

I. Einleitung

Personalisierte Preise werden schon seit einiger Zeit in den Medien¹ wie auch in der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur² regelmäßig thematisiert. Für Käufer ist es mittlerweile schwieriger zu fassen, wie sich Angebote zusammensetzen und wie Preise entstehen, vor allem im Internet. Wir hinterlassen durch vermehrte Nutzung von diversen Online-Diensten wie sozialen Netzwerken zahlreiche Daten, von denen Unternehmen profitieren möchten: Dabei ist oft die Rede vom „gläsernen Kunden“.³ Im „Big Data“-Zeitalter werden immer mehr Daten gesammelt, um Kunden Angebote zu unterbreiten, die ganz ihren individuellen Vorstellungen und Wünschen entsprechen. Ihnen werden maßgeschneiderte Werbeangebote vorgeschlagen, Lieblings-Produkte werden beim Online-Shopping immer ganz oben angezeigt und man erhält Nachrichten zu Rabatt-Aktionen, von denen auch gerne Gebrauch gemacht wird. Die Personalisierung von Angeboten kann Zeit sparen und für alle Beteiligten, für Verbraucher und Unternehmer, mit maßgeblichen Vorteilen einhergehen.

Die Personalisierung von Angeboten zeigt sich für Verbraucher aber auch oft von ihrer Schattenseite. Auf Vergleichsportalen, zB für Flüge oder Hotels, werden ständig neue, meist auch überdurchschnittlich höhere Preise angezeigt, oder es werden immer die teuersten Produkte ganz oben in der Such-Ergebnisliste gereiht. Dies betrifft nicht nur Angebote in Online-Shops, sondern solche Praktiken könnten mit elektronischen Preisschildern auch bald Einzug in den stationären Handel halten.⁴ Höhere

- 1 Vgl nur ganz auszugsweise *Schramm/Von Liebe*, Personalisierte Preise: Wie uns der Handel austrickst <<https://www.br.de/nachrichten/wissen/personalisierte-preise-wie-uns-der-handel-austrickst,RjUUR3O>> (abgefragt am 2. 1. 2022); *Walker*, How much ...? The rise of dynamic and personalised pricing <<https://www.theguardian.com/global/2017/nov/20/dynamic-personalised-pricing>> (abgefragt am 2. 1. 2022); vgl auch bereits 2012 *Peachey*, How technology opens the door for personalised pricing <<https://www.bbc.com/news/business-20396091>> (abgefragt am 21. 1. 2022).
- 2 Ebenfalls nur einige wenige Bsp, vgl *Miller*, What do we worry about when we worry about price discrimination? About the law and ethics of price discrimination, *Journal of Technology Law & Policy* 2014, 41; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, 403; *Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis, *WRP* 2016, 1074; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, 447; *G. 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; *Zurth*, Personalisierte Preise, *AcP* 2021, 514; *F. Schuhmacher*, Preisfestsetzung durch Algorithmen, *wbl* 2021, 302; *Rützel*, Rechtsfragen algorithmischer Preisdiskriminierung: Eine rechtsgebietsübergreifende Untersuchung (2023) 7 ff, und viele andere.
- 3 *Schramm/Von Liebe*, Personalisierte Preise (abgefragt am 2. 1. 2022).
- 4 *Obergfell*, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel – Vertragsfreiheit oder Betrug? *ZLR* 2017, 290 (291 ff); *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR* 2016, 403 (405); *Tietjen/Flöter*, Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken

Preise können zwar einerseits auf eine Verteuerung insgesamt zurückzuführen sein, weil Unternehmen zB durch höhere Rohstoff-Preise gezwungen sind, ihre Preise anzugleichen. Der rasante technische Fortschritt der vergangenen Jahrzehnte im Bereich der Personalisierungstechnologie macht es nun aber auch möglich, Angebote (in Echtzeit) auf die individuelle Kaufbereitschaft des einzelnen Kunden anzupassen.⁵ Solche personalisierten Preise basieren auf personenbezogenen Daten, die zu Nutzerprofilen weiterverarbeitet werden, anhand derer die Vorlieben und Wünsche des Kunden vorhergesagt werden können und der „perfekte Preis“ berechnet werden kann. Zunächst macht es einen großen Unterschied, ob Preise nur von „äußeren Umständen“ wie der Nachfrage oder Produktkosten abhängig gemacht werden oder ob Grundlage für das Angebot personenbezogene Daten sind. Die Verarbeitung, oft auch sensibler Daten, wie der Religion oder der politischen Orientierung, zur Generierung personalisierter Preise greift maßgeblich in die Sphäre des Einzelnen ein. Aufgrund der hohen Zahl an rein dynamischen Angeboten, die an gewisse Marktgegebenheiten wie die Tageszeit angepasst sind⁶ (zB höhere Ticketpreise zu beliebten Reisezeiten), ist es Verbrauchern nicht möglich, zu erkennen, welche Angebote auf Grundlage ihrer personenbezogenen Daten personalisiert wurden. Solche Erfahrungen bestätigt eine Überprüfung der EU-Kommission im Jahr 2019, nach der rund 60% der Online-Shops hinsichtlich der Preisdarstellung für Verbraucher zumindest irreführungstauglich bzw intransparent sind.⁷

