

Personalisierte Preisdifferenzierung

Paul Corleis, LL.M.oec.

A. Einleitung

In der heutigen Zeit berührt ein großer Teil des Lebens der allermeisten Menschen Informations- und Kommunikationstechnologien. Das ermöglicht den Unternehmen, die diese Technologien nutzen, riesige Datenmengen über das Leben der Menschen in deren Rolle als Konsumenten zu sammeln.¹ Dies für sich genommen wirft grundlegende rechtliche Fragen auf.² Dazu gehört etwa, ob die Daten „Eigentum“ der Konsumenten sind.³ Besonders vielfältig werden die Fragestellungen durch die unterschiedlichen Formen, in denen Unternehmen die Daten kommerziell verwerten.⁴ Jede dieser Verwertungsformen hat ihre eigenen Rechtsprobleme. Das zeigt z. B. der Cambridge-Analytica-Skandal, bei dem ein Datenanalyse-Unternehmen persönliche Daten von Millionen von Facebook-Nutzern sammelte, um sie für politische Wer-

-
- 1 *Linskey/Micklitz/Rott* in *Helberger* u. a. (Hg), EU consumer protection 2.0 (März 2021), 92 ff.
 - 2 Siehe z.B. *Paal/Hennemann*, Big Data im Recht, Wettbewerbs- und daten(schutz)rechtliche Herausforderungen, NJW 2017, 1697; *Dzida*, Big Data und Arbeitsrecht, NZA 2017, 541; *Rostalski/Völkening*, Big Data im Strafrecht, ZfDR 2021, 27.
 - 3 Hierzu *Brandt/Ehlen*, Die Schutzfähigkeit von Daten – Herausforderungen und Chancen für Big Data Anwender, CR 2016, 570; *Dorner*, Big Data und „Dateneigentum“, Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617; *Drexel* u. a., Ausschließlichkeits- und Zugangsrecht an Daten, GRUR Int 2016, 914; *Ensthaler*, Industrie 4.0 und die Berechtigung an Daten, NJW 2016, 3473; *Fezer*, Dateneigentum der Bürger, ZD 2017, 99; *Härting*, "Dateneigentum" – Schutz durch Immaterialgüterrecht?, CR 2016, 656; *Heymann*, Rechte an Daten, CR 2016, 650; *Specht-Riemenschneider*, Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, CR 2016, 288; *Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137.
 - 4 Vgl. aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht die verschiedenen Beiträge in *Stüber/Hudetz* (Hg), Praxis der Personalisierung im Handel (Wiesbaden 2017).

bung zu nutzen.⁵ In diesem Beitrag soll es um eine andere, besonders kontroverse Art der kommerziellen Verwertung der Daten gehen: der personalisierten Preisdifferenzierung.

Bei der personalisierten Preisdifferenzierung gewinnen Unternehmen durch die eben angesprochenen Datenmengen Informationen über die Zahlungsbereitschaft ihrer Konsumenten, also etwa darüber, wie viel diese bereit sind, für ein neues Smartphone zu zahlen. Das kann sehr unterschiedlich sein: Die einen sind wohlhabender als die anderen, sie schätzen ihr Smartphone mehr wert oder sind schlichtweg nicht so sparsam wie andere. Durch die Personalisierung werden diese Unterschiede ausgenutzt,⁶ indem von jedem Konsumenten individuell der höchste Preis verlangt wird, den er bereit ist zu zahlen.⁷

Nachdem die Preisdifferenzierung zunächst erläutert wird (B.), ist die wohlfahrtsökonomische Seite dieser Marktpraktik zu betrachten (C.): Schafft sie unter dem Strich Wohlstand oder mindert sie ihn? Die Antwort ist keineswegs eindeutig. Daher gilt es, einen möglichst realistischen und ganzheitlichen Blick auf die Frage zu werfen. Dabei ist vor allem auch zu berücksichtigen, dass Konsumenten keine reinen *homoines oeconomici* sind, sondern kognitiven Verzerrungen unterliegen.⁸ Anschließend wird aufgezeigt, warum die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt wird, wenn sich jeder Schritt des Einzelnen im digitalen Leben preislich auswirken kann (D.). Sodann ist die geltende

-
- 5 Dazu *Granville*, Facebook and Cambridge Analytica: What You Need to Know as Fallout Widens, New York Times, 19. März 2018 (<https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/facebook-cambridge-analytica-explained.html>) [Abruf 20.1.2022]); *Polański*, Some thoughts on data portability in the aftermath of the Cambridge Analytica scandal, EuCML 2018, 141.
 - 6 Gewinne können laut Studien bis zu 12 % gesteigert werden, siehe *Shiller*, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, 6. Januar 2014 (<https://www.brandeis.edu/economics/RePEc/brd/doc/BrandeisWP58R2.pdf>) [Abruf 20.1.2022]).
 - 7 Instruktiv aus mikroökonomischer Sicht *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 9. Aufl. (Berlin 2016) 531 ff.; aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Wöhe*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 27. Aufl. (München 2020) 425.
 - 8 So bereits *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, 2020; vgl auch *Eliaz/Spiegler*, Contracting with Diversely Naive Agents, 73 Rev. Econ. Stud. 2006, 689; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. (Berlin 2012) 103 ff.

Rechtslage, insbesondere das Verbraucherrecht, ins Visier zu nehmen (E.). Die EU hat hier jüngst einen spannenden Vorstoß unternommen, indem sie die verbraucherrechtliche Pflicht eingeführt hat, auf personalisierte Preise hinzuweisen.⁹ Betrachtet wird davon ausgehend auch, was daraus für die Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsinstitute des deutschen Zivilrechts folgt, die bisher im Mittelpunkt der Diskussion standen. Schließlich sind der verbleibende Regulierungsbedarf zu beurteilen und unterschiedliche Regulierungswege *de lege ferenda* zu diskutieren (F.).

Im Ergebnis soll gezeigt werden, dass BDAI¹⁰-basierte personalisierte Preisdifferenzierung in der Gesamtbewertung kritisch gesehen werden muss. Es spricht einiges dafür, dieser Marktpolitik auf lange Sicht mit radikal erscheinenden Regulierungsinstrumenten wie Verboten zu begegnen.

B. Formen der Preisdifferenzierung

Preisdifferenzierungen können unterschiedlich umgesetzt werden. Dabei werden für gewöhnlich drei Formen unterschieden: Die Preisdifferenzierung ersten, zweiten und dritten Grades.¹¹

I. Preisdifferenzierung dritten Grades

Bei der Preisdifferenzierung dritten Grades segmentiert der Händler den Markt grob und bietet unterschiedlichen Personengruppen unterschiedliche Preise an.¹² Weiß man etwa, dass Studierende und Rentner weniger zahlungsstark sind, ist es wirtschaftlich sinnvoll, ihnen auf-

⁹ Siehe unten L.

¹⁰ "Big Data Artificial Intelligence".

¹¹ *Pigou*, *The Economics of Welfare*, 4. Aufl. (London 1932) 279 ff; *Varian*, *Mikroökonomik* (Fn 7) 531 ff; für eine alternative Einteilung siehe *Wöhe*, *Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, 27. Aufl. (München 2020) 425, der gruppenspezifisch, räumlich, nach Abnahmemenge und zeitlich differenziert.

