹⁹⁹ Echte Test-Nutzer oder Crowdsourcing kamen nicht zum Einsatz. *Schleusener* und *Hosell* führten mit Blick auf die gefundenen Ergebnisse Experten-Interviews, die im Wesentlichen aber ergebnislos verliefen.²⁰⁰

bb. Ergebnisse

Die Abänderung des ortsbezogenen Merkmals (Preisanfrage simuliert aus drei verschiedenen deutschen Städten; Apple-Betriebssystem MacOS bzw. iOS auf Laptop und Smartphone) führte in keinem Fall zu einer Abänderung der gemessenen Preise.²⁰¹

Die Abänderung des technischen Merkmals (Endgeräte mit MacOS und Windows) wurde über einen Zeitraum von vier Tagen abgeprüft. Täglich fanden sieben Preisanfragen zu verschiedenen Uhrzeiten statt, um auf diese Weise der typischerweise im Lauf der Zeit schwankenden Kauffrequenz im Online-Handel Rechnung zu tragen.²⁰² Nur in einem Fall ging mit dem Wechsel des Betriebssystems/End-

¹⁹⁷ Siehe ausführlicher *dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 18 f.

¹⁹⁸ *Dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 19.

¹⁹⁹ Auch bei dieser Versuchsanordnung (gleichzeitige Preisanfragen von verschiedenen Endgeräten, welche sich jeweils bloß mit Blick auf eine Variable unterscheiden) kann es vorkommen, dass Preisschwankungen möglicherweise fälschlich als Preispersonalisierung betrachtet werden, obwohl es sich um sog. *Noise* – also anderweitig begründete Preisschwankungen – handelt. Siehe dazu die Ausführungen im Kontext der Studie von *Hannak et al.* (siehe unten Kap. 7, IV. 4. a.).

²⁰⁰ *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 22.

²⁰¹ *Dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 21.

²⁰² Sog. Zeitreihentest, vgl. *dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 21.

geräts auch ein Wechsel der Ergebnisse einher, das wie folgt beschrieben wird: „Die Ergebnisse zeigen, dass bei Pauschalreisen konstant günstigere Preise für das Windows-Betriebssystem ausgespielt werden als für das von Apple.“²⁰³ Aus der zugehörigen Grafik ersichtlich sind recht beachtliche Preisunterschiede in der Größenordnung von etwa 300 € (bei einem Reisepreis von knapp 2700 € resp. knapp 2400 €). Es ist nicht erkennbar, bei welchem Anbieter diese Ergebnisse auftraten. Diese festgestellte Preisdifferenz scheint sich aber nicht auf die exakt gleiche Reise zu beziehen (also mit gleichem Flug, dem gleichen Hotel etc.), sondern auf verschiedene Reisen, die als Ergebnis einer gleichartigen Anfrage (von den Verfassern als „1 Wo. Grand Canaria 3 Sterne und 5 Sterne, HP“²⁰⁴ beschrieben) von Reiseanbietern angezeigt wurden und nur von ihren formalen Rahmenbedingungen (Flugdaten, Sternekategorie, inkludierte Verpflegung etc.) her gleich sind. Sollte dies tatsächlich der Fall sein, lag keine Preispersonalisierung nach der hier vertretenen modifizierten Definition von *Stigler*²⁰⁵ vor. Denn aus Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers mögen diese Reisen zwar im Kern vergleichbar, aber doch nicht ohne Weiteres austauschbar sein: Das genaue Hotel und die gebuchte Fluggesellschaft dürften für die meisten Kunden wesentliche Faktoren sein, die bei der Buchung eine ausschlaggebende Rolle spielen. Die verschiedenen Pauschalreisen wären also nicht „gleich“ im Sinne der Definition. Damit wäre das Vorliegen von Preispersonalisierung von vornherein ausgeschlossen. Es läge aber ein Fall von *Price Steering* vor, wenn das Endgerät bzw. Betriebssystem der Kunden Einfluss darauf hat, welche Angebote diesen in der Reihung der Suchergebnisse als Erstes angeboten werden.

Die Abänderung des nutzerbezogenen Merkmals führte in einem Fall zu feststellbaren Unterschieden, nämlich beim Vergleich des neutralen Profils zum „Luxus“-Profil.²⁰⁶ Beim Anbieter *Ab-in-den-Urlaub.de* wurde bei einer hochpreisigen Pauschalreise dem fingierten Nutzer mit dem „Luxus“-Profil bei Verwendung des gleichen Betriebssystems ein um 34 € höherer Preis angezeigt (2230 € statt 2196 €). Ausgehend von der neutralen Preisanfrage stieg der Endpreis damit um etwas mehr als 1,5 %. Angesichts der gewählten Methode ist aber wohl nicht auszuschließen, dass es sich hierbei nicht um Preispersonalisierung, sondern um anderweitig begründete Preisschwankungen gehandelt hat.

Unabhängig davon – und eigentlich nicht von der ursprünglichen Versuchsanordnung erfasst – stellten die Verfasser fest, dass ein bestimmter Flug der *Luft-hansa* von Düsseldorf nach Barcelona bei Anfrage des Preises auf *Google Flights* (einem Preisvergleichs-/Buchungsportal für Flugreisen) um 39,91 € günstiger war als bei Buchung direkt auf der Anbieter-Seite (89 € anstelle von 128,91 €).²⁰⁷ Aus

²⁰³ Dies., Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 21.

²⁰⁴ Dies., Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 16.

²⁰⁵ Vgl. dazu oben Kap. 6, I. 2.

²⁰⁶ *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 20.

²⁰⁷ Dies., Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 21.

der Untersuchung geht nicht hervor, ob diese Preisdifferenz ein Einzelfall oder Ausdruck einer systematisch umgesetzten Strategie der *Lufthansa* war.

cc. Wertende Zusammenfassung

In neun von zehn Branchen konnten die Verfasser keinerlei Hinweise auf Preispersonalisierung feststellen und quittieren deshalb eine „*extrem geringe Verbreitung der Preisdifferenzierung unter Verwendung von personenbezogenen Daten in Deutschland*“.²⁰⁸ Nur im Reisesektor wurden überhaupt preisliche Unterschiede festgestellt, die Ausdruck von Preispersonalisierung sein könnten (höhere Preise für das „Luxus“-Profil auf *Ab-in-den-Urlaub.de* sowie ein niedrigerer Preis für *Google Shopping*-Kunden bei der *Lufthansa*).²⁰⁹ Die von *Schleusener* und *Hosell* gewählte Methode erlaubt es nur eingeschränkt, die gefundenen Ergebnisse zu analysieren und zu bewerten, da nicht klar ist, ob *Noise* (also ein Schwanken von Preisen, das nicht auf Preispersonalisierung zurückzuführen ist) angemessen berücksichtigt wurde. Auch wurde leider nicht mitgeteilt, wie viele Preisanfragen bei den verschiedenen Anbietern getätigt wurden – dies wäre vor allem mit Blick auf die Frage interessant, ob die gefundenen Preisdifferenzen Einzelfälle oder systematisch implementiert sind.

Die Studie lässt sich in der Summe als deutliches Indiz dafür sehen, dass Preispersonalisierung in Deutschland nicht bzw. nur in (sehr) geringem Ausmaß vorkommt. Eine sichere dahingehende Erkenntnis lässt sich aus der Studie aber nicht ableiten: Es ist – wie auch bei den anderen Studien – durchaus denkbar, dass Fälle von Preispersonalisierung nicht erkannt wurden. Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn Anbieter auf andere Variablen als die hier untersuchten zurückgreifen. Unabhängig davon ist bemerkenswert, dass die „auffälligen“ Fälle allesamt – wie auch bei anderen Studien – aus dem Reisebereich stammen.

d. Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (2021)

aa. Forschungsfragen und Methode

Im März 2021 wurde eine vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) in Auftrag gegebene Studie veröffentlicht, die das Vorkommen von Preispersonalisierung im deutschen Online-Handel empirisch untersucht. Die Studie behandelt die Forschungsfragen, ob in der Praxis Preispersonalisierung stattfindet, von welchen Kriterien diese ggf. abhängt und welches Ausmaß ihre Auswirkungen

²⁰⁸ *Dies.*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 22.

²⁰⁹ Es wird hier davon ausgegangen, dass die beschriebenen Preisunterschiede für Windows- bzw. MacOS-Nutzer nur bei ähnlichen, nicht aber gleichen Pauschalreisen aufgetreten sind und mithin nicht unter die hier vertretene Definition von Preispersonalisierung fallen.

haben.²¹⁰ Ihre Verfasser grenzen *Dynamic Pricing* und Preispersonalisierung konzeptionell (und in Übereinstimmung mit dem hiesigen Verständnis) voneinander ab und legen Wert darauf, dass das Studiendesign diese Unterscheidung adäquat berücksichtigt. Die Studie widmet sich 15 Anbietern verschiedener Güter bzw. Dienstleistungen sowie fünf Vergleichsportalen, welche mit Blick auf ihren in Deutschland erzielten Umsatz und ihre Beliebtheit als besonders bedeutend eingestuft wurden.²¹¹ Auf diesen Webseiten wurde jeweils ein konkretes Produkt bzw. eine konkret spezifizierte Dienstleistung ausgewählt, um systematisch zu überprüfen, ob personalisierte Preise zum Einsatz kommen.²¹²

Beim ersten Teil der Studie handelt sich um eine sog. deskriptive Analyse, die auf einer Datenerhebung in Form einer umfassenden und systematischen Abfrage von Preisen über einen längeren Zeitraum basiert. Die Datenerhebung erfolgte mithilfe eines sog. automatisierten Erhebungsstranges per Preisabfragesoftware im Zeitraum 9.6. bis 4.10.2020 sowie unter Einsatz von 21 echten Test-Nutzern, die im Zeitraum 6.7. bis 4.10.2020 manuell Preise erhoben haben (sog. manueller Erhebungsstrang).²¹³ Bestimmte Variablen konnten aus technischen Gründen nur im manuellen Erhebungsstrang abgefragt werden.²¹⁴ Die Test-Nutzer repräsentierten verschiedene Kauf- bzw. Surfhistorien („weniger kaufkräftig“ bis „sehr kaufkräftig“), konnten aber nicht die vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten abdecken, die wiederum im automatisierten Strang möglich waren.

Auf diese Weise wurden Daten zu verschiedenen Variablen erhoben, die im Verdacht standen, Einfluss auf die im Einzelfall verlangten Preise zu haben: Standort des Käufers in Deutschland (u. a. Berlin, Düsseldorf und Frankfurt a.M.), verwendetes Endgerät (Desktop-PC, Apple iPhone, Android Smartphone etc.), Betriebssystem (MacOS X, Windows 10, Linux, iOS etc.), Browser (Apple Safari, Google Chrome etc.), Cookie-Akzeptanz (ja oder nein), Einsatz von Do-Not-Track-Software (ja oder nein). Auch wurde (nur im manuellen Erhebungsstrang) erhoben, ob es einen Unterschied macht, ob ein Kunde während des Kaufs mit einem Kundenkonto auf der jeweiligen Webseite bzw. bei einem sozialen Netzwerk eingeloggt ist.

²¹⁰ *Ibi research an der Universität Regensburg GmbH/trinnovative GmbH*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 13.

²¹¹ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 13 und 16. Es handelt sich um die Anbieter *Amazon*, *Otto*, *Zalando*, *MediaMarkt*, *Notebooksbilliger*, *Tchibo*, *H&M*, *About You*, *IKEA*, *Thomann*, *Hornbach*, *dm*, *TUI*, *AVIS*, *Ryanair* und um die Vergleichsportale *Booking.com*, *Idealo*, *Geizhals*, *Günstiger.de* und *Check24*.

²¹² *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 17. Es handelt sich um folgende Produkte bzw. Dienstleistungen: *AmazonBasics Staubsauger*, *Apple iPhone 11*, *Avis Golf*, *BH Cosmetics Lidschatten*, *Diesel Jeans*, *H&M Socken*, *Harley Benton Gitarre*, *InterCity Hotel Hamburg*, *LG Monitor*, *Levis Stiefelette*, *Miele Waschmaschine WCA 030*, *Picard Schultertasche*, *Regal Kallax*, *Rotband Vorschlaghammer*, *Ryanair-Flug Berlin-Dublin*, *Seltmann-Weiden Kaffeeservice*, *Specialized Fahrrad*, *Tchibo Koffer*, *Tesoro Bürostuhl*, *Tui Sheraton Miramar Resort*, *UGG Stiefelette*. Einzelne Produkte waren während des laufenden Testzeitraums wider Erwarten nicht mehr verfügbar. Sie wurden durch vergleichbare Produkte ersetzt.

²¹³ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 28 f.

²¹⁴ Vgl. *dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 14 f.

Insgesamt wurden 403 204 verwertbare Datensätze mit jeweils 17 Datenpunkten erhoben. Davon wurden 250 091 Datensätze im automatisierten und 153 113 im manuellen Erhebungsstrang erfasst.²¹⁵ Im Fokus des Interesses stand nicht die absolute Preishöhe als solches, sondern das jeweilige Ausmaß der relativen Preisdifferenz zu einem bei jeder Preisabfrage parallel als Referenzwert abgefragten Standardfall. Bei diesem wurde davon ausgegangen, dass keine Preispersonalisierung zu erwarten ist.²¹⁶ Die Studiersteller bewerten eine unter diesen Erhebungsbedingungen festgestellte Preisdifferenz als Preispersonalisierung.

Im zweiten Teil der Studie wurden die erhobenen Daten mithilfe der sog. multivariaten linearen Regressionsanalyse in Form der Kleinste-Quadrat-Methode ausgewertet. Diese Art der Datenanalyse erlaubt die Feststellung, welchen Einfluss die Abänderung einzelner Variablen (bzw. ihre jeweilige Kombination) auf die konkret von einzelnen Kunden verlangten Preise hat. Dies ermöglicht letztlich die Interpretation der erhobenen Daten und die Feststellung, welche Variablen ggf. zu welchen Preisänderungen im Einzelfall geführt haben.²¹⁷

Mittels umfassender technischer Vorkehrungen sollte gewährleistet werden, dass die untersuchten Webseiten die zahlreichen systematisch ausgeführten Preisabfragen nicht als solche erkennen und in der Folge blockieren oder bewusst von einer Personalisierung absehen. So wurde unter anderem mithilfe von Proxy-Servern sichergestellt, dass die den Preis abfragende IP-Adresse sich stets ändert. Dies war auch dann möglich, wenn es bei der Preisabfrage auf den konkreten Standort des Käufers ankam, da verschiedene IP-Adressen durchaus den gleichen Ort erkennen lassen können.²¹⁸

bb. Ergebnisse

Die Ergebnisse der deskriptiven Datenanalyse und der Regressionsanalyse müssen in Bezug zueinander gesetzt werden, um aussagekräftige Schlüsse ziehen zu können.

Die deskriptive Datenanalyse ergab, dass in 3,31 % der erhobenen Fälle eine Preisdifferenz zum Standardfall vorlag.²¹⁹ Bei isolierter Betrachtung ist dieses Erkenntnis aber nur bedingt aussagekräftig, denn die Regressionsanalyse hat die Vermutung bestätigt, dass dieses produkt- und seitenübergreifend gültige Ergebnis im Wesentlichen auf Preisabfragen bei einer einzelnen Dienstleistung (Buchung des *InterCity Hotels Hamburg* über die Plattform *Booking.com* auf einem mobilen End-

²¹⁵ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 35.

²¹⁶ Nutzer ohne Surf- und Kaufhistorie, Desktop-PC (Windows 10), Google Chrome-Browser, kein vorhergehender Besuch der untersuchten Webseite, Browser akzeptiert Cookies, Do-Not-Track-Einstellung ist deaktiviert, kein Log-in in Kundenkonto oder sozialem Netzwerk während der Preisabfrage (*dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 17, 32 und 68).

²¹⁷ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 15.

²¹⁸ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 24 f.

²¹⁹ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 37 f. Es geht an dieser Stelle nur darum, ob eine Preisdifferenz festgestellt werden konnte, aber (noch) nicht um ihre Höhe.

gerät) zurückzuführen ist.²²⁰ Der Anteil an Datensätzen mit Preisdifferenz betrug dort 49,11 % und war damit mit weitem Abstand am größten (der zweithöchste Anteil an Datensätzen mit Preisdifferenz entfiel auf das *Apple iPhone 11* mit 1,92 %).²²¹

Booking.com vermittelt auf Provisionsbasis Hotelzimmer (und andere Unterkünfte) an Endverbraucher, ohne dabei die Preise selbst festzulegen. Als maßgebende Variable für Preispersonalisierung wurde das bei der Preisabfrage zum Einsatz kommende Endgerät identifiziert: Bei Aufruf der Webseite über ein mobiles Endgerät fiel der jeweils verlangte Preis um 5,89 bis 10,73 % (ausgehend von den kombinierten Daten des automatisierten und des manuellen Erhebungsstrangs) bzw. um 8,77 bis 11,14 % (ausgehend nur von den Daten des manuellen Erhebungsstrangs).²²² Hintergrund dieser nicht unerheblichen Preisdifferenzen war, dass *Booking.com* den auf der Plattform tätigen Anbietern die Möglichkeit einräumt und nahelegt, denjenigen Kunden einen Rabatt zu gewähren, die ein Zimmer über ein mobiles Endgerät buchen.²²³ Dieser Rabatt wird während des Besuchs der Webseite deutlich kommuniziert („Preis nur für Mobilgerätenutzer“).²²⁴ *Booking.com* nennt als Argument für die Preisreduktion u. a. die dadurch gesteigerte Konversionsrate.²²⁵ Es scheint sich um ein Bündel kaufmännischer Erwägungen und Erfahrungen zu handeln, das die Anbieter dazu bringt, diesen Rabatt zu gewähren. Sofern man unterstellt, dass diese Preisreduktion (zumindest auch) auf einer vermuteten niedrigeren Zahlungsbereitschaft der Mobilgerätenutzer basiert, handelt es sich um mittelbare Preispersonalisierung: Die preisliche Andersbehandlung wird offen kommuniziert und dem Kunden gegenüber mit einer Rechtfertigung versehen. Es ist zudem bemerkenswert, dass im Kontext dieser konkreten Hotelbuchung im manuellen Erhebungsstrang das Aktivieren der Do-Not-Track-Funktion zu einer Preisdifferenz in Höhe von 2,93 % zugunsten der Kunden geführt hat. Bei der kombinierten Datenerhebung betrug die Abweichung nur 0,64 %.²²⁶ Gewisse Auswirkungen hatte zudem der verwendete Browser bei Desktop-PCs im manuellen Erhebungsstrang.²²⁷ Andere Variablen (Akzeptanz von Cookies, Log-in bei sozialem Netzwerk etc.) hatten keinen nennenswerten Einfluss auf die bei der Buchung dieses Hotels verlangten Preise.

Abgesehen von diesem besonders auffälligen Fall war das Vorliegen von Preisdifferenzen bei produktbezogener Betrachtung im Rahmen der deskriptiven Analyse nur in sehr geringem Ausmaß zu beobachten. Die Studierersteller heben ein paar Produkte hervor: *Apple iPhone 11* (Preisdifferenz feststellbar in 1,92 % der

²²⁰ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 62 ff.

²²¹ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 38.

²²² Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 63 f.

²²³ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 68 f.

²²⁴ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 69.

²²⁵ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 69. Vgl. auch <https://partner.booking.com/de/lösungen/handy-rate> sowie <https://partner.booking.com/de/hilfe/ratenverfügbarkeiten/raten-angebote/preise-für-mobilgeräte> (jeweils zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

²²⁶ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 63 f.

²²⁷ Dies., Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 63 f.

Fälle), *Tui Sheraton Miramar Resort* (1,29 %), *Picard Schultertasche* (0,96 %), *Tesoro Bürostuhl* (0,72 %). Bei den übrigen Produkten war der Anteil an Datensätzen mit Preisdifferenz zu vernachlässigen.²²⁸

Mit Blick auf die tatsächliche Höhe der jeweils feststellbaren Preisdifferenz sprechen die Studierersteller von einem „*verschwindend geringen durchschnittlichen Preisunterschied*“.²²⁹ Dieser spielt sich, wenn man das *InterCity Hotel Hamburg* nicht berücksichtigt, im Durchschnitt in einem Bereich von -0,04 bis 0,03 % ab. Die Preisdifferenzen schlagen sich bei dieser durchschnittlichen Betrachtungsweise stets zugunsten der Kunden nieder. Ausnahmen sind die Produkte *Diesel Jeans* und der *Ryanair-Flug Berlin-Dublin*: Hier zahlen die Kunden aufgrund der Personalisierung durchschnittlich einen Preisaufschlag von bis zu 0,03 % im Vergleich zum Standardfall.²³⁰

Die Regressionsanalyse im zweiten Teil der Studie konnte diese Ergebnisse weiter mit Aussagekraft füllen. Zu diesem Zweck haben die Studierersteller die vorhandenen Datensätze schrittweise beschnitten und separat ausgewertet, um zielgerichtet den Einfluss einzelner Variablen und ihre Erklärbarkeit mit dem Regressionsmodell zu bestimmen.²³¹ Auf diese Weise konnte u. a. die einleitend dargestellte Preispersonalisierung beim Anbieter *Booking.com* erkannt und im Rahmen der Analyse von den restlichen Datensätzen abgetrennt werden, um diese isoliert auf das Vorkommen von Preisdifferenzen zu untersuchen. Relevant ist hier vor allem die Regressionsanalyse des Datensatzes, aus dem sowohl das besonders „auffällige“ *InterCity Hotel Hamburg* als auch diejenigen Produkte entfernt wurden, bei denen keine nennenswerten Preisdifferenzen feststellbar waren.²³² Es handelt sich dabei um die Produkte bzw. Dienstleistungen *Miele Waschmaschine WCA 030*, *Picard Schultertasche*, *Tesoro Bürostuhl*, *Tui Sheraton Miramar Resort* und *Apple iPhone 11*. Die Auswertung hat ergeben, dass das Bestimmtheitsmaß extrem klein ist und im untersuchten Datensatz „*nur 0,1 % der beobachteten Preisabweichungen durch das Regressionsmodell erklärt werden können*.“²³³ Daraus könne geschlossen werden, dass in diesem Datensatz „*keine systematischen Preisabweichungen*“ zu erkennen sind. Dies gilt gleichermaßen für die manuell erhobenen Daten.²³⁴ Interessant sind schließlich noch die Ergebnisse der Regression

²²⁸ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 38 f. Beispielsweise betrug der Anteil an Datensätzen mit Preisdifferenzen beim *AmazonBasics Staubsauger* 0,07 %, beim *BH Cosmetics Lidschatten* 0,02 % und beim *Regal Kallax* 0,04 %.

²²⁹ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 40.

²³⁰ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 40.

²³¹ Vgl. *dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 56: „*Insgesamt werden verschiedene Regressionen durchgeführt und verglichen: Regression mit allen Datensätzen, Regression nach Entfernung von Produkten ohne Preisdifferenzen, Regression des auffälligen Produktes ‚InterCityHotel Hamburg‘ sowie Regression der auffälligen Produkte ohne ‚InterCityHotel Hamburg‘ und zuletzt Regression der Daten des manuellen Strangs und der nur dort erfassten Variablen.*“

²³² *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 65 f.

²³³ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 66.

²³⁴ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 66.

des (kompletten) manuellen Erhebungsstrangs. Diese bestätigen im Wesentlichen die bis dahin gefundenen Erkenntnisse und zeigen vor allem auch, dass der Umstand, ob ein Käufer während des Kaufs bei einem sozialen Netzwerk bzw. in einem Kundenkonto eingeloggt ist, nicht mit nennenswerten Preisdifferenzen in Zusammenhang steht.²³⁵

Die Studie schließt u. a. mit der Zusammenfassung, dass die „durchgeführte statistische Auswertung der gesammelten Daten [nicht bestätigen konnte], dass personalisierte Preisgestaltung im Markt vorliegt und von Anbietern aktiv eingesetzt wird.“²³⁶ Nur die Preisreduktion für Kunden von *Booking.com*, die über ein mobiles Endgerät buchen, stellt tatsächlich (mittelbare) Preispersonalisierung dar. Sie ist äußerst simpel konzipiert, da die Preisreduktion von einem einzelnen Faktor (dem verwendeten Endgerät) abhängt. Dieser wird zudem offen kommuniziert. Die übrigen nachweisbaren Preisabweichungen bewegen sich demgegenüber durchgängig im Bagatellbereich.

4. Wissenschaftliche Studien

a. Hannak et al. (2014)

Eine umfangreiche, von *Hannak et al.* durchgeführte Studie aus dem Jahr 2014 hat sich mit zwei Formen der Personalisierung im Online-Handel beschäftigt.²³⁷ Ihr Schwerpunkt lag auf datenbasierter Preispersonalisierung²³⁸ sowie Suchdiskriminierung. Letztere bezieht sich auf die Personalisierung der Reihenfolge bzw. des Inhalts von Suchergebnissen (sog. *Price Steering*) und wird im Folgenden hier nur am Rande berücksichtigt. Die Studie zeichnet sich zum einen durch ihre methodische Herangehensweise aus. Die Verfasser haben eine Methode entwickelt, die es erlaubt, Preis- und Suchpersonalisierung im Online-Handel mit hoher Genauigkeit zu messen. Darauf bauen die anderen bereits in Bezug genommenen Studien teilweise auf oder nehmen auf sie anderweitig Bezug.²³⁹ Inhaltlich versuchen die Auto-

²³⁵ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 66 f.

²³⁶ *Dies.*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 2021, S. 71.

²³⁷ *Hannak/Soeller/Lazer u. a.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014.

²³⁸ Die Autoren sprechen von Preisdiskriminierung („price discrimination“) und definieren diese wie folgt: „Price discrimination occurs when two users are shown inconsistent prices for the same product (e.g., Travelocity showing a select user a higher price for a particular hotel).“ (*dies.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 3). Aus der Definition und aus den weiteren Ausführungen im Laufe der Studie geht hervor, dass der begrifflich engere Ausdruck Preispersonalisierung nach dem hiesigen Verständnis gemeint ist.

²³⁹ Vgl. *Competition and Markets Authority (CMA)*, Pricing Algorithms, 2018, S. 53 und 61; *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offer in the European Union – ANNEXES, 2018, S. 109 f.; *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 2016, S. 15.

ren, zwei übergeordnete Fragen zu beantworten: Wie weitverbreitet ist Personalisierung im Online-Handel? Und: Auf welche Art und Weise – also anhand welcher Variablen – wird Personalisierung tatsächlich umgesetzt?²⁴⁰ Um die erste Frage zu beantworten, haben die Verfasser der Studie auf 300 echte Test-Nutzer zurückgegriffen. Für die Beantwortung der zweiten Frage wurden Nutzer mittels einer Software fingiert: So konnten kontrollier- und vergleichbare Testsituationen geschaffen werden, die es erlaubt haben, den Zusammenhang zwischen Preispersonalisierung und konkreten Variablen zu überprüfen.

Die Studie bezog sich ausschließlich auf Personalisierung in den USA. Im Fokus standen insgesamt 16 US-amerikanische Anbieter. Zehn davon kamen aus dem Bereich des allgemeinen Einzelhandels und sechs aus dem Reisebereich.²⁴¹ Im Reisebereich wurden nur Hotel- und Mietwagenbuchungen berücksichtigt, nicht aber Flugreisen. Für jede Seite wählten *Hannak et al.* 20 verschiedene Produkte bzw. Buchungen aus. Es wurde auf eine möglichst breite Auswahl an Testprodukten geachtet, die dem jeweiligen Produktsortiment angepasst war. Bei den Reiseanbietern wurden Hotel- und Mietwagenbuchungen für zehn verschiedene Städte (weltweit) und mit unterschiedlich langer Mietdauer (jeweils 4- und 11-tägige Buchung; im zweiten Teil der Studie 1- und 2-tägige Buchung) getestet.

aa. Abstraktes Ausmaß der Preispersonalisierung

Um die erste Frage zu beantworten (die Bestimmung des Ausmaßes an Preispersonalisierung überhaupt), haben die Verfasser der Studie 300 Test-Nutzer akquiriert, die in den USA wohnen. Die Verfasser standen vor der Aufgabe, eine Methode zu entwickeln, mit der festgestellt werden kann, in welchem Ausmaß Preispersonalisierung vorkommt. Die Schwierigkeit bestand dabei in der Abgrenzung von anderweitig begründeten Preisschwankungen, welche in der Studie als *Noise* bezeichnet werden und unabhängig vom jeweiligen Kunden zu beobachten sind.²⁴² Das Design der Tests war so ausgestaltet, dass die Preisanfragen von den Test-Nutzern (im Wesentlichen automatisiert mittels einer dafür geschriebenen Software) mit ihrem jeweils eigenen, auch sonst im Alltag verwendeten Endgerät durchgeführt wurden. Dementsprechend waren darauf bereits im „typischen“, je nach Test-Nutzer unterschiedlichen Umfang Cookies, Browserverläufe und weitere „digitale Spuren“ gespeichert, welche möglicherweise einer Preispersonalisierung dienen können. Jeweils 100 Test-Nutzer haben Anfragen in den Bereichen On-

²⁴⁰ Vgl. *Hannak/Soeller/Lazer u. a.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 2.

²⁴¹ *Dies.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 4. Bei den Einzelhändlern handelte es sich um *Best Buy*, *CDW*, *HomeDepot*, *JCPenney*, *Macy's*, *Newegg*, *Office Depot*, *Sears*, *Staples* und *Walmart*. Bei den Anbietern aus dem Reisebereich handelte es sich um *Cheaptickets*, *Expedia*, *Hotels.com*, *Orbitz*, *Priceline*, *Travelocity*.

²⁴² Zu den möglichen anderen Gründen für Preisschwankungen siehe *dies.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 3.

line-Handel, Hotelbuchungen und Mietwagenbuchungen durchgeführt. Pro Nutzer wurden dementsprechend auf fünf oder zehn Seiten jeweils 20 Produkte bzw. Buchungen angefragt.²⁴³ Letztlich wurden so Ergebnisse für 20 Seiten generiert, wobei vier Seiten jeweils in der Kategorie Hotelbuchungen und in der Kategorie Mietwagenbuchungen gelistet waren und somit „doppelt“ geprüft wurden. Die von der Testsoftware initiierten Anfragen wurden über einen von den Verfassern der Studie kontrollierten Proxy-Server umgeleitet.²⁴⁴ Auf jede dieser „echten“ Anfragen kam zwei weitere hinzu, welche exakt zeitgleich den Preis für das gleiche Produkt auf der Seite abgefragt haben. Diese beiden Anfragen wurden so vorgenommen, dass ein „neutrales“ Endgerät (ohne Cookies etc.) fingiert wurde. Eine davon wurde als *Comparison Result*, die andere als *Control Result* bezeichnet. Gab es zwischen dem *Comparison Result* und dem *Control Result* preisliche Unterschiede, so musste es sich um *Noise*, also um nicht personalisierte Preisschwankungen handeln – die Anfragen waren ja völlig identisch und eine Personalisierung deshalb ausgeschlossen. Ergaben sich in der Summe aller jeweiligen Test-Nutzer auch unter Berücksichtigung dieser „preislichen Grundschwankung“ Differenzen zwischen den *Comparison Results* und den Ergebnissen der echten Nutzer-Anfragen, so konnte dies als Beweis echter Preispersonalisierung gesehen werden. Die Methode liefert in der Summe – also nach Durchführung großer Testreihen mit vielen Test-Nutzern – aussagekräftige Ergebnisse. Das Versuchsdesign ermöglicht es allerdings nicht, festzustellen, warum im Einzelfall beim direkten Vergleich zwischen zwei Test-Nutzern Preisdifferenzen auftreten, da diese Methode nicht zwischen *Noise* und Personalisierung unterscheiden kann, wenn nur diese zwei Werte vorliegen.²⁴⁵ Die Bündelung dieser Anfragen über den Proxy-Server hatte (neben der Bestimmung des *Noise*) zudem den Vorteil, dass sie zur gleichen Zeit und mit der stets gleichen IP-Adresse durchgeführt werden konnten. Eine etwaige auf der IP-Adresse basierende Personalisierung nach Aufenthaltsort konnte damit – wie von den Erstellern der Studie beabsichtigt – ausgeschlossen werden.²⁴⁶

Die Verfasser haben die Ergebnisse zunächst sortiert nach den verschiedenen Anbieter-Seiten dargestellt. Im Bereich des allgemeinen Einzelhandels lag Preispersonalisierung bei Betrachtung aller Test-Nutzer und aller angefragten Produkte auf acht von zehn Anbieter-Seiten nur bei weniger als 0,5 % der abgefragten Produkte vor.²⁴⁷ Anders formuliert war bei diesen Seiten in über 99,5 % der Preis-

²⁴³ Die 100 Test-Nutzer im Bereich des allgemeinen Einzelhandels hatten jeweils zehn Anbieter-Seiten zu überprüfen. Die jeweils 100 Test-Nutzer im Bereich Reise- bzw. Hotelbuchungen hatten pro Nutzer fünf Seiten zu überprüfen, da einer der sechs Reiseanbieter keine Hotelbuchungen und ein anderer keine Mietwagenbuchungen angeboten hatte. Dementsprechend wurden vier der sechs Reiseanbieter „doppelt“ überprüft: Einmal von 100 Test-Nutzern in der Kategorie Hotelbuchung und einmal von 100 Test-Nutzern in der Kategorie Mietwagenbuchung.

²⁴⁴ Zu den technischen Hintergründen siehe *Hannak/Soeller/Lazer u. a., Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 4 f.*

²⁴⁵ *Dies., Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 3.*

²⁴⁶ *Dies., Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 5.*

²⁴⁷ *Dies., Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 6.*

anfragen keinerlei Personalisierung erkennbar.²⁴⁸ Ausnahmen waren die Baumarktkette *HomeDepot* und der Haushaltswaren- sowie Kleidungsanbieter *Sears*. Bei *HomeDepot* lag bei knapp über 1 % der angefragten Produkte Preispersonalisierung vor, bei *Sears* lag der Wert knapp über 0,5 %. Deutlich häufiger wurde Preispersonalisierung im Reisebereich festgestellt. Bei Hotelbuchungen wurde auf drei von fünf Anbieter-Seiten die Schwelle von 0,5 % überschritten (*Cheaptickets*, *Orbitz* und *Priceline* mit jeweils gut 0,5 %). Bei Mietwagenbuchungen war Preispersonalisierung sogar bei allen fünf Seiten aufzufinden. Der Höchstwert hier lag bei 3,6 % (bei *Priceline*).

Bei den Anbietern, bei denen in mehr als 0,5 % der Fälle Preispersonalisierung festgestellt wurde, wurden die Daten weitergehend analysiert, um die absoluten Preisunterschiede sowie ihre Verteilung festzustellen. Bemerkenswert ist zunächst, dass die Personalisierung im Durchschnitt – also nicht zwangsläufig in jedem Einzelfall – zu höheren Preisen geführt hat.²⁴⁹ Sofern Preispersonalisierung stattgefunden hat, konnte dies zu durchaus bedeutenden Preisunterschieden führen. Die Verfasser nennen leider keine konkreten Zahlen, sondern stellen diese nur grafisch dar.²⁵⁰ Der Grafik lässt sich entnehmen, dass der Mittelwert der Preisunterschiede in einigen Fällen die 100-\$-Grenze überschreitet und (als Umkehrschluss aus den abgebildeten Perzentilen ersichtlich) in Einzelfällen preisliche Unterschiede bis zu einem Vielfachen dieses Wertes aufgetreten sind. Beispielhaft nennen die Verfasser die Anfrage für eine Hotelbuchung in Paris, bei dem die neutralen Preisanfragen der Verfasser (also das *Control* und das *Comparison Result*) jeweils den gleichen Preis in Höhe von 565 \$ ergeben haben, während ein Test-Nutzer als Ergebnis der zeitgleichen identischen Anfrage 633 \$ zu zahlen gehabt hätte.²⁵¹ Leider machen die Verfasser ansonsten nur wenige konkrete Angaben zu den untersuchten Produkten: Sie führen aus, dass sie die zum Vergleich herangezogenen Produkte auf das Sortiment des jeweiligen Anbieters abgestimmt haben. So haben sie z. B. bei *JCPenney* u. a. auf Kissen und Sonnenbrillen und bei *Newegg* auf LCD-Fernseher und Telefone abgestellt.²⁵² Unterteilt nach Anbieter ist grob erkennbar, welche absoluten Preisunterschiede aufgetreten und wie sie verteilt sind. Daraus lässt sich aber nicht ablesen, wie die preislichen Unterschiede verteilt auf die einzelnen Produkte ausfallen. Vor allem ist nicht ersichtlich, in welcher Relation die absoluten Preisunterschiede zu den Referenzpreisen der in den Fokus genommenen Produkte stehen. So ist z. B. mit Blick auf das 95-%-Perzentil bei *HomeDepot* erkennbar, dass es mindestens einen Fall gegeben haben muss, in dem der Preisunterschied (zu Lasten des Test-Nutzers) in der Größenordnung von etwa 1000 \$ lag. Es ist aber nicht erkenn-

²⁴⁸ Es geht an dieser Stelle zunächst nur darum, ob Personalisierung stattfindet, und nicht um die Höhe der Personalisierung im Einzelfall.

²⁴⁹ Hannak/Soeller/Lazer u. a., *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 7.

²⁵⁰ Vgl. die Graphik „Figure 3“ (dies., *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 6).

²⁵¹ Dies., *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 7.

²⁵² Dies., *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 4.

bar, um welches Produkt es sich gehandelt hat und wie viel dieses für andere Kunden gekostet hätte.

Die in diesem Abschnitt der Untersuchung zusammengetragenen Ergebnisse wurden daraufhin aus Sicht derjenigen Test-Nutzer analysiert, bei denen bei mehr als 0,5 % der Preisanfragen eine Personalisierung festgestellt wurde („highly personalized users“). Dies diente dazu, herauszufinden, ob (und ggf. welche) Gemeinsamkeiten zwischen diesen Nutzern erkennbar sind und ob es dementsprechend möglich ist, diese Gruppe von den nicht von Personalisierung betroffenen Nutzern abzugrenzen. Zunächst wurden dafür die wie beschrieben Betroffenen aus der Masse an Nutzern „herausgefiltert“. Im Ergebnis blieben dann je nach Anbieter-Seite zwischen 2 und 12 % der jeweiligen Test-Nutzer übrig, die (bei zumindest einem der 20 pro Seite abgefragten Produkte) von Preispersonalisierung betroffen waren.²⁵³ Der momentane Aufenthaltsort der Test-Nutzer spielte erwartungsgemäß keine Rolle, da die IP-Adresse aller Preisanfragen wegen der Umleitung über den Proxy-Server identisch war und dementsprechend keine derartige Diskriminierung ermöglicht hat. Auch der Vergleich der verwendeten Browser bzw. Betriebssysteme verlief (an dieser Stelle der Studie noch) ergebnislos. Hierbei ist anzumerken, dass die Preisanfragen bei keinem der 300 Test-Nutzer über ein mobiles Endgerät vorgenommen wurden.

bb. Gründe für Preispersonalisierung

Der zweite Teil der Studie widmet sich der übergeordneten Frage, aufgrund welcher Faktoren Personalisierung vorgenommen wird. Der Schwerpunkt liegt dort eher auf den Gründen für *Price Steering*. Es werden aber auch einige interessante Feststellungen im Kontext von Preispersonalisierung getroffen. Methodisch wählen die Verfasser der Studie hier einen anderen Ansatz. Im Gegensatz zum ersten Teil der Studie kamen keine realen Test-Nutzer zum Einsatz, da deren Computer jeweils individuelle Eigenschaften aufgewiesen hätten, welche eine systematische Untersuchung mangels vergleichbarer Ergebnisse unmöglich gemacht hätten.²⁵⁴ Stattdessen setzen *Hannak et al.* auf eine Mischung aus automatisierten und manuellen Preisanfragen. Untersucht wurden fünf Variablen, bei denen die Autoren die Vermutung hatten, dass sie zum Zwecke der Personalisierung eingesetzt werden. Drei Variablen waren statisch: Bei der ersten ging es darum, ob der (fingierte) Test-Nutzer mit seinem Kundenkonto eingeloggt war oder nicht. Zudem gehören in diese Kategorie der verwendete Browser sowie das verwendete Betriebssystem.²⁵⁵ Zudem

²⁵³ *Dies.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 7.

²⁵⁴ Vgl. *dies.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 7 f.: Aussagekräftige, strukturierte Ergebnisse sind z. B. deshalb nicht möglich, weil diese Nutzer über ihre Browser in der Vergangenheit bereits unterschiedliche Käufe getätigt haben. Die Untersuchung, ob die individuelle Kauf-Historie Grund für Personalisierung sein kann, wäre dann kaum ohne Verzerrungen möglich.

²⁵⁵ Mit dem verwendeten Betriebssystem hängt die Frage zusammen, ob es sich bei dem Gerät, von

wurden zwei historische Variablen überprüft, nämlich das Klick-Verhalten der Nutzer (hier ging es darum, ob es Auswirkungen zeitigt, wenn ein Nutzer beim Surfen auf einer bestimmten Anbieter-Seite primär hoch- oder niedrigpreisige Produkte anklickt) sowie die von ihnen online getätigten Käufe (hier ging es um die Auswirkungen bereits tatsächlich durchgeführter Käufe).²⁵⁶ Der letztgenannte Faktor wurde im Bereich des allgemeinen Einzelhandels allerdings außen vor gelassen, da die Verfasser der Studie die jeweiligen Produkte sonst tatsächlich hätten kaufen (und zurückschicken) müssen. Insoweit liegen also keine Ergebnisse vor. Im Reisebereich (Hotel und Mietwagen) konnten die getätigten Buchungen hingegen einfach storniert werden.

Die Studie kommt zu dem Ergebnis, dass in den meisten untersuchten Fällen weder *Price Steering* noch Preispersonalisierung nachgewiesen werden konnte.²⁵⁷ Die Verfasser weisen zugleich darauf hin, dass ihre Methode nur geeignet ist, das Vorkommen von Personalisierung positiv nachzuweisen – sie ermöglicht hingegen nicht den Nachweis, dass keine Personalisierung stattfindet.²⁵⁸ Auch liefern die beiden Teile der Studie Ergebnisse, die teilweise widersprüchlich wirken. So kann beispielsweise im zweiten Teil der Studie keinerlei Personalisierung bei Mietwagenbuchungen festgestellt werden. Derlei Widersprüche können damit erklärt werden (bzw. deuten darauf hin), dass möglicherweise weitere Faktoren eine Rolle spielen, welche von der gewählten Methode nicht erfasst wurden.²⁵⁹ Im Folgenden werden nur die Fälle dargestellt, in denen Preispersonalisierung positiv nachgewiesen werden konnte.

Im Bereich Hotelbuchungen wurde bei den Seiten *Cheaptickets* und *Orbitz* Preispersonalisierung festgestellt: Von den mit ihrem Kundenkonto eingeloggten Nutzern erhielten ca. 5 % personalisierte Preise. Innerhalb dieser Gruppe betrug die Preisdifferenz im Schnitt 12 \$ zugunsten der Betroffenen.²⁶⁰ Es handelte sich dabei um reduzierte Preise für registrierte Nutzer. Die einschlägigen Angebote waren mit dem Schriftzug „Members Only“ gekennzeichnet. *Cheaptickets* war zum damaligen Zeitpunkt eine Tochtergesellschaft von *Orbitz*. 2015 wurde *Orbitz* von *Expedia* aufgekauft, dem nun beide Unternehmen gehören. Angesichts dieser Verflechtungen ist es nicht verwunderlich, dass die CMA in ihrer im Jahr 2017 durchgeführten Untersuchung²⁶¹ bei *Expedia* auf die gleiche Vorgehensweise gestoßen ist.

dem aus die Anfrage gesendet wird, um ein mobiles Endgerät handelt (wie etwa ein Smartphone).

²⁵⁶ Zum Design der Tests siehe ausführlich *Hannak/Soeller/Lazer u. a.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 8.

²⁵⁷ *Dies.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 9.

²⁵⁸ *Dies.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 13.

²⁵⁹ Vgl. *dies.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 13.

²⁶⁰ *Dies.*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites*, 2014, S. 9. Es geht aus den Ausführungen nicht ganz eindeutig hervor, ob die hier genannten Werte für beide Anbieter gelten oder nur für *Cheaptickets*. Die Darstellung wurde von den Verfassern der Studie vereinfacht, da beide Seiten zum Zeitpunkt der Erstellung der Studie *de facto* vom gleichen Anbieter betrieben wurden und (wohl) die genau gleichen Preissetzungsmethoden eingesetzt hatten.

²⁶¹ Siehe dazu oben Kap. 7, IV. 3. a.

Bei *Travelocity* wurde Preispersonalisierung festgestellt, wenn die Seite über das mobile Betriebssystem iOS aufgerufen wurde.²⁶² Dieses kommt auf Apple iPhones und iPads zur Anwendung. Es waren ca. 5 % der angezeigten Hotelpreise betroffen. Diese waren für die (fingierten) iOS-Nutzer durchschnittlich 15 \$ günstiger als für andere Kunden. Im Gegensatz zum Vorgehen der Seiten von *Cheaptickets* und *Orbitz* lag hier aber eine unmittelbare, da intransparente Personalisierung vor: Aus Sicht des Kunden war kein Grund ersichtlich, warum von ihm (bzw. generell von seiner Nutzergruppe „iOS-Nutzer“) teilweise niedrigere Preise verlangt wurden.²⁶³

Im Bereich des allgemeinen Einzelhandels konnte bloß bei *HomeDepot* Personalisierung nachgewiesen werden, und zwar bei Verwendung des Betriebssystems Android (für Smartphones verschiedener Hersteller).²⁶⁴ Der Umfang war allerdings minimal: In ca. 6 % der Preisfragen von Nutzern aus dieser Gruppe wurden erhöhte Preise angezeigt. Im Durchschnitt betrug der Preisanstieg aber nur 0,41 \$. Die Verfasser der Studie konnten keine Erklärung für diesen in der Summe minimalen, aber statistisch nachweisbaren Preisunterschied zu Lasten von Android-Nutzern erkennen. Sie spekulieren, dass die erhöhten Preise nicht Ausdruck einer bewussten Preispersonalisierung, sondern stattdessen Fehlern beim Aufsetzen der Webseite für mobile Endgeräte geschuldet sind.²⁶⁵

cc. Wertende Zusammenfassung

Die Ergebnisse von *Hannak et al.* deuten darauf hin, dass Preispersonalisierung in der Form, dass verschiedenen Nutzern aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften zum gleichen Zeitpunkt verschiedene Preise für das gleiche Produkt angezeigt werden, ohne dass dafür ein Grund ersichtlich ist, keine Vorgehensweise ist, welche regelmäßig oder gar institutionalisiert eingesetzt wird. Nicht von der Studie erfasst sind die Fälle, in denen Preispersonalisierung indirekt umgesetzt wird, etwa durch personalisierte Produkte oder gezielte Rabattaktionen für preissensitive Kunden. *Orbitz* und *Cheaptickets* nehmen hier eine Sonderrolle ein: Die Personalisierung wurde von diesen Unternehmen transparent vorgenommen. Die Anbieter haben bei der Preiskommunikation somit den „offensiveren“ Weg gewählt: Sie legen die Personalisierung offen und begründen sie den Kunden gegenüber als eine Art „Treuebonus“.

Auf das geringe Ausmaß an unmittelbarer Preispersonalisierung deuten beide Teile der Studie hin: Im ersten wurde etwa im Bereich des allgemeinen Einzelhandels festgestellt, dass bei acht von zehn Anbietern in über 99,5 % der Preisfragen keinerlei Personalisierung des Preises nachgewiesen werden konnte. Der Reisebereich, hier vertreten durch Hotel- und Mietwagenbuchungen, scheint – inso-

²⁶² *Hannak/Soeller/Lazer u. a.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 11.

²⁶³ *Dies.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 11.

²⁶⁴ *Dies.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 11 f.

²⁶⁵ *Dies.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 12.

fern decken sich die Ergebnisse mit denen der CMA, der Studie im Auftrag der Europäischen Kommission und der Studie im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen – am ehesten zu Preispersonalisierung zu neigen. Der „Spitzenwert“ bei Mietwagenbuchungen beim Anbieter *Priceline* (bei 3,6 % aller Preis-anfragen wurde Personalisierung vorgefunden) ist zwar kein unerheblicher. Er kann aber dennoch als niedrig bezeichnet werden. Zugleich ist überraschend, dass die preislichen Unterschiede in den wenigen Fällen, in denen Personalisierung tatsächlich vorkommt, hoch sind: Der Mittelwert der absoluten Preisunterschiede liegt oftmals um die 100 \$ und hat in Einzelfällen ein Mehrfaches davon erreicht. Eine weitergehende wertende Einordnung ist an dieser Stelle schwierig, da weder die angefragten Produkte noch die den anderen Test-Nutzern angezeigten Preise detailliert mitgeteilt wurden und somit die Relation der Preisschwankung unklar ist.

Im zweiten Teil der Studie wurden derart starke preisliche Ausreißer überhaupt nicht registriert: Nur in wenigen Fällen wurde Preispersonalisierung überhaupt festgestellt. Bemerkenswert sind hier die Fälle *Orbitz/Cheaptickets* sowie *Travelocity*. Dort wurden Preise für wenige (fingierte) Test-Nutzer aufgrund jeweils einer einzelnen Variablen angepasst. Innerhalb der jeweiligen Gruppe (eingeloggte Nutzer bei *Orbitz/Cheaptickets* bzw. iOS-Nutzer bei *Travelocity*) waren aber jeweils nur 5 % der Nutzer betroffen. Diese nachgewiesenen Fälle führten zu einer Absenkung des Preises. Dies widerspricht den Ergebnissen des ersten Teils. Laut diesen ging Preispersonalisierung stets mit einem erhöhten Preis zum Nachteil der Kunden einher.

Die Studie ergibt kein einheitliches Bild – und vermutlich kann man dies angesichts der Komplexität der zu erhebenden Sachverhalte auch gar nicht erwarten. Festzuhalten ist, dass sie methodisch in beiden Teilen nur in wenigen Fällen den Nachweis von Preispersonalisierung erbringt. Zumindest wurde aber gezeigt, dass diese vorkommt, und dass bestimmte Kriterien im Einzelfall eine Rolle gespielt haben. Ein systemimmanentes Problem der gewählten Vorgehensweise ist, dass diese nur das Vorhandensein von Preispersonalisierung positiv nachweisen kann, nicht aber ihre Abwesenheit. Und auch hier kommen die durchgeführten Tests an ihre Grenzen: Der erste Teil der Studie hat methodisch und mit Blick auf die Aussagekraft der Ergebnisse den Vorteil, dass Preise für ganz verschiedene reale Nutzertypen erhoben werden konnten. So sind die gefundenen Ergebnisse potenziell recht lebensnah. Die Überprüfung mittels der *Control* und der *Comparison Results* stellt zudem sicher, dass es sich wirklich um Personalisierung und nicht um anderweitig begründete Preisschwankungen gehandelt hat. In den festgestellten personalisierten Preisen schlagen sich mithin ggf. ganz verschiedene Faktoren nieder, welche in den (für die Anbieter feststellbaren) Eigenschaften der Nutzer begründet liegen. Freilich ist denkbar, dass erst die Kombination verschiedener Faktoren schlussendlich einen bestimmten Preis bedingt, da erst die kumulative Berücksichtigung unterschiedlicher Aspekte die Einteilung in Käufergruppen erlaubt. Hieran zeigt sich zugleich das Problem der im ersten Teil gewählten Methode: Es kann festgestellt werden, ob Personalisierung stattfindet (und welche Preisschwankungen daraus resultieren) – aber nicht, warum sie stattfindet. Der zweite Teil der Studie zieht die Fragestellung deshalb von der anderen Seite auf und versucht, die Frage des Einflusses verschiedener Faktoren zu ergründen. Dadurch, dass Nutzer fingiert und die Variablen

unter Testbedingungen abgewandelt werden, kann der Einfluss einzelner Nutzer-eigenschaften systematisch überprüft werden. Diese Vorgehensweise produziert klare Ergebnisse im Rahmen der jeweiligen Versuchsanordnung. Das Problem des zweiten Teils ist aber, dass auch diese nur bedingt aussagekräftig sind. Dies liegt zum einen daran, dass nur die fünf von den Autoren ausgewählten Variablen abgeprüft werden konnten. Andere Variablen wurden nicht berücksichtigt; ihre etwaige Rolle bei der Preisbildung bleibt damit unklar. Zum anderen kann dieses Versuchsdesign nicht die vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten verschiedener Faktoren sowie ihre Wechselwirkungen und Auswirkungen auf den Preis berücksichtigen. Die Kombination verschiedener personenbezogener Eigenschaften ist im Rahmen eines solchen Experiments naturgemäß technischen Beschränkungen unterworfen, sodass Fälle von Preispersonalisierung, die nur bei ganz bestimmten Nutzerprofilen auftreten, möglicherweise unentdeckt bleiben. Unabhängig davon ist nicht auszuschließen, dass die überprüften Anbieter technische Möglichkeiten zur Verfügung haben, Personalisierung zu verschleiern bzw. sie zu unterlassen, sobald sie erkennen, dass im Rahmen einer systematischen Versuchsanordnung – wie im Fall der hier diskutierten Studie – dahingehende Untersuchungen angestellt werden.

Trotz dieser kaum vermeidbaren methodischen Einschränkungen liefert die Studie wertvolle Hinweise dahingehend, dass unmittelbare Preispersonalisierung zwar vorkommt, aber eine eher seltene Ausnahme zu sein scheint. Der Nachweis von Preispersonalisierung ist allerdings dennoch beachtlich, denn dieser ist in den zuvor analysierten Studien nicht bzw. kaum gelungen. Dies mag daran liegen, dass diese sich jeweils auf Anbieter bezogen haben, welche in der Europäischen Union ansässig sind. *Hannak et al.* nahmen hingegen den US-amerikanischen Raum in den Blick. Vor diesem Hintergrund ist denkbar, dass die höheren (vor allem datenschutz- und lauterkeitsrechtlichen) Hürden des europäischen Rechts²⁶⁶ die Anreize abschwächen, Preispersonalisierung zu betreiben, und dementsprechend bei Anbietern, die in der Europäischen Union tätig sind, weniger Fälle vorkommen.

b. Mikians et al. (2012)

Mikians et al. führten im Jahr 2012 eine systematische Studie zum Vorkommen von Preispersonalisierung und *Search Discrimination* im Online-Handel durch. Im Jahr 2013 setzte die gleiche Forschungsgruppe die Untersuchung mithilfe von Crowdsourcing-Methoden fort.

Die hier zunächst analysierte erste Studie aus dem Jahr 2012 diente dazu, das Vorkommen von Preispersonalisierung und *Search Discrimination* – dies entspricht begrifflich dem Ausdruck *Price Steering* – strukturiert zu untersuchen.²⁶⁷

²⁶⁶ Vgl. dazu überblicksmäßig *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 94–96.

²⁶⁷ *Mikians/Gyarmati/Erramilli u. a.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 1 verwenden den Begriff „Price Discrimination“ wie folgt: „Price discrimination is def-

aa. Überblick über die Versuchsanordnung

Die Autoren haben das Vorkommen von personalisierten Preisen mit Blick auf drei Variablen untersucht. Die erste Variable war technischer Natur. Mit ihr sollte getestet werden, ob die Verwendung verschiedener Browser (etwa Firefox, Internet Explorer etc.) in Kombination mit verschiedenen Betriebssystemen (Windows, MacOS, Linux) Einfluss auf die angezeigten Preise hat.²⁶⁸ Beim Testen dieser Variablen wurden immer die gleiche IP-Adresse (welche den Rechnerstandort im spanischen Barcelona erkennen ließ) sowie ein „neutraler“ Computer verwendet. Der Einsatz von seitenübergreifendem Tracking und das Hinterlassen anderweitiger digitaler Spuren wurde technisch unterbunden.²⁶⁹ Auf diese Weise sollte sichergestellt werden, dass ggf. der Browser oder das Betriebssystem (bzw. die jeweilige Kombination) und nicht etwa andere Faktoren für etwaige Preisunterschiede kausal sind. Die zweite untersuchte Variable war der Aufenthaltsort des Nutzers. Mithilfe von Proxy-Servern wurden Preisanfragen aus sechs verschiedenen Orten fingiert, nämlich aus den USA (Ostküste und Westküste), Deutschland, Spanien, Korea und Brasilien.²⁷⁰ Betriebssystem und Browser waren immer identisch. Zudem wurden die Anfragen zeitgleich auf „neutralen“ Rechnern ausgeführt, sodass sich einzig die IP-Adresse verändert hat, welche den Standort des Rechners erkennen ließ. Die dritte Variable setzte die persönlichen, vom Anbieter online „erkennbaren“ Eigenschaften der fingierten Kunden in den Fokus. In diesem Kontext kamen zwei verschiedene Untersuchungsmethoden zum Einsatz. Die erste war so gestaltet, dass jeweils das Surfverhalten von besonders wohlhabenden und das von besonders preissensitiven Nutzern („affluent customers“ und „budget conscious customers“) simuliert wurde. Diese beiden Kundenprofile wurden erschaffen, indem über einen Zeitraum von sieben Tagen automatisiert Webseiten aufgerufen wurden. Anhand der Auswahl der Seiten sollte das jeweils stereotype Surfverhalten wiedergespiegelt werden. Für diesen Zweck wurden etwa für das wohlhabende Profil systematisch Anbieter-Seiten aus dem Luxusgütersegment aufgerufen. Der fingierte preissensitive Nutzer hat stattdessen Preisvergleichsportale und Seiten aus dem Discount-Segment angesteuert.²⁷¹ Bei dieser Versuchsanordnung wurden Tracking und andere Methoden, um Nutzer digital zu verfolgen, nicht geblockt. So sollte getestet werden, ob diese aus dem Surfverhalten ablesbaren Nutzerprofile verschiedene Preise (bzw. andere Produkte) angezeigt bekommen. Die zweite Untersuchungsmethode der dritten Variablen hatte zum Gegenstand, ob es eine Rolle spielt, von welcher Seite aus kommend ein Kunde die Anbieter-Seiten ansteuert.²⁷² Es ging

ned as the ability to price a product on a per customer basis, mostly using personal attributes of the customer. The collected information can be used to estimate the price a customer is willing to pay.“ Er entspricht damit der hier verwendeten Definition von Preispersonalisierung.

²⁶⁸ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 3.

²⁶⁹ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 3.

²⁷⁰ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 3.

²⁷¹ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 3 f.

²⁷² Kam ein Nutzer mittels einer Verlinkung von einer Seite zur anderen, so lässt sich dies in der

damit nicht um das allgemeine Surfverhalten des Kunden, sondern darum, welche Art von Seite es war, die ihn unmittelbar auf die Seite des Anbieters weitergeleitet hatte (etwa eine Seite mit Bezug zu Luxusgütern oder ein Preisvergleichsportaal). Die zweite Untersuchungsmethode ähnelt damit von ihrer Herangehensweise her der ersten. Sie ist durch die Eingrenzung auf die Rolle der jeweils weiterleitenden Seite aber spezieller. Die Preisanfragen beim Testen der dritten Variablen wurden allesamt von einem in Los Angeles (USA) befindlichen Windows-PC fingiert.²⁷³

Für die Preisanfragen wählten *Mikians et al.* 200 besonders hoch frequentierte Anbieter-Seiten aus.²⁷⁴ Untersucht wurden pro Seite drei konkrete Produkte aus insgesamt 35 Kategorien (inklusive Hotelbuchungen), in der Summe also 600 Produkte. Bei den drei Produkten pro Seite wurde jeweils eins aus dem unteren, mittleren und oberen Preissegment angefragt. Bei den Hotelbuchungen wurde dementsprechend zwischen Neben-, Zwischen- und Hauptsaison unterschieden. Methodisch kamen – ähnlich wie im zweiten Teil der Studie von *Hannak et al.* – keine echten Test-Nutzer, sondern automatisierte Preisanfragen zum Einsatz.²⁷⁵ Die Anfragen wurden im Juli 2012 über einen Zeitraum von insgesamt 20 Tagen mithilfe eines sog. verteilten Systems (d. h. unter Rückgriff auf mehrere miteinander verbundene Rechner) vorgenommen. Die Untersuchung war so ausgestaltet, dass jeweils eine der drei Variablen isoliert abgeändert wurde. Auf diese Weise sollte ggf. die Kausalität zwischen Änderung der Variablen und daraus resultierenden Preisschwankungen bewiesen werden. Deshalb wurde beim Testen des Einflusses der ersten beiden Variablen (u. a. mithilfe eines Proxy-Servers) Tracking unterbunden und sichergestellt, dass keine „digitalen Spuren“ die Ergebnisse verfälschen. Bei der dritten Variablen konfigurierten *Mikians et al.* die Rechner hingegen so, dass Tracking und ähnliche Verfahren ohne Weiteres möglich waren.

bb. Ergebnisse

Die Rolle der ersten Variablen (verschiedene Betriebssystem-Browser-Kombinationen) wurde über einen Zeitraum von vier Tagen unter Vornahme von insgesamt mehr als 20 000 Preisanfragen überprüft. Es wurden keine Preisänderungen gemessen.²⁷⁶

Für die Überprüfung der zweiten Variablen (geografischer Ursprung der Preisanfrage) wurden auf den 200 ausgewählten Anbieter-Seiten die gleichen Produkte jeweils 10-mal angefragt. Hier war das Ergebnis im Wesentlichen gleich: In der Regel traten keinerlei Preisunterschiede auf. Bloß drei Anbieter stellten die Aus-

Regel dem sog. Referrer Header entnehmen.

²⁷³ *Mikians/Gyarmati/Erramilli u. a.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4.

²⁷⁴ *Dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4.

²⁷⁵ Zu den technischen Hintergründen vgl. ausführlich *dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 3.

²⁷⁶ *Dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4.

nahme dar, nämlich *Amazon.com*, *Steampowered.com* und *Staples*.²⁷⁷ Deshalb führte die Forschergruppe bei diesen Seiten weitere Untersuchungen durch, die über die ursprüngliche Versuchsanordnung hinausgingen. Bei *Amazon.com* traten die Preisunterschiede ausschließlich bei Kindle E-Books auf. In der Mehrheit der Anfragen betrug ihre Höhe mindestens 21 %; der Spitzenwert lag bei 166 %.²⁷⁸ Im Fall von *Steampowered.com* wurden Preisunterschiede ausschließlich bei Computerspielen festgestellt. Über die Höhe der Preisunterschiede trifft die Studie keine Aussage. Sie hält aber fest, dass beispielsweise beim Vergleich von Preisanfragen, die aus Spanien und Deutschland kamen, in etwa 20 % der Fälle Preisdifferenzen festgestellt wurden. Im Fall von *Staples* verengte die Forschergruppe den Fokus (im Rahmen ihrer weitergehenden Untersuchungen) geografisch auf die USA und dehnte die Versuchsanordnung auf zehn (statt, wie sonst, drei) Produkte aus. Die Preise wurden von 67 verschiedenen Orten in den USA aus angefragt. Bei vier Produkten kam es tatsächlich zu Preisschwankungen in Abhängigkeit von der geographischen Herkunft der Preisanfrage.²⁷⁹ Die Forschergruppe stellte keine signifikante Korrelation zwischen den festgestellten Preisschwankungen und solchen Faktoren wie etwa der Bevölkerungsdichte, dem Einkommensniveau oder der (je nach Bundesstaat unterschiedlich hohen) Steuerlast fest.²⁸⁰ Ähnliche Ergebnisse traten zutage, als der geographische Umfang weiter verengt wurde, nämlich auf einen einzelnen Bundesstaat (Massachusetts). So sollten steuerlich begründete Preisunterschiede ausgeschlossen werden. Für diese Versuchsanordnung wurden willkürlich 29 Produkte ausgewählt und die Preise aus 200 verschiedenen in Massachusetts gelegenen ZIP-Codes angefragt. Dabei schwankte der Preis bei 15 Produkten je nach geographischer Herkunft der Preisanfrage um bis zu 11 % nach oben (ausgehend vom jeweils niedrigsten gemessenen Wert).²⁸¹ Diese Ergebnisse sprechen dafür, dass die unterschiedlichen Steuergesetze der Bundesstaaten nicht kausal für die Preisdifferenzen waren. Die gefundenen Unterschiede lassen sich aber – sowohl auf Bundesebene als auch auf Ebene des einzelnen Bundesstaates – mit den Ergebnissen der bereits weiter oben beschriebenen Berichterstattung des *Wall Street Journals* erklären, wonach *Staples* die verlangten Preise wohl primär von der physischen Distanz des Kunden zu Ladengeschäften von Wettbewerbern abhängig gemacht hat.

²⁷⁷ Der Text ist an dieser Stelle nicht ganz eindeutig: „*The measurement results do not indicate significant differences (...) for the majority of the products. However, the prices shown by three particular websites appeared to depend strongly on the users' location.*“ (Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4). Es wird hier (vor allem wegen der Konjunktion „however“) davon ausgegangen, dass ausschließlich bei den drei genannten Seiten Preisunterschiede festgestellt wurden und die restlichen 197 Seiten mit „majority“ („Mehrheit“) gemeint sind. Denkbar wäre aber auch, dass die Mehrheit der 200 aufgerufenen Seiten keine Preispersonalisierung erkennen ließ und innerhalb der Gruppe der personalisierenden Seiten die drei genannten Anbieter besonders hervorstechen sind.

²⁷⁸ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4.

²⁷⁹ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4.

²⁸⁰ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 5.

²⁸¹ Dies., Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 5.

