Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII

Einleitung 1

I. Forschungsfrage 4
1. Abgrenzung 5
2. Stand der Forschung 6
II. Methode 9
III. Gang der Untersuchung 11

Erster Teil: Grundlagen 13

Kapitel 1: Der Preis als Objekt der Personalisierung 15

I. Der Begriff des Preises 15
II. Preise in der Konsumentscheidung 16
1. Annahme rationaler Nutzenmaximierung 17
2. Verhaltensökonomische Kritik 18
III. Unternehmerische Preispolitik 20
IV. Preisgerechtigkeit und Preisfairness 21
1. Begriff, Maßstab und Grenzen gerechter Preise 21
2. Preiskontrollen im geltenden Recht 24
3. Preisfairness aus Verbraucherinnensicht 24

Kapitel 2: Preisgestaltung im historischen Rückblick 26

I. Vom Feilschen zum Festpreis 26
II. Beschränkung der Preisgestaltungsfreiheit durch das Rabattgesetz 28
III. Die Etablierung dynamischer Preise 30
IV. Personalisierte Preise 31

Kapitel 3: Zum Begriff der personalisierten Preise 32
I. Einführendes Beispiel 32
II. Verbreitete Begriffe und Definitionen 33
1. Ökonomischer Diskurs 34
a) Preisdiskriminierung und Preisdifferenzierung 34
b) Formen der Preisdiskriminierung nach Pigou 37
c) Personalisierte Preise und weitere Unterscheidungsformen . . 39
d) Juristischer Diskurs 41
2. Struktur personalisierter Preise 45
III. Vorschlag einer juristischen Definition 46
1. Definition 47
2. Wesentliche Merkmale 47
a) Preise 47
b) Preisvariabilität 48
c) Preissetzungsalgorithmus 48
d) Auf Grundlage personenbezogener Daten 50
e) Vergleichbarkeit der Güter 52
f) Keine Weitergabe von Kostenunterschieden 53
3. Begriffsoffenheit 53
a) Segmentierungsziel 53
b) Segmentierungsmaßstab 54
aa) Individuelle Zahlungsbereitschaft 55
bb) Alternative Maßstäbe 56
c) Zum Umgang mit Unschärfe 57
d) Granularität oder Komplexität 57
e) Verbraucherverträge 58
f) Einseitige Bestimmung 58
4. Taxonomie 59
a) Kontext 59
b) Bezeichnung 60
c) Beteiligung Dritter 61
d) Transparenz 62
5. Abgrenzung 63
a) Fehlender Personenbezug 63
b) Fehlender Algorithmeneinsatz 63
c) Fehlender Preisbezug 63
d) Fehlende Vergleichbarkeit der Güter 64
e) Reine Kostenweitergabe 65

Kapitel 4: Zwischenergebnis 67

Zweiter Teil: Der Einsatz personalisierter Preise 69

Kapitel 5: Verbreitung personalisierter Preise 71

I. Verbreitung im Onlinehandel 71
1. Simulierte Profile 71
2. Natürliche Personen als Testkäufer 74
3. Nachweisproblematik 77
II. Verbreitung außerhalb des Onlinehandels 78
III. Abweichende Verbraucherrezeption 79
IV. Potenzielle Verbreitung 82
1. Grundbedingungen für den Einsatz 83
a) Marktmacht 83
aa) Begriffsabgrenzung 83
bb) Marktmacht als Grundlage eines Preissetzungsspielraums 84
cc) Praktische Irrelevanz des Erfordernisses 85
b) Segmentierungsfähigkeit 86
c) Separierbarkeit der Märkte 89
aa) Als Voraussetzung 89
bb) Als Informationsproblem 92
2. Hürden für den Einsatz 92
a) Ablehnende Haltung der Verbraucher 92
b) Ökonomische Unwägbarkeiten 96
c) Technische Hürden 97
3. Zwischenergebnis 98

