

FELIX RÜTZEL

Rechtsfragen
algorithmischer
Preisdiskriminierung

Internet und Gesellschaft

28

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft
Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettemann,
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer
und Wolfgang Schulz

28



Felix Rützel

Rechtsfragen algorithmischer Preisdiskriminierung

Eine rechtsgebietsübergreifende
Untersuchung

Mohr Siebeck

Felix Rützel geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau mit Schwerpunkt Informations- und Kommunikationsrecht; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht der Universität Passau; 2022 Promotion; Juristischer Vorbereitungsdienst am OLG München.

Die Publikation wurde durch die Universität Passau finanziell unterstützt (OpenAccess-Publikationsfonds der Universitätsbibliothek).

ISBN 978-3-16-162033-1 / eISBN 978-3-16-162034-8

DOI 10.1628/978-3-16-162034-8

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Passau im Sommersemester 2022 als Dissertation angenommen. Sie wurde Anfang Februar 2022 eingereicht, sodass die wesentliche Literatur und Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt wurde.

Danken möchte ich allen voran meinem Doktorvater Prof. Dr. Meinhard Schröder. Er ließ mir sowohl bei der Wahl des Themas als auch bei der Ausarbeitung der Arbeit die nötigen Freiheiten, stand mir bei Bedarf aber trotzdem immer mit hilfreichem Rat zur Seite. Bedanken möchte ich mich bei ihm zudem für die optimalen Promotionsbedingungen, die ich während meiner Zeit am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Informationstechnologierecht der Universität Passau genoss, sowie für die zügige Erstellung des Gutachtens. Für die Erstellung des Zweitgutachtens gilt mein Dank Prof. Dr. Moritz Hennemann, Nikolai Geiß, Johannes Rützel und Lennard Salveter sei für ihre sehr konstruktiven Anregungen gedankt. Bedanken möchte ich mich auch bei Luisa Schmickler. Sie war für mich während des gesamten Vorhabens nicht nur eine moralische Stütze, sondern stand auch für den fachlichen Austausch stets zur Verfügung. Ich danke zudem der Hauspost der Universität Passau für ihren besonderen Service während des ersten „Corona-Winters“ 2020/21. Mein Dank gilt auch dem Personal der juristischen Fachbibliothek der Universität Passau, auf dessen Hilfsbereitschaft und Engagement immer Verlass war. Schließlich und ganz besonders möchte ich meinen Eltern danken, die durch ihre liebevolle Unterstützung den größten Anteil an meinem akademischen Werdegang haben. Ihnen sei diese Arbeit daher gewidmet.

München, im August 2022

Felix Rützel

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
A. Untersuchungsgegenstand und Relevanz des Themas	3
I. <i>Untersuchungsgegenstand</i>	3
II. <i>Relevanz des Themas</i>	7
B. Gesellschaftlicher, ökonomischer sowie ethischer und wirtschaftsideologischer Hintergrund	11
I. <i>Gesellschaftliche Akzeptanz</i>	11
II. <i>Ökonomische Chancen und Risiken</i>	21
III. <i>Ethische und wirtschaftsideologische Aspekte algorithmischer Preisdiskriminierung</i>	39
C. Diskriminierungsrecht	43
I. <i>Rechtsrahmen</i>	44
II. <i>Reformvorschläge</i>	175
III. <i>Zusammenfassung</i>	177
D. Datenschutzrecht	179
I. <i>Rechtsrahmen</i>	180
II. <i>Reformvorschläge</i>	224
III. <i>Zusammenfassung</i>	228

E. Kartellrecht	231
I. Rechtsrahmen	231
II. Reformvorschläge	254
III. Zusammenfassung	262
F. Lauterkeitsrecht	263
I. Rechtsrahmen	263
II. Reformvorschläge	282
III. Zusammenfassung	283
G. Preisangabenrecht und Bürgerliches Recht	285
I. Rechtsrahmen	285
II. Reformvorschläge	307
III. Zusammenfassung	316
Die Antwort des Rechts auf algorithmische Preisdiskriminierung	319
Literaturverzeichnis	321
Rechtsprechungsverzeichnis	347
Sachregister	355

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
A. Untersuchungsgegenstand und Relevanz des Themas	3
I. <i>Untersuchungsgegenstand</i>	3
1. Preisbegriff	3
2. Preisdiskriminierung	3
3. Preisdiskriminierung durch Algorithmen	5
4. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	5
II. <i>Relevanz des Themas</i>	7
1. Verbreitung algorithmischer Preisdiskriminierung	7
2. Notwendigkeit rechtlicher Untersuchung	9
B. Gesellschaftlicher, ökonomischer sowie ethischer und wirtschaftsideologischer Hintergrund	11
I. <i>Gesellschaftliche Akzeptanz</i>	11
1. Bestimmende Faktoren	11
a) Preisstrategie	11
b) Soziale Normen	13
aa) Differenzierungs- bzw. Dynamisierungskriterium	13
bb) Art der Datenerhebung und Datenkategorie	14
cc) Gewöhnungseffekt	15
c) Vertrauen in den Anbieter	15
d) Persönliche Betroffenheit	16
e) Darstellung	17
aa) Transparenz	17
bb) Preisdesign	18

2.	Verbrauchererwartung	20
3.	Fazit: Abhängigkeit von der Art der algorithmischen Preisdiskriminierung	21
<i>II.</i>	<i>Ökonomische Chancen und Risiken</i>	21
1.	Algorithmische Preisdiskriminierung aus Unternehmenssicht ...	22
	a) Dynamische Preise	22
	aa) Unternehmerisches Potenzial	22
	bb) Hürden	22
	b) Personalisierte Preise	24
	aa) Unternehmerisches Potenzial	24
	bb) Hürden	25
	(1) Personalisierung von Preisen	25
	(2) Gesellschaftliche Ablehnung	28
	(3) Wettbewerb	29
	(4) Arbitrage	31
	(5) Selbstschutz der Verbraucher	31
	c) Fazit: Einzelfall- und marktabhängiges Potenzial	33
2.	Algorithmische Preisdiskriminierung aus Verbrauchersicht	33
	a) Dynamische Preise	34
	b) Personalisierte Preise: Steigerung der Verbraucherwohlfa oder Abschöpfung der Konsumentenrente?	34
	aa) Gefahr: Abschöpfung der Konsumentenrente	34
	bb) Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfa	35
	c) Gesamtbetrachtung der Digitalisierung	38
	d) Fazit: Unterschiedliche ökonomische Auswirkungen auf Verbraucher	38
3.	Fazit: Komplexe ökonomische Auswirkungen	39
<i>III.</i>	<i>Ethische und wirtschaftsideologische Aspekte</i> <i>algorithmischer Preisdiskriminierung</i>	39
1.	Objektive Fairness algorithmischer Preisdiskriminierung	40
2.	Wirtschaftsideologischer Bezug	41
C.	Diskriminierungsrecht	43
<i>I.</i>	<i>Rechtsrahmen</i>	44
1.	Grundgesetz	44
	a) Staatliche Bindung	45
	aa) Staatliche Schutzpflichten als grundrechtliche Dimension	45
	(1) Die grundrechtlichen Dimensionen	45
	(2) Schutzpflichten als Instrument zur Regulierung neuer Technologien	46

(3) Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten	47
bb) Schutzpflichten aus Art. 3 GG	48
cc) Gleichheitsrechtliche Schutzpflichten unter Berücksichtigung anderer Verfassungsnormen	52
dd) Menschenwürdebezug algorithmischer Preisdiskriminierung	54
ee) Fazit: Keine staatliche Schutzpflicht vor algorithmischer Preisdiskriminierung	57
b) Bindung Privater	57
aa) Mittelbare Drittwirkung	58
bb) Unmittelbare Drittwirkung	60
cc) Rechtfertigung der Diskriminierung	64
(1) Rechtfertigungsmaßstab bei Art. 3 I GG	65
(a) Unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen im Rahmen der Gleichheitssätze	65
(b) Kriterien für die Festlegung der Rechtfertigungsanforderungen	66
(c) Übertragung auf algorithmische Preisdiskriminierung	69
(2) Rechtfertigung bei Art. 3 I GG	75
(a) Rechtfertigung nach Willkürformel	76
(b) Rechtfertigung nach strengeren Maßstäben	78
(3) Rechtfertigung bei Art. 3 II, III GG	81
(a) Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen	81
(b) Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen ...	84
(c) Quasi-Diskriminierungsverbote	88
dd) Fazit: Einzelfallabhängige Vereinbarkeit mit den Gleichheitssätzen des GG	90
2. Diskriminierungsverbote des AEUV	90
a) Beeinträchtigung durch algorithmische Preisdiskriminierung	90
aa) Warenverkehrsfreiheit	91
bb) Dienstleistungsfreiheit	93
cc) Allgemeines Diskriminierungsverbot	94
b) Schutzpflichten	95
c) Bindung Privater	98
aa) Warenverkehrsfreiheit	99
bb) Dienstleistungsfreiheit	101
cc) Allgemeines Diskriminierungsverbot	103
dd) Übergreifende Betrachtung	105
d) Rechtfertigung personalisierter Preise nach Staatsangehörigkeit	107

aa)	Herkömmliche Rechtfertigungsgründe	107
(1)	Geschriebene Rechtfertigungsgründe	107
(2)	Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe	108
(3)	Anwendbarkeit ungeschriebener Rechtfertigungsgründe	109
bb)	Anpassung der Rechtfertigungsvoraussetzungen	112
cc)	Rechtfertigung automatisierter Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit	113
e)	Fazit: Erhebliche Relevanz der Diskriminierungsverbote des AEUV	116
3.	Diskriminierungsverbote der GRCh	117
a)	Schutzpflichten	117
b)	Bindung Privater	119
4.	Art. 14 EMRK	125
a)	Schutzpflichten	126
b)	Bindung Privater	129
5.	CEDAW und CERD	131
6.	AGG	132
a)	Anwendbarkeit	132
b)	Verbot unmittelbarer Benachteiligungen	133
aa)	Grundtatbestand des § 19 I Nr. 1 AGG	133
bb)	Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 I 1 AGG)	135
cc)	Rechtfertigung	138
(1)	Rechtfertigungsgrund	138
(2)	Verhältnismäßigkeit	141
c)	Verbot mittelbarer Benachteiligungen	145
d)	Rechtsfolgen	149
aa)	§ 21 I 1 AGG	149
bb)	§ 21 II 1, 2 AGG	151
cc)	§ 21 II 3 AGG	152
(1)	Anspruchsvoraussetzungen	152
(2)	Angemessenheit der Entschädigung	157
e)	Fazit: § 19 AGG als ernstzunehmende Zulässigkeitsschranke algorithmischer Preisdiskriminierung	158
7.	Datenschutzrecht	158
8.	Geoblocking-VO	159
a)	Allgemeiner Regelungsgehalt	159
b)	Personalisierte Preise als allgemeine Geschäftsbedingung	160
aa)	Für die breite Öffentlichkeit	161
bb)	Festgelegt	163
cc)	Angewendet und zugänglich gemacht	163
c)	Fazit: Maßgeblichkeit der Absicht des Entwicklers	164

9.	§ 5 DL-InfoV	164
	a) Anwendungsbereich	164
	b) Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung	166
	c) Mittelbare Diskriminierungen	169
	d) Rechtfertigung	170
	e) Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 5 S. 1 DL-InfoV	172
10.	Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011 und Art. 5 I VO (EU) 2021/782	172
11.	Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO	174
	<i>II. Reformvorschläge</i>	175
	<i>III. Zusammenfassung</i>	177
	D. Datenschutzrecht	179
	<i>I. Rechtsrahmen</i>	180
1.	Anwendbarkeit	180
2.	Vereinbarkeit mit Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten	181
	a) Art. 5 I lit. a DSGVO	181
	b) Art. 5 I lit. b DSGVO	183
	c) Art. 5 I lit. c DSGVO	184
	d) Art. 5 I lit. d DSGVO	184
	e) Art. 5 I lit. e DSGVO	185
	f) Fazit: Besondere Berücksichtigung des Art. 5 I lit. b DSGVO	185
3.	Verantwortlichkeit bei Zusammenarbeit mit Vergleichsportalen	185
4.	Zulässigkeit der Datenverarbeitung	185
	a) Zulässigkeit nach Art. 6 I DSGVO	186
	aa) Zulässigkeit nach Art. 6 I 1 lit. a DSGVO	186
	(1) Einwilligung als (scheinbar) „sichere Bank“	186
	(2) Abschreckende Wirkung	187
	(3) Informiertheit	187
	(4) Koppelungsverbot	188
	(a) Keine Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung	188
	(b) Relevante Nachteile	191
	(c) Gewährleistung der Freiwilligkeit durch „echte“ Wahl	192
	(d) Fazit: Freiwilligkeit nur bei niedrigerem Einheitspreis	195
	bb) Zulässigkeit der Verarbeitung von Standortdaten ohne Einwilligung	195
	cc) Zulässigkeit nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO	196

dd)	Zulässigkeit nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO	197
(1)	Erforderlichkeit zur Wahrung berechtigter Interessen	197
(2)	Abwägung	198
(a)	Zu berücksichtigende Interessen	198
(b)	Eingriffsintensität	199
ee)	Fazit: Zulässigkeit der Datenverarbeitung als hohe Hürde	203
b)	Zulässigkeit der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten	203
5.	Zulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung nach Art. 22 DSGVO	204
a)	Anwendbarkeit	204
aa)	Ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidung	204
bb)	Entfaltung rechtlicher Wirkung	205
cc)	Erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise	206
(1)	Diskriminierende Entscheidungen	207
(2)	Höhe des Preisunterschieds und Fehlen von Ausweichmöglichkeiten	208
(3)	Faktische Vertragsverweigerung	209
b)	Zulässigkeit nach Art. 22 II DSGVO	210
aa)	Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. a DSGVO	210
bb)	Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. b DSGVO	211
cc)	Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. c DSGVO	212
c)	Fazit: Bei Einschlägigkeit von Art. 22 I DSGVO ausdrückliche Einwilligung erforderlich	213
6.	Zulässigkeit nach § 31 BDSG	213
7.	Zulässigkeit nach § 25 TTDSG	215
8.	Widerspruchsrecht nach Art. 21 II DSGVO als Folge der Verarbeitung zur Preispersonalisierung?	216
9.	Datenschutzmanagement	218
a)	Allgemeine Informationspflichten	218
aa)	Reichweite	218
bb)	Art und Weise	220
b)	Informationspflichten bei Einschlägigkeit von Art. 22 DSGVO	220
c)	Angemessene Maßnahmen i.S.v. Art. 22 III DSGVO	221
d)	Maßnahmen i.S.v. Art. 25 I, II DSGVO	221
e)	Angemessene Maßnahmen i.S.v. Art. 32 DSGVO	221
f)	Datenschutz-Folgenabschätzung und Erforderlichkeit eines Datenschutzbeauftragten	222

10. Haftung bei datenschutzrechtswidriger algorithmischer Preispersonalisierung	222
<i>II. Reformvorschläge</i>	224
1. Verbot der Datenverarbeitung zum Zweck der Preispersonalisierung	224
2. Anpassung des Koppelungsverbots	224
3. Erweiterung des Kataloges in Art. 9 I DSGVO	225
4. Ausweitung des Technikbezugs der DSGVO	226
5. Erweiterung der Zwecke bei § 31 I BDSG	226
6. Erweiterung des Art. 21 II, III DSGVO auf personalisierte Preisbildung	227
7. Ergänzung des Art. 12 DSGVO	227
8. Erweiterung der Informationspflichten	228
<i>III. Zusammenfassung</i>	228
E. Kartellrecht	231
<i>I. Rechtsrahmen</i>	231
1. Kartellverbot	231
a) Preissoftware als Unterstützer traditioneller Kartelle	231
b) Neue Möglichkeiten der Preisanpassung durch Einsatz von Preissoftware	232
c) Algorithmische Preisbildung und Signalling	235
aa) Preissetzung als Signalling	235
bb) Algorithmische Preissetzung als Antwort auf Signalling	236
d) Preisanpassung durch Verwendung gleicher oder ähnlicher Algorithmen	237
aa) Fehlender Informationsaustausch	237
bb) Informationsaustausch zwischen Verwendern	238
(1) Haftung des Verwenders	239
(2) Haftung des Entwicklers	241
e) Fazit: Mögliche Verstöße gegen das Kartellverbot durch Einsatz als Kartellgehilfe, Signalling und Speichenkartelle ...	242
2. Missbrauchsverbot	242
a) Marktbeherrschung	242
aa) Feststellung der Marktbeherrschung	242
bb) Kollektive Marktbeherrschung durch Quasi- Oligopolisierung	243
(1) Beherrschende Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV	243
(2) Marktbeherrschung i.S.v. § 18 V GWB	245
cc) Marktbeherrschung durch algorithmische Preispersonalisierung	245

b)	Missbrauch marktbeherrschender Stellungen durch den Einsatz von Preisalgorithmen	246
aa)	Preissmissbrauch und Kampfpreisunterbietung	247
bb)	Konditionenmissbrauch	247
cc)	Preis- und Konditionenspaltung	249
dd)	Rabattsysteme	249
ee)	Algorithmische Preisdiskriminierung trotz Datenmacht	250
ff)	Dezimierung der Verbraucherwohlfahrt, fehlende Ausweichmöglichkeiten und bestehende Informationsasymmetrie	251
c)	Fazit: Kollektive Marktbeherrschung, Preissmissbrauch- oder Kampfpreisunterbietung und Grundsätze zu Rabattsystemen als relevante Aspekte des Missbrauchsverbots	253
3.	Ansprüche bei Verstößen	253
<i>II.</i>	<i>Reformvorschläge</i>	254
1.	Selbstregulierung vs. Reformbedarf	254
2.	Zahlenmäßige Beschränkung von Preisanpassungen	255
3.	Markttransparenzstelle für Preisalgorithmen	256
4.	Regulierung von Preisalgorithmen	256
a)	Staatliche Prüfung von Preisalgorithmen	257
b)	Einspeiserverbot für wettbewerbssensible Daten	257
c)	Pflicht zur Datenteilung	258
d)	Verbot bestimmter Algorithmen	258
5.	Anpassung des Kartellverbots	259
6.	„Kartellrechtliche Produkthaftung“ des Softwareentwicklers	260
7.	Anpassung des Missbrauchsverbots	261
<i>III.</i>	<i>Zusammenfassung</i>	262
F.	Lauterkeitsrecht	263
<i>I.</i>	<i>Rechtsrahmen</i>	263
1.	Irreführungsverbot	263
a)	Hinweispflichten	263
aa)	Dynamische Preise	264
bb)	Personalisierte Preise	265
(1)	Hinweis auf automatisierte Preispersonalisierung	265
(a)	Hinweispflicht aus § 5 II Nr. 2 UWG	266
(b)	Hinweispflicht aus § 5a bzw. § 5b UWG nach alter Rechtslage	267
(c)	Hinweispflicht aus § 5a UWG unter Berücksichtigung der neuen Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB	270

(2) Hinweis auf Referenz- bzw. Durchschnittspreis	271
(3) Hinweis auf Berechnungskriterien	272
cc) Fazit: Hinweispflicht aus Irreführungsverbot nur entsprechend Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB	273
b) Preisschaukelei	273
c) Preisspaltung	273
aa) Werbung	273
bb) Zugangsart	274
cc) Preisänderungen im Warenkorb	275
d) Verwirrungseffekt	277
2. Aggressive geschäftliche Handlung	277
3. Unzumutbare Belästigung	278
4. Generalklausel	279
5. Rechtsbruch	279
6. Schadenersatzanspruch nach § 9 II 1 UWG bei Verletzung der Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB	281
7. Fazit: Keine selbstständigen lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitshürden	282
<i>II. Reformvorschläge</i>	282
<i>III. Zusammenfassung</i>	283
G. Preisangabenrecht und Bürgerliches Recht	285
<i>I. Rechtsrahmen</i>	285
1. Preisangabenverordnung	285
a) Allgemeine Vereinbarkeit mit PAngV	285
b) Durch algorithmische Preisdiskriminierung bewirkte Preisänderungen im Warenkorb	286
2. Selbstdarstellungsrecht des Verbrauchers	287
3. Privatautonomie des Verbrauchers	287
a) Fehlende Selbstbestimmtheit wegen mangelnder Vergleichsmöglichkeiten?	288
b) Informationsgefälle und Machtungleichgewicht	288
aa) Informationsgefälle	288
bb) Machtgefälle	290
cc) Ausgleich durch Informations- und Hinweispflichten (1) Neue Hinweispflicht gem. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB	291
(a) Legislativer Handlungsbedarf?	291
(b) Geeignetheit	291
(2) Hinweispflichten aus §§ 241 II, 311 II BGB	293

(3) Sonstige Hinweispflichten	296
4. Schutzpflicht zur rechtskonformen Gestaltung algorithmischer Preisdiskriminierung	296
5. AGB-rechtliche Zulässigkeit	297
6. Wirksamkeit von Verträgen	298
7. (Gestaltungs-)Rechte des Verbrauchers	299
a) Anfechtungsrecht	299
b) Rücktrittsrecht nach § 324 BGB	300
c) Folgen für die Widerrufsfrist	301
d) Rücktrittsrecht nach § 313 III BGB	302
e) Schadenersatz nach §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB	302
f) Schadenersatz nach § 282 BGB	304
g) Schadenersatz nach § 823 I BGB	304
h) Schadenersatz nach § 823 II BGB i. V. m. Schutzgesetz	305
i) Schadenersatz nach § 826 BGB	306
j) Anspruch auf Beseitigung rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung	306
<i>II. Reformvorschläge</i>	307
1. Reformbedarf vs. Selbstregulierung	308
a) Direkter Selbstschutz der Verbraucher	308
b) Indirekter Selbstschutz der Verbraucher	310
c) Schutz durch den Wettbewerb	311
d) Fazit: Kein umfassender Schutz durch Verbraucher und durch Wettbewerb	312
2. Regulierung algorithmischer Preisdiskriminierung	312
3. Erweiterung der Informationspflichten	314
4. Erweiterung der Rechte von Verbrauchern	315
<i>III. Zusammenfassung</i>	316
Die Antwort des Rechts auf algorithmische Preisdiskriminierung	319
Literaturverzeichnis	321
Rechtsprechungsverzeichnis	347
Sachregister	355

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADLC	Autorité de la concurrence
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AnwZert ITR	AnwaltZertifikatOnline IT-Recht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bandhrsg.	Bandherausgeber
BB	Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer(in)
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BlnVerf	Verfassung von Berlin
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
c.i.c.	culpa in contrahendo
CMA	Competition and Markets Authority
CODASPY	Conference on Data and Application Security and Privacy
COVuR	Covid-19 und Recht
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DEDAW	Declaration on the Elimination of Discrimination against Women
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
DL-InfoV	Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung
DL-RL	RL 2006/123/EG
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Decision and Reports
DSGVO	VO (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung)

DSK	Datenschutzkonferenz
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband
DStR	Deutsches Steuerrecht
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECHR	European Court of Human Rights
ECLR	European Competition Law Review
EG	Erwägungsgrund
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Entsch.	Entscheidung
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union in der Form des Vertrags von Lissabon
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FKVO	Verordnung (EG) Nr. 139/2004 (Fusionskontrollverordnung)
fortgef.	fortgeführt
FS	Festschrift
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
Geoblocking-VO	Verordnung (EU) 2018/302
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl	GRUR Auslands- und Internationaler Teil
GRUR Int.	GRUR International
GRUR-Prax	Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs-Report
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hs.	Halbsatz
IDPL	International Data Privacy Law
IHK	Industrie- und Handelskammer
InTeR	Zeitschrift für Innovations- und Technikrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRB	IP-Rechtsberater
i.V.m.	in Verbindung mit
JECLP	Journal of European Competition Law & Practice

jusIT	Zeitschrift für IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz
JZ	Juristenzeitung
KI	Künstliche Intelligenz
K&R	Kommunikation und Recht
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	littera (lat.: Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMRR	Lebensmittelrecht Rechtsprechung
LR	The Legal Revolutionary
LS	Leitsatz
Luftverkehrs- dienste-VO	VO (EG) 1008/2008
MMR	Multimedia und Recht
MR-Int	Medien und Recht International
mwN	mit weiteren Nachweisen
NBER	National Bureau of Economic Research
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechung-Report Zivilrecht
nv	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-Extra	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OFT	Office of Fair Trading
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAngV	Preisangabenverordnung
PoPETs	Proceedings on Privacy Enhancing Technologies
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V.
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TMG	Telemediengesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TTDSG	Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz
UAbs.	Unterabsatz

Urt.	Urteil
UAbs.	Unterabsatz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Var.	Variante
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VuR	Verbraucher und Recht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WISTA	Wirtschaft und Statistik
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZGE	Zeitschrift für Geistiges Eigentum
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	Zitiert
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

„Z.B. es ist allerdings pflichtmäßig, daß der Krämer seinen unerfahrenen Käufer nicht übertheure, und, wo viel Verkehr ist, thut dieses auch der kluge Kaufmann nicht, sondern hält einen festgesetzten allgemeinen Preis für jedermann, so daß ein Kind eben so gut bei ihm kauft, als jeder andere. Man wird also ehrlich bedient; allein das ist lange nicht genug, um deswegen zu glauben, der Kaufmann habe aus Pflicht und Grundsätzen der Ehrlichkeit so verfahren; sein Vortheil erforderte es; daß er aber überdem noch eine unmittelbare Neigung zu den Käufern haben sollte, um gleichsam aus Liebe keinem vor dem andern im Preise den Vorzug zu geben, läßt sich hier nicht annehmen. Also war die Handlung weder aus Pflicht, noch aus unmittelbarer Neigung, sondern bloß in eigennütziger Absicht geschehen.“¹

Bereits *Immanuel Kant* befasste sich in seinem 1791 erschienenen Werk „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ mit individualisierter Preissetzung durch Kaufleute. In dem zitierten Krämer-Beispiel geht *Kant* offensichtlich von der sittlichen Pflicht aus, Einheitspreise anzubieten. Eine flexible Preisgestaltung hält er demgegenüber für nicht „pflichtmäßig“. Ferner sei eine solche Strategie wegen der dadurch ausgelösten Kundenreaktionen auch für den Verkäufer nicht wirtschaftlich sinnvoll. Nun legt *Kant* seinen Ausführungen keinen rechtlichen, sondern vielmehr einen philosophisch-sittlichen Maßstab zu Grunde. Diese beiden Perspektiven sind jedoch grundsätzlich zu trennen, da nicht alles, was rechtens ist, auch gerecht ist. Zwar ist es insbesondere Aufgabe des Rechts, verschiedene Interessen in Einklang zu bringen. Trotzdem klaffen Rechtmäßigkeit und (empfundene) Gerechtigkeit hin und wieder auseinander. Den rechtlichen Gegenpol zur zitierten Auffassung *Kants* stellt die Privatautonomie dar. Aus ihr folgt auch die Freiheit der Vertragsparteien, Preise autonom zu bestimmen.² Dies betrifft sowohl die Höhe des Preises als auch die Faktoren, nach denen sich der Preis berechnet.³ Genau in diesem Spannungsfeld zwischen (empfundener) Preisfairness einerseits und Preisgestaltungsfreiheit andererseits bewegt sich die sog. Preisdiskriminierung. Deren Sinn liegt darin, gerade nicht auf einen Einheitspreis festgelegt zu sein, sondern mit dem Preis als Gestaltungsinstrument flexibel auf unterschiedliche Marktsituationen reagieren zu können.⁴ Schon die Be-

¹ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 9.

² BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469, 1470.

³ So schon BGH, Urt. v. 18.04.1958 – I ZR 158/56, GRUR 1958, 487, 489.

⁴ Siehe näher zum Begriff der Preisdiskriminierung: Kap. A.I.2.

zeichnung dürfte nicht gerade zu positiven Assoziationen hinsichtlich dieser Preisstrategie führen, ist der Begriff der Diskriminierung doch überwiegend negativ konnotiert, auch wenn es sich bei dieser zunächst einmal lediglich um die unterschiedliche Behandlung zweier Sachverhalte handelt⁵. Wegen des Preises als wirtschaftlich unmittelbar spürbarem und somit sensiblem Bezugspunkt stellt jedoch gerade die Preisdiskriminierung eine Art der Ungleichbehandlung dar, die für die Betroffenen erhebliche Folgen haben kann.

Diese Brisanz wird im Zuge der Digitalisierung weiter verschärft. Immer häufiger wird Preisdiskriminierung nicht mehr dem Menschen überlassen. Stattdessen übernehmen diese Aufgabe zunehmend speziell zu diesem Zweck entwickelte hochleistungsfähige Algorithmen. Natürlich nimmt durch den technischen Fortschritt der Einsatz von Algorithmen zur Entscheidungsfindung allgemein zu. Doch zeichnet sich gerade durch Algorithmen betriebene Preisdiskriminierung durch ein Spezifikum aus: Hier bekommt der Einzelne die Macht der Algorithmen in positiver wie negativer Weise unmittelbar *finanziell* zu spüren. Gerade der Einsatz hochentwickelter Algorithmen ebnet den Weg zu neuen Möglichkeiten der Preisdiskriminierung, sodass diese Strategie mit zunehmendem technischen Fortschritt immer weiter optimiert werden kann. Dies führt zwangsläufig dazu, dass Verbraucher zukünftig in (noch) stärkerem Maße und auch in anderer Weise als bisher von Preisdiskriminierung betroffen sein werden. Zwar wurde schon vor den Risiken so mancher technologischer Entwicklung gewarnt. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass gerade die jüngere Generation diesen potenziellen Gefahren zunehmend mit Gleichgültigkeit begegnet. So werden z.B. datenschutzrechtliche Bedenken häufig mit dem Kommentar, man habe ja nichts zu verbergen, beiseite gewischt. Schließlich möchte man von den Neuschöpfungen der Digitalisierung profitieren. Eine kritische und reflektierte Auseinandersetzung mit möglichen Schattenseiten erscheint da eher lästig und hinderlich. Doch dürfte diese Gleichgültigkeit dort enden, wo ein direkter Bezug zu finanziellen Interessen der Betroffenen besteht. Gerade dieser Bezug und die damit verbundene Relevanz für Verbraucher verdeutlicht die besondere Macht, die Algorithmen bzw. deren Verwender durch das Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung verliehen wird.

Die im Rahmen der vorliegenden Arbeit entscheidende Frage drängt sich daher geradezu auf: Welche Antworten hat das Recht auf die Macht der Algorithmen im Zusammenhang mit Preisdiskriminierung?

⁵ Dies entspricht dem lateinischen Verb *discriminare* (trennen, unterscheiden), aus dem sich der Begriff entwickelt hat.

A. Untersuchungsgegenstand und Relevanz des Themas

I. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand der rechtlichen Untersuchung dieser Arbeit ist algorithmische Preisdiskriminierung. Dieser Untersuchungsgegenstand wird im Folgenden näher erläutert.

1. Preisbegriff

Zunächst geht es um die Bildung von Preisen. Diese „bezeichne(n) den in Geldeinheiten ausgedrückten Tauschwert eines Gutes“¹. Bei Zugrundelegung dieser Definition kann also in der Preisgabe von Daten als Gegenleistung kein Preis gesehen werden. Da Daten keine Geldeinheit darstellen, hängt die Einordnung als Preis auch nicht davon ab, ob diesen ein Vermögenswert beizumessen ist². So wird auch im Rahmen dieser Arbeit stets von dem genannten „klassischen“ Preisbegriff ausgegangen.

2. Preisdiskriminierung

Preisdiskriminierung bezeichnet eine bestimmte Methode der Preisbildung. Ziel dieser Preisstrategie ist die Bildung von Preisen in Abhängigkeit von der Zahlungsbereitschaft der Kunden.³ Klassischerweise wird zwischen drei Arten der Preisdiskriminierung unterschieden: Preisdiskriminierung dritten Grades meint die Bildung von Gruppenpreisen. Entscheidender Faktor für die Zuordnung zu einer bestimmten Gruppe ist dabei die Zahlungsbereit

¹ *Piekenbrock*, Preis, in: Gabler Wirtschaftslexikon.

² So aber *Paal*, GRUR 2019, 43, 49 f.

³ Vgl. *Carroll/Coates*, Southern Economic Journal 1999, 466, 468 f., 472; *Konrad/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793. Der Grund für unterschiedliche Versicherungsprämien und Darlehenszinsen ist dagegen nicht die jeweilige Zahlungsbereitschaft, sondern das jeweilige Versicherungsrisiko bzw. die Kreditwürdigkeit. Diese Differenzierungen sind daher z.B. nicht vom Untersuchungsgegenstand erfasst.

schaft.⁴ Klassische Beispiele stellen Schüler- oder Seniorenrabatte dar. Preisdiskriminierung zweiten Grades zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Kunden *selber* nach ihrer Zahlungsbereitschaft ordnen.⁵ Dies geschieht beispielsweise durch Mengenrabatte, unterschiedliche Preise für sich qualitativ unterscheidende Produktvarianten sowie durch Wahlmöglichkeiten zwischen Pauschalpreisen und Preisen pro Einheit.⁶ Eine optimale Verknüpfung von Preis und Zahlungsbereitschaft kann durch Preisdiskriminierung ersten Grades erreicht werden. Bei dieser bildet der zu zahlende Preis die jeweilige individuelle Zahlungsbereitschaft ab, sodass jeder Kunde seinen eigenen Preis bekommt.⁷ Zwar ist dieses Stadium nur schwer zu erreichen.⁸ Gleichwohl können sich Unternehmer durch eine schrittweise Verfeinerung von Gruppenpreisen der Preisdiskriminierung ersten Grades immer weiter annähern.⁹ Nun werden im Zusammenhang mit Preisdiskriminierung Algorithmen eingesetzt, um die Zuordnung der Kunden in Abhängigkeit von ihrer Zahlungsbereitschaft zu erleichtern. Da bei Preisdiskriminierung zweiten Grades aber keine Zuordnung durch den Anbieter, sondern vielmehr *durch den Kunden selbst* erfolgt, spielt der Einsatz von Algorithmen im Rahmen dieser Variante keine Rolle. Folglich ist für die weiteren Ausführungen nur Preisdiskriminierung dritten und ersten Grades relevant.

Nach diesen beiden Methoden gebildete Preise lassen sich weiter in dynamische und personalisierte Preise unterteilen. Diese Unterscheidung ist für die rechtliche Bewertung häufig maßgeblich und wird daher im Rahmen der weiteren Ausführungen dominieren. Leider ist die Terminologie in der betreffenden Literatur häufig uneinheitlich,¹⁰ weshalb eine im Rahmen der vorliegenden Arbeit geltende Begriffserläuterung notwendig ist. Dynamische Preise zeichnen sich dadurch aus, dass sich der Preis ausschließlich in Abhängigkeit vom Zeitverlauf ändert,¹¹ sodass der Preis zum jeweiligen Zeitpunkt für alle Kunden der gleiche ist. So kann auf Änderungen der Marktsituation reagiert werden.¹² Diese Methode ist beispielsweise von Tankstellen

⁴ Carroll/Coates, Southern Economic Journal 1999, 466, 469 f.; Ezechil/Stucke, Virtual Competition, 86.

⁵ Reinartz et al., Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 5; Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 73.

⁶ Carroll/Coates, Southern Economic Journal 1999, 466, 469.

⁷ Carroll/Coates, Southern Economic Journal 1999, 466, 468 f.; Ezechil/Stucke, Virtual Competition, 85 f.; Konrad/Polk, Wirtschaftsdienst 2020, 793; Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 73 f.

⁸ Siehe zu den Gründen Kap. B.II.1.b)bb).

⁹ Ezechil/Stucke, Virtual Competition, 100 ff.; Konrad/Polk, Wirtschaftsdienst 2020, 793.

¹⁰ Vogelsang, Designing Smart Prices, 11.

¹¹ Blaudow/Burg, WISTA 2018, 11, 12; Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 286.

¹² Ezechil/Stucke, Virtual Competition, 87; Hofmann, WRP 2016, 1074, 1075; Tietjen/

bekannt. Dynamische Preise stellen stets eine Preisdiskriminierung dritten Grades dar, da hier eine Aufteilung in verschiedene Gruppen nach Transaktionszeitpunkt erfolgt. Personalisierte Preise führen dagegen dazu, dass derselbe Anbieter für das gleiche Produkt oder die gleiche Dienstleistung Kunden zum gleichen Zeitpunkt unterschiedliche Preise unterbreitet.¹³ Ein bekanntes Beispiel sind Schüler- und Studentenrabatte. Durch personalisierte Preise können Unternehmen besser auf unterschiedliche Zahlungsbereitschaften reagieren. Personalisierte Preise können im Unterschied zu dynamischen Preisen zumindest theoretisch auch eine Preisdiskriminierung ersten Grades darstellen.

3. Preisdiskriminierung durch Algorithmen

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die rechtliche Bewertung von Preisdiskriminierung *durch Algorithmen*. Ein Algorithmus stellt die „genau definierte Rechen-, Handlungs- und/oder Verarbeitungsvorschrift zur Lösung eines Problems/Problemtyps“¹⁴ dar. Um Algorithmen benutzen zu können, werden diese in Computerprogramme implementiert.¹⁵ Daher wird an einigen Stellen dieser Arbeit auch von „Preissoftware“ gesprochen, womit schlicht in Computerprogramme eingebettete Preisalgorithmen gemeint sind. Preisdiskriminierung kann sowohl durch „konventionelle“ als auch durch selbstlernende¹⁶ Algorithmen erfolgen. Voraussetzung für algorithmische Preisdiskriminierung ist aber jedenfalls, dass der Preis autonom von einem Algorithmus gebildet bzw. gesetzt wird. Somit scheidet alle Konstellationen aus, in denen der finalen Preissetzung eine menschliche Kontrollinstanz vorgeschaltet ist.

4. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Der sich daraus ergebende Untersuchungsgegenstand soll wie folgt weiter eingegrenzt werden: Zunächst wird im Rahmen der weiteren Ausführungen die internationale Anwendbarkeit des jeweiligen Rechts vorausgesetzt. Zudem beschränkt sich die Arbeit auf algorithmische Preisdiskriminierung, die von Unternehmern gegenüber Verbrauchern betrieben wird, da die Relevanz

Flöter, GRUR-Prax 2017, 546; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 1.

¹³ Blaudowl/Burg, WISTA 2018, 11, 12; Dubél/Misra, Personalized pricing and customer welfare, 1; Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 286.

¹⁴ Mellouli, Algorithmus, in: Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik.

¹⁵ Mellouli, Algorithmus, in: Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik.

¹⁶ Siehe zu den unterschiedlichen Formen künstlicher Intelligenz z.B. Bilskil/Schmid, NJOZ 2019, 657 ff.

dieser Konstellationen besonders groß sein dürfte. Dementsprechend besteht auch gerade hier gesteigerter Bedarf nach einer umfassenden Klärung der Rechtslage. Des Weiteren beziehen sich die Ausführungen lediglich auf algorithmische Preisdiskriminierung im Online-Vertrieb, da die untersuchungsgegenständliche Preisstrategie vor allem auf diesem Vertriebsweg eingesetzt wird. Ferner sollen nur solche Rechtsfragen behandelt werden, die gerade spezifisch mit dem Untersuchungsgegenstand zusammenhängen. Verzichtet wird daher insbesondere auf Ausführungen, die sich mit Fragen der Rechtsdurchsetzung befassen. Im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung bestehen hier zwei größere Problemkomplexe: Zum einen stellt sich die Frage nach der Zurechnung autonom maschineller Preisbildung.¹⁷ Zum anderen sehen sich Opfer rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung häufig Beweisschwierigkeiten ausgesetzt.¹⁸ Zurechnung und Beweisbarkeit sind allerdings stets problematisch, wenn Algorithmen autonom Entscheidungen treffen. Derartige allgemeine algorithmenrechtliche Probleme sollten auch möglichst allgemein bzw. abstrakt gelöst werden. Eine auf spezifische Einsatzbereiche beschränkte Auseinandersetzung erscheint dagegen vor dem Hintergrund zunehmender algorithmischer Entscheidungsprozesse als wenig effektiv und zielführend. Gleichwohl sind an einigen Stellen Ausführungen zu generellen Problemen als notwendige Vorfrage unerlässlich, um die spezifisch auf den Untersuchungsgegenstand bezogene Rechtslage zu klären.

¹⁷ Hierzu *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 58 f.; *Bilskil/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 660 f.; *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 175, 178 f.; *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 108, 115 ff., 124 ff.; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 78; *Hennemann*, ZWeR 2018, 161, 177, 180 f.; *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 5 ff.; *Künstner*, GRUR 2019, 36, 41; *Paal*, GRUR 2019, 43, 50 ff.; *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 645 ff.; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 122; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 14 ff.; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 41 f.; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 6 f.; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 22; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 387 ff.

¹⁸ Hierzu *Bilskil/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 661; *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 108 f., 113, 116, 119 ff.; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 54 f., 71, 78; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420; *Göhl*, WuW 2018, 121, 122, 124; *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 6 f.; *Kodekl/Leupold*, Modernisierung des Verbraucherrechts, 64; *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 693; *Mehra*, JECLP 2016, 470, 473; *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 171, Rn. 203, Rn. 234 ff., Rn. 240 ff., Rn. 246 ff., Rn. 250 f.; *OECD*, Algorithms and Collusion, 32, 48; *Paal/Kumkar*, in: BeckOK Informations- und MedienR, Art. 101 AEUV, Rn. 137 (Stand: 01.11.2021); *Paal*, GRUR 2019, 43, 51; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 301 ff.; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10, 12 f., 16; *Schäfers*, AcP 2021, 32, 65 f.; *Sein*, EuCML 2017, 148, 156 f.; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 5; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 34, Rn. 45 f., Rn. 49, Rn. 55; *Wechel/Weck*, EuZW 2020, 923, 928; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 3; *Zuiderveen Borgestius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 349 f.; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 383, 391; *Zurth*, AcP 2021, 514, 549 ff.

II. Relevanz des Themas

1. Verbreitung algorithmischer Preisdiskriminierung

Dass eine umfangreiche rechtliche Auseinandersetzung mit algorithmischer Preisdiskriminierung notwendig ist, zeigt zunächst die praktische Relevanz dieser Preisstrategie. Vor allem dynamische Preisbildung konnte bereits in vielen Fällen nachgewiesen werden.¹⁹ So werden Preise offenbar zum Teil mehrmals täglich geändert,²⁰ woraus der Chef von Amazon Deutschland 2015 in einem Interview mit der Rheinischen Post auch keinen Hehl machte²¹. Zudem weisen einige nachgewiesene Preisänderungen eine sehr hohe Volatilität auf.²² Zwar lässt sich aus der bloßen Beobachtung von Preisdynamisierungen noch nicht zwingend auf einen Algorithmeneinsatz schließen. Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit für einen solchen insbesondere bei sehr häufigen Preisänderungen hoch.²³ Zudem wurde der Einsatz von Preissoftware zur Preisdynamisierung bereits von mehreren Unternehmen bestätigt.²⁴ Schließlich ist eine weitere Zunahme algorithmischer Preisdynamisierung absehbar.²⁵

Für personalisierte Preise konnten dagegen in einigen Marktbeobachtungen keine Anhaltspunkte gefunden werden,²⁶ was aber auch daran liegen dürfte, dass diese Strategie nur mit großem Aufwand aufgedeckt werden kann²⁷. So wurde in einer aktuellen Studie als einziger Fall ein rabattierter Preis für Nutzer von Mobilgeräten auf der Website booking.com festgestellt.²⁸ Trotzdem existieren auch für personalisierte Preise im Internet einige

¹⁹ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 23; *Vissers et al.*, Crying Wolf? On the Price Discrimination of Online Airline Tickets, 7; *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 68.

²⁰ *Blaudowl/Burg*, WISTA 2018, 11, 17; *Chen/Mislove/Wilson*, An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace, 10.

²¹ *Rheinische Post* v. 31.10.2015.

²² *Remmel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875; *Verbraucherzentrale Brandenburg*, Dynamische Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 13 f.

²³ Vgl. *Chen/Mislove/Wilson*, An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace, 10.

²⁴ *EU-Kommission*, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, Rn. 603, Rn. 605.

²⁵ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863.

²⁶ *EU-Kommission*, Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, 169; *Gassmann*, Die Welt; daher skeptisch bzgl. der Existenz personalisierter Preise: *Körber*, NZKart 2016, 303, 308.

²⁷ *Friedrich-Ebert-Stiftung*, Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte, 17; *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, Personalisierte Preise, 4; vgl. auch *Verbraucherzentrale Brandenburg*, Individualisierte Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 24; *Zurth*, AcP 2021, 514, 523.

²⁸ *Ibi research an der Universität Regensburg GmbH/trinnovative GmbH*, Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce, 68 f.

Nachweise.²⁹ Beispielhaft seien in Abhängigkeit von den persönlichen Angaben stark schwankende Beiträge für Online-Partnervermittlungsbörsen genannt.³⁰ Preisunterschiede von bis zu 400 € in Abhängigkeit vom verwendeten Betriebssystem konnten zudem bei hochpreisigen Pauschalreisen festgestellt werden.³¹ Auch die Browserhistorie³² sowie der geographische Standort³³ und die Staatsangehörigkeit³⁴ wurden schon nachweislich zur Berechnung personalisierter Preise herangezogen. Ein Sprecher des US-amerikanischen Softwareunternehmens Rosetta Stone gab die Personalisierung von Preisen sogar offen zu: „We are increasingly focused on segmentation and targeting. (...) Every customer is different“³⁵. Dass hinter einem personalisierten Preis ein Algorithmus steckt, ist zwar schwer nachweisbar, zugleich aber die einzig sinnvolle Erklärung für einen Großteil der Preispersonalisierungen. Ferner gaben 2018 40 % der Unternehmen, die KI einsetzen, an, dass sie dies unter anderem tun, um Preise zu personalisieren.³⁶ Zudem ist die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB, nach der ggf. darauf hinzuweisen ist, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert wurde, ein klares Indiz für die Existenz algorithmischer Preispersonalisierung.³⁷ Schließlich ist mit Blick in die Zukunft von einer weiteren Ausbreitung dieser Preisstrategie auszugehen.³⁸

²⁹ *Angwin/Matt/Larson*, ProPublica v. 01.09.2015; *CMA*, Pricing algorithms, 60 f.; *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 305 ff.; *Hannak et al.*, Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites, 310 f., 313, 315 f.; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 73; *Stern* v. 05.01.2017; *Verbraucherzentrale Brandenburg*, Individualisierte Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 15 f., 21 ff.; gegen Amazon wurden derartige Vorwürfe bereits vor über zwanzig Jahren laut, siehe *Lotter*, brand eins.

³⁰ *Heckendorf*, Zeit Online v. 17.03.2016.

³¹ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdiskriminierung im Online-Handel“, 21.

³² *Jordanou et al.*, Who is Fiddling with Prices?, 2; *Mikians et al.*, Detecting price and search discrimination on the Internet, 5 f.; *Valentino-DeVries/Singer-Vinel/Soltani*, The Wall Street Journal v. 24.12.2012.

³³ *Hupperich et al.*, CODASPY 2018, 76, 79; *Mikians et al.*, Detecting price and search discrimination on the Internet, 4; *Valentino-DeVries/Singer-Vinel/Soltani*, The Wall Street Journal v. 24.12.2012; *Vissers et al.*, Crying Wolf? On the Price Discrimination of Online Airline Tickets, 8.

³⁴ *EU-Kommission*, Pressemitteilung v. 11.08.2014.

³⁵ *Valentino-DeVries/Singer-Vinel/Soltani*, The Wall Street Journal v. 24.12.2012.

³⁶ *Deloitte Digital/Salesforce*, Consumer Experience in the Retail Renaissance, 11.

³⁷ *Gleixner*, VuR 2020, 417.

³⁸ *Dubé/Misra*, Personalized pricing and customer welfare, 5; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863; *Kenning/Zimmermann*, ZWeR 2021, 62, 71 f.; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 19; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Verbraucher im personalisierten Online-Handel, 21; *Shiller*, International Economic Review 2020,

2. Notwendigkeit rechtlicher Untersuchung

Algorithmische Preisdiskriminierung ist zumindest auf den ersten Blick³⁹ von einer starken Interessenkollision geprägt. Auf der einen Seite sind die Interessen der Unternehmer zu nennen, die durch den Einsatz von Preisalgorithmen Preisdiskriminierung optimieren und so ihren Gewinn steigern wollen. Auf der anderen Seite ist Verbrauchern an der Erhaltung bzw. Steigerung der Verbraucherwohlfahrt und an einer gewissen Gleichbehandlung durch die Unternehmer gelegen⁴⁰. Als Teilaspekt algorithmischer Preisdiskriminierung kommt hinzu, dass sich die meisten Verbraucher an der Verarbeitung personenbezogener Daten zu kommerziellen Zwecken und darauf basierenden Profilingmaßnahmen stören.⁴¹ Zusammenfassend möchten Unternehmen die Macht der Algorithmen nutzen, wohingegen Verbraucher diese insbesondere im Zusammenhang mit dem Betreiben von Preisdiskriminierung fürchten. Zwar existiert bereits Literatur zu dem beschriebenen Untersuchungsgegenstand, es fehlt jedoch an einer umfassenden und rechtsgebietsübergreifenden Auseinandersetzung. Gerade bei einem Querschnittsthema wie algorithmischer Preisdiskriminierung ist aber die rechtsgebietsübergreifende Betrachtung notwendig, um etwaige Zusammenhänge und gegenseitige Einflüsse erkennen und darstellen zu können. Dies kann alleine wegen des Umfangs durch einzelne Zeitschriftenbeiträge kaum geleistet werden.

Ziel dieser Arbeit ist daher eine umfassende Untersuchung des Rechtsrahmens algorithmischer Preisdiskriminierung im Rahmen der oben gezogenen Grenzen. Auf dieser Grundlage soll auch der legislative Handlungsbedarf bestimmt werden. Um ein stabiles Fundament für die rechtliche Untersuchung zu schaffen, werden zunächst die gesellschaftlichen, ökonomischen sowie ethischen und wirtschaftsideologischen Hintergründe algorithmischer Preisdiskriminierung dargestellt. Die weiteren Ausführungen gliedern sich dann nach den relevanten Rechtsgebieten. Diese sind das Diskriminierungs-, Datenschutz-, Kartell-, Lauterkeits-, sowie das Preisangaben- und das Bürgerliche Recht.

847, 861 f.; *Shiller*, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, 21; *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, Personalisierte Preise, 4; *Zurth*, AcP 2021, 514, 523.

³⁹ Siehe zu den Chancen und Risiken für Unternehmer und Verbraucher: Kap. B.II.

⁴⁰ Siehe zum Aspekt der Fairness algorithmischer Preisdiskriminierung aus Verbrauchersicht: Kap. B.I.1.a), Kap. B.I.1.b).

⁴¹ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452; vgl. auch *Gerpottl Mikolas*, InTeR 2021, 122, 129, die datenschutzrechtliche Bedenken der meisten Verbraucher feststellen konnten.

B. Gesellschaftlicher, ökonomischer sowie ethischer und wirtschaftsideologischer Hintergrund

Vorweg sollen die gesellschaftlichen, ökonomischen sowie ethischen und wirtschaftsideologischen Hintergründe algorithmischer Preisdiskriminierungen dargestellt werden, damit hierauf im Rahmen der rechtlichen Untersuchung ggf. zurückgegriffen werden kann.

I. Gesellschaftliche Akzeptanz

Zunächst ist die gesellschaftliche Haltung gegenüber algorithmischer Preisdiskriminierung für die juristische Bewertung relevant. Unter anderem danach bestimmt sich, inwiefern die Verwendung dieser Preisstrategie einen für Verbraucher entscheidungsrelevanten Faktor darstellt.

1. Bestimmende Faktoren

Die gesellschaftliche Akzeptanz gegenüber algorithmischer Preisdiskriminierung hängt von mehreren Faktoren ab, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

a) Preisstrategie

Zuvörderst spielt die jeweilige Preisstrategie eine wichtige Rolle. Personalisierte Preise werden von der Mehrheit der Verbraucher als unfair wahrgenommen und daher abgelehnt.¹ Dieser Befund wird durch diverse Umfrageergebnisse belegt. So befürworteten in einer 2010 von *Maxwell* und *Garbarino* durchgeführten Umfrage 75% der Befragten Einheitspreise im Internet.²

¹ *Gerpott/Mikolas*, InTeR 2021, 122, 129; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 84 ff.; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 13; *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, Personalisierte Preise, 4; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 349, 355; dagegen eine recht hohe Fairnesswahrnehmung bzgl. personalisierter Preise feststellend: *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 144.

² *Maxwell/Garbarino*, Journal of Product & Brand Management 2010, 218, 221.

Eine andere Untersuchung kam 2005 sogar zu dem Ergebnis, dass 64 % der befragten US-amerikanischen Erwachsenen der Meinung waren, es sei rechtswidrig, wenn Online-Shops Preise personalisieren.³ Auch neuere und in Deutschland durchgeführte Umfragen bestätigen die ablehnende Haltung der Verbraucher gegenüber personalisierten Preisen.⁴ In einer Umfrage der EU-Kommission aus dem Jahr 2018 gaben nur 7 % an, überhaupt keine Bedenken gegenüber personalisierten Preisen zu haben.⁵ Ferner konnte die Verbraucherzentrale Brandenburg auch 2018 noch eine stetige Zunahme von Beschwerden über personalisierte Preise verzeichnen.⁶ Eine Studie der *OECD* aus dem Jahr 2021 kam zu dem Ergebnis, dass zwei Drittel der irischen Verbraucher der Meinung sind, dass Preispersonalisierung im Onlinehandel nicht erlaubt sein sollte.⁷ Diese Skepsis aus Verbrauchersicht dürfte kaum überraschen, was *Krugman* mit folgender Feststellung recht treffend zum Ausdruck bringt: „But dynamic⁸ pricing is also undeniably unfair: some people pay more just because of who they are.“⁹ Auch ist festzuhalten, dass diese Ablehnung nicht einfach auf einen Argwohn gegenüber personalisiertem Marketing im Allgemeinen zurückzuführen ist. Personalisierte Werbung, in der einige Verbraucher auch Vorteile wie die Verringerung von Suchkosten sehen, erfreut sich nämlich deutlich größerer Akzeptanz.¹⁰ Trotzdem stellen aber auch datenschutzrechtliche Bedenken einen Grund für die Ablehnung personalisierter Preise dar.¹¹ Eine wirtschaftlich differenzierte Betrachtung dieser Preisstrategie erfolgt häufig nur durch Verbraucher mit zumindest gewisser ökonomischer Vorbildung.¹²

Dynamische Preise werden im Vergleich zu personalisierten Preisen dagegen eher akzeptiert.¹³ Dies mag zum einen daran liegen, dass Verbraucher

³ *Turow/Feldman/Meltzer*, Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline, 3.

⁴ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 6; *Harris Interactive AG*, Dynamisches und individuelles Pricing – Chancen für den Handel, unschlüssige Konsumenten.

⁵ *EU-Kommission*, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 304.

⁶ *Verbraucherzentrale Brandenburg*, Individualisierte Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 7.

⁷ *OECD*, The effects of online disclosure about personalised pricing on consumers, 26. In Chile ist die Ablehnung danach mit 51 % dagegen etwas geringer.

⁸ *Krugman* bezieht sich trotz des weiten Begriffs offensichtlich auf personalisierte Preise.

⁹ *Krugman*, Reckonings; What Price Fairness, *The New York Times* v. 04.10.2000.

¹⁰ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 18.

¹¹ *Gerpott/Mikolas*, InTeR 2021, 122, 129.

¹² *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 129.

¹³ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 112; *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 87.

durch dynamische Preise vielmehr die Chance auf ein „Schnäppchen“ wittern, als zu befürchten, sie könnten das Geschäft zu einem zu hohen Preis abschließen.¹⁴ Zum anderen sind derartige Preisstrategien bereits verbreiteter,¹⁵ weshalb sich Verbraucher an diese schon gewöhnen konnten¹⁶.

b) Soziale Normen

Des Weiteren ist die Vereinbarkeit der Preisbildung mit sozialen Normen ein gewichtiger Fairness-Faktor.¹⁷

aa) Differenzierungs- bzw. Dynamisierungskriterium

Als solche Norm ist in erster Linie die Wahl des Differenzierungskriteriums zu nennen.¹⁸ Sowohl übliche und daher bekannte¹⁹ als auch solche Kriterien, die Verbrauchern als fair bzw. sinnvoll erscheinen,²⁰ werden eher akzeptiert. So werden Mengenrabatte von vielen Verbrauchern eher positiv bewertet,²¹ das gleiche gilt für Mitglieds- und Loyalitätsrabatte²². Dieser Befund kann darauf zurückgeführt werden, dass derartige Rabatte etabliert und durch den Kunden selbst beeinflussbar sind.²³ Auch Rabatte für wirtschaftlich benachteiligte Gruppen wie Senioren oder Studenten werden größtenteils befürwortet,²⁴ höhere Preise für wirtschaftlich privilegierte Kunden erfahren dagegen mehrheitlich Ablehnung²⁵. Ferner wird Preispersonalisierung in Fäl-

¹⁴ *Vogelsang*, *Designing Smart Prices*, 87.

¹⁵ Siehe hierzu Kap. A.II.1.

¹⁶ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, *Dynamic Pricing*, 7; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*, 1; näher zur Gewöhnung als Akzeptanzkriterium algorithmischer Preisdiskriminierung: Kap. B.I.1.b)cc).

¹⁷ Näher: *Maxwell/Garbarino*, *Journal of Product & Brand Management* 2010, 218, 222.

¹⁸ *Ezrachil/Stucke*, *Virtual Competition*, 121.

¹⁹ *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 11; *Zander-Hayat/Reischl/Steffen*, *VuR* 2016, 403, 406.

²⁰ *Ezrachil/Stucke*, *Virtual Competition*, 122; *Xial/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 2004, 1, 3.

²¹ *Krämer/Friesen/Shelton*, *Journal of Revenue and Pricing Management* 2018, 115, 119; *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 11.

²² *ConPolicy GmbH*, *Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken*, 10; *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 13; lediglich aus der Umfrage von *Turow, Feldman und Meltzer* ergibt sich auch bei Loyalitätsrabatten eine mehrheitliche Ablehnung: *Turow/Feldman/Meltzer*, *Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline*, 4.

²³ *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 13.

²⁴ *Ezrachil/Stucke*, *Virtual Competition*, 122; *Xial/Monroe/Cox*, *Journal of Marketing* 2004, 1, 3; *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 11.

²⁵ *Harris Interactive AG*, *Dynamisches und individuelles Pricing – Chancen für den Handel, unschlüssige Konsumenten*.

len, in denen die reine Profitmaximierung als Motiv des Anbieters vermutet wird, negativ bewertet.²⁶ Auch Preise nach individueller Zahlungsbereitschaft werden von der überwiegenden Mehrheit der Verbraucher abgelehnt.²⁷ Dies irritiert, denn führt man den Solidaritätsgedanken im Zusammenhang mit Senioren-, Studenten- und ähnlichen Rabatten konsequent fort, müsste dies eigentlich auch zu einer besseren Akzeptanz gegenüber Preisen nach individueller Zahlungsbereitschaft führen.²⁸ Im Übrigen ist festzustellen, dass die Ablehnung gegenüber personalisierten Preisen besonders hoch ist, wenn diese auf Daten beruhen, die die Erstellung individueller Kundenprofile ermöglichen.²⁹ Dazu gehört das individuelle Kaufverhalten³⁰, Browserdaten³¹, der Wohnort³² sowie Informationen über Art und Alter des Endgerätes, das verwendete Betriebssystem und den Zugangsweg zum Online-Shop (über App oder Browser)³³. Dynamische Preisbildung wird insbesondere dann als unfair empfunden, wenn dadurch höhere Preise zu Stoßzeiten verursacht werden.³⁴

bb) Art der Datenerhebung und Datenkategorie

Für die Akzeptanz personalisierter Preise spielt auch die Art und Weise der Datenerhebung sowie die Datenkategorie eine Rolle. So werden Preispersonalisierungen auf Grundlage von Daten, die keinen Produktbezug³⁵ auf-

²⁶ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 122 f.; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 11.

²⁷ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 10; *Harris Interactive AG*, Dynamisches und individuelles Pricing – Chancen für den Handel, unschlüssige Konsumenten.

²⁸ *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 5; vgl. auch *Dubé/Misra*, Personalized pricing and customer welfare, 24.

²⁹ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 119.

³⁰ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 10; *Maxwell/Garbarino*, Journal of Product & Brand Management 2010, 218, 221; *Turow/Feldman/Meltzer*, Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline, 4; *Turow et al.*, Americans reject tailored advertising and three activities that enable it, 15.

³¹ *Turow et al.*, Americans reject tailored advertising and three activities that enable it, 15; in diesen Fällen würden zudem die meisten Verbraucher versuchen, ihr Surfverhalten zu ändern bzw. zu anonymisieren, siehe *LINK*, Abschlussbericht, 10.

³² *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 10.

³³ *LINK*, Abschlussbericht, 10.

³⁴ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 10.

³⁵ *Vogelsang* versteht unter produktbezogenen Daten jene Daten, die in unmittelbarem Bezug zum Produkt stehen, beispielsweise die Körpermaße bei Kleidungsstücken, siehe *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 114.

weisen, als aufdringlicher empfunden.³⁶ Die wahrgenommene Aufdringlichkeit wirkt sich wiederum negativ auf die wahrgenommene Preisfairness aus.³⁷ Daher nimmt diese ab, je weniger Produktbezug die zur Preispersonalisierung erhobenen Daten aufweisen.³⁸

cc) Gewöhnungseffekt

Auch der Umstand, inwiefern Verbraucher an bestimmte Preisbildungsstrategien gewöhnt sind, hat Einfluss auf die gesellschaftliche Akzeptanz. In aller Regel kann von einem gewissen Gewöhnungseffekt ausgegangen werden, der neuen Preisstrategien nach einer gewissen Zeit zu größerer Akzeptanz verhilft.³⁹ So werden auch schwankende Preise an Tankstellen, durch Schlussverkäufe oder Mengenrabatte mehrheitlich akzeptiert.⁴⁰ Gleiches gilt für Loyalitäts- und Mitgliederrabatte⁴¹ sowie unterschiedliche Preise nach Transaktionszeitpunkt (beispielsweise für Flugtickets)⁴². Dieser Umstand kann gewissermaßen auch durch die bereits getroffene Feststellung belegt werden, dass personalisierte Preise nach üblichen und daher bekannten Differenzierungskriterien „salonfähiger“ sind⁴³. Auch konnte bereits eine zwar nicht ganz stringente aber doch erkennbare Tendenz festgestellt werden, dass die Akzeptanz für dynamische Preise in den Bereichen höher ist, in denen die meisten Befragten auch schon Erfahrungen mit dieser Preisstrategie gemacht haben.⁴⁴ Von einer solchen Entwicklung ist mit zunehmender Verbreitung auch bei personalisierten Preisen auszugehen.⁴⁵

c) Vertrauen in den Anbieter

Das Vertrauen der Verbraucher gegenüber dem jeweiligen Anbieter spielt vor allem für die Akzeptanz gegenüber *personalisierten* Preisen eine große Rolle. Wer das Vertrauen der Kunden genießt, hat bessere Chancen, Preise personalisieren zu können, ohne von einer empörten Verbraucherschaft abgestraft zu werden.⁴⁶ Vertrauenswürdige Anbieter laufen schlicht weniger Gefahr,

³⁶ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 143.

³⁷ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 133, 147.

³⁸ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 143, 147.

³⁹ *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 13; *Wirtz/Kimes*, Journal of service research 2007, 229, 236.

⁴⁰ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 7.

⁴¹ *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 13.

⁴² *Friesen/Reinecke*, Thexis 2007, 34, 38; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 1.

⁴³ Siehe Kap. B.I.1.b)aa).

⁴⁴ Vgl. *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 118.

⁴⁵ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 130; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 418.

⁴⁶ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 19; *Schwaigerl*

„unlauterer“⁴⁷ Motive verdächtigt zu werden.⁴⁸ Natürlich legen Verbraucher auch einen gewissen Wert darauf, dass Anbieter, die Preise personalisieren, Mindeststandards zur Datensicherheit einhalten. Hier gilt es aus Anbietersicht, durch verständliche und transparente Datenschutzerklärungen Vertrauen aufzubauen, was in der Praxis aber häufig misslingt.⁴⁹

d) Persönliche Betroffenheit

Vor allem die Akzeptanz gegenüber *personalisierten* Preisen hängt auch von der persönlichen Betroffenheit ab. Verbraucher befürchten in erster Linie, dass ihnen durch diese Praktik ein höherer Preis angeboten wird und sie somit im Vergleich zum hypothetischen Einheitspreis schlechter stehen.⁵⁰ Wohl aus diesem Grund ist der Unmut über personalisierte Preise bei einkommensschwächeren Verbrauchern besonders groß.⁵¹ Zwar überwiegt die Ablehnung gegenüber personalisierten Preisen im Allgemeinen unabhängig davon, ob hierdurch ein persönlicher Nachteil erlangt wurde.⁵² Trotzdem kommen Umfragen sowohl bezüglich dynamischen⁵³ als auch bezüglich personalisierten⁵⁴ Preisen zu besseren Akzeptanzwerten, wenn ein persönlicher Vorteil durch die jeweilige Praktik unterstellt wird. Beispielhaft sei nur das Ergebnis von *Reinartz et al.* genannt, wonach die Wiederkaufbereitschaft nach persönlich vorteilhafter Preisdifferenzierung im Vergleich zur Wiederkaufbereitschaft nach persönlich nachteilhafter Preisdifferenzierung mit 61,6% statt 30,6% doppelt so hoch ist.⁵⁵ Erwähnt sei auch, dass weniger die

Hufnagel, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 19; *Xial Monroe/Cox*, Journal of Marketing 2004, 1, 3.

⁴⁷ Siehe hierzu Kap. B.I.1.b)aa).

⁴⁸ *Xial Monroe/Cox*, Journal of Marketing 2004, 1, 3.

⁴⁹ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 19; siehe zur Problematik der Informiertheit im Datenschutzrecht auch Kap. D.I.4.a)aa)(3) und Kap. D.I.9.a)bb).

⁵⁰ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 124; *Locher*, ZWeR 2018, 292, 293; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy, 347, 355.

⁵¹ *Malc/Mumell/Pisnik*, Journal of Business Research 2016, 3693, 3695.

⁵² *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 13; *Xial Monroe*, Journal of Economic Psychology 2010, 884, 892; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 355.

⁵³ Hier sinkt die Akzeptanz vor allem, wenn der Preis bereits kurze Zeit nach der eigenen Transaktion sinkt, siehe *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 13 f.

⁵⁴ *Harris Interactive AG*, Dynamisches und individuelles Pricing – Chancen für den Handel, ungeschlüssige Konsumenten; *LINK*, Abschlussbericht, 9; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 13 f.; *Spiekermann*, Individual Price Discrimination – An Impossibility?, 4.

⁵⁵ *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 15.

absolute Preishöhe, sondern vielmehr die Differenz zu den Preisen anderer Verbraucher für die Fairnesswahrnehmung entscheidend ist.⁵⁶ Ferner ist der Schmerz über einen höheren Preis besonders hoch, wenn zugleich ein Bekannter durch einen niedrigeren Preis von der Preispersonalisierung profitiert.⁵⁷ Die gesellschaftliche Ablehnung gegenüber personalisierten Preisen wird daher zum Teil als irrationale und von Neidfaktoren getriebene Reaktion der Verbraucher bezeichnet.⁵⁸

e) Darstellung

Schließlich hängt die Akzeptanz gegenüber dynamischen und personalisierten Preisen davon ab, wie der jeweilige Anbieter diese Praktiken dem Kunden gegenüber vermittelt.

aa) Transparenz

Fehlende Transparenz im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung ist ein Hauptgrund für die gesellschaftliche Ablehnung.⁵⁹ Dadurch, dass derartige Preispraktiken für Verbraucher in der Regel verborgen bleiben⁶⁰ bzw. dass jedenfalls die Preisberechnung undurchsichtig ist⁶¹, fühlen sich viele Verbraucher willkürlich behandelt.⁶² Dieser Effekt wird durch ein gewisses Gefühl der Hilflosigkeit verstärkt.⁶³ Für Anbieter, die algorithmische Preisdiskriminierung betreiben, ergeben sich daher zwei Handlungsmöglichkeiten: Entweder könnten derartige Preisstrategien (weiterhin) im Verborgenen gehalten werden, um negative Schlagzeilen zu vermeiden,⁶⁴ was

⁵⁶ *Malc/Mumell/Pisnik*, Journal of Business Research 2016, 3693, 3696; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 11.

⁵⁷ *LINK*, Abschlussbericht, 9.

⁵⁸ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 866.

⁵⁹ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 9; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 13 f.; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 84 f.; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 15; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 448; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 355; vgl. auch *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 85, 97.

⁶⁰ Siehe hierzu Kap. G.I.3.b)aa).

⁶¹ Dies gilt vor allem für algorithmische Preispersonalisierung, siehe Kap. B.II.1.b)bb)(5), Kap. G.I.3.b)aa).

⁶² *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 289; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 14; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 85.

⁶³ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 292.

⁶⁴ *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsys-

wegen der hohen Markttransparenz im Online-Handel wohl nur bei personalisierten Preisen erfolgsversprechend sein kann⁶⁵. Alternativ könnten Unternehmen aktiv die Transparenz erhöhen,⁶⁶ um somit die Akzeptanz bzw. die wahrgenommene Preisfairness⁶⁷ und damit die Kaufbereitschaft zu steigern⁶⁸. Wie erfolgreich letztere Taktik wirklich ist, ist fraglich. Ebenfalls möglich und nicht ganz unwahrscheinlich erscheint nämlich, dass trotz transparenter Kommunikation die gesellschaftliche Ablehnung überwiegt und Unternehmen sich dadurch letztlich doch ins eigene Fleisch schneiden.⁶⁹ So kommt eine aktuelle Studie von *Gerpott* und *Mikolas* zu dem Ergebnis, dass Verbraucherinformationen keinen merklichen Effekt haben, woraus die Autoren schließen, dass ein „Mehr“ an Transparenz kein wirksames Mittel ist, um die Haltung von Verbrauchern gegenüber personalisierten Preisen zu verbessern.⁷⁰ Nach *Vogelsang* werden diese sogar als aufdringlicher wahrgenommen, wenn über die Datenerhebung informiert wird.⁷¹

bb) Preisdesign

Neurowissenschaftliche Studien belegen, dass die Preiswahrnehmung stark kontextabhängig ist.⁷² Unabhängig von Transparenzmaßnahmen kann die Akzeptanz der Verbraucher für algorithmische Preisdiskriminierung daher auch durch geeignetes Preisdesign verbessert werden.⁷³ Dadurch ergeben sich

teme“, 19 f.; *Vogelsang*, *Designing Smart Prices*, 50; vgl. auch *Reinartz et al.* *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 9 f.

⁶⁵ Vgl. *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 9 f.; ferner ist diese Taktik mit Blick auf die neue Informationspflicht gem. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB auch bei personalisierten Preisen nur noch sehr eingeschränkt realisierbar.

⁶⁶ *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 82.

⁶⁷ *EU-Kommission*, *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, 322; *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 12; *Vogelsang*, *Designing Smart Prices*, 87.

⁶⁸ *Homburg/Totzek/Krämer*, *Journal of Business Research* 2014, 1114, 1118.

⁶⁹ In diese Richtung auch *Rommel*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 875, 876.

⁷⁰ *Gerpott/Mikolas*, *InTeR* 2021, 122, 130; in diese Richtung auch *EU-Kommission*, *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, 248.

⁷¹ *Vogelsang*, *Designing Smart Prices*, 133; dagegen von einem positiven Einfluss von Datenschutzerklärungen auf die Kundenwahrnehmung ausgehend: *Martin/Borahl/Palmatier*, *Journal of Marketing* 2017, 36, 51.

⁷² *Weber/Gier*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 878.

⁷³ *Ezrachil/Stucke*, *Virtual Competition*, 111; *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, *Praxis der Personalisierung im Handel*, 71, 85; *Schwaiger/Hufnagel*, *Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“*, 20; *Spiekermann*, *Individual Price Discrimination – An Impossibility?*, 5; *Weisstein/Monroe/Kukar-Kinney*, *Journal of the Academy of Marketing Science* 2013, 501, 510.

für Anbieter Möglichkeiten, das Problem der gesellschaftlichen Ablehnung durch scheinbar günstige Preise auch in Fällen zu umgehen, in denen sich der Verbraucher der Preisstrategie in Folge von Hinweispflichten oder aus anderen Gründen bewusst ist.⁷⁴

So wirken personalisierte Preise durch die Gestaltung in Form von Rabatten oder Coupons deutlich ansprechender.⁷⁵ Exemplarisch zeigt dies eine Studie von *Vis* und *Toth*. Diese kam zu dem Ergebnis, dass 74 % der Befragten einen Aufpreis bei Kartenzahlung negativ bewerteten. Einen Rabatt bei Barzahlungen sahen dagegen nur 49 % negativ, 21 % positiv und 22 % bewerteten dies neutral, wenngleich der Effekt freilich derselbe ist: Wer mit Karte bezahlt, erhält einen höheren Preis.⁷⁶

Die wahrgenommene Preistransparenz und Preisfairness sowie die Kaufbereitschaft⁷⁷ bei Verwendung dynamischer Preise kann durch eine Anzeige als sogenannter Streichpreis verbessert werden.⁷⁸ Dabei handelt es sich um Preise, in deren Zusammenhang auch weitere Preisinformationen und die Höhe der Ersparnis angezeigt werden.⁷⁹ Dabei gilt: je höher der Streichpreis, desto höher ist die wahrgenommene Preisfairness und die Kaufbereitschaft.⁸⁰ Obwohl Streichpreisen durch § 5 I S. 2 Nr. 2 UWG rechtliche Grenzen gesetzt sind,⁸¹ verwundert es daher nicht, dass sich diese Praxis im Online-Handel großer Beliebtheit erfreut⁸². Dadurch, dass der Streichpreis nicht unbedingt eine Aussage zu Art (Preiserhöhung oder -senkung) und Höhe der letzten Preisänderung trifft, kann das Angebot gegenüber dem Verbraucher leicht als „Schnäppchen“ suggeriert werden.⁸³

⁷⁴ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Personalisierte Preise, 4.

⁷⁵ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 111 f.; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 20; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 4; *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 156.

⁷⁶ *Vis/Toth*, The Abolition of the No-Discrimination Rule, 11.

⁷⁷ Diese wird durch Verwendung dynamischer Preise grundsätzlich geringer, siehe *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 104.

⁷⁸ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 85, 97.

⁷⁹ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 66.

⁸⁰ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 85, 97, 104.

⁸¹ Insbesondere erwarten Verbraucher, dass der Anbieter den durchgestrichenen Preis tatsächlich einmal zu einem früheren Zeitpunkt verlangt hat, vgl. BGH, Urt. v. 05.11.2015 – I ZR 182/14, GRUR 2016, 521.

⁸² So wurden auf Amazon die Preise für 88 % der Artikel, bei denen im Untersuchungszeitraum von 30 Tagen Preisänderungen festgestellt wurden, als Streichpreise angezeigt, siehe *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 70.

⁸³ Vgl. *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 70.

2. Verbrauchererwartung

Nachdem die Haltung der Verbraucherschaft gegenüber algorithmischer Preisdiskriminierung dargestellt wurde, ist nun der für die rechtliche Beurteilung nicht unwichtigen Frage nachzugehen, inwiefern Verbraucher mit derartigen Preisstrategien rechnen.

Laut einer Umfrage aus dem Jahr 2016 haben 63 % der befragten Fluggäste⁸⁴ bereits Erfahrungen mit dynamischen Preisen für Flugtickets gemacht. Der Erfahrungswert im Zusammenhang mit Kraftstoffpreisen und Preisen für Hotelzimmer bewegt sich mit 60 % bzw. 59 % in einem ähnlichen Rahmen.⁸⁵ Unabhängig von persönlichen Erfahrungen schätzten 2016 83 % der Befragten Preisdynamisierungen nach Transaktionszeitpunkt im Online-Handel als existent ein.⁸⁶ Dagegen scheinen die meisten Verbraucher mit personalisierten Preisen weniger Erfahrungen gemacht zu haben. So gaben 2016 in einer Umfrage 68 % der Befragten an, bisher noch nicht (bewusst) mit dieser Praxis konfrontiert worden zu sein, wenngleich 63 % von der Existenz personalisierter Preise nach Zahlungsbereitschaft ausgingen.⁸⁷ Immerhin kam eine andere Untersuchung aus demselben Jahr zu dem Ergebnis, dass 43 % schon einmal von Preispersonalisierungen gehört haben, wenngleich auch hiernach die Erfahrungen mit dieser Praxis als gering eingeschätzt werden müssen.⁸⁸ 2018 stellte die EU-Kommission zwar fest, dass nur 29 % der Befragten noch nie etwas von dieser Strategie gehört haben.⁸⁹ Jedenfalls lassen die Umfragen aber über die bloße (vermutete) Existenz personalisierter Preise hinaus bei einem Großteil der Verbraucherschaft keine näheren Kenntnisse über diese Strategie vermuten.⁹⁰

Zwar ist bzgl. *dynamischer* Preise bereits ein gewisser Gewöhnungseffekt eingetreten.⁹¹ Dagegen ist anzunehmen, dass Verbraucher bei den meisten

⁸⁴ Mindestens ein Flug in den letzten 12 Monaten.

⁸⁵ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 118.

⁸⁶ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 8.

⁸⁷ *ConPolicy GmbH*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 5, 8.

⁸⁸ *LINK*, Abschlussbericht, 6 f.

⁸⁹ *EU-Kommission*, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 299.

⁹⁰ Vgl. *EU-Kommission*, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 299; *LINK*, Abschlussbericht, 6.

⁹¹ *Friesen/Reinecke*, Thexis 2007, 34, 38; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 1; vgl. auch *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 7.

Angeboten nicht von softwaregenerierten *personalisierten* Preisen ausgehen⁹². Zwar werden auch hier mit zunehmender Verbreitung⁹³ immer mehr Verbraucher mit dieser Preisstrategie rechnen.⁹⁴ Allerdings glaubten noch 2018 nur 20 % der Befragten, dass die meisten Online-Shops Preise personalisieren. Lediglich 27 % vermuteten, dass zumindest manche Online-Shops diese Preisstrategie betreiben und nur 21 % glaubten, dass ihnen in letzter Zeit aufgrund ihres Online-Verhaltens ein personalisierter Preis angeboten wurde.⁹⁵ Dies bedeutet aber nicht, dass sich der Durchschnittsverbraucher der Möglichkeit, einen personalisierten Preis unterbreitet zu bekommen, überhaupt nicht bewusst ist. Vielmehr rechnet er auch mit dieser Preisstrategie, wenngleich er von einer geringen Verbreitung ausgeht.

3. Fazit: Abhängigkeit von der Art der algorithmischen Preisdiskriminierung

Während dynamische Preise mehrheitlich akzeptiert werden, lehnen weite Teile der Verbraucherschaft personalisierte Preise ab. Die Akzeptanz hängt aber neben der Art der Preisstrategie auch von weiteren Faktoren ab, wobei vor allem das Differenzierungs- bzw. Dynamisierungskriterium und die persönliche Betroffenheit eine große Rolle spielt. Zwar können Anbieter versuchen, die Akzeptanz durch verschiedene Maßnahmen aktiv zu steigern. Trotzdem ist aber jedenfalls bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung weiterhin von einem Überwiegen der gesellschaftlichen Ablehnung auszugehen. Zudem werden dynamische Preise von Verbrauchern eher erwartet. Mit personalisierten Preisen rechnet der Durchschnittsverbraucher dagegen deutlich seltener.

II. Ökonomische Chancen und Risiken

Um die Interessenlage im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung zu begreifen, werden nun die ökonomischen Hintergründe aus Unternehmens- und Verbrauchersicht dargestellt.

⁹² Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Personalisierte Preise, 6; Schmidt, DSRITB 2016, 1007, 1018; vgl. auch Adinolfi, IPRB 2019, 225, 228.

⁹³ Siehe zur Existenz personalisierter Preise Kap. A.II.1.

⁹⁴ Hofmann, WRP 2016, 1074, 1080; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10.

⁹⁵ EU-Kommission, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 300 f.

1. Algorithmische Preisdiskriminierung aus Unternehmenssicht

Zur Beleuchtung der unternehmerischen Perspektive ist zwischen dynamischen und personalisierten Preisen zu unterscheiden.

a) Dynamische Preise

aa) Unternehmerisches Potenzial

Unternehmen dynamisieren ihre Preise, um flexibel auf die jeweilige Marktsituation reagieren⁹⁶ und so ihre Umsätze steigern zu können⁹⁷. So bieten dynamische Preisbildungsstrategien Unternehmen die Chance höherer Effizienzgewinne.⁹⁸ Darüber hinaus können mit Hilfe geschickter Preisdynamisierung hohe Fixkosten auch in Zeiten geringerer Nachfrage ausgeglichen werden, indem zu Stoßzeiten höhere Preise verlangt werden.⁹⁹ Dass Unternehmen von dynamischen Preisen profitieren können, ist zudem wissenschaftlich belegt. So wurden auf Amazon Marketplace bei jenen Händlern, die ihre Preise mit Hilfe von Algorithmen anpassen, höhere Effizienzgewinne und dadurch bedingte Umsatzsteigerungen festgestellt.¹⁰⁰ *Zhao* und *Zheng* fanden am Beispiel von Flugtickets ferner heraus, dass durch eine Preisbildung, mit der die Zahlungsbereitschaft der Kunden in Abhängigkeit von Zeit und Verfügbarkeit optimal ausgeschöpft wird, der Gewinn um 2,4–7,3 % gesteigert werden kann.¹⁰¹

bb) Hürden

Obwohl dynamische Preise unternehmerisches Potenzial bergen, sind dieser Praktik auch einige Grenzen gesetzt. Zunächst ist der unternehmerische Erfolg durch dynamische Preise von der gesellschaftlichen Akzeptanz dieser Preisstrategie abhängig. So können Unternehmen vor allem in denjenigen Branchen von dynamischen Preisen profitieren, in denen diese Strategie hohe Akzeptanz genießt,¹⁰² z.B. bei Flugtickets, in der Hotellerie oder bei Autovermietungen¹⁰³.

⁹⁶ *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8.

⁹⁷ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 17.

⁹⁸ *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 3.

⁹⁹ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 118.

¹⁰⁰ *Chen/Mislove/Wilson*, An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace, 10.

¹⁰¹ *Zhao/Zheng*, Management Science 2000, 375, 376 ff.

¹⁰² *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 17 f.

¹⁰³ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 118.

Zudem kann das Potenzial dynamischer Preise auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb nie ganz ausgereizt werden. Wenn nämlich ein Unternehmen auf eine veränderte Marktsituation mit Preiserhöhungen reagiert, dann läuft es immer auch Gefahr, von Wettbewerbern unterboten zu werden und dadurch potenzielle Kunden zu verlieren.¹⁰⁴ Auch können durch zu viele und zu häufige Preisänderungen Verbraucher verunsichert bzw. verwirrt werden, was im aus Unternehmenssicht schlimmsten Fall dazu führen kann, dass diese vom Kauf absehen.¹⁰⁵

Durch Preisbildungsalgorithmen, die laufend den Markt analysieren und auf Änderungen reagieren,¹⁰⁶ wird die Markttransparenz erhöht,¹⁰⁷ was einerseits wettbewerbsbelebende Wirkung haben kann¹⁰⁸. Passen Unternehmen ihre Preise nämlich primär an die Preise der Wettbewerber an, so kann das eine fallende Preisspirale (Preiskampf) verursachen, was für Unternehmen mit Umsatzeinbußen verbunden wäre.¹⁰⁹ Andererseits kann die algorithmbedingte Markttransparenz auch zu einem Angleichen und Einpendeln der Preise auf einem Niveau, das über dem hypothetischen Wettbewerbspreis liegt, führen.¹¹⁰ In diesem Fall würden Unternehmen im Vergleich zu statischem Preismanagement profitieren.

Schließlich sind dynamischen Preisen als Instrument zur Umsatzsteigerung dadurch Grenzen gesetzt, dass sich Verbraucher selber vor zu hohen Preisen schützen können. Herkömmliche Preisdynamisierung läuft nämlich häufig nach Regeln ab, die Verbraucher einfach durchschauen und an die sie somit ihr Kaufverhalten anpassen können.¹¹¹ Zwar werden die entsprechenden Algorithmen immer komplexer und damit undurchsichtiger.¹¹² Doch auch unabhängig von der Durchschaubarkeit der Preisberechnung im konkreten Fall bestehen für Verbraucher Selbstschutzmöglichkeiten. So existieren bereits heute Intermediäre, die Verbraucher informieren, wenn für ein bestimmtes Produkt ein individueller Wunsch- bzw. Maximalpreis erreicht ist¹¹³ oder die in diesem Fall sogar bereits abgeschlossene Verträge stornieren

¹⁰⁴ Vgl. *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 19.