¹² *Locher*, *Verschiedene Preise für gleiche Produkte? Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht*, *ZWeR* 2018, 292 (297); *Varian*, *Mikroökonomik* (Fn 7) 540 ff.

grund ihrer Gruppenzugehörigkeit günstigere Preise anzubieten.¹³ Zu diesem Grad der Preisdifferenzierung gehören außerdem geografische Unterscheidungen,¹⁴ also etwa, dass ein Produkt in Afrika günstiger angeboten wird als in Europa.

II. Preisdifferenzierung zweiten Grades

Die Preisdifferenzierung zweiten Grades ist demgegenüber bereits individueller. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass die Anbieter eine Angebotsstruktur schaffen, in der sich Käufer selbst entsprechend ihrer Zahlungsbereitschaft einordnen.¹⁵ Hierzu zählt etwa der Fall, dass ein Verkäufer die ersten Wochen, nachdem ein Produkt auf dem Markt ist, einen höheren Preis verlangt, um die ungeduldigen Käufer abzuschöpfen.¹⁶ Ebenfalls hierzu gehören Mengenrabatte oder auch Markenprodukte.¹⁷ Bei diesen Formen der Preisdifferenzierung kann der Verkäufer die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten nach deren Qualitäts- und Quantitätspräferenzen feststellen. Durch Markenprodukte werden etwa qualitätsbewusste Konsumenten herausgefiltert und bei Mengenrabatten Großabnehmer identifiziert.

Die Preisdifferenzierung zweiten Grades ist ebenso wie die Preisdifferenzierung dritten Grades niemals perfekt.¹⁸ Denn es gibt immer Personen, die sich untypisch verhalten. So gibt es zahlungsbereite Studierende ebenso wie geduldige Käufer, die dennoch bereit sind, einen hohen Preis für ein Smartphone zu zahlen.

13 Vgl. *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 297; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224.

14 *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 297; *Miller*, What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing, *J. Tech. L. & Pol'y.* 19 2014, 41 (55 f.).

15 *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 296 f.; *Varian*, Mikroökonomik (Fn 7) 535 ff.

16 Vgl. *Levmore/Fagan*, The End of Bargaining in the Digital Age, 103 *Cornell L. Rev.* 2018, 1469 (1474).

17 Vgl. *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 296 f.; *Varian*, Mikroökonomik (Fn 7) 535 ff.

18 *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 297.

Die Verringerung dieser Fehleranfälligkeit ist der Vorzug der sog. personalisierten Preisdifferenzierung, die deswegen teilweise auch als „perfekte“ Preisdifferenzierung bezeichnet wird.¹⁹

III. Preisdifferenzierung ersten Grades

Die personalisierte Preisdifferenzierung ist gleichbedeutend mit dem ersten Grad der Preisdifferenzierung. Dabei beruhen die individuellen Preise nicht auf Selbstselektion der Käufer, sondern auf der Selektion durch die Verkäufer aufgrund bestimmter Informationen.

In klassischen Märkten ist das etwa der Fall beim Handel mit Gebrauchtwagen.²⁰ Dort ist es üblich, dass der Preis verhandelt wird. Das dortige Differenzierungskriterium ist die Verhandlungskompetenz²¹ sowie der Eindruck von der Zahlungsbereitschaft.²² Dieser kann etwa durch die Kleidung des Käufers beeinflusst sein.

Daran sieht man: Es ist kein neues Phänomen, dass sich Menschen gegenseitig beobachten, um zu beurteilen, wie ihr Gegenüber denkt oder fühlt, um dieses Wissen strategisch zu nutzen. Die in der Einleitung angesprochenen technischen Durchbrüche auf dem Gebiet von Big Data und Künstlicher Intelligenz heben dieses Analysepotenzial jedoch auf ein neues Niveau.²³

Denn BDAI ermöglicht es den Unternehmen, umfassende Konsumentenprofile anzulegen.²⁴ Amazon verfügt etwa über persönliche Daten zu Bestellungen, Wunschlisten, Rücksendungen, Sucheinträgen, Bewertungen, angesehenen Produkten, Streamings und Downloads.

19 Locher, Personalisierte Preise (Fn 12) 295.

20 Hierzu ausführlich unter rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten siehe *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1472 ff.

21 Vgl. *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1489 f.

22 Zu weiteren Differenzierungskriterien im Gebrauchtwagenhandel *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1485 f. m.w.N.

23 Treffend *Hacker*, Manipulation by Algorithms. Exploring the Triangle of Unfair Commercial Practice, Data Protection, and Privacy Law, 4. Mai 2021, *European Law Journal* (im Erscheinen) (<https://ssrn.com/abstract=3835259> [Abruf 20.1.2022]); vgl. auch *Ezrachi/Stucke*, The rise of behavioural discrimination, 37(12) *European Competition Law Review* 2016, 485 (485 f.); *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224.

24 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

Wenn jemand Sprachassistenten wie Alexa nutzt, ist denkbar, dass Unternehmen zudem das im Alltag Gesprochene mitschneiden.²⁵ Zudem können Internethändler auslesen, von welcher Seite man auf ihre Seite gelangt²⁶ sowie welches Endgerät und welchen Browser man nutzt.²⁷ Die Händler haben zudem die Möglichkeit, Daten von anderen Internetunternehmen zu erwerben. Die dabei anfallenden Datenmengen können im zweiten Schritt mithilfe von Algorithmen mit dem Ziel, präzise und differenzierte Aussagen über die Konsumbereitschaft des Einzelnen zu gewinnen, verarbeitet werden.²⁸ Die genutzten Korrelationen können denkbar ausgefallen und subtil sein – so sorgte z. B. in den USA die Nachricht für Aufsehen, dass ein Kreditkartenanbieter potenzielle Kunden danach sortiert, ob sie Filzgleiter nutzen.²⁹ Die Logik war: Wer Filzgleiter nutzt, hat wahrscheinlich die finanziellen Mittel, sich eine Wohnung mit einem schönen Holzboden zu leisten und ist deswegen kreditwürdig.

C. Wohlfahrtsökonomische Analyse

Angenommen den Unternehmen gelingt es, durch diese Methoden jedem Konsumenten den Höchstbetrag abzunehmen, den er zu zahlen bereit ist. Was bedeutet das nun wohlfahrtsökonomisch?

Zunächst ist der anzulegende Maßstab zu bestimmen. Es kommen im Wesentlichen vier Maßstäbe in Betracht. Zum einen kann die Maximierung der Gesamtwohlfahrt, also des Überschusses von Kon-

25 *Ezrachi/Stucke*, Is Your Digital Assistant Devious?, Oxford Legal Studies Research Paper No. 52/2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828117 [Abruf 20.1.2022]); *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

26 *Mikians/Gyarmati/Erramilli/Laoutaris*, Detecting price and search discrimination on the Internet, Hotnets '12, 29.-30. Oktober 2012, 5 – 6 (<http://conferences.sigcomm.org/hotnets/2012/papers/hotnets12-final94.pdf> [Abruf 20.1.2022]).

27 *Schofield*, Personalized pricing in the digital era, *Compet. Law J.* 2019, Vol. 18, No. 1, 35 (39).

28 *Gleixner*, New Deal for Consumers, *VuR* 2020, 417 (417); *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 49 ff; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, 447 (454).