Bei den Ergebnissen der dritten Variablen muss wieder unterschieden werden. Mittels der ersten Untersuchungsmethode konnte keinerlei Preispersonalisierung nachgewiesen werden: Es machte für die Preishöhe also keinen Unterschied, ob der Test-Nutzer in den sieben Tagen vor den Preisanfragen ein Surfverhalten an den Tag gelegt hat, welches darauf schließen lässt, dass er besonders wohlhabend oder besonders preissensitiv ist. *Price Steering* hingegen wurde teilweise nachgewiesen.²⁸² Im Rahmen der zweiten Untersuchungsmethode untersuchten *Mikians et al.*, welche Rolle die unmittelbar zuvor besuchte, den Anbieter verlinkende Seite auf den Preis hat. Die zugrunde liegende Arbeitshypothese war, dass Anbieter aus der Art der verlinkenden Seite möglicherweise Rückschlüsse auf die Preissensitivität des Nutzers ziehen: Kommt dieser etwa über ein Preisvergleichsportale auf die Seite des Anbieters, ist eher von hoher Preissensitivität auszugehen als bei einer Ursprungsseite mit Bezug zum Luxusgütersegment.²⁸³ Daher nahmen die Autoren Preisvergleichsportale in den Fokus, über die die Preise verschiedener Produkte abgefragt wurden. Sie wählten Portale aus, die als Plattform für Anbieter aus verschiedenen Bereichen dienen können und über die Nutzer teilweise auch Rabatte erhalten. Leider geht aus der Studie nicht eindeutig hervor, in welchen Fällen welche Arten von Rabatten gewährt wurden – und wie dies den Kunden gegenüber kommuniziert wurde.²⁸⁴ Die Ausgestaltung der Preiskommunikation kann damit nur bedingt analysiert werden.

Mikians et al. haben mehrere Portale untersucht, aber nur die Ergebnisse für *Nextag.com* dargestellt. Zum Einsatz kam ein neutraler Computer,²⁸⁵ der First Party Cookies nicht geblockt hat. Auf *Nextag.com* wurden 25 verschiedene Produktkategorien untersucht. Bei zwei Anbietern für Bürobedarf (*Shoplet.com* und *Discountofficeitems.com*) stellte die Forschergruppe Preispersonalisierung fest: Bei diesen beiden Seiten bekamen Nutzer andere Preise angezeigt, wenn sie von *Nextag.com* weitergeleitet worden waren. Bei *Shoplet.com* war es so, dass der Preis bei direktem Ansteuern der Seite höher angezeigt wurde als beim vorherigen „Umweg“ über die Weiterleitung von *Nextag.com*. Der Mittelwert der gemessenen Preisdifferenzen (zwischen den Preisen für weitergeleitete Nutzer und den Preisen für solche Nutzer, die die Seite direkt angesteuert haben) betrug bei diesem Anbieter 23 %.²⁸⁶ *Mikians et al.* äußerten sich nicht zu den Details der Preisschwankungen auf *Discountofficeitems.com*, sondern stellten ihr Vorkommen bloß fest.

²⁸² *Dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 5.

²⁸³ *Dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 5.

²⁸⁴ Vgl. *dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 5: „(...) we focus on price aggregator sites that provide a platform for vendors of various products and also provide discounts to users.“

²⁸⁵ Die Nutzerprofile (wohlhabend/preissensitiv) der ersten Untersuchungsmethode lagen den Untersuchungen der zweiten also nicht zugrunde.

²⁸⁶ *Mikians/Gyarmati/Erramilli u. a.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 6.

cc. Wertende Zusammenfassung

Die Studie hat einen ähnlichen Ansatz gewählt wie die zwei Jahre später von *Han-nak et al.* durchgeführte in ihrem zweiten Teil. Anzumerken ist, dass das gewählte Versuchsdesign das Herausfiltern von *Noise* (also von Preisschwankungen, die nicht von Personalisierung herrühren) nicht in gleichem Maße in den Vordergrund gestellt hat. Die Autoren legten hingegen besonderen Wert darauf, die drei untersuchten Variablen isoliert voneinander zu untersuchen, um so ggf. die Kausalität für Preisschwankungen sicher feststellen zu können. Dies hat zunächst den Vorteil, dass der Grund für Preisschwankungen recht gut eingegrenzt werden kann. Zugleich – darauf weisen die Autoren auch selber hin²⁸⁷ – geht damit aber der Nachteil einher, dass Preispersonalisierung aufgrund einer Kombination verschiedener Faktoren nicht erkannt wird. Zudem war das Versuchsdesign naturgemäß wieder auf das Feststellen unmittelbarer Preispersonalisierung ausgerichtet, sodass mittelbare Konstellationen *per se* außen vor gelassen wurden.

Die Ergebnisse haben dennoch eine hilfreiche Aussagekraft: Preisänderungen aufgrund der getesteten Variablen traten im Regelfall nicht auf. Die Wechsel von Browser und Betriebssystem (Variable 1) blieben mit Blick auf die Preise gänzlich folgenlos. Die geographische Herkunft der Preisanfragen (Variable 2) zeitigte bei 197 von 200 untersuchten Anbietern keine relevanten Abweichungen. Die Methode von *Staples* stellt einen Fall von Preispersonalisierung dar: Je nach Aufenthaltsort des Nutzers wechselt der Preis, wohl in Abhängigkeit von der Entfernung zu Ladengeschäften von Konkurrenten. Das Verfahren ist denkbar simpel ausgestaltet und scheint keine weiteren personenbezogenen Daten des Kunden miteinzubeziehen. Es fällt aber unter den hier vertretenen Begriff von Preispersonalisierung, da der Preis (auch) in Abhängigkeit von dessen persönlichen Eigenschaften und vor dem Hintergrund der vermuteten Zahlungswilligkeit bestimmt wird. Die geografisch bedingte Diskriminierung durch *Amazon.com* und *Steampowered.com* hingegen fällt – soweit ersichtlich – nicht unter den Begriff der Personalisierung. Bei beiden Anbietern wurden die Preisunterschiede bei digitalen, in der Regel urheberrechtlich geschützten Gütern (E-Books und Computerspiele) festgestellt. Es steht stark zu vermuten, dass die festgestellten preislichen Unterschiede nichts mit der vermuteten Zahlungsbereitschaft der Kunden in den verschiedenen Ländern zu tun haben, sondern die Folge unterschiedlicher Lizenzierungskosten sind.²⁸⁸ Sofern diese Kosten bloß an die Kunden weitergereicht werden, liegt keine Preispersonalisierung vor. Das Vortäuschen von wohlhabenden bzw. preissensitiven Nutzerprofilen (Variable 3, Untersuchungsmethode 1) blieb gänzlich ohne preisliche Folgen. Im Rahmen der zweiten Untersuchungsmethode stellte sich heraus, dass zwei Anbieter-Seiten ihre Preise anpassen, wenn Kunden über die Verlinkung eines Preisvergleichsportals auf sie weitergeleitet werden. Dies deutet stark auf Preispersonalisierung hin, denn es ist naheliegend, dass Nutzer solcher Portale von Anbietern als eher preissensitiv eingeschätzt werden. Im Kontext der Preisvergleichs-

²⁸⁷ *Dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 4.

²⁸⁸ Vgl. *dies.*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet, 2012, S. 5.

portale ist bemerkenswert, dass – ähnlich wie bei der Studie von *Hannak et al.* – Preispersonalisierung nur selten vorzukommen scheint (bloß zwei Anbieter waren betroffen). Die bei *Shoplex.com* gemessenen Preisunterschiede mit einem Mittelwert von 23 % wiesen allerdings eine durchaus beachtliche Höhe auf.

c. Mikians et al. (Fortsetzung 2013)

aa. Forschungsfragen und Methode

Mikians et al. setzten ihre Untersuchungen im Jahr 2013 mit einem Crowdsourcing-basierten Ansatz fort, also unter Mithilfe privater, über das Internet miteinander verbundener echter Nutzer.²⁸⁹ Dies hatte den Vorteil, dass die Nutzer mittels einer speziellen Browser-Applikation namens *Sheriff* Hinweise liefern konnten, bei welchen Produkten bzw. Anbieter-Seiten Preisschwankungen auftreten. Zudem konnten die teilnehmenden Nutzer systematisch und in großem Ausmaß die von verschiedenen Anbietern verlangten Preise für die Forschergruppe zusammentragen.²⁹⁰ Die Idee dahinter war, dass mittels Crowdsourcing zunächst Anbieter herausgefiltert werden, bei denen es Hinweise gibt, dass sie Preispersonalisierungsmethoden einsetzen, um diese dann in einem zweiten Schritt gezielt und systematisch zu untersuchen. Die Ergebnisse von insgesamt 340 *Sheriff*-Nutzern flossen in die Studie ein.

Mikians et al. haben verschiedene Forschungsfragen formuliert, welche mithilfe des gewählten Ansatzes beantwortet werden sollten. Im Kern ging es darum, festzustellen, bei welchen Anbietern und bei welchen Produktarten²⁹¹ Preisschwankungen wie häufig und in welcher Höhe auftreten. Zudem wollte die Gruppe herausfinden, in welchen Fällen es sich bei den festgestellten Preisschwankungen um personalisierte Preise gehandelt hat (Abgrenzung zwischen echter Personalisierung und *Noise*) und von welchen individuellen Nutzeigenschaften die Personalisierung ggf. abhing (geographische Herkunft der Preisanfrage, vorheriges Surfverhalten etc.).²⁹² Die Applikation *Sheriff* funktionierte im Wesentlichen so, dass die teilnehmenden Nutzer auf allen von ihnen (nach eigenem Ermessen) besuchten Anbieter-Seiten den jeweils für ein Produkt verlangten Preis markieren und dadurch 14 gleichzeitige Preisanfragen von anderen, auf der ganzen Welt verteilten Rechnern auslösen.²⁹³ Der Anreiz, *Sheriff* zu benutzen, bestand darin, zu sehen, ob „ihr“

²⁸⁹ Diese Studie ähnelt damit von ihrer Herangehensweise her eher dem ersten Teil der Studie von *Hannak et al.*

²⁹⁰ *Mikians/Gyarmati/Erramilli u. a.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 1.

²⁹¹ Hier ging es darum, ob eher Produkte aus dem oberen oder aus dem unteren Preissegment betroffen sind.

²⁹² *Mikians/Gyarmati/Erramilli u. a.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 2.

²⁹³ Zu den technischen Hintergründen vgl. *dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 2.

Preis auch von anderen verlangt wird. Auf diese Weise konnten die Preise von gänzlich unterschiedlichen (auch weniger bekannten oder etwa eher regional ausgerichteten) Anbietern zuverlässig ausgelesen und die Webseiten zwecks Analyse heruntergeladen werden.

Im Zeitraum Januar bis März 2013 führten die (aus 18 Ländern stammenden) 340 Nutzer 1500 Preisanfragen durch.²⁹⁴ Insgesamt wurden auf diese Weise ganz unterschiedliche Produkte von 600 Anbieter-Seiten aus ganz verschiedenen Bereichen berücksichtigt. Die Ergebnisse wurden technisch „bereinigt“ (um etwa die diversen Darstellungsformen für Zahlen und Datumsangaben angemessen zu berücksichtigen).²⁹⁵ Dann wählte die Forschergruppe im zweiten Schritt anhand dieser ersten Zwischenergebnisse 21 Anbieter aus, bei denen Preisschwankungen auftraten, um deren Preissetzungsmethoden gezielt und vertieft zu analysieren.²⁹⁶ Auf diesen Anbieter-Seiten wählten *Mikians et al.* nach dem Zufallsprinzip jeweils bis zu 100 Produkte aus und überprüften die Preise eine Woche lang jeden Tag. Auf diese Weise kam ein Datensatz mit insgesamt 188 000 Preisanfragen zustande. Dieser konnte dann mit Blick auf Preisschwankungen analysiert werden.

bb. Ergebnisse

Bei manchen der ausgewählten 21 Anbieter wurden bei allen getätigten Preisanfragen Preisschwankungen registriert.²⁹⁷ Bei der Mehrheit der Anbieter lagen die Werte nahezu bei 100 % und wurden von den Autoren dementsprechend als beständiges und reproduzierbares Phänomen bezeichnet. Die Größe der Schwankungen betrug bei den meisten Anbietern zwischen 10 und 30 %.²⁹⁸

Als nächstes wurden die vorliegenden Daten dahingehend analysiert, ob Korrelationen zwischen der absoluten Höhe der einzelnen Produktpreise und dem Ausmaß an Preisschwankungen festgestellt werden können. Es wurde damit also ein anderer Blickwinkel eingenommen: weg von den Anbietern, hin auf die einzelnen Produkte. Für jedes einzelne Produkt eines Anbieters wurden die bei ihm festgestellten Preisschwankungen ins Verhältnis zum niedrigsten bei ihm festgestellten

²⁹⁴ *Dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 3.

²⁹⁵ Für einen Überblick über die im Rahmen dieser „ersten Stufe“ gefundenen Ergebnisse siehe *dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 3.

²⁹⁶ Es ist nicht ganz eindeutig ersichtlich, anhand welcher Kriterien diese 21 Anbieter aus den 600 ausgewählt wurden. Aus den abgebildeten Grafiken ist aber erkennbar, dass es sich um Anbieter handelt, die zu denen mit den auffälligsten bzw. am häufigsten verzeichneten Preisschwankungen zählen.

²⁹⁷ Das Vorkommen von Preisschwankungen bedeutet nicht zwingend, dass diese das Ergebnis von personalisierten Preisen sind. *Mikians et al.* sprechen dementsprechend auch von „price variations“ und nicht von „price discrimination“.

²⁹⁸ *Mikians/Gyarmati/Erramilli u. a.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 3.

Preis gesetzt.²⁹⁹ Es hat sich gezeigt, dass Preisschwankungen in allen Preisklassen auftreten. Im Schnitt fallen sie in der Relation aber eher geringer aus, je teurer das untersuchte Produkt ist: Bei Produkten in den unteren Preisklassen (unter 100 \$) traten teilweise Schwankungen um das 3-fache auf. Im Bereich um die 1000 \$ schwankten Preise bis auf das Doppelte des niedrigsten gemessenen Wertes. Sobald die Produkte bei Anbietern im Minimum einige tausend Dollar gekostet haben, erreichten die Preisschwankungen wohl in keinem Fall den anderthalbfachen Wert des niedrigsten gemessenen Preises.³⁰⁰

Die Datenanalyse widmete sich auch der Frage, ob ein Zusammenhang besteht zwischen Preisschwankungen und der jeweiligen geographischen Herkunft der Preisanfrage. Wie bereits eingangs beschrieben, wurden pro Produkt und Anbieter jeweils 14 zusätzliche, automatisierte Test-Abfragen von verschiedenen Standorten aus³⁰¹ vorgenommen, sobald ein *Sheriff*-Nutzer einen Preis bei einem konkreten Anbieter markiert hatte. Für jedes einzelne Produkt wurde analysiert, in welchem Verhältnis etwaige örtlich bedingte Preisunterschiede zum niedrigsten (beim gleichen Anbieter) gemessenen Preis stehen. Diese ortsübergreifende Analyse hat ergeben, dass Kunden aus den USA und Brasilien eher niedrigere Preise zu sehen bekommen als europäische. Innerhalb der getesteten europäischen Städte war das finnische Tampere die teuerste. Dies hat sich auch bestätigt, als die Datensätze anbieterübergreifend spezifisch mit Blick auf Tampere untersucht wurden.³⁰² Generell haben sich durchaus Preisunterschiede in Abhängigkeit von der geographischen Herkunft der Preisanfrage gezeigt. Preisanfragen aus New York haben beispielsweise in der Regel höhere Werte ergeben als solche aus Chicago – bei Boston und Los Angeles hingegen wurden zumeist gleiche Werte gemessen. Teilweise waren bestimmte Orte bei manchen Produkten besonders teuer, dafür waren andere Produktkategorien im Schnitt billiger. Mit dem Blick auf konkrete Anbieter waren diese Ergebnisse aber nicht mehr unbedingt gültig – die „Preispolitik“ der einzelnen Anbieter scheint also, wie zu erwarten war, durchaus zu schwanken. Bemerkenswert ist auch, dass etwa *Amazon.com* innerhalb der USA stets die gleichen Preise verlangt hat. Bei Anfragen aus dem Ausland haben diese sich aber verändert.³⁰³ Generell lässt sich festhalten, dass die geographische Herkunft der Preisanfrage wohl durchaus eine Rolle für die Preishöhe spielen kann. Darüber hinausgehende, verallgemeinerungsfähige Aussagen lassen sich aus den gefundenen Ergebnissen aber nicht ableiten.

Zuletzt untersuchten *Mikians et al.* die Rolle von künstlich generierten Nutzerprofilen. Wie bereits in ihrer vorangegangenen Studie imitierten sie dafür das Surf-

²⁹⁹ *Dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 3 f.

³⁰⁰ *Dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 4.

³⁰¹ Die Anfragen kamen aus sechs Städten in den USA (Albany, Boston, Chicago, Lincoln, Los Angeles, New York) sowie verschiedenen Orten in Europa und São Paulo in Brasilien (*dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 4).

³⁰² *Dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 4 f.

³⁰³ *Dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 5.

verhalten von besonders wohlhabenden sowie besonders preissensitiven Nutzern. Sie nahmen die Preisanfragen mit diesen Profilen immer zeitgleich und vom selben Ort aus vor. Die Datenanalyse ergab dabei keinerlei Preisunterschiede: Ein Zusammenhang zwischen Profil und Preisanfrage war nicht feststellbar. Einzig auf Amazon.com angebotene Kindle E-Books variierten im Preis – ähnlich wie bereits in der vorangegangenen Studie aus dem Jahr 2012. Allerdings waren mit Blick auf die Preisschwankungen kein Muster und auch keine Gründe für ihr Auftreten erkennbar.³⁰⁴

cc. Wertende Zusammenfassung

Die Studie von *Mikians et al.* liefert teilweise wertvolle Erkenntnisse – kann zur Diskussion über das Vorkommen personalisierter Preise aber doch nur bedingt beitragen. Der Einsatz von Crowdsourcing als Methode ist begrüßenswert. Die Auswahl der untersuchten Seiten ist damit potenziell größer und veranlasst auch die Analyse der Preissetzungsmethoden solcher Anbieter, die ansonsten möglicherweise unentdeckt geblieben wären. Im Ergebnis zeigt sich, dass Preisschwankungen durchaus vorkommen und es gibt Hinweise, dass diese teilweise als Personalisierung qualifiziert werden können.

Zugleich gibt es mehrere Umstände, die die gefundenen Ergebnisse gleichsam relativieren. Die Auswahl der in den Blick genommenen Seiten war von vornherein auf diejenigen 21 von 600 beschränkt, die preisliche Auffälligkeiten gezeigt hatten. Die Ergebnisse betreffen damit nur einen kleinen Ausschnitt der im Rahmen der Studie von den Nutzern der *Sheriff*-Applikation erfassten Anbieter-Seiten. Sie dürften damit gerade nicht auf die nicht näher untersuchten Seiten übertragbar sein. Auch war wieder nur Preispersonalisierung in Form der unmittelbaren Abänderung des Preises, der Kunden online angezeigt wird, Gegenstand der Untersuchung. Die Erkenntnis, dass Preisschwankungen bei den getesteten Anbietern in hoher Frequenz auftreten, ist als solche zunächst nicht überraschend: *Noise* ist ein bekanntes Phänomen, das aus unterschiedlichen Gründen auftritt und die Schwankungen ganz oder teilweise erklären kann. Solange diese nicht klar als *Noise* oder als Preispersonalisierung qualifiziert werden können, wohnt der Feststellung ihres Vorkommens nur relativ wenig Aussagekraft inne. Leider haben *Mikians et al.* das Versuchsdesign anders ausgestaltet als *Hannak et al.*, die *Noise* als „preisliches Grundrauschen“ in ihrer zeitlich nachgelagerten Studie deutlich gemacht und gezielt herausgefiltert haben. Auf diese Weise hätten auch *Mikians et al.* Preispersonalisierung von bloßen Preisschwankungen abgrenzen können. So ist auch die Erkenntnis, dass Preisschwankungen im unteren Preissegment in der Relation höhere Werte erreichen als bei hochpreisigen Produkten, im Kontext von Preispersonalisierung nur bedingt hilfreich, da die Gründe für die Schwankungen nicht bekannt sind. Hinzu kommt, dass die auf den ersten Blick hohen Ausschläge der gemessenen Preise Maximalwerte sind: Auch wenn im niedrigeren Preissegment

³⁰⁴ *Dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 5.

teilweise Preisausschläge um das 3-Fache gemessen wurden, handelte es sich dabei wohl eher um Einzelfälle.³⁰⁵ Die Aussage, dass mit dem steigenden Preis des Produktes die Preisschwankungen in der Relation niedriger ausfallen, kann also nur als eher allgemeine Faustformel Bestand haben.

Es ist bemerkenswert, dass die Erschaffung künstlich generierter Nutzerprofile, welche besonders wohlhabende sowie besonders preissensitive Nutzer abbilden, keine Auswirkungen auf die Preise hatte. Dies gilt vor allem, wenn man bedenkt, dass auf den besuchten Seiten in der Mehrheit der Fälle Tracking-Tools (wie etwa *Google Analytics*) zum Einsatz kamen. Diese hätten eine seitenübergreifende Verfolgung der Nutzer zwecks Preispersonalisierung ohne Weiteres ermöglicht.³⁰⁶ Freilich ist allerdings auch fraglich, in welchem Ausmaß das (hier als alleinige Variable verwendete) Surfverhalten des Einzelnen überhaupt darüber Auskunft geben kann, wie vermögend er ist oder – aus Sicht der Anbieter vermutlich relevanter – wo im Einzelfall sein Reservationspreis liegt. Aussagekräftiger dürfte die Berücksichtigung von tatsächlich getätigten Käufen des Einzelnen sein. Es steht zu erwarten, dass die Analyse des Surfverhaltens dahingegen höchstens tendenzielle Hinweise geben kann: Auch ein preissensitiver Nutzer mit niedrigem Einkommen kann Webseiten aus dem Luxusgütersegment besuchen, ohne dass dies zwingend bedeutet, dass er sich diese Güter auch tatsächlich leisten könnte. Zudem geht es bei der individuellen Zahlungsbereitschaft nicht nur um das „Können“, sondern gerade auch um das „Wollen“. Die individuelle Wertschätzung eines Produktes im Einzelfall hängt also von vielen verschiedenen, komplex miteinander verknüpften Faktoren ab. Dennoch ist es bemerkenswert, dass das Surfverhalten der einzelnen Nutzer gar keine preislichen Auswirkungen gezeitigt hat. Immerhin ist dieses verhältnismäßig leicht feststellbar und wäre damit trotz der genannten Überlegungen ein durchaus denkbarer Ansatzpunkt für Preispersonalisierung.

5. Zusammenfassung

a. Allgemeine Überlegungen

Die Anzahl an wissenschaftlichen Studien, die sich ausführlich mit dem tatsächlichen Vorkommen von Preispersonalisierung im Online-Handel beschäftigt haben, ist überschaubar. Dies mag an der hohen Komplexität und Fehleranfälligkeit der

³⁰⁵ Vgl. dazu die Grafik „Figure 5“ (*dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 4): Im niederen Preissegment erreichen die preislichen Ausschläge erkennbar höhere Werte – dies aber nur in Einzelfällen. Im Schnitt scheinen die Schwankungen eher gleichmäßig verteilt zu sein, soweit dies aus der abgebildeten Grafik ersichtlich ist.

³⁰⁶ Vgl. *dies.*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results, 2013, S. 5: „It would appear that Google is present on most e-retailers with their analytics (95 %) and doubleclick (65 %) domains. Social networks have also significant presence on the retailers' sites through their widgets: Facebook (80 %), Pinterest (45 %), and Twitter (40 %).“

dafür notwendigen Erhebungen liegen, die – wie sich vor allem an der Studie von *Hannak et al.* gezeigt hat – ein aufwändiges Versuchsdesign notwendig machen, um aussagekräftige Ergebnisse zu produzieren. Die Analyse der vorliegend beschriebenen Studien zeigt, dass dem Nachweis von *Personalised Pricing* verschiedene methodische Probleme inhärent sind, die nicht ohne Weiteres gelöst werden können. Im Kern geht es letztlich immer darum, zu prüfen, ob in Abhängigkeit von der (vermuteten) Zahlungsbereitschaft des jeweiligen Kunden für das gleiche Gut (bzw. die gleiche Dienstleistung) im gleichen Zeitpunkt verschiedene Preise verlangt werden. Solange die zum Einsatz kommenden Algorithmen – und damit die die Preissetzung bestimmenden Konzepte – nicht bekannt sind, müssen Studiersteller indirekt arbeiten: Sie sind darauf angewiesen, das (etwaige) Vorkommen von Preispersonalisierung empirisch mittels kontrollierter Preisanfragen festzustellen.

b. Technische und methodische Herausforderungen

Um Preispersonalisierung sicher als solche erkennen und reproduzierbar nachweisen zu können, ist es zwingend notwendig, *Noise* – im Kontext dieser Arbeit verstanden als Preisschwankungen, die nicht auf Personalisierung zurückzuführen sind – aus den gefundenen Messwerten herauszufiltern. Eine Methode, die die Abgrenzung zwischen *Noise* und Preispersonalisierung nicht zuverlässig ermöglicht, kann nur tendenzielle, nie aber sichere Ergebnisse produzieren. Methodisch unproblematisch sind Preisschwankungen, die im Laufe der Zeit auftreten. Diese können leicht herausgefiltert werden, indem Preisanfragen exakt zeitgleich ausgeführt werden. Doch auch bei Berücksichtigung dieser zeitlichen Komponente tritt *Noise* auf, wie vor allem *Hannak et al.* überzeugend nachgewiesen haben: Auch exakt gleiche, zeitgleiche Anfragen können online mit unterschiedlichen Preisen beantwortet werden, z. B. wenn von zwei Rechnern aus die Anfragen zeitgleich gesendet, aber von verschiedenen, unzureichend synchronisierten Rechenzentren bearbeitet werden. Dieser und andere Gründe (und hierbei vor allem die online oftmals mit hoher Frequenz vorkommenden dynamischen Preisanpassungen³⁰⁷) führen dazu, dass Verbraucher online oftmals zu Unrecht personalisierte Preise zu sehen glauben, etwa wenn sich nach mehrmaligem Aufrufen einer Anbieter-Seite die Preise verändern.³⁰⁸ So wurden beispielsweise im Rahmen der von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie 21 734 Versuchsteilnehmer befragt, ob sie bereits einmal schlechte Erfahrungen mit Preispersonalisierung gemacht hätten („*Have you had any bad experiences related to*

³⁰⁷ Vgl. dazu auch *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1075; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, 2016, S. 165; *Verbraucherzentrale Brandenburg e. V.*, Dynamische Preisdifferenzierung im Deutschen Online-Handel, 2018 *passim*.

³⁰⁸ Vgl. dazu auch *Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 304 und *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 523.

Personalised Pricing?)³⁰⁹ Von allen Teilnehmern antworteten 12 % mit Ja. Innerhalb der Untergruppe von 9798 Teilnehmern, die von sich selber angaben, zumindest ein gewisses Verständnis des Begriffs Preispersonalisierung zu haben, antworteten sogar 20 % mit Ja.³¹⁰ Diese subjektive Wahrnehmung entspricht bei Weitem nicht dem tatsächlichen Vorkommen von Preispersonalisierung. Die deutlich höhere Rate an Ja-Antworten innerhalb der Untergruppe scheint vor diesem Hintergrund zunächst paradox: Es wäre zu erwarten, dass sachkundigere Versuchsteilnehmer wissen, dass Preisschwankungen nicht notwendig mit Personalisierung gleichzusetzen sind. Allerdings kann dieses Ergebnis auch so erklärt werden, dass in dieser Gruppe dem Thema Personalisierung allgemein mehr Aufmerksamkeit geschenkt wird und schlicht ein größeres Bewusstsein für die technischen Möglichkeiten besteht. Da es für Endverbraucher oftmals nahezu unmöglich ist, Preispersonalisierung zweifelsfrei als solche zu erkennen und von anderen Gründen für schwankende Preise abzugrenzen, verwundert die höhere Rate an Ja-Antworten nicht. All dies zeigt, dass die eigentliche Herausforderung für die Studienersteller darin besteht, den Nachweis der Kausalität zwischen bestimmten, vom Anbieter erkennbaren Eigenschaften einer Person und darauf aufbauender Preispersonalisierung zu erbringen.

Zu dieser technisch-methodischen Problematik kommen weitere Schwierigkeiten hinzu. Ein Spannungsfeld ergibt sich, sobald Anbieter auf Preispersonalisierung anhand bestimmter, bereits im Vorfeld fest definierter Variablen hin überprüft werden (so etwa, wenn der verwendete Browser bzw. das Endgerät als einzige Variable abgewandelt wird). Auf diese Weise kann zwar die Kausalität zwischen Abwandlung der Variable und damit einhergehender Änderung des Preises ggf. zielgerichtet und reproduzierbar nachgewiesen werden. Der Erkenntnisgewinn erstreckt sich dann aber logischerweise auch nur auf Abwandlungen, die mit diesen Variablen in Zusammenhang stehen. Andere Variablen, die Anbieter eventuell zur Personalisierung von Preisen heranziehen, können gar nicht als solche erkannt werden. Auch ist durchaus denkbar, dass Preispersonalisierung erst bei einer Kombination bestimmter Variablen (etwa das verwendete Endgerät in Verbindung mit dem vorherigen Surfverhalten und der Uhrzeit) zum Tragen kommt – dies entspricht konzeptionell dem Prinzip der Gruppenbildung, das beim Profiling, und damit auch beim Personalisieren von Preisen, zum Einsatz kommt. Wenn ein Versuchsdesign allerdings so konzipiert ist, dass Variablen nur isoliert untersucht werden, können Kombinationen wie die beschriebene *per se* nicht erkannt werden.³¹¹ Dieses Dilemma zeigt sich wieder besonders in der Studie von *Hannak et al.*: In ihrem ersten

³⁰⁹ *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 137.

³¹⁰ *Dass.*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 137. Die Beschreibung der Untergruppe lautete: „*Respondents who understand or have some understanding of the personalisation practice*“. Innerhalb aller Teilnehmer antworteten 66 % mit Nein, innerhalb der Untergruppe 67 %. Der Rest antwortete jeweils mit „*Don't know*“.

³¹¹ So auch *Schofield*, *Competition Law Journal* 18 (2019), 35, 37, Bezug nehmend auf die Studie der CMA.

Teil konnte die Forschergruppe (durch den Einsatz echter Test-Nutzer) feststellen, dass Preispersonalisierung stattfindet – aber nicht, warum. Im zweiten Teil konnte der Einfluss ausgewählter, einzelner Variablen bestimmt werden. Die dortigen Erkenntnisse waren aber von ihrer Aussagekraft her dementsprechend begrenzt.

Auch wenn bei kontrollierter Abwandlung einzelner (oder kombinierter) Variablen Preisunterschiede ausbleiben, bedeutet dies nicht zwingend, dass keine Preispersonalisierung stattfindet: Es ist denkbar und durchaus konsequent, dass Preissetzungsmechanismen in bestimmten Situationen trotz Abänderung von Variablen den gleichen Preis als Endergebnis generieren, in anderen Konstellationen den Preis aber abwandeln würden. Dies zeigt, dass aussagekräftige Ergebnisse nur dann erzielt werden können, wenn eine hohe Anzahl an Preisanfragen stattfindet und zudem möglichst verschiedene, aussagekräftige Variablen abgeprüft werden. Darüber hinaus ist unklar, inwiefern Anbieter in der Lage sind, strukturierte Preisanfragen als solche zu erkennen und, um Schaden von ihrer Reputation abzuhalten, Preispersonalisierung in diesen Fällen zu verschleiern oder bewusst zu unterlassen.

c. Unmittelbare Preispersonalisierung methodisch greifbar

Die vorliegenden Einzelfälle und Studien beziehen sich allesamt auf Fälle unmittelbarer Preispersonalisierung – also auf die Situation, dass der Kunde auf der Anbieter-Seite direkt einen modifizierten Preis zu sehen bekommt, der ggf. von den Preisen für andere Kunden abweicht. *Personalised Pricing* tritt aber auch in anderen Formen auf: Anbieter können preissensitive Kunden beispielsweise über Gutscheine zum Kauf animieren, welche sie diesen per E-Mail zusenden oder mittels Pop-up-Fenstern beim Surfen zukommen lassen. Auf diese Weise nähern sie den verlangten Preis mittelbar an den Reservationspreis an. Derlei Vorgehensweisen sind von den hier analysierten Studien aber *per se* nicht erfasst, da sie mit den eingesetzten Methoden nicht automatisiert und in großem Umfang erhoben werden können. Gleiches gilt für Fälle von Preispersonalisierung, die mit Produktpersonalisierung einhergehen: Da immer nur das exakt gleiche Produkt automatisiert auf Preisunterschiede untersucht werden kann, ist auch diese Vorgehensweise nicht mit den gewählten Methoden greifbar. Wie sich aber bereits gezeigt hat, ist mittelbare Preispersonalisierung für Anbieter die attraktivere Wahl. Diese Art der Preiskommunikation führt nämlich dazu, dass Kunden die Preissetzung eher nicht als unfair empfinden und dem Anbieter negativ anlasten. Die festgestellte Zurückhaltung beim Einsatz unmittelbarer Preispersonalisierung kann damit zu einem bedeutenden Teil mit strategischen Erwägungen erklärt werden.³¹²

³¹² So im Ergebnis auch *Leibbrandt*, *European Economic Review* 121 (2020), 1, 9 (im Kontext eines verhaltensökonomischen Laborexperiments).

d. Mittelbare Preispersonalisierung methodisch kaum greifbar

Das genaue Ausmaß des praktischen Vorkommens mittelbarer Preispersonalisierung bleibt unklar. Im Vergleich zur Feststellung unmittelbarer Preispersonalisierung ist es nochmals bedeutend komplexer und aufwändiger – und vermutlich nahezu gänzlich unpraktikabel –, ihr Vorkommen systematisch und mit einer großen Bandbreite an untersuchten Anbietern zu erheben. Dies liegt daran, dass mittelbare Preispersonalisierung auf ganz verschiedene Art und Weise implementiert werden kann: Über Produktpersonalisierung, über Bundling (mehrere Produkte werden als für den Kunden individualisiertes Paket angeboten, wobei die Einzelposten je nach Preissensitivität anders veranschlagt werden), über Einräumung von Rabatten/Boni, über gezielte Ansprache mittels zeitlich begrenzter Angebote bzw. über verschiedene Kanäle etc. Diese unterschiedlichen Preissetzungsmethoden müssten alle konkret definiert und im Versuchsdesign berücksichtigt werden. Dieses müsste zugleich auch die Abgrenzung von *Noise* und Preispersonalisierung methodisch sicherstellen. Ist dies bei unmittelbarer Personalisierung zumindest mit einigem Aufwand³¹³ noch möglich, dürfte der nötige Nachweis der Kausalität zwischen Eigenschaften des Kunden und mittelbar angepasstem Preis ohne Kenntnis der internen Entscheidungsabläufe der Anbieter „von außen“ nahezu unmöglich sein. Dies gilt vor allem dann, wenn die Personalisierung situativ in Abhängigkeit vom Zeitablauf vorgenommen wird, etwa bei Zusendung eines Gutscheins an noch zögernde Kunden: Ob die Absenkung des Preises tatsächlich mit der Zahlungsbereitschaft des Kunden zusammenhängt oder auch mit anderen Faktoren begründet ist, ist im Rahmen einer Studie nicht sicher feststellbar. Generell gilt, dass eine hohe Zahl an Preisanfragen vorgenommen werden muss, um aussagekräftige und statistisch signifikante Ergebnisse zu generieren.

Die Zusendung eines Gutscheins kann etwa eine allgemeine Maßnahme zur Steigerung des Umsatzes sein. Sie kann auch als Mittel dienen, einen Kunden, der länger nichts gekauft hat, wieder zurückzugewinnen. Preispersonalisierung liegt in beiden Fällen nicht vor, da nicht auf seine Zahlungsbereitschaft, sondern auf andere individuelle Faktoren oder allgemeine Überlegungen abgestellt wird. Eine automatisierte Erhebung kann diese qualitative Unterscheidung kaum leisten. Ähnlich ist das Problem bei Produktpersonalisierung gelagert. Dort kommt es bei der Feststellung, ob Preispersonalisierung vorliegt, auf die Relation zwischen den dem Anbieter entstehenden Kosten und dem von ihm veranschlagten Preis an.³¹⁴ Belastbare Aussagen können ohne Kenntnis der internen Kostenstruktur *per se* nicht getroffen werden.

³¹³ Gemeint ist das komplexe Versuchsdesign von *Hannak et al.*, siehe oben Kap. 7, IV. 4. a.

³¹⁴ Siehe dazu oben Kap. 6, I. 2.

e. Nur grobe Formen nachweisbar

Trotz dieser methodischen Einschränkungen deuten die Studien stark darauf hin, dass *Personalised Pricing* – sowohl in mittelbarer als auch in unmittelbarer Form – im Online-Handel momentan nur eine sehr seltene Erscheinung ist.³¹⁵ Nur in wenigen Ausnahmefällen wurde unmittelbare Preispersonalisierung als institutionalisierte, reproduzierbare Vorgehensweise dokumentiert, beispielsweise bei *Staples* (Preissetzung in Abhängigkeit von der physischen Entfernung des Kunden von Konkurrenten), *Travelocity* (reduzierte Preise für iPhone-Nutzer in 5 % der Fälle) und bei verschiedenen Anbietern, wenn ihre jeweilige Seite über ein Preisvergleichsportal angesteuert worden war. Der Regelfall war aber, dass Preispersonalisierung nicht nachweisbar war. Dies ergibt sich vor allem aus dem ersten Teil der Studie von *Hannak et al.*, in dem ergebnisoffen und unabhängig von einzelnen Variablen das Vorkommen von Preispersonalisierung getestet wurde. Die übrigen Studien bestätigen allesamt dieses Ergebnis.

In der Gesamtschau der Studien – und auch mit dem Blick auf die dokumentierten (freilich eher anekdotischen) Einzelfälle – verdichten sich die Hinweise dahingehend, dass Preispersonalisierung in der Praxis eher von einzelnen Variablen, nicht aber von komplexen Formen des Profiling abhängig gemacht wird. Bei *Staples* war der entscheidende Faktor – soweit erkennbar als einziges Kriterium – der Aufenthaltsort des Kunden. *Amazon.com* änderte den Preis in Abhängigkeit davon, ob der jeweilige Kunde die Seite zum ersten Mal besuchte. Verschiedene Anbieter verlangten bei Weiterleitung von Preisvergleichsportalen andere (in der Regel niedrigere) Preise als bei direktem Ansteuern. *Travelocity* wiederum reduzierte in wenigen Fällen, aber auf strukturell implementierte Weise, die Preise für iPhone-Nutzer. Bei all diesen – rein beispielhaft genannten und nicht abschließenden – Fällen wurde jeweils von einer einzelnen dem Anbieter vorliegenden Information auf die Zahlungsbereitschaft der jeweiligen Kunden rückgeschlossen. Davon zu trennen ist die Frage, warum die jeweiligen Variablen mit Preisänderungen gekoppelt waren. Sie kann mit den Methoden der oben analysierten Studien nicht beantwortet werden: Diese können nur feststellen, ob (und ggf. in welchem Ausmaß) Preisänderungen in Abhängigkeit von bestimmten Variablen auftreten – aber nicht, was den jeweiligen Anbieter gerade zu dieser Verknüpfung zwischen Variable und Preis bewogen hat.

Die Erwägungen, aufgrund derer Anbieter ihre Preise gerade in Abhängigkeit von bestimmten kundenspezifischen Variablen anheben oder absenken (und nicht aufgrund von anderen), sind spekulativer Natur. Ohne Kenntnis der internen Entscheidungsfindungsprozesse ist es kaum möglich, eindeutig zu bestimmen, wie die Überlegungen, die diesen „Preissetzungsregeln“ zugrunde liegen, zustande gekommen sind. Es wäre denkbar, dass die Regeln der Umsetzung von Erkenntnissen dienen, die nach ausführlichen Datenanalysen, Profiling und dementsprechender

³¹⁵ So auch zusammenfassend *Locher, ZWeR* 16 (2018), 292, 304; *Office of Fair Trading, Personalised Pricing*, 2013, S. 13; *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Personalised Pricing in the Digital Era*, 2018, S. 14.

Gruppenbildung hervorgetreten sind. Gleichermaßen denkbar wäre es, dass die Preissetzungsregeln keine solchen statistisch-analytischen Erkenntnisse widerspiegeln, sondern eher auf kaufmännischer Erfahrung oder A/B-Tests basieren – oder auf einer Kombination verschiedener solcher Erwägungen bzw. Erfahrungen. Tatsächliche und rechtliche Einschränkungen (zu wenig Datenmaterial vorhanden, datenschutzrechtliche Vorgaben etc.) setzen dem Handlungsspielraum zudem Grenzen.

Bei *Staples* wurde die Zahlungsbereitschaft wohl mit der Wettbewerbssituation „vor Ort“ in Relation gesetzt. Dies wäre durchaus logisch: Der Reservationspreis ist keine isolierte, starre Eigenschaft eines Menschen, sondern hängt auch von äußeren Faktoren (wie eben den von anderen Anbietern verlangten Preisen) ab, welche die Wertschätzung eines Produktes oder einer Dienstleistung beeinflussen. *Amazon.com* ging wohl davon aus, dass Bestandskunden eher ohne weitere Preisrecherche direkt auf der eigenen Seite kaufen und nicht mehr durch niedrigere Preise überzeugt werden müssen. Die niedrigeren Preise für Neukunden sind vergleichbar mit einem Erstkundenrabatt. *Amazon.com* stolperte aber über die ungeschickte Preiskommunikation: Gutscheine für Erstkunden sind eine von Kundenseite ohne Weiteres akzeptierte Praxis, wenn sie transparent als solche kenntlich gemacht wird. Das „heimliche“ Anpassen des Preises war hingegen ein schweres Marketing-Versagen. Im Kontext der niedrigeren Preise für iPhone-Nutzer (*Travelocity*) spekulierten *Hannak et al.*, dass diese dazu dienten, den Absatz im (zum damaligen Zeitpunkt) stark wachsenden Marktsegment der mobilen Smartphone-Nutzer auszuweiten.³¹⁶ Diese Spekulation deckt sich mit den Ergebnissen der Studie, die im Auftrag des BMJV erstellt wurde: Dort hat sich gezeigt, dass Anbieter auf *Booking.com* häufig einen Rabatt in Höhe von etwa 10 % einräumen, wenn eine Unterkunft über ein mobiles Endgerät gebucht wird. In diesem Fall lag mittelbare Preispersonalisierung vor, da die Preisreduktion offen kommuniziert wurde. Die (teilweise) niedrigeren Preise beim Ansteuern von Anbieter-Seiten über Preisvergleichsportale lassen sich aus Sicht der Anbieter mit mehreren, durchaus kumulativ gültigen Überlegungen erklären. Das Wissen, dass ein Kunde vor dem Besuch der eigenen Seite ein Preisvergleichsportal besucht und dieses ihn weitergeleitet hat, deutet zunächst *per se* auf eine erhöhte Preissensitivität hin: Kunden, die diese Portale nutzen, dürften den Produktpreis in der Regel zumindest als einen wichtigen Faktor im Rahmen ihrer Kaufentscheidung betrachten und auf der Suche nach einem günstigen Preis sein.³¹⁷ Hinzu kommt, dass es für Anbieter generell – und vor allem auch über den Kauf des einzelnen Produkts hinaus – attraktiv ist, auf ihrer Seite Traffic zu generieren: Je mehr Kunden mit niedrigen Preisen auf die Seite „gelockt“ werden, desto wahrscheinlicher ist es, dass diese zu diesem oder einem späteren Zeitpunkt auch tat-

³¹⁶Vgl. *Hannak/Soeller/Lazer u. a.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites, 2014, S. 11.

³¹⁷Freilich wird die Kaufentscheidung in der Regel nicht ausschließlich vom Preis abhängen. Auch die Reputation/Seriosität eines Anbieters, etwaige frühere Erfahrungen mit ihm oder auch Faktoren wie etwa erweiterte Rückgabemöglichkeiten und angebotener Kundenservice spielen beim Kaufprozess eine Rolle.

sächlich etwas kaufen. Dies gilt zunächst für das vom Kunden ursprünglich gesuchte Produkt an sich, aber auch für zukünftige Käufe. Ein anderer Grund mag schlicht sein, dass es für Anbieter attraktiv ist, im Ranking der Preisvergleichsportale möglichst weit oben zu stehen: Es ist lukrativer, ein Produkt im Einzelfall mit einem niedrigeren Gewinn zu verkaufen als gar nicht.

Alle diese Vorgehensweisen fallen unter den Begriff Preispersonalisierung: Mit einer vom Anbieter erkannten Eigenschaft des Kunden wird seine vermutete Zahlungsbereitschaft in Relation gesetzt und der Preis dementsprechend angepasst. Gleichwohl ist die Form der Umsetzung denkbar simpel und vereinfachend: Es handelt sich zwar um die Bildung eines Kundenprofils. Dieses weist aber nicht einmal ansatzweise die Komplexität auf, die in der Theorie technisch möglich wäre. Die Gruppenbildung findet statt, ist aber von minimaler Komplexität und besteht nicht etwa darin, zielgenau die für den Kunden passende Gruppe (und mithin den passenden Preis) auszuwählen, sondern erschöpft sich in der Bejahung oder Verneinung einzelner Variablen.

f. Erklärung anhand des 3-stufigen Modells

Die gefundenen Ergebnisse lassen sich mit dem im Rahmen dieser Arbeit skizzierten 3-stufigen Modell untersuchen und teilweise erklären. Im Kern hat sich gezeigt, dass die Erkenntnisse aus der Praxis stark darauf hin deuten, dass unmittelbare Preispersonalisierung nur sehr selten vorkommt und momentan nicht als sektor- und anbieterübergreifendes, etabliertes Phänomen bezeichnet werden kann. Wenn sie vorkommt, erschöpft sie sich in der Regel darin, dass die Personalisierung nur aufbauend auf einer einzelnen Variablen – anders formuliert: einer einzelnen dem Anbieter über den Kunden vorliegenden Information – in die Tat umgesetzt wird. Angesichts der drei Stufen des Modells einerseits und der bereits in der Theorie skizzierten, in der Praxis erwartbaren Probleme³¹⁸ andererseits ist dies schlüssig erklärbar. Vor allem die erste und die dritte Stufe spielen dabei eine Schlüsselrolle.

Vor dem Hintergrund der ersten Stufe – Sammlung abstrakter Vergleichsdaten und personenbezogener Daten über den Kunden – hat sich gezeigt, dass die untersuchten Unternehmen bevorzugt auf Variablen abstellen, die sich aus Informationen ergeben, welche sie ohne Weiteres und grundsätzlich bei jedem Kunden selbst erheben können: Aus IP-Adresse und MAC-Kennung lassen sich etwa der physische Aufenthaltsort des Kunden (*Staples*) sowie das verwendete Endgerät auslesen (*Travelocity*). Die Weiterleitung von einem Preisvergleichsportale kann leicht aus dem sog. Referrer Header ausgelesen werden. *Amazon.com* bediente sich – im Jahr 2000 noch in den Anfängen des Online-Handels und der technischen Möglichkeiten – eines simplen Cookies, das auf dem Rechner des jeweiligen Kunden gespeichert war. Alle diese – angesichts der sich konstant ändernden technischen Rahmenbedingungen bei weitem nicht abschließenden – Beispiele haben gemeinsam, dass der Anbieter zur Personalisierung des Preises nicht auf externe

³¹⁸ Siehe oben Kap. 7, II und III.

Datenquellen oder eigene Datensammlungen zugreift. Stattdessen zieht er Informationen heran, die er bei jedem Kunden, der die Seite besucht, selber und bereits im Moment des Aufrufs der Seite auslesen kann. Insofern handelt er autark. Ein Zusammenführen und Kombinieren von Daten aus verschiedenen (externen) Quellen mit dem Ziel der individualisierten Preissetzung scheint nicht oder nur in geringem Maße in Echtzeit vorzukommen.

In der Praxis nutzen Anbieter also primär singuläre, inhaltlich simple Informationen. Unklar ist hingegen, in welchem Ausmaß die Anbieter im Einzelfall tatsächlich Zugriff auf Informationen über einzelne Kunden haben. Anders formuliert stellt sich die Frage, ob die Datennutzung (sich niederschlagend in der Personalisierung von Preisen) deshalb so spärlich ausfällt, weil nur so wenige Informationen verfügbar sind, oder ob andere Gründe dafür kausal sind. Das quantitative Ausmaß der gegebenen Zugriffsmöglichkeiten könnte durchaus weit über die Daten hinausgehen, die im Kontext von Preispersonalisierung tatsächlich genutzt werden und Auswirkungen auf Preise haben. Hilfreich sind in diesem Kontext die im Rahmen verschiedener Studien durchgeführten Tests dahingehend, ob ein Zusammenhang besteht – und ggf. welcher – zwischen dem Surfverhalten der Kunden und der Höhe der ihnen abverlangten Preise. Auf dem Surfverhalten des Einzelnen basierende Preispersonalisierung konnte in keinem einzigen Fall nachgewiesen werden. Ganz anders hingegen waren die Ergebnisse gelagert, wenn *Search Discrimination* im Fokus der Untersuchung stand: Eine individuelle Anpassung der Reihung der Suchergebnisse konnte, sofern auf den zum Test eingesetzten Rechnern Tracking nicht geblockt war, in vielen Fällen festgestellt und mit dem Surfverhalten der Nutzer in eine Kausalbeziehung gesetzt werden. Die Anbieter hatten also Zugriff auf die für die Personalisierung notwendigen Daten, welche das Surfverhalten widerspiegeln und durch seitenübergreifendes Tracking gesammelt wurden. Diese Daten konnten oder wollten sie aber nicht zum Zwecke der Preispersonalisierung, sondern nur zur Personalisierung der Reihung der Suchergebnisse oder für zielgerichtete Werbung (*Targeted Advertising*) einsetzen. Auf der ersten Stufe lagen also deutlich mehr potenziell auch zum Zwecke des *Personalised Pricings* nutzbare Informationen vor, als dann tatsächlich zum Einsatz kamen. Anders formuliert war das Ausmaß des dem Anbieter gegebenen Datenzugangs größer als die tatsächliche Nutzung dieser Daten. Dies überrascht zunächst angesichts der Gewinnsteigerung, die mit der Personalisierung potenziell einhergeht. Die bereits diskutierte Studie von *Shiller* hat etwa gezeigt, dass *Netflix* bei Auswertung des Surfverhaltens seiner Nutzer eine Gewinnsteigerung von 12,2 % realisieren könnte.³¹⁹ Weitere Daten, etwa aus externen Quellen, mussten für dieses (hypothetische und nicht zwingend auf andere Sachverhalte übertragbare) Ergebnis nicht hinzugezogen werden.³²⁰ Aus diesen Erkenntnissen lässt sich im Umkehrschluss ableiten, dass sich aus Gründen, die auf der zweiten oder dritten Stufe zu verorten sind, ergeben haben muss, dass diese dem

³¹⁹ *Shiller*, First-Degree Price Discrimination using Big Data, 2014 (vgl. dazu bereits oben Kap. 7, III. 4.).

³²⁰ Vgl. auch die Diskussion der Studie von *Shiller* von *Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 302.

Anbieter grundsätzlich vorliegenden Informationen nicht für *Personalised Pricing* genutzt werden sollen oder können. Insofern fand eine bewusste Verkleinerung des Ausmaßes der Datennutzung statt.

Die zweite Stufe – Berechnung des Reservationspreises mittels Profiling – nimmt eine Scharnierfunktion ein. Sie verbindet die erste und die dritte Stufe miteinander. Stufe 1 setzt ihr Grenzen: Die Berechnung des Reservationspreises ist auf das vorhandene und nutzbare Datenmaterial angewiesen. Je weniger Daten vorhanden sind (bzw. je weniger der vorhandenen Daten verarbeitet werden können oder dürfen), desto ungenauer ist das Ergebnis, das auf der zweiten Stufe generiert werden kann. Die (abstrakte) Bildung von und die (einzelfallbezogene) Einordnung in Vergleichsgruppen wird zwangsläufig immer grobkörniger und ungenauer, je weniger Informationen als Datengrundlage dienen. Ein weitgehender Verzicht auf die Bezugnahme zu abstrakten Vergleichsgruppen würde die Qualität und Aussagekraft des Ergebnisses bedeutend absenken. In jedem Fall ist das Resultat der zweiten Stufe ein bloßer Wahrscheinlichkeitswert. Das gefundene Ergebnis (ausgedrückt als Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe; als bestimmter, vermuteter Reservationspreis; als für den Kunden vermutlich akzeptable Preisspanne) mündet aber nicht zwangsläufig darin, dass ein dementsprechender Preis dem Kunden tatsächlich auch in dieser Höhe bzw. Preisspanne unmittelbar oder mittelbar kommuniziert wird. Die Entscheidung, welcher Preis auf welche Weise vom Kunden verlangt wird, wird erst auf der dritten Stufe getroffen. Dabei bestimmen zwei maßgebliche Gesichtspunkte sowohl die Entscheidung als solche als auch die Modalitäten ihrer Ausführung: Die Preiskommunikation und, abhängig von der Wettbewerbssituation, die maximal durchsetzbare Preishöhe.³²¹ Vor allem angesichts dieser beiden Punkte lässt sich erklären, warum Preispersonalisierung in der Praxis so selten und primär basierend auf solch simplen Parametern zum Einsatz kommt.

Das Problem der zuverlässigen Identifizierung einzelner Kunden,³²² hier thematisiert als Frage der Preiskommunikation, erklärt die Auswahl der herangezogenen Variablen. Anbieter scheinen besonders häufig auf Informationen abzustellen, die sie „an Ort und Stelle“ selber erheben und sofort dementsprechend handeln können.³²³ Sie müssen dafür nicht auf andere Datenquellen zugreifen, sondern können stattdessen den Preis auf ihrer Seite direkt anpassen. Auch kann mit dieser Methode die Situation vermieden werden, dass Anbieter Kunden verwechseln und ihnen den „falschen“ – also zu hohen oder zu niedrigen – Preis zuweisen. Durch diese grobe Selektierung anhand simpler Merkmale entfernt Preispersonalisierung sich in der Praxis deutlich vom theoretisch gezeichneten Bild komplex individualisierter, kundenspezifischer Preise. Die Einfachheit dieser Vorgehensweise führt also zu ungenaueren Ergebnissen – sie sichert aber zugleich ihre Praktikabilität. Dementsprechend geht es den Anbietern letztlich eher darum, verschiedene Kundentypen,

³²¹ Siehe oben Kap. 7, III. 3.

³²² Siehe oben Kap. 7, III. 3. a. aa.

³²³ Miller, J. Tech. L. & Pol 19 (2014), 41, 53 verwendet hierfür den pointierten Ausdruck „*rough and ready*‘ indicators“. Vgl. auch Steppe, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 776.

repräsentiert durch Kundengruppen, unterschiedlich preislich anzusprechen, ohne dass es ihnen im Einzelfall auf die Identität des Betroffenen ankäme.³²⁴

Für Anbieter stellt es eine Kernfrage der Preiskommunikation dar, ob sie den Weg unmittelbarer oder mittelbarer Preispersonalisierung wählen. Nur die erstgenannte Form konnte methodisch von den hier analysierten Studien erfasst werden,³²⁵ womit auch die sehr niedrige Zahl an nachgewiesenen Fällen zumindest teilweise erklärt werden kann: Die Situation, dass zwei Kunden online gleichzeitig das gleiche Produkt beim gleichen Anbieter betrachten und verschiedene Preise zu sehen bekommen, wollen Anbieter in der Regel tunlichst vermeiden. Ansonsten laufen sie Gefahr, auf Kundenseite ein Gefühl der Ungleichbehandlung bzw. Unfairness hervorzurufen. Mittelbare Preispersonalisierung dürfte häufiger vorkommen, da diese Form der Preiskommunikation auf Kundenseite bedeutend besser rezipiert und akzeptiert wird. Es ist allerdings deutlich schwieriger – wenn nicht unmöglich –, ihr Vorkommen automatisiert und in großem, statistisch signifikantem Ausmaß zu erheben, da sie in ganz verschiedenen Ausprägungen vorkommt, denen oftmals auch ein verschleiernendes Element innewohnt.

Amazon.com war mit der gewählten, von der breiten Öffentlichkeit als willkürlich empfundenen Art unmittelbarer Preispersonalisierung gescheitert. Bei *Staples* und bei denjenigen Anbietern, die den Preis bei denjenigen Kunden anpassen, welche von Preisvergleichsportalen weitergeleitet worden sind, lässt sich die Entscheidung für unmittelbare Preispersonalisierung zumindest teilweise mit praktischen Erwägungen erklären.

Beim Vorgehen von *Staples* handelte es sich um unmittelbare Preispersonalisierung: Je nach Aufenthaltsort des Kunden wechselte der ihm angezeigte Preis. Die Gefahr, dass Kunden dies bemerken, war allerdings geringer als in anderen denkbaren Situationen, etwa einer Preisanpassung aufgrund des verwendeten Endgeräts oder Browsers. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Situation, dass Preispersonalisierung den Kunden überhaupt durch Zufall auffällt, eher selten eintreten dürfte. Dafür müssten zwei Kunden von verschiedenen (zudem von *Staples* mit verschiedenen Preisen assoziierten) Orten aus den Preis zeitgleich abfragen und sich darüber austauschen. Diese Situation dürfte seltener auftreten als die, dass zwei Kunden – etwa Freunde oder Kollegen – gleichzeitig am gleichen Aufenthaltsort den Preis für ein bestimmtes Produkt recherchieren. In diesem Fall würde die Preispersonalisierung bei *Staples* gar nicht auffallen: Aufgrund der gleichen örtlichen Herkunft der Preisanfrage würde beiden Kunden derselbe Preis angezeigt werden.

Anbieter, die auf Preisvergleichsportalen niedrigere Preise anzeigen lassen (und nach Weiterleitung auf ihre Seite auch dort dementsprechend anzeigen), laufen hingegen eher Gefahr, dass dies ihren Kunden auffällt. Auch hier liegt unmittelbare Preispersonalisierung vor, sofern der Preis im Portal und direkt nach der

³²⁴ Im Ergebnis so auch *Office of Fair Trading, Personalised Pricing*, 2013, S. 13.

³²⁵ Beachte allerdings die oben diskutierten Fälle *Expedia*, *Cheaptickets* und *Orbitz*: Diese Anbieter wiesen die Preisanpassung als Teil eines Vorteilsprogramms für Mitglieder explizit als solche aus. *Booking.com* wies auf Rabatte für Nutzer mobiler Endgeräte hin. Deshalb lag mittelbare Preispersonalisierung vor.

Weiterleitung für den Kunden angepasst wird. Die Wahrscheinlichkeit, dass dieses Vorgehen tatsächlich negative Kundenreaktionen hervorruft, wird aber in den Fällen abgemildert, in denen die Preispersonalisierung – sofern sie als solche überhaupt erkannt wird – zu niedrigeren Preisen führt.³²⁶ Die Reduktion eines Referenzpreises (hier: des Preises, der bei unmittelbarem Aufrufen der Webseite angezeigt wird) beurteilen die bevorteilten Kunden nämlich nicht zwangsläufig als fair, nehmen ihn aber als doch eher positiv wahr.³²⁷ Negative, durchaus heftige³²⁸ Reaktionen sind aber dann denkbar, wenn andere Kunden, etwa im Nachgang zu ihrem Kauf, erfahren, dass sie mehr gezahlt haben als Nutzer von Preisvergleichsportalen. Aus ihrem Blickwinkel wirkt das gleiche Vorgehen – ökonomisch betrachtet irrational, aber verhaltenspsychologisch erklärbar – in der Relation unfairer als aus Sicht der „bevorzugten“ Kunden, deren Preis vom Referenzpreis nach unten abweicht.³²⁹ Die mit dieser Konstellation einhergehenden möglichen negativen Effekte nehmen die dergestalt agierenden Anbieter aber wohl in Kauf.

g. Wertende Zusammenfassung

Sichere, allgemeingültige Aussagen zum praktischen Vorkommen von personalisierten Preisen im Online-Handel sind nach heutigem Stand der Wissenschaft kaum möglich. Stattdessen präsentiert sich ein fragmentarisches, von Tendenzen geprägtes Bild. Unmittelbare Preispersonalisierung wurde bisher nur in vereinzelten Fällen nachgewiesen. Es spricht viel dafür, dass sie zum jetzigen Zeitpunkt grundsätzlich keine bedeutende Rolle in der Praxis des Online-Handels spielt. Ihr empirischer Nachweis ist sehr anspruchsvoll und hängt vor allem von der sicheren Abgrenzung zwischen *Noise* und Preispersonalisierung ab. Mittelbare Preispersonalisierung ist vermutlich häufiger anzutreffen, methodisch aber noch schwieriger zu greifen. Bei ihr „verwischen“ Preispersonalisierung und allgemeine Marketing-Maßnahmen aus Sicht des Kunden, des Anbieters und des externen Beobachters. Eine objektive Feststellung, ob eine Personalisierung oder andere Gründe zu Preisänderungen geführt haben, dürfte oftmals kaum mit der notwendigen Sicherheit zu treffen sein.

³²⁶ Aus den hier analysierten Studien hat sich ergeben, dass diese Form der Preispersonalisierung in der Regel zu günstigeren Preisen führt (d. h. Kunden hätten bei unmittelbarem Ansteuern der jeweiligen Anbieter-Seiten mehr gezahlt als nach der Weiterleitung). Dies muss aber nicht zwingend der Fall sein, vgl. beispielsweise *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 203.

³²⁷ Dies ist der Grund, warum Preispersonalisierung allgemein häufig in eine Situation eingekleidet wird, in der der Preis des Einzelnen als Rabatt von einem Referenzpreis, nicht aber als Erhöhung eines solchen dargestellt wird. Vgl. allgemein dazu *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 111 f.

³²⁸ Vgl. *Xia/Monroe/Cox*, Journal of Marketing 68 (2004), 1, 2: „A buyer may have feelings of unease or guilt when the inequality is to his or her advantage but feelings of anger or outrage when the inequality is to his or her disadvantage.“

³²⁹ Vgl. dazu *dies.*, Journal of Marketing 68 (2004), 1, 2.

Die Ergebnisse der hier analysierten Studien deuten darauf hin, dass in den wenigen Fällen unmittelbarer Preispersonalisierung jeweils nur auf eine einzelne Information abgestellt wird, etwa auf den Aufenthaltsort des Kunden oder auf die Frage, ob dieser zuvor ein Preisvergleichsportal aufgerufen hat, über das er auf die Seite des Anbieters gelangt ist. Konzeptionell handelt es sich dabei – wie immer bei datenbasierter Preispersonalisierung – um Preisdiskriminierung 3. Grades. Da die Gruppenzuweisung nur von einem Faktor abhängt, ist ihr Ausmaß an Komplexität allerdings bloß so niedrig wie etwa bei der Gewährung von Studentenrabatt. Es ist kaum anzunehmen, dass die dieser Art von digitaler Preisdiskriminierung innewohnende Pauschalisierung der Preisanpassung dem Reservationspreis der Betroffenen besser gerecht wird. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings: Die Anbieter haben die Anpassung des Preises in den hier analysierten Fällen dem Kunden verschwiegen. Bei klassischen Gruppentarifen hingegen teilt der Kunde die für die Gruppeneinordnung notwendige Information in der Regel aktiv selber mit, d. h. er initiiert den Informationsfluss – und kann, wenn er möchte, auf seine Datenpreisgabe auch zu Lasten der Preisreduktion verzichten. Bei mittelbarer Preispersonalisierung hängt das Ausmaß an Transparenz wiederum vom gewählten Kommunikationsweg ab: Entweder verschleiert der Anbieter die Anpassung des Preises gänzlich oder er teilt sie dem Kunden mit und liefert dafür zugleich eine Rechtfertigung.

Die Digitalisierung hat in anderen Bereichen des Online-Handels deutlich geläufigere Formen von Personalisierung hervorgebracht. *Search Discrimination* ist eine weitverbreitete, im Vergleich zu Preispersonalisierung bedeutend häufiger nachgewiesene Form der gezielten Kundenansprache. Das Gleiche gilt für *Targeted Advertising*, welches in der Werbewirtschaft einen bedeutenden, stark wachsenden Markt darstellt und mittlerweile von den Kunden ohne Weiteres akzeptiert wird.³³⁰ Diese (zumindest noch) bestehende quantitative Diskrepanz zwischen dem praktischen Einsatz personalisierter Preise einerseits und anderen Formen datenbasierter Personalisierung andererseits mag mit der Akzeptanz auf Kundenseite erklärt werden. Individualisierte Angebote, Werbung etc. werden von Kunden durchaus positiv aufgenommen oder zumindest neutral akzeptiert. Dies gilt unabhängig davon, ob die Personalisierung als solche erkennbar ist. Die Akzeptanz von *Personalised Pricing* steht und fällt hingegen mit der Preiskommunikation, welche im Falle unmittelbarer (und somit „erkennbarer“) Preispersonalisierung die Kunden durchaus stark verärgern und vom Anbieter abwenden kann. Dieser Umstand kann somit als (zumindest ein) Grund für das seltene Vorkommen personalisierter Preise betrachtet werden.

³³⁰ Vgl. dazu *European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union, 2018, S. 34 f.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.