¹⁰⁵ *Kenning/Pohst*, Wirtschaftsdienst 2016, 871, 872 f.

¹⁰⁶ *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868.

¹⁰⁷ *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 106; *Paal*, GRUR 2019, 43, 45; *Ritzl Marx*, GRUR-Prax 2018, 421, 422; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10.

¹⁰⁸ *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1076; *Ritzl/Marx*, GRUR-Prax 2018, 421, 422; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10.

¹⁰⁹ *Wolf*, NZKart 2019, 2, 3.

¹¹⁰ *Hoffmann*, in: *Daus/Ludwigs*, EU-Wirtschaftsrecht, H.I. (Kartellrecht), § 2 (Art. 101 AEUV), Rn. 28 (Stand: Juli 2021); *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10; *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 I AEUV, Rn. 78; siehe zur hiermit verbundenen Gefahr der Oligopolisierung Kap. E.I.1.b).

¹¹¹ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 87.

¹¹² Vgl. *Rott*, in: *Ochs et al.*, Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 289, 294.

¹¹³ *Rott*, in: *Ochs et al.*, Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 290; *Sachverständigenrat*

und zum aktuellen Preis neu abschließen¹¹⁴. Zudem können Verbraucher die zahlreichen Möglichkeiten des Preisvergleichs insbesondere auf entsprechenden Portalen nutzen und sich auf diesen zum Teil auch über den Preisverlauf eines bestimmten Produktes informieren.¹¹⁵

b) Personalisierte Preise

Ebenso wie bei dynamischen Preisen liegen auch bei personalisierten Preisen unternehmerische Chancen und Risiken nah beieinander.

aa) Unternehmerisches Potenzial

Auch personalisierte Preise ermöglichen Unternehmen, ihre Gewinne zu maximieren.¹¹⁶ Zum einen können Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft höhere Preise angeboten werden¹¹⁷ und zum anderen können neue Kunden gewonnen werden, für die sich der Markt erst durch einen unter dem hypothetischen Einheitspreis liegenden personalisierten Preis öffnet¹¹⁸. Auch bieten personalisierte Rabatte die Möglichkeit, die Kundenbindung zu stärken.¹¹⁹ Besonders gewinnbringend sind personalisierte Preise, wenn tatsächlich von jedem einzelnen Kunden die individuelle Zahlungsbereitschaft abgeschöpft werden kann (sog. perfekte Preisdiskriminierung oder Preisdiskriminierung ersten Grades¹²⁰).¹²¹ Dies ist für Unternehmen zwar mit erheblichen Hürden verbunden, sodass fraglich erscheint, ob diese Preis-

für *Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 15; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, *Praxis der Personalisierung im Handel*, 71, 87; *Schleusener*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 868, 870.

¹¹⁴ *Schleusener*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 868, 870.

¹¹⁵ *Rott*, in: Ochs et al., *Die Zukunft der Datenökonomie*, 285, 290.

¹¹⁶ *Golland*, CR 2020, 186, 189; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 64; *Locher*, ZWeR 2018, 292, 311; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, *Personalisierte Preise*, 4 f.; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*, 1.

¹¹⁷ *EzrachilStucke*, *Virtual Competition*, 88; *Genth*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 863; *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303.

¹¹⁸ *Choudhary et al.*, *Management Science* 2005, 1120, 1129; *EzrachilStucke*, *Virtual Competition*, 188; *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303; *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, *Dynamic Pricing*, 17; *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 60; *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 18; *The White House*, *Big Data and Differential Pricing*, 4 f.; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*, 1.

¹¹⁹ *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 60; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*, 1.

¹²⁰ Siehe zum Begriff Kap. A.I.2.

¹²¹ *EzrachilStucke*, *Virtual Competition*, 86; vgl. auch *Dubél/Misra*, *Personalized pricing and customer welfare*, 2; *The White House*, *Big Data and Differential Pricing*, 4 f.; *Ulph/Vulkan*, *Electronic Commerce, Price Discrimination, and Mass Customization*, 34.

strategie überhaupt umsetzbar ist.¹²² Unter „perfekten“ Bedingungen ist Preisdiskriminierung ersten Grades gerade auch mit Blick in die Zukunft wegen der stetigen Optimierung von Algorithmen aber auch nicht gänzlich auszuschließen.¹²³ Außerdem können sich Unternehmen auch im Rahmen gruppenabhängiger Preispersonalisierung der individuellen Zahlungsbereitschaft durch Verfeinerung und Kombination von Gruppenmerkmalen immer weiter annähern.¹²⁴ Das unternehmerische Potenzial personalisierter Preise konnte nicht zuletzt durch zahlreiche Studien¹²⁵ belegt werden. Mögliche Folgen personalisierter Preise ergeben sich auch für den Markteintritt. Dieser könnte einerseits dadurch erleichtert werden, dass jedem Wettbewerber alle Kundensegmente offenstehen.¹²⁶ Andererseits erscheint auch eine Erschwerung des Markteintritts als Folge eines vor allem durch personalisierte Rabatte ausgelösten Verdrängungswettbewerbs¹²⁷ denkbar.¹²⁸

bb) Hürden

Gleichwohl bestehen für die Personalisierung von Preisen in der Praxis eine Vielzahl von Hürden, die im Folgenden erläutert werden.

(1) Personalisierung von Preisen

Schon das „bloße“ Vorhaben, Preise zu personalisieren, birgt einige Schwierigkeiten.¹²⁹ Zunächst ist eine betriebswirtschaftlich erfolgreiche automatisierte Personalisierung von Preisen nur durch leistungsfähige Technologie möglich, die sich viele kleinere Unternehmen nicht leisten können.¹³⁰

Ferner besteht die Gefahr sog. „algorithmic biases“, also algorithmischer Fehlberechnungen, deren Ergebnisse nicht der tatsächlichen Zahlungsbereitschaft des jeweiligen Kunden entsprechen.¹³¹ Schließlich hängt die individu-

¹²² Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 58; Schleusener, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; siehe zu den Grenzen personalisierter Preise im Allgemeinen und perfekter Preisdiskriminierung im Besonderen Kap. B.II.1.b)bb).

¹²³ Vogelsang, Designing Smart Prices, 26.

¹²⁴ EzrachilStucke, Virtual Competition, 100 ff.

¹²⁵ Dubé/Misra, Personalized pricing and customer welfare, 5, 24; Khan/Jain, Journal of Marketing Research 2005, 516, 522; Shiller, International Economic Review 2020, 847, 849, 861 f.; Shiller, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, 18; Shiller/Waldfoegel, Music for a Song: An Empirical Look at Uniform Pricing and its Alternatives, 4.

¹²⁶ Reinartz et al., Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 18; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 1; vgl. auch Cortis, The Rand Journal of Economics 1998, 306, 321; EzrachilStucke, Virtual Competition, 118.

¹²⁷ Näher zu diesem Aspekt: Kap. B.II.1.b)bb)(3), Kap. E.I.2.b)dd).

¹²⁸ CMA, The Commercial Use of Consumer Data, 87.

¹²⁹ Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 77 f.

¹³⁰ Reinartz et al., Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 19.

¹³¹ EzrachilStucke, Virtual Competition, 97 ff.; Krämer/Friesen/Shelton, Journal of Re-

elle Zahlungsbereitschaft von einer Vielzahl von Faktoren ab¹³² und ist stark situationsabhängig.¹³³ Vor allem folgt sie nicht immer rationalen Regeln,¹³⁴ wozu beispielhaft auf eine Studie von *Northcraft* und *Neale* verwiesen sei, die zeigt, wie stark die Preiswahrnehmung bzw. -bewertung einer Immobilie vom angegebenen Listenpreis abhängt.¹³⁵ Diese Irrationalität und Situationsabhängigkeit macht eine (exakte) automatisierte Ermittlung der individuellen Zahlungsbereitschaft extrem schwierig, wenn nicht gar unmöglich.¹³⁶ Jedenfalls wären hierfür extrem ausgereifte und leistungsstarke Algorithmen nötig,¹³⁷ wobei stets ein Restrisiko bleibt, durch zu hoch angesetzte Preise Kunden zu verlieren¹³⁸ oder durch zu niedrige Preise Konsumentenrente zu verschenken¹³⁹.

Unabhängig von den Anforderungen an die verwendete Software muss ein Anbieter überhaupt über einen hinreichenden Datenzugang verfügen, um Preise sinnvoll personalisieren zu können.¹⁴⁰ Diese Hürde dürfte aber für Anbieter, die auf Onlinemärkten tätig sind, vergleichsweise einfacher zu nehmen sein, da hier der Kunde durch sein Online-Verhalten gewissermaßen selber die Daten „liefert“, die Unternehmen für die Preispersonalisierung fruchtbar machen können.¹⁴¹ Aber auch für den Online-Vertrieb stellt sich die Frage, ob es überhaupt möglich ist, auf eine Datenbasis zugreifen zu können,

venue and Pricing Management 2018, 115, 117; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 58; *Reinartz et al.*, Preispersonalisierung und -dispersion im Handel, 19; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 18; *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 78; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4, 12 f.; vgl. auch *Carroll/Coates*, Southern Economic Journal 1999, 466, 471; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447 f.

¹³² Vgl. *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 77.

¹³³ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 97 f.

¹³⁴ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 97 f.

¹³⁵ *Northcraft/Neale*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 1987, 84, 89 f., 93 f.

¹³⁶ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 99.

¹³⁷ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 117; vgl. auch *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preise im Online-Handel“, 18.

¹³⁸ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preise im Online-Handel“, 10 f.; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 226.

¹³⁹ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preise im Online-Handel“, 10 f.

¹⁴⁰ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 98 f.; *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 117; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 19; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 448.

¹⁴¹ *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 42; vgl. auch *Kerber*, GRUR Int. 2016, 639, 641.

die breit genug ist, um die exakte Zahlungsbereitschaft des jeweiligen Kunden zu ermitteln.¹⁴² Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass die kontinuierlich wachsenden Datenmengen, die Verbraucher online zurücklassen, die Möglichkeiten der Preispersonalisierung stetig vorantreiben.¹⁴³

Für Online-Händler, die zugleich Preise personalisieren und mit Such- und Vergleichsportalen zusammenarbeiten möchten, stellt sich die Herausforderung, die personalisierten Preise mit den in den Portalen angezeigten Preisen zu koordinieren.¹⁴⁴ Dies wird überwiegend zurecht für unmöglich gehalten.¹⁴⁵ Theoretisch bestehen zwar zwei Lösungsmöglichkeiten für dieses Problem. Erstens könnten Anbieter und Vergleichsportal ein Application Programming Interface (API) als Schnittstelle zum Austausch von Daten verwenden. Dafür müssten aber der Anbieter und das Vergleichsportal eine solche Schnittstelle einrichten und der Kunde muss sowohl beim Anbieter als auch beim Vergleichsportal über ein Kundenkonto verfügen, damit die Daten richtig zugeordnet werden können. Diese Methode ist also für die übliche Nutzung von Vergleichsportalen (ohne Anmeldung beim Vergleichsportal bzw. beim Anbieter) nicht zielführend. Zweitens könnte der Anbieter auf dem Rechner des Kunden einen Cookie mit dem personalisierten Preis setzen und den Vergleichsportalen den Zugriff auf diesen Cookie ermöglichen. Hierfür wäre aber notwendig, dass der Kunde bereits zuvor die Website des Anbieters besucht hat, damit dieser den personalisierten Preis überhaupt berechnen kann. Der Sinn von Vergleichsportalen besteht jedoch gerade darin, dem Kunden die mühsame Recherche bei den einzelnen Anbietern abzunehmen. Daher wäre auch diese Lösung für die herkömmliche Nutzung von Vergleichsportalen nicht praktikabel.

¹⁴² *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 98 f.

¹⁴³ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 117.

¹⁴⁴ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdiskriminierung im Online-Handel“, 7, 11, 12 f.; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 74, 78 ff.; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 46.

¹⁴⁵ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 290; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdiskriminierung im Online-Handel“, 8, 11; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 74, 78 f.; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; vgl. auch *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 46; eine Koordinierung jedenfalls für unwahrscheinlich haltend: *Zander-Hayat/Reischl/Steffen*, VuR 2016, 403, 408; a.A. wohl *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864.

(2) Gesellschaftliche Ablehnung

Wie gesehen, wird die Personalisierung von Preisen gesellschaftlich überwiegend abgelehnt.¹⁴⁶ Dieser Umstand ist möglicherweise die größte Hürde für Unternehmen, Preise im großen Stil zu personalisieren.¹⁴⁷ Anbieter laufen nämlich Gefahr, durch personalisierte Preise empörte Kunden zu verlieren, die auf diese Praxis aufmerksam geworden sind.¹⁴⁸ Dies zeigt eine Umfrage der EU-Kommission aus dem Jahr 2018, in der lediglich 38 % der Befragten angaben, dass sie sich, als sie zuletzt meinten, einen personalisierten Preis angeboten bekommen zu haben, durch diesen Umstand nicht von der Transaktion haben abhalten lassen.¹⁴⁹ Daher haben Unternehmen in der Regel auch kein Interesse an einer transparenten Kommunikation personalisierter Preise.¹⁵⁰ Aktuell profitieren Unternehmen zwar noch davon, dass automatisierte Preispersonalisierungen für Verbraucher häufig nicht erkennbar sind.¹⁵¹ Dies hat sich aber mit der neuen Hinweispflicht gem. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB¹⁵², die Art. 4 Nr. 4 lit. a Ziff. ii RL (EU) 2019/2161 umsetzt, maßgeblich geändert. Nun gilt es für Unternehmen, Preispersonalisierung nur mit Bedacht einzusetzen¹⁵³ und genau zu prüfen, ob der dadurch erzielbare Mehrgewinn etwaige langfristige Kundenabwanderungen aufwiegen kann¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Siehe hierzu Kap. B.I.

¹⁴⁷ *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 23; ebenfalls auf diese Hürde hinweisend: *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 129 f.; *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 18; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 19; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 14; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 85; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4.

¹⁴⁸ *Dubé/Misra*, Personalized pricing and customer welfare, 25; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 123; *Maxwell/Garbarino*, Journal of Product & Brand Management 2010, 218, 222; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 88; *OFT*, Personalised Pricing, 28; *Reinartz et al.* Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 14 f.; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 13; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 226.

¹⁴⁹ *EU-Kommission*, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 301.

¹⁵⁰ *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 876; vgl. auch *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 9.

¹⁵¹ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 112 f.

¹⁵² Siehe zu dieser ausführlich Kap. G.I.3.b)cc)(1).

¹⁵³ *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 16; vgl. auch *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 88.

¹⁵⁴ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 120.

(3) Wettbewerb

Auch der Wettbewerb setzt der algorithmischen Personalisierung von Preisen Grenzen. Zunächst werden Unternehmer auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb durch die jederzeitige Möglichkeit der Wettbewerber, hohe Preise zu unterbieten, daran gehindert, Preise „hemmungslos“ personalisieren zu können.¹⁵⁵ Insofern sind lediglich Monopolisten bzw. Unternehmen mit zumindest einer gewissen Marktmacht durch den Wettbewerb keine Ketten angelegt.¹⁵⁶ Dieser Aspekt erlangt vor allem auf Onlinemärkten Relevanz. Schließlich weisen gerade diese Märkte typischerweise eine besonders hohe Markttransparenz auf, wodurch Verbraucher Preise verschiedener Anbieter einfach vergleichen können.¹⁵⁷ Natürlich liegt es letztlich bei den Verbrauchern, diese Möglichkeiten auch zu nutzen.¹⁵⁸ Ferner wird dieses wettbewerbliche Regulativ wohl auch nicht dadurch entfallen, dass die Wettbewerber ihre Preise ebenfalls personalisieren. Dass alle Wettbewerber für den jeweiligen Kunden exakt denselben Preis berechnen, erscheint extrem unwahrscheinlich, sodass es auch in diesem Fall zu Preisunterschieden kommen wird.¹⁵⁹

Außerdem besteht für Unternehmer die Gefahr, dass Kunden gänzlich vom Kauf absehen, weil sie entweder keine Preise vergleichen und von einem

¹⁵⁵ *Chen/Zhang*, International Journal of Industrial Organization 2009, 43, 44; *Kerber*, ZGE 2016, 149, 157; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zu Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 7 f., 10; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 40; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 80, 81 f.; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 2; in der Markttransparenz dagegen eher eine Erleichterung für Preisdiskriminierung sehend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 827.

¹⁵⁶ *Carroll/Coates*, Southern Economic Journal 1999, 466, 470 f.; *Dubé/Misra*, Personalized pricing and customer welfare, 2; *Klock*, Tennessee Law Review 2002, 317, 374 f.; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 8; *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 80; *Ulph/Vulkan*, Electronic Commerce, Price Discrimination, and Mass Customization, 34; vgl. auch *Kerber*, GRUR Int. 2016, 639, 641; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4 f.

¹⁵⁷ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 40; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 6.

¹⁵⁸ *OFT*, Online Targeting on Advertising and Prices, 48; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 10; *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 81 f.

¹⁵⁹ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 7 f.; *Schleusener*, in: *Stüber/Hudetz*, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 80.

hohen personalisierten Preis abgeschreckt werden¹⁶⁰ oder weil sie durch zu viele verschiedene personalisierte Preise verwirrt und überfordert werden¹⁶¹.

Zudem führen niedrigere personalisierte Preise dazu, dass bestimmte Waren und Dienstleistungen auch für Verbraucher mit geringerer Zahlungsbereitschaft attraktiv werden. So können Unternehmen ihre Kundensegmente erweitern. Dadurch konkurrieren tendenziell mehr Anbieter um den einzelnen Kunden, was den Wettbewerb intensiviert und – zumindest auf funktionierenden Märkten – die Preise und somit auch den Profit sinken lässt.¹⁶² Ob Preispersonalisierung trotz dieses Effekts profitabel ist, hängt vor allem vom Verhalten der Wettbewerber ab. Zwar kann sich die Personalisierung von Preisen im Ergebnis auch dann noch lohnen, wenn die Wettbewerber in der gleichen Weise verfahren und dadurch der Wettbewerb angeheizt wird.¹⁶³ Generell gilt jedoch: Je mehr Wettbewerber ihre Preise personalisieren¹⁶⁴ und je ähnlicher die Preise berechnet werden¹⁶⁵, desto niedriger ist das Gewinnplus, das für das einzelne Unternehmen herauspringt. Für Anbieter wird das besonders problematisch, wenn sie gezwungen sind, ebenfalls Preise zu personalisieren, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Sind gleichzeitig ihre Produktionskosten zu hoch, führt die Preispersonalisierung ggf. zu Verlusten. Das Unternehmen befindet sich dann in einem Gefangenen-Dilemma.¹⁶⁶

Vor allem die Personalisierung von Preisen durch Unternehmen mit gewisser Marktmacht kann aber auch dazu führen, dass der Markteintritt und -verbleib für Wettbewerber erschwert wird. Ein solcher Verdrängungswettbewerb würde dann sinkenden Wettbewerbsdruck verursachen, wodurch einigen wenigen marktmächtigen Unternehmen bei der Personalisierung von Preisen eine relativ freie Hand bliebe.¹⁶⁷

¹⁶⁰ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 62.

¹⁶¹ Vgl. *Dhar*, Journal of Consumer Research 1997, 215, 228; *Kenning/Pohst*, Wirtschaftsdienst 2016, 871, 872 f.

¹⁶² *Choudhary* et al. Management Science 2005, 1120, 1129; *Corts*, The Rand Journal of Economics 1998, 306, 321; *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 118; *Kerber*, GRUR Int. 2016, 639, 641; *Köhler*, BB 2001, 265, 266; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 63; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 22; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 449; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 2 f.; *Ulph/Vulkan*, Electronic Commerce, Price Discrimination, and Mass Customization, 34 f.; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 226.

¹⁶³ *Kumar/Rao*, Marketing Science 2006, 188, 193.

¹⁶⁴ *Choudhary* et al., Management Science 2005, 1120, 1129; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 66.

¹⁶⁵ Vgl. *Chen/Iyver*, Marketing Science 2002, 197, 199.

¹⁶⁶ *Choudhary* et al., Management Science 2005, 1120, 1129; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 63 f., 66.

¹⁶⁷ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 118 f.; *Köhler*, BB 2001, 265, 266; *OFT*, Personalised Pricing, 27; vgl. auch *CMA*, The Commercial Use of Consumer Data, 87.

(4) Arbitrage

Auf manchen Märkten bietet sich für Kunden die Möglichkeit, ein gekauftes Produkt auf einem Zweitmarkt zu einem teureren Preis und damit gewinnbringend weiterzuverkaufen (sog. Arbitrage).¹⁶⁸ Ist dies auf einem Markt der Fall, auf dem durch ein oder mehrere Anbieter Preise personalisiert werden, so geht die Rechnung der Unternehmen, niedrigere personalisierte Preise durch höhere personalisierte Preise auszugleichen, nicht mehr auf, da die zahlungsstärkeren Kunden auf dem Zweitmarkt abgefangen werden. In diesem Fall wäre die Personalisierung von Preisen wenig erfolgversprechend.¹⁶⁹ Zwar wurden durch das Internet weitere Arbitrage-Möglichkeiten geschaffen.¹⁷⁰ Auf der anderen Seite sind dem profitablen Weiterverkauf nicht selten in Form von hohen Kosten Grenzen gesetzt, die sich vor allem durch lange Transportwege ergeben. Daher wird diese theoretische Möglichkeit Unternehmen in der Praxis eher selten an erfolgreicher Preispersonalisierung hindern.¹⁷¹

(5) Selbstschutz der Verbraucher

Natürlich müssen Unternehmen auch damit rechnen, dass zumindest einige Verbraucher selbst Maßnahmen ergreifen, um sich insbesondere vor hohen personalisierten Preisen zu schützen. Dadurch würde die Profitabilität dieser Preisstrategie sinken.¹⁷² Laut einer Umfrage aus dem Jahr 2015 würden 64 % der Befragten versuchen, sich online anonym zu halten, wenn das Surfverhalten den Preis beeinflusst und 55 % würden sich darüber informieren, wie sie sich durch eine Anpassung ihres Surfverhaltens besser schützen können.¹⁷³ Um personalisierte Preise abzuwehren, müssen Verbraucher in erster Linie ihre personenbezogenen Daten schützen, die für die Anbieter in diesem Zu-

¹⁶⁸ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 86; *Kerber*, ZGE 2016, 149, 157; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17 f.; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4.

¹⁶⁹ *Carroll/Coates*, Southern Economic Journal 1999, 466, 471; *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 86 f.; *Kerber*, ZGE 2016, 149, 157; *OFT*, Online Targeting of Advertising and Prices, 48; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17 f.; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 21; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4, 7.

¹⁷⁰ *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 14.

¹⁷¹ *U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission*, Horizontal Merger Guidelines, Kap. B.

¹⁷² *Acquisti/Varian*, Marketing Science 2005, 367, 368, 374; *Chen/Zhang*, International Journal of Industrial Organization 2009, 43, 44; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 67; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 226; vgl. auch *Paal*, GRUR 2019, 43, 48.

¹⁷³ *LINK*, Abschlussbericht, 10.

sammenhang attraktiv sind. Dies kann durch Vermeidung „verdächtiger“ Websites¹⁷⁴, Anpassung der Browsereinstellungen¹⁷⁵ oder Installation bestimmter Anonymisierungssoftware¹⁷⁶ geschehen. Auch ist der Einsatz von Software und Intermediären denkbar, die das jeweilige Kundenprofil gezielt verfälschen, sodass ein möglichst niedriger personalisierter Preis generiert wird.¹⁷⁷ Natürlich setzen derartige Maßnahmen, zumindest solange keine entsprechende Standard-Software existiert¹⁷⁸, ein gewisses technisches Verständnis der Verbraucher voraus, was an der Effektivität dieser Mittel in der Praxis zweifeln lassen kann.¹⁷⁹ So ist beispielsweise auch die Nutzung von Ad-Blockern noch nicht besonders verbreitet.¹⁸⁰ Zudem steht zu befürchten, dass vor allem uninformierte und technisch unversierte Verbraucher ein „technisches Wettrüsten“ am Ende verlieren werden.¹⁸¹ Jedenfalls müsste z.B. durch staatliche Regulierung die Unabhängigkeit der digitalen Agenten, derer sich die Verbraucher zum Selbstschutz bedienen, gewährleistet sein.¹⁸² Auch könnten Unternehmen von dem Ergreifen von Schutzmaßnahmen abschrecken, indem sie datensensible Kunden über Gebühr benachteiligen.¹⁸³ Unabhängig von technischen Vorkehrungen könnten sich Verbraucher aber auch mit anderen Maßnahmen schützen, so z.B. durch die Anpassung ihres Kauf-

¹⁷⁴ Vgl. *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 13.

¹⁷⁵ *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 15.

¹⁷⁶ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 115; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 67, 88; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 18; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 14; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 86; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 7; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 227; vgl. auch *Gall/Elkin-Koren*, Harvard Journal of Law & Technology 2017, 309 ff.

¹⁷⁷ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 35; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 14; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 21.

¹⁷⁸ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 14.

¹⁷⁹ *Golland*, CR 2020, 186, 187; vgl. auch *Acquisti/Varian*, Marketing Science 2005, 367, 374.

¹⁸⁰ *EU-Kommission*, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 270.

¹⁸¹ *OFT*, Personalised Pricing, 28; *Paal*, GRUR 2019, 43, 46; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 226 f.; vgl. auch *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 89; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291.

¹⁸² *Göhs*, WuW 2018, 121, 124 f.

¹⁸³ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 227; zur Vereinbarkeit personalisierter Preise mit Art. 7 IV DSGVO siehe Kap. D.I.4.a)aa)(4).

verhaltens¹⁸⁴, die Angabe falscher Daten bzw. die Erstellung von Fake-Profilen¹⁸⁵ oder indem sie Online-Käufe von einem Dritten mit einem preisen-sibleren Profil vornehmen lassen¹⁸⁶. Hierfür ist aber zumindest die grobe Kenntnis der Funktionsweise des Algorithmus erforderlich, über die wohl die wenigsten Verbraucher verfügen.¹⁸⁷ Diese müssen zudem auch bereit sein, den nötigen Aufwand zu betreiben, der mit solchen Schutzvorkehrungen einhergeht.¹⁸⁸

c) Fazit: Einzelfall- und marktabhängiges Potenzial

Algorithmische Preisdiskriminierung ist eines von vielen Marketing-Instrumenten, mit denen Unternehmen ihre Gewinne erhöhen können. Es verwundert daher nicht, dass diese sich verstärkt damit auseinandersetzen, ob bzw. wie der Einsatz von Preisalgorithmen den unternehmerischen Erfolg steigern kann. Zugleich ist es aus Unternehmenssicht auch dringend geboten, sich eingehend mit dieser Frage zu befassen, da dem Einsatz von Algorithmen zur Preisberechnung, technische, gesellschaftliche und wettbewerbliche Grenzen gesetzt sind. Ob sich dieser für ein Unternehmen betriebswirtschaftlich lohnt, ist von vielen Faktoren und vor allem von den Gegebenheiten des jeweiligen Marktes abhängig.

2. Algorithmische Preisdiskriminierung aus Verbrauchersicht

Nachdem die unternehmerische Seite dargestellt wurde, erfolgt nun eine Auseinandersetzung mit etwaigen Verbraucherinteressen, die durch algorithmische Preisdiskriminierung betroffen sein können.

¹⁸⁴ *Acquistil Varian*, Marketing Science 2005, 367, 372 f.; *Chen/Zhang*, International Journal of Industrial Organization 2009, 43; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 17; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 7; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81u; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 965.

¹⁸⁵ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 88 f.; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 17; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 15; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 86.

¹⁸⁶ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 17; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 15; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 86; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870.

¹⁸⁷ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291.

¹⁸⁸ *Acquistil Varian*, Marketing Science 2005, 367, 374; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291; vgl. auch *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 115; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 15.

a) *Dynamische Preise*

Dynamische Preise können abhängig von der konkreten Marktsituation zu einer Angleichung der Preise auf hohem Niveau oder zu einem Preiskampf führen.¹⁸⁹ Im ersten Fall würden Verbraucher unter höheren Preisen leiden, im zweiten Fall von sinkenden Preisen profitieren. Jedenfalls haben Verbraucher weiterhin die Möglichkeit, Preise zu vergleichen¹⁹⁰ und ihr Kaufverhalten anzupassen¹⁹¹. Dass dynamische Preise Anreiz bieten, Stoßzeiten zu meiden und dadurch die technische Infrastruktur zu entlasten,¹⁹² kann allenfalls als Nebeneffekt angesehen werden und ist zudem nicht empirisch belegt.

b) *Personalisierte Preise: Steigerung der Verbraucherwohlfahrt oder Abschöpfung der Konsumentenrente?*

Etwas komplexer liegen die Dinge bei personalisierten Preisen. Es stellt sich nämlich die Frage, ob diese Preisstrategie primär dazu führt, dass Verbraucher ihrer Konsumentenrente beraubt werden oder ob vielmehr eine Umverteilung zugunsten zahlungsschwächerer Kunden sowie eine Steigerung der durchschnittlichen Verbraucherwohlfahrt bewirkt wird.

aa) *Gefahr: Abschöpfung der Konsumentenrente*

Die meisten Verbraucher hegen gegen personalisierte Preise in erster Linie Argwohn, weil sie durch diese Benachteiligungen fürchten.¹⁹³ Sie sehen sich der Gefahr ausgesetzt, dass ihre persönliche Konsumentenrente vollständig abgeschöpft wird und sie somit keine Möglichkeit mehr haben, ein für sie günstiges Angebot zu ergattern.¹⁹⁴ Gleichzeitig könnten Verbraucher, die wegen überdurchschnittlicher Datensensibilität¹⁹⁵ oder geringerer Kaufkraft¹⁹⁶

¹⁸⁹ Siehe Kap. B.II.1.a)bb); wohl davon ausgehend, dass Verbraucher im Einzelfall auch von einer durch die automatisierte Preisdynamisierung bewirkten Stabilisierung des Marktes profitieren können: *Ezrachil/Stucke*, University of Illinois Law Review 2017, 1775, 1794.

¹⁹⁰ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 20.

¹⁹¹ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 21; siehe hierzu Kap. B.II.1.a)bb).

¹⁹² *Golland*, CR 2020, 186, 189; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 64.

¹⁹³ Siehe Kap. B.I.1.d).

¹⁹⁴ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 19 GWB, Rn. 64a; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 245.

¹⁹⁵ *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 294f.; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 4, 7; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 23; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 13; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 5, 7; vgl. auch BT-Drs. 19/9772, 7.

¹⁹⁶ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 94; *Obergfell*, ZLR 2017,

ein für Unternehmen weniger attraktives Klientel darstellen, aus dem Markt gedrängt werden. Dagegen spricht jedoch, dass Unternehmen auch mit diesen Kunden noch Gewinn machen können, solange der jeweilige Preis über den Produktionskosten liegt.¹⁹⁷ Zudem wird befürchtet, dass gerade naive und uninformierte Verbraucher durch personalisierte Preise besonders einfach ausgebeutet werden könnten.¹⁹⁸ Allerdings ist es keine Besonderheit personalisierter Preise, dass solche Verbraucher auf einem freien Markt Nachteile haben.

Eine vollständige Abschöpfung der Konsumentenrente ist jedenfalls nur durch perfekte Preisdiskriminierung möglich.¹⁹⁹ Dass dieses Stadium bei funktionierendem Wettbewerb schwer zu erreichen ist, wurde bereits erläutert.²⁰⁰ Zumindest eine vollständige Abschöpfung der Konsumentenrente ist daher als unwahrscheinlich anzusehen.²⁰¹

bb) Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt

Zumindest perfekte Preisdiskriminierung hätte negative Auswirkungen auf die durchschnittliche Verbraucherwohlfahrt.²⁰² Jenseits dieses Diskriminierungsgrades sind die Folgen personalisierter Preise für die Verbraucherwohlfahrt jedoch komplex und hängen von verschiedenen Faktoren ab.²⁰³ Dass die Aussagen zu diesem Thema divergieren, verwundert daher nicht. Teil-

290, 295; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 4; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 22 f.

¹⁹⁷ Golland, CR 2020, 186, 189; Golland, DSRITB 2019, 61, 64, vgl. auch Hofmann/Freiling, ZD 2020, 331.

¹⁹⁸ Reinartz et al. Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 6; Turow/Feldmann/Meltzer, Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline, 30; vgl. auch Kerber, GRUR Int. 2016, 639, 641.

¹⁹⁹ Dubé/Misra, Personalized pricing and customer welfare, 3; vgl. auch Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 70.

²⁰⁰ Siehe Kap. B.II.1.b)bb)(3).

²⁰¹ Schwaiger/Hufnagel, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlungssysteme“, 22; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 2; vgl. auch *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 10; Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 74, 81 f.; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 6.

²⁰² Shiller, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, 5, 21; Zurth, ZWeR 2021, 361, 366 f., 372, 378; vgl. auch *Acquisti/Varian*, Marketing Science 2005, 367, 376; *Chen/Zhang*, International Journal of Industrial Organization 2009, 43, 49; Kerber, GRUR Int. 2016, 639, 641.

²⁰³ Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 70; Zuiderveen Borgesius/Poort, Journal of Consumer Policy 2017, 347; vgl. auch Kerber, GRUR Int. 2016, 639, 641; Reinartz et al., Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17; Zurth, ZWeR 2021, 361, 378.

weise wird von einer Abnahme der Verbraucherwohlfahrt gesprochen²⁰⁴, wengleich in absoluter Hinsicht die meisten Verbraucher günstigere Preise erhielten.²⁰⁵ Auf der anderen Seite könnten personalisierte Preise auch positive Auswirkungen auf die Gesamtverbraucherwohlfahrt haben,²⁰⁶ weshalb zu Umsicht bei regulatorischen Eingriffen gemahnt wird²⁰⁷. Im Einzelfall hängen die Folgen für die Verbraucherwohlfahrt unter anderem von den Transportkosten²⁰⁸ und vom Verhältnis zwischen zahlungsstärkeren und zahlungsschwächeren Kunden²⁰⁹ ab. Auch sei auf die bereits oben thematisierten wettbewerblichen Rahmenbedingungen für personalisierte Preise aus Unternehmenssicht (Wettbewerbsintensivierung und Verdrängungswettbewerb)²¹⁰ verwiesen, die sich natürlich auch auf Verbraucherseite auswirken.

Obwohl eine Vermögensumverteilung durch personalisierte Preise auf den ersten Blick als Wunschvorstellung aus einem praxisfernen ökonomischen Modellszenario anmutet,²¹¹ wäre eine derartige Quersubventionierung theoretisch möglich. Demnach könnten niedrigere Preise für zahlungsschwächere Kunden durch höhere Preise für zahlungskräftigere Kunden ausgeglichen werden, was eine Öffnung des Marktes für neue Kunden ermöglichen würde.²¹² Inwieweit dieser Effekt eintritt, kann aber nicht pauschalisiert wer-

²⁰⁴ Locher, ZWeR 2018, 292, 311; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Personalisierte Preise, 5; Zurth, AcP 2021, 514, 530.

²⁰⁵ Dubé/Misra, Personalized pricing and customer welfare, 3, 24; Shiller, International Economic Review 2020, 847, 862; Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220, 226 f.

²⁰⁶ Acquisti/Varian, Marketing Science 2005, 367, 376; Choudhary et al., Management Science 2005, 1120, 1130; Genth, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 866; Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 63; Reinartz et al., Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17; Schwaiger/Hufnagel, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 22.

²⁰⁷ Acquisti/Varian, Marketing Science 2005, 367, 376; Dubé/Misra, Personalized pricing and customer welfare, 24 f.; Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 70; The White House, Big Data and Differential Pricing, 17.

²⁰⁸ Ulph/Vulkan, Electronic Commerce, Price Discrimination, and Mass Customization, 34.

²⁰⁹ OFT, Personalised Pricing, 27.

²¹⁰ Siehe Kap. B.II.1.b)bb)(3).

²¹¹ Adinolfi, IPRB 2019, 225, 226; Nothdurft, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 462; Obergfell, ZLR 2017, 290, 294 f.; Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 288; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Personalisierte Preise, 4; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Digitale Welt und Handel, 22 f.; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 3; Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Personalisierte Preise, 5; Zander-Hayat/Reischl/Steffen, VuR 2016, 403, 405 f.; vgl. auch Zurth, AcP 2021, 514, 527 f.

²¹² BKartA, Big Data und Wettbewerb, 11; Dubé/Misra, Personalized pricing and customer welfare, 3 f.; Genth, Wirtschaftsdienst 2016, 863; Golland, CR 2020, 186, 189; Golland, DSRITB 2019, 61, 64; Locher, ZWeR 2018, 292; OFT, Personalised Pricing, 27; Paal, GRUR 2019, 43, 45; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Expertise zum Thema

den, sondern hängt von verschiedenen Faktoren ab.²¹³ Nicht gerade hilfreich erscheint es hierbei, die Frage nach der Umverteilung zu vermengen mit dem Effekt personalisierter Preise auf die Mehrheit der Verbraucher²¹⁴ oder auf die Gesamtwohlfahrt der Verbraucher. Es steht zwar fest, dass vermeintlich zahlungskräftigere Kunden benachteiligt werden, während vermeintlich zahlungsschwächere Kunden durch niedrigere Preise, wenn möglicherweise auch nur in geringem Maße²¹⁵ bzw. unter bestimmten Voraussetzungen²¹⁶, besser stehen.²¹⁷ Dass davon dann auch die Mehrheit der Verbraucher profitiert bzw. die Verbraucherwohlfahrt dadurch insgesamt steigt, ist hiermit aber nicht gesagt. Dies hängt nämlich davon ab, inwiefern eine Umverteilung tatsächlich stattfindet.²¹⁸ Diese kann z.B. dadurch erschwert werden, dass Kunden in ihrer Zahlungskraft bzw. -bereitschaft falsch eingeschätzt werden.²¹⁹ Auch in Fällen, in denen zahlungsschwächere Kunden aus dem Markt gedrängt werden,²²⁰ würde eine Umverteilung scheitern. Ferner ist zu bedenken, dass durch personalisierte Preise Preisvergleiche zumindest schwieriger werden²²¹ und dadurch höhere Suchkosten entstehen, die den Umverteilungseffekt ein Stück weit relativieren können.²²² Außerdem ist eine Quersubventionierung auf Märkten mit eingeschränktem Wettbewerb nicht bzw. allenfalls in geringem Umfang zu erwarten.²²³

„Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 7; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 17; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *Journal of Consumer Policy* 2017, 347, 353 f.

²¹³ *Kerber*, *ZGE* 2016, 149, 157.

²¹⁴ So aber *Dubé/Misra*, *Personalized pricing and costumer welfare*, 24.

²¹⁵ *Woodcock*, *Connecticut Law Review* 2019, 311, Fn. 58.

²¹⁶ *Zurth*, *AcP* 2021, 514, 526 f.

²¹⁷ *BKartA*, *Big Data und Wettbewerb*, 11; *Genth*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 863, 867; *Locher*, *ZWeR* 2019, 311; *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 70; *Paal*, *GRUR* 2019, 43, 49; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, *Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“*, 6, 8; *Tietjen/Flöter*, *GRUR-Prax* 2017, 546; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*, 2; *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, *Personalisierte Preise*, 5; *Wagner/Eidenmüller*, *ZfPW* 2019, 220, 226.

²¹⁸ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *Journal of Consumer Policy* 2017, 347, 355.

²¹⁹ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *Journal of Consumer Policy* 2017, 347, 357; vgl. auch *Kerber*, *ZGE* 2016, 149, 157 f.

²²⁰ Siehe hierzu Kap. B.II.2.b)aa).

²²¹ Siehe hierzu Kap. G.I.3.a).

²²² *Engert*, *AcP* 2018, 304, 342.

²²³ *OFT*, *Personalised Pricing*, 27.

c) Gesamtbetrachtung der Digitalisierung

Bei allen ökonomischen Details darf natürlich auch nicht der Blick für das große Ganze verloren gehen. So ist stets im Hinterkopf zu behalten, dass Verbraucher in unterschiedlichster Weise von der Digitalisierung des Handels profitieren können und das vielfach auch bereits tun.²²⁴ Insbesondere kommt den Verbrauchern die Belebung des Wettbewerbs durch die hohe Transparenz und die hervorragenden Vergleichsmöglichkeiten des Onlinemarktes zugute.²²⁵ Zwar gehört zur ganzen Wahrheit auch, dass einige Intermediäre, die auf den ersten Blick in scheinbar neutraler Art und Weise dem Verbraucher dienen, in Wirklichkeit alles andere als unabhängig sind, sondern sich durch Provisionen, Werbung und andere Kooperationen mit Unternehmen finanzieren.²²⁶ Zudem können Such- und Vergleichsportale ihre Marktmacht durch Netzwerkeffekte relativ leicht ausbauen.²²⁷ Es wäre aber trotzdem unangebracht, auf Marketingstrategien, mit denen sich auch Unternehmen die Digitalisierung zu Nutze machen möchten, pauschal mit Empörung zu reagieren.²²⁸ In gleicher Weise und vor allem hinsichtlich personalisierter Preise ist zu bedenken, dass erst die Preisgabe personenbezogener Daten die im Internet vorherrschende „Kostenlos-Kultur“, die von den meisten Nutzern mittlerweile als selbstverständlich erwartet wird, ermöglicht.²²⁹ Auch sei auf die Ausführungen zu bereits bestehenden und etwaigen zukünftigen technischen Schutzmöglichkeiten für Verbraucher²³⁰ verwiesen.

d) Fazit: Unterschiedliche ökonomische Auswirkungen auf Verbraucher

Es bleibt festzuhalten, dass die ökonomischen Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung auf die Verbraucher komplex sind und von vielen Faktoren abhängen. Diese Erkenntnis ist für die Behandlung juristischer Probleme, die sich im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung ergeben, von einiger Relevanz, weil diese Strategie nicht pauschal da-

²²⁴ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 1; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 18.

²²⁵ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 1; *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 132 f.; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 867; *Marx*, AnwZert ITR 7/2020 Anm. 3, Rn. 4; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 44; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 9 f.; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 40; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 6, 17; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 18; *Zurth*, AcP 2021, 514, 534, 547 f.

²²⁶ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 131, 136 f., 138 ff.; *Verbraucherschutzministerkonferenz*, Ergebnisprotokoll der 12. Verbraucherschutzministerkonferenz, 41.

²²⁷ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 135 f.

²²⁸ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 44.

²²⁹ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 92.

²³⁰ Hierzu Kap. B.II.1.a)bb), Kap. B.II.1.b)bb)(5).

durch gerechtfertigt werden kann, dass von ihr auch die Verbraucher profitieren. Ebenso verbietet es sich, die Praktik generell als ein Instrument, mit dem Verbraucher „ausgenommen“ werden, zu verteufeln. Es handelt sich gewissermaßen um ein Spiel mit Gewinnern und Verlierern. Dieser Umstand macht die juristische Bewertung auch mit Blick auf Lösungsansätze de lege ferenda nicht einfacher.

3. Fazit: Komplexe ökonomische Auswirkungen

Die ökonomischen Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung sind vielschichtig und komplex. Zwar können Unternehmen von dieser Preisstrategie in Form von Gewinnsteigerungen profitieren, was sich dann negativ auf die Verbraucherwohlfahrt auswirkt. Zugleich bestehen aber auch einige Hürden, die Unternehmen nehmen müssen, um von algorithmischer Preisdiskriminierung profitieren zu können. Durch diese Hürden, die sich teilweise erst durch die Anwendung der Preisstrategie selbst ergeben, werden Verbraucher automatisch geschützt. Doch sind sogar Szenarien denkbar, in denen sowohl Unternehmen als auch Verbraucher von algorithmischer Preisdiskriminierung profitieren. Für personalisierte Preise könnte ein solcher Effekt auch regulatorisch geschaffen werden, indem der jeweilige hypothetische Einheitspreis als Obergrenze festgelegt wird, sodass Preispersonalisierungen zu keinem Aufschlag führen können. Dies dürfte aber kaum praktikabel sein²³¹ und auch das Problem der Ungleichbehandlung, das den Hauptgrund für die gesellschaftliche Ablehnung personalisierter Preise darstellt, würde dadurch nicht beseitigt. Schließlich sind die Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung immer auch vor dem Hintergrund der Digitalisierung als zweiseitiger Medaille zu betrachten.

III. Ethische und wirtschaftsideologische Aspekte algorithmischer Preisdiskriminierung

Neuerungen im Zuge der Digitalisierung bringen häufig auch ethische Fragen mit sich. Auch im Kontext algorithmischer Preisdiskriminierung darf dieser Aspekt nicht außer Acht gelassen werden. Nachdem die gesellschaftliche Haltung gegenüber algorithmischer Preisdiskriminierung bereits erörtert wurde,²³² sollen daher nun die wesentlichen (objektiven) ethischen Gesichtspunkte sowie der wirtschaftsideologische Bezug dargestellt werden.

²³¹ Shiller, International Economic Review 2020, 847, 864 f.

²³² Siehe hierzu Kap. B.I.

1. Objektive Fairness algorithmischer Preisdiskriminierung

Da die Frage der objektiven Fairness stets davon abhängt, was in einer Gesellschaft als üblich anzusehen ist (auch wenn hieraus nicht zwingend eine Beurteilung als „fair“ folgen muss), ist zunächst zu klären, inwieweit algorithmische Preisdiskriminierung als Preisstrategie überhaupt aus der bisherigen Norm fällt. Dazu ist festzustellen, dass sowohl die Dynamisierung²³³ als auch die Personalisierung²³⁴ von Preisen keine neuen Phänomene sind. Ersterer begegnet uns seit Jahren an Tankstellen und bei Schlussverkäufen,²³⁵ aber auch im Lebensmittelhandel²³⁶ sowie in der Reise- und Tourismusbranche²³⁷. Letztere ist in Form von Kinder-, Senioren-²³⁸ und Mengenrabatten²³⁹ bekannt. Zwar entfernte man sich in Deutschland im vergangenen Jahrhundert durch das Rabattgesetz und die Zugabenverordnung, die erst 2001 aufgehoben wurden und individuelle Rabatte regulierten, zumindest von personalisierten Preisen.²⁴⁰ Trotzdem waren zuvor Einheitspreise über Jahrhunderte eher die Ausnahme. So war es lange Zeit üblich, dass Preise individuell ausgehandelt wurden, wobei der soziale Status des Kunden eine entscheidende Rolle spielte. Erst Mitte des 19. Jahrhunderts wurde durch das Aufkommen großer Warenhäuser und des Massengeschäfts der Weg für Einheitspreise geebnet.²⁴¹ Mit der Digitalisierung und dem technischen Fortschritt haben dynamische und personalisierte Preisstrategien allerdings einen neuen Motor erhalten. So können Preise nun in Echtzeit und ohne großen Aufwand unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Wettbewerbsfaktoren an die aktuelle Marktsituation angepasst werden.²⁴² Dies spiegelt sich auch in der zunehmenden Häufigkeit und Höhe von Preisanpassungen im Online-

²³³ *Blaudow/Burg*, WISTA 2018, 11, 12; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863; *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 3; *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868.

²³⁴ *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 876; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4.

²³⁵ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 7.

²³⁶ *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 3.

²³⁷ *Friesen/Reinecke*, Thesis 2007, 34; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 3.

²³⁸ *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 4.

²³⁹ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 7.

²⁴⁰ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 287; vgl. auch *Rath-Glawatz*, Südwestdeutscher Zeitschriftenverlegerverband e.V. v. 22.12.2014.

²⁴¹ *Kläsger*, Süddeutsche Zeitung v. 21.02.2016.

²⁴² *Blaudow/Burg*, WISTA 2018, 11, 12; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863; *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 8; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 286 f.

Handel wider.²⁴³ Auch personalisierte Preisbildung im großen Stil wurde erst durch Big Data und den Einsatz von Algorithmen ermöglicht.²⁴⁴

Nun werden jedoch durch diese Entwicklung im Allgemeinen und durch algorithmische Preisdiskriminierung im Besonderen²⁴⁵ die Machtverhältnisse zulasten der Verbraucher verschoben. Diese bemerken automatisiert gebildete Preise meist gar nicht und sind dieser Praxis daher gewissermaßen hilflos ausgeliefert.²⁴⁶ Zugleich können heutzutage relativ einfach wirtschaftlich wertvolle Kundendaten gesammelt werden,²⁴⁷ wodurch Verbraucher immer durchschaubarer werden²⁴⁸. Es steigt somit auch die „Gefahr“, dass Preise auf Grundlage von Eigenschaften personalisiert werden, auf die Kunden überhaupt keinen Einfluss haben, was aus ethischer Warte besonders problematisch erscheint.²⁴⁹ Trotzdem ist bei der Frage, inwiefern algorithmische Preisdiskriminierung zu Machtverschiebungen beiträgt, auch wieder zu berücksichtigen, dass Verbraucher ebenfalls in vielerlei Hinsicht von den neuen, durch die Digitalisierung geprägten Wettbewerbsbedingungen profitieren.²⁵⁰ Ferner darf nicht vergessen werden, dass sich die ökonomischen Folgen algorithmischer Preisdiskriminierung keineswegs in schwarz und weiß malen lassen, sondern sich vielmehr komplex gestalten und für Verbraucher auch positiv sein können.²⁵¹

2. Wirtschaftsideologischer Bezug

Vor allem hinsichtlich personalisierter Preise hängt die Frage der soziologischen Bewertung bei allem Bemühen um Objektivität schlicht und ergreifend auch von den ökonomischen Idealen des Betrachters ab. Ob man an eine durch personalisierte Preise bewirkte Vermögensumverteilung in der Praxis glaubt, ist die eine Frage. Wenn eine solche aber tatsächlich stattfindet – und zumindest in einem begrenzten Umfang scheint dies nicht gänzlich ausgeschlossen –, so wäre das ein Grund dafür, personalisierte Preise zu begrüßen, sofern man denn eine solche Wirkung befürwortet.²⁵² Auf der anderen Seite

²⁴³ *Remmel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875.

²⁴⁴ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 94; *Remmel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 876; *Verbraucherzentrale Brandenburg e. V.*, Individualisierte Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 10; vgl. auch *Kerber*, GRUR Int. 2016, 639, 641.

²⁴⁵ Dies gilt primär für algorithmische Preispersonalisierung, siehe Kap. G.I.3.b)bb).

²⁴⁶ Hierzu Kap. G.I.3.b)aa), Kap. G.I.3.b)bb).

²⁴⁷ *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 42.

²⁴⁸ *Matejek/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 467 ff.

²⁴⁹ Zu dieser Problematik im Rahmen von Krankenversicherungstarifen: *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 7.

²⁵⁰ Siehe hierzu Kap. B.II.2.c).

²⁵¹ Siehe hierzu Kap. B.II.2.

²⁵² *Dubél/Misra*, Personalized pricing and customer welfare, 24 f.; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 5.

können von dieser Strategie aber auch Unternehmen profitieren, indem sie ihr Kundensegment erweitern und die Konsumentenrente zahlungskräftiger Kunden abschöpfen.²⁵³ Dadurch soll das unternehmerische Kapital wachsen. Auch die Einordnung personalisierter Preise als „Glaubensfrage“ wird also durch die komplexen ökonomischen Rahmenbedingungen erschwert. Eins sollte man sich allerdings bewusst machen: Zumindest personalisierte Preise bedeuten die Abkehr von der Idee, dass die objektive Möglichkeit, mit Geld bestimmte Güter zu erwerben oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, für alle Menschen gleich ist.²⁵⁴

²⁵³ Siehe hierzu Kap. B.II.1.b)aa).

²⁵⁴ *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 91.

C. Diskriminierungsrecht

Zunächst ist der wohl aufdringlichste Aspekt algorithmischer Preisdiskriminierung in den Blick zu nehmen: Der Aspekt der Ungleichbehandlung. Dieser ist bereits in dem Begriff algorithmischer *Preisdiskriminierung* angelegt und stellt gleichsam die „Kernidee“ dieser Preisstrategie dar. Der Preis soll eben nicht für alle Kunden gleich sein, sondern vielmehr im Sinne der unternehmerischen Umsatzoptimierung flexibel reagieren. Daher sei auf das grundlegende Problem von Diskriminierungsgefahren beim Einsatz von Algorithmen¹, das vor allem damit zusammenhängt, dass Algorithmen gerade und nur mit bestimmten „Mustern“ arbeiten,² hier nur am Rande verwiesen. Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass eine Ungleichbehandlung (hier zunächst noch im „untechnischen“ Sinne verstanden) beiden in dieser Arbeit untersuchten Spielarten algorithmischer Preisdiskriminierung innewohnt. Wenngleich sich dies bei personalisierten Preisen auf drastischere Art und Weise zeigt, so basieren doch auch dynamische Preise auf einer Ungleichbehandlung. Hierbei werden nämlich Kunden, die den Vertrag zu einem früheren bzw. späteren Zeitpunkt abschließen (wollen), ungleich behandelt. Es handelt sich dabei also um eine Preisdiskriminierung nach Gruppenzugehörigkeit, mithin nach oben erläuteter Einordnung³ um eine Preisdiskriminierung dritten Grades.

In diesem Kapitel soll zunächst untersucht werden, inwieweit die Gleichheitssätze des GG einen Rechtsrahmen für algorithmische Preisdiskriminierung vorgeben. Sodann ist das primäre Unionsrecht und das Völkerrecht in den Blick zu nehmen. Es folgt eine Untersuchung der Vereinbarkeit der arbeitsgegenständlichen Preisstrategien mit dem AGG und ein kurzer Hinweis auf die antidiskriminierungsrechtlichen Aspekte des Datenschutzrechts. So-

¹ Hierzu *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 16; umfassend: *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen.

² *Barocas/Selbst*, California Law Review 2016, 671, 692f.; *Bilskil/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 659; *Hinz*, in: Kaulartz/Braegelmann, AI und ML, Kap. 11, Rn. 49 ff.; *Custers*, in: Custers et al., Discrimination and Privacy, 3, 10; *Steinharter/Maisch*, Handelsblatt v. 26.08.2018; *von Lewinskilde Barros Fritz*, NZA 2018, 630, 622; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 350.

³ Siehe hierzu Kap. A.I.2.

dann wird die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung nach der Geoblocking-VO und nach § 5 DL-InfoV geprüft. Weitere Hürden für derartige Preisstrategien finden sich in Art. 4 II VO (EU) 1177/2010 und in Art. 4 II VO (EU) 181/2011. Den Abschluss der Untersuchung des bestehenden Rechtsrahmens bildet Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO. Schließlich wird die Notwendigkeit der Anpassung des bestehenden diskriminierungsrechtlichen Rahmens thematisiert.

I. Rechtsrahmen

1. Grundgesetz

Zunächst ist der Rechtsrahmen zu untersuchen, den das GG vorgibt. Mangels Einschlägigkeit spezieller Gleichheitssätze kann sich dieser für algorithmische Preisdiskriminierung nur aus den Gleichheitssätzen des Art. 3 GG ergeben. Damit diese grundsätzlich eröffnet bzw. anwendbar sind, muss etwas wesentlich Gleiches ungleich bzw. etwas wesentlich Ungleiches gleich behandelt werden.⁴ Personalisierte Preise führen dazu, dass Kunden, die bzgl. des gleichen Produkts bzw. der gleichen Dienstleistung einen Vertrag bei dem gleichen Anbieter zur gleichen Zeit abschließen (möchten), in Abhängigkeit von den jeweiligen preisbildenden Kriterien unterschiedliche Preise angeboten werden. Hier wird etwas wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Dynamische Preise haben zur Folge, dass Kunden, die bzgl. des gleichen Produkts bzw. der gleichen Dienstleistung einen Vertrag bei dem gleichen Anbieter abschließen (möchten), unterschiedliche Preise je nach Zeitpunkt unterbreitet werden. Da die dadurch bedingten Preisänderungen auf der Zeitachse lediglich durch die (vermeintlich) unterschiedliche Zahlungsbereitschaft zustande kommen, liegt auch hier eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem vor. Ob die Vergleichbarkeit bei der Nutzung unterschiedlicher Vertriebswege (online bzw. stationär) entfällt, kann hier offenbleiben, da sich die vorliegende Arbeit ohnehin auf den Onlinemarkt beschränkt⁵.

Die nun folgende Bewertung der Rechtslage nach Art. 3 GG ist in zwei „Dimensionen“ aufgeteilt, je nachdem, wen die Gleichheitssätze als potenziell Verpflichteten adressieren. Daher wird zunächst untersucht, welche Auswirkungen die staatliche Bindung an Art. 3 GG hat. Sodann wird auf eine mögliche Bindung Privater eingegangen.

⁴ St. Rspr., vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 09.08.1978 – 2 BvR 831/76, NJW 1979, 151, 153.

⁵ Siehe Kap. A.I.4.

a) Staatliche Bindung

Jedenfalls und in erster Linie ist der Staat an die Gleichheitssätze des Art. 3 GG gebunden (vgl. Art. 1 III GG). Somit ist Art. 3 GG zum einen Maßstab für regulierendes Recht, das die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung regelt. Allerdings gibt es (noch) kein nationales Recht, das sich spezifisch mit der Zulässigkeit derartiger Preisstrategien befasst, weshalb Art. 3 GG in dieser Funktion (noch) keine Relevanz zukommt.

Natürlich wäre der Staat auch an Art. 3 GG gebunden, wenn er sich zur Preisbildung für staatliche Leistungen selber Algorithmen bedienen würde, um so auf wirtschaftliche Entwicklungen und die Zahlungsbereitschaft des jeweiligen Leistungsempfängers flexibel reagieren zu können. Die Verwendung derartiger Preisstrategien durch staatliche Einrichtungen findet jedoch nicht statt und es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass sich dies in absehbarer Zukunft ändern wird.⁶

Die staatliche Bindung an Art. 3 GG kann sich vorliegend aber insoweit auswirken, als dass der Staat verpflichtet ist, Ungleichbehandlungen zwischen Privaten entgegenzuwirken. Diese Dimension des Art. 3 GG ist im Folgenden näher zu untersuchen.

aa) Staatliche Schutzpflichten als grundrechtliche Dimension

(1) Die grundrechtlichen Dimensionen

Grundrechte dienen primär als Abwehrrechte des Privaten gegenüber dem Staat.⁷ Durch diesen „status negativus“⁸ der Grundrechte wird der Staat verpflichtet, nicht selbst das jeweilige Grundrecht bzw. Rechtsgut zu verletzen.⁹ Allerdings wirken die Grundrechte auch in einem „status positivus“¹⁰, der den Staat dazu verpflichtet, die Grundrechte des Einzelnen auch vor Verletzungen durch Dritte zu schützen.¹¹ Dort, wo den Staat eine solche grundrechtliche Schutzpflicht trifft, muss er also gewissermaßen regulierend in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten eingreifen. Daher weist diese grundrechtliche Dimension auch Parallelen zur Konstruktion der Drittwirkung

⁶ Die Bundesregierung geht in einer Antwort v. 29.04.2019 auf eine Kleine Anfrage mehrerer Abgeordneter der FDP-Fraktion von der Unvereinbarkeit des Einsatzes derartiger Preisstrategien durch den Bund nach dem Bundesgebührengesetz aus, siehe BT-Drs. 19/9772.

⁷ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257.

⁸ Hierzu *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 94 ff.

⁹ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 1.

¹⁰ Hierzu *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 114 ff.

¹¹ BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 – 1 BvF 1 – 6/74, NJW 1975, 573, 575; *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1 III GG, Rn. 20 (Stand: Juli 2021); *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 1.

der Grundrechte auf. So werden über beide Figuren die Grundrechte in reine Privatrechtsverhältnisse „hineingetragen“.¹² Der maßgebliche Unterschied bleibt aber, dass nur die Drittwirkung eine direkte Bindung Privater durch die Grundrechte zur Folge hat, wohingegen im Rahmen der Schutzpflichten noch ein Tätigwerden des Staates erforderlich ist, um den Grundrechten in Privatrechtsbeziehungen Geltung zu verschaffen.¹³ Hintergedanke der grundrechtlichen Schutzpflichten ist, wiederum ähnlich wie bei der Drittwirkung von Grundrechten, dass eine Rechtsordnung bzw. Gesellschaft nur dann funktioniert, wenn auch Privatrechtssubjekte untereinander zumindest in einem gewissen Maße ihre Grundrechte als „objektive Werteordnung“¹⁴ achten.¹⁵ Daher setzt das Auslösen einer Schutzpflicht jedenfalls eine rechtswidrige Beeinträchtigung einer grundrechtlich gesicherten Rechtsposition voraus, da nur dann erkennbar ein Bedürfnis besteht, diese Rechtsposition zu schützen.¹⁶

(2) Schutzpflichten als Instrument zur Regulierung neuer Technologien

Vor allem bei neuen, die Rechtsposition(en) des Einzelnen gefährdenden technischen Entwicklungen stellt sich stets die Frage, ob den Staat nicht eine Pflicht trifft, Private vor den Auswirkungen und Folgen derartiger Neuerungen zu schützen.¹⁷ Das hat den einfachen Grund, dass das Recht der Technik in der Regel hinterher hinkt, sodass eine Reaktion des Rechts häufig eine gewisse Zeit auf sich warten lässt.¹⁸ Zwar wird auch angemerkt, dass die gesellschaftlichen Auswirkungen und Zusammenhänge junger Technologien meist erst beobachtet werden müssen, sodass der Staat auf diese in der Regel erst verzögert sinnvoll reagieren kann.¹⁹ Dies ist dann aber eher eine Frage des inhaltlichen Spielraums bei der Erfüllung der Schutzpflicht als des Bestehens der Schutzpflicht als solcher. Somit ist auch im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung der Frage nachzugehen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen den Staat eine Pflicht trifft, zum Schutz des Einzelnen vor derartigen Preisstrategien in Privatrechtsbeziehungen einzugreifen.

¹² Lehner, *Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte*, 297 ff., der daher für eine Zusammenfassung der beiden Institute plädiert; vgl. auch Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 91 (Stand: 15.11.2021).

¹³ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *HB Staatsrecht*, Band IX, § 191, Rn. 251; vgl. auch Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 91 (Stand: 15.11.2021).

¹⁴ Siehe zu diesem Begriff BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257.

¹⁵ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *HB Staatsrecht*, Band IX, § 191, Rn. 6 f.

¹⁶ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *HB Staatsrecht*, Band IX, § 191, Rn. 218.

¹⁷ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *HB Staatsrecht*, Band IX, § 191, Rn. 24.

¹⁸ Isensee, in: Isensee/Kirchhof, *HB Staatsrecht*, Band IX, § 191, Rn. 285.

¹⁹ *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 561.

(3) Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten

Allerdings dürfen grundrechtliche Schutzpflichten nicht als Allheilmittel zur Lösung sämtlicher gesellschaftlicher und technologischer Probleme missverstanden werden. Denn unabhängig davon, ob eine Schutzpflicht des Staates in einem konkreten Fall überhaupt zu bejahen ist, ist ihr Inhalt jedenfalls unkonkret und eher allgemeiner Art. So verbleibt dem Staat ein relativ weiter Spielraum, mit welchen Mitteln er seine Pflicht erfüllt.²⁰ In Bezug auf algorithmische Preisdiskriminierung wäre für einen effektiven staatlichen Schutz ein gesetzgeberisches Tätigwerden nötig. So könnten derartige Preisstrategien, von Fragen der detaillierten Ausgestaltung hier einmal abgesehen, reguliert werden. In der Tat können sich grundrechtliche Schutzpflichten auch an den Gesetzgeber richten.²¹ Er genießt bei deren Erfüllung aber einen weiten Gestaltungsspielraum, sodass jedes Mittel genügt, das für einen wirksamen Schutz des betroffenen Grundrechts nicht völlig ungeeignet ist.²² Hierbei hat der Gesetzgeber zwar den Rang des gefährdeten Grundrechts und die Schwere der (drohenden) Verletzung zu berücksichtigen.²³ Dennoch reduziert sich das staatliche Ermessen nur ausnahmsweise auf Null mit der Folge, dass der Gesetzgeber zur Erfüllung der Schutzpflicht auf eine bestimmte Maßnahme beschränkt ist.²⁴ Dies kann z.B. der Fall sein, wenn es um den Schutz menschlichen Lebens geht und dieser nur durch eine bestimmte Maßnahme wirksam gewährleistet werden kann.²⁵ In Bezug auf algorithmische Preisdiskriminierung gestaltet sich die Lage weniger eindeutig, was schon ein Blick auf die oben dargestellten komplexen ökonomischen und gesellschaftlichen Zusammenhänge²⁶ zeigt. Selbst wenn man also eine Schutzpflicht aus den

²⁰ BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 – 2 BvF 2/90 u.a., NJW 1993, 1751, 1756; BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77, NJW 1977, 2255; OVG Bautzen, Beschl. v. 10.06.2020 – 3 B 194/20, COVuR 2020, 316, Rn. 19; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 219; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 05.04.2006 – 9 C 1/05, NVwZ 2006, 817, Rn. 43.

²¹ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 285; *Sachs*, RdJB 1996, 154, 171; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 04.05.2011 – 1 BvR 1502/08, NVwZ 2001, 991, 993; BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., NJW 2008, 2409, 2414; OVG Bautzen, Beschl. v. 10.06.2020 – 3 B 194/20, COVuR 2020, 316, Rn. 19.

²² BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 u. a., NJW 1988, 1651, 1653; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 219; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, GG, Art. 3 GG, Rn. 150, Rn. 167; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 04.05.2011 – 1 BvR 1502/08, NVwZ 2001, 991, 993; kritisch: *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten, 205, der wegen des Merkmals der Geeignetheit die Gefahr einer Subjektivierung durch das BVerfG sieht.

²³ BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 – 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769, 1770; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 270.

²⁴ BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., NJW 2008, 2409, 2414; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 u. a., NJW 1988, 1651, 1653; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 219.

²⁵ BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, NJW 2006, 751, 760.

²⁶ Siehe hierzu Kap. B.

Gleichheitssätzen des Art. 3 GG annähme, bliebe es beim weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Auf die genaue Reichweite dieses Spielraums kommt es hinsichtlich algorithmischer Preisdiskriminierung aber nur an, wenn den Staat überhaupt Pflichten treffen, vor derartigen Ungleichbehandlungen zu schützen.

bb) Schutzpflichten aus Art. 3 GG

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) bzw. die besonderen Gleichheitssätze (Art. 3 II, III GG) „isoliert“ Schutzpflichten entfalten. In der Literatur wird den Gleichheitssätzen teilweise das Ziel tatsächlicher Gleichheit in der Gesellschaft zugesprochen,²⁷ die wohl nur durch staatliche Eingriffe in private Rechtsbeziehungen realisierbar ist.²⁸ Dies gelte auch für Art. 3 I GG, da Ungleichbehandlungen denkbar seien, die zwar nicht von den besonderen Gleichheitssätzen erfasst sind, gleichwohl aber eine Nähe zur Menschenwürde aufweisen.²⁹ Um die Voraussetzungen für das Auslösen von Schutzpflichten aus dem allgemeinen Gleichheitssatz zu konkretisieren, wird eine Beschränkung auf Konstellationen vorgeschlagen, die von einem sozialen Machtungleichgewicht geprägt sind.³⁰ Nach *Paehlke-Gärtner* müsse Art. 3 I GG jedenfalls in solchen Situationen eine Schutzpflicht entfalten.³¹ Zumindest bzgl. der besonderen Gleichheitssätze finden sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG Anhaltspunkte für gleichheitsrechtliche Schutzpflichten. So treffe den Staat aus Art. 3 II 2 GG ein grundrechtliches Schutzgebot. Er müsse nämlich „dafür sorgen, daß Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt“³². Trotz Verwendung einer anderen Terminologie hat das BVerfG damit eine Schutzpflicht aus Art. 3 II 2 GG angenommen.³³ Ferner sprach das BVerfG arbeitsrechtlichen Vorschriften bereits die Funktion zu, grundrechtliche Schutzpflichten aus Art. 3 II GG zu erfüllen.³⁴ Zu-

²⁷ *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 66.

²⁸ *Heum*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 67; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 175.

²⁹ *Bradel/Müller*, NVwZ 2020, 1792, 1795; *Heum*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 67; *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 159.

³⁰ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 121.

³¹ *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 162.

³² BVerfG, Beschl. v. 10.03.1998 – 1 BvR 178/97, NJW 1998, 2128, 2131.

³³ So auch *Heum*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 116.

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 – 1 BvR 258/86, NJW 1994, 647; für eine derartige Interpretation des BVerfG auch *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 14; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 91.

dem wurde auch schon aus Art. 2 II 1 GG isoliert (d.h. ohne Heranziehung von Art. 1 I 2 GG) eine Schutzpflicht abgeleitet,³⁵ obwohl der Wortlaut des Art. 2 II 1 GG ebenfalls keinen Anhaltspunkt für diese Dimension bietet. In gleicher Weise verfuhr das BVerfG jüngst in seinem Beschluss zur sog. Triage im Rahmen von Art. 3 III 2 GG.³⁶ Für die Annahme von Schutzpflichten aus den besonderen Gleichheitssätzen³⁷ wird außerdem die Nähe der dort genannten Merkmale zur Menschenwürde³⁸ angebracht,³⁹ weshalb teilweise auch für die Beschränkung von Schutzpflichten auf die besonderen Gleichheitssätze plädiert wird.⁴⁰ Statt der Menschenwürde wird hierfür zum Teil auch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Bezugspunkt herangezogen.⁴¹ In der Literatur werden die besonderen Gleichheitssätze ferner als konkreter bezeichnet, weshalb Schutzpflichten hier leichter handhabbar seien.⁴² Durch sie reagierte der Verfassungsgeber auf erhöhte Diskriminierungsgefahren,⁴³ die sich gerade auch zwischen Privaten gezeigt haben.⁴⁴ Das gelte in besonderem Maße für Geschlechterdiskriminierung, weshalb hier das Bedürfnis nach faktischer gesellschaftlicher Gleichstellung besonders stark sei.⁴⁵ Art. 3 II GG enthalte daher eine entsprechende Verpflichtung.⁴⁶ Hierfür spreche mit

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 u.a., NJW 1994, 1577, 1584; BVerfG, Urtr. v. 25.02.1975 – 1 BvF – 6/74, NJW 1975, 573, 575; in neueren Entscheidungen griff das BVerfG allerdings auf Art. 1 GG zurück, siehe BVerfG, Beschl. v. 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, NJW 2006, 1939, Rn. 92; BVerfG, Urtr. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, NJW 2006, 751, 757.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, BeckRS 2021, 40294, Rn. 97.

³⁷ So *Eckertz-Höfer*, in: AK-GG, Art. 3 II, III GG, Rn. 94; *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 121; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 150; bzgl. Art. 3 III 2 GG auch *Sachs*, RdJB 1996, 154, 171.

³⁸ *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, 339, 347.

³⁹ *Canaris*, AcP 1984, 201, 235; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 14; *Marten-Gotthold*, Der Schutz der Sinti und Roma, 202 ff.; *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 3 GG, Rn. 67; *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 365.

⁴⁰ Vgl. *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 315 (Stand: Februar 2020).

⁴¹ *Classen*, in: Classen/Lukaňko/Richter, Diskriminierung aufgrund der Gesundheit, 139, 145; *Marten-Gotthold*, Der Schutz der Sinti und Roma, 202 ff.

⁴² *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 177.

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535, 1539.

⁴⁴ *Baerl/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 364; *Canaris*, AcP 1984, 201, 235; *Marten-Gotthold*, Der Schutz der Sinti und Roma, 196 ff., 210; *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 365; vgl. auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 237.

⁴⁵ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 313 (Stand: Februar 2020).

⁴⁶ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 122; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 115; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 113; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 354 f.; so im Ergebnis wohl auch *Britz*, VVDStRL 2005, 355, 364 f.

Blick auf den nachträglich eingefügten Art. 3 II 2 GG auch, dass dieser sonst funktionslos sei.⁴⁷ Für alle Gleichheitssätze des Art. 3 GG wird zu Recht darauf hingewiesen, dass Schutzpflichten nicht durch einen pauschalen Verweis auf entgegenstehende Freiheitsrechte, namentlich die Privatautonomie, abgelehnt werden können. Ob der Staat diese Rechte durch die Erfüllung von Schutzpflichten verletzt, ist vielmehr einzelfallabhängig,⁴⁸ zumal die Herstellung eines gewissen Maßes an gesellschaftlicher Gleichheit nun einmal Eingriffe in die Privatautonomie erfordert⁴⁹. Schließlich sind auch die Gleichheitssätze Teil des Grundrechtskatalogs als objektiver Werteordnung, die letztlich den Grund für die Konstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten darstellt.⁵⁰

Schutzpflichten aus Art. 3 I GG werden in der Literatur dagegen zum Teil als unvereinbar mit den strukturellen Unterschieden zu den Freiheitsrechten angesehen.⁵¹ Der allgemeine Gleichheitssatz sei schlicht zu konturenlos, um aus diesem konkrete Schutzpflichten ableiten zu können.⁵² Im Zusammenhang hiermit wird auch vorgebracht, dass sich private Diskriminierungen, anders als private Eingriffe in Freiheitsrechte, nicht stets rechtskreisverkürzend auswirken und es somit an der für eine Schutzpflicht nötigen Gefahr fehle. Anders als Freiheitsrechte müssten Gleichheitsrechte eben nicht pauschal vor privaten und staatlichen Eingriffen gleichermaßen geschützt werden.⁵³ Nimmt man eine Schutzpflicht aus Art. 3 II 2 GG an,⁵⁴ so könnte aus dieser der Umkehrschluss gezogen werden, dass die übrigen Gleichheitssätze des Art. 3 GG keine Schutzpflichten entfalten.⁵⁵ Jedenfalls der im Vergleich

⁴⁷ Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 56, Rn. 58 (Stand: Juli 2021).

⁴⁸ Buch, Das Grundrecht der Behinderten, 201; Gíwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 130 ff.; vgl. auch Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 177.

⁴⁹ Sacksofsky, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 356.

⁵⁰ So für die besonderen Gleichheitssätze Gíwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 130.

⁵¹ Vgl. Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 218, Rn. 222, der für das Auslösen einer Schutzpflicht einen rechtswidrigen Eingriff eines Privaten in ein Freiheitsrecht voraussetzt.

⁵² Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 67; Uerpmann-Witzack, ZaöRV 2008, 359, 364; Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 177; kritisch: Kingreen, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 310 (Stand: Februar 2020).

⁵³ Jestaedt, VVDStRL 2005, 298, 345; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 124, Art. 3 III GG, Rn. 83 (Stand: Juli 2021); in diese Richtung auch Salzwedel, in: FS Jahrreiss, 339, 343.

⁵⁴ Ablehnend: Jestaedt, VVDStRL 2005, 298, 345, der stattdessen eine Staatszielbestimmung annimmt; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 124 (Stand: Juli 2021).

⁵⁵ Uerpmann-Witzack, ZaöRV 2008, 359, 365 f.

zu Art. 1 I 2 GG wenig eindeutige Wortlaut spricht eher gegen gleichheitsrechtliche Schutzpflichten.⁵⁶ Zum Teil wird auch angeführt, die Gleichheitssätze seien anders als die Freiheitsrechte immer auf ein aktives Tun des Staates, nämlich auf die Beseitigung der Ungleichbehandlung, gerichtet, weshalb die Annahme von Schutzpflichten überflüssig sei.⁵⁷ Mit Blick auf Art. 3 III GG ist zu berücksichtigen, dass eine staatliche Schutzpflicht vor Ungleichbehandlungen nach den dort genannten Merkmalen nicht pauschal mit dem Menschenwürdegehalt dieses besonderen Diskriminierungsverbots begründet werden kann. Inwiefern durch derartige Ungleichbehandlungen die Menschenwürde tatsächlich berührt ist, ist stattdessen einzelfallabhängig.⁵⁸ So wird selbst Art. 3 II 2 GG⁵⁹ und Art. 3 III 2⁶⁰ GG vielfach nur der Gehalt einer Staatszielbestimmung beigemessen. Auch ist Ungleichbehandlungen nach Art. 3 III GG nicht per se ein soziales Machtgefälle immanent, mit dem man eine staatliche Schutzpflicht begründen könnte.⁶¹ Zudem verlange nach *Langenfeld* auch eine unionsrechtskonforme Auslegung des Art. 3 III GG keine Schutzpflicht, vor allem folge eine solche nicht aus sekundärrechtlichen Umsetzungspflichten.⁶² Auch zur Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen, namentlich der DEDAW und des CERD, sei keine verfassungsrechtliche Verankerung nötig. Vielmehr genügen hierfür entsprechende zivilrechtliche Diskriminierungsverbote.⁶³ Gegen die Annahme von Schutzpflichten aus den Gleichheitssätzen des Art. 3 GG⁶⁴ spricht aber vor allem, dass die Freiheit des Einzelnen, Entscheidungen willkürlich zu treffen, als Teil seiner Individualität und Persönlichkeit schützenswert ist.⁶⁵ Dies gilt gleichermaßen

⁵⁶ Vgl. *Wolff*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 3 GG, Rn. 28, der als Vergleich allerdings Art. 11 BlnVerf heranzieht.

⁵⁷ *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 49; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 310 (Stand: Februar 2020).

⁵⁸ *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 169 ff., 226 ff.; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 84 (Stand: Juli 2021); vgl. auch *Britz*, VVDStRL 2005, 355, 364, die auf die Unterschiede zwischen den Merkmalen des Art. 3 III GG hinweist.

⁵⁹ *Jestaedt*, VVDStRL 2005, 298, 344 f.; vgl. auch *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 124 (Stand: Juli 2021).

⁶⁰ *Jestaedt*, VVDStRL 2005, 298, 346; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 312.

⁶¹ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 85 (Stand: Juli 2021).

⁶² *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 86 (Stand: Juli 2021).

⁶³ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 90 (Stand: Juli 2021); a.A.: *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, 145.

⁶⁴ *Burkiczak*, in: Becker/Lange, Rspr. des BVerfG, Art. 3 GG, Rn. 132 f.; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 69, Rn. 139, Rn. 169.

⁶⁵ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 120; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 91 (Stand: 15.11.2021); vgl. auch *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 252; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 212 f.; *Schoch*, DVBl. 1988, 863, 866 f.; ebenfalls die Willkürfreiheit als Kern

für Differenzierungen nach einem verpönten Merkmal i.S.v. Art. 3 III GG.⁶⁶ Daher darf und muss es gleichheitsrechtliche Schutzpflichten nur geben, sofern die Ungleichbehandlung würdverletzenden Charakter hat.⁶⁷ Dieses Kriterium wird im folgenden Abschnitt näher erörtert.

cc) Gleichheitsrechtliche Schutzpflichten unter Berücksichtigung anderer Verfassungsnormen

Wie bereits angedeutet, ist die Problematik gleichheitsrechtlicher Schutzpflichten aus einer verfassungsrechtlichen Gesamtperspektive zu betrachten. Für die Frage sind daher neben Art. 3 GG auch andere Bestimmungen des GG zu berücksichtigen.⁶⁸

Teilweise wird aus Art. 12 GG eine staatliche Schutzpflicht abgeleitet, gegen Inländerdiskriminierungen vorzugehen, um Inländer auf dem europäischen Markt gegenüber EU-Ausländern wettbewerbsfähig zu halten.⁶⁹ Allerdings kann dieses Argument für Fälle algorithmischer Preisdiskriminierung nicht fruchtbar gemacht werden, da es in diesen ja gerade nicht um Ungleichbehandlungen der Wettbewerber, sondern der Kunden geht.

Die wohl prominenteste, jedenfalls aber eindeutigste staatliche Schutzpflicht lässt sich Art. 1 I 2 GG entnehmen.⁷⁰ Danach trifft den Staat ausdrücklich die Pflicht, die Menschenwürde zu schützen. Auch Ungleichbehandlungen können einen Menschenwürdebezug aufweisen.⁷¹ In diesen Fällen ist dann jedenfalls über Art. 1 I 2 GG eine staatliche Schutzpflicht anzunehmen.⁷² Teilweise wird auch nicht direkt auf die Menschenwürde, sondern

der Persönlichkeitsentfaltung betonend: BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, NJW 2006, 751, 757; BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, NJW 1977, 1525, 1526.

⁶⁶ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 122; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 210 (Stand: 15.11.2021); *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 83, Rn. 85 (Stand: Juli 2021).

⁶⁷ So zutreffend *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 84 (Stand: Juli 2021); *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 169 ff., 226 ff.

⁶⁸ Vgl. *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 177; ähnlich auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 67, der Art. 3 I GG nur eine „flankierende Schutzfunktion“ beimisst; vgl. bzgl. Schutzpflichten aus Art. 6 I GG auch BVerfG, Urt. v. 03.04.2001 – 1 BvR 1681/94 u.a., NJW 2001, 1707, 1709.

⁶⁹ *Heintzen*, EWS 1990, 82, 91.

⁷⁰ *Dürig*, in: Dürig, Gesammelte Schriften, 127, 128; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 27; *Uerpman-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 367.

⁷¹ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Fn. 543, Art. 3 III GG, Rn. 98 (Stand: Juli 2021); vgl. auch *Neuner*, JZ 2003, 57, 60, der an die Diskriminierung von Juden in der NS-Zeit erinnert.

⁷² *Buch*, Das Grundrecht der Behinderten, 202; *Bradel Müller*, NVwZ 2020, 1792, 1795; *Canaris*, AcP 1984, 201, 235; *Frowein*, in: FS Zacher, 157, 159; *Kischel*, in: BeckOK GG,

auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht rekurriert.⁷³ Die Sinnhaftigkeit dieses Umwegs erschließt sich jedoch nicht. Zwar wird angeführt, der Vorteil einer Konstruktion über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht sei dessen Merkmals Offenheit im Vergleich zu den besonderen Gleichheitssätzen.⁷⁴ Erstens sind aber auch Ungleichbehandlungen mit Persönlichkeitsrechts- bzw. Menschenwürdebezug denkbar, die nur unter Art. 3 I GG fallen.⁷⁵ Genau hierin liegt ja auch der Grund dafür, warum gleichheitsrechtliche Schutzpflichten merkmals offen sein sollten. Zweitens erhält man sich die Merkmals Offenheit auch, wenn man den direkten Weg über Art. 1 I 2 GG einschlägt. Und drittens stellen auch diejenigen, die gleichheitsrechtliche Schutzpflichten über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht konstruieren, auf einen Würdebezug ab und knüpfen damit letztlich ebenfalls an Art. 1 I 2 GG an.⁷⁶ Ob die Schutzpflicht nur für Diskriminierungen im Rahmen sog. Massengeschäfte gilt,⁷⁷ kann mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit dahinstehen, wird algorithmische Preisdiskriminierung doch typischerweise von Unternehmern betrieben, die Waren oder Dienstleistungen gegenüber jedermann anbieten. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen den Staat eine Pflicht aus Art. 1 I 2 GG zum Schutz vor Ungleichbehandlungen durch Dritte trifft, können die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 GG zumindest als gewisse Orientierung dienen.⁷⁸ Die dort aufgezählten Merkmale weisen nämlich eine besondere Nähe zur Menschenwürde auf.⁷⁹ Allerdings sind grundrechtliche Schutzpflichten nicht auf Ungleichbehandlungen nach verpönten Merkmalen begrenzt. Vielmehr ist der Menschenwürdebezug der Diskriminierung im Einzelfall entscheidend.⁸⁰ Insoweit ist eine restriktive Auslegung geboten.⁸¹

Art. 3 GG, Rn. 91 (Stand: 15.11.2021); *Neuner*, JZ 2003, 57, 60; *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 3 GG, Rn. 67; *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 367.

⁷³ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Fn. 543, Art. 3 III GG, Rn. 87, Rn. 98 (Stand: Juli 2021); *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 245 ff.; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VII, § 150, Rn. 144.

⁷⁴ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 99 (Stand: Juli 2021); *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 245 ff.

⁷⁵ Siehe Kap. C.I.1.a)bb).

⁷⁶ Vgl. *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Fn. 543, Rn. 98 (Stand: Juli 2021).

⁷⁷ So wohl *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 368; Tendenz auch bei *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Fn. 543 (Stand: Juli 2021).

⁷⁸ *Neuner*, JZ 2003, 57, 60.

⁷⁹ Siehe hierzu Kap. C.I.1.a)bb).

⁸⁰ Vgl. *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 368.

⁸¹ Zutreffend, jedoch bezogen auf die Herleitung gleichheitsrechtlicher Schutzpflichten aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht: *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VII, § 150, Rn. 144.

dd) Menschenwürdebezug algorithmischer Preisdiskriminierung

Folglich ist nun zu klären, inwieweit algorithmische Preisdiskriminierung einen Bezug zu Art. 1 I GG haben kann. Davon hängt ab, ob der Staat über Art. 1 I 2 GG zum Schutz vor derartigen Preisstrategien verpflichtet ist.