Kapitel 6: Sozialökonomische Auswirkungen 99

I. Maßstab 99
II. Ökonomische Auswirkungen 101
1. Preis- und Mengeneffekt 101
a) Preiseffekt – Rentenextraktion 102
b) Mengeneffekt – Absatzsteigerung 103
c) Zusammenspiel der Effekte im Monopol 104
aa) Preisdiskriminierung ersten Grades 104
bb) Preisdiskriminierung dritten Grades 105
(1) Fehlallokationseffekt 105
(2) Absatzsteigerung 107
(3) Bestimmungsmacht des Monopolisten 108
d) Zwischenergebnis 109
2. Wettbewerbseffekt 111
a) Segmentierungsmaßstab 111

aa) Beste-Antwort-Symmetrie 113
bb) Beste-Antwort-Asymmetrie 116
b) Gefangenendilemma 118
c) Berücksichtigung ungleicher Informationsverteilung 118
d) Zwischenergebnis 120
3. Dynamische Effekte 121
a) Monopol 121
b) Unvollkommener Wettbewerb 123
aa) Markenpräferenz 123
bb) Wechselkosten 124
c) Zwischenergebnis 124
4. Transaktionskosten 125
a) Anbieterin 125
b) Konsumenten 126
c) Zwischenergebnis 128
5. Verlust der Marktpreistransparenz 128
6. Vertrauensverlust 129
7. Marktzutritt 130
8. Innovationen 131
9. Zwischenergebnis 132
a) Zusammenfassung 132
b) Indizien für eine sinkende Konsumentenrente 133
c) Entscheidungsmacht der Anbieterin 134
III. Aspekte der Gerechtigkeit 135
1. Umverteilungswirkung 135
2. Unter Konsumentinnen 136
a) Keine Ausgleichsfunktion 137
b) Keine soziale Proportionalität 137
c) Verdrängungswirkung 138
3. Verlust einheitspreislicher Schutzfunktion 140
IV. Auswirkungen auf die Privatsphäre 140
V. Diskriminierungspotential 141

Kapitel 7: Zwischenergebnis 144

Dritter Teil: Rechtlicher Rahmen 145

Kapitel 8: Die Preisgestaltungsfreiheit als Grundlage des Preisrechts . . 147

I. Privatautonomie und Preisgestaltungsfreiheit 147
1. Privatautonomie als Ausgangspunkt 147

2. Kein umfassendes Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG 149
a) Staatliche Schutzpflicht 149
b) Unmittelbare Drittwirkung 149
aa) Voraussetzungen 150
bb) Rechtfertigung 151
c) Mittelbare Drittwirkung 153
3. Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit 153
II. Formelles und materielles Preisrecht als Schranken der Preisgestaltungsfreiheit 154

Kapitel 9: Allgemeines Vertragsrecht 155

I. Vertragsschluss und Auslegung 155
1. Angebot und Annahme nach den §§ 145 ff. BGB 155
a) Computergestützte Willenserklärungen 155
b) Automatisierte und autonome Willenserklärungen 157
c) Zwischenergebnis 160
2. Vertragsinhalt 160
a) Einseitiger Algorithmeneinsatz 161
b) Beiderseitiger Algorithmeneinsatz 163
II. Gesetzliches Verbot nach § 134 BGB 163
III. Wucher und Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB 164
1. Wucher und wucherähnliches Geschäft 165
2. Verstoß gegen die guten Sitten 168
IV. Angemessenheitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB (analog) 169
V. Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB 170
VI. Vorvertragliche Schutzpflichten gemäß §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB 172
1. Informationspflicht 173
2. Überwachungspflicht 175
VII. Anfechtbarkeit nach §§ 119 ff. BGB 176
1. Durch die Verbraucherin 177
a) Willensmängel nach § 119 BGB 177
b) Arglistige Täuschung nach § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB 177
2. Durch das Unternehmen 179
a) Willensmängel nach §§ 119, 120 BGB 179
aa) Übermittlung eines bestehenden Willens 180
bb) Beteiligung des Algorithmus an der Willensbildung . . . 181
b) Arglistige Täuschung nach § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB 182
VIII. Zwischenergebnis 183