I. Preispersonalisierung heute und in Zukunft

Unmittelbare Preispersonalisierung im Online-Handel ist in den Ländern der Europäischen Union nach heutigem Wissensstand ein seltenes, nur in wenigen Fällen beobachtbares Phänomen. Das Ausmaß ist quantitativ wie qualitativ begrenzt: In den wenigen registrierten Fällen waren die prozentual messbaren Unterschiede zwar nicht in allen, aber in den meisten Fällen gering. Das Ausmaß mittelbarer Preispersonalisierung, welche empirisch nur schwer mit der notwendigen statistischen Signifikanz zu erheben ist, dürfte größer sein. Es scheint allerdings auch eher gering zu sein. Häufig vorzufinden ist hingegen Verhaltensdiskriminierung (*Behavioural Discrimination*): Internet-Seiten und vernetzte Endgeräte des *Internet of Things* sind geprägt durch eine zunehmende Personalisierung, was die Suchergebnisse und andere Formen der Seitengestaltung sowie Werbung jeglicher Art angeht. Diese Form der Personalisierung ist strikt zu trennen von Preispersonalisierung, deren Wesen in der Anpassung des Preises an die (aus Eigenschaften und Verhalten abgeleitete) Zahlungsbereitschaft des Kunden besteht. Gleichermaßen notwendig ist die Abgrenzung von dynamischen Preisen.

Es ist denkbar, dass *Personalised Pricing* zukünftig häufiger vorkommen wird. Ein tragender Grund – neben verschiedenen anderen – für ihre gegenwärtige Seltenheit ist das negativ konnotierte Gefühl der Ungleichbehandlung auf Kundenseite, wenn Preispersonalisierung als solche erkannt wird.¹ Dieser Aspekt mag an Bedeutung verlieren, sofern die generelle Akzeptanz dieser Art von Preissetzung steigt und sie im Laufe der Zeit von den Kunden nicht mehr als unfair rezipiert oder zumindest als normales Vorgehen wahr- und hingenommen wird.²

¹ Deshalb wird von unmittelbarer Preispersonalisierung meistens abgesehen. Bei mittelbarer Preispersonalisierung wird diese verschleiert oder offengelegt und mit einer Rechtfertigung versehen (siehe dazu oben Kap. 7, IV. 1.).

² Siehe dazu bereits oben Kap. 7, I. 3.

Darüber hinaus ist abzusehen, dass neue Geschäftsmodelle mit neuen Formen der Kundeninteraktion einhergehen. Damit sind auch Formen der Preiskommunikation gemeint, welche es erlauben, personalisierte Preise zu verschleiern. Zu denken ist hierbei etwa an digitale, über das Internet verbundene Assistenzsysteme, beispielsweise *Alexa* von *Amazon* oder *Siri* von *Apple*.³ Diese oftmals sprachgesteuerten, in sich abgeschlossenen Systeme ermöglichen ein äußerst hohes Maß an Personalisierung im Rahmen der Erbringung verschiedenster Dienstleistungen. Neben der Funktion eines „persönlichen virtuellen Assistenten“, der etwa Auskunft über die Wettervorhersage gibt, Fragen beantwortet oder angewiesen werden kann, Anrufe einzuleiten oder bestimmte Musikstücke abzuspielen, erlauben diese Systeme auch den Kauf von Gütern und Dienstleistungen. *Alexa* ermöglicht beispielsweise den Erwerb zahlreicher Produkte aus dem Sortiment von *Amazon*. Dies erfolgt mittels Sprachsteuerung, welche mithilfe eines Endgeräts im Haushalt des Nutzers technisch ermöglicht wird. So führt der Anbieter aus: „*Prime-Mitglieder können Produkte von Amazon.de ganz einfach mit Alexa nachbestellen. Wenn Sie ein neues Produkt benötigen sucht Alexa relevante Artikel und bittet Sie Ihren Kauf zu bestätigen. (...) [S]agen Sie einfach: ‚Alexa, bestelle Kaffee.‘ [oder] ‚Alexa, bestelle Küchenpapier nach.‘*“⁴ Auf diese Weise wird die konkrete Kaufentscheidung teilweise in die Hände des Anbieters gelegt. Auf Seiten des Anbieters läuft das Verfahren gänzlich automatisiert, d. h. ohne Mitwirkung eines menschlichen Entscheiders ab. Für den Kunden ist es aus Gründen der Bequemlichkeit – vor allem bei eher niedrigpreisigen Alltagsgegenständen – attraktiv, auf die getroffene Wahl zu vertrauen. *De facto* sinkt damit für ihn die Transparenz: Er wählt das Produkt nicht mehr unbedingt selber aus und unterlässt zudem eher den Preisvergleich mit anderen Anbietern. Verhaltensdiskriminierung, etwa in Form des bevorzugten Verkaufs eher hochpreisiger Produkte an erkennbar wohlhabende Kunden, wird für den Anbieter damit deutlich erleichtert, zumal ein bestimmtes Ausmaß an Personalisierung Teil des Geschäftsmodells ist und von den Kunden erwartet wird.

Es ist nicht auszuschließen, dass solche und ähnliche Konstellationen zukünftig von Anbietern vermehrt genutzt werden, um Preise zu personalisieren. Unter verschiedenen Gesichtspunkten sind sie anderen Anbietern gegenüber, welche ihre Produkte oder Dienstleistungen im regulären Online-Handel vertreiben, im Vorteil: Sie haben Zugriff auf sehr viele personenbezogene Daten, welche sie im Laufe der Interaktion mit dem einzelnen Kunden über längere Zeiträume sammeln und auswerten können. Die hohe Anzahl an Kunden insgesamt erleichtert die Bildung von abstrakten Vergleichsgruppen (Stufe 1 des hier vertretenen Modells) und ermöglicht so eine aussagekräftigere Profilbildung und Bestimmung der Preissensitivität (Stufe 2). Die Identifizierung des einzelnen Kunden stellt bei einem dergestalt personalisierten System kein Problem dar, da jeder Nutzer sich zwingend einloggen muss. Es ist auch denkbar, dass ein solches System in der Lage ist, verschiedene im selben Haushalt wohnende Kunden jeweils anhand ihrer Stimme voneinander zu unterscheiden und dementsprechend verschiedene Profile der individuellen Preis-

³ Siehe dazu auch umfassend *Ezrachi/Stucke*, *Virtual Competition*, 2016, S. 191 ff.

⁴ <https://www.amazon.de/b?ie=UTF8&node=12775489031> (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

bestimmung zugrunde zu legen. Personenverwechslungen und darauf basierende *false positives* in Form der Zuweisung eines „falschen“ Preises sind damit nahezu ausgeschlossen (Stufe 3).

Kritisch ist aber auch hier die weitere Gestaltung der Preiskommunikation: Es ist anzunehmen, dass ein Anbieter eines solchen Systems mediale Aufmerksamkeit und öffentliche Kritik auf sich ziehen würde, wenn bekannt wird, dass er seine Preise an die Zahlungsbereitschaft der Nutzer anpasst.⁵ Je größer und bekannter er ist, desto stärker steht er zudem im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit und Beobachtung. Unmittelbare Preispersonalisierung scheint demnach so gut wie ausgeschlossen, sofern die gesellschaftliche Akzeptanz personalisierter Preise in Zukunft nicht deutlich ansteigt. Eher denkbar sind Formen mittelbarer Preispersonalisierung, wie etwa die Zusendung von Gutscheinen an ausgewählte Nutzer im Rahmen von Werbeaktionen oder das Angebot von individuell kombinierten Produkten, die etwa besonders günstig als „individuell zusammengestelltes“ Set verkauft werden. Wie bereits festgestellt, ist anzunehmen, dass die Personalisierung von Preisen – sofern sie überhaupt stattfindet – am ehesten in der Reduktion eines Referenzpreises ihren Ausdruck findet. Denkbar ist auch hier, Preispersonalisierung mit Produktpersonalisierung zu kombinieren und auf diese Weise zu verschleiern.

II. Ungleichbehandlung durch Gruppenbildung

Profiling basiert methodisch auf dem Prinzip der Gruppenbildung: Der Datenverarbeiter (oder ein für ihn tätig werdender Dritter) sortiert die Betroffenen in Gruppen. Aus der Gruppenzugehörigkeit wird dann auf Eigenschaften oder Verhalten des Einzelnen geschlossen. Diskriminierung ist dem Profiling damit methodisch inhärent.⁶ Preispersonalisierung macht sich die gleichen Methoden zunutze: Die Bildung von Gruppen und die daran anknüpfende unterschiedliche Behandlung von Kunden in Form der Zuweisung personalisierter Preise ist ihr zentrales Element. Dies gilt unabhängig davon, ob die im Einzelfall herangezogenen Gruppen fein definiert sind und dementsprechend viele persönliche Aspekte des Kunden berücksichtigen oder ob nur anhand eines einzelnen Merkmals eine grobe Zuordnung vorgenommen wird. Der dritte Teil dieser Arbeit analysiert diese Ungleichbehandlung in rechtlicher Hinsicht.

⁵ [Amazon.com](https://www.amazon.com) lieferte dafür im Jahr 2000 selber das beste Beispiel, vgl. oben Kap. 7, IV. 2. a.

⁶ *Datta/Tschantz/Datta, PoPETs 2015* (2015), 92, 105.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Teil III
Diskriminierung geschützter Gruppen
durch Preispersonalisierung

Kapitel 9: Einleitung



I. Normative Implikationen

Preispersonalisierung ist ein Unterfall von Preisdiskriminierung. Sie hat der Natur der Sache nach stets ökonomische Auswirkungen, da von ihr Zahlungsströme zwischen den Kunden und den Anbietern und damit die Verteilung von finanziellen Ressourcen und Wohlstand abhängen. Die ökonomische Betrachtungsweise ist neutral und wertfrei: Sie stellt auf Faktoren wie Effizienz und Wohlfahrt ab, ohne die unterschiedliche Behandlung Einzelner mit einer darüber hinausgehenden Wertung zu verbinden.

Normativ betrachtet ist dies zunächst unproblematisch, da es jedem Kunden grundsätzlich frei steht, ein Produkt oder eine Dienstleistung zu einem bestimmten Preis zu kaufen oder vom Kauf abzusehen. Die Diskriminierung aufgrund unterschiedlicher Zahlungsbereitschaften kann allerdings dann problematisch werden, wenn sie mit der Schlechterstellung von Personen einhergeht, die geschützten Gruppen – beispielsweise Zugehörigen bestimmter Ethnien oder Menschen mit Behinderung – angehören. Die Diskriminierung besteht dann darin, dass von Gruppenmitgliedern systematisch ein höherer Preis als von Nicht-Mitgliedern verlangt wird.¹ Zwei Szenarien sind denkbar.

1. Unmittelbare Diskriminierung

Im ersten Szenario findet die Diskriminierung unmittelbar aufgrund der Gruppenzugehörigkeit statt. Sie besteht darin, dass eine Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe in einer vergleichbaren Situation eine weniger

¹ Die Art der Preiskommunikation (mittelbare oder unmittelbare Preispersonalisierung) kann dabei keine Rolle spielen.

günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.² Ein Beispiel³ hierfür sind unterschiedlich hohe Prämien, die von Männern und Frauen (bei ansonsten gleichen Rahmenbedingungen) aufgrund ihres Geschlechts für Versicherungen verlangt werden. Auch wenn die unterschiedlich hohen Prämien bloß die mit dem Geschlecht einhergehende statistisch bestimmte faktische Kostenintensität widerspiegeln sollen, können sie dennoch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung abzulehnen sein. In *Test-Achats* hat der EuGH dementsprechend eine Ermächtigungsgrundlage für ungültig erklärt, wonach die Mitgliedstaaten „proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann [zulassen dürfen], wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.“⁴ Die Entscheidung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Regelung gegen Art. 21, 23 GRCh verstoße.⁵ Im Ergebnis sind unterschiedliche Prämien bzw. Leistungen aufgrund des Geschlechts also aus normativen Gründen selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn die unterschiedliche Behandlung die ökonomische Realität widerspiegelt. Generalanwältin *Kokott* führt in ihren Schlussanträgen etwas nuancierter aus, dass diese Form unmittelbarer Diskriminierung nicht mit rein statistischen (und dementsprechend pauschalisierten) Erfahrungswerten über die geschlechtsspezifisch verursachten Kosten, sondern nur bei Vorliegen dahingehend sicherer Erkenntnisse gerechtfertigt werden könne.⁶ Auf das Geschlecht könne nicht aus Gründen der Einfachheit als Ersatzkriterium zurückgegriffen werden. Stattdessen sei, um eine objektiv nicht gerechtfertigte Andersbehandlung aufgrund des Geschlechts auszuschließen, die korrekte Erfassung und Bewertung der versicherungsrelevanten, einzelfallbezogenen Aspekte durchzuführen.⁷ In diesen Ausführungen spiegelt sich der Grundsatz wider, dass in den Fällen, in denen Gleichbehandlung gesetzlich vorgegeben ist, Gleiches möglichst gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist.

²Vgl. etwa die Legaldefinition in Art. 2 lit. a Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373 vom 21.12.2004, S. 37 ff.), im Folgenden „Unisex-RL“.

³Es handelt sich bei diesem Beispiel nicht um Preispersonalisierung, da die Preishöhe im Einzelfall nicht von der individuellen Zahlungsbereitschaft abhängig gemacht wird. Die Problematik der Diskriminierung geschützter Gruppen ist allerdings auf Profiling-basierte Preispersonalisierung übertragbar.

⁴Vgl. dazu das Urteil EuGH, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100 (*Test-Achats*). Streitgegenstand war Art. 5 II Unisex-RL.

⁵EuGH, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100, Rn. 32 (*Test-Achats*).

⁶Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott*, C-236/09, ECLI:EU:C:2010:564, Rn. 60 f. (*Test-Achats*).

⁷Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott*, C-236/09, ECLI:EU:C:2010:564, Rn. 66 f. (*Test-Achats*).

Unmittelbare Diskriminierungen können grundsätzlich – in Abhängigkeit vom herangezogenen Anknüpfungsmerkmal und dem mit der Andersbehandlung verfolgten Zweck – gerechtfertigt sein. Als beispielhafte Vorlage für diese Überlegung dient der in § 20 I S. 1 AGG enthaltene Rechtfertigungsgrund. Unmittelbare Benachteiligungen i. S. d. §§ 19 I, 3 I AGG⁸ sind demnach gerechtfertigt, wenn sie sich auf die Religion, eine Behinderung, das Alter, die sexuelle Identität oder das Geschlecht beziehen und zudem ein sachlicher Grund vorliegt. Dies zeigt zum einen, dass eine Rechtfertigung nicht bei jedem Anknüpfungsmerkmal möglich ist: Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft einer Person können über § 20 I AGG beispielsweise gar nicht gerechtfertigt werden.⁹ Dies ist letztlich eine aus allgemein anerkannten Grund- und Menschenrechten abgeleitete Wertentscheidung. Zum anderen wird deutlich, dass nicht alle Formen der unmittelbaren Diskriminierung *per se* verpönt sein müssen, solange ein sachlicher Grund vorliegt. Eine wertende Abwägung ist also möglich.

Im Kontext von Preispersonalisierung stellt sich – losgelöst von konkreten Rechtsregimen – die Frage, ob anbieterseitige unmittelbare Diskriminierungen aufgrund der Zugehörigkeit zu geschützten Gruppen gerechtfertigt sein können. Das Personalisieren von Preisen dient letztlich immer den ökonomischen Interessen des Anbieters: Er strebt Gewinnmaximierung durch das Setzen des in der jeweiligen Situation „besten“ Preises an. Isoliert betrachtet ist dies ein legitimes Ziel: Ein Anbieter ist darauf angewiesen, sich gegenüber Konkurrenten zu behaupten und im Preiswettbewerb zu bestehen.¹⁰ Wenn dieser Mechanismus allerdings dazu führt, dass Marktteilnehmer – hier die Kunden als Endverbraucher – aufgrund ihrer Gruppenzugehörigkeit schlechter gestellt werden, kann dies grundsätzlich nicht von der Rechtsordnung gebilligt sein. Die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit des Anbieters ist letztlich gering: Es handelt sich nicht um eine Vorgabe dahingehend, mit wem oder zu welchem konkreten Preis der Anbieter kontrahieren muss. Es geht letztlich – wie in *Test-Achats* – nur darum, dass bestimmte Merkmale des Kunden bei der Preisbestimmung keine Berücksichtigung finden dürfen. Ausnahmen davon sind denkbar. Sie bedürfen einer wertenden Abwägung unter Berücksichtigung von Anknüpfungsmerkmal und sachlichem Grund. Gesellschaftlich akzeptiert und aus Sicht des Diskriminierungsschutzes unproblematisch ist etwa das

⁸ § 20 I AGG bezieht sich nicht auf mittelbare Benachteiligungen i. S. d. § 3 II AGG. Bei diesen kann das Vorliegen eines sachlichen Grundes allerdings bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfallen lassen (*Franke/Schlichtmann*, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 52022, § 20 Rn. 5 AGG).

⁹ Rechtlicher Hintergrund ist, dass die (dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz u. a. zugrunde liegende) Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22 ff., im Folgenden „Antirassismus-RL“) keine Rechtfertigungsmöglichkeiten für unmittelbare Diskriminierungen vorsieht.

¹⁰ Vgl dazu auch *Zuiderveen Borgesius*, Eur. Bus. Law Rev. 31 (2020), 401, 413–415.

Anknüpfen an das Alter des Kunden¹¹ im Falle von Rabatten für Senioren oder Schüler. Mit einer preislichen Besserstellung dieser Gruppen geht zwangsläufig eine Benachteiligung von Kunden außerhalb dieser Altersgruppen einher.¹² Diese Art von Preissetzung ist gesellschaftlich gebilligt, da das Einräumen der Rabatte dem Umstand geschuldet ist, dass die bevorzugten Gruppen in der Regel kein Erwerbseinkommen haben. Hinzu kommt, dass ein Verbot dieser Preissetzungspraxis letztlich nur dazu führen würde, dass der Rabatt nicht mehr gewährt wird.¹³ Eine zu missbilligende Altersdiskriminierung der Kunden mittleren Alters liegt mithin nicht vor. Eine Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierung ist auch bei sog. positiven Maßnahmen (*Affirmative Action*)¹⁴ denkbar, sofern die Art der Preisgestaltung Benachteiligungen geschützter Gruppen gerade zu verhindern oder auszugleichen versucht.

Eine pauschale Aussage, wann eine unmittelbare Diskriminierung von der Rechtsordnung gebilligt ist, ist also kaum möglich: Zu unterschiedlich sind die traditionell geschützten Gruppen und zu vielfältig die denkbaren Sachgründe, die über ein bloßes Gewinnstreben auf Seiten des Anbieters hinausgehen. Stattdessen ist eine wertende Einzelfallbetrachtung nötig, die den Gleichbehandlungsgrundsatz mit der unternehmerischen Freiheit und Privatautonomie des Anbieters in Einklang bringt.¹⁵

2. Mittelbare Diskriminierung

Im zweiten Szenario findet die Diskriminierung nicht unmittelbar aufgrund der Gruppenzugehörigkeit statt. Bei der Preisberechnung kommen stattdessen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zur Anwendung, die augenscheinlich neutral sind, *de facto* – vom Ergebnis her betrachtet – aber zur Benachteiligung geschützter Gruppen führen.¹⁶

Ein Beispiel für diese Form der mittelbaren Diskriminierung stellt das sog. *Red-lining* dar. Dieser vor allem im Kontext von Kredit-Scoring verwendete Begriff leitet sich von der früher verbreiteten Praxis von Banken und Versicherungen ab, bestimmte Gebiete auf einer Stadtkarte mit einem Rotstift zu markieren, um auf diese Weise pauschaliert ökonomisch „unattraktive“ Kundengruppen zu kennzeichnen.¹⁷

¹¹ Diskriminierungen aufgrund des Alters sind sowohl gem. Art. 21 I GRCh als auch gem. § 1 AGG grundsätzlich unzulässig.

¹² Das Beispiel basiert auf der Gesetzesbegründung zu § 20 I S. 2 Nr. 3 AGG (BT-Drucksache 16/1780, S. 44).

¹³ Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 20 I S. 2 Nr. 3 AGG (BT-Drucksache 16/1780, S. 44).

¹⁴ Siehe etwa Art. 6 Unisex-RL.

¹⁵ Heese, NJW 2012, 572, 574 f.; Zuiderveen *Borgesius*, Eur. Bus. Law Rev. 31 (2020), 401, 414 f.

¹⁶ Hildebrandt, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015, S. 96. Siehe etwa die Legaldefinition in Art. 2 II lit. b Antirassismus-RL.

¹⁷ Vgl. Hammersen/Eisenried, ZD 2014, 342, 343.

Der Wohnort des Einzelnen wird damit herangezogen, um ihm gegenüber Entscheidungen (etwa über die Vergabe von Krediten) zu fällen. Der Wohnort begründet isoliert betrachtet grundsätzlich keine Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe. Unmittelbare Diskriminierung nach dem ersten Szenario liegt also bei einer darauf basierenden Andersbehandlung nicht vor. *Redlining* wird aber dann problematisch, wenn in den negativ konnotierten Gebieten beispielsweise primär Angehörige einer ethnischen Minderheit wohnen, die durch diese Praxis *de facto* schlechter gestellt werden (etwa indem ihnen pauschal ein schlechterer Kredit-Score zugewiesen wird). Bei solchen Konstellationen handelt es sich um mittelbare Diskriminierung.¹⁸ Unter Gleichheitsgesichtspunkten ist diese nicht minder problematisch als unmittelbare Diskriminierung.¹⁹

Legaldefinitionen mittelbarer Diskriminierung schließen ihre Tatbestandsmäßigkeit regelmäßig dann aus, wenn das zur Diskussion stehende Vorgehen durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.²⁰ Dogmatisch liegt dann keine Rechtfertigung, sondern von vornherein gar keine Diskriminierung vor. Mittelbaren Diskriminierungen wohnt kein eigenständiger Unrechtsgehalt inne. Es handelt sich um ein Konstrukt, das letztlich dazu dient, Fallkonstellationen zu erfassen, die gleichermaßen verwerflich wie unmittelbare Diskriminierungen sind.²¹ Auch hier stellt sich (hier bereits auf der Tatbestandsebene) die Frage, ob bzw. unter welchen Umständen eine Benachteiligung geschützter Gruppen als Folge von Preispersonalisierung zulässig sein kann. Insofern gelten die Überlegungen zur Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen entsprechend.

¹⁸ *Ernst*, JZ 72 (2017), 1026, 1032.

¹⁹ Auch aus diesen Gründen war in § 28b Nr. 3 BDSG a. F. vorgesehen, dass beim Erstellen von Score-Werten „für die Berechnung des Wahrscheinlichkeitswerts nicht ausschließlich Anschriftendaten genutzt werden“ dürfen. Im Fall der Nutzung bestand zudem eine Unterrichts- und Dokumentationspflicht (§ 28b Nr. 4 BDSG a. F.). Diese Vorschriften wurden fast wortgleich in § 31 I Nr. 3 und 4 BDSG n. F. übernommen, um auch unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung das gleiche Schutzniveau zu gewährleisten (BT-Drucksache 18/11325, S. 101 f.). Angesichts der abschließenden Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und mangels einer geeigneten Öffnungsklausel ist die Europarechtskonformität dieser Regulierung allerdings hoch fraglich (so *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, § 31 Rn. 4 f. BDSG und *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 174–176; vgl. aber *Taegeger*, ZRP 2016, 72, 74, der die Beibehaltung der alten Regelungen als Ergänzung und Konkretisierung eines auf europäischer Ebene nicht abschließend geregelten Sachverhalts für zulässig erachtet). Das VG Wiesbaden hat mit Beschluss vom 1.10.2021 dem EuGH über Art. 267 AEUV (indirekt) die Frage vorgelegt, ob § 31 BDSG n. F. mit den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere Art. 22 DSGVO vereinbar ist (VG Wiesbaden, 6 K 788/20.WI, ECLI:DE:VGWIESB:2021:1001.6K788.20.WI.0A, BeckRS 2021, 30719). Der Generalanwalt hat sich den geäußerten Zweifeln angeschlossen, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Priit Pikamäe*, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220, Rn. 60–94 (*SCHUFA Holding u. a. (Scoring)*).

²⁰ Art. 2 II lit. b Antirassismus-RL; Art. 2 lit. b Unisex-RL; § 3 II AGG.

²¹ *Thüsing*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Hrsg.), Band 1: Allgemeiner Teil, 92021, § 3 Rn. 24 AGG.

3. Praktische Probleme

Preispersonalisierung ist aus verschiedenen systemimmanenten Gründen geeignet, vielleicht sogar dafür anfällig, diskriminierende Ergebnisse zu produzieren.²² Unmittelbare und mittelbare Formen der Benachteiligung geschützter Gruppen sind denkbar. Diese können sowohl im eingesetzten Ausgangs-Datenmaterial (Stufe 1) als auch im internen Entscheidungsfindungs- und Ausführungsprozess (Stufe 2 und 3) selber angelegt sein. Es ist beispielsweise möglich, dass die Daten, die in das Profiling einfließen, diskriminierende Muster enthalten, welche sich in dementsprechend diskriminierenden Ergebnissen niederschlagen. Dies kann etwa der Fall sein bei Verwendung historischer Daten, in denen bestimmte Ungleichbehandlungen und Stereotype bereits enthalten sind.²³ Gleichermaßen ist denkbar, dass der Algorithmus selber – von den Machern bewusst oder unbewusst implementierte – diskriminierende Wertungen enthält, oder dass selbstlernende Algorithmen solche im Laufe der Zeit entwickeln und umsetzen. Die bereits diskutierten Ausführungen von *Kokott*²⁴ lassen sich auf Profiling übertragen: Hier wie dort werden statistische Erkenntnisse zum Treffen pauschalierter Entscheidungen herangezogen und können so diskriminierende Auswirkungen zeitigen.

In der Praxis ist aus der Sicht außenstehender Dritter oftmals nicht oder nur schwer erkennbar, wie es zu den diskriminierenden Ergebnissen gekommen ist.²⁵ Verschiedene, durchaus miteinander verwandte oder zusammenhängende Gründe für diskriminierende Ergebnisse sind möglich. So konnte beispielsweise empirisch nachgewiesen werden, dass das Werbenetzwerk *Google DoubleClick* Männern, die online nach berufs- bzw. karrierebezogenen Themen suchten, signifikant häufiger Werbeanzeigen mit Bezug zu sehr gut bezahlten Stellen angezeigt hat als Frauen mit ansonsten gleichen Eigenschaften.²⁶ Die Autoren der Studie weisen darauf hin, dass es aufgrund der unklaren Strukturen und internen Abläufe (die dementsprechend als „*Blackbox*“ bezeichnet werden) nicht möglich ist, festzustellen, welche der beteiligten Parteien für dieses Ergebnis verantwortlich ist.²⁷ Sie kritisieren, dass diese Werbepaxis – unabhängig von ihrer rechtlichen Bewertung – angesichts des sog. *Gender Pay Gaps* problematisch ist.²⁸ Es ist denkbar, dass die Einblendung der verschiedenen Werbeanzeigen daher rührt, dass das für die Datenauswertung herangezogene Datenmaterial die Situation widerspiegelt, dass Männer im Durchschnitt häufiger hoch bezahlte Positionen erreichen als Frauen. Durch die Datenauswertung und darauf basierende Ausspielung der Werbeanzeigen wird dann eine bestehende,

²²Vgl. dazu (mit gleichem Ergebnis) *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 406 f.

²³*Datenethikkommission der Bundesregierung*, Gutachten, 2019, S. 167 f.

²⁴Siehe oben Kap. 9, I. 1.

²⁵*Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2015, S. 96 f.

²⁶*Datta/Tschantz/Datta*, *PoPETs 2015* (2015), 92, 93 und 102. Es ist unklar, ob dieser Effekt heute auch noch messbar wäre oder ob die Zuweisung der Werbeanzeigen mittlerweile anders funktioniert.

²⁷*Dies.*, *PoPETs 2015* (2015), 92, 93 und 105.

²⁸*Dies.*, *PoPETs 2015* (2015), 92, 105.

politisch nicht (mehr) gewollte Ungleichbehandlung ungeprüft übernommen und perpetuiert.²⁹ Die strikte Orientierung am Faktischen führt dann zu normativ ungewünschten Ergebnissen. Denkbar wäre auch, dass die Anzeigen auf Veranlassung der Werbetreibenden selber geschlechtsspezifisch ausgespielt werden – oder dass eine Kombination verschiedener Faktoren zu diesem Ergebnis geführt hat. Ähnliche Wirkmechanismen sind auch im Kontext von Preispersonalisierung denkbar.

Mittelbare und (ungerechtfertigte) unmittelbare Diskriminierungen sind bei normativer Betrachtungsweise gleichermaßen abzulehnen: Für den betroffenen, durch die Preispersonalisierung schlechter gestellten Kunden macht es keinen Unterschied, ob der Anbieter bei seiner Preisgestaltung unmittelbar an ein verpöntes Merkmal ansetzt oder ob die Ungleichbehandlung mittelbar, aber doch kausal auf seine Gruppenzugehörigkeit zurückzuführen ist. Wenn der Anbieter automatisierte Verfahren nutzt, um Preise zu personalisieren, liegt es in seiner Verantwortung, etwaigen rechtlichen Diskriminierungsverbote effektiv nachzukommen. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er die Ergebnisse der von ihm eingesetzten Datenverarbeitungsprozesse inhaltlich nicht gänzlich steuern oder inhaltlich nicht nachvollziehen kann.

II. Rechtliche Implikationen

Die zuvor skizzierten normativen Implikationen führen zu der folgenden rechtlichen Fragestellung: Enthält das geltende materielle Recht im Falle von Preispersonalisierung ausreichende Schutzmechanismen vor Diskriminierung, die aus der Zugehörigkeit zu geschützten Gruppen resultiert? Die Untersuchung basiert auf der Prämisse, dass das Recht verschiedene Wege kennt, um die Diskriminierung geschützter Gruppen im Verhältnis zwischen Privaten zu unterbinden.³⁰ Die Frage, welche Gruppen mit welchen Mitteln und in welchem Ausmaß geschützt werden sollen, wurde damit vom Gesetzgeber bereits beantwortet. Die damit einhergehende grundsätzliche Wertentscheidung wird hier als gegeben vorausgesetzt. Die eingangs formulierte Fragestellung soll stattdessen beantworten, ob die existierenden Systeme auch im Falle von Preispersonalisierung Anwendung finden – und so ihre intendierte Schutzwirkung entfalten können – oder ob Schutzlücken bestehen. Diese rechtliche und damit auch normative Analyse beinhaltet zwangsläufig zugleich ökonomische Überlegungen, da die Diskriminierung in den hier diskutierten Konstellationen stets in einer finanziellen Schlechterstellung des Kunden besteht.

²⁹Zu diesem Effekt vgl. auch *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 50 f.

³⁰Diese Schutzsysteme sind teilweise europarechtlich vorgegeben, teilweise einer freien Entscheidung des nationalen Gesetzgebers geschuldet. Für den nationalen Gesetzgeber zwingend sind vor allem die Datenschutz-Grundverordnung und die Vorgaben der sog. Antidiskriminierungs-Richtlinien (siehe unten Kap. 10, III), welche im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt wurden. Letzteres geht inhaltlich aber deutlich über die europarechtlichen Mindestvorgaben hinaus.

Bourreau und *de Streeel* führen aus, dass für die rechtliche Bewertung von Preispersonalisierung generell vier übergeordnete Rechtsregime relevant sind: Verbraucherschutzrecht, Datenschutzrecht, Kartellrecht und Antidiskriminierungsrecht.³¹ Diese Rechtsregime verfolgen verschiedene Schutzzwecke. Sie ergänzen sich, wobei gerade die beiden erstgenannten durchaus auch inhaltliche Überschneidungen aufweisen.³² Die vier Gebiete lassen sich grob anhand ihrer jeweiligen Regelungsmethodik voneinander abgrenzen: Das Kartell- und das Antidiskriminierungsrecht postulieren Handlungsverbote, indem sie bestimmte wettbewerbsschädliche bzw. diskriminierende Verhaltensweisen untersagen. Verbraucher- und Datenschutzrecht setzen hingegen bereits zu einem vorgelagerten Zeitpunkt an.³³ Obgleich diese Rechtsregime teilweise auch Handlungsverbote aufstellen (etwa Art. 22 I DSGVO), liegt ein gemeinsamer Schwerpunkt eher auf der Absicherung von Transparenz zugunsten von Verbrauchern bzw. Betroffenen. So soll letztlich u. a. sichergestellt werden, dass Kunden eine informierte Kaufentscheidung treffen können.

Funktionierenden Wettbewerb vorausgesetzt, kommt es für die rechtliche Analyse von Preispersonalisierung unter dem eingangs beschriebenen Aspekt der Diskriminierung geschützter Gruppen auf verbraucherschutz-, datenschutz- und antidiskriminierungsrechtliche Regelungen an.³⁴ Auch wenn antidiskriminierungsrechtliche Vorschriften – in Deutschland auf einfachgesetzlicher Ebene vor allem das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) – genuin der Sicherstellung von Gleichbehandlung in bestimmten Situationen dienen, ist das durch sie etablierte Schutzsystem nicht in sich abgeschlossen. Verbraucherschutzrechtliche Normen dienen der Fairness und der Transparenz im Rechtsverkehr. Sie geben den Kunden damit Möglichkeiten an die Hand, Diskriminierung zu entdecken und sich vor ihr zu schützen. Durch das Aufstellen von Transparenzfordernissen ermöglichen sie auch die Kontrolle durch Dritte, etwa die zuständigen Behörden oder Verbraucherschutzverbände.³⁵ Sie ergänzen damit das Antidiskriminierungsrecht qualitativ.

Auch datenschutzrechtlichen Regelungen ist Diskriminierungsschutz inhärent.³⁶ Ebenso wie im Verbraucherschutzrecht gelten hier, die Verarbeitung personenbezogener Daten vorausgesetzt, verschiedene Transparenzpflichten.³⁷ Ein Diskriminierungsschutz wird mittelbar zudem dadurch erreicht, dass Betroffene (hier: Kunden) „Kontrolle über ihre eigenen Daten besitzen.“³⁸ Je mehr Transparenz und Kontroll-

³¹ *Bourreau/de Streeel*, The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 5–11.

³² *Dies.*, The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 10. Zum Zusammenspiel von Wettbewerbs-, Verbraucherschutz- und Datenschutzrecht in der Digitalökonomie siehe auch *Botta/Wiedemann*, The Antitrust Bulletin 64 (2019), 428, 434–437.

³³ *Bourreau/de Streeel*, The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 10.

³⁴ Eine vertiefte kartellrechtliche Analyse findet nicht statt. Siehe dazu oben Kap. 1, I.

³⁵ *Bourreau/de Streeel*, The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era, 2018, S. 10.

³⁶ *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 77 f.

³⁷ Art. 5 I lit. a DSGVO führt Transparenz als übergeordneten datenschutzrechtlichen Grundsatz an, der z. B. in den Art. 13–15 DSGVO konkretisiert wird.

³⁸ Erwägungsgrund 7 DSGVO.

möglichkeiten zugunsten eines Kunden bestehen, desto unwahrscheinlicher ist es, dass Anbieter diskriminieren und dass Diskriminierung unentdeckt bleibt. Am deutlichsten tritt der datenschutzrechtliche Diskriminierungsschutz in den in Art. 9 I und 22 IV DSGVO enthaltenen Regelungen zum Schutz sensibler Daten zutage.³⁹ Den in Art. 9 I DSGVO enthaltenen Datenkategorien, welche u. a. die Zugehörigkeit des Betroffenen zu bestimmten geschützten Gruppen abbilden, wohnt eine besondere Missbrauchs- und Diskriminierungsgefahr inne, weshalb sie besonderen Schutz erfahren.⁴⁰ Die Datenschutz-Grundverordnung wählt eine präventive Herangehensweise, indem sie die Verarbeitung sensibler Daten verbietet bzw. erhöhte Anforderungen an sie stellt. Zudem stellt sie in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich den Zusammenhang zwischen der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten und dem damit einhergehenden Diskriminierungsrisiko her.⁴¹ Der Gedanke hinter diesen Regelungen ist, dass die Möglichkeit, jemanden zu diskriminieren, ausgeschlossen oder zumindest erschwert ist, wenn der Verantwortliche von den für die Diskriminierung notwendigen Informationen gar nicht erst Kenntnis erlangt.⁴² Diese Form des Diskriminierungsschutzes macht sich also ein (Datenverarbeitungs-)Verbot zunutze, setzt dabei aber zu einem frühen, der eigentlichen Preisscheidung vorgelagerten Zeitpunkt an. Es geht damit funktional nicht primär um das Verbot diskriminierender Entscheidungen an sich, sondern um ihre Verhinderung bereits im Vorfeld.⁴³ Ein relevantes Handlungsverbot, welches ggf. auch zum Schutz vor Diskriminierung herangezogen werden kann, enthält die Datenschutz-Grundverordnung zudem in Art. 22 I DSGVO.

Ausgehend von der eingangs formulierten Rechtsfrage widmet sich der dritte Teil dieser Arbeit der Analyse, welche konkreten Regelwerke relevant sind, welche Schutzmechanismen sie bereitstellen und wie diese ineinandergreifen. Ausgangspunkt ist der Rechtsrahmen, der sich aus dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht sowie, soweit relevant, der deutschen Umsetzung sowie der sonstigen deutschen Regulierung ergibt. Der Aufbau orientiert sich am hier vertretenen 3-stufigen Modell.

³⁹Vgl. auch die Begründung des ursprünglichen Entwurfs der Datenschutz-Grundverordnung, KOM(2012) 11 endgültig vom 25.1.2012, S. 7, in dem auf das Diskriminierungsverbot des Art. 21 GRCh als betroffene Grundrechtsposition Bezug genommen wird.

⁴⁰Weichert, DuD 2017, 538, 539. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 51 DSGVO: „*Personenbezogene Daten, die ihrem Wesen nach hinsichtlich der Grundrechte und Grundfreiheiten besonders sensibel sind, verdienen einen besonderen Schutz, da im Zusammenhang mit ihrer Verarbeitung erhebliche Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten auftreten können.*“

⁴¹Siehe Erwägungsgrund 75 DSGVO („*Die Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen (...) können aus einer Verarbeitung personenbezogener Daten hervorgehen, die zu einem physischen, materiellen oder immateriellen Schaden führen könnte, insbesondere wenn die Verarbeitung zu einer Diskriminierung (...) führen kann*“) sowie Erwägungsgründe 71 und 85 DSGVO.

⁴²Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 1 Rn. 14 DSGVO.

⁴³Zu dieser Regelungstechnik siehe auch Hildebrandt, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015, S. 193 f.

Generell gilt, dass die Preishöhe nur in Ausnahmefällen rechtlich vorgegeben sein kann, etwa im Arzneimittelsektor. Sie spielt nur am Rande eine Rolle. Relevante Ansatzpunkte sind hingegen die Preisbestimmung und die Preiskommunikation. Die Preisbestimmung spielt sich auf Stufe 1 und 2 des Modells ab. Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, welche Daten erhoben und wie sie zwecks Preisbestimmung verarbeitet werden dürfen. Diese beiden Stufen sind vor allem unter den Aspekten der Transparenz und der datenschutzrechtlichen Kontrollmöglichkeiten relevant. Die Preiskommunikation – das Fordern eines bestimmten Preises einem bestimmten Kunden gegenüber – entspricht Stufe 3 des Modells. Auch hier stellen sich Transparenzfragen, welche aber von verschiedenen möglicherweise einschlägigen Handlungsverboten flankiert werden.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 10: Relevante Rechtsregime



Der folgende Überblick dient dazu, die (möglicherweise) einschlägigen Regelwerke zu eruieren und festzustellen, ob ihnen grundsätzliche Relevanz und Anwendbarkeit im Kontext von Preispersonalisierung zukommt. Im darauf folgenden Kap. 11 erfolgt die eigentliche rechtliche Analyse unter Rückgriff auf das 3-stufige Modell.

I. Datenschutzrecht

1. Datenschutz-Grundverordnung

Sobald zur Personalisierung von Preisen personenbezogene Daten verarbeitet werden, ist die Datenschutz-Grundverordnung anwendbar, Art. 2 I i. V. m. 4 Nr. 1 DSGVO. Es sind keine Methoden denkbar, welche auf allen Stufen gänzlich datenschutzneutral sind. Dies gilt auch, soweit zur Preispersonalisierung pseudonym erhobene oder pseudonymisierte Daten¹ i. S. d. Art. 4 Nr. 5 DSGVO verarbeitet werden, da diese aufgrund ihrer Personenbeziehbarkeit einen Unterfall der personenbezogenen Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO darstellen.² Die Datenschutz-Grundverordnung, welche als dogmatische Vorlage für das hier vertretene Modell dient, kann mithin auf allen drei Stufen relevant sein.

¹Art. 4 Nr. 5 DSGVO beschreibt Pseudonymisierung als aktiven Vorgang, der mit personenbezogenen Daten beginnt, welche die Identität des Betroffenen offenlegen („(...) *Verarbeitung personenbezogener Daten in einer Weise, dass die personenbezogenen Daten ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr einer spezifischen betroffenen Person zugeordnet werden können* (...)“). Es ist aber auch möglich, die Daten von vornherein pseudonymisiert zu erheben (vgl. dazu *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 463).

²*Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, ³2020, Art. 4 Nr. 5 Rn. 11 DSGVO. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 26 DSGVO.

2. ePrivacy-Richtlinie und Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz

a. Regelungsgehalt der ePrivacy-Richtlinie

Zudem stellt sich die Frage, welche Rolle die datenschutzrechtlichen Vorschriften spielen, die in der Richtlinie 2002/58/EG³ (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, sog. ePrivacy-Richtlinie) sowie im deutschen Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz⁴ enthalten sind. Diese könnten vor allem auf der ersten Stufe des Modells relevant sein. Die ePrivacy-Richtlinie hat ein telekommunikationsrechtliches Sonderregime etabliert. Sie wurde 2009 durch die Richtlinie 2009/136/EG⁵ (sog. Cookie-Richtlinie) geändert und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Ursprünglich sollte zeitgleich mit Erlass der Datenschutz-Grundverordnung die ePrivacy-Richtlinie durch eine ePrivacy-Verordnung ersetzt werden.⁶ Ob bzw. wie dieses Gesetzgebungsvorhaben tatsächlich realisiert werden wird, ist momentan unklar.⁷ Die ePrivacy-Richtlinie *„sieht die Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, die erforderlich sind, um einen gleichwertigen Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere des Rechts auf Privatsphäre und Vertraulichkeit, in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der elektronischen Kommunikation sowie den freien Verkehr dieser Daten und von elektronischen Kommunikationsgeräten und -diensten in der Gemeinschaft zu gewährleisten.“*⁸ Laut ihrem zweiten Erwägungsgrund dient sie nicht nur der Umsetzung von Art. 8 GRCh (Schutz personenbezogener Daten), sondern auch dem Schutz der Privat-

³Richtlinie 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) (ABl. L 201 vom 31.7.2002, S. 37 ff.), im Folgenden „ePrivacy-RL“.

⁴Gesetz über den Datenschutz und den Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien (Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz – TTDSG) vom 23.6.2021, BGBl. 2021 I, S. 1982, zuletzt geändert durch Art. 4 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit des Betriebes krimineller Handelsplattformen im Internet vom 12.8.2021 (BGBl. 2021 I, S. 3544), im Folgenden „TTDSG“.

⁵Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz (ABl. L 337 vom 18.12.2009, S. 11 ff.), im Folgenden „Cookie-RL“.

⁶Die Datenschutz-Grundverordnung ist gem. Art. 99 II DSGVO seit dem 25.5.2018 anwendbar. Vgl. auch Erwägungsgrund 173 DSGVO, der die Änderung bzw. Überprüfung der ePrivacy-Richtlinie bereits andeutet.

⁷Siehe dazu unten Kap. 10, I. 3.

⁸Art. 1 I ePrivacy-RL.

heit und des Kommunikationsgeheimnisses gem. Art. 7 GRCh.⁹ Insofern zieht sie ihren Anwendungsbereich weiter als die Datenschutz-Grundverordnung.¹⁰ Gem. Art. 1 II S. 1 ePrivacy-RL dient sie zur Detaillierung und Ergänzung – und mithin als *lex specialis*¹¹ – der mittlerweile aufgehobenen¹² Datenschutz-Richtlinie. Aus Art. 95 DSGVO ergibt sich, dass nationale, die ePrivacy-Richtlinie umsetzende Gesetze bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen als sektorspezifisches Datenschutzrecht vorrangig anwendbar sind.¹³

b. Umsetzung von Art. 5 III ePrivacy-Richtlinie

Im Kontext von Preispersonalisierung ist einzig die nationale Umsetzung von Art. 5 III ePrivacy-RL relevant. Dieser wurde durch die Cookie-Richtlinie eingeführt¹⁴ und richtet sich u. a. an die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft.¹⁵ Damit sind auch Anbieter nach dem hiesigen Verständnis, also Online-Händler von Waren und Dienstleistungen, als Normadressaten erfasst. Die Norm verpflichtet die Mitgliedstaaten in ihrem Satz 1, sicherzustellen, „*dass die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die bereits im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur gestattet ist, wenn der betreffende Teilnehmer oder Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen, die er gemäß der [Datenschutz-Richtlinie] u. a. über die Zwecke der Verarbeitung erhält, seine Einwilligung gegeben hat.*“ Der Begriff „*Einwilligung*“ bezeichnet eine Einwilligung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung, Art. 2 lit. f ePrivacy-RL, 94 II S. 1 DSGVO. Der Ausdruck „*Informationen*“ erfasst personenbezogene und nicht personenbezogene Daten.¹⁶ Gem. Art. 5 III S. 2 ePrivacy-RL ist nur im Falle der technischen Erforderlichkeit von Speicherung bzw. Zugriff keine Einwilligung des Betroffenen einzuholen. Klassischer Anwendungsfall ist das Setzen von Cookies auf den Endgeräten von Nutzern bzw. Teilnehmern.¹⁷ Art. 5 III

⁹Vgl. dazu auch *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 95 Rn. 1 DSGVO.

¹⁰Vgl. Art. 1 II sowie Erwägungsgrund 1 DSGVO, die primär auf Art. 8 GRCh abstellen.

¹¹*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Einl. Rn. 221.

¹²Art. 94 I DSGVO.

¹³*Jandt*, ZD 2018, 405. Zum Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung, ePrivacy-Richtlinie und nationalen Regelungen vgl. auch *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 95 Rn. 5 ff. DSGVO.

¹⁴Siehe Art. 2 Nr. 5 Cookie-RL.

¹⁵*Datenschutzkonferenz (DSK)*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019, S. 3.

¹⁶EuGH, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 66–71 (*Planet49*).

¹⁷Die Unterscheidung zwischen Nutzern und Teilnehmern hat im hiesigen Kontext keine Bedeutung. Im Folgenden wird nur der telemedienrechtliche Begriff Nutzer verwendet.

ePrivacy-RL ist technologieneutral gehalten und erfasst auch andere Arten des Trackings (z. B. *Browser Fingerprinting*), welche ohne das Setzen bzw. Auslesen von Cookies auskommen.¹⁸ Da Tracking zum Zwecke der Preispersonalisierung eingesetzt werden könnte, besteht insoweit grundsätzlich Relevanz für die vorliegende Arbeit. Art. 5 III ePrivacy-RL ist in Deutschland seit 1.12.2021 durch § 25 TTDSG umgesetzt.

c. § 15 III TMG a. F.

Die Vorgängernorm zu § 25 TTDSG, § 15 III TMG a. F.,¹⁹ war äußerst umstritten. Sie erlaubte Diensteanbietern „für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen [zu] erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht“ (§ 15 III S. 1 TMG a. F.). Solange für die Erstellung dieser Nutzungsprofile nur pseudonyme²⁰ Daten zum Einsatz kamen, war Tracking zum Zwecke der Webanalyse, Reichweitenmessung und personalisierten Werbung (*Targeted Advertising*) einer Widerspruchslösung unterworfen (sog. Opt-out).²¹ Der Nutzer musste sich ggf. aktiv gegen die Datenverarbeitung wehren. § 15 III S. 1 TMG a. F. stand damit in klarem Widerspruch zum Einwilligungserfordernis des Art. 5 III S. 1 ePrivacy-RL.²² § 15 III TMG a. F. stellte damit keine Umsetzung von Art. 5 III ePrivacy-RL in na-

¹⁸Vgl. *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 461; *Schmidt/Babilon*, K&R 2016, 86, 87.

¹⁹Im Folgenden bezieht sich „TMG a. F.“ auf das Telemediengesetz (TMG) vom 26.2.2007, BGBl. 2007 I, S. 179, zuletzt geändert durch Art. 39 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) vom 23.6.2021 (BGBl. 2021 I, S. 1858). Mit Einführung des Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetzes wurden die datenschutzrechtlichen Regelungen des Telemediengesetzes aufgehoben (Art. 3 Nr. 2 Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien vom 23.6.2021, BGBl. 2021 I, S. 1982).

²⁰Pseudonyme bzw. pseudonymisierte Daten sind personenbezogene Daten (Erwägungsgrund 26 DSGVO).

²¹Die Datenerhebung musste also so ausgestaltet sein, dass der Tracker, wenn überhaupt, erst nach Hinzuziehung weiterer Daten auf die Identität des jeweiligen Kunden schließen konnte. § 15 III S. 3 TMG a. F. formulierte ein dahingehendes Zusammenführungsverbot, solange keine Einwilligung vorlag. Vgl. *Schleipfer*, ZD 2017, 460, 461.

²²Die deutsche Bundesregierung vertrat in einem Fragebogen, der von der Europäischen Kommission zur Evaluierung der Umsetzung der ePrivacy-Richtlinie in den Mitgliedstaaten eingesetzt wurde, die Meinung, dass Art. 5 III ePrivacy-RL über die §§ 12 und 15 TMG a. F. in nationales Recht umgesetzt worden war. Auf den problematischen § 15 III TMG a. F. ging sie allerdings nicht ein, siehe Questionnaire on the implementation of the Article 5(3) of the ePrivacy Directive (COCOM11-20), abrufbar unter <https://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/COCOM11-20QuestionnaireonArt.53e-PrivacyDir.pdf> (zuletzt aufgerufen am 31.3.2023). Vgl. dazu auch *Heberlein*, Datenschutz im Social Web, 2017, S. 178 und *Jandt*, ZD 2018, 405, 406 f.

tionales Recht dar, sondern war mit diesem unvereinbar.²³ Die Anwendbarkeit der Norm über Art. 95 DSGVO wurde dementsprechend mit guten Gründen abgelehnt.²⁴ Die Abschaffung des § 15 III TMG a. F. wurde letztlich durch die Rechtsprechung in der Rechtssache *Planet49*²⁵ angestoßen. Dort konnte der EuGH sich zwar nicht unmittelbar zur Europarechtskonformität des § 15 III TMG a. F. äußern, die der vorliegende BGH indirekt thematisiert hatte.²⁶ Die Ausführungen des EuGH hinsichtlich der Anforderungen, die an eine wirksame Einwilligungserklärung i. S. d. Art. 5 III S. 1 ePrivacy-RL zu stellen sind, ließen aber erkennen, dass die deutsche Opt-out-Lösung europarechtswidrig war.²⁷ Der BGH urteilte daraufhin, dass § 15 III TMG a. F. richtlinienkonform dahingehend auszulegen sei, dass in die Norm *contra legem* ein aktives Einwilligungserfordernis hineinzulesen sei.²⁸ Die recht gekünstelte Argumentation, dass „[im] Fehlen einer (wirksamen) Einwilligung (...) der nach dieser Vorschrift der Zulässigkeit der Erstellung von Nutzungsprofilen entgegenstehende Widerspruch gesehen werden“²⁹ könne, ist nur vor diesem Hintergrund verständlich und war letztlich Ausdruck einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.³⁰

d. § 25 TTDSG

Der Wortlaut des § 25 TTDSG entspricht im Wesentlichen dem des Art. 5 III ePrivacy-RL. Die Speicherung von bzw. der Zugriff auf Informationen in der Endeinrichtung (etwa einem Smartphone oder einem Smarthome-Gerät³¹) eines End-

²³ So auch *Heberlein*, Datenschutz im Social Web, 2017, S. 179; *Jandt*, ZD 2018, 405, 407. Im Ergebnis wohl für eine Weitergeltung des § 15 III TMG a. F. auch unter der Datenschutz-Grundverordnung *Hanloser*, ZD 2018, 213, 216. Vgl. dazu auch *ders.*, ZD 2019, 264, 266.

²⁴ Zu diesem Ergebnis kamen etwa auch eine im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte Studie (*European Commission*, ePrivacy Directive: Assessment of Transposition, Effectiveness and Compatibility with proposed Data Protection Regulation, 2015, S. 63) sowie die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (*Datenschutzkonferenz* (DSK), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019, S. 4 f. und *dass.*, Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018, 2018, S. 2).

²⁵ EuGH, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 (*Planet49*).

²⁶ Vgl. den Vorlagebeschluss BGH, GRUR 2018, 96, 97 f. Rn. 13 (*Cookie-Einwilligung I*).

²⁷ Vgl. EuGH, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Rn. 44–65 (*Planet49*) und vor allem Rn. 65, wonach ein „voreingestelltes Ankreuzkästchen (...), das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss“, weder den Vorgaben der nicht mehr anwendbaren Datenschutz-Richtlinie noch denen der Datenschutz-Grundverordnung genügt. Siehe dazu auch bereits *Wiedemann*, IIC 51 (2020), 543, 551 f.

²⁸ BGH, NJW 2020, 2540, 2545 f. Rn. 52–55 (*Cookie-Einwilligung II*).

²⁹ BGH, NJW 2020, 2540, 2546 Rn. 55 (*Cookie-Einwilligung II*).

³⁰ *Rauer/Bibi*, ZUM 2020, 887, 889.

³¹ Vgl. die Legaldefinition in § 2 II Nr. 6 TTDSG. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft Küchengeräte, Heizkörperthermostate und Alarmsysteme (BT-Drucksache 19/27441, S. 38).

nutzers³² ist gem. § 25 I S. 1 TTDSG nur zulässig, wenn dieser auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen eingewilligt hat. Bzgl. der Information des Endnutzers und der Einwilligung verweist § 25 I S. 2 TTDSG pauschal auf die Datenschutz-Grundverordnung. Die Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis in § 25 II TTDSG entsprechen denen des Art. 5 III S. 2 ePrivacy-RL. Der Anwendungsbereich der Norm erfasst personenbezogene und nicht personenbezogene Daten. Die deutsche Umsetzung steht nun mit den europarechtlichen Vorgaben im Einklang.³³ Die daraus resultierende Rechtssicherheit ist angesichts des jahrelang schwelenden Streits über die Anwendbarkeit des § 15 III TMG a. F. zu begrüßen. Die Streitgegenständliche Thematik bedarf aufgrund der oftmals grenzüberschreitenden Sachverhalte und der drohenden Rechtsfragmentierung einer europäischen Lösung. § 25 TTDSG stellt damit eine Übergangslösung bis zum Erlass der ePrivacy-Verordnung dar.

Soweit § 25 TTDSG einschlägig ist und dabei personenbezogene Daten verarbeitet werden, werden die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung wegen der Kollisionsnorm Art. 95 DSGVO verdrängt.³⁴ Eine Einwilligung i. S. d. § 25 I S. 2 TTDSG i. V. m. Art. 4 Nr. 11 und 7 DSGVO³⁵ ist notwendig, solange keine der Ausnahmen des § 25 II TTDSG greift. Der Anwendungsvorrang des § 25 TTDSG erstreckt sich nur auf den Regelungsbereich der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung (mithin vor allem auf das Vorliegen einer Rechtsgrundlage), nicht aber etwa auf die weiterhin anwendbaren Betroffenenrechte der Datenschutz-Grundverordnung.³⁶ § 25 TTDSG kommt nur im kurzen Moment der Speicherung von Informationen bzw. des Zugriffs auf diese im Endgerät des Endnutzers zur Anwendung. Die zeitlich nachfolgende Datenverarbeitung unterliegt, soweit es sich um personenbezogene Daten handelt, den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung.³⁷

Wenn Informationen zum Zwecke der Preispersonalisierung in der Endeinrichtung eines Endnutzers gespeichert werden (bzw. wenn zu diesem Zweck auf dort bereits gespeicherte Informationen zugegriffen wird), ist mithin stets eine Einwilligung notwendig, da die im zweiten Absatz der Norm formulierten Ausnahmen nicht greifen. Abgesehen davon hat § 25 TTDSG für den hiesigen Untersuchungsgegenstand keine Relevanz.

³² Siehe die Legaldefinition in §§ 2 I TTDSG i. V. m. 3 Nr. 13 TKG.

³³ Ein zwischenzeitlich geleakter Referentenentwurf sah demgegenüber vor, das Einwilligungserfordernis teilweise aufzuweichen, vgl. *Schwartmann/Benedikt/Reif*, MMR 2021, 99, 99 f. und *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 42022, § 25 Rn. 10 TTDSG.

³⁴ *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 42022, § 25 Rn. 16 und 18 TTDSG.

³⁵ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 19/27441, S. 37 f.

³⁶ *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 42022, § 25 Rn. 16 TTDSG. Die konkrete Reichweite des Anwendungsvorrangs ist umstritten, vgl. *Golland*, NJW 2021, 2238, 2238 Rn. 2 und *Hanloser*, ZD 2021, 399, 399 f.

³⁷ Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 19/27441, S. 38; *Hanloser*, ZD 2021, 399, 400.

e. Zwischenergebnis

Durch § 25 TTDSG wurde Art. 5 III ePrivacy-RL europarechtskonform in nationales Recht umgesetzt und kommt über Art. 95 DSGVO als bereichsspezifisches Datenschutzrecht der Datenschutz-Grundverordnung gegenüber vorrangig zur Anwendung. Wenn die Speicherung von bzw. der Zugriff auf Informationen im Endgerät des Endnutzers dem Ziel der Preispersonalisierung dient, ist mithin eine Einwilligung i. S. d. § 25 I S. 2 TTDSG i. V. m. Art. 4 Nr. 11, 7 DSGVO auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen zwingend erforderlich. Eine darüber hinausgehende Bedeutung der Regelung ist im hiesigen Kontext nicht gegeben. Aufgrund der bestehenden Sachnähe wird § 25 TTDSG im Folgenden nicht in einem separaten Abschnitt, sondern im Kontext der Datenschutz-Grundverordnung thematisiert.

3. ePrivacy-Verordnung (Entwurf)

Im Januar 2017 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation (sog. ePrivacy-Verordnung) veröffentlicht.³⁸ Die ePrivacy-Verordnung wurde als Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt gesehen. Sie sollte die ePrivacy-Richtlinie ersetzen, den Schutzstandard innerhalb der Europäischen Union durch die gewählte Rechtsform weiter vereinheitlichen und mit neuen Regelungen auf verschiedene technische Entwicklungen reagieren.

Der Vorschlag der Kommission fand keine ausreichende Unterstützung in den Mitgliedstaaten. Im Oktober 2017 wurde ein Vorschlag des Europäischen Parlaments veröffentlicht.³⁹ Im Rat der Europäischen Union wurden daraufhin zahlreiche Änderungsvorschläge zirkuliert und diskutiert.⁴⁰ Im Februar 2021 hat der Rat der Europäischen Union schließlich einen Entwurf beschlossen, der als Grundlage

³⁸Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final vom 10.1.2017.

³⁹Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), A8-0324/2017 vom 20.10.2017.

⁴⁰Vgl. etwa die Vorschläge der österreichischen und der finnischen Ratspräsidentschaften (abrufbar unter <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13256-2018-INIT/en/pdf> und <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11001-2019-INIT/en/pdf>, beide zuletzt aufgerufen am 31.3.2023).

eines Verhandlungsmandats für Trilog-Verhandlungen dienen sollte.⁴¹ Ob bzw. wann diese Verhandlungen erfolgreich abgeschlossen werden können, ist zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Arbeit noch nicht absehbar.

Für eine vertiefte Analyse der Relevanz dieses Gesetzesvorhabens im Kontext von Preispersonalisierung fehlt mithin eine geeignete Arbeitsgrundlage. Immerhin lässt sich aus den zirkulierten Entwürfen die Tendenz ablesen, die Zulässigkeit der Verarbeitung endgerätebezogener Informationen von einer Einwilligung des Endnutzers abhängig zu machen.⁴² Da nach hiesiger Ansicht Preispersonalisierung nur bei Vorliegen einer Einwilligung des Kunden i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO zulässig ist,⁴³ sieht es momentan danach aus, dass der (etwaige) Erlass der ePrivacy-Verordnung auf die hier gefundenen Ergebnisse keinen bedeutenden Einfluss haben wird.

II. Verbraucherschutzrecht

Gem. Art. 38 GRCh „stellt [die Politik der Union] ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“ In ähnlicher Weise spricht Art. 169 I AEUV – neben der auch dort erwähnten „Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ – von der „Förderung der Interessen der Verbraucher“ durch die Union. Darüber hinaus ist das europäische Verbraucherschutzrecht historisch und rechtlich eng mit dem Schutz des europäischen Binnenmarkts verknüpft.⁴⁴ Diese Zusammenhänge werden etwa mit Blick auf die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (sog. UGP-Richtlinie)⁴⁵ deutlich. Diese Richtlinie bezweckt, „zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.“⁴⁶ Dies zeigt, dass das Verbraucherschutzrecht, welches dem Zweck dient, den Verbraucher als strukturell schwächer gestellten Marktteilnehmer zu schützen, einen grundrechtlichen Charakter hat und zugleich von wettbewerbspolitischen Implikationen geprägt ist.⁴⁷ Preispersonalisierung könnte unter verschiedenen verbraucherschutzrechtlichen Aspekten relevant sein.

⁴¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications) – Mandate for negotiations with EP, 6087/21 vom 10.2.2021.

⁴² Vgl. dazu *Ettig*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 42022, § 25 Rn. 7 TTDSG.

⁴³ Siehe dazu unten Kap. 11, I. 2.

⁴⁴ *Albors-Llorens*, Yb. Eur. L. 33 (2014), 163, 173.

⁴⁵ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) (ABl. L 149 vom 11.6.2005, S. 22 ff.), im Folgenden „UGP-RL“.

⁴⁶ Art. 1 UGP-RL.

⁴⁷ *Graef*, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), 541, 551.

1. AGB-Richtlinie

Die Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (sog. AGB-Richtlinie)⁴⁸ wurde in Deutschland in den Regelungen zur AGB-Kontrolle in den §§ 305 ff. BGB umgesetzt. Von der Missbrauchskontrolle von vornherein ausgenommen sind gem. Art. 4 II AGB-RL allerdings u. a. die „*Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. den Gütern, die die Gegenleistung darstellen, sofern diese Klauseln klar und verständlich abgefaßt sind.*“ Die Mitgliedstaaten können, wie sich aus Art. 8 AGB-RL ergibt, strengere Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher erlassen (Mindestharmonisierung). Deutschland hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Eine Kontrolle der Höhe des Preises ist damit, wie sich auch aus der nationalen Umsetzung in § 307 III S. 1 BGB ergibt,⁴⁹ grundsätzlich ausgeschlossen.⁵⁰ Dies ist angesichts des aus der Vertragsfreiheit abgeleiteten Grundsatzes der Preisgestaltungsfreiheit konsequent: Bei der betriebswirtschaftlichen Kalkulation des Preises und der Entscheidung für eine bestimmte Preishöhe ist der Anbieter grundsätzlich frei.⁵¹ Eine Kontrolle preisbezogener Klauseln ist nur über das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB möglich. Dieses kommt gem. § 307 III S. 2 BGB auch bei ansonsten kontrollfreien Klauseln zur Anwendung. Demnach kann eine unangemessene Benachteiligung des Kunden auch darin begründet liegen, dass Bestimmungen in AGB aus Sicht eines durchschnittlichen Vertragspartners nicht klar und verständlich formuliert sind.⁵² Die bloße Intransparenz einer Klausel genügt aber noch nicht. Nur wenn die Intransparenz dazu führt, dass der Kunde inhaltlich benachteiligt wird, liegt eine gem. § 307 I S. 1 BGB unwirksame Klausel vor.⁵³

Der Anwendungsbereich des § 307 BGB dürfte im Kontext von Preispersonalisierung eng sein. Sofern in den AGB eine datenschutzrechtliche Einwilligung in eine Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung verlangt wird, geht es der Sache nach um eine Preishöhenbestimmung, sodass wegen § 307 III S. 1 BGB eine Angemessenheitsprüfung *per se* nicht stattfindet. Sollte ein Einwilligungsverlangen intransparent formuliert sein, kommt es auf das Transparenzgebot des § 307 III S. 2 i. V. m. I S. 2 BGB nicht an, da die Datenschutz-Grundverordnung ohnehin hohe Anforderungen an die Transparenz der Einwilligungserklärung stellt.⁵⁴

⁴⁸Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. L 95 vom 21.4.1993, S. 29 ff.), im Folgenden „AGB-RL“.

⁴⁹Die Umsetzung in Form des § 307 III S. 1 BGB gilt aufgrund des divergierenden Wortlauts der Normen als eher missglückt, eine richtlinienkonforme Auslegung wird aber – zu Recht – ganz überwiegend als möglich angesehen. Vgl. dazu *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 92022, § 307 Rn. 3 f. m. w. N.

⁵⁰Vgl. dazu auch *Graef*, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), 541, 551.

⁵¹Vgl. dazu auch *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1077 und *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 295 f.

⁵²BGH, NJW 1999, 2279, 2280. Vgl. auch *Wurmnest*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 92022, § 307 Rn. 58 ff.

⁵³BGH, NJW 2016, 2670, 2672 Rn. 30.

⁵⁴Vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO: „in informierter Weise“.

Eine Einwilligungserklärung, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist auch ohne eine darüber hinausgehende inhaltliche Benachteiligung des Kunden unwirksam.