Zunächst ist festzustellen, dass algorithmische Preisdiskriminierung zu „rein“ algorithmischen Entscheidungen führt. Der Preisalgorithmus trifft nicht lediglich eine Vorauswahl oder schlägt einen Preis vor, der dann letztlich von einem Menschen gesetzt wird. Stattdessen wird der Preis vom Algorithmus autonom gebildet und die letztinstanzliche Kontrolle durch einen Menschen entfällt. Dadurch wird der Kunde zwar zum „Objekt“ einer maschinellen Entscheidung, was algorithmenspezifische Gefahren birgt bzw. verstärkt, die durch eine menschliche Kontrollinstanz abgemildert werden könnten. Dies ist gleichsam der Hintergedanke des Art. 22 DSGVO, der gerade vor einer solchen „maschinellen Objektivierung“ schützen soll.⁸² Allerdings lässt sich aus diesem Phänomen nicht ohne Weiteres auf eine Objektivierung i.S.v. Art. 1 I GG schließen. Autonome algorithmische Entscheidungen stellen an und für sich keine Menschenwürdeverletzung dar.⁸³

Algorithmische Preisdiskriminierung zeichnet sich durch ein starkes Informationsgefälle zwischen Kunden und Anbieter aus. Bei personalisierten Preisen ist dies besonders auffällig, da hierbei Anbieter Kundenprofile erstellen und versuchen, daraus Anhaltspunkte für die individuelle Zahlungsbereitschaft zu gewinnen. Dadurch ist der Anbieter über den Kunden tendenziell gut informiert, der Kunde über den Anbieter dagegen kaum bis gar nicht,⁸⁴ was die Verhandlungsposition des Kunden erheblich verschlechtert⁸⁵. Dieser befindet sich in einer Situation, die vergleichbar ist mit dem Szenario, dass er im stationären Handel dem Anbieter gleich zu Beginn seine maximale Zahlungsbereitschaft mitteilt.⁸⁶ Zugleich hat der Kunde faktisch kaum Möglichkeiten, auf den Preis Einfluss zu nehmen.⁸⁷ Dies liegt vor allem daran, dass die eingesetzten Algorithmen typischerweise intransparent sind und der Kunde den Preis daher nur schwer durch Verhaltensänderungen gezielt beeinflussen kann bzw. dass sich Kunden dieser Preisstrategie im Einzelfall häufig gar nicht bewusst sein können.⁸⁸ Sie können sich daher selber auch nur bedingt wirksam schützen,⁸⁹ was für die Notwendigkeit eines staatlichen

⁸² Siehe nur *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 1.

⁸³ Vgl. *Härtel*, LKV 2019, 49, 57.

⁸⁴ *BKartA*, Big Data und Wettbewerb, 11; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 5; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 221; *Zander-Hayat/Reischl Steffen*, VuR 2016, 403, 406.

⁸⁵ *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018.

⁸⁶ *Varian*, in: Lehr/Pupillo, Internet Policy and Economics, 101, 101 f.

⁸⁷ *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 294.

⁸⁸ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291.

⁸⁹ Siehe hierzu Kap. B.II.1.b)bb(5).

Schutzes in Form regulierender Rechtsvorschriften sprechen kann⁹⁰. Algorithmische Preisdiskriminierung hilft Anbietern also, ihre ohnehin schon stärkere Position im Verhältnis zum Verbraucher⁹¹ weiter auszubauen. Es stellt sich die Frage, ob dieser Aspekt nicht für eine Schutzpflicht aus Art. 1 I 2 GG streitet. Auch das BVerfG sieht die Notwendigkeit regulierender Eingriffe des Staates in das Privatrecht, wenn eine Vertragspartei die andere Vertragspartei kraft ihres Übergewichts fremdbestimmt lenken kann. Denn „wo es an einem annähernden Kräfteausgleichgewicht (sic!) der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten“⁹². Unabhängig davon, ob das BVerfG hier auf eine grundrechtliche oder sozialstaatliche Schutzpflicht abstellt,⁹³ ist aber festzuhalten, dass auch die Machterweiterung der Anbieter durch algorithmische Preisdiskriminierung keine Objektivierung der Kunden bewirkt. Sowohl Art. 1 I GG⁹⁴ als auch grundrechtliche Schutzpflichten⁹⁵ sind vielmehr restriktiv zu interpretieren. Tatsächlich handelt es sich hier um ein verbraucherrechtliches Problem, das durch eine Abwägung zwischen der Preisgestaltungsfreiheit und der Benachteiligung der Kunden zu lösen ist.⁹⁶ Das ändert sich auch nicht in Fällen, in denen dem Kunden auf monopolartigen Märkten Ausweichmöglichkeiten fehlen bzw. in denen diese stark beschränkt sind, zumal dies kein Problem ist, das genuin algorithmische Preisdiskriminierung betrifft.

Ein weiterer Ansatzpunkt wäre, aus der Anknüpfung an die Zahlungsbereitschaft einen Würdebezug herzustellen. Sowohl mit personalisierten als auch mit dynamischen Preisen verfolgen Unternehmen das Ziel, die Zahlungsbereitschaft der Kunden möglichst optimal abzuschöpfen. Zahlungsbereitschaft knüpft, zumindest bei personalisierten Preisen, an die Zahlungskraft und damit an die wirtschaftliche Verfassung des Einzelnen an. Das Vermögen ist aber ein Merkmal, dem in unserer Gesellschaft aus soziokulturellen Gründen ein hohes Maß an Sensibilität beigemessen wird. Insofern liegt ein Vergleich zu den Merkmalen des Art. 3 III GG zumindest nicht fern. Diese zeichnen sich unter anderem durch eine gewisse Nähe zur Würde des Einzelnen aus.⁹⁷ Damit dieser Befund vorliegend aber eine Rolle spielen

⁹⁰ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 271.

⁹¹ *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 74.

⁹² BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469, 1470.

⁹³ Hierzu *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band IX, § 191, Rn. 197.

⁹⁴ *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 1 I GG, Rn. 44 (Stand: Juli 2021).

⁹⁵ Zutreffend, jedoch bezogen auf die Herleitung gleichheitsrechtlicher Schutzpflichten aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht: *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HB Staatsrecht, Band VII, § 150, Rn. 144.

⁹⁶ Siehe hierzu Kap. G.I.3.b)bb), Kap. G.I.3.b)cc); siehe hierzu auch die lauterkeitsrechtlichen Ausführungen in Kap. F.I.1.a)bb)(1)(b).

⁹⁷ *Canaris*, AcP 1984, 201, 235; *Krieger*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG,

kann, müsste überhaupt eine Differenzierung nach der Zahlungsbereitschaft vorliegen. Bei algorithmischer Preisdiskriminierung wird nicht direkt an die (vermeintliche) Zahlungsbereitschaft angeknüpft, sondern diese wird anhand anderer Kriterien ermittelt. In Betracht käme also allenfalls eine mittelbare Ungleichbehandlung. Unabhängig von der Frage, ob Art. 3 III GG mittelbare Diskriminierungen überhaupt erfasst,⁹⁸ müsste hierfür ein hinreichender Bezug zwischen den Kriterien, an die zur Preispersonalisierung angeknüpft wird, und der Zahlungsbereitschaft bestehen. Wie oben bereits dargestellt, ist die Ermittlung der individuellen Zahlungsbereitschaft allerdings keineswegs trivial, hängt sie doch von diversen, teilweise auch kontextabhängigen Faktoren ab.⁹⁹ Auch wenn für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung das verpönte Merkmal nicht auf alle Betroffenen zutreffen muss,¹⁰⁰ so ist doch äußerst zweifelhaft, ob der nötige Zusammenhang im Rahmen personalisierter Preise stark genug ist. Mit Blick auf die tatsächlichen Schwierigkeiten und mangels empirischer Nachweise muss dies verneint werden. Die Kriterien, nach denen Preise personalisiert werden, stellen zumindest im aktuellen Stadium derartiger Preisstrategien lediglich mehr oder weniger vage Anhaltspunkte für die Zahlungsbereitschaft dar. Eine mittelbare Diskriminierung nach diesem Kriterium liegt daher nicht vor. Diese ist im Falle dynamischer Preise erst recht zu verneinen, denn hier wird zwar auch an die Zahlungsbereitschaft angeknüpft, allerdings nur an die Zahlungsbereitschaft des „Durchschnittskunden“ zu einem bestimmten Zeitpunkt. Der Zusammenhang zur Zahlungsbereitschaft des Einzelnen ist hier also noch deutlich „lockerer“.

Die Schwierigkeit, die individuelle Zahlungsbereitschaft überhaupt zu ermitteln, ist eine der Haupthürden für personalisierte Preise. Dies ist einer der Gründe, warum man vom flächendeckenden Einsatz noch weit entfernt ist. Bereits heute sei aber darauf hingewiesen, dass die Idee hinter dieser Preisstrategie dem Kerngehalt von Art. 14 GG zuwiderläuft. Darauf, ob man sich eine bestimmte Ware oder Dienstleistung wegen seines Geldeigentums leisten kann, soll es nämlich gerade nicht mehr ankommen. Stattdessen werden die Preise an die Zahlungsbereitschaft des Einzelnen angepasst. Paradoxerweise wird so gerade das „Kapitalismusgrundrecht“ des Art. 14 GG entwertet, obwohl die Motive hinter der Personalisierung von Preisen ja gerade wirtschaftlicher und somit „kapitalistischer“ Natur sind. Dass personalisierte Preise Art. 14 GG in seinem unantastbaren (Menschenwürde-)kern berüh-

15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 14; *Marten-Gotthold*, Der Schutz der Sinti und Roma, 202 ff.; *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, 339, 347; *Schmidt*, in: EK ArbR, Art. 3 GG, Rn. 67; *Uerpmann-Witzack*, ZaöRV 2008, 359, 365.

⁹⁸ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(3)(b).

⁹⁹ Siehe hierzu Kap. B.II.1.b)bb)(1).

¹⁰⁰ Vgl. *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 34 (Stand: Juli 2021); *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 248.

ren, stellt zwar ein Gedankenmodell dar, weil diese Strategie dafür nahezu flächendeckend verbreitet sein müsste. Ob dieses Szenario je eintritt, muss aus ökonomischer Sicht aber bezweifelt werden,¹⁰¹ weshalb eine genauere Auseinandersetzung mit diesem potenziellen Konflikt zum jetzigen Zeitpunkt nicht angezeigt ist. Gleichwohl zeigen die Überlegungen das Potenzial personalisierter Preise und vor allem das Spannungsfeld zwischen wirtschaftlichem Ertragsgewinn einerseits und vermögensmäßiger Umverteilung andererseits.

ee) Fazit: Keine staatliche Schutzpflicht vor algorithmischer Preisdiskriminierung

Den Staat trifft somit aus Art. 3 GG keine Pflicht, vor algorithmischer Preisdiskriminierung durch Dritte zu schützen. Diese wäre allenfalls über Art. 1 I 2 GG zu konstruieren, insoweit fehlt es bei den untersuchungsgegenständlichen Preisstrategien aber am nötigen Würdebezug. Hiermit ist allerdings noch keine Aussage darüber getroffen, ob der Staat verpflichtet ist, vor bestimmten Diskriminierungen, insbesondere solchen in Anknüpfung an ein in Art. 3 III GG genanntes Merkmal, zu schützen. Natürlich ist auch eine algorithmische Preisdiskriminierung denkbar, die (unter anderem) auf ein solches Merkmal abstellt. Die Frage nach Schutzpflichten gegen derartige Diskriminierungen ist aber eine Problematik, die dem Diskriminierungsrecht im Allgemeinen und nicht genuin algorithmischer Preisdiskriminierung zuzuordnen ist. Deswegen kann und soll darauf im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

b) Bindung Privater

Allerdings ist die Konstruktion von Schutzpflichten nicht die einzige Möglichkeit, Grundrechten in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten Geltung zu verschaffen. Grundrechte können zwischen Privaten auch „direkt“ wirken, ohne dass es hierfür zunächst eines gesetzgeberischen Handelns bedarf. Dies wird damit begründet, dass die Grundrechte als objektive Werteordnung jedenfalls durch eine grundrechtskonforme Auslegung von Generalklauseln und offenen Rechtsbegriffen in alle Bereiche des Rechts ausstrahlen, mithin auch in das Privatrecht (sogenannte mittelbare Drittwirkung der Grundrechte).¹⁰² Daneben steht in Einzelfällen auch eine unmittelbare Drittwirkung – hier verstanden als von zivilrechtlichen Generalklauseln unabhängige Wirkung¹⁰³ – im Raum.¹⁰⁴ Daher wird im Folgenden untersucht, inwieweit die

¹⁰¹ Siehe zu den Hürden algorithmischer Preispersonalisierung Kap. B.II.1.b)bb).

¹⁰² BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257.

¹⁰³ Siehe zu dieser Abgrenzung von mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung auch BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, NJW 2013, 1519, Rn. 27 f.

¹⁰⁴ Diskussion jüngst vor allem befeuert durch BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667.

Gleichheitssätze des Art. 3 GG der Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung durch Private Grenzen setzen.

aa) Mittelbare Drittwirkung

Ob die Gleichheitssätze des Art. 3 GG mittelbar, das heißt über offene Rechtsbegriffe und Generalklauseln, in das Privatrecht einstrahlen können, ist hoch umstritten. Dies hängt auch mit der Funktionsverschiedenheit von Freiheits- und Gleichheitsrechten zusammen, weshalb die mittelbare Drittwirkung Letzterer autonom zu beantworten ist.¹⁰⁵

Kritiker weisen auf die Unvereinbarkeit derartiger Konstruktionen mit der Privatautonomie hin. Ausfluss dieser sei gerade, dass Private, anders als der Staat, grundsätzlich nach Belieben und eben ohne sachlichen Grund diskriminieren dürfen.¹⁰⁶ Richtigerweise wären jedenfalls „umfassende Gleichbehandlungspflichten“ im Privatrecht deplatziert.¹⁰⁷ Des Weiteren sei eine mittelbare Drittwirkung zumindest des allgemeinen Gleichheitssatzes bereits nach dessen Natur ausgeschlossen. Bei diesem fehle es gerade an einem spezifischen Schutzgut, das in eine Abwägung eingestellt werden könnte. Art. 3 I GG könne daher immer nur „ganz oder gar nicht“ gelten¹⁰⁸ und sei daher zu unspezifisch, um zwischen Privaten zu wirken¹⁰⁹. Das gleiche gelte für die besonderen Gleichheitssätze, da auch aus dem Schutz bestimmter Differenzierungskriterien keine im Rahmen einer mittelbaren Drittwirkung handhabbare Wertung folge.¹¹⁰ Diese Bedenken hängen aber schlicht mit dem Begriffsverständnis der mittelbaren Drittwirkung zusammen und ergeben sich daher nicht, wenn man mittelbare und unmittelbare Drittwirkung sinnvollerweise danach abgrenzt, ob die Grundrechtswirkung an zivilrechtliche „Einfallstore“ angeknüpft wird oder „isoliert“ einfließt.¹¹¹

Um die Geltung der Gleichheitssätze im Privatrecht zumindest einzuschränken, wird vorgeschlagen, die mittelbare Drittwirkung auf Fälle zu be-

¹⁰⁵ *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, 339.

¹⁰⁶ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 81 (Stand: Juli 2021); *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 337; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX, § 197, Rn. 107; *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, 339, 348.

¹⁰⁷ *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 62; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 40; BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, NJW 2013, 1519, Rn. 29.

¹⁰⁸ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 70, nach dem sich Art. 3 I GG nur bei Ungleichbehandlungen mit Menschenwürdebezug eine Wertung entnehmen lässt; *Huster*, in: BerlK GG, Art. 3 GG, Rn. 44 (Stand: VI/16); *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 93 (Stand: 15.11.2021).

¹⁰⁹ *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, 339, 347.

¹¹⁰ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 70.

¹¹¹ Vgl. *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 114, Rn. 139.

schränken, in denen ein mit dem Staat-Bürger-Verhältnis vergleichbares Machtungleichgewicht besteht.¹¹² Diese Voraussetzung soll gleichermaßen für Art. 3 I GG wie für die besonderen Gleichheitssätze gelten. Hierfür reiche aber insbesondere das bloße öffentliche Anbieten von Waren oder Dienstleistungen nicht aus.¹¹³ Insoweit kommt es auf die mittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze auch nur in Fällen an, in denen nicht schon zivilrechtliche Vorschriften greifen, die selber ein gewisses Gleichbehandlungsgebot postulieren.¹¹⁴ Einen ebenfalls auf die Machtpositionen in der konkreten Rechtsbeziehung abstellenden Ansatz wählt *Baer*, die die Grenze der Privatautonomie jedenfalls dort sieht, „wo Rechtsverbindlichkeit aus nicht autonom geformtem Willen abgeleitet werden soll“¹¹⁵. Ein zu weites Gleichbehandlungsgebot im Zivilrecht wäre auch durch eine Beschränkung der mittelbaren Drittwirkung auf sog. Massengeschäfte möglich.¹¹⁶ Teilweise wird auch nur den besonderen Gleichheitssätzen eine mittelbare Drittwirkung entnommen und zwar auch dann nur in Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung das Diskriminierungsopfer in seinen Persönlichkeitsrechten verletzt.¹¹⁷

Richtigerweise sind auch die Gleichheitssätze des Art. 3 GG Teil der die mittelbare Drittwirkung begründenden objektiven Werteordnung und wirken daher jedenfalls über zivilrechtliche „Einbruchstellen“ auch zwischen Privaten.¹¹⁸ Schließlich gilt auch die Privatautonomie nicht absolut, sondern

¹¹² *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 93 (Stand: 15.11.2021); *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 13; kritisch gegenüber diesem Kriterium, da nach diesem immer noch eine recht weitreichende Geltung der Gleichheitssätze im Privatrecht möglich sei: *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 71.

¹¹³ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 210 (Stand: 15.11.2021).

¹¹⁴ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 228 (Stand: Februar 2020).

¹¹⁵ *Baer*, ZRP 2002, 290, 292.

¹¹⁶ So bzgl. Art. 3 II GG *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 114; bzgl. Art. 3 III GG *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 416; ebenfalls bzgl. Art. 3 III GG *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 139; vgl. auch BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, NJW 2013, 1519, Rn. 28.

¹¹⁷ *Salzwedel*, in: FS Jahrreiss, 339, 347 f., 350; in diese Richtung auch *Classen*, in: Classen/Lukaňko/Richter, Diskriminierung aufgrund der Gesundheit, 139, 145, der allerdings wohl immer bei Einschlägigkeit von Art. 3 III GG von einem Persönlichkeitsrechtsbezug ausgeht; die Frage, ob Art. 3 III GG „stärkere“ Drittwirkung entfaltet dagegen offenlassend: BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 40; so auch BGH, Urt. v. 09.03.2012 – V ZR 115/11, NJW 2012, 1725, Rn. 26; für eine stärkere Drittwirkung des Art. 3 II GG, sodass die Gleichbehandlung der Geschlechter die Vertragsfreiheit regelmäßig überwiege: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 114.

¹¹⁸ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 106; *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 181, Rn. 188; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 13; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 75, Rn. 238; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 63; bzgl. Art. 3 II GG *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 114; vgl. auch BVerfG,

fügt sich in das System der gegenseitigen grundrechtlichen Beschränkung ein.¹¹⁹ Daher kann die mittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze nicht unter pauschalem Verweis auf die Privatautonomie verneint werden.¹²⁰ Vielmehr kommt es darauf an, ob der Diskriminierungsschutz die Privatautonomie im Einzelfall überwiegt.¹²¹ So ging auch der BGH bei der Frage der Sittenwidrigkeit eines diskriminierenden Testaments¹²² bzw. der Zulässigkeit eines privaten Hausverbots¹²³ vor. Dementsprechend ist auch im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung zu verfahren: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln, die mit der rechtlichen Beurteilung derartiger Preisstrategien zusammenhängen, sind im Lichte der Gleichheitssätze des Art. 3 GG auszulegen, wobei ein angemessener Ausgleich zwischen Diskriminierungsschutz einerseits und Privatautonomie andererseits herzustellen ist. Dass durch eine mittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze angemessen auf die für Diskriminierungsszenarien gerade typische Einzelfallabhängigkeit der Interessenlage reagiert werden kann, ist gleichsam der Grund für den Vorzug dieser Konstruktion gegenüber weitreichenderen Schutzpflichten. Auf die mittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze des Art. 3 GG wird im weiteren Verlauf der Arbeit zurückzukommen sein, falls Rechtsvorschriften relevant werden, die Wertungsspielräume lassen.

bb) Unmittelbare Drittwirkung

Von der mittelbaren Drittwirkung zu trennen ist die Frage, inwieweit die Gleichheitssätze des Art. 3 GG in Privatrechtsbeziehungen auch „isoliert“, das heißt ohne Anknüpfung an zivilrechtliche Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe, wirken können.

Es dürfte nicht verwundern, dass diese Konstruktion nicht minder polarisiert als die Frage der mittelbaren Drittwirkung des Art. 3 GG. Die Sorge um die Privatautonomie des Einzelnen und die Grundfesten unserer Rechtsordnung sind hier noch größer,¹²⁴ denn für die unmittelbare Drittwirkung ist

Beschl. v. 16.11.1993 – 1 BvR 258/86, NJW 1994, 647; BAG, Urt. v. 10.05.1957 – 1 AZR 249/56, NJW 1957, 1688, 1690; teilweise wird dies mit der Bindung der Judikative an die Gleichheitssätze über Art. 1 III GG begründet: *Davy*, SDSRV 49, 7, 35; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 70; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 683 (Stand: Februar 2020); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 22.10.1981 – 1 BvR 1369/79, NJW 1982, 694, 695.

¹¹⁹ *Baer*, ZRP 2002, 290, 291 f.; *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 417.

¹²⁰ *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 50; vgl. auch *Grünberger*, Personale Gleichheit, 823 f.

¹²¹ Vgl. *Baer*, ZRP 2002, 290, 291 f.; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX, § 197, Rn. 107.

¹²² BGH, Beschl. v. 02.12.1998 – IV ZB 19/97, NJW 1999, 566, 569 ff.

¹²³ BGH, Urt. v. 09.03.2012 – V ZR 115/11, NJW 2012, 1725, Rn. 14.

¹²⁴ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 106; *Heun*, in: Dreier, GG,

nicht einmal mehr eine wertungsoffene zivilrechtliche Vorschrift als „Verbindungsstück“ zwischen dem Privatrecht und den Grundrechten nötig. Insofern sind die Befürchtungen eines weitreichenden Gleichbehandlungsgebots zwischen Privaten zunächst nicht ganz unberechtigt.

Diese Bedenken müssten nach *Schiek* aber „zurückstecken“, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen zum Schutz vor bestimmten Diskriminierungen¹²⁵ bestehen. Diese würden nämlich nur erfüllt, wenn der privatrechtliche Diskriminierungsschutz auch in der Verfassung Niederschlag findet, was eine bereichsspezifische unmittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze erfordert.¹²⁶ Zum Teil wird auch eine bereichsspezifische unmittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze im Arbeitsrecht¹²⁷ und für Tarifverträge¹²⁸ angenommen. So hat auch das BAG bereits mehrfach eine direkte Bindung Privater zumindest an die besonderen Gleichheitssätze bejaht.¹²⁹ Andere wollen zumindest solche Diskriminierungen zwischen Privaten unterbinden, die würdeverletzenden Charakter haben.¹³⁰

Vereinbar mit der entgegenstehenden Privatautonomie erscheint eine unmittelbare Bindung Privater an die Gleichheitssätze allerdings nur, wenn das jeweilige Privatrechtsverhältnis von einem nicht unerheblichen Machtungleichgewicht geprägt ist.¹³¹ Ausgehend davon stellte das BVerfG in seiner

Art. 3 GG, Rn. 70, Rn. 114, Rn. 139; *Jestaedt*, VVDStRL 2005, 298, 333 f.; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 682 (Stand: Februar 2020); *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 79 (Stand: Juli 2021); *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 116; *Rüfner*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX, § 197, Rn. 113; *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 150 f.; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 62; vgl. auch *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 238.

¹²⁵ Siehe hierzu DEDAW und CERD.

¹²⁶ *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 80, deren Argumentation allerdings aus der Zeit vor Inkrafttreten des AGG stammt. Unklar bleibt daher, ob nach *Schiek* auch eine einfachrechtliche Umsetzung genügen würde.

¹²⁷ *Gamilscheg*, AcP 1964, 385, 409 f.

¹²⁸ BAG, Urt. v. 23.03.1957 – 1 AZR 326/56, NJW 1957, 1376, LS b; *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 181, Rn. 189.

¹²⁹ Bzgl. Art. 3 II GG: BAG, Urt. v. 20.11.1990 – 3 AZR 613/89, NZA 1991, 635, 637; bzgl. Art. 3 III GG: BAG, Urt. v. 28.09.1972 – 2 AZR 469/71, NJW 1973, 77, 77 f.; BAG, Urt. v. 03.12.1954 – 1 AZR 150/54, NJW 1955, 606, 608.

¹³⁰ *Härtel*, LKV 2019, 49, 57; *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 166; vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 151, der in diesem Zusammenhang allerdings von mittelbarer Drittwirkung spricht.

¹³¹ BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019, 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769, Rn. 7; BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, NJW 2013, 1519, Rn. 27; *Baerl/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 416, die in diesem Zusammenhang allerdings von mittelbarer Drittwirkung sprechen; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 70; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 249 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019 – 1 BvQ

sog. „Stadionverbots-Entscheidung“ Voraussetzungen für die Bindung Privater an den allgemeinen Gleichheitssatz auf. Ob diese Voraussetzungen für Ungleichbehandlungen in Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal des Art. 3 III GG abzusenken sind, ließ das Gericht ausdrücklich offen. Aus Art. 3 I GG folge zwar kein allgemeines Gleichbehandlungsgebot für Privatrechtsbeziehungen,¹³² denn „grundsätzlich gehört es zur Freiheit jeder Person, nach eigenen Präferenzen darüber zu bestimmen, mit wem sie wann unter welchen Bedingungen welche Verträge abschließen (...) will“¹³³. Allerdings müsse unter bestimmten Voraussetzungen Art. 3 I GG auch in Privatrechtsbeziehungen Wirkung entfalten¹³⁴ und zwar im Falle des

„Ausschluss(es) von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet“¹³⁵.

In diesem Fall bestehe eine strukturelle Überlegenheit, die nicht für den sachgrundlosen Ausschluss von der Veranstaltung missbraucht werden dürfe.¹³⁶ Der Beschluss des BVerfG stieß auf ein durchaus geteiltes Echo.¹³⁷ Das BVerfG breche in dieser Entscheidung mit dem in Art. 1 III GG niedergeschriebenen Grundsatz, dass die Grundrechte (nur) den Staat binden und öffne der staatsgleichen Grundrechtsbindung¹³⁸ Privater Tür und Tor.¹³⁹ Die vom BVerfG aufgestellten Voraussetzungen seien daher in jedem Fall restriktiv zu handhaben.¹⁴⁰ Außerdem habe das BVerfG durch die starke Einzelfallabhängigkeit erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen,¹⁴¹ die mangels Bestimmtheit auch nicht durch die aufgestellten Voraussetzungen ausgeglichen werden könne¹⁴². Um die Bestimmbarkeit zu gewährleisten, müsse zumindest die Voraussetzung der erheblichen Bedeutung für das gesellschaftliche Leben objektiv bestimmt werden.¹⁴³ Doch das BVerfG hat auch Zustim-

42/19, NJW 2019, 1935, Rn. 15; eine unmittelbare Bindung Privater dagegen explizit auch in diesen Konstellationen ablehnend: *Kingreen*, in BK GG, Art. 3 GG, Rn. 682 (Stand: Februar 2020).

¹³² BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 40.

¹³³ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 40.

¹³⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41.

¹³⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41.

¹³⁷ Ausführliche Kritik bei *Michl*, JZ 2018, 910 ff.

¹³⁸ Laut *Werner*, NJOZ 2019, 1041, 1045 nähere sich das BVerfG in der Stadionverbots-Entscheidung einer unmittelbaren Drittwirkung an.

¹³⁹ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 229 (Stand: Februar 2020); *Michl*, JZ 2018, 910, 911.

¹⁴⁰ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 93a (Stand: 15.11.2021).

¹⁴¹ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 229 (Stand: Februar 2020).

¹⁴² *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 683 (Stand: Februar 2020).

¹⁴³ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 93b (Stand: 15.11.2021).

mung erfahren.¹⁴⁴ In der Tat stellt das BVerfG klar, dass es grundsätzlich an der (bloß) mittelbaren Drittwirkung festhält,¹⁴⁵ sodass bezweifelt werden muss, ob die Entscheidung tatsächlich einen Systembruch darstellt.¹⁴⁶

Es ist daher in jedem Fall zu erörtern, ob die vom BVerfG in der Stadionverbots-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen auch in Fällen algorithmischer Preisdiskriminierung erfüllt sein können. Dies hätte dann jedenfalls nach dem BVerfG eine Bindung des Anbieters an die Gleichheitssätze des Art. 3 GG zur Folge. Das BVerfG weist in der Entscheidung ausdrücklich darauf hin, dass Fälle, in denen ein Vertragspartner strukturell überlegen ist oder eine Monopolstellung innehat, entsprechend zu behandeln sein könnten.¹⁴⁷ Zwar entstehen automatisiert gebildete Preise durch autonome algorithmische Entscheidungen, die auch eine Außenwirkung gegenüber dem Diskriminierungsopfer entfalten. Allerdings kann das Vorliegen einer nach außen wirkenden algorithmischen Entscheidung per se noch nicht zur Bindung an Art. 3 GG führen.¹⁴⁸ Vielmehr müssen auch in solchen Fällen die vom BVerfG aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sein.¹⁴⁹ Dies wird bei standardisierten Dienstleistungen und Verträgen in der Konsumgüterwirtschaft zwar nur ausnahmsweise zu bejahen sein.¹⁵⁰ Trotzdem ist dies in Fällen algorithmischer Preisdiskriminierung keineswegs ausgeschlossen.¹⁵¹ Zwar werden die Voraussetzungen für die Bindung an Art. 3 GG auf dem Onlinemarkt allein wegen der Vielzahl der Anbieter und der damit bestehenden Ausweichmöglichkeiten in der Regel nicht erfüllt sein.¹⁵² Man denke aber z.B. an Dienstleistungen im Verkehrssektor. Diese werden auf einer bestimmten Route häufig nur von einem einzigen Anbieter angeboten, sei es im Luft-, See- oder vor allem auch Schienenverkehr. In derartigen Konstellationen verfügt

¹⁴⁴ Vgl. *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 106; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 17.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 40.

¹⁴⁶ Zutreffend *Härtel*, LKV 2019, 49, 57.

¹⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41.

¹⁴⁸ So aber wohl *Martini*, Grundlinien eines Kontrollsystems für algorithmische Entscheidungsprozesse, 48 f.

¹⁴⁹ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 218b (Stand: 15.11.2021); *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 79.

¹⁵⁰ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 93b (Stand: 15.11.2021).

¹⁵¹ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 302; zurückhaltend, nicht jedoch ausschließend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 831; a.A.: *Zurth*, AcP 2021, 514, 537.

¹⁵² Vgl. *Hennemann*, AcP 2019, 818, 831, der zudem in personalisierten Angeboten kein Angebot „ohne Ansehen der Person“ sieht. Diese vom BVerfG aufgestellte Voraussetzung bezieht sich jedoch nach hier vertretener Ansicht nicht auf die Vertragsbedingungen, sondern auf den Vertragsschluss im Allgemeinen.

der potenzielle Dienstleistungsempfänger über keine Ausweichmöglichkeiten. Der Dienstleistungserbringer hat daher wie in der Stadionverbots-Konstellation die Macht des zumindest faktischen Ausschlusses. Diese kann er auch gerade durch die algorithmische Preissetzung ausüben, indem im Einzelfall höhere Preise unterbreitet werden.¹⁵³ Wenn dies dazu führt, dass sich einzelne Empfänger die Dienstleistung nicht mehr leisten können, beispielsweise weil der Algorithmus diesen fälschlicherweise eine hohe Zahlungsbereitschaft attestiert, werden sie von dieser ausgeschlossen. Auch bei dynamischen Preisen ist ein solcher Effekt denkbar, wenn die Preisschwankungen entsprechend hoch ausfallen. Wann ein Kunde durch einen höheren Preis ausgeschlossen wird, ist zwar einzelfallabhängig und dementsprechend nur schwer feststellbar. Auf die Feststellbarkeit des Einzelfalls kommt es aber nicht an, sondern nur auf die „Bestimmungsmacht“ des Veranstalters bzw. des Anbieters.¹⁵⁴ Daher ist auch irrelevant, dass algorithmische Preisdiskriminierung, zumindest in der Theorie, nicht zum Ausschluss von Produkten oder Dienstleistungen führt, sondern vielmehr den Zugang zu diesen gerade sichern soll.¹⁵⁵ Der Ausschluss von relevanten Verkehrsdienstleistungen ist auch keine Banalität,¹⁵⁶ sondern kann für den Betroffenen durchaus weitreichende Folgen haben. Diese beziehen sich dann zwar nicht unbedingt auf das gesellschaftliche Leben. Dies kann ausweislich des Hinweises des BVerfG, dass auch in anderen Konstellationen eine Bindung Privater an Art. 3 GG möglich sei,¹⁵⁷ allerdings keine Rolle spielen.

Somit bleibt festzuhalten, dass Anbieter, die algorithmische Preisdiskriminierung betreiben, jedenfalls unter den entsprechenden, vom BVerfG in der Stadionverbots-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen an die Gleichheitssätze des Art. 3 GG gebunden sein können. Eine unmittelbare Bindung Privater über diese Konstellation hinaus ist dagegen mit den oben angeführten Argumenten gegen eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 3 GG abzulehnen.

cc) Rechtfertigung der Diskriminierung

Nachdem festgestellt wurde, dass sich die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung bei Zugrundelegung der Kriterien des BVerfG zumindest in bestimmten Konstellationen auch nach den Gleichheitssätzen des Art. 3 GG richtet, ist nun der Frage nach der Rechtfertigung dieser Preisstrategie nach-

¹⁵³ So auch *Härtel*, LKV 2019, 49, 57.

¹⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41.

¹⁵⁵ A.A. *Zurth*, AcP 2021, 514, 537.

¹⁵⁶ Ungleichbehandlungen durch Preisdiskriminierung dagegen pauschal als nicht besonders gravierend einordnend: *Zurth*, AcP 2021, 514, 537.

¹⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41.

zugehen. Hierfür ist zunächst zu klären, welchem Rechtfertigungsmaßstab derartige Ungleichbehandlungen unterliegen, sodann ist die Rechtfertigung in der Sache zu prüfen. Hierbei ist jeweils zwischen dem allgemeinen Gleichheitssatz und den besonderen Gleichheitssätzen zu trennen.

(1) Rechtfertigungsmaßstab bei Art. 3 I GG

(a) Unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen im Rahmen der Gleichheitssätze

Welchen Rechtfertigungsvoraussetzungen eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 I GG unterliegt, kann nicht pauschal beantwortet werden. Insoweit wurde mit der Zeit vielmehr eine breite Palette an unterschiedlichen Rechtfertigungsmaßstäben entwickelt, deren Einschlägigkeit von den Umständen des Einzelfalls abhängt.

Diese unterschiedlichen Maßstäbe lassen sich am besten an vier „Etappen“ der Rspr. des BVerfG darstellen.¹⁵⁸ Zunächst beschränkte sich das BVerfG auf eine bloße „Willkürformel“.

„Der Gleichheitssatz ist (danach) verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“¹⁵⁹.

Sodann zeigte sich das BVerfG offener, auch die Art und Weise der Ungleichbehandlung im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen. Art. 3 I GG sei

„vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“¹⁶⁰.

Noch deutlicher wurde das durch die Klarstellung, dass der Rechtfertigungsmaßstab des Art. 3 I GG „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen“ vom bloßen Willkürverbot bis hin zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung reiche.¹⁶¹ In ganz ähnlicher Weise, jedoch unter Betonung des stufenlosen Übergangs der unterschiedlichen Rechtfertigungsanforderungen, äußerte sich das BVerfG auch später noch einmal.¹⁶²

Gerade die neuesten Entwicklungen verdeutlichen, dass eine strikte Trennung nach unterschiedlichen Rechtfertigungsmaßstäben nicht möglich bzw.

¹⁵⁸ Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 28 (Stand: 15.11.2021).

¹⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 – 2 BVG 1/51, NJW 1951, 877, 878 f.

¹⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, NJW 1981, 271, 271 f.

¹⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517.

¹⁶² BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 – 1 BvR 2035/07, NVwZ 2011, 1316, LS 1.

sinnvoll ist. Stattdessen ist der Rechtfertigungsmaßstab des Art. 3 I GG flexibel und deckt je nach den Umständen des Einzelfalls alle erdenklichen Stufen auf einer fließenden Skala, die von der bloßen Willkürprüfung bis hin zur strengen (Verhältnismäßigkeits-)prüfung reicht, ab.¹⁶³ Dies zeigt sich vor allem daran, dass auch in der Willkürprüfung bereits eine gewisse Abwägung angelegt ist. Die Sachlichkeit bzw. das Einleuchten des Grundes hängt ja gerade von der Differenzierung ab, sodass diese in Relation zueinander gesetzt werden.¹⁶⁴ Einzig die Anforderungen an diese Relation sind hier geringer als bei den strengeren Rechtfertigungsmaßstäben,¹⁶⁵ im Rahmen derer die Überzeugungskraft der Sachlichkeit des Grundes besonders stark sein muss¹⁶⁶. So prüfte auch bereits das BVerfG im Rahmen der Willkürformel die Angemessenheit der Differenzierung,¹⁶⁷ was die Verschwommenheit der Grenzen zwischen den verschiedenen Maßstäben zeigt.¹⁶⁸

(b) Kriterien für die Festlegung der Rechtfertigungsanforderungen

Nun stellt sich die Frage, wovon die Anforderungen im Rahmen der Rechtfertigung abhängen. Hierfür wurden verschiedene Kriterien entwickelt, deren Gesamtbetrachtung zur Wahl des Rechtfertigungsmaßstabs führt¹⁶⁹:

So sei laut BVerfG bei Differenzierungen nach rein sachverhaltsbezogenen (in Abgrenzung zu personenbezogenen) Merkmalen eine Willkürprüfung ausreichend.¹⁷⁰ Dieses Kriterium wird allerdings zu Recht kritisiert, denn (scheinbar) sachverhaltsbezogene Differenzierungen sind immer auch Differenzierungen in Anknüpfung an die Personengruppe, auf die der jeweilige Sachverhalt zutrifft. Rein sachverhaltsbezogene Differenzierungen gibt es daher streng genommen gar nicht.¹⁷¹ Zudem hat das BVerfG dieses Kri-

¹⁶³ Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 32; Nußberger, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 33 ff.; Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 240; Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 85.

¹⁶⁴ Vgl. Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 32 (Stand: 15.11.2021).

¹⁶⁵ Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 23; Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 241; vgl. auch Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 98; daher sogar gegen die Möglichkeit einer reinen Willkürprüfung: Englisch, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 141.

¹⁶⁶ Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 25 (Stand: 15.11.2021).

¹⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 20.03.1979 – 1 BvR 111/74, 1 BvR 283/78, NJW 1979, 2295, 2297.

¹⁶⁸ Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 29 (Stand: 15.11.2021).

¹⁶⁹ Wollenschläger, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 133.

¹⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 08.02.1994 – 1 BvR 1237/85, NJW 1994, 2410; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517; BVerfG, Beschl. v. 17.10.1990 – 1 BvR 283/85, NJW 1991, 555, 557; BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988 – 1 BvL 84/86, NJW 1988, 2231, 2232; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, NJW 1981, 271, 272.

¹⁷¹ Englisch, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 141; Heun, in: Dreier, GG,

terium höchstselbst aufgeweicht,¹⁷² indem es einen strengeren Prüfungsmaßstab auch bei solchen sachverhaltsbezogenen Differenzierungen anwendet, die faktisch zu einer Differenzierung nach Personengruppen führen¹⁷³. Zu dieser Entwicklung passt, dass dieses Kriterium in der jüngsten Rspr. des BVerfG immer mehr an Bedeutung verlor.¹⁷⁴

Ferner spielt die Nähe des Differenzierungsmerkmals zu den in Art. 3 III GG aufgezählten Merkmalen¹⁷⁵ eine Rolle für die Rechtfertigungshürden. Ist diese zu bejahen, spricht das eher für einen strengen Prüfungsmaßstab.¹⁷⁶ Insoweit könnten Art. 21 GRCh und Art. 14 EMRK als Orientierung dienen.¹⁷⁷ Die Bestimmung der Nähe des Differenzierungsmerkmals hängt davon ab, ob man Art. 3 III GG als Anknüpfungs- oder Begründungsverbot interpretiert.¹⁷⁸ Außerdem ist eine strengere Rechtfertigungsprüfung in Fällen geboten, in denen nach einem für den Betroffenen unverfügbaren Kriterium differenziert wird.¹⁷⁹ Das Gleiche muss gelten, wenn eine Änderung des

Art. 3 GG, Rn. 22; *Hesse*, in: FS Lerche, 121, 124; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 334 (Stand: Februar 2020); *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 33; *Machado*, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot, 93; *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 63; a.A. wohl *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 138.

¹⁷² *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 22.

¹⁷³ BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., NJW 2008, 2409, 2417 f.; BVerfG, Beschl. v. 04.04.2001 – 2 BvL 7/98, LKV 2001, 505, 506; BVerfG, Beschl. v. 14.07.1999 – 1 BvR 995/95 u.a., NJW 2000, 1471, 1478; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517.

¹⁷⁴ *Britz*, NJW 2014, 346, 348; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 141. Gleichwohl zog der Zweite Senat dieses Kriterium auch in jüngeren Entscheidungen wieder heran, siehe BVerfG, Beschl. v. 23.05.2017 – 2 BvL 10/11, 2 BvL 28/14, NVwZ 2017, 1849, 1859; BVerfG, Beschl. v. 23.05.2017 – 2 BvR 883/14, 2 BvR 905/14, NVwZ 2017, 1689, Rn. 83.

¹⁷⁵ Zur Befürchtung der Schaffung sog. Quasi-Diskriminierungsverbote siehe Kap. C.I.1.b)cc)(3)(c).

¹⁷⁶ BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303, Rn. 122; BVerfG, Beschl. v. 18.7.2012 – 1 BvL 16/11, NJW 2012, 2719, Rn. 40; BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, NJW 2012, 1711, Rn. 42; BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, NVwZ 2011, 1316, Rn. 78; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517.

¹⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07, NJW 2010, 1439, Rn. 88; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 145; vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 25.

¹⁷⁸ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

¹⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303, Rn. 122; BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, NVwZ 2011, 1316, Rn. 78; BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 31 (Stand: 15.11.2021); *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 67; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, NJW 1981, 271, 272.

Merkmals zwar theoretisch möglich, dem Betroffenen gleichsam aber nicht zumutbar wäre.¹⁸⁰ Dieses Kriterium hängt eng mit dem Aspekt der Nähe zu Art. 3 III GG zusammen. Denn alle dort genannten Merkmale haben die fehlende Verfügbarkeit (in zumutbarer Weise) gemeinsam.¹⁸¹ Daher wird zum Teil für eine Beschränkung auf letztgenanntes Kriterium plädiert.¹⁸²

Für einen milderen Rechtfertigungsmaßstab spreche nach dem BVerfG die Verfolgung sozialstaatlicher Ziele.¹⁸³ Dagegen sei eine strengere Prüfung geboten, wenn die Differenzierung gerade sozial benachteiligte Gruppen besonders stark trifft.¹⁸⁴ Erfolgt die Ungleichbehandlung dagegen im Rahmen komplexer und weitestgehend (noch) unerforschter Sachverhalte, spreche dies für eine Absenkung der Rechtfertigungshürden.¹⁸⁵ Gleiches gelte, wenn die Ungleichbehandlung nicht auch andere grundrechtliche Positionen in erheblicher Weise berührt.¹⁸⁶ Relevant ist schließlich die Intensität bzw. das Ausmaß der Ungleichbehandlung¹⁸⁷ sowie der jeweilige Kontext bzw. die jeweilige Differenzierungsmaterie¹⁸⁸.

¹⁸⁰ *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 144; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 291; vgl. *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 348 (Stand: Februar 2020), der die fehlende (zumutbare) Verfügbarkeit auch für die Staatsangehörigkeit und die sexuelle Orientierung bejaht; bzgl. Staatsangehörigkeit ebenso: BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, NJW 2012, 1711, 1712 f.; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97 u.a., NVwZ 2005, 201.

¹⁸¹ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 348 (Stand: Februar 2020); vgl. bzgl. Religion und politischer Anschauung *Sachs*, JuS 1997, 124, 129.

¹⁸² *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 364, Rn. 348 (Stand: Februar 2020); vgl. auch *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 67.

¹⁸³ BVerfG, Beschl. v. 10.03.1998 – 1 BvR 178/97, NJW 1998, 2128, 2130 f.

¹⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 14.04.2010 – 1 BvL 8/08, NJOZ 2011, 464, Rn. 52.

¹⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 17.07.2003 – 2 BvL 1/99 u.a., NVwZ 2003, 1241, 1245; BVerfG, Beschl. v. 08.06.1988 – 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86, NJW 1988, 2529, 2534; BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 u.a., NJW 1987, 3115, 3119; BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 – 1 BvR 449/82 u.a., NJW 1986, 772, 774.

¹⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517; BVerfG, Beschl. v. 02.12.1992 – 1 BvR 296/88, NZA 1993, 427; BVerfG, Beschl. v. 18.11.1986 – 1 BvL 29/83 u.a., NJW 1987, 2001; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 16.11.1982 – 1 BvL 16/79, 36/75, NJW 1983, 617; BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, NJW 1982, 2061, 2062; kritisch: *Britz*, NJW 2014, 346, 349, da jeder Gleichheitseingriff jedenfalls über Art. 2 I GG auch einen Freiheitseingriff darstelle; ebenfalls kritisch: *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 143; ausführliche Kritik: *Kingreen*, BK GG, Art. 3 GG, Rn. 364 (Stand: Februar 2020).

¹⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303, Rn. 119, Rn. 126; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 25 (Stand: 15.11.2021).

¹⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., NJW 2009, 48, 49; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2005 – 2 BvF 2/01, NVwZ 2006, 559, 564; BVerfG, Beschl. v. 16.03.2005 – 2 BvL 7/00, NJW 2005, 2448; BVerfG, Urt. v. 06.03.2002 – 2 BvL 17/99, NJW 2002, 1103, 1104; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 134.

(c) Übertragung auf algorithmische Preisdiskriminierung

In Drittwirkungs-Konstellationen pauschal eine bloße Willkürprüfung vorzunehmen,¹⁸⁹ wird den Spezifika der jeweiligen Ungleichbehandlung nicht gerecht, zumal auch im Rahmen einer strengeren Rechtfertigungsprüfung der Privatautonomie angemessen Rechnung getragen werden kann. Dementsprechend wurden auch von der Rspr. in Drittwirkungsfällen bereits sowohl mildere¹⁹⁰ als auch strengere¹⁹¹ Rechtfertigungsmaßstäbe herangezogen. Ferner kann das Vorliegen der in der Stadionverbots-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen nicht per se zu einem strengeren Prüfungsmaßstab führen. Vielmehr folgt aus diesem Umstand zunächst einmal „nur“ die Bindung des privaten Diskriminierenden an Art. 3 GG.¹⁹² Daher sind nun die erläuterten Kriterien auf Ungleichbehandlungen in Form algorithmischer Preisdiskriminierung anzuwenden.

Bzgl. des Personenbezugs der Ungleichbehandlung ist zu differenzieren: Personalisierte Preise stellen, wie der Name schon sagt, eine Ungleichbehandlung in Anknüpfung an die Person des jeweiligen Kunden dar. Insofern ist ein Personenbezug daher zu bejahen. Anders gestaltet sich dies aber bei dynamischen Preisen. Zwar ließe sich auch hier ein Personenbezug herstellen, indem man auf die Personengruppe abstellt, die bei dem jeweiligen Anbieter den gleichen Vertrag zum selben Zeitpunkt abschließt bzw. abschließen möchte. Im Vordergrund steht hier aber wohl eher ein Sachverhaltsbezug der Differenzierung. Anhand des vorliegenden Anwendungsfalls zeigt sich allerdings erneut die Untauglichkeit dieses Kriteriums, weshalb diesem bei der Wahl des Prüfungsmaßstabs keine allzu große Bedeutung zukommen sollte.

Ob eine Nähe zu Art. 3 III GG besteht, hängt zunächst von den Kriterien ab, an die bei algorithmischer Preisdiskriminierung angeknüpft wird. Dynamische Preise sind auf den Zeitpunkt eines (gewünschten) Vertragsschlusses als Differenzierungskriterium begrenzt. Etwas brisanter ist die Lage indes bei personalisierten Preisen. Zwar ist in diesen mangels des erforderlichen „Mittelbarkeitszusammenhangs“ keine Ungleichbehandlung aufgrund der Zahlungsbereitschaft zu sehen,¹⁹³ weshalb so auch keine Nähe zu Art. 3 III

¹⁸⁹ So *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 62.

¹⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769, Rn. 7; BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41, Rn. 45 f., Rn. 50 f.; BGH, Beschl. v. 02.12.1998 – IV ZB 19/97, NJW 1999, 566, 569.

¹⁹¹ BGH, Urt. v. 15.01.2013 – XI ZR 22/12, NJW 2013, 1519, Rn. 27; BGH, Urt. v. 09.03.2012 – V ZR 115/11, NJW 2012, 1725, Rn. 14; BAG, Urt. v. 20.11.1990 – 3 AZR 613/89, NZA 1991, 635, 637.

¹⁹² So begnügte sich das BVerfG in der angesprochenen Entscheidung selber mit einer bloßen Willkürprüfung: BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667, Rn. 41, Rn. 45 f., Rn. 50 f.

¹⁹³ Siehe Kap. C.I.1.a)dd).

GG begründet werden kann. Nicht ausgeschlossen ist diese aber bei (mittelbaren) Preisdifferenzierungen nach der Staatsangehörigkeit oder nach dem Lebensalter, da diese Merkmale Art. 3 III GG insoweit ähneln, als sie vom Betroffenen nicht bzw. nicht in zumutbarer Weise geändert werden können¹⁹⁴. Auch handelt es sich hierbei um Kriterien, nach denen algorithmische Preisdiskriminierung möglich erscheint, zumal diese auch im analogen Handel schon als Preisdifferenzierungskriterien etabliert sind. Man denke nur an Jugend- oder Seniorenrabatte sowie an die zahlreichen Beispiele des sog. Gender Pricing. Diesbezüglich dürften die relevanten Informationen von den meisten Nutzern, die sich mit einem Account registriert haben, für den Anbieter verfügbar sein. Unabhängig davon kann die Auswertung von Cookies und Browserdaten möglicherweise Rückschlüsse auf das Geschlecht und die Altersgruppe zulassen. Dann wäre auch eine mittelbare Preisdiskriminierung nach diesen Merkmalen möglich.

Ob bei algorithmischer Preisdiskriminierung im Einzelfall eine Nähe zu Art. 3 III GG bereits wegen der Anknüpfung an die genannten Merkmale zu bejahen ist, hängt letztlich von der Interpretation dieses Diskriminierungsverbots ab. Teilweise wird dieses als Anknüpfungsverbot gelesen.¹⁹⁵ Demnach erfordert Art. 3 III GG die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal.¹⁹⁶ Alternativ dazu bestünde die Möglichkeit einer Lesart als Begründungsverbot. Danach muss ein kausaler Zusammenhang zwischen einem verpönten Merkmal und der Ungleichbehandlung bestehen, damit Art. 3 III GG einschlägig ist.¹⁹⁷ Eine Umgehung des Art. 3 III GG soll dabei verhindert werden, indem nur vorgeschobene Begründungen aussortiert werden.¹⁹⁸ Nach *Englisch* da-

¹⁹⁴ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 348 (Stand: Februar 2020); bezogen auf die Staatsangehörigkeit: BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, NJW 2012, 1711, 1712 f.; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97 u.a., NVwZ 2005, 201.

¹⁹⁵ So BVerfG, Beschl. v. 12.02.2003 – 2 BvR 709/99, NJW 2003, 3335, 3336; BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a., NJW 1992, 964, 965; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 212 (Stand: 15.11.2021); *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 244; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 70; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 182, Rn. 69; vgl. auch *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 26 f., 339.

¹⁹⁶ *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 182, Rn. 29.

¹⁹⁷ BVerfG, Urt. v. 08.04.1987 – 1 BvL 8/84, 1 BvL 16/84, NJW 1987, 2359, 2362; BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535, 1540; BVerfG, Beschl. v. 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 u.a., NJW 1983, 103, 105; BVerfG, Beschl. v. 25.05.1956 – 1 BvR 83/76, NJW 1956, 985, 986; BVerfG, Beschl. v. 07.05.1953 – 1 BvL 104/52, NJW 1953, 1057, 1059; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 125; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 70; *Podlech*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, 92; *Reichenbach*, Der Anspruch behinderter Schüler und Schülerinnen auf Unterricht in der Regelschule, 151 ff.

¹⁹⁸ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 125.

gegen ist für Art. 3 III GG entscheidend, ob sich das Vorliegen des verpönten Merkmals beim Betroffenen für diesen nachteilig auswirkt.¹⁹⁹ Zum Teil wurde auch darauf abgestellt, ob die Differenzierung „gerade wegen und nur wegen“ eines verpönten Merkmals erfolgt.²⁰⁰ Algorithmische Preisdiskriminierung kann nicht begründet werden, ohne auf das Differenzierungskriterium zu rekurrieren. Wie oben festgestellt, ist die Zahlungsbereitschaft bzw. -kraft kein (mittelbares) Differenzierungskriterium,²⁰¹ sodass die Preisdiskriminierung damit nicht begründet werden kann. Somit führt eine Preisdifferenzierung nach einem verpönten Merkmal zur Einschlägigkeit von Art. 3 III GG, wenn man diesen als Begründungsverbot liest. Ferner wird im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung auch an die jeweiligen Differenzierungskriterien angeknüpft, sei es mittelbar oder unmittelbar. Insbesondere wird nicht nach der Zahlungsbereitschaft differenziert, stellt diese doch nicht das Kriterium,²⁰² sondern den *Grund* der Differenzierung dar. Daher kann Art. 3 III GG im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung auch bei einer Interpretation als Anknüpfungsverbot relevant werden. Auch nach *Englisch*²⁰³ wäre eine Preiserhöhung anhand eines verpönten Merkmals wegen der damit verbundenen nachteiligen Folgen für den Betroffenen ein Fall des Art. 3 III GG. Allerdings erfolgt eine Preisdiskriminierung nicht „gerade wegen und nur wegen“ des jeweiligen Merkmals, sondern vielmehr wegen der daraus (vermeintlich) resultierenden höheren Zahlungsbereitschaft zum Zwecke der Umsatzsteigerung. Gegen die Erforderlichkeit einer Differenzierung um des Merkmals Willen spricht aber, dass Art. 3 III GG so allzu leicht umgangen werden könnte.²⁰⁴ Dies passt nicht zu einem wirksamen Diskriminierungsschutz als Ziel des Art. 3 III GG.²⁰⁵ Ferner kommt es nach dem Wortlaut („wegen“) nicht auf eine Diskriminierung „gerade wegen und nur wegen“ des verpönten Merkmals an.²⁰⁶ Schließlich sei angemerkt, dass genau genommen überhaupt keine Konstellation vorstellbar ist, in der eine Diskriminierung

¹⁹⁹ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 71; ähnlich: *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 426.

²⁰⁰ BAG, Urt. v. 28.09.1972 – 2 AZR 469/71, NJW 1973, 77, 78; VGH München, Urt. v. 11.04.1990 – 1 B 85 A. 1480, NVwZ 1990, 979, 981; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 16.06.1981 – 1 BvL 129/78, NJW 1981, 2177.

²⁰¹ Siehe Kap. C.I.1.a)dd).

²⁰² Siehe Kap. C.I.1.a)dd).

²⁰³ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 71.

²⁰⁴ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 124; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 149; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 23 (Stand: Juli 2021); *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 244; *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 182, Rn. 77; *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 413; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 3 GG, Rn. 20.

²⁰⁵ *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 182, Rn. 74, Rn. 77.

²⁰⁶ Vgl. *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 20 (Stand: Juli 2021); *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 182, Rn. 75.

nur um des Merkmals Willen erfolgt. Denn der Grund für eine Diskriminierung ist immer, dass der Diskriminierende mit dem Merkmal etwas Bestimmtes verbindet bzw. aus diesem einen bestimmten Schluss zieht, sei dieser auch noch so irrational und unsachlich. Daher kann es nicht darauf ankommen, ob der primäre Grund für die Ungleichbehandlung das Vorliegen des verpönten Merkmals als solches ist.²⁰⁷ Es bleibt damit festzuhalten, dass Ungleichbehandlungen im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung im Einzelfall bereits durch eine Anknüpfung an bestimmte Merkmale, insbesondere an das Alter oder das Geschlecht, eine Nähe zu Art. 3 III GG aufweisen können. Das Vorliegen einer solchen Konstellation spräche dann für eine strengere Rechtfertigungsprüfung.

Eng damit verbunden ist, wie bereits erläutert, das Kriterium der (zumutbaren) Verfügbarkeit des Diskriminierungsmerkmals für den Betroffenen, da in diesem gerade die Nähe zu Art. 3 III GG zum Ausdruck kommt. Der Gedanke hinter diesem Kriterium ist offensichtlich, dass Diskriminierungen, denen der Betroffene nicht ausweichen kann, schwerer wiegen. Algorithmische Preisdiskriminierung zeichnet sich unter anderem dadurch aus, dass sie für den Betroffenen meist nicht ohne Weiteres erkennbar ist.²⁰⁸ Während durch algorithmische *Preisdynamisierung* verursachte Preisänderungen in vielen Fällen durch Marktbeobachtung noch durchschaubar sein dürften, sind die hinter algorithmischer *Preispersonalisierung* stehenden Berechnungsformeln in der Regel zudem undurchsichtig.²⁰⁹ Dies hat zur Folge, dass Kunden jedenfalls algorithmischer *Preispersonalisierung* in der Regel gerade nicht durch entsprechende Verhaltensanpassung ausweichen können. Der einzige Ausweg ist der Preisvergleich und das Ausweichen auf günstigere Anbieter. Diese Flucht zur Konkurrenz ändert aber nichts an der fehlenden Möglichkeit der Verhaltensanpassung an die Preispersonalisierung als solche, zumal eine Ausweichmöglichkeit nach den Voraussetzungen der Stadionverbots-Entscheidung ja gerade nicht besteht. Opfer algorithmischer Preispersonalisierung befinden sich somit immer in einer Situation, die mit einer Ungleichbehandlung nach einem unverfügbaren Merkmal vergleichbar ist. Zwar werden von algorithmischer Preispersonalisierung nicht nur Minderheiten nachteilig getroffen. Allerdings ist die ratio des Art. 3 III GG nicht auf den Schutz von Minderheiten beschränkt,²¹⁰ was schon das Merkmal des

²⁰⁷ So im Ergebnis auch BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01, NVwZ 2006, 324; BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 – 1 BvL 22/93, NJW 1998, 1478, 1479; BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 – 1 BvL 12/91, NJW 1998, 1215; BVerfG, Ur. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a., NJW 1992, 964, 965; *Peters/König*, in: *Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG*, Band II, Kap. 21, Rn. 70.

²⁰⁸ Siehe hierzu Kap. G.I.3.b)aa).

²⁰⁹ Siehe hierzu Kap. G.I.3.b)aa).

²¹⁰ In diese Richtung aber BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517; *Nußberger*, in: *Sachs, GG*, Art. 3 GG, Rn. 237.

Geschlechts zeigt.²¹¹ Insofern besteht bei algorithmischer *Preispersonalisierung* stets eine Nähe zu Diskriminierungen nach Art. 3 III GG, weshalb es auf eine vom jeweiligen Differenzierungskriterium abhängige Orientierung an Art. 21 GRCh bzw. Art. 14 EMRK²¹² gar nicht ankommt. Diese Nähe kann bei algorithmischer *Preisdynamisierung* wegen der vergleichsweise leichteren Durchschaubarkeit der Preisbildung dagegen nicht angenommen werden. Der genannte Aspekt streitet somit nur im Zusammenhang mit algorithmischer *Preispersonalisierung* für einen strengen Rechtfertigungsmaßstab.

Andererseits ist zu beachten, dass die ökonomischen Zusammenhänge algorithmischer Preisdiskriminierung hochkomplex sind²¹³ und die Forschung auf diesem Gebiet noch am Anfang steht. Zwar ist der Hintergrund dieses Kriteriums die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, weshalb dieses in Drittwirkungs-Konstellationen nur bedingt taugt. Allerdings führt auch in diesen Fällen die Komplexität und Unerfahrenheit dazu, dass eine argumentative Auseinandersetzung im Rahmen einer Abwägung nur bedingt möglich ist. Dennoch spielen für die Abwägung aber auch andere Faktoren eine Rolle, wie z.B. die Intensität und die Umstände der Ungleichbehandlung. Es kann somit in jedem Fall durchaus auf „Stoff“ für eine Abwägung zurückgegriffen werden. Die Tatsache, dass algorithmische Preisdiskriminierung einen komplexen und in weiten Teilen noch unerforschten Sachverhalt darstellt, ist daher zumindest kein sonderlich gewichtiges Argument für die Anwendung eines milden Prüfungsmaßstabs.

Ebenfalls Schwierigkeiten ergeben sich bei der Anwendung des Kriteriums, inwiefern durch die Ungleichbehandlung auch andere grundrechtliche Positionen in erheblicher Weise berührt sind. Zwar könnte man eine Berührung von Art. 14 GG und von Art. 2 I i.V.m. 1 I GG durch algorithmische Preisdiskriminierung erwägen, zumal für das erhebliche „Berühren“ eines Freiheitsrechts nicht einmal dessen Verletzung nötig ist²¹⁴. Unabhängig von den Voraussetzungen eines „Berührens“ in erheblicher Weise sowie davon, ob man dieses Kriterium überhaupt für sinnvoll erachtet,²¹⁵ ist dessen An-

²¹¹ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 347 (Stand: Februar 2020). Ebenso stellen historische Erfahrungen nicht den alleinigen Grund des Art. 3 III GG dar. Auf diesen Grund trotzdem zu Recht hinweisend: BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 – 1 BvR 1078/80, NJW 1983, 1535, 1539; *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 388; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 290.

²¹² Hierzu BVerfG, Beschl. v. 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07, NJW 2010, 1439, Rn. 88; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 145; vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 25.

²¹³ Siehe Kap. B.II.

²¹⁴ BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847, Rn. 73.

²¹⁵ Kritisch: *Britz*, NJW 2014, 346, 349, da jeder Gleichheitseingriff jedenfalls über Art. 2 I GG auch einen Freiheitseingriff darstelle; ebenfalls kritisch: *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 143; ausführliche Kritik: *Kingreen*, BK GG, Art. 3 GG, Rn. 364 (Stand: Februar 2020).

wendung jedenfalls in Drittwirkungs-Konstellationen wie der vorliegenden problematisch. Dadurch würde nämlich die Grundrechtsbindung Privater faktisch noch erweitert, obwohl die Bindung an Art. 3 GG bereits eine absolute Ausnahme darstellt. Diese Ausnahme rechtfertigt es aber nicht, nun „durch die Hintertür“ zusätzlich eine Bindung an andere Grundrechte anzunehmen. Daher ist dieses Kriterium im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung nicht anwendbar.

Bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung kann für eine Absenkung der Rechtfertigungshürden nicht mit der Verfolgung sozialstaatlicher Ziele argumentiert werden. Zwar steht zumindest bei personalisierten Preisen ein quersubventionierender bzw. umverteilender Effekt im Raum.²¹⁶ Dieser ist aber keineswegs unumstritten und kann daher nicht das Fundament einer juristisch validen Argumentation bilden. Hinzukommt, dass Unternehmen durch die Personalisierung von Preisen jedenfalls primär unternehmerische und keine sozialstaatlichen Ziele verfolgen.

Zu berücksichtigen ist aber, dass weder durch dynamische noch durch personalisierte Preise verstärkt Gruppen diskriminiert werden, die sowieso schon sozial benachteiligt sind. Bzgl. personalisierter Preise ist der Gedanke sogar umgekehrt: Hier sollen vermeintlich zahlungskräftigere Kunden stärker zur Kasse gebeten werden. Doch auch diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass diese Vorstellung rein theoretischer Natur ist. Ob am Ende durch personalisierte Preise tatsächlich zahlungskräftigere Verbraucher nachteilig getroffen werden, bleibt unklar, weshalb diesem Kriterium kein maßgebliches Gewicht bei der Wahl des Rechtfertigungsmaßstabs für algorithmische Preisdiskriminierung zukommt.

Ob die Intensität der Ungleichbehandlung im Falle algorithmischer Preisdiskriminierung für einen strengen oder eher für einen milden Prüfungsmaßstab spricht, ist einzelfallabhängig. Insofern kommt es auf die Preisunterschiede im konkreten Fall an. Bei dynamischen Preisen ist die Höhe des Preisunterschieds zusätzlich in Relation zum zeitlichen Abstand zwischen den Preisänderungen zu setzen. Je kleiner dieser ist, desto höher ist die Intensität der Ungleichbehandlung. Es erscheint angemessen, bei personalisierten Preisen eine gesteigerte Intensität der Ungleichbehandlungen bei Preisauflagen ab 20 % im Vergleich zu gegenüber anderen Kunden unterbreiteten Preisen anzunehmen. Jedenfalls einem Preisunterschied von 20 % dürften Kunden in der Regel nicht mehr gleichgültig gegenüberstehen. Dies zeigt sich auch daran, dass dieser Wert einen im Handel beliebten Preisnachlass darstellt. Zugleich lässt dieser Prozentsatz der Preisgestaltungsfreiheit des Anbieters noch ausreichend Spielraum, sodass für diesen ein betriebswirtschaftlich sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt. Trotzdem sind 20 % kein

²¹⁶ Siehe hierzu Kap. B.II.2.b)bb).

symbolischer Wert, wurden doch schon algorithmische Preisdiskriminierungen mit einer solchen Volatilität nachgewiesen.²¹⁷ Dieser Grenzwert sollte auch für dynamische Preise gelten, wenn seit der letzten Preisänderung weniger als 24 Stunden verstrichen sind. Wird der zeitliche Abstand größer, so ist auch ein stärkerer Preisunterschied nötig, um eine gesteigerte Intensität der Ungleichbehandlung annehmen zu können.

Bzgl. des Kontexts algorithmischer Preisdiskriminierung ist einerseits hervorzuheben, dass es sich hierbei um Diskriminierungen zwischen Privaten handelt. Dieser Umstand, der durch die Privatautonomie der Anbieter als kollidierendes Interesse gestützt wird, kann auch bei der Wahl des Rechtfertigungsmaßstabs nicht unberücksichtigt bleiben. Gerade aufgrund der Privatautonomie wiegen Diskriminierungen durch Private weniger schwer als Diskriminierungen durch den Staat. Andererseits ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass zumindest algorithmische Preis*personalisierung* gesellschaftlich stark verpönt ist.²¹⁸ Auch dieser Umstand muss, gewissermaßen als gesellschaftlicher Kontext²¹⁹, Berücksichtigung finden. Außerdem gilt natürlich auch die Privatautonomie nicht „absolut“, sondern ist durch kollidierende Interessen einschränkbar. Daher kann dem Kriterium des Kontexts hier keine eindeutige Tendenz entnommen werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Argumente für einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab bei algorithmischer Preis*personalisierung* leicht überwiegen. Vor allem die diesbezüglich beschränkten Einflussmöglichkeiten des Betroffenen auf die Preissetzung und die daraus folgende Vergleichbarkeit mit Diskriminierungen nach Art. 3 III GG fallen schwer ins Gewicht. Allerdings greift dieses Argument nicht bei algorithmischer Preis*dynamisierung*. Zudem kann der genannte die algorithmische Preis*personalisierung* betreffende Umstand im Einzelfall auch aufgewogen werden, insbesondere wenn der Preisunterschied eher gering ist. Somit lässt sich algorithmische Preisdiskriminierung nicht eindeutig einem bestimmten Rechtfertigungsmaßstab zuordnen, weshalb eine Auseinandersetzung sowohl mit der reinen Willkürprüfung als auch mit strengeren Rechtfertigungsvoraussetzungen notwendig ist.

(2) Rechtfertigung bei Art. 3 I GG

Zunächst ist eine mögliche Rechtfertigung jener Fälle algorithmischer Preisdiskriminierung zu untersuchen, bei denen nicht an ein in Art. 3 III GG

²¹⁷ *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875; *Valentino-DeVries/Singer-Vine/Soltani*, The Wall Street Journal v. 24.12.2012; *Verbraucherzentrale Brandenburg*, Dynamische Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 13 f.

²¹⁸ Siehe hierzu Kap. B.I.

²¹⁹ Siehe zum Kontext als relevantes Kriterium Kap. C.I.1.b)cc)(1)(b).

genanntes Merkmal angeknüpft wird und die somit am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen sind. Insoweit ist zwischen Konstellationen, in denen zur Rechtfertigung die bloße Einhaltung der Willkürformel ausreichend ist und Konstellationen, in denen die Anwendung eines strengeren Rechtfertigungsmaßstabs geboten ist, zu unterscheiden. Letztere sind nur bei algorithmischer Preispersonalisierung gegeben, wenn durch die Höhe des Preisunterschieds eine gesteigerte Intensität der Ungleichbehandlung zu bejahen ist.

(a) *Rechtfertigung nach Willkürformel*

Nach der sog. Willkürformel ist

„der Gleichheitssatz (...) verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“²²⁰.

Es kommt also auf die Sachlichkeit des Differenzierungsgrundes im Einzelfall an,²²¹ wofür notwendigerweise der Zusammenhang zwischen der Differenzierung und dem Differenzierungsziel betrachtet werden muss²²². Diese Voraussetzung ist vergleichbar mit den ersten beiden Prüfungspunkten im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung: Es muss ein legitimes Ziel mit einem dafür geeigneten Mittel verfolgt werden.²²³ Allerdings halten der Prüfung nur solche Ungleichbehandlungen nicht stand, in denen dieser sachliche Zusammenhang evident nicht vorliegt.²²⁴ Dadurch sind die durch das Willkürverbot aufgestellten Rechtfertigungshürden relativ niedrig.²²⁵

Zwar ist der Grund für die Beschränkung auf eine bloße Evidenzkontrolle die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers,²²⁶ womit in Drittwirkungs-

²²⁰ BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, NJW 1951, 877, 878 f.

²²¹ BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 – 2 BvR 909/82 u.a., NJW 1987, 3115, 3118; BVerfG, Beschl. v. 08.10.1963 – 2 BvR 108/62, BeckRS 1963, 103705, Rn. 20; BVerfG, Urt. v. 23.01.1957 – 2 BvE 2/56, NJW 1957, 377, 378.

²²² *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 58, Rn. 60; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 123.

²²³ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 11; *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I GG, Rn. 258 (Stand: Juli 2021); *Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 134; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 19.

²²⁴ BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., NJW 1993, 1517; BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 – 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79, NJW 1981, 271, 272; BVerfG, Beschl. v. 06.03.1968 – 1 BvL 2/63, NJW 1968, 931; BVerfG, Beschl. v. 01.07.1964 – 1 BvR 375/62, NJW 1964, 1848, 1849.

²²⁵ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 30 (Stand: 15.11.2021).

²²⁶ *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 103; *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I GG, Rn. 265 (Stand: Juli 2021); *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrechts, Band VIII, § 181, Rn. 242; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 10.

Konstellationen wie der algorithmischen Preisdiskriminierung nicht argumentiert werden kann. Stattdessen sei vorliegend aber auf die unternehmerische Freiheit des Anbieters verwiesen, die auch die Autonomie beinhaltet, frei über die eigenen Preise und Preisstrategien zu entscheiden. Die Situation ist also durchaus mit der einer staatlichen Ungleichbehandlung vergleichbar: In beiden Fällen soll dem Diskriminierenden bei weniger schwerwiegenden Ungleichbehandlung ein gewisser Einschätzungsspielraum bzgl. der Sachlichkeit der Differenzierung verbleiben. Daher unterliegt auch algorithmische Preisdiskriminierung im Rahmen der Willkürformel lediglich einer Evidenzkontrolle.

Sowohl durch personalisierte als auch durch dynamische Preise verfolgen Anbieter das Ziel, die Zahlungsbereitschaft der Kunden möglichst optimal abzuschöpfen und so die eigenen Umsätze zu steigern. Dieses Ziel ist vor dem Hintergrund der unternehmerischen Freiheit zunächst keinesfalls verwerflich. Zwar sei auch hier auf einen gewissen Konflikt dieser „Idee“ mit Art. 14 GG hingewiesen, der ja die eigentums- und somit vermögensmäßigen Unterschiede gerade schützt bzw. erhalten soll. Allerdings ist man von einem Szenario der „Entwertung“ des Art. 14 GG durch automatisierte Preispersonalisierung noch weit entfernt.²²⁷ Daher ändert diese eher theoretische Gefahr nichts daran, dass auch mit der Personalisierung von Preisen durch Algorithmen ein legitimes Ziel verfolgt wird. Es ist somit ferner zu prüfen, ob zwischen dem Ziel der algorithmischen Preisdiskriminierung und der Differenzierung bzw. dem Differenzierungskriterium ein Zusammenhang besteht, der nicht evident unsachlich ist. Das Differenzierungskriterium kann bei personalisierten Preisen variieren, wohingegen bei dynamischen Preisen stets nach dem Zeitpunkt des (gewünschten) Vertragsschlusses differenziert wird. Damit die algorithmische Preisdiskriminierung gerechtfertigt ist, dürfte nun also der Zusammenhang zwischen der jeweiligen Differenzierung und dem durch diese verfolgten unternehmerischen Ziel nicht in Form evidenter Unsachlichkeit ausgeschlossen sein. Mit anderen Worten: Es muss zumindest möglich erscheinen bzw. einleuchtend sein, dass sowohl durch die automatisierte Personalisierung von Preisen nach bestimmten Kriterien als auch durch die automatisierte Dynamisierung von Preisen die Abschöpfung der Zahlungsbereitschaft der Kunden tatsächlich optimiert werden kann und die Umsätze dadurch gesteigert werden können. Allerdings gestaltet sich diese Prüfung aus zwei Gründen als schwierig: Erstens sind die ökonomischen und somit auch die unternehmerischen Folgen derartiger Preisstrategien hochkomplex und keineswegs pauschalisierbar.²²⁸ Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Wahl der Preisstrategie eine interne Frage betrifft, die dem innersten

²²⁷ Siehe hierzu Kap. C.I.1.a)dd).

²²⁸ Siehe Kap. B.II.1.

Kreis der unternehmerischen Freiheit zuzuordnen ist. Eine gerichtliche Prüfung, ob die gewählte Preisstrategie tatsächlich betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, würde einen schweren Eingriff in die unternehmerische Freiheit des Anbieters darstellen. Gerichte könnten Unternehmen so ihre Preisstrategie gewissermaßen diktieren. Soll etwa ein Gericht beurteilen, ob durch die Personalisierung von Preisen für ein bestimmtes Unternehmen die Gefahr des Kundenverlustes oder die Chance auf den Gewinn von Neukunden überwiegt, oder ob die Dynamisierung von Preisen tatsächlich geeignet ist, Phasen mit geringer Nachfrage auszugleichen? Derartige judikative Einmischungen wären mit der unternehmerischen Freiheit und den marktwirtschaftlichen Garantien des GG unvereinbar. Daher ist die Sachlichkeit und damit eine Rechtfertigung nach der Willkürformel bei algorithmischer Preisdiskriminierung stets zu bejahen. Algorithmische Preis*dynamisierung* ist somit in jedem Fall mit Art. 3 I GG vereinbar. Das gleiche gilt für algorithmische Preis*personalisierung*, solange der Preisunterschied gering bleibt.

(b) *Rechtfertigung nach strengeren Maßstäben*

Als nächstes ist zu untersuchen, ob auch eine algorithmische Preis*personalisierung*, bei der die Ungleichbehandlung aufgrund eines großen Preisunterschieds besonders intensiv ist, gerechtfertigt sein kann.

Die Rechtfertigungsvoraussetzungen „oberhalb“ einer bloßen Willkürprüfung sind nicht ganz klar und daher durchaus umstritten. Im Kern geht es um die Frage, ob die bei den Freiheitsgrundrechten übliche Verhältnismäßigkeitsprüfung (in angepasster Form) auch auf die Gleichheitssätze übertragen werden kann,²²⁹ oder ob die Prüfung der Rechtfertigung bei diesen autonom zu gestalten ist^{230, 231}. Letztere Ansicht wird mit den funktionalen Unterschieden zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten begründet.²³² So

²²⁹ So BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, NJW 2015, 303, Rn. 133 ff.; BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10 u.a., NVwZ-RR 2012, 825, Rn. 40 ff.; BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, NJW 2012, 1711, Rn. 49 ff.; BVerfG, Beschl. v. 18.07.2005 – 2 BvF 2/01, NVwZ 2006, 559, Rn. 167 ff.; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 22; *Hesse*, AöR 1984, 174, 189; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 21 f.; *Katzenstein*, Sondervotum, in: BVerfG, Beschl. v. 18.11.1986 – 1 BvL 29/83 u.a., NJW 1987, 2001, 2002; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 328 (Stand: Februar 2020); *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 17; *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 I GG, Rn. 138 f.; *Robbers*, DÖV 1988, 749, 751 f.; ähnlich *Stein*, in: AK-GG, Art. 3 I GG, Rn. 42.

²³⁰ So *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 102; *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I GG, Rn. 240 (Stand: Juli 2021); *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 37 mwN (Stand: 15.11.2021); *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 3 GG, Rn. 31; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 97, Rn. 127 ff.

²³¹ Siehe zum Ganzen *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 34 ff. (Stand: 15.11.2021).

²³² *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 31; *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 115 mwN.

könne eine Ungleichbehandlung nicht wie ein Freiheitseingriff in eine Abwägung eingestellt werden.²³³ Außerdem seien die Fälle, in denen das BVerfG die Verhältnismäßigkeit prüfte, eher als Ausnahmen zu betrachten.²³⁴ Richtigerweise sollte man sich darauf besinnen, dass sowohl bei Freiheits- als auch bei Gleichheitsrechten im Rahmen der Rechtfertigung eine Abwägung vorzunehmen ist.²³⁵ Eine solche ist sehr wohl auch bei Ungleichbehandlungen möglich: Hier ist das Differenzierungsziel bzw. der Differenzierungsgrund mit der Differenzierung abzuwägen²³⁶ und zwar unter Berücksichtigung grundgesetzlicher Wertungen²³⁷. Es ist daher nicht verständlich, warum Gleichheitsrechte keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung zugänglich sein sollten.²³⁸ Bei dieser deckt sich der Prüfungspunkt der Geeignetheit mit der Prüfung im Rahmen der Willkürformel.²³⁹ Dass auch die Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung zu prüfen ist, ergibt sich schon daraus, dass sonst auch keine Abwägung in sinnvoller Weise vorgenommen werden kann.²⁴⁰ Dies gilt im Übrigen auch für die anderen Prüfungspunkte der Verhältnismäßigkeit, denn die Abwägung ist immer auch von der Legitimität des Ziels, der Geeignetheit des Mittels und der Erforderlichkeit abhängig. Mit anderen Worten: Unabhängig davon, wie „originalgetreu“ die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Gleichheitsrechte übertragen wird, ist letztlich kein Fall denkbar, in der die Abwägung zugunsten des Diskriminierenden ausgeht, obwohl einer der anderen drei Prüfungspunkte zu verneinen ist. Daher wird im Folgenden nicht zuletzt wegen der Übersichtlichkeit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen.

Die Legitimität des Ziels und die Geeignetheit der Differenzierung muss mit den gleichen Erwägungen wie die Sachlichkeit des Grundes im Rahmen der Willkürformel²⁴¹ bejaht werden.

²³³ *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 102; *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I GG, Rn. 240 (Stand: Juli 2021).

²³⁴ *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 105.

²³⁵ *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 24.

²³⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.05.1990 – 1 BvL 2/83 u.a., NJW 1990, 2246; BVerfG, Beschl. v. 23.01.1990 – 1 BvR 306/86, NJW 1990, 2189, 2192; BVerfG, Beschl. v. 20.03.1979 – 1 BvR 111/74, 283/78, NJW 1979, 2295, 2297; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 22; siehe auch *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 37 (Stand: 15.11.2021), der aber trotzdem auf eine abweichende Terminologie („Entsprechungsprüfung“) besteht.

²³⁷ BVerfG, Beschl. v. 12.06.1964 – 1 BvL 12/62, NJW 1964, 587; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 41 (Stand: 15.11.2021).

²³⁸ *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 17.

²³⁹ *Kirchhof*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 I GG, Rn. 258 (Stand: Juli 2021); *Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, 134; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 19; vgl. auch *Wollenschläger*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 I GG, Rn. 123.

²⁴⁰ Vgl. *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 21.

²⁴¹ Siehe oben, Kap. C.I.1.b)cc)(2)(a).

Ein Mittel ist erforderlich, wenn kein milderes und trotzdem gleichermaßen geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels ersichtlich ist.²⁴² Hier ist also danach zu fragen, ob nicht auch andere Instrumente zur Verfügung stehen, die dem Gleichberechtigungsinteresse der Kunden besser gerecht werden, zugleich aber mindestens das gleiche unternehmerische Potenzial für die Anbieter versprechen. Auch an dieser Stelle offenbart sich die gleiche Problematik wie bereits bei der Prüfung des sachlichen Grundes im Rahmen der Willkürformel und der Geeignetheit, ist die Prüfung der Geeignetheit des Mittels (bzw. hier der Ungleichbehandlung) doch zwingender Bestandteil der Erforderlichkeitsprüfung.²⁴³ Daher muss diese aus den gleichen Gründen wie die Geeignetheit zugunsten der Ungleichbehandlung ausfallen.

Schließlich müsste die Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. Hier kann ein Großteil der Kriterien bzw. Argumente, die bereits über die Auswahl des Rechtfertigungsmaßstabs entschieden haben, herangezogen werden. All diese Kriterien (bis auf die Komplexität des Sachverhalts) dienen nämlich zugleich der Ermittlung, wie schwer die Ungleichbehandlung wiegt. Dies stellt zugleich den entscheidenden Aspekt im Rahmen der Abwägung dar. Dadurch, dass die Komplexität des Sachverhalts als (wenn auch nur schwaches) Argument gegen eine strengere Prüfung hier wegfällt und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung sowieso nur bei algorithmischer Preispersonalisierung mit großen Preisunterschieden vorzunehmen ist, überwiegen nach den oben bereits genannten Aspekten²⁴⁴ die Argumente gegen die Angemessenheit. Dies könnte sich allenfalls noch ändern, wenn nun weitere Argumente hinzukommen, die bei der Auswahl des Rechtfertigungsmaßstabs noch keine Rolle gespielt haben. Mit Blick auf das Ziel, argumentative Doppelungen zu vermeiden, ist das jedoch nicht der Fall. Vor allem auf die Bedeutung der Privatautonomie wurde bereits im Rahmen des Kriteriums „Kontext der Ungleichbehandlung“ eingegangen.²⁴⁵ Auch die Tatsache, dass die Kunden auf den jeweiligen Anbieter angewiesen sind und ihnen somit Ausweichmöglichkeiten fehlen, kann hier keine Rolle mehr spielen, da dieser Umstand nach den in der Stadionverbots-Entscheidung aufgestellten Voraussetzungen bereits Bedingung für die Bindung Privater an Art. 3 GG per se ist. Aus dem gleichen Grund kann hier nicht danach differenziert werden, ob die algorithmische Preispersonalisierung im Bereich der Grundversorgung betrieben wird. Algorithmische Preispersonalisierung, die wegen eines hohen Preisunterschieds einer Verhältnismäßigkeitsprüfung

²⁴² St. Rspr., siehe nur BVerfG, Beschl. v. 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78, NJW 1985, 121, 123; BVerfG, Beschl. v. 16.01.1980 – 1 BvR 249/79, NJW 1980, 1511, 1512.

²⁴³ Baumgärtner, in: BeckOGK, § 3 AGG, Rn. 97 (Stand: 01.12.2021); Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 59 ff.

²⁴⁴ Siehe Kap. C.I.1.b(cc)(1)(c).

²⁴⁵ Siehe Kap. C.I.1.b(cc)(1)(c).

zu unterziehen ist, ist daher, die Voraussetzungen der Stadionverbots-Entscheidung unterstellt, mit Art. 3 I GG unvereinbar.

