


Deliverable 5.1:

Personalisierte Preisgestaltung

Eine rechtliche Einordnung

Wien, März 2020

Ein FEMtech-Forschungsprojekt gefördert vom BMK

 **Bundesministerium**
Klimaschutz, Umwelt,
Energie, Mobilität,
Innovation und Technologie

Impressum

Projektleitung:

Mag.^a Louise Horvath

Österreichisches Institut für angewandte Telekommunikation

Ungargasse 64-66/3/404

1030 Wien

AutorInnen:

Mag.^a Elisabeth Riess

Mag.^a Louise Horvath

Konsortium:

Andrew Lindley, Austrian Institute of Technology

Michael Kreil, Ciuvo GmbH

Andrea Grisold, Wirtschaftsuniversität Wien

Inhalt

Impressum	2
Einleitung	4
1.1. Formen der Preisdiskriminierung	5
1.2. Ist das Personalisieren von Preisen verboten?	6
2. Diskriminierungsverbote	8
2.1. Geoblocking	8
2.2. Gleichbehandlung	10
3. Datenschutz	13
3.1. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit in concreto	16
3.2. Cookies	20
4. Wettbewerbsrecht	22
4.1. Lauterkeitsrecht	22
4.2. Kartellrecht	24
5. Verbraucherschutz	26
5.1. Omnibus-RL 2019/2161	26
6. Zusammenfassung der rechtlichen Betrachtung	28
7. Literaturverzeichnis	30

Einleitung

Ständig ändert sich der Preis des Flugtickets, plötzlich reduziert sich der Preis für die seit Wochen beobachteten weißen Turnschuhe und auf einmal gibt es einen Treuerabatt im favorisierten Onlineshop. Dynamische Preisveränderungen sind analog wie auch digital nichts Neues und rechtlich in der Regel unbedenklich. Brisanter sind in der Praxis die sich haltenden Gerüchte und anekdotischen Evidenzen rund um personalisierte Preisgestaltung – ist ein Preis davon abhängig, wie teuer das verwendete Endgerät ist? Erkennt ein Online-Shop die eigene Kaufbereitschaft und die Unsicherheiten beim Einkaufen?

Löschen Sie Ihre Cookies! Verwenden Sie eine VPN-Verbindung! Nutzen Sie besser ein Android-Gerät, mit dem I-Phone zahlen sie mehr! Verunsicherte Konsumentinnen und Konsumenten erhalten Tipps, um online den besten Preis zu erhalten. Diese Tipps sind jedoch wissenschaftlich nicht abgesichert.

Die Nachweise zu personalisierter Preisbildung sind anekdotisch und daran setzt das Projekt „PRIMMING“ an. Es zielt darauf ab anhand einer umfassenden Datensammlung und Analyse durch Machine Learning-Methoden die faktische Grundlage für die Personalisierung von Preisen zu überprüfen. In der Annahme der Relevanz und tatsächlichen Anwendung dieser Art der Preisdiskriminierung durch HändlerInnen wird im Folgenden eine Einordnung und Analyse der Anwendung personalisierter Preisgestaltung aus rechtlicher Sicht vorgenommen.

Hierbei soll zuerst eine Abgrenzung zu anderen, ähnlichen Phänomenen der Preisdiskriminierung erfolgen, sodann gilt es die relevanten Rechtsgebiete zu verorten und anwendbare Normen zu definieren. Darüber hinaus werden die wichtigsten Prüfungsschritte für die konkrete Einordnung (un-)zulässiger Preisdiskriminierungen festgelegt. Abschließend soll eine praktische Beurteilung des Rechtsrahmens erfolgen sowie die Notwendigkeit etwaiger Forderungen nach neuen rechtlichen Vorgaben untersucht werden.

Die rechtliche Analyse von Preisdiskriminierung ist bei der vorliegenden Output-Approach-Analyse von algorithmischer Preisgestaltung *nachgeschaltet* vorzunehmen. Wird also ein auffälliges Verhalten festgestellt, gilt es dieses aus rechtlicher Perspektive zu betrachten, zu beurteilen und allenfalls die notwendigen Schritte dagegen einzuleiten.

Da auf das Phänomen der personalisierten Preisgestaltung je nach Ausgestaltung mit verschiedenen rechtlichen Regelungsregimen geantwortet werden kann, gilt es die in weiterer Folge definierten Rahmenbedingungen einzeln auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen. Definiert werden anwendbare Regelungen aus dem Bereich Anti-Diskriminierungsrecht, Datenschutzrecht, Wettbewerbsrecht sowie Normen aus dem KonsumentInnenenschutzrecht.

1.1. Formen der Preisdiskriminierung

Die Abgrenzung von *Personal Pricing* zu anderen verwandten Formen der Preisdiskriminierung ist wichtig, um nach einer technischen Analyse auch eine rechtliche Analyse vornehmen zu können. Der Begriff *Dynamic Pricing* wird allgemein als Überbegriff für derartige Preisdiskriminierungen und Preisveränderungen verwendet, ist strenggenommen aber nicht geeignet, das Phänomen der personalisierten Preisgestaltung zu beschreiben und wird daher in der vorliegenden Studie nicht verwendet.

Im Allgemeinen wird Preisdiskriminierung als eine Variation des Preis-Kosten-Verhältnisses für dieselben oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zwischen einzelnen KäuferInnen oder Käufergruppen definiert.¹ Diese unterschiedliche Preisgestaltung kann aus ökonomischer Sicht in drei verschiedenen Variationen vorgenommen werden.

Eine **Preisdiskriminierung dritten Grades** (Gruppenpreise) ist gegeben, wenn Preise sich an bestimmten Eigenschaften einer Gruppe orientieren. Häufige Erscheinungsform sind Rabatte oder einheitliche Preis für SeniorInnen, Studierende oder Club-Karten-BesitzerInnen. Diese Form der Preisdiskriminierung ist in der Regel sachlich gerechtfertigt und wird von EndverbraucherInnen daher auch allgemeinhin toleriert.

Eine **Preisdiskriminierung zweiten Grades** (Mengenrabatte) bewirkt eine Preisveränderung für VerbraucherInnen bei Kauf von größeren Mengen oder bei Kauf von qualitativvollerer Ware („pro“-Edition oder ähnliches).

Personalisierte Preisgestaltung ist das Anbieten eines individuellen Preises an Konsumentinnen und Konsumenten. Diese Form der Preisdiskriminierung ist zu unterscheiden von Gruppenpreisen und Mengenrabatten.

¹ *Ezrachi/Stucke, Virtual Competition, Cambridge, Mass./London 2016, 85 f.*

Das Anbieten eines **individuellen** Preises an einzelne KonsumentInnen aufgrund ihrer Präferenzen und ihrer vermuteten Zahlungsbereitschaft stellt eine **Preisdiskriminierung ersten Grades** dar und wird als personalisierte Preisgestaltung im engeren Sinn verstanden.²

1.2. Ist das Personalisieren von Preisen verboten?

Die Frage nach dem Bestehen eines generellen Verbots von personalisierten Preisen drängt sich auf. Grundsätzlich wurde bereits mehrfach erhoben, dass die Abneigung gegen *Personal Pricing* unter VerbraucherInnen und Verbrauchern hoch ist. Diese Form der Preisdiskriminierung wird als intransparent und unfair empfunden.³ Doch entgegen der naheliegenden Annahme, dass es ein gesetzliches Verbot dafür gibt, ist dies nicht der Fall.

