

# Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	1
	I. Untersuchungsgegenstand	1
	II. Gang der Untersuchung	3
	III. Methodik	4
 <b>Teil I Profiling und automatisierte Entscheidungen</b>		
<b>2</b>	<b>Profiling</b>	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

<b>3 Profiling und automatisierte Entscheidungen: Ein 3-stufiges Modell . . . . .</b>	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
<b>4 Regulierung von Profiling und automatisierten Einzelentscheidungen . . . . .</b>	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
<b>5 Zusammenfassung . . . . .</b>	77

**Teil II Profiling, Preisdiskriminierung und Preispersonalisierung**

<b>6 Preisdiskriminierung . . . . .</b>	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
<b>7 Preispersonalisierung . . . . .</b>	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
<b>IV. Personalisierte Preise in der Praxis . . . . .</b>	<b>141</b>
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

<b>8</b>	<b>Weiterführende Überlegungen</b>	193
	I. Preispersonalisierung heute und in Zukunft	193
	II. Ungleichbehandlung durch Gruppenbildung	195
 <b>Teil III Diskriminierung geschützter Gruppen durch Preispersonalisierung</b>		
<b>9</b>	<b>Einleitung</b>	199
	I. Normative Implikationen	199
	1. Unmittelbare Diskriminierung	199
	2. Mittelbare Diskriminierung	202
	3. Praktische Probleme	204
	II. Rechtliche Implikationen	205
<b>10</b>	<b>Relevante Rechtsregime</b>	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 TTDG	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
<b>11</b>	<b>Rechtliche Analyse anhand des 3-stufigen Modells</b>	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

Inhaltsverzeichnis	XIII
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
<b>12 Abschließende Bemerkungen . . . . .</b>	<b>301</b>
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . . . . .	301
II. Ausblick . . . . .	303
III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse mithilfe von Thesen . . . . .	305
<b>Literatur . . . . .</b>	<b>309</b>