Oft wird vorgebracht, personalisierte Preise würden praktisch kaum Anwendung finden.⁸ Erste Vermutungen, dass solche Praktiken von Unternehmen angewendet

gelten für Unternehmen? GRUR-Prax 2017, 546 (546); *Hennemann*, Die personalisierte Vertragsanbahnung, AcP 2019, 818; vgl zu den Möglichkeiten von Handy-Tracking und Gesichtserkennung auch bereits *F. Schmidt*, Dynamische und personalisierte Preise – Datenschutz-, Wettbewerbs- und Kartellrechtliche Grenzen, in *Taeger* (Hrsg), Smart world – smart law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung: Tagungsband Herbstakademie 2016 (2016) 1007 (1008 f); mit einem Bsp aus Großbritannien *Bar-Gill*, Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions, *University of Chicago Law Review* 2019, 217 (218).

5 Dazu etwa *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel: Verbraucher im personalisierten Online-Handel, 3 <<https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/Digitale-Welt-und-Handel.pdf>> (abgefragt am 3. 9. 2021); *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403 (404); *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447 (447).

6 Vgl zu zeitlich schwankenden Croissant- und Flug-Preisen *Walker*, Personalised Pricing (abgefragt am 2. 1. 2022).

7 *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> (abgefragt am 2. 1. 2022); vgl auch *Hennemann*, AcP 2019, 818 (820 f).

8 Vgl zB *Schleusener/Hosell*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 22 <https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/eWeb-Research-Center_Preisdifferenzierung-im-Onlinehandel.pdf> (abgefragt am 2. 1. 2022); *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 21 (abgefragt am 3. 9. 2021); vgl auch *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447 (447 FN 4) mwN; mit einer anschaulichen Übersicht einiger durchgeführter Studien *Wiedemann*, Rechtliche Implikationen Profiling-basierter Preispersonalisierung (2023) 145 ff mwN.

werden, gibt es schon lange.⁹ Bisher konnte va ein Einfluss des verwendeten Endgeräts bewiesen werden, zB wurden bei Flugbuchungen bei der Verwendung bestimmter Endgeräte bis zu 55 % höhere Preise angezeigt.¹⁰ Auch Hotelbuchungsseiten boten auf manchen Endgeräten bis zu 11 % teurere Leistungen an, für Produkte auf Amazon fielen Preise durchschnittlich bis zu 14,4 % höher als üblich aus.¹¹ Wenngleich eine Differenzierung abhängig von individuellen Interessen des Einzelnen auf Grundlage anderer Kriterien als dem Endgerät¹² nur tw nachgewiesen werden konnte,¹³ können Angebote wie in den nachgewiesenen Fällen schon eine Vorstufe der personalisierten Preissetzung bilden.¹⁴ So hat die *Arbeiterkammer Wien* auch in einer aktuellen Untersuchung wieder geräte- bzw ortsabhängige Preisunterschiede bei Flugbuchungen festgestellt.¹⁵ Mehrfach in Verwendung sind auch bereits personalisierte Rabattmodelle, bei denen nach erfolgter Registrierung Ermäßigungen aufgrund des bisherigen Kaufverhaltens vergeben werden.¹⁶