Wie im Folgenden ausgeführt wird, gibt es Rahmenbedingungen und Beschränkungen für den Einsatz von Preisdiskriminierungen ersten Grades, allerdings gibt es kein generelles Verbot hierfür. Der Ansatz ein derartiges Verhalten von VerkäuferInnen und Verkäufern nicht zu verbieten, liegt im Grundsatz der Privatautonomie begründet. Dieser beschreibt die der österreichischen Rechtsordnung immanente Vertragsfreiheit und verbürgt, dass es letztlich jeder und jedem selbst überlassen ist, wie und mit wem er oder sie Verträge (erlaubten Inhalts) abschließt. Auch die grundrechtlich verbürgte Erwerbsfreiheit (Art 6 Staatsgrundgesetz) und die europarechtlich definierte unternehmerische Freiheit (Artikel 16 Grundrechtecharta) stärken die freie unternehmerische Entfaltung.

Grenzen sind jedoch dort zu ziehen, wo das vertragliche Gegenüber eine schwächere Ausgangsposition hat oder ein besonderes Informationsgefälle besteht. Sobald also KonsumentInnen und Konsumenten das vertragliche Gegenüber bilden, ist diese Vertragsfreiheit wieder eingeschränkt zu beurteilen.⁴

² Wagner/Eidenmüller, In der Falle der Algorithmen?, 224; Badmaeva/Hüllmann, Investigating Personalized Price Discrimination of Textile-, Electronics- and General Stores in German Online Retail, 2; weiterführend Belleflamme/Peitz, Industrial Organisation: Markets and Strategies, 195 ff.

³ vgl ConPolicy(2016), Was VerbraucherInnen in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, abrufbar unter <https://docplayer.org/54455832-Was-verbraucherinnen-und-verbraucher-in-nrw-ueber-individualisierte-preise-im-online-handel-denken.html> (04.03.2020).

⁴ Koziol-Welser/Kletecka, Bürgerliches Recht, Band I, 310 ff.

Das österreichische Zivilrecht schützt nach diesem Verständnis vor einer allzu großen Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung insbesondere durch das Verbot von Wucher und das Verbot der Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*). Das Verbot wucherische Preise zu verlangen ergibt sich aus § 879 ABGB⁵. Diese Bestimmung gießt in Österreich allgemein Sittenwidrigkeit in einen rechtlichen Rahmen. Das Verbot des Wuchers bildet einen der Sittenwidrigkeitstatbestände, die die Auflösung eines Vertrags bewirken können. Besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein krasses Missverhältnis und nutzt der Wucherer es aus, dass dem Bewucherten nicht aufgefallen ist oder nicht auffallen hätte können, dass Leistung und Gegenleistung aufgrund ihres Werts derart auseinanderfallen, dann ist dieser Vertrag unwirksam.

Ähnlich verhält es sich bei einer Unwirksamkeit aufgrund *laesio enormis*. Bei entgeltlichen Rechtsgeschäften ist nach dieser Bestimmung in § 934 ABGB eine Anfechtung des Vertrages möglich, wenn die Leistung eines Vertragspartners nicht einmal die Hälfte des Werts der Gegenleistung ausmacht (Verkürzung über die Hälfte; *laesio enormis*). Entscheidend ist der gemeine Wert (Marktpreis)⁶ der Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

Das Recht den Vertrag anzufechten steht dem jeweils verkürzten Vertragsteil zu und kann gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern (§ 935 ABGB) nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss gegenüber Unternehmerinnen und Unternehmern ist jedoch möglich (§ 351 UGB).

Fazit I

Personalisierte Preise sind nicht verboten. Das Prinzip der Vertragsfreiheit gibt HändlerInnen große Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung ihrer Unternehmensstrategie. Grenzen für die Personalisierung von Preisen werden aber durch bestimmte Normen des Anti-Diskriminierungsrechts, Datenschutzrechts, Wettbewerbsrecht und KonsumentInnenschutzrechts aufgezeigt.

⁵ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB).

⁶ Perner in Schwimann/Kodek, ABGB4 § 934 Rz 4; Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 934 Rz 6; bei Geldleistungen ist natürlich der Nominalwert entscheidend, vgl. Hödl in Schwimann, ABGB-TaKomm2 § 934 Rz 3.

2. Diskriminierungsverbote

2.1. Geoblocking

Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit zu unterbinden ist ein zentrales Anliegen der europäischen Gesetzgebung. Dieses Verbot ist primärrechtlich in **Art 18 AEUV** für die Mitgliedstaaten selbst prominent als Vorgabe festgelegt: „Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.“

Wichtige sekundärrechtliche Bestimmungen, die dieses Verbot auch für Private konkretisieren ist einerseits die **Dienstleistungs-RL** und andererseits die seit Dezember 2018 in Geltung stehende **Geoblocking-VO**.

Art 20 der Dienstleistungs-RL verbietet eine diskriminierende Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen. Art 20 Abs 2 dieser Richtlinie relativiert dieses Verbot aber, indem er diskriminierende Zugangsbedingungen zulässt, soweit diese „unmittelbar durch objektive Kriterien gerechtfertigt“ sind. Diese Rechtfertigungsmöglichkeit schränkt den tatsächlichen Anwendungsbereich erheblich ein und es sind wohl nur erhebliche Diskriminierungen verlässlich über diese Bestimmung zu unterbinden.

Die deutlich jüngere Geoblocking-Verordnung setzt als *lex specialis* zu dieser Bestimmung nun einen engeren und deutlicheren Anwendungsbereich für die Diskriminierung beim Zugang zu BenutzerInnen-Oberflächen, Zugang zu Waren und Dienstleistungen und Diskriminierung bei der Zahlungsabwicklung.⁷ Sie verfolgt als übergeordnetes Ziel die Realisierung eines europäischen digitalen Binnenmarktes und verbietet daher eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung.

⁷ Europäische Kommission, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel (2018) 2.1.1, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers> (04.03.2020 abgerufen am 14.05.2019).

EU-BürgerInnen dürfen unter anderem beim Zugang zu Waren oder Dienstleistungen gemäß der Artikel 3 bis 5 der Geoblocking-VO nicht ungleich iSv diskriminierend behandelt werden.⁸ Eine Ausnahme ist lediglich für Fälle vorgesehen, in denen die Zugangsbeschränkung oder die Verweigerung der Möglichkeit eine bestimmte Ware oder Dienstleistung zu erwerben auf anderen unionsrechtlichen oder mitgliedstaatlichen Regelungen beruht (Art 4 Abs 5 Geoblocking-VO); zu denken ist hier bspw. an unterschiedliche Jugendschutzbestimmungen oder Erwerbsverbote bestimmter Waren in einzelnen Mitgliedsländern.

Die Geoblocking-VO ist allerdings vom *shop-like-a-local*-Prinzip geprägt und möchte Kundinnen und Kunden ermöglichen in anderen Mitgliedstaaten zu denselben Bedingungen wie dort ansässige VerbraucherInnen einkaufen zu können. Sie gewährt daher weder einen Anspruch auf Lieferung in andere Mitgliedstaaten (jedoch ein Recht auf Selbstabholung oder Zustellung durch einen Dritten), noch verbietet sie es unterschiedliche Preise auf unterschiedlichen sogenannten länderspezifischen Webseiten anzuzeigen. Ein Unternehmen kann daher seine Preise sehr wohl unterschiedlich gestalten, je nachdem welchen Markt es erreichen möchte. Es kann diese Preisdifferenzierung jedoch nicht von Merkmalen seiner konkreten Kundinnen und Kunden, die sich auf derselben Website bewegen, abhängig machen.⁹ So müssen die Preise für alle EU-BürgerInnen bspw. auf einem .de-Webshop gleich sein. Dasselbe Produkt kann aber – für alle – in einem .at-Webshop mehr kosten.

Generell *keine* Anwendung findet die Geoblocking-VO auf Finanzdienstleistungen, Verkehrsdienstleistungen, Gesundheitsdienstleistungen, Glücksspiele und audiovisuelle Medien.¹⁰ Ein Verstoß gegen die Art 3 bis 5 der Geoblocking-VO wird bisher „nur“ mit einer Verwaltungsstrafe (§ 33 lit d UWG) sanktioniert.