29 *Strahilevitz*, Toward a Positive Theory of Privacy Law, 126 *Harvard Law Review* 2013, 2010 (2021).

sumenten *sowie* Produzenten, zugrunde gelegt werden.³⁰ Andererseits könnte man speziell auf die Konsumentenwohlfaht, also allein den Überschuss der Konsumenten, oder allein auf die Produzentenwohlfaht blicken. Viertens könnte man einen Maßstab der Verteilungsgerechtigkeit anlegen.³¹ Bei letzterem ließe sich argumentieren, dass die personalisierte Preisdifferenzierung Ressourcen von zahlungsstarken zu zahlungsschwächeren Konsumenten leitet. Die personalisierte Preisbildung könnte auf diese Weise eine sozialstaatliche Funktion erfüllen. Fraglich ist aber, ob die Preisbildung im Privatrecht der richtige Ort für eine Umverteilung ist. Insbesondere ist nicht klar, dass auch tatsächlich die leistungsschwächeren Konsumenten bevorteilt werden. Es könnte auch sein, dass gerade diejenigen Konsumenten, die viel konsumieren, also trotz geringer Leistungsfähigkeit leistungsbereit sind, hohe Preise zahlen würden.³² Der Blick nur auf die Konsumenten- oder Produzentenwohlfaht folgte einer ähnlichen Verteilungslogik. Dagegen spricht also ebenso das genannte Argument. Für diese Betrachtung soll daher der Maßstab der Maximierung der Gesamtwohlfaht zugrunde gelegt werden.

Daneben ist auf eine weitere Vorannahme hinzuweisen. Die folgenden Erwägungen setzen bestimmte wirtschaftliche Bedingungen voraus.³³ Zum einen, dass die Konsumenten, denen unterschiedliche Preise angeboten werden, keine Arbitrage betreiben, d. h. günstig erworbene Waren nicht an andere Konsumenten weiterverkaufen.³⁴ Zum anderen müssen die Internethändler über ein gewisses Maß an Marktmacht verfügen, damit es keine Möglichkeit für die Konsumenten gibt,

30 Vgl *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

31 Dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl. (Tübingen 2015) 273 ff.

32 *Schofield*, Personalized pricing (Fn 27) 37; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226; vgl *Zurth*, Personalisierte Preise, AcP 221 (2021), 514 (527); *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, VuR 2016, 403 (405); *Obergfell*, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel, ZLR 2017, 290 (294 f).

33 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224; *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 294 f; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 530.

34 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224; *Locher*, Personalisierte Preise (Fn 12) 294 f; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 530 f.

auf günstigere Wettbewerber auszuweichen.³⁵ Hieran knüpfen Fragen des Kartellrechts an, die hier nicht weiter betrachtet werden.³⁶

Auf dieser Grundlage soll eine Marktsituation mit personalisierter Preisdifferenzierung im Vergleich zu einer solchen mit Einheitspreisen veranschaulicht werden.³⁷

I. Marktsituation mit Personalisierung

Angenommen es ist eine Situation gegeben, bei der es vier potenzielle Käufer gibt, die bereit sind 10, 8, 6 bzw. 4 € für eine Ware zu zahlen. Das sind ihre jeweiligen Reservationspreise. Auf der anderen Seite kostet es den Unternehmer 5 €, eine weitere Ware herzustellen. Das sind seine Grenzkosten.³⁸ Kann der Unternehmer nun seine Preise personalisieren, würde er drei Waren herstellen und sie für 10, 8 und 6 € an drei der Interessenten verkaufen. Nur der vierte Interessent bewertet die Ware unter ihren Grenzkosten. Er erhält deshalb kein Kaufangebot, das seinem Reservationspreis entspricht. Der Unternehmer hätte in diesem Beispiel einen Umsatz von 24 € ($10 + 8 + 6$), Kosten von 15 € ($5 + 5 + 5$) und einen Gewinn von 9 € ($24 - 15$). Zudem sind alle Käufer zufrieden, die bereit sind, mehr als die Grenzkosten für die Ware zu zahlen. Es gäbe zwar eine Wohlfahrtsverschiebung von den Käufern zu dem Verkäufer, denn dieser schöpft den Überschuss jeder der drei Transaktionen ab.³⁹ Die Käufer erhalten demgegenüber immer genau einen Nutzen in Höhe des Preises, den sie bezahlen. Einen Wohlfahrtsverlust gäbe es aber nicht, denn jede der drei Überschuss erzeugenden Transaktionen findet statt.⁴⁰

35 Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 224; Locher, Personalisierte Preise (Fn 12) 294 f; Zurth, Personalisierte Preise (Fn 32) 531 f.

36 Dazu Zurth, Die kartellrechtliche Bändigung von Preisalgorithmen, ZWeR 2021, 361.

37 Angelehnt an das Beispiel bei Levmore/Fagan, End of Bargaining (Fn 16) 1509 ff.

38 Vgl instruktiv Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse (Fn 8) 54 ff.

39 Vgl Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

40 Vgl Levmore/Fagan, End of Bargaining (Fn 16) 1509 ff; Varian, Mikroökonomik (Fn 7) 532 ff.

II. Marktsituation mit Einheitspreisen

Unter der Annahme von Einheitspreisen ändert sich das. Der Verkäufer würde nun nicht mehr drei, sondern zwei Waren herstellen. Warum ist das so? Wenn er drei Waren verkaufen will, müsste er einen Einheitspreis von 6 € akzeptieren. Denn der dritte Interessent ist nur bereit, 6 € zu zahlen. Um die dritte Ware zu verkaufen, müsste der Verkäufer den Preis entsprechend nach unten drücken.⁴¹ Er hätte einen Umsatz in Höhe von 18 € ($6 + 6 + 6$), Kosten von 15 € ($5 + 5 + 5$) und somit nur einen Gewinn von 3 € ($18 - 15$). Er profitiert mehr, wenn er lediglich zwei Waren herstellt und sie für 8 € verkauft. Dann machte er nämlich einen Umsatz von 16 € ($8 + 8$), hat Kosten von 10 € ($5 + 5$) und damit einen Gewinn von 6 € ($16 - 10$). Sein Gewinn verdoppelt sich.

In diesem Fall würde die Konsumentenrente – also der von den Konsumenten vereinnahmte Überschuss der Transaktionen – zwar nicht vollständig von dem Verkäufer abgeschöpft werden, sondern vielmehr teilweise auch den Konsumenten zugutekommen. So erzielt der Konsument, der bereit ist, 10 € zu zahlen, einen Überschuss von 2 €. Das Problem liegt aber in der dritten Transaktion mit dem Käufer, der nur bereit ist, 6 € zu zahlen. Dieser Warenaustausch unterbliebe bei einem Einheitspreis, obwohl er für die Gesamtwohlfahrt positiv wäre, denn es wird auch hier ein Überschuss von 1 € erzeugt. Es entstünde also ein Wohlstandsverlust.⁴²

Wohlfahrtsökonomisch ist dies das Hauptargument für die personalisierte Preisdifferenzierung.⁴³

III. Kosten

Jedoch gibt es eine Reihe von weiteren ökonomischen Erwägungen, die diese Bilanz nicht nur ins Wanken bringen, sondern umkehren dürften.

41 Varian, Mikroökonomik (Fn 7) 531.

42 Ebd.

43 Levmore/Fagan, End of Bargaining (Fn 16) 1509 ff; Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226; Hofmann, Der maßgeschneiderte Preis, WRP 2016, 1074 (1076); Zurth, Personalisierte Preise (Fn 32) 526; Miller, Price Discrimination (Fn 14) 63.