(3) Rechtfertigung bei Art. 3 II, III GG

Nachdem der allgemeine Gleichheitssatz behandelt wurde, ist nun der Frage nachzugehen, inwiefern algorithmische Preisdiskriminierung gerechtfertigt sein kann, wenn dabei an ein Merkmal des Art. 3 III GG angeknüpft wird. Die besonderen Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG können natürlich nur bei personalisierten Preisen einschlägig sein, weil nur diese bzgl. des Differenzierungskriteriums „offen“ sind, wohingegen dynamische Preise stets „nur“ eine Differenzierung nach dem Zeitpunkt des (gewünschten) Vertragschlusses darstellen. Eine algorithmische Personalisierung von Preisen nach Geschlecht ist aber durchaus möglich und vorstellbar.²⁴⁶ Ferner sind in diesem Zusammenhang Preispersonalisierungen nach Staatsangehörigkeit oder nach Standort in den Blick zu nehmen, denn bei diesen besteht die Möglichkeit, dass sie zugleich mittelbare Diskriminierungen wegen der Herkunft, der Abstammung der „Rasse“ oder der Religion darstellen.²⁴⁷

(a) Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierungen

Zunächst soll die Rechtfertigung algorithmischer Preisdiskriminierung untersucht werden, die direkt an ein verpöntes Merkmal anknüpft. Insoweit kommt nur das Kriterium des Geschlechts in Betracht.

Zwar muss zur Gewährleistung eines angemessenen Interessenausgleichs auch für Ungleichbehandlungen nach Art. 3 III GG die Möglichkeit der Rechtfertigung bestehen²⁴⁸, was umso mehr bei der Bindung Privater gilt²⁴⁹. Damit eine derartige Diskriminierung aber tatsächlich gerechtfertigt ist, muss diese in jedem Fall verhältnismäßig sein. Das bloße Vorliegen eines sachlichen Grundes kann dagegen nicht mehr ausreichen.²⁵⁰ Grund hierfür ist letztlich die Wertungsentscheidung des Verfassungsgebers, dass Ungleichbehandlungen nach den genannten Merkmalen per se schwerer wiegen. Dies liegt zum einen an den historischen Entstehungsgründen der besonderen Gleichheitssätze²⁵¹ und zum anderen an der Nähe der dort genannten Merk-

²⁴⁶ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

²⁴⁷ Zur Erfassung mittelbarer Diskriminierungen von Art. 3 III GG siehe Kap. C.I.1.b)cc)(3)(b).

²⁴⁸ *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 314.

²⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769, Rn. 11.

²⁵⁰ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 153; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 214 (Stand: 15.11.2021); *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 242; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 113.

²⁵¹ *Baer/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 433.

male zu Art. 1 I GG²⁵². Daher kann eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 III GG nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein.²⁵³ Erforderlich ist dafür in der Regel ein kollidierendes Verfassungsgut²⁵⁴ und zwar auch in Fällen, in denen Art. 3 III GG Private adressiert²⁵⁵. Teilweise wird auch die zwingende Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung „zur Verfolgung überragend wichtiger Gemeinwohlinteressen“ gefordert.²⁵⁶ Bestritten wird ferner die Möglichkeit der Rechtfertigung durch normgeprägte Grundrechte.²⁵⁷ Darüber hinaus können sich unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen je nach betroffenem Merkmal ergeben.²⁵⁸ Wie bereits erwähnt, ist für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand und beschränkt auf unmittelbare Diskriminierungen nur das Geschlecht als Merkmal des Art. 3 III GG relevant. Auch derartige Ungleichbehandlungen müssen grundsätzlich verhältnismäßig sein.²⁵⁹ Sie können aber nicht nur durch kollidierende Verfassungsgüter, sondern auch durch zwingende Gründe, die in der Natur des jeweiligen Geschlechts angelegt sind, gerechtfertigt werden.²⁶⁰

Dass die Personalisierung von Preisen nach Geschlecht nicht durch zwingende biologische Unterschiede gerechtfertigt werden kann, ist offensichtlich. Auch ist eine solche Preispersonalisierung nicht zur Verfolgung von Gemeinwohlinteressen zwingend erforderlich. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass von personalisierten Preisen die Verbraucherwohlfahrt insgesamt profitiert, wie ökonomische Studien zeigen.²⁶¹ Selbst wenn man von einem solchen Effekt (im Einzelfall) ausgeht, wäre die Personalisierung von Preisen nach Geschlecht für die Steigerung der Verbraucherwohlfahrt aber nicht zwingend erforderlich, da dieser Effekt auch anderweitig bewirkt werden kann. Allerdings kann es vorliegend auf die zwingende Erforderlichkeit zur

²⁵² *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 155; vgl. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 153.

²⁵³ BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 – 1 BvR 774/02, NJW 2005, 2443, 2445.

²⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01, NVwZ 2006, 324, 325; BVerfG, Beschl. v. 07.10.2003 – 2 BvR 2118/01, NJW 2004, 1095, 1096; BVerfG, Beschl. v. 04.10.1965 – 1 BvR 498/62, NJW 1965, 2339, 2340; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Maruhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 242; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 113.

²⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019 – 1 BvR 879/12, NJW 2019, 3769, Rn. 11.

²⁵⁶ *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 313.

²⁵⁷ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 110.

²⁵⁸ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 214 (Stand: 15.11.2021).

²⁵⁹ BAG, Urt. v. 05.10.1993 – 3 AZR 695/92, NZA 1994, 315, 316f.; BAG, Urt. v. 20.11.1990 – 3 AZR 613/89, NZA 1991, 635, 637; BAG, Urt. v. 23.01.1990 – 3 AZR 58/88, NZA 1990, 778, 779.

²⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 – 2 BvR 524/01, NVwZ 2006, 324, 325; BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82 u.a., NJW 1992, 964, 965.

²⁶¹ Siehe Kap. B.II.2.b)bb).

Verfolgung von Gemeinwohlinteressen aus zwei Gründen nicht ankommen: Erstens geht es im Rahmen personalisierter Preise um die Bindung *Privater* an Art. 3 III GG. Diese sind aber, anders als der Staat, dem Gemeinwohlinteresse gerade nicht verpflichtet.²⁶² Zweitens beschreibt dieses Kriterium nichts anderes als die Voraussetzungen für einen angemessenen Ausgleich zwischen Differenzierung und Differenzierungsziel. Inwiefern ein solcher besteht, ist jedoch eine Frage der Verhältnismäßigkeit und sollte auch dort geprüft werden. Letztlich ist aber festzuhalten, dass die Preisgestaltungsfreiheit des Anbieters als Ausfluss der durch Art. 2 I GG geschützten²⁶³ Privatautonomie ein kollidierendes Rechtsgut von Verfassungsrang darstellt. Dieses Verfassungsgut bedarf auch keiner Ausgestaltung durch den Gesetzgeber, sodass die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch die Privatautonomie auch nach *Heun*, der insofern zwischen normgeprägten und sonstigen Grundrechten unterscheidet,²⁶⁴ grundsätzlich bestünde.

Ob die Rechtfertigung tatsächlich zu bejahen ist, hängt jedoch von der Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung ab. Diesbezüglich sei daran erinnert, dass die Verhältnismäßigkeit bei algorithmischer Preispersonalisierung mit großem Preisunterschied bereits im Rahmen von Art. 3 I GG verneint wurde.²⁶⁵ Wird in diesen Fällen zusätzlich direkt an das Geschlecht angeknüpft, kann die Ungleichbehandlung erst recht nicht gerechtfertigt sein. Bei personalisierten Preisen, die nur kleine Preisunterschiede bewirken, wurde oben im Rahmen von Art. 3 I GG dagegen nur die Willkürformel angewendet mit der Folge, dass diese Preisdiskriminierungen gerechtfertigt waren.²⁶⁶ Wird in diesen Fällen unmittelbar an das Geschlecht angeknüpft, kommt es daher durchaus noch auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung an.

Die Verfolgung eines legitimen Ziels ist wie oben²⁶⁷ auch hier zu bejahen. Gleiches gilt für die Geeignetheit.²⁶⁸ Im Rahmen der Erforderlichkeit könnte die Möglichkeit einer mittelbaren Diskriminierung als milderes Mittel zu berücksichtigen sein.²⁶⁹ Zwar wäre bei personalisierten Preisen eine solche Vorgehensweise denkbar, indem nicht direkt an das Geschlecht angeknüpft wird, sondern auf dieses mittels Auswertung der Browserdaten geschlossen

²⁶² So bzgl. der Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Grundfreiheiten des AEUV: *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 181 (Stand: September 2021); *Steindorff*, in: FS Lerche, 575, 584.

²⁶³ Siehe nur *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 I GG, Rn. 101 mwN (Stand: Juli 2021).

²⁶⁴ *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 110.

²⁶⁵ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

²⁶⁶ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c), Kap. C.I.1.b)cc)(2)(a).

²⁶⁷ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

²⁶⁸ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

²⁶⁹ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 156.

wird. Allerdings wäre der Kunde in diesem Fall umso stärker in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen. Daher kann bezweifelt werden, dass diese Methode im Ergebnis tatsächlich milder ist, wenngleich dies aus rein diskriminierungsrechtlicher Sicht wohl zu bejahen wäre. Unabhängig davon gilt aber auch hier wieder, dass die Erforderlichkeit wegen der Geeignetheit als deren Bestandteil aus oben genannten Gründen²⁷⁰ nicht (sinnvoll) geprüft werden kann und daher zu bejahen ist. Schließlich ist somit die Angemessenheit zu untersuchen. Auch hier bilden wieder die bereits bei der Wahl des Rechtfertigungsmaßstabs im Rahmen von Art. 3 I GG genannten Kriterien²⁷¹ die Argumentationsgrundlage. Dementsprechend ist die Lage relativ ausgeglichen. Zwar spricht der in der vorliegenden Konstellation eher geringe Preisunterschied für die Angemessenheit. Auf der anderen Seite sei aber auch hier auf die (immer bestehende) Vergleichbarkeit algorithmischer Preispersonalisierung mit einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 III GG²⁷² hingewiesen. Zudem muss zusätzlich berücksichtigt werden, dass vorliegend mit dem Geschlecht tatsächlich an ein verpöntes Merkmal angeknüpft wird. Dieser Aspekt gibt letztlich den Ausschlag, sodass auch bei nur geringen Preisunterschieden ein personalisierter Preis, der direkt an das Geschlecht anknüpft, nicht gerechtfertigt werden kann.

(b) Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen

Nachdem die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung, die direkt an ein Merkmal des Art. 3 III GG anknüpft, geklärt wurde, sind nun die Fälle zu untersuchen, in denen Preise zwar nicht direkt, wohl aber mittelbar nach einem verpönten Merkmal personalisiert werden. Voraussetzung einer mittelbaren Diskriminierung ist, dass eine Anknüpfung an (scheinbar) neutrale Merkmale faktisch eine Diskriminierung nach einem verpönten Merkmal bewirkt.²⁷³ Erforderlich ist diesbezüglich zumindest ein gewisser Nachweis, bloße Mutmaßungen reichen dagegen nicht.²⁷⁴ Auch müssen die unterschiedlichen Auswirkungen für die Vergleichsgruppen eine gewisse Schwelle überschreiten.²⁷⁵

Mittelbaren Diskriminierungen sind im Zusammenhang mit algorithmischen Entscheidungen besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Denn Algo-

²⁷⁰ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

²⁷¹ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(1)(b), Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

²⁷² Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

²⁷³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 – 1 BvR 774/02, NJW 2005, 2443.

²⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 – 1 BvL 12/91, NJW 1998, 1215, 1216; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 – 1 BvR 774/02, NJW 2005, 2443, 2444 f.

²⁷⁵ Heun, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 109; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 40 (Stand: Juli 2021); Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 3 GG, Rn. 20.

rithmen funktionieren gerade nach bestimmten „Mustern“ und sind somit stets voreingenommen.²⁷⁶ Bei selbstlernenden Algorithmen kommt hinzu, dass diese autonom Merkmale verknüpfen und so Korrelationen erstellen.²⁷⁷ Daher bergen algorithmische Entscheidungen eine besondere Gefahr mittelbarer Diskriminierungen.²⁷⁸ Zugleich besteht im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung durchaus das Risiko mittelbarer Diskriminierungen wegen des Geschlechts, nämlich durch Auswertung der Browserdaten des jeweiligen Kunden. Auf diese Weise werden sich die meisten Kunden recht eindeutig einem Geschlecht zuordnen lassen. Darüber hinaus wurden bereits standortbezogene Preispersonalisierungen nachgewiesen.²⁷⁹ Zwar ist die Staatsangehörigkeit nicht von Art. 3 III GG geschützt, auch nicht mittelbar.²⁸⁰ Allerdings kann die Anknüpfung an verschiedene Staaten oder Regionen über eine Geolokalisierung auch eine mittelbare Diskriminierung nach der „Rasse“, der Herkunft, der Abstammung oder der Religion darstellen, wenn bzgl. dieser Merkmale in der jeweiligen Region eine ausreichend klare Tendenz erkennbar ist.

Zumindest vor mittelbaren Diskriminierungen wegen des Geschlechts schützt Art. 3 GG in besonderer Weise. Ob in derartigen Fällen Art. 3 II 1 GG²⁸¹ oder (auch) Art. 3 III 1 GG²⁸² einschlägig ist, ist umstritten, kann an dieser Stelle aber offen bleiben. Diskutiert wird zudem, ob auch mittelbare Diskriminierungen nach den anderen in Art. 3 III 1 GG genannten Merkmalen dem besonderen Diskriminierungsverbot unterliegen²⁸³ oder ob dem

²⁷⁶ *Bilskil/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 659.

²⁷⁷ *Barocas/Selbst*, California Law Review 2016, 671, 692f.; *Custers*, in: Custers et al., *Discrimination and Privacy*, 3, 10; von *Lewinskilde Barros Fritz*, NZA 2018, 630, 622.

²⁷⁸ *Bilskil/Schmid*, NJOZ 2019, 657, 659; *Hinz*, in: Kaulartz/Braegelmann, *AI und ML*, Kap. 11, Rn. 47; von *Lewinskilde Barros Fritz*, NZA 2018, 630, 622.

²⁷⁹ Siehe Kap. A.II.1.

²⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 09.02.1994 – 1 BvR 1687/92, NJW 1994, 1147, 1148; BVerfG, Beschl. v. 20.03.1979 – 1 BvR 111/74, 283/78, NJW 1979, 2295, 2298; *Baerl/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 483.

²⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 – 1 BvR 774/02, NJW 2005, 2443; *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 125; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 363 f.

²⁸² BVerfG, Urt. v. 18.06.2008 – 2 BvL 6/07, NVwZ 2008, 987, Rn. 49; BVerfG, Urt. v. 30.01.2002 – 1 BvL 23/96, NJW 2002, 1256, 1259; BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 – 1 BvL 12/91, NJW 1998, 1215, 1215 f.; wohl auch *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 215 (Stand: 15.11.2021).

²⁸³ So *Baerl/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 430; *Eckertz-Höfer*, in: AK-GG, Art. 3 II, III GG, Rn. 108 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 137; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 438 (Stand: Februar 2020); *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 60; *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 249; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 79; *Tischbirek/Wihl*, JZ 2013, 219, 223.

Geschlecht insoweit eine Sonderstellung zukommt und bei sonstigen mittelbaren Diskriminierungen lediglich Art. 3 I GG anwendbar ist²⁸⁴.

Die Rechtfertigung muss auch hier nur für die Fälle algorithmischer Preispersonalisierung näher untersucht werden, in denen der Preisunterschied gering ist. Andernfalls ist bereits eine an Art. 3 I GG zu messende algorithmische Preispersonalisierung ungerechtfertigt,²⁸⁵ weshalb dies erst recht bei der mittelbaren Diskriminierung nach einem verpönten Merkmal gelten muss. Ist der Preisunterschied aber gering, muss der Rechtfertigung größere Aufmerksamkeit gewidmet werden, denn insofern bestünde durchaus die Möglichkeit einer anderen Rechtslage als im Falle unmittelbarer Diskriminierungen nach Art. 3 III GG. Zunächst wird die Prüfung der Rechtfertigung auf mittelbar nach dem Geschlecht personalisierte Preise begrenzt, da jedenfalls derartige mittelbare Diskriminierungen von den besonderen Gleichheitssätzen erfasst sind.

Zumindest überwiegend wird auch für die mittelbare Ungleichbehandlung nach Geschlecht eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für erforderlich gehalten.²⁸⁶ Ob im Einzelfall auch eine bloße Willkürprüfung ausreicht,²⁸⁷ kann dahinstehen, wenn die Rechtfertigung automatisiert gebildeter personalisierter Preise, die mittelbar an das Geschlecht anknüpfen, allerdings nur zu einem geringen Preisunterschied führen, auch bei Vornahme einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu bejahen wäre. Insofern sind, mit gleicher Begründung wie oben,²⁸⁸ die ersten drei Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit zu bejahen, sodass es auch hier auf die Angemessenheit ankommt. Für die dort vorzunehmende Abwägung ist nun zu klären, ob die bloße Mittelbarkeit der Anknüpfung eine weniger strenge Prüfung rechtfertigt,²⁸⁹ oder ob hier die

²⁸⁴ So *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 3 GG, Rn. 125; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 215 (Stand: 15.11.2021); *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 21 ff. (Stand: Juli 2021); *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII, § 182, Rn. 32; *Sacksofsky*, in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 GG, Rn. 315; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 08.04.1987 – 1 BvL 8/84, 1 BvL 16/84, NJW 1987, 2359, 2362; BVerfG, Beschl. v. 17.05.1983 – 2 BvR 731/80, NJW 1983, 2762.

²⁸⁵ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

²⁸⁶ *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 51 (Stand: Juli 2021); *Peters*, in: HB Grundrechte, Band VII/2, § 211, Rn. 62; vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 – 2 BvR 909/06 u.a., NJW 2013, 2257, Rn. 89; BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 – 1 BvL 2/10 u.a., NVwZ-RR 2012, 825, Rn. 74; BVerfG, Urt. v. 18.06.2008 – 2 BvL 6/07, NJW 2008, 987, Rn. 56.

²⁸⁷ So BVerfG, Beschl. v. 14.04.2010 – 1 BvL 8/08, NJOZ 2011, 464, Rn. 67; BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 – 1 BvR 774/02, NJW 2005, 2443, 2445; *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 190, Rn. 218 (Stand: 15.11.2021).

²⁸⁸ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

²⁸⁹ So *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 GG, Rn. 153; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 439 (Stand: Februar 2020); *Nußberger*, in: Sachs, GG, Art. 3 GG, Rn. 255; *Wolff*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 3 GG, Rn. 20; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 – 1 BvR

gleichen Maßstäbe wie bei unmittelbaren Diskriminierungen gelten²⁹⁰. Gegen eine mildere Prüfung wird vorgebracht, dass vor allem bei mittelbaren Diskriminierungen an personenbezogene Merkmale angeknüpft wird.²⁹¹ Außerdem wögen mittelbare Diskriminierungen nicht pauschal weniger schwer als unmittelbare.²⁹² Für eine deutliche Absenkung der Rechtfertigungshürden spricht aber, dass nur so die große Reichweite, die Diskriminierungsverbote durch die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen erfahren, wieder ausgeglichen werden kann.²⁹³ Außerdem wiegen mittelbare Diskriminierungen durch ihren lediglich indirekten Bezug zum Differenzierungskriterium in der Regel sehr wohl weniger schwer.²⁹⁴ Dass das Kriterium des Personenbezugs zur Kategorisierung von Ungleichbehandlungen ungeeignet ist, wurde bereits erläutert.²⁹⁵ Im Rahmen personalisierter Preise kommen zwei wesentliche Argumente hinzu: Erstens muss zumindest berücksichtigt werden, ob der mittelbaren Diskriminierung in concreto eine geringere Intensität beizumessen ist als dies bei einer unmittelbaren Diskriminierung der Fall wäre. Dies ist bei personalisierten Preisen zu bejahen. Bei einer nur mittelbaren Preispersonalisierung trifft der höhere Preis als Differenzierungsfolge eben nicht nur diejenigen Kunden, auf die das Merkmal tatsächlich zutrifft, sondern immer auch zumindest einige Kunden, die dem Merkmal tatsächlich nicht unterfallen. So wird z.B. der Schluss von den Browserdaten auf das Geschlecht des Kunden nicht immer korrekt gelingen. Dies hat dann aber zur Folge, dass eben nicht *nur* Kunden eines bestimmten Geschlechts benachteiligt werden. Die Benachteiligung ist wegen ihrer eindeutig fehlenden Absolutheit für die Kunden des diskriminierten Geschlechts also weniger intensiv. Ferner ist in Fällen wie dem vorliegenden, in denen es um die Bindung Privater an Art. 3 GG geht, ein Gegenpol zur großen Reichweite mittelbarer Diskriminierungen besonders wichtig. Nur so kann der durch die Bindung Privater an die Gleichheitssätze erfolgte Eingriff in die Privatautonomie einigermaßen begrenzt werden. Aus diesen Gründen müssen die Rechtfertigungsanforderun-

774/02, NJW 2005, 2443, 2445: „Selbst eine unmittelbare Benachteiligung, bei der das Geschlecht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen wird, kann in Ausnahmefällen gerechtfertigt sein.“. Mit dieser Aussage zeigt das BVerfG, dass es zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen Unterschiede bzgl. der Rechtfertigungsanforderungen sieht.

²⁹⁰ *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 145.

²⁹¹ *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage, Art. 3 GG, Rn. 62.

²⁹² *Baerl/Markard*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 III GG, Rn. 434; *Boysen*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 3 GG, Rn. 143.

²⁹³ *Kischel*, JZ 2008, 1110 f.; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 II GG, Rn. 46 (Stand: Juli 2021).

²⁹⁴ *Englisch*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 3 GG, Rn. 156.

²⁹⁵ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(1)(b), Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

gen für personalisierte Preise, die nur mittelbar an das Geschlecht anknüpfen, deutlich gesenkt werden. Dies hat zur Folge, dass die hohen Rechtfertigungshürden im Rahmen von Art. 3 III GG, die bei unmittelbar an das Geschlecht anknüpfenden Preisen gerade den Ausschlag gegen die Angemessenheit der Ungleichbehandlung geben,²⁹⁶ hier wegfallen. Daher sind durch Algorithmen gebildete personalisierte Preise, die mittelbar an das Geschlecht anknüpfen und zugleich aber nur einen geringen Preisunterschied bewirken, gerechtfertigt.

Angesichts dieses Ergebnisses kann nun auch offenbleiben, ob durch Geolokalisierung verursachte mittelbare Ungleichbehandlungen wegen der „Rasse“, der Herkunft, der Abstammung oder der Religion vom besonderen Diskriminierungsverbot erfasst sind. Schließlich stehen die in Art. 3 III 1 GG genannten Merkmale auf der gleichen Stufe nebeneinander.²⁹⁷ Ferner besteht auch im konkreten Fall personalisierter Preise kein Grund, eine Differenzierung nach Geschlecht anders zu bewerten als eine Differenzierung nach einem anderen in Art. 3 III 1 GG genannten Merkmal. Daher wären jedenfalls auch personalisierte Preise nach „Rasse“, Abstammung, Herkunft oder Religion gerechtfertigt, wenn an diese Merkmale nur mittelbar angeknüpft wird und der Preisunterschied gering bleibt.

(c) *Quasi-Diskriminierungsverbote*

Schließlich stellt sich noch die Frage, ob die Anwendung des für die besonderen Diskriminierungsverbote geltenden Rechtfertigungsmaßstabs auch in Fällen geboten ist, in denen zwar nicht nach einem in Art. 3 III GG genannten, stattdessen aber nach einem ähnlich sensiblen und damit vergleichbaren Merkmal differenziert wird. Dadurch ergäben sich sog. Quasi-Diskriminierungsverbote.²⁹⁸ Im Rahmen personalisierter Preise könnte insofern zum einen die Einordnung der Kunden nach ihrer Zahlungsbereitschaft relevant sein. Zwar verleiht dieser Umstand der automatisierten Preispersonalisierung auf den ersten Blick eine gewisse Sensibilität.²⁹⁹ Allerdings wird an die Zahlungsbereitschaft weder unmittelbar noch mittelbar angeknüpft.³⁰⁰ Vielmehr stellt die (vermeintlich) unterschiedliche Zahlungsbereitschaft den Grund für die Preisdifferenzierung nach anderen konkreteren Merkmalen dar. Allerdings könnte man bei der automatisierten Personalisierung von

²⁹⁶ Siehe oben, Kap. C.I.1.b)cc)(3)(a).

²⁹⁷ Nach der Systematik des Art. 3 GG könnte allenfalls dem Geschlecht (vgl. Art. 3 II GG) und der Behinderung (vgl. Art. 3 III 2 GG) eine „Sonderstellung“ beigemessen werden.

²⁹⁸ *Kischel*, in: BeckOK GG, Art. 3 GG, Rn. 129 (Stand: 15.11.2021).

²⁹⁹ Siehe Kap. C.I.1.a)dd).

³⁰⁰ Siehe Kap. C.I.1.a)dd).

Preisen nach Staatsangehörigkeit über die Anwendung eines strengeren Rechtfertigungsmaßstabs nachdenken, zumal derartige Fälle bereits nachgewiesen wurden³⁰¹ und dieses Kriterium von der modernen Gesellschaft als ähnlich sensibel wie die in Art. 3 III GG genannten Kriterien wahrgenommen werden dürfte. Bei Vorliegen eines großen Preisunterschiedes würde dies freilich keinen Unterschied machen, da die Rechtfertigung insoweit sowieso zu verneinen wäre³⁰². Bei unmittelbaren Preisdiskriminierungen nach einem verpönten Merkmal, die lediglich zu einem geringen Preisunterschied führen, gibt dagegen gerade der für die besonderen Diskriminierungsverbote geltende strengere Rechtfertigungsmaßstab den Ausschlag zuungunsten der Angemessenheit.³⁰³ Eine Anwendung dieser Rechtfertigungsanforderungen auf unmittelbare Preispersonalisierungen nach Staatsangehörigkeit würde also dazu führen, dass diese in jedem Fall unzulässig sind.

Für die Zulässigkeit von Quasi-Diskriminierungsverboten wird in erster Linie angeführt, dass so das Ziel der besonderen Diskriminierungsverbote, Minderheiten zu schützen, effektiver verfolgt werden könne.³⁰⁴ Das BVerfG wendete sowohl bei Ungleichbehandlungen nach der sexuellen Orientierung³⁰⁵ als auch nach der Staatsangehörigkeit³⁰⁶ einen Prüfungsmaßstab an, der dem des Art. 3 III GG zumindest nahe kommt. Zugleich betonte das BVerfG³⁰⁷ sowie das BVerwG³⁰⁸ in der Vergangenheit aber die Funktion des Art. 3 III GG als diskriminierungsrechtlichen Mindestschutz. Diese Funktion widerspricht einer faktischen Erweiterung der besonderen Diskriminierungsverbote aber gerade.³⁰⁹ Zudem würden die Grenzen zwischen dem allgemeinen und den besonderen Gleichheitssätzen verschwimmen³¹⁰ und Art. 3 III GG würde unter Missachtung des Willens des Verfassungsgebers de facto erweitert.³¹¹ Daher ist eine Ausweitung des für Art. 3 III GG geltenden Rechtfertigungsmaßstabs auf andere Differenzierungskriterien abzulehnen.³¹² Zu-

³⁰¹ Siehe Kap. A.II.1.

³⁰² Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

³⁰³ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(3)(a).

³⁰⁴ *Baer*, NJW 2013, 3145, 3147.

³⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 21.07.2010 – 1 BvR 611/07 u.a., NJW 2010, 2783, Rn. 86; BVerfG, Beschl. v. 07.07.2009 – 1 BvR 1164/07, NJW 2010, 1439, Rn. 87 ff.

³⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – 1 BvL 14/07, NJW 2012, 1711, 1712 f.; BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 – 1 BvL 4/97 u.a., NVwZ 2005, 201.

³⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 20.03.1979 – 1 BvR 111/74, 283/78, NJW 1979, 2295, 2298.

³⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 30.03.2010 – 1 C 8/09, NVwZ 2010, 964, 971.

³⁰⁹ *Wolff*, in: *Hömig/Wolff*, GG, Art. 3 GG, Rn. 24.

³¹⁰ *Nußberger*, in: *Sachs*, GG, Art. 3 GG, Rn. 291.

³¹¹ *Kischel*, in: *BeckOK GG*, Art. 3 GG, Rn. 129, Rn. 231 (Stand: 15.11.2021).

³¹² So im Ergebnis auch BAG, Urt. v. 16.02.1989 – 2 AZR 347/88, NZA 1989, 962, 964; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3 GG, Rn. 136; *Kloepfer*, *Verfassungsrecht*, § 59, Rn. 128; *Langenfeld*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 3 III GG, Rn. 41 (Stand: Juli 2021); *Sachs*, in: *Isensee/Kirchhof*, *HB Staatsrecht*, Band VIII, § 182, Rn. 40.

dem kann im Rahmen personalisierter Preise nicht mit dem Minderheitenschutz als Sinn und Zweck des Art. 3 III GG argumentiert werden. Es bestehen nämlich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass durch personalisierte Preise (nach Staatsangehörigkeit) gerade Minderheiten benachteiligt werden. Somit bleibt es auch für Preispersonalisierungen nach Staatsangehörigkeit bei den für Art. 3 I GG geltenden Maßstäben.

dd) Fazit: Einzelfallabhängige Vereinbarkeit mit den Gleichheitssätzen des GG

Liegen die Voraussetzungen der Stadionverbots-Entscheidung nicht vor, muss sich eine algorithmische Preisdiskriminierung ohnehin nicht unmittelbar an Art. 3 GG messen lassen.³¹³ In allen anderen Fällen kann die Frage der Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung nach Art. 3 GG nicht pauschal beantwortet werden. Stattdessen kommt es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. In jedem Fall unzulässig ist eine algorithmische *Preispersonalisierung*, die zu einer Preiserhöhung von mindestens 20% führt. Eine algorithmische Preispersonalisierung, die lediglich eine Preiserhöhung von geringerem Ausmaß bewirkt, ist dagegen nur dann unzulässig, wenn sie direkt an ein in Art. 3 III GG genanntes Merkmal, insbesondere an das Geschlecht, anknüpft. Algorithmische *Preisdynamisierung* ist dagegen stets mit Art. 3 GG vereinbar.

2. Diskriminierungsverbote des AEUV

Nachdem die nationale Verfassungsrechtslage beleuchtet wurde, ist nun zu untersuchen, inwieweit der Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung durch EU-Primärrecht Grenzen gesetzt sind. Als diskriminierungsrechtliches „Herzstück“ des Unionsrechts sind hierfür zunächst die Diskriminierungsverbote des AEUV in den Blick zu nehmen. In Betracht kommt insoweit die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34, 35 AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und ggf. das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV). Auch hier stehen wieder Schutzpflichten (diesmal für die Union und die Mitgliedstaaten) und die Bindung Privater im Raum.

a) Beeinträchtigung durch algorithmische Preisdiskriminierung

Damit diese Diskriminierungsverbote überhaupt eine Rolle spielen können, müsste durch algorithmische Preisdiskriminierung zunächst, zumindest theoretisch, in ihren Schutzbereich eingegriffen werden. Wenn schon das nicht der Fall wäre, müsste der Frage der Schutzpflichten und der Bindung Privater gar nicht weiter nachgegangen werden.

³¹³ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)bb).

Für alle der genannten Diskriminierungsverbote ist zunächst ein grenzüberschreitender Sachverhalt erforderlich.³¹⁴ Daher besteht kein Schutz vor sog. Inländerdiskriminierung.³¹⁵ Das bedeutet, dass von vornherein nur solche Fälle relevant werden, in denen der Staat, dem der Kunde angehört, und der Staat, in dem der Anbieter seinen Sitz hat, auseinanderfallen. Es geht also um Konstellationen des grenzüberschreitenden Verkehrs von Waren oder Dienstleistungen innerhalb der EU, wobei „grenzüberschreitend“ aber nicht im eng geographischen Sinn zu verstehen ist. Auf das Vorliegen von speziellerem Sekundärrecht³¹⁶ ist erst im Rahmen der Bindung Privater durch die Diskriminierungsverbote des AEUV einzugehen. Bzgl. etwaiger Schutzpflichten kann dieser Punkt dagegen keine Rolle spielen, da es dabei ja gerade um die Pflicht zur *Schaffung* entsprechenden Sekundärrechts geht.

aa) Warenverkehrsfreiheit

Für Art. 34, 35 AEUV müssten zunächst Waren betroffen sein. „Unter Waren (...) sind Erzeugnisse zu verstehen, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.“³¹⁷ Wenn im Rahmen von (potenziellen) Kaufverträgen algorithmische Preisdiskriminierung betrieben wird, ist diese Voraussetzung erfüllt.

Des Weiteren ist eine mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung erforderlich. Mengenmäßige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sind „sämtliche Maßnahmen, die sich (...) als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“³¹⁸. Algorithmische Preisdiskriminierung bewirkt weder eine gänzliche noch eine teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr von Waren, weshalb diese Variante hier nicht einschlägig ist.

Algorithmische Preisdiskriminierung könnte aber eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellen. Setzt man hierfür eine Handelsregelung der Mitgliedstaaten voraus,³¹⁹ wäre dies zwar offensichtlich nicht der Fall. Allerdings

³¹⁴ Streinz, Europarecht, Rn. 852.

³¹⁵ Streinz, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 64 mwN. Dass an die Staatsangehörigkeit anknüpfende algorithmische Preisdiskriminierung einen Fall bloßer Inländerdiskriminierung darstellt, ist zudem praktisch kaum vorstellbar. Dafür wäre nämlich Voraussetzung, dass ein Anbieter lediglich den Kunden, deren Staatsangehörigkeit mit dem Staat seines Sitzes übereinstimmt, im Vergleich zu anderen Kunden höhere Preise unterbreitet.

³¹⁶ Zum Vorrang von speziellem Sekundärrecht bzgl. Art. 34, 35 AEUV: Herdegen, Europarecht, § 15, Rn. 4.

³¹⁷ EuGH, Urt. v. 10.12.1968, Rs. 7/68 (Kommission/Italien), Slg. 1968, 633, 642.

³¹⁸ EuGH, Urt. v. 12.07.1973, Rs. 2/73 (Geddo/Ente Nazionale Risi), Slg. 1973, 866, Rn. 7.

³¹⁹ So EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74 (Dassonville), GRUR Int. 1974, 467, 468.

öffnete der EuGH mit der Zeit seine Definition der Maßnahme gleicher Wirkung, sodass „jede Maßnahme, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“³²⁰, erfasst ist. Dementsprechend bejahte der EuGH eine Maßnahme gleicher Wirkung in einem Fall, in dem er das Handeln privater Akteure an der Warenverkehrsfreiheit maß,³²¹ weshalb diese Variante grundsätzlich auch für algorithmische Preisdiskriminierung in Betracht kommt. Zwar stellen Preise Verkaufsmodalitäten dar,³²² weshalb zu beachten ist, dass diese als Maßnahme gleicher Wirkung ausscheiden, wenn sie

„für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“³²³.

Daher sind nur solche Verkaufsmodalitäten relevant, die einen hinreichenden Bezug zum freien Warenverkehr im Binnenmarkt aufweisen.³²⁴ Mit anderen Worten: Verkaufsmodalitäten scheidet lediglich dann als Maßnahme gleicher Wirkung aus, wenn sie nichtdiskriminierend sind.³²⁵ Auch nach dem sog. Dreistufentest liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung unter anderem dann vor, wenn der Grundsatz der Nichtdiskriminierung betroffen ist.³²⁶ Somit stellt algorithmische Preisdiskriminierung eine Maßnahme gleicher Wirkung dar, wenn der Preis nach Staatsangehörigkeit des Kunden personalisiert wird. Dabei ist unerheblich, ob die Diskriminierung unmittelbarer oder nur mittelbarer Natur ist.³²⁷ Somit sind auch Fälle erfasst, in denen über eine

³²⁰ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91, C-268/91 (Keck), NJW 1994, 121, Rn. 11; EuGH, Urt. v. 25.07.1991, Rs. C-1/90, C-176/90 (Aragonesa), GRUR Int. 1993, 221, Rn. 9.

³²¹ EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs. C-58/80 (Dansk Supermarked), BeckRS 2004, 73363, Rn. 17.

³²² EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91, C-268/91 (Keck), NJW 1994, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 24.01.1978, Rs. 82/77 (van Tiggele), BeckRS 2004, 73782, Rn. 13/15; vgl. auch EuGH, Urt. v. 11.08.1995, Rs. C-63/94 (Belgapom), BeckRS 2004, 77647, Rn. 13; siehe allgemein zum Begriff der Verkaufsmodalität EuGH, Urt. v. 29.06.1995, Rs. C-391/92 (Kommission/Griechenland), BeckRS 2004, 76972, Rn. 15.

³²³ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91, C-268/91 (Keck), NJW 1994, Rn. 16.

³²⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.1993, Rs. C-267/91, C-268/91 (Keck), NJW 1994, Rn. 17; *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 34 AEUV, Rn. 41 f., Rn. 44.

³²⁵ *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEU, Art. 34 AEUV, Rn. 46; vgl. auch EuGH, Urt. v. 17.06.1981, Rs. 113/80 (Kommission/Irland), BeckRS 2004, 71277, Rn. 11.

³²⁶ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, Rs. C-385/10 (Elenca), EuZW 2013, 21, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 26.04.2012, Rs. C-456/10 (ANETT), EuZW 2012, 508, Rn. 33; EuGH, Urt. v. 01.03.2012, Rs. C-484/10 (Ascafor), EuZW 2012, 264, Rn. 53; EuGH, Urt. v. 02.12.2010, Rs. C-108/09 (Ker-Optika), EuZW 2011, 112, Rn. 48; EuGH, Urt. v. 10.02.2009, Rs. C-110/05 (Kommission/Italien), EuZW 2009, 173, Rn. 34.

³²⁷ EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-189/95 (Franzén), EuZW 1998, 55, Rn. 69 ff.

Geolokalisierung auf die Staatsangehörigkeit des Kunden geschlossen wird.³²⁸ Dass sich die Personalisierung von Preisen nach Staatsangehörigkeit, von der Frage der Drittwirkung einmal abgesehen, grundsätzlich unter die Warenverkehrsfreiheit subsumieren lässt, ergibt auch Sinn, da eine derartige Preissetzung quasi den gleichen Effekt wie staatliche Zölle hat. Passend dazu geht auch der Unionsgesetzgeber davon aus, dass durch unterschiedliche Preise nach Staatsangehörigkeit der freie Warenverkehr betroffen ist.³²⁹

bb) Dienstleistungsfreiheit

Bzgl. Art. 56 AEUV sei zuvörderst darauf hingewiesen, dass dieser auch den Dienstleistungsempfänger schützt (sog. passive Dienstleistungsfreiheit).³³⁰ Schließlich geht es im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung um den Schutz des Dienstleistungsempfängers. Auch stellt jede Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit eine Beschränkung i.S.v. Art. 56 AEUV dar,³³¹ sodass auch die Personalisierung von Preisen nach Staatsangehörigkeit die Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich beschränkt. Trotzdem könnte Art. 56 AEUV hier aus dem Grund nicht einschlägig sein, dass es ja der Dienstleistungserbringer selbst ist, der die potenzielle Beschränkung bewirkt. Denn die passive Dienstleistungsfreiheit ist eigentlich gerade deshalb geschützt, weil Beeinträchtigungen des Dienstleistungsempfängers zugleich auch Beeinträchtigungen des Dienstleistungserbringers darstellen und umgekehrt.³³² Der Schutz des Dienstleistungsempfängers kann aber nicht mit dem Schutz des Dienstleistungserbringers begründet werden, wenn der Erbringer selber die Beschränkung schafft, indem er von bestimmten Staatsangehörigen höhere Preise verlangt. In diesem Fall ist der Dienstleistungserbringer nicht der zu Schützende, sondern der, vor dem geschützt werden muss. Auch der Wortlaut des Art. 56 AEUV spricht tendenziell dafür, dass nur Fälle erfasst sind, in denen dem Dienstleistungserbringer Beschränkungen auferlegt werden. Allerdings wird darin, dass die Beschränkung aus der Sphäre des Erbringers stammt, freilich bezogen auf Rechtsbeziehungen zwischen Privaten im Allgemeinen, wohl kein Hinderungsgrund für den Schutz des Dienstleistungsempfängers gesehen.³³³ Dies erscheint im Ergebnis auch interessengerecht,

³²⁸ Differenzierungen nach dem Aufenthaltsort stellen zugleich mittelbare Diskriminierungen nach der Staatsangehörigkeit dar, siehe *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 49.

³²⁹ Siehe EG I Geoblocking-VO.

³³⁰ EuGH, Urt. v. 29.04.1999, Rs. C-224/97 (Ciola), NJW 1999, 2355, Rn. 11; EuGH, Urt. v. 19.01.1999, Rs. C-348/96 (Calfa), BeckRS 9998, 155608, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 28.04.1998, Rs. C-158/96 (Kohl), EuZW 1998, 345, Rn. 34 f.; EuGH, Urt. v. 31.01.1984, Rs. 286/82, 26/83 (Luisi und Carbone), NJW 1984, 1288, 1289; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 3.

³³¹ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 71.

³³² *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 53.

³³³ Vgl. *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 46; *Müller-Graff*,

weil es für den Dienstleistungsempfänger keinen Unterschied macht, ob der Dienstleistungserbringer die Beschränkung selbst schafft oder ob sie diesem auferlegt wird. Ferner stünde die Dienstleistungsfreiheit des Empfängers andernfalls gewissermaßen zur Disposition des Erbringers. Daher muss der Dienstleistungsempfänger durch Art. 56 AEUV auch geschützt sein, wenn die Beschränkung vom Dienstleistungserbringer selbst ausgeht.

Allerdings ist Art. 56 AEUV gem. Art. 58 I AEUV nicht auf Verkehrsdienstleistungen anwendbar. Stattdessen gelten dann die Art. 90 ff. AEUV.³³⁴ Obwohl Art. 100 I AEUV den Anwendungsbereich der Art. 90 ff. AEUV auf den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr beschränkt, gilt der Ausschluss des Art. 58 I AEUV wegen des dortigen allgemeinen Wortlauts für alle Verkehrsdienstleistungen und somit auch für den Seeschiffs- und Luftverkehr.³³⁵ Somit scheidet Art. 56 AEUV im Rahmen von Verkehrsdienstleistungen aus.

cc) Allgemeines Diskriminierungsverbot

Art. 18 AEUV kann nur zur Anwendung kommen, wenn keine Grundfreiheit als spezielleres Diskriminierungsverbot einschlägig ist.³³⁶ Denn die Grundfreiheiten sind in ihrer Ausprägung als Diskriminierungsverbote gerade Ausfluss des Art. 18 AEUV und konkretisieren diesen.³³⁷ Dies schließt allerdings den Rückgriff auf Art. 18 AEUV nicht in den Fällen aus, in denen wegen Art. 58 I AEUV die Dienstleistungsfreiheit nicht anwendbar ist.³³⁸ Dann ist nämlich gerade keine speziellere Grundfreiheit einschlägig. Zudem gilt das Diskriminierungsverbot des Art. 95 I AEUV nur für den Güterver-

in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 68; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 56 AEUV, Rn. 118, Rn. 120.

³³⁴ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 100 AEUV, Rn. 1.

³³⁵ *Epiney*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 90 AEUV, Rn. 7, Art. 100 AEUV, Rn. 2; *Fehling*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 58 AEUV, Rn. 10; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 58 AEUV, Rn. 2; *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 58 AEUV, Rn. 2; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 58 AEUV, Rn. 2; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 58 AEUV, Rn. 3; *Tidje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 58 AEUV, Rn. 1; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 58 AEUV, Rn. 3 (Stand: September 2021).

³³⁶ EuGH, Urt. v. 18.07.2017, Rs. C-566/15 (Erzberger), NZA 2017, 1000, Rn. 25; EuGH, Urt. v. 04.09.2014, Rs. C-474/12 (Schiebel Aircraft), BeckRS 2014, 81735, Rn. 20 mwN.

³³⁷ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 6; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 76.

³³⁸ EuGH, Urt. v. 18.03.2014, Rs. C-628/11 (International Jet Management), BeckRS 2014, 80569, Rn. 53 ff.; EuGH, Urt. v. 25.01.2011, Rs. C-382/08 (Neukirchinger), EuZW 2011, 177, Rn. 21 ff.

kehr. Dieser wird von Verbrauchern aber typischerweise nicht in Anspruch genommen. Somit ist für die Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit im Rahmen von Verkehrsdienstleistungen auf Art. 18 AEUV zu rekurrieren.

b) Schutzpflichten

Zunächst sind die dargestellten Diskriminierungsverbote des AEUV darauf zu untersuchen, inwieweit sie die Union und ihre Mitgliedstaaten dazu verpflichten, vor algorithmischer Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit zwischen Privaten zu schützen. Jedenfalls aus sonstigen Vorschriften der Verträge, namentlich Art. 10 AEUV, folgt keine Schutzpflicht der Union. Zwar bezieht sich dieser auch auf Diskriminierungen zwischen Privaten.³³⁹ Allerdings belässt Art. 19 I AEUV der Union ausweislich des Wortlauts („kann“) ein gesetzgeberisches Ermessen, zu dem die Annahme gesetzgeberischer Schutzpflichten aus Art. 10 AEUV im Widerspruch stünde.³⁴⁰ Der EuGH hat bislang nur Schutzpflichten aus der Warenverkehrsfreiheit angenommen.³⁴¹ Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit durch Private hätten den gleichen Effekt auf den innergemeinschaftlichen Handel wie staatliche Beschränkungen, weshalb insoweit ein Einschreiten der Mitgliedstaaten notwendig sei, um die effektive Durchsetzung des Unionsrechts (vgl. Art. 4 III EUV) zu gewährleisten.³⁴² Diese Konstruktion erfuhr in der Literatur durchaus Zustimmung³⁴³ bzw. wurde von *Schaefer* sogar schon weit vor den zitierten Urteilen des EuGH vertreten³⁴⁴. Teilweise wird sogar der Rückgriff auf Art. 4 III EUV zur Begründung der Schutzpflicht für überflüssig gehalten³⁴⁵. Es wurden aber auch kritische Stimmen³⁴⁶ sowie Forderungen, Schutzpflichten auf Konstellationen eines gewissen Machtungleichgewichts zwischen Pri-

³³⁹ Vgl. *Kocher*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 10 AEUV, Rn. 1; *Rebahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 10 AEUV, Rn. 1; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 10 AEUV, Rn. 8, Rn. 20 (Stand: September 2021).

³⁴⁰ Gleiches gilt für Art. 3 III UAbs. 1 EUV.

³⁴¹ EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EuZW 2003, 592, Rn. 57 ff.; EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265–95 (Kommission/Frankreich), NJW 1998, 1931, Rn. 30 ff.

³⁴² EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EuZW 2003, 592, Rn. 58 f.; EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265–95 (Kommission/Frankreich), NJW 1998, 1931, Rn. 31 f.

³⁴³ Siehe *Burgi*, EWS 1999, 327, 329; *Haltern*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 34 AEUV, Rn. 29; *Kadelbach/Petersen*, EuGRZ 2002, 213, 214; *Szczekalla*, DVBl. 1998, 219, 222.

³⁴⁴ *Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung der nichttarifären Handelshemmnisse, 264 f.

³⁴⁵ *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 12; *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 34 AEUV, Rn. 26; *Szczekalla*, DVBl. 1998, 219, 220.

³⁴⁶ Vgl. *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 86 (Stand: Juli 2021).

vaten zu beschränken,³⁴⁷ laut. Vorgeschlagen wird ferner, eine Schutzpflicht aus Art. 34, 35 AEUV nur bei „schwerwiegenden Warenverkehrsbehinderungen“ anzunehmen.³⁴⁸ In Fällen algorithmischer Preispersonalisierung besteht wegen regelmäßiger Ausweichmöglichkeiten weder pauschal ein Machtungleichgewicht zwischen Anbieter und Kunden,³⁴⁹ noch handelt es sich hierbei, vor allem mit Blick auf die unterschiedliche Höhe von Preisunterschieden, stets um eine (Warenverkehrs-)behinderung besonderer Intensität. Problematisch an diesen zusätzlichen Voraussetzungen ist aber, dass sie leicht zu Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall führen können. Stattdessen ist lediglich zu verlangen, dass es um Diskriminierungen im Rahmen des öffentlichen Angebots von Waren oder Dienstleistungen geht. Nur außerhalb dieser Konstellationen ist die Annahme von Schutzpflichten mit der Willkürfreiheit als Ausfluss der Persönlichkeit des Einzelnen unvereinbar. Diese Voraussetzung ist bei der automatisierten Personalisierung von Preisen, die typischerweise bei sog. Massengeschäften stattfindet, unproblematisch erfüllt. Ferner ist die Schutzpflichten-Konstruktion auf die anderen Diskriminierungsverbote des AEUV zu erstrecken.³⁵⁰ Schließlich ist das Argument des Art. 4 III EUV nicht auf die Warenverkehrsfreiheit begrenzt, sondern gilt für die Auslegung der Verträge im Allgemeinen.³⁵¹ Zudem kann Diskriminierungen zwischen Privaten durch eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten besonders effektiv vorgebeugt werden.³⁵² Die so bewirkte Bindung Privater ist auch erforderlich, um den freien Verkehr von Waren und Dienstleistungen innerhalb der Union zu gewährleisten.³⁵³ In diesem Sinne ist auch Art. 18 II AEUV auszulegen, obwohl dieser der Union nach dem Wortlaut ein gesetzgeberisches Tätigwerden freistellt. Somit ist festzuhalten, dass die Union bzw. die Mitgliedstaaten³⁵⁴ aus den Diskriminierungsverboten des AEUV die Pflicht trifft, Private vor der automatisierten Personalisierung von Preisen nach Staatsangehörigkeit durch Dritte zu schützen.

³⁴⁷ Kainer, JuS 2000, 431, 434; ähnlich Röthel, EuR 2001, 908, 914.

³⁴⁸ Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 290, Rn. 325; in diese Richtung auch Epiney, in: Bieber et al., EU, § 11, Rn. 31.

³⁴⁹ Siehe hierzu im Kontext von Art. 3 GG Kap. C.I.1.b)bb).

³⁵⁰ Epiney, in: Bieber et al., EU, § 11, Rn. 31; Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 66, Rn. 125; laut Haltern und Stein spreche hierfür auch die Tendenz in der Rspr. des EuGH (konkret in der Rs. Fra.bo), siehe Haltern/Stein, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 56 AEUV, Rn. 54.

³⁵¹ Haltern/Stein, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 56 AEUV, Rn. 54; Kadelbach/Petersen, EuGRZ 2002, 213, 214.

³⁵² Haltern/Stein, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 56 AEUV, Rn. 54.

³⁵³ Vgl. EG 1 Geoblocking-VO.

³⁵⁴ Dies hängt von der Kompetenzverteilung für die jeweilige Materie ab, siehe Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 126.

Daher ist nun der Frage nachzugehen, ob diese Pflicht auch erfüllt wurde. Auf die Schutzpflicht aus Art. 56 AEUV antwortete die EU mit Art. 20 II DL-RL und die Bundesrepublik Deutschland mit § 5 DL-InfoV. Zwar bleibt es diesbezüglich bei der Möglichkeit einer Rechtfertigung der Diskriminierung (vgl. Art. 20 II Hs. 2 DL-RL; § 5 S. 2 DL-InfoV). Insoweit ist aber zu berücksichtigen, dass den Verpflichteten ein weiter Spielraum bei der Erfüllung der Schutzpflicht zuzubilligen ist,³⁵⁵ der nur durch ein Untermaßverbot beschränkt wird.³⁵⁶ Zwar ist gem. § 1 I DL-InfoV i.V.m. Art. 2 DL-RL die Anwendbarkeit des § 5 DL-InfoV von einigen Dienstleistungsbereichen ausgenommen. Für davon betroffene Dienstleistungen, in denen algorithmische Preisdiskriminierung vorstellbar ist, existieren mit Art. 4 II VO (EU) 1177/2010 (See- und Binnenschiffsverkehr), Art. 4 II VO (EU) 181/2011 (Kraftomnibusverkehr) und Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO (Luftverkehr) aber größtenteils Bestimmungen, die eine Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit verbieten³⁵⁷. Zwar fehlt ein entsprechendes Diskriminierungsverbot in der VO (EG) 1371/2007 und somit im Bereich des Eisenbahnverkehrs. Dies wird sich aber durch Art. 5 I VO (EU) 2021/782, der im Wesentlichen Art. 4 II VO (EU) 1177/2010 und Art. 4 II VO (EU) 181/2011 entspricht und ab 07.06.2023 gilt (Art. 41 VO (EU) 2021/782), ändern. Somit hat die EU auf ihre Schutzpflicht aus Art. 18 AEUV durch entsprechende Diskriminierungsverbote im Bereich der Verkehrsdienstleistungen reagiert. Ferner antwortete die EU auf die Schutzpflicht aus Art. 34, 35 AEUV und aus Art. 56 AEUV³⁵⁸ durch Erlass der Geoblocking-VO, insbesondere durch Art. 4 I Geoblocking-VO. Zwar verlangt dieser lediglich, dass Kunden nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit auf bestimmte Vertragsbedingungen beschränkt sind. Vielmehr müssen Kunden „nur“ zwischen den unterschiedlichen Vertragsbedingungen frei wählen können, falls diese je nach Mitgliedsstaat differieren.³⁵⁹ Das bedeutet, dass darüber hinaus Diskriminierungen nach Staatsangehörigkeit, z.B. durch Lieferung nur in bestimmte Mitglied-

³⁵⁵ EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00 (Schmidberger), EuZW 2003, 592, Rn. 82; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 126.

³⁵⁶ EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265-95 (Kommission/Frankreich), NJW 1998, 1931, Rn. 33 ff.; *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 12 f.

³⁵⁷ Zur Anwendbarkeit dieser Diskriminierungsverbote auf algorithmische Preisdiskriminierung siehe Kap. C.I.10, Kap. C.I.11.

³⁵⁸ Verkehrsdienstleistungen sind gem. Art. 1 III Geoblocking-VO i.V.m. Art. 2 II lit. d DL-RL vom Anwendungsbereich der Geoblocking-VO ausgenommen, weshalb im Rahmen der von der Geoblocking-VO erfassten Dienstleistungen nicht auf Art. 18 AEUV zurückgegriffen werden muss.

³⁵⁹ *EhlerKreß*, CR 2018, 790, 794; *EU-Kommission*, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2.3.9; *Gereckel/Crasemann*, GRUR-Prax 2018, 418, 419; *RiedelHofer*, MR-Int 2017, 14, 19; *Safron*, VbR 2019, 84, 86.

staaten, zulässig bleiben.³⁶⁰ Allerdings ist auch in diesem Zusammenhang auf den bei der Erfüllung von Schutzpflichten bestehenden Spielraum hinzuweisen. Ferner sind selbstverständlich auch entgegenstehende Freiheitsrechte zu berücksichtigen.³⁶¹ Weitergehende als die in der Geoblocking-VO getroffenen Verbote wären insoweit problematisch.

Ob mit den dargestellten Diskriminierungsverboten die Schutzpflichten aus Art. 18, 34, 35 und 56 AEUV nun tatsächlich erfüllt wurden, hängt freilich davon ab, ob Preise, die von Algorithmen in Abhängigkeit von der Staatsangehörigkeit gebildet werden, von diesen tatsächlich erfasst sind. Diese Frage ist im Rahmen der Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung nach ebendiesen Vorschriften zu beantworten.³⁶² Bereits an dieser Stelle ist aber folgendes festzuhalten: Erstens folgt aus den zitierten Diskriminierungsverboten des AEUV die Pflicht, vor personalisierten Preisen nach Staatsangehörigkeit zu schützen. Und zweitens existieren entsprechende einfachgesetzliche Vorschriften, die derartige Preispraktiken zumindest potenziell verbieten und somit ebendiese Schutzpflicht erfüllen.

c) Bindung Privater

Wie bereits erwähnt, wird algorithmische Preisdiskriminierung ausschließlich durch Private betrieben. Dies wird sich in absehbarer Zukunft auch nicht ändern. Daher ist nun zu erörtern, inwieweit Private an die hier relevanten Diskriminierungsverbote des AEUV (Art. 18, 34, 35, 56 AEUV) gebunden sind. Eine unmittelbare Drittwirkung einzelner Privatpersonen hat der EuGH zwar für Art. 45 AEUV³⁶³ und Art. 157 AEUV³⁶⁴ bejaht. Darüber hinaus wurde bislang mit Ausnahme einer einzelnen Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit³⁶⁵ allerdings nur privatrechtlichen Vereinigungen mit Rechtssetzungsbefugnis eine Bindung an die Diskriminierungsverbote des AEUV attestiert.³⁶⁶ Auch im Rahmen des Unionsrechts wird hier unter mit-

³⁶⁰ *Safron*, VbR 2019, 84, 86 f.

³⁶¹ *Kainer*, JuS 2000, 431, 435.

³⁶² Siehe Kap. C.I.8, Kap. C.I.9, Kap. C.I.10, Kap. C.I.11.

³⁶³ EuGH, Urt. v. 17.07.2008, Rs. C-94/07 (Rancanelli), NZA 2008, 995, Rn. 40 ff.; EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (Angonese), EuR 2000, 926, Rn. 29 ff.

³⁶⁴ EuGH, Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-320/00 (Lawrence), EuZW 2002, 639, Rn. 13; EuGH, Urt. v. 31.03.1981, Rs. 96/80 (Jenkins), NJW 1981, 2639; EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Rs. 43/75 (Defrenne/SABENA), NJW 1976, 2068, 2069.

³⁶⁵ EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs. C-58/80 (Dansk Supermarked), BeckRS 2004, 73363, Rn. 17.

³⁶⁶ EuGH, Urt. v. 16.03.2010, Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais), NZA 2010, 346, Rn. 30 ff.; EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval un Partneri), NZA 2008, 159, Rn. 98; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking), EuZW 2008, 246, Rn. 33 f.; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (Bosman), NJW 1996, 505, Rn. 82 ff.; EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 (Walrave und Koch), BeckRS 2004, 70975, Rn. 16/19.

telbarer Drittwirkung die Geltung in Privatrechtsverhältnissen über privatrechtliche „Einbruchstellen“ verstanden, wohingegen unmittelbare Drittwirkung die „isolierte“ Bindung Privater an die Diskriminierungsverbote meint. Auf terminologische Unterschiede im Unionsrecht³⁶⁷ kommt es daher nicht an. Zudem sei darauf hingewiesen, dass eine Untersuchung der Drittwirkung angesichts der bereits oben genannten etwaigen einfachgesetzlichen Diskriminierungsverbote keineswegs überflüssig ist. Erstens wurde noch gar nicht geprüft, inwiefern diese algorithmische Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit überhaupt erfassen. Zweitens unterschieden sich die sekundärrechtlichen Bestimmungen auch auf Rechtfertigungsebene von den Diskriminierungsverboten des AEUV. Und drittens ist es schließlich Ziel dieser Arbeit, den Rechtsrahmen algorithmischer Preisdiskriminierung umfassend darzustellen. Vorrangiges Sekundärrecht ist aber natürlich im Einzelfall als Ausschluss der Anwendbarkeit des jeweiligen primärrechtlichen Diskriminierungsverbots³⁶⁸ relevant.

aa) Warenverkehrsfreiheit

Im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit ist zunächst zu beachten, dass Art. 4 I Geoblocking-VO ggf. als spezielleres Sekundärrecht vorrangig heranzuziehen ist. Zwar wurde bislang noch nicht geprüft, inwiefern Art. 4 I Geoblocking-VO der algorithmischen Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit tatsächlich entgegensteht. Bereits an dieser Stelle sei aber vorweggenommen, dass die Unzulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit gem. Art. 4 I Geoblocking-VO nicht pauschal bejaht werden kann.³⁶⁹ Somit verbleibt auf jeden Fall ein Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit, in dem diese nicht durch die Geoblocking-VO verdrängt wird.

Die Rspr. des EuGH lässt bzgl. der Bindung Privater durch Art. 34, 35 AEUV eine klare Linie vermissen. In der Rs. *Dansk Supermarked* bejahte der EuGH noch eine unmittelbare Wirkung der Warenverkehrsfreiheit zwischen Privaten.³⁷⁰ In späteren Urteilen verneinte das Gericht eine derartige Dimension dagegen.³⁷¹ Zwar näherte sich der EuGH daraufhin in der Rs. *Fra.bo*

³⁶⁷ So wird laut *Kingreen* im Unionsrecht gar nicht zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung unterschieden: *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 694 (Stand: Februar 2020).

³⁶⁸ So bzgl. Art. 34, 35 AEUV: *Herdegen*, Europarecht, § 15, Rn. 4.

³⁶⁹ Siehe hierzu Kap. C.I.8.b)aa).

³⁷⁰ EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs. C-58/80 (*Dansk Supermarked*), BeckRS 2004, 73363, Rn. 17.

³⁷¹ EuGH, Urt. v. 06.06.2002, Rs. C-159/00 (*Sapod Audic*), NVwZ 2002, 1097, Rn. 74; EuGH, Urt. v. 01.10.1987, Rs. 311/85 (*VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*), BeckRS 2004, 70731, Rn. 30; vgl. auch EuGH, Urt. v. 05.04.1984, Rs. 177/82 (*van de Haar*), BeckRS 2004, 72008, Rn. 11 ff.

einer Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit zumindest wieder an.³⁷² Allerdings kann dieser Entscheidung keine allgemeine Bejahung der Drittwirkung der Art. 34, 35 AEUV entnommen werden,³⁷³ da es in dieser eher um die Zurechnung privaten Handelns an den Staat ging, also um eine von der Bindung Privater zu trennende Frage.³⁷⁴ Auch kann kein pauschaler Schluss aus der Rspr. des EuGH zu Art. 45 AEUV gezogen werden.³⁷⁵ Insgesamt ist die Haltung des EuGH daher als eher zurückhaltend zu interpretieren.³⁷⁶

Gegen eine Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit wird zudem vorgebracht, dass diese ein reines Beschränkungsverbot sei, mithin Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit gar nicht verbiete.³⁷⁷ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die Warenverkehrsfreiheit in der Variante der Maßnahme gleicher Wirkung sehr wohl auch ein besonderes Diskriminierungsverbot darstellt.³⁷⁸ In dieser Ausprägung ist dann aber, zumindest grundsätzlich, auch eine Bindung Privater konstruierbar.

Ob der Wortlaut der Art. 34, 35 AEUV die Normadressaten betreffend eher eng ist³⁷⁹ oder sich vielmehr diesbezüglich gerade nicht eindeutig festlegt³⁸⁰, wird unterschiedlich beurteilt. Freilich wäre die Bindung Privater aber eine konzeptionelle Ausnahme, adressieren Art. 34, 35 AEUV doch primär die Union und die Mitgliedstaaten.³⁸¹ Systematisch spräche ferner ein Umkehrschluss aus Art. 101, 102 AEUV, die definitiv private Akteure verpflichten, gegen eine Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit.³⁸² Andererseits wird die Vergleichbarkeit der Warenverkehrsfreiheit mit Art. 101, 102 AEUV in der Literatur bezweifelt.³⁸³ Gleichwohl sei Art. 34, 35 AEUV nach dem Vor-

³⁷² EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11 (Fra.bo), EuZW 2012, 797, Rn. 27 ff.

³⁷³ So aber *Kloepfer/Greve*, DVBl. 2013, 1148, 1152.

³⁷⁴ *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 89; *Haltern*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 34 AEUV, Rn. 38; *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 41 (Stand: September 2021); *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 45 AEUV, Rn. 28.

³⁷⁵ *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 89.

³⁷⁶ Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 40 (Stand: September 2021); *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 303.

³⁷⁷ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 170 (Stand: September 2021).

³⁷⁸ Siehe Kap. C.I.2.a)aa).

³⁷⁹ So *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 89.

³⁸⁰ So *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 303 mwN; *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 34 AEUV, Rn. 27.

³⁸¹ *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 303.

³⁸² *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 34 AEUV, Rn. 89; *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 303; vgl. auch EuGH, Urt. v. 05.04.1984, Rs. 177/82 (van de Haar), BeckRS 2004, 72008, Rn. 11 ff.

³⁸³ *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 307; *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 45 AEUV, Rn. 27.

bild des Art. XI I GATT entstanden, der auch keine Bindung gegenüber Privaten entfalte.³⁸⁴ Zudem nimmt der EuGH im Rahmen des Art. 36 AEUV auf mitgliedstaatliche Vorschriften Bezug,³⁸⁵ weshalb Art. 36 AEUV nach *W.Schroeder* zumindest kein zwingendes Argument für eine Drittwirkung sei³⁸⁶.

Zu Recht wird jedoch darauf hingewiesen, dass Art. 34, 35 AEUV im Zusammenhang mit dem vertraglichen Gesamtgefüge zu sehen sind. In diesem kommt ihnen die Funktion zu, Beschränkungen des freien Warenverkehrs sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zu verhindern bzw. zu verbieten. Zur konsequenten Verfolgung dieses Ziels und damit zur Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes erscheint es allerdings erforderlich, dass auch Private der Bindung an die Warenverkehrsfreiheit unterliegen. Durch sie kann dieses Ziel ebenfalls zumindest erschwert werden, vor allem dann, wenn in concreto kein Sekundärrecht greift.³⁸⁷ Allerdings ist auch hier die Privatautonomie als „immanente Schranke“ zu berücksichtigen,³⁸⁸ sodass die Bindung Privater jedenfalls auf das öffentliche Angebot von Waren zu beschränken ist.

bb) Dienstleistungsfreiheit

Art. 56 AEUV könnte durch den spezielleren Art. 20 II DL-RL verdrängt sein, sofern Letzterer anwendbar ist. Diesbezüglich sei aber an das Verbot der Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten (sog. Horizontalwirkung)³⁸⁹ erinnert. Deswegen kann für Drittwirkungs-Konstellationen das Fehlen von speziellerem Sekundärrecht zumindest insoweit keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten sein, als es sich dabei um Richtlinien handelt. Würde man deren Vorrang hier trotzdem annehmen, würde dies nämlich konsequenterweise zu einer unzulässigen Horizontalwirkung der jeweiligen Richtlinie führen. Daher steht Art. 20 II DL-RL der Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV nicht entgegen. Anders ist dies allerdings bzgl. Art. 4 I Geoblocking-VO. Die Anwendbarkeit der Geoblocking-VO ist jedoch gem.

³⁸⁴ *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 94.

³⁸⁵ EuGH, Urt. v. 22.06.1994, Rs. C-9/93 (Ideal Standard II), GRUR Int. 1994, 614, Rn. 33.

³⁸⁶ *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 45 AEUV, Rn. 27.

³⁸⁷ *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 304, Rn. 306; *Müller-Graff*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 202, 8 ff., 11 ff.; *Schaefer*, Die unmittelbare Wirkung der nichttarifären Handelshemmnisse, 180.

³⁸⁸ *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 306, Rn. 308.

³⁸⁹ EuGH, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-201/02 (Wells), BeckRS 2004, 74924, Rn. 56; EuGH, Urt. v. 26.02.1986, Rs. 152/84 (Marshall), NJW 1986, 2178, Rn. 48.

Art. 1 III Geoblocking-VO i.V.m. Art. 2 II DL-RL für einige Dienstleistungen ausgeschlossen. In diesen Fällen verbliebe also (mit Ausnahme von Verkehrsleistungen)³⁹⁰ ein Anwendungsbereich für Art. 56 AEUV.

Gegen eine Drittwirkung des Art. 56 AEUV wird die insoweit zurückhaltende Rspr. des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit vorgebracht.³⁹¹ Zudem könne eine solche Dimension der Dienstleistungsfreiheit nicht bloß auf den offenen Wortlaut des Art. 56 AEUV gestützt werden.³⁹² Teilweise wird auch eine Beschränkung der Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit auf unmittelbare Diskriminierungen vorgeschlagen, um den freien Markt nicht zu stark einzuschränken.³⁹³ *Kluth* spricht sich allerdings auch in diesen Fällen nur für eine mittelbare Drittwirkung aus.³⁹⁴ Der EuGH bejahte zwar bereits mehrfach eine unmittelbare Drittwirkung der Dienstleistungsfreiheit, beschränkte sich dabei aber stets auf privatrechtliche Vereinigungen mit Rechtssetzungsbefugnis.³⁹⁵ Gegen eine Übertragung dieser Rspr. auf die Bindung einzelner Privater spricht offenkundig, dass für private Vereinigungen mit Rechtssetzungsbefugnis gerade eine gewisse Machtposition charakteristisch ist, in der sich andere private Rechtssubjekte in der Regel nicht befinden. Zwar hat der EuGH in den Rs. *Angonese*³⁹⁶ und *Rancanelli*³⁹⁷ eine unmittelbare Geltung des Art. 45 AEUV auch für einzelne Private bejaht. Doch zeichnen sich auch Arbeitsverhältnisse typischerweise durch ein gewisses Machtungleichgewicht aus, weshalb bei einer pauschalen Übertragung dieser Rspr. auf Art. 56 AEUV Vorsicht geboten ist.³⁹⁸

Allerdings widerspricht auch³⁹⁹ bzgl. der Dienstleistungsfreiheit eine generelle Ablehnung der Bindung Privater der tragenden Funktion dieser Grundfreiheit im vertraglichen Gesamtkonzept.⁴⁰⁰ Der freie Dienstleistungsverkehr kann nur dann gewährleistet werden, wenn auch Private an Art. 56 AEUV

³⁹⁰ Siehe Kap. C.I.2.a)bb).

³⁹¹ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 48.

³⁹² *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 51; *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 65.

³⁹³ *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 119.

³⁹⁴ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 52.

³⁹⁵ EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (*Laval un Partneri*), NZA 2008, 159, Rn. 98; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*), EuZW 2008, 246, Rn. 33 f.; EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74 (*Walrave und Koch*), BeckRS 2004, 70975, Rn. 16/19.

³⁹⁶ EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese*), EuR 2000, 926, Rn. 29 ff.

³⁹⁷ EuGH, Urt. v. 17.07.2008, Rs. C-94/07 (*Rancanelli*), NZA 2008, 995, Rn. 40 ff.

³⁹⁸ *Haltern/Stein*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 56 AEUV, Rn. 52; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 65; trotzdem für eine Übertragung auf Art. 56 AEUV: *Birkemeyer*, EuR 2010, 662, 675 f.; wohl auch *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 168 (Stand: September 2021).

³⁹⁹ Siehe zur Warenverkehrsfreiheit bereits Kap. C.I.2.c)aa).

⁴⁰⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 45 AEUV, Rn. 66.

gebunden sind,⁴⁰¹ zumindest, wenn diese Dienstleistungen öffentlich anbieten.

cc) Allgemeines Diskriminierungsverbot

Auf Art. 18 AEUV ist nur zurückzugreifen, wenn Preise für Verkehrsdienstleistungen nach Staatsangehörigkeit personalisiert werden.⁴⁰² Daher geht hier weder Art. 20 II DL-RL (vgl. Art. 2 II DL-RL) noch Art. 4 I Geoblocking-VO (vgl. Art. 1 III Geoblocking-VO i.V.m. Art. 2 II DL-RL) vor. Allerdings sind bei der Personalisierung von Preisen im Rahmen von Verkehrsdienstleistungen Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011 und Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO zu beachten. Jedenfalls für den Eisenbahnverkehr verbleibt aber wegen des derzeit noch fehlenden sekundärrechtlichen Diskriminierungsverbots⁴⁰³ ein Anwendungsbereich für Art. 18 AEUV.

Art. 18 AEUV erfordere hinsichtlich dessen Drittwirkung laut *Roth* eine von den Grundfreiheiten unabhängige Auslegung.⁴⁰⁴ Der EuGH nahm eine solche, wenn überhaupt,⁴⁰⁵ auch hier nur für private Vereinigungen mit Rechtssetzungsbefugnis an.⁴⁰⁶ Daher wollen sich einige Autoren an den Grundfreiheiten orientieren⁴⁰⁷ und teilweise sogar die entsprechende Rspr. auf Art. 18 AEUV übertragen⁴⁰⁸. Danach wäre dann zumindest ein gewisses Machtungleichgewicht nötig, damit das allgemeine Diskriminierungsverbot Private bindet.⁴⁰⁹ Allerdings brächte eine derartige Einschränkung nicht un-

⁴⁰¹ *Haltern/Stein*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 56 AEUV, Rn. 52.

⁴⁰² Siehe Kap. C.I.2.a)cc).

⁴⁰³ Siehe hierzu Kap. C.I.10.

⁴⁰⁴ *Roth*, in: FS Everling, 1231, 1241 f.

⁴⁰⁵ In der Rs. *Ferlini* dagegen nur einen Fall der Zurechnung privaten Handelns an den Staat sehend: *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Fn. 146; vgl. auch *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 688 (Stand: Februar 2020); *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 44.

⁴⁰⁶ EuGH, Urt. v. 03.10.2000, Rs. C-411/98 (*Ferlini*), EuZW 2001, 26, Rn. 50.

⁴⁰⁷ *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 18 AEUV, Rn. 63.

⁴⁰⁸ *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 26 (Stand: September 2021); *Drechsler/Harenberg*, EuZW 2021, 157, 159; *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 45; *Lorenzmeier*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 3; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 1. Auflage, § 45, Rn. 14; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 117; gegen eine Übertragung der Rspr. des EuGH in der Rs. *Defrenne II: Rossi*, EuR 2000, 197, 217; ebenfalls zumindest die generelle Übertragbarkeit ablehnend: *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 45.

⁴⁰⁹ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 41; *Lorenzmeier*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 3; *Rust*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 44; vgl. auch *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/

erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.⁴¹⁰ Gegen eine Drittwirkung wird zudem auch hier ein Umkehrschluss aus Art. 101 f. AEUV angeführt.⁴¹¹ Ferner sei Art. 18 AEUV als staatengerichtetes Diskriminierungsverbot konzipiert⁴¹² und die Privatautonomie des Einzelnen müsse vor Eingriffen durch ein solches Gleichbehandlungsgebot geschützt werden⁴¹³.

Dieser Schutz kann allerdings auch, jeweils einzelfallabhängig, im Rahmen der Rechtfertigung durch eine Abwägung und angemessene Gewichtung der Privatautonomie gewährleistet werden.⁴¹⁴ Zudem hielte sich der Eingriff in die Privatautonomie dadurch in Grenzen, dass sich das Verbot auf Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit beschränkt.⁴¹⁵ Ferner ist die Gleichbehandlung aller Unionsbürger unabhängig von der Staatsangehörigkeit ein gewichtiges Kernelement der Verträge.⁴¹⁶ Die Verwirklichung dieser Gleichbehandlung erfordert aber die Erstreckung des Art. 18 AEUV auf Privatrechtsbeziehungen⁴¹⁷ und somit eine Drittwirkung des allgemeinen Diskriminierungsverbots⁴¹⁸.

Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 27 (Stand: September 2021), der jedenfalls in derartigen Konstellationen eine Bindung Privater fordert; *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 18 AEUV, Rn. 64; *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 18 AEUV, Rn. 4, der eine Drittwirkung zumindest im Arbeitsrecht annimmt.

⁴¹⁰ *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 45.

⁴¹¹ Vgl. *Rossi*, EuR 2000, 197, 217.

⁴¹² *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 45.

⁴¹³ *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 45; *Khan/Henrich*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 4; *Rossi*, EuR 2000, 187, 217; *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 18 AEUV, Rn. 4; vgl. auch *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 117; *Cede*, in: Jaeger/Stöger, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 29 (Stand: Juli 2021); *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 44.

⁴¹⁴ *Bleckmann*, in: Bleckmann, Europarecht, Rn. 1770; vgl. auch *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 28 (Stand: September 2021); *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 117; *Rossi*, EuR 2000, 197, 217.

⁴¹⁵ *Von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 28 (Stand: September 2021).

⁴¹⁶ Vgl. *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 28 (Stand: September 2021).

⁴¹⁷ *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 26 (Stand: September 2021); *Drechsler/Harenberg*, EuZW 2021, 157, 159; *Rust*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 42; vgl. auch *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 174.

⁴¹⁸ So im Ergebnis auch *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 262; eine solche wohl zumindest für möglich haltend: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1079.

dd) Übergreifende Betrachtung

Zwar mag es hinsichtlich einzelner Diskriminierungsverbote spezielle Argumente bzgl. deren Drittwirkung geben, die nicht auf die anderen Garantien des AEUV übertragbar sind.⁴¹⁹ Im Endeffekt geht es im Rahmen der Drittwirkungsproblematik aber bei allen hier relevanten Diskriminierungsverboten des AEUV um einen Konflikt zwischen deren Zielen und der Privatautonomie. Daher ist insofern eine übergreifende Betrachtung angezeigt.

Natürlich bewirkt eine unmittelbare Bindung Privater an die Grundfreiheiten einen erheblichen Eingriff in die Privatautonomie und die Freiheit des Marktes.⁴²⁰ Dieser ließe sich durch eine Beschränkung der unmittelbaren Drittwirkung auf unmittelbare Diskriminierungen⁴²¹ bzw. auf Konstellationen, die von einem mit dem Staat-Bürger-Verhältnis vergleichbaren Machtverhältnis geprägt sind,⁴²² abmildern. Ebenfalls möglich erscheint für einzelne Private, in Abgrenzung zu privatrechtlichen Vereinigungen mit Rechtssetzungsbefugnis, eine Beschränkung auf die mittelbare Drittwirkung.⁴²³ Auch sind die Grundfreiheiten primär als an die Union und die Mitgliedstaaten gerichtete Bestimmungen konzipiert.⁴²⁴ Ferner ist auch der systematische Vergleich mit Art. 101 f. AEUV⁴²⁵ sowie die Systematik und Konzeption der Verträge und vor allem der Grundfreiheiten⁴²⁶ ein allgemeines Argument, das gegen die Drittwirkung aller Diskriminierungsverbote ins Feld geführt werden kann. Zudem wird von Teilen der Literatur angeführt, eine unmittelbare Bindung Privater sei unvereinbar mit dem Vorbehalt des Ge-

⁴¹⁹ Vgl. *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 164 (Stand: September 2021); *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 158; *Roth*, in: FS Everling, 1231, 1241 f.; a.A. wohl *Drechsler/Harenberg*, EuZW 2021, 157, 159, die in der Rspr. des EuGH zu Art. 45 AEUV ein Argument für die unmittelbare Drittwirkung aller Grundfreiheiten sehen.

⁴²⁰ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 166 (Stand: September 2021); *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 117.

⁴²¹ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 169 (Stand: September 2021).

⁴²² Vgl. *Ludwigs/Weidermann*, Jura 2014, 152, 158; *Drechsler/Harenberg*, EuZW 2021, 157, 160, die jedenfalls in derartigen Situationen eine Bindung Privater an die Grundfreiheiten fordern.

⁴²³ So *Röthel*, EuR 2001, 908, 914; wohl auch *Roth*, in: FS Everling, 1231, 1239.

⁴²⁴ Vgl. *Ehlers*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 IV 3, Rn. 60.

⁴²⁵ *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 143; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 464; *Roth*, in: FS Everling, 1231, 1242.

⁴²⁶ *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 261; *Streinz/Leible*, EuZW 2000, 459, 461, 466 f., die vor allem auf die für private Akteure offensichtlich nicht passenden Rechtfertigungsgründe verweisen; vgl. auch *Roth*, in: FS Everling, 1231, 1241.

setzes⁴²⁷ und werfe kompetenzrechtliche Fragen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten auf,⁴²⁸ die man durch eine Beschränkung auf die Schutzpflichten-Dimension der Diskriminierungsverbote vermeiden könne⁴²⁹.

Allerdings kann dem durch die unmittelbare Bindung bewirkten Eingriff in entgegenstehende Freiheitsrechte Privater im Rahmen der Rechtfertigung Rechnung getragen werden,⁴³⁰ zumal die Diskriminierungsverbote auf das Merkmal der Staatsangehörigkeit beschränkt und somit „überschaubar“ sind⁴³¹. Daher sind auch pauschale Einschränkungen der unmittelbaren Drittwirkung auf Machtasymmetrien oder direkte Diskriminierungen überflüssig. Außerdem würde eine Begrenzung auf unmittelbare Diskriminierungen gerade für neue Technologien diverse Schlupflöcher schaffen, da diese in den meisten Fällen mit Geolokalisierung arbeiten, durch die (nahezu) die gleiche Differenzierung vorgenommen werden kann. Des Weiteren stellen die Diskriminierungsverbote für den mit einer unmittelbaren Bindung Privater verbundenen Eingriff in Freiheitsrechte gerade selber die Ermächtigungsgrundlage dar, wenn man ihnen eben eine unmittelbare Drittwirkung zuspricht, worum sich die Diskussion ja gerade dreht. Auch wird eine Tendenz in der Rspr. des EuGH hin zur unmittelbaren Bindung einzelner Privater gesehen.⁴³² Ferner ist eine Argumentation mit Wortlaut und Systematik im Rahmen der Drittwirkungsproblematik immer schwierig, da es bei dieser ja gerade um eine Ausnahme vom herkömmlichen System geht.⁴³³ Dies ändert aber nichts daran, dass die Annahme einer Drittwirkung trotzdem angebracht sein kann, um wertungsmäßigen Grundentscheidungen umfassende Geltung zu verschaffen. Letztlich spricht vor allem die konsequente und effektive (vgl. Art. 4 III EUV) Verfolgung der Ziele der hier relevanten Diskriminierungsverbote dafür, eine unmittelbare Bindung Privater anzunehmen.⁴³⁴ Diese Vorschriften verkörpern in besonderer Weise die Verwirkli-

⁴²⁷ Kluth, AÖR 1997, 557, 579 f.

⁴²⁸ Streinz/Leible, EuZW 2000, 459, 461, 466 f.; vgl. auch Kingreen, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 689 (Stand: Februar 2020).

⁴²⁹ Streinz/Leible, EuZW 2000, 459, 461, 466 f.

⁴³⁰ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 69; vgl. auch Kluth, AÖR 1997, 557, 579 f., der auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinweist; Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 117; a.A. Classen, EuR 2004, 416, 431, der im Rahmen der unmittelbaren Drittwirkung keine Rechtfertigungsmöglichkeiten sieht.

⁴³¹ So zu Art. 18 AEUV von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 28 (Stand: September 2021).

⁴³² Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 163 (Stand: September 2021).

⁴³³ Folgerichtig skeptisch gegenüber dem Umkehrschluss aus Art. 101 f. AEUV: Kluth, AÖR 1997, 557, 573.

⁴³⁴ Müller-Graff, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV, Rn. 68; Ganten, Die Dritt-

chung eines einheitlichen Binnenmarktes als Leitprinzip der Verträge, mit dem auch eine Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit zwischen Privaten unvereinbar ist.⁴³⁵

Daher sind Anbieter, die im Rahmen des öffentlichen Angebots von Waren oder Dienstleistungen (welches im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung in aller Regel zu bejahen ist) Preise personalisieren, an die hier dargestellten Diskriminierungsverbote des AEUV unmittelbar gebunden. Daraus folgt ferner erst recht eine mittelbare Drittwirkung dieser Bestimmungen. Auf diese ist im Rahmen der einfachgesetzlichen Betrachtung zurückzukommen, sofern Anlass dazu besteht.

d) Rechtfertigung personalisierter Preise nach Staatsangehörigkeit

Im Folgenden ist zu erörtern, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen personalisierte Preise nach Staatsangehörigkeit im Rahmen der hier relevanten Diskriminierungsverbote des AEUV gerechtfertigt sein können. Erforderlich hierfür wäre jedenfalls die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁴³⁶ Darüber hinaus müsste ein Rechtfertigungsgrund greifen.

aa) Herkömmliche Rechtfertigungsgründe

Um die Frage zu klären, ob im Rahmen der Bindung Privater eine Anpassung der Rechtfertigungsgründe, die für die Union und die Mitgliedstaaten gelten, erforderlich ist, sind diese hier als „herkömmlich“ bezeichneten Rechtfertigungsgründe kurz darzustellen.

(1) Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Zu Art. 18 AEUV existieren keine geschriebenen Rechtfertigungsgründe. Zwar finden sich solche bzgl. der Warenverkehrsfreiheit in Art. 36 AEUV und bzgl. der Dienstleistungsfreiheit in Art. 62 i.V.m. 52 I AEUV. Allerdings ist für die Personalisierung von Preisen nach Staatsangehörigkeit keiner der dort genannten Gründe passend, insbesondere geht es hierbei nicht um das gewerbliche oder kommerzielle Eigentum (vgl. Art. 36 AEUV) des Anbieters.

wirkung der Grundfreiheiten, 114 f., 119; den Effektivitätsgrundsatz betonend, wenn auch eine unmittelbare Bindung einzelner Privater trotzdem ablehnend: *Röthel*, EuR 2001, 908, 914; zum gleichen Ergebnis kommend, allerdings unter ausschließlicher Anwendung des Art. 18 AEUV in Drittwirkungs-Konstellationen: *Jaensch*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 262.