Kapitel 10: Verbraucherschutzrecht 185

I. Widerrufsrecht nach §§ 312g, 355 BGB 185
II. Informationspflicht nach § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 6 EGBGB 187
1. Normzweck 188
2. Voraussetzungen 189
a) Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge 189
b) Gegebenenfalls 189
c) Preise und Rabatte 190
d) Personalisierung 190
aa) Granularität 191
bb) Segmentierungsmerkmale 192
cc) Entscheidungsgrundlage 193
dd) Transparenz 193
ee) Weites Verständnis 194
e) Automatisierte Entscheidungsfindung 195
aa) Entscheidungsfindung 195
bb) Automatisiert 196
cc) Profiling 197
3. (Formelle) Anforderungen an die Information 198
4. Rechtsfolge bei Verstößen 200
III. Zwischenergebnis 201

Kapitel 11: Recht der vernetzten Gesellschaft 202

I. Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) 203
1. Anwendungsbereich 203
a) Räumlicher Anwendungsbereich nach Art. 3 DS-GVO 203
b) Sachlicher Anwendungsbereich nach Art. 2 DS-GVO 203
aa) Personenbezug i.e.S. 204
bb) Identifizierte oder identifizierbare Person 204
2. Datenschutzgrundsätze und allgemeine Pflichten 207
a) Transparenzgebot 207
b) Zweckbindungsgrundsatz 207
c) Rechtmäßigkeit und Umfang 209
d) Risikobasierter Ansatz 209
3. Erlaubnistatbestände 209
a) Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a DS-GVO 210
aa) Bestimmtheitsgrundsatz 210
bb) Informiertheit und Transparenz 211
cc) Freiwilligkeit und Kopplungsverbot 212

b) Vertragliche Erforderlichkeit nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b DS-GVO 215
aa) Erfüllung eines Vertrags (Var. 1) 216
bb) Vorvertragliche Maßnahme (Var. 2) 217
c) Berechtigtes Interesse nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO . . . 218
d) Keine weiteren Erlaubnistatbestände 222
4. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DS-GVO 222
a) Anwendbarkeit auf personalisierte Preise 222
aa) Verwertungswahrscheinlichkeit 222
bb) Verwertungsabsicht 224
b) Rechtsfolgen 225
5. Verbot der automatisierten Einzelfallentscheidung nach Art. 22 DS-GVO 226
a) Automatisierte Entscheidung 226
b) Rechtliche Wirkung 228
c) Erhebliche Beeinträchtigung 230
aa) Keine grundsätzliche (Un-)Erheblichkeit personalisierter Preise 232
bb) Preishöhe 233
cc) Faktische Vertragsverweigerung 234
dd) Verbotene Diskriminierung und Ausnutzung einer Zwangslage 236
ee) Vorbeugende Verhaltensänderung 236
d) Ausnahmetatbestände 237
e) Erweiterter Schutz als Rechtsfolge 238
aa) Erweiterte Informationspflichten 238
bb) Mindestgarantien zum Schutz der betroffenen Person . . 239
cc) Right to Explanation 240
II. Einwilligungserfordernis nach § 25 TDDDG 241
III. Scoring nach § 31 BDSG 243
IV. Informationspflicht gem. § 6 Abs. 1 Nr. 3 DDG 245
V. Informationspflicht nach Art. 27 Digital Services Act 247
VI. Verordnung über künstliche Intelligenz (KI-VO) 248
1. Verbotene Praktiken 249
2. Hochrisiko-KI-Systeme 250
3. Bestimmte KI-Systeme gemäß Art. 50 KI-VO 252
4. Sonstige KI-Systeme 253
VII. Zwischenergebnis 253

