

Exposé der Dissertation

Vorläufiger Titel:

Verbraucherrechtliche Bedenken zur Profilbildung mit personenbezogenen Daten am Beispiel der Preis- diskriminierung

Vorgelegt von:

Mag. iur. Nina-Maria Thomic

01403855

Angestrebter akademischer Grad:

Doktor der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)

Wien, Jänner 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin:

Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst, LL.M.

1. Thematische Einführung

In Zeiten der Digitalisierung möchte der Durchschnittsverbraucher im Gegenzug für die Bereitstellung von immer mehr Daten wohl auch Transparenz von Seiten des kommerziellen Online-Handels erwarten – dies tut er allerdings vergeblich, vor allem in Bezug auf die Preisgestaltung. Zwar haben technische Entwicklungen umfassende Preisvergleiche ermöglicht, beispielsweise durch den Einsatz von Preissuchmaschinen.¹ Allerdings steht diesem großen Schritt in Richtung Transparenz der immer häufigere Einsatz von *Profiling* und *Scoring* zur Ermittlung der individuellen Zahlungsbereitschaft und optimalen Abschöpfung der Konsumentenrente entgegen.² *Profiling* begegnet uns heute in weiteren zahlreichen Erscheinungsformen, sei es in Bezug auf Gesundheitsleistungen, Arbeitsplatz, Bildung oder uU auch in Form personalisierter Online-Werbung.³

Die Ergebnisse einer im Jahr 2019 veröffentlichten EU-weiten Überprüfung von kommerziellen Websites veranschaulichte sehr eindrucksvoll, wie intransparent Online-Händler ihre Preise ausgestalten. Knapp 60% der überprüften Seiten waren für Verbraucher zumindest irreführungstauglich bzw. war die Art der Darstellung intransparent und daher verbraucherrechtlich bedenklich.⁴

Eine ebenfalls in 2019 veröffentlichte Studie in Österreich, durchgeführt von der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, erkannte ebenfalls eine Preisdifferenzierung abhängig von der Verwendung verschiedener Geräte für touristische Dienstleistungen. Beispielsweise wurde für ein und dasselbe Hotel in einem Prüfzeitraum von knapp zwei Wochen auf den Test-PCs und –Laptops ein um 10,3% höherer Preis angezeigt als auf Smartphone- bzw. iPad-Ausgabegeräten. Beachtlich ist auch eine auf einigen Websites zu beobachtende Preissteigerung im zeitlichen Verlauf: So wurde auf der Seite eines Flugdienstleisters zum Ende der zweiwöchigen Überprüfung bei der

¹ Genth, Dynamische Preissetzung – Wer profitiert?, Dynamische Preise: Ein Gewinn für Handel und Verbraucher, Wirtschaftsdienst 2016, 863 (867).

² Zander-Hayat/Reisch/Steffen, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR, 2016, 403 (404).

³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251rev.01 (2018) 24.

⁴ Europäische Kommission, Einkaufen im Internet: Kommission und Verbraucherschutzbehörden fordern klare Informationen über Preise und Preisnachlässe, IP/19/1333 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_19_1333> (zuletzt abgerufen 27.01.2020).

Suche auf PCs und Laptops ein 25,6% höherer Preis als zu Beginn des Tests angezeigt. Bei Überprüfung der Preise auf Smartphones wurde eine Preissteigerung von rund 24,8% im Verlauf festgestellt.⁵

Dynamische Preise unterscheiden sich von der statischen Setzung von Fixpreisen durch ihre dynamische Anpassung im zeitlichen Verlauf.⁶ Die Dynamisierung von Preisen ist kein gänzlich neues Phänomen, vielmehr stellte sich die lange Zeit vorherrschende Fixpreispolitik erst Mitte des 19. Jahrhunderts ein. Davor unterlag die Preisgestaltung jeweils individueller Vereinbarung, oft feilschten die Vertragspartner miteinander. Auch die Gewährung von regelmäßigen oder vereinzelten Rabatten stellen etablierte Methoden dar, die den Preis in der Gesamtbetrachtung dynamisieren.⁷ Preise werden also – anders als bei statischer Festlegung von Preisen – nach zeitlichen, räumlichen oder individuellen Kriterien bei Nachfrage festgelegt. Mit der Entwicklung weiterer technischer Möglichkeiten geht eine fortschreitende Dynamisierung von Preisen einher, im Online-Handel wie auch im stationären Handel, beispielsweise unter Verwendung elektronischer Preisschilder. Allerdings sind die Möglichkeiten der Preisgestaltung heute im Vergleich zur altergebrachten Feilscherei in für den Verbraucher bereits nicht mehr überblickbarem Ausmaß beschleunigt und ermöglichen dem Handel die Umsetzung von Strategien zur Preisdifferenzierung.⁸ Der Einsatz dynamischer Preisgestaltungsmethoden ist bereits weitgehend etablierte Praxis. So werden Preise beispielsweise abhängig vom Zeitpunkt des Kaufes, Lagerbeständen, Produktbeliebtheit oder Preisschwankungen bei Konkurrenzanbietern angepasst.⁹ In einer Studie des deutschen Branchenverbandes für E-Commerce und Versandhandel gaben vier von zehn der befragten

⁵ Delapina, AK-Test Preisdifferenzierung im Online-Handel (2019) 2f <https://noe.arbeiterkammer.at/beratung/konsumentenschutz/Preisdifferenzierung_im_Online-Handel.pdf> (zuletzt abgerufen 27.01.2020).