⁸ Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG.

⁹ Safron, Die Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019.

¹⁰ Art 1 Abs 3 Geoblocking VO iVm Art 2 Abs 2 Dienstleistungs-RL.

Zu beachten ist auch, dass die Geoblocking-VO ein grenzüberschreitendes Element verlangt. Kommt es zu einer unterschiedlichen Preisgestaltung für KonsumentInnen mit unterschiedlichem Standort bspw. innerhalb Österreichs, ist eine Preisdifferenzierung durchaus erlaubt, soweit keine wettbewerbsrechtlichen Gründe dagegensprechen.

Fazit 2

Beruhet die Anwendung von personalisierten Preisen auf einem nach der Dienstleistungs-RL bzw. Geoblocking-VO verpönten Motiv (Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Niederlassung) ist dies unzulässig und kann bei der Bezirksverwaltungsbehörde angezeigt werden, welche eine Verwaltungsstrafe verhängen kann. Zudem kann sie bei der Bundeswettbewerbsbehörde gemeldet werden. Diese kann sodann mit einer Unterlassungsklage vorgehen.

Beispiel

Eine derartige Unzulässigkeit kann vorliegen, wenn Personas einzig aufgrund ihres programmierten Standorts in unterschiedlichen EU-Ländern einen unterschiedlichen Preis auf derselben Website erhalten.

2.2. Gleichbehandlung

Ein weiteres wichtiges Diskriminierungsverbot betrifft die Ungleichbehandlung von Frauen und Männern. Eine Ungleichbehandlung am Arbeitsplatz oder eine Benachteiligung beim Bezug von Gütern und Dienstleistungen aufgrund des Geschlechts ist nach dem **Gleichbehandlungsgesetz** (siehe §§ 30 ff GIBG) verboten. Hier wird durch staatliche Vorgaben die Privatautonomie der Rechtssubjekte eingeschränkt. Dieses Gesetz reglementiert auch die verbotene Benachteiligung von Menschen aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit.

Grundsätzlich unzulässig wären demnach höhere Preise aufgrund des Geschlechts oder der ethnischen Zugehörigkeit, außer es läge im Einzelfall eine sachliche Rechtfertigung vor.

Nicht nur die direkte klare Benachteiligung anknüpfend am Geschlecht ist verboten, sondern auch nur eine sogenannte **mittelbare Diskriminierung**, wenn diese nicht im Einzelfall gerechtfertigt werden kann.

Das Gesetz definiert eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Gleichbehandlungsgesetz wie folgt:

„Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines Geschlechts oder Personen, die einer ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.“¹¹

Rein wirtschaftliche Ziele stellen jedoch keine derartige sachliche Rechtfertigung dar.¹² Wird daher beispielsweise für ein Produkt, das nachweislich vermehrt von Frauen gekauft wird, ein erhöhter Preis aufgrund dieses Umstands verlangt oder wird für NutzerInnen eines bestimmten vermehrt weiblich verwendeten Geräts der Preis immer erhöht, dann kann es sich hier durchaus um eine mittelbare Diskriminierung handeln. Die Ursachenforschung und die technische Analyse von Preiserhöhungen und -schwankungen ist daher auch aus anti-diskriminierungsrechtlicher Sicht besonders wichtig, um etwaige Diskriminierungen im Online-Bereich gezielt feststellen und verfolgen zu können.

Um den Zielen des Anti-Diskriminierungsrechts nach dem Gleichbehandlungsgesetz tatsächlich zum Durchbruch zu verhelfen braucht es „nur“ eine Glaubhaftmachung der Diskriminierung durch die betroffene Person.¹³ Es ist kein tatsächlicher Beweis notwendig, da dies in Diskriminierungssituationen für Betroffene oft schwer zu bewerkstelligen ist, insbesondere ein diskriminierendes Motiv abschließend zu belegen.¹⁴

Dem/der Beklagten obliegt es demgegenüber zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein anderes vom/von der Beklagten

¹¹ § 32 Abs 2 Gleichbehandlungsgesetz (GIBIG), BGBl I 66/2004.,

¹² Fragen und Antworten, Gleichbehandlungsanwaltschaft, abrufbar unter <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/haufig-gestellte-fragen> (04.03.2020).

¹³ § 38 Abs 3 GIBIG.

¹⁴ Hopfl/Mayr/Eichinger, Gleichbehandlung – Antidiskriminierung, Kommentar, Wien 2009, 446.

glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war oder ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Wird daher eine automatisierte Preisgestaltung vorgenommen, muss der Anwender oder die Anwenderin jederzeit in der Lage sein darzulegen, dass eine Preisanpassung nicht auf einer Diskriminierung des Geschlechts beruht.

Durch eine technische Analyse von Preisalgorithmen und ihren Auswirkungen auf einzelne KonsumentInnengruppen kann eine derartige Glaubhaftmachung, die das Gesetz verlangt, unseres Erachtens durchaus geleistet werden, wenn dement-sprechende Anzeichen sich verdichten, gut dokumentiert werden und in einer gewissen Häufigkeit vorkommen.

Durchsetzung

Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot nach § 31 GIBG können bei Gericht zivilrechtlich geltend gemacht werden.

Zudem kann ein Antrag auf Prüfung eines diskriminierenden Sachverhalts bei der Gleichbehandlungskommission eingebracht werden. Wenn die Gleichbehand-lungskommission von einer potenziellen Diskriminierung erfährt, kann diese auch amtswegig ein Verfahren einleiten.

Fazit 3

Das Geschlecht oder die ethnische Zugehörigkeit darf kein ausschlaggebender Entscheidungsfaktor für eine Preisdiskriminierung sein. Kann glaubhaft gemacht werden, dass Preisbildungssysteme jedoch an diesen Merkmalen anknüpfen, kann nach dem Gleichbehandlungsgesetz auf Schadenersatz geklagt werden.

Beispiel

Statistisch gesehen verwenden Frauen viel öfter Android-Geräte und, haben eine höhere Kaufbereitschaft bei Schuhen. Nutzen Webshop-BetreiberInnen dieses Wissen und präsentieren Usern mit Android-Geräten automatisch einen höheren Preis, kann es sich um eine mittelbare Diskriminierung handeln, wenn glaubhaft gemacht werden kann, dass der Preisunterschied tatsächlich überwiegend nur weibliche Marktteilnehmerinnen trifft.

3. Datenschutz

Neben möglicher Diskriminierung durch die Präsentation von individualisierten Preisen an einzelne geschützte Gruppen, stellt sich die Frage nach der grundsätzlichen Quelle der allgemeinen Informationen über die KonsumentInnen. Die Erhebung von Informationen als Basis zur Gestaltung von Preisen, die der vermeintlichen Kaufkraft eines und einer jeden Einzelnen dienen, liegt auch im Zentrum der Analyse von personalisierter Preisgestaltung.

Die Erhebung, Auswertung und der Einsatz der notwendigen NutzerInnendaten werden durch die Anwendung von Algorithmen geleistet. Mittels dieser automatisierten und unter Umständen selbstlernenden Technik, die anhand mathematischer Formeln allerlei Fakten auswertet und das beste Ergebnis zugeschnitten auf die jeweilige Kundin bzw. den jeweiligen Kunden liefert, können Preise so einerseits innerhalb eines Tages von Uhrzeit zu Uhrzeit (Dynamic Pricing), andererseits aber auch von Person zu Person (Personalized Pricing) variieren.