Kapitel 12: Lauterkeitsrecht 256

I. Irreführung (durch Unterlassen) nach §§ 3 Abs. 1, 5 UWG 257
1. Geschäftliche Handlung 257
2. Irreführungspotential 257
a) Personalisierter Maßstab 258
b) (Verdeckter) Einsatz personalisierter Preise 259
aa) Nach Nr. 18 Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG 259
bb) Nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG 260
cc) Nach § 5 Abs. 1 UWG 260
c) Bewerbung der Personalisierung 262
d) Preisänderungen 263
aa) Divergierende Preise 263
bb) Sukzessive Preisänderungen 265
cc) Preisänderungen während des Einkaufsvorgangs 267
3. Geschäftliche Relevanz 268

II. Vorenthalten wesentlicher Informationen nach §§ 3 Abs. 1, 5a Abs. 1 UWG 269
1. Wesentliche Information 270
a) Einsatz personalisierter Preise 270
b) Referenz- oder Durchschnittspreis 275
c) Entscheidungslogik 276
2. Für eine informierte geschäftliche Entscheidung benötigt 276
3. Geschäftliche Relevanz 277
4. Vorenthalten der wesentlichen Information 278

III. Aggressive geschäftliche Handlung nach §§ 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG 278

IV. Preisangabenverordnung 279
1. Anwendbarkeit auf personalisierte Preise 280
2. Preisklarheit und Preiswahrheit 281
a) Preisklarheit 282
b) Preiswahrheit 283
c) Aufklärungspflicht 284
3. Referenzpreispflicht nach § 11 PAngV 284
a) Anwendungsbereich 285
b) Bekanntgabe einer Preisermäßigung 286
c) Berechnung des Referenzpreises 288

V. Zwischenergebnis 290

Kapitel 13: Kartellrecht 292

I. Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen nach Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB 292
1. Anwendungsbereich 292
2. Wettbewerbsbeschränkende Absprache 293
a) Maßstab der abgestimmten Verhaltensweise 294
b) Algorithmen als Durchsetzungswerkzeug 297
aa) Nicht-individualisierende Preissetzungsalgorithmen . . . 298
bb) Individualisierende Preissetzungsalgorithmen 299
c) Kartellbildung durch Algorithmen 301
aa) Explizite Kollusion 301
bb) Schlichtes Parallelverhalten 304
d) Kartellbildung durch Zentralisierung 306
3. Keine Ausnahmen vom Kartellverbot 309

II. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV, § 18 ff. GWB 310
1. Abgrenzung des relevanten Marktes 311
2. Marktbeherrschung 315
3. Missbrauch 319
a) Preishöhenmissbrauch nach Art. 102 S. 2 lit. a Var. 2 AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 GWB 321
aa) Restriktive Handhabung des Instruments 321
bb) Unangemessenheit des Preises 324
cc) Rechtfertigung 328
b) Preisspaltung nach Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB . 329
aa) Anwendbarkeit und Vergleichbarkeit der Märkte 329
(1) Im deutschen Recht 329
(2) Im europäischen Recht 331
bb) Ungünstigere Entgelte 332
cc) Rechtfertigung 333
(1) Maßstab 333
(2) Ziele des Missbrauchsverbots und des Kartellrechts 335
(3) Auswirkungen personalisierter Preise auf diese Ziele 338
dd) Zwischenergebnis 343
c) Behinderungsmissbrauch 343
aa) Treuerabatte und predatory pricing 344
bb) Personalisierte Preise 346
4. Zurechnung 347