⁶ Klein/Steinhardt, Revenue Management. Grundlagen und mathematische Methoden (2008) 174f.

⁷ Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR, 2016, 403.

⁸ Genth et al, Wirtschaftsdienst, 2016, 863.

⁹ Christl, Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag, Studie im Auftrag der österreichischen Bundesarbeitskammer Wien (2014) 27 <https://www.arbeiterkammer.at/infopool/wien/Digitale_Ueberwachung_im_Alltag.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020); Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR, 2016, 403 (403f).

Unternehmen an, die Verkaufspreise zu besonderen Anlässen anzupassen bzw sieben von zehn Unternehmen, derartige Preisveränderungen als (sehr) wichtig zu erachten.¹⁰

Von derartiger Preisgestaltung zu unterscheiden ist die Personalisierung von Preisen, abgestimmt auf objektive bzw. subjektive Merkmale des Verbrauchers (z.B. Abstimmung auf das verwendete Endgerät, Wohnort). Zunächst werden Daten beispielsweise anhand von Tracking-Tools¹¹ gespeichert und auf Grundlage dessen Nutzerprofile erstellt, die Aufschluss über jene Aspekte geben sollen, die für den Nutzer besonders von Interesse sind. Die Preisdiskriminierung kann verschiedene Erscheinungsformen haben: Beispielsweise können Preise auf gewisse Käufergruppen abgestimmt werden, die in der Form von Senioren- oder Studentenrabatten von Preisnachlässen profitieren (Preisdiskriminierung dritten Grades). In der Preisdiskriminierung zweiten Grades variieren die Preise abhängig von der Menge der gekauften Güter (Mengenrabatte). Die weitreichendste Form der Preisdiskriminierung ist jene des ersten Grades, bei der die Preisgestaltung auf die persönliche Zahlungsbereitschaft abgestimmt wird.¹²

Prognosen zufolge wird die monatliche Datenproduktion pro Person bis 2021 bereits bei rund 50 GB liegen.¹³ Anhand derartiger Massen von Daten kann durch den Einsatz von Computeralgorithmen bzw. intelligenter Software immer klarer eruiert werden, wie hoch die Zahlungsbereitschaft des Verbrauchers ist.¹⁴ Die Verbindung von Big Data mit den Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften, insbesondere der Verhaltensökonomik, ermöglicht es Anbietern, höchstpersonalisierte Angebote und Werbung für Kunden zu generieren (*Microtargeting*). Die Vorstellung des vom größtmöglichen Eigennutz getriebenen *homo oeconomicus* wurde bereits vom Modell des nur beschränkt rationalen, von Werturteilen beeinflussten Kunden verdrängt (*Bounded Reality &*

¹⁰ *Bevh/Boniversum*, Die Wirtschaftslage im deutschen Interaktiven Handel B2C, 2015/16, 55ff
<https://www.bevh.org/fileadmin/content/05_presse/Studien/Boniversum_bevh_B2C-Studie_2015-16.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

¹¹ *Uphues*, Big Data in Online-Medien und auf Plattformen in *Hoeren/Sieber/Holznapel* (Hrsg), Multi-Media-Recht⁵⁰ (2019) Rz 54f.

¹² *Wagner/Eidenmüller*, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, *ZfPW* 2019, 220 (224).

¹³ *Cisco System, Inc.*, Cisco Visual Networking Index: Forecast and Trends, 2017–2022 (2019) 5
<<https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/visual-networking-index-vni/white-paper-c11-741490.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

¹⁴ *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR*, 2016, 404.

Bounded Willpower).¹⁵ Auch die These, die personalisierter Preissetzung großen wohlfahrtsökonomischen Nutzen beimisst, weil jeder Kunde den Preis bezahlt, der seiner Zahlungsbereitschaft entspricht, hinkt in der Realität.¹⁶ Unternehmen, die primär von wirtschaftlichen Interessen getrieben werden, bieten den besseren Preis lediglich attraktiveren Kunden, die laut algorithmischer Entscheidung zahlungswilliger sind, an. Alle (vermeintlich) Zahlungsschwachen gehen leer aus (Gefahr des *Social Sorting*).¹⁷