- 9 So etwa in einer BBC Reportage vor über 20 Jahren *Ward*, Amazon's old customers „pay more“ <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/914691.stm>> (abgefragt am 20. 3. 2023).
- 10 *Delapina*, AK-Test: Preisdifferenzierung im Online-Handel März 2021, 3 ff <https://www.arbeiterkammer.at/beratung/konsument/EinkaufundRecht/Preisdifferenzierung_im_Online-Handel_2021.pdf> (abgefragt am 2. 1. 2022); zu einem ganz ähnlichen Ergebnis für die Seite „booking.com“ kam auch eine im Auftrag des deutschen BMJV durchgeführte Studie, vgl *ibi research/trinnovative GmbH*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 62 ff <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Schlussbericht_Empirie.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (abgefragt am 2. 1. 2022); dazu auch *Wiedemann*, Profiling-basierte Preispersonalisierung 157 ff.
- 11 *Delapina*, Preisdifferenzierung im Online-Handel, 3 ff (abgefragt am 2. 1. 2022); vgl iE auch zu einer Hotelbuchungsseite *Schleusener/Hosell*, Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel, 71 (abgefragt am 2. 1. 2022).
- 12 *Valentino-de Vries/Singer-Vyne/Soltani*, Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534>> (abgefragt am 20. 3. 2023); dazu auch *Poort/Zuiderveen Borgesius*, Does everyone have a price? Understanding people's attitude towards online and offline price discrimination, *Internet Policy Review* 2019, 1 (3); vgl zur Preisdifferenzierung bei Pauschalreisen auch *Schleusener/Hosell*, Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel, 20 ff (abgefragt am 2. 1. 2022).
- 13 Vgl etwa hinsichtlich einer empirischen Studie zu Individualisierungs-Praktiken auf Amazon *Ahmed/Al Seesi/Ruiz Sánchez*, Do Online Firms Individualize Search Results? An Empirical Analysis of Individualization on Amazon, *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research* 2022, 1204 (1216 f).
- 14 *Schleusener/Hosell*, Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel, 72 (abgefragt am 2. 1. 2022); mit einer Übersicht der empirischen Untersuchungen zu personalisierten Preisen (samt Übersichtstabelle) *Rott/Strycharz/Allewelt*, Personalised Pricing, 12 ff <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2022\)734008](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2022)734008)> (abgefragt am 1. 12. 2022); mit weiterf Nachweisen auch *Chapdelaine*, Algorithmic Personalized Pricing, *NYU Journal of Law & Business* 2020, 1 (13 f).
- 15 So waren die Preise bei Buchung über Laptops oder PCs häufig teurer als bei Nutzung eines Smartphones, vgl *Delapina*, AK Test: Preisdifferenzierung im Online-Handel, März 2022, 4 <https://www.arbeiterkammer.at/beratung/konsument/EinkaufundRecht/Preisdifferenzierung_im_Online-Handel_2022.pdf>.
- 16 Etwa mit dem Rabattsystem der Supermarkette Lidl, vgl dazu *Lidl Österreich GmbH*, Lidl Plus Karte <<https://www.lidl.at/c/lidl-plus/s10012352>> (abgefragt am 20. 3. 2023); ein

Ein Argument für die mangelhafte Praktikabilität von personalisierten Preisen wird auf die Skepsis von Verbrauchern vor derartigen Methoden und, damit einhergehend, die Angst von Unternehmen vor Image-Verlusten gestützt.¹⁷ Viele hoffen daher, dass personalisierte Preise erst gar nicht zum Einsatz kommen würden, weil Unternehmen auf langfristige und vorteilhafte Kundenbeziehungen bauen möchten.¹⁸ Unternehmen sind aber wohl gerade aus diesem Grund bemüht, den Einsatz von personalisierten Preisen so gut wie möglich vom Verbraucher fernzuhalten (dieses Praktik nennt man auch „*Fencing*“).¹⁹ Da personalisierte Preise Unternehmen zur Steigerung von Gewinnen verhelfen können, besteht auch ein reges Interesse am Einsatz solcher Strategien.²⁰ So wurde in einer Studie zum Streaming-Anbieter „*Netflix*“ in Erfahrung gebracht, dass das Unternehmen durch den Einsatz von personalisierten Preisen (auf Grundlage der Beobachtung des Online-Nutzerverhaltens) bis zu 12% mehr Gewinn erzielen könnte.²¹ Verbraucher sehen solche Praktiken vor allem deshalb als problematisch an, weil personalisierte Angebote auf ihren Daten basieren – in China wird datengetriebene Preissetzung deshalb bereits als „*big data backstabbing*“ bezeichnet.²² Vor diesem Hintergrund erscheint eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit diesem Thema jedenfalls geboten.

anderes Bsp in Österreich ist die „JÖ Karte“ *Unser Ö-Bonus Club GmbH*, JÖ Club Card <<https://www.joe-club.at/entdecken>> (abgefragt am 23. 11. 2022); zu solchen Rabattmodellen auch *Rott/Strycharz/Alleweldt*, *Personalised Pricing*, 17 (abgefragt am 1. 12. 2022); zu Gutscheinen auch *Locher*, *Verschiedene Preise für gleiche Produkte? Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht*, *ZWeR* 2018, 292 (304).