Dass zunehmend allerlei persönliche Daten der InternetnutzerInnen über diverse „Big Data“-Anwendungen gewonnen werden, bietet die „Faktengrundlage“ für die Auswertung durch den Algorithmus. So ist das Datensammeln teils schon an große Netzwerke ausgelagert, die gegenseitig Datenprofile mit den eigenen Informationen erweitern. Zum Zweck optimaler Platzierung von Werbung, werden über diese Netzwerke Werbeflächen zur Bespielung angeboten. Werbetreibende bekommen so die Möglichkeit, mit den Daten der Werbenetzwerke möglichst präzise die Vorlieben der NutzerInnen in der konkreten Werbeeinschaltung, die von Publishern angeboten werden, abzubilden. Dieser immense Datenaustausch zu Werbezwecken wird als *Programmatic Advertising* bezeichnet.¹⁵ Die Einwilligung zur Datenverarbeitung auf einer bestimmten Website inkludiert so mittlerweile meist die Datenweitergabe an etliche andere Online-Player, die die übermittelten Daten mit Eigenen anreichern und so konkrete Vorliebensprofile bilden können.

¹⁵ Siehe bspw. *What is programmatic advertising?*, Bannerflow Blog, abrufbar unter <https://blog.bannerflow.com/what-is-programmatic-advertising/> (04.03.2020).

Für die Anwendung von personalisierter Preisgestaltung ist von einem ähnlichen oder identen Datenpool auszugehen, da die gehandelten Datenprofile sowohl für die Platzierung individueller Werbung als auch individuelle Preise verwendet werden können. Die datenschutzrechtliche Analyse der Werbenetzwerke an sich hat jedoch aufgrund ihres eigenen bedeutenden Umfangs hier außen vor zu bleiben. In weiterer Folge soll der grundsätzliche Einsatz von personalisierten Preisen gegenüber Konsumentinnen und Konsumenten einer datenschutzrechtlichen Prüfung unterzogen werden.

Um für eine Datenanwendung auf die Schutzvorschriften des Datenschutzrechts zurückgreifen zu können, muss es sich um die Verarbeitung **personenbezogener Daten** handeln.¹⁶ Die Verwendung gänzlich anonymer Daten für die Personalisierung von Preisen ist daher nicht durch die datenschutzrechtliche Brille zu betrachten.¹⁷ Sobald es sich aber um Informationen handelt, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, muss den Datenschutzvorgaben entsprochen werden.¹⁸

Als Rechtsgrundlage in Österreich ist im Datenschutz primär einerseits die direkt anwendbare unionsrechtliche **Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)** relevant. Andererseits finden sich einige weitergehende bzw. präzisierende Vorgaben im österreichischen Datenschutzgesetz (DSG). Werden personenbezogene Daten verarbeitet, also beispielsweise die Kaufhistorie gespeichert oder ausgewertet oder diese weitergegeben, bedarf es hierfür einer der im Gesetz genannten Erlaubnisse. Denn der Schutz der Privatsphäre und der eigenen Daten ist an sich verboten, es sei denn es liegt ein konkreter Erlaubnistatbestand vor, den das Gesetz vorsieht. Art 6 und 9 DSGVO zählen diese erlaubten Verarbeitungsbedingungen auf.

Vor Prüfung der möglichen Erlaubnistatbestände sollte in jeder Analyse personalisierter Preise besonderes Augenmerk auf den **Zweckbindungsgrundsatz** der DSGVO gelegt werden. Wenn eine Datenverarbeitung erfolgt – gleich welchem Erlaubnistatbestand zufolge – muss von vornherein feststehen zu

¹⁶ Art 1 Abs 1 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), Verordnung (EU) 679/2016; § 1 Datenschutzgesetz (DSG), BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2019/14.

¹⁷ Vgl Erwägungsgrund (ErwGr) 26 DSGVO.

¹⁸ Art 4 Z 1 DSGVO.

welchem Zweck diese erfolgt. Einer endlosen Weitergabe und Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten, die sich sodann der Kenntnis der einzelnen Personen entzieht, soll so Einhalt geboten werden. Artikel 5 Ziffer 1 lit b DSGVO bestimmt:

„Personenbezogene Daten müssen für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben werden und dürfen nicht in einer mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden [...]“. Aus datenschutzrechtlicher Sicht muss daher im Erhebungszeitpunkt der betreffenden Daten klar sein, dass diese unter Umständen für die Personalisierung von Preisen zur Anwendung kommen. Ein Missachten dieses Grundsatzes ist trotz „Grundprinzip“-Charakter und nicht klassischer Verbotsnorm dem Bußgeld Regime der DSGVO unterworfen. Ein Verstoß kann ein Bußgeld von bis zu 20 Mio. Euro oder bis zu 4 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes nach sich ziehen.¹⁹

Fazit 4

Können personalisierte Preise bei einem bestimmten Unternehmen nachgewiesen werden, empfiehlt es sich für betroffene KonsumentInnen Auskunftsbegehren nach Art 15 DSGVO zu stellen, um so einen konkreten Beleg für die Herkunft ihrer Daten einzufordern. Nur so kann sichergestellt werden, dass eine zulässige Datenverarbeitung auch nur ihrem ursprünglichen Zweck entsprechend dem DSGVO immanenten Prinzip der Zweckbindung (Art 5 Z 1 lit b) vorgenommen wurde und die Daten nicht für Zwecke, die bei Erhebung unbekannt waren weiter verwendet wurden.

¹⁹ Gola, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art 5, Rz 4.

3.1. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit in concreto

Wird ein Preis nun aufgrund einer personenbezogenen Datenbasis über die abfragende Person gebildet, kann dies datenschutzrechtlich im konkreten Fall nur zulässig sein, wenn diese Datenbasis für den Zweck der Personalisierung von Preisen:

1. aufgrund einer Verarbeitung zur Wahrung der **berechtigten Interessen** des Verantwortlichen oder eines Dritten erfolgte und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwogen haben (Art 6 Abs 1 lit f).
2. der **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen, dient (Art 6 Abs 1 lit b DSGVO)²⁰; oder
3. aufgrund einer **Einwilligung** der betroffenen Person erhoben wurde (Art 6 Abs 1 lit a DSGVO),

1) Berechtigte Interessen des Verantwortlichen

Es ist grundsätzlich möglich, dass eine Datenverarbeitung aufgrund legitimer Interessen eines Wirtschaftstreibenden zulässig ist. In Frage kommen allgemein neben wirtschaftlichen auch bspw. rechtliche oder ideelle Interessen.

Es ist auch grundsätzlich nicht schädlich für die Rechte der Betroffenen ein weites Spektrum dieser berechtigten Interessen anzunehmen, denn eine Abwägung gegen diese als berechtigt eingestuft Interessen gegen jene der betroffenen Person hat allemal zu erfolgen.

Die Rechtmäßigkeit misst sich demnach nicht am berechtigten Interesse selbst, sondern am Ergebnis der Abwägung. Als weiteres Kriterium, um sich auf die Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen stützen zu können ist zudem die Erforderlichkeit dieser Datenverarbeitung zur Zielerreichung.²¹

²⁰ Siehe auch ErwGr 44 DSGVO.

²¹ *Gola*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art 6, Rz 51.

Auch die Personalisierung von Preisen kann wohl grundsätzlich ein berechtigtes Interesse zur Datenverarbeitung darstellen. Wirtschaftstreibende wollen damit ihren Absatz steigern und bedienen sich dafür, wie eingangs gezeigt, einer an sich zulässigen Methode im Rahmen ihrer unternehmerischen Freiheit bzw. der Privatautonomie (siehe Seite 7).