Die Existenz der Preisdiskriminierung ersten Grades, also jener besonders eingriffsintensiven Form der Preissetzung, die sich an den persönlichen Präferenzen und der maximalen Zahlungsbereitschaft des einzelnen Konsumenten orientiert, ist noch kaum wissenschaftlich belegt. Zwar haben einige Überprüfungen bereits bestimmte Arten von Diskriminierung (vgl wie bereits oben z.B. AK-Test Preisdifferenzierung im Online-Handel¹⁸; Überprüfung im Zuge der Internet Measurement Conference 2014¹⁹) aufgedeckt, allerdings kann anhand der vorliegenden Zahlen alleine nicht ausgeschlossen werden, dass Preise an die individuelle Zahlungsbereitschaft angepasst wurden. Angesichts der Möglichkeit der beträchtlichen Gewinnsteigerung für Unternehmen²⁰, kann allerdings damit gerechnet werden, dass derartige Mechanismen in Zukunft immer mehr Anwendung finden werden.

2. Rechtlicher Status Quo

Fraglich ist, ob die rechtlichen Rahmenbedingungen eine ausreichende Eindämmung möglicher negativer Konsequenzen der Preisdiskriminierung (ersten Grades) gewährleisten können. Ausdrücklich wird die Profilbildung vor allem im europäischen Datenschutzrecht normiert.

¹⁵ Ebers, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioural Microtargeting, MMR 2018, 423 (424).

¹⁶ Schleusener/Hosell, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“ (2016) 8 <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

¹⁷ Miller, What do we worry about when we worry about price discrimination? The law and ethics of using personal information for pricing, Journal of Technology Law & Policy, Vol. 19, 2014, 43 (94f).

¹⁸ Delapina, AK-Test Preisdifferenzierung im Online-Handel (2019).

¹⁹ Hannak et al., Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites (2014) 6.

²⁰ Shiller, Personalized Price Discrimination Using Big Data (2016) 1f <https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP108.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

Art 4 Nr 4 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) definiert *Profiling* als „jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten“, die es zum Ziel hat, die persönlichen Aspekte einer natürlichen Person zu bewerten.²¹ Anders als in Art 22 DSGVO wird in diesem Zusammenhang noch keine „ausschließlich“ automatisierte Verarbeitung gefordert. Ein Eingriff natürlicher Personen bei der Datenverarbeitung schließt die Unterstellung des Verarbeitungsprozesses unter die Definition in Art 4 Nr 4 DSGVO demnach nicht aus.²²

Die vorgenannte Begriffsdefinition orientiert sich stark an einer Empfehlung des Europarats aus dem Jahr 2010, welche den Profilbildungsprozess in drei Phasen unterteilt: zunächst werden Daten erhoben, in Folge einer Analyse auf Verhaltens- bzw. Charaktermerkmale durch Anwendung von Algorithmen unterzogen und schließlich wird die aus der zweiten Phase abgeleitete Korrelation auf Einzelpersonen angewendet, um Verhaltensmerkmale dieser Person zu ermitteln. Da besonders die dritte Ebene, die Verknüpfung der Korrelation mit vergangenen oder zukünftigen Charaktermerkmalen von Individuen, besonders fehleranfällig ist – laufen alle Prozesse doch meist ausschließlich computerbasiert ab – besteht besonders in dieser abschließenden Phase Regelungsbedarf.²³

Personenbezogene Daten werden also zu Profilen abgeleitet, die wiederum personenbezogene Daten darstellen. In Folge können Profile mit *Scores* verknüpft werden²⁴, also mit mathematischen Werten, die insbesondere zur Vorhersage bestimmter Verhaltensweisen verwendet werden (z.B. um Preise zu generieren, die auf die Zahlungsbereitschaft des Kunden abgestimmt sind oder um die Kreditwürdigkeit eines Verbrauchers zu prüfen). Problematisch ist diese Art der Datenverar-

²¹ Artikel 4 Nr. 4 VO (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), ABI L 2016/679, 1.

²² *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, angenommen am 3. Oktober 2017, zuletzt überarbeitet und angenommen am 6. Februar 2018, WP 251 rev.01, 7 <<https://www.dsb.gv.at/documents/22758/1101467/Leitlinien+zu+automatisierten+Entscheidungen+im+Einzelfall+einschließlich+Profiling+für+die+Zwecke+der+Verordnung+2016-679.pdf/1ddc09d4-1f73-4f8a-8b33-3dc93ce6c34e>> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

²³ *Europarat*, The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, Recommendation CM/Rec (2010)13 and explanatory memorandum (2010) 39 <<https://rm.coe.int/16807096c3>> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

²⁴ *Wendehorst*, Verbraucherschutz und neue digitale Technologien in *Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg) Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2019 (2019) 141f.

beitung uA deshalb, weil die Methoden der Verarbeitung (z.B. Algorithmen wie „Scoring-Formeln“) durch Betriebsgeheimnisse geschützt sind²⁵ oder aufgrund mehrfacher Vervielfältigung schlicht nicht mehr nachvollziehbar sind (sog. „Black-Box-Effekt“).²⁶