⁴³⁵ *Drechsler/Harenberg*, EuZW 2021, 157, 159; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 167 (Stand: September 2021); *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 306; vgl. auch *W. Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 34 AEUV, Rn. 27.

⁴³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 (Gebhard), NJW 1996, 579, Rn. 37.

(2) Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Es bliebe somit nur der Rückgriff auf ungeschriebene Rechtfertigungsgründe. Grundlegend ist insoweit die Cassis-Formel des EuGH, nach der ein Eingriff in Art. 34 AEUV ferner gerechtfertigt ist,

„soweit (diese) Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“⁴³⁷.

Die Möglichkeit der Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls wurde zudem auf Art. 56 AEUV⁴³⁸ übertragen. Zwar ist der EuGH bzgl. Art. 18 AEUV weniger deutlich und verlangt hier für eine Rechtfertigung „nur“ objektive und von der Staatsangehörigkeit unabhängige Gründe.⁴³⁹ Trotzdem ist auch für die Rechtfertigung von Eingriffen in das allgemeine Diskriminierungsverbot zur Herstellung eines Gleichlaufs mit den speziellen Diskriminierungsverboten ein Allgemeininteresse erforderlich.⁴⁴⁰ Ein solches liegt nicht vor, wenn die Diskriminierung rein wirtschaftliche Gründe hat.⁴⁴¹ Zwar erscheint durch personalisierte Preise eine Quersubventionierung und eine damit verbundene Steigerung der Gesamtverbraucherwohlfahrt möglich und wurde sogar schon in ökonomischen Studien nachgewiesen. Allerdings kann ein solcher Effekt mitnichten stets angenommen werden, wenn im Rahmen einer Preispersonalisierung an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Vielmehr handelt es sich bei der Quersubventionierung um ein theoretisches Modell, das von zahlreichen Fakto-

⁴³⁷ EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78 (Cassis de Dijon), GRUR Int. 1979, 468, Rn. 8.

⁴³⁸ EuGH, Urt. v. 17.12.1981, Rs. 279/80 (Webb), NJW 1982, 1203, 1204; EuGH, Urt. v. 18.03.1980, Rs. 52/79 (Debauve), GRUR Int. 1980, 608, Rn. 12; EuGH, Urt. v. 03.12.1974, Rs. 33/74 (Van Binsbergen), NJW 1975, 1095.

⁴³⁹ EuGH, Urt. v. 27.03.2014, Rs. C-322/13 (Grauel Rüffer), EuZW 2014, 393, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-524/06 (Heinz Huber), MMR 2009, 171, Rn. 75; EuGH, Urt. v. 05.06.2008, Rs. C-164/07 (Wood), EuZW 2008, 477, Rn. 13; EuGH, Urt. v. 02.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), BeckRS 2004, 74436, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 23.01.1997, Rs. C-29/95 (Pastoors), NZV 1997, 234, Rn. 19; EuGH, Urt. v. 10.02.1994, Rs. C-398/92 (Mund und Fester), NJW 1994, 1271, Rn. 17.

⁴⁴⁰ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 39; *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 18 AEUV, Rn. 63; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, § 18 AEUV, Rn. 63; vgl. auch *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 21.

⁴⁴¹ EuGH, Urt. v. 16.01.2003, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), EuZW 2003, 186, Rn. 22; EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-35/98 (Verkooijen), WM 2000, 1862, Rn. 48; EuGH, Urt. v. 28.04.1998, Rs. C-120/95 (Decker), EuZW 1998, 343, Rn. 39; EuGH, Urt. v. 28.04.1998, Rs. C-158/96 (Kohll), NJW 1998, 1771, Rn. 41; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 63.

ren abhängig ist.⁴⁴² Die Behauptung, durch personalisierte Preise nach Staatsangehörigkeit würden Allgemeininteressen verfolgt, lässt sich hierauf jedenfalls nicht stützen. Vielmehr verfolgen Anbieter, die sich derartiger Preisstrategien bedienen, mit diesen in erster Linie rein unternehmerische Interessen, nämlich eine Steigerung ihres Umsatzes. Daher greift auch der ungeschriebene Rechtfertigungsgrund der Allgemeinwohlinteressen in dieser Konstellation nicht. Wenn man Anbietern, die Preise nach Staatsangehörigkeit personalisieren, eine Rechtfertigungsmöglichkeit erhalten möchte, wäre somit über eine Anpassung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe auf Drittwirkungs-Konstellationen nachzudenken.

(3) Anwendbarkeit ungeschriebener Rechtfertigungsgründe

Um den Rahmen ggf. erforderlicher Anpassungen der Rechtfertigungsvoraussetzungen für Drittwirkungs-Konstellationen abzustecken, ist ferner zu klären, ob sich die Rechtfertigungsvoraussetzungen in Abhängigkeit der Diskriminierungsform (mittelbare oder unmittelbare Diskriminierung) unterscheiden. Dies ist für die rechtliche Beurteilung algorithmischer Preispersonalisierung relevant, denn insoweit sind sowohl direkte Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit (über Angabe in Maske oder Kundenaccount) als auch indirekte Differenzierungen (über den Standort) denkbar. Vor allem ist umstritten, wann eine Rechtfertigungsmöglichkeit durch ungeschriebene Gründe, unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen dieser Gründe, grundsätzlich besteht. Bzgl. Art. 18 AEUV bleibt nur die Möglichkeit der Rechtfertigung durch ungeschriebene Gründe. Teilweise wird dieser daher als absolutes Diskriminierungsverbot interpretiert, sodass hier überhaupt keine Rechtfertigung möglich ist.⁴⁴³ Nach *Holoubek* sind im Rahmen des Art. 18 AEUV dagegen nur mittelbare Diskriminierungen einer Rechtfertigung zugänglich.⁴⁴⁴ Doch sprechen sich auch einige Stimmen in der Literatur dafür aus, dass im Rahmen des allgemeinen Diskriminierungsverbots eine Rechtfertigungsmöglichkeit grundsätzlich sowohl für mittelbare als auch für unmittelbare Diskriminierungen besteht.⁴⁴⁵ Für Art. 34, 35 AEUV wird eine

⁴⁴² Siehe Kap. B.II.2.b)bb).

⁴⁴³ *Feige*, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, 44 ff.; *Hauschka*, NVwZ 1990, 1155; *Reitmaier*, Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, 35 ff.; *Thümmel*, EuZW 1994, 242, 243.

⁴⁴⁴ *Holoubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 18 AEUV, Rn. 22.

⁴⁴⁵ *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 18 AEUV, Rn. 23 (Stand: September 2021); *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 38; *Hilpold*, in: Niedobitek, EUR Politiken, § 12, Rn. 24; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 1. Auflage, § 45, Rn. 37; *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 78; *Rossi*, EuR 2000, 197, 212 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 61; *Streinz/Leible*, IPrax 1998, 162, 168.

Rechtfertigung durch ungeschriebene Gründe teilweise nur in Fällen, in denen Beschränkungen unterschiedslos für einheimische und eingeführte Waren gelten, für möglich erachtet.⁴⁴⁶ Mit dieser Umschreibung ist wohl eine Beschränkung auf mittelbare Diskriminierungen intendiert,⁴⁴⁷ obwohl auch lediglich mittelbar diskriminierende Beschränkungen als nicht unterschiedslos auf einheimische und eingeführte Waren geltend interpretiert werden könnten⁴⁴⁸. Hintergrund für die Begrenzung ist, dass die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe gerade geschaffen wurden, um die Erweiterung des Tatbestandes im Rahmen mittelbarer Diskriminierungen auszugleichen. Ferner sei der unmittelbar Diskriminierende weniger schutzbedürftig.⁴⁴⁹ Auch für Art. 56 AEUV wird bei unmittelbaren Diskriminierungen ein Ausschluss der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe vorgeschlagen.⁴⁵⁰ Die Rechtsprechung des EuGH kann insgesamt als uneinheitlich bezeichnet werden.⁴⁵¹ So lehnte er eine Rechtfertigung direkter Diskriminierungen durch ungeschriebene Gründe zwar bereits mehrfach ausdrücklich ab.⁴⁵² Allerdings lässt vor allem die Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit⁴⁵³ auch Tendenzen

⁴⁴⁶ EuGH, Urt. v. 14.09.2006, Rs. C-158/04 (Alfa Vita Vassilopoulos), LMRR 2006, 28, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 25.07.1991, verb. Rs. C-1/90, C-176/90 (Aragonesa), GRUR Int. 1993, 221, Rn. 13; EuGH, Urt. v. 11.05.1989, Rs. 25/88 (Strafverfahren gegen Wurmser u.a.), NJW 1990, 3066, Rn. 10; EuGH, Urt. v. 10.01.1985, Rs. 229/83 (Leclerc), GRUR Int. 1985, 190, Rn. 28 f.; EuGH, Urt. v. 10.11.1982, Rs. 261/81 (Rau/De Smedt), GRUR Int. 1983, 293, Rn. 12; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 34 AEUV, Rn. 13.

⁴⁴⁷ *Haltern*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 34 AEUV, Rn. 225; vgl. auch *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 22.

⁴⁴⁸ So *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 195; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn. 34; dieser Interpretation folgte der EuGH auch bereits selber: EuGH, Urt. v. 10.01.1985, Rs. 229/83 (Leclerc), GRUR Int. 1985, 190, Rn. 26, Rn. 28 f.; EuGH, Urt. v. 06.11.1984, Rs. 177/83 (Kohl/Ringelhan), NJW 1985, 1276, Rn. 15.

⁴⁴⁹ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 103 (Stand: September 2021).

⁴⁵⁰ *Khan/Eisenhut*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 57 AEUV, Rn. 36; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 57 AEUV, Rn. 78; *Koloubek*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 111; *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 56 AEUV, Rn. 44.

⁴⁵¹ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn. 84; *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 18 AEUV, Rn. 31.

⁴⁵² EuGH, Urt. v. 14.09.2006, Rs. C-158/04 (Alfa Vita Vassilopoulos), LMRR 2006, 28, Rn. 20; EuGH, Urt. v. 29.04.1999, Rs. C-224/97 (Ciola), NJW 1999, 2355, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 09.07.1992, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), NVwZ 1992, 871, Rn. 34.

⁴⁵³ EuGH, Urt. v. 01.07.2014, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft AB), NVwZ 2014, 1073, Rn. 55, Rn. 76 ff.; EuGH, Urt. v. 11.12.2008, Rs. C-524/07 (Kommission/Österreich), BeckRS 2008, 71313, Rn. 57 ff.; EuGH, Urt. v. 15.03.2007, Rs. C-54/05 (Kommission/Finnland), BeckRS 2007, 70194, Rn. 40 ff., Rn. 44 ff.; EuGH, Urt. v. 13.03.2001, Rs.

in die andere Richtung erkennen.⁴⁵⁴ Auch im Rahmen von Art. 18 AEUV zeigte sich der EuGH bereits offen für eine Rechtfertigung direkter Diskriminierungen durch ungeschriebene Gründe.⁴⁵⁵ Zunächst ist festzuhalten, dass diese Problematik für alle Diskriminierungsverbote des AEUV einheitlich zu klären ist, da diese auch allesamt das gleiche übergeordnete Ziel verfolgen.⁴⁵⁶ Ausgehend davon kann nicht ignoriert werden, dass der Gedanke hinter den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen, nämlich einen Rechtsgüterausgleich im konkreten Fall zu schaffen, unabhängig von der Art der Diskriminierung sinnvoll und erstrebenswert ist.⁴⁵⁷ Dies gilt umso mehr, als die Verbote direkter und indirekter Diskriminierungen auf dem gleichen Grund beruhen bzw. das gleiche Ziel verfolgen.⁴⁵⁸ Es ist schlicht nicht nachvollziehbar, ungeschriebene Rechtfertigungsgründe bei unmittelbaren Diskriminierungen von vornherein unangewendet zu lassen,⁴⁵⁹ zumal der gesteigerten Intensität derartiger Diskriminierungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden kann.⁴⁶⁰ Daher ergibt es auch keinen Sinn, an den eher formalen Gründen festzuhalten, auf die eine Unanwendbarkeit der ungeschriebenen Gründe bei unmittelbaren Diskriminierungen gestützt wird. Eine generelle Möglichkeit der Rechtfertigung durch ungeschriebene Gründe ist dagegen die flexiblere und daher interessengerechtere Lösung und somit zu bevorzugen. Es kann daher auch offenbleiben, ob im Rahmen von Drittwirkungs-Konstellationen zusätzliche Argumente⁴⁶¹ für dieses Ergebnis sprechen.

C-379/98 (PreussenElektra), EuZW 2001, 242, Rn. 71 ff.; EuGH, Urt. v. 14.07.1998, Rs. C-389/96 (Aher-Waggon), NVwZ 1998, 1057, Rn. 18 ff.; EuGH, Urt. v. 28.04.1998, Rs. C-120/95 (Decker), EuZW 1998, 343, Rn. 39 ff.; EuGH, Urt. v. 09.07.1992, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), NVwZ 1992, 871, Rn. 34 ff.

⁴⁵⁴ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 105 (Stand: September 2021); *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 196 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn. 34.

⁴⁵⁵ EuGH, Urt. v. 02.10.1997, Rs. C-122/96 (Saldanha), NJW 1997, 3299, Rn. 27 ff.; EuGH, Urt. v. 20.03.1997, Rs. C-323–95 (Hayes/Kronenberger), NJW 1998, 2127, Rn. 24.

⁴⁵⁶ Vgl. *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 18 AEUV, Rn. 29; *Rossi*, EuR 2000, 197, 213.

⁴⁵⁷ *Becker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 36 AEUV, Rn. 42.

⁴⁵⁸ Bzgl. Art. 18 AEUV: *Kingreen*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 13, Rn. 25; vgl. auch *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 38; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 788 f.; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 61.

⁴⁵⁹ So im Ergebnis auch *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn. 34; wohl auch *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 36 AEUV, Rn. 196 f.

⁴⁶⁰ *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 34 AEUV, Rn. 105 (Stand: September 2021); vgl. auch *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 38; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 61.

⁴⁶¹ Hierzu mit Verweis auf die Rspr. des EuGH in der Rs. *Bosman*: *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 36 AEUV, Rn. 84.

bb) Anpassung der Rechtfertigungsvoraussetzungen

Es stellt sich somit lediglich die Frage, ob bzw. inwiefern die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe im Rahmen der Drittwirkung der Diskriminierungsverbote anzupassen sind. Unabhängig davon, dass die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch in Drittwirkungsfällen stets erforderlich ist,⁴⁶² hat sich der EuGH in der Rs. *Angonese* vom Erfordernis eines zwingenden Gemeinwohlinteresses gelöst, indem er sachliche und von der Staatsangehörigkeit unabhängige Gründe hat ausreichen lassen.⁴⁶³ Zwar hat der Gerichtshof in anderen Urteilen am Allgemeinwohlinteresse als Rechtfertigungsgrund festgehalten.⁴⁶⁴ So ist es wohl auch zu verstehen, wenn der EuGH den Schutz von Grundrechten als Rechtfertigungsgrund verlangt⁴⁶⁵. In den Rs. *Olympique Lyonnais*⁴⁶⁶ und *Bosman*⁴⁶⁷ ordnete der Gerichtshof allerdings in fragwürdiger Weise die Förderung von Nachwuchsfußballern durch europäische Profivereine als zwingendes Allgemeinwohlinteresse ein, interpretierte den Begriff also sehr weit. Ferner ging es in allen vier Fällen, in denen der EuGH an der Notwendigkeit zwingender Gemeinwohlinteressen festhielt, um die Bindung privater Vereinigungen mit Rechtssetzungshoheit. Aus diesen Urteilen kann daher nicht geschlossen werden, dass auch einzelne Private zwingende Allgemeinwohlinteressen verfolgen müssen, damit eine durch sie bewirkte Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit gerechtfertigt ist.⁴⁶⁸ Vielmehr setzt eine Erweiterung des Adressatenkreises auf einzelne Private voraus, dass auch die Rechtfertigungsvoraussetzungen ange-

⁴⁶² Vgl. EuGH, Urt. v. 16.03.2010, Rs. C-325/08 (*Olympique Lyonnais*), NZA 2010, 346, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (*Laval un Partneri*), NZA 2008, 159, Rn. 101 ff.; EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*), EuZW 2008, 246, Rn. 45 ff.; EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese*), EuR 2000, 926, Rn. 42; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Bosman*), NJW 1996, 505, Rn. 105 ff., Rn. 135; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 184 (Stand: September 2021).

⁴⁶³ EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese*), EuR 2000, 926, Rn. 42; ebenso verfuhr der EuGH bei Art. 157 AEUV, freilich mit dem Unterschied, dass die Diskriminierung in diesen Fällen unabhängig vom Geschlecht sein muss: EuGH, Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-320/00 (*Lawrence*), EuZW 2002, 639, Rn. 12; EuGH, Urt. v. 31.03.1981, Rs. 96/80 (*Jenkins*), NJW 1981, 2639.

⁴⁶⁴ EuGH, Urt. v. 16.03.2010, Rs. C-325/08 (*Olympique Lyonnais*), NZA 2010, 346, Rn. 38; EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (*Laval un Partneri*), NZA 2008, 159, Rn. 101 ff.; EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Bosman*), NJW 1996, 505, Rn. 106, Rn. 121 ff.

⁴⁶⁵ So EuGH, Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (*Viking*), EuZW 2008, 246, Rn. 45 ff.

⁴⁶⁶ EuGH, Urt. v. 16.03.2010, Rs. C-325/08 (*Olympique Lyonnais*), NZA 2010, 346, Rn. 39.

⁴⁶⁷ EuGH, Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (*Bosman*), NJW 1996, 505, Rn. 106.

⁴⁶⁸ So bezogen auf die Rs. *Bosman* auch *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 181 (Stand: September 2021).

passt werden.⁴⁶⁹ Schließlich sind Private im Unterschied zur Union und den Mitgliedstaaten auch nicht dem Gemeinwohl verpflichtet.⁴⁷⁰ Ihnen muss aber eine (realistische) Rechtfertigungsmöglichkeit bleiben, da ein absolutes Diskriminierungsverbot für Private offensichtlich unvereinbar mit kollidierenden Freiheitsrechten (insbesondere Art. 16 GRCh) wäre.⁴⁷¹ Daher ist der Rspr. des EuGH in der Rs. *Angonese* zu folgen. Die dort geforderten sachlichen Erwägungen sind deutlich weiter als die Rechtfertigungsgründe, die für die Union und die Mitgliedstaaten gelten und erfassen auch wirtschaftliche Erwägungen.⁴⁷² So erkannte der EuGH im konkreten Fall das Verlangen des potenziellen Arbeitgebers nach einem Sprachdiplom des Bewerbers grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund an.⁴⁷³

cc) Rechtfertigung automatisierter Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit

Daher ist zu prüfen, ob durch Algorithmen gebildete und nach Staatsangehörigkeit differenzierende Preise nach den vom EuGH in der Rs. *Angonese* aufgestellten Voraussetzungen gerechtfertigt sind.

Hierfür müssten Anbieter mit dieser Preisstrategie zunächst einen sachlichen und von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Grund verfolgen. Die Sachlichkeit des Grundes (Umsatzsteigerung durch Abschöpfen der individuellen Zahlungsbereitschaft) muss an dieser Stelle aus den gleichen Gründen wie im Rahmen von Art. 3 GG⁴⁷⁴ bejaht werden. Daran ändert auch die Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium nichts. Zudem ist irrelevant, dass der Grund rein wirtschaftlicher Natur ist. Auch ist dieser von der Staatsangehörigkeit unabhängig, da diese „lediglich“ das Differenzierungskriterium und eben gerade nicht den Differenzierungsgrund darstellt. Die Unabhängigkeit des Differenzierungsgrundes von der Staatsangehörigkeit kann dagegen nicht verlangen, dass wegen diesem nicht an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, da dann bereits gar keine Diskriminierung vorläge. Somit ist der Grund für algorithmische Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit sachlich und von dieser unabhängig.

⁴⁶⁹ Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 V, Rn. 63; Haltern/Stein, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 56 AEUV, Rn. 55.

⁴⁷⁰ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 181 (Stand: September 2021); Steindorff, in: FS Lerche, 575, 584; vgl. auch Classen, EuR 2004, 416, 431.

⁴⁷¹ Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 182 (Stand: September 2021).

⁴⁷² Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 182 (Stand: September 2021); Forsthoff, EWS 2000, 389, 395.

⁴⁷³ EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98 (*Angonese*), EuR 2000, 926, Rn. 44.

⁴⁷⁴ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(2)(a).

Ferner müsste die automatisierte Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit verhältnismäßig sein. Die Legitimität des Ziels, die Geeignetheit und die Erforderlichkeit (soweit sich diese auf das Vorhandensein milderer und zugleich gleichermaßen geeigneter Mittel beschränkt) ist aus den gleichen Gründen wie oben im Rahmen von Art. 3 GG⁴⁷⁵ zu bejahen.

Der EuGH verzichtet in der Verhältnismäßigkeitsprüfung teilweise auf die Angemessenheit als separaten Prüfungspunkt.⁴⁷⁶ Stattdessen betrachtet er ein angemessenes Verhältnis zwischen Beschränkung und Zweck meist als Voraussetzung der Erforderlichkeit und nimmt eine Abwägung daher bereits an dieser Stelle vor⁴⁷⁷. Diese ist in Drittwirkungs-Konstellationen wie der vorliegenden zum Schutz der Privatautonomie nicht allzu streng vorzunehmen, wengleich auch die Intensität der Diskriminierung zu berücksichtigen ist.⁴⁷⁸ Es ist also eine Abwägung zwischen dem Ziel, das Anbieter mit der Personalisierung von Preisen verfolgen, und der Vereinheitlichung des Binnenmarktes als Zweck der einschlägigen Diskriminierungsverbote vorzunehmen. Diesem Zweck der Diskriminierungsverbote ist das Gleichbehandlungsinteresse des Einzelnen immanent, sodass dieses im Rahmen der Abwägung ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Gegen ein angemessenes Verhältnis zwischen der Diskriminierung und dem verfolgten Ziel spricht zunächst, dass die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot gewissermaßen das „Kernstück“ der Verträge darstellen. Entsprechend stark sind die durch diese Verbote verfolgten Ziele zu gewichten: Es geht um nichts weniger, als Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit aufzuheben und so einen einheitlichen Binnenmarkt zu verwirklichen. Diesem Ziel steht eine Personalisierung von Preisen in Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit der Kunden diametral entgegen. Dadurch würden gerade unterschiedliche Marktbedingungen aufrechterhalten, anstatt einen einheitlichen Markt mit gleichen Bedingungen für alle Unionsbürger zu schaffen.

Auf der anderen Seite ist die Tatsache, dass es vorliegend um die Bindung Privater geht, zu berücksichtigen, was die Heranziehung eines zumindest etwas mildereren Prüfungsmaßstabs rechtfertigt⁴⁷⁹. Privaten sollte trotz allem grundsätzlich eine weitere „Differenzierungsfreiheit“ als der Union und den

⁴⁷⁵ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

⁴⁷⁶ EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 (Gebhard), NJW 1996, 579, Rn. 37.

⁴⁷⁷ So z.B. EuGH, Urt. v. 02.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), BeckRS 2004, 74436, Rn. 31; EuGH, Urt. v. 19.03.2002, Rs. 224/00 (Kommission/Italien), EuR 2002, 406, Rn. 20.

⁴⁷⁸ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 184 (Stand: September 2021).

⁴⁷⁹ *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 45 AEUV, Rn. 184 (Stand: September 2021).

Mitgliedstaaten bleiben. Da algorithmische Preispersonalisierung in aller Regel von Unternehmen betrieben wird, kann diese Freiheit vorliegend jedenfalls an Art. 16 GRCh verankert werden. Insofern stellt das Verbot der Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit einen nicht unerheblichen Eingriff dar.

Doch gilt auch die unternehmerische Freiheit nicht absolut, sondern unterliegt Einschränkungen durch andere kollidierende Interessen und Rechtsgüter. Unabhängig von der Höhe des Preisunterschieds im konkreten Fall ist das Gleichbehandlungsinteresse des Einzelnen hier dadurch relativ groß, dass an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Bzgl. dieses Merkmals hat die heutige Gesellschaft zurecht ein relativ hohes Maß an Sensibilität entwickelt,⁴⁸⁰ sodass derartige Diskriminierungen nach der gesellschaftlichen Wahrnehmung wohl als relativ drastisch einzustufen sind. Dies hängt freilich damit zusammen, dass die Staatsangehörigkeit ein Differenzierungsmerkmal ist, über das der Betroffene nicht in zumutbarer Weise verfügen kann. Hier folgt eine gewisse „Machtlosigkeit“ des Diskriminierungsopfers also bereits aus dem Differenzierungsmerkmal, sodass es auf die wegen fehlender Erkennbarkeit und Transparenz von Preisalgorithmen beschränkten Selbstschutzmöglichkeiten⁴⁸¹ gar nicht mehr ankommt. Seine Staatsangehörigkeit kann bzw. wird der Einzelne ohnehin nicht ändern.

Dagegen streitet schließlich der Gedanke der Quersubventionierung⁴⁸² eher für ein angemessenes Verhältnis zwischen Differenzierung und Differenzierungsziel. Dieser Aspekt ist aus den bereits mehrfach genannten Gründen allerdings mit Vorsicht zu genießen und sollte daher jedenfalls nicht allzu stark gewichtet werden.

Daneben bestehen noch einige Aspekte, die von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen. So kann die Höhe des Preisunterschieds und damit die Intensität der Diskriminierung variieren. Außerdem werden Betroffene zumindest in den meisten Fällen die Möglichkeit haben, auf Konkurrenz auszuweichen und so vor allem mit Hilfe von Preisvergleichen Preisangeboten, die sie aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit benachteiligen, zu entgehen. Hierfür ist auch keine Kenntnis des Kunden von dem Diskriminierungsmerkmal oder der Diskriminierung erforderlich, sondern lediglich das Verschaffen eines Überblicks über bestehende Angebote. Eine etwaige Ausweichmöglichkeit ändert zwar nichts an der Diskriminierung als solcher, mindert aber doch ihre Auswirkungen für den Betroffenen. Schließlich hängt die Intensität der Ungleichbehandlung auch von der Art der Diskriminierung ab. Mittelbare Diskriminierungen mit Hilfe von Geolokalisierung wie-

⁴⁸⁰ Vgl. *Drechsler/Harenberg*, EuZW 2021, 157, 159.

⁴⁸¹ Siehe hierzu Kap. B.II.1.b)bb)(5).

⁴⁸² Siehe Kap. B.II.2.b)bb).

gen weniger schwer, da in diesen Fällen nicht nur Angehörige eines bestimmten Staates, sondern auch sonstige Staatsangehörige betroffen sind.⁴⁸³

Das Ergebnis hängt daher von variablen Faktoren ab. Von diesen einmal abgesehen, sprächen die stärkeren Argumente gegen das Vorliegen eines angemessenen Verhältnisses zwischen Diskriminierung und Diskriminierungsziel. Die Unvereinbarkeit personalisierter Preise nach Staatsangehörigkeit mit der „Grundidee“ der Verträge wiegt relativ schwer, wohingegen das Argument der Quersubventionierung zumindest nicht stark ins Gewicht fällt. Zudem ist die Rechtfertigung wegen ihres Ausnahmecharakters im Zweifel zu verneinen, sodass in concreto alle variablen Faktoren für die Angemessenheit sprechen müssen, damit diese bejaht werden kann. Der Preisunterschied muss also unter 20 %⁴⁸⁴ liegen, die Diskriminierung darf lediglich mittelbar sein und es müssen dem Kunden Ausweichmöglichkeiten verbleiben. In allen anderen Konstellationen, wenn also mindestens einer dieser variablen Faktoren gegen die Angemessenheit des Verhältnisses spricht, ist die Erforderlichkeit und damit die Verhältnismäßigkeit dagegen zu verneinen.

e) Fazit: Erhebliche Relevanz der Diskriminierungsverbote des AEUV

Die Ausführungen haben gezeigt, dass Art. 18 AEUV, Art. 34, 35 AEUV und Art. 56 AEUV eine nicht ganz unwesentliche Rolle bei der rechtlichen Beurteilung algorithmischer Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit spielen. Zum einen enthalten diese Diskriminierungsverbote Schutzpflichten für die Union und ihre Mitgliedstaaten. Diesen wurde in den für algorithmische Preispersonalisierung relevanten Bereichen durch einfachgesetzliche Diskriminierungsverbote auch nachgekommen. Bzgl. Verkehrsdienstleistungen im Bahnverkehr wird ein solches Verbot demnächst in Kraft treten. Ferner binden die genannten Diskriminierungsverbote aufgrund ihrer fundamentalen Funktion im vertraglichen Gesamtgefüge auch Private unmittelbar, zumindest wenn sie öffentlich Waren oder Dienstleistungen anbieten, was im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung in der Regel der Fall ist. Ob die Preispersonalisierung in Abhängigkeit von der Staatsangehörigkeit nach diesen Diskriminierungsverboten zulässig ist, ist einzel-fallabhängig und kann nur bejaht werden, wenn der bewirkte Preisunterschied gering, der Kunde nicht auf den Anbieter angewiesen und die Diskriminierung nur mittelbarer Art ist.

⁴⁸³ Bzgl. Art. 18 AEUV wohl ebenfalls für einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab bei unmittelbaren Diskriminierungen: *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 18 AEUV, Rn. 20.

⁴⁸⁴ Siehe zu diesem Wert bereits Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

3. Diskriminierungsverbote der GRCh

Als nächstes ist zu untersuchen, inwiefern die GRCh einen Rechtsrahmen für algorithmische Preisdiskriminierung vorgibt. Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 20, Art. 21 und Art. 23 GRCh. Auch für diese ist Voraussetzung, dass wesentlich Ungleiches gleich bzw. wesentlich Gleiches ungleich behandelt wird.⁴⁸⁵ Dies ist bei algorithmischer Preisdiskriminierung der Fall.⁴⁸⁶ Somit sind die Diskriminierungsverbote der GRCh im Folgenden auf die Begründung von Schutzpflichten und die Adressierung Privater zu untersuchen.

a) Schutzpflichten

In der Literatur erfolgt teilweise eine Auseinandersetzung mit etwaigen Schutzpflichten, ohne zwischen den einzelnen Differenzierungsverboten zu unterscheiden.⁴⁸⁷ Umstritten ist die Rechtslage vor allem in Bezug auf Art. 21 GRCh⁴⁸⁸ und Art. 23 I GRCh⁴⁸⁹. Zu beachten ist aber, dass gem. Art. 51 I 1 GRCh die GRCh für die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Rechts der Union gilt. Für die Mitgliedstaaten kann sich daher überhaupt keine Schutzpflicht ergeben, setzt die Geltung der GRCh für die Mitgliedstaaten doch gerade voraus, dass es schon Recht gibt (nämlich entsprechendes Unionsrecht). Wenn dies der Fall ist, ist die Schaffung von weiterem Recht aber obsolet. Daher können sich aus der GRCh von vornherein keine Schutzpflichten für die Mitgliedstaaten ergeben.⁴⁹⁰

Schutzpflichten für die Union wären danach zwar prinzipiell noch möglich, da sich der Passus „bei der Durchführung des Rechts der Union“ in

⁴⁸⁵ EuGH, Urt. v. 17.07.1963, Rs. 13/63 (Italien/Kommission), NJW 1964, 374, 375.

⁴⁸⁶ Siehe Kap. C.I.I.

⁴⁸⁷ Schutzpflichten bejahend: *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 172.

⁴⁸⁸ Schutzpflichten bejahend: *Jarass*, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 50; *Kugelmann*, in: Merten/Papier, HB Grundrechte, Band VI/1, § 160, Rn. 45; jedenfalls eine Schutzpflicht aus Art. 21 II GRCh bejahend: *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 21 GRCh, Rn. 110; Schutzpflichten verneinend: *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 56; *Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 90; eine Schutzpflicht jedenfalls bzgl. Art. 21 I GRCh verneinend: *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 3319; *Sachs*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 17.

⁴⁸⁹ Schutzpflichten bejahend: *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 15; *Jarass*, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 16; *Kugelmann*, in: Merten/Papier, HB Grundrechte, Band VI/1, § 160, Rn. 67; *Oswald*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 19; *Rowe*, in: Frankfurter Kommentar, Band I, Art. 23 GRCh, Rn. 35; *Weber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 23; Schutzpflicht wohl verneinend: *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR, Art. 23 GRCh, Rn. 5.

⁴⁹⁰ So im Ergebnis wohl auch *Jarass*, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 17.

Art. 51 I 1 GRCh auf sie nicht bezieht. Insofern ist aber Art. 51 II GRCh und Art. 6 I UAbs. 2 EUV zu beachten. Hieraus ergibt sich, dass die Anwendung der GRCh nicht dazu führen darf, dass sich die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben verschieben. Daher sind auch etwaige Schutzpflichten durch die Kompetenzen der Union begrenzt.⁴⁹¹ Zwar trifft die Union bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung nach Staatsangehörigkeit bereits eine Schutzpflicht aus den einschlägigen Diskriminierungsverboten des AEUV,⁴⁹² sodass eine derartige Schutzpflicht aus Art. 21 II GRCh keine Kompetenzverschiebung verursachen würde. Zugleich kommt es auf eine solche Pflicht wegen der ohnehin bestehenden Schutzpflicht aber nicht an. Für den Schutz vor Diskriminierungen nach anderen Kriterien weist Art. 19 I AEUV der Union in gewissem Umfang die Kompetenz zu. Art. 19 I AEUV könnte daher der Annahme von Schutzpflichten der Union aus den Diskriminierungsverboten der GRCh entgegenstehen.⁴⁹³ Erstens kämen über Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit hinausgehende Schutzpflichten, wenn überhaupt, nur zum Schutz der in Art. 19 I AEUV genannten Merkmale in Betracht. Unabhängig davon könnte die Annahme von Schutzpflichten aber auch daran scheitern, dass Art. 19 I AEUV die Union nicht zum Erlass antidiskriminierungsrechtlichen Sekundärrechts verpflichtet, sondern die Frage des „Ob“ eindeutig und unmissverständlich („kann“) der Union überlässt. Dieser kommt also insoweit ein Ermessen zu. Maßgeblich ist daher, ob die Kompetenzschutzklauseln aus Art. 51 II GRCh und Art. 6 I UAbs. 2 EUV auch einer Verpflichtung zum Erlass von Sekundärrecht entgegenstehen, wenn die Verträge der Union bzgl. der jeweiligen Regelungsmaterie die Entscheidung über ein gesetzgeberisches Tätigwerden freistellen.

Hiergegen spricht zwar, dass die Kompetenzschutzklauseln die Mitgliedstaaten davor schützen sollen, dass über die GRCh die Kompetenzen der Union erweitert werden.⁴⁹⁴ Die Mitgliedstaaten haben vorliegend jedoch gerade keine Erweiterung zu befürchten, weil die Gesetzgebungsbefugnis der Union nach Art. 19 I AEUV ohnehin zusteht. Wird diese nun über die GRCh zum Erlass entsprechenden Sekundärrechts verpflichtet, bedeutet dies aus Sicht der Mitgliedstaaten also keine Erweiterung der Kompetenzen der Union.

Andererseits ist Art. 51 II GRCh und Art. 6 I UAbs. 2 EUV zu entnehmen, dass die Kompetenzverteilung der Verträge generell unangetastet blei-

⁴⁹¹ *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 51 GRCh, Rn. 62; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 51 GRCh, Rn. 73.

⁴⁹² Siehe Kap. C.I.2.b).

⁴⁹³ So im Ergebnis *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 3319; dagegen paradoxerweise mit Art. 19 AEUV für Schutzpflichten aus der GRCh argumentierend: *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 172.

⁴⁹⁴ *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 51 GRCh, Rn. 71.

ben soll. Daher dürfen auch keine bestehenden Kompetenzen extensiv ausgelegt werden.⁴⁹⁵ Vielmehr soll gerade die Kompetenzverteilung in all ihren Einzelheiten geschützt werden.⁴⁹⁶ Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 6 I UAbs. 2 EUV, wonach eine Kompetenzerweiterung durch die GRCh *in keiner Weise* stattfindet. Art. 19 I AEUV enthält aber gerade keine *Pflicht* der Union, antidiskriminierungsrechtliches Sekundärrecht zu erlassen. Diese Entscheidung ist vor dem Hintergrund des Art. 5 II EUV zu respektieren, denn es ist davon auszugehen, dass diese von den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ bewusst getroffen wurde. Dies kann dadurch gestützt werden, dass die Verträge an mehreren Stellen nach dem Wortlaut zwischen „Pflichtkompetenzen“ und „Ermessenskompetenzen“ der Union unterscheiden.⁴⁹⁷ Daran ändert auch eine GRCh-konforme Auslegung der Verträge⁴⁹⁸ nichts, da Art. 51 II GRCh und Art. 6 I UAbs. 2 EUV gerade die Grenzen einer solchen Auslegung darstellen.

Somit können aus den Diskriminierungsverboten der GRCh auch für die Union jedenfalls keine über Ungleichbehandlungen nach Staatsangehörigkeit hinausgehenden und somit in Ergänzung zum AEUV relevanten Schutzpflichten folgen.

b) Bindung Privater

Zunächst ist zu klären, inwieweit für die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung eine Drittwirkung der Diskriminierungsverbote der GRCh überhaupt relevant ist bzw. wann eine solche in Betracht kommt. Diesbezüglich ist Art. 51 I 1 GRCh zu beachten. Aus diesem folgt, dass die Drittwirkung der Diskriminierungsverbote der GRCh überhaupt nur in Frage steht, wenn es um einen Sachverhalt im Anwendungsbereich des Unionsrechts geht.⁴⁹⁹ In diesem Bereich müsste ein entsprechendes Diskriminierungsverbot entweder gar nicht oder unzureichend umgesetzt sein, damit es auf die Drittwirkung der GRCh ankommt.⁵⁰⁰ Art. 19 I AEUV steckt die Kompetenz der Union im Antidiskriminierungsrecht ab, weshalb eine Drittwirkung der Diskriminierungsverbote der GRCh allenfalls bzgl. der dort genannten Merkmale in Frage kommt.⁵⁰¹ Ferner ist wegen Art. 18 II AEUV

⁴⁹⁵ *Ladenburger/Vondung*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 51 GRCh, Rn. 69.

⁴⁹⁶ *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 6 EUV, Rn. 5.

⁴⁹⁷ Siehe z.B. Art. 16 II AEUV, Art. 5 II, III AEUV, Art. 6 S. 2 AEUV, Art. 18 II AEUV, Art. 91 I AEUV, Art. 109 AEUV, Art. 157 III AEUV.

⁴⁹⁸ *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 51 GRCh, Rn. 75.

⁴⁹⁹ *Grünberger*, in: Preis/Sagan, EU-ArbR, § 3, Rn. 15; *Kainer*, NZA 2018, 894, 899; *Pötters*, in: Preis/Sagan, EU-ArbR, § 2, Rn. 37; *Seifert*, EuZW 2011, 696, 701.

⁵⁰⁰ *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRCh, Rn. 12; *Kainer*, NZA 2018, 894, 898 f.

⁵⁰¹ Vgl. hierzu auch *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066, 1073, der insofern in Art. 52 II GRCh eine „Barriere“ sieht.

das Merkmal der Staatsangehörigkeit beachtlich. Von ihrer Kompetenz in Art. 19 I AEUV machte die Union bislang allerdings nur bzgl. der Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft⁵⁰² sowie Geschlecht⁵⁰³ Gebrauch, sodass jedenfalls bzgl. der übrigen Merkmale, von denen für algorithmische Preisdiskriminierung vor allem das Alter und im Wege mittelbarer Diskriminierung auch die Religion relevant sein kann, Raum für eine etwaige Drittwirkung der GRCh bleibt. Gleiches gilt bzgl. des (noch) fehlenden sekundärrechtlichen Verbots von Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit im Eisenbahnverkehr⁵⁰⁴. Darüber hinaus wäre durch eine Drittwirkung der Schutz vor Diskriminierungen wegen der „Rasse“ bzw. der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts vom Geltungsbereich der jeweiligen Richtlinie⁵⁰⁵ unabhängig. Ebendiese Unabhängigkeit könnte dann auch im Verhältnis zu Sekundärrecht, das Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit verbietet,⁵⁰⁶ hergestellt werden. Eine Auseinandersetzung mit der Drittwirkung von Art. 20, 21 und 23 GRCh lohnt sich daher in jedem Fall. Aufgrund der sich überschneidenden Argumente erfolgt hier eine Behandlung dieser drei Gleichheitssätze gemeinsam.

Die Bindung Privater ist bzgl. Art. 20⁵⁰⁷, Art. 21⁵⁰⁸ und Art. 23⁵⁰⁹ GRCh umstritten, wird jedoch überwiegend zurückhaltend bewertet. Auch der EuGH hat bislang noch keine unmittelbare Drittwirkung der GRCh angenommen, wenngleich er eine solche auch nicht ausdrücklich verneint hat. Zwar judizierte der Gerichtshof bereits mehrfach eine Auswirkung von Unionsgrundrechten auf Privatrechtsbeziehungen. Insofern stellte der EuGH aber lediglich fest, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten nationale Vorschriften, die mit der GRCh unvereinbar sind, außer Anwendung lassen müs-

⁵⁰² Siehe RL 2000/43/EG.

⁵⁰³ Siehe RL 2004/113/EG.

⁵⁰⁴ Siehe Kap. C.I.2.b).

⁵⁰⁵ Siehe Art. 3 RL 2000/43/EG, Art. 3 RL 2004/113/EG.

⁵⁰⁶ Siehe Art. 4 Geoblocking-VO, Art. 20 II DL-RL, Art. 23 II LuftverkehrsdienstestVO, Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011.

⁵⁰⁷ Verneinend: *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 20 GRCh, Rn. 15; *Sachs*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 20 GRCh, Rn. 15.

⁵⁰⁸ Bejahend: *Jarass*, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 4; *Scholz*, in: Horvath et al., Ungleichheit im aktuellen Diskurs, 17, 37 ff.; verneinend: *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 GRCh, Rn. 5; bzgl. Art. 21 I GRCh verneinend: *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 34; *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 21 GRCh, Rn. 2.

⁵⁰⁹ Bejahend: *Scholz*, in: Horvath et al., Ungleichheit im aktuellen Diskurs, 17, 37 ff.; verneinend: *von der Decken*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRE, 2. Auflage, § 48, Rn. 84; *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 23 GRCh, Rn. 1; *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 19; *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 23 GRCh, Rn. 9.

sen.⁵¹⁰ Erforderlich ist also eine grundrechtskonforme Auslegung von nationalem Recht,⁵¹¹ was jedoch keine unmittelbare Bindung Privater an die GRCh,⁵¹² sondern allenfalls eine mittelbare Drittwirkung der GRCh bedeutet.⁵¹³

Allerdings weist auch der Grundrechtskatalog der GRCh den Charakter einer grundlegenden Werteordnung auf, deren umfassende Geltung im Unionsrecht zunächst legitim erscheint. Eine derartige Wirkung der Diskriminierungsverbote der GRCh wäre zudem zumindest dann mit Art. 52 III 1 GRCh vereinbar, wenn man eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 14 EMRK und ZP Nr. 12 zur EMRK ablehnt.⁵¹⁴ Zudem spreche nach *Graser* und *Reiter* ein Vergleich mit Art. 24 II GRCh für eine unmittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze.⁵¹⁵ Allerdings ist eine Vergleichbarkeit mit Art. 24 II GRCh zweifelhaft, ist in diesem eine Drittwirkung durch die Adres-

⁵¹⁰ EuGH, Urt. v. 22.01.2019, Rs. C-193/17 (*Cresco Investigation*), NZA 2019, 297, Rn. 78; EuGH, Urt. v. 06.11.2018, Rs. C-569/16 (*Bauer*), NZA 2018, 1467, Rn. 85 ff.; EuGH, Urt. v. 11.09.2018, Rs. C-68/17 (*IR*), NJW 2018, 3086, Rn. 69 f.; EuGH, Urt. v. 17.04.2018, Rs. C-414/16 (*Egenberger*), NZA 2018, 569, Rn. 76, Rn. 79; EuGH, Urt. v. 19.01.2010, Rs. C-555/07 (*Kükükdveci*), BeckRS 2010, 90051, Rn. 50 f.; vgl. auch EuGH, Urt. v. 06.11.2018, Rs. C-684/16 (*Max-Planck-Gesellschaft*), NZA 2018, 1474, Rn. 78; EuGH, Urt. v. 19.04.2016, Rs. C-441/14 (*Dansk Industri*), NZA 2016, 537, Rn. 35 f.; EuGH, Urt. v. 15.01.2014, Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale*), NZA 2014, 193, Rn. 48.

⁵¹¹ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, Rs. C-201/13 (*Deckmyn*), GRUR 2014, 972, Rn. 30 f.; EuGH, Urt. v. 01.03.2011, Rs. C-236/09 (*Association Belge*), NJW 2011, 907, Rn. 32; *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRCh, Rn. 10; *Jarass*, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 4, Art. 23 GRCh, Rn. 5; *Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 92; *Köchle/Pavlidis*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 20 GRCh, Rn. 15; *Lenke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 23 GRCh, Rn. 6; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 21 GRCh, Rn. 6, Art. 23 GRCh, Rn. 5; *Weber*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 23.

⁵¹² So aber *Jarass*, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 5; *Kainer*, NZA 2018, 894, 897 f.; *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 694 (Stand: Februar 2020); *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band I, Art. 21 GRCh, Rn. 13; *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066, 1073; *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 21 GRCh, Rn. 1; nach *Hartmann*, EuZA 2019, 24, 36 f. und *Kainer*, NZA 2018, 894, 897 f. lasse der EuGH eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 21 GRCh zumindest anklingen bzw. könne dahingehend gedeutet werden.

⁵¹³ *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170, 190 f.; *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 173; *Seifert*, EuR 2010, 802, 806; vgl. auch *Rengeling/Szcekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 24, Rn. 913.

⁵¹⁴ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 690 (Stand: Februar 2020); *Mörsdorf*, Ungleichbehandlung als Norm, 158 f.; *Sachs*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 14; dagegen in der angeblich fehlenden unmittelbaren Drittwirkung von Art. 14 EMRK ein Argument gegen die unmittelbare Drittwirkung des Art. 21 I GRCh sehend: *Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 92.

⁵¹⁵ *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRCh, Rn. 10.

sierung privater Einrichtungen doch *ausdrücklich* angeordnet. Außerdem wird auf die Möglichkeit verwiesen, die Rspr. des EuGH zu den Grundfreiheiten auf die Unionsgrundrechte zu übertragen und somit eine unmittelbare Drittwirkung unter den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen anzunehmen.⁵¹⁶ Laut *Sachs* sei dies wegen Art. 52 II GRCh sogar geboten.⁵¹⁷ Auch wird zumindest zwischen Art. 21 II GRCh und Art. 18 AEUV ein Gleichlauf gefordert⁵¹⁸ und eine unmittelbare Bindung Privater an Art. 21 II GRCh wegen dessen zentraler Rolle bejaht⁵¹⁹. Schließlich könne nach *Jarass* der Bedeutung kollidierender Freiheitsrechte durch eine Abwägung im Einzelfall Rechnung getragen werden.⁵²⁰

Gegen eine Bindung Privater durch die GRCh wird in der Literatur zunächst Art. 51 I 1 GRCh angeführt.⁵²¹ Dieser ordnet die Geltung der GRCh für Private gerade nicht an,⁵²² was auch der Funktion der Unionsgrundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat entspreche⁵²³. Andererseits erscheint ein Umkehrschluss aus Art. 51 I 1 GRCh nicht unbedingt zwingend,⁵²⁴ zumal es sich bei der Drittwirkung stets um eine Ausnahme von der Regel handelt. Außerdem sind nicht von allen Vorschriften der GRCh die Union und die Mitgliedstaaten kumulativ adressiert, was die Allgemeingültigkeit des Art. 51 I 1 GRCh in Frage stellt.⁵²⁵ Dieselben Einwände können gegen eine

⁵¹⁶ In diese Richtung auch EuGH, Urt. v. 17.04.2018, Rs. C-414/16 (Egenberger), NZA 2018, 569, Rn. 77; ferner *Jarass*, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 5; *Rowe*, in: Frankfurter Kommentar, Band I, Art. 23 GRCh, Rn. 26; *Seifert*, EuR 2010, 802, 806; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 23 GRCh, Rn. 5, der eine unmittelbare Drittwirkung des Art. 23 GRCh auf den Anwendungsbereich des Art. 157 AEUV beschränken will.

⁵¹⁷ *Sachs*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 31.

⁵¹⁸ *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 21 GRCh, Rn. 3; *Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 91.

⁵¹⁹ Vgl. *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 174.

⁵²⁰ *Jarass*, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 5.

⁵²¹ *von der Decken*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 2. Auflage, § 48, Rn. 84; *Frenz*, HB Europarecht, Rn. 3405; *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRCh, Rn. 10; *Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 91; *Kugelmann*, in: Merten/Papier, HB Grundrechte, Band VI/1, § 160, Rn. 30; *Michl*, in: Frankfurter Kommentar, Band I, Art. 21 GRCh, Rn. 13; *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 21 GRCh, Rn. 1; *Odendahl*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 1. Auflage, § 43, Rn. 11; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 117; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 20 GRCh, Rn. 13; *Sachs*, in: Stern/Sachs, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 14.

⁵²² *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 254.

⁵²³ *Schmahl*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz, § 20, Rn. 173.

⁵²⁴ EuGH, Urt. v. 06.11.2018, Rs. C-569/16 (Bauer), NZA 2018, 1467, Rn. 87; *Jarass*, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 4; *Kainer*, NZA 2018, 894, 898.

⁵²⁵ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 691 mwN (Stand: Februar 2020), nach dem außerdem im Rahmen von Art. 27 GRCh und Art. 30–32 GRCh „als Anspruchsverpflichtete weitgehend nur Private in Betracht kommen“. Siehe ferner Art. 24 II GRCh.

systematische Argumentation mit Art. 52 I GRCh⁵²⁶ erhoben werden. Unabhängig davon sei eine unmittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze unvereinbar mit der Privatautonomie,⁵²⁷ weshalb teilweise nur von einer mittelbaren Drittwirkung ausgegangen wird⁵²⁸. Auch wird eine Begrenzung der unmittelbaren Drittwirkung auf besonders verpönte Kriterien und grundrechtssensible Bereiche⁵²⁹ sowie Diskriminierungen mit Menschenwürdebezug⁵³⁰ vorgeschlagen. Außerdem wäre bei Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung die Kompetenzzuweisung in Art. 157 III AEUV überflüssig.⁵³¹ Gleiches gilt für Art. 10, 19 I AEUV, da auch diese Vorschriften zeigen, dass die Verträge davon ausgehen, dass zur Bekämpfung von Diskriminierungen zwischen Privaten entsprechendes Sekundärrecht erforderlich ist.⁵³² Zudem wird eine generelle Übertragung der Rspr. des EuGH zur Drittwirkung der Grundfreiheiten verneint,⁵³³ zumal ein Machtgefälle⁵³⁴ außerhalb von Arbeitsverhältnissen nicht pauschal angenommen werden könne⁵³⁵. Darüber hinaus steht selbst der Bindung von Arbeitgebern durch die Gleichheitssätze der GRCh immer noch Art. 51 I 1 GRCh entgegen.⁵³⁶ Gegen die Möglichkeit einer unmittelbaren Bindung Privater spricht ferner, dass dadurch das Verbot der horizontalen Wirkung von Richtlinien⁵³⁷ umgangen werden kön-

⁵²⁶ So *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 254.

⁵²⁷ *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 254; *Kainer*, NZA 2018, 894, 898; vgl. auch *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 692 (Stand: Februar 2020).

⁵²⁸ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 698 (Stand: Februar 2020); *Oswald*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 23 GRCh, Rn. 23; *Rengeling/Szcekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 24, Rn. 913; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 20 GRCh, Rn. 13; so wohl auch *Jarass*, GRCh, Art. 20 GRCh, Rn. 3.

⁵²⁹ Bzgl. Art. 20 GRCh: *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRCh, Rn. 12; vgl. auch *Kainer*, NZA 2018, 894, 898, der allenfalls bei Art. 21 GRCh eine unmittelbare Drittwirkung für vertretbar hält; ebenfalls eine Drittwirkung des Art. 21 GRCh bejahend: *Jarass*, GRCh, Art. 21, Rn. 4.

⁵³⁰ *Rengeling/Szcekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union, § 24, Fn. 67.

⁵³¹ *Heselhaus*, in: Frankfurter Kommentar, Band I, Art. 20 GRCh, Rn. 33.

⁵³² *Rowe*, in: Frankfurter Kommentar, Band I, Art. 23 GRCh, Rn. 15.

⁵³³ *von der Decken*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 2. Auflage, § 48, Rn. 84; *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 254f.

⁵³⁴ Für eine Bindung Privater in derartigen Konstellationen: *Graser/Reiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 20 GRCh, Rn. 11; *Jarass*, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 4; *Köchle*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 21 GRCh, Rn. 91; *Köchle/Pavlidis*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh, Art. 20 GRCh, Rn. 15; eine Bindung Privater an Art. 20 GRCh auch in derartigen Konstellationen ablehnend: *Kugelmann*, in: Merten/Papier, HB Grundrechte, Band VI/1, § 160, Rn. 30.

⁵³⁵ *Frenz*, HB Europarecht, Rn. 3213; vgl. auch *Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 23 GRCh, Rn. 7.

⁵³⁶ *Frenz*, HB Europarecht, Rn. 3405.

⁵³⁷ EuGH, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-201/02 (Wells), BeckRS 2004, 74924, Rn. 56.

nte.⁵³⁸ Speziell gegen eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 21 I GRCh streiten auch die Erläuterungen des Präsidiums,⁵³⁹ wonach

„in Absatz 1 des Artikels 21 hingegen (...) weder eine Zuständigkeit zum Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen in diesen Bereichen des Handelns von Mitgliedstaaten oder Privatpersonen geschaffen noch ein umfassendes Diskriminierungsverbot in diesen Bereichen festgelegt (wird)“⁵⁴⁰.

Zudem passe laut *Mohr* eine unmittelbare Bindung Privater an die Gleichheitssätze der GRCh nicht zu den wirtschafts- und wettbewerbspolitischen Zielen des Art. 3 III EUV.⁵⁴¹ Schließlich fallen hier zwei wesentliche Argumente, die im Rahmen der behandelten Diskriminierungsverbote des AEUV für deren Drittwirkung den Ausschlag geben,⁵⁴² weg: Erstens kommt diesen in der Rechtsordnung der Union eine besonders zentrale Rolle zu, mit der die Gleichheitssätze der GRCh nicht vergleichbar sind. Dies gilt auch für Art. 21 II GRCh, bei dem der Diskriminierungsschutz des Einzelnen im Vordergrund steht, wohingegen die Diskriminierungsverbote des AEUV dem „übergeordneten“ und für die Union schlechthin konstituierenden Ziel der Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes dienen. Zweitens greift vorliegend das Argument des Art. 4 III EUV nicht. Zwar gilt der Effektivitätsgrundsatz im Unionsrecht immer, wenn die Ziele der Verträge betroffen sind (Grundsatz der Vertragsakzessorietät).⁵⁴³ Soweit sich die Ziele im Bereich des Diskriminierungsrechts bereits aus den Diskriminierungsverboten der Verträge selbst ergeben,⁵⁴⁴ wäre eine unmittelbare Drittwirkung der GRCh aber überflüssig. Auch aus Art. 4 III EUV i.V.m. Art. 10 AEUV kann auf eine unmittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze der GRCh nicht geschlossen werden. Zwar bezieht sich Art. 10 AEUV auf Diskriminierungen als gesamtgesellschaftliches Problem⁵⁴⁵ und stellt eine Zielbestimmung dar⁵⁴⁶. Allerdings kann diese nicht für eine unmittelbare Drittwirkung streiten, da eine solche die Zielbestimmung selbst überflüssig machen würde, knüpft diese doch ge-

⁵³⁸ *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 693 (Stand: Februar 2020); *Krebber*, EuZA 2016, 3, 13 f.; vgl. auch *Kainer*, NZA 2018, 894, 899 f.

⁵³⁹ *Hartmann*, EuZA 2019, 24, 37.

⁵⁴⁰ ABl. EU 2007/C 303, 24.

⁵⁴¹ *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 21 GRCh, Rn. 1.

⁵⁴² Siehe Kap. C.I.2.c).

⁵⁴³ *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 110 mwN.

⁵⁴⁴ Dies gilt im Wesentlichen für Art. 21 II GRCh.

⁵⁴⁵ *Kocher*, in: Frankfurter Kommentar, Band II, Art. 10 AEUV, Rn. 1; *Rebahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 10 AEUV, Rn. 1; *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 10 AEUV, Rn. 8, Rn. 20 (Stand: September 2021).

⁵⁴⁶ *Epiney*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Art. 10 AEUV, Rn. 2; *Rebahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 10 AEUV, Rn. 3.

rade an ein Tätigwerden der Union an. Gleiches gilt für die Zielbestimmung⁵⁴⁷ des Art. 3 III UAbs. 1 EUV.

Daher ist eine unmittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze der GRCh abzulehnen, sodass diese auch keinen direkten Einfluss auf die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung haben. Freilich ist hiermit eine mittelbare Drittwirkung nicht ausgeschlossen. Auf diese ist ggf. bei der Auslegung von Sekundärrecht, das die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung betrifft, zurückzukommen.

4. Art. 14 EMRK

Auch in der EMRK findet sich mit Art. 14 ein Diskriminierungsverbot. ZP Nr. 12 zur EMRK wurde von Deutschland bislang dagegen nicht ratifiziert⁵⁴⁸ und bleibt in dieser Arbeit daher außer Betracht. Die für Art. 14 EMRK notwendige Vergleichbarkeit der unterschiedlich behandelten Sachverhalte⁵⁴⁹ ist bei algorithmischer Preisdiskriminierung zu bejahen⁵⁵⁰. Allerdings knüpft Art. 14 EMRK an den Genuss der Rechte und Freiheiten der EMRK an und stellt somit kein allgemeines Diskriminierungsverbot auf,⁵⁵¹ sondern schützt nur die diskriminierungsfreie Ausübung der EMRK-Grundrechte⁵⁵². Diese Akzessorietät des Art. 14 EMRK schließt die Zusatzprotokolle allerdings mit ein.⁵⁵³ Durch algorithmische Preisdiskriminierung könnte der durch Art. 1 ZP Nr. 1 gewährte Schutz des Eigentums betroffen sein. Schließlich bedeutet ein höherer Preis einen höheren Verlust an „Geldeigentum“ im Vergleich zu einem niedrigeren Preis. Art. 1 ZP Nr. 1 ist auch auf Forderungen anwendbar,⁵⁵⁴ sodass auch Buchgeld als Forderung gegen die Bank unter den Schutz dieser Gewährleistung fällt. Ob algorithmische Preisdiskriminierung tatsächlich gegen Art. 1 ZP Nr. 1 verstößt, kann aber dahinstehen, denn die von Art. 14 EMRK geforderte Konnexität verlangt keine Verletzung des jeweiligen Konventionsrechts, sondern lediglich einen Zusammenhang in irgendeiner Weise⁵⁵⁵. So bejahte der EGMR die Konnexität beispielsweise bei

⁵⁴⁷ *Streinz*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 1.

⁵⁴⁸ Vgl. *Europarat*, Unterschriften und Ratifikationsstand des Vertrags 177.

⁵⁴⁹ EGMR, Urt. v. 13.07.2010, Nr. 7205/07 (Clift/Vereinigtes Königreich), Rn. 66.

⁵⁵⁰ Siehe hierzu bzgl. Art. 3 GG bereits Kap. C.I.1.

⁵⁵¹ *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 1.

⁵⁵² *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 3.

⁵⁵³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 26, Rn. 4; *Meyer-Ladewig/Lehmer*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 5; *Peukert*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 1.

⁵⁵⁴ EGMR, Urt. v. 23.11.1983, Nr. 8919/80 (Van der Musselle/Belgien), Series A 70, Rn. 47 ff.; *Meyer-Ladewig/von Raumer*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, ZP zur EMRK Art. 1, Rn. 12.

⁵⁵⁵ EGMR, Entsch. v. 25.05.1999, Nr. 37592/97 (Olbertz/Deutschland), BeckRS 9998,

der Prüfung von Steuerpflichten⁵⁵⁶ und beim bloßen Vorliegen eines finanziellen Bezugs⁵⁵⁷. In anderen Fällen nahm der EuGH den erforderlichen Zusammenhang sogar an, obwohl der Sachverhalt ausdrücklich vom Schutzbereich des in Frage stehenden Konventionsgrundrechts ausgenommen war.⁵⁵⁸ All dies zeigt, dass die Konnexität als Voraussetzung von Art. 14 EMRK keine hohe Hürde darstellt. Bei algorithmischer Preisdiskriminierung besteht jedenfalls wegen des finanziellen Bezugs ein hinreichender Zusammenhang mit Art. 1 ZP Nr. 1, sodass Art. 14 EMRK grundsätzlich anwendbar ist.

a) Schutzpflichten

Auch Art. 14 EMRK wirft die Frage nach Schutzpflichten auf. Möglicherweise verpflichtet er die Konventionsstaaten, vor Diskriminierungen zwischen Privaten, wie sie auch im Falle algorithmischer Preisdiskriminierung auftreten, durch nationale Diskriminierungsverbote zu schützen.

Zumindest die grundsätzliche Möglichkeit, dass die Konventionsrechte der EMRK Schutzpflichten entfalten, wird von Teilen der Literatur bejaht.⁵⁵⁹ Dies folge aus Art. 1 EMRK.⁵⁶⁰ Die Rechte der EMRK seien eben nicht auf einen bloßen Abwehrcharakter beschränkt, sondern stellen zugleich objektive Grundwerte im Sinne eines menschenrechtlichen Mindestschutzes dar, denen durch staatliche Schutzpflichten effektiv Geltung verschafft werden müsse.⁵⁶¹ Das Bestehen und der Umfang von Schutzpflichten sei aber abhängig vom jeweiligen Konventionsrecht.⁵⁶² Bei Art. 14 EMRK wird diese Di-

94529; EGMR, Urt. v. 18.07.1994, Nr. 13580/88 (Karlheinz Schmidt/Deutschland), Series A 291-B, Rn. 22; EGMR, Urt. v. 28.10.1987, Nr. 8695/79 (Inze/Österreich), Series A 126, Rn. 36; EGMR, Urt. v. 28.05.1985, Nr. 9214/80 u.a. (Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich), BeckRS 1985, 111383, Rn. 71; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 26, Rn. 5.

⁵⁵⁶ EGMR, Urt. v. 29.04.2008, Nr. 13378/05 (Burden/Vereinigtes Königreich), BeckRS 2009, 23631, Rn. 59; EGMR, Urt. v. 21.02.1997, Nr. 20060/92 (van Raalte/Niederlande), ECHR 1997-I, Rn. 33 ff.

⁵⁵⁷ EGMR Urt. v. 16.09.1996, Nr. 17371/90 (Gaygusuz/Österreich), ECHR 1996-IV, Rn. 41.

⁵⁵⁸ EGMR, Urt. v. 20.06.2006, Nr. 17209/02 (Zarb Adami/Malta), BeckRS 2006, 140768, Rn. 44 ff.; EGMR, Urt. v. 18.07.1994, Nr. 13580/88 (Karlheinz Schmidt/Deutschland), Series A 291-B, Rn. 22.

⁵⁵⁹ *Schweizer*, in: IK EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 27 (Stand: August 2007).

⁵⁶⁰ *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten, 246; *Fastenrath*, in: IK EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 68 (Stand: Oktober 2012); *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 8; *Peters/Altwickler*, EMRK, § 2, Rn. 34.

⁵⁶¹ *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten, 220 f., 335; *Peters*, Einführung in die EMRK, 15.

⁵⁶² *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten, 246; *Fastenrath*, in: IK EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 68 (Stand: Oktober 2012).

mension teilweise bejaht.⁵⁶³ Der EGMR nahm zwar bereits mehrfach staatliche Schutzpflichten aus Art. 14 EMRK (ggf. i.V.m. mit weiteren Konventionsrechten) an, allerdings verpflichtete er bis jetzt nur die Judikative und die Exekutive zum Schutz vor Ungleichbehandlungen durch Private, nicht jedoch die Legislative.⁵⁶⁴ Trotzdem wird in der Literatur teilweise auch die Existenz legislativer Schutzpflichten sowohl allgemein⁵⁶⁵ als auch speziell aus Art. 14 EMRK⁵⁶⁶ angenommen. Die Vereinbarkeit mit entgegenstehenden Freiheitsrechten könne dabei im Rahmen einer Abwägung sichergestellt werden.⁵⁶⁷

Andererseits ist die Begründung von legislativen Schutzpflichten mit Art. 1 EMRK nicht zwingend, denn Art. 1 EMRK schweigt zu der Frage, gegenüber *wem* den Angehörigen der Konventionsstaaten die Rechte der EMRK zuzusichern sind. Da die EMRK aber jedenfalls primär die Konventionsstaaten bindet,⁵⁶⁸ liegt der Schluss nahe, dass sich Art. 1 EMRK auch nur auf die Beziehung zwischen den Konventionsstaaten (im weiteren Sinne) und ihren Angehörigen bezieht⁵⁶⁹. Doch selbst bei Bejahung von Schutz-

⁵⁶³ Sauer, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 48; wohl auch Kingreen, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 315 (Stand: Februar 2020).

⁵⁶⁴ EGMR, Urte. v. 09.07.2019, Nr. 41261/17 (Volodina/Russland), BeckRS 2019, 48847, Rn. 109 ff.; EGMR, Urte. v. 16.04.2019, Nr. 48474/14 (Lingurar/Rumänien), BeckRS 2019, 51057, Rn. 74 ff.; EGMR, Urte. v. 12.05.2015, Nr. 73235/12 (Identoba u.a./Georgien), BeckRS 2015, 130859, Rn. 70 f.; EGMR, Urte. v. 28.01.2014, Nr. 26608/11 (T.M. und C.M./Moldau), BeckRS 2014, 126559, Rn. 57 ff.; EGMR, Urte. v. 28.05.2013, Nr. 3564/11 (Eremia u.a./Moldau), BeckRS 2014, 15269, Rn. 82 ff.; EGMR, Urte. v. 02.10.2012, Nr. 40094/05 (Virabyan/Armenien), Rn. 218 ff.; EGMR, Urte. v. 30.07.2009, Nr. 67336/01 (Danilenkov u.a./Russland), BeckRS 2009, 141904, Rn. 130 ff.; EGMR, Urte. v. 09.06.2009, Nr. 33401/02 (Opuz/Türkei), BeckRS 2009, 15505, Rn. 199 ff.; EGMR, Urte. v. 04.03.2008, Nr. 42722/02 (Stoica/Rumänien), BeckRS 2014, 21154, Rn. 119 ff.; EGMR, Urte. v. 26.07.2007, Nr. 55523/00 (Angelova und Iliev/Bulgarien), Rn. 115 ff.; EGMR, Urte. v. 31.05.2007, Nr. 40116/02 (Šečić/Kroatien), Rn. 66 ff.; EGMR, Urte. v. 03.05.2007, Nr. 71156/01 (Gldani Congregation u.a./Georgien), Rn. 140 ff.; EGMR, Urte. v. 12.07.2005, Nr. 41138/98 (Moldovan u.a./Rumänien), BeckRS 2005, 157661, Rn. 98; EGMR, Urte. v. 06.07.2005, Nr. 43577/98 u.a. (Nachova u.a./Bulgarien), ECHR 2005-VII, Rn. 161.

⁵⁶⁵ Fastenrath, in: IK EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 125 (Stand: Oktober 2012); Meyer-Ladewig/Nettesheim, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 19 f.; vgl. auch Kingreen, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 314 (Stand: Februar 2020).

⁵⁶⁶ Peters/Altwicker, EMRK, § 2, Rn. 33, § 33, Rn. 35.

⁵⁶⁷ Vgl. Schweizer, in: IK EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 27 (Stand: August 2007).

⁵⁶⁸ Vgl. Egli, Drittwirkung von Grundrechten, 234; Szczekalla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 906.

⁵⁶⁹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 17, Rn. 8; der EGMR scheint dagegen auch von einem Bezug auf Privatrechtsbeziehungen auszugehen, wenn er die Notwendigkeit der konventionskonformen Auslegung nationalen Privatrechts mit Art. 1 EMRK begründet:

pflichten besteht jedenfalls Einigkeit darüber, dass den Konventionsstaaten ein weiter Spielraum bei der Erfüllung bleibt,⁵⁷⁰ auch wenn dieser mit zunehmender Gefahr für das betroffene Rechtsgut enger wird⁵⁷¹. Dies spricht allerdings gegen eine Festlegung auf legislative Schutzpflichten, da die Wahl der Maßnahmen dem Konventionsstaat gerade frei bleibt,⁵⁷² solange die ergriffenen Maßnahmen wirksam sind⁵⁷³. Eine pauschale Forderung nach gesetzgeberischem Tätigwerden erscheint daher nur im Rahmen jener Konventionsrechte angebracht, die diesbezüglich Anhaltspunkte enthalten, wie z.B. Art. 2 I 1 EMRK.⁵⁷⁴ Im Wortlaut des Art. 14 EMRK klingt eine legislative Schutzpflicht dagegen nicht an, was einen Umkehrschluss nahelegt. Ferner birgt eine allzu großzügige Annahme derartiger Schutzpflichten die Gefahr, dass der Einfluss der EMRK auf die nationalen Rechtsordnungen zu stark wird. Dies könnte zu einer Untergrabung des demokratischen Willensbildungsprozesses in den Konventionsstaaten durch den EGMR führen. Vor diesem Hintergrund sollte sich die Ausstrahlungswirkung der EMRK auf einen menschenrechtlichen Mindeststandard beschränken.⁵⁷⁵ Ein derartiger spezifischer Gehalt ist Art. 14 EMRK aber nicht per se beizumessen. Vor allem handelt es sich bei Art. 14 EMRK um kein besonderes Diskriminierungsverbot,⁵⁷⁶ da die Vorschrift merkmals offen ist („insbesondere“) und ihr daher, anders als z.B. Art. 3 III GG, gerade kein herausstechender Charakter zu entnehmen ist,⁵⁷⁷ mit dem eine generelle legislative Schutzpflicht begründet werden könnte. Dementsprechend ist eine Pflicht der Konventionsstaaten zum gesetzgeberischen Tätigwerden nur in Ausnahmefällen anzunehmen.⁵⁷⁸

EGMR, Urt. v. 16.12.2008, Nr. 23883/06 (Kurshid Mustafa u. Tarzibachi/Schweden), Rn. 30 ff.

⁵⁷⁰ EGMR, Urt. v. 13.06.1979, Nr. 6833/74 (Marckx/Belgium), BeckRS 1979, 108523, Rn. 42; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 19, Rn. 4; *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 88 (Stand: Juli 2021); *Peters/Altwicker*, EMRK, § 2, Rn. 34; *Schweizer*, in: IK EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 30 (Stand: August 2007).

⁵⁷¹ *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 869 ff.

⁵⁷² *Peters/Altwicker*, EMRK, § 2, Rn. 34.

⁵⁷³ *Schweizer*, in: IK EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 30 (Stand: August 2007).

⁵⁷⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 19, Rn. 4.

⁵⁷⁵ *Fastenrath*, in: IK EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 176 (Stand: Oktober 2012).

⁵⁷⁶ So aber wohl *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 315 (Stand: Februar 2020).

⁵⁷⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 26, Rn. 11; *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 16; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 21.

⁵⁷⁸ *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 88; ebenfalls zurückhaltend: *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 15; vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 19, Rn. 6, nach denen die Verhältnismäßigkeit der staatlichen Untätigkeit maßgeblich sein soll.

Die Frage der Zulässigkeit bzw. Regulierung algorithmischer Preisdiskriminierung stellt keinen solchen Ausnahmefall dar. Stattdessen handelt es sich hierbei um ein recht spezifisches Problem, bei dem auch gesellschaftliche Wertungen, die sich innerhalb der Konventionsstaaten möglicherweise unterscheiden, eine wichtige Rolle spielen. Daher sollte den Konventionsstaaten diesbezüglich freie Hand bleiben. Sie werden somit nicht aus Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP Nr. 1 zum Erlass nationaler Vorschriften, die vor algorithmischer Preisdiskriminierung schützen, verpflichtet.

b) Bindung Privater

Auch eine unmittelbare Bindung Privater an die EMRK stellte der EGMR bislang nicht fest. Stattdessen beschränkte er sich in seiner Rspr. auf die Heranziehung des Art. 14 EMRK zur Auslegung nationalen Privatrechts,⁵⁷⁹ mithin auf eine klassische mittelbare Drittwirkung⁵⁸⁰. Auch das BVerfG ging bislang nicht über eine mittelbare Drittwirkung⁵⁸¹ der Konventionsrechte hinaus.⁵⁸² Eine derartige Wirkung der Konventionsrechte wird auch in der Literatur anerkannt.⁵⁸³ Allerdings hat der EGMR in der Rs. *Pla und Puncernau/Andorra* eine konventionsnahe Auslegung privater Willenserklärungen gefordert.⁵⁸⁴ Dies ist zwar nicht mit einer unmittelbaren Bindung Privater gleichzusetzen, da eine derartige Auslegung durch den Wortlaut der jeweiligen Willenserklärung begrenzt ist⁵⁸⁵. Es zeigt aber, dass der EGMR den Kon-

⁵⁷⁹ EGMR, Urt. v. 16.12.2008, Nr. 23883/06 (Kurshid Mustafa u. Tarzibachi/Schweden), Rn. 30 ff.; EGMR, Urt. v. 29.11.2007, Nr. 37614/02 (Ismailova/Russland), BeckRS 2007, 148166, Rn. 47 ff.; EGMR, Urt. v. 24.06.2004, Nr. 59320/00 (von Hannover/Deutschland), NJW 2004, 2647, Rn. 56 ff.; EGMR, Urt. v. 16.12.2003, Nr. 64927/01 (Palau-Martinez/Frankreich), BeckRS 2004, 3259, Rn. 18 ff.; EGMR, Urt. v. 24.07.2003, Nr. 40016/98 (Karner/Österreich), BeckRS 2003, 157491, Rn. 34 ff.; zustimmend: *Peters/Altwicker*, EMRK, § 2, Rn. 37.

⁵⁸⁰ So wohl auch *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 89; ähnlich ist auch die Heranziehung von Art. 8 EMRK durch den BGH im Rahmen der Prüfung eines sonstigen Rechts i.S.v. § 823 I BGB zu bewerten, siehe hierzu BGH, Urt. v. 20.05.1958 – VI ZR 105/57, NJW 1958, 1344, Rn. 1.

⁵⁸¹ Ehlers, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 2 I 3, Rn. 13.

⁵⁸² BVerfG, Beschl. v. 26.03.1987 – 2 BvR 589/79 u.a., NJW 1987, 2427.

⁵⁸³ *Fastenrath*, in: IK EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 174 (Stand: Oktober 2012); *Grabewarter/Pabel*, EMRK, § 19, Rn. 8; *Meyer*, in: SK-StPO, Art. 1 EMRK, Rn. 42 f.; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 906; wohl auch *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 89; zumindest von gewisser Horizontalwirkung der EMRK ausgehend: *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten, 220 f., 335; *Schweizer*, in: IK EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 31 (Stand: August 2007).

⁵⁸⁴ EGMR, Urt. v. 13.07.2004, Nr. 69498/01 (*Pla und Puncernau/Andorra*), NJW 2005, 875, Rn. 62.

⁵⁸⁵ EGMR, Urt. v. 13.07.2004, Nr. 69498/01 (*Pla und Puncernau/Andorra*), NJW 2005, 875, Rn. 62.

ventionsrechten durchaus eine große Reichweite beimisst. Die EMRK stelle eben keinen bloßen Programmsatz dar, sondern soll effektiv zur Geltung kommen.⁵⁸⁶

Eine unmittelbare Drittwirkung wird trotzdem überwiegend abgelehnt.⁵⁸⁷ Hierfür wird die Konzeption der Konventionsrechte als Abwehrrechte gegen den Staat angeführt,⁵⁸⁸ die sich auch daran zeigt, dass Beschwerden zum EGMR nur gegen Konventionsstaaten zulässig sind⁵⁸⁹. Ob auch die Privatautonomie des Diskriminierenden gegen eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 14 EMRK angeführt werden kann, hängt davon ab, ob diese überhaupt durch die EMRK geschützt ist. Insofern kommt nur Art. 8 EMRK in Betracht, der zumindest in Teilen wegen seiner wesensmäßigen Anwendbarkeit⁵⁹⁰ auch juristische Personen berechtigt⁵⁹¹. So wäre wohl auch der Schutz der Privatautonomie als etwaige Ausprägung des Art. 8 EMRK⁵⁹² auf juristische Personen und somit jedenfalls auf alle Anbieter, die algorithmische Preisdiskriminierung betreiben, anwendbar. Art. 8 EMRK schützt die individuelle Lebensführung und Selbstbestimmtheit.⁵⁹³ Während für diesen Schutz zum Teil ein enger Bezug zur menschlichen Persönlichkeit verlangt wird,⁵⁹⁴ ist nach dem EGMR allgemein die Freiheit geschützt, soziale, per-

⁵⁸⁶ EGMR, Urt. v. 29.10.1979, Nr. 6289/73 (Airey/Irland), BeckRS 1979, 108525, Rn. 24.

⁵⁸⁷ EKMR v. 08.05.1987, Nr. 12597/86 (K.W. Haughton/Vereinigtes Königreich); *Fastenrath*, in: IK EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 67 (Stand: Oktober 2012); *Kingreen*, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 686 (Stand: Februar 2020); *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 19; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 115; *Sauer*, in: Karpenstein/Meyer, EMRK, Art. 14 EMRK, Rn. 48; vgl. auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 19, Rn. 8; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 906.

⁵⁸⁸ *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 906.

⁵⁸⁹ Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak zu EuGH, Urt. v. 24.01.2012, Rs. C-282/10 (Dominguez), Rn. 86.

⁵⁹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 17, Rn. 5; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1 EMRK, Rn. 25.

⁵⁹¹ EGMR, Urt. v. 16.04.2002, Nr. 37971/97 (Société Colas Est u.a./Frankreich), BeckRS 2015, 48057, Rn. 41; *Breitenmoser*, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, 276 ff., 348; *Meyer*, in: SK-StPO, Art. 8 EMRK, Rn. 80; *Peters/Altwicker*, EMRK, § 2, Rn. 16; vgl. auch *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band I, Kap. 16, Rn. 69.

⁵⁹² So wohl *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II, Kap. 21, Rn. 89.

⁵⁹³ EKMR, Entsch. v. 11.07.1980, Nr. 8307/78 (Deklerck/Belgium), DR 21, 121, 124; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22, Rn. 13.

⁵⁹⁴ *Breitenmoser*, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, 40; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22, Rn. 13.

sönliche und ökonomische Beziehungen selbstbestimmt auszuwählen bzw. zu gestalten⁵⁹⁵. Die Privatautonomie in Form der Preisgestaltungsfreiheit beschreibt aber nichts anderes als die selbstbestimmte Auswahl und Gestaltung der ökonomischen Beziehungen. Zudem kann diese Freiheit als für Privatrechtssubjekte geradezu charakteristisch angesehen werden, weshalb ein Schutz über Art. 8 EMRK anzunehmen ist. Dieser Aspekt spricht gegen eine unmittelbare Bindung Privater an Art. 14 EMRK, wengleich der Privatautonomie natürlich kein absoluter Schutz zukommt⁵⁹⁶. Zudem greift auch hier das bereits im Rahmen der Schutzpflichten angeführte Argument⁵⁹⁷, dass den Konventionsstaaten außerhalb des menschenrechtlichen Mindeststandards eine gewisse „Rechtsordnungsautonomie“ verbleiben muss. Diese könnte aber durch die Annahme einer umfassenden Bindung Privater an die EMRK ebenso untergraben werden wie durch staatliche Schutzpflichten.⁵⁹⁸ Schließlich kann eine unmittelbare Drittwirkung auch nicht mit Art. 1 EMRK begründet werden. Dessen Wortlaut („sichern (...) zu“) geht nämlich gerade von der Notwendigkeit eines aktiven Tuns der Konventionsstaaten aus, damit der EMRK Geltung verschafft wird.

Daher ist eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP Nr. 1 EMRK abzulehnen. Dies schließt allerdings eine mittelbare Drittwirkung nicht aus, auf die bei gegebenem Anlass zurückzukommen ist.

5. CEDAW und CERD

Auch die völkerrechtlichen Verträge CEDAW und CERD enthalten Diskriminierungsverbote. Erstgenanntes Abkommen beschränkt sich auf die Gleichbehandlung der Geschlechter und Letzteres betrifft rassistische Diskriminierungen. Im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung sind beide Differenzierungsmerkmale zumindest potenziell relevant, bzgl. der „Rasse“ zumindest im Rahmen mittelbarer Diskriminierungen. Ob die genannten Verträge Schutzpflichten der Vertragsstaaten begründen,⁵⁹⁹ kann hier offenbleiben, da in Deutschland Diskriminierungen nach den betreffenden Merkmalen zumindest bzgl. der im Rahmen von algorithmischer Preis-

⁵⁹⁵ EGMR, Urt. v. 09.10.2003, Nr. 48321/99 (Slivenko/Lettland), BeckRS 2003, 16362, Rn. 96.

⁵⁹⁶ Vgl. Meyer, in: SK-StPO, Art. 1 EMRK, Rn. 41.

⁵⁹⁷ Siehe hierzu Kap. C.I.4.a).

⁵⁹⁸ Vgl. zum engen Zusammenhang von Schutzpflichten und Drittwirkung: Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 19, Rn. 9; Kingreen, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 686, Rn. 698 (Stand: Februar 2020); Meyer, in: SK-StPO, Art. 1 EMRK, Rn. 42 f.; Szczekealla, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 906.

⁵⁹⁹ Bejahend wohl Kingreen, in: BK GG, Art. 3 GG, Rn. 314 (Stand: Februar 2020); verneinend Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 III GG, Rn. 89 (Stand: Juli 2021).

diskriminierung relevanten Massengeschäfte gem. § 19 AGG grundsätzlich verboten sind. Eine Bindung Privater durch die Abkommen CEDAW und CERD ist bereits nach deren Regelungsgehalt, der durchweg nur die Vertragsstaaten betrifft, nicht konstruierbar. Somit stellen diese auch keinen Zulässigkeitsrahmen für algorithmische Preisdiskriminierung auf.

6. AGG

Als nächstes ist die Vereinbarkeit algorithmischer Preisdiskriminierung mit dem AGG zu untersuchen. Eine potenzielle Zulässigkeitschürde für derartige Preisstrategien stellt § 19 AGG auf.

a) Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des AGG könnte sich aus § 2 I Nr. 8 AGG⁶⁰⁰ ergeben. Danach müsste sich algorithmische Preisdiskriminierung auf den Zugang zu bzw. die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen beziehen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Preisbildung steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Ferner

„(werden) Güter und Dienstleistungen (...) praktisch dann der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt, wenn ein Angebot zum Vertragsschluss durch Anzeigen in Tageszeitungen, Schaufensterauslagen, Veröffentlichungen im Internet oder auf vergleichbare Weise öffentlich gemacht wird“⁶⁰¹.

Maßgeblich ist, dass die Erklärung die Privatsphäre des Anbietenden verlässt,⁶⁰² sodass „Angebot“ hier untechnisch zu verstehen ist und auch die bloße sog. *invitatio ad offerendum* erfasst⁶⁰³. Somit ist das AGG auch auf die Preisbildung anwendbar. Zudem wird algorithmische Preisdiskriminierung in aller Regel von Anbietern betrieben, die ihre Waren oder Dienstleistungen öffentlich anbieten. Zwar führt algorithmische Preisdiskriminierung zu unterschiedlichen Preisen je nach Kunde(ngruppe). Trotzdem wird der Vertragsschluss als solcher aber der Öffentlichkeit „angeboten“. Dass der Preis als Vertragsbedingung durch den Einsatz von Preisalgorithmen dagegen individuell sein kann, steht mit Blick auf den Schutzzweck des AGG der Anwendbarkeit nicht entgegen. Das zeigt auch die Gesetzesbegründung zu § 20 I 2 Nr. 3 AGG, die ausdrücklich auf unterschiedliche Vertragsbedingungen bzw. Preise Bezug nimmt.⁶⁰⁴ Somit ist der Anwendungsbereich des AGG eröffnet.

⁶⁰⁰ Dieser ist ferner ohnehin zu bejahen, wenn der Grundtatbestand des § 19 I AGG vorliegt, siehe *Heese*, NJW 2012, 572; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 2 AGG, Rn. 29.