Fraglich ist allerdings wie die Datenverarbeitung zur Erreichung dieses Interesses im konkreten Fall erfolgt und welche bzw. ob höherwertige Interessen der einzelnen Person dieser Verarbeitung entgegenstehen. Da es bei der Personalisierung von Preisen darauf ankommt, die höchstmögliche Kaufbereitschaft der Kundinnen und Kunden auszuschöpfen, kann davon ausgegangen werden, dass die Datenverarbeitung dadurch vorrangig durch Profilbildung zu einzelnen Nutzerinnen und Nutzern erfolgt. Personenbezogene Daten werden so durch statistische Daten ergänzt, um das (Kauf-)verhalten bzw. die Kaufbereitschaft des Einzelnen möglichst treffsicher vorausszusagen. Eine derartige Profilbildung ist grundsätzlich auch zulässig (vgl. Art 21 DSGVO).

Ein Widerspruch gegen derartiges *Profiling* ist in der DSGVO jedoch explizit vorgesehen.²² Wird von diesem Widerspruchsrecht Gebrauch gemacht, entfällt wohl auch der Großteil der Datenbasis für die konkrete Gestaltung individueller Preise, die auf die geschätzte Kaufkraft aufbauen. Es bedarf daher letztlich einer Einzelfallanalyse, die berücksichtigt, wie im Zeitpunkt der Datenverarbeitung die Rechte des Betroffenen gewahrt werden und wie im Gegensatz dazu die Datenverarbeitung zur Personalisierung von Preisen umgesetzt wird.

In diesem Zusammenhang ist bei Webshops, die sich auf ein berechtigtes Interesse zur Datenverarbeitung in einem solchen Fall stützen, besonders auf die Einhaltung der Informations- und Aufklärungspflichten zu achten. Nur so kann durch eine betroffene Person oder Dritte nachvollzogen werden, ob die Abwägung zugunsten der berechtigten Interessen des Unternehmens ausfallen kann.²³

²² Näher *Gola*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art 6, Rz 81ff.

²³ aA *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, J. Consum Policy 2017, 360; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP217, 32.

2.) Erfüllung eines Vertrags

Art 6 Abs I lit e erlaubt eine Datenverarbeitung, soweit es sich um eine Vertragserfüllung oder die Anbahnung eines Vertrags handelt. Diese Datenverarbeitungsgrundlage kann jedoch nur herangezogen werden, soweit diese zur Vertragserfüllung **erforderlich** ist. Eine reine Nützlichkeit oder Steigerung der Effizienz der Vertragserfüllung ist hiervon nicht umfasst. Somit kann eine Personalisierung von Preisen im Regelfall verstanden als bloße Vertragsmodalität, nicht auf diesen Erlaubnistatbestand gestützt werden.²⁴

3) Einwilligung der betroffenen Person

Die **Einwilligung in die Datenverarbeitung** stellt aus datenschutzrechtlicher Sicht die zentrale Verarbeitungsgrundlage dar, wenn es um personalisierte Preise geht. Wie bereits beschrieben, hat die Verarbeitung aufgrund der berechtigten Interessen des Unternehmers in diesem Bereich ein sehr enges Anwendungsfeld. Es verbleibt daher in den überwiegenden Fällen zu prüfen, ob vor Personalisierung von Preisen eine korrekte Einwilligung der jeweils betroffenen Person vorliegt. Diese Einwilligung hat freiwillig zu erfolgen und ist in einfacher und verständlicher Sprache hervorgehoben einzufordern.²⁵

Zu beachten sind weiters jene Fälle der Preispersonalisierung, in denen sensible Daten gemäß Art 9 DSGVO als Datenbasis herangezogen werden. Darunter fallen beispielsweise Daten über die Gesundheit, rassische oder ethnische Herkunft, Religion oder das Sexualleben oder die sexuelle Orientierung einer Person. Zu diesem Zeitpunkt der Datenverarbeitung kann auch eine potentielle Diskriminierung nach den eingangs erläuterten Diskriminierungstatbeständen verortet werden. Kommt es zu einer Verarbeitung dieser Daten, was im Anwendungsfeld vom Anbieten diverser Konsumgüter nicht ungewöhnlich ist, bedarf es einer **ausdrücklichen** Einwilligung im Gegensatz zu einer rein "informierten Einwilligung" (informed consent) nach Art 7 DSGVO.²⁶ Werden für einen personalisierten Preis beispielsweise Inhalte einer Kaufhistorie herangezogen und offenbart diese durch Medikamentenkäufe Informationen zu

²⁴ Vgl auch *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, 447 (450); *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, *J. Consum Policy* 2017, 361.

²⁵ Art 7 DSGVO.

²⁶ ausführlich *Art-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, WP259, 2017.

meiner Gesundheit, braucht es bereits eine ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person, um eine darauf gestützte Preispersonalisierung datenschutzkonform zu gestalten. Welche Daten verwendet werden, ist im Falle sensibler Daten daher grundsätzlich bereits bei Einholung der Einwilligung anzugeben und könnte bei korrekter Angabe für die technische Nachvollziehbarkeit der Personalisierung von großer Relevanz sein.

Da aufgrund größtenteils automatisierter Preisgestaltung bei der Verwendung des Datenpools wohl selten nach allgemeinen und sensiblen Daten differenziert wird, ist in der Regel eine ausdrückliche Einwilligung, die präzise über die Verarbeitungsgrundlage und -tätigkeit informiert, einzuholen.²⁷

Auch in diesem Zusammenhang stellt sich wieder die Frage, wie die Datengewinnung in der Praxis tatsächlich passiert. Daran sollte sich die Form der Einwilligung in aller Regel orientieren. Werden Daten aus einer Kundenbeziehung zur Individualisierung des Preises herangezogen, kann eine Einwilligung über die Registrierung oder die Vertragstexte erfolgen. Entsteht der personalisierte Preis jedoch bspw. nur durch Auswertung der auch auf anderen Seiten gesammelten Websites, wird eine Einwilligung wohl über eine Art Banner vor Aufruf der Website einzuholen sein.

Erwächst der Verbraucherin bzw. dem Verbraucher zudem tatsächlich ein rechtlicher Nachteil aus dem zugeschnittenen Preis, der auf einer ausschließlich automatisierten Entscheidung beruht und diese Entscheidung der betroffenen Person gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, greift das Verbot nach Art 22 DSGVO. „Eine solche automatisierte Entscheidung liegt jedenfalls vor, wenn maschinell verarbeitete Daten unmittelbar zu einer computergestützten, dh durch Datenverarbeitungsanlagen getroffenen Entscheidung führen, die einer auch nur teilweisen Bewertung bzw. Mitbestimmung durch eine natürliche Person entzogen ist.“²⁸

²⁷ Vgl. Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Personalisierte Preise Diskussionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbands, 23. September 2016, 6, abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_position_preisdifferenzierung_16-09-21_pdf.pdf (26.02.2020); *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, J. Consum Policy 2017, 361.

²⁸ *Gola*, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art 22, Rz 12.

Klassischer Anwendungsfall für dieses Verbot wäre eine rein automatisch durchgeführte Bonitätsprüfung die sodann bspw. zur Versagung eines Kredits führt.²⁹ Die negative Folge der automatisierten Entscheidung muss zu einer negativen Beeinflussung der Rechtsposition der betroffenen Person führen. Ein lediglich unterschiedlicher Preis führt wohl nur in Ausnahmefällen zu einer erheblichen Beeinträchtigung in diesem Sinne, ist jedoch bei einem besonders krassen Preis-Leistungs-Missverhältnis denkbar.³⁰ Die Schutzvorschrift nach Art 22 DSGVO gelangt zudem nicht zur Anwendung, wenn eine explizite Einwilligung der betroffenen Person vorliegt.³¹

Fazit 5

Eine datenschutzkonforme Personalisierung von Preisen muss in der Regel auf Basis einer ausdrücklichen Einwilligung erfolgen.