III. Zwischenergebnis 348
1. Kartellverbot 348
2. Missbrauchsverbot 349
3. Fazit 351

Kapitel 14: Antidiskriminierungsrecht 352

I. Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot nach § 19 AGG 353
1. Anwendungsbereich 353
2. Massengeschäfte und massengeschäftsähnliche Geschäfte 354
a) Ansehen der Person 355
aa) Allgemeine Voraussetzungen 355
bb) Personalisierte Preise 356
b) Vielzahl von Fällen bei vergleichbaren Bedingungen 358
3. Benachteiligung 359
a) Unmittelbare Benachteiligung 359
aa) Behandlung 360
bb) Weniger günstige Behandlung 361
cc) Kausalität 361
b) Mittelbare Benachteiligung 363
4. Rechtfertigung nach § 20 AGG 364
a) Zielgruppenorientierte Verkaufsfördermaßnahme 365
b) Generalklausel 366
II. Diskriminierungsverbot nach § 5 DL-InfoV 368
1. Verhältnis zur Geoblocking-Verordnung 369
2. Anwendungsbereich 369
3. Verbot diskriminierender Bestimmungen 369
a) Zugangsbedingung 370
b) Diskriminierung 371
c) Rechtfertigung 372
III. Diskriminierungsverbot nach Art. 4 Geoblocking-VO 373
1. Anwendungsbereich 374
2. Allgemeine Geschäftsbedingung 374
a) Europarechtlich autonome Auslegung 375
b) Analogieschluss 377
3. Verbot der Ungleichbehandlung 378
IV. Bedeutung von Grundrechtecharta, EMRK und AEUV 378
V. Nachweisproblematik 380
1. Ungleichbehandlung 381
2. Kausalität 381
VI. Zwischenergebnis 383

Kapitel 15: Sektorspezifische Regelungen 386

Kapitel 16: Zwischenergebnis 388

Vierter Teil: Regulatorische Handlungsoptionen 389

Kapitel 17: Regulierungsbedarf 391

I. Kernrisiken personalisierter Preise 391
1. Marktpreisintransparenz 391
2. Umverteilungswirkung 392
3. Diskriminierungspotential 392
II. Verbraucherinnenselbstschutz 393
1. Individueller Selbstschutz 393
a) Durch Vermeidung 393
b) Durch Lenkung 395
2. Kollektiver Selbstschutz 397
a) Aufdeckung personalisierter Preise 397
b) Preisvergleichsportale 397
c) Co-Shopping 399
d) Protest 400
3. Bewertung 401
III. Unternehmerische Selbstregulierung 402

Kapitel 18: Risikomanagement durch flankierende Maßnahmen 404

I. Marktbeobachtung und Rechtsdurchsetzung 404
II. Forschung 407
III. Aufklärung und Bildung 408

Kapitel 19: Risikominderung durch steuernde Regulierung 410

I. Erweiterung bestehender Informationspflichten 410
1. Einsatz personalisierter Preise 410
a) Umfang 411
b) Form 412
c) Inhalt 414
2. Entscheidungslogik 414
3. Erläuterung der Entscheidung 417
4. Referenzpreis 418
a) Abwägung der widerstreitenden Interessen 418
b) Ausgestaltung 422
aa) Berücksichtigungsfähige Preise 422
bb) Preisbestandteile 423

cc) Berechnungsmethode 423
dd) Form 424
5. Unverfälschte Zahlungsbereitschaft 424
II. Prozess- und Protokollierungspflichten 425
III. Markttransparenzstelle und Meldepflicht 426
IV. Algorithmenkontrolle 429
1. Offenlegungspflichten 429
2. Input-Output-Kontrolle 430
V. Datenteilungspflicht 431
VI. Abwahlrecht 431
VII. Widerrufsrecht 433
VIII. Erweiterter Diskriminierungsschutz 433
IX. Ausweitung des Datenschutzrechts 435
X. Reformation kartellrechtlicher Haftung 436

Kapitel 20: Risikovermeidung durch Beschränkungen 438

I. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 438
II. Beschränkungen im Umfang 438
1. Zeitliche Gültigkeit 439
2. Preisobergrenzen 439
III. Teilverbot 440
1. Bereichsspezifische Verbote 440
2. Verbot für marktmächtige Unternehmen 443
IV. Umfassendes Verbot 443

Kapitel 21: Steuerlicher Ausgleich negativer Effekte 446

Kapitel 22: Zwischenergebnis 451

Fazit 453

I. Zusammenfassung 453
1. Grundlagen 453
2. Der Einsatz personalisierter Preise 454
3. Rechtlicher Rahmen 455
4. Regulatorische Handlungsoptionen 458
II. Abschließende Bemerkungen 460

Literaturverzeichnis 461
Sachregister 487