⁶⁰¹ BT-Drs. 16/1780, 32.

⁶⁰² BT-Drs. 16/1780, 32.

⁶⁰³ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 2 AGG, Rn. 28.

⁶⁰⁴ BT-Drs. 16/1780, 44.

b) Verbot unmittelbarer Benachteiligungen

Zunächst ist das Verbot unmittelbarer Benachteiligungen (§ 19 AGG i.V.m. § 3 I AGG) in den Blick zu nehmen.

aa) Grundtatbestand des § 19 I Nr. 1 AGG

Im Rahmen des untersuchungsgegenständlichen Phänomens kommt nur § 19 I Nr. 1 AGG in Betracht. Bei § 19 I Nr. 2 AGG geht es dagegen um unterschiedliche Versicherungsprämien, mithin um keinen Fall von Preisdiskriminierung⁶⁰⁵. Während für Diskriminierungen nach „Rasse“ oder ethnischer Herkunft, die bei algorithmischer Preisdiskriminierung sowieso allenfalls in mittelbarer Form relevant sein dürften, gem. § 19 II AGG bereits die Bejahung der Anwendbarkeit des AGG ausreicht, müsste in allen anderen Fällen ein sog. Massengeschäft vorliegen.

Zivilrechtliche Schuldverhältnisse kommen typischerweise ohne Ansehen der Person zustande, wenn die Leistung im Rahmen der Kapazitäten grundsätzlich gegenüber jedermann angeboten wird, dem Anbieter die Person des Vertragspartners also grundsätzlich gleichgültig ist.⁶⁰⁶ Dies ist wegen des Wortlauts („typischerweise“) allgemein und objektiv nach der Verkehrssitte zu bestimmen,⁶⁰⁷ um die Geltung des § 19 AGG nicht zur Disposition des Anbieters zu stellen.⁶⁰⁸ Darauf, dass die „in § 1 (AGG) genannten Merkmale typischerweise keine Rolle spielen“⁶⁰⁹, kann es entgegen der Gesetzesbegründung dagegen nicht ankommen, da ansonsten der Schutz des § 19 AGG in vielen Fällen von vornherein verwehrt bliebe.⁶¹⁰ Vor allem „im Bereich der Konsumgüterwirtschaft und bei standardisierten Dienstleistungen kommen Verträge typischerweise ohne Ansehen der Person zustande“⁶¹¹. Algorithmische Preisdiskriminierung dürfte ausschließlich in diesen Bereichen betrieben werden, sodass die Voraussetzung erfüllt ist.

Im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung könnte man an dem Merkmal „zu vergleichbaren Bedingungen“ zweifeln. Zwar stellen alle essentialia negotii und somit auch der Preis Bedingungen i.S.v. § 19 I Nr. 1 AGG dar.⁶¹² Allerdings zeichnet sich die vorliegende Preisstrategie in Abgrenzung

⁶⁰⁵ Siehe hierzu Kap. A.I.2.

⁶⁰⁶ *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 19 AGG, Rn. 31 (Stand: 15.01.2022); *Rolfs*, NJW 2007, 1489; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 17.

⁶⁰⁷ BT-Drs. 16/1780, 41.

⁶⁰⁸ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 18.

⁶⁰⁹ BT-Drs. 16/1780, 41.

⁶¹⁰ *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 19 AGG, Rn. 31 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 17.

⁶¹¹ BT-Drs. 16/1780, 41.

⁶¹² *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 31; *Serr*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 19 AGG, Rn. 30.

zum Einheitspreis gerade durch eine flexible Preissetzung aus. Jedoch reicht für die Annahme vergleichbarer Bedingungen bereits aus, dass die Formel, nach der sich die Vertragsbestimmungen ergeben, für alle Kunden gleich ist.⁶¹³ Ansonsten würden Ungleichbehandlungen, vor denen § 19 AGG gerade schützen soll, vom Tatbestand ausgenommen.⁶¹⁴ Ferner wäre andernfalls § 20 II AGG sinnlos, der sich auf unterschiedliche Versicherungsprämien bezieht.⁶¹⁵ Dementsprechend stellt die Gesetzesbegründung klar, dass auch bei nach Vertragspartner variierenden Preisen noch von vergleichbaren Bedingungen auszugehen ist,⁶¹⁶ weshalb dieses Merkmal auch bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung zu bejahen ist.

Letzte Voraussetzung für ein Massengeschäft ist das Zustandekommen in einer Vielzahl von Fällen. Diese ist aus Sicht des Anbietenden im konkreten Fall⁶¹⁷ zu bestimmen, sodass bei entsprechender Absicht auch schon das erste Geschäft erfasst ist.⁶¹⁸ Mangels Verallgemeinerungsfähigkeit des § 19 V 3 AGG, der sich nur auf die Vermietung von Wohnraum bezieht, ist die Marke von 50 Fällen nicht maßgeblich.⁶¹⁹ Stattdessen ist in Parallele zu § 305 I 1 BGB⁶²⁰ eine Absicht des Anbieters, die sich auf mindestens drei Fälle bezieht, ausreichend.⁶²¹ Denn sowohl § 19 I Nr. 1 AGG als auch § 305 I 1 BGB sollen unprofessionelles und unregelmäßiges Handeln unberührt lassen.⁶²² Das Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung durch Anbieter, die weniger als drei Vertragsschlüsse beabsichtigen, scheint ausgeschlossen, weshalb diese Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist. Somit liegt im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung, wie auch typischerweise allgemein bei Verträgen in der Konsumgüterwirtschaft und bei standardisierten Dienstleistungen,⁶²³ ein Massengeschäft vor.

⁶¹³ Weimann, in: Hey/Forst, AGG, § 19 AGG, Rn. 59, Rn. 62.

⁶¹⁴ Schiek, in: Schiek, AGG, § 19 AGG, Rn. 11.

⁶¹⁵ Heese, NJW 2012, 572, 573.

⁶¹⁶ BT-Drs. 16/1780, 41.

⁶¹⁷ Thüsing, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 30.

⁶¹⁸ Adomeit/Mohr, AGG, § 3 AGG, Rn. 18; Meinell/Heyn/Herms, AGG, 1. Auflage, § 19 AGG, Rn. 9; Weimann, in: Hey/Forst, AGG, § 19 AGG, Rn. 91; Wendtland, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 20.

⁶¹⁹ Meinell/Heyn/Herms, AGG, 1. Auflage, § 3 AGG, Rn. 10; ausführlich zu den fehlenden Voraussetzungen für eine Übertragbarkeit der in § 19 V 3 AGG maßgeblichen Anzahl: Weimann, in: Hey/Forst, AGG, § 19 AGG, Rn. 83 ff.

⁶²⁰ BGH, Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, 139; BGH, Urt. v. 15.04.1998 – VIII ZR 377/96, NJW 1998, 2286, 2287.

⁶²¹ Mörsdorf, in: BeckOGK, § 19 AGG, Rn. 38 (Stand: 15.01.2022); Thüsing, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 35.

⁶²² Schiek, in: Schiek, AGG, § 19 AGG, Rn. 10.

⁶²³ BGH, Urt. v. 25.04.2019 – I ZR 272/15, NJW 2020, 852, Rn. 18; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, § 19 AGG, Rn. 2; Weimann, in: Hey/Forst, AGG, § 19 AGG, Rn. 70; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 19 AGG, Rn. 4 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch BT-Drs. 16/1780, 41.

Als zeitliches Moment kommt für algorithmische Preisdiskriminierung die Variante „bei der Begründung“ in Betracht. Durch diese sollen Diskriminierungen bei Vertragsanbahnung erfasst werden,⁶²⁴ worunter auch Benachteiligungen durch unterschiedliche Vertragskonditionen fallen⁶²⁵. Somit sind auch Ungleichbehandlungen durch unterschiedliche Preise erfasst.⁶²⁶ Daher erfüllt algorithmische Preisdiskriminierung auch die zeitliche Voraussetzung des § 19 I AGG.⁶²⁷

Der Grundtatbestand des § 19 I Nr. 1 Var. 1 AGG liegt im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung vor. Auf § 19 I Nr. 1 Var. 2 AGG kommt es daher nicht an.

bb) Unmittelbare Benachteiligung (§ 3 I 1 AGG)

Als nächstes müsste algorithmische Preisdiskriminierung potenziell eine unmittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 I 1 AGG darstellen können.

Durch algorithmische Preisdiskriminierung müsste eine Person eine Behandlung erfahren. Es ist allerdings nicht ganz eindeutig, ob sich unter dieses Merkmal auch autonome algorithmische Entscheidungen subsumieren lassen,⁶²⁸ weil sowohl rechtsgeschäftliches als auch deliktisches Handeln im Allgemeinen ein Handlungsbewusstsein voraussetzt⁶²⁹. Da sich nur Menschen ihrer Handlungen bewusst sein können, ist für eine Behandlung i.S.v. § 3 I 1 AGG also ein *menschliches* Tun oder Unterlassen erforderlich⁶³⁰. Daher wird teilweise keine Behandlung angenommen, wenn Algorithmen autonom Entscheidungen treffen.⁶³¹ Die Sichtweise muss indes bezweifelt werden, liegt es doch nahe, dem für den Algorithmeinsatz Verantwortlichen die algorithmische Entscheidungsfindung zuzurechnen.⁶³² Dieses allgemein algorithmen-

⁶²⁴ Thüsing, in: MüKo-BGB, Band 1, § 19 AGG, Rn. 137.

⁶²⁵ Wendtland, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 15.

⁶²⁶ A.A. wohl Heese, NJW 2012, 572, 573, der zwar auf die Variante „bei der Durchführung“ abstellt, aber zugleich darauf hinweist, dass es im Ergebnis nicht darauf ankommt, solange eine der zeitlichen Varianten des § 19 I AGG einschlägig ist.

⁶²⁷ Problematischer ist dies bei Scorewerten, siehe hierzu Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 294.

⁶²⁸ Geißler, in: Kramer, IT-ArbR, Teil B, Rn. 1071; von Lewinskilde Barros Fritz, NZA 2018, 620, 621.

⁶²⁹ Armbrüster, in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 4.

⁶³⁰ Armbrüster, in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 4; Broy, in: jurisPK-BGB, § 3 AGG, Rn. 15 (Stand: 01.02.2020); Roloff, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG, Rn. 2 (Stand: 01.09.2021).

⁶³¹ Hinz, in: Kaulartz/Braegelmann, AI und ML, Kap. 11, Rn. 38; ähnlich auch Steege, MMR 2019, 715, 718, der zwar den Output von Algorithmen als Behandlung ansieht, allerdings für ein Überdenken des menschlichen Tuns oder Unterlassens als Voraussetzungen einer Behandlung plädiert.

⁶³² Straker, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 15.6, Rn. 23 (Stand: Mai 2021).

rechtliche Problem soll in dieser Arbeit aber nicht weiter vertieft werden. Stattdessen ist im Rahmen der weiteren Abhandlung vom Vorliegen einer Behandlung auszugehen.

Die Behandlung müsste auch weniger günstig sein als die Behandlung einer Person in einer vergleichbaren Situation. Ausreichend ist insofern die hypothetische Vergleichbarkeit,⁶³³ was der Wortlaut des § 3 I 1 AGG („erfahren würde“) klarstellt⁶³⁴. Diese besteht, wenn sich die zu vergleichenden Sachverhalte mit Ausnahme vom Unterscheidungsmerkmal nicht wesentlich unterscheiden.⁶³⁵ Algorithmische Preisdiskriminierung führt zu unterschiedlichen Behandlungen bei wesentlicher Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Zwar ist nach *Schiek* bei lediglich sehr geringen Unterschieden zwischen den Vergleichsgruppen die Wesentlichkeit zu verneinen.⁶³⁶ Dies wäre bei algorithmischer Preisdiskriminierung möglicherweise der Fall, wenn der Preisunterschied nur sehr gering ist. Allerdings ist der Grad der Unterschiedlichkeit nicht der einzige Maßstab für die Schwere bzw. Wesentlichkeit einer Ungleichbehandlung. Es ist nicht ersichtlich, warum solche Ungleichbehandlungen, die trotz geringer Unterschiedlichkeit trotzdem schwer wiegen und somit wesentlich sind, von vornherein aussortiert werden sollten. Die flexiblere und interessengerechtere Lösung ist daher, den Grad der Unterschiedlichkeit im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen. Die Behandlung ist schließlich weniger günstig, wenn sie einen objektiven eindeutigen Nachteil bewirkt,⁶³⁷ was bei durch algorithmische Preisdiskriminierung verursachten höheren Preisen der Fall ist. Da § 3 I 1 AGG auf die konkrete Behandlung abstellt, spielen an dieser Stelle auch keine etwaigen indirekten wohlfahrtssteigernden Effekte⁶³⁸ eine Rolle. Zudem ist auch irrelevant, ob der angebotene Preis letztlich über oder unter dem Durchschnittspreis liegt.⁶³⁹ Vielmehr liegt ein objektiv eindeutiger Nachteil bereits dann vor, wenn sich ein bestimmtes Kriterium preiserhöhend auswirkt. Der Vergleich ist dann mit einem hypothetischen Kunden zu ziehen, der sich lediglich in dem betreffenden Merkmal unterscheidet. Somit bewirkt algorithmische Preisdiskriminierung eine weniger günstige Behandlung in einer vergleichbaren Situation.

Dies müsste zudem gerade *wegen* eines in § 1 AGG genannten Grundes der Fall sein. Voraussetzung hierfür ist ein kausaler Bezug zwischen einem ge-

⁶³³ *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG, Rn. 9 f. (Stand: 01.09.2021).

⁶³⁴ BAG, Urt. v. 19.12.2019 – 8 AZR 2/19, NZA 2020, 707, 710 f.

⁶³⁵ BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372, 377; vgl. auch *Bauerl Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, § 3 AGG, Rn. 11.

⁶³⁶ *Schiek*, in: *Schiek*, AGG, § 3 AGG, Rn. 9.

⁶³⁷ BAG, Urt. v. 16.02.2012 – 6 AZR 553/10, NZA 2012, 555, Rn. 20; BAG, Urt. v. 25.02.2010 – 6 AZR 911/08, NZA 2010, 561, Rn. 25.

⁶³⁸ Siehe hierzu Kap. B.II.2.b)bb).

⁶³⁹ A.A. wohl *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 11.

nannten Merkmal und der weniger günstigen Behandlung. Dieser ist auch zu bejahen, wenn von mehreren Anknüpfungskriterien lediglich eines in § 1 AGG genannt und dieses somit mitursächlich für die Ungleichbehandlung ist.⁶⁴⁰ Letztgenannte Konstellation spielt für algorithmische Preisdiskriminierung aber in der Regel gar keine Rolle, denn bei dieser wirken sich einzelne Kriterien preiserhöhend oder preissenkend aus. Bei einer Betrachtung, die sich sowieso auf einzelne Kriterien bezieht, stellt sich aber das Problem eines Motivbündels nicht.⁶⁴¹ Bei dynamischen Preisen wird an den Zeitpunkt des potenziellen Vertragsschlusses angeknüpft, mithin nicht an ein in § 1 AGG genanntes Merkmal. Für die algorithmische Personalisierung von Preisen können allerdings das Geschlecht und das Alter als direkte Anknüpfungskriterien relevant werden.⁶⁴² Wenngleich weder Vorsatz noch Absicht Voraussetzung ist,⁶⁴³ so setzt die Kausalität doch notwendigerweise Kenntnis des Anbieters von dem Differenzierungsmerkmal voraus⁶⁴⁴. Hiervon ist im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung auszugehen. Zwar kann diese Voraussetzung problematisch werden, wenn bei komplexen Algorithmen der Verwender selbst keine genaue Kenntnis von der Funktionsweise hat.⁶⁴⁵ Die-

⁶⁴⁰ BAG, Urt. v. 23.11.2017 – 8 AZR 604/16, NZA 2018, 584, Rn. 21; BAG, Urt. v. 28.09.2017 – 8 AZR 492/16, NZA 2018, 519, Rn. 19; BAG, Urt. v. 26.01.2017 – 8 AZR 73/16, NZA-RR 2017, 342, Rn. 23; BAG, Urt. v. 20.01.2016 – 8 AZR 194/14, NZA 2016, 681, Rn. 24; BAG, Urt. v. 16.02.2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667, Rn. 42; BGH, Urt. v. 23.04.2012 – II ZR 163/10, NZA 2012, 797, Rn. 37; *Horcher*, in: BeckOK BGB, § 3 AGG, Rn. 30 (Stand: 01.11.2021); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 3 AGG, Rn. 8; bzgl. der Kausalität bei Vorliegen eines Motivbündels auch *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 AGG, Rn. 59.

⁶⁴¹ Anders liegt das freilich, wenn erst eine Kombination aus verschiedenen Merkmalen einen potenziellen Schluss auf die Zahlungsbereitschaft zulässt. Zudem kommt es z.B. bei Bewerbungsverfahren auf das Problem des Motivbündels an, denn dort gibt es nur zwei Entscheidungsoptionen, nämlich eine Zusage oder eine Absage. Wurde eine Option gewählt, beeinflussen Kriterien, die für die andere Option gesprochen haben, das Ergebnis für den Bewerber nicht mehr. Ihm wird schlicht entweder zu- oder abgesagt.

⁶⁴² Siehe hierzu bereits Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c); nach *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 453 spielen dagegen alle aufgezählten Kriterien für personalisierte Preisbildung nur indirekt eine Rolle; in diese Richtung auch *Zurth*, AcP 2021, 514, 537.

⁶⁴³ BAG, Urt. v. 16.02.2012 – 8 AZR 697/10, NZA 2012, 667, Rn. 42; BAG, Urt. v. 28.04.2011 – 8 AZR 515/10, NJW 2011, 2458, Rn. 33; BAG, Urt. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153, Rn. 31; *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 10; *Horcher*, in: BeckOK BGB, § 3 AGG, Rn. 30 (Stand: 01.11.2021); *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG, Rn. 12 (Stand: 01.12.2021); *Schlachter*, in: EK ArbR, § 3 AGG, Rn. 2; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 3 AGG, Rn. 8.

⁶⁴⁴ BAG, Urt. v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, NZA 2014, 258, Rn. 31; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 19 AGG, Rn. 26; *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 3 AGG, Rn. 10; *Baumgärtner*, in: BeckOGK, § 3 AGG, Rn. 51 (Stand: 15.01.2022); *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG, Rn. 12 (Stand: 01.12.2021).

⁶⁴⁵ *Von Lewinskilde Barros Fritz*, NZA 2018, 620; vgl. auch *Hinz*, in: Kaulartz/Braegel-

ses Problem stellt sich aber stets beim Einsatz komplexer Algorithmen und ist hier daher nicht zu vertiefen.

Somit ist festzuhalten, dass algorithmische Preisdiskriminierung eine unmittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 I 1 AGG darstellen kann.

cc) Rechtfertigung

Daher ist nun zu erörtern, inwiefern eine derartige algorithmische Preisdiskriminierung nach § 20 AGG gerechtfertigt ist. Dieser sieht grundsätzlich die Möglichkeit einer Rechtfertigung auch für die hier relevanten Kriterien Alter und Geschlecht vor.⁶⁴⁶

(1) Rechtfertigungsgrund

Von den in § 20 I 2 AGG genannten Gründen kommt lediglich § 20 I 2 Nr. 3 AGG in Betracht. Dafür müsste die direkte Personalisierung von Preisen nach Geschlecht oder Alter besondere Vorteile gewähren und es müsste ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlen. Zwar stellt eine Benachteiligung spiegelbildlich immer auch eine Bevorzugung dar.⁶⁴⁷ Ferner sind gerade Preisnachlässe typische Anwendungsfälle einer Gewährung besonderer Vorteile.⁶⁴⁸ Allerdings ist Hintergrund des § 20 I 2 Nr. 3 AGG die Ermöglichung von Vorteilsgewährungen, deren Ziel sozial erwünscht ist.⁶⁴⁹ Es geht eben ausschließlich um die Rechtfertigung von *Vorteilen*. Das Verbot derartiger „reiner“ Vergünstigungen wäre nämlich sinnlos, da es keine Besserstellung der Benachteiligten bewirken würde, sondern lediglich auf die Ermäßigung verzichtet würde. Mit anderen Worten: § 20 I 2 Nr. 3 AGG ist nicht erfüllt in Fällen, in denen ein Interesse an der Unterbindung der Ungleichbehandlung besteht, wenn also ein Verbot der Diskriminierung die Lage der Benachteiligten verbessern würde.⁶⁵⁰ Genau einen solchen Fall stellt aber algorithmische Preispersonalisierung dar, weil sich diese nicht in der bloßen Gewährung von Rabatten erschöpft, sondern eine Abschöpfung der

mann, AI und ML, Kap. 11, Rn. 44; dagegen stellt sich das Problem beim lediglich vorgelegten Algorithmeinsatz nicht, siehe *Geißler*, in: Kramer, IT-ArbR, Teil B, Rn. 1072.

⁶⁴⁶ Nicht so dagegen für die Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft, die untersuchungsgegenständlich aber sowieso nur im Rahmen mittelbarer Benachteiligungen eine Rolle spielen.

⁶⁴⁷ *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 10; *Staudinger/Rolfs*, in: Staudinger, BGB, § 20 AGG, Rn. 7; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 20 AGG, Rn. 11; *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 110.

⁶⁴⁸ BT-Drs. 16/1780, 44; *Ernst et al.*, AGG, § 20 AGG, Rn. 5; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 36 (Stand: 15.01.2022).

⁶⁴⁹ BT-Drs. 16/1780, 44; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 37 (Stand: 15.01.2022).

⁶⁵⁰ BT-Drs. 16/1780, 44.

individuellen Zahlungsbereitschaft bezweckt. Dafür muss die Preispersonalisierung aber „in beide Richtungen“ betrieben werden. Bei einem Verbot dieser Praktik würde mit dem Wegfall von günstigeren Preisen für manche Kunden daher der Wegfall von höheren Preisen für andere Kunden korrespondieren. Somit kann diese Preisstrategie nicht gem. § 20 I 2 Nr. 3 AGG gerechtfertigt werden.⁶⁵¹

Es besteht allerdings noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung durch einen sachlichen Grund gem. § 20 I 1 AGG, da die Aufzählung in § 20 I 2 AGG nicht abschließend ist. Entscheidend für die Sachlichkeit des Differenzierungsgrundes ist auch hier⁶⁵² der Zusammenhang zwischen der Ungleichbehandlung und dem Ziel der Ungleichbehandlung.⁶⁵³ Dieser darf nicht offensichtlich willkürlich, sondern muss zumindest grundsätzlich nachvollziehbar sein.⁶⁵⁴ Der Differenzierungsgrund für algorithmische Preispersonalisierung ist die Steigerung des Umsatzes durch Abschöpfung der maximalen Zahlungsbereitschaft. Problematisch könnte sein, dass dieser Grund rein wirtschaftlicher Art ist. So wird für den sachlichen Grund i.S.v. § 20 I 1 AGG recht einhellig eine Vergleichbarkeit mit den Gründen des § 20 I 2 AGG gefordert.⁶⁵⁵ Diese ist aber für die Gründe algorithmischer Preisdiskriminierung mangels altruistischer Zielsetzung wohl kaum zu bejahen. Insbesondere kann nicht pauschal von umverteilenden und wohlfahrtssteigernden Effekten ausgegangen werden.⁶⁵⁶ Trotzdem sollen nach verbreiteter Ansicht aber auch wirtschaftliche Ziele grundsätzlich einen sachlichen Grund darstellen können.⁶⁵⁷ Hierfür spreche ein Erst-recht-Schluss aus § 8 AGG, sodass auch ein Verstoß gegen das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot grundsätzlich

⁶⁵¹ A.A. wohl *Zurth*, AcP 2021, 514, 537, der in § 20 I 2 Nr. 3 AGG zumindest einen potenziellen Rechtfertigungsgrund sieht.

⁶⁵² Explizit für eine einheitliche Auslegung des Begriffs „sachlicher Grund“ in der deutschen Rechtsordnung: *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 13.

⁶⁵³ *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581; vgl. BT-Drs. 16/1780, 43.

⁶⁵⁴ *Ernst et al.*, AGG, § 3 AGG, Rn. 2; *Maier-Reimer*, NJW 2006, 2577, 2581; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 19 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 14.

⁶⁵⁵ BT-Drs. 16/1780, 43; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 20 AGG, Rn. 18; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, § 20 AGG, Rn. 5; *Ernst et al.*, AGG, § 3 AGG, Rn. 2; *Frankel Schlichtmann*, in: Däubler/Beck, AGG, § 20 AGG, Rn. 10 f.; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, § 20 AGG, Rn. 7; *Grunewald*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 3; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 20 AGG, Rn. 3; *Staudinger/Rolfs*, in: Staudinger, BGB, § 20 AGG, Rn. 3.

⁶⁵⁶ Siehe Kap. B.II.2.b)bb).

⁶⁵⁷ BGH, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 401/18, NZM 2020, 1044, Rn. 33; *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 AGG, Rn. 19; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 20 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 16 ff.; *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 13; vgl. auch *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, § 20 AGG, Rn. 6, die die Wahrnehmung der unternehmerischen Freiheit grundsätzlich als sachlichen Grund anerkennen.

durch eine beabsichtigte Gewinnsteigerung gerechtfertigt werden können müsse.⁶⁵⁸ Außerdem hätten auch die in § 20 I 2 AGG genannten Rechtfertigungsgründe zumindest teilweise wirtschaftlichen und nicht nur altruistischen Charakter.⁶⁵⁹ Auch wäre die pauschale Ablehnung wirtschaftlicher Erwägungen als Rechtfertigungsgrund unvereinbar mit der unternehmerischen Freiheit bzw. der Berufsausübungsfreiheit des Anbieters.⁶⁶⁰ Zudem scheint die Ablehnung eines sachlichen Grundes nur angezeigt, wenn Menschen aufgrund des jeweiligen Merkmals kategorisch ausgegrenzt bzw. herabgewürdigt werden.⁶⁶¹ Dies ist bei der Verfolgung rein wirtschaftlicher Ziele offensichtlich nicht der Fall. Außerdem weist die Gesetzesbegründung lediglich darauf hin, dass die Regelbeispiele „zugleich eine Richtschnur für die Auslegung des Grundtatbestandes geben können“⁶⁶², was gegen eine zwingende Parallele zu den Regelbeispielen spricht. Schließlich besteht die Gefahr, durch eine zu starke Orientierung an § 20 I 2 AGG dessen Charakter als nicht abschließende Aufzählung zu untergraben, zumal in § 20 I 1 AGG anders als in § 20 I 2 Nr. 1 AGG auch nicht auf eine Vergleichbarkeit abgestellt wird. Daher kommen grundsätzlich auch wirtschaftliche Erwägungen als sachlicher Grund in Betracht.

Ausgehend davon ist die Sachlichkeit des Grundes im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung aus dem gleichen Grund wie bei Art. 3 GG⁶⁶³ zu bejahen, zumal bzgl. § 19 I 1 AGG explizit auf den Beurteilungsspielraum des Anbieters hingewiesen wird⁶⁶⁴. Zwar ist die Sachlichkeit des Grundes objektiv zu bestimmen, sodass bloße Vermutungen oder subjektive Einschätzungen nicht ausreichen.⁶⁶⁵ Allerdings ist insoweit zu berücksichtigen, dass eine gewisse Einschätzung seitens des Handelnden gerade in der Natur wirtschaftlich motivierter Maßnahmen liegt. Diese hängen nämlich stets davon ab, was der jeweilige Anbieter für wirtschaftlich sinnvoll erachtet. Wenn man, wie hier vertreten, wirtschaftliche Erwägungen grundsätzlich als sachlichen Grund akzeptiert, so muss man dem Handelnden daher auch zwangsläufig einen gewissen wirtschaftlichen Einschätzungsspielraum belassen. Andernfalls würde die Möglichkeit einer Rechtfertigung mit wirtschaftlichen Er-

⁶⁵⁸ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 AGG, Rn. 19.

⁶⁵⁹ *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 20 (Stand: 15.01.2022).

⁶⁶⁰ BGH, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 401/18, NZM 2020, 1044, Rn. 28.

⁶⁶¹ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 8; vgl. auch *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 93.

⁶⁶² BT-Drs. 16/1780, 43.

⁶⁶³ Siehe hierzu Kap. C.I.1.b)cc)(2)(a).

⁶⁶⁴ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 14, Rn. 22.

⁶⁶⁵ BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 8 AZR 454/15, NZA 2017, 715, Rn. 51; BAG, Urt. v. 24.01.2013 – 8 AZR 429/11, NZA 2013, 498, Rn. 46; BAG, Urt. v. 29.09.2011 – 2 AZR 177/10, NZA 2012, 754, Rn. 17; BAG, Beschl. v. 08.12.2010 – 7 ABR 98/09, NZA 2011, 751, Rn. 62; BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945, Rn. 55.

wägungen quasi durch die Hintertür doch wieder verneint. Somit besteht für algorithmische Preispersonalisierung grundsätzlich die Möglichkeit der Rechtfertigung nach § 20 I 1 AGG.

(2) Verhältnismäßigkeit

Umstritten ist, ob die Benachteiligung über den Wortlaut des § 20 AGG hinaus auch verhältnismäßig sein muss. Der BGH ließ diese Frage jüngst ausdrücklich offen.⁶⁶⁶ Gegen die Verhältnismäßigkeit als Voraussetzung⁶⁶⁷ spricht zwar ein systematischer Vergleich mit § 3 II, § 8 I und § 10 S. 1 AGG, die diese anders als § 20 AGG ausdrücklich benennen.⁶⁶⁸ *Adomeit* und *Mohr* halten eine einzelfallabhängige Verhältnismäßigkeitsprüfung ferner für nicht praktikabel und daher für den Anbieter unzumutbar.⁶⁶⁹ Andererseits hängt die Prüfung der Sachlichkeit des Grundes ohnehin schon relativ eng mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zusammen.⁶⁷⁰ Auch wird ein gewisser Gleichlauf der Dogmatik zu Art. 3 GG gefordert,⁶⁷¹ der zumindest unter bestimmten Umständen ebenfalls die Verhältnismäßigkeit der Ungleichbehandlung voraussetzt⁶⁷². Des Weiteren nennt die Gesetzesbegründung für § 20 I 2 Nr. 1 AGG die Geeignetheit und Erforderlichkeit als Voraussetzung für die Rechtfertigung.⁶⁷³ Es ist nicht ersichtlich, warum im Rahmen von § 20 I 1 AGG etwas anderes gelten sollte.⁶⁷⁴ Ferner sei bzgl. des Merkmals Geschlecht auf Art. 4 V RL 2004/113/EG verwiesen, der die Verhältnismäßigkeit der unterschiedlichen Behandlung für eine Rechtfertigung derselbigen voraussetzt. § 20 AGG ist insofern richtlinienkonform auszulegen.⁶⁷⁵ Hieraus folgt die Erforderlichkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aber auch für die anderen Merkmale, da nicht davon auszugehen ist, dass der deutsche Gesetzgeber unterschiedliche Rechtfertigungsvoraussetzungen für die einzelnen

⁶⁶⁶ BGH, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 401/18, NZM 2020, 1044, Rn. 27.

⁶⁶⁷ *Altmayer*, in: jurisPK-BGB, § 20 AGG, Rn. 3 (Stand: 01.02.2020); *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, § 20 AGG, Rn. 6.

⁶⁶⁸ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 20 AGG, Rn. 20; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 11.

⁶⁶⁹ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 20 AGG, Rn. 20.

⁶⁷⁰ *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 4.

⁶⁷¹ *Grünberger*, Personale Gleichheit, 697; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 25 (Stand: 15.01.2022).

⁶⁷² Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(1)(a).

⁶⁷³ BT-Drs. 16/1789, 43.

⁶⁷⁴ *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 4.

⁶⁷⁵ *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 20 AGG, Rn. 4; *Frankel/Schlichtmann*, in: Däubler/Beck, AGG, § 20 AGG, Rn. 11; *Meinell/Heyn/Herms*, AGG, 1. Auflage, § 20 AGG, Rn. 8; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 24 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 11; *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 18; *Wendeling-Schröder*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, § 20, Rn. 6.

Merkmale intendiert hat.⁶⁷⁶ Außerdem passt die Verhältnismäßigkeit als Rechtfertigungsvoraussetzung zum Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmetatbeständen.⁶⁷⁷ Zudem muss bei unmittelbaren Benachteiligungen die Verhältnismäßigkeit erst recht Rechtfertigungsvoraussetzung sein, wenn sie das gem. § 3 II AGG „sogar“ bei mittelbaren Benachteiligungen ist,⁶⁷⁸ sind diese doch grundsätzlich leichter zu rechtfertigen als unmittelbare Benachteiligungen⁶⁷⁹. Es erschließt sich nicht, warum unmittelbare Benachteiligungen auch in Fällen geschützt werden sollten, in denen diese unverhältnismäßig sind.⁶⁸⁰ Daher ist die Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung ungeschriebene Voraussetzung des § 20 AGG.⁶⁸¹

Somit stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit algorithmischer Preispersonalisierung, die direkt an das Geschlecht oder das Alter des Kunden anknüpft. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist ein gewisser Beurteilungsspielraum des Anbieters zu beachten.⁶⁸² Daher ist neben der Legitimität des Ziels auch die Geeignetheit sowie die Erforderlichkeit aus den gleichen Gründen wie bei Art. 3 GG⁶⁸³ zu bejahen.

Entscheidender Punkt ist somit auch im Rahmen von § 20 AGG die Angemessenheit der Diskriminierung. In dessen Rahmen ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, sodass eine pauschale und unbegründete Verneinung der Rechtfertigung entsprechender algorithmischer Preispersonalisierung⁶⁸⁴ zu kurz greifen würde.⁶⁸⁵ Hier ist einerseits zu berücksichtigen, dass algorithmische Preispersonalisierung nur die Vertragsbedingungen betrifft, dagegen nicht zu einem Vertragsausschluss führt. Ungleichbehandlun-

⁶⁷⁶ *Frankel/Schlichtmann*, in: Däubler/Beck, AGG, § 20 AGG, Rn. 11; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 25 (Stand: 15.01.2022); *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 18.

⁶⁷⁷ *Frankel/Schlichtmann*, in: Däubler/Beck, AGG, § 20 AGG, Rn. 11; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 20 AGG, Rn. 2.

⁶⁷⁸ *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 18.

⁶⁷⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 11.08.2009 – 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408, Rn. 35.

⁶⁸⁰ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 12.

⁶⁸¹ So auch *Legerlotz*, in: Heidel et al., BGB, § 20 AGG, Rn. 7.

⁶⁸² BGH, Urt. v. 27.05.2020 – VIII ZR 401/18, NZM 2020, 1044, Rn. 35; *Legerlotz*, in: Heidel et al., BGB, § 20 AGG, Rn. 7; *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 27 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 22; *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 20.

⁶⁸³ Siehe Kap. C.I.1.b)cc)(2)(b).

⁶⁸⁴ So aber *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 453; vgl. auch *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 11; bzgl. Preisdiskriminierung nach Geschlecht *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 229.

⁶⁸⁵ Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung bzgl. der Vereinbarkeit von Preisdiskriminierungen nach Geschlecht mit dem Unionsrecht unter anderem unter Hinweis auf die offene Formulierung des Art. 4 V RL 2004/113/EG betonend: *Heese*, NJW 2012, 572, 575.

gen im Rahmen der Vertragsbedingungen wirken nämlich nicht so schwer und sind daher leichter zu rechtfertigen,⁶⁸⁶ zumindest solange sie keinen faktischen Ausschluss bewirken.⁶⁸⁷ Zu einem faktischen Ausschluss führt algorithmische Preisdiskriminierung aber grundsätzlich nicht, zumal ein solcher in der Praxis wegen der Abhängigkeit von der individuellen „Schmerzgrenze“ des Kunden quasi nicht nachweisbar sein dürfte. Zudem sei nach *Wendtland* vorrangiges Ziel des zivilrechtlichen Diskriminierungsschutzes des AGG, kategorische und herabwürdigende Ausgrenzungen zu verhindern.⁶⁸⁸ Diese „Dimension“ ist bei algorithmischer Preisdiskriminierung, durch die ja „nur“ die Umsätze gesteigert werden sollen, aber nicht betroffen. Ferner stellt die autonome Preissetzung ein Kernelement der unternehmerischen Freiheit dar, welche wegen Art. 16 GRCh auch bei der Auslegung des hier einschlägigen EU-Sekundärrechts⁶⁸⁹ zu berücksichtigen ist.

Andererseits ist § 19 AGG eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit bzw. Privatautonomie gerade immanent, weshalb dieses Rechtsgut an und für sich wohl nicht für die Angemessenheit streiten kann. Doch selbst wenn man dies anders sähe, ist zu berücksichtigen, dass der Eingriff in die unternehmerische Freiheit durch die starke Begrenzung der verpönten Kriterien relativ gering ist. So bleibt für die Berechnung der Zahlungsbereitschaft noch die Anknüpfung an eine Vielzahl anderer Kriterien. Zudem kann der Diskriminierungsschutz des AGG mangels gesetzlicher Anhaltspunkte nicht auf Fälle kategorischer Ausgrenzung und Herabwürdigung reduziert werden. Ferner hat der Anbieter zumindest im Rahmen der Angemessenheit keinen unternehmerischen Beurteilungsspielraum. Darüber hinaus ist auch die soziale Verwerflichkeit der Ungleichbehandlung zu berücksichtigen.⁶⁹⁰ Diese ist, zumindest bzgl. der im Rahmen des AGG relevanten algorithmischen *Preispersonalisierung* wegen der starken gesellschaftlichen Ablehnung⁶⁹¹ generell als hoch zu bewerten. Dies kann auch nicht pauschal durch einen Verweis auf umverteilende und wohlfahrtssteigernde Effekte⁶⁹² ausgeglichen werden. Zudem können sich Kunden auf algorithmische Preispersonalisierung kaum einstellen. Denn sowohl die Praktik als solche als auch die Regeln der Preisberechnung sind für den Kunden kaum bis gar nicht erkennbar.⁶⁹³ An letztgenannter Intransparenz ändert auch die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB nichts. Daher wirkt die durch

⁶⁸⁶ *Weimann*, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 19.

⁶⁸⁷ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 15.

⁶⁸⁸ *Wendtland*, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 93.

⁶⁸⁹ RL 2004/113/EG.

⁶⁹⁰ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 22.

⁶⁹¹ Siehe hierzu Kap. B.I.

⁶⁹² Siehe hierzu Kap. B.II.2.b)bb).

⁶⁹³ Siehe hierzu Kap. B.II.1.b)bb)(5), Kap. G.I.3.b)aa).

algorithmische Preispersonalisierung bedingte Ungleichbehandlung relativ schwer.

Die Rspr. des EuGH zu Art. 5 II RL 2004/113/EG⁶⁹⁴ spricht ferner zumindest bei Anknüpfung an das Geschlecht gegen die Angemessenheit.⁶⁹⁵ Nach dem EuGH ist eine Vorschrift, die für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorsieht, unterschiedliche Versicherungsprämien nach Geschlecht zuzulassen, wenn dieses als Risikofaktor statistisch-mathematisch erwiesen ist, mit Art. 21 und 23 GRCh unvereinbar.⁶⁹⁶ Wegen der Determinierung durch die RL 2004/113/EG ist auch § 20 AGG zumindest bzgl. des Geschlechts unionsrechtskonform auszulegen. Aus der Rspr. des EuGH in der Rs. *Association belge* ist für algorithmische Preisdiskriminierung nach Geschlecht ein Erst-recht-Schluss zu ziehen. Erstens dienen höhere Versicherungsprämien dem Ausgleich höherer Versicherungsrisiken. Im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung fehlt es aber an unternehmerischen Risiken, die durch höhere Preise ausgeglichen werden müssten. Hier sollen schlicht die Umsätze gesteigert werden. Und zweitens hielt der EuGH die Ungleichbehandlung selbst bei statistisch-mathematischer Nachweisbarkeit für ungerechtfertigt. Das muss dann aber erst recht gelten, wenn es an einem derartigen Nachweis fehlt.⁶⁹⁷ Gegen die Rechtfertigung von sog. Gender Pricing spreche laut *Heese* außerdem, dass EG 14 RL 2004/113/EG und Art. 3 II RL 2004/113/EG der Vertragsfreiheit nur Vorrang einräumen, solange die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig ist.⁶⁹⁸ Der Terminus „Wahl des Vertragspartners“ ist mit Blick auf die Ziele der Richtlinie, sämtliche Geschlechterdiskriminierungen zwischen Privaten zu unterbinden (vgl. Art. 4 I RL 2004/113/EG), wohl eher weit zu verstehen, sodass die Wahl des Vertragspartners auch die Wahl der Vertragskonditionen erfasst. Zudem erwähnt die RL 2004/113/EG die unternehmerische Freiheit mit keinem Wort, was ebenfalls gegen die Rechtfertigung geschlechterabhängiger Preise spricht.⁶⁹⁹ Für die Anerkennung unternehmerischer Interessen im Rahmen von Geschlechterdiskriminierung kann auch nicht die Existenz von § 20 I 2 Nr. 3 AGG sprechen. Für diesen Rechtfertigungsgrund findet sich nämlich keine Entsprechung in der RL 2004/113/EG.⁷⁰⁰ Da dem Gesetzgeber des AGG nicht unterstellt werden kann, dass er im Rahmen der Rechtfertigung eine Abstufung zwischen den einzelnen in § 20 I 1 AGG genannten Kriterien inten-

⁶⁹⁴ EuGH, Urt. v. 01.03.2011, Rs. C-236/09 (*Association Belge*), NJW 2011, 907 ff.

⁶⁹⁵ *Heese*, NJW 2012, 572, 574; vgl. auch *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1079.

⁶⁹⁶ EuGH, Urt. v. 01.03.2011, Rs. C-236/09 (*Association Belge*), NJW 2011, 907, Rn. 32.

⁶⁹⁷ *Heese*, NJW 2012, 572, 574.

⁶⁹⁸ *Heese*, NJW 2012, 572, 573.

⁶⁹⁹ *Heese*, NJW 2012, 572, 574 f.

⁷⁰⁰ *Heese*, NJW 2012, 572, 574.

diert hat,⁷⁰¹ sprechen die genannten Argumente auch gegen die Angemessenheit bei direkter Anknüpfung an das Alter.

Das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten,⁷⁰² die auf dem für algorithmische Preisdiskriminierung so relevanten Onlinemarkt in der Regel gegeben sind, und die Intensität der Ungleichbehandlung stellen flexible Faktoren im Rahmen der Angemessenheit dar. Erstgenannter Aspekt ist aber nicht allzu stark zu gewichten, da er weniger die Ungleichbehandlung als solche, sondern vielmehr deren Folgen für das Opfer betrifft. Letztgenannter Aspekt hängt im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung von der Höhe des konkreten Preisunterschieds ab.⁷⁰³

Im Ergebnis ist die Angemessenheit und somit die Rechtfertigung algorithmischer Preisdiskriminierung, die *direkt* an das Geschlecht oder das Alter anknüpft, nach § 20 I 1 AGG in jedem Fall zu verneinen. Aufgrund des recht klaren Abwägungsergebnisses kommt es auf die flexiblen Faktoren insoweit nicht mehr an.

c) Verbot mittelbarer Benachteiligungen

Zudem kommt im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung die Variante der mittelbaren Benachteiligung gem. § 3 II AGG in Betracht. Dieser ist aufgrund der Besonderheiten algorithmischer Entscheidungsfindung⁷⁰⁴ sogar besondere Aufmerksamkeit zu widmen.⁷⁰⁵ Der Grundtatbestand des § 19 I 1 Nr. 1 AGG wurde bereits oben bejaht.⁷⁰⁶

Auch § 3 II AGG erfordert die Anknüpfung an einen in § 1 AGG genannten Grund. Diesbezüglich bestehen keine Unterschiede zur unmittelbaren Benachteiligung.⁷⁰⁷ Einzig sei darauf hingewiesen, dass hier neben dem Alter und dem Geschlecht auch die Merkmale „Rasse“, ethnische Herkunft und Religion relevant werden können. Mit diesen Merkmalen ist im Einzelfall ein Zusammenhang denkbar, wenn Preise mittelbar oder unmittelbar nach bestimmten Regionen oder Staatsangehörigkeiten personalisiert werden.

⁷⁰¹ Franke/Schlichtmann, in: Däubler/Beck, AGG, § 20 AGG, Rn. 11; Mörsdorf, in: BeckOGK, § 20 AGG, Rn. 25 (Stand: 15.01.2022); Weimann, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 18.

⁷⁰² Weimann, in: Hey/Forst, AGG, § 20 AGG, Rn. 19.

⁷⁰³ Siehe bereits Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

⁷⁰⁴ Bilski/Schmid, NJOZ 2019, 657, 659; Hinz, in: Kaulartz/Braegelmann, AI und ML, Kap. 11, Rn. 47; von Lewinskilde Barros Fritz, NZA 2018, 630, 622.

⁷⁰⁵ Die Relevanz von § 3 II AGG im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung dagegen eher als gering einordnend: Zurth, AcP 2021, 514, 537.

⁷⁰⁶ Siehe Kap. C.I.6.b)aa).

⁷⁰⁷ Vgl. Thüsing, in: MüKo-BGB, Band 1, § 3 AGG, Rn. 39; siehe daher Kap. C.I.6.b)bb).

Eine mittelbare Benachteiligung setzt voraus, dass die Differenzierungskriterien nur dem Anschein nach neutral sind (vgl. § 3 II AGG). Es muss also ein tatsächlicher⁷⁰⁸ Zusammenhang zwischen dem jeweiligen Differenzierungskriterium und einem in § 1 AGG gelisteten Merkmal bestehen. Dieser Zusammenhang muss allerdings nicht statistisch nachgewiesen sein.⁷⁰⁹ Stattdessen ist bereits die Eignung des scheinbar neutralen Kriteriums zur Benachteiligung aus einem in § 1 AGG genannten Grund ausreichend.⁷¹⁰ Die (mittelbare) Anknüpfung an eine bestimmte Region oder einen bestimmten Staat kann geeignet sein, um Benachteiligungen wegen der „Rasse“, der Religion oder der ethnischen Herkunft zu bewirken. Nach wie vor lassen sich die Bevölkerungen einiger Regionen überwiegend einer bestimmten Religion, „Rasse“ bzw. ethnischen Herkunft zuordnen. Zudem wird zumindest in vielen Fällen die Auswertung der Browserdaten geeignet sein, um Kunden einem Geschlecht oder einer bestimmten Altersgruppe zuzuordnen. Schließlich sind leistungsfähige Algorithmen in der Lage, eine unvorstellbare Menge an Daten auszuwerten und miteinander zu verknüpfen. Selbst wenn dieser Schluss nicht immer (fehlerfrei) gelingen mag, ändert dies nichts an der grundsätzlichen Geeignetheit, unterscheiden sich mittelbare von unmittelbaren Benachteiligungen doch gerade durch ihre fehlende Absolutheit. Zwar wird die Entbehrlichkeit eines statistischen Nachweises bzgl. des Zusammenhangs teilweise nur angenommen, wenn ein solcher Nachweis für den Betroffenen nicht möglich, der Zusammenhang aber trotzdem eindeutig ist.⁷¹¹ Dies wird bei den geschilderten Konstellationen mittelbarer algorithmischer Preispersonalisierung aber regelmäßig der Fall sein, da dem Kunden als Diskriminierungsopfer in aller Regel der Einblick in die Funktionsweise des Algorithmus fehlt,⁷¹² unabhängig davon ein Zusammenhang jedoch recht eindeutig vorliegt. Somit besteht bei algorithmischer Preispersonalisierung

⁷⁰⁸ Eine Benachteiligung und damit ein Zusammenhang muss trotz des Wortlauts („können“) tatsächlich bestehen: BT-Drs. 16/1780, 33; *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG, Rn. 17 (Stand: 01.12.2021); ähnlich *Meinell/Heyn/Herms*, AGG, 2. Auflage, § 3 AGG, Rn. 22, die wegen des Wortlauts „in besonderer Weise“ einen spürbaren Nachteil für den Betroffenen verlangen.

⁷⁰⁹ BAG, Urt. v. 22.04.2010 – 6 AZR 966/08, NZA 2010, 947, Rn. 20; einschränkend: *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 AGG, Rn. 146; *Meinell/Heyn/Herms*, 2. Auflage, § 3 AGG, Rn. 21.

⁷¹⁰ BAG, Urt. v. 26.09.2017 – 3 AZR 72/16, NZA 2018, 315, Rn. 59; BAG, Urt. v. 16.02.2012 – 8 AZR 242/11, NZA 2012, 1307, Rn. 77; BAG, Urt. v. 27.01.2011 – 6 AZR 526/09, NZA 2011, 1361, Rn. 27; BAG, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222, Rn. 29; *Plum*, in: *Schleusener/Suckow/Plum*, AGG, § 3 AGG, Rn. 100.

⁷¹¹ *Meinell/Heyn/Herms*, AGG, 2. Auflage, § 3 AGG, Rn. 21.

⁷¹² Hier zeigt sich das grundlegende Problem der Beweisbarkeit rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung, auf das wegen der in Kap. A.I.4 genannten Gründe im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen wird.

zumindest ein potenzieller Zusammenhang mit den Merkmalen Geschlecht, Alter, Religion, „Rasse“ und ethnische Herkunft.

Allerdings liegt eine mittelbare Benachteiligung nicht vor, wenn die betreffenden Kriterien durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (vgl. § 3 II AGG). Das bedeutet, dass die Rechtfertigung hier schon auf Tatbestandsebene zu prüfen ist.⁷¹³ Ferner sind auch mittelbare Diskriminierungen bei Anknüpfung an die „Rasse“ oder die ethnische Herkunft nicht von der Rechtfertigungsmöglichkeit ausgeschlossen.⁷¹⁴ § 3 II AGG verlangt in der Sache eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung⁷¹⁵ inklusive Geeignetheit, da diese trotz fehlender Erwähnung zwingender Bestandteil der Erforderlichkeit ist⁷¹⁶. Die Anforderungen dürfen insoweit zumindest nicht höher sein als im Rahmen von § 20 AGG.⁷¹⁷ Bereits aus diesem Grund sind vorliegend die ersten drei Prüfungspunkte der Verhältnismäßigkeit⁷¹⁸ zu bejahen. Bzgl. der Angemessenheit trägt dieser Erst-recht-Schluss allerdings nicht, da diese oben im Rahmen von § 20 I 1 AGG verneint wurde⁷¹⁹. Insoweit ist zu klären, ob die Rechtfertigungshürden im Rahmen von § 3 II AGG niedriger sind als bei § 20 AGG. Hiergegen⁷²⁰ spricht, dass das AGG auch einen wirksamen Schutz vor mittelbaren Diskriminierungen gewährleisten soll.⁷²¹ Ferner fehlen nach Teilen der Literatur für eine pauschale Herabsenkung der Rechtfertigungshürden die gesetzlichen Anhaltspunkte.⁷²² Überwiegend wird im Rahmen von § 3 II AGG allerdings ein milderer Prüfungsmaßstab befürwortet.⁷²³ Zum einen „rutschen“ Anbieter nicht zuletzt wegen der Entbehr-

⁷¹³ BT-Drs. 16/1780, 33; BAG, Beschl. v. 18.08.2009 – 1 ABR 47/08, NZA 2010, 222, Rn. 30; *Ernst et al.*, AGG, § 3 AGG, Rn. 8; *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 3 AGG, Rn. 18 (Stand: 01.12.2021); *Schlechter*, in: EK ArbR, § 3 AGG, Rn. 13.

⁷¹⁴ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 4.

⁷¹⁵ BAG, Urt. v. 29.06.2017 – 8 AZR 402/15, NZA 2018, 33, Rn. 59 ff.; BAG, Urt. v. 15.12.2016 – 8 AZR 454/15, NZA 2017, 715, Rn. 36 ff.

⁷¹⁶ *Baumgärtner*, in: BeckOGK, § 3 AGG, Rn. 97 (Stand: 01.12.2021); *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 59 ff.

⁷¹⁷ BAG, Urt. v. 11.08.2009 – 3 AZR 23/08, NZA 2010, 408, Rn. 35.

⁷¹⁸ Siehe hierzu Kap. C.I.6.b)cc)(2).

⁷¹⁹ Siehe Kap. C.I.6.b)cc)(2).

⁷²⁰ Für eine Orientierung an § 20 AGG: *Hinrichs/Stütze*, NZA-RR 2011, 113, 114; für eine Orientierung an §§ 5, 8–10 AGG: *Rupp*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR, § 3 AGG, Rn. 10.

⁷²¹ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 3 AGG, Rn. 40.

⁷²² *Meinell/Heyn/Herms*, AGG, 2. Auflage, § 3 AGG, Rn. 27; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Beck, AGG, § 3 AGG, Rn. 74.

⁷²³ *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Auflage, § 3 AGG, Rn. 159; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, § 3 AGG, Rn. 32; *Horcher*, in: BeckOK BGB, § 3 AGG, Rn. 49 (Stand: 01.11.2021); *Plum*, in: Schleusener/Suckow/Plum, AGG, § 3 AGG, Rn. 111; *von Steinau-Steinrück/Schneider*, in: Boecken et al., ArbR, § 3 AGG, Rn. 7.

lichkeit eines statistischen Nachweises in eine mittelbare Benachteiligung schneller „hinein“, was durch niedrigere Rechtfertigungshürden ausgeglichen werden muss.⁷²⁴ Zum anderen zeigt der Umstand, dass auch mittelbare Benachteiligungen wegen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft gerechtfertigt werden können,⁷²⁵ dass dem Anbieter im Rahmen des § 3 II AGG die Rechtfertigung erleichtert werden soll. Schließlich wiegt eine mittelbare Benachteiligung wegen der fehlenden Absolutheit der Diskriminierung in der Regel weniger schwer als eine unmittelbare Benachteiligung.⁷²⁶ Daher sind die Prüfungsanforderungen bei mittelbaren Benachteiligungen im Rahmen der Angemessenheit abzumildern.

Im Wesentlichen können an dieser Stelle die bereits oben hinsichtlich der Angemessenheit algorithmischer Preisdiskriminierung, die eine unmittelbare Benachteiligung darstellt, genannten Argumente⁷²⁷ übertragen werden. Lediglich der Erst-recht-Schluss aus dem EuGH-Urteil in der Rs. *Association belge* taugt hier allenfalls abgeschwächt, da sich dieses Urteil auf eine unmittelbare Diskriminierung bezieht. Zudem sind die Rechtfertigungshürden für mittelbare Benachteiligungen niedriger, sodass an dieser Stelle die Gewichtung jedenfalls nicht in der Deutlichkeit wie oben im Rahmen von § 20 I 1 AGG gegen die Angemessenheit ausfällt. Allerdings kann das Übergewicht der Argumente gegen die Angemessenheit algorithmischer Preispersonalisierung, die eine mittelbare Benachteiligung i.S.v. § 3 II AGG darstellt, dadurch nicht gänzlich ausgeglichen werden. Ansonsten würde der Schutz des AGG vor mittelbaren Benachteiligungen zu stark geschwächt. Selbst wenn man vorliegend den argumentativen Befund als ausgeglichen ansähe, so gilt im Zweifel immer noch die Grundregel, dass Rechtfertigungstatbestände als Ausnahmen eng auszulegen sind⁷²⁸. Somit ist die Angemessenheit und damit die Ausnahme im Rahmen des § 3 II AGG zu verneinen, sodass algorithmische Preispersonalisierung in den entsprechenden Konstellationen eine mittelbare Benachteiligung darstellt. Ob trotzdem noch ein Rückgriff auf § 20 AGG möglich ist,⁷²⁹ kann vorliegend dahinstehen, da auch eine Rechtfertigung nach dieser Vorschrift bereits verneint wurde⁷³⁰.

⁷²⁴ *Adomeit/Mohr*, AGG, § 3 AGG, Rn. 159, Rn. 171; *Schlachter*, in: GS Blomeyer, 355, 358 f.

⁷²⁵ *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 4.

⁷²⁶ *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Beck, AGG, § 3 AGG, Rn. 71.

⁷²⁷ Siehe Kap. C.I.6.b)cc)(2).

⁷²⁸ Bezogen auf § 20 AGG: *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 20 AGG, Rn. 6.

⁷²⁹ Bejahend: *Baumgärtner*, in: BeckOGK, § 3 AGG, Rn. 89 (Stand: 01.12.2021); wohl auch BT-Drs. 16/1780, 33; *Ernst et al.*, AGG, § 3 AGG, Rn. 8; verneinend: *Dzidal/Groh*, NJW 2018, 1917, 1920; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, § 3 AGG, Rn. 32 mwN.

⁷³⁰ Siehe Kap. C.I.6.b)cc).

d) Rechtsfolgen

Da algorithmische Preispersonalisierung, wie dargelegt, bei Anknüpfung an bestimmte Merkmale gegen § 19 I Nr. 1 Var. 1 AGG verstößt, sind nun noch die Inhalte der sich daraus ergebenden Ansprüche der Diskriminierungsopfer zu erörtern.

aa) § 21 I 1 AGG

Nach § 21 I 1 AGG kann der Benachteiligte die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Dieser Anspruch setzt denklogisch die Gegenwärtigkeit der Beeinträchtigung voraus.⁷³¹ Diese liegt bei diskriminierenden Vertragskonditionen⁷³² und somit auch bei algorithmischer Preispersonalisierung in der Regel vor. Dies ist zumindest so lange der Fall, wie die Preispersonalisierung aufrechterhalten wird, also solange diese nicht z.B. aufgrund einer Änderung des Preialgorithmus entfällt. § 21 I 1 AGG ist bei diskriminierenden Vertragsbedingungen darauf gerichtet, dass der Anbieter dem Kunden die gleichen Bedingungen unterbreitet wie den anderen Kunden.⁷³³ Dies bedeutet, dass der Anbieter auf die algorithmische Preispersonalisierung wegen des betreffenden Merkmals verzichten muss. Auf die Beseitigung von Folgen der Beeinträchtigung bezieht sich § 21 I 1 AGG dagegen nicht.⁷³⁴ Daher ist auch eine Vertragsanpassung ausgeschlossen.⁷³⁵ Denn der Vertragsschluss zu den ungünstigeren Bedingungen ist „lediglich“ eine Folge der Unterbreitung dieser ungünstigeren Bedingungen, die selbst bereits die Beeinträchtigung darstellt.⁷³⁶ Auch im Falle unzulässiger algorithmischer Preispersonalisierung ist § 21 I 1 AGG also nur bei fehlendem Vertragsschluss das Mittel der Wahl.

Fraglich ist, ob aus § 21 I 1 AGG auch ein Kontrahierungsanspruch folgt.⁷³⁷ Dann könnten Opfer AGG-widriger algorithmischer Preispersonalisierung den Abschluss des gewünschten Vertrages zu dem diskriminierungs-

⁷³¹ Gaier, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 191; Kremer, in: Hey/Forst, AGG, § 21 AGG, Rn. 14; Legerlotz, in: Heidel et al., BGB, § 21 AGG, Rn. 2.

⁷³² Gaier, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 191.

⁷³³ Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, § 21 AGG, Rn. 3; Heese, NJW 2012, 572, 575; vgl. auch Armbrüster, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 2.

⁷³⁴ Deinert, in: Däubler/Beck, AGG, § 21 AGG, Rn. 27; Gaier, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 191; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, § 21 AGG, Rn. 3; Kremer, in: Hey/Forst, AGG, § 21 AGG, Rn. 26; Staudinger/Rolfs, in: Staudinger, BGB, § 21 AGG, Rn. 2 mwN; wohl auch Schiek, in: Schiek, AGG, § 21 AGG, Rn. 6, die sich dadurch aber in Widerspruch zu ihren Ausführungen in Rn. 5 und Rn. 15 setzt.

⁷³⁵ A.A. wohl Thüsing, in: MüKo-BGB, Band 1, § 21 AGG, Rn. 16; Schiek, in: Schiek, AGG, § 21 AGG, Rn. 5.

⁷³⁶ Kremer, in: Hey/Forst, AGG, § 21 AGG, Rn. 26.

⁷³⁷ Hierzu Armbrüster, NJW 2007, 1494 ff.; Gaier, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 207 ff.; Mörsdorf, in: BeckOGK, § 21 AGG, Rn. 32 ff. (Stand: 15.01.2022).

freien Preis verlangen. Der Anbieter könnte also nicht dadurch entkommen, dass er die Preispersonalisierung zwar abstellt, das Vertragsangebot des Kunden dann aber trotzdem nicht annimmt. Ein Kontrahierungsanspruch wird überwiegend allerdings nur erwogen, wenn die Benachteiligung gerade in der Verweigerung des Vertragsschlusses besteht.⁷³⁸ Dies ist bei algorithmischer Preispersonalisierung freilich nicht der Fall, bezieht sich diese doch auf den Preis als Vertragsbedingung. Allerdings wird Preisdiskriminierung teilweise als Vertragsverweigerung im weiteren Sinne verstanden mit der Folge, dass auch in diesen Fällen aus § 21 I 1 AGG ein Kontrahierungsanspruch folgen könne.⁷³⁹ Bei Preispersonalisierung nach Geschlecht komme hinzu, dass die Forderung des Art. 8 II RL 2004/113/EG nach abschreckenden Sanktionen einen Kontrahierungsanspruch aus § 21 I 1 AGG erfordere.⁷⁴⁰ Letztgenanntes Argument kann allerdings dadurch entkräftet werden, dass Ansprüche aus § 21 II 1 und § 21 II 3 AGG mitnichten pauschal verneint⁷⁴¹ und daher durchaus als abschreckende Sanktionsinstrumente angesehen werden können⁷⁴². Außerdem ist zu beachten, dass es sich bei dem öffentlichen Angebot von Waren oder Dienstleistung nach allgemeiner Auffassung lediglich um eine unverbindliche *invitatio ad offerendum*⁷⁴³ seitens des Anbieters handelt⁷⁴⁴. Daher kann nicht behauptet werden, dass der Vertrag ohne die Preispersonalisierung zustande gekommen wäre.⁷⁴⁵ Gerade dies wäre aber jedenfalls Voraussetzung für einen Kontrahierungsanspruch.⁷⁴⁶ Eine solche Durchbrechung privatrechtlicher Grundprinzipien durch die Annahme eines Kontrahierungsanspruchs aus § 21 I 1 AGG ist aber nicht legitim, zumal im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung die Benachteiligung eben gerade *nicht* in der Vertragsverweigerung besteht. Ferner dürfte auch das praktische Bedürfnis nach einem Kontrahierungsanspruch gering sein, denn für den Anbieter wird der Vertragsschluss zu dem niedrigeren Preis in aller Regel immer noch wirtschaftlich sinnvoller sein als die Ablehnung des Angebots.

⁷³⁸ *Deinert*, in: Däubler/Beck, AGG, § 21 AGG, Rn. 28; *Legerlotz*, in: Heidel et al., BGB, § 21 AGG, Rn. 11; *MeinellHeynlHerms*, AGG, 1. Auflage, § 21 AGG, Rn. 11; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 21 AGG, Rn. 11.

⁷³⁹ *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 211.

⁷⁴⁰ *Heese*, NJW 2012, 572, 575.

⁷⁴¹ So aber *Heese*, NJW 2012, 572, 575.

⁷⁴² Siehe zu diesen Ansprüchen im Detail Kap. C.I.6.d)bb), Kap. C.I.6.d)cc).

⁷⁴³ Im Zusammenhang mit der Frage nach einem Kontrahierungsanspruch lediglich auf diesen Umstand hinweisend: *Armbrüster*, ZRP 2005, 41, 43; *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 215.

⁷⁴⁴ *Busche*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 145 BGB, Rn. 11 mwN.

⁷⁴⁵ So aber *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, § 21 AGG, Rn. 7.

⁷⁴⁶ Vgl. *Gaier*, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 213; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, § 21 AGG, Rn. 7, der bei Preisdiskriminierungen einen Kontrahierungsanspruch inkonsequenterweise trotzdem annimmt.

Daher ist jedenfalls im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung ein Kontrahierungsanspruch aus § 21 I 1 AGG abzulehnen.

§ 21 I 2 AGG gewährt einen Unterlassungsanspruch, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Dieser bezieht sich also auf zukünftige Beeinträchtigungen.⁷⁴⁷ Die notwendige Wiederholungsgefahr wird durch die Erstbegehung widerlegbar vermutet.⁷⁴⁸ Somit steht der Anspruch den Kunden jedenfalls ab der ersten AGG-widrigen Preispersonalisierung zu.

Beide Ansprüche aus § 21 I AGG haben gemein, dass sie auch den mittelbaren Störer verpflichten.⁷⁴⁹ Ob der Anbieter infolge des Algorithmeinsatzes lediglich als mittelbarer Störer einzuordnen ist, muss daher nicht geklärt werden.

bb) § 21 II 1, 2 AGG

Gem. § 21 II 1 AGG kann das Diskriminierungsoffer Ersatz des durch die Verletzung des Benachteiligungsverbots entstandenen Schadens verlangen. Nach § 21 II 2 AGG ist hierfür das Verschulden des Benachteiligenden erforderlich. Ob § 21 II 2 AGG unionsrechtskonform ist,⁷⁵⁰ kann an dieser Stelle offenbleiben, denn zumindest grundsätzlich⁷⁵¹ ist vom Verschulden der Anbieter, die algorithmische Preisdiskriminierung betreiben, auszugehen. Wenn ein Verschulden aber ohnehin zu bejahen ist, kommt es auf die Vereinbarkeit des § 21 II 2 AGG mit Unionsrecht nicht an.

Im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung kommt als Schadensposten der gezahlte und durch den Verstoß gegen § 19 I Nr. 1 Var. 1 AGG verursachte Mehrbetrag in Betracht. Dieser stellt nach der für die Schadensberechnung maßgeblichen Differenzhypothese⁷⁵² grundsätzlich einen Schaden dar. Warum *Heese* bei Preisdiskriminierungen einen solchen ablehnen

⁷⁴⁷ *Legertlotz*, in: Heidel et al., BGB, § 21 AGG, Rn. 2.

⁷⁴⁸ BGH, Urt. v. 19.10.2004 – VI ZR 292/03, NJW 2005, 594, 595; BGH, Urt. v. 12.12.2003 – V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 196; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, § 21 AGG, Rn. 4; *Staudinger/Rolfs*, in: *Staudinger*, BGB, § 21 AGG, Rn. 4.

⁷⁴⁹ *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 190; *Kremer*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 21 AGG, Rn. 21.

⁷⁵⁰ Hierzu *Kremer*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 21 AGG, Rn. 38 ff.; *Schiek*, in: *Schiek*, AGG, § 21 AGG, Rn. 22 f.

⁷⁵¹ Ob die Komplexität und somit auch für den Verwender bestehende Undurchsichtigkeit von Algorithmen im Einzelfall zum Entfallen des Verschuldens führen kann, soll als allgemeine haftungsrechtliche Frage im Zusammenhang mit dem Einsatz autonom entscheidender Algorithmen hier nicht geklärt werden.

⁷⁵² BGH, Urt. v. 10.12.1986 – VIII ZR 349/85, NJW 1987, 831, 834; BGH, Urt. v. 15.12.1982 – VIII ZR 315/80, NJW 1983, 444, 445; *Deinert*, in: *Däubler/Beck*, AGG, § 21 AGG, Rn. 48; *Kremer*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 21 AGG, Rn. 76; *MeinellHeynHerms*, AGG, 1. Auflage, § 21 AGG, Rn. 20; *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 21 AGG, Rn. 49; *Wendtland*, in: *BeckOK BGB*, § 21 AGG, Rn. 24 (Stand: 01.11.2021).

möchte,⁷⁵³ erschließt sich daher nicht. Der Schaden müsste auch durch die Verletzung des Benachteiligungsverbots entstanden sein. Mit Blick auf den erforderlichen Zurechnungszusammenhang könnte hier problematisch sein, dass ein Vermögensschaden erst entsteht, wenn es infolge der AGG-widrigen algorithmischen Preispersonalisierung auch zum Vertragsschluss kommt. Dieser stellt also noch einen notwendigen Zwischenschritt dar. Allerdings ist hierbei zu bedenken, dass der Verbraucher lediglich das Vertragsangebot abgibt, wohingegen die Annahme durch den Unternehmer erfolgt. Dieser hat also die „Letztentscheidungsmacht“ darüber, ob der Vertrag trotz der Verletzung des Benachteiligungsverbots zustande kommt und somit der Verbraucher einen Vermögensschaden erleidet.

cc) § 21 II 3 AGG

Ferner kommt bei AGG-widriger algorithmischer Preispersonalisierung ein Anspruch auf Entschädigung für den erlittenen immateriellen Schaden gem. § 21 II 3 AGG in Betracht.

(1) Anspruchsvoraussetzungen

Zunächst ist umstritten, ob § 21 II 3 AGG gegenüber spezielleren Entschädigungsansprüchen subsidiär ist.⁷⁵⁴ Diese Frage muss aber nicht geklärt werden, wenn im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung ohnehin kein speziellerer Anspruch in Betracht kommt. § 21 II 3 AGG könnte nämlich allenfalls durch solche Ansprüche verdrängt werden, deren Inhalt sich ebenfalls auf den Ersatz des immateriellen Schadens erstreckt. Die Subsidiarität kann daher in keinem Fall mit dem Bestehen eines Anspruchs auf materiellen Schadenersatz begründet werden.⁷⁵⁵ Zwar könnte man auch für Opfer algorithmischer Preisdiskriminierung einen Anspruch aus § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG erwägen. Dieser Anspruch wäre allerdings nicht spezieller, sondern allgemeiner. Dieser Befund verdeutlicht zugleich, warum die Subsidiarität als Voraussetzung für § 21 II 3 AGG keinen Sinn ergibt. Dieser

⁷⁵³ Heese, NJW 2012, 572, 575.

⁷⁵⁴ Bejahend: Gaier, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 234; Kremer, in: Hey/Forst, AGG, § 21 AGG, Rn. 91; Legerlotz, in: Heidel et al., BGB, § 21 AGG, Rn. 23 f.; Meinell/Heynl/Herms, AGG, 1. Auflage, § 21 AGG, Rn. 21; Thüsing, in: MüKo-BGB, Band 1, § 21 AGG, Rn. 56; Wendtland, in: BeckOK BGB, § 21 AGG, Rn. 27 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch Bauerl/Krieger/Günther, AGG/EntgTranspG, § 21 AGG, Rn. 13; Kappenhagen, in: Dornbusch/Krumbiegel/Löwisch, AR, § 21 AGG, Rn. 4; verneinend: Deinert, in: Däubler/Bertz-bach, AGG, § 21 AGG, Rn. 60.

⁷⁵⁵ Vgl. Overkamp, in: jurisPK-BGB, § 21 AGG, Rn. 23 (Stand: 01.02.2020); insoweit verwirrend Gaier, in: Gaier/Wendtland, AGG, Rn. 235, der die Subsidiarität nur verneint, wenn trotz materiellem Schadenersatz eine „überschießende Ehrverletzung“ verbleibt; ähnlich Wendtland, in: BeckOK BGB, § 21 AGG, Rn. 27 (Stand: 01.11.2021).

Anspruch ist, anders als § 823 I BGB i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG, durch die Begrenzung auf Verstöße gegen § 19 AGG schon sehr speziell. Auch kommen keine anderen spezielleren Anspruchsgrundlagen in Betracht. Somit wäre die Subsidiarität, wenn man eine solche denn voraussetzen würde, jedenfalls gewahrt.

Ferner müsste eine gegen § 19 AGG verstoßende algorithmische Preispersonalisierung zu einem immateriellen Schaden beim Diskriminierungsopfer führen. Für einen solchen ist jedenfalls die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG erforderlich.⁷⁵⁶ Diese wird bei einem Verstoß gegen § 19 AGG widerleglich vermutet.⁷⁵⁷ Für eine Widerlegung dieser Vermutung sind im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung keine Gründe ersichtlich. Teilweise wird darüber hinaus allerdings eine besondere Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung⁷⁵⁸ bzw. der Verletzung des Benachteiligungsverbots allgemein⁷⁵⁹ gefordert. Auch diese Voraussetzung ist jedoch nicht unumstritten.⁷⁶⁰ Deren Vorliegen ist einzelfallabhängig und erfordert eine Gesamtwürdigung aller Umstände.⁷⁶¹ Die Verletzung wiegt z.B. bei Herabwürdigungen oder Benachteiligungen in der Öffentlichkeit besonders schwer.⁷⁶² Auch ist zu berücksichtigen, inwieweit dem Betrof-

⁷⁵⁶ OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764; *Kremer*, in: *Hey/Forst, AGG*, § 21 AGG, Rn. 85; *MeinellHeyn/Herms*, AGG, 1. Auflage, § 21 AGG, Rn. 21; *Mörsdorf*, in: *BeckOGK*, § 21 AGG, Rn. 59 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 21 AGG, Rn. 55; vgl. auch BT-Drs. 16/1780, 46; a.A. wohl *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 732.

⁷⁵⁷ *Deinert*, in: *Däubler/Beck, AGG*, § 21 AGG, Rn. 60; *Mörsdorf*, in: *BeckOGK*, § 21 AGG, Rn. 60 (Stand: 15.01.2022); vgl. auch BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945, Rn. 77, das bei der Parallelvorschrift des § 15 II AGG einen immateriellen Schaden nur ausnahmsweise verneint.

⁷⁵⁸ OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764; BT-Drs. 16/1780, 46; *Heese*, NJW 2012, 572, 575; *Kremer*, in: *Hey/Forst, AGG*, § 21 AGG, Rn. 89; *Legerlotz*, in: *Heidel et al., BGB*, § 21 AGG, Rn. 23 f.; *MeinellHeyn/Herms*, AGG, 1. Auflage, § 21 AGG, Rn. 21; *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 21 AGG, Rn. 55; *Wendtländ*, in: *BeckOK BGB*, § 21 AGG, Rn. 25 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch *Bauer/Kriegerl Günther*, *AGG/EntgTranspG*, § 21 AGG, Rn. 13; *Kappenhagen*, in: *Dornbusch/Krumbiegel/Löwisch, AR*, § 21 AGG, Rn. 4.

⁷⁵⁹ *Gaier*, in: *Gaier/Wendtländ, AGG*, Rn. 233.

⁷⁶⁰ Gegen die Erforderlichkeit einer besonders schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung: *Deinert*, in: *Däubler/Beck, AGG*, § 21 AGG, Rn. 62; *Mörsdorf*, in: *BeckOGK*, § 21 AGG, Rn. 62 (Stand: 15.01.2022); *Overkamp*, in: *jurisPK-BGB*, § 21 AGG, Rn. 22 (Stand: 01.02.2020); gegen die Erforderlichkeit einer besonders schweren Persönlichkeitsverletzung bei § 15 II AGG: BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945, Rn. 72; bzgl. § 15 II AGG dagegen ausdrücklich offen gelassen: BAG, Urt. v. 18.03.2010 – 8 AZR 1044/08, NZA 2010, 1129, Rn. 37.

⁷⁶¹ *Kremer*, in: *Hey/Forst, AGG*, § 21 AGG, Rn. 98.

⁷⁶² OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764; *Kremer*, in: *Hey/Forst, AGG*, § 21 AGG, Rn. 90.

fenen durch die Benachteiligung die Teilnahme am Wirtschaftsleben tatsächlich versagt wird.⁷⁶³ Eine besondere Schwere pauschal aus dem Umstand abzuleiten, dass § 19 AGG (vor)vertragliche Rechtsbeziehungen betrifft,⁷⁶⁴ erscheint dagegen zu pauschal. Zudem wiegen unmittelbare Benachteiligungen in der Regel schwerer als mittelbare.⁷⁶⁵ Ferner spielt die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, der Anlass und Beweggrund des Benachteiligenden sowie der Verschuldensgrad eine Rolle.⁷⁶⁶ Schließlich führen wiederholte und hartnäckige Benachteiligungen in der Regel zu schwereren Persönlichkeitsrechtsverletzungen.⁷⁶⁷

Bei algorithmischer Preispersonalisierung spricht die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs jedenfalls dann für eine besonders schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung, wenn der durch Vorliegen des AGG-Merkmals verursachte Preisunterschied 20 % oder mehr⁷⁶⁸ beträgt bzw. wenn dem Kunden die Möglichkeit des Ausweichens auf andere Anbieter fehlt. Auch die Art der Benachteiligung (mittelbar oder unmittelbar) stellt einen flexiblen Argumentationsfaktor dar. Anlass und Beweggrund der Benachteiligung ist per se jedoch nicht als besonders verwerflich einzustufen, stellt die Steigerung der Umsätze doch auch im Rahmen der Rechtfertigung einen sachlichen Grund bzw. ein rechtmäßiges Ziel dar⁷⁶⁹. Trotzdem kann die sozialetische Verwerflichkeit der hier relevanten algorithmischen Preispersonalisierung aber durchaus als hoch eingestuft werden, da die gesellschaftliche Ablehnung gegenüber dieser Preisstrategie groß ist⁷⁷⁰. Dieser Umstand strahlt auch auf die sozialetische Verwerflichkeit aus und kann bei der Beurteilung der Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung daher nicht unberücksichtigt bleiben. Auch der Verschuldensgrad spricht für eine besondere Schwere. Bei algorithmischer Preispersonalisierung ist grundsätzlich von einer vorsätzlichen Benachteiligung auszugehen. Andererseits stellt algorithmische Preispersonalisierung keine öffentlichkeitswirksame Benachteiligung dar, da nur der be-

⁷⁶³ Vgl. *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 21 AGG, Rn. 55.

⁷⁶⁴ So *Armbrüster*, in: Erman, BGB, § 21 AGG, Rn. 14; *Wendeling-Schröder*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, § 21 AGG, Rn. 23.

⁷⁶⁵ *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland*, AGG, Rn. 233; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 21 AGG, Rn. 55; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 21 AGG, Rn. 26 (Stand: 01.11.2021).

⁷⁶⁶ OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764; ebenso, jedoch ohne Bezug auf § 21 II 3 AGG: BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861, 864.

⁷⁶⁷ OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764.

⁷⁶⁸ Siehe zu diesem Wert bereits Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

⁷⁶⁹ Siehe Kap. C.I.6.b)cc)(1).

⁷⁷⁰ Siehe Kap. B.I; hierin liegt ein entscheidender Unterschied zur „analogen“ Preispersonalisierung, bei der *Heese*, NJW 2012, 572, 575 anhand des Beispiels eines teureren Haarschnitts für Frauen trotz vergleichbarem Aufwand von einer geringen sozialetischen Verwerflichkeit ausgeht.

troffene Kunde vom Preisangebot erfährt. Für eine besonders schwere Verletzung streitet aber, dass die algorithmische Preispersonalisierung grundsätzlich nicht zu einmaligen Benachteiligungen führt, sondern vielmehr eine langfristige unternehmerische Preisstrategie darstellt. Der Kunde wäre daher beim nächsten geschäftlichen Kontakt mit dem Anbieter erneut von der Preisdiskriminierung betroffen. Schließlich folgt aus einer richtlinienkonformen Auslegung mit Blick auf Art. 17 S. 2 RL 2000/43/EG und Art. 14 S. 2 RL 2004/113/EG, dass an die Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen.⁷⁷¹ Von den flexiblen Faktoren einmal abgesehen sprechen daher die besseren Argumente für eine besondere Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung durch eine gegen § 19 AGG verstoßende algorithmische Preispersonalisierung. Nach einer Würdigung der Gesamtumstände muss die besondere Schwere aber jedenfalls in Konstellationen verneint werden, in denen die Benachteiligung nur mittelbarer Art ist, Ausweichmöglichkeiten bestehen und der Preisunterschied gering ist.

Aus diesem Grund ist nun zu entscheiden, ob § 21 II 3 AGG tatsächlich eine besonders schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung voraussetzt. Die Gesetzesbegründung geht von dieser Voraussetzung aus.⁷⁷² Außerdem zeige § 253 BGB laut *Kremer*, dass die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens die Ausnahme darstelle, weshalb eine enge Auslegung der entsprechenden Anspruchsgrundlagen angezeigt sei.⁷⁷³ Zudem liege die ratio des § 21 II 3 AGG einzig und allein im Ausgleich der erlittenen Persönlichkeitsrechtsverletzung.⁷⁷⁴ Schließlich sieht das OLG Hamm unabhängig vom Vorliegen eines immateriellen Schadens eine wirksame Rechtsdurchsetzung durch § 21 I und § 21 II 1 AGG als gewährleistet.⁷⁷⁵ Andererseits wird eine Begrenzung auf schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzungen als „nicht mit dem durch das Unionsrecht vorgegebenen Konzept der Prävention durch Kompensation vereinbar“ angesehen⁷⁷⁶. Daher müsse § 21 II 3 AGG richtlinienkonform ausgelegt werden, wofür auch spreche, dass der Gesetzgeber laut Gesetzesbegründung⁷⁷⁷ einen unionsrechtskonformen Haftungstatbestand schaffen

⁷⁷¹ OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764; AG Bonn, Urt. v. 26.03.2015 – 111 C 9/15, NJW-RR 2016, 348; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, § 21 AGG, Rn. 6.

⁷⁷² BT-Drs. 16/1780, 46.

⁷⁷³ *Kremer*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 21 AGG, Rn. 89; ebenfalls mit einer Begrenzung der Reichweite des § 21 II 3 AGG argumentierend: OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764.

⁷⁷⁴ *Kremer*, in: *Hey/Forst*, AGG, § 21 AGG, Rn. 89.

⁷⁷⁵ OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 – 20 U 102/10, NJW-RR 2011, 762, 764.

⁷⁷⁶ *Mörsdorf*, in: *BeckOGK*, § 21 AGG, Rn. 62 (Stand: 15.01.2022).

⁷⁷⁷ BT-Drs. 16/1780, 46.

wollte.⁷⁷⁸ Das Unionsrecht verlange zur wirksamen Prävention aber die ausnahmslose Sanktionierung einer jeden tatbestandlichen Diskriminierung.⁷⁷⁹ Doch auch unabhängig von unionsrechtlichen Vorgaben sei für eine wirksame und abschreckende Sanktionierung die Erfassung sämtlicher Persönlichkeitsrechtsverletzungen nötig.⁷⁸⁰ Außerdem eröffnet der Wortlaut des § 21 II 3 AGG im Unterschied zu anderen Schmerzensgeldansprüchen den Anwendungsbereich des § 253 I BGB eindeutig, weshalb eine Argumentation mit dem Ausnahmecharakter des § 253 I BGB sinnlos sei.⁷⁸¹ Vor allem aber verlangt auch § 15 II AGG keine besondere Schwere der Verletzung.⁷⁸² Dies spricht auch im Rahmen von § 21 II 3 AGG gegen ein solches Erfordernis,⁷⁸³ denn die Sachlage des § 15 II AGG ist mit der des § 21 II 3 AGG vergleichbar. Bei einem Verstoß gegen § 7 AGG kann nämlich nicht pauschal von einer stärkeren Persönlichkeitsrechtsverletzung ausgegangen werden als bei einem Verstoß gegen § 19 AGG. Insbesondere kann nicht aus dem bloßen Umstand, dass es bei § 15 II AGG um Diskriminierungen durch den Arbeitgeber geht, ein stärkeres Interesse am Ersatz des immateriellen Schadens abgeleitet werden. Vor allem steht die für Arbeitsverhältnisse typische Machtposition des Arbeitgebers damit in keinem Zusammenhang. Daher ist kein Grund ersichtlich, warum die Anforderungen an die Persönlichkeitsrechtsverletzung bei § 21 II 3 AGG höher sein sollten. Zudem ist zu bedenken, dass die Schwere der konkreten Verletzung immer noch bei der Höhe der Entschädigung berücksichtigt werden kann. Daher ist die Erforderlichkeit einer besonders schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung für § 21 II 3 AGG zu verneinen.

Ob § 21 II 3 AGG tatbestandlich das Verschulden des Benachteiligten voraussetzt,⁷⁸⁴ kann an dieser Stelle mit der gleichen Begründung wie bei § 21 II 1 AGG⁷⁸⁵ offenbleiben. Folglich ist der Tatbestand des § 21 II 3 AGG bei

⁷⁷⁸ *Mörsdorf*, in: BeckOGK, § 21 AGG, Rn. 62 (Stand: 15.01.2022).

⁷⁷⁹ *Overkamp*, in: jurisPK-BGB, § 21 AGG, Rn. 22 (Stand: 01.02.2020).

⁷⁸⁰ *Deinert*, in: Däubler/Beck, AGG, § 21 AGG, Rn. 62.

⁷⁸¹ *Overkamp*, in: jurisPK-BGB, § 21 AGG, Rn. 22 (Stand: 01.02.2020).