1. Unmittelbare Kosten der personalisierten Preisdifferenzierung

Zum einen kostet die Umsetzung der Strategie.⁴⁴ Unternehmen müssen Informatiker beschäftigen, die sich mit der Entwicklung von Algorithmen befassen. Die Mühen dienen nur dazu, stets den gesamten Überschuss von Verkaufstransaktionen abzuschöpfen. Unternehmer hätten einen materiellen Anreiz, knappe Ressourcen dafür einzusetzen, dem Konsumenten seine Rente abzunehmen.⁴⁵ Hinzu kommt, dass Unternehmen ihre besondere Preispolitik wohl aufwändig verschleiern würden, um ihre Reputation zu schützen.⁴⁶

2. Auswirkungen auf das Konsumentenverhalten

Der Hauptgrund, weshalb personalisierte Preisdifferenzierung auf Dauer nicht die Wohlfahrt fördern dürfte, liegt aber vermutlich darin, dass die Konsumenten diese Preisstrategie als höchst ungerecht empfinden.⁴⁷ Menschen vergleichen sich und sie beurteilen den Wert eines Geschäfts immer auch im Vergleich zu anderen.⁴⁸ Eine Leistung, die sie erwerben, verliert wesentlich an subjektivem Nutzen, wenn ein anderer für sie weniger zahlt.⁴⁹ Studien zeigen, dass Konsumenten in vergleich-

44 *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 491, zählt folgende Aufgaben auf: “tracking consumers; collecting data on their behaviour; segmenting them into groups; identifying their demand elasticities; reducing market transparency; increasing consumers’ search costs; preventing arbitrage; limiting the growth of anti-tracking technology; creating lengthy, tedious privacy statements; setting the individuals’ privacy defaults as opt-in; and lobbying against greater privacy protections”; siehe auch *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 529.

45 Vgl *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 491.

46 *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 491.

47 BT-Drs. 19/9772; *Haws/Bearden*, Dynamic Pricing and Consumer Fairness Perceptions, 33 J. Consumer Research 2006, 304 (306 ff); vgl *Richards/ Liaukonyte/ Steletskaya*, Personalized Pricing and Price Fairness, 44 J. Ind. Org. 2016, 138; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

48 Grundlegend *Loewenstein/ Thompson/Bazerman*, Social Utility and Decision Making in Interpersonal Contexts, Journal of Personality and Social Psychology, 1989, VI. 57, No. 3, 426; siehe auch *Xia u. a.*, The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions, 68 J. MKTG, 2004, 1 (2 f); *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 85.

49 *Loewenstein/Thompson/Bazerman*, Social Utility (Fn 48) 438.

baren Ungleichheitssituationen teilweise selbst ihr eigenes Geld einsetzen, nur um als ungerecht empfundene Unterschiede auszugleichen.⁵⁰ Besonders starke Ungerechtigkeitsempfindungen erfahren Konsumenten zudem, wenn die Gründe für die Ungleichbehandlung für sie – wie für gewöhnlich im Fall von BDAI-gestützten Preisen⁵¹ – nicht erkennbar oder verständlich sind.⁵² Auch speziell, wenn es um personalisierte Preisdifferenzierung geht, sprechen die Studien, die dazu unternommen worden sind, eine eindeutige Sprache: Stets empfanden über 90 % der Konsumenten die personalisierte Preisdifferenzierung als unfair.⁵³

Dieser Befund geht mit unterschiedlichen Reaktionen der Konsumenten einher, die der Gesamtwohlfahrt abträglich sind.

a) Entmutigung

Die empfundene Ungerechtigkeit entmutigt Konsumenten. Entmutigung von Marktteilnehmern ist eine leicht zu übersehende Ineffizienz am Markt.⁵⁴ Aus Angst, übervorteilt zu werden, wird ein Teil der Käufer Geschäfte mit großen Internetanbietern meiden.⁵⁵ Hinzu kommt, dass Käufe nicht nur aus Angst vor Übervorteilung, sondern auch aus Sorge um die Privatsphäre unterlassen werden.⁵⁶ Nicht überzeugend

-
- 50 *Wobker/Rampl/Kenning*, Kundenneid: Wenn aus Differenzierung Diskriminierung wird, in: *marke41*, Das Marketing Journal, 2012 Nr. 5, 52–56.
- 51 *Graf von Westphalen*, Verzweifelte Suche nach der verlorenen Vertragsfreiheit, ZIP 2020, 437 (441); *Schofield*, Personalized pricing (Fn 27) 38; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 293 f; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 406.
- 52 *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 86; *Kahneman u. a.*, Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 Am. Econ. Rev. 1986, 728 (734–736); *Spiekermann*, Individual Price Discrimination – An Impossibility?, (http://www.isr.uci.edu/pep06/papers/PEP06_Spiekermann.pdf [Abruf 20.1.2022]).
- 53 Zusammenfassend Europäische Kommission, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, Executive Summary (Juni 2018) 6; vgl auch *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 406.
- 54 *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1471.
- 55 Vgl auch *Kahneman u. a.*, Fairness (Fn 52) 736; zur Entmutigungswirkung instruktiv *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1479.
- 56 Darauf abstellend *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 528.

lässt sich dagegen einwenden, dass die Reaktion der Konsumenten auf andere kommerzielle Verwertungen von Big Data erfahrungsgemäß eher gemäßigt ausfällt und deshalb auch bei personalisierten Preisen keine wesentliche Entmutigungswirkung zu erwarten ist. Denn andere Verwertungsarten, wie z. B. personalisierte Werbung, werden nicht als so unfair empfunden wie Preisdifferenzen.⁵⁷ In einer auf die Konsumentenpräferenzen zugeschnittenen Werbung könnten die Konsumenten z. B. sogar einen Vorteil sehen, weil sie ihrem Auswahlparadox abhilft.⁵⁸

b) Informationskosten

Ein Teil der Konsumenten wird sich des Weiteren genau darüber informieren, welche Unternehmen mit den Preisstrategien arbeiten.⁵⁹ Sie werden sich darüber austauschen, welche Preise andere Konsumenten gezahlt haben, und sich im Internet über die Händler informieren. Es würden sich Intermediäre herausbilden, die die nachgefragten Vergleichsinformationen sammeln und aufbereiten.⁶⁰ Im Anschluss an die Information werden Konsumenten teilweise weitere Kosten in Kauf nehmen, um den unfair agierenden Anbietern auszuweichen, etwa auf private oder kleinere Anbieter. Auch das sind beachtliche Kosten.

c) Wetttrüsten

Drittens würde sich ein Teil der technisch versierten Konsumenten dazu entscheiden, den Internetunternehmen mit eigenem Aufrüsten

57 Das oben erläuterte Ungerechtigkeitsgefühl knüpft zentral an die Preisunterschiede an.

58 Vgl. *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 222; zum Auswahlparadox siehe *Schwartz*, *The Paradox of Choice: Why More Is Less* (New York 2004).

59 Zur Verschwendung durch Informationskosten aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht siehe z.B. *Stigler*, *The Economics of Information*, 69 *J. Pol. Econ.*, 1961, 213; *Hirshleifer*, *The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity*, 61 *Am. Econ. Rev.*, 1971, 561.

60 *Schäfer*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz, *AcP* 221 (2021), 32 (57); *Levmore/Fagan*, *End of Bargaining* (Fn 16) 1473.

zu trotzen.⁶¹ Es werden bereits jetzt entgeltlich extra dafür angepasste VPN- und TOR-Lösungen zur Anonymisierung angeboten.⁶² Als Reaktion darauf werden die Internethändler wiederum ihre eigenen Abwehranstrengungen erhöhen – es entsteht ein kostspieliges Wettrüsten.⁶³

Von großer Bedeutung ist bei alledem: All diese Kostenpositionen entstehen theoretisch bei jedem einzelnen Konsumenten.⁶⁴ Insgesamt dürften schwer abschätzbare, aber in jedem Fall enorme Gesamtkosten entstehen.