3.2. Cookies

Gelangen personalisierte Preise zur Anwendung, ist die Datengrundlage für diesen Vorgang in den meisten Fällen auch durch Informationen aus Cookies angereichert. Es handelt sich also nicht nur um die Verarbeitung durch den User aktiv bekanntgegebener Daten, wie Informationen aus der Kaufhistorie, sondern auch um Informationen, die beim Betreten einer Website durch den Websitehost oder Dritte erhoben werden. Hier kann es sich um IP-Adressen, Standorte, zuletzt genutzte Websites, aber auch nicht-personenbezogene Daten wie Spracheinstellungen, Schriftgröße im Browser und ähnliches handeln. Einige wenige Cookies sind zudem absolut notwendig, um eine Website technisch korrekt abrufbar zu halten.

Abseits der technisch notwendigen Cookies ist für den Einsatz von Cookies ebenfalls eine (eigene) Einwilligung nötig. Diese wird in der Praxis durch sog. „Cookie-Banner“ eingefordert. Lange Zeit enthielten diese Cookie-Banner keine

²⁹ ErwGr 71 DSGVO.

³⁰ Vgl auch *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447 (450).

³¹ Art 22 Abs 2 lit c DSGVO.

konkrete Information über die Datenverarbeitung aus den durch Cookies gespeicherten Inhalten und ermöglichten eine Nutzung der Website auch bei bloßem Ignorieren der Banner oder bei Betätigen der Schaltfläche “OK”. Der EuGH stellte jedoch 2019 im Fall *Planet49* klar, dass es gemäß Art 5 Abs 3 ePrivacy-RL auch einer Einwilligung bedarf, wenn nicht personenbezogene Daten durch Cookies verarbeitet werden.³² [FN ergänzen Urteil - EuGH 1.10.2019, C-673/17 (*Planet49*)] Darüber hinaus wies er darauf hin, dass ein reines “OK” ohne nähere Informationen über die Datenverwendung zu erhalten, keiner informierten Entscheidung, wie in diesem Fall notwendig gleichzuhalten sei. Für die Frage der Einwilligung ist auf die Vorgaben der DSGVO zurückzugreifen.³³ [FN ergänzen *Dürager*, Der EuGH zur Zulässigkeit des Setzens von Cookies - eine endlose Geschichte..., *jusIT* 2019/89, 241ff.] Die durch diese Entscheidung präzisierten Vorgaben finden sich in Österreich in § 96 Abs 3 Telekommunikationsgesetz.

Fazit 6

Für Datenerhebungen durch Cookies (ausgenommen absolut erforderlicher) bedarf es einer eigenen Einwilligung, bevor diese zum Einsatz kommen – auch wenn es sich bei den erhobenen Daten um nicht-personenbezogene handelt. Im Cookie-Banner selbst müssen auch nähere Informationen zur konkreten Datenverarbeitung enthalten sein, um so durch allfälliges Klicken einer Schaltfläche überhaupt eine informierte Einwilligung geben zu können (vgl. *Planet 49-Urteil* des EuGH).

³² EuGH 1.10.2019, C-673/17 Verbraucherzentrale Bundesverband e.V./Planet49.

³³ *Dürager*, Der EuGH zur Zulässigkeit des Setzens von Cookies - eine endlose Geschichte..., *jusIT* 2019/89, 241ff.

4. Wettbewerbsrecht

Weitere Bestimmungen, die bei der Gestaltung von Preisen eine Rolle spielen (können), entstammen Regelungen in Bezug auf einen fairen Wettbewerb. Eine intransparente Preisgestaltung kann für den, der sich dieser bedient unter Umständen eine Bevorteilung im Wettbewerb bedeuten, die rechtlich nicht geduldet wird.

4.1. Lauterkeitsrecht

Im Bereich des Lauterkeitsrechts ist das **Irreführungsverbot** des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) besonders zu beachten, wenn es um die Personalisierung von Preisen geht. § 2 UWG normiert mit dem Irreführungsverbot, dass VerbraucherInnen nicht durch irreführende Geschäftspraktiken von Unternehmen zu Kaufentscheidungen bewegt werden dürfen, die sie andernfalls so nicht getroffen hätten.

Diese Norm sanktioniert nicht nur die aktive Täuschung durch eine Handlung, sondern möchte auch zu einer gewissen Waffengleichheit zwischen UnternehmerIn und VerbraucherIn beitragen, indem UnternehmerInnen nach § 2 Abs 4 bis 6 bestimmte Informationspflichten treffen, deren Unterlassung ebenfalls eine Irreführung und damit eine unlautere Geschäftspraktik darstellen kann. Ursprung dieser rechtlichen Vorgabe ist Art 7 UGP-RL.³⁴

Das Verschweigen einer für die informierte Kaufentscheidung **wesentlichen Information** (§ 2 Abs 4 Z 1 UWG) erfüllt das Irreführungsverbot, soweit dieses Verwischen zu einer Täuschung von VerbraucherInnen führt. *Zander-Hayat/Reisch/Steffen* führen in ihrer verbraucherpolitischen Einordnung personalisierter Preisgestaltung genauer aus, weshalb der Umstand, ob es sich bei einem Preis um einen individuell angepassten oder einen für alle einheitlichen Preis durchaus um eine in diesem Sinne *wesentliche* Information handelt.³⁵ Aufgrund der bisher getätigten Analyse ist uE die Angabe, ob ein Preis personalisiert wurde oder

³⁴ vgl Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht², 2012, 308.

³⁵ *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (406).

nicht ebenfalls als wesentlich im Sinne des UWG zu qualifizieren und durchaus zu einer Täuschung von VerbraucherInnen geeignet.

Denn KäuferInnen haben es bei einer personalisierten Preisbildung entgegen ihrer Vorstellung nicht mehr mit einem konkreten Preis für ein konkretes Produkt zu einer konkreten Zeit, der für alle gleich ist, zu tun. Dieser Umstand ist ihnen, wenn sie darüber nicht informiert werden, jedoch meist nicht bewusst. Ihre Kaufentscheidung basiert auf der Annahme der grundsätzlichen preislichen Gleichbehandlung. Ist dem nicht so, sollten VerbraucherInnen zumindest als wesentliche Information für die eigene Kaufentscheidung über den Einsatz von personalisierten Preisen Bescheid wissen. Die Kaufentscheidung wird so unter Umständen anders getroffen oder es werden andere Möglichkeiten des Preisvergleichs herangezogen. Das Informationsdefizit hinsichtlich persönlich adaptierter Preise ist daher uE nach den Vorgaben des UWG auszugleichen, um VerbraucherInnen eine bewusste Entscheidung zu ermöglichen.³⁶ Diesem Informationsanspruch könnte beispielsweise mittels eines Piktogramms, einer besonderen Farbgestaltung inklusive räumlich naheliegender Erklärung oder einem Mouse-Over-Hinweis begegnet werden.³⁷

Unser Ergebnis der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung ist daher eine Informationspflicht soweit personalisierte Preise in Webshops zur Anwendung kommen. Eine definitive Informationspflicht bringt in diesem Bereich unabhängig einer lauterkeitsrechtlichen Beurteilung die bereits beschlossene Omnibus-Richtlinie (siehe Pkt 5XYZ).

Transparenz für VerbraucherInnen in Bezug auf die Angabe von Preisen versucht auch das Preisauszeichnungsgesetz zu schaffen – dieses normiert umfangreiche Vorgaben für die Angabe eines Preises diverser Güter.³⁸ Die datenzentrierte Gestaltung von Preisen wurde hier aber noch nicht mitbedacht. Angaben darüber wie ein Preis zustande kommt, sieht dieses Gesetz daher nicht vor.

³⁶ so auch *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (406).

³⁷ *Zander-Hayat/Domurath/Groß*, Personalisierte Preise, 8, abrufbar unter http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf (26.04.2019).