⁷⁸² BAG, Urt. v. 18.03.2010 – 8 AZR 1044/08, NZA 2010, 1129, Rn. 37; BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945, Rn. 71 f.; *Berg*, in: Däubler et al., ArbR, § 15 AGG, Rn. 7; *Deinert*, in: Däubler/Beck, AGG, § 15 AGG, Rn. 60; *Plum*, in: Schleusener/Suckow/Plum, AGG, § 15 AGG, Rn. 56; *Schlachter*, in: EK ArbR, § 15 AGG, Rn. 9; vgl. auch *Adomeit/Mohr*, AGG, 2. Auflage, § 15 AGG, Rn. 52; *Roloff*, in: BeckOK ArbR, § 15 AGG, Rn. 6 (Stand: 01.12.2021); *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 15 AGG, Rn. 9, der nur im Zusammenhang mit der Frage, ob überhaupt eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt, von einer gewissen Schwelle spricht.

⁷⁸³ Vgl. *Deinert*, in: Däubler/Beck, AGG, § 21 AGG, Rn. 62, der zur Begründung der Ablehnung dieser Voraussetzung auf die Rspr. des BAG zu § 15 II AGG verweist.

⁷⁸⁴ Hierzu *Kremer*, in: Hey/Forst, AGG, § 21 AGG, Rn. 64 ff.; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 21 AGG, Rn. 25 mwN (Stand: 01.11.2021).

⁷⁸⁵ Siehe Kap. C.I.6.d)bb).

einer gegen § 19 AGG verstoßenden algorithmischen Preispersonalisierung stets erfüllt.

(2) Angemessenheit der Entschädigung

Daher stellt sich nun noch die Frage, welche Entschädigung in diesen Fällen angemessen ist. Die Höhe immaterieller Schadenersatzansprüche aus dem AGG kann nicht pauschalisiert werden, sondern liegt einzelfallabhängig im Ermessen des Gerichts.⁷⁸⁶ Allerdings fordert Art. 14 RL 2004/113/EG für Geschlechterdiskriminierungen und Art. 15 RL 2000/43/EG für Diskriminierungen wegen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft wirksame, verhältnismäßige und abschreckende mitgliedstaatliche Sanktionen. Doch auch unabhängig von der unionsrechtlichen Determinierung wird dem Anspruch aus § 21 II 3 AGG neben der Genugtuungsfunktion⁷⁸⁷ auch eine Präventions- bzw. Abschreckungsfunktion⁷⁸⁸ zugeschrieben, sodass außer der Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung⁷⁸⁹ auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Behandelnden⁷⁹⁰ eine Rolle spielen. *Overkamp* hält in der Regel eine Entschädigung von mehr als 300 € für nötig, um dem Präventionszweck gerecht zu werden.⁷⁹¹ Hierzu passen auch die Beispiele aus der bisherigen Rspr.: 15.000 € für einen Verstoß gegen § 19 AGG im Zusammenhang mit einer Mieterhöhung;⁷⁹² 900 € wegen der Verweigerung des Zugangs zu einer Dis-

⁷⁸⁶ BAG, Urt. v. 17.08.2010 – 9 AZR 839/08, NZA 2011, 153, Rn. 59; BAG, Urt. v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, NZA 2009, 945, Rn. 80; *Gaier*, in: *Gaier/Wendtland, AGG*, Rn. 326.

⁷⁸⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011 – 10 U 106/11, NJW 2012, 1085, 1086; *Ernst et al.*, AGG, § 21 AGG, Rn. 9; *Mörsdorf*, in: *BeckOGK*, § 21 AGG, Rn. 65 (Stand: 15.01.2022); *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 21 AGG, Rn. 57; *Wendtland*, in: *BeckOK BGB*, § 21 AGG, Rn. 28 (Stand: 01.11.2021).

⁷⁸⁸ OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011 – 10 U 106/11, NJW 2012, 1085, 1087; AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 – 25 C 357/14, BeckRS 2015, 2609; *Ernst et al.*, AGG, § 21 AGG, Rn. 9; *Overkamp*, in: *jurisPK-BGB*, § 21 AGG, Rn. 27 (Stand: 01.02.2020); *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 21 AGG, Rn. 57 f.; *Wendtland*, in: *BeckOK BGB*, § 21 AGG, Rn. 28 (Stand: 01.11.2021); a.A.: *Mörsdorf*, in: *BeckOGK*, § 21 AGG, Rn. 67 (Stand: 15.01.2022).

⁷⁸⁹ AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 – 25 C 357/14, BeckRS 2015, 2609; *Armbrüster*, in: *Erman, BGB*, § 21 AGG, Rn. 14; *BT-Drs.* 16/1780, 46; *Deinert*, in: *Däubler/Beck, AGG*, § 21 AGG, Rn. 67; *Ernst et al.*, AGG, § 21 AGG, Rn. 9; *Overkamp*, in: *jurisPK-BGB*, § 21 AGG, Rn. 26 (Stand: 01.02.2020); *Thüsing*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 21 AGG, Rn. 57.

⁷⁹⁰ LG Köln, Urt. v. 13.11.2015 – 10 S 137/14, NJW 2016, 510, 512; *Deinert*, in: *Däubler/Beck, AGG*, § 21 AGG, Rn. 70; *Kremer*, in: *Hey/Forst, AGG*, § 21 AGG, Rn. 94; *Legerlotz*, in: *Heidel et al., BGB*, § 21 AGG, Rn. 24; *Schiek*, in: *Schiek, AGG*, § 21 AGG, Rn. 21.

⁷⁹¹ *Overkamp*, in: *jurisPK-BGB*, § 21 AGG, Rn. 28 (Stand: 01.02.2020).

⁷⁹² AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 – 25 C 357/14, BeckRS 2015, 2609.

kothek aufgrund des Geschlechts und der Hautfarbe;⁷⁹³ 1000 € wegen der Zugangsverweigerung zu einer Diskothek wegen der ethnischen Herkunft;⁷⁹⁴ insgesamt 1.700 € für ein Hochzeitspaar wegen Verweigerung der Vermietung einer Lokalität aufgrund der sexuellen Orientierung des Paares⁷⁹⁵. Wie schwer die Persönlichkeitsrechtsverletzung bei gegen § 19 AGG verstoßender algorithmischer Preispersonalisierung wiegt, wurde bereits im Rahmen des Tatbestandes des § 21 II 3 AGG geprüft.⁷⁹⁶ Danach ist eine besondere Schwere in den Fällen zu verneinen, in denen die Benachteiligung lediglich mittelbarer Art ist, Ausweichmöglichkeiten bestehen und der Preisunterschied gering bleibt. Allerdings ist bei der Bemessung der Entschädigungshöhe zu berücksichtigen, dass die Betreiber algorithmischer Preispersonalisierung in der Regel umsatzstarke Anbieter auf dem Onlinemarkt sind. Denn nur größere Unternehmen sind zur Umsetzung dieser Preisstrategie überhaupt in der Lage.⁷⁹⁷ Um diese wirksam vor AGG-widriger Preispersonalisierung abzuschrecken, ist aber eine gewisse Höhe der Entschädigung nötig. Vor diesem Hintergrund dürften Summen im mittleren dreistelligen und teilweise auch im vierstelligen Bereich nicht unrealistisch sein. Dies zeigt, dass § 21 II 3 AGG ein nicht zu unterschätzendes Instrument gegen mit § 19 AGG unvereinbare algorithmische Preispersonalisierung sein kann.

e) Fazit: § 19 AGG als ernstzunehmende Zulässigkeitschranke algorithmischer Preisdiskriminierung

Anbieter, die algorithmische Preispersonalisierung betreiben, sollten im eigenen Interesse sicherstellen, dass die individuellen Preise nicht nach den in § 19 AGG genannten Kriterien berechnet werden. Vor allem bei Preispersonalisierung mittels Geolokalisierung ist Vorsicht geboten, da diese zu einer mittelbaren Benachteiligung nach der „Rasse“, der ethnischen Herkunft oder der Religion führen kann. Zudem sehen sich Anbieter bei AGG-widriger algorithmischer Preispersonalisierung Ansprüchen aus § 21 AGG ausgesetzt, mit denen teilweise erhebliche wirtschaftliche Folgen einhergehen können.

7. Datenschutzrecht

Auch dem Datenschutzrecht wohnt zumindest teilweise eine antidiskriminierungsrechtliche Schutzrichtung inne. So liegt der Grund für den beson-

⁷⁹³ OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011 – 10 U 106/11, NJW 2012, 1085, 1087.

⁷⁹⁴ AG Hannover, Urt. v. 14.08.2013 – 462 C 10744/12.

⁷⁹⁵ LG Köln, Urt. v. 13.11.2015 – 10 S 137/14, NJW 2016, 510, 512.

⁷⁹⁶ Siehe Kap. C.I.6.d)cc).

⁷⁹⁷ Siehe Kap. B.II.1.b)bb)(1).

deren Schutz besonderer Kategorien personenbezogener Daten durch Art. 9 DSGVO darin, dass die Verarbeitung dieser Daten eine besonders hohe Diskriminierungsgefahr birgt.⁷⁹⁸ Vor Diskriminierungen speziell durch Algorithmen soll zudem Art. 22 DSGVO schützen.⁷⁹⁹ Wenngleich diese beiden Vorschriften daher auch dem Antidiskriminierungsrecht im weiteren Sinne zugeordnet werden können, ist die Vereinbarkeit algorithmischer Preisdiskriminierung mit Art. 9 und Art. 22 DSGVO wegen der Übersichtlichkeit und primären thematischen Verortung im Kapitel *Datenschutzrecht*⁸⁰⁰ zu behandeln.

8. Geoblocking-VO

Eine Zulässigkeitschranke für algorithmische Preispersonalisierung könnte sich auf dem Gebiet des EU-Sekundärrechts aus Art. 4 I Geoblocking-VO ergeben.

a) Allgemeiner Regelungsgehalt

Diese etwas sperrige Vorschrift verbietet zwar keine unterschiedlichen Vertragsbedingungen je nach Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Niederlassungsort des Kunden. Sie verlangt aber, dass die Kunden frei aus den angebotenen unterschiedlichen Vertragsbedingungen wählen können.⁸⁰¹ Mittelbare Diskriminierungen dadurch, dass nach den jeweiligen Vertragsbedingungen z.B. nur in einen bestimmten Mitgliedstaat geliefert wird, bleiben also möglich. Der Kunde muss die angebotenen Vertragsbedingungen so akzeptieren, wie sie sind.⁸⁰² Auch sind unterschiedliche länderspezifische Websites erlaubt, solange der Kunde auf alle Websites zugreifen und zu den dortigen

⁷⁹⁸ *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 9 DSGVO, Rn. 2; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 1; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 9 DSGVO, Rn. 10; *Schantz*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 704; *Weichert*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 15; *Weichert*, DuD 2017, 538, 539 f.

⁷⁹⁹ *Hladjk*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 4; *Schantz*, in: Schnatz/Wolff, Das neue DatenschutzR, Rn. 729; *Schneider*, Datenschutz, 149 f.; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 3; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 22 DSGVO, Rn. 8; vgl. auch *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 1; *Härting*, DSGVO, Rn. 603 f.; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 26.

⁸⁰⁰ Kap. D.

⁸⁰¹ *Ehle/Kreß*, CR 2018, 790, 794; *EU-Kommission*, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2.3.9; *Gereckel/Crasemann*, GRUR-Prax 2018, 418; *Riedel/Hofer*, MR-Int 2017, 14, 19; *Safron*, VbR 2019, 84, 86.

⁸⁰² *Gereckel/Crasemann*, GRUR-Prax 2018, 418, 420; *Riedel/Hofer*, MR-Int 2017, 14, 19.

Bedingungen kontrahieren kann.⁸⁰³ Zwar bezieht sich der Regelungsinhalt des Art. 4 I Geoblocking-VO auch auf Nettoverkaufspreise (vgl. Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO). Dennoch fordert die Geoblocking-VO keine allgemeine Preisharmonisierung (vgl. Art. 4 II Geoblocking-VO).⁸⁰⁴ Sie verbietet aber grundsätzlich Preisdiskriminierung als Beschränkung von Kunden auf einen bestimmten Preis in Abhängigkeit von deren Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Niederlassung.⁸⁰⁵ Durch diese würde dem Kunden die freie Wahl der Vertragsbedingungen – in diesem Fall des Preises, sofern dieser nach Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Niederlassungsort variiert – gerade genommen.

Auf Verkehrsdienstleistungen als einen für algorithmische Preisdiskriminierung relevanten Bereich ist die Geoblocking-VO allerdings nicht anwendbar (vgl. Art. 1 III Geoblocking-VO i.V.m. Art. 2 II lit. d DL-RL). Zudem beschränkt sich der Anwendungsbereich gem. Art. 1 II Geoblocking-VO auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Es geht also um Fälle, in denen Anbieter und Kunde in unterschiedlichen Mitgliedstaaten niedergelassen sind. Erfasst sind nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Diskriminierungen, z.B. durch Geolokalisierung.⁸⁰⁶ Aus EG 22 Geoblocking-VO ergibt sich, dass Verstöße nicht gerechtfertigt werden können.⁸⁰⁷

b) Personalisierte Preise als allgemeine Geschäftsbedingung

Art. 4 I Geoblocking-VO knüpft an den Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingung i.S.v. Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO an. Damit Preise, die durch Software nach Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Niederlassungsort personalisiert sind, von Art. 4 I Geoblocking-VO überhaupt erfasst werden, müssten diese also unter Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO subsumiert werden können. Zwar gehen sowohl die Literaturstimmen zu dieser Thematik⁸⁰⁸ als auch die EU-Kommission⁸⁰⁹ wohl davon aus, dass derart gebildete Preise unter Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO fallen. Hierbei wird allerdings auf die problematischen Einzelheiten der Subsumtion nicht eingegangen.

⁸⁰³ *Safron*, VbR 2019, 84, 86 f.; vgl. auch EG 1 Geoblocking-VO.

⁸⁰⁴ *EU-Kommission*, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2.3.5; *Kraull/Schaper*, DB 2018, 618, 621; vgl. auch *Riedel/Hofer*, MR-Int 2017, 14, 19.

⁸⁰⁵ *Gerecke/Crasemann*, GRUR-Prax 2018, 418; *Safron*, VbR 2019, 84, 85.

⁸⁰⁶ EG 6 Geoblocking-VO.

⁸⁰⁷ *Schmitt*, jusIT 2018, 210, 212.

⁸⁰⁸ *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875; *Riedel/Hofer*, MR-Int 2017, 14, 19; *Sein*, EuCML 2017, 148, 150, 156.

⁸⁰⁹ *EU-Kommission*, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2.3.5.

Subsumtionsschwierigkeiten ergäben sich freilich nicht, wenn sich der zweite, dritte und vierte Relativsatz in Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO gar nicht auf den Begriff „Nettoverkaufspreise“ bezöge. So könnte man den Wortlaut „einschließlich der Nettoverkaufspreise, die für den Zugang (...)“ so verstehen, dass diese auf jeden Fall als allgemeine Geschäftsbedingungen gelten sollen und sich die Voraussetzungen der nachfolgenden Relativsätze daher nicht auf die Nettoverkaufspreise beziehen. Möglicherweise wollte der Unionsgesetzgeber damit klarstellen, dass im Rahmen der Geoblocking-VO, anders als in manchen nationalen Rechtsordnungen wie z.B. der deutschen,⁸¹⁰ auch Preise allgemeine Geschäftsbedingungen sind. Allerdings kann diese Klarstellung gleichwohl erfolgen, wenn man die Voraussetzungen des Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO auch auf Nettoverkaufspreise bezieht. Eine solche Interpretation liegt sprachlich auch näher und zwar sowohl in der deutschen als auch in der englischen und französischen Fassung. Darüber hinaus ist aber kein Grund für eine Privilegierung von Preisen im Vergleich zu anderen Vertragsbedingungen ersichtlich. Daher gelten alle Voraussetzungen des Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO auch für Preise und somit auch für mittels Algorithmen personalisierte Preise.

aa) Für die breite Öffentlichkeit

Solche Preise müssten sich also zunächst unter das Merkmal „für die breite Öffentlichkeit“ subsumieren lassen. Dies ist zumindest nicht der Fall für Vertragsbedingungen, die individuell ausgehandelt sind (vgl. Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO).⁸¹¹ Auch Preise können individuell ausgehandelt werden mit der Folge, dass das Merkmal „für die breite Öffentlichkeit“ zu verneinen ist.⁸¹² Bei algorithmischer Preispersonalisierung ist dies zwar nicht anzunehmen, denn hier hat der Kunde keinerlei Einflussmöglichkeiten in Form eines individuellen Aushandelns. Allerdings haben per Algorithmus personalisierte Preise und individuell ausgehandelte Preise die Individualität als solche gemeinsam,⁸¹³ da der Kunde in beiden Fällen einen eigenen Preis bekommt. Dies ist bei algorithmischer Preispersonalisierung zumindest dann der Fall, wenn der Individualisierungsgrad aufgrund der Vielzahl der ausgewerteten Daten so hoch ist, dass nicht mehr von bloßen Gruppenpreisen gesprochen werden kann. Ein solcher Individualisierungsgrad ist durchaus vorstellbar, vor allem, wenn Preispersonalisierung und Preisdynamisierung kombiniert

⁸¹⁰ Hier gelten Preise wegen § 307 III BGB nicht als AGB: BGH, Urt. v. 08.11.2016 – XI ZR 552/15, NJW 2017, 1461, Rn. 18; *Wurmest*, in: MüKo-BGB, Band 2, § 307 BGB, Rn. 17.

⁸¹¹ *Herresthal*, NJW 2020, 361, 366.

⁸¹² *Safron*, VbR 2019, 84, 86.

⁸¹³ Vgl. *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 9.

werden. Werden Kunden nun individuelle Preise unterbreitet, stellt sich die Frage, ob noch von einer „für die breite Öffentlichkeit“ festgelegten Vertragsbedingung gesprochen werden kann. Wenngleich Unionsrecht autonom auszulegen ist,⁸¹⁴ bietet sich eine Orientierung am Merkmal „für eine Vielzahl von Verträgen“ in § 305 I 1 BGB an.⁸¹⁵ Schließlich ähneln sich die Merkmale stark und auch der von ihnen verfolgte Zweck dürfte sich nicht unterscheiden. Ferner wurde das Begriffsverständnis in § 305 I 1 BGB bis dato von Seiten der Union mit Blick auf eine wirksame Durchsetzung der RL 93/13/EWG nicht beanstandet. Im Rahmen des § 305 I 1 BGB ist eine mindestens dreimalige Verwendungsabsicht nötig.⁸¹⁶ Auch für Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO ist wohl mindestens die dreimalige Festlegung, Anwendung und Zugänglichmachung zu fordern. Weniger wäre mit dem Wortlaut „für die breite Öffentlichkeit“ nicht mehr vereinbar. Gleichzeitig darf die Mindestanzahl aber auch nicht zu hoch angesetzt werden, weil Art. 4 I Geoblocking-VO ja gerade vor *Ungleichbehandlungen* schützen soll. Dieser Schutzzweck würde durch eine zu enge Auslegung des Merkmals „für die breite Öffentlichkeit“ verfehlt.⁸¹⁷ Bzgl. des Ausreichens einer entsprechenden Absicht ist zwar zuzugestehen, dass sich „für die breite Öffentlichkeit“ in Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO anders als „für eine Vielzahl von Verträgen“ in § 305 I 1 BGB auf die Prädikate des Satzes bezieht und der Wortlaut somit eher gegen eine subjektive Auslegung spricht. Allerdings würde eine objektive Auslegung zu der absurden Konsequenz führen, dass ein bestimmter personalisierter Preis erst dann unter Art. 4 I Geoblocking-VO fällt, wenn er zum dritten Mal unterbreitet wurde. Da dies offensichtlich nicht interessengerecht wäre, ist auch im Rahmen von Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO auf die Absicht abzustellen. Entscheidend sollte die Absicht des „Konstruktors“ der Bedingung sein.⁸¹⁸ Bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung müsste also der Entwickler der Software die entsprechende Absicht haben. Handelt es sich bei diesem um einen externen IT-Dienstleister, wäre die Variante „im Namen des Anbieters“ einschlägig. Der Entwickler muss also beabsichtigen, dass jeder von der Software tatsächlich generierte personalisierte Preis zumindest drei

⁸¹⁴ EuGH, Urt. v. 14.01.1982, Rs. 64/81 (Cormann), BeckRS 2004, 73478, Rn. 8; vgl. auch EuGH, Urt. v. 28.10.1982, Rs. 135/81 (Agences des voyages/Kommission), BeckRS 2005, 71562, Rn. 10; EuGH, Urt. v. 26.05.1981, Rs. 157/80 (Rinnkahn), BeckRS 2004, 71812, Rn. 11.

⁸¹⁵ Ähnlich auch *Bühling*, IPRB 2019, 21, 23, der Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO aber etwas weiter auslegen möchte als den Begriff der AGB in § 305 BGB.

⁸¹⁶ BGH, Urt. v. 27.09.2001 – VII ZR 388/00, NJW 2002, 138, 139; BGH, Urt. v. 15.04.1998 – VIII ZR 377/96, NJW 1998, 2286, 2287.

⁸¹⁷ *Safron*, VbR 2019, 84, 86.

⁸¹⁸ Bei § 305 I 1 BGB muss derjenige, der die Klausel formuliert, die entsprechende Verwendungsabsicht haben: BGH, Urt. v. 17.02.2010 – VIII ZR 67/09, NJW 2010, 1131, Rn. 10.

Mal angeboten wird. Dies dürfte bei den aktuell eingesetzten Preisalgorithmen noch der Fall sein. Allerdings wird Preissoftware in Zukunft immer komplexer werden, vor allem wenn diese auch selbstlernende Elemente aufweist. Je weiter der Individualisierungsgrad personalisierter Preise vorangeht, desto schwieriger wird eine Bejahung des Merkmals „für die breite Öffentlichkeit“.

bb) Festgelegt

Auch für das Merkmal „festgelegt“ ist wegen der Ähnlichkeit zum Parallelmerkmal „vorformuliert“ in § 305 I 1 BGB eine Orientierung an diesem sinnvoll, wenngleich Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO grundsätzlich autonom auszulegen ist. Vorformulierte Klauseln bergen die Gefahr einer „planvollen“ Benachteiligung des Vertragspartners.⁸¹⁹ Auch Art. 4 Geoblocking-VO, der an Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO anknüpft, soll planvolle bzw. systematische Benachteiligungen verhindern, vgl. EG 1, 3 Geoblocking-VO. Mit Blick auf diesen Schutzzweck kann es auf eine Fixierung der Bedingung nicht ankommen.⁸²⁰ Auch mittels Algorithmen personalisierte Preise stehen nicht im Voraus fest. So ist nirgends festgelegt, welcher Preis dem Kunden A oder B angeboten wird. Was aber feststeht, ist die Berechnungsformel des Algorithmus und dadurch zumindest indirekt auch schon der Preis für den Kunden A oder B. Dies ist zwar für selbstlernende Algorithmen nur eingeschränkt der Fall, denn bei diesen ändert sich die Berechnungsformel ja gerade im Laufe der Zeit. Allerdings sind auch intelligente Algorithmen insoweit „voreingestellt“, als dass sie nach bestimmten Zielen handeln (in concreto: Abschöpfen der maximalen individuellen Zahlungsbereitschaft). Auch dadurch besteht aber bereits die Gefahr einer planvollen Benachteiligung, wenn diese bei selbstlernenden Preisalgorithmen nicht sogar höher ist. Entscheidend ist, dass sich der Anbieter durch eine gewisse Vorbestimmung vorweg einen Vorteil verschafft. Solange dies der Fall ist, ist auch die Wortlautgrenze des Merkmals „festgelegt“ nicht gesprengt.

cc) Angewendet und zugänglich gemacht

Durch Algorithmen personalisierte Preise werden angewendet, wenn sie einem Kunden unterbreitet werden. Auch müssten solche Preise zugänglich gemacht werden und zwar für die breite Öffentlichkeit. An diesem Merkmal könnte man auf den ersten Blick zweifeln, da ein personalisierter Preis im Unterschied zum Einheitspreis ja gerade nur dem jeweiligen Kunden ange-

⁸¹⁹ Vgl. *Lehmann-Richter*, in: BeckOGK, § 305 BGB, Rn. 109 (Stand: 01.12.2021).

⁸²⁰ So für das mittlerweile außer Kraft getretene AGB-Gesetz: BGH, Urt. v. 20.09.1987 – IVa ZR 6/86, NJW 1988, 410; a.A. für § 305 I 1 BGB: *Borges*, ZIP 2005, 185, 186 mwN.

zeigt wird. Allerdings kommt es auch hier bzgl. der Einschränkung „für die breite Öffentlichkeit“ auf die Absicht des Entwicklers⁸²¹ an, sodass auch das Zugänglichmachen zumindest beim aktuellen Individualisierungsgrad personalisierter Preise in der Regel zu bejahen ist.

c) Fazit: Maßgeblichkeit der Absicht des Entwicklers

Ob Preise, die durch Software automatisiert nach Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Niederlassungsort des Kunden personalisiert werden, die Anwendbarkeit der Geoblocking-VO vorausgesetzt, gegen Art. 4 I Geoblocking-VO verstoßen, hängt von der Absicht des Entwicklers ab und kann daher nicht pauschal bejaht werden. Jedenfalls im aktuellen Stadium algorithmischer Preispersonalisierung wird Art. 2 Nr. 14 und damit auch Art. 4 I Geoblocking-VO bei Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder den Niederlassungsort aber in der Regel zu bejahen sein. Für alle anderen Fälle bleibt dann immerhin noch der Rückgriff auf die drittwirkenden Art. 34, 35 AEUV und Art. 56 AEUV, gegenüber denen bei Verneinung des Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO zumindest die Geoblocking-VO nicht als spezielleres Sekundärrecht vorgeht.⁸²²

9. § 5 DL-InfoV

Als nächstes ist die Vereinbarkeit algorithmischer Preisdiskriminierung mit § 5 DL-InfoV zu erörtern. § 5 S. 1 DL-InfoV stellt ein Diskriminierungsverbot bzgl. der Staatsangehörigkeit und des Wohnsitzes im Zusammenhang mit den Bedingungen für den Zugang zu Dienstleistungen auf und kann somit nur die Zulässigkeit algorithmischer *Preispersonalisierung* betreffen.

a) Anwendungsbereich

Zunächst ist der Anwendungsbereich des § 5 DL-InfoV und vor allem dessen Verhältnis zur Geoblocking-VO zu bestimmen. Mit § 5 DL-InfoV wurde Art. 20 DL-RL in deutsches Recht umgesetzt.⁸²³ Aus Art. 1 VII Geoblocking-VO⁸²⁴ und EG 4 S. 4 Geoblocking-VO⁸²⁵ ergibt sich, dass die Geoblocking-

⁸²¹ Siehe zu diesem Kriterium Kap. C.I.8.b)aa).

⁸²² Im Rahmen von Art. 56 AEUV ist aber möglicherweise Art. 20 II DL-RL zu beachten. Art. 18 AEUV spielt vorliegend keine Rolle, da dieser im Rahmen algorithmischer Preisdiskriminierung nur bzgl. Verkehrsdienstleistungen relevant wird. Diese sind aber gem. Art. 1 III Geoblocking-VO i. V. m. Art. 2 II lit. d DL-RL vom Anwendungsbereich der Geoblocking-VO ausgeschlossen.

⁸²³ BR-Drs. 888/09, 19 f.

⁸²⁴ *Kraull/Schaper*, DB 2018, 618, 622; *Safron*, VbR 2019, 84, 92; vgl. auch *Riedel/Hofer*, MR-Int 2017, 14, 18, die sich allerdings noch auf den Verordnungsentwurf beziehen.

⁸²⁵ *Ehle/Kreß*, CR 2018, 790, 793.

VO Art. 20 II DL-RL als *lex specialis* vorgeht. Somit stellt sich die Frage, wann für algorithmische Preispersonalisierung überhaupt noch ein Anwendungsbereich für Art. 20 II DL-RL und damit § 5 DL-InfoV bleibt. Ein solcher könnte sich für reine Inlandssachverhalte ergeben,⁸²⁶ da die Geoblocking-VO gem. Art. 1 II Geoblocking-VO auf solche nicht anwendbar ist. Der EuGH bejahte eine Anwendbarkeit der DL-RL auf rein inländische Sachverhalte zwar für Kapitel III der DL-RL.⁸²⁷ Allerdings argumentierte er unter anderem mit dem offenen Wortlaut der dortigen Vorschriften. Dagegen setzen z.B. Art. 16 I und Art. 18 I DL-RL als Vorschriften aus Kapitel IV nach ihrem Wortlaut einen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus.⁸²⁸ Der Wortlaut des Art. 20 II DL-RL verlangt demgegenüber zwar keinen grenzüberschreitenden Bezug, auch wenn die Vorschrift ebenfalls in Kapitel IV steht. Zudem ist die Anwendung einzelner Vorschriften der DL-RL auf rein innerstaatliche Sachverhalte nicht prinzipiell systemwidrig.⁸²⁹ Allerdings soll Art. 20 II DL-RL gerade den freien Dienstleistungsverkehr *zwischen den Mitgliedstaaten* fördern, was auch EG 1 und 2 DL-RL⁸³⁰ und die Überschrift von Kapitel IV zeigt. Zudem beziehen sich jedenfalls alle anderen Vorschriften des Kapitels IV auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Außerdem spricht auch der Wortlaut von EG 94 DL-RL („Staatsangehörige *anderer* Mitgliedstaaten“) und EG 95 DL-RL („von Land zu Land“; „Niederlassungsmitgliedstaat“; „bestimmtes Hoheitsgebiet“) dafür, dass Art. 20 DL-RL nur grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst.⁸³¹ Schließlich ist reine Inländerdiskriminierung keine Angelegenheit der Union.⁸³² Passend hierzu scheint auch der Richtliniengeber selbst im Rahmen des zweiten Abschnitts des Kapitels IV der DL-RL von einem grenzüberschreitenden Bezug auszu-

⁸²⁶ So *IHK Regensburg*, Informationspflichten für Dienstleister, 1. unter Verweis auf § 1 II DL-InfoV.

⁸²⁷ EuGH, Urt. v. 30.01.2018, Rs. C-360/15 (College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort/X BV), C-31/16 (Visser Vastgoed Beleggingen BV/Raad van de gemeente Appingedam), NVwZ 2018, 307, Rn. 110.

⁸²⁸ EuGH, Urt. v. 30.01.2018 – C-360/15 (College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort/X BV), C-31/16 (Visser Vastgoed Beleggingen BV/Raad van de gemeente Appingedam), NVwZ 2018, 307, Rn. 99, Rn. 102.

⁸²⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 30.01.2018 – C-360/15 (College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort/X BV), C-31/16 (Visser Vastgoed Beleggingen BV/Raad van de gemeente Appingedam), NVwZ 2018, 307, Rn. 100 f., Rn. 108 f.; *Ruppert*, DStR 2010, 892, 893.

⁸³⁰ So zu Art. 20 I DL-RL: *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 5.

⁸³¹ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 5, Fn. 5.

⁸³² *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 5.

gehen.⁸³³ Somit ist ein solcher Anwendungsvoraussetzung des Kapitels IV⁸³⁴ und damit auch des Art. 20 II DL-RL sowie des § 5 DL-InfoV. Letzterer soll Art. 20 II DL-RL inhaltsgleich umsetzen⁸³⁵ und ist zudem über § 1 I DL-InfoV an den Anwendungsbereich der DL-RL gekoppelt. Bzgl. der untersuchungsgegenständlichen Thematik verbleibt ein Anwendungsbereich für § 5 DL-InfoV daher nur, wenn sich die algorithmische Preispersonalisierung auf eine Dienstleistung bezieht, Art. 4 I Geoblocking-VO nicht anwendbar ist, die Anwendbarkeit des § 5 DL-InfoV nicht gem. § 1 I DL-InfoV i.V.m. Art. 2 II, III DL-RL ausgeschlossen ist und der Ausschlussgrund des § 1 III DL-InfoV⁸³⁶ nicht greift. Im Übrigen hat § 5 DL-InfoV keinen weiteren Anwendungsbereich als die Geoblocking-VO: Es ist jeweils ein grenzüberschreitender Bezug nötig und die Anwendbarkeitsausschlüsse in Art. 1 III Geoblocking-VO und § 1 I DL-InfoV sind deckungsgleich. Unter Beachtung dieser Voraussetzungen verbleibt aber trotzdem ein Anwendungsbereich für § 5 DL-InfoV im Zusammenhang mit Dienstleistungen, im Rahmen derer algorithmische Preispersonalisierung denkbar ist oder auch schon nachgewiesen wurde, beispielsweise in der Hotellerie⁸³⁷ oder bei Autovermietungen⁸³⁸.

b) Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung

Daher stellt sich nun die Frage, ob ein Dienstleistungserbringer, der Preise durch Algorithmen (unter anderem) nach Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz personalisiert, eine Bedingung für den Zugang zu einer Dienstleistung bekannt macht, die auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers beruhende diskriminierende Bestimmungen enthält (vgl. § 5 S. 1 DL-InfoV). Wengleich die EU-Kommission bei durch Autovermietungen durchgeführten Preisdiskriminierungen nach Staatsangehörigkeit von einem Verstoß gegen die DL-RL ausgeht,⁸³⁹ hält die aufgeworfene Frage einige Probleme bereit.

⁸³³ Vgl. *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 51.

⁸³⁴ So wohl auch *Ruppert*, DStR 2010, 892, 893.

⁸³⁵ BR-Drs. 888/09, 19 f.

⁸³⁶ Die DL-InfoV ist danach nicht anwendbar, wenn ein im EU-Ausland oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum niedergelassener Dienstleistungserbringer in Deutschland Dienstleistungen erbringt.

⁸³⁷ *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 305 ff.; *Hupperich et al.*, CODASPY 2018, 76, 79; *Mikians et al.*, Detecting price and search discrimination on the Internet, 5; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 22.

⁸³⁸ *EU-Kommission*, Pressemitteilung v. 11.08.2014.

⁸³⁹ *EU-Kommission*, Pressemitteilung v. 11.08.2014.

Zunächst müsste ein derartiger Preis eine Bedingung für den Zugang zu einer Dienstleistung sein. Dass ein Preis normalerweise eine solche Bedingung darstellt,⁸⁴⁰ zeigen EG 94 und EG 95 DL-RL, die auf unterschiedliche Preise Bezug nehmen. § 5 S. 1 DL-InfoV ist insoweit richtlinienkonform auszulegen. Allerdings spricht Art. 20 II DL-RL anders als § 5 I 1 DL-InfoV von *allgemeinen* (engl.: „general“; frz.: „générales“) Bedingungen. Fraglich ist daher, ob personalisierte Preise auch vom Wortlaut des Art. 20 II DL-RL noch erfasst sind. Dies wäre zu verneinen, wenn die Allgemeinheit die Gleichheit der Bedingung voraussetzt, führt algorithmische Preispersonalisierung doch gerade zu unterschiedlichen Preisen. Gegen eine solche Interpretation spricht aber, dass Art. 20 II DL-RL dann gerade Ungleichbehandlungen nicht mehr erfassen würde und seine Funktion als Diskriminierungsverbot daher nicht mehr erfüllen könnte. Als allgemeine Bedingung ist daher vielmehr der Preis als solcher, also unabhängig von der Höhe, zu verstehen. Die Allgemeinheit der Bedingung ist dagegen nur zu verneinen, wenn diese individuell ausgehandelt wurde.⁸⁴¹ Dies ist bei personalisierten Preisen nicht der Fall, sodass es auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 5 S. 1 DL-InfoV nicht ankommt und eine Bedingung für den Zugang zu einer Dienstleistung vorliegt.

Diese Bedingung enthält bei entsprechender Preispersonalisierung auch auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers beruhende diskriminierende Bestimmungen. Dann wird der Preis nämlich in Abhängigkeit von diesen Kriterien gebildet, er bestimmt sich somit in anderen Worten nach diesen.

Die Bedingung müsste auch bekannt gemacht werden. Problematisch an dieser Voraussetzung erscheint, dass der personalisierte Preis stets nur den Kunden offenbart wird, für die der Algorithmus diesen Preis berechnet hat. Kunden, denen kein personalisierter Preis angeboten wird, erlangen von der Preisdiskriminierung dagegen keine Kenntnis. Daher stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen an die Bekanntmachung zu stellen sind. Insoweit könnte man eine Adressierung der diskriminierenden Zugangsbedingung an einen unbegrenzten Personenkreis fordern.⁸⁴² Eine solche läge bei personali-

⁸⁴⁰ *EU-Kommission*, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 11; *Europäische Gemeinschaften*, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 52 f.

⁸⁴¹ *EU-Kommission*, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 10; *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 17; *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 48.

⁸⁴² So für Art. 20 II DL-RL wohl *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 3, Rn. 18.

sierten Preisen nicht vor, denn sie adressieren nur einzelne, ganz bestimmte Kunden. Allerdings erscheint mit Blick auf den Sinn und Zweck des § 5 S. 1 DL-InfoV eine derart enge Auslegung wenig sinnvoll. § 5 S. 1 DL-InfoV soll vor Diskriminierungen schützen. Diesen Schutz von der Bekanntmachung der Diskriminierung an die breite Öffentlichkeit abhängig zu machen, wäre nicht zielführend, sondern hätte zur Folge, dass das Diskriminierungsverbot allzu leicht umgangen werden könnte. Preisdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes wäre dann nur unzulässig, wenn der Dienstleistungserbringer die diskriminierenden Preise auf einer Preisliste oder ähnlichem veröffentlicht. Es ergibt schlicht keinen Sinn, den Diskriminierungsschutz von einem derartigen Umstand abhängig zu machen.⁸⁴³ Daher kann § 5 S. 1 DL-InfoV nur voraussetzen, dass die Zugangsbedingung *allgemein* der unbegrenzten Öffentlichkeit bekannt gemacht wird, nicht aber die jeweilige Diskriminierung.⁸⁴⁴ Auch Art. 20 II DL-RL steht einer solchen Auslegung nicht entgegen, da auch dessen Diskriminierungsschutz nicht durch eine zu enge Auslegung des Merkmals „bekannt gemacht hat“ eliminiert werden darf⁸⁴⁵. Nach dieser Auslegung wäre eine Bekanntmachung auch bei personalisierten Preisen zu bejahen, da der Preis als Zugangsbedingung, unabhängig von seiner Höhe, der unbegrenzten Öffentlichkeit bekannt gemacht wird. Dass dies für die an den Preis anknüpfende Diskriminierung nicht zutrifft, spielt dagegen keine Rolle. Bei diesem von der Diskriminierung getrennten Verständnis der Bekanntmachung steht dann auch die englische Fassung des Art. 20 II DL-RL („which are made available to the public at large“) sowie EG 95 DL-RL, der von *veröffentlichten* allgemeinen Geschäftsbedingungen spricht, nicht entgegen, weil es insofern auf die *einzelne* Preisdiskriminierung gerade nicht ankommt. Da somit auch im Falle personalisierter Preise eine aktive Bekanntmachung der Zugangsbedingungen vorliegt, muss eine analoge Anwendung des § 5 S. 1 DL-InfoV⁸⁴⁶ nicht diskutiert werden.

Somit steht § 5 S. 1 DL-InfoV algorithmischer Preispersonalisierung, die an den Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit des Dienstleistungsempfängers anknüpft, grundsätzlich entgegen.

⁸⁴³ So bzgl. Art. 20 II DL-RL auch *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 48.

⁸⁴⁴ Ähnlich bzgl. Art. 20 II DL-RL wohl *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 48, die eine Zugriffsmöglichkeit der Öffentlichkeit auf die Bedingungsinformation ausreichen lassen wollen.

⁸⁴⁵ *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 48; vgl. auch *EU-Kommission*, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 10.

⁸⁴⁶ Hierzu *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 50.

c) Mittelbare Diskriminierungen

Zu klären ist nun noch, ob das auch bei nur mittelbarer Anknüpfung an diese Kriterien gilt. Dieser Aspekt ist für algorithmische Preispersonalisierung besonders relevant. Schließlich ist es für Anbieter ein Leichtes, mittels Geolokalisierung den Standort des Kunden zu bestimmen. Zwischen dem aktuellen Standort und dem Wohnsitz bzw. der Staatsangehörigkeit bestünde auch ein für mittelbare Diskriminierungen hinreichender Zusammenhang.⁸⁴⁷ Gegen die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen nach dem Standort könnte sprechen, dass Art. 20 II DL-RL und § 5 S. 1 DL-InfoV neben der Staatsangehörigkeit nur den Wohnsitz nennen. Dieser Umkehrschluss trägt aber nicht, handelt es sich bei Anknüpfung an diese beiden Merkmale wegen ihrer Nennung doch gerade um *unmittelbare* Diskriminierungen⁸⁴⁸. Dagegen, dass Anknüpfungen an den Wohnsitz im Rahmen von Art. 20 II DL-RL unmittelbare Diskriminierungen darstellen, kann auch nicht der Einwand erhoben werden, es handle sich hierbei teilweise um Fälle bloßer Inländerdiskriminierung. Denn Art. 20 II DL-RL und somit auch § 5 S. 1 DL-InfoV sind ohnehin nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar.⁸⁴⁹ Für die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen spricht dagegen ein Gleichlauf mit Art. 18 AEUV,⁸⁵⁰ dessen Ausfluss Art. 20 II DL-RL ist.⁸⁵¹ Ferner verweist auch die Kommission im Rahmen von Art. 20 II DL-RL auf die Möglichkeit mittelbarer Diskriminierungen mittels Geolokalisierung.⁸⁵² Zudem wird die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen durch die Geoblocking-VO (vgl. Art. 1 I Geoblocking-VO) anders als die Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten in Art. 1 I Geoblocking-VO und EG 4 Geoblocking-VO nicht als Neuerung im Vergleich zur DL-RL genannt. Dies lässt den Schluss zu, dass auch der Unionsgesetzgeber von der Erfassung mittelbarer Diskriminierungen durch Art. 20 II DL-RL ausgeht. Dem ist zuzustimmen, weshalb

⁸⁴⁷ Hoffmann/Schneider, EuZW 2015, 47, 49.

⁸⁴⁸ EU-Kommission, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 11; a.A. wohl Herresthal, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 20, der in der Nennung des Wohnsitzes ein Argument für die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen sieht.

⁸⁴⁹ Siehe Kap. C.I.9.a).

⁸⁵⁰ Dieser verbietet auch mittelbare Diskriminierungen, siehe EuGH, Urt. v. 23.01.1997, Rs. C-29/95 (Pastoors), NZV 1997, 234, Rn. 16 mwN; EuGH, Urt. v. 15.01.1986, Rs. 41/84 (Pinna/Caisse d’allocations familiales de la Savoie), BeckRS 2004, 71141, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. 22/80 (Boussac), BeckRS 2004, 72379, Rn. 9.

⁸⁵¹ Hoffmann/Schneider, EuZW 2015, 47, 49.

⁸⁵² EU-Kommission, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 11, 15.

wegen einer richtlinienkonformen Auslegung nichts anderes für § 5 S. 1 DL-InfoV gelten kann.

d) Rechtfertigung

Möglicherweise ist algorithmische Preispersonalisierung, die an die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers anknüpft, aber nach § 5 S. 2 DL-InfoV unmittelbar durch objektive Kriterien gerechtfertigt. Erforderlich hierfür ist das Vorliegen eines sachlichen, also nicht allein an die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz anknüpfenden Grundes.⁸⁵³ Ein solcher Grund liegt bei algorithmischer Preispersonalisierung in der Umsatzsteigerung durch Abschöpfen der individuellen Zahlungsbereitschaft. Es erschließt sich nicht, warum hierin kein sachlicher Grund zu sehen sein sollte⁸⁵⁴: Unterschiedliche Preise nach Staatsangehörigkeit bzw. Wohnsitz basieren auf unterschiedlichen ökonomischen Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten. Diese unterschiedlichen Bedingungen sind ein objektives Kriterium⁸⁵⁵ und können daher auch Preisunterschiede rechtfertigen⁸⁵⁶. Dafür, dass die Rechtfertigung höherer Preise von tatsächlichen Mehrkosten für den Dienstleistungserbringer abhängt,⁸⁵⁷ finden sich weder in § 5 S. 2 DL-InfoV noch in der DL-RL Anhaltspunkte. Zudem nennt EG 95 DL-RL unterschiedliche Marktbedingungen, wie saisonbedingte stärkere oder geringere Nachfragen, als Beispiel für einen objektiven Grund. Die Anpassung der Preise an eine schwankende Nachfrage ist aber auch nichts anderes als eine Reaktion auf die Zahlungsbereitschaft: Wenn die Nachfrage sinkt, sinkt auch die Zahlungsbereitschaft. Zudem ist EG 95 DL-RL keine Beschränkung auf saisonbedingte Nachfrageunterschiede zu entnehmen. Vielmehr ist die Saison lediglich als Beispiel für einen die Nachfrage beeinflussenden Faktor zu lesen. Ferner nennt EG 95 DL-RL beispielhaft die unterschiedliche Preisgestaltung der Wettbewerber als objektiven Grund. Diese unterscheidet sich in den Mitgliedstaaten aber saisonunabhängig voneinander. Hierzu würde es nicht passen, die Rechtfertigung davon abhängig zu machen, ob die Angehörigen eines Mitgliedstaates dauerhaft und gezielt benachteiligt werden⁸⁵⁸. Daher spricht EG 95 DL-RL dafür, dass die unterschiedliche Zahlungsbe-

⁸⁵³ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 21; vgl. auch *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 49 f.

⁸⁵⁴ So aber *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 49; *Safron*, VbR 2019, 84, 92; *Wiebe*, ZUM 2015, 932, 939.

⁸⁵⁵ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 21.

⁸⁵⁶ Im Kontext von Art. 20 I DL-RL: *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 12; ähnlich und unter Hinweis auf das unterschiedliche Lohnniveau in den Mitgliedstaaten: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1079.

⁸⁵⁷ So wohl *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 49.

⁸⁵⁸ So aber *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 49.

reitschaft generell ein objektiver Grund ist. Außerdem sind auch Art. 1 I Geoblocking-VO und EG 4 Geoblocking-VO Anhaltspunkte für eher weite Rechtfertigungsmöglichkeiten im Rahmen von Art. 20 II DL-RL. Dagegen kann das Fehlen von Rechtfertigungsmöglichkeiten in der Geoblocking-VO nicht als Argument für eine restriktive Auslegung der Rechtfertigungsgründe im Rahmen von Art. 20 II DL-RL fruchtbar gemacht werden.⁸⁵⁹ Erstens existierte die DL-RL schon weit vor der Geoblocking-VO und zweitens stellt Letztere kein höherrangiges Recht dar, in dessen Sinne die DL-RL auszulegen wäre. Hierzu passt auch der Wortlaut von § 5 S. 1 DL-InfoV und Art. 20 II DL-RL, der die Rechtfertigungsgründe eben nicht weiter einschränkt. Dadurch verbleibt dem Dienstleistungserbringer ein gewisser Spielraum, der vor dem Hintergrund seiner Privatautonomie auch zu respektieren ist⁸⁶⁰. Auch die EU-Kommission erkennt in ihrem Leitfaden eine unterschiedliche Zahlungsbereitschaft ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund im Rahmen von Art. 20 DL-RL an.⁸⁶¹ Dem ist im Ergebnis aufgrund der genannten Argumente zuzustimmen.

Jedoch ist es mit dem Vorliegen eines objektiven Grundes noch nicht getan, denn im Rahmen der Rechtfertigung ist bei Art. 20 II DL-RL zusätzlich eine Einzelfallabwägung vorzunehmen⁸⁶². Ebenso ist daher bei § 5 S. 2 DL-InfoV zu verfahren. Diese Abwägung kann vorliegend nicht anders ausfallen als im Rahmen von Art. 56 AEUV⁸⁶³, da der drittwirkende Art. 56 AEUV in seiner Funktion als Diskriminierungsverbot das gleiche Ziel wie Art. 20 II DL-RL verfolgt. Dieser ist gerade Ausfluss des Art. 56 AEUV. Somit geht auch bei Art. 20 II DL-RL bzw. § 5 S. 2 DL-InfoV die Abwägung nur dann zu Gunsten des Dienstleistungserbringers aus, wenn der bewirkte Preisunterschied gering, der Kunde nicht auf den Anbieter angewiesen und die Diskriminierung nur mittelbarer Art ist⁸⁶⁴. In allen anderen Fällen ist algorithmische Preisdiskriminierung nach Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz dagegen nicht nach § 5 S. 2 DL-InfoV gerechtfertigt.

⁸⁵⁹ *Safron*, VbR 2019, 84, 92.

⁸⁶⁰ *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 21.

⁸⁶¹ *EU-Kommission*, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 20.

⁸⁶² *Herresthal*, in: Schlachter/Ohler, DL-RL, Art. 20 DL-RL, Rn. 21; vgl. auch *EU-Kommission*, Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), 8.

⁸⁶³ Art. 18 AEUV wäre hier dagegen nicht einschlägig, da Verkehrsdienstleistungen gem. § 1 I DL-InfoV i. V. m. Art. 2 II DL-RL vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.

⁸⁶⁴ Siehe zu Art. 56 AEUV Kap. C.I.2.d)cc).

e) Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 5 S. 1 DL-InfoV

Somit verstößt algorithmische Preispersonalisierung nach Wohnort oder Staatsangehörigkeit unter den genannten Voraussetzungen gegen § 5 S. 1 DL-InfoV, sofern dieser anwendbar ist. Das Diskriminierungsverbot ist durch den Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 6 Nr. 3 DL-InfoV i.V.m. § 146 II Nr. 1 GewO abgesichert. Dessen Tatbestandsvoraussetzungen wären bei algorithmischer Preisdiskriminierung auch erfüllt, da oben im Rahmen des § 5 S. 1 DL-InfoV eine aktive Bekanntmachung der Zugangsbedingungen bejaht wurde⁸⁶⁵.⁸⁶⁶ Zudem könnte man bei Verstößen gegen § 5 S. 1 DL-InfoV eine analoge Anwendung des § 21 AGG erwägen.⁸⁶⁷ Voraussetzung hierfür wäre eine vergleichbare Interessenlage und eine planwidrige Regelungslücke. Die Interessenlage ist vergleichbar, da § 5 S. 1 DL-InfoV ebenso wie § 19 AGG ein echtes Diskriminierungsverbot darstellt⁸⁶⁸ und sich daher im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen die gleichen Hürden stellen. Auch besteht eine Regelungslücke, da eine mit § 21 AGG vergleichbare Vorschrift für § 5 S. 1 DL-InfoV fehlt. Die Regelungslücke ist aber nicht planwidrig, denn der Ordnungsgeber wollte mit § 6 DL-InfoV die an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtung aus Art. 20 II DL-RL umsetzen⁸⁶⁹. Die geforderte „Sicherstellung“ kann aber zumindest direkt nur durch einen Ordnungswidrigkeitentatbestand erfolgen. Durch diesen soll verhindert werden, dass es überhaupt zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot kommt (Präventionszweck). § 21 AGG beträfe aber die Rechtsfolgen eines Verstoßes. Durch diesen würde die Einhaltung des Diskriminierungsverbots daher allenfalls sehr mittelbar sichergestellt. Da der Ordnungsgeber aber eben nur die Verpflichtung aus Art. 20 II DL-RL umsetzen wollte, ist die Regelungslücke nicht planwidrig. Somit ist § 21 AGG nicht analog bei Verstößen gegen § 5 S. 1 DL-InfoV anzuwenden.

10. Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011
und Art. 5 I VO (EU) 2021/782

In Art. 4 II VO (EU) 1177/2010 und Art. 4 II VO (EU) 181/2011 finden sich Diskriminierungsverbote bzgl. der Staatsangehörigkeit, die die Vertragsbedingungen und Tarife im Zusammenhang mit Dienstleistungen im See- und Binnenschiffsverkehr sowie im Kraftomnibusverkehr betreffen. Im Rahmen

⁸⁶⁵ Siehe Kap. C.I.9.b).

⁸⁶⁶ Andernfalls käme es zum Konflikt mit Art. 103 II GG, siehe *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 51.

⁸⁶⁷ *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 51.

⁸⁶⁸ *Hoffmann/Schneider*, EuZW 2015, 47, 51.

⁸⁶⁹ BR-Drs. 888/09, 20.

sämtlicher Verkehrsdienstleistungen erscheint algorithmische Preispersonalisierung zumindest denkbar, auch wenn sie bisher nur bei Flugtickets nachgewiesen wurde⁸⁷⁰. Zwar fehlt ein entsprechendes Diskriminierungsverbot in der den Eisenbahnverkehr betreffenden VO (EG) 1371/2007. Allerdings enthält Art. 5 I VO (EU) 2021/782 ebenfalls ein im Wesentlichen identisches Diskriminierungsverbot, das ab dem 07.06.2023 gelten wird (vgl. Art. 41 VO (EU) 2021/782). Die Anwendbarkeit der DL-InfoV bzw. der Geoblocking-VO ist für Verkehrsdienstleistungen gem. § 1 I DL-InfoV i.V.m. Art. 2 II lit. d DL-RL bzw. Art. 1 II Geoblocking-VO i.V.m. Art. 2 II lit. d DL-RL ausgeschlossen, sodass sich keine Konkurrenzprobleme stellen. Alle drei Diskriminierungsverbote erfassen ausdrücklich auch mittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. Auch kann das Merkmal „der Allgemeinheit“ bzw. „der allgemeinen Öffentlichkeit“ der Tatbestandsmäßigkeit algorithmischer Preispersonalisierung nicht entgegenstehen. Würde dieses Merkmal eine Beschränkung der Diskriminierungsverbote auf solche Vertragsbedingungen und Tarife intendieren, die für jeden gleich sind, könnte ein Schutz vor Diskriminierungen gerade nicht erreicht werden. Schließlich stellt sich noch die Frage nach Rechtfertigungsmöglichkeiten. Der Wortlaut aller drei Diskriminierungsverbote bietet diesbezüglich keinerlei Anhaltspunkte. Zwar sprechen Art. 4 II VO (EU) 1177/2010 und Art. 4 II VO (EU) 181/2011 von *jedlichen* Diskriminierungen. Insofern liegt jedoch eher ein Bezug zu den beiden Diskriminierungsformen (Erfassung auch mittelbarer Diskriminierungen) nahe. Auch können Diskriminierungen nach Staatsangehörigkeit nicht durch Sozialtarife gerechtfertigt werden, sodass dem diesbezüglichen Passus jedenfalls nicht die Funktion einer Rechtfertigungsmöglichkeit zukommt. Gegen eine solche spricht schließlich der Vergleich mit Art. 20 II DL-RL, der die Möglichkeit einer Rechtfertigung gerade *vorsieht*. Dieser Vergleich trägt auch, da die DL-RL älter als die drei Verordnungen ist. Daher ist im Rahmen der Verordnungen von einer jeweils bewussten Entscheidung gegen Rechtfertigungsmöglichkeiten auszugehen. Ein Gleichlauf mit Art. 20 II DL-RL liegt dagegen schon wegen des Ausschlusses der Anwendbarkeit der DL-RL auf Verkehrsdienstleistungen fern. Somit haben die genannten Diskriminierungsverbote absolute Geltung und begrenzen in dieser Weise auch die Zulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung.

⁸⁷⁰ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 21; *Vissers et al.*, *Crying Wolf? On the Price Discrimination of Online Airline Tickets*, 8.

11. Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO

Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO ist etwas anders formuliert und verbietet Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit oder des Wohnorts beim Zugang zu den der Öffentlichkeit zugänglichen Flugpreisen. Auch hier ergeben sich aus den gleichen Gründen⁸⁷¹ keine Abgrenzungsprobleme zu § 5 S. 1 DL-InfoV und Art. 4 I Geoblocking-VO. Trotz der etwas verwirrenden Formulierung wird Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO der gleiche Regelungsgehalt wie Art. 4 II VO (EU) 1177/2010 und Art. 4 II VO (EU) 181/2011 beigemessen,⁸⁷² sodass auch Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO Preispersonalisierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes des Kunden verbietet⁸⁷³. Dementsprechend ist der Passus „von einem Flughafen“ örtlich zu verstehen, sodass sich das Verbot an Fluggesellschaften richtet.⁸⁷⁴ Auch ist die Formulierung „Zugang zu (...) Flugpreisen“ zwar nicht ganz eindeutig, allerdings wohl, ähnlich wie Art. 4 I Geoblocking-VO dahingehend zu interpretieren, dass der Kunde wegen seiner Staatsangehörigkeit, seines Wohnsitzes oder des Niederlassungsortes des Bevollmächtigten des Luftfahrtunternehmens oder sonstiger Flugscheinverkäufer nicht auf einen bestimmten Preis fixiert werden darf. Zudem würde eine andere Auslegung der Vorschrift keinen Sinn ergeben. Des Weiteren bezieht sich Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO nur auf *der Öffentlichkeit zugängliche* Flugpreise. Dieses Merkmal kann aber nicht voraussetzen, dass der betreffende Flugpreis ohnehin schon allen Kunden offensteht. Andernfalls würde Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO als Diskriminierungsverbot keinen Sinn ergeben. Einzig sinnvolle Interpretation ist daher, dass individuell ausgehandelte Preise vom Tatbestand ausgeschlossen werden sollen. Solche liegen im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung nicht vor. Anders als Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011 und Art. 5 I VO (EU) 2021/782 schließt Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO mittelbare Diskriminierungen zumindest nicht ausdrücklich mit ein. Ähnlich wie bei § 5 S. 1 DL-InfoV und Art. 20 II DL-RL⁸⁷⁵ kann alleine aus der Nennung weiterer Kriterien neben der Staatsangehörigkeit nicht auf die Erfassung mittelbarer Diskriminierungen geschlossen werden. Anknüpfungen an diese Kriterien werden durch ihre Nennung nämlich gerade zu *unmittelbaren* Diskriminierungen erhoben. Allerdings liegt auch bei Art. 23 II Luftverkehrsdienste-Verordnung die Tat-

⁸⁷¹ Siehe zu diesen Kap. C.I.10.

⁸⁷² Vgl. *Karsten*, VuR 2011, 215, 220.

⁸⁷³ *Führich*, in: *Führich/Staudinger*, Reiserecht, § 34, Rn. 12; *Karsten*, VuR 2009, 213, 217 f.

⁸⁷⁴ Deutlich wird dies in der englischen („from an airport“) und französischen („au départ d’un aéroport“) Fassung.

⁸⁷⁵ Siehe Kap. C.I.9.c).

bestandsmäßigkeit mittelbarer Diskriminierungen näher: Erstens ist Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO Ausfluss des Art. 18 AEUV⁸⁷⁶, der ebenfalls mittelbare Diskriminierungen erfasst⁸⁷⁷. Und zweitens erscheint ein Gleichlauf⁸⁷⁸ mit den anderen drei sekundärrechtlichen Diskriminierungsverboten im Verkehrsbereich logischer als ein Umkehrschluss. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung ist schließlich aus den gleichen Gründen wie bei Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011 und Art. 5 I VO (EU) 2021/782⁸⁷⁹ zu verneinen. Somit begrenzt auch Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO als absolutes Diskriminierungsverbot die Zulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung.

II. Reformvorschläge

Ausgehend von den voranstehenden Ausführungen ist nun der diskriminierungsrechtliche Reformbedarf zu klären. Das naheliegendste diskriminierungsrechtliche Reforminstrument ist eine Erweiterung bestehender Diskriminierungsverbote um zusätzliche Merkmale. Diese Möglichkeit steht natürlich auch generell im Zusammenhang mit differenzierenden Algorithmen im Raum.⁸⁸⁰ Als besonderes, gerade für algorithmische Preisdiskriminierung charakteristisches Merkmal, auf das eine gesetzgeberische Reaktion erforderlich sein könnte, kommt nur die Zahlungsbereitschaft in Betracht. Dieses Kriterium zeichnet sich zwar durch eine gewisse Sensibilität⁸⁸¹ aus und ist daher diskriminierungsrechtlich grundsätzlich relevant. Allerdings stellt die Zahlungsbereitschaft, wie oben dargestellt,⁸⁸² gar kein (mittelbares) Differenzierungsmerkmal dar, sondern ist vielmehr dem Differenzierungsgrund zuzuordnen. Es wäre daher auch nicht zielführend, bestehende Diskriminierungsverbote um das Merkmal der Zahlungsbereitschaft zu erweitern.

⁸⁷⁶ Art. 56 AEUV ist dagegen wegen Art. 58 I AEUV nicht anwendbar.

⁸⁷⁷ EuGH, Urt. v. 23.01.1997, Rs. C-29/95 (Pastoors), NZV 1997, 234, Rn. 16 mwN; EuGH, Urt. v. 15.01.1986, Rs. 41/84 (Pinna/Caisse d'allocations familiales de la Savoie), BeckRS 2004, 71141, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 29.10.1980, Rs. 22/80 (Boussac), BeckRS 2004, 72379, Rn. 9.

⁸⁷⁸ So wohl auch Karsten, VuR 2011, 215, 220.

⁸⁷⁹ Siehe zu diesen Kap. C.I.10.

⁸⁸⁰ So bzgl. des AGG: Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 111.

⁸⁸¹ So nennen Art. 21 GRCh, Art. 14 EMRK und Art. 1 ZP Nr. 12 zur EMRK mit dem Vermögen ein Differenzierungskriterium, das mit der Zahlungsbereitschaft in engem Zusammenhang steht.

⁸⁸² Siehe Kap. C.I.1.a)dd).

Unabhängig von den Diskriminierungskriterien ist eine tatbestandliche Erweiterung der behandelten Diskriminierungsverbote nicht erforderlich, da algorithmische Preisdiskriminierung tatbestandlich stets erfasst ist. Mit anderen Worten: Algorithmische Preisdiskriminierung als Ursache der Ungleichbehandlung führt nicht dazu, dass ein Diskriminierungsverbot nicht mehr greift. Einzige Schwachstelle im bestehenden Rechtsrahmen ist Art. 4 I Geoblocking-VO, da dieser algorithmische Preisdiskriminierung nur erfasst, wenn der Entwickler des Preisalgorithmus von einer mindestens dreimaligen Unterbreitung des jeweiligen personalisierten Preises ausgeht.⁸⁸³ Diese Absicht wird bei den derzeit verwendeten Preisalgorithmen aber in der Regel zu bejahen sein. Dies könnte sich zukünftig allerdings ändern, wenn (selbstlernende) Preisalgorithmen eingesetzt werden, die Preise nicht mehr bloß verschiedenen Gruppen zuordnen, sondern mit einem entsprechend hohen Individualisierungsgrad berechnen können. Insofern sollte aber die weitere technische Entwicklung abgewartet werden, um die tatsächliche Erforderlichkeit einer Anpassung der Geoblocking-VO abschätzen zu können.

Ein „Programmierverbot“ für besonders sensible Daten⁸⁸⁴ als Reaktion auf die zunehmende Verbreitung algorithmischer Preisdiskriminierung ist abzulehnen: Erstens muss vor allem mit Blick auf mittelbare Diskriminierungen bezweifelt werden, ob so tatsächlich ein besserer Schutz erreicht werden könnte.⁸⁸⁵ Zweitens ist zu beachten, dass zumindest relative Diskriminierungsverbote auch eine Ungleichbehandlung in Anknüpfung an sensible Merkmale nicht stets verbieten. Stattdessen ist eine Abwägung im Einzelfall erforderlich. Ein „Programmierverbot“ für sensible Daten wäre mit Blick auf entgegenstehende Freiheitsrechte des Unternehmers daher zu weitreichend.

Um gerade auf die mit algorithmischer Preisdiskriminierung verbundenen Gefahren und Risiken für Verbraucher zu reagieren, ist das Diskriminierungsrecht schließlich nicht der richtige Ort. Dieses beschränkt sich nämlich auf den bloßen Aspekt der *Ungleichbehandlung*. Dieser ist jedoch, zumindest grundsätzlich, unabhängig vom jeweiligen Zusammenhang zu bewerten. Die Besonderheit algorithmischer Preisdiskriminierung besteht aber weniger in der Diskriminierung als solcher, sondern vielmehr in deren *Folgen* für die Verbraucher. Die Frage nach der Notwendigkeit eines zusätzlichen Schutzes gerade vor *dieser* Preisstrategie ist daher dem Verbraucherschutzrecht als Teilmenge des Bürgerlichen Rechts⁸⁸⁶ zuzuordnen.

⁸⁸³ Siehe Kap. C.I.8.b)aa).

⁸⁸⁴ So bzgl. Diskriminierungsgefahren durch Algorithmen im Allgemeinen: *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 35 f.

⁸⁸⁵ So bzgl. Diskriminierungsgefahren durch Algorithmen im Allgemeinen: *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, 35 f.

⁸⁸⁶ Siehe Kap. G.

III. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass zumindest algorithmische *Preispersonalisierung* einem antidiskriminierungsrechtlichen Rahmen unterliegt, der größer ist, als zunächst vermutet. Für algorithmische *Preisdynamisierung* stellt das Diskriminierungsrecht dagegen keinerlei Hürden auf. Es konnten Zusammenhänge und Unterschiede der einschlägigen Diskriminierungsverbote dargelegt, sowie gesellschaftliche und ökonomische Hintergründe berücksichtigt werden. Zudem konnte so auf die Konkurrenzen zwischen den einzelnen Diskriminierungsverboten eingegangen werden. Die Analyse hat gezeigt, dass auch die Gleichheitssätze des GG und die einschlägigen Diskriminierungsverbote des AEUV Zulässigkeitshürden für algorithmische Preispersonalisierung darstellen. Erstgenannte verpflichten den Gesetzgeber allerdings nicht, Private vor algorithmischer Preispersonalisierung durch Dritte zu schützen.

Die Auseinandersetzung mit dem AGG hat gezeigt, dass die Rechtmäßigkeit automatisiert gebildeter Preise, die an Merkmale des § 19 AGG anknüpfen, in Übereinstimmung mit der bisherigen Literatur zwar tatsächlich zu verneinen ist. Pauschale Verweise hierauf ohne ernsthafte inhaltliche Auseinandersetzung⁸⁸⁷ werden der Komplexität der Thematik allerdings nicht gerecht. Zudem wurden die Ansprüche aus § 21 AGG unter konkretem Bezug auf gegen § 19 AGG verstoßende algorithmische Preisdiskriminierung beleuchtet. Auch die tatbestandliche Erfassung algorithmischer Preisdiskriminierung durch Art. 4 I Geoblocking-VO ist keineswegs eindeutig. Hierfür war eine genauere Bestimmung der Voraussetzungen des Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO erforderlich. Die Untersuchungen haben gezeigt, dass eine Anpassung der dortigen Begriffsbestimmung notwendig wird, falls der Individualisierungsgrad automatisiert gebildeter Preise zukünftig steigt und sich Anbieter dadurch dem Stadium der perfekten Preisdiskriminierung weiter annähern. Zudem wurde dargelegt, warum die untersuchungsgegenständlichen Praktiken trotz der Notwendigkeit einer aktiven Bekanntmachung von § 5 S. 1 DL-InfoV erfasst sind. Trotzdem ist vor allem wegen EG 95 DL-RL eine Rechtfertigung algorithmischer Preisdiskriminierung nach § 5 S. 2 DL-InfoV nicht ausgeschlossen, wenngleich diese von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Auch eine Auseinandersetzung mit den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten im Verkehrsbereich, die allesamt als absolute Verbote einzuordnen sind, erfolgte mit Blick auf algorithmische Preisdiskriminierung bislang noch nicht.

⁸⁸⁷ Adinolfi, IPRB 2019, 225, 229; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 453; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 11.

Generell haben die Ausführungen gezeigt, dass die diskriminierungsrechtliche Rechtfertigung algorithmischer Preisdiskriminierung teilweise von flexiblen Faktoren wie der Art der Diskriminierung, etwaigen Ausweichmöglichkeiten und der Höhe des Preisunterschieds abhängt. Dieser komplexen Interessenlage durch eine sorgfältige Abwägung im Einzelfall gerecht zu werden, stellt die größte Herausforderung bei der Beurteilung der diskriminierungsrechtlichen Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung dar. Eine Anpassung des diskriminierungsrechtlichen Rahmens an dieses Phänomen ist zum jetzigen Zeitpunkt dagegen nicht notwendig.

D. Datenschutzrecht

Ein weiteres Regelungsregime, das für die rechtliche Bewertung algorithmischer Preisdiskriminierung eine wesentliche Rolle spielt, ist das Datenschutzrecht. Daten bilden die Berechnungsgrundlage für individualisierte Preise. Von Bedeutung können z.B. Daten über das individuelle „Surfverhalten“ (Browserdaten)¹, Standortdaten² sowie Daten aus einem Kundenaccount sein.³ Auch Informationen über das verwendete Endgerät bzw. Betriebssystem⁴ sowie demographische Daten können Rückschlüsse auf die Zahlungsbereitschaft zulassen.⁵ Diese und andere Daten werden mit Hilfe von Cookies⁶ oder anderen Techniken⁷ bzw. von externen Dritten⁸ erhoben. Aus den so generierten Daten bilden Preisalgorithmen Kundenprofile⁹, denen bestimmte Zahlungsbereitschaften zugeordnet werden.¹⁰ Zunächst wird der datenschutzrechtliche Rechtsrahmen dargestellt, um im Anschluss auf dessen Anpassungsbedarf einzugehen.

¹ *Konradl/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793; *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 116; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 52 ff.; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 77; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 12.

² *Konradl/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 52 f.

³ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 115; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 357; Überblick bei *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 12 f.

⁴ *Konradl/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793.

⁵ *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, 115, 116.

⁶ *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 332; *Konradl/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 12; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 357.

⁷ Beispielsweise durch Browser-Fingerprinting: *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 332; ausführlich zu dieser Technik bei *Pugliese et al.*, PoPETs 2020, 558 ff. Zudem besteht die Möglichkeit der Verwendung sog. Trackingpixel: *Konradl/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793.

⁸ *Konradl/Polk*, Wirtschaftsdienst 2020, 793.

⁹ Allgemein zum Erstellen von Nutzerprofilen: *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 331 f.

¹⁰ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 49 ff.

I. Rechtsrahmen

1. Anwendbarkeit

Zuvörderst müsste das Datenschutzrecht überhaupt anwendbar sein. Nur personenbezogene Daten¹¹ weisen datenschutzrechtliche Relevanz auf (vgl. Art. 2 I DSGVO). Deswegen müssen sich dynamische Preise nicht am Datenschutzrecht messen lassen. Bei diesen wird lediglich nach dem Zeitpunkt des (gewünschten) Vertragsschlusses differenziert, mithin nach einem Kriterium ohne Personenbezug. Anders sieht das bei der Personalisierung von Preisen aus.¹² Hier wird eine Verknüpfung zwischen den relevanten Daten und dem jeweiligen Kunden hergestellt.¹³ Nur so ist es möglich, verschiedenen Kunden unterschiedliche Preise zu unterbreiten.¹⁴ Neben der Zuordnung zu einem Kundenaccount¹⁵ besteht in Fällen, in denen ein solcher nicht existiert, die Möglichkeit der Zuordnung zu einer IP-Adresse. Weist diese einen Personenbezug auf, wären somit auch die relevanten Daten personenbezogen. Während statische IP-Adressen dauerhaft zugeteilt werden und daher personenbezogene Daten darstellen,¹⁶ gestaltet sich die Lage bei dynamischen IP-Adressen etwas komplizierter. Diese werden bei jeder Internetnutzung vom Access-Provider neu vergeben. Allerdings stellte der EuGH klar, dass auch dynamische IP-Adressen für einen Websitebetreiber personenbezogene Daten darstellen,

„wenn (dieser) über rechtliche Mittel verfügt, die es ihm erlauben, die betreffende Person anhand der Zusatzinformationen, über die der Internetzugangsanbieter dieser Person verfügt, bestimmen zu lassen“¹⁷.

Dies ist wegen zumindest theoretisch denkbarer Auskunftsverlangen, die über die zuständigen Behörden mittelbar auch eine Information an den Betreiber bewirken, stets der Fall.¹⁸ Somit gilt das Datenschutzrecht faktisch für alle IP-Adressen,¹⁹ sodass es nicht darauf ankommt, ob zur Personalisierung

¹¹ Zum Begriff siehe Art. 4 Nr. 1 DSGVO.

¹² *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 334; hier wohl generell von einem Personenbezug ausgehend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 834.

¹³ *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 6.

¹⁴ Vgl. *Gerpottl/Mikolas*, K&R 2019, 303, 305; *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 334.

¹⁵ In solchen Fällen besteht ein eindeutiger Personenbezug, vgl. auch *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 6.

¹⁶ *Breyer*, ZD 2014, 400; *Eßer*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 4 DSGVO, Rn. 24 mwN; *Schantz*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 286; vgl. auch BGH, Beschl. v. 28.10.2014 – VI ZR 135/13, ZD 2015, 80, Rn. 31.

¹⁷ EuGH, Urt. v. 19.10.2016, Rs. C-582/14 (Breyer), NJW 2016, 3579, Rn. 49.

¹⁸ BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, NJW 2017, 2416, Rn. 26.

¹⁹ *Heckmann/Scheurer*, in: jurisPK Internetrecht, Kap. 9, Rn. 136 (Stand: 02.11.2021).

von Preisen an die dynamische oder die statische IP-Adresse angeknüpft wird. Werden also zur Preispersonalisierung erhobene Daten einer IP-Adresse zugeordnet, so handelt es sich um personenbezogene Daten. Für eine Differenzierung nach dem verwendeten Browser ist dagegen keine Zuordnung zu einer IP-Adresse, sondern lediglich das Setzen verschiedener Preise in Abhängigkeit vom genutzten Browser erforderlich, sodass kein Personenbezug besteht.²⁰ Im Falle der Nutzung des Apple-Browsers „Safari“ kann von dem verwendeten Browser auch auf das Endgerät geschlossen werden, denn schon seit 2012 wird keine aktuelle Version dieses Browsers für mit Windows betriebene Geräte mehr angeboten²¹. Für Smartphones mit dem Betriebssystem von Android ist „Safari“ ebenfalls nicht verfügbar.²² Wer Safari nutzt, verwendet also ein Apple-Gerät. Auch dieser Schluss kommt somit ohne Personenbezug aus.²³ Im Übrigen gilt jedoch: Daten, auf deren Grundlage Preise personalisiert werden, haben für den Anbieter Personenbezug. Etwaige Pseudonymisierungen durch den Verantwortlichen spielen an dieser Stelle keine Rolle, da diese den Personenbezug nicht entfallen lassen (vgl. Art. 4 Nr. 5 DSGVO).

2. Vereinbarkeit mit Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten

Zumindest einige der in Art. 5 DSGVO aufgestellten Grundsätze verdienen im Zusammenhang mit der algorithmischen Personalisierung von Preisen nähere Aufmerksamkeit.

a) Art. 5 I lit. a DSGVO

Art. 5 I lit. a DSGVO stellt zunächst klar, dass Daten auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden müssen. *Klar* sieht hier einen Zusammenhang mit der Diskriminierungsfreiheit von Algorithmen,²⁴ was sich als Problem für die Personalisierung von Preisen darstellen könnte. Dafür müsste der Rechtmäßigkeitsgrundsatz allerdings tatsächlich einen über das Datenschutzrecht hinausgehenden Bezug aufweisen. Doch wird dieser vielfach selbst für datenschutzrechtliche Vorschriften, die nicht die Zulässigkeit der Verarbeitung betreffen, verneint.²⁵ Dieser begrenzte Bezug folge aus Art. 6 I DSGVO und EG

²⁰ *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 307 f.; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1011.

²¹ *Mundt*, TURN ON v. 10.01.2020.

²² *Ledford*, Lifewire v. 15.02.2021.

²³ Bei Anknüpfen an das verwendete Endgerät dagegen stets einen Personenbezug annehmend: *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 358; ähnlich *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 307 f.

²⁴ *Klar*, BB 2019, 2243, 2246.

²⁵ *Voigt*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 10; *Weichert*,

40 DSGVO.²⁶ Zudem würden sonst die anderen Grundsätze des Art. 5 DSGVO überflüssig.²⁷ Auch das Verständnis des Begriffs der Rechtmäßigkeit in Art. 8 II GRCh spreche für ein enges Verständnis.²⁸ Schließlich sei ein Bezug auf das „Wie“ der Verarbeitung mit Blick auf Art. 83 V lit. a DSGVO bedenklich.²⁹ Doch auch wenn man wegen des Wortlauts („Weise“)³⁰, vor dem Hintergrund der Betroffenenrechte³¹ und wegen des weiten Begriffs der Rechtmäßigkeit³² einen Bezug auf das „Wie“ der Verarbeitung bejaht³³, bedeutet dies nicht, dass sich Art. 5 I lit. a DSGVO auch auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften außerhalb des Datenschutzrechts bezieht. Hiergegen spricht vor allem der Wortlaut „auf rechtmäßige Weise (...) verarbeitet werden“. Eine andere Sichtweise wäre auch mit Blick auf das Kompetenzgefüge zwischen der Union und den Mitgliedstaaten problematisch und ist daher abzulehnen³⁴. Aus diesem Grund ist der Grundsatz der Rechtmäßigkeit auch nicht im Wege der mittelbaren Drittwirkung des primären Unionsrechts diskriminierungsrechtlich aufzuladen. Daher kann ein Verstoß gegen Art. 5 I lit. a DSGVO nicht mit der ggf. diskriminierungsrechtswidrigen Wirkung personalisierter Preise begründet werden.³⁵

in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 16; wohl auch *Albrecht/Jotzo*, Datenschutzrecht, Teil 2, Rn. 2; *Buchholtz/Stenzel*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 5 DSGVO, Rn. 24; *Härtling*, DSGVO, Rn. 87; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 5 DSGVO, Rn. 8; *Heckmann/Scheurer*, in: jurisPK Internetrecht, Kap. 9, Rn. 209 (Stand: 02.11.2021); *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR, Art. 5 DSGVO, Rn. 2; *Plath*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 3; *Pötters*, in: Gola, DSGVO, Art. 5 DSGVO, Rn. 6; *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, DSGVO, Art. 5 DSGVO, Rn. 2 (Stand: 11/19).

²⁶ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 14; *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, HB DatenschutzR, § 3, Rn. 51.

²⁷ *Conradl/Treeger*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und DatenschutzR, § 34, Rn. 124; *Schantz*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 5 (Stand: 01.11.2021).

²⁸ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 10; *Schantz*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 5 (Stand: 01.11.2021).

²⁹ *Conradl/Treeger*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und DatenschutzR, § 34, Rn. 124; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 16; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 10.

³⁰ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 14.

³¹ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 38.

³² *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 39.

³³ So *Jaspers/Schwartzmann/Herrmann*, in: Schwartzmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 21; *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 32; den Bezug sogar auf das „Wie“ der Verarbeitung beschränkend: *Reimer*, in: Sydow, DSGVO, Art. 5 DSGVO, Rn. 1.

³⁴ Wohl ebenfalls nicht von einem Bezug über das Datenschutzrecht hinaus ausgehend: *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 391.

³⁵ Mittelbar kann sich der Schutz des Betroffenen vor Diskriminierungen auf Art. 5 I lit. a DSGVO aber insoweit auswirken, als dieser Aspekt im Rahmen einzelner Erlaubnistatbestände Berücksichtigung findet. Siehe hierzu noch Kap. D.I.4.a)dd)(2)(b).

Zudem verlangt Art. 5 I lit. a DSGVO eine Verarbeitung in nachvollziehbarer Weise. Ob diese Anforderung bei der Personalisierung von Preisen durch Algorithmen immer gewahrt ist, erscheint fraglich. Allerdings handelt es sich hierbei um ein Problem, dass stets im Zusammenhang mit dem Einsatz komplexer Algorithmen auftaucht³⁶ und somit keinen genuinen Bezug zu algorithmischer Preispersonalisierung aufweist.

b) Art. 5 I lit. b DSGVO

Im Zusammenhang mit Big Data-Analysen können sich Konflikte mit dem Zweckbindungsgrundsatz ergeben.³⁷ Im Rahmen derartiger Verfahren werden Daten oft erst erhoben, um Muster aufzudecken, die dann zu bestimmten Zwecken genutzt werden. Im Zeitpunkt der Erhebung ist daher häufig nur eine grobe Umschreibung des Zwecks möglich.³⁸ Im Unterschied zu diesem Spannungsverhältnis, das sich eher auf Big Data-Anwendungen allgemein bezieht, stellt die Verwendung von Daten aus einem Kundenaccount zur Preispersonalisierung mit Blick auf Art. 5 I lit. b DSGVO ein spezifisches Problem algorithmischer Preisdiskriminierung dar, dem zugleich besondere praktische Relevanz zukommt. Wann eine Zweckänderung zulässig ist, richtet sich nach Art. 6 IV DSGVO, der mit Blick auf den Betroffenenenschutz eher restriktiv auszulegen ist³⁹. Vorliegend erfolgte die Datenerhebung zur Anlegung des Accounts. Das Verwenden (vgl. Art. 4 Nr. 2 DSGVO) dieser Daten zur Preispersonalisierung wäre eine Verarbeitung zu einem anderen Zweck. Diese wäre auch grundsätzlich weder durch eine Einwilligung⁴⁰ noch durch eine Rechtsvorschrift i.S.v. Art. 6 IV DSGVO gerechtfertigt. Es kommt somit darauf an, ob diese Zweckänderung unter Berücksichtigung der in Art. 6 IV lit. a–e DSGVO genannten Aspekte mit dem ursprünglichen Zweck vereinbar wäre.

Das Anlegen eines Kundenaccounts und die Personalisierung von Preisen sind zwei Zwecke, zwischen denen keine Verbindung besteht, weshalb Art. 6 IV lit. a DSGVO gegen die Vereinbarkeit der Zweckänderung spricht. Im Rahmen von Art. 6 IV lit. b DSGVO ist maßgeblich, ob der Betroffene vernünftigerweise mit der Zweckänderung rechnen muss (vgl. EG 50 S. 6

³⁶ Siehe hierzu *Heckmann/Scheurer*, in: jurisPK Internetrecht, Kap. 9, Rn. 219 (Stand: 02.11.2021); *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 62f.; *Voigt*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 19.

³⁷ *Klar*, BB 2019, 2243, 2246.

³⁸ *Gausling*, DSRITB 2018, 519, 532.

³⁹ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 186; vgl. auch *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 49.

⁴⁰ Es sei denn, es wird bei Registrierung bereits auf diesen Verarbeitungszweck hingewiesen.

DSGVO). Dies hängt davon ab, was in der konkreten Beziehung zwischen Verantwortlichem und Betroffenen als allgemeine Praxis gilt.⁴¹ Daten aus dem Kundenaccount als Berechnungsgrundlage für personalisierte Preise heranzuziehen, ist nicht üblich und damit auch nicht erwartbar. Gegen die Vereinbarkeit der Zweckänderung spricht somit auch der nicht vorhandene Zusammenhang i.S.v. Art. 6 IV lit. b DSGVO. Das Kriterium des Art. 6 IV lit. c DSGVO hängt von den verarbeiteten Daten im Einzelfall ab und streitet daher pauschal weder für die eine noch für die andere Seite. Anders ist dies aber hinsichtlich der möglichen Folgen der Weiterverarbeitung (vgl. Art. 6 IV lit. d DSGVO). Zu berücksichtigen sind nämlich sämtliche mögliche Folgen⁴² und damit insbesondere auch solche wirtschaftlicher bzw. finanzieller Art⁴³. Zudem spielen etwaige Diskriminierungen als Folge der Zweckänderung eine Rolle.⁴⁴ Personalisierte Preise bergen die Gefahr nicht unerheblicher finanzieller Folgen und Diskriminierungen, weshalb auch Art. 6 IV lit. d DSGVO für die Unvereinbarkeit streitet. Vorliegend überwiegen die Aspekte, die gegen eine Zulässigkeit der Zweckänderung sprechen, so deutlich, dass auch durch geeignete Garantien (vgl. Art. 6 IV lit. e DSGVO) kein Ausgleich geschaffen werden kann. Die Verwendung von Daten aus dem Kundenaccount zur Personalisierung von Preisen ist daher unzulässig, wenn bei der ursprünglichen Datenerhebung auf diesen weiteren Zweck nicht hingewiesen wurde.

c) Art. 5 I lit. c DSGVO

Auch die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Datenminimierung ist ein Problem, das nicht genuin algorithmische Preispersonalisierung betrifft, sondern sich vielmehr im Zusammenhang mit allen Big Data-Anwendungen stellt⁴⁵. Auf diesen allgemeinen Konflikt kann und soll im Rahmen dieser Arbeit daher nicht näher eingegangen werden.

d) Art. 5 I lit. d DSGVO

Personenbezogene Daten müssen sachlich richtig sein (Art. 5 I lit. d DSGVO). *Matejek* und *Neugebauer* weisen in diesem Zusammenhang darauf

⁴¹ *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP 203, 24.

⁴² *Wedde*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 139.

⁴³ *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 59.

⁴⁴ Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 203, 25; *Monreal*, ZD 2016, 507, 511; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 208.