Dennoch sind Einzelfälle denkbar, in denen die in § 307 III S. 2 i. V. m. I S. 2 BGB vorgesehene Transparenzkontrolle eine Rolle spielt. Sie könnte etwa zur Anwendung kommen, wenn Anbieter versuchen, mithilfe intransparenter Klauseln Verschleierungspraktiken zu legitimieren, die den Kunden unangemessen benachteiligen.

2. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Im Kontext des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb,⁵⁵ welches u. a. der Umsetzung der UGP-Richtlinie dient, werden personalisierte Preise unter verschiedenen Gesichtspunkten diskutiert. Im April 2018 hat die Europäische Kommission die sog. *New Deal for Consumers*-Initiative vorgeschlagen, mit der eine „*Neugestaltung der Rahmenbedingungen für die Verbraucher*“ vorgesehen war.⁵⁶ Diese führte schließlich zu einer neuen Richtlinie „zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union“, welche Ende 2019 erlassen wurde und u. a. die UGP-Richtlinie, die AGB-Richtlinie und die Verbraucherrechte-Richtlinie⁵⁷ abgeändert hat.⁵⁸ Das UWG wurde dementsprechend mit Wirkung zum 28.5.2022 geändert. Im Kontext von Preispersonalisierung hatten diese Änderungen keine materiell-rechtlichen Auswirkungen.⁵⁹

⁵⁵ Im Folgenden „UWG“.

⁵⁶ Die Initiative beinhaltet die Mitteilung COM(2018) 183 final vom 11.4.2018 sowie zwei Richtlinienentwürfe bezüglich Verbandsklagen (COM(2018) 184 final vom 11.4.2018) und bezüglich der besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften (COM(2018) 185 final vom 11.4.2018).

⁵⁷ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64 ff.), im Folgenden „Verbraucherrechte-RL“.

⁵⁸ Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (ABl. L 328 vom 18.12.2019, S. 7 ff.), im Folgenden „Modernisierungsrichtlinie“.

⁵⁹ Im Folgenden bezeichnet „UWG“ das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.3.2010, BGBl. 2010 I, S. 254, zuletzt geändert durch Art. 1 Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10.8.2021 (BGBl. 2021 I, S. 3504). Letzteres setzt Teile der Modernisierungsrichtlinie in nationales Recht um. Die im Folgenden zitierte Literatur bezieht sich teilweise noch auf ältere Fassungen des UWGs (etwa die Kommentierung von *Harte-Bavendamm* und *Henning-Bodewig*). Dies spielt hier aber keine Rolle, da es sich dabei (zumindest mit Blick auf die hier diskutierten Fragestellungen) nur um redaktionelle, nicht aber materiell-rechtlich relevante Gesetzesänderungen handelt.

Auf Stufe 1 und 2 des hiesigen Modells spielen lauterkeitsrechtliche Erwägungen keine Rolle. Mit Blick auf die dritte Stufe gilt, dass auch das Lauterkeitsrecht keine Kontrolle der Preishöhe anordnet oder erlaubt. Es gilt der Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit.⁶⁰ Sonderpreise gegenüber Einzelnen sind – abgesehen von kartellrechtlich relevanten Fällen – auch ohne sachlichen Grund oder eine anderweitige Rechtfertigung zulässig.⁶¹ Dementsprechend gibt es auch kein lauterkeitsrechtliches Gebot, von allen Kunden stets den gleichen Preis zu verlangen.⁶²

Relevanz erfährt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb allerdings im Kontext der Preiskommunikation (Stufe 3). So wird etwa diskutiert, ob personalisierte Preise als *per se* unzulässige Täuschung über Markt- bzw. Anbieterbedingungen gem. Anhang Nr. 18 zu § 3 III UWG eingeordnet werden können.⁶³ Heftig diskutiert – und verbraucherpolitisch gefordert⁶⁴ – wird zudem auch, ob aus dem UWG eine Pflicht für Anbieter abgeleitet werden kann, Kunden über den Einsatz von Preispersonalisierungsmethoden aktiv aufzuklären.⁶⁵ Teil dieser Diskussion ist auch die Frage, ob Anbieter lauterkeitsrechtlich verpflichtet sind, aus Transparenzgründen ggf. Durchschnitts- oder andere Referenzpreise anzuzeigen. Art. 4 Nr. 4 lit. a (ii) Modernisierungsrichtlinie hat schließlich auf europarechtlicher Ebene eine verbraucherrechtliche Pflicht eingeführt, Kunden darüber zu informieren, wenn von ihnen personalisierte Preise verlangt werden. Diese Informationspflicht wurde in Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB aufgenommen und kommt seit dem 28.5.2022 über §§ 312d I S. 1, 312j II BGB zur Anwendung.⁶⁶

⁶⁰ *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.34 UWG. Vgl. dazu auch BGH, GRUR 2003, 626, 627 f.: „Der Gewerbetreibende ist in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei. Er kann seine allgemein angebotenen Preise zu jedem ihm sinnvoll erscheinenden Zeitpunkt nach Belieben erhöhen oder senken, sofern nicht Preisvorschriften entgegenstehen oder unlautere Begleitumstände, wie beispielsweise das systematische Herauf- und Heruntersetzen von Preisen zur Verschleierung von ‚Mondpreisen‘ (Preisschaukelei), gegeben sind (...).“

⁶¹ *Dies.*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.44 UWG.

⁶² *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 296. Siehe auch bereits BGH, GRUR 1958, 487, 489 (*Antibiotica*): „Bei der Beantwortung der Frage, ob die unterschiedliche Preisgestaltung eines Unternehmens gegenüber Abnehmern der gleichen Abnehmergruppe einen Wettbewerbsverstoß darstellt, ist zunächst davon auszugehen, daß es – soweit nicht Sonderbestimmungen entgegenstehen – einem Unternehmen im Rahmen einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung grundsätzlich freisteht, seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vorzunehmen. Es ist ihm daher auch unbenommen, von seinen von ihm üblicherweise geforderten Preisen bestimmten Kunden gegenüber abzugehen und einzelnen Kunden Sonderpreise zu gewähren. Für den Einzelhandel bestehen insoweit allerdings Einschränkungen auf Grund des Rabattgesetzes.“ Das in Bezug genommene Rabattgesetz wurde mit Wirkung zum 25.7.2001 aufgehoben (Gesetz zur Aufhebung des Rabattgesetzes und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften vom 23.7.2001, BGBl. 2001 I, S. 1663).

⁶³ *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 296 f.

⁶⁴ *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 407 f.

⁶⁵ *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 298 ff.

⁶⁶ Siehe dazu unten Kap. 11, III. 2. c. bb.

3. Preisangabenverordnung

Die Preisangabenverordnung⁶⁷ stellt formelles Preisrecht dar und regelt somit nicht die Preishöhe oder die anbieterseitige Bestimmung des Preises, sondern die Art und Weise, wie Preise im Geschäftsverkehr kommuniziert werden.⁶⁸ Demzufolge ist auch die Preisangabenverordnung potenziell (nur) auf der dritten Stufe des Modells relevant. Verstöße gegen die in ihr enthaltenen Vorschriften haben auf materiell-rechtlicher Ebene keine Auswirkungen und führen nicht zur (teilweisen) Unwirksamkeit von Verträgen.⁶⁹ Die hier diskutierten Konstellationen – Online-Preispersonalisierung von Anbietern gegenüber Kunden – fallen grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Preisangabenverordnung, vgl. §§ 1 I i. V. m. 3 I PAngVO. Das Regelwerk „*dient dem Zweck, durch eine sachlich zutreffende und vollständige Verbraucherinformation Preiswahrheit und -klarheit zu gewährleisten, durch optimale Preisvergleichsmöglichkeiten die Stellung der Verbraucher gegenüber Handel und Gewerbe zu stärken und den Wettbewerb zu fördern (...)*“.⁷⁰ Damit werden sowohl der Verbraucher als auch der Wettbewerb als solches geschützt.⁷¹

§ 1 III S. 2 PAngVO verlangt, dass Preisangaben der allgemeinen Verkehrsauffassung sowie den Grundsätzen von Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen müssen.⁷² Im Kontext personalisierter Preise werden diese Grundsätze vor allem vor dem Hintergrund etwaiger Informationspflichten diskutiert.⁷³ Im Folgenden werden sie aufgrund der bestehenden Sachnähe zusammen mit den Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb diskutiert.

⁶⁷ Im Folgenden bezeichnet „PAngVO“ die novellierte Preisangabenverordnung vom 12.11.2021, welche seit dem 28.5.2022 anwendbar ist und u. a. der Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie dient (Art. 1 und 3 Verordnung zur Novellierung der Preisangabenverordnung vom 12.11.2021, BGBl. 2021 I, S. 4921). Im Rahmen dieser Novelle wurde die PAngVO grundlegend neu strukturiert (vgl. dazu den Überblick von *Sosnitzka*, GRUR 2022, 794 ff.). Die im Folgenden zitierte Literatur bezieht sich teilweise noch auf ältere Fassungen der PAngVO. Dies spielt hier aber keine Rolle, da mit der Novelle (mit Blick auf die hier diskutierten Fragestellungen) nur redaktionelle, nicht aber materiell-rechtlich relevante Änderungen einhergingen.

⁶⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 412023, Vor. Rn. 1 PAngVO.

⁶⁹ Vgl. BGH, GRUR 1974, 416, 417.

⁷⁰ BGH, GRUR 2013, 850, 851 Rn. 13.

⁷¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 412023, Vor. Rn. 2 PAngVO.

⁷² Im Kontext von Preisen ergeben sich gewisse Informationspflichten zudem vor allem aus § 6 I, II PAngVO sowie aus §§ 312d I S. 1, 312j II BGB i. V. m. Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 5 und 7 EGBGB. Diese beziehen sich aber bloß auf die Angabe des Gesamtpreises (inklusive Steuern und Abgaben) sowie der ggf. zusätzlich anfallenden Fracht-, Liefer- oder Versandkosten bzw. sonstigen Kosten. Diese Informationspflichten spielen mithin im Kontext personalisierter Preise keine besondere Rolle.

⁷³ Obergfell, ZLR 2017, 290, 299 f.

III. Antidiskriminierungsrecht

Der verfassungsrechtliche Rahmen des Antidiskriminierungsrechts der Europäischen Union wird auf Ebene des primären Unionsrechts vor allem durch Art. 10, 18, 19, 157 AEUV und Art. 2, 3 III UA 2, 6, 9 S. 1 EUV gezogen.⁷⁴ Art. 6 I EUV erkennt die Europäische Grundrechte-Charta und ihre rechtliche Gleichrangigkeit mit den europäischen Verträgen an. Gem. Art. 51 I S. 1 GRCh sind damit alle Stellen der Union sowie die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts den in Art. 20, 21 und 23 GRCh enthaltenen Gleichheitsrechten verpflichtet. Art. 6 III EUV nimmt Bezug auf die in der europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Grundrechte sowie auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und erkennt diese als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts an. Im nationalen Verfassungsrecht ist vor allem Art. 3 GG relevant.

Das Antidiskriminierungsrecht auf Ebene des sekundären Gemeinschaftsrechts wird vor allem durch die sog. Antidiskriminierungsrichtlinien geprägt, die für bestimmte Lebensbereiche Gleichstellungsgebote zugunsten verschiedener geschützter Gruppen etablieren.⁷⁵ Ihre Umsetzung auf nationaler Ebene ist gebündelt durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz⁷⁶ erfolgt. Sein Ziel ist es, „*Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.*“⁷⁷ Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz regelt primär arbeitsrechtliche Sachverhalte. Sein 3. Abschnitt dient aber – teilweise weit über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehend⁷⁸ – auch dem Schutz vor Benachteiligung im allgemeinen Zivilrechtsverkehr. § 19 I AGG postuliert ein dahingehendes Handlungsverbot.

⁷⁴Zur Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts der Europäischen Union siehe *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte/Euoparat*, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht (Ausgabe 2018), 2018, S. 21 ff.

⁷⁵Dabei handelt es sich um die AntirassismusrL; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16 ff.); die Unisex-RL und Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (ABl. L 204 vom 26.7.2006, S. 23 ff.).

⁷⁶Im Folgenden „AGG“.

⁷⁷§ 1 AGG.

⁷⁸Siehe dazu *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 1: Allgemeiner Teil, 92021, Einl. AGG Rn. 3.

IV. Zwischenergebnis

Die Untersuchung, ob das geltende materielle Recht im Kontext von Preispersonalisierung ausreichenden Schutz vor Diskriminierung geschützter Gruppen gewährt, fokussiert sich im Folgenden auf die Datenschutz-Grundverordnung, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, die Preisangabenverordnung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Die Analyse orientiert sich am hier vertretenen 3-stufigen Modell.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 11: Rechtliche Analyse anhand des 3-stufigen Modells



I. Erste Stufe: Datenbeschaffung

1. Datenschutzrecht

Im Kontext der Datenschutz-Grundverordnung stellt sich zunächst die Frage, in welchen Konstellationen Preispersonalisierung mit der Verarbeitung personenbezogener Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO einhergeht. Nur dann ist sie anwendbar, Art. 2 I DSGVO. Sofern personenbezogene Daten verarbeitet werden, muss gem. Art. 6 I bzw. 9 II DSGVO eine geeignete Rechtsgrundlage vorliegen. Zudem steht zu untersuchen, welche datenschutzrechtlichen Transparenzpflichten der Anbieter zu befolgen hat und wie weitreichend diese im Fall des *Personalised Pricings* sind. In Frage kommen Informationspflichten (Art. 13 und 14 DSGVO) sowie das Auskunftsrecht des Art. 15 DSGVO.

a. Personenbezug

aa. Vorüberlegungen

Art. 4 Nr. 1 DSGVO definiert, welche Arten von Informationen personenbezogene Daten darstellen. Ausgangspunkt bei der rechtlichen Bestimmung des Personenbezugs ist die Prüfung, ob es möglich ist, zwischen der dem datenschutzrechtlich Verantwortlichen (hier: dem Anbieter) im Einzelfall vorliegenden Information und der natürlichen Person (hier: dem Kunden) eine Verbindung herzustellen.¹ Die

¹ Karg, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 46. Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 11 DSGVO stellen in diesem Kontext auf die Formulierung „auf eine natürliche Person beziehen“ ab und betrachten den damit zum Ausdruck gebrachten Konnex zwischen Information und Person als eigenständiges Tatbestandsmerkmal.

Datenschutz-Grundverordnung stellt damit die Frage, ob im konkreten Fall auf die Identität des Betroffenen geschlossen werden kann, in den Mittelpunkt der Prüfung. Zwei Fallkonstellationen erfüllen die Legaldefinition des Art. 4 Nr. 1 DSGVO gleichermaßen: Ein personenbezogenes Datum liegt demnach vor, wenn die Identifizierung des Betroffenen direkt aus der vorliegenden Information möglich ist (vgl. den Wortlaut „*identifizierte (...) natürliche Person*“).² Alternativ reicht es aus, wenn es möglich ist, den Kunden über die Hinzuziehung zusätzlicher Informationen bzw. mithilfe anderweitiger Zwischenschritte zu identifizieren („*identifizierbare natürliche Person*“).³ Dies bedeutet, dass ein personenbezogenes Datum auch dann vorliegen kann, wenn die in Frage stehende Information „*für sich genommen die Identifizierung der betreffenden Person [nicht] ermöglicht*.“⁴

Viele der in der Praxis vorkommenden oder zumindest denkbaren Fälle von Datenverarbeitung, welche der Personalisierung von Preisen dienen, stellen ohne Weiteres eine Verarbeitung personenbezogener Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 und 2 DSGVO dar. Leicht zu bejahen ist der Personenbezug etwa dann, wenn ein Kunde auf der Seite eines Anbieters ein Kundenkonto erstellt hat und der Anbieter diesem (konkret auf den Kunden bezogenen) Profil Informationen über den Kunden hinzufügt, um darauf aufbauend seine allgemeine Preissensitivität oder seinen Reservationspreis im Einzelfall zu bestimmen.⁵ In einem vergleichbaren Kontext hat diesen Ansatz auch die französische Datenschutzbehörde CNIL in ihrem Verfahren gegen *Google* gewählt.⁶ *Google* wurde vorgeworfen, unter Verstoß gegen Transparenzpflichten und ohne wirksame Rechtsgrundlage massenhaft Informationen über seine Nutzer zu sammeln und diese mit ihrem *Google*-Account zu verknüpfen. Der Personenbezug dieser Daten wurde weder von der CNIL noch von *Google* selber in Frage gestellt. Stattdessen bezog der Streit sich auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO vorlagen.⁷ Der Perso-

² Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 18 DSGVO. Der EuGH, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670, Rn. 27 (Schwarz), spricht dementsprechend auch von „*objektiv unverwechselbare[n] Informationen über natürliche Personen[die] deren genaue Identifizierung ermöglichen (...)*.“ Im Fall *Breyer* stellte der EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 38 fest, dass ein Bezug zu einer bestimmten natürlichen Person bei einer Information vorliegt, aus der sich „*unmittelbar (...)* die Identität der natürlichen Person ergibt“. Beide Urteile beziehen sich noch auf die Datenschutz-Richtlinie, welche nicht den Ausdruck „identifiziert/identifizierbar“, sondern „bestimmt/bestimmbar“ verwendet hat, Art. 2 lit. a DSRL. Diese begriffliche Änderung hat allerdings keine materiell-rechtlichen Auswirkungen. Dies zeigt sich schon daran, dass in der englischsprachigen Fassung der Datenschutz-Grundverordnung keine Änderungen vorgenommen wurden. Früher wie heute kam der Ausdruck „identified/identifiable“ zur Anwendung (vgl. *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 13). Die Ausführungen des EuGH können damit weiterhin zur Auslegung herangezogen werden.

³ *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 46 DSGVO.

⁴ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 41 (*Breyer*).

⁵ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 357.

⁶ Siehe zu diesem Fall ausführlich oben Kap. 2, I 1. d.

⁷ Vgl. Beschluss CNIL, S. 19 Rn. 129 ff.

nenbezug wurde damit von beiden Seiten implizit vorausgesetzt. Für den Personenbezug spielt es keine Rolle, ob der Kunde die Informationen selbst hinzugefügt hat (etwa durch manuelle Eingabe von Post- und E-Mail-Adresse, Geburtsdatum und Zahlungsinformationen bei Erstellung des Profils) oder ob der Anbieter die Informationen sammelt, dem Profil hinzufügt und dieses im Laufe der Zeit schrittweise erweitert. Speichert er etwa Informationen über das seitenbezogene Nutzungsverhalten des Kunden, werden auf diese Weise personenbezogene Daten generiert.⁸ Der Personenbezug ist in diesen Fällen spätestens in dem Moment gegeben, in dem der Anbieter die Verknüpfung zwischen der Information und dem konkreten Profil tätigt: Zumindest von diesem Moment an besteht eine Verbindung zwischen der natürlichen Person (dem Kunden) und der Information (demografische Daten, Kauf- bzw. Surfverhalten auf der Anbieter-Seite, berechnete Prognosen über sein zukünftiges Verhalten bzw. seine Vorlieben und Interessen etc.). Ein personenbezogenes Datum i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO liegt mithin vor und die Datenschutz-Grundverordnung ist anwendbar. Dies gilt auch dann, wenn beispielsweise der im Kundenprofil hinterlegte Wohnort oder das Alter des Kunden (mit) herangezogen werden, um Preise zu personalisieren.

bb. Rechtliche Qualifikation technischer kundenbezogener Daten

Mit Blick auf die nachgewiesenen Fälle von Preispersonalisierung hat sich herauskristallisiert, dass dem Kunden personalisierte Preise oft bereits in dem Moment angezeigt werden, in dem er die Seite des Anbieters ansteuert. Dieses Vorgehen konnte etwa vereinzelt im Falle der Weiterleitung von Preisvergleichsportalen oder, in seltenen Fällen, auch bei Verwendung bestimmter Endgeräte registriert werden. Die Anbieter haben in diesen Fallkonstellationen – welche beide nach hiesigem Verständnis als unmittelbare Preispersonalisierung zu definieren sind – vor allem auf technische Daten abgestellt, welche ihnen vom Endgerät des Kunden übermittelt wurden. Im Falle unmittelbarer Preispersonalisierung ist dies logisch: Der Preis muss möglichst sofort bei Beginn des Besuchs auf der Anbieter-Seite angepasst werden, da es auf den Kunden befremdlich und verwirrend wirkt, wenn während des Webseitenbesuchs der Preis ohne ersichtlichen Grund steigt oder fällt. Mittelbare Preispersonalisierung, vor allem in Form von Gutscheinen oder anderweitig bezeichneten individuellen Rabatten, kann hingegen durchaus zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Wenn der Anbieter – genauer gesagt: seine Pricing-Software oder die eines eingeschalteten Dienstleisters – etwa bei einem zögernden Kunden oder bei einem solchen, der zuvor auf den Seiten anderer Anbieter gesurft hat, eine erhöhte Preissensitivität vermutet, kann er ihn per Pop-up bzw. über E-Mail oder andere Kommunikationswege mit einem Gutschein zum Kauf bewegen.

Mit dem Blick auf die vorangegangenen Ausführungen zeigt sich, dass technische, vom Endgerät bzw. Browser an den Anbieter übermittelte kundenbezogene

⁸ Vgl. *Karg*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht*, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 35.

Daten eine bedeutende Rolle im Kontext von *Personalised Pricing* spielen können. Der Begriff technische kundenbezogene Daten wird hier weit verstanden: Er umfasst technische Gerätekennungen jeder Art (beispielsweise Smartphone-IDs und MAC-Adressen), Cookies, IP-Adressen, Referrer Header usw. Dies richtet den Fokus der Untersuchung auf die Frage, ob bzw. unter welchen Umständen diese Daten sich auf eine identifizierbare natürliche Person i. S. d. Art. 4 Nr. 1 Alt. 2 DSGVO beziehen und mithin als personenbezogen einzuordnen sind. Dieser Aspekt ist sowohl auf der ersten als auch auf der dritten Stufe des 3-stufigen Modells relevant: Auf Stufe 1 geht es zunächst um die (rechtliche) Frage, ob überhaupt personenbezogene Daten vorliegen und die Datenschutz-Grundverordnung anwendbar ist. Auf Stufe 3 stellt sich im Kontext der Preiskommunikation – in Fortsetzung dieser Thematik – die (tatsächliche) Frage, ob eine zuverlässige Identifikation des einzelnen Kunden (und mithin die Zuweisung des „richtigen“ Preises) überhaupt möglich ist.

In der Praxis konnten einige Fälle von Preispersonalisierung nachgewiesen werden, welche sich zu diesem Zweck kundenbezogener technischer Daten bedienen. Naturgemäß handelt es sich dabei um Einzelbeispiele, welche aber den Einstieg in die Prüfung erleichtern. Generell gilt, dass die datenschutzrechtliche Bewertung von Preispersonalisierung angesichts der möglichen bzw. erwartbaren zukünftigen technischen Entwicklungen möglichst technologieneutrale Lösungsansätze finden muss.⁹ In manchen der genannten Fälle wurden diese Daten von den Endgeräten des Kunden an die Anbieter übermittelt. Diese stellten dabei auf Faktoren ganz verschiedener Art und auf verschiedene Methoden der Preissetzung ab: *Staples* bediente sich der IP-Adresse des Kunden, um den Preis in Abhängigkeit von seinem Aufenthaltsort zu bestimmen. *Amazon.com* machte die Preise von zuvor gesetzten Cookies abhängig, welche Bestandskunden markieren sollten. Manche Anbieter lassen die sog. Referrer Header aus, um etwa denjenigen Kunden, die von einem Preisvergleichsportaal weitergeleitet worden waren, (in der Regel) günstigere Preise anzuzeigen. Teilweise spielte auch das vom Kunden verwendete Endgerät eine Rolle. In der Praxis bisher nicht als Vehikel für Preispersonalisierung nachgewiesen wurde das sog. *Device* bzw. *Browser Fingerprinting*.¹⁰ Diese Vorgehensweise soll hier dennoch auch Beachtung finden, da auch sie potenziell durchaus dafür in Betracht käme. Die Besonderheit dabei ist, dass der Anbieter beim passiven¹¹ *Fingerprinting* nicht zwingend Dateien bzw. Software auf dem Rechner des Kunden speichern muss (vor allem werden keine Cookies gesetzt). Zugleich kann aber anhand der übermittelten technischen Informationen eine durchaus hohe Identifizierbarkeit des Endgeräts erreicht werden. Das aktive *Fingerprinting* basiert auf den gleichen Grundprinzipien. Im Gegensatz zur passiven Variante wird hier allerdings auf dem Endgerät des Kunden Programmcode ausgeführt.¹² Diese Tracking-Methode beschränkt sich also nicht auf ein schlichtes „Beobachten“ des Endgeräts des Kunden, sondern erfordert eine aktive Einflussnahme auf dieses.

⁹ In diesem Sinne auch Erwägungsgrund 15 DSGVO.

¹⁰ Siehe dazu bereits oben Kap. 7, III. 3. a. aa.

¹¹ Zur Abgrenzung von passivem und aktivem *Fingerprinting* siehe *Karg/Kühn*, ZD 2014, 285, 286 f.

¹² *Dies.*, ZD 2014, 285, 286 f.

Allen diesen Datenarten wohnen einige Gemeinsamkeiten, aber auch gewisse Unterschiede inne. Generell gilt, dass es sich bei den kundenbezogenen technischen Daten um solche handelt, welche vom Endgerät des Kunden an den Anbieter gesendet werden oder vom Anbieter ausgelesen werden können. Ihre Übermittlung ist technisch notwendig (etwa im Fall der IP-Adresse, ohne die die anbieterseitige Beantwortung der Anfrage des Kunden, der die Seite aufrufen und auf ihr surfen möchte, nicht möglich wäre) oder zumindest der praktische Regelfall. Der Kunde müsste aktive Maßnahmen tätigen, um den Datenfluss zu stoppen oder um ihn inhaltlich zu beeinflussen, etwa durch Nutzung eines (die wahre IP-Adresse verschleiernden) VPN-Clients. In manchen, nicht aber allen Fällen gestaltet sich die Sachlage so, dass der Anbieter (bzw. ein von ihm genutzter Dienstleister, wie etwa das Werbenetzwerk *DoubleClick* von *Google*) selber aktiv tätig wird, um einen Datenfluss vom Kunden an den Anbieter zu etablieren. Typische Fälle dafür sind etwa das Setzen von Cookies beim Kunden und der Einsatz von Zählpixeln oder Software. Hier wird der Anbieter also zu einem bestimmten Zeitpunkt aktiv tätig, um zu einem nachgelagerten Zeitpunkt Informationen über den Kunden zu erhalten.

Bei der datenschutzrechtlichen Qualifikation dieser Daten stellt sich die Frage, ob, und wenn ja, ab welchem Moment und unter welchen Voraussetzungen eine Identifizierbarkeit des Kunden i. S. d. Art. 4 Nr. 1 Alt. 2 DSGVO zu bejahen ist. Den wichtigsten Anhaltspunkt bietet der Wortlaut der Norm: „(...) 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 (...) identifiziert werden kann“. Für die Auslegung hinzuzuziehen ist auch Erwägungsgrund 26 DSGVO, wonach bei der Feststellung der Identifizierbarkeit „alle Mittel berücksichtigt werden [sollten], die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden, um die natürliche Person direkt oder indirekt zu identifizieren, wie beispielsweise das Aussondern. Bei der Feststellung, ob Mittel nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich zur Identifizierung der natürlichen Person genutzt werden, sollten alle objektiven Faktoren, wie die Kosten der Identifizierung und der dafür erforderliche Zeitaufwand, herangezogen werden, wobei die zum Zeitpunkt der Verarbeitung verfügbare Technologie und technologische Entwicklungen zu berücksichtigen sind.“

Vor allem die von der Datenschutz-Grundverordnung gemachten Ausführungen zur indirekten Identifizierbarkeit machen deutlich, dass es bei der Bestimmung der Identifizierbarkeit des Einzelnen nicht zwingend auf seine bürgerliche Identität – etwa seinen bürgerlichen Namen – ankommt. Stattdessen wird auf die Individualisierbarkeit des Einzelnen abgestellt.¹³ Es reicht aus, wenn der Anbieter den einzelnen Kunden von anderen Personen unterscheiden und gezielt adressieren kann.¹⁴ Dementsprechend spricht Erwägungsgrund 26 DSGVO in diesem Kontext auch vom „Aussondern“ des Betroffenen. Es muss allerdings grundsätzlich möglich sein, zwischen dem Kunden und der (im Kontext von Preispersonalisierung technischen

¹³Vgl. dies., ZD 2014, 285, 287 f.

¹⁴Dies., ZD 2014, 285, 288.

kundenbezogenen) Information eine Verbindung herzustellen. Wenn dies ausgeschlossen ist, liegt keine Bestimmbarkeit im datenschutzrechtlichen Sinne vor.¹⁵ Mit Blick auf die hier interessierenden technischen kundenbezogenen Daten ist demzufolge eine Risikoanalyse notwendig, mithilfe der – unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall – die Wahrscheinlichkeit zu bestimmen ist, mit der der Kunde identifiziert werden wird.¹⁶

Ohne Weiteres zu bejahen ist die Identifizierbarkeit in den – durchaus häufig anzutreffenden – Fallkonstellationen, in denen der Anbieter anhand technischer Hilfsmittel positive Kenntnis von der Identität des die Seite besuchenden Kunden hat. Hat dieser beispielsweise bei einem Anbieter ein Kundenkonto angelegt und in dessen Online-Shop etwas bestellt und wird mithilfe eines Cookies zu einem späteren Zeitpunkt wiedererkannt, fungiert das Cookie als Online-Kennung i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO.¹⁷ Über den im Cookie enthaltenen Datensatz kann der Kunde vom Anbieter nämlich eindeutig identifiziert werden.¹⁸ Macht der Anbieter sich das daraus ableitbare Wissen zwecks Preispersonalisierung zu Nutze – wie es etwa im ähnlich gelagerten *Amazon.com*-Fall geschehen war – ist der Anwendungsbereich des Datenschutzrechts eröffnet. Praxisrelevant ist auch die vergleichbare Konstellation, dass ein Anbieter mehrere Dienste in verschiedenen Geschäftsfeldern anbietet und dadurch mittelbar die Identifizierung des Kunden erleichtert wird.¹⁹ *Google* bietet etwa neben seinem E-Mail-Dienst *Gmail* auch Preisvergleichsportale für Verbrauchsgüter, Flugreisen etc. an. Ist ein Kunde etwa bei *Gmail* registriert und eingeloggt, während er bei *Google Flights* eine Flugreise sucht, ist die Verbindung der Suchanfrage mit der Identität des Nutzers gegeben und dieser aus Sicht des Anbieters zweifelsfrei identifizierbar i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Gleiches gilt ggf. für weitere Suchanfragen über die reguläre *Google*-Suchmaschine, welche ebenso mit dem Profil des Kunden verbunden werden können.

Der Personenbezug kann auch dann gegeben sein, wenn kundenbezogene technische Daten es dem Anbieter erlauben, Kunden mit einem hohen Grad an Genauigkeit wiederzuerkennen oder beim Surfen zu verfolgen. Der Unterschied zum zuvor beschriebenen Szenario liegt darin, dass der Anbieter (zunächst) keine positive Kenntnis von der Identität des Kunden hat, ihn aber dennoch von anderen unterscheiden bzw. ihn wiedererkennen kann. *Browser* bzw. *Device Fingerprinting*-Technologien sind hierfür ein gutes Beispiel. Auch Cookies, welche als eindeutige Kennung fungieren und zum Tracking von Kunden verwendet werden, ohne dass

¹⁵Vgl. *Ernst*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 4 Rn. 9 DSGVO.

¹⁶Vgl. *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 22 DSGVO.

¹⁷Siehe Erwägungsgrund 30 DSGVO.

¹⁸*Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 66; *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 36 DSGVO; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 357.

¹⁹Vgl. dazu *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 36 DSGVO.

die Identität des konkreten Kunden dem Anbieter bereits (etwa aufgrund eines bestehenden Kundenkontos) zwingend bekannt ist, können dementsprechend personenbezogene Daten darstellen. Für die Bejahung des Personenbezugs kommt es in diesen Konstellationen darauf an, dass „nach *allgemeinem Ermessen wahrscheinlich [vom Anbieter oder einem Dritten Mittel] genutzt werden, um die natürliche Person direkt oder indirekt zu identifizieren*“.²⁰ Die tatsächliche Möglichkeit der Identifizierung des Betroffenen ist damit eine zwingende Voraussetzung, um von einem personenbezogenen Datum sprechen zu können. Die bloße Möglichkeit der Individualisierung bzw. Aussonderung des Einzelnen reicht für sich genommen nicht aus.²¹ Dies gilt auch dann, wenn das mittels *Fingerprinting* generierte technische Profil des Endgeräts des Kunden eine sichere Reidentifikation erlaubt: Auch in diesen Fällen muss zumindest die Möglichkeit bestehen, dass der „wiedererkannte“ bzw. „ausgesonderte“ Kunde identifiziert wird.²² Dementsprechend hat der *Düsseldorfer Kreis*²³ bereits 2014 die Meinung vertreten, dass dauerhaft mit dem auf Kundenseite verwendeten Endgerät assoziierte Geräte- und Kartenkennungen als personenbezogene Daten zu betrachten sind, da in der Regel die Zuordnung zu einer natürlichen Person möglich ist.²⁴ Diese Aussage bezog sich auf verschiedene technische Daten, welche typischerweise vom Anbieter erfasst werden können.²⁵

Bei allen diesen Identifikationsmerkmalen kommt es also letztlich darauf an, ob dem Anbieter zugängliche Informationen vorliegen, mit deren Hilfe er auf die Identität des Kunden schließen kann und dies nach objektiven Maßstäben – unter Berücksichtigung etwa der dafür aufzubringenden Kosten und des Zeitaufwandes²⁶ – mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch tun wird.²⁷ Erwägungsgrund 26 DSGVO macht deutlich, dass das zur Identifizierung notwendige Zusatzwissen nicht zwingend beim Anbieter selber vorliegen muss. Es genügt grundsätzlich, wenn die Identifizierung nur über den Rückgriff auf Informationen möglich ist, welche bei einem Dritten vorliegen (vgl. den Wortlaut „*Mittel (...), die von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person (...) wahrscheinlich genutzt werden*“). Gerade bei technischen Daten ist diese Situation durchaus häufig gegeben. Im Folgenden wird das

²⁰ Erwägungsgrund 26 DSGVO. So auch *Steppe*, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 773 f.

²¹ Dies wird bestätigt durch das im Anschluss diskutierte *Breyer*-Urteil des EuGH, vgl. *Moos/Rothkegel*, MMR 2016, 845, 846.

²² *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 66; *Karg/Kühn*, ZD 2014, 285, 288.

²³ Der *Düsseldorfer Kreis* ist formal gesehen der Arbeitskreis „Wirtschaft“ der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder.

²⁴ *Düsseldorfer Kreis*, Orientierungshilfe zu den Datenschutzerfordernungen an App-Entwickler und App-Anbieter, 2014, S. 5.

²⁵ Beispielhaft werden die folgenden Kennungen genannt: IMEI, UDID, IMSI, MAC-Adresse, MSISDN.

²⁶ Erwägungsgrund 26 DSGVO.

²⁷ Vgl. *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 23 DSGVO.

sog. *Breyer-Urteil* des EuGH analysiert, welches sich u. a. mit der Rolle von Dritten im Kontext der datenschutzrechtlichen Identifizierbarkeit beschäftigt hat.

cc. Breyer-Urteil: Identifizierbarkeit durch Dritte

Der EuGH hat sich in der Rechtssache *Breyer* zu der Frage geäußert, unter welchen Umständen eine dynamische IP-Adresse in Verbindung mit einem Zeitstempel, der angibt, wann mit dieser Adresse eine bestimmte Webseite aufgerufen wurde, für den Diensteanbieter (also den Betreiber der Webseite) ein personenbezogenes Datum darstellt.²⁸ Die beklagten Diensteanbieter waren vorliegend (nicht näher bezeichnete) Einrichtungen des Bundes, welche stets die IP-Adressen ihrer Webseitenbesucher sowie bestimmte Informationen über den jeweiligen Seitenbesuch in Protokolldateien gespeichert hatten. Grund für die Speicherung waren die Abwehr und die Verfolgung von Cyberattacken. Eine im Rahmen dieser Entscheidung zu beantwortende Frage war, ob die Identifizierbarkeit eines Webseitenbesuchers zu bejahen ist, wenn dem Betreiber der Webseite nur die (dynamische) IP-Adresse und der Zeitpunkt des Seitenaufrufs bekannt sind.²⁹ Aus diesen Informationen alleine kann nämlich nicht auf die Identität des Seitenbesuchers geschlossen werden. Die Verbindung zwischen IP-Adresse und Seitenbesucher kann bloß der Internetzugangsanbieter (sog. *Access Provider*, etwa die *Telekom*) herstellen, welcher dem Seitenbesucher den Internetzugang technisch ermöglicht und ihm die IP-Adresse regelmäßig neu zuweist.³⁰

Aus dem Urteil lassen sich gewisse Anhaltspunkte für die Frage ableiten, welche Rolle Dritte im Rahmen der datenschutzrechtlichen Identifizierbarkeit mittels kundenbezogener technischer Daten spielen. Der Entscheidung lag die (zutreffende) Prämisse zugrunde, dass der Webseitenbetreiber vom Internetzugangsanbieter nicht ohne Weiteres die Offenlegung der Identität des Besuchers verlangen kann. Dies ist rechtlich nur zulässig über den Umweg der Hinzuziehung von Behörden, welche etwa im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen den Internetzugangsanbieter zur Herausgabe u. a. des Namens verpflichten können.³¹ Im Normalfall weiß der Webseitenbetreiber damit nicht, wer hinter der IP-Adresse steht, von der seine Seite

²⁸ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (*Breyer*).

²⁹ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 39 (*Breyer*).

³⁰ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 37 (*Breyer*). Für den Internetzugangsanbieter liegt ohne Weiteres ein personenbezogenes Datum vor, da er alle Informationen besitzt, um IP-Adresse und Identität zusammenzuführen (so schon EuGH, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771, Rn. 51 (*Scarlet Extended*)). Die Frage der Rolle Dritter stellt sich in dieser Konstellation damit nicht.

³¹ Im Falle des Verdachts der Begehung von Straftaten wie etwa §§ 303a, 303b StGB, 23 GeschGehG kann die Staatsanwaltschaft beim Internetzugangsanbieter gem. § 100g StPO im notwendigen Umfang die Verkehrsdaten gem. §§ 9, 12 TTDSG erheben. Der Webseitenbetreiber kann diese dann per Akteneinsicht i. S. d. § 406e StPO einsehen und auf diese Weise Kenntnis von der Identität des Webseitenbesuchers erlangen (vgl. *Mantz/Spittka*, NJW 2016, 3582, 3583 und *Moos/Rothkegel*, MMR 2016, 845, 846).

aufgerufen wird, und kann dies – solange der Besucher nicht weitere Informationen mitteilt – nur in Ausnahmefällen herausfinden.

Der Internetzugangsanbieter ist damit der Dritte, von dem aus datenschutzrechtlicher Sicht die Frage der Identifizierbarkeit abhängt. Angelpunkt der Entscheidung war damit, „*ob die Möglichkeit, eine dynamische IP-Adresse mit den Zusatzinformationen zu verknüpfen, über die der Internetzugangsanbieter verfügt, ein Mittel darstellt, das vernünftigerweise zur Bestimmung der betreffenden Person eingesetzt werden kann.*“³² Der EuGH führt aus, dass dies nicht der Fall ist, wenn die Identifizierung des Webseitenbesuchers gesetzlich verboten oder praktisch undurchführbar ist, etwa aufgrund eines unverhältnismäßig hohen Aufwandes an Zeit, Kosten und Arbeitskraft, welcher dazu führe, dass das Risiko der Identifizierung vernachlässigt werden könne.³³ In der beschriebenen Fallkonstellation läge somit – vorbehaltlich einer Prüfung der national gegebenen rechtlichen Möglichkeiten durch das vorliegende Gericht – aufgrund der mit rechtlichen Mitteln ggf. erzwingbaren Identifizierungsmöglichkeit ein personenbezogenes Datum vor.³⁴ Aus dem Urteil ergibt sich, dass diese rechtliche Möglichkeit der Informationsbeschaffung beim Diensteanbieter liegen muss: Nur wenn sie für ihn besteht, handelt es sich auch für ihn (und nicht etwa nur für den Internetzugangsanbieter oder die Behörde) um ein personenbezogenes Datum.³⁵

Der vom EuGH entschiedene Sachverhalt betraf eine spezielle, eng gefasste Fallkonstellation. Das *Breyer*-Urteil kann deshalb nicht ohne Weiteres wie eine Blaupause auf alle hier interessierenden kundenbezogenen technischen Daten übertragen werden. Dennoch lassen sich daraus Erkenntnisse für ihre rechtliche Bewertung ableiten. Dies lässt sich am Beispiel *Staples* verdeutlichen.³⁶ Das Vorgehen von *Staples* (Nutzung der in den IP-Adressen enthaltenen ortsbezogenen Informationen zwecks Preispersonalisierung) ist vergleichbar mit dem vom EuGH entschiedenen Sachverhalt: Da die sich aus dem Aufenthaltsort des Kunden ableitende Preisanpassung zwingend bis zum Ende des (etwaigen) Bestellvorgangs bestehen bleiben muss, ist eine (zumindest vorübergehende) Speicherung der IP-Adresse durchaus denkbar. Ein Personenbezug der verarbeiteten Daten wäre demnach zu bejahen: *Staples* kennt zwar im Moment des Seitenaufrufs nicht die Identität des Kunden, sondern nur dessen ungefähren Aufenthaltsort.³⁷ Ebenso wie im Falle der Einrichtungen des Bundes besteht für *Staples* als Diensteanbieter allerdings die grundsätzliche Möglichkeit, diese im Falle von Cyberattacken auf rechtmäßigem Wege he-

³² EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 45 (*Breyer*).

³³ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 46 (*Breyer*). Der EuGH bezieht sich dabei ausdrücklich auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Manuel Campos Sánchez-Bordona*, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:339, Rn. 68 (*Breyer*).

³⁴ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 47–49 (*Breyer*).

³⁵ *Moos/Rothkegel*, MMR 2016, 845, 845 f.

³⁶ Der Fall spielte in den USA. Die Anwendbarkeit des europäischen Datenschutzrechts wird hier unterstellt.

³⁷ Dies gilt allerdings nur für den Fall eines Neukunden bzw. eines Kunden, den *Staples* nicht anhand von Cookies oder ähnlichen Mitteln wiedererkennen kann.

rauszufinden. Der EuGH hat die grundsätzliche Möglichkeit des Zugriffs auf die Informationen des Dritten (über den Umweg der Strafverfolgungsbehörde, die als „Vierter“ bezeichnet werden kann) ausreichen lassen.³⁸ Im Fall *Staples* kommt noch hinzu, dass es diesem Anbieter sogar tatsächlich darauf ankommt, Kenntnis von der Identität des Seitenbesuchers zu erlangen. Schließlich handelt es sich um einen potenziellen Kunden, der im Idealfall etwas kauft und in diesem Rahmen seinen Namen, seine Adresse etc. offenlegt. Die Zweckbestimmung im Rahmen der Datenerhebung – Preispersonalisierung – ist also ein weiteres Argument dafür, die erhobenen Daten als personenbezogen zu qualifizieren. Dies alles spricht dafür, im Fall *Staples* (so wie in *Breyer*) den Personenbezug zu bejahen.

dd. Weiterführende Überlegungen

Einige aus dem *Breyer*-Urteil abgeleitete Überlegungen helfen trotz der eng gefassten Fallkonstellation bei der Analyse seiner Implikationen für die datenschutzrechtliche Bewertung online personalisierter Preise. Auf andere technische kundenbezogene Daten, wie etwa auf ID-Nummern von Smartphones, Cookie-IDs oder MAC-Adressen, lässt es sich nicht pauschal übertragen, da dem Anbieter mit Blick auf diese Datenarten keine der Situation bei IP-Adressen vergleichbare rechtliche Möglichkeit der Informationsbeschaffung zur Verfügung steht.³⁹ Dies ist aber auch nicht *per se* notwendig, um den Personenbezug zu bejahen. Der EuGH stellt in seinen Ausführungen nur darauf ab, ob „die Identifizierung der betreffenden Person gesetzlich verboten oder praktisch nicht durchführbar wäre“.⁴⁰ Es kommt damit auf die faktische Möglichkeit der Identifizierung an, unabhängig davon, ob diese mit rechtlichen Mitteln erzwungen werden kann oder auf anderem Wege zustande kommt.

Die wichtigste Erkenntnis im Kontext von Preispersonalisierung ergibt sich aus einem anderen Blickwinkel, nämlich mit dem Blick auf die aus dem *Breyer*-Urteil ablesbaren Aussagen zur Relation zwischen der faktischen Identifizierungsmöglichkeit und der dafür maßgebenden zeitlichen Komponente. Der EuGH macht deutlich, dass ein personenbezogenes Datum bereits vorliegen kann, bevor die Identifikation (mittels Rückgriff auf das Wissen Dritter) tatsächlich stattgefunden hat.

³⁸ Karg, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 61. Ob *Staples* im Einzelfall tatsächlich Opfer von Hacker-Angriffen o. Ä. wird, ist irrelevant. Vgl. aber auch Moos/Rothkegel, MMR 2016, 845, 846: „Unklar bleibt, ob die bloße Existenz eines rechtlichen Mittels und die rein theoretische Möglichkeit, dieses in Anspruch nehmen zu können, genügt, um einen Personenbezug zu bejahen; oder ob es auch darauf ankommt, dass die jeweils verarbeitende Stelle tatsächlich in der Lage ist, dieses Mittel einzusetzen zu können (da etwa die Voraussetzungen vorliegen, um ein staatsanwaltschaftliches Verfahren einzuleiten). Dies wäre etwa dann anzuzweifeln, wenn Informationen zu Zwecken erhoben werden, die eine Einschaltung der StA oder entsprechender Aufsichtsbehörden nicht nach sich ziehen können, wie etwa Marktanalysezwecke. In diesem Zusammenhang ist die Entscheidung des EuGH leider nicht ergiebig.“

³⁹ Moos/Rothkegel, MMR 2016, 845, 846.

⁴⁰ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 46 (*Breyer*).

Dies ergibt sich vor allem aus der folgenden, auf den Konjunktiv zurückgreifenden Aussage: „Der Anbieter (...) verfügt somit offenbar über Mittel, die vernünftigerweise eingesetzt werden könnten, um mit Hilfe Dritter (...) die betreffende Person (...) bestimmen zu lassen.“⁴¹ Die damit zum Ausdruck gebrachte weite Auslegung des Begriffs der Personenbeziehbarkeit spielt auch im Kontext von Preispersonalisierung eine Rolle.⁴² Sie verlagert den für die rechtliche Einordnung des Datums maßgeblichen Zeitpunkt recht weit nach vorne. Zugleich verlagert sie damit dogmatisch den Schwerpunkt der Prüfung auf die Frage, ob die Identifizierung des Kunden „nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich“ ist i. S. v. Erwägungsgrund 26 DSGVO. Auch bei der Bestimmung dieser Wahrscheinlichkeit ist der EuGH eher großzügig: Laut Urteil gelten alle vom Bund gespeicherten IP-Adressen als personenbezogene Daten, obwohl das ihren Personenbezug begründende hypothetische Szenario (Abwehr und Strafverfolgung etwaiger Cyberattacken) nur bei einem Bruchteil der Seitenbesucher tatsächlich Realität werden dürfte. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Besucher eines Online-Shops bei diesem auch tatsächlich einen Einkauf tätigt, dürfte „nach allgemeinem Ermessen“ bedeutend höher sein, sodass ein Personenbezug in diesen Fällen erst recht anzunehmen ist.

Angesichts dieses weit gefassten zeitlichen Maßstabs wird im Kontext von Preispersonalisierung ein Personenbezug bei Erhebung und Verarbeitung kundenbezogener technischer Daten in aller Regel zu bejahen sein, unabhängig davon, ob diesen isoliert betrachtet eine bedeutsame Aussagekraft innewohnt. Dies liegt daran, dass der Anbieter ab dem Moment, in dem ein Kunde seinen Online-Shop aufruft, ein subjektives Interesse⁴³ und die bei objektiver Betrachtungsweise realistische Aussicht hat, zumindest zu einem späteren Zeitpunkt die Identität des Kunden zu erfahren. Gemeint ist der Zeitpunkt des Kaufvorgangs: Spätestens beim Kauf des Produktes bzw. der Dienstleistung muss der Kunde seine (bürgerliche) Identität offenlegen.⁴⁴

Die Identifizierung des Kunden ist damit – wenngleich es dem Anbieter nicht primär um sie, sondern um den Abschluss des Kaufvertrags bzw. Dienstleistungsvertrags geht – Ziel oder zumindest Reflexwirkung der Datenerhebung. Die Fallkonstellationen, in denen technische kundenbezogene Daten mit der Absicht erfasst werden, sie (zumindest möglicherweise) zu Zwecken des *Personalised Pricings* zu nutzen, eröffnen deshalb den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts.⁴⁵ Es kommt nicht darauf an, ob sich die Identifizierung des Kunden tatsächlich realisiert. Vielmehr genügt es, dass die Möglichkeit besteht, die Verknüpfung zwischen tech-

⁴¹ EuGH, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, Rn. 48 (*Breyer*).

⁴² Vgl. *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 358.

⁴³ Dieses ist bei der Einschätzung der Wahrscheinlichkeit der Identifizierung zu berücksichtigen, vgl. *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 4 Nr. 1 Rn. 23 DSGVO.

⁴⁴ So auch *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 334.

⁴⁵ Ähnlich auch *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 358, die aber wohl erst ab dem Moment der tatsächlichen Verknüpfung mit dem Kundenprofil den Personenbezug bejahen.

nischer Information und Identität herzustellen.⁴⁶ Die sich möglicherweise in einem Schaden für Persönlichkeitsrechte niederschlagende Gefahr genügt, um das Schutzsystem der Datenschutz-Grundverordnung auszulösen. Damit liegt auch eine Verarbeitung personenbezogener Daten vor, wenn ein Kunde die Seite des Anbieters aufruft und, ohne einen Kauf zu tätigen, wieder verlässt. Voraussetzung dafür ist, dass der Anbieter die Personalisierung der Preise zumindest als Option vorgesehen und zu diesem Zweck die technischen Daten erhoben hat. Auf die im Einzelfall zum Einsatz kommenden Techniken und die Art der erhobenen Daten kann es dabei nicht ankommen. Um Umgehungen des von der Datenschutz-Grundverordnung installierten Schutzsystems zu verhindern, ist diese technologieneutral ausgestaltet.⁴⁷ Deshalb ist sie auch in diesem Sinne auszulegen. Es spielt also keine Rolle, ob der Anbieter *Fingerprinting*-Technologien bzw. Cookies einsetzt, um den Kunden zu tracken, oder ob er nur den *Referrer Header* ausliest, um darin enthaltene Informationen zur Personalisierung von Preisen einzusetzen.

ee. Abgrenzung von der rechtlichen Bewertung personalisierter Werbung

Preispersonalisierung und personalisierte Werbung basieren auf vergleichbaren technischen Methoden. Mit Blick auf die Identifizierbarkeit einzelner Kunden i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO besteht allerdings ein wesentlicher tatsächlicher Unterschied, der bei der rechtlichen Bewertung zu berücksichtigen ist: Bei Preispersonalisierung ist es für den Anbieter essenziell, den Kunden ab dem ersten Kontakt (etwa dem Webseitenaufruf) bis zum Kaufabschluss möglichst durchgängig aussondern zu können. Nur auf diese Weise ist sichergestellt, dass ihm der „richtige“ Preis zugewiesen wird. Spätestens im Zeitpunkt des Kaufabschlusses legt der Kunde seine bürgerliche Identität offen. Im Gegensatz dazu spielt bei personalisierter Werbung die Identität des Empfängers der Werbung für den Werbenden oftmals eine untergeordnete Rolle: Ihm geht es primär darum, dass dem Nutzer geeignete Werbung eingeblendet wird, welche das Interesse an einem bestimmten Produkt weckt oder verstärkt. Das durchgängige Aussondern des Kunden bis zum Kaufabschluss ist nicht zwingend notwendig, denn der Werbende hat sein Ziel etwa auch dann erreicht, wenn der Nutzer das Produkt im stationären Handel oder zu einem späteren Zeitpunkt kauft. Von der bürgerlichen Identität des Beworbenen muss der Werbende nicht unbedingt Kenntnis nehmen. Bei den im Rahmen von Online-Werbung verarbeiteten Informationen handelt es sich häufig um pseudonyme und mithin personen-

⁴⁶Vgl. *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 4 Nr. 1 Rn. 62 und *Ernst*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32021, Art. 4 Rn. 12 DSGVO. So wohl auch Schlussanträge des Generalanwalts *Manuel Campos Sánchez-Bordona*, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:339, Rn. 77 (*Breyer*). Ähnlich argumentieren auch *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 334.

⁴⁷Erwägungsgrund 15 DSGVO.

bezogene Daten, teilweise aber auch um anonym verarbeitete.⁴⁸ Mit Blick auf das einleitend Gesagte kommt es bei der Abgrenzung, ob im Falle personalisierter Werbung ein Personenbezug vorliegt, mithin auch darauf an, wie hoch die Wahrscheinlichkeit der Identifizierung des Einzelnen (i. S. d. Erwägungsgrundes 26 DSGVO) konkret ist und welches subjektive Interesse der Werbende an der Identifizierung hat. Die hier im Kontext des *Personalised Pricings* vertretene, eher weite Auslegung des Begriffs „personenbezogenes Datum“ lässt sich also nicht pauschal auf personalisierte Werbung übertragen.

ff. Zwischenergebnis

Online-Preispersonalisierung eröffnet den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung gem. Art. 2 I, 4 Nr. 1 DSGVO. Das Datenschutzrecht beinhaltet damit auch eine indirekte Regulierung von Preispersonalisierung. In vielen Fällen ist die für die Bejahung der Anwendbarkeit relevante Frage, ob den verarbeiteten Daten ein Personenbezug innewohnt, gänzlich unproblematisch zu bejahen. Bei der Auswertung von bereits bestehenden Kundenprofilen handelt es sich bei den darin gespeicherten Informationen beispielsweise ohne Weiteres um personenbezogene Daten, da sie mit der dem Anbieter bekannten Identität des Kunden verknüpft werden. Schwieriger wird die rechtliche Bewertung dann, wenn Anbieter mit Informationen zu tun haben (und diese zur Personalisierung von Preisen nutzen), welche aus sich heraus keinen offensichtlichen Personenbezug erkennen lassen und deren Übertragung oftmals aus technischen Gründen geboten ist. Der aus rechtlicher Sicht maßgebende Angelpunkt ist in diesen Fällen die Frage, ob diese Informationen sich auf eine identifizierbare natürliche Person i. S. d. Art. 4 Nr. 1 Alt. 2 DSGVO beziehen oder nicht. Die faktische Identifizierungswahrscheinlichkeit, zu bestimmen nach den Maßgaben des Erwägungsgrundes 26 DSGVO, rückt damit in den Mittelpunkt der datenschutzrechtlichen Prüfung. Aus dem *Breyer*-Urteil des EuGH lässt sich ableiten, dass die Bejahung der Identifizierbarkeit (und mithin die Annahme von Personenbezug) zu einem durchaus frühen Zeitpunkt möglich ist. Zudem lässt das Urteil sich so verstehen, dass ein personenbezogenes Datum schon dann vorliegen kann, wenn die tatsächliche Identifizierung des Betroffenen von Umständen abhängt, die außerhalb der Einflussmöglichkeiten des Anbieters liegen. Übertragen auf Preispersonalisierung und die in der Praxis zum Einsatz kommenden technischen kundenbezogenen Daten lässt dies den Schluss zu, dass diese Daten bereits im Zeitpunkt der ersten Verarbeitung personenbezogen sind: Der Anbieter erhebt sie mit dem (zumindest mittelbar verfolgten) Ziel, den Kunden später, nämlich im

⁴⁸ *Galetzka*, in: Taeger (Hrsg.), *Rechtsfragen digitaler Transformationen*, 2018, S. 45, 52. Pseudonymisierte Daten stellen auch personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO dar, vgl. dazu Art. 4 Nr. 5 i. V. m. Erwägungsgrund 26 DSGVO. Dies muss erst recht für solche Daten gelten, die von vornherein pseudonym erhoben wurden. Erwägungsgrund 28 f. DSGVO macht deutlich, dass Pseudonymisierung aus datenschutzrechtlicher Sicht zu begrüßen ist.

Moment des Kaufabschlusses, zu identifizieren. Die konkrete technische Natur dieser Daten ist irrelevant, sofern ihre Erhebung zumindest auch der Preispersonalisierung und nicht nur technischen Erfordernissen dient. Nur diese technologieneutrale, bereits zu einem frühen Zeitpunkt ansetzende Betrachtungsweise kann den von der Datenschutz-Grundverordnung bezweckten umfassenden Grundrechtsschutz effektiv absichern. Preispersonalisierung unterscheidet sich damit in einem wesentlichen Punkt von anderen Formen von Personalisierung, bei denen die Identität des Internet-Nutzers für denjenigen, der die Personalisierung veranlasst, oftmals nur von zweitrangiger Bedeutung ist. Dies gilt im besonderen Maße für Online-Werbung, deren rechtliche Bewertung mithin unter anderen Vorzeichen stattfinden muss.

b. Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung

Anbieter, die Preise personalisieren möchten, dürfen personenbezogene Daten zu diesem Zweck nur verarbeiten, wenn sie sich dafür auf eine Rechtsgrundlage berufen können, Art. 6 I S. 1 DSGVO. Bei Online-Preispersonalisierung im privatrechtlichen Kontext kommen dafür Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO (Einwilligung des Kunden), Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO (vertragliche Notwendigkeit) und Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO (allgemeine Interessenabwägungsklausel) in Betracht. Bei sensiblen personenbezogenen Daten i. S. d. Art. 9 I DSGVO ist zudem Art. 9 II lit. a DSGVO (ausdrückliche Einwilligung des Kunden) als Rechtsgrundlage denkbar.

Unabhängig von der im Einzelfall herangezogenen Rechtsgrundlage gilt, dass Anbieter als datenschutzrechtlich Verantwortliche i. S. d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO den Zweck der Datenverarbeitung bestimmen müssen (Zweckbindungsgrundsatz, Art. 5 I lit. b DSGVO). Die Zweckbestimmung muss spätestens im Moment der ersten Datenerhebung erfolgt sein (vgl. den Wortlaut: „festgelegte (...) Zwecke“)⁴⁹ und dem Kunden gem. Art. 13 I lit. c bzw. 14 I lit. c DSGVO mitgeteilt werden. Der beabsichtigte Zweck „Preispersonalisierung“ muss demnach eindeutig und mit hinreichender, für den Kunden erkennbarer Bestimmtheit als alleiniger Zweck oder als einer von mehreren Zwecken genannt werden.⁵⁰ Eine allgemein gehaltene Aussage, wie etwa, dass die Daten zwecks Personalisierung der Dienstleistung oder der

⁴⁹Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on Purpose Limitation, 2013, S. 15 (zur Vorgängernorm Art. 6 I lit. b DSRL); *Herbst*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 5 Rn. 31 DSGVO. So auch eindeutig Erwägungsgrund 39 DSGVO: „Insbesondere sollten die bestimmten Zwecke, zu denen die personenbezogenen Daten verarbeitet werden, (...) zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten feststehen.“

⁵⁰Vgl. *Herbst*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 5 Rn. 35 f. DSGVO; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 358. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on Purpose Limitation, 2013, S. 16 nennt folgende Beispiele für (in der Regel) zu allgemein gehaltene Angaben: „improving users' experience“, „marketing purposes“, „IT-security purposes“ und „future research“.

Webseitennutzung verarbeitet werden, genügt nicht.⁵¹ Die Absichten des Anbieters müssen für den Kunden also eindeutig erkennbar sein.

aa. Einwilligung

aaa. Überblick

Die Erteilung einer wirksamen Einwilligung in die Datenverarbeitung i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO begegnet *a priori* keinen grundsätzlichen Bedenken. Ihre Wirksamkeit bemisst sich (neben den Vorgaben des Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO, welcher die eigentliche Rechtsgrundlage für den Anbieter darstellt) vor allem nach den Vorgaben der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 11 DSGVO und den in Art. 7 DSVO formulierten Bedingungen. Eine Einwilligung ist „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Nur wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, liegt eine wirksame Einwilligung und damit eine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung vor.

Es bietet sich an, in diesem Kontext gedanklich zwei Ebenen zu unterscheiden: Die Erteilung der Einwilligung einerseits und ihre konkrete Ausgestaltung (und damit Reichweite ihrer Legitimationswirkung) andererseits. Zunächst stellt sich also die Frage, in welchen Fällen vom Kunden überhaupt eine rechtlich relevante Erklärung abgegeben wurde, die datenschutzrechtlich als Einwilligung qualifiziert werden kann. Zudem ist zu klären, wie die Einwilligungserklärung qualitativ ausgestaltet sein muss, um eine taugliche Rechtsgrundlage für Preispersonalisierung darzustellen. Beide Ebenen hängen miteinander zusammen: So ist eine Einwilligung beispielsweise nur wirksam, wenn sie „für den bestimmten Fall“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) erteilt wurde und damit dem Bestimmtheitsgrundsatz⁵² genügt. Die Ausgestaltung der Einwilligungserklärung muss also zwangsläufig gewisse Anforderungen erfüllen, damit sie überhaupt rechtliche Wirkungen entfaltet und die Legitimationswirkung des Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO auszulösen vermag.

bbb. Erteilung

Grundvoraussetzung der Einwilligung ist eine Erklärung oder eine sonstige eindeutige bestätigende Handlung, dass der Kunde mit der Datenverarbeitung einverstanden ist, Art. 4 Nr. 11 DSGVO. Im Online-Kontext werden daran hohe Anforderungen gestellt: „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit“ des Kunden sind gem. Erwägungsgrund 32 DSGVO nicht ausreichend. Der Kunde muss zur Einwilligung in die Nutzung seiner Daten zum Zwecke von Preispersona-

⁵¹ Zuiderveen Borgesius/Poort, J Consum Policy 40 (2017), 347, 359.

⁵² Siehe dazu unten Kap. 11, I. 1. b. aa. ccc.

lisierung aufgefordert werden und diese „*unmissverständlich*“ erklären. Sie kann vom Kunden jederzeit nach Belieben widerrufen werden. Dies ist ihm vor ihrer Abgabe mitzuteilen, Art. 7 III S. 1 und 3 DSGVO. Die bis zum Zeitpunkt des Widerrufs durchgeführte Datenverarbeitung bleibt aber rechtmäßig (Art. 7 III S. 2 DSGVO). Möchte der Anbieter sensible Daten i. S. d. Art. 9 I DSGVO verarbeiten (oder führt die Verarbeitung „normaler“ personenbezogener Daten zur Schaffung sensibler Daten), ist gem. Art. 9 II lit. a DSGVO eine ausdrückliche Einwilligung des Kunden notwendig.⁵³

Aus diesen Rahmenbedingungen lassen sich im Kontext von Preispersonalisierung einige relevante Erkenntnisse ableiten. Eine Opt-out-Lösung, bei der eine Einwilligung fingiert und Preise grundsätzlich immer personalisiert werden, solange der Kunde nicht widerspricht, genügt nicht den rechtlichen Anforderungen, die Art. 4 Nr. 11 DSGVO an eine eindeutige bestätigende Handlung stellt. Gleiches gilt für alle anderen Kommunikationsformen, in denen dem Kunden die Erteilung einer Einwilligung unterstellt wird, welche er *de facto* nicht erteilt hat – etwa, wenn ein Anbieter die bloße tatsächliche Nutzung seiner Webseite (nach entsprechendem Hinweis) einer Einwilligung gleichsetzen möchte.⁵⁴ In solchen Fällen liegt auf Kundenseite kein Bewusstsein vor, eine rechtlich relevante Erklärung abzugeben. Das bereits öfter in Bezug genommene Vorgehen von *Staples* (unmittelbare Preispersonalisierung bei jedem Kunden anhand des aus der IP-Adresse ablesbaren Aufenthaltsorts) wäre deshalb unzulässig, sofern der Anbieter die Datenverarbeitung auf eine Einwilligung stützen möchte.⁵⁵ Eine Anpassung der Preise wäre erst nach ihrer Erteilung möglich – nicht aber als „Standardeinstellung“ bei jedem Kunden, der die Seite des Anbieters besucht und von der Personalisierung gar keine Kenntnis hat.⁵⁶ Möchte *Staples* – die Anwendbarkeit europäischen Rechts unterstellt – die Personalisierung auf Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO stützen, dürfte die diesbezügliche Auswertung der IP-Adresse erst nach Erteilung der Einwilligung stattfinden und könnte sich erst dann in personalisierten Preisen (in unmittelbarer Form oder in Form von Gutscheinen, personalisierten Coupons etc.) niederschlagen.

Die auf die Einwilligung bezogene Kommunikation mit dem Kunden kann auf verschiedene Weisen erfolgen. Es wäre möglich, die Einwilligung mithilfe eines Pop-up-Fensters, eines beim Aufrufen der Seite erscheinenden Banners bzw. einer anderweitigen Einblendung zu ersuchen, solange sichergestellt ist, dass nur eine aktive,

⁵³ Siehe dazu *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 360 f. (auch zum sehr fernliegenden Fall des Art. 9 II lit. e DSGVO (vom Kunden offensichtlich öffentlich gemachte sensible Daten)).