Unabhängig von einer Anwendbarkeit des Art 22 Abs 1 DSGVO sind für die Frage der Zulässigkeit einer automatisierten Entscheidungsfindung jedenfalls die Datenschutzgrundsätze zu beachten. Zulässig wäre die Profilbildung gem. Art 5 DSGVO demnach nur dann, wenn Grundsätze der Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit und Vertraulichkeit eingehalten werden. Ob beispielsweise die Verarbeitung mit dem eigentlichen Zweck der ursprünglichen Datenverarbeitung bzw. –erhebung in Einklang steht, hängt von vielen maßgeblichen Faktoren des Einzelfalls ab.²⁷ Um an die Verletzung der Datenschutzgrundsätze Sanktionen (vgl Art 58 Abs 2 lit i, Art 79 ff und Art 83 Abs 6 DSGVO) knüpfen zu können, bedarf es daher einer Konkretisierung des abwägungsbedürftig formulierten Art 5 DSGVO durch die Aufsichtsbehörde.²⁸

Die in diesem Zusammenhang wohl maßgeblichste Bestimmung stellt Art 22 DSGVO dar. Grundsätzlich räumt Art 22 *Profiling*-Betroffenen ein Recht ein, keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu sein, die gegen ihn rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn zumindest erheblich beeinträchtigt. Diese Bestimmung regelt also nicht die Verarbeitung personenbezogener Daten im engen Sinn, sondern erst die Nutzung weiterer Ergebnisse, die auf dieser Datenverarbeitung basieren.²⁹ Derartige Entscheidungsprozesse sollen nicht ausschließlich durch Maschinen getroffen werden, sondern auch teilweise durch menschliche Betrachtung kontrolliert werden.³⁰

Liegt demnach eine solche rechtliche Wirkung oder eine ähnlich schwere Beeinträchtigung vor, kommt das Verbot des Art 22 DSGVO erst gar nicht zur Anwendung.³¹ Gemäß Erwägungsgrund 71 DSGVO wird diese Schwelle in der Regel beispielsweise von komplett automatisierten

²⁵ Martini in Paal/Pauly (Hrsg), DS-GVO BDSG² (2018) Art 22 Rz 22.

²⁶ Spiecker, Digitale Mobilität: Plattform Governance – IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen, GRUR 2019, 341 (350).

²⁷ Vgl Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 251rev.01, 12.

²⁸ Roßnagel in Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg), Datenschutzrecht (2019) Art 5 Rz 22.

²⁹ Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Art 22 Rz 4f.

³⁰ Hladjk in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung² (2018) Art 22 Rz 4.

³¹ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 251rev.01, 21ff.

Ablehnungen von Online-Kreditanträgen oder auch Einstellungsverfahren, die online ohne das Eingreifen von Menschen abgewickelt werden, erreicht.³² Ob im Zusammenhang mit Preisdiskriminierung oder auch individualisierter Online-Werbung – trotz Ansicht einiger Autoren³³ – diese rechtliche Entscheidungswirkung tatsächlich fehlt, ist fraglich.³⁴ Die Artikel-29-Datenschutzgruppe hat bereits in einer Empfehlung im Jahr 2013 darauf hingewiesen, dass die Anwendbarkeitsschwelle des Art 22 DSGVO und die Frage der Definition der „erheblichen Beeinträchtigung“ jedenfalls weiterer Klärung bedarf.³⁵ Noch hat sich der europäische Datenschutzausschuss allerdings lediglich in Form einer Unterstützung der Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe geäußert.³⁶

Für die Bildung und Verarbeitung von Profilen, die nicht in einer ausschließlich automatisierten Entscheidung münden, sind die allgemeinen Vorschriften der DSGVO, so vor allem Art 6, 9, 13ff DSGVO, zu beachten.³⁷ Diese unterscheiden sich im Vergleich zum strengeren Ausnahmekatalog in Art 22 DSGVO vor allem dadurch, dass der Verantwortliche für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sein erforderliches berechtigtes Interesse vorbringen kann.³⁸

Das Verbot in Art 22 DSGVO ist ferner mit DSGVO-Regelungen verfahrensrechtlicher Natur verknüpft, um Betroffene mit Informations- und Auskunftsrechten auszustatten.³⁹ Die genaue Reichweite der Schutzmaßnahmen gem Art 13ff DSGVO ist allerdings noch nicht geklärt. So besteht keine Einigung darüber, ob Informationspflichten über die involvierte Logik gem Art 13 Abs 2 lit f DSGVO lediglich in Bezug auf die Profilbildung selbst anwendbar sind oder auch auf die nachgelagerte Entscheidung.⁴⁰

³² Vgl Erwägungsgrund 71 Datenschutz-Grundverordnung.

³³ Martini in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG², Art 22 Rz 23.