- 17 Vgl. *Verbraucherzentrale Brandenburg*, *Individualisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel*, 7 f <<https://www.verbraucherzentrale.de/sites/default/files/2019-09/marktwaechter-untersuchung-individualisierte-preisdifferenzierung.pdf>> (abgefragt am 2. 1. 2022); zur Auffassung von Verbrauchern etwa *Reinartz et al*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 15 <https://marketing.uni-koeln.de/sites/marketingarea/user_upload/171130_Whitepaper_Preisdifferenzierung_und_-dispersion_im_Handel.pdf> (abgefragt am 21. 1. 2022).
- 18 *Genth et al*, *Dynamische Preissetzung — Wer profitiert?* *Wirtschaftsdienst* 2016, 863 (874).
- 19 *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447 (448 mwN).
- 20 So auch *Verbraucherzentrale Brandenburg*, *Individualisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel*, 10 mwN (abgefragt am 2. 1. 2022).
- 21 *Shiller*, *First-Degree Price Discrimination Using Big Data*, 20 <https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/Brandeis_WP58R2.pdf>.
- 22 Zur Reaktion des chinesischen Gesetzgebers auf solche Praktiken vgl. *Ge/Chen*, *The obligation to provide „non-personalised“ search results under the Chinese E-commerce law*, *Computer Law & Security Review* 2021/105568, 1 (2).

A. Stand der Forschung

Personalisierte Preise waren bisher Gegenstand einiger Beiträge in Fachzeitschriften²³ und Tagungsbänden,²⁴ wobei sich wiederum viele Autoren primär den datenschutzrechtlichen,²⁵ wettbewerbsrechtlichen²⁶ oder gleichbehandlungsrechtlichen²⁷ Aspekten des Themas gewidmet haben. In Deutschland erschienen kürzlich drei Monografien zu personalisierten Preisen bzw zu Preisdiskriminierung.²⁸ Ein weiteres Werk beschäftigt sich speziell mit den datenschutz- und lauterkeitsrechtlichen Implikationen personalisierter Preise und geht auch genauer auf dynamische Preise ein.²⁹ Das europäische Parlament gab im Jahr 2022 zu personalisierten Prei-

-
- 23 Vgl etwa *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403; *Obergfell*, ZLR 2017, 290; *Drechsler/Sánchez*, The Price Is (Not) Right: Data Protection and Discrimination in the Age of Pricing Algorithms, *European Journal of Law and Technology* 2018, 1; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447; von diesen auch *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0? ABIDA-Dossier <https://www.abida.de/sites/default/files/22_Dossier_Personalisierte%20Preise_Online.pdf> (abgefragt am 17. 12. 2022); *G. Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220; *Poort/Zuiderveen Borgesius*, *Internet Policy Review* 2019, 1; *Zurth*, AcP 2021, 514; *Chapdelaine*, *NYU Journal of Law & Business* 2020, 1.
- 24 *F. Schmidt* in *Taeger* 1007; *Rott*, Dynamische und personalisierte Preise zwischen Vertragsfreiheit und Willkür, in *Ochs et al* (Hrsg), *Die Zukunft der Datenökonomie* (2019) 287; *Corleis*, Personalisierte Preisdifferenzierung, in *Croon-Gestefeld et al* (Hrsg), *Das Private im Privatrecht – Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft* (2022) 51.
- 25 *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, *Journal of Consumer Policy* 2017, 347; *Steppe*, Online price discrimination and personal data: A General Data Protection Regulation perspective, *Computer Law & Security Review* 2017, 768; *Hofmann/Freiling*, Personalisierte Preise und das Datenschutzrecht, ZD 2020, 331; *Linderkamp*, Der digitale Preis – eine automatisierte Einzelfallentscheidung? ZD 2020, 506; *Golland*, Datenschutzrechtliche Fragen personalisierter Preise, CR 2020, 186.
- 26 Vgl zB *Hofmann*, WRP 2016, 1074; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546; *Ylinen*, Digital Pricing und Kartellrecht, NZKart 2018, 19; *Schwalbe*, Algorithms, Machine Learning and Collusion, *Journal of Competition Law & Economics* 2019, 568; *Paal*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing: Dynamische und individualisierte Preise im virtuellen Wettbewerb, GRUR 2019, 43; *Zurth*, Die kartellrechtliche Bändigung von Preisalgorithmen, ZWeR 2021, 361; *M. Botta/Wiedemann*, To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance, *European Journal of Law and Economics* 2020, 381; *F. Schuhmacher*, wbl 2021, 302; *Robertson*, Algorithmic Pricing – A Competition Law Perspective on Personalised Prices, *Graz Law Working paper Series No 8/2023* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4422896> (abgefragt am 4. 5. 2023).
- 27 *Drechsler/Sánchez*, *European Journal of Law and Technology* 2018, 1; *Zuiderveen Borgesius*, Price Discrimination, Algorithmic Decision-Making, and European Non-Discrimination Law, *European Business Law Review* 2020, 401.
- 28 *Rützel*, Rechtsfragen algorithmischer Preisdiskriminierung; *Linderkamp*, Personalisierte Preise im Vertragsverhältnis (2023); *Wiedemann*, Profiling-basierte Preispersonalisierung.
- 29 *Hidar*, Rechtliche Grenzen smarterer Preisgestaltung: Eine Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit dynamischer und personalisierter Preisgestaltung aus datenschutz- und lauterkeitsrechtlicher Perspektive (2021).