Auch wenn eine präzise mathematische Klärung der wohlfahrtsökonomischen Folgen von personalisierten Preisen kaum möglich ist,⁶⁵ überzeugt nicht, dass der anfangs im Modell erläuterte Wohlfahrtsvorteil all die genannten Nachteile aufwiegt.⁶⁶ Auch ökonomisch wird es auf lange Sicht nicht vorteilhaft sein, ein Marktverhalten, das Konsumenten als zutiefst ungerecht empfinden, zu akzeptieren, weil es bei der Annahme rationaler Marktteilnehmer einen Wohlfahrtsvorteil bringen müsste. Ökonomisch nachhaltig dürfte hier vielmehr nur sein, was auch der Konsument im Wesentlichen als fair anerkennt.

D. Ausgewählte verfassungsrechtliche Aspekte

Neben der wohlfahrtsökonomischen Sichtweise soll zudem ein verfassungsrechtliches Problem der personalisierten Preisdifferenzierung beleuchtet werden. Verfassungsrechtlich standen bisher vor allem Art. 3

61 *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 51; *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 67; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 239; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 529; Vgl auch *Gal/Elkin-Koren*, Algorithmic Consumers, 30 Harv. J. of Law & Technology 2017, 1.

62 Vgl *Gal/Elkin-Koren*, Algorithmic Consumers (Fn 61); *Paal*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing, GRUR 2019, 43 (46).

63 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 226 u. 240, sprechen von einem Gefangenendilemma; *Miller*, Price Discrimination (Fn 14) 67.

64 Vgl *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1475.

65 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

66 Im Ergebnis tendenziell ebenso *Ezrachi/Stucke*, behavioural discrimination (Fn 23) 490 f; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 295; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 227; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 406; zurückhaltender *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 530.

GG⁶⁷ und das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung der informationellen Selbstbestimmung im Vordergrund der Diskussion.⁶⁸ Art. 3 GG lässt sich eventuell über die Stadionverbot-Entscheidung⁶⁹ für die hier aufgeworfene Frage fruchtbar machen, ebenso wie über dessen Konkretisierungen im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.⁷⁰ Die informationelle Selbstbestimmung determiniert daneben vor allem datenschutzrechtliche Fragen, die nicht im Vordergrund dieses Beitrags stehen.

I. Schutzpflichten aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Bisher allerdings nicht ausreichend berücksichtigt ist die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Recht des Einzelnen auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, also dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in dem im Folgenden dargestellten Aspekt. Der Staat muss aufgrund seiner Schutzpflichten eine Privatrechtsordnung gewährleisten, welche die Bedingungen dafür schafft, dass der Einzelne seine Persönlichkeit frei entfalten kann.⁷¹ Dabei muss er ihn auch im privaten Verkehr vor den Gefährdungspotenzialen moderner technischer Kommunikationsvorgänge schützen.⁷²

Treibt man die personalisierte Preisdifferenzierung einmal auf die Spitze und stellt sich vor, dass sie zur Regel wird,⁷³ ist Folgendes zu bemerken: Der Einzelne müsste befürchten, dass alles, was er tut, was eine digitale Fußspur hinterlässt, zu handgreiflichen Nachteilen für ihn führen kann – zu höheren Preise. Dabei sind die betroffenen

67 Hierzu *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 536 ff m.w.N.

68 Statt vieler *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 536 ff; siehe auch *Hennemann*, Die personalisierte Vertragsanbahnung, AcP 2019, 818 (830 ff).

69 BVerfG NJW 2018, 1667 (1669); siehe dazu *Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901; siehe auch *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 830 f.

70 *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 537 m.w.N.

71 *Di Fabio* in Maunz/Dürig, 94. EL Januar 2021, GG Art. 2 Abs. 1 Rn 135.

72 *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 147 und zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts unter Privaten *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 189 ff.

73 Dies ist gegenwärtig (noch) nicht der Fall, siehe BT-Drs. 16/9772, 3; Europäische Kommission, Consumer market study (Fn 53); ausführlich dazu *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 520 ff.

Informationen hochgradig persönlich.⁷⁴ Vielleicht surft eine Person regelmäßig auf Internetseiten für bestimmte Luxuswaren – dies könnte sich nachteilig auf ihre personalisierten Preise auswirken. Ein anderer kann sich beim Online-Shopping von Kleidungsartikeln nicht beherrschen und neigt dazu, zu viel auszugeben. All das würden die Unternehmen nutzen und gegen den Einzelnen verwenden.⁷⁵ Ergebnis wäre letztlich ein von Unternehmen umgesetztes Social Scoring und eine Form des Überwachungskapitalismus⁷⁶, dem sich der Konsument nur schwer entziehen könnte. Der Konsument würde sich in der Folge stets latent eingeschüchtert fühlen und sich im Internet nicht mehr frei entfalten können. Der Nobelpreisträger Paul Krugman hat bereits im Jahre 2000 in seiner New York Times Kolumne das Problem auf den Punkt gebracht: *“dynamic pricing is [...] undeniably unfair: some people pay more just because of who they are.”*⁷⁷

Die Bedeutung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht hängt dabei von der konkreten Art der kommerziellen Verwendung von Big Data ab. Verwendungen wie Werbung dürften die Konsumenten weniger einschüchtern, weil sie keine konkret fassbaren Nachteile befürchten müssen. Es wird dem Konsumenten leichter fallen, sich mit einer auf ihn zugeschnittenen Werbung abzufinden, als mit höheren Preisen.

II. Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit

Zudem soll ein weiterer Aspekt mit einem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt beleuchtet werden, der nicht nach der Gebotenheit, sondern nach der Zulässigkeit der Regulierung fragt. Teilweise wird die Vereinbarkeit einer stärkeren Regulierung mit dem Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit in Abrede gestellt.⁷⁸ Die Preisgestaltungsfrei-

74 Vgl. BT-Drs. 19/9772, 4.

75 Vgl. Wagner/Eidenmüller, Falle der Algorithmen (Fn 8) 223.

76 Vgl. Zuboff, Shoshana, Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization, Journal of Information Technology (2015) 30 (75) (<https://ssrn.com/abstract=2594754> [Abruf 20.1.2022]).

77 Krugman, Reckonings; What Price Fairness?, New York Times, 4. Oktober 2000 (<http://www.ny-times.com/2000/10/04/opinion/reckonings-what-price-fairness.html> [Abruf 20.1.2022]).