³⁴ Hladjk in Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung², Art 22 Rz 9.

³⁵ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Advice paper on essential elements of a definition and a provision on profiling within the EU General Data Protection Regulation, angenommen am 13. Mai 2013, 4 <<https://www.pdpjournals.com/docs/88105.pdf>> (abgerufen am 27.01.2020).

³⁶ Europäischer Datenschutzausschuss, GDPR: Guidelines, Recommendations, Best Practices <https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

³⁷ Martini in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG², Art 22 Rz 22.

³⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, WP 251rev.01, 15 Fn 19.

³⁹ Scholz in Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Art 22 Rz 65.

⁴⁰ Bäcker in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung/BDSG² (2018) Art 13 Rz 52f.

Obwohl ein generelles Verbot von *Profiling* wohl weder durchsetzbar noch wünschenswert ist, gelingt es Art 22 DSGVO nicht, einen ausreichenden Schutz für Betroffene zu gewährleisten.⁴¹ Potential für eine Schließung einiger Schutzlücken hätte die noch im Vorschlagsstadium befindliche e-Privacy-Verordnung gehabt, die im Zuge der finnischen Ratspräsidentschaft nach langem Stillstand wieder weiter vorangetrieben wurde. Allerdings wurde der Letztvorschlag, der im Übrigen nur rudimentär Regelungen zum *Profiling* vorgesehen hat, erneut vom Rat der EU abgewiesen, weshalb nun eine Überarbeitung erfolgen soll.⁴²

Zusammenfassend ist Art 22 DSGVO für die vielen Risiken, die die Verwendung von *Profiling* und *Scoring* bei der Personalisierung von Preisen in sich birgt, nicht gewappnet: einerseits führen die Ausnahmetatbestände des Art 22 Abs 2 DSGVO zu einer deutlichen Verkleinerung der Verbotswirkung der Norm. Andererseits ist der Anwendungsbereich lediglich auf Entscheidungen gänzlich außerhalb des menschlichen Einflussbereichs eingeschränkt. Menschliche Entscheidungen, die Algorithmen zur Unterstützung bei der Urteilsfällung heranziehen, sind hingegen nicht umfasst. Ferner fällt *Scoring* in den meisten Fällen wohl nicht unter den Anwendungsbereich des Art 22 DSGVO, da die Zuweisung eines mathematisch-statistischen Richtwertes bzw. *Scores* noch keine Entscheidung darstellt, sondern üblicherweise nur die Grundlage für eine Entscheidung bildet.⁴³ Durch die Norm umfasst könnte allerdings ein Fall des sog. internen *Scoring* sein, falls die Entscheidung, die auf den Richtwert folgt, ausschließlich computerbasiert getroffen wurde.⁴⁴

Freilich können auch weitere Rechtsquellen, so das allgemeine Zivilrecht, das Lauterkeitsrecht sowie das Kartellrecht, eine bedeutende Rolle in der Beurteilung der Zulässigkeit von *Profiling* und insbesondere der Preisdiskriminierung ersten Grades spielen, worauf im Zuge der Dissertationsbearbeitung in der Suche nach möglichen Lösungsansätzen ebenfalls eingehend eingegangen wird.

⁴¹ *Datenethikkommission der deutschen Bundesregierung*, Gutachten der Datenethikkommission (2019) 99f <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf;jsessionid=3AE9CFA7ED222A37DF34B1ECA25FA901.2_cid287?__blob=publication-File&v=6> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020).

⁴² *Hemmert-Halswick*, Das (vorläufige?) Ende der e-Privacy-VO, MMR-Aktuell 2019, 422777.

⁴³ *Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, 1017 (1020).

⁴⁴ *Martini* in *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG², Art 22 Rz 24.

3. Verbraucherrisiken im Zusammenhang mit *Profiling*

Derartige Lücken im Datenschutz stellen in einer Welt, in der immer mehr Entscheidungen, die bislang durch menschliche Hand gingen, und nunmehr der Technik überlassen werden, ein großes Risiko für Verbraucher dar. Zum einen führen algorithmische Entscheidungen schnell zu diskriminierenden Ergebnissen, weil sie unabhängig von den Wertvorstellungen unserer Gesellschaft denken.⁴⁵

Einerseits kann es durch die Einspeisung diskriminierender Merkmale in den Algorithmus zu direkter Diskriminierung kommen.⁴⁶ Viel häufiger, aber auch schwieriger nachzuweisen, sind Algorithmen, in denen eigentlich nicht diskriminierende Merkmale beispielsweise in Scoring-Verfahren dazu herangezogen werden, anhand von statistischen Zusammenhängen geschützte Merkmale zu ermitteln. So kann beispielsweise anhand weniger *Likes* auf sozialen Plattformen auf die Herkunft oder die sexuelle Orientierung geschlossen werden.⁴⁷ Werden solche diskriminierenden Merkmale in Algorithmen zur Preisbildung eingesetzt, so haben Verbraucher in aller Regel keinerlei Möglichkeit, dies zu überprüfen, weil Algorithmen üblicherweise durch Geschäftsgeheimnisse geschützt sind.⁴⁸ Zu problematischen Ergebnissen kann aber nicht nur die Fehlerhaftigkeit des Algorithmus (der beispielsweise einem Scoring-Wert zugrunde liegt) selbst führen, sondern vor allem die Einspeisung qualitativ fehlerhafter Datensätze.⁴⁹