⁵⁴ Vgl. dazu *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 16; *Buchner/Kühling*, in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 7 Rn. 58–58c DSGVO; *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 451 und *Buchner*, DuD 40 (2016), 155, 158, wonach es nicht „*am einzelnen Betroffenen [ist], durch Auskreuzen, Ausklicken, Durchstreichen o. Ä. die unterstellte Einwilligung im konkreten Fall wieder hinfällig zu machen.*“

⁵⁵ *Steppe*, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 776 f.

⁵⁶ *Ders.*, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 776 f. Vgl. auch *Ernst*, ZD 2017, 110, 111 (Einwilligung muss im Vorhinein erteilt werden; Genehmigung im Nachhinein ist nicht möglich).

bestätigende Handlung des Kunden als Einwilligung gewertet wird. Um ein unüberlegtes „Wegklicken“ zu verhindern, mit dem der Kunde eine Einwilligung nur deshalb erteilt, um die Anbieter-Seite möglichst schnell weiter benutzen zu können, weist Erwägungsgrund 32 DSGVO darauf hin, dass unnötige Unterbrechungen zu vermeiden sind. Das (aktive) Ankreuzen eines Kästchens auf der Seite des Anbieters (entweder unmittelbar in die Seite integriert oder in einem Pop-up-Fenster) kann eine Einwilligungserklärung darstellen.⁵⁷ Denkbar wäre etwa die Nutzung eines Zwei-Ebenen-Systems, welches so ausgestaltet ist, dass in der Einblendung eine pointierte Zusammenfassung des Verarbeitungszwecks (verbunden mit einer Einwilligungsmöglichkeit) zu erkennen ist und zugleich über einen Link weiterführende, ausführlichere Informationen abgerufen werden können.⁵⁸ Auf diese Weise kann der Anbieter von allen Kunden, die seine Seite besuchen, eine Einwilligung einholen. Dies gilt unabhängig davon, ob er im Moment des Seitenaufrufs ihre Identität (er)kennt, wie etwa bei Bestandskunden, die über ein Cookie wiedererkannt werden, oder ob es sich um einen gänzlich unbekanntem Kunden handelt. Grundsätzlich ist es auch möglich, Einwilligungen für bestimmte Sachverhalte im Vorhinein pauschal mithilfe der eigenen Browser-Einstellungen zu erklären (vgl. den Wortlaut von Erwägungsgrund 32 DSGVO: *„Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft“*). Auch eine solche Erklärung darf nicht als Standardeinstellung voreingestellt sein, sondern muss vom Kunden aktiv vorgenommen, z. B. angekreuzt werden. Aufgrund der in diesen Fällen hohen Pauschalität der Einwilligungserklärungen und der nicht unerheblichen Auswirkungen auf die Kunden sind in diesem Kontext erhöhte Anforderungen an Transparenz und Kundenaufklärung zu stellen.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist es möglich, dass ein Kunde ein Einwilligungersuchen wirksam annimmt, welches in allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in anderen vorformulierten Texten enthalten ist. In diesen Fällen kommt Art. 7 II S. 1 DSGVO zur Anwendung. Dieser postuliert gewisse Anforderungen hinsichtlich Form, Sprache und Darstellung bei bestimmten schriftlichen⁵⁹ Erklärungen, die

⁵⁷ So eindeutig Erwägungsgrund 32 DSGVO.

⁵⁸ Vgl. dazu *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679, 2018, S. 19.

⁵⁹ Nach ihrem Wortlaut bezieht die Norm sich auf „schriftliche“ Erklärungen. Deshalb steht zur Diskussion, ob sie ausschließlich analoge Sachverhalte (unter Verwendung physisch vorhandener Urkunden) erfasst. Dafür spricht vor allem der Wortlaut von Art. 12 I S. 2 DSGVO (*„Die Übermittlung der Informationen erfolgt schriftlich oder in anderer Form, gegebenenfalls auch elektronisch.“*), der eine materiell-rechtliche Unterscheidung zwischen schriftlichen und elektronischen Erklärungen nahelegt. Allerdings sprechen die besseren Argumente dafür, dass der Anwendungsbereich des Art. 7 II S. 1 DSGVO auch rein elektronische Sachverhalte erfasst. Dies ergibt sich zunächst mit Blick auf den Wortlaut des Erwägungsgrundes 32 DSGVO (*„etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann“*), welcher sich – im Gegensatz zu Art. 12 I S. 2 DSGVO – auf Einwilligungen bezieht. Zudem spricht für diese eher weite Auslegung der Sinn und Zweck der Norm: Der großen Bedeutung des Datenschutzes im Kontext von Online-Sachverhalten und der Absicht des Ordnungsgebers, einen möglichst umfassenden Schutz zu etablieren, kann nur Genüge getan werden, wenn auch rein elektronische Sachverhalte erfasst sind. Die gebotene europarechtliche Auslegung der Norm muss dementsprechend weit sein und lässt keinen unmittelbaren Rückgriff auf den nationalen, in § 126 BGB konkretisierten Begriff „Schrift-

neben der datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung noch andere Sachverhalte betreffen.⁶⁰ Das Einwilligungensuchen muss demnach „in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist.“ Die Norm postuliert also ein Gebot der gestalterischen und inhaltlichen Transparenz und bezweckt, dass das Einwilligungensuchen deutlich hervorgehoben präsentiert wird.⁶¹ Sie ist damit *lex specialis* zu den in Art. 4 Nr. 11 DSGVO enthaltenen Anforderungen, dass die Einwilligung „in informierter Weise“ und „unmissverständlich“ abgegeben werden muss.⁶² Die Ausgestaltung des Einwilligungensuchens muss mithin so vorgenommen werden, dass der Kunde weiß, dass er eine datenschutzrechtlich relevante Einwilligung erteilt hat und welchen Umfang diese (auch in zeitlicher Hinsicht) aufweist.⁶³ Sie darf nicht in den AGBs untergehen. Der beabsichtigte Zweck „Preispersonalisierung“ muss klar aus der Erklärung hervorgehen.

Der in Erwägungsgrund 42 DSGVO enthaltene Verweis auf die AGB-Richtlinie⁶⁴ macht deutlich, dass die Datenschutz-Grundverordnung einer AGB-rechtlichen Angemessenheitskontrolle grundsätzlich nicht entgegensteht, auch wenn sie selber eine solche in ihrem verfügbaren Teil nicht vorsieht. Diese Angemessenheitskontrolle bezieht sich ausschließlich auf Art und Ausmaß der von der Einwilligung behandelten Datenverarbeitung. Es geht also nicht um die Überprüfung, ob die (ohnehin nicht dispositiven) Wirksamkeitsvoraussetzungen eingehalten werden, die die Datenschutz-Grundverordnung aufstellt.⁶⁵

Ein Einwilligungensuchen, welches die Verarbeitung von Daten zum Zwecke des *Personalised Pricings* zum Gegenstand hat, unterfällt wegen § 307 III S. 1 BGB von vornherein nicht der Angemessenheitskontrolle des § 307 I S. 1 BGB: Die Preishöhe ist grundsätzlich nicht von der AGB-Kontrolle erfasst.⁶⁶ Allenfalls eine Transparenzkontrolle gem. § 307 III S. 2 i. V. m. I S. 2 BGB bleibt denkbar.⁶⁷ Auf die datenschutzrechtliche Wirksamkeit der Einwilligungserklärung hat die AGB-rechtliche Transparenzkontrolle allerdings keine Auswirkungen.

form“ zu (vgl. Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2018, Art. 7 Rn. 76 f.; Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 Rn. 76).

⁶⁰Zur Formulierung „andere Sachverhalte“ vgl. Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 Rn. 76: Gemeint ist damit der Fall, dass in einer Erklärung nicht nur die Einwilligung als solche, sondern auch andere rechtserhebliche Akte enthalten sind (beispielsweise eine auf Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung).

⁶¹Buchner/Kühling, in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 2020, Art. 7 Rn. 25 f. DSGVO; Ernst, ZD 2017, 110, 113.

⁶²Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 Rn. 77.

⁶³So Erwägungsgrund 42 DSGVO.

⁶⁴Siehe zur AGB-Richtlinie bereits oben Kap. 10, II. 1.

⁶⁵Vgl. Klement, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 7 Rn. 80 f.

⁶⁶Siehe dazu bereits oben Kap. 10, II. 1.

⁶⁷Siehe dazu bereits oben Kap. 10, II. 1.

Mit Blick auf die Transparenz besteht angesichts der datenschutzrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen (Art. 4 Nr. 11, 6 und 7 DSGVO) ohnehin ein hohes Schutzniveau. Diese Regelungen sind nicht dispositiv⁶⁸ und kommen zudem (im Gegensatz zu § 307 III S. 2 i. V. m. I S. 2 BGB) unabhängig davon zur Anwendung, ob der Kunde unangemessen benachteiligt wird i. S. d. § 307 I S. 1 BGB.

ccc. Ausgestaltung

Der Kunde muss seine Einwilligung „für einen oder mehrere bestimmte Zwecke“ erteilen, Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO.⁶⁹ Dieser Bestimmtheitsgrundsatz ergibt sich auch aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO („für den bestimmten Fall“) und aus dem allgemeinen Zweckbindungsgrundsatz des Art. 5 I lit. b DSGVO („für festgelegte (...) Zwecke“).⁷⁰ Er sichert Kontrolle und Transparenz zugunsten des Betroffenen, hier also des Kunden.⁷¹ Im Kontext von Preispersonalisierung bedeutet dies, dass diese als Zweck konkret bezeichnet und auf (für den Durchschnittskunden) verständliche Weise⁷² vom Anbieter beschrieben werden muss. Nur dann kann der Kunde „in informierter Weise“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) in die Datenverarbeitung zu diesem Zweck einwilligen.⁷³ Der Kunde muss deshalb u. a. auch absehen können, welche Konsequenzen die von ihm erteilte Einwilligung möglicherweise für ihn haben wird.⁷⁴ Übertragen auf die Situation personalisierter Preise muss es für den Kunden also ohne Weiteres möglich sein, zu verstehen, dass die Verarbeitung der sich auf ihn beziehenden personenbezogenen Daten dazu dient, den Preis an seine Preissensitivität bzw. seinen Reservationspreis anzupassen. Es muss für ihn auch erkennbar sein, dass der von ihm verlangte Preis in Folge der Erteilung der Einwilligung und basierend auf den Ergebnissen von Profiling möglicherweise sinken oder steigen wird. Das Personalisieren von Preisen kann nicht unter einen allgemeinen, weiter gefassten Begriff wie „Personalisierung des Nutzererlebnisses“, „Personalisierung der angebotenen Dienste/Dienstleistungen“, „Zusendung persönlicher Angebote“ o. Ä. gefasst werden.⁷⁵ Dies liegt daran, dass es sich qualitativ und mit Blick auf die möglicherweise beim Kunden eintretenden (möglicherweise auch negativen) wirt-

⁶⁸ Wendehorst/Graf von Westphalen, NJW 2016, 3745, 3748.

⁶⁹ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 32 DSGVO; Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 I Rn. 8.

⁷⁰ In der englischsprachigen Fassung wird in beiden genannten Normen der Ausdruck „specified purposes“ verwendet (vgl. auch *ders.*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 I Rn. 8).

⁷¹ Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 11.

⁷² Dass., Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 14.

⁷³ Vgl. *dass.*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 11; Buchner/Kühling, in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 7 Rn. 63 DSGVO.

⁷⁴ Vgl. Buchner/Kühling, in: dies. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 7 Rn. 59 DSGVO.

⁷⁵ Steppe, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 777 und Zuiderveen Borgesius/Poort, J Consum Policy 40 (2017), 347, 359. Vgl. auch die Beispiele bei Ernst, ZD 2017, 110, 113.

schaftlichen Effekte bei Preispersonalisierung um einen speziellen Verarbeitungszweck handelt, den der Kunde oftmals weder erwarten noch als Konzept grundsätzlich gutheißen würde.⁷⁶

Die konkreten Anforderungen, die an das notwendige Maß an Bestimmtheit einer Einwilligungserklärung zu stellen sind, sind relativ und je nach Verarbeitungszweck, zum Einsatz kommendem Datenmaterial und zu erwartenden Auswirkungen auf die Rechte und Interessen des Betroffenen einer Abwägung zu unterwerfen.⁷⁷ Kunden stehen personalisierten Preisen oftmals skeptisch gegenüber und fürchten (oftmals unabhängig davon, ob diese Sorge in ihrem Fall tatsächlich begründet ist), dass sie selber durch höhere Preise benachteiligt werden.⁷⁸ Eine hohe Relevanz ist aus ihrer Sicht also gegeben. Dafür spricht auch die Auswertung von Verbraucherbeschwerden, von der das britische *Office of Fair Trading* berichtet.⁷⁹ Nach Ansicht der Behörde kann das Vertrauen in Online-Märkte absinken, wenn Kunden die Preissetzungsmethoden von Anbietern nicht verstehen oder wenn sie befürchten, dass diese für sie als Individuen zu höheren Preisen führen.⁸⁰ Sie macht deshalb deutlich, dass Transparenz, Mitwirkungsmöglichkeiten (bei der Datenerhebung) und Verständnis (der preisbezogenen Abläufe) für das Aufrechterhalten von Vertrauen in Online-Märkte von großer Bedeutung sind.⁸¹ Auf datenschutzrechtlicher Ebene muss dies in den Anforderungen zum Ausdruck kommen, die an die Wirksamkeit einer Einwilligung gestellt werden. Gerade weil Kunden heimlich stattfindender Preispersonalisierung skeptisch gegenüberstehen, ist es notwendig, das Ausmaß der dafür notwendigen Datenverarbeitung transparent offenzulegen, um dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO und den Anforderungen, die Art. 4 Nr. 11 DSGVO an die Informiertheit Betroffener stellt, gerecht zu werden.⁸² Das datenschutzrechtliche Konzept der Einwilligung als Rechtsgrundlage ist ein unmittelbarer Ausfluss des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.⁸³ Es kann deshalb nur dann sinnvoll ausgeübt werden, wenn die aus Kundensicht relevanten Aspekte diesem vollumfänglich bekannt sind.

Aufgrund dieser bestehenden Skepsis und aufgrund der kundenseitig beigegebenen Relevanz ist fraglich, ob es den Kunden möglich sein muss, die Einwil-

⁷⁶Vgl. *Steppe*, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), 768, 777.

⁷⁷Vgl. *Buchner/Kühling*, in: dies. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 7 Rn. 65 DSGVO; *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 I Rn. 9.

⁷⁸*Maggiolino*, *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840* 2017, 1, 12; *Office of Fair Trading*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 19 f.; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 355.

⁷⁹*Office of Fair Trading*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 19.

⁸⁰*Dass.*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 19 f.

⁸¹*Dass.*, *Personalised Pricing*, 2013, S. 20.

⁸²So auch *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 359.

⁸³*Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 6 Rn. 17 DSGVO; *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 I Rn. 3. Vgl. auch Art. 8 II S. 1 GRCh, der unmittelbar auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage Bezug nimmt.

ligung in die Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung ggf. immer auch gesondert – also unabhängig von anderen vom Anbieter beabsichtigten Verarbeitungszwecken – erteilen bzw. durch Nichterteilung bewusst ablehnen zu können. Diese Frage hat dann Relevanz, wenn der Anbieter möchte, dass der Kunde in mehrere verschiedene Datenverarbeitungsvorgänge einwilligt, etwa in Preispersonalisierung einerseits und in Zusendung personalisierter Werbung andererseits. Dogmatischer Angelpunkt ist dabei die Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung. Gemäß Erwägungsgrund 43 DSGVO liegt diese nicht vor, wenn für verschiedene Verarbeitungsvorgänge keine gesonderten Einwilligungserklärungen erteilt werden können, „*obwohl dies im Einzelfall angebracht ist*“. Weitere Auslegungshinweise über diesen rein normativen Ausdruck hinaus gibt die Datenschutz-Grundverordnung nicht.⁸⁴ Eine pauschale Aussage kann damit nicht getroffen werden, da letztlich immer der Gesamtzusammenhang mit den anderen vom Anbieter ersuchten Einwilligungserklärungen und ihren Auswirkungen auf den Kunden herzustellen ist.⁸⁵ Grundsätzlich wird eine separate Einwilligungsmöglichkeit aber tendenziell nicht zu verlangen sein, solange der Kunde nicht auf einen Vertragsabschluss mit dem konkreten Anbieter angewiesen ist. Solange er die Möglichkeit hat, zu einem Konkurrenten zu wechseln, bleibt seine Erklärung freiwillig.⁸⁶

Aus demselben Grund liegt im Regelfall auch kein Verstoß gegen das sog. Koppelungsverbot des Art. 7 IV DSGVO vor. Laut dieser Norm muss bei der Beurteilung der Freiwilligkeit „*dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.*“ Die Bestimmung der Freiwilligkeit wird damit maßgeblich, aber nicht absolut⁸⁷ von der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung abhängig gemacht. Das Koppelungsverbot „*soll die freie und eigenständige Willensbetätigung des Nutzers bei der Einwilligung schützen und dadurch verhindern, dass ein faktischer Zwang zur Einwilligung in die Datenverwendung entsteht.*“⁸⁸ Unter Zugrundelegung eines objektiven Verständnisses ist die Freiwilligkeit mit Blick auf die Interessen des Anbieters durchaus zu bejahen, sofern Preispersonalisierung Teil seines Geschäftsmodells ist und er die dafür notwendige Datenverarbeitung als Entschei-

⁸⁴Vgl. dazu *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 10, die mit Blick auf die Formulierung des Erwägungsgrundes 43 DSGVO granulare Einwilligungsmöglichkeiten wohl als Regelfall ansieht.

⁸⁵Vgl. dazu auch *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 7 Rn. 6, der – im Gegensatz zur *Article 29 Data Protection Working Party* – zu Recht kein „*striktes Gebot der Granularität*“ zu erkennen vermag.

⁸⁶Vgl. *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, ²2018, Art. 7 Rn. 52.

⁸⁷*Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 9. So auch Schlussanträge des Generalanwalts *Maciej Szpunar*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:246, Rn. 98 (*Planet49*).

⁸⁸*Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung*, ²2018, Art. 7 Rn. 94.

dungs- und Kalkulationsgrundlage für das Vertragsangebot dem Kunden gegenüber betrachtet.⁸⁹ Dem Anbieter geht es also nicht darum, zu Lasten der Privatsphäre des Kunden Ziele zu verwirklichen, die über den Gegenstand des konkret in Rede stehenden Vertrages hinausgehen (wie etwa die Weitergabe der Daten an Dritte zu Werbezwecken), und dies über eine Einwilligung legitimieren zu lassen, die der Kunde nur aufgrund eines bestehenden faktischen Zwangs abgibt. Stattdessen besteht eine inhaltliche Sachnähe zur (im Falle des Vertragsabschlusses zustande kommenden) Hauptleistungspflicht des Kunden, nämlich zu dem von ihm zu zahlenden Preis.

Der Anbieter kann den Vertragsabschluss also grundsätzlich gänzlich davon abhängig machen, dass der Kunde in die Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung einwilligt. Ob er sich mit dieser Vorgehensweise am Markt behaupten kann, dürfte in tatsächlicher Hinsicht vor allem von seiner Marktstärke und den von ihm realisierbaren Preisen abhängen. Das Freiwilligkeitskriterium der Art. 4 Nr. 11, 7 IV DSGVO kann dann als Korrektiv wirken – und eine datenschutzrechtliche Grenze ziehen –, wenn der Anbieter eine marktbeherrschende Stellung bzw. eine Monopolstellung innehat und die Freiwilligkeit deshalb abzulehnen ist.⁹⁰ In diesen Fällen ist eine datenschutzrechtliche Korrektur über das Koppelungsverbot durchaus denkbar und sinnvoll. Datenschutzrechtliche Konformität wäre dann leicht herzustellen, indem dem Kunden die Möglichkeit gegeben wird, in die Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung gesondert einzuwilligen, dieses Einwilligungersuchen also von anderen abzutrennen. Dogmatisch lässt sich dies an den bereits diskutierten Erwägungsgrund 43 DSGVO anknüpfen, der in den Fällen, in denen es „*im Einzelfall angebracht ist*“, für verschiedene Verarbeitungsvorgänge gesonderte Einwilligungsmöglichkeiten verlangt, um die Freiwilligkeit abzusichern.

ddd. Keine Einwilligung in Diskriminierung

Eine Einwilligung in eine Art von Preispersonalisierung, die bezweckt oder bewusst in Kauf nimmt, dass durch die Datenverarbeitung letztlich geschützte Gruppen durch höhere Preise diskriminiert werden, ist unwirksam. Dies ergibt sich aus dem datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz, Art. 5 I lit. b DSGVO. Demnach müssen Daten für „*legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden*“. Der Ausdruck „legitim“ ist begrifflich weiter gefasst als die frühere Formulierung „rechtmäßig“ (Art. 6 I lit. b DSRL). Der Anspruch an die Legitimität des Zweckes geht damit über eine rein formelle Rechtmäßigkeit (etwa das Vorliegen einer Rechtsgrundlage oder das Einhalten von Informationspflichten) hinaus. Er stellt darauf ab, ob die Verarbeitung zu einem von der Rechtsordnung missbilligten Zweck erfolgt.⁹¹

⁸⁹Vgl. *Buchner/Kühling*, in: dies. (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 7 Rn. 47 DSGVO.

⁹⁰So auch *Steppe*, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), 768, 777 (ohne explizite Bezugnahme auf Art. 7 IV DSGVO).

⁹¹*Monreal*, ZD 2016, 507, 509; *Schantz*, in: *Wolff/Brink* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*, 43. Edition (Stand: 1.2.2023), Art. 5 Rn. 17 DSGVO.

Die zu berücksichtigenden Rechtsquellen sind sehr weitreichend und umfassen neben allgemeinen verfassungsrechtlichen auch spezifisch antidiskriminierungsrechtliche Grundsätze.⁹² Eine Datenverarbeitung mit dem eingangs beschriebenen Zweck wäre demnach nicht legitim. Da die Datenverarbeitung auf Seiten des Anbieters datenschutzrechtlich unzulässig ist, kann der Kunde auch keine wirksame Einwilligung in diese Verarbeitung geben i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO. Bei der Bewertung der Legitimität des Zwecks kommt es also nicht darauf an, ob der Kunde ihn billigt oder nicht. Solange der Anbieter gegen Art. 5 I lit. b DSGVO verstößt, kann der Kunde von vornherein nicht wirksam in die Datenverarbeitung einwilligen.

In der Praxis nahe liegender ist die Situation, dass die Diskriminierung geschützter Gruppen ohne Wissen und Wollen des Anbieters stattfindet. Dieser Effekt kann etwa bei Verwendung von Trainingsdaten eintreten, die unvollständig sind oder historisch bedingte Stereotype enthalten. Die Diskriminierung ist dann nicht Zweck, sondern unerkannter (und dementsprechend nicht als solcher benannter) Nebeneffekt der Verarbeitung. Auch in solch einem Fall muss der Einwilligung ihre legitimierende Wirkung abgesprochen werden: Der Anbieter kann durch seine Unwissenheit nicht privilegiert werden, zumal er die Verantwortung für die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze trägt (Art. 5 II DSGVO). Dogmatisch lässt sich dies auch mit Art. 4 Nr. 11 DSGVO begründen: Die (potenziell) diskriminierende Wirkung der Datenverarbeitung ist für den Kunden von so wesentlicher Natur, dass er ohne dahingehende Kenntnis keine Einwilligung „in informierter Weise“ abgeben kann.

eee. Zwischenergebnis

Anbieter, die *Personalised Pricing* betreiben wollen, können sich für die dafür notwendige Datenverarbeitung grundsätzlich auf eine Einwilligung des Kunden als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage berufen. Voraussetzung dafür ist, dass die Vorgaben der Art. 6 I S. 1 lit. a, 4 Nr. 11, 7 DSGVO erfüllt sind. Eine wirksame Einwilligungserklärung muss zwingend in Form einer „*eindeutigen bestätigenden Handlung*“ des Kunden i. S. d. Art. 4 Nr. 11 DSGVO erfolgen. Widerspruchslosungen, wonach der Kunde aus der Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung aktiv herausoptieren muss, sind nach dem klaren Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung⁹³ unzulässig und können keine Grundlage für eine rechtmäßige Datenverarbeitung sein. Der Anbieter verfügt allerdings über eine nicht unerhebliche Gestaltungsfreiheit, auf welche Weise er sein Einwilligungsersuchen präsentieren möchte: Als Teil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, als Pop-up, über ein Zwei-Ebenen-

⁹²Siehe *Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 03/2013 on Purpose Limitation, 2013, S. 19 f. („*The requirement of legitimacy means that the purposes must be ‘in accordance with the law’ in the broadest sense. This includes all forms of written and common law, primary and secondary legislation, municipal decrees, judicial precedents, constitutional principles, fundamental rights, other legal principles, as well as jurisprudence (...)*“). Auch Helbing, K&R 2015, 145, 146 stellt ausdrücklich auf die Einhaltung u. a. des Antidiskriminierungsrechts ab.

⁹³Dies ergibt sich vor allem auch aus Erwägungsgrund 32 DSGVO.

System etc. Es gelten hohe Anforderungen, die der Anbieter erfüllen muss, um (vor allem) die Freiwilligkeit und Informiertheit des Kunden sicherzustellen und dem Bestimmtheitsgrundsatz, der sich aus einer Zusammenschau von Art. 6 I S. 1 lit. a, 4 Nr. 11, 5 I lit. b DSGVO ergibt, gerecht zu werden. Transparenz und eine darauf basierende, bewusste und autonome Entscheidung des Kunden charakterisieren die Einwilligung im Kontext des *Personalised Pricings*. Die Bedeutung der Freiwilligkeit der vom Kunden erteilten Einwilligung kann im Kontext des in Art. 7 IV DSGVO enthaltenen Koppelungsverbots eine wettbewerblich relevante Reflexwirkung entfalten. Im Regelfall steht es dem Anbieter frei, das Kontrahieren mit dem Kunden gänzlich von einer Einwilligung (in die Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung) abhängig zu machen. Es besteht eine hohe Sachnähe zwischen der vom Anbieter erstrebten Datenverarbeitung einerseits und der Bestimmung der Hauptleistungspflicht des Kunden, also des von ihm zu zahlenden Preises andererseits. Es liegt mithin kein „Erzwingen“ einer Einwilligung vor, die der Kunde eigentlich gar nicht erteilen möchte und nur abgibt, weil er keine andere Wahl hat. Anders ist hingegen die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Anbieter eine marktbeherrschende bzw. Monopolstellung innehat. Diese kann dazu führen, dass bei objektiver Betrachtungsweise keine Freiwilligkeit mehr vorliegt.⁹⁴ Das Datenschutzrecht, dessen wesentlicher Schutzgegenstand die informationelle Selbstbestimmung ist, bewirkt in diesen Fällen indirekt eine Regulierung von Wettbewerbsprozessen, indem es den Anbieter zum Anbieten nuancierterer Einwilligungsmöglichkeiten verpflichtet und damit seine unternehmerische Freiheit (vgl. Art. 16 GRCh) einschränkt. Eine Einwilligung in eine geschützte Gruppen diskriminierende Datenverarbeitung hat stets keine legitimierende Wirkung, unabhängig vom Wissen und Wollen der beteiligten Parteien.

bb. Vertragliche oder vorvertragliche Notwendigkeit

Es wäre denkbar, dass der Anbieter sich auf Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO als Rechtsgrundlage stützen könnte. Demnach ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn sie „für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich [ist], die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen“. Dieser Erlaubnistatbestand basiert auf der Überlegung, dass eine Datenverarbeitung dann zulässig sein muss und keiner weitergehenden Rechtfertigung bedarf, wenn sie aus Sicht des potenziellen bzw. tatsächlichen Vertragspartners erforderlich ist und vom Betroffenen initiiert wurde (und damit auf seinen zum Ausdruck gebrachten Willen zurückzuführen ist).⁹⁵ Der Anwendungsbereich der Norm ergibt sich unmittelbar aus ihrem Wortlaut: Entweder hat der Betroffene sich bewusst dafür entschieden, mit dem Verantwortlichen einen Vertrag abzuschließen (erste Alternative) oder er befindet sich „auf Anfrage“,

⁹⁴ Instrukтив dazu Paal, ZWeR 2020, 215, 228 ff.

⁹⁵ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 6 Rn. 26 DSGVO.

also auf eigene Veranlassung hin,⁹⁶ mit diesem in einem vorvertraglichen Zustand (zweite Alternative). Im Kontext von Online-Preispersonalisierung würde sich mit Blick auf diesen Rechtfertigungstatbestand die Frage stellen, ab welchem Zeitpunkt von vorvertraglichen Maßnahmen i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO ausgegangen werden kann. Fraglich wäre insbesondere, ob bereits das bloße Surfen auf der Seite des Anbieters zwecks Einholung von Preisinformationen genügt, um von einer „Anfrage“ des Kunden auszugehen, oder ob ein intensiverer, sich bereits konkretisierender geschäftlicher Kontakt zwischen den Parteien notwendig ist.⁹⁷

Diese Fragen können allerdings dahingestellt bleiben. Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Preispersonalisierung ist nicht „erforderlich“ i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO. Der Begriff der Erforderlichkeit ist nicht im Sinne einer „absoluten Unverzichtbarkeit“ zu verstehen. Er ist damit einer wertenden Auslegung zugänglich.⁹⁸ Grundsätzlich ist eine enge Auslegung geboten.⁹⁹ Nur auf diese Weise kann verhindert werden, dass der Anbieter solche Datenverarbeitungsvorgänge auf Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO stützt, welche ihm zwar zweckdienlich erscheinen, die aber über den eigentlichen Vertragszweck hinausgehen und mithin nicht mehr vom Willen des Kunden gedeckt sind.¹⁰⁰ Ein Profiling des Kunden, um ihm gegenüber Preise anzupassen, ist bei objektiver Betrachtungsweise mit Blick auf die hier diskutierten Verträge (über den Erwerb von Gegenständen oder Dienstleistungen) für den Anbieter zwar durchaus nützlich, da er sich auf diese Weise möglicherweise besser im Wettbewerb behaupten und höhere Umsätze generieren kann. Dies macht die Datenverarbeitung aber noch nicht erforderlich i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO.¹⁰¹ Diese spezielle Art der Datenverarbeitung kann nämlich nicht mehr auf die „Anfrage“ des Kunden zurückgeführt werden. Er kann nicht mit einer so weitreichenden Datenverarbeitung rechnen. Auch nach Vertragsschluss ist keine Erforderlichkeit gegeben, da zu diesem Zeitpunkt der Preis schon festgelegt ist. Die informationelle Selbstbestimmung des Kunden legitimiert die Verarbeitungsmöglichkeiten des Anbieters zwar, soweit dies aus (vor)vertraglichen Gründen notwen-

⁹⁶ Ein rein einseitiges Tätigwerden des Anbieters genügt also keinesfalls, um diesen Rechtfertigungsgrund zu aktivieren, vgl. *Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 2014, S. 18 (zur Vorgängernorm Art. 7 lit. b DSRL).

⁹⁷ Kritisch und ein vorvertragliches Verhältnis (eher) ablehnend *Steppe*, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), 768, 778.

⁹⁸ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, ³2020, Art. 6 Rn. 45 DSGVO. Siehe dazu auch schon oben Kap. 4, II. 1. b.

⁹⁹ *Dies.*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, ³2020, Art. 6 Rn. 26 DSGVO.

¹⁰⁰ *Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 2014, S. 16 f.; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, ³2020, Art. 6 Rn. 42 DSGVO.

¹⁰¹ So auch *Roßnagel*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 I Rn. 42 und *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 360 und wohl (ohne eindeutige Festlegung) auch *Steppe*, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), 768, 778 f.

dig ist – zugleich setzt sie ihnen aber auch Grenzen, sobald der Verarbeitungszweck sich vom Vertragsinhalt zu weit entfernt.

Die Erforderlichkeit wird hier im Kontext des Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO also abgelehnt, obwohl sie bei der Prüfung der Rolle des Koppelungsverbots (Art. 7 IV DSGVO) bejaht wurde. Diese unterschiedliche Auslegung des vom Wortlaut her gleichen Begriffs liegt darin begründet, dass die Rückkoppelung an den tatsächlichen Willen des Kunden bei einer Einwilligungserklärung unmittelbar gegeben ist. Die hohen Anforderungen, die an eine wirksame Einwilligung gestellt werden, dienen als Schutzmechanismus zugunsten des Kunden, sodass mit Blick auf die Erforderlichkeit als Teilaspekt davon ein niedrigerer Begründungsaufwand notwendig ist. Ihre Abgabe ist das Ergebnis einer autonomen Entscheidung, die „in informierter Weise“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) getroffen wurde. Das „Anfragen“ von vorvertraglichen Maßnahmen (Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO) kann hingegen nicht dergestalt interpretiert werden. Durch die Einleitung von Vertragsverhandlungen gibt der Kunde aus Sicht eines objektiven Dritten nicht zu erkennen, dass er damit einverstanden ist, dass seine personenbezogenen Daten mit dem Ziel der Preispersonalisierung erhoben und ausgewertet werden.

Die Bejahung der Erforderlichkeit wird diskutiert und teilweise bejaht, wenn es um die Bonitätsprüfung von Kreditnehmern (Kredit-Scoring) und um die Risikobeurteilung von potenziellen Versicherungsnehmern bei der Bestimmung der Höhe von Versicherungstarifen geht.¹⁰² In der Sache ist die Bejahung der Erforderlichkeit – je nach Sachverhalt – grundsätzlich überzeugend: Der (in Vorleistung gehende) Kreditgeber hat ein legitimes Interesse daran, anhand einer Kreditwürdigkeitsprüfung zu bestimmen, ob er mit einer Rückzahlung des Kreditbetrages rechnen kann. Die Erforderlichkeit i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO ergibt sich daraus, dass der Vertragsabschluss schon dem Grunde nach für ihn nur bei positivem Ausgang dieser Prüfung überhaupt Sinn ergibt. Der Schwerpunkt der Bonitätsprüfung liegt hier aber nicht auf der Personalisierung des Preises, sondern auf der Frage, ob das Geschäft überhaupt eingegangen werden sollte.¹⁰³ Es geht also nicht um eine „Nützlichkeit“ für den Anbieter, sondern um eine grundlegende, mithin „erforderliche“ Fragestellung. Ähnliches gilt für die Berechnung der Höhe von Versicherungstarifen: Die Auswertung personenbezogener Daten dient hier vordergründig der Abschätzung des Risikos, das die Versicherung abdecken soll (sog. *risk-based Pricing*¹⁰⁴). Die Bedeutung der Datenverarbeitung für die Versicherung ist bei objektiver

¹⁰² Tendenziell für die Bejahung der Erforderlichkeit *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 47 f. und 69–72 DSGVO. Sehr kritisch hingegen *Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 2014, S. 18 und *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 I Rn. 42.

¹⁰³ Eine gewisse Preispersonalisierung ist dann gegeben, wenn aufbauend auf dem Kredit-Scoring (im Falle einer grundsätzlich gegebenen Bonität des Kreditantragstellers) die Modalitäten der Kreditvergabe, wie etwa die Zinshöhe, bestimmt werden.

¹⁰⁴ Der unterschiedliche Preis spiegelt in diesen Fällen nur die unterschiedlichen Kosten wider, weshalb nach hiesigem Verständnis konzeptionell keine Preispersonalisierung vorliegt. Siehe dazu bereits oben Kap. 6, I. 3.

Betrachtungsweise hoch, da nur so die Tariffhöhe sinnvoll bestimmt werden kann. Es besteht damit eine große inhaltliche Sachnähe zum eigentlichen Vertragsgegenstand. Dies ist auch aus Sicht des Versicherungsnehmers ohne Weiteres erkennbar. Die Datenverarbeitung zwecks Bestimmung der Tariffhöhe geht mithin unmittelbar auf seine Veranlassung zurück. Deshalb kann in dieser Situation viel eher von einer Erforderlichkeit ausgegangen werden, als dies bei Preispersonalisierung beim Online-Handel mit Waren und Dienstleistungen der Fall ist.

cc. Allgemeine Interessenabwägungsklausel

Als letzte denkbare Rechtsgrundlage für *Personalised Pricing* kommt die in Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO enthaltene allgemeine Interessenabwägungsklausel in Betracht. Dafür müsste die mit dem Ziel der Preispersonalisierung ausgeübte Datenverarbeitung für die Wahrung der berechtigten Interessen des Anbieters (oder eines Dritten) erforderlich sein. Zugleich dürften die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Kunden, welche den Schutz personenbezogener Daten erfordern, die Interessen des Anbieters nicht überwiegen.

aaa. Berechtigtes Interesse des Anbieters

Der Anbieter kann sich in den hier diskutierten Fallkonstellationen auf die ökonomischen Vorteile berufen, die von Preispersonalisierung für ihn ausgehen können. Sie ermöglicht ihm unter Umständen eine stärkere Position im Wettbewerb. Die wirtschaftlichen Interessen des datenschutzrechtlich Verantwortlichen sind als schützenswertes Interesse i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO anerkannt.¹⁰⁵ Dies kann grundlegend aus Art. 16 GRCh abgeleitet werden.¹⁰⁶ Für die Anerkennung dieses Interesses im Verhältnis zwischen dem Anbieter und dem Kunden auch im datenschutzrechtlichen Kontext sprechen zudem die Ausführungen in Erwägungsgrund 47 DSGVO: Dass ein Online-Anbieter von Waren und Dienstleistungen gewinnorientiert arbeitet, deckt sich mit den zu berücksichtigenden „vernünftigen Erwartungen“ des Kunden. Zudem macht der genannte Erwägungsgrund deutlich, dass zwischen dem Anbieter und dem Kunden generell durchaus eine rechtlich relevante Beziehung besteht, die auf Seiten des Anbieters berechnete Interessen im Sinne der Abwägungsklausel erwachsen lassen kann. Preispersonalisierung kann grundsätzlich zu einer Ausweitung des Umsatzes des Anbieters führen und stellt bei

¹⁰⁵ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 6 Rn. 28 DSGVO; Schulz, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 6 Rn. 61 DSGVO. In der *Google Spain*-Entscheidung des EuGH hat dieser zudem im Kontext der Vorgängernorm zu Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO (Art. 7 lit. f DSRL) die wirtschaftlichen Interessen von *Google* ausdrücklich als grundsätzlich schützenswertes Interesse anerkannt (EuGH, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 81).

¹⁰⁶ Vgl. *Steppe*, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 780.

Zugrundelegung wirtschaftlicher Zielvorstellungen den beabsichtigten Zweck dieses Vorgehens dar. Dieses Ziel kann durch die unmittelbare oder mittelbare Anpassung des im Einzelfall verlangten Preises an den jeweiligen Reservationspreis des Kunden realisiert werden. Wenn es beispielsweise gelingt, ein Produkt durch Absenkung des Preises an einen Kunden zu verkaufen, der zum regulären Referenzpreis des Anbieters nicht zum Kauf bereit wäre, liegt der Gewinn im Verhältnis zu diesem Kunden niedriger als bei anderen Kunden. Der Verkauf ergibt ökonomisch betrachtet für den Anbieter aber Sinn, da er immer noch Gewinn erzielt, den Umsatz ausweitet und den Käufer möglicherweise an das Unternehmen bindet. Die preisliche Individualisierung kann in ihrer umsatzsteigernden Wirkung auch durch psychologische Effekte verstärkt werden. So generieren (vermeintlich) besonders gute, zeitgebundene Sonderpreise oder andere besonders vorteilhafte, an den Kunden situationsabhängig angepasste Konditionen für diesen einen besonderen Reiz.¹⁰⁷ Weiter verstärkt werden kann dieser Effekt durch individualisierte Werbung und anderweitige Personalisierungen des Angebots, wie es etwa bei *Search Discrimination* der Fall ist. Preispersonalisierung stellt mithin einen Teilaspekt der Absatz- und Marketing-Bemühungen des Anbieters dar. Gleichzeitig nimmt dieser Verarbeitungszweck aber auch eine Sonderrolle ein: Es geht nicht (nur) darum, den Kaufentschluss des Kunden zu fördern oder auszulösen. Über das Werben hinaus kommt es zu einer wirtschaftlichen Ungleichbehandlung, wodurch der einzelne Kunde im Vergleich zu anderen bevorzugt oder benachteiligt wird. Auf weitergehende Interessen als die genannten wirtschaftlichen kann der Anbieter sich nicht berufen.

bbb. Erforderlichkeit

Die Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung müsste zudem erforderlich i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO sein, um die Interessen des Anbieters zu wahren. Dabei gilt grundsätzlich, dass sich „*die Ausnahmen und Einschränkungen in Bezug auf den Schutz der personenbezogenen Daten auf das absolut Notwendige beschränken müssen*“.¹⁰⁸ Es geht also darum, ob die vom Anbieter verfolgten Interessen – in den vorliegend untersuchten Konstellationen also die soeben beschriebenen wirtschaftlichen Ziele – auf andere Weise mit gleicher Effektivität verwirklicht werden können und auf diesem Wege die Interessen etc. des Kunden weniger stark beeinträchtigt werden.¹⁰⁹ Grundsätzlich stehen dem Anbieter verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, um seinen Umsatz auf datenschutzrechtlich neutralem oder zumindest weniger eingriffsintensivem Wege zu steigern. Preisdiskriminierung 2. Grades beispielsweise ist konzeptionell nicht auf die Verarbeitung perso-

¹⁰⁷ Vgl. dazu etwa *Ezrachi/Stucke*, Virtual Competition, 2016, S. 112.

¹⁰⁸ So der EuGH, C-13/16, ECLI:EU:C:2017:336, Rn. 30 (*Rīgas satiksme*) zur Vorgängernorm des Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO (Art. 7 lit. f DSRL).

¹⁰⁹ Vgl. *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 I Rn. 100.

nenbezogener Daten angewiesen und löst mit Blick auf die Preisbildung deshalb keine datenschutzrechtlichen Pflichten auf Seiten des Anbieters aus. Entscheidet er sich für sie als Preissetzungsmethode, ist es für ihn im Zeitpunkt seines Angebots gar nicht notwendig, die Identität des Kunden oder seine konkreten Eigenschaften zu kennen. Eine Bewertung persönlicher Aspekte i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO zwecks Bestimmung des Reservationspreises findet nicht statt. Auch sind Sachverhalte denkbar, die zwar datenschutzrechtliche Relevanz aufweisen, aber weniger eingriffsintensiv ausgestaltet sind. Beispielsweise ist das Versenden von Gutscheinen per E-Mail, um einen Kaufanreiz zu schaffen, grundsätzlich datenschutzrechtlich relevant, da die dafür verarbeitete E-Mail-Adresse ein personenbezogenes Datum ist.¹¹⁰ Diese Form der preisrelevanten Kundenansprache erfordert aber nicht zwingend – wie es bei Preispersonalisierung nach hiesiger Definition der Fall ist –, dass dabei persönliche Aspekte des Kunden ausgewertet und als Entscheidungsgrundlage für die Gutscheinersendung herangezogen werden. Die Gutscheine können stattdessen auch an alle Kunden oder nach dem Zufallsprinzip versendet werden. Auch die Versendung der Gutscheine an bestimmte Kundengruppen – etwa an solche Kunden, die in der Vergangenheit bereits Einkäufe mit einem bestimmten Mindestwarenwert getätigt haben – kann im Vergleich zu Profiling-basierter Preispersonalisierung datenschutzfreundlicher ausgestaltet werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Auswahl der Empfänger nicht das Ergebnis der Bewertung persönlicher Aspekte i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO ist, sondern eine Kategorisierung nach objektiven Kriterien. In diesem Fall ist der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden geringer, da der Anbieter keine (potenziell fehleranfällige) Extrapolation persönlicher Aspekte vornimmt.¹¹¹

Trotz dieser bestehenden Alternativen wird man dem Anbieter die Erforderlichkeit i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO nicht absprechen können. Es ist gerade der Sinn (und aus Sicht des Anbieters: Reiz) von datenbasierter Preispersonalisierung, dass diese zumindest in der Theorie eine besonders hohe Präzision und Effektivität verspricht. Die individualisierte Nutzeransprache mit einem personalisierten Preis verspricht, unabhängig von der Art der Preiskommunikation, vor allem eine effizientere Zuweisung des „richtigen“ Preises an den jeweiligen Kunden, als dies bei Preisdiskriminierung 2. Grades oder nicht-personalisierten Preissetzungsmethoden der Fall ist. Das vom Anbieter verfolgte Interesse kann also nicht auf andere Weise gleich effektiv verwirklicht werden. Die Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung ist mithin erforderlich i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO.

¹¹⁰Vgl. dazu auch das Beispiel bei *Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 2014, S. 31 (zur Vorgängernorm des Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO (Art. 7 lit. f DSRL)): Datenschutzrechtlich zulässige Zusendung von Gutscheinen per Briefpost durch einen Pizza-Service.

¹¹¹Vgl. dazu *Council of Europe*, The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling, 2011, S. 25 f. Rn. 41.

ccc. Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten des Kunden

Sobald personenbezogene Daten des Kunden ohne seine Einwilligung bzw. anderweitige, auf seinen Willen zurückzuführende Veranlassung verarbeitet werden, liegt für diesen *per se* eine Beeinträchtigung seiner in Art. 7 und 8 GRCh postulierten Grundrechte (Recht auf Privatleben sowie Recht auf den Schutz personenbezogener Daten) vor.¹¹² Darüber hinaus fließen auch andere grundrechtlich geschützte Positionen und legitime Interessen des betroffenen Kunden, wie etwa die wirtschaftlichen Auswirkungen der Datenverarbeitung auf ihn, in die notwendige Abwägung mit ein. Als Ausgangspunkt der Abwägung gilt generell, dass Art, Inhalt und Aussagekraft der betroffenen Daten an den Aufgaben und Zwecken zu messen sind, denen die Erhebung und Speicherung der Daten dient.¹¹³ Die Datenschutz-Grundverordnung formuliert keine ausdrücklichen Kriterien, anhand welcher Maßstäbe und mit welcher Gewichtung die Abwägung im Einzelfall auszuführen ist. Aus ihrer Systematik lassen sich allerdings gewisse Schlussfolgerungen ableiten.¹¹⁴

Im Kontext von Preispersonalisierung lassen sich zugunsten des Kunden grundsätzlich sein Recht auf Privatheit und informationelle Selbstbestimmung sowie seine wirtschaftlichen Interessen anführen. Die besonders hohe persönlichkeitsrechtliche Relevanz, die mit dem Bilden von Profilen – also dem Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO – einhergeht, spricht für ein grundsätzliches Überwiegen der Kundeninteressen, sobald die Profile eine gewisse Komplexität annehmen.¹¹⁵ Auf Profiling basierende Preispersonalisierung präsentiert sich in der Praxis oftmals als nicht sonderlich komplexe Methode, so etwa wenn die Verwendung eines bestimmten Endgeräts mit einer eher höheren oder niedrigeren Zahlungsbereitschaft des Kunden assoziiert und der Preis (nur) deshalb angepasst wird. Die Bildung von Vergleichsgruppen, die methodisch Teil von Profiling ist, erlaubt allerdings oftmals anhand weniger Ausgangsdaten weitreichende, fundierte Vorhersagen über persönliche Aspekte des Einzelnen.¹¹⁶ Der Sache nach handelt es sich bei *Personalised*

¹¹² *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 148 DSGVO; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 I Rn. 101.

¹¹³ So etwa BGH, MMR 2009, 608, 610 Rn. 26 (*Spickmich.de*). Siehe auch bereits oben Kap. 4, II. 1. c.

¹¹⁴ Vgl. *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 6 I Rn. 103.

¹¹⁵ *Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, 2014, S. 26; *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 6 Rn. 153 DSGVO.

¹¹⁶ *Kosinski/Stillwell/Graepel*, PNAS 110 (2013), 5802 ff. konnten etwa zeigen, dass die Auswertung von online vergebenen *Facebook*-„Likes“ bei Personen, deren sonstige Eigenschaften unbekannt sind, fundierte Rückschlüsse auf private, teilweise intime persönliche Eigenschaften der Betroffenen erlauben. Dafür wurde das Surfverhalten von 58 466 Freiwilligen in den USA ausgewertet. Pro Person waren durchschnittlich 170 „Likes“ bekannt. Diese Profile waren ausreichend, um etwa in 93 % der Fälle das Geschlecht, in 82 % die Religionszugehörigkeit (christlich oder muslimisch) und in 85 % die politische Ausrichtung (Demokraten oder Republikaner) zutreffend

Pricing selbst bei bloßer Zugrundelegung einzelner bzw. isoliert betrachtet bedeutungsloser Informationen also um eine Profilbildung, der das Potenzial innewohnt, deutlich komplexere Ausmaße anzunehmen, als die bisher diskutierten praktischen Fälle nahelegen. In diesem Sinne hat auch der EuGH (mit Blick auf das Geschäftsmodell von Online-Suchmaschinen) in der *Google Spain*-Entscheidung geurteilt, dass die Erstellung eines „mehr oder weniger detaillierte[n] Profil[s]“ u. a. wegen „seiner potenziellen Schwere (...) nicht allein mit dem wirtschaftlichen Interesse (...) an der Verarbeitung der Daten gerechtfertigt werden“ kann.¹¹⁷

Die Systematik der Datenschutz-Grundverordnung gibt zu erkennen, dass Profiling grundsätzlich möglich sein muss. Zugleich macht sie aber auch deutlich, dass diese spezielle Form der Datenverarbeitung erhöhte Schutzvorkehrungen zugunsten der Betroffenen notwendig macht. Dies zeigt sich etwa am Schutzsystem, welches Art. 22 DSGVO im Kontext von Profiling und automatisierten Einzelentscheidungen etabliert. Zudem macht Art. 35 I S. 1, III lit. a DSGVO deutlich, dass systematischem und umfassendem Profiling in Verbindung mit automatisierten Einzelentscheidungen „voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten“¹¹⁸ der Betroffenen innewohnt und deshalb eine Datenschutz-Folgenabschätzung notwendig macht. Die aus diesen Normen ersichtlichen Wertungen verdeutlichen, dass Profiling-basierte Verfahren auf Seiten des Kunden zu bedeutenden persönlichkeitsrechtlichen Beeinträchtigungen führen können. Dies spricht für ein Überwiegen der kundenseitigen Interessen im Rahmen der Interessenabwägung.

Auch die der Regulierung des Widerspruchsrechts in Art. 21 DSGVO zugrunde liegenden Wertungen sprechen dafür, dass eine Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung nicht auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestützt werden kann. Art. 21 I DSGVO gewährt den datenschutzrechtlich betroffenen Personen im Kontext von auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestütztem Profiling ein Widerspruchsrecht „aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben.“¹¹⁹ Eine weitere Verarbeitung trotz Widerspruch des Betroffenen ist dann nur noch möglich, wenn der Verantwortliche sich auf „zwingende schutzwürdige Gründe“ berufen kann, die „die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen“.¹²⁰ Diese Regelungstechnik gibt dem Betroffenen die Möglichkeit an die Hand, eine individuelle Würdigung und Bewertung seiner Situation durch den Verantwortlichen zu erzwingen und die Datenverarbeitung ggf. zu unterbinden. Art. 21 II DSGVO gewährt ein (von der gewählten Rechtsgrundlage unabhängiges) Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung. Dieses

vorherzusagen. Auch konnten überwiegend zutreffende Vermutungen über die sexuelle Ausrichtung und den Beziehungsstatus der Betroffenen sowie etwa über ihren Konsum von Alkohol und Zigaretten getroffen werden. Bei vielen dieser leicht zu bestimmenden persönlichen Aspekte handelt es sich nach europäischem Verständnis um sensible Daten i. S. d. Art. 9 I DSGVO. Siehe dazu auch *Wiedemann*, *Computer Law & Security Review* 45 (2022), 1, 3 f.

¹¹⁷ EuGH, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, Rn. 80 f. (*Google Spain*).

¹¹⁸ Art. 35 I S. 1 DSGVO.

¹¹⁹ Art. 21 I S. 1 DSGVO.

¹²⁰ Art. 21 I S. 2 DSGVO. Gleiches gilt im Kontext der aktiven wie passiven Rechtsverfolgung.

Widerspruchsrecht ist im Gegensatz zum allgemeinen, im ersten Absatz formulierten bedingungslos. Diese Unterscheidung lässt sich mit einer wertenden Abstufung erklären: Direktwerbung basiert oftmals, wie auch der Normtext unterstreicht, auf Profiling und ist dementsprechend persönlichkeitsrechtlich besonders relevant. Zugleich dient sie nur den kommerziellen Interessen des Verantwortlichen. Auch wenn Direktwerbung von der Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich als berechtigtes Interesse anerkannt wird¹²¹ und die dafür notwendige Datenverarbeitung dementsprechend auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestützt werden kann, zeigt die in Art. 21 I, II DSGVO zum Ausdruck kommende Unterscheidung, dass dieser Verarbeitungszweck nur eingeschränkten Schutz erfahren soll. Aus dieser Wertung können Rückschlüsse darauf gezogen werden, wie schützenswert *Personalised Pricing* als Verarbeitungszweck ist: Direktwerbung und Preispersonalisierung arbeiten mit vergleichbaren Methoden und bezwecken jeweils eine individualisierte Kundenansprache. Daraus könnte man ableiten, dass auch eine auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestützte Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung dem Grunde nach mit den Wertungen der Datenschutz-Grundverordnung im Einklang steht und dementsprechend zulässig ist. Diese Argumentation verkennt aber, dass die tatsächlichen Auswirkungen auf den Kunden bei personalisierten Preisen potenziell deutlich stärker als bei Direktwerbung sind: Letztere erschöpft sich im „Bewerben“ der Person als solches. Personalisierte Preise hingegen zeitigen zusätzlich dazu unmittelbare finanzielle Auswirkungen auf den Kunden, die durchaus nachteilig sein können. Ihre Eingriffsintensität geht qualitativ über die der Direktwerbung hinaus, da nicht nur persönlichkeitsrechtliche, sondern auch finanzielle Belange auf Kundenseite betroffen sind. Die Eingriffsintensität ist in der Summe also (zumindest potenziell) noch einmal stärker als in den von Art. 21 II DSGVO erfassten Fallkonstellationen. Dies spricht dafür, dass die Interessenabwägung beim *Personalised Pricing* zugunsten des Kunden ausfällt und Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann.

Unabhängig von diesen dogmatischen Erwägungen führt die isolierte Betrachtung der wirtschaftlichen Interessen des Kunden zu weniger eindeutigen Ergebnissen. Preispersonalisierung kann sich bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf Kundenseite positiv oder negativ auswirken. Als Prämisse gilt, dass der Anbieter ein grundsätzliches, übergeordnetes Interesse daran hat, langfristig einen möglichst hohen Gewinn zu generieren und personalisierte Preise zu diesem Zweck einzusetzen. Finanzielle Vorteile auf seiner Seite können sich zu Lasten eines Kunden auswirken, wenn dieser aufgrund der Personalisierung mehr zahlt als andere. In den Fällen, in denen der Kunde (etwa nach Weiterleitung von einem Preisvergleichsportale) mit einer Preisreduktion zum Kauf verleitet werden soll, profitiert er hingegen in der Einzelfallbetrachtung. Deshalb würde es zu kurz greifen, bei der Bewertung der wirtschaftlichen Kundeninteressen nur auf die Überlegung abzustellen, dass

¹²¹ Erwägungsgrund 47 DSGVO a. E.

personalisierte Preise geeignet sind, ärmeren Kunden den Zugang zu einem Gut bzw. einer Dienstleistung überhaupt erst zu ermöglichen.¹²²

Gleichermaßen nicht verallgemeinerungsfähig sind die ökonomischen Auswirkungen bei Betrachtung nicht nur des einzelnen, sondern aller Kunden, sowie der Wettbewerber des Anbieters. Nicht überzeugend wäre das – aus Anbietersicht nahe liegende – Argument, dass der Kunde bei einem Geschäftsmodell, welches als Folge der Personalisierung nur eine Absenkung des Preises kennt, stets bevorteilt wird und dieser wirtschaftliche Vorteil somit zugunsten der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung in der Abwägung zu berücksichtigen ist. Das planmäßige Nichtgewähren eines Rabatts bei den Kunden, die etwa bestimmte Kriterien nicht erfüllen, stellt ökonomisch betrachtet für sie nämlich wiederum einen Nachteil im Vergleich zu denjenigen Kunden dar, die den Rabatt erhalten. Eine reine Bevorteilung ist deshalb – unabhängig von der Frage, ob Kunden eine derartige Preisgestaltung als fair oder unfair empfinden – gerade nicht gegeben. Für die Interessenabwägung im Rahmen des Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO können die ökonomischen Auswirkungen personalisierter Preise auf Kundenseite also nur sehr bedingt fruchtbar gemacht werden. Sie sprechen weder für noch gegen die Zulässigkeit der Datenverarbeitung.

ddd. Rolle von Dritten

Die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des einzelnen Kunden werden in ihrem Gewicht verstärkt durch die Auswirkungen, die die auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestützte Datenverarbeitung auf andere Kunden, also Dritte hätte. Der Wortlaut der Norm nennt Dritte auf Betroffenen- bzw. Kundenseite nicht als zu berücksichtigende Interessenträger. Im Gegensatz dazu werden die „berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten“ auf Seiten des Anbieters geschützt. Dennoch wird man auch auf Kundenseite die Interessen Dritter richtigerweise nicht gänzlich unberücksichtigt lassen können.¹²³

Profiling basiert auf dem Prinzip der automatisierten Gruppenbildung (anhand abstrakter Vergleichsdaten) und der Einordnung des konkreten Kunden in die richtige Vergleichsgruppe (anhand personenbezogener Daten). Das jeweilige Ergebnis – im hiesigen Kontext vor allem Aussagen über die individuelle Preissensitivität bzw. über den vermuteten Reservationspreis – wird dem einzelnen Kunden automatisiert zugewiesen und stellt damit ein „neues“ personenbezogenes Datum dar. Die aus dem Profiling erwachsenden Erkenntnisse beeinflussen also nicht nur den einzelnen Kunden, dem gegenüber der Anbieter sich auf Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO berufen würde. Sie fließen auf einer abstrakteren Ebene auch in die Gruppenbildung und damit in die Bewertung anderer, zukünftiger Kunden mit ein.¹²⁴ So entsteht eine

¹²² Vgl. dazu *Golland*, CR 2020, 186, 190 f. Rn. 25 und *Zurth*, AcP 221 (2021), 514, 539.

¹²³ Ähnlich *Schantz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 I Rn. 102.

¹²⁴ Vgl. zu diesem Phänomen und potenziellem Problem allgemein *Rofnagel*, ZD 2013, 562, 566 („*anonyme Vergemeinschaftung*“).

indirekte Rückkoppelung, die die sie betreffenden (zukünftigen, Profiling-basierten) personenbezogenen Daten beeinflusst¹²⁵ und damit zu tatsächlichen Auswirkungen auf diese führt.¹²⁶

Im Rahmen der Interessenabwägung ausschließlich die Auswirkungen auf den einzelnen Kunden zu berücksichtigen, würde damit den Datenschutz Dritter ignorieren. Dogmatisch lässt sich dies auch mit dem Wortlaut der Norm begründen. Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO spricht von den „*Interessen (...) der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern*“. Diese Formulierung ist im Vergleich zum Wortlaut des Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO (Einwilligung) allgemein gehalten, spricht dieser doch von die Person „*betreffenden personenbezogenen Daten*“. Dieser Ausdruck hätte auch in Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gewählt werden können, um deutlich zu machen, dass im Rahmen der Interessenabwägung nur die die Kunden „betreffenden“ personenbezogenen Daten, nicht aber die von Dritten zu berücksichtigen sind. Die persönlichkeitsrechtlichen Interessen Dritter verstärken damit die Position des Kunden im Rahmen der Abwägungsentscheidung.

eee. Zwischenergebnis

Bei einer Gegenüberstellung und wertenden Abwägung der auf Kunden- und Anbieterseite betroffenen Interessen überwiegen diejenigen der Kunden. Dies ergibt sich vor allem angesichts der hohen persönlichkeitsrechtlichen Relevanz, die mit Preispersonalisierung aufgrund der ihr methodisch zugrunde liegenden Profilbildung einhergeht. Dieses Ergebnis lässt sich zudem mit systematischen Erwägungen untermauern. Die wirtschaftlichen Interessen des Anbieters alleine können nicht ausreichen, um derart weitreichende Verarbeitungsformen zu legitimieren. Die wirtschaftlichen Auswirkungen auf Kundenseite spielen dabei aufgrund ihrer Diversität und damit einhergehenden Unbestimmtheit keine eigenständige Rolle. Eine Datenverarbeitung zum Zwecke des *Personalised Pricings* kann demnach nicht auf die allgemeine Interessenabwägungsklausel des Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO gestützt werden.¹²⁷ Der Anbieter muss für diesen Verarbeitungszweck vom Kunden stets eine Einwilligung i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO einholen.

¹²⁵ In diesem Sinne argumentiert auch (in einem allgemeineren Kontext) *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1, 38 f.: „*Als personenbezogen müssten aber auch Daten eingeordnet werden, die entstehen, wenn jemand ohne Zugriff auf dessen personenbezogene Daten im bisherigen Sinne im Zuge prädiktiver Analytik einer Personengruppe zugeordnet wird, deren ‚Mitgliedern‘ bestimmte Eigenschaften zugeschrieben werden (etwa betreffend die Gesundheit, Finanzkraft oder sexueller Orientierung), an die aktuell oder potentiell belastende Folgen für die betroffene Person geknüpft werden können.*“

¹²⁶ Vgl. *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 I Rn. 102.

¹²⁷ So auch *ders.*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 6 I Rn. 107 und *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 360. Nicht ganz eindeutig *Steppe*, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), 768, 780.

c. Transparenzpflichten

Art. 13–15 DSGVO formulieren ein umfassendes Bündel von Transparenzpflichten, welche den Anbieter dem Kunden gegenüber verpflichten. Art. 13 DSGVO postuliert eine Informationspflicht des Anbieters, die im Zeitpunkt der ersten Erhebung personenbezogener Daten greift. Erhebt er etwa kundenbezogene technische Daten¹²⁸ im Moment des Seitenaufrufs, um sie zum Zwecke der Preispersonalisierung zu verarbeiten, greifen die Informationspflichten, die sich – vorbehaltlich des Art. 13 IV DSGVO – aus Art. 13 I, II DSGVO ergeben. Gleiches gilt, wenn er beispielsweise personenbezogene Daten einem Kundenprofil hinzufügt. Art. 14 DSGVO formuliert ähnliche Informationspflichten. Er kommt in den Situationen zur Anwendung, in denen die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person selbst erhoben werden. Dies ist im hiesigen Kontext etwa dann relevant, wenn der Anbieter auf Daten zurückgreift, die von Dritten (wie etwa Auskunftseien) oder aus öffentlichen Quellen (wie etwa sozialen Netzwerken, in denen der Kunde mit öffentlich zugänglichem Profil aktiv ist) herrühren.¹²⁹ Das Auskunftsrecht des Art. 15 I DSGVO muss im Gegensatz zu den vom Anbieter unaufgefordert zu erfüllenden Informationspflichten vom Kunden aktiv geltend gemacht werden.

Der Anbieter muss Preispersonalisierung als Zweck der Datenverarbeitung nennen, Art. 13 I lit. c, 14 I lit. c, 15 I lit. a DSGVO.¹³⁰ Darüber hinaus sind vor allem die in Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g, 15 I lit. h DSGVO (wortgleich) enthaltenen Transparenzregelungen von herausgehobener Relevanz. Die Informations- bzw. Auskunftspflicht bezieht sich demnach auf das Folgende: „*das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und – zumindest in diesen Fällen – aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person*“. Die Normen bestimmen, in welchem Ausmaß dem Kunden im Kontext von Profiling und automatisierten Entscheidungen, also den konzeptionellen Grundlagen von *Personalised Pricing*, Auskunft erteilt werden muss. Es bestehen damit einige Überschneidungen mit den Anforderungen, die an eine wirksame Einwilligungserklärung gestellt werden, welche „*in informierter Weise*“ (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) erteilt werden muss.¹³¹ Eine unzureichende Befolgung der Transparenzvorschriften führt allerdings nicht zum Wegfall der Rechtsgrundlage (im Gegensatz zu einem Verstoß gegen die Anforderungen an eine wirksame Einwilligungserklärung).¹³²

¹²⁸Bei diesen handelt es sich nach hiesiger Ansicht um personenbezogene Daten, siehe bereits oben Kap. 11, I. 1. a. bb.

¹²⁹Vgl. *Bäcker*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 13 Rn. 16 DSGVO.

¹³⁰*Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 358 f.; *dies.*, in: Kohl/Eisler (Hrsg.), Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law, 2021, S. 174, 184.

¹³¹Die Einwilligung des Kunden ist nach hiesiger Ansicht die einzige taugliche Rechtsgrundlage für eine Datenverarbeitung zwecks Preispersonalisierung.

¹³²Ein Verstoß gegen die Transparenzpflichten ist allerdings gem. Art. 83 V lit. b DSGVO bußgeldbewehrt.