sen eine Studie in Auftrag.³⁰ Weiters gibt es eine Reihe von Gutachten (im Auftrag der europäischen und nationalen bzw regionalen Verbraucherverbände.³¹ Zu den zivilrechtlichen Fragestellungen iZm personalisierten Preisen findet sich in der Lit noch recht wenig,³² insbesondere im Kontext der österreichischen Rechtslage. Zur kürzlichen Anpassung des Verbraucherrechts durch die Modernisierungs-RL³³ gibt es auch eine Reihe von Beiträgen.³⁴

Profiling-Methoden im Allgemeinen wurden bereits im Rahmen umfassender Monografien³⁵ bearbeitet. In diesen Werken steht der Fokus klar auf datenschutzrechtlichen Fragestellungen, zivil- bzw vertragsrechtliche und wettbewerbsrechtliche Implikationen werden meist nur am Rande behandelt. Die Ausführungen beziehen sich auf ein breites Spektrum von Anwendungsfällen des Profiling und setzen sich nicht im Detail mit personalisierten Preisen auseinander. Im datenschutzrechtlichen Bereich kann auch umfassend auf Kommentarliteratur (bspw zu Art 4 Z 4, 6, 9 und 22 DSGVO³⁶) sowie auf den vom Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA) bestätigten Leitlinien zu automatisierter Entscheidungsfindung und Profiling³⁷ aufge-

30 *Rott/Strycharz/Alleweldt*, Personalised Pricing (abgefragt am 1. 12. 2022).

31 So etwa *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel (abgefragt am 3. 9. 2021); *Verbraucherzentrale Brandenburg*, Individualisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel (abgefragt am 2. 1. 2022); *Lynskey/Micklitz/Rott*, EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in Digital Consumer Markets – Part II: Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices, 92 ff <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-018_eu_consumer_protection_2.0.pdf> (abgefragt am 6. 2. 2023).

32 Tw zB in *Rott* in *Ochs et al* 287; *Corleis* in *Croon-Gestefeld et al* 51; zur Rechtslage in D zum auch *Hennemann*, AcP 2019, 818; *Schäfers*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz, AcP 2021, 32; *Dornis*, Personalisierte Vertragsanbahnung und Privatautonomie, ZfPW 2022, 310.

33 RL (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 (Modernisierungs-RL), ABl L 2019/328, 7.

34 Vgl *Kodek/Leupold*, Modernisierung des Verbraucherrechts – Ausgewählte Auslegungsfragen und Umsetzungsoptionen der Omnibus-Richtlinie (2021) 61 ff; *Wendehorst* in *Säcker et al*, Münchener Kommentar zum BGB⁹ (2022) § 312 Rn 27 ff; *Gleixner*, Personalisierte Preise im Onlinehandel und Europas „New Deal for Consumers“, VuR 2020, 417; *Wendehorst*, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – materiell-rechtliche Aspekte, ÖJT-Gutachten Teil I (2022) 39 ff.

35 *Hladjk*, Online-Profiling und Datenschutz (2007); *Wenhold*, Nutzerprofilbildung durch Webtracking (2018); *Lorenz*, Profiling – Persönlichkeitsschutz durch Datenschutz? (2020); *Hoffmann*, Profilbildung unter der DSGVO: Digitale Persönlichkeitsprofile im Spannungsfeld zwischen Unternehmensinteresse und Persönlichkeitsrecht (2020).

36 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), ABl L 2016/119, 1.