Ein zentrales Problem ist die mangelnde Offenlegung von Informationen von Seiten des Verwenders bzw. Herstellers zur Funktionsweise von Algorithmen, da Diskriminierung oft erst eine Folge von Intransparenz ist und der Betroffene mangels Nachvollziehbarkeit die verwendeten Daten und Methoden nicht überprüfen und dagegen vorgehen kann.⁵⁰ Oft ist dem Verbraucher nicht einmal

⁴⁵ *Martini*, JZ 2017, 1020; vgl weiterführend auch *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Verbrauchergerechtes Scoring, Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (2018) 26ff <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_Verbrauchergerechtes_Scoring.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.01.2020)..

⁴⁶ *Hacker*, Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law, *Common Market Law Review*, 2018, 1143 (1146ff).

⁴⁷ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Verbrauchergerechtes Scoring, Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 35.

⁴⁸ *Taeger*, BGH: Umfang einer von der Schufa zu erteilenden Auskunft, *MMR* 2014, 488; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR*, 2016, 407.

⁴⁹ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Verbrauchergerechtes Scoring, Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 35.

⁵⁰ *Martini*, JZ 2017, 1018.

erkennbar, dass nicht alle Kunden denselben Preis zu bezahlen haben. Die Möglichkeit zu Feilschen und so individuell abgestimmte Preise zu erzielen kann zwar im stationären Handel gebilligt werden. Im Online-Handel bleibt die Personalisierung von Preisen allerdings weitgehend unerkannt, sofern nicht beim Kauf darauf hingewiesen wird.⁵¹

Sollte es doch dazu kommen, dass Verbraucher ausreichend Information zur Verfügung haben, um ihre Ansprüche geltend zu machen, stehen auch der Rechtsdurchsetzung wesentliche Hemmnisse entgegen. Üblicherweise schrecken sie aufgrund Ungleichgewichts der Prozessparteien im Verfahren mangels Erfahrung im Prozessieren und finanzieller Hürden zurück.⁵² Außerdem handelt es sich bei den geltend zu machenden Ansprüchen häufig um niedrige Beträge, die das umfassende Prozessrisiko und den mit der Geltendmachung der Ansprüche verbundenen Zeitaufwand für die Betroffenen nicht rechtfertigen (sog rationale Apathie).⁵³

Zuletzt ist noch auf eine nicht unwichtige Entwicklung hinzuweisen: Je mehr Daten die großen „Player“ der Online-Welt unter Verschluss der öffentlichen Meinungsbildung und Kontrolle sammeln und zur weiteren Ausweitung ihres Kundenstamms (uA durch die Vergabe personalisierter Rabatte) weiterverarbeiten, desto mächtiger werden derartige Konzerne. Dies stellt vor allem dann ein großes Problem für Verbraucher dar, wenn dadurch Mitbewerber vom Markt verdrängt werden und Monopole entstehen.⁵⁴ Dies könnte allerdings besonders für eine Suche nach Lösungsansätzen im Kartellrecht eine wertvolle Rolle spielen.

⁵¹ Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR, 2016, 407f.

⁵² Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung (2016) 30ff.

⁵³ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Verbrauchergerechtes Scoring, Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 40; siehe zur rationalen Apathie als generelles Problem bei der Geltendmachung von sog. Bagatell- und Streuschäden etwa Schwamberger/Klever, Sammelklage europäischer Prägung? Wbl 2019, 12 (15f). Für diese könnte aber der jüngste Vorschlag für eine neue europäische Verbandsklage Abhilfe schaffen, vgl Art 6 Abs 3 lit b des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, KOM(2018) 184 final.

4. Forschungsfragen bzw. Ziele der Dissertation

Ziel der Dissertation wird es sein, zu eruieren inwieweit überhaupt Lücken im Verbraucherschutz bestehen und gegebenenfalls Lösungsansätze zur Vervollständigung des Verbraucherschutzes aufzuzeigen. Primär sollen hierfür besonders bereits in der Rechtsordnung bestehende Optionen, unter anderem im Zivil-, Lauterkeits- und Kartellrecht, ausgeschöpft werden.