Wie bereits festgestellt, verpflichten die Normen den datenschutzrechtlich verantwortlichen Anbieter recht weitreichend. Sie beziehen sich sowohl auf die zweite als auch auf die dritte Stufe des hier entwickelten 3-stufigen Modells. Ausgehend von den bereits weiter oben aufgestellten Grundsätzen ist der Anbieter verpflichtet, die Systemfunktionalität des Profilings und der darauf aufbauenden preislichen Entscheidungen auf einem abstrakten, aber dennoch aussagekräftigen Niveau zu erläutern. Dies bezieht sich auch auf den internen Zusammenhang zwischen den beiden Stufen. Es muss klar sein, dass bestimmte Erkenntnisse auf Stufe 2 zu bestimmten Ergebnissen auf Stufe 3, auf der der Preis bestimmt wird, führen können. Dabei müssen zumindest die für die Personalisierung des Preises relevanten Datenkategorien und die den Kunden betreffenden, zur Berechnung des Preises konkret herangezogenen Daten offengelegt werden. Der Kunde muss erkennen können, welche aus seiner Sphäre herrührenden Faktoren den Preis beeinflussen. Dies bedeutet aber nicht, dass er in der Lage sein muss, die „richtige“ Preisbestimmung nachrechnen bzw. inhaltlich kontrollieren zu können.¹³³ Eine Mitteilung der konkreten Gewichtung der einzelnen Faktoren und der dabei verwendeten Vergleichsgruppen kann nicht verlangt werden, da der Anbieter ein schützenswertes Interesse an Geheimhaltung dieser Informationen hat.¹³⁴ Der Preis stellt aus Sicht der Anbieter einen der wichtigsten Wettbewerbsparameter dar, seine Höhe und Bestimmung sind für ihn essenziell wichtig. Die betriebswirtschaftlichen Hintergründe seines Zustandekommens sind mithin schützenswert, sodass eine umfassende Offenlegungspflicht nicht verlangt werden kann. Eine solche wäre für den Kunden auch weder hilfreich noch zwingend notwendig, um sein Datenschutzrecht zu wahren. Die „*involvierte Logik*“ muss aber in ihren Grundzügen mit für den Kunden verständlichen Worten kommuniziert werden. Dementsprechend wäre etwa darauf hinzuweisen, dass das vom Kunden verwendete Endgerät oder die Weiterleitung von einem Preisvergleichsportal zu angepassten Preisen bzw. zur Einräumung von individuellen Rabatten führen kann. Diese vom Anbieter „*angestrebten Auswirkungen*“ müssen als solche erkennbar sein, um dem Grundsatz der Transparenz (Art. 5 I lit. a DSGVO) zu entsprechen.

2. Zwischenergebnis

Kundenbezogene technische Daten, die (zumindest auch) zum Zwecke der Personalisierung von Preisen erhoben werden, sind in aller Regel personenbezogen i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Die Datenschutz-Grundverordnung ist in diesem Kontext mithin grundsätzlich anwendbar, Art. 2 I DSGVO. Als Rechtsgrundlage für die Daten-

¹³³ Vgl. dazu die Formulierung bei BGH, NJW 2014, 1235, 1237 Rn. 25 (*Schufa*) im Kontext von Kredit-Scoring: „*Vielmehr soll eine allgemeine Beschreibung des Zustandekommens des Scorerwerts genügen (...). Die Nachvollziehbarkeit des Zustandekommens bedeutet demnach nicht dessen Nachrechenbarkeit und Überprüfbarkeit der Berechnung, sondern insbesondere die schlüssige Erkenntnismöglichkeit, welche Faktoren die ausgewiesene Bewertung beeinflusst haben.*“ Diese Grundsätze sind auf Preispersonalisierung übertragbar.

¹³⁴ Vgl. weiter BGH, NJW 2014, 1235, 1236–1238 (*Schufa*) im Kontext von Kredit-Scoring zum Auskunftsanspruch nach § 34 IV BDSG a. F.

verarbeitung kommt einzig eine Einwilligung des Kunden i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO in Betracht,¹³⁵ welche sich auf den kompletten Verarbeitungsvorgang – mithin auf alle drei Stufen des Modells – beziehen muss. Dementsprechend spielt es keine Rolle, ob im konkreten Fall der Anwendungsbereich des § 25 I S. 1 TTDSG eröffnet ist, da ohnehin eine Einwilligung i. S. d. Art. 4 Nr. 11 DSGVO eingeholt werden muss.¹³⁶ Die anwendbaren, recht weitreichenden Wirksamkeitsvoraussetzungen (vgl. Art. 4 Nr. 11 und 7 DSGVO) werden von den Transparenzpflichten der Art. 13–15 DSGVO flankiert. Das mit den Transparenzpflichten gekoppelte Einwilligungserfordernis stellt einen vorgelagerten Schutz vor Diskriminierung geschützter Gruppen durch personalisierte Preise dar.

II. Zweite Stufe: Datenauswertung

1. Datenschutzrecht

Die Auswertung der personenbezogenen Daten zwecks Bestimmung der Zahlungsbereitschaft des einzelnen Kunden ist ein rein datenschutzrechtlich relevanter Sachverhalt. Wie bereits festgestellt, enthält der verfügende Teil der Datenschutz-Grundverordnung keine spezifischen Vorgaben dahingehend, wie Profiling – die Grundlage personalisierter Preise – durchzuführen ist. Erwägungsgrund 71 DSGVO formuliert allerdings in seinem zweiten Absatz konkretere qualitative Handlungsmaßstäbe, die sich ausdrücklich auf Profiling beziehen. Sie können herangezogen werden, um die allgemeinen Datenschutzgrundsätze des Art. 5 I DSGVO auszulegen und inhaltlich zu konturieren, wenn Anbieter Profiling zwecks Preispersonalisierung einsetzen.

a. Allgemeine Vorgaben (ErwG. 71 DSGVO)

Der Verantwortliche ist gem. Erwägungsgrund 71 DSGVO gehalten, „geeignete mathematische oder statistische Verfahren für das Profiling“ zu verwenden. Eine ähnliche Formulierung hat der deutsche Gesetzgeber in § 28b Nr. 1 BDSG a. F. bei der Regulierung von Scoring verwendet („wissenschaftlich anerkannte[s] mathematisch-statistische[s] Verfahren“) und in § 31 I Nr. 2 BDSG n. F. beibehalten.¹³⁷ Der Ausdruck „geeignete mathematische oder statistische Verfahren“ ist recht weit, ebenso wie das damit verfolgte Ziel der „fairen und transparenten Verarbeitung“, welches zwar mehrfach in den Erwägungsgründen und dreimal im

¹³⁵ So auch Gleixner, VuR 2020, 417, 418 f.; Hofmann/Freiling, ZD 2020, 331, 335 und Poort/Zuiderveen Borgesius, in: Kohl/Eisler (Hrsg.), Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law, 2021, S. 174, 185.

¹³⁶ Vgl. den Verweis in § 25 I S. 2 TTDSG. Siehe dazu bereits weiter oben Kap. 10, I. 2. d.

¹³⁷ Zur Europarechtskonformität von § 31 BDSG n. F. siehe oben Kap. 9, I. 2. Fn. 19.

verfügbaren Teil der Verordnung verwendet, aber nicht definiert wird.¹³⁸ Aus der Formulierung kann abgeleitet werden, dass dem Profiling in technischer Hinsicht Verfahren zugrunde gelegt werden müssen, die ein gewisses Maß an Zuverlässigkeit und Objektivität aufweisen und von ihrer Konzeption her frei von rein willkürlichen Erwägungen sind. Diese Vorgabe kann über Art. 5 I lit. d DSGVO (Grundsatz der Richtigkeit personenbezogener Daten) in den verfügbaren Teil der Datenschutz-Grundverordnung hineingelesen werden.

Zudem soll der Verantwortliche „*technische und organisatorische Maßnahmen treffen, mit denen in geeigneter Weise insbesondere sichergestellt wird, dass Faktoren, die zu unrichtigen personenbezogenen Daten führen, korrigiert werden und das Risiko von Fehlern minimiert wird*“. Auch dies ist eine inhaltliche Konkretisierung von Art. 5 I lit. d DSGVO.¹³⁹ Der Wortlaut lässt darauf schließen, dass primär beim Verfahren selbst, also der Datenverarbeitung, angesetzt werden soll, um Fehler zu vermeiden. Ein adäquates Verfahren soll möglichst fehlerfreie Ergebnisse garantieren. Insoweit besteht eine inhaltliche Verbindung zu der im gleichen Absatz geforderten Geeignetheit der zum Einsatz kommenden mathematischen oder statistischen Verfahren.

Diese Herangehensweise ist angesichts der methodischen Grundlagen von Profiling sachgerecht. Die Richtigkeit personenbezogener Daten i. S. d. Art. 5 I lit. d DSGVO kann grundsätzlich nur bei Tatsachenangaben objektiv festgestellt werden, nicht aber bei wertenden Aussagen oder Meinungsäußerungen.¹⁴⁰ Profiling stellt eine Bewertung persönlicher Aspekte dar, Art. 4 Nr. 4 DSGVO. Es basiert auf mathematischen und statistischen Methoden. Die auf diese Weise gefundenen Ergebnisse sind Ausdruck von Wahrscheinlichkeitsberechnungen, welche ihrer Natur nach nicht immer eine wahre Auskunft über die persönlichen Aspekte des Betroffenen geben können. Ihnen liegen Interpretationen zugrunde. Diese können konzeptionell nicht den Anspruch auf Richtigkeit in allen Fällen erheben, da sie zumindest in manchen Fällen nahezu zwangsläufig falsche Ergebnisse produzieren. Die Zielvorgabe des Erwägungsgrundes 71 DSGVO, das Fehlerrisiko zu minimieren, soll also dergestalt realisiert werden, dass bereits im Vorfeld der Generierung von Ergebnissen durch geeignete Verfahren sichergestellt wird, dass ein der jeweiligen konkreten Situation angemessener Grad an „Richtigkeit“ erreicht wird. Anders formuliert geht es um die Gewährleistung einer der konkreten Situation angemessenen Fehlertoleranz.

Bei der Bestimmung, welche Arten von Fehlern wie häufig vorkommen dürfen, kommt dem jeweiligen Kontext eine entscheidende Rolle zu. Es kommt auf die Umstände der Erhebung der personenbezogenen Daten an, die zum Profiling verwendet werden, auf die Bedeutung des Ergebnisses des Profilings für den Betroffenen und auf den Grad an Sensibilität seiner Bewertung. Der zweite Absatz von Er-

¹³⁸ Art. 13 II, 14 II, 40 II lit. a DSGVO.

¹³⁹ Pötters, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32022, Art. 5 Rn. 25 DSGVO.

¹⁴⁰ Herbst, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 5 Rn. 60 DSGVO.

wägungsgrund 71 erlaubt unter Berücksichtigung des Wortlauts von Art. 4 Nr. 4 DSGVO („*Bewertung*“) damit eine flexible Auslegung von Art. 5 I lit. d DSGVO, welcher zu „*angemessenen Maßnahmen*“ verpflichtet, um „*im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung*“ unrichtige personenbezogene Daten zu berichtigen bzw. durch Löschung zu bereinigen.

Übertragen auf Preispersonalisierung kann aus diesen Erwägungen kein bedeutender inhaltlicher Mehrwert gezogen werden, der über die eingangs diskutierte Verpflichtung zum Einsatz geeigneter mathematischer oder statistischer Verfahren hinausgeht. Die Vorschriften des Erwägungsgrundes 71 DSGVO sind darauf ausgerichtet, den Betroffenen (hier: den Kunden) vor Ergebnissen zu schützen, die ihm aufgrund mangelhafter Profiling-Verfahren schaden können. Das Schadenspotenzial von Preispersonalisierung ist allerdings eher gering einzustufen. Die Bestimmung der Zahlungsbereitschaft durch Profiling hat zwar persönlichkeitsrechtliche Relevanz, sodass die Forderung nach technischen und organisatorischen Maßnahmen gerechtfertigt ist.¹⁴¹ Preispersonalisierung ist von seiner Eingriffsintensität her aber nicht mit der (beispielhaft gedachten) Profiling-basierten staatlichen Leistungsverwaltung oder mit dem Erlass belastender Verwaltungsakte vergleichbar, denen der Betroffene ausgeliefert ist und gegen die er sich aktiv (etwa per Widerspruch oder Klage) wehren müsste. Auch sind die faktischen Konsequenzen für ihn nicht so stark wie im (in Erwägungsgrund 71 DSGVO beispielhaft genannten) Fall der automatisierten Ablehnung eines Kreditantrags. Der Kunde kann im Regelfall autonom entscheiden, ob er ein Produkt oder eine Dienstleistung kaufen möchte. Das zu vermeidende „*Risiko von Fehlern*“ wäre im Fall von Preispersonalisierung ein „falscher“ Preis. Da der Preis im Kern eine reine Zahlengröße ist, kann der Fehler nur darin liegen, dass er „zu hoch“ oder „zu niedrig“ in Relation zum Reservationspreis des Kunden angesetzt ist. Unabhängig davon, ob eine derartige Kategorisierung von Preisen überhaupt sinnvoll und möglich ist, wäre der Schaden für den Kunden stets überschaubar: Im Falle eines „zu hohen“ Preises müsste er nicht kaufen. Ein „zu geringer“ Preis ginge zu Lasten des Anbieters, sodass eine Schlechterstellung des Kunden von vornherein ausscheidet.

b. Diskriminierungsverbot (ErwG. 71 DSGVO)

aa. Dogmatische Einordnung

Erwägungsgrund 71 DSGVO formuliert in seinem zweiten Absatz ein Diskriminierungsverbot zugunsten verschiedener geschützter Gruppen. Der Verantwortliche soll „*verhindern, dass es gegenüber natürlichen Personen aufgrund von Rasse, eth-*

¹⁴¹ Dieser „Schutz durch Technik“ lässt sich auch aus dem weiteren Text des zweiten Absatzes von Erwägungsgrund 71 DSGVO ablesen. Demnach sind personenbezogene Daten in einer Weise zu sichern, „*dass den potenziellen Bedrohungen für die Interessen und Rechte der betroffenen Person Rechnung getragen wird*“. Diese Verpflichtung konkretisiert den Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit (Art. 5 I lit. f DSGVO).

nischer Herkunft, politischer Meinung, Religion oder Weltanschauung, Gewerkschaftszugehörigkeit, genetischer Anlagen oder Gesundheitszustand sowie sexueller Orientierung zu diskriminierenden Wirkungen oder zu einer Verarbeitung kommt, die eine solche Wirkung hat.“ Diese Handlungsanweisung ist angesichts des der Datenschutz-Grundverordnung innewohnenden Diskriminierungsschutzes nicht überraschend. Bemerkenswert ist allerdings die verwendete Regelungsmethodik, die sich eines Handlungsverbots bedient: Dem Verantwortlichen ist es verboten, Datenverarbeitungsverfahren zu verwenden, die bestimmte diskriminierende Ergebnisse produzieren. Im Gegensatz zu Art. 9 I DSGVO nimmt das Diskriminierungsverbot des Erwägungsgrundes 71 DSGVO einen *ex post*-Blickwinkel ein. Es bezieht sich auf tatsächlich eintretende Diskriminierungen und verpflichtet den Verantwortlichen, diese zu verhindern (vgl. den Wortlaut: „*verhindern, dass es (...) zu diskriminierenden Wirkungen oder zu einer Verarbeitung kommt, die eine solche Wirkung hat*“). Diese Herangehensweise weicht vom präventiven Ansatz ab, den die Datenschutz-Grundverordnung in ihrem verfügbaren Teil, vor allem in Art. 9 I, 22 IV DSGVO verfolgt.

Alle in Erwägungsgrund 71 DSGVO genannten geschützten Gruppen sind auch in Art. 9 I DSGVO aufgeführt.¹⁴² Er kommt also in der Regel¹⁴³ zur Anwendung,

¹⁴² Erstaunlicherweise wird das Geschlecht des Betroffenen in Erwägungsgrund 71 DSGVO nicht genannt. Bei Art. 9 I DSGVO ist dies nachvollziehbar, da sich das Geschlecht regelmäßig z. B. mit Blick auf den Vornamen einer Person mit hoher Wahrscheinlichkeit bestimmen lässt und damit aus dem Datum „Vorname“ hervorgeht i. S. d. Art. 9 I DSGVO. Der Anwendungsbereich von Art. 9 I DSGVO wäre damit stark ausgeweitet, ohne dass dies durch eine besonders hohe, abstrakte Diskriminierungsgefahr gerechtfertigt wäre. Er käme immer zur Anwendung, wenn Vornamen erhoben werden. Beim Wortlaut des Erwägungsgrundes 71 DSGVO hingegen geht es um tatsächlich eintretende Diskriminierungen „*aufgrund*“ bestimmter Merkmale. Es ist kein Grund ersichtlich, warum das Verbot von Geschlechterdiskriminierung nicht im Wortlaut angelegt ist, zumal das Verbot der Geschlechterdiskriminierung auf europäischer Ebene die längste Tradition hat (*Agentur der Europäischen Union für Grundrechte/Europarat*, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht (Ausgabe 2018), 2018, S. 21).

¹⁴³ Die Anwendbarkeit von Art. 9 DSGVO ist unproblematisch zu bejahen, wenn die Datenkategorien, die in seinem ersten Absatz genannt werden, als Input des Profilings verwendet werden. Auch wenn aus Daten, die nicht sensibel sind, mit den Methoden des Profilings auf sensible Daten geschlossen werden soll, kommt Art. 9 DSGVO zur Anwendung (z. B. im Falle der Bewertung des Gesundheitszustands einer Person aufgrund der Auswertung ihres Kaufverhaltens, vgl. dazu *Weichert*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 9 Rn. 24 DSGVO und allgemein EuGH, C-184/20, ECLI:EU:C:2022:601, Rn. 117–128 (*Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*). *Finck*, in: Kohl/Eisler (Hrsg.), *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, 2021, S. 95, 102 f. weist darauf hin, dass die Bestimmung des genauen Zeitpunktes, ab dem Daten als sensibel einzustufen sind, in derlei Konstellationen schwierig ist, zumal der Verantwortliche (erst) ab diesem Zeitpunkt mit den erhöhten Anforderungen des Art. 9 DSGVO konfrontiert ist. Die Anwendbarkeit von Art. 9 DSGVO ist allerdings dann abzulehnen, wenn sowohl die Input- als auch die Output-Daten des Profilings keine sensiblen Daten sind, gleichwohl aber eine mittelbare Diskriminierung geschützter Gruppen eintritt. Beispiel: Für Kredit-Scoring werden Daten verwendet, die nicht sensibel sind, und zu einem Score-Wert verarbeitet. Eine solche Bewertung der Kreditwürdigkeit fällt nicht unter Art. 9 I DSGVO. Score-Werte können aber mittelbar diskriminierend wirken, wenn etwa der Wohnort einer Person bei der Erstel-

wenn Profiling mit diskriminierender Wirkung eingesetzt wird. Die *ex post*-Betrachtungsweise des Erwägungsgrundes 71 DSGVO ist aber umfassender als der präventive Ansatz des Art. 9 I DSGVO. So wäre beispielsweise denkbar, dass ein diskriminierendes Profiling-Verfahren eingesetzt wird, welches sensible personenbezogene Daten verarbeitet, die der Betroffene „*offensichtlich öffentlich gemacht hat*“ i. S. d. Art. 9 II lit. e DSGVO. Den Vorgaben des Art. 9 DSGVO wäre damit Genüge getan, ohne dass dieser die Diskriminierung tatsächlich verhindern konnte. Dagegen wäre dieser Fall von Erwägungsgrund 71 DSGVO erfasst. Der Verantwortliche hätte, die Anwendbarkeit des Verbots unterstellt, die Verpflichtung, dieses Ergebnis angesichts seiner „*diskriminierenden Wirkungen*“ zu verhindern. Der von Erwägungsgrund 71 DSGVO intendierte Diskriminierungsschutz geht also inhaltlich weiter. Art. 9 DSGVO reicht nicht aus, um das gleiche Schutzniveau zu garantieren. Insoweit besteht ein qualitativer Unterschied.

Die Formulierung des Diskriminierungsverbots in den Erwägungsgründen – und damit außerhalb des verfügenden Teils der Verordnung – ist aus dogmatischer Sicht problematisch. Hoheitlich handelnden Stellen sind Diskriminierungen natürlicher Personen aufgrund höherrangigen Rechts ohnehin verboten, wie sich etwa aus Art. 21 GRCh, Art. 3 III GG ergibt. Insoweit ist das Diskriminierungsverbot in Erwägungsgrund 71 DSGVO deklaratorisch und hat keinen eigenen Aussagegehalt. Die rechtliche Ausgangslage ist allerdings eine andere, wenn es – wie im Fall von personalisierten Preisen – um Rechtsverhältnisse zwischen Privaten geht. Privatleute sind nicht unmittelbar an die verfassungsrechtlichen Gebote und Verbote gebunden, da sie nicht hoheitlich, sondern privatautonom handeln. Ein generelles Diskriminierungsverbot besteht für sie nicht. Um für private Normadressaten ein solches aufzustellen, ist angesichts der grundrechtlichen Relevanz eines solchen Verbots eine gesetzliche Grundlage notwendig. Ausschließlich auf einen Erwägungsgrund kann ein solches Verbot nicht gestützt werden. Die Frage ist also, ob der Verantwortliche (hier: der Anbieter) auch den erhöhten Anforderungen des in Erwägungsgrund 71 DSGVO enthaltenen Diskriminierungsverbots genügen muss, obwohl es in seiner dortigen Form nicht im Wortlaut des verfügenden Teils enthalten ist.

Konkret ist zu prüfen, ob einer der Datenschutzgrundsätze des Art. 5 I DSGVO im Kontext von Profiling inhaltlich durch das Diskriminierungsverbot des Erwägungsgrundes 71 DSGVO konkretisiert und normativ ausgefüllt werden kann. Dies wäre dann auch von privaten Anbietern zu beachten, wenn sie Profiling zum Zwecke der Preispersonalisierung einsetzen. Ansonsten wäre der Erwägungsgrund nur deklaratorisch für staatliches Handeln. Dogmatisch sind verschiedene Ansatzpunkte denkbar, um Art. 5 I DSGVO auszulegen: Über die Erwägungsgründe hinaus kommen die übrigen Regelungen im verfügenden Teil sowie grundrechtrechtliche Wertungen in Betracht, die mittelbare Geltung bei der Auslegung von Generalklauseln entfalten.

lung einer Bewertung berücksichtigt wird und dort eine bestimmte ethnische Gruppe überproportional häufig vertreten ist.

bb. Konkretisierung der Datenschutzgrundsätze

Die allgemeinen Datenschutzgrundsätze des Art. 5 I DSGVO haben jeweils einen eigenen Aussagegehalt, werden inhaltlich zugleich aber durch die restlichen Normen der Datenschutz-Grundverordnung konkretisiert.¹⁴⁴ Insofern besteht eine Wechselwirkung zwischen den allgemeinen und den speziellen Regelungen des verfügbaren Teils. Art. 9 I DSGVO dient u. a. dem Schutz vor Diskriminierung, indem er für die Verarbeitung sensibler Daten erhöhte Zulässigkeitsvoraussetzungen postuliert.¹⁴⁵ Er transferiert die Wertungen des Art. 21 GRCh in den verfügbaren Teil der Datenschutz-Grundverordnung, indem er anerkennt, dass einige der von ihm besonders geschützten Merkmale einem besonderen Diskriminierungsrisiko unterliegen.¹⁴⁶ Der Gedanke hinter der Norm ist, dass eine Diskriminierung aufgrund Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe dadurch faktisch erschwert oder unmöglich gemacht wird, dass die einschlägigen Informationen gar nicht erst verarbeitet und verbreitet werden.¹⁴⁷ Art. 9 DSGVO verbietet damit nicht die Diskriminierung als solche. Er setzt stattdessen im Vorfeld einer drohenden Diskriminierung an und erschwert diese dadurch, dass seitens des Betroffenen deutlich erhöhte Einflussnahme- und Kontrollmöglichkeiten im Vergleich zu den Vorgaben des Art. 6 I S. 1 DSGVO bestehen.¹⁴⁸ Der auf diese Weise bezweckte Diskriminierungsschutz soll zudem gerade auch im Kontext von Profiling und automatisierten Einzelentscheidungen Geltung erlangen, wie aus Art. 22 IV DSGVO ersichtlich wird: Es gelten erhöhte Anforderungen an Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot vollständig automatisierter Einzelentscheidungen, soweit diese auf sensiblen Daten i. S. d. Art. 9 DSGVO beruhen und demzufolge eine erhöhte Diskriminierungsgefahr für den von der Entscheidung Betroffenen besteht.¹⁴⁹ Art. 9 I und 22 IV DSGVO enthalten also die grundsätzliche Wertung, dass im Kontext von Profiling eine Diskriminierung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe auch zwischen Privaten abzulehnen ist. Diese Wertung kann bei der Auslegung der in Art. 5 I DS-

¹⁴⁴ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 5 Rn. 11 DSGVO.

¹⁴⁵ Vgl. dazu Erwägungsgrund 51 DSGVO: „*Personenbezogene Daten, die ihrem Wesen nach hinsichtlich der Grundrechte und Grundfreiheiten besonders sensibel sind, verdienen einen besonderen Schutz, da im Zusammenhang mit ihrer Verarbeitung erhebliche Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten auftreten können.*“ Auch Erwägungsgrund 75 DSGVO warnt davor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Diskriminierung führen kann.

¹⁴⁶ Vgl. Weichert, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 9 Rn. 15 DSGVO.

¹⁴⁷ Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 1 Rn. 14 DSGVO.

¹⁴⁸ So ist gem. Art. 9 II lit. a DSGVO beispielsweise eine „*ausdrücklich[e]*“ Einwilligung in die Datenverarbeitung notwendig. Sie kann also nicht konkludent erteilt werden, wie es bei Art. 6 I S. 1 lit. a i. V. m. 4 Nr. 11, 7 DSGVO grundsätzlich der Fall ist. Auch enthält Art. 9 II DSGVO keine allgemeine Interessenabwägungsklausel, die Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO vergleichbar wäre.

¹⁴⁹ Vgl. Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 44 DSGVO.

GVO enthaltenen Datenschutzgrundsätze herangezogen werden. Damit bestehen dogmatische Anknüpfungspunkte innerhalb des verfügbaren Teils, die für die Existenz eines Diskriminierungsverbotes sprechen, welches auch Private verpflichtet.

Denkbar wäre, dass das Diskriminierungsverbot des Erwägungsgrundes 71 DSGVO in den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung gem. Art. 5 I lit. a DSGVO hineingelesen werden kann. Dieser besagt, dass personenbezogene Daten immer „auf rechtmäßige Weise“ verarbeitet werden müssen. Nach vorzugswürdigem engem Verständnis bedeutet dies aber nur, dass für das komplette Ausmaß der Datenverarbeitung eine Rechtsgrundlage vorliegen muss.¹⁵⁰ Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit zielt also nur auf das „Ob“ der Datenverarbeitung ab, nicht auf das „Wie“. Die Geltung des hier diskutierten Diskriminierungsverbots ist aber unabhängig von der Frage, ob die Vorgaben des Art. 6 I S. 1 DSGVO erfüllt sind. Art. 5 I lit. a DSGVO kann also nicht als Anknüpfungspunkt für das Diskriminierungsverbot des Erwägungsgrundes 71 DSGVO fruchtbar gemacht werden.

Tauglicher Anknüpfungspunkt ist aber der Grundsatz der „Verarbeitung nach Treu und Glauben“ i. S. d. Art. 5 I lit. a DSGVO. Dieser stellt einen Auffangtatbestand dar, welcher sich auf Sachverhalte bezieht, „in denen die betroffene Person durch eine Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten einen Nachteil erfährt, der dem durch die DS-GVO etablierten Gesamtbild des Kräftegleichgewichts zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen widerspricht, ohne zwingend gegen ein konkretes gesetzliches Verbot zu verstoßen.“¹⁵¹ Profiling zeichnet sich dadurch aus, dass natürliche Personen bewertet werden und ihnen diese Bewertung zugerechnet wird. Bei Preispersonalisierung soll so die Zahlungsbereitschaft des Einzelnen bestimmt werden. Die zugrunde liegenden abstrakten Methoden und Aspekte wie z. B. die Gewichtung einzelner Faktoren bei der Erstellung einer Bewertung werden von ihren Verwendern im Regelfall nicht oder nur teilweise offengelegt.¹⁵² Personalisierte Preise sind aus Sicht der Kunden hinsichtlich ihrer Methoden und ihrer Wirkmechanismen häufig undurchsichtig. Aufgrund der grundsätzlichen kundenseitigen Ablehnung haben Anbieter zudem einen Anreiz, den Einsatz von Preispersonalisierung zu verschleiern. Der Anbieter ist damit im Verhältnis zum Kunden regelmäßig in einer überlegenen Position: Er hat den technischen Vorsprung (das Profiling-Verfahren), kombiniert mit einem Informationsvorsprung (personenbezogene Daten des Betroffenen, abstrakte Vergleichsdaten sowie die Ergebnisse des Profilings als „neue“ Daten, die eine Aussage über den Kunden treffen).

Angesichts dieser ungleichen Kräfteverteilung ist es dem Anbieter nach Treu und Glauben zumutbar, Profiling in einer Art und Weise auszuführen, die keine ge-

¹⁵⁰ Vgl. dazu *Herbst*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 5 Rn. 8–11 DSGVO und *Pötters*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 5 Rn. 7 DSGVO.

¹⁵¹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 5 Rn. 17 DSGVO.

¹⁵² Vgl. hierzu auch das *Schufa*-Urteil des BGH, NJW 2014, 1235 ff., wonach die Score-Formel der *Schufa* als Geschäftsgeheimnis geschützt ist und demzufolge keinen datenschutzrechtlichen Auskunftsansprüchen unterliegt (das Urteil bezog sich auf die Rechtslage unter dem BDSG a. F.).

geschützten Gruppen diskriminiert. Eine zu weitgehende, überschießende Auslegung des Art. 5 I lit. a DSGVO liegt nicht vor, da Erwägungsgrund 71 DSGVO sich nur auf Profiling, nicht aber andere Arten der Datenverarbeitung bezieht. Der Anwendungsbereich des Verbots ist demnach auf bestimmte Konstellationen begrenzt. Ein weitreichendes, generell gefasstes Diskriminierungsverbot – wie es etwa in § 19 I AGG enthalten ist – besteht nicht.

Für das gefundene Ergebnis spricht darüber hinaus, dass grundrechtliche Wertungen auch zwischen Privaten mittelbare Wirkung entfalten können. Für privatrechtliche Vorschriften gilt, dass diese in grundrechtskonformer Weise auszulegen sind.¹⁵³ Zudem dient die Datenschutz-Grundverordnung ausweislich des Art. 1 II DSGVO auch dem Schutz von Grundrechten. Art. 5 I lit. a DSGVO ist insoweit ein tauglicher, generalklauselartiger Anhaltspunkt, um den verfassungsrechtlich gebotenen Diskriminierungsverboten auch im Verhältnis zwischen Privaten Geltung zu verschaffen.

2. Zwischenergebnis

In das Gebot der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben, Art. 5 I lit. a DSGVO, lässt sich ein Diskriminierungsverbot nach Maßgabe des Erwägungsgrundes 71 II DSGVO hineinlesen. Daraus folgt, dass für den Anbieter eine datenschutzrechtliche Verpflichtung besteht, Preispersonalisierung diskriminierungsfrei auszugestalten. Ein Verstoß dagegen ist bußgeldbewehrt, Art. 83 V lit. a DSGVO. Konkret bezieht sich das Verbot der Schlechterbehandlung geschützter Gruppen auf das Profiling, also die Datenauswertung zwecks Bestimmung des Reservationspreises der Kunden. Die in Erwägungsgrund 71 II DSGVO verwendete Formulierung „zu diskriminierenden Wirkungen oder zu einer Verarbeitung kommt, die eine solche Wirkung hat“ macht deutlich, dass das Verbot sich gleichermaßen auf Formen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung bezieht. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit o. Ä. sieht die Datenschutz-Grundverordnung nicht vor. Richtigerweise wird das hier entwickelte Diskriminierungsverbot aber nicht bedingungslos gelten können, sondern muss im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung einer Rechtfertigung offenstehen. Auf Seiten der Kunden ist dabei der Schutz vor Diskriminierung zu beachten, auf Seiten des Anbieters die unternehmerische Freiheit und Privatautonomie. Das eingangs diskutierte EuGH-Urteil *Test-Achats* vermag dabei eine gewisse (wenngleich nicht sonderlich nuancierte) Hilfestellung zu geben: Es stellt den Diskriminierungsschutz des Einzelnen deutlich über die wirtschaftlichen

¹⁵³ Siehe *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 42021, Art. 51 Rn. 38 für die Grundrechte-Charta. Das Bundesverfassungsgericht hat im *Lith*-Urteil die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht anerkannt und spricht von einer vom Grundgesetz ausgehenden „objektive[n] Wertordnung“ (BVerfG, NJW 1958, 257, 257).

Interessen des Anbieters. Eine wertende Einzelfallbetrachtung ist dennoch unumgänglich. Insofern wird auf die Diskussion im Kontext von § 19 I AGG verwiesen.¹⁵⁴

III. Dritte Stufe: Entscheidungsfindung und -ausführung

1. Datenschutzrecht

Für die Frage, wie im Kontext personalisierter Preise im Online-Handel Entscheidungen gefällt und ausgeführt werden, ist aus datenschutzrechtlicher Sicht das grundsätzliche Verbot automatisierter Einzelentscheidungen i. S. d. Art. 22 DSGVO relevant.¹⁵⁵

a. Anwendbarkeit (Art. 22 I DSGVO)

Der Anwendungsbereich von Art. 22 I DSGVO ist eröffnet, wenn die Personalisierung von Preisen dazu führt, dass die betroffenen Kunden „*einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen*“ werden, die ihnen gegenüber „*rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt*“.

aa. Automatisierte Einzelentscheidung

Eine Entscheidung kann als „*Festlegung auf ein bestimmtes Ergebnis*“¹⁵⁶ definiert werden.¹⁵⁷ Wenn ein Anbieter auf Methoden des *Personalised Pricings* zurückgreift, kann also stets von einer Entscheidung i. S. d. Art. 22 I DSGVO ausgegangen werden. Sie liegt ab dem Moment vor, in dem der Anbieter sich aufgrund der Ergebnisse des Profiling entschließt, den Preis einem bestimmten Kunden gegenüber individuell anzupassen oder eine Anpassung zu unterlassen.¹⁵⁸ Dies geschieht bei

¹⁵⁴ Siehe dazu unten Kap. 11, III. 3. c.

¹⁵⁵ Siehe dazu bereits ausführlich oben Kap. 4, III.

¹⁵⁶ *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 22 Rn. 17. Ähnlich *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), *EU Internet Law*, 2017, S. 77, 87.

¹⁵⁷ *Finck*, *International Data Privacy Law* 9 (2019), 78, 83 argumentiert zutreffend für eine grundsätzlich weite Auslegung dieses Begriffs, u. a. da gemäß Erwägungsgrund 71 DSGVO eine Entscheidung auch eine „*Maßnahme*“ einschließen kann. Siehe dazu und zur Definition des Begriffs Entscheidung auch *Abel*, *ZD* 2018, 304, 305 f. („*ein aus mindestens zwei Varianten auswählender, gestaltender Akt mit einer in gewisser Weise abschließenden Wirkung*“).

¹⁵⁸ So auch *Steppe*, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), 768, 783; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *J Consum Policy* 40 (2017), 347, 362.

Anbietern, die den Preis während des Surfens oder bereits im Moment des Seitenaufrufs anpassen, gänzlich automatisiert – also ohne jegliches Zutun eines Menschen – und basierend auf Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO.¹⁵⁹

bb. Erhebliche Beeinträchtigung

Schwieriger ist hingegen die Frage zu beantworten, ob personalisierte Preise dem einzelnen Kunden gegenüber rechtliche Wirkung entfalten oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen. Davon hängt ab, welche Fallkonstellationen von Art. 22 I DSGVO erfasst werden und welche Maßstäbe bei ihrer Bewertung anzulegen sind. Es ist unerheblich, ob das Setzen personalisierter Preise eine „*rechtliche Wirkung*“ entfaltet oder ob es „*in ähnlicher Weise*“ zu einer erheblichen Beeinträchtigung führt. Beide Alternativen haben die gleichen Rechtsfolgen. Eine trennscharfe Abgrenzung ist unnötig. Auch wenn individualisierte Preise den Kunden in der Praxis auf verschiedene Weise kommuniziert werden, geht damit also keine rechtliche Andersbehandlung einher. Daraus folgt wiederum, dass es keine Rolle spielt, ob Preispersonalisierung mittelbar oder unmittelbar kommuniziert wird. Diese aus der Regelungstechnik des Art. 22 I DSGVO ableitbare Betrachtungsweise, wonach die datenschutzrechtliche Bewertung primär auf das Ergebnis der Datenverarbeitung und die Auswirkungen auf den Einzelnen abstellt, nicht aber auf die vom Verantwortlichen zur Entscheidungsfindung herangezogene Technik, deckt sich mit dem Leitbild der Technikneutralität, wie er in Erwägungsgrund 15 DSGVO formuliert wird. Dies ist sachgerecht, da so Zufallsergebnisse vermieden und Umgehungsversuche der Anbieter unterbunden werden können. Dementsprechend kann es auch dahingestellt bleiben, wie das dem Kunden online gemachte Angebot zivilrechtlich zu qualifizieren ist, also ob es etwa ein bindendes Angebot i. S. d. § 145 BGB oder eine bloße *invitatio ad offerendum* darstellt.¹⁶⁰

Beide Alternativen des Art. 22 I DSGVO setzen voraus, dass die Entscheidung eine (zumindest teilweise) nachteilige Komponente enthält.¹⁶¹ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm („*oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt*“). Dieser macht deutlich, dass auch die rechtliche Wirkung mit einer erheblichen Beeinträchtigung einhergehen muss, damit der Anwendungsbereich der Norm eröffnet

¹⁵⁹ *Steppe*, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 783; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 362.

¹⁶⁰ Vgl. dazu *Steppe*, Computer Law & Security Review 33 (2017), 768, 784. Die belgische Datenschutzbehörde etwa spricht einem personalisiert-reduzierten Preis, der per Direktwerbung kommuniziert wird, rechtliche Wirkung zu (*Autorité de Protection des Données (Belgische Datenschutzbehörde)*, Opinion No. 35/2012, 2012, S. 20 Rn. 80 noch zum Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung).

¹⁶¹ *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 25 DSGVO; *Mendoza/Bygrave*, in: Synodinou/Jougleux/Markou u. a. (Hrsg.), EU Internet Law, 2017, S. 77, 88 f. Wohl auch dieser Ansicht *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 21 f.

ist. Auch der Sinn und Zweck von Art. 22 I DSGVO (Schutz des Betroffenen vor zu weitreichender Automatisierung) sprechen für diese Auslegung: Es ist kein Schutzbedürfnis des Betroffenen erkennbar, solange die ihn betreffende Entscheidung ausschließlich positive Auswirkungen für ihn hat.¹⁶² Die Verwendung personalisierter Preise eröffnet deshalb nicht automatisch den Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO. Stattdessen ist eine Einzelfallbetrachtung notwendig.

cc. Diskriminierungsschutz

Die Rechtsfolge von Art. 22 I DSGVO ist ein grundsätzliches Handlungsverbot. Dieses lässt sich unter bestimmten Voraussetzungen auch für Fallkonstellationen fruchtbar machen, in denen Preispersonalisierung mit der systematischen Schlechterstellung geschützter Gruppen einhergeht. Die Beeinträchtigung i. S. d. Art. 22 I DSGVO muss im Kontext von Preispersonalisierung stets finanzieller Natur sein, da die Preishöhe die einzige individuell angepasste Variable ist: Durch die ökonomische Benachteiligung Einzelner kommt ggf. die normativ missbilligte Diskriminierung zum Ausdruck. Die Beantwortung der Frage, in welchen Situationen Art. 22 I DSGVO geschützten Gruppen tatsächlich Schutz gewähren kann, findet ihren Ausgangspunkt also zwingend in der datenschutzrechtlichen Bewertung der finanziellen Andersbehandlung einzelner Kunden.

Wenn die auf Profiling basierende Preisanpassung beim konkreten Kunden zu einer ökonomischen Besserstellung gegenüber anderen führt, dann kann eine für Art. 22 I DSGVO relevante Beeinträchtigung von vornherein *per se* nur bejaht werden, wenn eine weitere Gruppe von Kunden einen noch besseren Preis erhält.¹⁶³ Denkbar wäre etwa, dass ein Anbieter für seine Produkte einen Referenzpreis bestimmt, der standardmäßig von allen Kunden (Kundengruppe A) verlangt wird. Kunden der Gruppe B hingegen erhalten – aufbauend auf den Ergebnissen von Profiling, die Auskunft über ihre Zahlungsbereitschaft erlauben – einen Rabatt in Höhe von 10 %. Kunden der (noch preissensitiveren) Gruppe C erhalten einen Rabatt in Höhe von 20 %. Kunden der Gruppe C haben in dieser Konstellation keinen Nachteil: Sie werden ökonomisch am besten gestellt und erfahren keine Beeinträchtigung i. S. d. Art. 22 I DSGVO. Das Profiling und die darauf aufbauende Entscheidungsfindung haben für sie nur positive Folgen. Der Anwendungsbereich der Norm ist *per se* nicht eröffnet. Das im Kontext der Rechtsgrundlage Art. 6 I S. 1 lit. f DSGVO angeführte Argument, dass eine isolierte Betrachtung der geschützten Interessen des Einzelnen zu kurz käme und deshalb auch die Interessen von mittelbar beeinträchtigten Dritten (hier: die Interessen der Gruppen A und B) berücksichtigt werden müssen,¹⁶⁴ kann im Kontext von Art. 22 I DSGVO nicht gelten. Die Norm

¹⁶² So auch *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 21 DSGVO und (im Ergebnis) *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, ⁴2019, Art. 22 Rn. 7 DSGVO.

¹⁶³ Vgl. dazu auch *Ernst*, JZ 72 (2017), 1026, 1034 f.

¹⁶⁴ Siehe dazu bereits oben Kap. 11, I. 1. b. cc. ddd.

bezieht sich ausweislich ihrer amtlichen Überschrift und angesichts ihrer internen Logik auf den Einzelfall. Es geht mithin nur um den konkret Betroffenen und die Auswirkungen, die die Entscheidung auf ihn hat.

Das genannte Beispiel zeigt eine weitere Fragestellung auf. Die Kundengruppen A und B werden hier „beeinträchtigt“, da sie keinen oder nur einen geringeren Rabatt im Vergleich zur Gruppe C erhalten. Unklar ist, ab wann eine rein ökonomische Beeinträchtigung als „erheblich“ i. S. d. Art. 22 I DSGVO eingestuft werden kann. Dieser Begriff ist normativ und wird von der Datenschutz-Grundverordnung nicht näher definiert. Da Einzelfallbetrachtungen geboten sind, sind pauschale Aussagen über die Erheblichkeit personalisierter Preise nicht möglich. Erwägungsgrund 71 DSGVO nennt beispielhaft u. a. „*die automatische Ablehnung eines Online-Kreditanspruchs*“ als Beispiel für eine gem. Art. 22 I DSGVO grundsätzlich unzulässige Entscheidung. Das Beispiel hat einen ökonomischen Charakter und ist deshalb im weiteren Sinne mit Preispersonalisierung vergleichbar. Es betrifft einen Extremfall, da es sich auf die gänzliche Ablehnung des Antrags bezieht. Übertragen auf Preispersonalisierung entspräche dies dem – ohne Zweifel erheblich beeinträchtigenden – Fall, dass eine Preisanpassung so massiv ist, dass der Betroffene aufgrund seiner persönlichen Aspekte nahezu oder tatsächlich am Zugang zu einem Gut gehindert wird.¹⁶⁵ In der Praxis zu erwarten ist dieser Fall kaum. Der Anbieter hat so lange kein Interesse daran, einen Preis zu verlangen, der über dem Reservationspreis des Kunden liegt, solange er bei einem Preis in Höhe des Reservationspreises (oder bei einem niedrigeren Preis) noch Gewinn macht. Auch kann er im Regelfall Preise *de facto* nicht frei setzen, sondern unterliegt den Beschränkungen des Wettbewerbs. Ein Ausnutzen einer erkannten Zahlungsbereitschaft wäre allenfalls denkbar in einer (dann ggf. kartellrechtlich relevanten) Monopolsituation, in der der Kunde auf ein bestimmtes Gut oder eine bestimmte Dienstleistung zwingend angewiesen ist, etwa bei speziellen Medikamenten oder Gütern der Daseinsvorsorge.¹⁶⁶ In anders gelagerten Fällen, in denen die Beeinträchtigung des Einzelnen rein ökonomischer Natur ist und dieser realistische Ausweichmöglichkeiten auf andere Anbieter hat, wird eine geringfügige finanzielle Beeinträchtigung im Vergleich zu Dritten im Regelfall nicht die Erheblichkeitsschwelle des Art. 22 I DSGVO übersteigen. Ein anderes Ergebnis wäre nicht mit der unternehmerischen Freiheit des Anbieters vereinbar. Dem Grunde nach steht es diesem frei, Preise nach Belieben zu setzen und von verschiedenen Kunden verschiedene Preise zu verlangen. Eine Einschränkung dieser Freiheit über Art. 22 DSGVO ist zum Schutz des Einzelnen zwar möglich. Sie muss aber verhältnismäßig sein. Dies kann im Einzelfall über das Erfordernis der Erheblichkeit der Beeinträchtigung sichergestellt werden. Sofern eine

¹⁶⁵ Vgl. etwa *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 22: „*Automated decision-making that results in differential pricing based on personal data or personal characteristics could also have a significant effect if, for example, prohibitively high prices effectively bar someone from certain goods or services.*“ Vgl. dazu auch *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 508 f.

¹⁶⁶ Vgl. *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32022, Art. 22 Rn. 24 DSGVO.

Andersbehandlung der Kunden bloß aufgrund unterschiedlicher Zahlungsbereitschaften stattfindet, dürfte der Anwendungsbereich der Norm in der Praxis angesichts der regelmäßig nur in geringem Ausmaß nachweisbaren Preispersonalisierung nur im Ausnahmefall eröffnet sein.¹⁶⁷

Anders verhält es sich allerdings, wenn mit der finanziellen Ungleichbehandlung die systematische Diskriminierung geschützter Gruppen einhergeht. Das Tatbestandsmerkmal „*erheblich*“ ist normativ und ausfüllungsbedürftig. Mit Blick auf die Wertungen der Art. 9 I und 22 IV DSGVO sowie Erwägungsgrund 71 DSGVO, der im Zusammenspiel mit dem allgemeinen Datenschutzgrundsatz Art. 5 I lit. a DSGVO ein Diskriminierungsverbot formuliert, kann im Regelfall von einer erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden, wenn die Preissetzung systematisch diskriminierende Wirkungen zu Lasten geschützter Gruppen hat.¹⁶⁸ Auf ein Verschulden des Anbieters kommt es dabei nicht an. Er trägt die Verantwortung dafür, dass sein Preissetzungssystem keine diskriminierenden Wirkungen herbeiführt.

b. Ausnahmen (Art. 22 II DSGVO)

Wenn der Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO eröffnet ist, ist die automatisierte Entscheidungsfindung nur dann zulässig, wenn eine der im zweiten Absatz der Norm vorgesehenen Ausnahmen greift.

aa. Erforderlichkeit

Eine die automatisierte Einzelentscheidung legitimierende Erforderlichkeit i. S. d. Art. 22 II lit. a DSGVO ist mit Blick auf Preispersonalisierung grundsätzlich kaum denkbar. Dies gilt unabhängig davon, ob durch sie geschützte Gruppen diskriminiert werden oder nicht.

Wie bereits im Kontext der Rechtsgrundlage Art. 6 I S. 1 lit. b DSGVO gesehen, ist Preispersonalisierung zwecks Gewinnmaximierung für den Anbieter zwar durch-

¹⁶⁷ Dies mag sich zukünftig aber durchaus ändern, sofern beispielsweise neue Methoden der Preis-kommunikation aufkommen oder generell die Akzeptanz personalisierter Preise steigt.

¹⁶⁸ Vgl. *Abel*, ZD 2018, 304, 306; *Malgieri/Comandé*, International Data Privacy Law 7 (2017), 243, 254; *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2021, Art. 22 Rn. 27 DSGVO; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, ⁴2019, Art. 22 Rn. 8 DSGVO. *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679, 2018, S. 21 hebt Diskriminierung als Extremfall einer erheblichen Beeinträchtigung hervor. Unklar *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 23 DSGVO, der eine erhebliche Beeinträchtigung bei „*Diskriminierungen außerhalb des AGG*“ bejaht. Damit ist wohl gemeint, dass Diskriminierungen stets erheblich beeinträchtigen und Art. 22 I DSGVO auch solche Fälle erfasst, die nicht unter das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz fallen.

aus nützlich und ggf. Teil seiner Verkaufs- und Preissetzungsstrategie.¹⁶⁹ Erforderlich i. S. d. Art. 22 II lit. a DSGVO ist sie in diesem Kontext aber weder für den Vertragsabschluss noch für die Vertragserfüllung.¹⁷⁰ Die Anpassung von Preisen ist dem Anbieter auch ohne Profiling-basierte (und damit für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung relevante) Datenverarbeitungsvorgänge möglich, namentlich im Rahmen dynamischer Preissetzung. Diese findet in der Praxis regelmäßig statt und ist datenschutzrechtlich betrachtet von ihrer Grundkonzeption her völlig neutral.

Eine Erforderlichkeit mag bejaht werden, sofern etwa die grundsätzliche Entscheidung für oder gegen eine Kreditgewährung oder über die Kreditmodalitäten ansteht.¹⁷¹ Die in diesen Fällen anzulegenden Maßstäbe sind im Kontext von Art. 22 II lit. a DSGVO allerdings nur bedingt auf *Personalised Pricing* übertragbar. Anders als dort handelt es sich dabei um grundlegende, mithin erforderliche Entscheidungen (kann der Kredit überhaupt vergeben werden?), die sich darüber hinaus nicht nur auf eine Bewertung persönlicher Aspekte, sondern ganz wesentlich auch auf die objektive, tatsächliche Leistungsfähigkeit des Betroffenen beziehen. In diesen Situationen ist die Erforderlichkeit aber objektiv begründet und damit deutlich früher zu bejahen als bei personalisierten Preisen. In aller Regel scheidet Art. 22 II lit. a DSGVO damit als Ausnahmetatbestand aus.

bb. Öffnungsklausel

Von der Öffnungsklausel des Art. 22 II lit. b DSGVO hat Deutschland mit verschiedenen Regelungen (etwa §§ 155 IV AO und 35a VwVfG) Gebrauch gemacht und insoweit automatisierte Einzelentscheidungen i. S. d. Art. 22 I DSGVO ermöglicht. Keine dieser Regelungen hat unmittelbare Relevanz für Preispersonalisierung im privatrechtlichen Bereich. Eine gewisse Sachnähe besteht einzig im Fall des § 37 I BDSG n.F. Diese Norm regelt unter expliziter Bezugnahme auf Art. 22 II lit. b DSGVO automatisierte Einzelentscheidungen im Rahmen der Leistungserbringung nach Versicherungsverträgen. Diese Norm ist aus verschiedenen Gründen missglückt. § 37 I Nr. 1 BDSG n.F. hebt das Verbot des Art. 22 I DSGVO in den Fällen auf, in denen dem Begehren des Betroffenen stattgegeben wird. Diese Fälle werden nach hier vertretener Ansicht *per se* gar nicht vom Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO erfasst, weshalb die (zudem ohne ersichtlichen Grund rein sektorspezifisch erfolgte) Klarstellung unnötig ist.¹⁷²

¹⁶⁹ Siehe dazu bereits oben Kap. 11, I. 1. b. bb.

¹⁷⁰ So tendenziell auch *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 362.

¹⁷¹ *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2020, Art. 22 Rn. 30 DSGVO; *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 29 DSGVO.

¹⁷² So auch *Paschke/Scheurer*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, § 37 Rn. 5 f. BDSG. Die Gesetzesbegründung führt sogar selbst aus, dass in den Fällen, in denen dem Begehren des Betroffenen entsprochen wird, keine Rechtsbeeinträchtigung zu seinen Lasten gegeben ist (BR-Drucksache 110/17, S. 107 f.).

Auch die Regelung des § 37 I Nr. 2 BDSG n.F. kann dogmatisch nicht überzeugen. Sie bezieht sich auf die automatisierte Anwendung verbindlicher Entgeltregelungen für Heilbehandlungen. Gemeint ist damit die Abrechnung von Leistungen privater Krankenversicherungen.¹⁷³ Auch diese Norm widerspricht der hier vertretenen Auslegung des Art. 22 I DSGVO: Abrechnungsfälle, die nur eine „Anwendung verbindlicher Entgeltregelungen“ i. S. d. § 37 I Nr. 2 BDSG n.F. darstellen, erschöpfen sich in einer wertungsfreien Ausführung von im Vorfeld klar definierten Regeln, die mit Profiling nichts zu tun haben.¹⁷⁴ Auch diese Fälle eröffnen *per se* aber gar nicht den Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO.¹⁷⁵ Der Schutz des Kunden vor zu weitgehender Automatisierung und Objektivierung, welcher mit dem Verbot des Art. 22 I DSGVO bzw. mit den in Art. 22 II lit. b DSGVO vorgesehenen angemessenen Maßnahmen einhergeht, schießt in solchen Fallkonstellationen über das Ziel hinaus. Konsequenterweise weitergedacht, führt die Regelung des § 37 I Nr. 2 BDSG n.F. zu absurden Ergebnissen. Im Umkehrschluss könnte man aus ihr nämlich ableiten, dass ein wertendes, dem Profiling zumindest ähnliches Element auf Seiten des Anbieters im (nicht von § 37 I Nr. 2 BDSG n.F. erfassten) Regelfall nicht notwendig ist, um das grundsätzliche Verbot des Art. 22 I DSGVO zu aktivieren. Dies würde bedeuten, dass von der letztgenannten Norm beispielsweise auch der Fall erfasst wäre, dass ein Geldautomat bei unzureichender Kontodeckung eine Geldauszahlung verweigert. Dies hätte wiederum – die Bejahung der Ausnahmetatbestände Art. 22 II lit. a oder c DSGVO unterstellt – zur Folge, dass die Bank datenschutzrechtlich zur Bereitstellung angemessener Maßnahmen i. S. d. Art. 22 III DSGVO verpflichtet ist.¹⁷⁶ Vom *Telos* des Art. 22 I DSGVO sind derlei Situationen aber weit entfernt.

Bei Zugrundelegung einer europarechtskonformen Auslegung kann § 37 I Nr. 1 und 2 BDSG n.F. demnach nur eine deklaratorische Funktion zugestanden werden. Würde man in ihm einen eigenständigen, regelnden Aussagegehalt sehen, hieße dies, dass die nationale Norm den Anwendungsbereich von Art. 22 I DSGVO definiert. Dies wäre allerdings von der Öffnungsklausel des Art. 22 II lit. b DSGVO nicht mehr gedeckt. Dem deutschen Gesetzgeber würde insoweit die Gesetzgebungskompetenz fehlen.

cc. Ausdrückliche Einwilligung

Die einzige im Kontext von Preispersonalisierung für den Anbieter verfügbare Ausnahme vom Verbot des Art. 22 I DSGVO ist das Einholen einer ausdrücklichen Einwilligung i. S. d. Art. 22 II lit. c DSGVO. Diese muss sich explizit auf das auto-

¹⁷³ So ausdrücklich BR-Drucksache 110/17, S. 108.

¹⁷⁴ So im Ergebnis auch *Paschke/Scheurer*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, § 37 Rn. 6 BDSG.

¹⁷⁵ Siehe dazu bereits oben Kap. 4, III. 1. c.

¹⁷⁶ Vgl. *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, ³2022, Art. 22 Rn. 19 DSGVO.

matiierte Entscheidungen und das Ausföhren der Entscheidung beziehen.¹⁷⁷ Es geht also um eine Einwilligung in das vom Anbieter gewählte Verfahren. Sie ist von der Einwilligung in die Datenverarbeitung zu unterscheiden, die der Entscheidung vorgelagert ist.

Eine automatisierte Einzelentscheidung, durch die ein Kunde aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe schlechter behandelt wird als andere Kunden, kann nicht über Art. 22 II lit. c DSGVO legitimiert werden. Eine dahingehende explizite Einwilligungserklärung würde sich auf einen Zweck beziehen, der nicht legitim i. S. d. Art. 5 I lit. b DSGVO ist. Sie wäre unwirksam. Das gilt auch, wenn Anbieter und Kunde von der diskriminierenden Wirkung nichts wissen.¹⁷⁸ Das Verbot des Art. 22 I DSGVO würde greifen.

Wenn keine Diskriminierung stattfindet und eine Legitimation per Einwilligung grundsätzlich möglich ist, bestehen aufgrund der geforderten Ausdrücklichkeit (Art. 22 II lit. c DSGVO) gesteigerte Anforderungen an die Art ihrer Erteilung. Diese gehen über die Vorgaben in Art. 6 I S. 1 lit. a, 4 Nr. 11 und 7 DSGVO hinaus.¹⁷⁹ Letztlich besteht dann im Wesentlichen ein Gleichlauf mit dem bereits weiter oben festgehaltenen Ergebnis, dass nur eine Einwilligung i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO eine geeignete Rechtsgrundlage für das Erheben und Auswerten personenbezogener Daten zwecks Bestimmung des Reservationspreises des Kunden darstellen kann. Eine Einwilligung ist demnach, sofern die Erheblichkeitsschwelle überschritten und der Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO eröffnet ist, auf allen drei Stufen des Modells notwendig. Für Anbieter und Kunden wird die ggf. notwendige Ausdrücklichkeit der Einwilligung gem. Art. 22 II lit. c DSGVO und der Bezug (auch) auf die dritte Stufe *de facto* keinen wesentlichen Unterschied machen, da aus Sicht der Kunden das Durchlaufen aller drei Stufen wie ein einheitlicher Vorgang erscheinen dürfte und ohnehin hohe Anforderungen an die Einwilligungserteilung im Kontext des Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO gelten.

dd. Art. 22 IV DSGVO

Einen indirekten Schutz vor Diskriminierung bewirkt Art. 22 IV DSGVO. Demnach darf eine ausnahmsweise zulässige automatisierte Einzelentscheidung grundsätzlich nicht auf sensiblen – und mithin besonders diskriminierungsgeeigneten – Daten i. S. d. Art. 9 I DSGVO beruhen. Allerdings greift eine Rückaus-

¹⁷⁷ Vgl. Buchner, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 32020, Art. 22 Rn. 41 f. DSGVO. Das Erteilen einer ausdrücklichen Einwilligung ist im Online-Kontext ohne Weiteres durch das Anklicken einer entsprechend klar bezeichneten Box o. Ä. zulässig, vgl. *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 18 f.

¹⁷⁸ Siehe dazu bereits oben Kap. 11, I. 1. b. aa. ddd.

¹⁷⁹ *Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 2018, S. 18.

nahme von diesem Verbot, wenn ein Fall von Art. 9 II lit. a oder g¹⁸⁰ DSGVO vorliegt und angemessene Maßnahmen i. S. d. Art. 22 IV DSGVO getroffen wurden. Im Kontext von Preispersonalisierung bedeutet dies, dass eine automatisierte Einzelentscheidung nur dann zulässig ist, wenn (über das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 22 II DSGVO hinaus) die ursprüngliche Datenverarbeitung, auf der die Entscheidung basiert, auf eine ausdrückliche Einwilligung i. S. d. Art. 9 II lit. a DSGVO gestützt wurde.¹⁸¹ Konkret muss diese sich auf Erhebung und Auswertung der Daten (Stufen 1 und 2 des Modells) beziehen. Der so bezweckte Diskriminierungsschutz ist indirekt: Art. 22 IV DSGVO verbietet – im Gegensatz zu Art. 22 I DSGVO – keine diskriminierenden Handlungen. Er erhöht bloß die Anforderungen, die ein Anbieter erfüllen muss, um sensible Daten in eine automatisierte Einzelentscheidung einfließen lassen zu dürfen. Das Einhalten dieser Anforderungen garantiert aber keinen Schutz vor Diskriminierung. Es erschwert diese bloß.

Für Preispersonalisierung spielt Art. 22 IV DSGVO keine Rolle: Anbieter müssen nach hier vertretener Ansicht ohnehin Einwilligungserklärungen für die Erhebung und Auswertung der notwendigen Daten einholen und, sofern sensible Daten betroffen sind, die erhöhten Anforderungen des Art. 9 II lit. a DSGVO beachten.

c. Rechtsfolgen und praktische Überlegungen

Sofern ein über eine ausdrückliche Einwilligung gerechtfertigter Fall des Art. 22 I DSGVO vorliegt, ist der Anbieter gem. Art. 22 III DSGVO verpflichtet, angemessene Maßnahmen zu treffen, „um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört.“ Im Kern bedeutet dies, dass dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden muss, zu bewirken, dass ein menschlicher Entscheider sich mit der getroffenen Entscheidung auseinandersetzt und diese unter Berücksichtigung des Standpunkts des Kunden und seiner Argumente inhaltlich überdenkt und ggf. abändert.¹⁸²

Der tatsächliche Nutzen dieser Schutzmaßnahmen dürfte sich im Kontext von Preispersonalisierung beim Online-Handel mit Waren und Dienstleistungen in überschaubaren Bahnen bewegen. *Zuiderveen Borgesius* und *Poort* bilden etwa das Beispiel, dass eine Kundin aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften bei einem bestimmten Online-Anbieter einen erhöhten Preis für ein Produkt bezahlt hat und dies

¹⁸⁰ Der Verweis auf Art. 9 II lit. g DSGVO (erhebliches öffentliches Interesse) spielt hier keine Rolle.

¹⁸¹ Vgl. zur Prüfungsreihenfolge des Art. 22 IV DSGVO *Buchner*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz*, 32020, Art. 22 Rn. 45 DSGVO.

¹⁸² Siehe dazu bereits oben Kap. 4, III. 1. b.

im Nachgang realisiert.¹⁸³ Aus Art. 22 III DSGVO lässt sich in dieser Situation das Recht der Kundin ableiten, in persönlichen Kontakt mit dem Anbieter zu treten¹⁸⁴ und auf diesen etwa dahingehend einzuwirken, dass er den verlangten Preis wieder reduziert. Der Anbieter muss eine dahingehende Infrastruktur bereithalten. Einen Anspruch auf Abänderung der Entscheidung – hier also die nachträgliche Absenkung des Preises – gewährt Art. 22 III DSGVO nicht. Es ist unwahrscheinlich, dass Kunden sich im Nachgang zu einem abgeschlossenen Kauf mit dem Anbieter wie beschrieben in Verbindung setzen und ihm gegenüber argumentieren, dass ein anderer, niedrigerer Preis der „richtige“ gewesen sei. Aus Sicht eines wegen der Preisgestaltung verärgerten Kunden wäre ein Widerruf des Fernabsatzvertrages gem. §§ 312c, 312g I, 310 III, 355 BGB nahe liegender. Es stünde ihm zudem frei, unter Ankündigung der sonstigen Geltendmachung des ihm zustehenden Widerrufsrechts eine nachträgliche Reduktion einzufordern. Das Schutzsystem des Art. 22 III DSGVO bringt ihm in dieser Situation keinen echten Mehrwert.

Der Nutzen der Norm zeigt sich stattdessen in anderen Entscheidungskonstellationen, die für den Kunden mit weitreichenderen wirtschaftlichen und sozialen Folgen verknüpft sind. Die in Erwägungsgrund 71 DSGVO genannten, ihrer Natur nach eingriffsintensiveren Beispiele (Ablehnung eines Kreditantrags sowie voll automatisierte Einstellungsverfahren) verdeutlichen viel besser das Bedürfnis nach Schutz vor zu starker Automatisierung und Objektivierung des Einzelnen und die damit verknüpfte Notwendigkeit, vom Verantwortlichen die Bereitstellung angemessener Maßnahmen i. S. d. Art. 22 III DSGVO zu verlangen. Bei beiden in Erwägungsgrund 71 DSGVO beispielhaft genannten Konstellationen bestehen typischerweise ungleiche Machtverhältnisse zwischen den Beteiligten (Kreditantragsteller – Bank sowie Arbeitssuchender – Arbeitgeber). Der typische Kreditantragsteller bzw. Arbeitssuchende ist somit von vornherein in einer schwächeren Position. Bedient sich ihr gegenüber in dieser Situation eines Entscheidungsfindungssystems, welches in den Anwendungsbereich des Art. 22 I DSGVO fällt und einseitige, für den Betroffenen nachteilige Entscheidungen trifft, sind die Folgen für ihn weitreichender, als es bei Online-Preispersonalisierung der Fall ist. Auch strukturell besteht ein bedeutender Unterschied zwischen den Fallkonstellationen: Der Kunde nimmt den personalisierten Preis ggf. aus freien Stücken an und tätigt den Kauf freiwillig. Es besteht damit gerade nicht die Situation eines faktischen einseitigen Unterworfenenseins aufgrund unterschiedlich verteilter wirtschaftlicher Macht, wie es bei der Kredit- und der Einstellungsentscheidung der Fall ist. Vielmehr hat der Kunde nach dem Treffen und Ausführen der anbieterseitigen Entscheidung (die sich in der Preishöhe widerspiegelt) aktiven Einfluss darauf, ob und unter welchen Bedingungen der Vertrag mit dem Anbieter zustande kommt.

¹⁸³ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, J Consum Policy 40 (2017), 347, 362. In dem Beispiel wird die Anwendbarkeit von Art. 21 I DSGVO vorausgesetzt und auf die Ausnahme des Art. 22 II lit. a DSGVO abgestellt.