³⁸ Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen (PrAG), BGBl I 46/1992 idF BGBl I 99/2016.

4.2. Kartellrecht

Kartellrechtliche Aspekte der personalisierten Preisgestaltung werfen insbesondere die Funktionsweise und Geschwindigkeit neuer automatisierter Prozesse auf. Es ergeben sich neue Möglichkeiten schnell und unbemerkt Preise nach Absprache zu gestalten. Unternehmen erwachsen durch neue Technologien ungeahnte Möglichkeiten Preise zu beeinflussen. Voraussetzung eines fairen Wettbewerbs ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass der Einsatz neuer Technologien grundsätzlich allen möglich ist. Daraus ergibt sich einerseits ein „Wettbewerb *um* Algorithmen und andererseits ein Wettbewerb *mit* Algorithmen.“³⁹ In Bezug auf personalisierte Preise ist der Wettbewerb *mit* Algorithmen vordergründig.

Hat ein Unternehmen in einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung inne und missbraucht diese, kommt das kartellrechtliche Verbot nach Art 102 AEUV bzw. § 5 KartG zum Zug. Darüber hinaus ist es nach Art 101 AEUV bzw. § 1 KartG MitbewerberInnen verboten, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu treffen. Vorstellbar ist im hier Bereich der verbotenen Preisdiskriminierung beispielsweise, dass es durch den exklusiven Zugang zu einer Unmenge an Daten und dadurch optimal angelernter Algorithmen, die bspw für die personalisierte Preisgestaltung verwendet werden können, zu einer Vormachtstellung eines Unternehmens kommt und dieses seine (daten-)mächtige Stellung missbraucht.⁴⁰

Unter MitbewerberInnen wiederum kann es beispielsweise passieren, dass selbstlernende Algorithmen, die eine effiziente Preisgestaltung verwirklichen sollen, sich zu sehr am Verhalten der MitbewerberInnen orientieren und so gegen das Abspracheverbot nach Art 101 AEUV verstoßen.

So kann eine missbräuchliche Verwendung von Algorithmen schnell und unentdeckt zu einem kartellrechtlichen Verstoß führen.⁴¹ Eine Rechtfertigung dieser und ähnlicher Verstöße durch den Umstand, dass sie nicht durch bewusste menschliche Entscheidungen herbeigeführt wurden, kann nicht überzeugen. Bedient sich ein Webshop komplexer Algorithmen um Preise unzulässig auf Basis

³⁹ Paal, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43 (46).

⁴⁰ Paal, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43 (47).

⁴¹ ausführlicher Becka, Preisabsprachen zwischen selbstlernenden Preisalgorithmen, ÖZK 2019/I, 9.

des Verhaltens der MitbewerberInnen zu personalisieren, muss dies im Ergebnis wohl zugerechnet werden.⁴² Zugerechnet wird über jene Person, die über den Einsatz und die grundlegende Arbeitsweise des Algorithmus entschieden hat.⁴³

Einen entscheidenden Faktor spielen bei der Durchsetzung von Wettbewerbsverstößen dieser Art die behördlichen Möglichkeiten. WettbewerbshüterInnen müssen technisch gut genug ausgestattet und ausgebildet sein, um derartige Verstöße oder verdächtiges Vorgehen analysieren und gegebenenfalls ahnden zu können. Die Forderung nach einer besseren Ausstattung der relevanten Behörden ist daher auch an dieser Stelle zu unterstreichen. Auch staatliche Akteure müssen letztlich algorithmenbasiert gegensteuern.

Fazit 7

Auch das Wettbewerbsrecht spielt im Zusammenhang mit personalisierter Preisgestaltung eine wichtige Rolle. Einerseits kann sich eine Informationspflicht aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ergeben: die Vornahme von Preispersonalisierung kann ohne einen Hinweis auf diese Form der Preisgestaltung uA als unlauter gelten und von MitbewerberInnen und verbandsklagebefugten Vereinigungen aufgegriffen werden.

Daneben bietet das Kartellrecht einen breiten Anwendungsbereich, soweit Preisabsprachen softwarebasiert geschehen und unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen fallen. Auch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kann durch datenmächtige WebshopbetreiberInnen in Form intransparenter Preispersonalisierung verwirklicht werden und so von Wettbewerbsbehörden bestraft werden.

⁴² vgl Vestager, Rede bei der 18th Conference on Competition, Bundeskartellamt, Berlin 16.3.2017, abrufbar unter https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221651/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (04.03.2020).

⁴³ Paal, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43 (51).

5. Verbraucherschutz

5.1. Omnibus-RL 2019/2161

In den vergangenen Jahren führte die Europäische Kommission im Rahmen ihres REFIT-Programms einen „Fitness-Test“ der europäischen Verbraucherrechtsbestimmungen durch. Ziel dieses Tests war zu eruieren, ob es neuer legislativer Impulse bedarf, um VerbraucherInnen ausreichende rechtliche Mittel für deren Rechtsschutz und -durchsetzung zu geben. Im Jahr 2017 wurden sodann die Ergebnisse dieses Tests präsentiert. Anfang des Jahres wurde im Rahmen des Projekts “New Deal for Consumers” der Europäischen Kommission ein neues Gesetzespaket verabschiedet. Man konnte sich zu einer neuen Richtlinie entschließen, die als “Omnibus-RL 2019/2161” verschiedene bestehende Richtlinien ergänzt. Mit dem Großteil der neuen Bestimmungen wird auf aktuelle Entwicklungen der Digitalisierung im B2C-Bereich reagiert. Diese neue Richtlinie sieht nun Änderungen in folgenden Rechtsakten vor:

In der Richtlinie 2005/29/EWG über unlautere Geschäftspraktiken, der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU, der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Vertragsklauseln und der Richtlinie 98/6/EG über Preisangaben. Der Großteil der Anpassungen bezieht sich hierbei auf die ersten beiden Richtlinien.

Neben neuen Vorgaben zum Ranking in Bewertungsplattformen und Änderungen zur Preisauszeichnung reagiert der EU-Gesetzgeber im Rahmen dieser Adaptionen auch auf das Phänomen der personalisierten Preisgestaltung. **Vorgeschrieben wird nun explizit, dass darüber zu informieren ist, ob ein angezeigter Preis durch eine automatisierte Entscheidung personalisiert wurde.** Dies regelt nun Art 6 Verbraucherrechte-RL. Diese Informationspflicht bezieht sich jedoch nur auf personalisierte Preise. Gemäß Erwägungsgrund 45 der Richtlinie, soll diese Bestimmung dynamische oder Echtzeit-Preise die auf eine Marktveränderung reagieren nicht erfassen.

Es handelt sich in Art 6 Verbraucherrechte-RL (bisher in Ö umgesetzt in § 4 FAGG) um die Vorgaben zu den allgemeinen Informationspflichten die HändlerInnen VerbraucherInnen für ihre Kaufentscheidung zur Verfügung stellen müssen.

Zwar ist dies nur im Zuge dieser Richtlinie (und nicht in Form einer direkt anwendbaren Verordnung) vorgeschrieben, es handelt sich aber bei diesen konkreten Bestimmungen unzweifelhaft um vollharmonisiertes Unionsrecht, weshalb der nationale Gesetzgeber von diesen Bestimmungen in seiner Umsetzung nicht absehen kann.

Abzuwarten und zu beachten gilt es, an welcher Stelle und in welcher Form diese Informationspflicht umgesetzt wird. Zeithorizont für die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten sind weitere zwei Jahre.