78 So insb. Hennemann, Vertragsanbahnung (Fn 68) 838, 842, 844 u. 854, „Die vorgenannten Regulierungsvorschläge zu den Preissetzungsmodalitäten dro-

heit ist Bestandteil der Inhaltsfreiheit,⁷⁹ die wiederum Teil der Vertragsfreiheit⁸⁰ und damit verfassungsrechtlich durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁸¹ und die unternehmerische Betätigungsfreiheit (Art. 12 GG) geschützt ist.⁸² Verfassungsrechtlich ist die Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit bei der personalisierten Preisdifferenzierung jedoch rechtfertigungsfähig, weil bei dieser die Vertragsparität gestört ist.⁸³ Diese Schranke der Vertragsfreiheit rechtfertigt bereits auch andere zivilrechtlichen Institute, wie etwa das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB).⁸⁴ Überdies hat das Leitbild der Preisgestaltungsfreiheit im Wesentlichen zu einer Zeit Eingang in die zivil- und wirtschaftsrechtliche Dogmatik gefunden, als BDAI-gestützte Preisstrategien noch nicht existierten.⁸⁵ Absolute Preisgestaltungsfreiheit lässt sich überzeugend anführen in einem Handel, der eine im Wesentlichen gleichberechtigte Preisverhandlung beinhaltet oder bei dem funktionierende Marktmechanismen die Preisbildung bestimmen.⁸⁶ Davon ist im BDAI-gestützten Internethandel jedoch wenig übriggeblieben.⁸⁷ Wegen der geänderten empirischen Grundlage muss auch das Dogma der Preisgestaltungsfreiheit an die neuen Realitäten angepasst werden.⁸⁸ Die Regulierung der personalisierten Preisdifferenzierung ist deshalb eine verfassungsrechtlich zuläs-

hen (schleichend) zu einer Erosion der Grundfesten der Preisgestaltungsfreiheit zu führen“; siehe auch *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 57; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 409.

79 *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 830; *Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis (Fn 43) 1081; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 296; siehe auch *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 107 u. 125.

80 Grundlegend *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II., 4. Aufl. (1992) § 1.

81 Statt vieler *Di Fabio* (Fn 71) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 101.

82 *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 830.

83 Vgl *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 47 f.

84 Vgl *Grüneberg*, in Palandt, 80. Aufl. (München 2021) Überbl. v. § 305, Rn 7 ff; *Di Fabio* (Fn 68) GG Art. 2 Abs. 1 Rn 107.

85 Vgl z.B. BGH GRUR 1958, 487 (489); NJW-RR 1989, 356 (356).

86 Vgl *Mohr*, Wettbewerbsrecht und Ökonomie im digitalen 21. Jahrhundert, ORDO 69 (2018), 259 (263 ff); *Mendelsohn*, Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857 (861).

87 Vgl *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 47 f.

88 Vgl *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation (Tübingen 2016) 527 ff zum „Dreischritt zur Umsetzung von Wandel bei der Auslegung und Anwendung geltender Normen“.

sige und rechtsdogmatisch konstruierbare Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit.

Ebenso wie die wohlfahrtsökonomische Betrachtung sprechen damit auch verfassungsrechtliche Aspekte für die Zulässigkeit und Gebotenheit einer Regulierung der personalisierten Preisdifferenzierung.

E. *Geltendes Recht*

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Europäische Union hier jüngst tatsächlich tätig geworden ist. Sie hat die Informationspflichten im Verbraucherrecht um den Hinweis auf die personalisierte Preisdifferenzierung ergänzt. Nach Art. 4 Abs. 4 lit. a) Ziff. ii) der Richtlinie (EU) 2019/2161 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union vom 27. November 2019 wird Art. 6 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/38/EU) erweitert. Danach ist der Verbraucher im Fernabsatz und bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen zu unterrichten, wenn der Preis auf Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert ist. In ErwG 45 der Richtlinie (EU) 2019/2161 heißt es erläuternd, dass die Verbraucher eindeutig darauf hingewiesen werden sollen, wenn der ihnen angebotene Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert worden ist, damit sie die möglichen Risiken bei ihrer Kaufentscheidung berücksichtigen können. Die Hinweispflicht in Art. 6 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/38/EU) wurde als Unterbuchstabe *ea*) eingefügt. Dadurch wird der Hinweis auch von Art. 8 Abs. 2 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/38/EU) in Bezug genommen, also von jener Norm, die bestimmte der in Art. 6 genannten Informationen dahingehend qualifiziert, dass auf sie in klarer und hervorgehobener Weise hinzuweisen ist, unmittelbar bevor der Verbraucher seine Bestellung tätigt.⁸⁹ Gem. Art. 7 der Richtlinie (EU) 2019/2161 müssen die

89 Möglicherweise a. A. *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 420; im Ergebnis zustimmend, aber in der Begründung abweichend *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 543, nach dem ein funktionales Verständnis der Richtlinienvorgabe, auch wenn man lediglich Art. 6 Abs. 1 Verbraucherrichtlinie anwendet, einen Hinweis in unmittelbarer Nähe zur Preisangabe verlange.

Maßnahmen bis zum 28. November 2021 umgesetzt und ab dem 28. Mai 2022 angewandt werden.

Der deutsche Regierungsentwurf sieht vor, die Informationspflicht in § 312d BGB i. V. mit Art. 246a EGBGB sowie § 312j Abs. 2 BGB umzusetzen.⁹⁰ Wegen der Anwendbarkeit des § 312j Abs. 2 BGB genügt es nicht, wenn in den AGB auf die Personalisierung hingewiesen wird.⁹¹ Vielmehr muss der Hinweis in räumlicher Nähe zur Schaltfläche oder zum Preis angezeigt werden.⁹²

Im Lichte der Neuregelung muss die Anwendbarkeit und Auslegung der bisher vor allem diskutierten anderen Rechtsinstitute neu beurteilt werden.⁹³ Bevor der Gesetzgeber tätig geworden ist, sind unterschiedliche Ansätze diskutiert worden, um der personalisierten Preisdifferenzierung Herr zu werden. Im Zentrum stand dabei die wettbewerbsrechtliche Vorschrift des § 5a Abs. 2 UWG. Die personalisierte Preisdifferenzierung wurde als „wesentlich“ im Sinne der Vorschrift angesehen.⁹⁴ Daneben sind u. a. die Sittenwidrigkeit⁹⁵ und die vorvertragli-

90 Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.

91 *Tonner in Brönneke/Föblich/Tonner* (Hg), Das neue Schuldrecht, 1. Aufl. (2022), § 9 Rn 24.

92 *Wendehorst*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl. (München 2019) § 312j Rn 15 ff.

93 Zum hier nicht untersuchten Datenschutzrecht zuletzt *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32), 538 ff m.w.N. Zum Kartellrecht siehe *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; *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 548 f.

94 *Hofmann*, Der maßgeschneiderte Preis (Fn 43) 1080 f; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 407 f; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 298; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise (Fn 28) 452.

95 Für die Sittenwidrigkeit *Klock*, Unconscionability and Price Discrimination, *Tenn. L. Rev.* 66 2002, 317 (375 f); *Graf von Westphalen*, Vertragsfreiheit (Fn 51) 442 u. 445: „Mathematiker und hoch spezialisierte Techniker haben ihn [den Algorithmus] ersonnen, oft schon mit den Mitteln der Künstlichen (selbstlernenden) Intelligenz, getrieben aber stets von dem Willen, den einzelnen Nutzer immer mehr und immer länger in den Griff zu bekommen, ihn – im amerikanischen Sprachgebrauch gewertet – zu ‚engagieren‘. Genau auf einer so

chen Informationspflichten aus der *culpa in contrahendo*, §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB,⁹⁶ diskutiert worden.⁹⁷