¹⁸⁴ *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 22 Rn. 60 spricht (allgemein) zutreffend von der Eröffnung eines dahingehenden Kommunikationswegs.

d. Zwischenergebnis

Bei Zugrundelegung rein ökonomischer Bewertungsmaßstäbe spielt Art. 22 DSGVO im Kontext von Preispersonalisierung eine eher untergeordnete Rolle. Art. 22 I DSGVO ist nur anwendbar, wenn der Kunde im Einzelfall erheblich beeinträchtigt wird. Zahlreiche Fallkonstellationen dürften mangels Erheblichkeit der Preisdifferenz zu anderen Kunden (bzw. Kundengruppen) somit von vornherein gar nicht von der Norm erfasst sein. Sollte ein Anbieter „erheblich“ differenzieren wollen, müsste er eine ausdrückliche Einwilligung i. S. d. Art. 22 II lit. c DSGVO einholen. Praktisch macht dies für ihn keinen wesentlichen Unterschied: Um Profiling-basierte Preispersonalisierung zu betreiben, muss ohnehin eine Einwilligung des Kunden i. S. d. Art. 6 I S. 1 lit. a DSGVO vorliegen. Die Erklärung müsste entsprechend angepasst werden. Die dem Anbieter ggf. erwachsenden Pflichten aus Art. 22 III DSGVO sind relativ unbedeutend. Dem Kunden stehen im Nachgang zum Vertragsabschluss effektivere zivilrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung, um sich vom Vertrag wieder zu lösen oder eine nachträgliche Preisreduktion auszuhandeln. Dies liegt daran, dass das Schutzsystem des Art. 22 III DSGVO eher auf solche Fälle ausgelegt ist, in denen der Betroffene sich in einer systematisch deutlich unterlegenen Position befindet.

Von vornherein anders verhält sich die Rechtslage, wenn automatisierte Einzelentscheidungen die Kunden aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe systematisch schlechterstellen: In diesen Fallkonstellationen liegt stets eine erhebliche Beeinträchtigung i. S. d. Art. 22 I DSGVO vor. Auf eine Ausnahme nach Art. 22 II DSGVO kann der Anbieter sich dann nicht berufen. Art. 22 I DSGVO postuliert damit ein effektives datenschutzrechtliches Verbot von Preissetzungsmethoden, die zu einer systematischen Diskriminierung geschützter Gruppen führen.

2. Lauterkeitsrecht

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist im Kontext von Preispersonalisierung vor allem unter dem Aspekt der Transparenz und der Preiskommunikation relevant. Aus den dahingehenden Transparenzpflichten folgt ein indirekter Schutz vor unzulässiger Diskriminierung geschützter Gruppen. Einschlägige diesbezügliche Handlungsverbote – vergleichbar mit Art. 22 I DSGVO und § 19 I AGG – sind allerdings nicht ersichtlich.

a. Per se-Verbot (§ 3 III UWG i. V. m. Anhang Nr. 18)

Es wäre denkbar, dass die Verwendung personalisierter Preise (unabhängig davon, ob die Personalisierung mittelbar oder unmittelbar durchgeführt wird) als unwahre Angabe über die Marktbedingungen unter das *per se*-Verbot des § 3 III UWG i. V. m. Anhang Nr. 18 fällt. Ein Verstoß gegen die im Anhang aufgeführten geschäftlichen

Handlungen ist gem. § 3 III UWG ohne Weiteres lauterkeitsrechtlich unzulässig. Gem. Nr. 18 des Anhangs ist „*eine unwahre Angabe über die Marktbedingungen (...), um den Verbraucher dazu zu bewegen, eine Ware oder Dienstleistung zu weniger günstigen Bedingungen als den allgemeinen Marktbedingungen abzunehmen oder in Anspruch zu nehmen*“ stets unlauter. Der relevante Verkehrskreis bestimmt sich nach den Vorgaben des § 3 IV UWG.

Dieses Verbot könnte in den Fällen einschlägig sein, in denen der personalisierte Preis im Einzelfall höher liegt (und mithin eine weniger günstige Bedingung darstellt), als es die allgemeinen Marktbedingungen gebieten. Wegen der pauschal eintretenden lauterkeitsrechtlichen Unzulässigkeit, die mit einem Verstoß gegen § 3 III UWG einhergeht, ist eine restriktive Auslegung der Norm geboten. Daher wird ein deutlich höherer¹⁸⁵ Preis im Vergleich zu anderen Anbietern notwendig sein, um das Vorliegen von weniger günstigen Bedingungen i. S. d. Anhangs Nr. 18 bejahen zu können.¹⁸⁶ Rechtliche Kernfrage ist hier, ob der Einsatz personalisierter Preise eine „*unwahre Angabe über die Marktbedingungen*“ darstellen kann. Am ehesten in Betracht kommen Fälle der unmittelbaren Preispersonalisierung, da diese eine Preisänderung – in diesem Fall: Anhebung des Preises – ohne für den Kunden erkennbare Rechtfertigung darstellen. Der Begriff Marktbedingungen erfasst „*grundsätzlich alle Umstände, die für alle Anbieter dieses Produktes (oder dieser Dienstleistung) auf dem fraglichen Markt gelten und die in irgendeiner Weise Auswirkungen auf das Preisniveau, die Qualität oder die Leistungserbringung haben.*“¹⁸⁷ Im Kontext des Anhangs Nr. 18 ist vor allem das generelle Preisniveau als einer der für den Kunden wichtigsten, durchaus kaufentscheidenden Faktoren von Bedeutung.¹⁸⁸ Über dieses müsste der Anbieter den Kunden durch den Einsatz personalisierter Preise absichtlich (vgl. den Wortlaut: „*um (...)* zu“) ¹⁸⁹täuschen, um ihn zu einem für ihn nachteiligen Kauf zu bewegen.

Aus verschiedenen Gründen ist das *per se*-Verbot des § 3 III UWG i. V. m. Anhang Nr. 18 im Kontext von Preispersonalisierung allerdings nicht einschlägig. Die Angabe eines personalisierten Preises ist keine falsche, also aus objektiver Sicht unwahre,¹⁹⁰ Aussage über Marktbedingungen, wie in Anhang Nr. 18 vorausgesetzt wird. Sie enthält nämlich gar keine Aussage über das Niveau des Marktpreises, wie etwa dass andere Anbieter höhere Preise verlangen oder ungünstigere, mit dem

¹⁸⁵ Die Frage, was ein „deutlich höherer“ Preis ist, ist eine normative. Ihre Beantwortung ist zudem vom Einzelfall abhängig. Deshalb können keine allgemeingültigen dahingehenden Aussagen getroffen werden.

¹⁸⁶ Vgl. *Henning-Bodewig*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Rn. 388.

¹⁸⁷ *Dies.*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Rn. 384.

¹⁸⁸ *Dies.*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Rn. 384; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 297.

¹⁸⁹ Noch deutlicher ergibt sich das Erfordernis der Absicht aus dem Wortlaut von Anhang I Nr. 18 UGP-RL: „*mit dem Ziel*“.

¹⁹⁰ *Henning-Bodewig*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Rn. 383.

Kauf verbundene Leistungsbedingungen aufweisen. Auch ist kein Erklärungsgehalt dahingehend gegeben, welche Preise der Anbieter von anderen Kunden verlangt. Eine solche sachlich falsche Information¹⁹¹ über die Preisgestaltung anderer Anbieter bzw. im Verhältnis zu den anderen (eigenen) Kunden kann nicht einmal konkludent in die Preisangabe hineingelesen werden.¹⁹² Es kann damit dahingestellt bleiben, ob eine ausdrückliche Erklärung über die Marktbedingungen notwendig ist, um den Tatbestand des Anhangs Nr. 18 zu erfüllen, oder ob eine konkludente ausreichen vermag.¹⁹³ Mangels Aussage über das Niveau des Marktpreises liegt also auch keine Täuschung darüber vor. Der Anbieter schafft bzw. begünstigt durch sein Verhalten zudem keine Situation, die den Kunden daran hindert, den Preis mit den Angeboten anderer Händler bzw. Dienstleistungsanbieter zu vergleichen.¹⁹⁴ Stattdessen wird der Kunde, indem ihm „sein“ Preis angezeigt wird, bloß in zutreffender Weise über den für ihn im bilateralen Verhältnis zum Anbieter gültigen Preis informiert. Dieser individuelle Preis spiegelt im Einzelfall die allgemeinen Marktbedingungen aus Sicht des betroffenen Kunden wider.¹⁹⁵ Die letzte Aussage gilt umso mehr, sollten in Zukunft personalisierte Preise stärker zum gesellschaftlich akzeptierten Regelfall werden. Wäre – auf die Spitze getrieben – jeder Preis personalisiert, so hieße das im Umkehrschluss, dass es keinen einheitlichen Marktpreis mehr gibt und der Begriff der allgemeinen Marktbedingungen einen Bedeutungswandel erlebt.

Auch die bereits beschriebene Fallkonstellation, dass ein Anbieter in den Fällen, in denen ein bestimmtes Produkt über ein Preisvergleichsportal gesucht wird, automatisch den Preis auf der eigenen Seite ändert, fällt damit nicht unter das Verbot des Anhangs Nr. 18. Auch dort wird dem Kunden in der konkreten Situation nämlich der für ihn momentan gültige Preis angezeigt, ohne dass damit zugleich eine Aussage über die allgemeinen Marktbedingungen einhergeht.¹⁹⁶

b. Preisbezogene Irreführung (§ 5 I UWG)

Gem. § 5 I UWG handelt unlauter, „*wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.*“ Der Begriff der irreführenden geschäftlichen Handlung wird in § 5 II Nr. 2

¹⁹¹ So der Wortlaut in Anhang I Nr. 18 UGP-RL.

¹⁹² *Oberfell*, ZLR 2017, 290, 297.

¹⁹³ So etwa *Alexander*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (Hrsg.), Band 1: Grundlagen und unionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrechts, §§ 1–7 UWG, ³2020, Anhang (zu § 3 III) Nr. 19 Rn. 16 UWG.

¹⁹⁴ *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080; *Oberfell*, ZLR 2017, 290, 297.

¹⁹⁵ *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080; *Oberfell*, ZLR 2017, 290, 297.

¹⁹⁶ Hinzu kommt, dass bei Ansteuern über das Preisvergleichsportal in der Regel ein abgesenkter Preis angezeigt wird. Weniger günstige Bedingungen i. S. d. Anhangs Nr. 18 hat der Kunde also regelmäßig ohnehin nicht zu befürchten. Vgl. auch *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080.

UWG konkretisiert. Eine solche liegt demnach u. a. dann vor, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält über „den Anlass des Verkaufs wie das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils, den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird, oder die Bedingungen, unter denen die Ware geliefert oder die Dienstleistung erbracht wird“.

Aus dem Gesetzestext lassen sich im Kontext von Preispersonalisierung zwei möglicherweise einschlägige, inhaltlich eng miteinander verwandte Fallgruppen von preisbezogener Irreführung ableiten. Denkbar wäre zunächst eine Irreführung über den Preis als solches bzw. die Art und Weise der Preisberechnung. Darüber hinaus käme eine Irreführung über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils in Betracht.¹⁹⁷

aa. Täuschung über den Preis oder Art und Weise der Preisberechnung

Bei einer Täuschung über den Preis oder Art und Weise der Preisberechnung geht es darum, dass der Anbieter beim Kunden bezüglich eines Produktes oder einer Dienstleistung eine Preisangabe tätigt, die bei diesem eine wahrheitswidrige Vorstellung mit der Folge auslöst, dass der Kunde irrtümlich von einem Preis ausgeht, der niedriger als der tatsächlich verlangte ist.¹⁹⁸ Ein solches, durch den Anbieter provoziertes Auseinanderfallen von Vorstellung und Wirklichkeit liegt vor allem dann vor, wenn die vom Anbieter getätigten Angaben objektiv unrichtig, mehrdeutig oder unvollständig sind.¹⁹⁹ § 5 II Nr. 2 UWG dient damit in erster Linie der Sicherstellung ausreichender Preiswahrheit.²⁰⁰ Dies wird ergänzt durch die Preisangabenverordnung, deren Zweck vor allem, aber nicht nur, in der Gewährleistung ausreichender Preisklarheit besteht.²⁰¹ Sie zielt damit primär auf Transparenz ab: Preisangabe- und Preisauszeichnungsvorschriften sollen dafür sorgen, dass der Kunde ohne Weiteres und unmittelbar erkennen kann, welcher Preis gilt.²⁰² Dadurch hat er die Möglich-

¹⁹⁷ Die Fallgruppe „Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils“ wird in § 5 II Nr. 2 UWG als Regelbeispiel bzw. Unterfall der Fallgruppe „Anlass des Verkaufs“ aufgeführt. In Art. 6 I lit. d UGP-RL wird sie hingegen als eigenständige Fallgruppe genannt. Deshalb ist sie in richtlinienkonformer Auslegung von § 5 II Nr. 2 UWG auch als eigene Fallgruppe zu behandeln. Sie kann demnach unabhängig von einer Täuschung über den Anlass des Verkaufs (etwa in Form einer Scheininsolvenz) einschlägig sein (Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁸2023, § 5 Rn. 433 UWG; Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, § 5 Rn. 715 UWG).

¹⁹⁸ Vgl. Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, § 5 Rn. 732 UWG.

¹⁹⁹ Ders., in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, § 5 Rn. 732 UWG.

²⁰⁰ Bornkamm/Fedderson, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.23 UWG.

²⁰¹ Dies., in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.23–3.26 UWG.

²⁰² Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 1 Rn. 19 PAngVO; Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, § 1 Rn. 80 PAngVO.

keit eines einfachen Preisvergleichs mit anderen Anbietern. Funktional soll Preisklarheit dadurch sichergestellt werden, dass der Anbieter den Kunden auf sachlich zutreffende und vollständige Art und Weise über den Preis informiert.²⁰³ Aus diesem Grund muss beispielsweise der Gesamtpreis gem. §§ 3 I i. V.m. 2 Nr. 3 PAngVO bereits die Umsatzsteuer enthalten. Preiswahrheit ist aber ebenso ein erklärtes Ziel der Preisangabenverordnung, vgl. § 1 III S. 2 PAngVO. Ein dahingehender Verstoß stellt zugleich einen Verstoß gegen § 5 II Nr. 2 UWG dar,²⁰⁴ sodass insofern ein grundsätzlicher Gleichlauf zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und der Preisangabenverordnung besteht.

Preispersonalisierung stellt angesichts des Gesagten in aller Regel aber keine Irreführung über den Preis bzw. die Art und Weise der Preisberechnung i. S. d. § 5 II Nr. 2 UWG dar.²⁰⁵ Der den Kunden angezeigte Preis ist der „wahre“ Preis, sodass kein Verstoß gegen den Grundsatz der Preiswahrheit vorliegt. Dies gilt unabhängig davon, ob Preise unmittelbar oder mittelbar angepasst werden: Der geforderte Preis entspricht dem Preis, der dem Kunden angezeigt wurde bzw. mit dem ihm gegenüber geworben wurde. Der Anbieter tätigt auch keine Erklärung darüber, welche Preise er von anderen Kunden verlangt bzw. – anders gewendet – dass er einen für alle Kunden gültigen Einheitspreis verwendet.²⁰⁶ Die Preiswahrheit wird mithin nicht etwa dadurch beschränkt, dass über die Relation des verlangten Preises zu den von anderen Kunden verlangten Preisen irreführt wird.

Für dieses Ergebnis lassen sich auch die Grundsätze zur lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit der sog. Preisspaltung fruchtbar machen. Preisspaltung liegt beispielsweise dann vor, wenn das gleiche Produkt innerhalb eines Ladengeschäfts zu unterschiedlichen Preisen verkauft wird. Dies ist grundsätzlich zulässig, sofern der Anbieter den Kunden auf diesen Umstand hinweist.²⁰⁷ Andernfalls liegt eine Irreführung i. S. d. § 5 II Nr. 2 UWG vor.²⁰⁸ Anders formuliert ergibt sich die lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit einer Preisspaltung erst daraus, dass ein irreführendes Element gegeben ist. *Bornkamm* und *Feddersen* skizzieren etwa den Fall, dass „*ein CD-Laden einige Stücke in einem Verkaufsstand am Eingang zu einem günstigeren Preis anbietet, um die Kunden in das Geschäft zu locken und Unentschlossene zu einem Kauf zu bewegen, während die gleiche Ware im Ladeninneren zu einem höheren Preis ausgezeichnet ist, weil man annimmt, dass der Kunde, der schon den Weg zum*

²⁰³ Vgl. *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.25 f. UWG; *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁸2023, § 5 Rn. 450 UWG.

²⁰⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 1 Rn. 18 PAngVO.

²⁰⁵ Im Ergebnis auch *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080.

²⁰⁶ *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 297. Vgl. auch *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080.

²⁰⁷ *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.37 UWG.

²⁰⁸ *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁸2023, § 5 Rn. 464 UWG.

Regal gefunden habe, auch einen höheren Preis zu zahlen bereit sei (...).“²⁰⁹ Lauterkeitsrechtlich unzulässig ist auch die (vergleichbare) Situation, dass ein Anbieter explizit mit einem bestimmten, günstigen Preis wirbt, manche Einheiten des beworbenen Produkts im Ladengeschäft aber nicht nur mit diesem, sondern auch mit einem höheren Preis ausgezeichnet sind.²¹⁰ Vertreten wird darüber hinaus, dass bei Produkten des täglichen Bedarfs eine lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit gem. § 5 II Nr. 2 UWG unabhängig davon gegeben ist, ob der Anbieter mit dem günstigeren der beiden im Ladengeschäft verlangten Preise wirbt.²¹¹ Begründet wird dies damit, dass die Situation auftreten kann, dass ein Kunde das fragliche Produkt bei einem Einkauf zum günstigeren Preis erwirbt und beim nächsten, zeitlich später gelagerten Einkauf, weiterhin vom niedrigeren Preis ausgehend, aus Versehen das teurer ausgezeichnete Produkt erwirbt. Dem Ergebnis ist zuzustimmen. Die zugrunde liegende Argumentation überzeugt aber nur teilweise. Verschiedene Preise innerhalb eines Ladengeschäfts, die nicht als solche gekennzeichnet sind, haben – unabhängig von der Art des Produktes – einen irreführenden Charakter und unterfallen deshalb zu Recht dem Irreführungsverbot. Der Kunde kann aber nicht pauschal davon ausgehen, dass die Preise in einem Ladengeschäft sich im Laufe der Zeit nicht ändern. Preisschwankungen (letztlich nichts anderes als *Dynamic Pricing*) sind normal und dem Durchschnittsverbraucher auch bekannt. Angesichts der Preisgestaltungsfreiheit des Anbieters kann im Kontext der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit deshalb nur eine Argumentation überzeugen, die auf eine (nicht als solche kenntlich gemachte) Preisspaltung im gleichen Zeitpunkt abstellt. Eine Preisspaltung, die sich auf verschiedene Zeitpunkte bezieht, kann die Preiswahrheit nur im eingeschränkten Maße beeinträchtigen. Dem Kunden ist es nämlich zuzumuten, sich bei jedem Kauf über den momentan gültigen Preis zu informieren. Anders formuliert resultiert die lauterkeitsrechtlich relevante Irreführung nicht aus den verschiedenen Preisen zu verschiedenen Einkaufszeitpunkten, sondern aus dem Vorhandensein verschiedener Preise im gleichen Ladengeschäft im gleichen Zeitpunkt.

Preisspaltung und Preispersonalisierung weisen gewisse konzeptionelle Parallelen auf. Deshalb wäre es denkbar, dass die rechtlichen Überlegungen zur Zulässigkeit von Preisspaltung auf die rechtliche Bewertung von Preispersonalisierung übertragen werden können. Vom Ergebnis her betrachtet sind beide Formen der Preissetzung dadurch geprägt, dass verschiedene Kunden verschiedene Preise für das gleiche Gut bezahlen. Im Fall der Preisspaltung kommt dieser Effekt dadurch zustande, dass Kunden im Ladengeschäft nicht erkennen, dass das gleiche Produkt vor Ort auch günstiger erhältlich ist, und deshalb zur höher ausgepreisten Ware greifen. Im Fall der online stattfindenden Preispersonalisierung wird der Preis vom Anbieter einseitig zugewiesen und – je nach Art der Preispersonalisierung – dem

²⁰⁹ *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.37 UWG.

²¹⁰ *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, § 5 Rn. 740 UWG.

²¹¹ *Ders.*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), ⁵2021, § 5 Rn. 740 UWG.

Kunden auf mehr oder minder transparente Weise kommuniziert. Die ökonomischen Auswirkungen sind also vergleichbar. Eine vergleichbare Irreführung des Kunden ist hingegen nicht gegeben. Bei einer Preisspaltung stehen aus seiner Sicht mindestens zwei verschiedene Preise im Raum. Die Irreführung des Kunden ergibt sich daraus, dass nicht klar ist, welcher dieser Preise gilt. Die Preiswahrheit wird auch dadurch beeinträchtigt, dass die Situation auftreten kann, dass der Kunde *de facto* mehr zahlt, als ihm ursprünglich werblich in Aussicht gestellt wurde. Letzteres gilt vor allem in dem Fall, dass der niedrigere von zwei im Ladengeschäft ausgezeichneten Preisen beworben wurde, der Kunde im Geschäft aber nur das höher ausgezeichnete Produkt findet und letztlich kauft.

Beim *Personalised Pricing* hingegen ist die Situation anders, weshalb die der (nicht gekennzeichneten) Preisspaltung innewohnende Irreführungsgefahr kaum auftreten kann: Dem Kunden wird nur ein Preis angeboten. Dieser gilt in der kommunizierten Höhe. Mit diesem Preis ist keine Aussage des Anbieters verbunden, dass bei anderen Kunden bzw. auf anderen Vertriebswegen der gleiche Preis verlangt werde.²¹² Eine Irreführung über die Preishöhe aufgrund verschiedener „im Raume stehender“ Preise besteht damit nicht. Dies gilt auch dann, wenn der Preis wegen der Weiterleitung von einem Preisvergleichsportal angepasst wurde. In aller Regel wird nämlich in diesen Fällen der Preis abgesenkt, sodass es von vornherein an einer wettbewerbsrechtlichen Relevanz fehlt.²¹³ Zum anderen wird technisch sichergestellt, dass dem Kunden nach der Weiterleitung – die den Kunden typischerweise erst auf die Seite des Anbieters geführt hat – nur ein konkreter, personalisierter Preis angezeigt wird.²¹⁴

Aus Sicht des Kunden besteht damit ein wesentlicher Unterschied zwischen Preisspaltung und Preispersonalisierung. Eine tatsächliche und damit auch rechtliche Vergleichbarkeit der beiden Fallkonstellationen ist nicht gegeben. Vielmehr ist Preispersonalisierung aus Sicht des Kunden mit der Situation vergleichbar, dass ein Anbieter mit einem Kunden verhandelt und ihm einen Rabatt einräumt: In dieser Fallkonstellation ist klar, dass der einzelne Kunde einen anderen Preis zu zahlen hat als andere Kunden. Dies ist aus Sicht des Wettbewerbsrechts ohne Weiteres zulässig.²¹⁵ Da Preiswahrheit und Preisklarheit gewahrt sind, ist mithin weder ein Verstoß gegen § 5 II Nr. 2 UWG noch gegen § 1 III S. 2 PAngVO erkennbar.

²¹²Vgl. *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.38 UWG.

²¹³So die in BGH, GRUR 2008, 442, 443 (*Fehlerhafte Preisauszeichnung*) zum Ausdruck kommende Wertung.

²¹⁴Problematisch wäre der Fall, dass die Preise auf dem Preisvergleichsportal nicht aktuell sind, sodass der Preis, der nach der Weiterleitung auf der Seite des Anbieters angezeigt wird, der vorherigen Ankündigung widerspricht (vgl. dazu etwa BGH, GRUR 2010, 936 (*Espressomaschine*)). Diese Fallkonstellation hat – ebenso wie das in Bezug genommene Urteil – aber nichts mit Preispersonalisierung zu tun. Sie wird stattdessen innerhalb der Fallgruppe „divergierende Preisankündigungen“ diskutiert.

²¹⁵*Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ⁴¹2023, § 5 Rn. 3.37 UWG.

bb. Irreführung über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils

Auch eine Irreführung über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils ist bei personalisierten Preisen in der Regel nicht gegeben. Voraussetzung dafür wäre, dass dem Kunden gegenüber kundgetan oder zumindest suggeriert wird, er erhalte einen Preis angezeigt, der unter den sonst beim Anbieter üblichen Preisen liegt.²¹⁶

Wenn unmittelbare Preispersonalisierung zum Einsatz kommt, wird dem Kunden gegenüber gerade aufgrund der ihr innewohnenden Intransparenz keine Aussage über einen etwaigen Preisvorteil getroffen: Der Anbieter tätigt in diesen Fällen eine schlichte, inhaltlich zutreffende Preisangabe, ohne diese mit einem darüber hinausgehenden Erklärungsgehalt zu verbinden. Über eine eigentlich nicht bestehende Bevorteilung wird der Kunde nicht getäuscht.²¹⁷

Eine mittelbare Preispersonalisierung mittels Zuweisung eines Gutscheins, Coupons etc. wäre lauterkeitsrechtlich auch unproblematisch: Erhält der Kunde aufgrund einer festgestellten oder vermuteten erhöhten Preissensitivität einen Gutschein, den andere Kunden nicht erhalten, dann liegt für ihn tatsächlich ein „besonderer Preisvorteil“ vor. Eine Irreführung wäre also nicht gegeben. Schon keine Preispersonalisierung liegt hingegen vor, wenn diese Gutscheine an jeden Kunden verschickt werden, um jedem einzelnen gegenüber einen besonderen Preisvorteil zu suggerieren (welcher aufgrund der Versendung „an jedermann“ gerade nicht besteht). In einer anderen Fallkonstellation wäre ein Verstoß gegen § 5 II Nr. 2 UWG allerdings zu bejahen: Eine Irreführung läge vor, wenn der Anbieter eine niedrige Preissensitivität auf Seiten des Kunden erkennt und dieses Wissen nutzt, um vorzutäuschen, dass dieser Kunde gegenüber anderen einen besonderen Preisvorteil genießt, obwohl von ihm tatsächlich ein höherer Preis verlangt wird. Denkbar wäre etwa, dass ihm ein „Stammkundenrabatt“ vorgegaukelt wird, obwohl er mehr bezahlt als andere Kunden. Hier läge mittelbare Preispersonalisierung vor, da ihm die preisliche Andersbehandlung offen kommuniziert wird. In dieser konkreten Konstellation ist der Inhalt der Kundenkommunikation aber bewusst wahrheitswidrig. Das lauterkeitsrechtliche Verbot hat allerdings nichts mit einer Diskriminierung geschützter Gruppen zu tun. Im Kern geht es stattdessen um den Vorwurf der von der Rechtsordnung missbilligten preisbezogenen Irreführung.

c. Transparenzpflichten

aa. Irreführung durch Unterlassen (§ 5a I UWG)

Gem. § 5a I UWG handelt unlauter, „*wer einen Verbraucher (...) irreführt, indem er ihm eine wesentliche Information vorenthält, (...) die der Verbraucher (...) nach den jeweiligen Umständen benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu*

²¹⁶ Vgl. Weidert, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 52021, § 5 Rn. 789 UWG.

²¹⁷ Obergfell, ZLR 2017, 290, 297.

treffen, und (...) deren Vorenthalten dazu geeignet ist, den Verbraucher (...) zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“²¹⁸ Es steht zur Diskussion, ob dem Anbieter aus dieser Vorschrift eine Pflicht erwächst, den Kunden ggf. dahingehend zu informieren, dass der von ihm verlangte Preis personalisiert ist. Dies ist zu bejahen: Aus Sicht des Kunden handelt es sich um eine wesentliche Information, wenn seine persönlichen Eigenschaften die Höhe des Preises beeinflussen.²¹⁹ Angesichts der (noch) bestehenden Vorbehalte gegenüber *Personalised Pricing* ist denkbar, dass Kunden ihre Kaufentscheidung überdenken und eventuell ändern, wenn ihnen bewusst wird, dass von ihnen ein individualisierter Preis verlangt wird. Es kann dabei nicht unterstellt werden, dass der durchschnittliche Verbraucher mit personalisierten Preisen rechnet und dass ein solcher Hinweis dementsprechend überflüssiger Natur ist.²²⁰ Auch ist die Angabe, dass im Einzelfall ein personalisierter Preis verlangt wird, unabhängig von der Form der Preiskommunikation leicht zu realisieren. Sie deckt sich zudem mit den bereits festgestellten datenschutzrechtlichen Transparenzpflichten, die sich aus den Informationspflichten gem. Art. 13 und 14 DSGVO sowie aus den Anforderungen ergeben, die an eine wirksame (im Fall von Preispersonalisierung stets notwendige) Einwilligungserklärung gestellt werden.

Darüber hinausgehende Pflichten, etwa zur Angabe des nicht personalisierten Referenzpreises²²¹ oder gar des von anderen Kunden durchschnittlich verlangten Preises,²²² sind hingegen abzulehnen. Es besteht keine grundsätzliche Pflicht des Anbieters, seine Preise und ihr Zustandekommen zu erläutern. Dahingehende Rechenschaftspflichten über § 5a I UWG zu konstruieren, würde einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine Vertragsfreiheit und seine unternehmerische Freiheit darstellen, zumal damit ein nicht unerheblicher Aufwand für den Anbieter verbunden wäre.²²³ Auch wäre fraglich, welcher tatsächliche Aussagegehalt (und damit Nutzen) etwa der Mitteilung eines Durchschnittspreises innewohnen würde. Es müsste geklärt werden, auf welchen Zeitraum sich dieser bezieht. Bei der Angabe des Durchschnittspreises ist zudem zu berücksichtigen, dass dieser in aller Regel auch das Ergebnis etwaiger dynamischer Preisschwankungen ist – also solcher, die gerade keine Personalisierung darstellen. Die Angabe des Durchschnittspreises, der von anderen Kunden gezahlt wurde, kann deshalb einen irreführenden Charakter einnehmen: Fallen der dem Kunden angezeigte Durchschnittspreis und der vom Kunden verlangte Preis auseinander, dann ist dies nicht nur das Ergebnis von Personalisierung. Der beabsichtigte Zweck, den Kunden aussagekräftig darüber aufzu-

²¹⁸ Zum Begriff der wesentlichen Information i. S. d. § 5a I UWG siehe auch § 5b UWG.

²¹⁹ So auch *Micklitz/Namysłowska*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 42019, § 5a UWG Rn. 61; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 298; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 407.

²²⁰ So wohl aber (und einer Informationspflicht kritisch gegenüberstehend) *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080.

²²¹ Für eine solche Pflicht *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 299.

²²² Siehe dazu *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1080 f.

²²³ *Ders.*, WRP 62 (2016), 1074, 1080 f.

klären, welchen quantitativen Unterschied die Preispersonalisierung in seinem konkreten Fall zeitigt, kann so nicht erfüllt werden.

bb. Informationspflicht („New Deal for Consumers“ 2019)

Die Modernisierungsrichtlinie²²⁴ sieht in ihrem Art. 4 Nr. 4 lit. a (ii) vor, dass die in Art. 6 Verbraucherrechte-RL enthaltenen Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen (und bei außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen) um die folgende erweitert werden: *„gegebenenfalls den Hinweis, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden ist“*. Diese Informationspflicht wurde (nahezu) wortgleich in Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB aufgenommen und gilt seit dem 28.5.2022.²²⁵ Sie kommt über §§ 312d I S. 1, 312j II BGB u. a. bei Fernabsatzverträgen i. S. d. § 312c I BGB zur Anwendung.²²⁶ Damit sind sämtliche hier diskutierten Fallkonstellationen von ihr erfasst.

Erwägungsgrund 45 Modernisierungsrichtlinie führt zur Begründung aus, dass Preise *„auf der Grundlage automatisierter Entscheidungsfindung oder²²⁷ Erstellung von Profilen des Verbraucherverhaltens“*, welche die *„Bewertung der Kaufkraft des Verbrauchers ermöglichen“*, personalisiert werden können. Dabei wird ausdrücklich der Bezug zu der Methode des Profilings hergestellt. Dementsprechend – und im Einklang mit der hier vertretenen Definition des Begriffs „Preispersonalisierung“ – wird ausgeführt, dass die Informationspflicht nur bei der Personalisierung von Preisen, nicht aber bei dynamischer Preissetzung gilt, bei der *„sich der Preis in sehr flexibler und schneller Weise in Abhängigkeit von der Marktnachfrage ändert, ohne dass diese Techniken eine Personalisierung auf der Grundlage automatisierter Entscheidungsfindung umfassen.“*²²⁸ Zudem stellt der Erwägungs-

²²⁴ Siehe dazu bereits oben Kap. 10, II. 2.

²²⁵ Art. 2 Nr. 2 lit. a (aa), 6 I Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.8.2021, BGBl. 2021 I, S. 3483.

²²⁶ Siehe dazu auch Gleixner, VuR 2020, 417, 419 f.

²²⁷ Gemeint ist wohl die Konjunktion „und“ statt „oder“. Dafür spricht zunächst die englische Sprachfassung („and“). Zudem spricht der Wortlaut der Informationspflicht nur von *„auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung“* personalisierten Preisen. Wäre die *„Erstellung von Profilen des Verbraucherverhaltens“* ein methodisch unabhängiges Vorgehen, wie das „oder“ nahelegt, bestünde bei solchermaßen personalisierten Preisen keine Informationspflicht. Diese ist aber ausweislich des Erwägungsgrundes 45 auch dann gewollt.

²²⁸ Diese Abgrenzung greift auch der Regierungsentwurf des Umsetzungsgesetzes auf (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 13.1.2021, S. 35).

grund unter Bezugnahme auf Art. 22 DSGVO klar, dass datenschutzrechtliche Pflichten unberührt bleiben.

Die neu eingeführte Informationspflicht des Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB ist keine lauterkeitsrechtliche. Sie ist im Verbraucherschutzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs angesiedelt. Für die hier diskutierten Fallkonstellationen, in denen ein Anbieter (als Unternehmer) einem Kunden (als Verbraucher) im Kontext eines Fernabsatzvertrages gegenübersteht, macht dies vom Ergebnis her keinen Unterschied. Die neue Informationspflicht entspricht der zuvor aus § 5a I UWG abgeleiteten Aufklärungspflicht.²²⁹ Es handelt sich dabei um eine Information, die „dem Verbraucher (...) nach Rechtsvorschriften zur Umsetzung unionsrechtlicher Richtlinien für kommerzielle Kommunikation einschließlich Werbung und Marketing nicht vorenthalten werden“ darf i. S. d. § 5b IV UWG. Insoweit hat sich die (hier bejahte) Frage, ob eine Aufklärungspflicht aus § 5a I UWG abgeleitet werden kann, seit dem 28.5.2022 im Wesentlichen erübrigt.²³⁰

Es besteht nur die Pflicht zur Mitteilung, dass der Preis ggf. personalisiert wurde. Auch dies spricht für die oben ausgeführte Argumentation, dass eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Mitteilung von Referenz- oder Durchschnittspreisen zu weitreichend wäre.

d. Verbrauchergeneralklausel (§ 3 II UWG)

Abschließend steht zur Diskussion, ob der Einsatz personalisierter Preise gegen die Verbrauchergeneralklausel des § 3 II UWG verstoßen kann. Bejahendenfalls wäre denkbar, dass auch die Diskriminierung geschützter Gruppen über diese Norm erfasst werden kann.

Gem. § 3 II UWG sind geschäftliche Handlungen unlauter, „die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, (...) wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.“ Bei dieser Norm handelt es sich um einen Auffangtatbestand, welcher zu den §§ 3 III i. V. m. dem Anhang, 4a, 5, 5a UWG subsidiär ist.²³¹ Da die UGP-Richtlinie Vollharmonisierung bezweckt, ist eine restriktive Auslegung der Verbrauchergeneralklausel geboten. Ansonsten wäre ein nicht mehr richtlinienkonformes Auseinanderfallen der Regelungsniveaus in den einzelnen Mitgliedstaaten zu befürchten.²³² Die Mitgliedstaaten dürfen dementsprechend

²²⁹Zur zeitlichen Abgrenzung von den datenschutzrechtlichen Informationspflichten siehe unten Kap. 11, IV.

²³⁰Vgl. dazu Gleixner, VuR 2020, 417, 421 und Zurth, AcP 221 (2021), 514, 544 f.

²³¹Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 41/2023, § 3 Rn. 3.5 UWG; Podszun, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5/2021, § 3 Rn. 82 UWG.

²³²Podszun, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 5/2021, § 3 Rn. 69 UWG.

„keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen (...), und zwar auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen (...).“²³³

Eine geschäftliche Handlung, die sich an Verbraucher richtet, liegt bei personalisierten Preisen vor. Im Kern geht es um die Frage, ob ihr Einsatz gegen die unternehmerische Sorgfalt verstößt und zur wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens der Verbraucher geeignet ist. Die Tatbestandsmerkmale „unternehmerische Sorgfalt“ sowie „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“ werden in § 2 I Nr. 9 und 11 UWG legaldefiniert. Das Abstellen auf „Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten“ (§ 2 I Nr. 9 UWG) im Kontext der unternehmerischen Sorgfalt macht eine normative Auslegung der Verbrauchergeneralklausel notwendig. Diese richtet sich nach europarechtlichen Maßstäben, nicht nach solchen des nationalen Rechts.

Für einen Verstoß gegen § 3 II UWG könnte grundsätzlich sprechen, dass ein Anbieter, der Profiling betreibt, um Preise zu personalisieren, sich der personenbezogenen Daten des Kunden bedient, um sich einen Wissensvorsprung zu verschaffen. Dieser Wissensvorsprung hat verschiedene Facetten. Der Anbieter kennt den Reservationspreis des Kunden mehr oder weniger genau, und kann diesen Umstand nutzen, indem er den Preis gezielt anpasst. Auch wenn ein vollständiges Ausreizen des Reservationspreises des Kunden in aller Regel nicht möglich sein wird, kann doch davon ausgegangen werden, dass diese Methoden – wenn sie vorkommen – darauf abzielen, in der Summe der Gewinnmaximierung des Anbieters zu dienen. Er kann das Wissen um die Preissensitivität des Einzelnen auch dazu nutzen, um den Kunden situativ zu beeinflussen, etwa mittels sog. *Behavioural Discrimination*. Anders formuliert findet ein – vom Kunden nicht unbedingt gewollter bzw. als solches erkannter – Tausch zwischen dem Datenschutzrecht des Kunden auf der einen Seite und der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit des Anbieters auf der anderen statt. Es wäre auch möglich, dass ein Marktversagen aufgrund einer asymmetrischen Informationsverteilung auftritt.²³⁴ Dies wäre etwa dann denkbar, wenn der Anbieter besser weiß, welche Zahlungsbereitschaft der Kunde aufweist, als dieser sich selber bewusst ist.

Abgesehen von Fallkonstellationen, die über die reine Personalisierung des Preises hinausgehen und derart manipulativ sind, dass sie als aggressive geschäftliche Handlung i. S. d. (insoweit dann spezielleren) § 4a I S. 1 UWG eingeordnet werden können,²³⁵ ist Preispersonalisierung nicht von der Verbrauchergeneralklausel des § 3 II UWG erfasst. Die Verwendung personalisierter Preise geht aus verschiedenen Gründen nicht mit einem derart hohen Unwerturteil einher, dass eine lauterkeits-

²³³ EuGH, C-540/08, ECLI:EU:C:2010:660, Rn. 30 (*Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*).

²³⁴ Vgl. zu diesem Begriff im Kontext des Kredit-Scorings *Locher*, ZWeR 16 (2018), 292, 305 f.

²³⁵ „Normale“ Fälle von Preispersonalisierung werden nicht von § 4a I S. 1 UWG erfasst. Die Anbieter haben keine Machtposition inne, die sie zur Ausübung von Druck ausnutzen, vgl. § 4a I S. 2 Nr. 3, S. 3 UWG. Auch stellen sie den Kunden keinen Nachteil in Aussicht, sofern diese auf ihr personalisiertes Angebot nicht eingehen. Somit stellt Preispersonalisierung schon keine aggressive geschäftliche Handlung dar (*Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1081; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 300).

rechtliche Unzulässigkeit anzunehmen ist. Ein Verstoß gegen die unternehmerische Sorgfalt i. S. d. §§ 3 II, 2 I Nr. 9 UWG liegt mithin nicht vor. Dies gilt auch dann, wenn die Personalisierung der Preise mit der Diskriminierung geschützter Gruppen einhergeht: Die aufgrund der Vollharmonisierung europarechtlich vorgegebene enge Auslegung des § 2 I Nr. 9 UWG verbietet es, in diese Norm gegen ihren Wortlaut ein Diskriminierungsverbot hineinzulesen.

Personalisierte Preise können mit durchaus positiven ökonomischen Effekten zugunsten der Kunden einhergehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Kunden erst durch die Personalisierung des Preises Zugang zu einem bestimmten Gut erhalten. Dieser Effekt kann auftreten, wenn ihr Reservationspreis über den Produktionskosten des Gutes, aber unter dem einheitlichen Preis liegt, der sich ohne den Einsatz von Preispersonalisierung am Markt ergeben würde. Ein pauschales Abstellen auf ein Gewinnstreben des Anbieters oder das Abgreifen von Konsumentenrente ginge deshalb schon aus inhaltlichen Gründen teilweise am Ziel vorbei. Umso stärker – und verfehlt – wiegt zudem die damit einhergehende wettbewerbspolitische Aussage: Das Streben nach Gewinn ist als solches nicht unlauter, sondern ein normaler Aspekt, der dem Wettbewerb innewohnt. Solange die Preissetzung nicht mit einem irreführenden oder aggressiven Element einhergeht, herrschen zugunsten des Anbieters Vertragsfreiheit und Preissetzungsfreiheit.²³⁶ Es steht ihm frei, Preise nach seinem Belieben zu setzen, und – soweit keine spezialgesetzlichen, ausdrücklichen Diskriminierungsverbote entgegenstehen – Kunden ungleich zu behandeln. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen die für die Preisbestimmung notwendigen personenbezogenen Daten des Kunden erhoben und wie sie verarbeitet werden dürfen, ist im Übrigen keine originär lauterkeitsrechtliche: Es ist primär Aufgabe des Datenschutzrechts, die Kontrolle des Einzelnen über die ihn betreffenden personenbezogenen Daten sicherzustellen und im Rahmen ihrer Verarbeitung – was vor allem auch die Berechnung von Wahrscheinlichkeitswerten im Zusammenhang mit Profiling beinhaltet – Fairness, Transparenz und Datenrichtigkeit sicherzustellen. Dieser Auftrag des Datenschutzrechts ergibt sich aus den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen des Art. 5 I DSGVO, auf die sich letztlich alle materiell-rechtlichen Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung zurückführen lassen.²³⁷ Unabhängig davon gilt, dass die Personalisierung von Preisen den Wettbewerb nicht außer Kraft setzt: Übertreibt ein Anbieter es damit in einer Art und Weise, die Kunden nicht akzeptieren wollen, ist anzunehmen, dass dieses Vorgehen Wettbewerber auf den Plan ruft und er im Wettbewerb nicht langfristig bestehen kann.²³⁸

Gerade der letztgenannte Aspekt führt dazu, dass ein Verstoß gegen § 3 II UWG auch deshalb zu verneinen ist, weil keine wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verbraucherverhaltens i. S. d. §§ 3 II, 2 I Nr. 11 UWG vorliegt. Eine solche stellt letztlich eine Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit des Kunden dar,

²³⁶ So auch *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1081 und *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 300.

²³⁷ Vgl. *Roßnagel*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, 2019, Art. 5 Rn. 15.

²³⁸ *Hofmann*, WRP 62 (2016), 1074, 1081.

welche wiederum ein Schutzgut des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt.²³⁹ Eine derartige Beeinträchtigung der Willensbildungsfreiheit ist aber bei personalisierten Preisen nicht gegeben. Dem Kunden steht es frei, das Produkt zum jeweiligen Preis zu kaufen oder vom Kauf abzusehen. Solange Preiswahrheit und Preisklarheit gewahrt sind, steht nicht zu befürchten, dass er aufgrund der Personalisierung eine Kaufentscheidung trifft, die er ansonsten nicht getroffen hätte.

e. Zwischenergebnis

Gem. §§ 5a I, 5b IV UWG sind Anbieter verpflichtet, ihre Kunden vor dem Kaufabschluss darauf hinzuweisen, wenn sie personalisierte Preise verwenden. Eine ausdrückliche Informationspflicht ist seit dem 28.5.2022 im Verbraucherschutzrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgesehen (§§ 312d I S. 1, 312j II BGB i. V. m. Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB). Aus dieser erhöhten Transparenz folgt ein gewisser Schutz vor Diskriminierung geschützter Gruppen, da unzulässige Ungleichbehandlungen so leichter aufgedeckt werden können.

Darüber hinausgehende lauterkeitsrechtliche Transparenzgebote oder Handlungsverbote bestehen grundsätzlich nicht. Eine Ausnahme stellt der in der Praxis wohl seltene Fall dar, dass der Anbieter einen verhältnismäßig hohen Reservationspreis auf Kundenseite erkennt und dieses Wissen nutzt, um vorzutäuschen, dass dieser Kunde anderen gegenüber einen besonderen Preisvorteil genießt, obwohl von ihm tatsächlich ein höherer Preis verlangt wird. In dieser speziellen Fallkonstellation wäre § 5 I, II Nr. 2 UWG einschlägig. Dieses Handlungsverbot besteht allerdings unabhängig davon, ob die irreführende Preiskommunikation geschützte Gruppen diskriminiert oder nicht. Deshalb wird es im Folgenden nicht weiter thematisiert.

3. Antidiskriminierungsrecht

Auf nationaler Ebene ist im Kontext von Preispersonalisierung der 3. Abschnitt des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes relevant. § 19 I, II AGG formuliert ein zwischen Privaten unter bestimmten Voraussetzungen geltendes Benachteiligungsverbot. Dieses konkretisiert den in § 2 I Nr. 5–8 AGG definierten Anwendungsbe-
reich des Gesetzes für den allgemeinen Zivilrechtsverkehr.²⁴⁰

²³⁹ *Scherer*, GRUR 2019, 361, 367.

²⁴⁰ Richtigerweise ist § 19 AGG nur anwendbar, wenn der zu prüfende Sachverhalt sich in einem der in § 2 I Nr. 5–8 AGG aufgelisteten Bereiche abspielt. § 2 I Nr. 1–4 AGG behandeln nur arbeitsrechtliche Sachverhalte, die vom 2. Abschnitt des Gesetzes umfassend geregelt werden, vgl. dazu die Diskussion bei *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 232–235. Nur in diesem Sinne lassen sich die Ausführungen der Gesetzesbegründung zum Verhältnis von § 19 I und II AGG verstehen (BT-Drucksache 16/1780, S. 41). Dogmatisch und ausweislich der amtlichen Überschrift handelt es sich beim ersten Abschnitt des Gesetzes (§§ 1–5 AGG) zudem um seinen allgemeinen Teil, welcher eine Klammerwirkung für die besonderen Teile entfaltet. § 19 AGG postuliert damit kein eigenstän-

a. Zivilrechtliches Gleichbehandlungsgebot

Im Kontext von Preispersonalisierung ist der Anwendungsbereich des Gesetzes über § 2 I Nr. 8 AGG eröffnet. Dieser muss mit § 19 I AGG zusammen gelesen werden. § 2 I Nr. 8 AGG eröffnet den Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, wenn es um „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ geht. Gemeint sind damit ausweislich der Gesetzesbegründung vor allem privatrechtliche Verträge.²⁴¹ Die Norm bezieht sich damit nicht, wie der Wortlaut vermuten lassen könnte, auf die (typischerweise staatlich verantwortete) allgemeine Daseinsvorsorge. Der Anwendungsbereich des § 2 I Nr. 8 AGG ist stattdessen bereits u. a. dann eröffnet, wenn ein Anbieter online ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages macht.²⁴² Es ist unerheblich, ob er eine *invitatio ad offerendum* ausspricht oder die von ihm betriebene Webseite so gestaltet, dass er sich dem Kunden gegenüber gem. § 145 BGB verpflichtet und dieser das Angebot nur anzunehmen braucht.²⁴³

§ 19 I AGG erklärt Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität „bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ für unzulässig.²⁴⁴ Erfasst sind Massengeschäfte, massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte (§ 19 I Nr. 1 AGG) und alle privatrechtlichen Versicherungen (§ 19 I Nr. 2 AGG). Massengeschäfte sind nach der Legaldefinition des § 19 I Nr. 1 Alt. 1 AGG solche Schuldverhältnisse, die „typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“. Dem gleichzusetzen sind sog. massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte, „bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“ (§ 19 I Nr. 1 Alt. 2 AGG).²⁴⁵ Das Benachteiligungsverbot gilt damit nicht für alle Rechtsgeschäfte zwi-

diges, neben § 2 I AGG tretendes Diskriminierungsverbot (*Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 1: Allgemeiner Teil, ⁹2021, § 19 Rn. 4–6 AGG; so im Ergebnis ohne tiefere Begründung auch OLG Karlsruhe, NJW 2010, 2668, 2669).

²⁴¹ BT-Drucksache 16/1780, S. 32.

²⁴² BT-Drucksache 16/1780, S. 32.

²⁴³ *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 1: Allgemeiner Teil, ⁹2021, § 2 Rn. 28 AGG.

²⁴⁴ Der Anwendungsbereich der Norm erfasst damit, im Gegensatz zu § 1 AGG, nicht den Schutz vor Benachteiligung aufgrund der Weltanschauung. Dieses Merkmal wurde auf Empfehlung des Rechtsausschusses aus dem Schutzzumfang des 3. Abschnitts des AGGs herausgenommen. Es wurde die Gefahr gesehen, „dass z. B. Anhänger rechtsradikalen Gedankenguts aufgrund der Vorschrift versuchen, sich Zugang zu Geschäften zu verschaffen, die ihnen aus anerkanntswerten Gründen verweigert wurden“ (BT-Drucksache 16/2022, S. 13).

²⁴⁵ Bei § 19 I Nr. 1 Alt. 2 AGG handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Erfasst sind davon die Situationen, in denen das Ansehen der Person für den Anbieter zwar (möglicherweise) eine Rolle spielt, aber hinter anderen Faktoren zurücktritt (vgl. *Franke/Schlichtmann*, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ⁵2022, § 19 Rn. 40 AGG).

schen Privaten. Es ist auf bestimmte Fallkonstellationen beschränkt. Hinzu kommen weitere Abstufungen, etwa die Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes bei Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft über Massengeschäfte etc. hinaus (§ 19 II AGG),²⁴⁶ die Ausnahmenvorschrift § 19 IV AGG und die Regelung des § 20 I AGG, wonach bestimmte Ungleichbehandlungen bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässig sind. Diese Regelungstechnik ist letztlich Ausdruck einer wertenden Abwägung des Gesetzgebers. Die Vertragsfreiheit der von §§ 19 ff. AGG verpflichteten Anbieter soll durch dieses abgestufte System mit dem Schutz der Kunden vor rechtlich missbilligter Diskriminierung in Einklang gebracht werden.²⁴⁷ Das Benachteiligungsverbot bezweckt, dass auch Angehörige geschützter Gruppen tatsächlich die Möglichkeit haben, Verträge abzuschließen und so die ihnen zustehende Vertragsfreiheit zu nutzen.

b. Anwendung auf Preispersonalisierung

§ 19 I AGG kann zur Anwendung gebracht werden, wenn Preispersonalisierung beim Online-Handel mit Gütern bzw. Dienstleistungen mit der Diskriminierung der von der Norm in Bezug genommenen geschützten Gruppen einhergeht. Beide Alternativen des § 19 I Nr. 1 AGG erfassen (nur) solche Fallkonstellationen, in denen es nicht um einmalige, sondern um häufig auftretende Rechtsgeschäfte geht.²⁴⁸ Dementsprechend sollen nur solche Anbieter (in der Regel Unternehmer i. S. d. § 14 I BGB) verpflichtet werden, die sich mit ihren Angeboten an die Allgemeinheit richten.²⁴⁹ § 19 I Nr. 1 AGG erfasst nur solche Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person (Alternative 1) und – deshalb²⁵⁰ – vom Anbieter stets zu vergleichbaren Bedingungen eingegangen werden, oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat (Alternative 2). Aufgrund dieser allgemeinen, typisierenden Betrachtungsweise sind letztlich nur solche Fallkonstellationen erfasst, in denen die Schlechterbehandlung einzelner Kunden willkürlich ist.

Die Voraussetzungen des § 19 I AGG können vorliegen, wenn Anbieter beim Handel mit Waren und Dienstleistungen Preise personalisieren und dies mit einer Schlechterstellung der dort geschützten Gruppen einhergeht. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist technologie-neutral formuliert und gilt unabhängig da-

²⁴⁶ § 19 II AGG weitet den Anwendungsbereich der Norm im Falle der Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft auf „sonstige“ Schuldverhältnisse aus. Das Benachteiligungsverbot gilt in diesen Fällen also unabhängig davon, ob ein Massengeschäft etc. vorliegt.

²⁴⁷ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 16/1780, S. 26 und 39–41 und Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 52022, § 19 Rn. 10–15 AGG m. w. N.

²⁴⁸ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 16/1780, S. 41.

²⁴⁹ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 16/1780, S. 41.

²⁵⁰ So die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 16/1780, S. 41 treffend: „Gleichbehandlung bei Erbringung der Leistung ist letztlich Spiegelbild der Tatsache, dass der Anbieter bei der Auswahl des Vertragspartners nicht unterscheidet.“

von, ob die Parteien das Rechtsgeschäft online oder etwa im stationären Handel abschließen.²⁵¹ Der Online-Handel mit Gütern des täglichen Bedarfs sowie der Verkauf typischer Dienstleistungen (etwa Flug- und Hotelbuchungen) ist im Regelfall dergestalt „anonym“, dass es dem Anbieter nicht darauf ankommt, wer auf Kundenseite sein Vertragspartner ist: Die Bonität vorausgesetzt, kontrahiert der Anbieter grundsätzlich mit jedem. Auch wenn Profiling dazu genutzt wird, den Preis – und möglicherweise auch das Produkt als solches – zu personalisieren, fällt dieses Verhalten immer noch in den Anwendungsbereich des § 19 I AGG. Das Rechtsgeschäft wird „ohne Ansehen der Person“ abgeschlossen und fällt unter das Diskriminierungsverbot, da auch in solch einer Fallkonstellation nach dem *Telos* der Norm darauf abgestellt werden muss, ob es dem Anbieter beim Vertragsabschluss bei typisierter Betrachtungsweise auf die Person des Kunden ankommt oder nicht.²⁵² Sofern der Anbieter weiterhin mit jedem potenziellen Kunden den (ggf. unter verschiedenen Aspekten individualisiert angepassten) Vertrag grundsätzlich abschließen würde, lässt die Profiling-basierte Personalisierung den Diskriminierungsschutz nicht entfallen.

c. Rechtfertigung oder Tatbestandsausschluss

Je nach Fallkonstellation kann eine unmittelbare Benachteiligung i. S. d. § 3 I S. 1 AGG oder eine mittelbare Benachteiligung i. S. d. § 3 II AGG vorliegen.²⁵³ Aus Sicht des Rechtsanwenders hängt die konkrete Qualifizierung nicht nur von der vom Anbieter gewählten Preissetzungsmethode ab, sondern auch davon, wie transparent er diese – unabhängig von der Einhaltung datenschutz- und lauterkeitsrechtlicher Transparenzpflichten – ausgestaltet.

aa. Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 I S. 1 AGG)

Sofern der Anbieter seine Preise erkennbar unmittelbar von ihm bekannten (bzw. mit den Mitteln des Profiling „vorhergesagten“) Eigenschaften des Kunden abhängig macht und diese die Zugehörigkeit zu einer von § 19 I AGG geschützten Gruppe widerspiegeln, ist eine Rechtfertigung über § 20 I AGG denkbar. Diese ist nur im Fall einer unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts möglich (§ 20 I S. 1 AGG), nicht aber bei Diskriminierung aufgrund der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft. Zudem muss ein sachlicher Grund vorliegen, § 20 I S. 1 AGG, weshalb eine wertende Abwägung nötig ist. Bei Preispersonalisierung stellt innerhalb der in der Norm enthaltenen Regelbeispiele (nur) § 20 I S. 2 Nr. 3 AGG einen tauglichen

²⁵¹ *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 231.

²⁵² *Ders.*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 234 f.

²⁵³ Siehe zu der Unterscheidung bereits oben Kap. 9, I.

Ansatzpunkt dar.²⁵⁴ Zulässig ist demnach eine unterschiedliche Behandlung, die „besondere Vorteile gewährt“, sofern zugleich „ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt“. Die Gesetzesbegründung nennt dafür beispielhaft zwei Fallkonstellationen. Einerseits bezeichnet sie Vergünstigungen für Gruppen, die in der Regel mangels Erwerbseinkommens weniger leistungsfähig sind – etwa Schüler und Studenten – als sozial erwünscht. Zugleich bewertet sie „die gezielte Ansprache von Kundenkreisen, die der Anbieter anlocken möchte“ als unproblematischen und damit gerechtfertigten Ausdruck wettbewerblichen Handelns.²⁵⁵ Die Gesetzesbegründung stellt u. a. darauf ab, dass das Verbot dieser Vergünstigungen nur dazu führen würde, dass sie nicht mehr gewährt werden, ohne dass dies den bis dahin nicht begünstigten Kunden zugutekommen würde.

Die Beispiele machen deutlich, dass es durchaus Formen der preislichen Ungleichbehandlung von Angehörigen geschützter Gruppen gibt, die normativ und rechtlich nicht zu beanstanden sind. Voraussetzung ist, dass es dem Anbieter vorrangig darum geht, eine bestimmte Gruppe zu begünstigen – und nicht darum, einer Gruppe zu schaden.²⁵⁶ Der beispielhaft in Bezug genommene „Schülerabbatt“ ist gesellschaftlich akzeptiert und dürfte von den wenigsten als problematische Form der Altersdiskriminierung wahrgenommen werden. Auch Vergünstigungen für Frauen in Diskotheken im Rahmen von „Ladies Nights“ und ähnliche Formen von Kundenansprachen sind Teil des normalen Wettbewerbsgeschehens und fallen unter § 20 I S. 2 Nr. 3 AGG.²⁵⁷ Es geht dabei in aller Regel primär um das Bestehen im Wettbewerb, und nicht um das Diskriminieren geschützter Gruppen.

Die Entscheidung, ab wann für eine Ungleichbehandlung aufgrund rein wirtschaftlicher Interessen im Kontext von Preispersonalisierung kein sachlicher Grund i. S. d. § 20 I S. 1 AGG mehr gegeben ist, ist letztlich eine kaum verallgemeinerungsfähige Wertungs- und Abwägungsfrage. Den berechtigten Kundeninteressen, nicht diskriminiert zu werden, stehen die unternehmerische Freiheit und die Privatautonomie des Anbieters gegenüber.²⁵⁸ Der EuGH hat in *Test-Achats* den Grundsatz

²⁵⁴ Eine Rechtfertigung ist stets auch unabhängig von den Regelbeispielen über die Generalklausel, § 20 I S. 1 AGG, möglich.

²⁵⁵ Gesetzesbegründung BT-Drucksache 16/1780, S. 44.

²⁵⁶ Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 52022, § 20 Rn. 20 AGG.

²⁵⁷ Heese, NJW 2012, 572, 574; Thüsing, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 1: Allgemeiner Teil, 92021, § 20 Rn. 43 AGG.

²⁵⁸ Vgl. Heese, NJW 2012, 572, 574 f. und Zuiderveen Borgesius, Eur. Bus. Law Rev. 31 (2020), 401, 414 f. Siehe auch (im Kontext unternehmensinterner angestrebter religiöser Neutralität am Arbeitsplatz) die Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott, C-157/15, ECLI:EU:C:2016:382, Rn. 134 f. (*G4S Secure Solutions*): „In einer Union, die sich der sozialen Marktwirtschaft verpflichtet fühlt (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV) und diese unter Beachtung der Erfordernisse einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verwirklichen will (Art. 119 Abs. 1 AEUV und Art. 120 AEUV), kommt der unternehmerischen Freiheit ein nicht zu unterschätzender Stellenwert zu. Dieses Grundrecht (...) ist heute an prominenter Stelle in Art. 16 der Charta der Grundrechte verankert. Somit ist nicht von vornherein auszuschließen, dass Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78 zum Schutz der unternehmerischen Freiheit ein Abweichen vom Diskriminierungsverbot toleriert.“

der Gleichbehandlung von Mann und Frau implizit und ohne vertiefte Abwägung²⁵⁹ recht kompromisslos über die unternehmerische Freiheit der privaten Versicherungen gestellt und sie durch Ungültigerklärung des Art. 5 II Unisex-RL dazu verpflichtet, das Geschlecht des Versicherungsnehmers bei der Tarifierung gänzlich außen vor zu lassen, obwohl die Berücksichtigung dieses Faktors ökonomisch adäquate Versicherungstarife erlaubt.²⁶⁰ Der Fall ist im weiteren Sinne mit der Situation von Preispersonalisierung vergleichbar: Sowohl bei der risikoadäquaten Berechnung von Versicherungstarifen als auch bei der Profiling-basierten Personalisierung von Preisen geht es im Kern um das Anknüpfen an statistische (und damit pauschalisierende) Erfahrungswerte, um einen individuellen Preis zu kalkulieren. In beiden Fällen kann die Preisgestaltung maßgeblich von der Zugehörigkeit zu geschützten Gruppen abhängig gemacht werden. *Test-Achats* behandelte eine spezifische Ausnahmeregelung für den Versicherungssektor und bezog sich thematisch (aufgrund des Regelungsgegenstands der Richtlinie) nur auf das Gebot der Geschlechtergleichbehandlung. Das Urteil ist mithin nur bedingt auf die Fallkonstellation der Diskriminierung geschützter Gruppen durch personalisierte Preise übertragbar: Beim *Personalised Pricing* kommen grundsätzlich auch andere (ggf. geschützte) Gruppen als Anknüpfungspunkt in Betracht. Auch ist zu berücksichtigen, dass Preise im Online-Handel mit Gütern und Dienstleistungen für die Kunden keine vergleichbare Bedeutung haben wie (für die individuelle Lebensplanung eventuell elementare) Versicherungen, sodass eine Rechtfertigung aus rein wettbewerblichen Gesichtspunkten eher in Betracht kommt.

Aus *Test-Achats* lässt sich die Wertung ablesen, dass Diskriminierungsschutz grundsätzlich einen höheren Stellenwert als die Preisgestaltungsfreiheit des Anbieters hat und dass dieser seine Preissetzungsmethoden ggf. effektiv anpassen muss. Verschiedene Kriterien spielen für die Abwägung eine Rolle. Diese muss wertend, einzelfallbezogen und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vorgenommen werden.²⁶¹ Die in Bezug genommene Gruppenzugehörigkeit, die Art des individuell bepreisten Gutes, die Höhe der Preisdifferenz im Einzelfall, die Form der Kommunikation mit dem Kunden und das vom Anbieter konkret verfolgte Ziel müssen demnach Berücksichtigung finden.²⁶² Auch dürfte es eine wesentliche Rolle spielen, ob die Schlechterbehandlung bestimmter Gruppen systematisch und reproduzierbar stattfindet oder ob es sich um Einzelfälle („Ausreißer“) handelt.

bb. Mittelbare Benachteiligung (§ 3 II AGG)

Es ist denkbar, dass die Diskriminierung geschützter Gruppen in der Praxis die Form einer mittelbaren Benachteiligung i. S. d. § 3 II AGG annimmt und dass dabei trotz *prima facie* neutraler Vorgehensweise diskriminierende Ergebnisse produziert

²⁵⁹ Kritisch *Armbrüster*, LMK 2011, 315339.

²⁶⁰ Kritisch *Heese*, NJW 2012, 572, 574.

²⁶¹ So die Gesetzesbegründung BT-Drucksache 16/1780, S. 43.

²⁶² *Zuiderveen Borgesius*, Eur. Bus. Law Rev. 31 (2020), 401, 418.

werden, obwohl der Anbieter dies nicht unbedingt weiß oder beabsichtigt. Die Feststellung, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, erfolgt durch die Bildung von Vergleichsgruppen.²⁶³ Um diskriminierende Formen von Preispersonalisierung nachzuweisen, müssten verschiedene Käufergruppen gebildet und es müsste gezeigt werden, dass von Mitgliedern einer geschützten Gruppe regelmäßig und systematisch höhere Preise als von Nicht-Mitgliedern verlangt werden. Eine unzulässige Diskriminierung ist in diesen Fällen gem. § 3 II AGG bereits tatbestandlich ausgeschlossen, wenn die vom Anbieter eingesetzten Mittel „*durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt*“ und zugleich „*zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich*“ sind. Materiell-rechtlich stellen sich – unter dogmatisch anderen Vorzeichen, nämlich bereits auf Tatbestandsebene – die gleichen Abwägungsfragen wie bei der Prüfung des § 20 I S. 1 AGG.²⁶⁴

d. Zwischenergebnis

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz beinhaltet in § 19 I AGG ein allgemeines, zivilrechtliches Benachteiligungsverbot. Dieses kann im Kontext von Preispersonalisierung zur Anwendung gebracht werden und Kunden davor schützen, aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer in § 19 I AGG genannten Gruppe systematisch benachteiligt zu werden. Die Verantwortung für die Beachtung des Benachteiligungsverbots trägt der Anbieter, ohne dass es auf ein Verschulden seinerseits ankäme.