Das Potential dieser Informationspflicht, um Konsumentinnen und Konsumenten tatsächlich eine umfassendere und faire Kaufentscheidung zu ermöglichen, wird wohl nur bei unmittelbarer und klarer Kennzeichnung greifen – eine derartige Kennzeichnungspflicht darf nicht als „Möglichkeit“ in allgemeinen Vertragstexten landen. Eine Kennzeichnung ähnlich präsent wie „Statt-Preis“-Angaben oder besondere Piktogramm- oder Mouse-Over-Lösungen (siehe) wären in diesem Zusammenhang geeignet, um den Mehrwert für KonsumentInnen tatsächlich zu verwirklichen (siehe bereits Seite 23).

Verstöße gegen diese Informationspflichten (also fehlende, unrichtige oder unvollständige Angaben) ziehen in Ö derzeit eine Verwaltungsstrafe bis zu 1.450 Euro nach sich und berechtigen die nach § 29 KSchG klagslegitimierten Verbände zur Erhebung von Unterlassungsklagen. Unter Umständen kann es auch zu einer gänzlichen Ungültigkeit des Vertrags kommen, der aufgrund unzureichender Informationen geschlossen wurde.⁴⁴ Diese Rechtsfolgen werden wohl auch für die neuen Bestimmungen, die durch die Omnibus-RL in Art 6 der Verbraucherrechte-RL eingefügt werden gelten.

Fazit 8

Personalisierte Preise müssen aufgrund neuer EU-Vorschriften in Zukunft klar als solche gekennzeichnet werden. Die neue Vorgabe muss in den Mitgliedstaaten bis Ende 2021 umgesetzt werden.

⁴⁴ vgl VfGH, 12.10.2017, G52/2016.

6. Zusammenfassung der rechtlichen Betrachtung

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Verwendung von dynamischer und personalisierter Preisgestaltung im Internet an sich grundsätzlich zulässig ist, solange insbesondere datenschutzrechtliche Vorgaben und wettbewerbsrechtliche Beschränkungen beachtet werden sowie auf bestehende Diskriminierungsverbote geachtet wird.

Fazit 1: Personalisierte Preise sind nicht verboten. Das Prinzip der Vertragsfreiheit gibt HändlerInnen große Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung ihrer Unternehmensstrategie. Grenzen für die Personalisierung von Preisen werden aber durch bestimmte Normen des Anti-Diskriminierungsrechts, Datenschutzrechts, Wettbewerbsrecht und KonsumentInnenschutzrechts aufgezeigt.

Fazit 2: Beruht die Anwendung von personalisierten Preisen auf einem nach der Dienstleistungs-RL bzw. Geoblocking-VO verpönten Motiv (Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Niederlassung) ist dies unzulässig und kann bei der der Bezirksverwaltungsbehörde angezeigt werden, welche eine Verwaltungsstrafe verhängen kann. Zudem kann sie bei der Bundeswettbewerbsbehörde gemeldet werden. Diese kann sodann mit einer Unterlassungsklage vorgehen.

Fazit 3: Das Geschlecht oder die ethnische Zugehörigkeit darf kein ausschlaggebender Entscheidungsfaktor für eine Preisdiskriminierung sein. Kann glaubhaft gemacht werden, dass Preisbildungssysteme jedoch an diesen Merkmalen anknüpfen, kann nach dem Gleichbehandlungsgesetz auf Schadenersatz geklagt werden.

Fazit 4: Können personalisierte Preise bei einem bestimmten Unternehmen nachgewiesen werden, empfiehlt es sich für betroffene KonsumentInnen Auskunftsanfragen nach Art 15 DSGVO zu stellen, um so einen konkreten Beleg für die Herkunft ihrer Daten einzufordern. Nur so kann sichergestellt werden, dass eine zulässige Datenverarbeitung auch nur ihrem ursprünglichen Zweck entsprechend dem DSGVO immanenten Prinzip der Zweckbindung (Art 5 Z 1 lit b) vorgenommen wurde und die Daten nicht für Zwecke, die bei Erhebung unbekannt waren weiter verwendet wurden.

Fazit 5: Eine datenschutzkonforme Personalisierung von Preisen muss in der Regel auf Basis einer ausdrücklichen Einwilligung erfolgen.

Fazit 6: Für Datenerhebungen durch Cookies (ausgenommen absolut erforderlicher) bedarf es einer eigenen Einwilligung, bevor diese zum Einsatz kommen – auch wenn es sich bei den erhobenen Daten um nicht-personenbezogene handelt. Im Cookie-Banner selbst müssen auch nähere Informationen zur konkreten Datenverarbeitung enthalten sein, um so durch allfälliges Klicken einer Schaltfläche überhaupt eine informierte Einwilligung geben zu können (vgl. Planet 49-Urteil des EuGH).

Fazit 7: Auch das Wettbewerbsrecht spielt im Zusammenhang mit personalisierter Preisgestaltung eine wichtige Rolle. Einerseits kann sich eine Informationspflicht aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ergeben: die Vornahme von Preispersonalisierung kann ohne einen Hinweis auf diese Form der Preisgestaltung uA als unlauter gelten und von MitbewerberInnen und verbandsklagebefugten Vereinigungen aufgegriffen werden.

Daneben bietet das Kartellrecht einen breiten Anwendungsbereich, soweit Preisabsprachen softwarebasiert geschehen und unter das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen fallen. Auch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kann durch datenmächtige WebshopbetreiberInnen in Form intransparenter Preispersonalisierung verwirklicht werden und so von Wettbewerbsbehörden bestraft werden.

Fazit 8: Personalisierte Preise müssen aufgrund neuer EU-Vorschriften in Zukunft klar als solche gekennzeichnet werden. Die neue Vorgabe muss in den Mitgliedstaaten bis Ende 2021 umgesetzt werden.

7. Literaturverzeichnis

Art-29-Datenschutzgruppe (2017). Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, WP259.

Artikel-29-Datenschutzgruppe (2014). Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP217.

Badmaeva/Hüllmann (2019). Investigating Personalized Price Discrimination of Textile-, Electronics- and General Stores in German Online Retail, Proceedings of the 14th International Conference on Wirtschaftsinformatik (WI);

Becka (2019), Preisabsprachen zwischen selbstlernenden Preisalgorithmen, ÖZK 2019/1, 9.

Belleflamme/Peitz (2015). Industrial Organisation: Markets and Strategies.

Borgesius (2015). Online Price Discrimination and Data Protection Law, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2015-32,14.

ConPolicy (2016), Was VerbraucherInnen in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, Abschlussbericht an das Ministerium für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, abrufbar unter <https://docplayer.org/54455832-Was-verbraucherinnen-und-verbraucher-in-nrw-ueber-individualisierte-preise-im-online-handel-denken.html> (04.03.2020).

Europäische Kommission (2018). Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-regulation-questions-and-answers>;

Ezrachi/Stucke (2016). Virtual Competition, Cambridge, Mass./London.

Hopf/Mayr/Eichinger (2009). Gleichbehandlung – Antidiskriminierung, Kommentar, Wien 2009, 446.

Koziol-Welser/Kletecka (2014). Bürgerliches Recht, Band I.

Paal, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43.

Safron (2019). Die Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019.

Tillmann/Vogt (2017). Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447 (450); Zuiderveen Borgesius/Poort, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, J. Consum Policy 2017, 361.

Tillmann/Vogt (2018), Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, VuR 2018, 447 (450).

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (2016). Personalisierte Preise Diskussionspapier des Verbraucherzentrale Bundesverbands, 23. September 2016, 6- https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_position_preisdifferenzierung_16-09-21_pdf Letzter Zugriff am: 28.02.2020

Wagner/Eidenmüller (2019). 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 (2012). Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht², 288.

Zander-Hayat/Domurath/Groß (2016). Personalisierte Preise, 8. http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf. Letzter Zugriff am: 26.04.2019

Zuiderveen Borgesius/Poort (2017). Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, J. Consum Policy 2017.