Nachdem der Gesetzgeber nun das Zepter an sich genommen hat, wird man diese Ansätze aber grundsätzlich richtlinienkonform entsprechend den verbraucherrechtlichen Informationspflichten auslegen müssen.⁹⁸ Für § 5a Abs. 2 UWG ist der Gleichlauf der Informationspflichten zudem in § 5a Abs. 4 UWG gesetzlich geregelt.⁹⁹ Wegen des eingeschränkten Anwendungsbereichs der §§ 312 ff. BGB bleibt dem § 5a Abs. 2 UWG eine eigene Anwendungsmöglichkeit für die nicht von der Verbraucherrechtlinie umfassten Bereiche.¹⁰⁰ Dabei erscheint es zweckmäßig, die inhaltlichen Anforderungen den neu eingeführten Informationspflichten anzugleichen. Für den Tatbestand der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB bleiben eventuell noch Einzelfälle, in denen der Konsument in besonders anstößigem Maße Opfer der personalisierten Preisdifferenzierung wird.¹⁰¹ Das ist etwa denkbar, wenn die Preisstrategie mit Manipulationstechniken verknüpft wird. Die BDAI-basierte personalisierte Preisdifferenzierung kann aber jeden-

konstruierten, uns nicht bekannten und auch nicht erkennbaren Wirkweise beruht die faktische, die manipulative Macht der personalisierten Algorithmen über unseren freien Willen. Dürfen wir also dieses Phänomen noch mit belastbaren Gründen einen Vertrag im Sinn der Rechtsgeschäftslehre nach den §§ 145 ff BGB nennen?“; vgl auch *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 39.

96 *Spindler/Seidel*, Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, NJW 2018, 2153 (2155 ff); *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 45 ff; zum Verhältnis der §§ 312 ff BGB zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB siehe *Thüsing*, in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, 31.07.2021 (Berlin) § 138 Rn 23.

97 Für eine umfassende Diskussion der allgemeinzivilrechtlichen Ansätze siehe *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 829 ff.

98 Zur richtlinienkonformen Auslegung siehe *Roth/Jopen*, Die richtlinienkonforme Auslegung, in Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis (Berlin 2015) 263; *Grüneberg*, in Palandt, 80. Aufl. (München 2021) Einleitung Rn 43; die nationalen Gerichte müssen das gesamte nationale Recht einschließlich der Generalklauseln möglichst zur vollen Wirksamkeit der Richtlinie auslegen; siehe dazu auch *Ritter*, Europarechtsneutralität mitgliedstaatlicher Generalklauseln, NJW 2012, 1549.

99 *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 544 f.

100 Vgl *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 545.

101 Zum Verhältnis der §§ 312 ff BGB zur Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB siehe *Thüsing* (Fn 96) § 138 Rn 16.

falls nicht mehr im Sinne einer eigenen Fallgruppe als sittenwidrig angesehen werden.¹⁰²

F. Bewertung – verbleibender Regulierungsbedarf?

Wie sind die Neuerungen zu bewerten? Es ist zunächst zu begrüßen, dass sich der Gesetzgeber des Themas angenommen hat. Denn der Gesetzgeber besitzt im Gegensatz zu den Gerichten die Systemherrschaft, die ihm erlaubt, derartige gesamtwirtschaftliche und -gesellschaftliche Anpassungsprozesse, wie die fortschreitende unternehmerische Nutzung von BDAI, zu steuern und zu gestalten.¹⁰³ Insbesondere sind mit dem Thema schwierige ökonomische Fragen verbunden, die am besten durch den Gesetzgeber beurteilt werden können und sollten.¹⁰⁴

I. Bewertung der Neuregelung

Konkret zur Änderung ist anzumerken, dass die Umsetzung in § 312j Abs. 2 BGB überzeugt. Denn ein bloßer Hinweis in den AGB, wie es für die übrigen Angaben nach § 312d BGB genügt,¹⁰⁵ würde wohl keinen großen Effekt haben.¹⁰⁶

Nicht ausreichend könnte die neue Regelung aber aus zwei Gründen sein: zum einen wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs, zum anderen wegen ihrer beschränkten Wirkung. Es erscheint wahrscheinlich, dass der Anwendungsbereich der Verbraucherrichtlinie jedenfalls in Zukunft dem Phänomen der personalisierten Preisdifferenzierung nicht vollständig gerecht werden wird.¹⁰⁷ Es ist nicht ersicht-

102 Auch der erste Satz des ErwG 45 der Richtlinie (EU) 2019/2161 geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit der personalisierten Preisdifferenzierung aus.

103 Vgl. Wank, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Berlin 1978), 193.

104 Vgl. hierzu Eidenmüller, Effizienz (Fn 31) 422.

105 Gleixner, New Deal for Consumers (Fn 28) 420; Wendehorst (Fn 92) § 312d Rn 71.

106 Vgl. Gesetzesentwurf (Fn 90) 35; siehe auch Schofield, Personalized pricing (Fn 27) 35 u. 38 f.

107 Gleixner, New Deal for Consumers (Fn 28) 419, der das Schutzniveau durch den eingeschränkten Anwendungsbereich als deutlich eingeschränkt ansieht; siehe auch Zurth, Personalisierte Preise (Fn 32) 545, der demgegenüber den

lich, weshalb bei den aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommenen Bereichen, z. B. bei Beförderungsverträgen oder bei der Lieferung von Lebensmitteln des täglichen Bedarfs, der Einsatz personalisierter Preise abweichend beurteilt werden sollte.¹⁰⁸ Insbesondere aber könnte in Zukunft auch der stationäre Handel mit Hilfe von elektronischen Preisschildern und Apps von personalisierten Preisen betroffen sein.¹⁰⁹ Mit dem geltenden Recht, vor allem § 5a Abs. 2 UWG, ließe sich diesen Lücken zwar beikommen, wenn das Phänomen in Zukunft an Bedeutung gewinnt. Es erscheint aber wünschenswert, dass der Gesetzgeber nachjustiert.

Daneben ist fraglich, ob die Informationspflicht, wie sie nun umgesetzt werden soll, ausreichend wirksam ist. Einem wesentlichen Teil der Konsumenten dürften die Hintergrundinformationen fehlen, um den Hinweis angemessen bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.¹¹⁰ Denn die Konsumenten erfahren nicht, wie die automatisierte Preisbildung funktioniert. Die Algorithmen und Kriterien hinter der Personalisierung bleiben für sie eine „black box“. Zudem erfahren sie nicht, welche Informationen über sie bei der Preisbildung genutzt werden und vor allem, wie persönlich diese sind.¹¹¹ Auch welche Auswirkungen ihre persönlichen Informationen und die Verarbeitungsweise auf den Preis haben, insbesondere ob sie benachteiligt oder bevorteilt werden, wird ihnen nicht bekannt. Den Konsumenten werden die konkret fassbaren Nachteile möglicher höherer Preise also nicht deutlich vor Augen geführt.¹¹² Dabei ist auch unklar, in welchem Ausmaß die Konsumenten die Informationen überhaupt wahrnehmen und bereit sind, sich mit ihnen zu befassen, zumal, wenn man bedenkt, dass

wesentlichen Regulierungsbedarf durch den Anwendungsbereich der Richtlinie gedeckt sieht.

108 *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 419.

109 Hierzu Gesetzesentwurf (Fn 90) 23; BT-Drs. 19/9772, 2; *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 239.

110 Vgl. *Ben-Shahar/Schneider*, The Failure of Mandated Disclosure, 159 U. Penn. L. Rev. 2011, 647; aA wohl *Tonner* (Fn 91) § 9 Rn 28.

111 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises, Critical Analysis of Law, Vol. 8, No. 1 (April 2021), 43 (56) (<https://ssrn.com/abstract=3826415> [Abruf 20.1.2022]).

112 *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 47 f.

sie daneben noch über vieles andere informiert werden.¹¹³ All das schränkt die Wirksamkeit der Informationspflicht ein.