Die zu behandelnden Forschungsfragen können folgendermaßen umrissen werden:

- Welche Chancen bzw. Risiken gehen mit dem Phänomen der Preisdiskriminierung und algorithmenbasierten Verkaufsmodellen einher?
- Wirft die geltende Rechtsordnung im Hinblick auf die verschiedenen Arten der Preisdiskriminierung Lücken im Verbraucherschutz auf?
- Wie können etwaig bestehende Lücken bereits mit Instrumenten der geltenden Rechtsordnung bewältigt werden? In welchen Bereichen wäre eine zusätzliche Regulierung vorstellbar bzw. wünschenswert? Wie soll effektiver Verbraucherschutz im digitalen Bereich in Zukunft aussehen?

5. Methoden

Die Ausarbeitung der Dissertation soll im Zeichen der allgemein anerkannten Methoden der Rechtswissenschaft stehen.⁵⁵ Da einige datenschutzrechtliche Bestimmungen eine wesentliche Rolle im Dissertationskonzept einnehmen, bieten sich vor allem auch punktuelle Vergleiche mit der deutschen Rechtslage und der Rückgriff auf europäische und deutsche Quellen an.

⁵⁵ Vgl. *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991).

6. Vorläufige Gliederung

I. Einführender Abschnitt

- a. Einleitung
- b. Begriffsdefinitionen
- c. Historische Entwicklung von *Profiling* und *Scoring*
- d. Funktionsweise von Scoring-Algorithmen
- e. Anwendungsbereiche von *Profiling* und *Scoring*
- f. Chancen und Risiken der Anwendung von *Profiling* und *Scoring*

II. Anwendungsfall Preisdiskriminierung

- a. Arten der Preisdiskriminierung
 - i. Preisdiskriminierung ersten, zweiten und dritten Grades
 - ii. *Price Steering*
 - iii. Preisdiskriminierung im stationären Handel
- b. Marktanalyse zur Verwendung von Preisdiskriminierung
 - i. Verwendung von *Profiling* und *Scoring* durch Unternehmer
 - ii. Reaktion von Verbrauchern auf *Profiling* und *Fencing*
 - iii. Neoklassische Ökonomik: Gefahr des *Social Sorting*
 - iv. Wohlfahrtsökonomie: Beeinflussung durch Ausnutzung der *Bounded Rationality & Bounded Willpower*

III. Aktueller rechtlicher Rahmen

- a. Art 4 DSGVO
- b. Art 5 DSGVO
- c. Art 22 DSGVO
 - i. Anwendungsbereich
 1. Ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung
 2. Rechtliche Wirkung von Entscheidungen
 3. In ähnlicher Weise erhebliche Beeinträchtigung durch Entscheidungen
 4. *Scoring*
 - ii. Ausnahmen vom Verbot
 1. Vertragserfüllung

2. Rechtsvorschriften der Union bzw. der Mitgliedstaaten
3. Einwilligung
- iii. Rechte der betroffenen Person
- iv. Besondere Kategorien personenbezogener Daten
- v. *Profiling* mit Daten von Kindern
- d. Art 6 DSGVO
- e. Art 7 DSGVO
- f. Art 9 DSGVO
- g. Art 12 DSGVO
- h. Art 13 DSGVO
- i. Art 14 DSGVO
- j. Art 15 DSGVO
- k. Erwägungsgründe zur DSGVO
 - i. im Besonderen Behandlung des 71. Erwägungsgrunds
- l. Grundrechtliche Rahmenbedingungen
- m. (Entwurf für eine) E-Privacy-Verordnung⁵⁶
- IV. Risiken für Verbraucher & Regelungsbedarf
 - a. Allgemeine Diskriminierungsbedenken
 - i. Diskriminierung aufgrund Datenlage vs. Fehlerhafte Algorithmen
 - ii. Gezielte Diskriminierung einzelner Bevölkerungsgruppen
 - iii. Indirekte Diskriminierung
 - iv. Ungleichbehandlung abseits klassischer Diskriminierung durch Verwendung von sachfremden Daten
 - v. §§ 30ff Gleichbehandlungsgesetz
 - b. Unangemessene Entscheidungsfindung durch Anwendung unrichtiger oder belangloser personenbezogener Daten
 - c. Fehlende Transparenz bzw. Informiertheit von Verbrauchern
 - d. Hemmnisse der individuellen Rechtsdurchsetzung
 - e. Monopolisierung von Marktmacht

⁵⁶ Dieser Punkt wird nur insofern eingehender Behandlung bedürfen, als im Zeitraum der Abfassung der Dissertation ein erneuter Entwurf vorgebracht wird.