Aufgrund der gebotenen Einzelfallbetrachtung nicht verallgemeinerungsfähig ist die rechtliche Frage, in welchen konkreten Fallkonstellationen unmittelbare Benachteiligungen über § 20 I S. 1 AGG gerechtfertigt werden können. Im Falle mittelbarer Benachteiligung, § 3 II AGG, stellt sich die inhaltlich gleich konturierte Fragestellung, wann ein den Tatbestand ausschließendes rechtmäßiges Ziel auf Seiten des Anbieters vorliegt. Das Urteil des EuGH in *Test-Achats* legt nahe, dass dem Gleichbehandlungsgebot ein sehr hohes Gewicht zukommt. Die Tatsachenfrage, ob bei einem konkreten Anbieter tatsächlich Preissetzungsmethoden zur Anwendung kommen, durch die geschützte Gruppen systematisch diskriminiert werden, dürfte oftmals schwierig zu beantworten sein. Vor allem bei mittelbaren Benachteiligungen sind auf prozessualer Ebene diffizile Nachweisprobleme zu erwarten, da die notwendige Vergleichsgruppenbildung den Zugriff auf ausreichend großes Datenmaterial notwendig macht.²⁶⁵ Bereits weiter oben hat sich gezeigt, wie anspruchsvoll es in methodischer Hinsicht ist, Preispersonalisierung überhaupt mit der notwendigen Sicherheit nachzuweisen und von dynamischer Preissetzung abzugrenzen. Der Nachweis gruppenspezifischer Diskriminierung dürfte nochmals komplexer sein. Der Schutz des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist weitreichend:

²⁶³ Vgl. zur Bildung von Vergleichsgruppen (im arbeitsrechtlichen Kontext) instruktiv BAG, NZA 2016, 1394 *passim*.

²⁶⁴ Vgl. *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Hrsg.), Band 1: Allgemeiner Teil, 92021, § 3 Rn. 40 AGG und die Gesetzesbegründung BT-Drucksache 16/1780, S. 43.

²⁶⁵ Vgl. dazu aber § 22 AGG.

§ 21 AGG sieht u. a. die Möglichkeit vor, Unterlassungsklagen zu erheben und Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

IV. Zusammenfassende Überlegungen

Auf materiell-rechtlicher Ebene bestehen verschiedene Mechanismen, die geschützte Gruppen vor unzulässiger Diskriminierung durch Preispersonalisierung schützen. Diese finden sich im Datenschutzrecht, im Lauterkeitsrecht und im Antidiskriminierungsrecht. Zwei Regelungstechniken können unterschieden werden: Förderung von Transparenz sowie Handlungsverbote, welche sich auf diskriminierende Handlungen beziehen. Transparenz senkt das Diskriminierungsrisiko: Je nachvollziehbarer und offener Entscheidungsprozesse ausgestaltet sind, desto unwahrscheinlicher ist es, dass sich systematische, unzulässige Ungleichbehandlungen etablieren und unentdeckt bleiben. Dieser Diskriminierungsschutz ist indirekt: Er ist nicht unbedingt das primäre Ziel der einschlägigen Vorschriften, wird durch sie aber mitbewirkt. Handlungsverbote hingegen sind zielgerichtet. § 19 I AGG richtet sich beispielsweise direkt gegen bestimmte Benachteiligungsformen.

Der Schutz durch Transparenz ist im Datenschutzrecht und im Lauterkeitsrecht verankert. Datenschutzrechtlich ergibt er sich vor allem aus den Anforderungen, die Art. 6 I S. 1 lit. a i. V. m. 4 Nr. 11, 7 II DSGVO an eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung stellen. Hinzu kommen die in Art. 13 I lit. c, II lit. f und 14 I lit. c, II lit. g DSGVO enthaltenen Informationspflichten und das Auskunftsrecht gem. Art. 15 I lit. a und h DSGVO. Parallel dazu besteht gem. §§ 5a I, 5b IV UWG eine lauterkeitsrechtliche Pflicht, über den Einsatz eines personalisierten Preises *in concreto* zu informieren. Seit dem 28.5.2022 enthält das bürgerlich-rechtliche Verbraucherschutzrecht eine ausdrückliche dahingehende Informationspflicht, §§ 312d I S. 1, 312j II BGB i. V. m. Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB.

Einschlägige Handlungsverbote ergeben sich aus dem Datenschutzrecht und dem Antidiskriminierungsrecht. Die Datenschutz-Grundverordnung beinhaltet an verschiedenen Stellen mittelbare Schutzmechanismen mit unterschiedlicher Wirkweise: Art. 9 I DSGVO setzt bei sensiblen (und mithin besonders diskriminierungsgeeigneten) Daten bereits bei der ersten Erhebung an und stellt erhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit ihrer Verarbeitung. Art. 5 I lit. a DSGVO gebietet eine Datenverarbeitung nach Treu und Glauben. Dieser Grundsatz kann über Erwägungsgrund 71 DSGVO mit einem Verbot diskriminierender Verarbeitungsweisen „aufgeladen“ werden. Dies ist vor allem für das Profiling zwecks Bestimmung der individuellen Zahlungsbereitschaft relevant. Auch das Verbot automatisierter Einzelentscheidungen (Art. 22 I DSGVO) kann zum Schutz vor diskriminierender Preisgestaltung durch Auslegung des Begriffs „erhebliche Beeinträchtigung“ fruchtbar gemacht werden. § 19 I AGG als genuin antidiskriminierungsrechtliche Regelung verbietet Benachteiligungen bestimmter Gruppen u. a. bei Massengeschäften. Bei diesen Handlungsverboten stellt sich stets die Frage, ob Ungleichbehandlungen im Einzelfall gerechtfertigt werden können. Allgemeingültige Antwort-

ten darauf sind nicht möglich, da stets verschiedene Faktoren zu berücksichtigen sind. Es kommt vor allem darauf an, an welche Gruppenzugehörigkeit zu welchem Zweck angeknüpft wird. Wettbewerbliche Erwägungen können an dieser Stelle Berücksichtigung finden und bestimmte diskriminierende Handlungen rechtfertigen. Vorsatz- oder Verschuldensfragen spielen hingegen weder im Datenschutz- noch im Antidiskriminierungsrecht eine Rolle: Die Einhaltung der Verbote obliegt stets dem Anbieter. Der EuGH hat in der Rechtssache *Test-Achats* den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter pauschal über die ökonomische Realität privatrechtlicher Versicherungen gestellt. Als Blaupause für Abwägungsfragen im Kontext von diskriminierenden Preispersonalisierungsmethoden taugt das Urteil aber kaum, da das Gericht von einer aussagekräftigen Mitteilung und Begründung seiner Erwägungen abgesehen hat.

Die Schutzmechanismen dieser drei Rechtsregime lassen sich auf allen drei Stufen des hier vertretenen Modells verorten: Auf Stufe 1 spielt unter Transparenzgesichtspunkten vor allem die Einwilligung des Kunden eine wesentliche Rolle. Stufe 2 – die Profiling-basierte Annäherung an den Reservationspreis – ist geprägt vom Diskriminierungsverbot des Art. 5 I lit. a i. V. m. Erwägungsgrund 71 DSGVO. Auf der dritten und letzten Stufe kommen die Verbote des Art. 22 I DSGVO und § 19 I AGG zum Tragen. Zudem besteht dort – im Zeitpunkt unmittelbar vor dem potenziellen Kaufabschluss – eine anbieterseitige Informationspflicht. Letztere hat eigenständige Relevanz und entspricht nicht gänzlich den datenschutzrechtlichen Pflichten. Diese greifen typischerweise im Zeitpunkt der ersten Datenverarbeitung (etwa beim Anlegen eines Kundenkontos) und mithin, je nach Fallkonstellation, einige Zeit vor dem eigentlichen Kaufabschluss.²⁶⁶ Die bestehende lauterkeitsrechtliche (§§ 5a I, 5b IV UWG) bzw. verbraucherschutzrechtliche (§§ 312d I S. 1, 312j II BGB i. V. m. Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB) Informationspflicht hingegen gilt in dem Moment, in dem der Kunde unmittelbar vor dem Kaufabschluss steht. Diese zeitliche Nähe mit der endgültigen Kaufentscheidung dürfte ihre Effektivität weiter steigern und verleiht ihr eine eigenständige Funktion.

Das von den verschiedenen Regelwerken jeweils etablierte Schutzniveau ist uneinheitlich. Dies ergibt sich zunächst aus den unterschiedlichen Regelungsansätzen, die auf den drei Stufen des Modells naturgemäß unterschiedliche Wirkungen zeitigen. Aber auch mit dem Blick auf die konkret geschützten Gruppen ergeben sich Unterschiede. § 19 I AGG verbietet beispielsweise geschlechtsbezogene Benachteiligungen und solche aufgrund des Alters. Dahingehende Diskriminierungen werden weder von Art. 9 I DSGVO noch von Erwägungsgrund 71 DSGVO erfasst. Diese gehen wiederum an anderer Stelle über § 19 I AGG hinaus, indem sie etwa vor Diskriminierungen aufgrund der politischen Meinung oder des Gesundheitszustands des Betroffenen schützen. Bei rein materiell-rechtlicher Betrachtungsweise ließe sich argumentieren, dass es auf diese Unterscheidung nicht ankommt: Auf Stufe 3 des Modells greifen sowohl Art. 22 I DSGVO als auch § 19 I AGG. Mit Blick auf die Durchsetzungsebene hingegen können sich wesentliche Unterschiede ergeben. Das Datenschutzrecht wird – im Gegensatz zum Allgemeinen Gleichbehandlungs-

²⁶⁶ Vgl. etwa Art. 13 I DSGVO: „zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten“.

gesetz – nicht nur von Privaten, sondern auch behördlich durchgesetzt. Verstöße gegen die hier diskutierten Normen sind zudem bußgeldbewehrt (Art. 83 V lit. a und b DSGVO). Hinzu kommt, dass die Datenschutz-Grundverordnung unionsweite Geltung beansprucht, wohingegen der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien mehr Gruppen Schutz zugesprochen hat, als unionsrechtlich vorgegeben war. In den Ländern der Europäischen Union kann es insofern also zu qualitativ unterschiedlichen Schutzniveaus kommen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Kapitel 12: Abschließende Bemerkungen



I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Profiling nach dem Verständnis der Datenschutz-Grundverordnung ist ein technisches Erkenntnisverfahren, das auf dem Prinzip der Gruppenbildung basiert. Diesem Verfahren wohnen signifikante persönlichkeitsrechtliche Implikationen inne, erlaubt es doch die Schaffung „neuer“ personenbezogener Daten, die dem Betroffenen zugewiesen werden und teilweise tiefgehende Einblicke in seine persönlichen Aspekte erlauben. Für die rechtliche Bewertung ist die Erkenntnis bedeutsam, dass Profiling letztlich nichts anderes ist als eine Wahrscheinlichkeitsberechnung. Im Einzelfall falsche Ergebnisse – sog. *false positives* bzw. *false negatives* – sind diesem Verfahren deshalb systemimmanent. Dies unterstreicht die Notwendigkeit der gedanklichen Trennung von Profiling und darauf basierenden Entscheidungen sowie die Berechtigung der Regulierung automatisierter Einzelentscheidungen in Art. 22 DSGVO.

Profiling kann grundsätzlich eingesetzt werden, um Preise im Online-Handel gegenüber Endverbrauchern zu personalisieren. Profiling und Preispersonalisierung basieren auf der gleichen konzeptionellen Herangehensweise. Preispersonalisierung ist ein Unterfall von Preisdiskriminierung 3. Grades. In der Theorie erlaubt sie – den Zugriff auf ausreichend Datenmaterial vorausgesetzt – die Bestimmung des Reservationspreises des Kunden, also seiner individuellen Zahlungsbereitschaft für ein bestimmtes Gut oder eine bestimmte Dienstleistung. Die Praxis ist davon aus verschiedenen Gründen weit entfernt: In der Regel fehlt der Zugriff auf ausreichend großes Datenmaterial (personenbezogener wie abstrakter Natur). Hinzu kommen technische Schwierigkeiten (etwa hinsichtlich der zuverlässigen Identifizierung des einzelnen Kunden) sowie wettbewerbliche Beschränkungen, die ein Ausreizen des Reservationspreises von vornherein erschweren oder gänzlich ausschließen. Der möglicherweise bedeutendste Grund dafür ist letztlich aber auch ein ganz menschlicher: Es ist kaum möglich, von „dem“ Reservationspreis eines Kunden zu

sprechen. Die Zahlungsbereitschaft schwankt, ist situationsabhängig, oftmals irrational und auch vom Betroffenen nicht stets bezifferbar. Eher realisierbar sind deshalb „Gruppenpreise“, die etwa in Abhängigkeit vom physischen Aufenthaltsort des Kunden oder von der Nutzung eines Preisvergleichsportals bestimmt werden. Bei diesen handelt es sich aber um nicht mehr als eine grobe, pauschalisierende Annäherung an den Reservationspreis.

Die auf tatsächlicher Ebene zwingend notwendige Unterscheidung zwischen personalisierten Preisen und dynamisch oder anderweitig begründeten Preisschwankungen schlägt auf die rechtliche Ebene durch. Die hiesige Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass beim *Personalised Pricing* im Regelfall personenbezogene Daten i. S. d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO verarbeitet werden. Dementsprechend findet die Datenschutz-Grundverordnung gem. Art. 2 I DSGVO Anwendung. Tragendes Argument dafür ist, dass der Anbieter, der Daten zum Zwecke der Preispersonalisierung erhebt, dabei stets zumindest mittelbar auch die Feststellung der Identität des Kunden bezweckt: Ohne Kenntnis der Identität des Vertragspartners ist ein Kaufabschluss kaum denkbar.

Mit der Datenschutz-Grundverordnung, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bestehen verschiedene Schutzsysteme, die in den hier untersuchten Konstellationen bestimmte Gruppen vor unzulässiger Diskriminierung schützen können. Rechtstechnisch wird dieses Ergebnis auf materiell-rechtlicher Ebene durch zwei Herangehensweisen erreicht. Zum einen bestehen datenschutzrechtliche und lauterkeitsrechtliche Informationspflichten, die einen mittelbaren Schutz vor Diskriminierung bewirken. Durch erhöhte Transparenz sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass systematisch implementierte Diskriminierung entsteht oder unentdeckt bleibt. Mit dem *New Deal for Consumers* wurde zudem eine ausdrückliche verbraucherrechtliche Pflicht eingeführt, Kunden auf den Einsatz personalisierter Preise hinzuweisen. Diese kommt seit dem 28.5.2022 gem. §§ 312d I S. 1, 312j II BGB i. V. m. Art. 246a § 1 I S. 1 Nr. 6 EGBGB zur Anwendung. Zudem bestehen datenschutzrechtliche und antidiskriminierungsrechtliche Handlungsverbote, die sich gegen diskriminierende Handlungen richten. § 19 I AGG ist auf die hier behandelten Sachverhalte anwendbar. Auch Art. 22 I DSGVO kann fruchtbar gemacht werden. Die Regelungssysteme sind nebeneinander anwendbar und der durch sie vermittelte Schutz kommt im Kontext von Preispersonalisierung zur Anwendung. Dies entspricht dem jeweiligen *Telos* dieser Regelwerke.

Ungewollte Schutzlücken sind nicht ersichtlich. Der europäische und der deutsche Gesetzgeber haben sich entschieden, im Privatrechtsverkehr bestimmte Gruppen vor unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung zu schützen – andere hingegen nicht. § 19 I AGG sowie Art. 9 I und Erwägungsgrund 71 DSGVO beziehen sich jeweils auf konkret bezeichnete Gruppen. Die Auflistungen decken sich aber nicht eins zu eins. Deshalb bestehen bei isolierter Betrachtung der Regelwerke unterschiedlich hohe Schutzniveaus. Hinzu kommt, dass keine der Normen sich auf alle in Art. 21 I GRCh genannten Eigenschaften bezieht. So erfährt etwa die dort genannte „*Sprache*“ als Anknüpfungspunkt für diskriminierende Handlungen keinen einfachgesetzlichen Schutz. Die Frage, welche Gruppen in welcher Intensität auch

im Privatrechtsverkehr vor Diskriminierung geschützt werden sollen, ist eine eigenständige. Mittelfristig ist zu diskutieren, ob auch weiterhin nur auf konkrete geschützte Gruppen abgestellt werden sollte oder ob der Schutz vor Diskriminierung einer flexibleren Herangehensweise bedarf. Profiling-Verfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sie mithilfe statistischer Methoden Vergleichsgruppen erschaffen und diese der Bewertung persönlicher Aspekte zugrunde legen. Die so produzierten Ergebnisse können zu Ungleichbehandlungen führen, die im Einzelfall als überraschend, nicht nachvollziehbar oder gar unfair betrachtet werden. Ein wesentlicher Grund dafür ist, dass die in Datensätzen enthaltenen Korrelationen oftmals zu Erkenntnissen führen, die intuitiv nicht zu erwarten wären. Dies gilt über Preispersonalisierung hinaus für zahlreiche algorithmenbasierte Entscheidungssysteme. Der Gesetzgeber wird sich zukünftig also mit der Frage auseinandersetzen müssen, wie das Recht mit solchen Fallkonstellationen umzugehen hat, die in normativer Hinsicht problematisch sind, sich aber einer Kategorisierung entziehen, die sich klar definierter, rechtlich geschützter Gruppen bedient.¹ Denkbar wäre etwa eine Generalklausel, die normativ abzulehnende Diskriminierungen untersagt. Hier ist tendenziell Zurückhaltung geboten: Eine Ungleichbehandlung als solches ist im Privatrechtsverkehr nicht *per se* verwerflich. Sie ist letztlich Ausdruck einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Unter welchen Umständen eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit zugunsten des Diskriminierungsschutzes geboten ist, ist eine politische Entscheidung. Diese muss sich wiederum an den Wertungen des Verfassungsrechts orientieren, um allen betroffenen Interessen gerecht zu werden.

II. Ausblick

Generell zeichnet sich im Online-Bereich eine steigende Personalisierung von Inhalten ab. Der Gesetzgeber steht vor der schwierigen Aufgabe, den damit einhergehenden Nutzen mit dem persönlichkeitsrechtlichen Schadenspotenzial in Ausgleich zu bringen und, soweit notwendig, behutsam regulierend einzugreifen. Daher ist es beispielsweise grundsätzlich zu begrüßen, dass der im November 2022 in Kraft getretene *Digital Services Act* eine recht detaillierte und weitreichende Regelung für automatisierte Empfehlungssysteme vorsieht.² Demnach müssen Online-Plattformen, die ihren Nutzern etwa Produkte nach Eingabe eines Suchbegriffs in Form eines Rankings präsentieren, in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen gem. Art. 27 I DSA u. a. die wichtigsten dabei herangezogenen Parameter offenlegen.³ Sie müssen darlegen, aus welchem Grund sie einem Nutzer bestimmte Informationen vorschla-

¹ Siehe dazu bereits *Wachter*, Berkeley Tech. L. J. 35 (2020), 367, 413–418 und *Zuiderveen Borge-sius*, Eur. Bus. Law Rev. 31 (2020), 401, 420–422.

² Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste) (ABl. L 277 vom 27.10.2022, S. 1 ff.), im Folgenden „DSA“.

³ Zur Legaldefinition von Empfehlungssystemen siehe Art. 3 lit. s DSA.

gen. Dies beinhaltet zumindest „die Kriterien, die für die Bestimmung der Informationen, die dem Nutzer vorgeschlagen werden, am wichtigsten sind [und] die Gründe für die relative Bedeutung dieser Parameter.“⁴ Sofern es sich um eine sog. sehr große Online-Plattform handelt, muss dem Nutzer bei der Erstellung eines solchen Rankings darüber hinaus zumindest eine Option angeboten werden, die nicht auf Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO basiert.⁵

Preispersonalisierung stellt eine spezielle Form der Personalisierung dar. Sie kommt zum heutigen Zeitpunkt ausgesprochen selten vor. Dennoch ist es möglich, dass sich dies in Zukunft ändern wird. In sich abgeschlossene, digitale Assistenzsysteme – wie etwa *Alexa* von *Amazon* – etablieren Rahmenbedingungen, die personalisierte Preise aus verschiedenen Gründen begünstigen. Die Kunden dort sind aus Sicht des Anbieters stets eindeutig identifiziert. Dies erlaubt eine individualisierte Profilbildung über einen längeren Zeitraum. Zugleich besteht für die Anbieter die Möglichkeit, in großem Ausmaß abstrakte Vergleichsdaten zu sammeln. Je abgeschlossener ein solches System ist, desto leichter ist auch die Preiskommunikation dem Kunden gegenüber: Beispielsweise ist es leicht möglich, ausgewählten Kunden Gutscheine zuzuschicken (mittelbare Preispersonalisierung). Auch unmittelbare Preispersonalisierung dürfte leichter möglich sein, wenn Endverbraucher etwa zunehmend Kaufentscheidungen dem Assistenzsystem überlassen und – z. B. aus Bequemlichkeit – weniger geneigt sind, Preise online zu vergleichen.

Zum heutigen Zeitpunkt ist die kundenseitige negative Rezeption personalisierter Preise eines ihrer größten Hindernisse: Kunden empfinden es als ungerecht, wenn sie realisieren, dass Preise ohne erkennbare Rechtfertigung individualisiert und an ihre Zahlungsbereitschaft angepasst werden. Dennoch ist denkbar, dass die Akzeptanz personalisierter Preise steigen wird. Dies zeigt sich am Beispiel des *Yield Managements*. Als Fluggesellschaften diese Preissetzungsmethode in den USA etabliert hatten, war die öffentliche Akzeptanz sehr gering. Heutzutage empfinden Kunden es als normal, dass Ticketpreise im Laufe der Zeit Schwankungen unterliegen. Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen die neue, in die Verbraucherrechte-Richtlinie eingefügte verbraucherschutzrechtliche Informationspflicht haben wird. Die Durchsetzung dieser Pflicht dürfte in der Praxis unter verschiedenen Gesichtspunkten schwierig werden und umstritten sein. So stellen sich etwa komplizierte Nachweisprobleme bei der Frage, ob ein Anbieter dynamische Preissetzungsmethoden einsetzt (diese sind ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Informationspflicht ausgenommen) oder Preise tatsächlich personalisiert. Letztlich wird es Aufgabe der Gerichte sein, diese Fragen zu beantworten.

Das geltende materielle Recht ist diesen tatsächlichen Entwicklungen gewachsen: Die bestehenden Schutzsysteme sind grundsätzlich dazu geeignet, mit der Diskriminierungsgefahr, die dem *Personalised Pricing* innewohnt, umzugehen. Die in § 19 I AGG sowie Art. 9 I und Erwägungsgrund 71 DSGVO genannten und dementsprechend geschützten Gruppen können vom Gesetzgeber erweitert werden, sollte

⁴Art. 27 II S. 2 DSA.

⁵Art. 38 DSA. Sehr große Online-Plattformen sind solche, „die eine durchschnittliche monatliche Zahl von mindestens 45 Millionen aktiven Nutzern in der Union haben“ (Art. 33 I DSA).

dies in der Zukunft geboten erscheinen. Auch wird sich erst im Laufe der Zeit zeigen, ob im Hinblick auf etwaige Probleme bei der Rechtsdurchsetzung Änderungsbedarf besteht, etwa bei der Beweislastverteilung.

III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse mithilfe von Thesen

1. Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO ist ein technisches Erkenntnisverfahren, das auf dem Prinzip der Gruppenbildung basiert. Diesem Verfahren wohnen weitreichende persönlichkeitsrechtliche Implikationen inne, da es die Schaffung „neuer“ personenbezogener Daten ermöglicht. Sie werden dem Betroffenen zugewiesen und erlauben potenziell tiefgreifende Einblicke in seine persönlichen Aspekte. Für die rechtliche Bewertung ist vor allem die Erkenntnis bedeutsam, dass Profiling letztlich eine reine Wahrscheinlichkeitsberechnung darstellt. Im Einzelfall falsche Ergebnisse – sog. *false positives* bzw. *false negatives* – sind diesem Verfahren systemimmanent. Dies unterstreicht die Notwendigkeit der gedanklichen und rechtlichen Trennung von Profiling einerseits und den darauf basierenden Entscheidungen, die Nutzern gegenüber getroffen werden, andererseits. Es zeigt auch die Berechtigung der Regulierung automatisierter Einzelentscheidungen in Art. 22 DSGVO.
2. Profiling und darauf basierende Entscheidungsfindungsprozesse können mithilfe des im Rahmen dieser Arbeit entwickelten 3-stufigen Modells zum Zwecke einer rechtlichen Einordnung erfasst werden. Die erste Stufe bezieht sich auf die Datensammlung: Sowohl abstrakte Vergleichsdaten als auch sich auf den Betroffenen beziehende personenbezogene Daten sind nötig, um Profiling überhaupt durchführen zu können. Das eigentliche Profiling stellt die zweite Stufe des Modells dar. Es geht hier darum, nutzbare Erkenntnisse über einen Betroffenen zu gewinnen, die als Entscheidungsgrundlage dienen können. Die dritte Stufe des Modells bezieht sich auf die Phase der Entscheidungsfindung und -ausführung. Hier werden die Erkenntnisse des Profilings sowie weitere relevante Aspekte herangezogen, um eine Entscheidung zu fällen (und ggf. auszuführen), die für den Betroffenen Relevanz hat. Die dritte Stufe endet also mit einer Handlung bzw. einem bewussten Untätigbleiben.

Diese Strukturierung ermöglicht es, die rechtlichen und tatsächlichen Implikationen von Profiling und den darauf aufbauenden Entscheidungen zu erkennen und sie rechtlich und normativ zu bewerten. Das 3-stufige Modell erleichtert zudem die Analyse solcher Sachverhalte, an denen mehrere Akteure beteiligt sind. Ein praxisrelevantes Beispiel hierfür ist das Kredit-Scoring.

3. Profiling und Preispersonalisierung basieren auf der gleichen konzeptionellen Herangehensweise. Profiling kann dementsprechend eingesetzt werden, um Preise im Online-Handel gegenüber Endverbrauchern zu personalisieren. Theoretisch ist es möglich, den Reservationspreis eines Kunden, also seine individu-

elle Zahlungsbereitschaft für ein bestimmtes Gut oder eine bestimmte Dienstleistung, zum Zwecke der Preisdiskriminierung 1. Grades genau zu bestimmen und bei der Preisgestaltung effektiv zu berücksichtigen. Die Praxis ist davon derzeit aber weit entfernt. Die Gründe hierfür sind vielfältig: In vielen Fällen fehlt der Zugriff auf ausreichend Datenmaterial. Hinzu kommen technische Schwierigkeiten (etwa bei der zuverlässigen Identifizierung des einzelnen Kunden) sowie wettbewerbliche Beschränkungen, die ein Ausreizen des Reservationspreises von vornherein erschweren oder gänzlich ausschließen. Auch lehnen (zumindest zum jetzigen Zeitpunkt) die meisten Kunden personalisierte Preise ab, da sie ihren Einsatz als unfair erachten. Hinzu kommt, dass es kaum möglich ist, von „dem“ Reservationspreis eines Kunden zu sprechen. Die Zahlungsbereitschaft schwankt, ist situationsabhängig, oftmals irrational und auch vom Betroffenen im Regelfall nicht konkret bezifferbar. Preispersonalisierung kann (wohl aus diesen Gründen) nur in eher seltenen Ausnahmefällen überhaupt nachgewiesen werden. Innerhalb dieser wenigen nachweisbaren Fälle sind zudem meistens nur verhältnismäßig kleine Preisunterschiede zu beobachten. Eher realisierbar sind Gruppenpreise, die etwa in Abhängigkeit vom Aufenthaltsort des Kunden oder von der Nutzung eines Preisvergleichsportals bestimmt werden (Preisdiskriminierung 3. Grades). Dabei handelt es sich aber um nicht mehr als eine grobe, pauschalisierende Annäherung an den Reservationspreis.

4. Mit der zunehmenden Verbreitung in sich abgeschlossener, automatisierter Assistenzsysteme gehen immer bessere Rahmenbedingungen für diejenigen Anbieter solcher Systeme einher, die Preise personalisieren wollen. Dies hat verschiedene Gründe. Die Kunden sind stets eindeutig identifiziert, sodass eine aussagekräftige Profilbildung über einen längeren Zeitraum möglich ist. Auch die Preiskommunikation ist erheblich erleichtert, da der Kunde etwa aus Gründen der Bequemlichkeit möglicherweise davon absieht, die ihm gegenüber verlangten Preise zu hinterfragen oder mit denen anderer Anbieter zu vergleichen.
5. Die auf tatsächlicher Ebene zwingend notwendige Unterscheidung zwischen personalisierten Preisen und dynamisch oder anderweitig begründeten Preisschwankungen schlägt auf die datenschutzrechtliche Ebene durch. Bei Preispersonalisierung im Online-Bereich werden im Regelfall personenbezogene Daten verarbeitet. Dementsprechend findet die Datenschutz-Grundverordnung Anwendung und bewirkt eine mittelbare Regulierung der Zulässigkeit personalisierter Preise.
6. Es ist ohne Weiteres denkbar, dass der Einsatz personalisierter Preise zukünftig zu einer rechtlich und moralisch missbilligten Diskriminierung von Angehörigen geschützter Gruppen führen wird. Die (frühere) Praxis des US-amerikanischen Kredit-Scorings dient hierfür als anschauliches Beispiel. Dort kam es nachgewiesenermaßen zu Benachteiligungen rechtlich geschützter Gruppen (etwa bestimmter Ethnien). Vergleichbare Effekte sind mit Blick auf die stetig zunehmende Individualisierung von digitalen Inhalten auch im Kontext von Preispersonalisierung vorstellbar. Dies ist letztlich eine Folge des Umstands, dass Profiling auf dem Prinzip der Gruppenbildung aufbaut.

7. Für die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit personalisierter Preise spielen auch die mit ihnen einhergehenden ökonomischen Auswirkungen eine Rolle. Dabei ist zu beachten, dass eine pauschale Aussage darüber, wer von Preispersonalisierung profitiert, nicht möglich ist. Personalisierte Preise können beispielsweise mit durchaus positiven ökonomischen Effekten zugunsten der Kunden einhergehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Kunden erst aufgrund der Personalisierung des Preises bereit sind, ein bestimmtes Gut zu erwerben. Dieser Effekt kann auftreten, wenn ihr Reservationspreis über den Produktionskosten des Gutes, aber unter dem einheitlichen Preis liegt, der sich ohne den Einsatz von Preispersonalisierung am Markt ergeben würde.
8. Mit der Datenschutz-Grundverordnung, dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bestehen verschiedene Schutzsysteme, die in den hier untersuchten Konstellationen bestimmte Gruppen vor unzulässiger Diskriminierung schützen können. Rechtstechnisch wird dieses Ergebnis durch zwei Herangehensweisen erreicht, und zwar durch Informationspflichten und Handlungsverbote. Zunächst bestehen datenschutzrechtliche und lauterkeitsrechtliche Informationspflichten. Diese bewirken einen mittelbaren Schutz vor Diskriminierung. Durch erhöhte Transparenz sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass systematisch implementierte Diskriminierung entsteht oder unentdeckt bleibt. Zudem wurde kürzlich auf europarechtlicher Grundlage eine verbraucherenschutzrechtliche Pflicht eingeführt, Kunden auf den Einsatz personalisierter Preise hinzuweisen. Darüber hinaus bestehen datenschutzrechtliche und antidiskriminierungsrechtliche Handlungsverbote, die sich gegen diskriminierende Handlungen richten. Die genannten Regelungssysteme sind nebeneinander anwendbar. Der durch sie vermittelte Schutz kommt im Kontext von Preispersonalisierung zur Geltung.
9. Vom Gesetzgeber ungewollte Schutzlücken sind nicht ersichtlich. Dies bedeutet aber nicht, dass der im geltenden Recht vorgesehene Schutz zwingend ausreichend ist. Der europäische und der deutsche Gesetzgeber haben sich entschieden, im Privatrechtsverkehr bestimmte Gruppen vor Diskriminierung zu schützen – andere hingegen nicht. Die Frage, welche Gruppen in welchem Umfang vor Diskriminierung geschützt werden sollen, ist eine eigenständige. Ausgangspunkt ihrer Beantwortung sollte das Verfassungsrecht sein. Ihre gesellschaftliche Relevanz ist nicht zu unterschätzen.

Open Access Dieses Kapitel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>) veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.



Literatur

- Abel, Ralf B.*, Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall gem. Art. 22 DS-GVO – Anwendungsbereich und Grenzen im nicht-öffentlichen Bereich, ZD 2018, S. 304–307.
- Agentur der Europäischen Union für Grundrechte/Euoparat*, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht (Ausgabe 2018), Luxemburg 2018.
- Albors-Llorens, Albertina*, Competition and Consumer Law in the European Union: Evolution and Convergence, Yb. Eur. L. 33 (2014), S. 163–193.
- Armbrüster, Christian*, EuGH: Geschlechtsspezifische Unterscheidung bei Versicherungstarifen verletzt EU-Grundrechte-Charta (Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 1.3.2011 – C-236/09), LMK 2011, 315339.
- Arora, Neeraj/Dreze, Xavier/Ghose, Anindya/Hess, James D./Iyengar, Raghuram/Jing, Bing/Joshi, Yogesh/Kumar, V./Lurie, Nicholas/Neslin, Scott/Sajeesh, S./Su, Meng/Syam, Niladri/Thomas, Jacquelyn/Zhang, Z. John*, Putting one-to-one Marketing to Work: Personalization, Customization, and Choice, Mark Lett 19 (2008), S. 305–321.
- Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 03/2013 on Purpose Limitation – 00569/13/EN WP203 2013.
- Article 29 Data Protection Working Party*, Opinion 06/2014 on the Notion of Legitimate Interests of the Data Controller under Article 7 of Directive 95/46/EC – 844/14/EN WP217 2014.
- Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Automated individual Decision-Making and Profiling for the Purposes of Regulation 2016/679 – 17/EN WP251rev.01 2018.
- Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679 – 17/EN WP259 rev.01 2018.
- Article 29 Data Protection Working Party*, Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679 – 17/EN WP260 rev.01 2018.
- Autorité de Protection des Données (Belgische Datenschutzbehörde)*, Opinion No. 35/2012 2012.
- Baratta, Roberto*, Complexity of EU Law in the domestic Implementing Process, The Theory and Practice of Legislation 2 (2014), S. 293–308.
- Bar-Gill, Oren*, Algorithmic Price Discrimination – When Demand is a Function of both Preferences and (Mis)perceptions, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), S. 217–254.
- Born, Tobias*, Bonitätsprüfungen im Online-Handel – Scorewert-basierte automatisierte Entscheidung über das Angebot von Zahlungsmöglichkeiten, ZD 2015, S. 66–72.
- Botta, Marco/Wiedemann, Klaus*, The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy – The regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey, The Antitrust Bulletin 64 (2019), S. 428–446.
- Botta, Marco/Wiedemann, Klaus*, To discriminate or not to discriminate? Personalised Pricing in online Markets as exploitative Abuse of Dominance, Eur. J. Law. Econ. 50 (2020), S. 381–404.

- Bourreau, Marc/de Streel, Alexandre*, The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era – OECD Background Material DAF/COMP/WD(2018)150 2018.
- Brkan, Maja*, Do Algorithms rule the World? Algorithmic Decision-Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and beyond, *Int. J. Law Inf. Technol.* 27 (2019), S. 91–121.
- Buchner, Benedikt*, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO, *DuD* 40 (2016), S. 155–161.
- Buck-Heeb, Petra*, Rechtsrisiken bei automatisierter Kreditwürdigkeitsprüfung und Kreditvergabe, *BKR* 2023, S. 137–145.
- Bygrave, Lee A.*, *Data Privacy Law – An international Perspective*, Oxford 2014.
- Centre on Regulation in Europe* (Cerre), *Big Data and Competition Policy: Market Power, Personalised Pricing and Advertising – Project Report* 2017.
- Citron, Danielle Keats/Pasquale, Frank*, The scored Society: Due Process for automated Predictions, *Wash. L. Rev.* 89 (2014), S. 1–33.
- Collum, Christopher T.*, Owning Ourselves: Why the American Notion of Privacy Demands a Regulatory Answer to the GDPR at the Federal Level, *Wash. U. Jurisprudence Rev.* 13 (2021), S. 433–466.
- Colonna, Liane*, *Legal Implications of Data Mining – Assessing the European Union’s Data Protection Principles in Light of the United States Government’s National Intelligence Data Mining Practices*, Tallinn 2016.
- Competition and Markets Authority* (CMA), *The Commercial Use of Consumer Data* 2015.
- Competition and Markets Authority* (CMA), *Digital Comparison Tools Market Study* 2017.
- Competition and Markets Authority* (CMA), *Pricing Algorithms – Economic Working Paper on the Use of Algorithms to facilitate Collusion and Personalised Pricing* 2018.
- Council of Europe*, *The Protection of Individuals with Regard to automatic Processing of personal Data in the Context of Profiling – Recommendation CM/Rec(2010)13 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 23 November 2010 and Explanatory Memorandum*, Straßburg 2011.
- Custers, Bart*, Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview, in: *Custers, Bart/Calders, Toon u.a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society – Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin, Heidelberg 2013, S. 3–26.
- Dammann, Ulrich*, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung – Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, *ZD* 2016, S. 307–314.
- Datatilsynet (Dänische Datenschutzbehörde)*, *The great Data Race – How commercial Utilisation of personal Data challenges Privacy* 2015.
- Datenethikkommission der Bundesregierung*, *Gutachten*, Berlin 2019.
- Datenschutzkonferenz* (DSK), *Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018 – Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder* 2018.
- Datenschutzkonferenz* (DSK), *Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien* März 2019.
- Datta, Amit/Tschantz, Michael Carl/Datta, Anupam*, Automated Experiments on Ad Privacy Settings – A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination, *PoPETs* 2015 (2015), S. 92–112.
- Däubler, Wolfgang/Beck, Thorsten* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar*, 5. Aufl. 2022.
- Della Vigna, Stefano/Malmendier, Ulrike*, Paying not to go to the Gym, *Amer. Econ. Rev.* 96 (2006), S. 694–719.
- Demmer, Christine*, So verändern Roboter die Jobsuche, *Süddeutsche Zeitung* 17.06.2017.
- Deuster, Lisa*, Automatisierte Entscheidungen nach der Datenschutz-Grundverordnung, *PinG* 4 (2016), S. 75–78.
- Drexel, Josef*, Legal Challenges of the changing Role of personal and non-personal Data in the Data Economy, in: *Franceschi, Alberto de/Schulze, Reiner* (Hrsg.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, München, Baden-Baden 2019, S. 19–41.
- Drexel, Josef/Hilty, Reto M./Beneke, Francisco/Desaunettes, Luc/Finck, Michèle/Globocnik, Jure/Gonzalez Otero, Begoña/Hoffmann, Jörg/Hollander, Leonard/Kim, Daria/Richter, Heiko/*

- Scheuerer, Stefan/Slowinski, Peter R./Thonemann, Jannick*, Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective – Version 1.0, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-13 2019, S. 1–14.
- Duhigg, Charles*, How Companies learn your Secrets, The New York Times Magazine 16.02.2012.
- Düsseldorfer Kreis*, Orientierungshilfe zu den Datenschutzanforderungen an App-Entwickler und App-Anbieter 2014.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar, 2. Aufl. 2018.
- Ekelund, Robert B.*, Price Discrimination and Product Differentiation in Economic Theory: An early Analysis, Q. J. Econ. 84 (1970), S. 268–278.
- Ernst, Christian*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 72 (2017), S. 1026–1036.
- Ernst, Stefan*, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung – Anmerkungen zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, ZD 2017, S. 110–114.
- Europäische Kommission*, Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken – SWD(2016) 163 final 2016.
- European Commission*, ePrivacy Directive: Assessment of Transposition, Effectiveness and Compatibility with proposed Data Protection Regulation – Final Report 2015.
- European Commission*, Final Report on the E-Commerce Sector Inquiry (Commission Staff Working Document) – SWD(2017) 154 final 2017.
- European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – Request for specific Services 2016 85 02 for the Implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04 2018.
- European Commission*, Consumer Market Study on Online Market Segmentation through personalised Pricing/Offers in the European Union – ANNEXES – Request for specific Services 2016 85 02 for the Implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04 2018.
- Ezrachi, Ariel/Stucke, Maurice E.*, Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-driven Economy, Cambridge, MA (USA)/London (Großbritannien) 2016.
- Ezrachi, Ariel/Stucke, Maurice E.*, Artificial Intelligence & Collusion: When Computers inhibit Competition, U. Ill. L. Rev. 2017 (2017), S. 1775–1809.
- Ezrachi, Ariel/Stucke, Maurice E.*, Sustainable and unchallenged algorithmic Tacit Collusion, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 17 (2020), S. 217–259.
- Fayyad, Usama/Piatetsky-Shapiro, Gregory/Smyth, Padhraic*, From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases, AI Magazine 17 (1996), S. 37–54.
- Federal Trade Commission*, Data Brokers – A Call for Transparency and Accountability 2014.
- Federal Trade Commission*, Big Data – A Tool for Inclusion or Exclusion? – Understanding the Issues 2016.
- Finck, Michèle*, Smart Contracts as a Form of solely automated Processing under the GDPR, International Data Privacy Law 9 (2019), S. 78–94.
- Finck, Michèle*, Hidden Personal Insights and Entangled in the Algorithmic Model: The Limits of the GDPR in the Personalisation Context, in: Kohl, Uta/Eisler, Jacob (Hrsg.), Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law, Cambridge (Großbritannien) 2021, S. 95–107.
- Fulda, Joseph S.*, Data Mining and Privacy, Alb. L.J. Sci. & Tech. 11 (2000), S. 105–113.
- Gal, Michal S./Elkin-Koren, Niva*, Algorithmic Consumers, Harv. J. L. & Tech. 30 (2017), S. 309–353.
- Galetzka, Christian*, Web-Analytics/Retargeting und automatisierte Einzelfallentscheidung, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen – Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, Edeweicht 2018, S. 45–57.
- Garbarino, Ellen/Maxwell, Sarah*, Consumer Response to Norm-breaking Pricing Events in E-Commerce, J. Bus. Res. 63 (2010), S. 1066–1072.
- Giesswein, Claudia*, Die Verfassungsmäßigkeit des Scoringverfahrens der Schufa, Hamburg 2012.
- Gleixner, Alexander*, Personalisierte Preise im Onlinehandel und Europas „New Deal for Consumers“, VuR 2020, S. 417–421.

- Gola, Peter/Heckmann, Dirk* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar*, 3. Aufl., München 2022.
- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar*, 12. Aufl., München 2015.
- Golland, Alexander*, *Datenschutzrechtliche Fragen personalisierter Preise – Herausforderungen von Algorithmen im Schnittbereich von Ethik, Ökonomie und Datenschutz*, CR 2020, S. 186–194.
- Golland, Alexander*, *Das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz – Cookies und PIMS als Herausforderungen für Website-Betreiber*, NJW 2021, S. 2238–2243.
- Goodman, Bryce*, *Discrimination, Data Sanitisation and Auditing in the European Union’s General Data Protection Regulation*, Eur. Data Prot. L. Rev. 2 (2016), S. 493–506.
- Graef, Inge*, *Algorithms and Fairness: What Role for Competition Law in Targeting Price Discrimination towards End Consumers?*, Colum. J. Eur. L. 24 (2018), S. 541–559.
- Greenstein, Stanley*, *Our Humanity exposed – Predictive Modelling in a legal Context*, Stockholm 2017.
- Hammersen, Jens/Eisenried, Ulrich*, *Ist „Redlining“ in Deutschland erlaubt? Plädoyer für eine weite Auslegung des Auskunftsanspruchs*, ZD 2014, S. 342–345.
- Hanloser, Stefan*, *Geräte-Identifizierung im Spannungsfeld von DS-GVO, TMG und ePrivacy-VO – Mögliche Schranken bei zielgruppenspezifischer Online-Werbung*, ZD 2018, S. 213–218.
- Hanloser, Stefan*, *Anmerkung (zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Maciej Szpunar vom 21.3.2019 – Rechtssache C-673/17)*, ZD 2019, S. 264–266.
- Hanloser, Stefan*, *Schutz der Geräteintegrität durch § 25 TTDSG – Neue Cookie-Regeln ab dem 1.12.2021*, ZD 2021, S. 399–403.
- Hannak, Aniko/Soeller, Gary/Lazer, David/Mislove, Alan/Wilson, Christo*, *Measuring Price Discrimination and Steering on E-Commerce Web Sites* 2014.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Kommentar*, 5. Aufl. 2021.
- Härting, Niko*, *Profiling: Vorschläge für eine intelligente Regulierung*, CR 30 (2014), S. 528–536.
- Härting, Niko*, *Big Data und Profiling nach der DSGVO*, ITRB 2016, S. 209–211.
- Heberlein, Johanna*, *Datenschutz im Social Web – Materiell-rechtliche Aspekte der Verarbeitung personenbezogener Daten durch Private in sozialen Netzwerken* 2017.
- Hecking, Claus*, *So fliegen Sie billig*, Die Zeit 21.07.2016.
- Heese, Michael*, *Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot – Eine Zwischenbilanz*, NJW 2012, S. 572–577.
- Helbing, Thomas*, *Big Data und der datenschutzrechtliche Grundsatz der Zweckbindung*, K&R 2015, S. 145–150.
- Hennemann, Moritz*, *Die personalisierte Vertragsanbahnung – Regulierungsbedarf für den digitalen Massenverkehr*, AcP 219 (2019), S. 818–854.
- Hildebrandt, Mireille*, *Smart Technologies and the End(s) of Law – Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2015.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, *Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht*, AöR 142 (2017), S. 1–42.
- Hofmann, Franz*, *Der maßgeschneiderte Preis – Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeitsrechtlicher Sicht*, WRP 62 (2016), S. 1074–1081.
- Hofmann, Franz/Freiling, Felix*, *Personalisierte Preise und das Datenschutzrecht – Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung*, ZD 2020, S. 331–335.
- Hurley, Mikella/Adebayo, Julius*, *Credit Scoring in the Era of Big Data*, Yale J.L. & Tech. 18 (2016), S. 148–216.
- ibi research an der Universität Regensburg GmbH/trinnovative GmbH*, *Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce – Schlussbericht* 2021.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), *Band 2. GWB – Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5. Aufl., München 2014.
- Jandt, Silke*, *Spezifischer Datenschutz für Telemedien und die DS-GVO – Zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung*, ZD 2018, S. 405–408.

- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar, 4. Aufl., München 2021.
- Jentzsch, Nicola*, Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte – Studie im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung (WISO Diskurs) 2017.
- Johannsen, Germán Oscar*, Conscious Parallelism and Price Discrimination in the Era of Algorithms: A Case of collective Abuse of Dominance? 2017.
- Karg, Moritz/Kühn, Ulrich*, Datenschutzrechtlicher Rahmen für „Device Fingerprinting“: Das klammheimliche Ende der Anonymität im Internet, ZD 2014, S. 285–290.
- Kerr, Ian*, Prediction, Pre-Emption, Presumption – The Path of Law after the computational Turn, in: Hildebrandt, Mireille/Vries, Katja de (Hrsg.), Privacy, Due Process and the Computational Turn – The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology, Oxford 2013, S. 91–120.
- Kerr, Ian/Earle, Jessica*, Prediction, Preemption, Presumption – How Big Data threatens Big Picture Privacy, Stan. L. Rev. Online 66 (2013), S. 65–72.
- Kimes, Sheryl E.*, Perceived Fairness of Yield Management, The Cornell H.R.A. Quarterly 35 (1994), S. 22–29.
- King, Nancy J./Forder, Jay*, Data Analytics and Consumer Profiling: Finding appropriate Privacy Principles for discovered Data, Computer Law & Security Review 32 (2016), S. 696–714.
- Klimas, Tadas/Vaičiukaitė, Jūratė*, The Law of Recitals in European Community Legislation, ILSA J. Int 15 (2008), S. 61–93.
- Klinke, Dominik*, Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, r+s 2015, S. 217–225.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar, 41. Aufl. 2023.
- Kosinski, Michal/Stillwell, David/Graepel, Thore*, Private Traits and Attributes are predictable from digital Records of human Behavior, PNAS 110 (2013), S. 5802–5805.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2020.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario*, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?, EuZW 2016, S. 448–454.
- La Diega, Guido Noto*, Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information, jipitec 9 (2018), S. 3–34.
- Leibbrandt, Andreas*, Behavioral constraints on price discrimination: Experimental evidence on pricing and customer antagonism (Article 103303), European Economic Review 121 (2020), S. 1–16.
- Leistner, Matthias/Antoine, Lucie/Sagstetter, Thomas*, Big Data – Rahmenbedingungen im europäischen Datenschutz- und Immaterialgüterrecht und übergreifende Reformperspektive 2021.
- Linderkamp, Jörn*, Der digitale Preis – eine automatisierte Einzelfallentscheidung? Personalisierte Preisgestaltungen im Kontext des Datenschutzrechts, ZD 2020, S. 506–511.
- Locher, Lieselotte*, Verschiedene Preise für gleiche Produkte? Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht, ZWeR 16 (2018), S. 292–316.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht – Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Aufl. 2020.
- Maggiolino, Mariateresa*, Personalized Prices in European Competition Law, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2984840 2017, S. 1–24.
- Malc, Domen/Mumel, Damijan/Pisnik, Aleksandra*, Exploring Price Fairness Perceptions and their Influence on Consumer Behavior, J. Bus. Res. 69 (2016), S. 3693–3697.
- Malgieri, Gianclaudio/Comandé, Giovanni*, Why a Right to Legibility of automated Decision-Making exists in the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law 7 (2017), S. 243–265.
- Mantz, Reto/Spittka, Jan*, Anmerkung (zu EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14 (Breyer)), NJW 2016, S. 3582–3583.
- Marron, Donncha*, ‘Lending by Numbers’: Credit Scoring and the Constitution of Risk within American Consumer Credit, Economy and Society 36 (2007), S. 103–133.

- Martini, Mario*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz 2019.
- McAfee, R. Preston/Mialon, Hugo M./Mialon, Sue H.*, Does large Price Discrimination imply great Market Power?, *Economics Letters* 92 (2006), S. 360–367.
- Mehra, Salil K.*, Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms, *Minn. L. Rev.* 100 (2016), S. 1323–1375.
- Mendoza, Isak/Bygrave, Lee A.*, The Right not to be Subject to automated Decisions based on Profiling, in: Synodinou, Tatiana-Eleni/Jougleux, Philippe u.a. (Hrsg.), *EU Internet Law – Regulation and Enforcement*, Cham 2017, S. 77–98.
- Metzger, Axel*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, *AcP* 216 (2016), S. 817–865.
- Mikians, Jakob/Gyarmati, László/Erramilli, Vijay/Laoutaris, Nikolaos*, Detecting Price and Search Discrimination on the Internet 2012.
- Mikians, Jakob/Gyarmati, László/Erramilli, Vijay/Laoutaris, Nikolaos*, Crowd-assisted Search for Price Discrimination in E-Commerce: First Results 2013.
- Miller, Akiva A.*, What do we worry about when we worry about Price Discrimination? – The Law and Ethics of using personal Information for Pricing, *J. Tech. L. & Pol* 19 (2014), S. 41–104.
- Möller, Jan/Florax, Björn-Christoph*, Kreditwirtschaftliche Scoring-Verfahren – Verbot automatisierter Einzelentscheidungen gem. § 6a BDSG, *MMR* 2002, S. 806–810.
- Monopolkommission*, Wettbewerb 2018 – XXII. Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB 2018.
- Monreal, Manfred*, Weiterverarbeitung nach einer Zweckänderung in der DS-GVO – Chancen nicht nur für das europäische Verständnis des Zweckbindungsgrundsatzes, *ZD* 2016, S. 507–512.
- Moos, Flemming/Rothkegel, Tobias*, Anmerkung (zu EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14 (Breyer)), *MMR* 2016, S. 845–847.
- Motta, Massimo*, *Competition Policy – Theory and Practice* 2004.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1: Allgemeiner Teil – §§ 1–240, Allg-PersönlR, ProstG, AGG, 9. Aufl. 2021.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I – §§ 241–310, 9. Aufl. 2022.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, Band 1: Grundlagen und unionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrechts, §§ 1–7 UWG, 3. Aufl. 2020.
- Muraca, Chiara/Maggiolino, Mariateresa*, Personalised Prices under EU Antitrust Rules, *ECLR* 40 (2019), S. 483–489.
- Nahra, Kirk J.*, The Past, Present, and Future of U.S. Privacy Law, *Seton Hall L. Rev.* 51 (2021), S. 1549–1564.
- National Research Council, *Protecting individual Privacy in the Struggle against Terrorists – A Framework for Program Assessment*, Washington 2008.
- Obergfell, Eva Inés*, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel – Vertragsfreiheit oder Kundenbetrug?, *ZLR* 2017, S. 290–301.
- Office of Fair Trading*, *Personalised Pricing – Increasing Transparency to improve Trust* 2013.
- Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf* (Hrsg.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar*, 8. Aufl. 2023.
- Ohm, Paul*, Broken Promises of Privacy: Responding to the surprising Failure of Anonymization, *UCLA L. R.* 57 (2010), S. 1701–1777.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, *Price Discrimination – Background Note by the Secretariat (DAF/COMP(2016)15)* 2016.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, *Algorithms and Collusion – Competition Policy in the Digital Age* 2017.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, *Personalised Pricing in the Digital Era – Background Note by the Secretariat (DAF/COMP(2018)13)* 2018.
- Paal, Boris*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing – Dynamische und individualisierte Preise im virtuellen Wettbewerb, *GRUR* 2019, S. 43–53.
- Paal, Boris*, Marktmacht im Daten(schutz)recht, *ZWeR* 2020, S. 215–245.

- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A.* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar*, 3. Aufl., München 2021.
- Peppet, Scott R.*, *Regulating the Internet of Things: First Steps toward managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent*, *Tex. L. Rev.* 93 (2014), S. 85–178.
- Pigou, Arthur C.*, *The Economics of Welfare*, 3. Aufl., London (Großbritannien) 1929.
- Poort, Joost/Zuiderveen Borgesius, Frederik*, *Personalised Pricing: The Demise of the Fixed Price?*, in: *Kohl, Uta/Eisler, Jacob* (Hrsg.), *Data-Driven Personalisation in Markets, Politics and Law*, Cambridge (Großbritannien) 2021, S. 174–189.
- Räuchle, Christine*, *Online-Profilung – Die Erhebung und Nutzung personenbezogener Profile im Internet unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten des internationalen, europäischen und deutschen Rechts*, Tübingen 2006.
- Rauer, Nils/Bibi, Alexander*, *Einwilligung in die Setzung von Cookies – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28.5.2020 – I ZR 7/16 – Cookie-Einwilligung II (ZUM 2020, 878)*, *ZUM 2020*, S. 887–890.
- Roßnagel, Alexander*, *Big Data – Small Privacy? Konzeptionelle Herausforderungen für das Datenschutzrecht*, *ZD 2013*, S. 562–567.
- Rubinstein, Ira S./Lee, Ronald D./Schwartz, Paul M.*, *Data Mining and Internet Profiling: Emerging regulatory and technological Approaches*, *U. Chi. L. Rev.* 75 (2008), S. 261–285.
- Rühlicke, Lars*, *Die Geheimhaltung von Scoring-Algorithmen*, in: *Maute, Lena/Mackenrodt, Mark-Oliver* (Hrsg.), *Recht als Infrastruktur für Innovation – Tagungsband GRUR Junge Wissenschaft* (München 2018), 2019, S. 9–39.
- Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar*, Berlin EL 2/2023.
- Scherer, Inge*, *Abwehransprüche von Verbrauchern und sonstigen Marktbeteiligten gegen unzulässige geschäftliche Handlungen*, *GRUR 2019*, S. 361–367.
- Schermer, Bart W.*, *The Limits of Privacy in automated Profiling and Data Mining*, *Computer Law & Security Review* 27 (2011), S. 45–52.
- Schleipfer, Stefan*, *Anmerkung (zu BGH, Beschl. v. 28.10.2014 – VI ZR 135/13 (Vorlagebeschluss Breyer))*, *CR 2015*, S. 113–114.
- Schleipfer, Stefan*, *Datenschutzkonformes Webtracking nach Wegfall des TMG – Was bringen die DS-GVO und die ePrivacy-Verordnung?*, *ZD 2017*, S. 460–466.
- Schleusener, Michael*, *Personalisierte Preise im Handel – Chancen und Herausforderungen*, in: *Stüber, Eva/Hudetz, Kai* (Hrsg.), *Praxis der Personalisierung im Handel – Mit zeitgemäßen E-Commerce-Konzepten Umsatz und Kundenwert steigern*, Wiesbaden 2017, S. 71–89.
- Schleusener, Michael/Hosell, Sarah*, *Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“ 2016*.
- Schmidt, Bernd/Babilon, Tobias*, *Anforderungen an den Einsatz von Cookies, Browser-Fingerprinting und ähnlichen Techniken im deutschen Recht*, *K&R 2016*, S. 86–91.
- Schofield, Alex*, *Personalized Pricing in the Digital Era*, *Competition Law Journal* 18 (2019), S. 35–44.
- Schwartmann, Rolf/Benedikt, Kristin/Reif, Yvette*, *Entwurf zum TTDSG: Für einen zeitgemäßen Online-Datenschutz? – Ein Zwischenruf*, *MMR 2021*, S. 99–102.
- Schwartz, Paul M.*, *The EU-U.S. Privacy Collision: A Turn to Institutions and Procedures*, *Harv. L. Rev.* 126 (2013), S. 1966–2009.
- Schwartz, Paul M./Solove, Daniel J.*, *The PII Problem: Privacy and a new Concept of personally identifiable Information*, *N.Y.U. L. Rev.* 86 (2011), S. 1814–1894.
- Selbst, Andrew D./Powles, Julia*, *Meaningful Information and the Right to Explanation*, *International Data Privacy Law* 7 (2017), S. 233–242.
- Shiller, Benjamin Reed*, *First-Degree Price Discrimination using Big Data 2014*.
- Shy, Oz/Stenbacka, Rune*, *Customer Privacy and Competition*, *J. Econ. Manag. Strategy* 25 (2016), S. 539–562.
- Simitis, Spiros*, *Anmerkung (zu BGH, Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 213/83)*, *JZ 43* (1986), S. 188–191.
- Simitis, Spiros* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar*, 8. Aufl., Baden-Baden 2014.

- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmann, Indra* (Hrsg.), *Datenschutzrecht – Kommentar* 2019.
- Simon, Jürgen*, Schufa-Verfahren und neue Schufa-Klausel – Eine rechtliche und ökonomische Analyse, CR 1988, S. 637–646.
- Sosnitzka, Olaf*, Die Preisangabenverordnung nach der Reform von 2021, GRUR 2022, S. 794–800.
- Spies, Axel*, USA: Neues kalifornisches Datenschutzgesetz (CPRA) vom Wähler gebilligt (07398), ZD-Aktuell 2020.
- Spies, Axel*, USA: Neues Datenschutzgesetz in Colorado (05257), ZD-Aktuell 2021.
- Spies, Axel*, USA: Datenschutz in Kalifornien – neue Implementierungsregeln (01050), ZD-Aktuell 2023.
- Spies, Axel*, Zahlreiche neue Datenschutzgesetze in den US-Bundesstaaten – Schwierige Datenschutz-Compliance in den USA, MMR 2023, S. 69–73.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien – Kommentar*, 4. Aufl. 2019.
- Sprague, Robert*, Welcome to the Machine: Privacy and Workplace Implications of predictive Analytics, Rich. J.L. & Tech. 21 (2014), S. 1–46.
- Steppe, Richard*, Online Price Discrimination and personal Data: A General Data Protection Regulation Perspective, Computer Law & Security Review 33 (2017), S. 768–785.
- Stigler, George J.*, *The Theory of Price*, 4. Aufl., New York, NY (USA)/London (Großbritannien) 1987.
- Stole, Lars A.*, Price Discrimination and Competition, in: Armstrong, Mark/Porter, Robert H. (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization – Volume 3*, 2007, S. 2221–2299.
- Sweeney, Latanya*, Simple Demographics often identify People uniquely, Pittsburgh 2000.
- Taeger, Jürgen*, Scoring in Deutschland nach der EU-Datenschutzgrundverordnung, ZRP 2016, S. 72–75.
- Taeger, Jürgen*, Verbot des Profiling nach Art. 22 DS-GVO und die Regulierung des Scoring ab Mai 2018, RDV 2017, S. 3–9.
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev* (Hrsg.), *DSGVO – BDSG – TTDSG – Kommentar*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2022.
- Tanner, Adam*, How Ads follow you from Phone to Desktop to Tablet, MIT Technology Review 01.07.2015.
- Temme, Merle*, Algorithms and Transparency in View of the New General Data Protection Regulation, Eur. Data Prot. L. Rev. 3 (2017), S. 473–485.
- Tene, Omer/Polonetsky, Jules*, Big Data for All: Privacy and User Control in the Age of Analytics, Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 11 (2013), S. 239–273.
- The White House*, Big Data and Differential Pricing 2015.
- Townley, Christopher/Morrison, Eric/Yeung, Karen*, Big Data and Personalized Price Discrimination in EU Competition Law, YEL 36 (2017), S. 683–748.
- Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (ULD), *Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit – Chancen und Risiken für Verbraucher*, Kiel 2005.
- Vaidyanathan, Rajiv/Aggarwal, Praveen*, Who is the fairest of them all? An attributional Approach to Price Fairness Perceptions, J. Bus. Res. 56 (2003), S. 453–463.
- Valentino-DeVries, Jennifer/Singer-Vine, Jeremy/Soltani, Ashkan*, Websites vary Prices, Deals based on Users' Information, The Wall Street Journal 24.12.2012.
- Varian, Hal R.*, Price Discrimination, in: Schmalensee, Richard/Willig, Robert (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization – Volume 1*, 1989, S. 597–654.
- Varian, Hal R.*, *Intermediate Microeconomics – A Modern Approach*, 9. Aufl. 2014.
- Veale, Michael/Edwards, Lilian*, Clarity, Surprises, and further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on automated Decision-Making and Profiling, Computer Law & Security Review 34 (2018), S. 398–404.
- Verbraucherzentrale Brandenburg e. V.*, *Dynamische Preisdifferenzierung im Deutschen Online-Handel – Eine Untersuchung der Verbraucherzentralen (Marktwächter Digitale Welt)* 2018.
- von Lewinski, Kai/Pohl, Dirk*, Auskunfteien nach der europäischen Datenschutzreform – Brüche und Kontinuitäten der Rechtslage, ZD 2018, S. 17–23.

- Wachter, Sandra*, Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioral Advertising, *Berkeley Tech. L. J.* 35 (2020), S. 367–430.
- Wachter, Sandra/Mittelstadt, Brent/Floridi, Luciano*, Why a Right to Explanation of automated Decision-Making does not exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law* 7 (2017), S. 76–99.
- Wagner, Gerhard/Eidenmüller, Horst*, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, *ZfPW* 2019, S. 220–246.
- Waldfogel, Joel*, First Degree Price Discrimination goes to School, *The Journal of Industrial Economics* 63 (2015), S. 569–597.
- Weber, Alexa Lynn*, Who Really Controls the Privacy Conversation? The Need for a Fundamental Right to Privacy in the United States, *Corp. & Bus. L.J.* 2 (2021), S. 188–202.
- Weichert, Thilo*, Big Data und Datenschutz – Chancen und Risiken einer neuen Form der Datenanalyse, *ZD* 2013, S. 251–259.
- Weichert, Thilo*, Scoring in Zeiten von Big Data, *ZRP* 2014, S. 168–171.
- Weichert, Thilo*, „Sensitive Daten“ revisited, *DuD* 2017, S. 538–543.
- Wendehorst, Christiane/Graf von Westphalen, Friedrich*, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, *NJW* 2016, S. 3745–3750.
- Wiedemann, Klaus*, The ECJ’s Decision in “Planet49” (Case C-673/17): A Cookie Monster or Much Ado About Nothing?, *IIC* 51 (2020), S. 543–553.
- Wiedemann, Klaus*, Zum Zusammenspiel von Datenschutzrecht und Kartellrecht in der Digitalökonomie – Zugleich eine normative und rechtspolitische Analyse der aktuellen kartellrechtlichen Fallpraxis, *CR* 2021, S. 425–432.
- Wiedemann, Klaus*, Profiling and (automated) decision-making under the GDPR: A two-step approach (Article 105662), *Computer Law & Security Review* 45 (2022), S. 1–17.
- Wojtal, Karolina*, Shopping ohne Grenzen? – Diskriminierung von Verbrauchern 2015.
- Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan* (Hrsg.), *Beck’scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*, München 43. Edition (Stand: 1.2.2023).
- Xia, Lan/Monroe, Kent B.*, Is a good Deal always fair? Examining the Concepts of Transaction Value and Price Fairness, *Journal of Economic Psychology* 31 (2010), S. 884–894.
- Xia, Lan/Monroe, Kent B./Cox, Jennifer L.*, The Price is unfair! A conceptual Framework of Price Fairness Perceptions, *Journal of Marketing* 68 (2004), S. 1–15.
- Zander-Hayat, Helga/Reisch, Lucia A./Steffen, Christine*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, S. 403–409.
- Zarsky, Tal Z.*, “Mine your own Business!”: Making the Case for the Implications of the Data Mining of personal Information in the Forum of public Opinion, *Yale J.L. & Tech.* 5 (2002–2003), S. 1–56.
- Zarsky, Tal Z.*, Transparent Predictions, *U. Ill. L. Rev.* 2013, S. 1503–1569.
- Zhong, Erheng/Tan, Ben/Mo, Kaixiang/Yang, Qiang*, User Demographics Prediction based on mobile Data, *Pervasive and Mobile Computing* 9 (2013), S. 823–837.
- Zuiderveen Borgesius, Frederik*, Price Discrimination, Algorithmic Decision-Making, and European Non-Discrimination Law, *Eur. Bus. Law Rev.* 31 (2020), S. 401–422.
- Zuiderveen Borgesius, Frederik/Poort, Joost*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, *J Consum Policy* 40 (2017), S. 347–366.
- Zuiderveen Borgesius, Frederik J.*, Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting 2015.
- Zurth, Patrick*, Personalisierte Preise, *AcP* 221 (2021), S. 514–554.