Die Informationspflicht setzt prozedural an der Entscheidungsfindung des Konsumenten beim Vertragsabschluss mit dem Unternehmen an, indem sie die Bedingungen dafür schaffen soll, dass der Konsument ausreichend informiert ist, um eine autonome Entscheidung zu treffen. Eine solche Regelung hat den Vorteil, dass sie nicht substantiell in den Vertragsabschluss eingreift.¹¹⁴ Dadurch ist sie auch rechtspolitisch wesentlich weniger umstritten als ein substantieller Eingriff durch zwingendes Recht.¹¹⁵ Fraglich ist aber, ob ein prozeduraler Ansatz ausreicht, um das durch BDAI begründete Ungleichgewicht zwischen Konsumenten und Unternehmen aufzulösen. Denn den Konsumenten lediglich umfassender zu informieren, trägt dessen begrenzter Rationalität zu wenig Rechnung. Viele Konsumenten dürften bei ihren Kaufentscheidungen nicht in der Lage und/oder nicht bereit sein, sich mit komplexen Preisbildungsverfahren zu befassen.¹¹⁶ Auf ihre Autonomie zu bauen und nicht substantiell, etwa mit zwingendem Recht, einzugreifen, wird deshalb künftig weiter in Frage zu stellen sein.¹¹⁷

II. Regulierungsmöglichkeiten *de lege ferenda*

Davon ausgehend soll ein Blick auf andere Regulierungsmöglichkeiten geworfen werden.

Neben dem Hinweis auf die personalisierte Preisdifferenzierung als solcher ist denkbar, dass ein Referenzpreis angegeben werden muss,¹¹⁸

113 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 45; *Bawden/Robinson*, The Dark Side of Information: Overload, Anxiety and Other Paradoxes and Pathologies, 35 J. Info. Sci. (2009), 180.

114 *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität (Tübingen 2017) 427.

115 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 50.

116 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 45 und 59; *Howells*, The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information, 32 J.L. & Soc'y (2005), 349.

117 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 62 f; *Grochowski*, European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich, Yearbook of European Law, Vol. 39 (März 2021), 387 (414) (<https://ssrn.com/abstract=3920452> [Abruf 20.1.2022]).

118 *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, Personalisierte Preise (Fn 32) 408; *Obergfell*, Personalisierte Preise (Fn 32) 299.

also etwa alle Preise der letzten 30 Tage, oder wenn es mehr als zehn oder zwanzig Verkäufe gab, dann nur diese.¹¹⁹ Ebenfalls möglich ist eine Opt-out-Möglichkeit, mit der der Konsument die personalisierte Preisdifferenzierung abwählen kann.¹²⁰ Als das radikalste Mittel kommt daneben ein Verbot in Betracht.¹²¹ Bei einem Opt-out-Modell ist zu befürchten, dass der Konsument überfordert ist, weil er nicht weiß, welche genauen Konsequenzen seine Entscheidung hat. Die Angabe von Referenzpreisen ist praktisch wahrscheinlich nicht einfach umsetzbar, aber nicht unmöglich, dürfte aber deutlich wirksamer sein. Im Ergebnis wäre zu erwarten, dass viele Anbieter ihrer Reputation wegen ganz auf personalisierte Preise verzichten würden.¹²² Referenzpreise haben dabei – ebenso wie andere Informationsmodelle – den Vorteil, dass sie nicht substanziell in den Markt eingreifen, die Nutzung personalisierter Preise nicht gänzlich unterbinden und dadurch Flexibilität bieten, etwa für Märkte, in denen die Personalisierung ausnahmsweise Vorteile hat und darum akzeptiert wird. Die effektivste Regulierung ist ein gänztliches Verbot, das angesichts der oben dargestellten Argumente auch ein zulässiger Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit ist. Mit Blick auf die begrenzte Rationalität der Konsumenten und eines weiter zunehmenden Einflusses von BDAI auf die Entscheidungsfindung spricht viel für einen solchen substanziellen Eingriff in den Prozess des Vertragsabschlusses.

Auch wenn der Gesetzgeber mit einer Informationspflicht nun erst einmal weiter auf ein Informationsmodell setzt und damit ein ggf. zu mildes Mittel wählt, ist zu beachten, dass personalisierte Preise ge-

119 Zu konkreten Ausgestaltungsmöglichkeiten vgl. *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1488 ff.

120 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 228 f.; vgl. ferner *Gal*, Algorithmic Challenges to Autonomous Choice, 20. Mai 2017 (<https://ssrn.com/abstract=2971456>, 32 [Abruf 20.1.2022]). Ein solches speziell auf die Preisdifferenzierung bezogenes Opt-out-Recht ist mehr als die datenschutzrechtliche Einwilligung.

121 Vgl. *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 228; *Graf von Westphalen*, Vertragsfreiheit (Fn 51) 445; *Hennemann*, Vertragsanbahnung (Fn 68) 846 f.

122 *Schäfer*, Entscheidungsfreiheit (Fn 60) 57; vgl. *Levmore/Fagan*, End of Bargaining (Fn 16) 1523; *Tietjen/Flöter*, Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken gelten für Unternehmen?, GRUR-Prax 2017, 546 (548); vgl. *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 523; *Paal*, Algorithmic Pricing (Fn 62) 48.

genwärtig erst in einem sehr kleinen Maße tatsächlich umgesetzt werden.¹²³ Deshalb erscheint es angemessen, mit einer zurückhaltenden und wenig eingriffsintensiven Regulierung zu intervenieren und auch, soweit es noch geht, auf die Selbstregulierungskräfte des Marktes und den Wettbewerb zu hoffen.¹²⁴

G. Fazit

Personalisierte Preisdifferenzierung ist sowohl wohlfahrtsökonomisch als auch verfassungsrechtlich problematisch. Es spricht einiges dafür, diese Praxis ganz zu unterbinden.¹²⁵ Deshalb ist zu begrüßen, dass sich die EU des Themas angenommen hat. Wegen der geringen empirischen Relevanz der Marktpraktik erscheint gegenwärtig auch die Art und Weise der neuen Regulierung angemessen.¹²⁶ Die Weiterentwicklung von BDAI dürfte jedoch dazu führen, dass das Thema künftig an Bedeutung gewinnt und weiterer Regulierungsbedarf entsteht.¹²⁷ Dabei ist insbesondere zu hinterfragen, ob ein Informationsmodell, das auf die Autonomie der Konsumenten baut, weiterhin das richtige Regulierungsinstrument ist, und nicht vielmehr Instrumente, die der begrenzten Rationalität der Konsumenten stärker Rechnung tragen, in Betracht gezogen werden sollten.¹²⁸

123 BT-Drs. 16/9772, 3; RegE, BT-Drs. 19/27655, 24; Europäische Kommission, Consumer market study (Fn 53); ausführlich dazu *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32) 520 ff.

124 *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 245.

125 Vgl. *Graf von Westphalen*, Vertragsfreiheit (Fn 51) 445.

126 *Zurth*, Personalisierte Preise (Fn 32), 552 ff; kritischer *Gleixner*, New Deal for Consumers (Fn 28) 419 f.

127 Vgl. *Wagner/Eidenmüller*, Falle der Algorithmen (Fn 8) 225.

128 Vgl. *Grochowski* u. a., Algorithmic Transparency (Fn 111) 62 f; *Grochowski*, European Consumer Law after the New Deal (Fn 117) 414.