- V. Mögliche Lösungsansätze
 - a. Allgemeine Stärkung von Verbraucherinteressen durch die Nutzung neuer Technologien
 - b. Diskussion des aktuellen Forschungsstandes
 - i. Lösungen aus dem geltenden Recht
 - 1. Schadenersatz im Datenschutz
 - 2. Lauterkeitsrecht
 - 3. Kartellrecht
 - 4. Gleichbehandlungsrecht
 - 5. Zivilrecht
 - c. Regelungsbedarf
 - i. Transparenzförderung
 - ii. „Stop-Schalter“ (Opt-Out)
 - d. Abwägung des aktuellen Forschungsstandes & Meinungsbildung
 - e. Conclusio
- VI. Zusammenfassung & Schlusswort

7. Vorläufiger Zeitplan

- **WS 2019/20**
Festlegung des Dissertationsthemas
Verfassen des Exposés
Öffentliche Vorstellung des Dissertationsthemas
- **SS 2020**
Sammlung von Literatur und Recherche
- **WS 2020/21-WS 2021/22**
Abfassen der Dissertation
- **SS 2022**
Inhaltliche und Formelle Überarbeitung
- **WS 2022/23**
Abgabe der Dissertation & Defensio

8. Quellenverzeichnis

Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251rev.01 (2018)

Artikel-29-Datenschutzgruppe, Advice paper on essential elements of a definition and a provision on profiling within the EU General Data Protection Regulation, angenommen am 13. Mai 2013

Bevh/Boniversum, Die Wirtschaftslage im deutschen Interaktiven Handel B2C, 2015/16

Blankertz/Shier, One Price for All: Differentiated Pricing in Online Markets, *Competition Law Journal*, Vol. 15, 2016, 251

Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg), *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*³ (2020)

Bourreau/deStreel/Graef, Big Data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising (2017)

Christl, *Kommerzielle Digitale Überwachung im Alltag*, Studie im Auftrag der österreichischen Bundesarbeitskammer Wien (2014)

Datenethikkommission der deutschen Bundesregierung, *Gutachten der Datenethikkommission* (2019)

Delapina, AK-Test Preisdifferenzierung im Online-Handel (2019)

Ebers, Beeinflussung und Manipulation von Kunden durch Behavioural Microtargeting, *MMR* 2018, 423

Ehmann/Selmayr (Hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung*² (2018)

Europarat, The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling, Recommendation CM/Rec (2010)

Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg), *Lauterkeitsrecht: UWG*³ (2016)

Fries, *Verbraucherrechtsdurchsetzung* (2016)

Genth, Dynamische Preissetzung – Wer profitiert?, *Dynamische Preise: Ein Gewinn für Handel und Verbraucher*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 863

Gruber, *Österreichisches Kartellrecht*² (2013)

Hacker, Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law, *Common Market Law Review*, 55/2018, 1143

Hannak et al., *Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites* (2014)

Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg), *UWG*⁴ (2016)

- Heermann/Schlingloff* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht² (2014)
- Hemmert-Halswick*, Das (vorläufige?) Ende der e-Privacy-VO, MMR-Aktuell 2019, 422777
- Hoeren/Sieber/Holznapel* (Hrsg), Multi-Media-Recht⁵⁰ (2019)
- Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis, WRP, 9/2016, 1074
- Immenga/Mestmäcker* (Hrsg), Wettbewerbsrecht⁵ (2012)
- Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Gleichbehandlungsgesetz (1997)
- Klein/Steinhardt*, Revenue Management. Grundlagen und mathematische Methoden (2008)
- Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (2010)
- Köhler/Bornkamm/Feddersen* (Hrsg), UWG³⁸ (2020)
- Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung/BDSG² (2018)
- Martini*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 21/2017, 1017
- Miller*, What do we worry about when we worry about price discrimination? The law and ethics of using personal information for pricing, Journal of Technology Law & Policy, Vol. 19, 2014, 43
- Ohly/Sosnitza* (Hrsg), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb⁷ (2016)
- Österreichisches Institut für angewandte Telekommunikation*, Studie: Dynamic Pricing – die Individualisierung von Preisen im E-Commerce (2015)
- Paal*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43
- Paal/Pauly* (Hrsg), DS-GVO BDSG² (2018)
- Rebhahn*, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz: GIBG und GBK-GAW-G (2005)
- Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg) Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2019 (2019)
- Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2014)
- Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Verbrauchergerechtes Scoring, Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen (2018)
- Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“ (2016)
- Schofield*, Personalized Pricing in the Digital Era, Competition Law Journal, Vol. 18; 2019, 35
- Shiller*, Personalized Price Discrimination Using Big Data (2016)
- Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg), Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG (2019)

Spiecker, Digitale Mobilität: Plattform Governance – IT-sicherheits- und datenschutzrechtliche Implikationen, GRUR 2019, 341

Steege, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von künstlicher Intelligenz, Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, MMR 2019, 715

Taeger, BGH: Umfang einer von der Schufa zu erteilenden Auskunft, MMR 2014, 488

Tietjen/Flöter, Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken gelten für Unternehmen?

Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447

Varian, The economics of information technology (2004)

Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, ZfPW 2019, 220

Wiebe/Kodek (Hrsg), UWG² (2018)

Wiltschek/Horak (Hrsg), UWG^{8.02} (2019)

Zander-Hayat/Reisch/Steffen, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR, 2016, 403