37 *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

baut werden. Profiling-Methoden im Allgemeinen wurden auch bereits in einigen Rechtsgutachten genauer betrachtet und häufig auftretende Probleme in den Fokus der Diskussion gestellt.³⁸

Eine umfassende Zusammenstellung aller durch personalisierte Preise möglicherweise auftretenden Risiken für Verbraucher und Mitbewerber und Bewertung aus datenschutz-, zivil-, gleichbehandlungs- und wettbewerbsrechtlicher Sicht mit Bezug zur österreichischen Rechtslage gibt es noch nicht. Bisher veröffentlichte Werke zu personalisierten Preisen in Deutschland haben außerdem plattformrechtliche Bezüge noch weitgehend außer Acht gelassen. Ziel dieser Arbeit soll es sein, zielgerichtete und effektive Instrumente zur Problemlösung bereits aus dem geltenden Recht herauszuarbeiten. Dabei sollen auch Fragen an den Schnittstellen zwischen den verschiedenen Rechtsbereichen (zB im Datenschutz- und Verbraucherrecht) geklärt und schließlich mögliche Hindernisse der (Verbraucher-)Rechtsdurchsetzung behandelt werden. Darüber hinaus wird ggf auch der Bedarf nach weitergehenden Instrumenten *de lege ferenda* diskutiert.

B. Gang der Arbeit & Methoden

Zunächst werden im Zuge des Einleitungskapitels die wichtigsten Begriffe – insbesondere unter Berücksichtigung wirtschaftlicher und technischer Hintergründe – erläutert und mögliche Probleme, die sich aus dem Einsatz von personalisierten Preisen für verschiedene Akteure, aber va für Verbraucher, ergeben können, zusammengefasst. Im Anschluss soll überprüft werden, inwieweit personalisierte Preise von verschiedenen Rechtsbereichen wie dem Datenschutzrecht, dem Zivilrecht und dem Wettbewerbsrecht bereits erfasst bzw reguliert werden. Schließlich soll erörtert werden, ob eine Regulierung von personalisierten Preisen über die Lösungen des geltenden Rechts hinaus erforderlich oder wünschenswert wäre, und falls ja, wie mögliche Instrumente *de lege ferenda* aussehen könnten. Die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen sollen für die Zwecke dieser Arbeit nach den allgemein anerkannten Methoden der Rechtswissenschaft ausgelegt sowie ggf ergänzend fortgebildet werden.³⁹

<<https://www.dsb.gov.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>> (abgefragt am 1. 1. 2021).

38 Vgl zB *Datenethikkommission der deutschen Bundesregierung*, Gutachten der Datenethikkommission <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6> (abgefragt am 1. 8. 2021); *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Verbrauchergerechtes Scoring <https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_Verbrauchergerechtes_Scoring.pdf> (abgefragt am 1. 1. 2021); *European Union Agency for Fundamental Rights*, Preventing unlawful profiling today and in the future: a guide <<https://primarysources.brillonline.com/browse/human-rights-documents-online/preventing-unlawful-profiling-today-and-in-the-future-a-guide;hrdhrd9992201899920041>> (abgefragt am 17. 8. 2021).

39 Vgl hierzu weiterf *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991); *Zippelius*, Juristische Methoden-

C. Ökonomische Perspektive – Definition „personalisierter Preise“

Bevor darauf eingegangen wird, wie personalisierte Preise überhaupt zustande kommen, sollen zu Beginn die **wichtigsten Begrifflichkeiten** erläutert und personalisierte Preise von anderen Preissetzungsmethoden wie dynamischen Preisen abgegrenzt werden. Der „personalisierte Preis“ fand mit der Modernisierungs-RL erstmals Eingang in die europäische Verbraucherrechtsordnung, genauer in Form einer Informationspflicht in Art 6 Abs 1 lit ea Verbraucherrechte-RL⁴⁰. Eine „echte“ Legaldefinition sucht man allerdings in der Modernisierungs-RL (bzw Verbraucherrechte-RL) wie auch in der österreichischen Umsetzungsbestimmung (vgl § 4 Abs 1 Z 4a bzw § 3 FAGG⁴¹) oder auch in anderen nationalen und europäischen Rechtsakten vergeblich. Lediglich ErwGr 45 Modernisierungs-RL gibt Aufschluss über ein mögliches Begriffsverständnis: Der ErwGr erwähnt, dass Unternehmer nunmehr nur über jene Preise informieren müssen, die auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden sind (dazu auch unten 1.ca) und IV.B.2.ab)). Für die Beschreibung des Begriffs der personalisierten Preise und die Abgrenzung zu anderen Methoden der Preissetzung eignet sich die in den Wirtschaftswissenschaften weit verbreitete Terminologie zu den verschiedenen Arten der Preisdifferenzierung bzw der Preisdiskriminierung. Die Definition personalisierter Preise soll für die Zwecke dieser Arbeit daher mit einigen Ausführungen zum ökonomischen Verständnis verflochten werden.

