

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