1. Begriff der Preisdifferenzierung

Nicht alle Käufer sind wirtschaftlich gleich aufgestellt (zB wegen ihrer Einkommenssituation) und sie haben verschiedene Vorlieben bzw Präferenzen hinsichtlich am Markt angebotener Leistungen. Dadurch entsteht eine Situation, in der verschiedene Kunden bereit wären, unterschiedlich hohe Preise zu bezahlen. Es bietet sich daher an, Käufern mit höherer Zahlungsbereitschaft auch teurere Preise anzubieten.⁴² Unternehmen können damit oft einen höheren Gewinn (bzw Deckungsbeitrag⁴³)

lehre¹² (2021); zur europäischen Methodenlehre im Detail vgl *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre⁴ (2021).

40 RL 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 (Verbraucherrechte-RL), ABl L 2011/304, 64.

41 Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz (FAGG) BGBl I 2014/33 idF 2022/109.

42 Vgl *Spann/Skiera*, Dynamische Preisgestaltung in der digitalisierten Welt, Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 2020, 321 (323 f); vgl mit einem ähnlichen Bsp wie dem nachstehenden auch *Corleis* in *Croon-Gestefeld et al* 51 (58 f).

43 Der Deckungsbeitrag ergibt sich aus der Differenz des Nettoerlöses und der variablen Kosten und wird zB eingesetzt zur Deckung der Fixkosten (bzw des Ertrags), vgl *Geyer*, Praxiswissen BWL² (2013) 220 f.

erwirtschaften.⁴⁴ Wenn Anbieter für im Wesentlichen identische Produkte oder Dienstleistungen verschieden hohe Preise verlangen, spricht man daher von **Preisdifferenzierung**.⁴⁵ Mögliche Vorteile der Preisdifferenzierung für Anbieter sollen in Folge an einem stark vereinfachten Bsp veranschaulicht werden.⁴⁶ Zunächst wird von einem Markt mit drei Käufern ausgegangen, die alle für ein Produkt unterschiedliche Preise zu zahlen bereit sind (Käufer x_1 will maximal € 6 zahlen; Käufer x_2 maximal € 7; Käufer x_3 maximal € 5). Die variablen Kosten⁴⁷ für das Produkt belaufen sich auf € 4.

Käufer	Zahlungsbereitschaft	Variable Kosten	Deckungsbeitrag
x_1	€ 6	€ 4	€ 2
x_2	€ 7	€ 4	€ 3
x_3	€ 5	€ 4	€ 1

Tabelle 1: Bsp für mögliche Preissetzung

Ziel ist es, durch die Preisgestaltung einen möglichst hohen Deckungsbeitrag zu generieren. Müsste sich das Unternehmen für einen einheitlichen Preis entscheiden, so würde es zu € 6 verkaufen.⁴⁸ Bei einem einheitlichen Preis von € 6 entgehen dem Unternehmen allerdings Deckungsbeiträge: Einerseits ist der Käufer x_3 bei einem Kaufpreis iHv € 6 nicht mehr bereit zu kaufen, die maximale Zahlungsbereitschaft liegt bei € 5 (es entgeht daher abzüglich der variablen Kosten ein Deckungsbeitrag iHv € 1).⁴⁹ Andererseits wird die Zahlungsbereitschaft bei Käufer x_2 nicht vollständig ausgeschöpft, denn dieser wäre zur Zahlung von € 7 bereit gewesen. Dem Käufer x_2 verbleibt daher eine **Konsumentenrente**, also die Differenz zwischen Zahlungsbe-

44 Vgl auch *Spann/Skiera*, *Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung* 2020, 321 (323 f).

45 Mit einer ähnlichen Definition vgl *Linderkamp*, *Personalisierte Preise* 19 f; vgl im Unterschied zur sog Produktdifferenzierung *Klein/Steinhardt*, *Revenue Management* (2008) 42.

46 Dieses Bsp ist der Rechnung in *Olbrich/Battenfeld*, *Preispolitik* (2014) 118 f nachgebildet.

47 Die variablen Kosten sind abhängig von der produzierten Menge (zB typischerweise Materialkosten oder Fertigungslöhne), vgl *Geyer*, *Praxiswissen BWL*² 274; für *Wiedemann*, *Profiling-basierte Preispersonalisierung* 84 ff begründen solche Kosten, die lediglich an den Kunden weitergegeben werden, oder solche Preisveränderungen, die sich durch Skaleneffekte ergeben, eben noch keine Preisdiskriminierung.

48 Dies führt zum maximalen Gewinn, da sowohl x_1 als auch x_2 kaufen würden, vgl *Olbrich/Battenfeld*, *Preispolitik*.

49 Berücksichtigt werden dabei aber nur solche Käufer, deren Zahlungsbereitschaft höher ist als die variablen Kosten, weil sich das Geschäft für das Unternehmen sonst nicht rechnet, vgl *Locher*, *ZWeR* 2018, 292 (298); denkbar wäre eine Erweiterung des Kundenkreises auch auf Kunden mit einer Zahlungsbereitschaft unter den variablen Kosten evt dann, wenn durch Skaleneffekte bei größerer Absatzmenge die variablen Kosten sinken würden, vgl zur Definition der sog „economies of scale“ *Olbrich/Battenfeld*, *Preispolitik* 245.

reitschaft und tatsächlich gezahltem Preis (entgangener Deckungsbeitrag idF daher weitere € 1).⁵⁰ Das Unternehmen hätte daher uU durch differenzierte Preissetzung noch weitere Deckungsbeiträge iHv gesamt € 2 erzielen können. Es handelt sich um die optimale Preisgestaltung aus Sicht des Unternehmens, wenn die Deckungsbeiträge von Personen mit einer Zahlungsbereitschaft über den variablen Kosten abgeschöpft werden.⁵¹ Diese zusätzlichen Deckungsbeiträge werden in Abbildung 1 dunkel eingefärbt dargestellt.

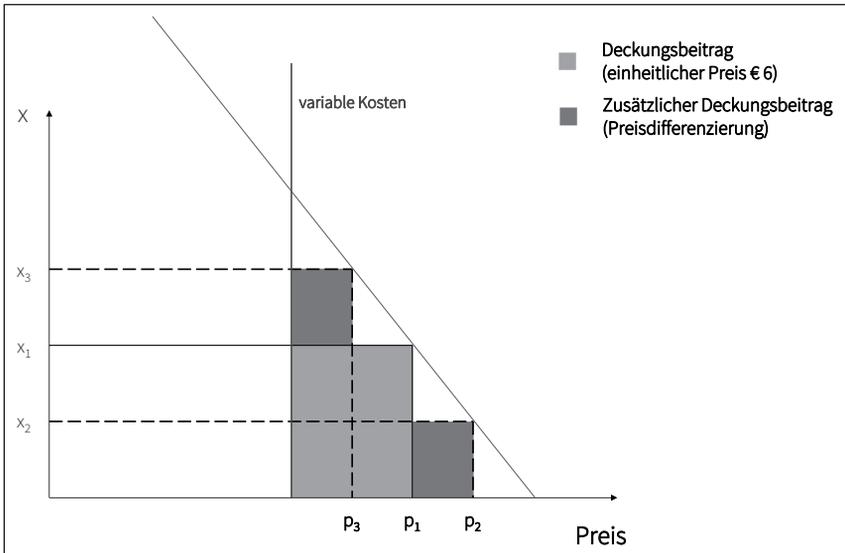


Abbildung 1: Preisdifferenzierung

Preisdifferenzierung wird wesentlich begünstigt, wenn **keine Arbitrage** stattfindet, dh von einem Unternehmen vertriebene Produkte können von Leistungsbeziehern nicht (profitabel) an Dritte weiterverkauft werden.⁵² Arbitragefreiheit ist zB gegeben bei personalisierten Angeboten wie nach Kundenwünschen angefertigten Waren, Leistungen mit hohen Transaktionskosten (zB Suche nach seltenen Antiquitäten), aber auch bei bestimmten Leistungen (zB bei namentlich ausgestellten Tickets,

50 Olbrich/Battenfeld, Preispolitik 83, 118.

51 OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note by the Secretariat, 19 <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf)> (abgefragt am 9. 12. 2022); vgl auch Linderkamp, Personalisierte Preise 56f.

52 Dazu auch Locher, ZWeR 2018, 292 (294); Tirole, Industrieökonomik (2015); OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note, 13 (abgefragt am 9. 12. 2022); Corleis in Croon-Gestefeld et al 51 (57 mwN); vgl bereits Ezrachi/Stucke, Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy (2016) 86 ff; Rützel, Rechtsfragen algorithmischer Preisdiskriminierung 31; Wiedemann, Profiling-basierte Preispersonalisierung 90.