⁴⁵ *Deutscher Ethikrat*, Big Data und Gesundheit, 23; *Herbst*, in: Kühling, Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 5 DSGVO, Rn. 56; *Kühling*, DuD 2020, 182, 185 f.; *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 133 ff.; *Schantz*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 25.1 (Stand: 01.11.2021); mit Bezug auf sog. CRM-Systeme: *Matejek/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 470.

hin, dass Algorithmen falsche Schlüsse ziehen könnten, die dann in das jeweilige Profil einfließen.⁴⁶ Zwar wäre dies theoretisch auch bei Preisalgorithmen denkbar. Allerdings wird der Preis erst aus den erhobenen Daten berechnet. Die Gefahr einer falschen Schlussfolgerung aus den erhobenen Daten hat aber nicht unbedingt etwas mit der Richtigkeit der erhobenen Daten selbst zu tun. Daher besteht kein grundsätzlicher Konflikt algorithmischer Preispersonalisierung mit Art. 5 I lit. d DSGVO.⁴⁷

e) Art. 5 I lit. e DSGVO

Auch der Grundsatz der Speicherbegrenzung betrifft nicht Preisalgorithmen im Speziellen, sondern vielmehr Big Data-Anwendungen im Allgemeinen⁴⁸ und soll im Rahmen dieser Arbeit daher nicht vertieft behandelt werden.

f) Fazit: Besondere Berücksichtigung des Art. 5 I lit. b DSGVO

Ein spezieller Konflikt bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung besteht nur mit dem Grundsatz der Zweckbindung. Daten aus einem Kundenaccount dürfen nur zur Preispersonalisierung verwendet werden, wenn auf diesen Zweck bei der ursprünglichen Erhebung explizit hingewiesen wurde. Sonstige mit den Verarbeitungsgrundsätzen bestehende Konflikte, die nicht lediglich Big Data-Anwendungen allgemein betreffen, sind nicht ersichtlich.

3. Verantwortlichkeit bei Zusammenarbeit mit Vergleichsportalen

Die Personalisierung von Preisen bei gleichzeitiger Zusammenarbeit mit Vergleichsportalen würde die Frage der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit nach sich ziehen. Allerdings ist eine solche Kombination technisch nicht realisierbar.⁴⁹ Daher wird sich die aufgeworfene Frage in der Praxis nicht stellen. Sie ist somit nicht näher zu untersuchen.

4. Zulässigkeit der Datenverarbeitung

Die zentrale datenschutzrechtliche Hürde für algorithmische Preispersonalisierung ist die Zulässigkeit der Datenverarbeitung. Nach dem Grundsatz des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ist eine Datenverarbeitung nur zulässig, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen lässt.⁵⁰

⁴⁶ *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 470.

⁴⁷ So im Ergebnis auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 838.

⁴⁸ *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 5 DSGVO, Rn. 164 ff.; mit Bezug auf sog. CRM-Systeme: *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 470.

⁴⁹ Siehe Kap. B.II.1.b)bb(1).

⁵⁰ Siehe hierzu nur *Veil*, NVwZ 2018, 686, 688 f.

Zunächst wird die Zulässigkeit der Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung nach Art. 6 I 1 DSGVO untersucht. Sodann erfolgt eine Darstellung der Rechtslage bei Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten.

a) Zulässigkeit nach Art. 6 I DSGVO

Solange keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden⁵¹, bestimmt sich die Zulässigkeit der Verarbeitung primär nach Art. 6 I 1 DSGVO. Vorliegend kommen als Erlaubnistatbestände Art. 6 I 1 lit. a, b und f DSGVO in Betracht.

aa) Zulässigkeit nach Art. 6 I 1 lit. a DSGVO

Voraussetzung für eine Rechtfertigung der Verarbeitung nach Art. 6 I 1 lit. a DSGVO ist, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten zum Zwecke der Preispersonalisierung erteilt hat.

(1) Einwilligung als (scheinbar) „sichere Bank“

Der Vorteil dieses Erlaubnistatbestandes ist zumindest auf den ersten Blick, dass dieser vom Verantwortlichen flexibel genutzt werden kann und zumindest theoretisch nahezu alle Datenverarbeitungen rechtfertigen kann. Wohl aus diesem Grund und wegen der mit den anderen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 I 1 DSGVO verbundenen Unsicherheiten wird die Einwilligung in der Literatur nahezu einstimmig als einzige Rechtsgrundlage angesehen, die eine Datenverarbeitung zum Zwecke der algorithmischen Preispersonalisierung rechtfertigen könne⁵². Lediglich *Golland* sieht vor dem Hintergrund des Art. 21 I 1 DSGVO auch noch andere Möglichkeiten der Rechtfertigung.⁵³ Jedenfalls bedarf sowohl die praktische als auch die rechtliche Tauglichkeit dieses Erlaubnistatbestandes genauerer Untersuchung.

⁵¹ Siehe hierzu Kap. D.I.4.b).

⁵² *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 305; *Kodekl/Leupold*, Modernisierung des Verbraucherrechts, 63, Fn. 192; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 547; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 7; *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.*, Personalisierte Preise, 6; noch zu BDSG a.F.: *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 8; wohl auch *Gleixner*, VuR 2020, 417, 419; *Hennemann*, AcP 2019, 818, 835; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1075; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 295; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 450; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 360; *Zurth*, AcP 2021, 514, 539; so wohl auch zur Rechtslage nach BDSG a.F.: *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP 217, 41; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1013; generell für das Einholen einer Einwilligung bei algorithmischer Datenverarbeitung plädierend: *Klar*, BB 2019, 2243, 2247.

⁵³ *Golland*, CR 2020, 186, 190; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 67.

(2) Abschreckende Wirkung

Zunächst ist als rein praktisches Problem zu bedenken, dass die klare Mehrheit der Verbraucher algorithmischer Preispersonalisierung ablehnend gegenübersteht.⁵⁴ Zwar muss der Verantwortliche unabhängig vom Erlaubnisatbestand über den Zweck der Verarbeitung informieren (vgl. Art. 13 I lit. c, Art. 14 I lit. c DSGVO). Dieser drängt sich dem Betroffenen aber deutlich stärker auf, wenn dessen Einwilligung eingeholt werden muss. Dadurch könnten sich viele Betroffene abschrecken lassen bzw. erst auf die Preisstrategie aufmerksam werden. Gerade wegen der ablehnenden Haltung der Verbraucher sind Anbieter jedoch in der Regel daran interessiert, diese Art der Preisbildung im Verborgenen zu halten. Daher dürfte das Einholen einer Einwilligung aus Sicht vieler Verantwortlicher keine sonderlich vielversprechende Lösung sein.⁵⁵ Daneben schränkt auch die Widerruflichkeit nach Art. 7 III DSGVO die Praxistauglichkeit der Einwilligung ein.⁵⁶

(3) Informiertheit

Eine Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie in informierter Weise erfolgt (vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Diese scheinbar unspektakuläre Voraussetzung stellt Anbieter, die personenbezogene Daten zur Preispersonalisierung verarbeiten, vor Probleme.⁵⁷ Dies liegt daran, dass diese Preisstrategie häufig mit dem Einsatz hochkomplexer Algorithmen und der Anwendung von Big Data-Verfahren einhergeht, sodass es schwer bis kaum möglich erscheint, Betroffene tatsächlich umfassend über die Datenverarbeitung zu informieren.⁵⁸ Zwar kann der Verantwortliche versuchen, diesem Problem durch entsprechende Technikgestaltung wie beispielsweise „Button-Lösungen“ entgegenzuwirken.⁵⁹ Auch insoweit dürften die Möglichkeiten aber begrenzt sein. Das Problem der Informiertheit der Einwilligung stellt sich allerdings stets im Zusammenhang mit komplexen Algorithmen und Big Data-Verfahren.⁶⁰ Es handelt sich somit um kein Spezifikum algorithmischer Preispersonalisie-

⁵⁴ Siehe Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2).

⁵⁵ *Golland*, CR 2020, 186, 190; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 67; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 359 f.

⁵⁶ *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 471.

⁵⁷ *Kodekl/Leupold*, Modernisierung des Verbraucherrechts, 64; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 295; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1013; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 450; vgl. auch *Zurth*, AcP 514, 540; bezogen auf CRM-Systeme im Allgemeinen: *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 471.

⁵⁸ *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 335; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 61; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 5; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 5, 7.

⁵⁹ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 6, 8.

⁶⁰ *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 471.

rung, weshalb es hier mit dem Hinweis auf dieses Problem sein Bewenden haben soll. Zudem wird auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Information der Betroffenen noch im Rahmen der allgemeinen datenschutzrechtlichen Informationspflichten eingegangen.⁶¹

(4) Koppelungsverbot

Zudem ist nur eine freiwillige Einwilligung wirksam (vgl. Art. 4 Nr. 11 DSGVO). Diese Voraussetzung wird durch das Koppelungsverbot des Art. 7 IV DSGVO konkretisiert. Demnach muss bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.

Wie bereits dargestellt, wird teilweise befürchtet, dass eine Verweigerung der Preispersonalisierung durch Verbraucher zu Zugangsdiskriminierungen führen könnte.⁶² Folgerichtig wird im Rahmen der datenschutzrechtlichen Bewertung dieser Preisstrategie auf Art. 7 IV DSGVO hingewiesen,⁶³ der ein datenschutzrechtliches Instrument zur Verhinderung ebensolcher Zugangsdiskriminierungen darstellen soll.

(a) Keine Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung

Art. 7 IV DSGVO greift nur in den Fällen regulierend ein, in denen die Datenverarbeitung nicht zur Vertragserfüllung erforderlich ist. Ob diese Voraussetzung bei Datenverarbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung erfüllt ist, hängt vom Bezugspunkt der Erforderlichkeit ab.

Zunächst ließe sich die Erforderlichkeit parallel zu Art. 6 I lit. b DSGVO auslegen mit der Konsequenz, dass sie sich nur auf die Erfüllungsebene bezieht.⁶⁴ Dann wäre für die Bejahung der Erforderlichkeit jedenfalls ein wirksamer Vertragsschluss zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen nötig.⁶⁵ Dies zeigt sowohl der eindeutige Wortlaut von Art. 6 I 1 lit. b Var. 1

⁶¹ Siehe Kap. D.I.9.a)bb).

⁶² Siehe Kap. B.II.2.b)aa).

⁶³ *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 450.

⁶⁴ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 46, Rn. 48 f.; *Ingold*, in: Sydow, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 32; wohl auch *Conrad/Treeger*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und DatenschutzR, § 34, Rn. 477; *Stemmer*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 7 DSGVO, Rn. 43 (Stand: 01.11.2021); *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 102; vgl. auch *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 20.

⁶⁵ *Albers/Veit*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 6 DSGVO, Rn. 43 (Stand: 01.11.2021); *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 27, Rn. 31; *He-*

DSGVO als auch die Existenz von Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO, der sonst sinnlos wäre. Daher ist es nicht zielführend, im Zusammenhang mit der Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung darüber zu diskutieren, wie weit Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO mit Blick auf etwaige Vertragszwecke reicht,⁶⁶ denn die Datenverarbeitung zur Preispersonalisierung fällt in ein Stadium, in dem gerade noch kein Vertrag zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen geschlossen wurde. Es existieren daher auch noch keine vertraglichen (Erfüllungs-)pflichten, für die die Datenverarbeitung erforderlich sein könnte. Diese kann daher nicht nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO gerechtfertigt werden.⁶⁷ Bei einer zu diesem Erlaubnistatbestand parallelen Auslegung wäre somit auch die Erforderlichkeit i.S.v. Art. 7 IV DSGVO zu verneinen mit der Folge, dass das Koppelungsverbot anwendbar wäre.

Allerdings messen Teile der Literatur dem Erforderlichkeitsbegriff in Art. 7 IV DSGVO eine größere Reichweite bei, sodass sich dieser auch auf die Verpflichtungsebene eines etwaigen Vertrages beziehe.⁶⁸ Hierfür spreche, dass Art. 7 IV DSGVO auch vor Koppelungen an das Verpflichtungsgeschäft schützen müsse, jedoch auch hier nur insoweit, als die Datenverarbeitung nicht erforderlich ist.⁶⁹ Zudem komme es bei Bejahung des Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO sowieso nicht mehr auf die Einwilligung an, weshalb ein

berlein, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 13; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 6 DSGVO, Rn. 16; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 28; vgl. auch *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 551.

⁶⁶ So aber *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 305; *Golland*, CR 2020, 186, 190; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 67; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1014; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 7; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 360; vgl. auch *Zurth*, AcP 2021, 514, 538.

⁶⁷ So im Ergebnis, jedoch ohne Begründung auch *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 43; *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 334; *Klar*, BB 2019, 2243, 2248; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 450; eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO dagegen wohl für möglich haltend: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018.

⁶⁸ *Gierschmann*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 66; *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 7 DSGVO, Rn. 57; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 24; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 7 DSGVO, Rn. 14; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 515; inkonsequenterweise wohl auch *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 21; wohl auch *Specht*, in: Specht/Mantz, HB DatenschutzR, § 9, Rn. 28; *Spindler*, MMR 2016, 147, 150; ebenso *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 7 DSGVO, Rn. 57, der die Verwirrung in diesem Zusammenhang auf den Punkt bringt.

⁶⁹ *Ingold*, in: Sydow, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 31; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 98.

Parallelverständnis zu Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO keinen Sinn mache.⁷⁰ Nach dieser Sichtweise wäre nun zu prüfen, ob die Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung für das Verpflichtungsgeschäft erforderlich ist. Hiergegen spricht zunächst, dass Verpflichtungsgeschäfte auch mit Einheitspreisen zustande kommen können. Jedoch lässt sich die Erforderlichkeit in den Fällen begründen, in denen kein Einheitspreis als Alternative angeboten wird. Dann wäre die Datenverarbeitung zur Bestimmung des Preises als Teil der *essentialia negotii*⁷¹ und somit für das Verpflichtungsgeschäft erforderlich. Dies läge nur dann anders, wenn man auch in solchen Konstellationen daran festhielte, dass es dem Anbieter schließlich freisteht, einen Einheitspreis als Alternative anzubieten, weshalb die Erforderlichkeit doch zu verneinen ist. Allerdings würde man so dem Anbieter faktisch vorschreiben, dass er auch Einheitspreise anzubieten hat. Das Datenschutzrecht würde dadurch in einer mit Art. 16 GRCh unvereinbaren Weise in die Preisgestaltungsfreiheit des Anbieters eingreifen. So stellt *Gierschmann* im Zusammenhang mit Art. 7 IV DSGVO treffend fest: „Ausfluss der Privatautonomie ist es aber auch, dass der Verantwortliche entscheiden kann, zu welchen Bedingungen er seine Leistungen anbietet“⁷². Danach müsste die Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung als erforderlich i.S.v. Art. 7 IV DSGVO angesehen werden, wenn kein Einheitspreis als Alternative angeboten wird, wohingegen andernfalls die Erforderlichkeit zu verneinen wäre. Dieses widersprüchliche Ergebnis könnte zwar verhindert werden, indem man den Bezugspunkt der Erforderlichkeit auch bei Bestehen eines alternativen Einheitspreises so weit eingrenzt, dass sich diese nur auf die Variante des personalisierten Preises bezieht. Nach dieser Methode könnte man die Geltung des Art. 7 IV DSGVO allerdings beliebig verengen (nämlich stets bis zur „datenschutzfeindlichsten“ Alternative) und diesen daher leicht unterlaufen.

Trotzdem ist das Ergebnis, dass das Koppelungsverbot ausgerechnet in Fällen, in denen *kein* Einheitspreis als Alternative angeboten wird, wegen Bejahung der Erforderlichkeit für das Verpflichtungsgeschäft nicht anwendbar sein soll, offensichtlich unbillig. Sinn und Zweck des Art. 7 IV DSGVO ist es gerade, datenschutzfreundliche Alternativen sicherzustellen. Zur Lösung dieses Problems böten sich nun zwei Möglichkeiten: Entweder ist ein Bezug des Koppelungsverbots auf das Verpflichtungsgeschäft abzulehnen. Dies würde allerdings zu bedenklichen Folgen führen, wäre die Koppelung von Verpflichtungsgeschäften an die Einwilligung dann doch nicht mehr von Art. 7 IV DSGVO erfasst. Interessengerechter erscheint es daher, Art. 7 IV

⁷⁰ Vgl. *Specht*, in: *Specht/Mantz*, HB DatenschutzR, §9, Rn. 28; *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 515.

⁷¹ Siehe nur *Busche*, in: *MüKo-BGB*, Band 1, § 145 BGB, Rn. 6.

⁷² *Gierschmann*, in: *Gierschmann et al.*, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 66.

DSGVO in Fällen wie dem vorliegenden, in denen gerade die „datenschutzfeindliche“ Alternative von der Anwendbarkeit ausgeschlossen wäre, entsprechend der ratio des Koppelungsverbots teleologisch zu erweitern, sodass sich die „datenschutzfeindliche“ Alternative ebenfalls an Art. 7 IV DSGVO messen lassen muss. Dementsprechend ist die Erforderlichkeit i.S.v. Art. 7 IV DSGVO bei Datenverarbeitungen zur Preispersonalisierung in jedem Fall zu verneinen und das Koppelungsverbot greift.

(b) *Relevante Nachteile*

Zu klären ist nun, ob die Verweigerung einer Einwilligung an keinerlei Nachteile⁷³ gekoppelt werden darf, oder ob Art. 7 IV DSGVO insoweit beschränkt ist. Im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung kommt in Konstellationen, in denen kein Alternativpreis angeboten wird, als Nachteil in Betracht, dass der Vertragsschluss verweigert wird und dem Betroffenen somit die Chance auf einen günstigeren Preis verwehrt bleibt. Wird dagegen ein Alternativpreis angeboten, könnte der Betroffene dadurch benachteiligt werden, dass dieser höher als der personalisierte Preis ist. Überwiegend wird im Kontext von Art. 7 IV DSGVO allgemein von Nachteilen für den Betroffenen gesprochen.⁷⁴ Dies deckt sich mit dem Wortlaut von EG 42 S. 5 DSGVO („ohne Nachteile zu erleiden“) und Art. 7 IV DSGVO („unter anderem“). So seien auch nachteilige Vertragsbedingungen⁷⁵ und damit wie schon unter Geltung des BDSG a.F.⁷⁶ auch finanzielle Nachteile⁷⁷ erfasst. Warum Vertragsverweigerungen nur als Nachteil gelten sollten, wenn der Verantwortliche eine Monopolstellung innehat,⁷⁸ erschließt sich nicht und vermischt zwei voneinander zu trennende Gesichtspunkte⁷⁹ des Koppelungsverbots. Daher

⁷³ Die Angemessenheit der Benachteiligung kann dagegen nicht ausschlaggebend sein, siehe *Hennemann*, AcP 2019, 818, 835; a.A. *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 54.

⁷⁴ *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 54; *Conradl/Treeger*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und DatenschutzR, § 34, Rn. 469 ff., Rn. 477; *Ernst*, ZD 2017, 110, 111 f.; *Gierschmann*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 5; *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 53; *Heckmann/Scheurer*, in: jurisPK Internetrecht, Kap. 9, Rn. 344 (Stand: 02.11.2021); *Klement*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 7 DSGVO, Rn. 59 f.; *Plath*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 19; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 7 DSGVO, Rn. 16; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 96, Rn. 99 f., Rn. 102.

⁷⁵ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 18.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 16.07.2008 – VIII ZR 348/06, GRUR 2008, 1010, Rn. 21.

⁷⁷ *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 21.

⁷⁸ So *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 29.

⁷⁹ Zur Frage der Koppelung bei „echter“ Wahlfreiheit des Betroffenen siehe Kap. D.I.4.a)aa(4)(c).

sollte auch die Schwere der Folgen für das Vorliegen eines Nachteils als solchem keine Rolle spielen.⁸⁰ Auch erscheint die Verneinung eines Nachteils in Fällen, in denen „bloß“ ein Vorteil verwehrt wird,⁸¹ nicht interessengerecht. Schließlich kann stets auch in der Verweigerung eines Vorteils ein Nachteil gesehen werden. Daher schützt Art. 7 IV DSGVO grundsätzlich vor sämtlichen Nachteilen.⁸² Der Nachteil muss für den Betroffenen aber spürbar sein, um seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen zu können.⁸³ Dies ist bei Datenverarbeitungen zur Preispersonalisierung unproblematisch der Fall, wenn kein Einheitspreis als Alternative angeboten wird, da der Nachteil dann in der Verweigerung des Vertragsschlusses durch den Anbieter besteht. Kann der Betroffene dagegen auf einen Alternativpreis ausweichen, entfällt die Unmöglichkeit des Vertragsschlusses als möglicher Nachteil. Als solcher kommt dann nur ein höherer Preis in Betracht. In diesen Fällen ist zwar festzuhalten, dass der Betroffene im Zeitpunkt der Einwilligung den personalisierten Preis gar nicht kennt und mithin auch nicht weiß, ob dieser für ihn vorteilhaft oder nachteilig ist. Allerdings ist die *Gefahr*, dass der Einheitspreis in concreto höher ist, ein Nachteil, mit dem sich der Betroffene auch schon im Zeitpunkt der Einwilligung konfrontiert sieht. Diese mögliche Folge ist auch grundsätzlich geeignet, die Entscheidungsfreiheit des Betroffenen zu beeinträchtigen, weshalb ein i.S.v. Art. 7 IV DSGVO relevanter Nachteil auch in diesen Fällen vorliegt.

(c) Gewährleistung der Freiwilligkeit durch „echte“ Wahl

Allerdings steht Art. 7 IV DSGVO der Freiwilligkeit der Einwilligung nicht entgegen, wenn dem Betroffenen eine „echte“ Wahl dahingehend bleibt, ob er seine Einwilligung erteilt oder nicht. Voraussetzung hierfür ist, dass der Betroffene für den Fall der Verweigerung der Einwilligung auf eine zumutbare Alternative zurückgreifen kann.⁸⁴ Dementsprechend werden auch Einwilli-

⁸⁰ Taeger, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 99; a.A.: Schulz, in: Gola, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 29; Wolff, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 504.

⁸¹ So aber Gierschmann, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 50; wohl auch Schulz, in: Gola, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 29.

⁸² Härting, DSGVO, Rn. 398.

⁸³ Wolff, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 504.

⁸⁴ EG 42 S. 5 DSGVO; Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 52; Conrad/Treeger, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und DatenschutzR, § 34, Rn. 470; Golland, MMR 2018, 130, 134 f.; Heckmann/Paschke, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 53; Ingold, in: Sydow, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 33; Krämer, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 45; Spindler/Dalby, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 7 DSGVO, Rn. 16; Stemmer, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 7 DSGVO, Rn. 49.1 (Stand: 01.11.2021); Wolff, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 505.

gungen in Datenverarbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung als mit dem Koppelungsverbot vereinbar angesehen, wenn der Betroffene eine „echte“ Wahl hat.⁸⁵ Dafür wäre allerdings Voraussetzung, dass der Betroffene überhaupt eine „echte“ Wahl zwischen der Erteilung und der Verweigerung der Einwilligung in die Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung haben kann. Eine freie bzw. „echte“ Wahl kann jedoch nur dann getroffen werden, wenn der Wählende die Wahloptionen kennt. Nur so kann er auch selbstbestimmt, das heißt unter Abwägung und Berücksichtigung seiner Interessen, entscheiden, ob ihm das Erlangen eines bestimmten Vorteils die Preisgabe seiner personenbezogenen Daten wert ist. So formulieren *Buchner* und *Petri* treffend, dass es „grundsätzlich Sache der betroffenen Person (ist), zu entscheiden, ob sie ein Mehr an Service oÄ mit einem Mehr an Datenverarbeitung „erkaufen“ möchte“⁸⁶. Sind die Wahloptionen dagegen nicht bekannt, kann auch vom Wahlrecht nicht in sinnvoller Weise Gebrauch gemacht werden.

Genau diese Situation ergibt sich auch bei der Einwilligung in eine Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung. Um sinnvoll entscheiden zu könne, wie viel ihm die Preisgabe seiner personenbezogenen Daten wert ist, müsste der Betroffene den personalisierten Preis kennen. Allerdings werden seine personenbezogenen Daten vom Anbieter ja gerade erhoben, um den personalisierten Preis berechnen zu können. Somit kann dem Betroffenen im Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung der personalisierte Preis noch gar nicht bekannt sein. Wegen der Intransparenz und Komplexität der Berechnung kann er diesen zudem nicht einmal ansatzweise abschätzen. Die Kenntnis des personalisierten Preises wäre aber erforderlich, damit der Betroffene frei und selbstbestimmt über die Preisgabe seiner personenbezogenen Daten entscheiden kann. Das bloße Wissen um die mit der Preispersonalisierung verbundenen Chancen und Risiken genügt dagegen nicht. Insofern ist die Situation vergleichbar mit kostenpflichtigen Alternativzugängen zu Online-Medien oder anderen Angeboten. Auch hier ist zur Einhaltung des Koppelungsverbots die Angabe der Kosten erforderlich. Die bloße Information des Verantwortlichen darüber, dass der Alternativzugang kostenpflichtig ist, reicht dagegen nicht aus, obwohl sie dem Betroffenen Chancen (geringe Kosten) und Risiken (hohe Kosten) der Auswahl des Alternativzugangs aufzeigt.⁸⁷ Das beschriebene Dilemma ergibt sich zudem auch in Konstellationen, in denen der Anbieter keinen Einheitspreis als Alternative anbietet. Der einzige Unterschied ist nämlich, dass es dann nicht um die Wahl

⁸⁵ *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 409.

⁸⁶ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 43.

⁸⁷ Wohl ebenfalls davon ausgehend, dass das Koppelungsverbot nur durch solche entgeltlichen Alternativen gewahrt werden kann, bei denen das verlangte Entgelt transparent ist: *Golland*, MMR 2018, 130, 134; *Krohml/Müller-Peltzer*, ZD 2017, 551, 553.

zwischen dem personalisierten Preis und dem Einheitspreis desselben Anbieters geht, sondern um die Wahl zwischen dem personalisierten Preis des Anbieters und den Preisen der Wettbewerber. Um diese Wahl sinnvoll treffen zu können, ist aber ebenso die Kenntnis des personalisierten Preises erforderlich. Daher ist die Frage, inwieweit ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot von der konkreten Marktsituation abhängt,⁸⁸ vorliegend irrelevant. Allerdings ist hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 7 IV DSGVO dessen ratio zu beachten: Das Koppelungsverbot soll den Betroffenen davor schützen, dass ihm durch die Verweigerung der Einwilligung Nachteile entstehen. Daher sollten jene Einwilligungen wirksam bleiben, deren Verweigerungen für den Betroffenen überhaupt nicht mit einem Nachteil verbunden wären. Während beim Fehlen eines Einheitspreises als Alternative die Verweigerung der Einwilligung stets mit einem Nachteil für den Betroffenen einhergeht (Unmöglichkeit des Vertragsschlusses), ist dies beim Angebot eines alternativen Einheitspreises von der Höhe des personalisierten Preises abhängig. Die Verweigerung der Einwilligung wirkt sich dann für den Betroffenen nämlich nur nachteilig aus, wenn der personalisierte Preis niedriger⁸⁹ als der Einheitspreis gewesen wäre. In diesem Fall wird dem Betroffenen der Vorteil des niedrigeren Preises verwehrt.

Als einzig denkbarer Ausweg für den Verantwortlichen erscheint eine Interpretation des Art. 7 IV DSGVO dahingehend, dass dieser erst Koppelungen ab einer gewissen Intensität erfasst.⁹⁰ Allerdings kann diese Sichtweise nicht überzeugen, denn dem Verantwortlichen bleibt grundsätzlich die Möglichkeit, seine Geschäftsmodelle so zu gestalten, dass dem Betroffenen eine „echte“ Wahl bleibt und die Einwilligung somit nicht an Art. 7 IV DSGVO scheitert. Dadurch werden den Interessen des Verantwortlichen hinreichend Rechnung getragen. Ferner ergäben sich problematische Abgrenzungsprobleme, würde man „geringfügige“ Koppelungen vom Tatbestand ausschließen. Daher spielt es vorliegend keine Rolle, wie hoch der Unterschied zwischen dem personalisierten Preis und dem Einheitspreis ist.

⁸⁸ Hierzu *Stemmer*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 7 DSGVO, Rn. 46 mwN (Stand: 01.11.2021); gegen die Einschlägigkeit von Art. 7 IV DSGVO bei der Möglichkeit des Ausweichens auf andere Angebote: *Buchner/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 7 DSGVO, Rn. 52 mwN; ebenso, jedoch noch mit Bezug auf das BDSG a.F.: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1015.

⁸⁹ Daher im Zusammenhang mit Art. 22 II lit. c DSGVO zu Recht klarstellend, dass Art. 7 IV DSGVO personalisierten Preisnachlässen nicht entgegensteht: *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509; dagegen unverständlicherweise gerade in niedrigen personalisierten Preisen ein Instrument zur Sicherung der Freiwilligkeit der Einwilligung sehend: *Golland*, CR 2020, 186, 189; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 65 f.; ähnlich *Zurth*, AcP 2021, 514, 540.

⁹⁰ Vgl. *Ernst*, ZD 2017, 110, 112; *Gierschmann*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 50; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1014; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 7 DSGVO, Rn. 29; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 504.

(d) Fazit: Freiwilligkeit nur bei niedrigerem Einheitspreis

Somit bleibt festzuhalten, dass eine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Preispersonalisierung nur mit Art. 7 IV DSGVO vereinbar ist, wenn der Verantwortliche einen Einheitspreis als Alternative anbietet, der geringer ist, als der personalisierte Preis. Nur unter diesen Voraussetzungen ist sichergestellt, dass dem Betroffenen aus der Verweigerung der Einwilligung keine Nachteile erwachsen.⁹¹

bb) Zulässigkeit der Verarbeitung von Standortdaten ohne Einwilligung

Bevor die Rechtfertigung durch andere Erlaubnistatbestände untersucht wird, ist zu klären, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen bei der Verarbeitung von Standortdaten eine Rechtfertigung ohne die Einwilligung des Betroffenen überhaupt möglich ist. Zwar sieht die DSGVO selber keine Sonderregelungen bzgl. der Verarbeitung von Standortdaten vor. Sie stellt aber in Art. 95 DSGVO klar, dass in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen durch die DSGVO keine zusätzlichen Pflichten entstehen, soweit entsprechende Pflichten mit dem gleichen Ziel bereits nach der RL 2002/58/EG bestehen. § 13 TTDSG ist daher in gewissen Grenzen neben der DSGVO anwendbar,⁹² sodass auch die Verarbeitung personenbezogener Standortdaten zum Zwecke der Preispersonalisierung möglicherweise der Einwilligung des Betroffenen bedarf⁹³. Da nämlich anonymisierte Daten zur Preispersonalisierung nutzlos sind,⁹⁴ bleibt nur die Einwilligung als zweite Variante des § 13 I 1 TTDSG. Allerdings ist dessen Anwendbarkeit keineswegs offensichtlich, weil hierfür die Voraussetzungen des Art. 95 DSGVO erfüllt sein müssten. Die Geltung von § 13 I 1 TTDSG kommt danach nur in Betracht, wenn es sich bei dem Verantwortlichen um einen Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste handelt. Bzgl. der Definition des Kommunikationsdienstes verweist Art. 2 S. 1 RL 2002/58/EG auf Art. 2 lit. c RL 2002/21/EG. Demnach sind aber die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 RL 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, ausdrücklich ausgenommen. Dieser Ausschluss betrifft Dienste, bei denen die „Art der Übertragung bzw. der Umstand, dass eine Übertragung stattfindet, (...) für die

⁹¹ Dagegen ohne weitere Einschränkungen von der Wirksamkeit der Einwilligung ausgehend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 835.

⁹² Vgl. zum im Wesentlichen identischen § 98 TKG: *Jenny*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 95 DSGVO, Rn. 7.

⁹³ Hierauf hinweisend: *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 6.

⁹⁴ *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1011.

Dienstleistung selbst sekundär (ist)⁹⁵. Eben um solche Dienste handelt es sich typischerweise auch im Zusammenhang mit personalisierten Preisen, sodass diese nicht das Angebot öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste betreffen. Somit bleibt für Verarbeitungen von Standortdaten durch Anbieter, die Preise personalisieren, das allgemeine Datenschutzrecht nach DSGVO maßgeblich und daher, zumindest theoretisch, ein Rückgriff auf alle Rechtfertigungsgrundlagen möglich.

cc) Zulässigkeit nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO

Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO wurde als Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen zum Zweck der Preispersonalisierung bereits im Rahmen von Art. 7 IV DSGVO verneint,⁹⁶ sodass lediglich Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO in Betracht kommt. Eine vorvertragliche Maßnahme als Voraussetzung für eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO ist bei der Erstellung individualisierter Angebote⁹⁷ und somit auch bei der Personalisierung von Preisen⁹⁸ anzunehmen. Ohne die Verarbeitung der relevanten personenbezogenen Daten ist eine Preispersonalisierung aber nicht möglich. Mithin wäre die Datenverarbeitung für diese vorvertragliche Maßnahme auch erforderlich. Allerdings muss die vorvertragliche Maßnahme auf Anfrage des Betroffenen erfolgen. Dafür muss jedenfalls die Initiative für die vorvertragliche Maßnahme vom Betroffenen ausgehen,⁹⁹ was auf die Personalisierung von Preisen in der Regel nicht zutrifft¹⁰⁰. Hierfür wäre nämlich erforderlich, dass der Kunde den Anbieter aktiv zur Personalisierung des Preises auffordert, beispielsweise durch einen Button mit den Worten „Personalisierten Preis berechnen“. Das bloße Aufrufen der Website des Anbieters kann indes nicht als auf die Personalisierung der Preise gerichtete Anfrage des Kunden ausgelegt werden. Auch die englische („at the request“) und französische („à

⁹⁵ *Karg*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 95 DSGVO, Rn. 9, der als Beispiel Fahrkartenverkäufe und Streamingdienste nennt.

⁹⁶ Siehe Kap. D.I.4.a)aa)(4)(a).

⁹⁷ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 34; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 15; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 30.

⁹⁸ So wohl auch *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 6 DSGVO, Rn. 42.

⁹⁹ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 36; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 15; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 14; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 6 DSGVO, Rn. 41; *Wedde*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 39; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 566.

¹⁰⁰ *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 6 DSGVO, Rn. 42.

la demande“) Fassung geben insoweit keinen Anlass für eine andere Bewertung. Somit kann Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO die Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung nur bei entsprechender Gestaltung der Website durch den Anbieter rechtfertigen.

dd) Zulässigkeit nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO

Schließlich kommt eine Rechtfertigung durch die Generalklausel des Art. 6 I 1 lit. f DSGVO in Betracht.

(1) Erforderlichkeit zur Wahrung berechtigter Interessen

Dafür müsste die Verarbeitung zunächst zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich sein.

Der Begriff des berechtigten Interesses ist weit auszulegen und erfasst daher auch rein wirtschaftliche Interessen.¹⁰¹ Dies deckt sich auch mit EG 47 S. 7 DSGVO, nach dem eine Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden kann. Auch mit Datenverarbeitungen zum Zwecke der Direktwerbung verfolgt der Verantwortliche rein wirtschaftliche Interessen. Dementsprechend ist auch das Ziel, durch personalisierte Preise die Zahlungsbereitschaft der Kunden möglichst optimal abzuschöpfen und so die eigenen Umsätze zu steigern, als legitimes Interesse des Verantwortlichen zu bewerten.¹⁰²

Die Erforderlichkeit der Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen setzt voraus, dass dem Verantwortlichen kein milderes Mittel als die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Verfügung steht.¹⁰³ Allerdings sind nur solche Alternativen relevant, die für den Verantwortlichen zumutbar¹⁰⁴ bzw. zur Wahrung seiner berechtigten Interessen gleichermaßen geeignet¹⁰⁵ sind. Die Personalisierung von Preisen in Abhängigkeit von der

¹⁰¹ *Albers/Veit*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 6 DSGVO, Rn. 68 (Stand: 01.11.2021); *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 146a; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 28; *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 25; *Wolff*, in: Schnatz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 643; vgl. auch *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wilfang, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 118, Rn. 126 (Stand: 9/21).

¹⁰² So auch *Golland*, CR 2020, 186, 191; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 67 f.

¹⁰³ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 147a; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 6 I DSGVO, Rn. 100; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 57; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 647.

¹⁰⁴ *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 139 unter Verweis auf EG 39 S. 9 DSGVO.

¹⁰⁵ *Assion/Noltel/Veil*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 130; *Kra-*

individuellen Zahlungsbereitschaft des Kunden ist ohne die Verarbeitung personenbezogener Kundendaten nicht möglich, insbesondere nicht durch anonymisierte Daten¹⁰⁶. Somit ist die Verarbeitung vorliegend zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen erforderlich.

(2) Abwägung

Eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO scheidet jedoch aus, wenn die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person die berechtigten Interessen des Verantwortlichen überwiegen.

(a) Zu berücksichtigende Interessen

Hierfür ist zunächst zu klären, welche Interessen in die Abwägung einzustellen sind. Teilweise wird nur das „direkte“ Interesse des Betroffenen am Schutz seiner personenbezogenen Daten als im Rahmen von Art. 6 I 1 lit. f DSGVO relevant erachtet.¹⁰⁷ Zu Recht überwiegt jedoch die Auffassung, dass die Interessen des Betroffenen umfassend zu berücksichtigen sind¹⁰⁸ und daher auch beispielsweise wirtschaftliche Interessen des Betroffenen eine Rolle spielen¹⁰⁹. Das Außerachtlassen von Betroffeneninteressen, die zwar nicht die Verarbeitung als solche betreffen, mit dieser aber dennoch wenigstens mittelbar zusammenhängen, wäre weder interessengerecht, noch passt eine solche strikte Trennung zur Konzeption der DSGVO, wie insbesondere EG 75 DSGVO zeigt. Dieser dient daher auch im Rahmen von Art. 6 I 1 lit. f DSGVO als Orientierung¹¹⁰ und nennt unter anderem Diskriminierungsgefahren und das Risiko von finanziellem Verlust als relevante Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen. Diese beiden Aspekte sind für die Beurteilung der Rechtfertigung einer Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung von erheblicher Bedeutung.

mer, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 79; Plath, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 56.

¹⁰⁶ Schmidt, DSRITB 2016, 1007, 1011.

¹⁰⁷ Tavanti, RDV 2016, 295, 298; vgl. noch zu Art. 7 lit. f DSRL: EuGH, Urt. v. 13.05.2014, Rs. C-131/12 (Google Spain), NJW 2014, 2257, Rn. 74.

¹⁰⁸ Heckmann/Scheurer, in: jurisPK Internetrecht, Kap. 9, Rn. 402 (Stand: 02.11.2021); Reimer, in: Sydow, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 60; Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 6 I DSGVO, Rn. 101; Taeger, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 148; noch zu Art. 7 lit. f DSRL: Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 217, 38.

¹⁰⁹ Mit explizitem Bezug auf personalisierte Preisbildung: Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 148a; DSK, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, 13.

¹¹⁰ Härting, DSGVO, Rn. 134; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 28; Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 6 I DSGVO, Rn. 107.

Golland spricht sich zudem dafür aus, auch die Drittinteressen der wirtschaftlich schwachen Kunden zu berücksichtigen mit dem Hintergedanken, die Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO mit der Quersubventionierung als angeblichem Effekt personalisierter Preise zu begründen.¹¹¹ Allerdings taugt die bloße Vermutung einer möglichen Quersubventionierung nicht als Argument für die Rechtfertigung der Datenverarbeitung, denn wie bereits erläutert,¹¹² kann eine Umverteilung mitnichten pauschal als Folge einer Personalisierung von Preisen angenommen werden¹¹³. Vielmehr sind die wirtschaftlichen Zusammenhänge so komplex, dass die Auswirkungen dieser Preisstrategie auf die Gesamtwohlfahrt der Verbraucher stark von der konkreten Marktsituation abhängen.¹¹⁴ Zudem sollte nicht vergessen werden, dass Unternehmen Preise personalisieren, um ihre Umsätze zu steigern, weshalb Mutmaßungen bzgl. etwaiger Umverteilungen mit Vorsicht zu genießen sind. Ferner ist eine korrekte und genaue Ermittlung der individuellen Zahlungsbereitschaft keineswegs trivial.¹¹⁵ Jedenfalls steht die Annahme einer Quersubventionierung auf Beinen, die nicht stabil genug sind, um eine Rechtfertigung nach Art. 6 I lit. f DSGVO zu tragen.¹¹⁶ In welchem Umfang diese Rechtsgrundlage auch eine Berücksichtigung von Drittinteressen zulässt, spielt für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit daher keine Rolle.

(b) *Eingriffsintensität*

Somit ist nun zu untersuchen, wie stark eine Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung die zu berücksichtigenden Interessen des Betroffenen beeinträchtigt. Hiervon hängt maßgeblich das Ergebnis der Abwägung mit den Interessen des Verantwortlichen ab.¹¹⁷ Vorangestellt sei in diesem Zusammenhang auch, dass wirtschaftlichen Interessen des Verantwortlichen per se kein besonders hoher Stellenwert beizumessen ist.¹¹⁸ Dies ist möglicherweise der Grund dafür, dass einige Stimmen in der Literatur die Rechtfertigung von Datenverarbeitungen zur Preispersonalisierung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO pauschal und ohne nähere Begründung ablehnen¹¹⁹. Eine fun-

¹¹¹ *Golland*, CR 2020, 186, 191; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 67 f.

¹¹² Siehe Kap. B.II.2.b)bb).

¹¹³ *Zurth*, AcP 2021, 514, 539.

¹¹⁴ Siehe Kap. B.II.2.b)bb).

¹¹⁵ Siehe Kap. B.II.1.b)bb)(1).

¹¹⁶ So im Ergebnis auch *Zurth*, AcP 2021, 514, 539.

¹¹⁷ *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, 470.

¹¹⁸ *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 659.

¹¹⁹ So *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 305; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 7; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 360; wohl auch *Gleixner*, VuR 2020, 417, 419; eine

dierte Bewertung der Rechtslage gebietet jedoch eine genauere Betrachtung der Interessenlage.

Nach EG 47 S. 1, S. 3 und S. 4 DSGVO ist zunächst die Erwartungshaltung des Betroffenen zu berücksichtigen. Anhaltspunkt hierfür kann sein, ob die betreffende Verarbeitung als üblich einzustufen ist.¹²⁰ Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Mehrheit der Verbraucher allenfalls in seltenen Fällen mit personalisierten Preisen rechnet¹²¹ und diese Praxis zudem nicht gutheißt.¹²² Zudem wurden derartige Preisstrategien bislang nur vereinzelt nachgewiesen.¹²³ Ferner kann die Vorhersehbarkeit für den Betroffenen nicht immer schon dann bejaht werden, wenn die datenschutzrechtlichen Informationspflichten eingehalten wurden,¹²⁴ da dieses Kriterium andernfalls redundant würde. Daher streitet die Erwartungshaltung der Betroffenen vorliegend gegen ein Überwiegen der Interessen des Verantwortlichen.¹²⁵

In Fällen, in denen die Verarbeitung für den Betroffenen transparent und nachvollziehbar ist, ist eher von einer geringeren Eingriffsintensität auszugehen.¹²⁶ Doch geht der Einsatz von Algorithmen zur Datenverarbeitung stets mit einer gewissen Intransparenz einher, so auch im Falle algorithmischer Preispersonalisierung. Zudem wird häufig eine Vielzahl von Kundendaten verarbeitet, um ein aussagekräftiges Profil erstellen zu können. Solche Verarbeitungen sind aus Sicht des Betroffenen eher von Intransparenz geprägt, weshalb auch dieser Aspekt für ein Überwiegen der Betroffenenrechte spricht.

Nach EG 47 S. 2 DSGVO erleichtern bestehende Geschäftsbeziehungen zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen die Rechtfertigung der Verarbeitung. Hiervon ist im Rahmen der Personalisierung von Preisen aber allenfalls bei Bestehen eines Kundenkontos auszugehen.

Während die *DSK* wohl sogar stets ein Überwiegen der Interessen des Betroffenen annimmt, wenn der Verantwortliche mit Hilfe der personenbezogenen Daten detaillierte Persönlichkeitsprofile erstellt,¹²⁷ besteht zumin-

Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO dagegen allerdings ebenfalls ohne nähere Begründung bejahend: *Schaffland/Holthaus*, in: *Schaffland/Wiltfang*, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 126 (Stand: 9/21).

¹²⁰ *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 658.

¹²¹ *Zurth*, AcP 2021, 514, 539; siehe auch bereits Kap. B.I.2.

¹²² Siehe Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2).

¹²³ Siehe Kap. A.II.1.

¹²⁴ Vgl. *Schwartmann/Klein*, in: *Schwartmann et al.*, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 160.

¹²⁵ So auch *Zurth*, AcP 2021, 514, 539.

¹²⁶ *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 658.

¹²⁷ *DSK*, Orientierungshilfe zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), 5; für pauschalen Ausschluss der Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO zumindest bei Anwendbarkeit von Art. 22 I DSGVO: *Klar*, BB 2019, 2243, 2249.

dest Einigkeit dahingehend, dass die Vornahme von Profilingmaßnahmen durch den Verantwortlichen eine Rechtfertigung deutlich erschwert. Profiling ist nämlich stets mit erhöhten Risiken für die Rechte und Freiheiten des Betroffenen verbunden.¹²⁸ Der Sinn und Zweck der Verarbeitung personenbezogener Daten zur Preispersonalisierung besteht gerade darin, den Kunden Profile zuzuordnen, die auf die individuelle Zahlungsbereitschaft schließen lassen. Zwar ist dies im Rahmen von bloßen Gruppenpreisen¹²⁹ auch schon mit relativ simplen Ordnungsverfahren möglich. Jedoch stellt der Begriff des Profiling in Art. 4 Nr. 4 DSGVO keine Anforderungen an die Quantität der Datenverarbeitung,¹³⁰ sodass die Verarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung unabhängig von dem mit der Profilbildung verbundenen Aufwand stets als Profiling zu bewerten ist.¹³¹ Allerdings erscheint die pauschale Verneinung der Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO beim Vorliegen von Profiling vor dem Hintergrund des Art. 21 I 1 Hs. 2 DSGVO zu undifferenziert.¹³² Während insoweit zum Teil nach der Intensität der Profilbildung insgesamt unterschieden wird,¹³³ ist im Interesse der Rechtssicherheit eine Orientierung an den Voraussetzungen des EG 47 DSGVO (Erwartungshaltung bzw. Vorhersehbarkeit, Transparenz) vorzugswürdig¹³⁴. Diese wurden jedoch oben mit Blick auf die Verarbeitung zur Preispersonalisierung bereits verneint,¹³⁵ weshalb das Durchführen von Profiling vorliegend für das Überwiegen der Interessen des Betroffenen spricht.

Diese Tendenz wird verstärkt durch die Gefahr finanzieller Nachteile¹³⁶ sowie durch die Diskriminierungsrisiken, die für Betroffene von Datenver-

¹²⁸ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 153; *DSK*, Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, 19 f.; *DSK*, Kurzpapier Nr. 3, 2; *Schantz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 6 I DSGVO, Rn. 106; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 6 DSGVO, Rn. 59; *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 666; vgl. ferner zu Art. 7 lit. f DSRL: *Zuiderveen Borgesius*, IDPL 2015, 163, 168.

¹²⁹ Im Zusammenhang mit Preisdiskriminierung ersten Grades zurecht Profiling annehmend: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 38; *Zurth*, AcP 2021, 514, 540.

¹³⁰ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 4 DSGVO, Rn. 6; *Klabunde*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 4 DSGVO, Rn. 31; vgl. auch *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 732.

¹³¹ So wohl auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 834; ohne nähere Begründung ebenfalls *Akon*, EuCML 2021, 228, 229.

¹³² *Gausling*, ZD 2019, 335, 339; ebenfalls auf die Möglichkeit der Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO auch im Rahmen von Profiling hinweisend: *Drewes*, CR 2016, 721, 725.

¹³³ *Schwartmann/Klein*, in: Schwartmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 168.

¹³⁴ *Plath*, in: *Plath*, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 78; ähnlich *Freund*, in: *Schuster/Grützmaker*, IT-Recht, Art. 6 DSGVO, Rn. 42.

¹³⁵ Siehe Kap. D.I.4.a)dd).

¹³⁶ *Hofmann/Freiling*, ZD 2020, 331, 335.

arbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung ausgehen.¹³⁷ Aus einer zwanghaft anmutenden unternehmensfreundlichen Sichtweise die Rechtfertigung nach Art. 6 I lit. f DSGVO ausgerechnet mit dem Interesse der Kunden zu begründen,¹³⁸ kann dagegen nicht überzeugen und missachtet die ökonomischen Zusammenhänge und Auswirkungen personalisierter Preise¹³⁹.

Grundsätzlich überwiegen daher die Interessen des Betroffenen gegen eine Datenverarbeitung zur Preispersonalisierung. Ggf. bestünde für den Verantwortlichen aber die Möglichkeit, die Eingriffsintensität durch Pseudonymisierung¹⁴⁰, freiwillige Transparenz¹⁴¹ und das Einräumen eines voraussetzungslosen Widerspruchsrechts¹⁴² abzumildern. Die Pseudonymisierung von Daten würde jedoch nichts an den problematischen Folgen, die für den Betroffenen aus einer Verarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung erwachsen können, ändern. Zwar bleibt dem Verantwortlichen noch die Möglichkeit, dem Betroffenen durch ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht sowie freiwillige Informationen, die über die datenschutzrechtlichen Informationspflichten hinausgehen, entgegenzukommen. Allerdings müssten diese beiden Maßnahmen kumulativ ergriffen werden, um sowohl das Transparenzdefizit als auch die Diskriminierungsrisiken und finanziellen Gefahren auszugleichen. Zudem müsste das „Mehr“ an Information zur vollständigen Kompensation so gestaltet sein, dass der Betroffene auf einen Blick bzgl. der Datenverarbeitung im Bilde ist. Dies ließe sich nur durch einen Hinweis direkt neben dem Preis erreichen, aus dem eindeutig die Preisstrategie sowie die Gefahr eines höheren personalisierten Preises hervorgeht. In dieser Art und Weise wären personalisierte Preise aber wohl kaum durchsetzbar, weshalb die wenigsten Anbieter zu derartigen Angaben bereit sein dürften. Daher werden in der Regel die Interessen des Betroffenen überwiegen, sodass eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO ausscheidet.

¹³⁷ Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 6 I DSGVO, Rn. 107.

¹³⁸ So Golland, CR 2020, 186, 191; Golland, DSRITB 2019, 61, 67 f.

¹³⁹ Siehe zu diesen Kap. B.II.

¹⁴⁰ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 6 DSGVO, Rn. 154; Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 6 I DSGVO, Rn. 114; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 449; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 6.

¹⁴¹ Golland, CR 2020, 186, 191; Golland, DSRITB 2019, 61, 68; Schantz, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 65 I DSGVO, Rn. 114.

¹⁴² Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 217, 54, 57 f.; Golland, CR 2020, 186, 191; Golland, DSRITB 2019, 61, 68.

ee) Fazit: Zulässigkeit der Datenverarbeitung als hohe Hürde

Es bleibt damit festzuhalten, dass bereits die Zulässigkeit der Verarbeitung allgemeiner Kategorien personenbezogener Daten zum Zwecke der Preispersonalisierung eine hohe Hürde darstellt: Der Verantwortliche kann eine wirksame Einwilligung nur einholen, wenn er alternativ einen Einheitspreis anbietet, der niedriger als der personalisierte Preis ist. Art. 6 I 1 lit. b Var. 1 DSGVO scheidet mangels Vertragsschlusses als Rechtsgrundlage aus und für eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO muss der Verantwortliche seine Website so gestalten, dass personalisierte Preise nur auf Kundenanfrage berechnet werden. Schließlich kann die Verarbeitung auch nicht auf Art. 6 I 1 lit. f DSGVO gestützt werden, ohne dass der Verantwortliche dem Betroffenen durch kompensatorische Maßnahmen in nicht unerheblichem Umfang entgegenkommt.

b) Zulässigkeit der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Art. 9 DSGVO stellt darüber hinaus strengere Voraussetzungen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten auf. Bei Einschlägigkeit von Art. 9 I DSGVO im Rahmen der Verarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung käme als Rechtfertigungsgrund nur die ausdrückliche Einwilligung gem. Art. 9 II lit. a DSGVO in Betracht.¹⁴³ Eine solche wäre aber mit Blick auf Art. 7 IV DSGVO nur unter den bereits im Rahmen von Art. 6 I 1 lit. a DSGVO erläuterten Umständen¹⁴⁴ wirksam.¹⁴⁵

Allerdings ist zum Zwecke der Preispersonalisierung allenfalls die Verarbeitung von Standortdaten, die indirekt auf die „rassische“ und ethnische Herkunft oder die religiöse Überzeugung hinweisen, vorstellbar.¹⁴⁶ Die übrigen in Art. 9 I DSGVO genannten Kategorien scheinen dagegen nicht relevant zu sein.¹⁴⁷ Zwar ist zumindest bzgl. der Kategorien, auf die sich das Wort „hervorgehen“ bezieht,¹⁴⁸ auch ein indirekter Hinweis für die Einschlägigkeit von Art. 9 I DSGVO ausreichend.¹⁴⁹ Zudem soll bereits die bloße

¹⁴³ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 360.

¹⁴⁴ Siehe Kap. D.I.4.a)aa)(4)(c).

¹⁴⁵ Dagegen generell von einer Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 9 II lit. a DSGVO ausgehend: *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 360.

¹⁴⁶ Siehe hierzu bereits Kap. C.I.6.c).

¹⁴⁷ Dagegen ohne nähere Begründung Art. 9 I DSGVO im Zusammenhang mit der Personalisierung von Preisen wohl eine weitreichendere Relevanz beimessend: BT-Drs. 19/9772, 4.

¹⁴⁸ *Schneider*, in: ZD 2017, 303, 304.

¹⁴⁹ *Wedde*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 13 ff.; *Weichert*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 22.

Möglichkeit einer solchen Schlussfolgerung ausreichen.¹⁵⁰ Allerdings wird die Reichweite dieses Verbots wiederum durch die Berücksichtigung des jeweiligen Verarbeitungskontextes eingeschränkt.¹⁵¹ Im Rahmen der Preispersonalisierung erscheint lediglich ein Schluss auf die „rassische“ und ethnische Herkunft oder die religiöse Überzeugung über Standortdaten als praktisch relevante Konstellation. In dieser ist der Verantwortliche aber offensichtlich nur an dem Standort als dem für die Preispersonalisierung relevanten Kriterium interessiert, nicht dagegen an der „Rasse“, ethnischen Herkunft oder Religion des Betroffenen. Daher handelt es sich vorliegend um eine klassische Konstellation, in der der Verarbeitungskontext als Korrektiv eingreift und die Anwendbarkeit des Art. 9 I DSGVO somit wieder ausschließt.

5. Zulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung nach Art. 22 DSGVO

Wenn der Verantwortliche zur Datenverarbeitung Algorithmen einsetzt, steht in der Regel das Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall im Raum, welches möglicherweise auch das Potenzial algorithmischer Preispersonalisierung begrenzt.

a) Anwendbarkeit

Dafür müsste Art. 22 DSGVO in der untersuchungsgegenständlichen Konstellation zunächst anwendbar sein.

aa) Ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidung

Die Wahl des jeweiligen personalisierten Preises stellt eine Entscheidung dar. Dadurch, dass der Preis einem bestimmten Kunden zugeordnet wird, weist die Entscheidung auch Personenbezug auf, sofern man in diesem eine zusätzliche Voraussetzung des Art. 22 I DSGVO sieht¹⁵². Die Entscheidung müsste auch ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhen, was je-

¹⁵⁰ *Schneider*, in: ZD 2017, 303, 305.

¹⁵¹ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 6; *Greve*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 16; *Jaspers/Schwartzmann/Mühlenbeck*, in: Schwartzmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 35; *Matejek/Mäusezahl*, ZD 2019, 551, 553; *Mester*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 6; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 9 DSGVO, Rn. 4; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 9 DSGVO, Rn. 13; *Weichert*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 22 f.; kritisch und somit eher für ein weites Verständnis des Art. 9 I DSGVO zumindest bzgl. Gesundheitsdaten: *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 9 DSGVO, Rn. 12.

¹⁵² So *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 507.

denfalls beim Fehlen einer menschlichen Kontrollinstanz der Fall ist¹⁵³. Personalisierte Preise werden autonom durch Algorithmen berechnet, ohne dass die maschinelle Entscheidung in irgendeiner Form nochmals überprüft wird. Somit liegt eine ausschließlich auf automatisierter Verarbeitung beruhende Entscheidung vor.¹⁵⁴

bb) Entfaltung rechtlicher Wirkung

Erste Variante des Art. 22 I DSGVO ist die Entfaltung rechtlicher Wirkung der Entscheidung. Zunächst ist festzuhalten, dass die Personalisierung von Preisen grundsätzlich nur die Vertragskonditionen betrifft, jedoch in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertragsschluss steht und daher den rechtlichen Status des Betroffenen nicht verändert, mithin keine rechtliche Wirkung entfaltet.¹⁵⁵ In der Literatur unberücksichtigt bleibt bislang aber die Möglichkeit, dass personalisierte Preise durch ihre Höhe im Einzelfall zu einer faktischen Vertragsverweigerung führen können. Um in diesen Fällen eine Entfaltung rechtlicher Wirkung annehmen zu können, müsste die Verweigerung eines Vertragsschlusses jedoch rechtliche Wirkung entfalten. Zwar wird dies von Teilen der Literatur bejaht¹⁵⁶ und auch EG 71 S. 1 DSGVO, der die Ablehnung eines Kreditantrags als Anwendungsbeispiel für Art. 22 DSGVO nennt, könnte in diese Richtung interpretiert werden. Überzeugender ist jedoch die Ablehnung einer rechtlichen Wirkung, denn die Verweigerung eines Vertrages führt gerade dazu, dass sich der rechtliche Status des

¹⁵³ Siehe hierzu nur von *Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 23 ff. (Stand: 01.11.2021).

¹⁵⁴ So im Ergebnis auch *Akon*, EuCML 2021, 228, 229; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 69; *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 507; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1015 f.; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 362; wohl auch *Golland*, CR 2020, 186, 191 f.

¹⁵⁵ *Golland*, CR 2020, 186, 192; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 70; *Hennemann*, AcP 2019, 818, 836; *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 508 f.; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 27a; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 180, Fn. 75; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 297; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 7; die Entfaltung rechtlicher Wirkung ebenfalls ablehnend: *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 12a (Stand: 11/21); *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 450; die Entfaltung rechtlicher Wirkung dagegen anscheinend vor dem Hintergrund unterschiedlichen Vertragsrechts in den Mitgliedstaaten wohl zumindest für möglich haltend: *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 362.

¹⁵⁶ *Schnatz*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 737; *Veil*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 62; vgl. auch *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 22 DSGVO, Rn. 7; wegen angeblicher Einschlägigkeit von Art. 22 I Var. 2 DSGVO offenlassend: *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 24.

Betroffenen *nicht* ändert.¹⁵⁷ Einer Einschränkung auf Fälle, in denen der Verantwortliche eine Monopolstellung innehat,¹⁵⁸ bedarf es daher gar nicht. Zudem ist der Schluss aus EG 71 S. 1 DSGVO nicht zwingend, da sich dieser bzgl. der Ablehnung eines Kreditantrages auf keine konkrete Variante des Art. 22 I DSGVO bezieht.

cc) Erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise

Möglicherweise beeinträchtigt die algorithmische Preispersonalisierung den Betroffenen aber erheblich in ähnlicher Weise.¹⁵⁹ Eine Beeinträchtigung ist „jede für den Betroffenen irgendwie negativ fühlbare Entscheidung“¹⁶⁰. Somit scheiden bereits vorab alle Fälle aus, in denen der Betroffene von der personalisierten Preisbildung profitiert.¹⁶¹ Allerdings können personalisierte Preise einzelne Kunden auch schlechter stellen.¹⁶² Das Nichtgewähren von günstigeren Vertragskonditionen von vornherein auszuschließen,¹⁶³ erscheint dagegen zu pauschal und daher nicht interessengerecht. Ob Vergünstigungen verweigert oder Verteuerungen aufgebürdet werden, ist häufig vielmehr eine Frage der Sichtweise und macht für den Betroffenen im Ergebnis keinen Unterschied. Auch können nicht die erweiterten Informationspflichten im Falle der Einschlägigkeit von Art. 22 I DSGVO als Argument für das Vor-

¹⁵⁷ *Herbst*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 16; *Kamlah*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 7a; *Kumkar/Roth-Isigkeit*, JZ 2020, 277, 279 f.; *von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 35 (Stand: 01.11.2021); *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 34; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 45; a.A.: *Helfrich*, in: Sydow, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 48.

¹⁵⁸ So unter Hinweis auf den Schutz der Vertragsabschlussfreiheit des Verantwortlichen *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 25.

¹⁵⁹ Pauschal bejahend: *Atzert*, in: Schwartmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 62; *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 26; *Weichert*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 36; wohl auch *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1015 f.; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 36; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 362; pauschal ablehnend: *Martini*, Blackbox Algorithmus, 180, Fn. 75; in diese Richtung auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 836; offenlassend: *Dammann*, ZD 2016, 307, 313.

¹⁶⁰ *Von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 38 (Stand: 01.11.2021).

¹⁶¹ *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509; wohl auch *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018; vgl. auch *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 26.

¹⁶² Dagegen Art. 22 I DSGVO pauschal mit dem Argument verneinend, dass durch Preispersonalisierung gerade neue Kunden gewonnen werden sollen: *Zurth*, AcP 2021, 514, 540.

¹⁶³ So *von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 39 (Stand: 01.11.2021).

liegen einer erheblichen Beeinträchtigung in ähnlicher Weise herangezogen werden,¹⁶⁴ da das Vorliegen eines Tatbestandes nicht schlicht mit dessen Rechtsfolge begründet werden kann. Vorzugswürdig ist daher eine Einzelfallbetrachtung¹⁶⁵ unter Berücksichtigung aller relevanten Aspekte.

(1) Diskriminierende Entscheidungen

Eine erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise ist stets zu bejahen, wenn die Entscheidung den Betroffenen in rechtswidriger Weise diskriminiert.¹⁶⁶ In diesen Fällen ist Art. 22 I Var. 2 DSGVO somit auch im Rahmen der algorithmischen Personalisierung von Preisen einschlägig.¹⁶⁷ Beachtlich seien im Rahmen von Art. 22 I Var. 2 DSGVO auch Verstöße gegen nationale Diskriminierungsverbote.¹⁶⁸ Dem ist jedoch vor dem Hintergrund des einheitlichen Schutzniveaus in den Mitgliedstaaten als grundsätzliches¹⁶⁹ Ziel der DSGVO (vgl. EG 10 S. 1, S. 2 DSGVO) zu widersprechen. Das Abstellen auf nationale Diskriminierungsverbote würde zu einer unterschiedlichen Anwendbarkeit des Art. 22 I DSGVO in den Mitgliedstaaten führen, die nicht durch eine Öffnungsklausel intendiert ist. Daher ist die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung in ähnlicher Weise nur bei Verstößen gegen unionsrechtliche bzw. unionsrechtlich determinierte Diskriminierungsverbote gerechtfertigt. Dies bedeutet, dass mit Blick auf § 19 AGG nur Diskriminierungen nach der „Rasse“, der ethnischen Herkunft oder dem Geschlecht maßgeblich sind. Zudem spielt eine etwaige Bindung Privater an die Gleichheitssätze des GG keine Rolle. Man könnte allerdings erwägen, im Wege der mittelbaren Drittwirkung der Gleichheitssätze der GRCh eine erhebliche Beeinträchtigung in erheblicher Weise anzunehmen, wenn die Preispersona-

¹⁶⁴ So aber *Golland*, CR 2020, 186, 192; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 70.

¹⁶⁵ *Gausling*, ZD 2019, 335, 340; wohl auch *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 28, der Art. 22 I Var. 2 DSGVO bei individualisierten Angeboten nur grundsätzlich ablehnt.

¹⁶⁶ *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP251rev.01, 23; *Herbst*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 17; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 27 f.; *Martinil/Nink*, NVwZ-Extra 10/2017, 3; *Moos/Rothkegel*, ZD 2016, 561, 566; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 35, Fn. 97; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 24; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 22 DSGVO, Rn. 8; vgl. auch *Weichert*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 29.

¹⁶⁷ *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 508; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO, BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 27a; vgl. bzgl. Art 15 I DSRL: *Bygrave*, Data Protection Law, 323 f.

¹⁶⁸ Vgl. *Herbst*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 17; *Moos/Rothkegel*, ZD 2016, 561, 566; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Fn. 97; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 24.

¹⁶⁹ Vorbehaltlich ausdrücklicher Öffnungsklauseln.

lisierung mit den dortigen Gleichheitssätzen unvereinbar ist. Allerdings müsste es sich dafür bei Art. 22 I Var. 2 DSGVO um eine unbestimmte Rechtsvorschrift handeln, die der Konkretisierung durch die Gleichheitssätze bedarf. Hiergegen spricht, dass der Wortlaut „in ähnlicher Weise“ zumindest eine gewisse Orientierung an Art. 22 I Var. 1 DSGVO vorgibt. Durch die mittelbare Drittwirkung der Gleichheitssätze der GRCh bestünde aber die Gefahr, Art. 22 I Var. 2 DSGVO auf Fälle zu erweitern, in denen keine Vergleichbarkeit mit Art. 22 I Var. 1 DSGVO mehr besteht. Im Unterschied dazu ist diese Vergleichbarkeit im Rahmen privatrechtlicher einfachgesetzlicher Diskriminierungsverbote gewahrt. Der Grund für ihre Existenz ist nämlich gerade ein gewisses Gewicht der Ungleichbehandlung als gesetzgeberische Wertung. Es bleibt somit dabei, dass Ungleichbehandlungen durch die algorithmische Personalisierung von Preisen nur dann eine erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise darstellen, wenn sie gegen ein einfachgesetzliches unionsrechtliches bzw. unionsrechtlich determiniertes Diskriminierungsverbot verstoßen.

(2) Höhe des Preisunterschieds und Fehlen von Ausweichmöglichkeiten

Zudem kann das Angewiesensein des Betroffenen auf den Verantwortlichen die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung in ähnlicher Weise rechtfertigen.¹⁷⁰ Dementsprechend stellt auch im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung das Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten für den Betroffenen einen maßgeblichen Faktor bzgl. der Einschlägigkeit von Art. 22 I Var. 2 DSGVO dar;¹⁷¹ zudem wird auf den Grad der Abhängigkeit des Betroffenen von der Kontrahierung mit dem Verantwortlichen abgestellt.¹⁷² Letzteres Kriterium würde indes wegen seines starken subjektiven Einschlags zu kaum lösbaren Abgrenzungsproblemen führen und ist daher ungeeignet. Sehr wohl spielt dagegen die Höhe des personalisierten Preises eine Rolle. Je größer die Preiserhöhung im Vergleich zum üblichen Markt- bzw. Einheitspreis¹⁷³ ist, desto eher ist auch eine erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise anzunehmen.¹⁷⁴ Auch hier scheint es angemessen, ab einer Abweichung

¹⁷⁰ Von Lewinski, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 40 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch Schulz, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 25.

¹⁷¹ Golland, CR 2020, 186, 192; Golland, DSRITB 2019, 61, 70 f.; vgl. auch Martini, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 27a DSGVO („nachhaltige Störung der persönlichen oder wirtschaftlichen Entfaltung“).

¹⁷² Gerpott/Mikolas, K&R 2019, 303, 305; Linderkamp, ZD 2020, 506, 508; Schantz, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 737; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 450.

¹⁷³ Dagegen sind die Preise für andere Kunden kein taugliches Kriterium, da es an dieser Stelle nicht (primär) um die Intensität einer Ungleichbehandlung geht.

¹⁷⁴ Gerpott/Mikolas, K&R 2019, 303, 305; Golland, CR 2020, 186, 192; Golland,

von 20 %¹⁷⁵ von einer gesteigerten Höhe des Preises auszugehen. Zudem sei klargestellt, dass Art. 22 I Var. 2 DSGVO nur dann bejaht werden kann, wenn die beiden Kriterien (keine Ausweichmöglichkeiten und hoher Preisunterschied) kumulativ vorliegen. Nur in diesen Konstellationen kann wirklich davon gesprochen werden, dass der Betroffene in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt ist.

(3) Faktische Vertragsverweigerung

Schließlich könnte eine erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise anzunehmen sein, wenn ein personalisierter Preis so hoch ist, dass er faktisch zur Vertragsverweigerung gegenüber bestimmten Kunden führt.¹⁷⁶ Ob hierfür zudem das Fehlen von Ausweichmöglichkeiten vorauszusetzen ist,¹⁷⁷ hängt davon ab, ob die Angewiesenheit auf den Verantwortlichen generell erforderlich ist, um in einer Vertragsverweigerung eine erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise zu sehen. Dies wird zu Recht mehrheitlich bejaht.¹⁷⁸ Denn bei der Auslegung des Art. 22 I Var. 2 DSGVO ist auch die Privatautonomie des Verantwortlichen zu berücksichtigen.¹⁷⁹ Zudem liegt es schlicht fern, bei bestehender Ausweichmöglichkeit von einer Beeinträchtigung in erheblicher Weise zu sprechen, da lediglich in der Notwendigkeit, auf einen anderen Vertragspartner auszuweichen, eine solche Beeinträchtigung grundsätzlich wohl

DSRITB 2019, 61, 70 f.; *Schantz*, in: *Schantz/Wolff*, *DatenschutzR*, Rn. 737; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*, 8; *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447, 450.

¹⁷⁵ Siehe zu diesem Wert bereits Kap. C.I.1.b)cc)(1)(c).

¹⁷⁶ Bejahend: *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP251rev.01, 24; bejahend in Bezug auf § 28b BDSG a.F.: *Schmidt*, *DSRITB* 2016, 1007, 1017; ablehnend: *Golland*, *CR* 2020, 186, 192.

¹⁷⁷ So *Martini*, in: *Paal/Pauly*, *DSGVO/BDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 27a.

¹⁷⁸ *Buchner*, in: *Kühling/Buchner*, *DSGVO/BDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 26a; *Herbst*, in: *Auernhammer*, *DSGVO/BDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 17; *von Lewinski*, in: *BeckOK DatenschutzR*, Art. 22 DSGVO, Rn. 39a (Stand: 01.11.2021); *Schulz*, in: *Gola*, *DSGVO*, Art. 22 DSGVO, Rn. 25; *Spindler/Horváth*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, Art. 22 DSGVO, Rn. 8; *Taeger*, in: *Taeger/Gabel*, *DSGVO/BDSG/TTDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 47; in diese Richtung auch *Martini*, in: *Paal/Pauly*, *DSGVO/BDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 27; a.A.: *Härting*, *DSGVO*, Rn. 617; wohl auch *Atzert*, in: *Schwartzmann et al.*, *DSGVO/BDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 58; *Scholz*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, *DatenschutzR*, Art. 22 DSGVO, Rn. 36.

¹⁷⁹ *Schulz*, in: *Gola*, *DSGVO*, Art. 22 DSGVO, Rn. 25, der insofern von einem faktischen Kontrahierungszwang spricht. Dieser Begriff wird unter Hinweis darauf, dass Art. 22 I DSGVO allenfalls eine menschliche Kontrolle verlangt, nicht jedoch zum Vertragsschluss zwingt, jedoch zu Recht kritisiert: *Atzert*, in: *Schwartzmann et al.*, *DSGVO/BDSG*, Art. 22 DSGVO, Rn. 58; *Spindler/Horváth*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, Art. 22 DSGVO, Rn. 8.

kaum gesehen werden kann. Wenn aber demnach auch die faktische Vertragsverweigerung nur relevant ist, wenn der Betroffene auf den Vertragsschluss angewiesen ist, so ergibt sich aus dieser Konstruktion kein Mehrwert gegenüber den Fällen, in denen Art. 22 I Var. 2 DSGVO wegen einer hohen Abweichung zum Marktpreis zu bejahen ist¹⁸⁰. So wird eine Abweichung von 20 % jedenfalls auch erforderlich sein, um eine faktische Vertragsverweigerung annehmen zu können. Einer solchen kommt im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung in der Praxis daher keinerlei Relevanz zu.¹⁸¹

b) Zulässigkeit nach Art. 22 II DSGVO

Allerdings bleibt in den Fällen, in denen algorithmische Preispersonalisierung unter Art. 22 I Var. 2 DSGVO fällt, noch die Möglichkeit der Erlaubnis gem. Art. 22 II DSGVO.

aa) Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. a DSGVO

Das Verbot des Art. 22 I DSGVO würde nicht greifen, wenn die algorithmische Preispersonalisierung für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen erforderlich wäre. Bei einer großzügigen Auslegung dieser Ausnahme dahingehend, dass bereits die Erforderlichkeit der Automatisierung zur Kostenvermeidung ausreichend ist, ließe sich diese bejahen.¹⁸² Eine solche Interpretation missachtet aber zum einen den eindeutigen Wortlaut, nach dem sich die Erforderlichkeit auf den *Abschluss* oder die *Erfüllung* des Vertrages beziehen muss und zum anderen die Grundmaxime, dass Ausnahmen eng auszulegen sind.¹⁸³ *Rott* möchte personalisierte Preise immer dann über Art. 22 II lit. a DSGVO legitimieren, wenn die Zahlungsmodalität „auf Rechnung“ ausgewählt wird, da es dann auf die Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners ankomme.¹⁸⁴ Allerdings wäre hierfür keineswegs die Preispersonalisierung erforderlich, sondern allenfalls die Einordnung der Kunden in verschiedene Bonitätsklassen. Auch besteht keine Parallele zu automatisierten Entscheidungen im Rahmen des Credit Scorings,¹⁸⁵ denn die Personalisierung von Preisen dient nicht der

¹⁸⁰ Siehe hierzu Kap. D.I.5.a)cc)(2).

¹⁸¹ Daher muss auch nicht näher auf die problematische Frage, ab wann eine faktische Vertragsverweigerung anzunehmen wäre (insbesondere: subjektive oder objektive Sichtweise), eingegangen werden.

¹⁸² So *Golland*, CR 2020, 186, 193; *Golland*, DSRITB 2019, 61, 71.

¹⁸³ Daher zu Recht zurückhaltender: *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 362.

¹⁸⁴ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 298.

¹⁸⁵ In diesen Fällen Art. 22 II lit. a DSGVO bejahend: *Buchner*, in: Kühling/Buchner,

Risikominimierung, sondern schlicht der Umsatzsteigerung. Zielführender ist daher eine streng am Wortlaut orientierte Prüfung des Art. 22 II lit. a DSGVO. Zunächst scheidet die Erforderlichkeit zur Vertragserfüllung aus, da in Fällen algorithmischer Preispersonalisierung noch gar kein Vertrag zwischen Verantwortlichem und Betroffenen besteht. Es bleibt somit nur die Variante der Erforderlichkeit für den Vertragsabschluss. Diese ist allenfalls in Konstellationen denkbar, in denen kein Einheitspreis als Alternative angeboten wird. Doch auch dann ist zu berücksichtigen, dass nach dem Wortlaut die Entscheidung erforderlich sein muss. Die Erforderlichkeit bezieht sich also nicht nur auf die Automatisierung der Entscheidung,¹⁸⁶ sondern auf alle Voraussetzungen des Art. 22 I DSGVO.¹⁸⁷ Zudem ist der Begriff der Erforderlichkeit objektiv auszulegen, weshalb die bloße Nützlichkeit für den Verantwortlichen nicht ausreicht.¹⁸⁸ Daher scheidet die Erforderlichkeit in den Fällen, in denen Art. 22 I Var. 2 DSGVO wegen einer hohen Preisabweichung in Kumulation mit fehlenden Ausweichmöglichkeiten zu bejahen ist,¹⁸⁹ aus. Es ist dem Anbieter ohne Weiteres möglich, die Preisabweichung auf einem niedrigeren Niveau zu halten. Auch bzgl. Preispersonalisierungen, die gegen unionsrechtlich bzw. unionsrechtlich determinierte Diskriminierungsverbote verstoßen,¹⁹⁰ muss die Erforderlichkeit verneint werden. Andernfalls würde Art. 22 II lit. a DSGVO indirekt rechtswidriges Verhalten legitimieren. Somit greift diese Ausnahme vorliegend nicht.

bb) Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. b DSGVO

Im Rahmen von Art. 22 II lit. b DSGVO käme allenfalls eine Zulässigkeit über § 31 BDSG in Betracht.¹⁹¹ Allerdings lässt sich § 31 BDSG nach überwiegender Auffassung nicht auf Art. 22 II lit. b DSGVO stützen und ist

DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 30; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 43; *Veil*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 78; vgl. auch *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 52; wohl auch *Atzert*, in: Schwartmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 83; a.A.: *Herbst*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 19.

¹⁸⁶ So aber wohl *Herbst*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 19; *von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 43 (Stand: 01.11.2021); *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 22 DSGVO, Rn. 10; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 53.

¹⁸⁷ *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 31a.

¹⁸⁸ *Härting*, DSGVO, Rn. 621; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 31a.

¹⁸⁹ Siehe hierzu Kap. D.I.5.a)cc)(2).

¹⁹⁰ Siehe hierzu Kap. D.I.5.a)cc)(1).

¹⁹¹ So *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509, der dessen Anwendbarkeit jedoch ablehnt; da-

deshalb unionsrechtswidrig. Scoring betrifft vielmehr die vorgelagerte Datenverarbeitung als die Entscheidung i.S.v. Art. 22 I DSGVO.¹⁹² Daher scheidet auch eine Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. b DSGVO aus.

cc) Zulässigkeit nach Art. 22 II lit. c DSGVO

Es bleibt somit nur noch die Möglichkeit einer Erlaubnis durch die ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen. Abgesehen von der Praktikabilität dieses Erlaubnistatbestandes im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung¹⁹³ ist zu bedenken, dass auch Einwilligungen i.S.v. Art. 22 II lit. c DSGVO an Art. 7 IV DSGVO zu messen sind.¹⁹⁴ Hier muss der Betroffene ebenso vor Koppelungen geschützt werden wie bei Einwilligungen in die Datenverarbeitung.¹⁹⁵ Allerdings ist die Vereinbarkeit mit dem Koppelungsverbot im Rahmen des Art. 22 II lit. c DSGVO unabhängig von der die Einwilligung in die Verarbeitung betreffenden Rechtslage zu prüfen. Die Einwilligung i.S.v. Art. 22 II lit. c DSGVO bezieht sich nämlich nicht auf die Datenverarbeitung, sondern auf die *Entscheidung* i.S.v. Art. 22 I DSGVO. Genauer gesagt betrifft die Einwilligung die *Entscheidungsfindung*, nicht dagegen das *Ergebnis*.¹⁹⁶ So wäre das Anfechtungsrecht nach

gegen mit Bezug auf § 28b BDSG a.F. im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung von Scoring ausgehend: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1017.

¹⁹² *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 38; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 33; *Specht*, in: Specht/Mantz, HB DatenschutzR, § 9, Rn. 76; *Spindler/Horváth*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 22 DSGVO, Rn. 12; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 60; mit Bezug auf § 28b BDSG a.F.: *Kamlah*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 9; a.A.: *Weichert*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 37a; unklar: *Schaffland/Holthaus*, in: Schaffland/Wiltfang, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 31 (Stand: 11/21); *Veil*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 81.

¹⁹³ Insoweit skeptisch: *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 362.

¹⁹⁴ Hiervon ausgehend: *Härtling*, DSGVO, Rn. 625; *Helfrich*, in: Sydow, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 66; *Kamlah*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 12; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 38; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 40; *Taeger*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 64; *Veil*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 84; *Weichert*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 46.

¹⁹⁵ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 41; zustimmend: *Herbst*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 23; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 52.

¹⁹⁶ *Atzert*, in: Schwartmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 91; *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 41; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DatenschutzR, Art. 22 DSGVO, Rn. 53; vgl. auch *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 38; *Taeger*, in: Taeger/Gabel,

Art. 22 II DSGVO sinnlos, wenn sich die Einwilligung auf das Entscheidungsergebnis bezöge. Die Ausübung dieses Rechts wäre dann in den Fällen des Art. 22 II lit. c DSGVO stets als widersprüchliches Verhalten zu werten. Zudem spricht auch EG 71 S. 3 DSGVO von der Einwilligung in die Entscheidungs*findung*. Schließlich muss die Einwilligung i.S.v. Art. 22 II lit. c DSGVO zeitlich *vor* der Entscheidung abgegeben werden.¹⁹⁷ Dies bedeutet, dass der Betroffene im Zeitpunkt der Erteilung der Einwilligung das Entscheidungsergebnis naturgemäß gar nicht kennen kann. Daher kann, anders als im Rahmen der Einwilligung in die Datenverarbeitung,¹⁹⁸ die fehlende Kenntnis des Betroffenen über den personalisierten Preis hier auch nicht zu einer Unvereinbarkeit der Einwilligung mit Art. 7 IV DSGVO führen. Stattdessen steht Art. 22 II lit. c DSGVO im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung dem Verantwortlichen als Zulässigkeitstatbestand uneingeschränkt zur Verfügung.¹⁹⁹ Daher ist der Hinweis von *Linderkamp*, Art. 7 IV DSGVO stehe nur bei personalisierten Preis*nachlässen* der Wirksamkeit der Einwilligung nicht entgegen,²⁰⁰ zumindest im Zusammenhang mit Art. 22 II lit. c DSGVO deplatziert.

c) Fazit: Bei Einschlägigkeit von Art. 22 I DSGVO ausdrückliche Einwilligung erforderlich

Zusammenfassend greift Art. 22 I DSGVO nur, wenn algorithmische Preispersonalisierung gegen unionsrechtliche bzw. unionsrechtlich determinierte Diskriminierungsverbote verstößt oder bei einer Abweichung vom Marktpreis von mindestens 20 % in Verbindung mit fehlenden Ausweichmöglichkeiten des Betroffenen. Die einzige Legitimationsmöglichkeit für den Verantwortlichen ist dann das Einholen einer ausdrücklichen Einwilligung. Art. 22 IV DSGVO spielt vorliegend keine Rolle, da die Anwendbarkeit von Art. 9 I DSGVO bereits verneint wurde²⁰¹.

6. Zulässigkeit nach § 31 BDSG

Möglicherweise stellt auch § 31 BDSG eine datenschutzrechtliche Hürde für algorithmische Preispersonalisierung auf.²⁰² Dafür müsste es sich bei dieser

DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 64; unklar: *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 22 DSGVO, Rn. 40.

¹⁹⁷ *Weichert*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 48; vgl. auch *Piltz*, K&R 2016, 629, 636.

¹⁹⁸ Siehe Kap. D.I.4.a)aa)(4)(c).

¹⁹⁹ So im Ergebnis auch *Zurth*, AcP 2021, 514, 541.

²⁰⁰ *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509, der wohl so zu verstehen ist.

²⁰¹ Siehe Kap. D.I.4.b).

²⁰² Wohl von Relevanz des § 31 BDSG ausgehend: *Zurth*, AcP 2021, 514, 541.

um Scoring handeln.²⁰³ Dies setzt zunächst voraus, dass im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung ein Wahrscheinlichkeitswert über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer natürlichen Person verwendet wird. Hiergegen wird vorgebracht, dass die Zahlungsbereitschaft eines bestimmten Kunden kein Verhalten, sondern eine Tatsache darstelle.²⁰⁴ Jedoch geht es bei der Personalisierung von Preisen sehr wohl auch um die Vorhersage eines zukünftigen Verhaltens und zwar um die Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmter Kunde einen bestimmten Preis akzeptiert und somit zu diesen Bedingungen kontrahiert.²⁰⁵

Das Prozedere müsste aber auch der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses dienen. *Linderkamp* scheint die Risikovermeidung als erforderlichen Zweck in § 31 I BDSG hineinzulesen und lehnt diesen im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung daher ab.²⁰⁶ Für diese Annahme bietet § 31 I BDSG jedoch keinerlei Grundlage. Vielmehr nennt er die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses als Zweck. Bei algorithmischer Preispersonalisierung geht es allerdings um die Entscheidung über *Vertragskonditionen*. Fraglich ist daher, ob auch solche Entscheidungen von § 31 BDSG erfasst sind. Während dies von *Weichert* bejaht wird,²⁰⁷ erfasst laut *Kamlah* die Variante der Durchführung zumindest „Scoring zum Zwecke der Erhöhung einer Kreditlinie oder der (weiteren) Hereinnahme von Sicherheiten“²⁰⁸. Der Wortlaut des § 31 I BDSG spricht aber gegen die tatbestandliche Erfassung von Entscheidungen über die Vertragskonditionen als tauglichen Zweck. Die Variante der Beendigung scheidet insoweit offensichtlich aus. Zudem beträfe das „Wie“ der Begründung nach dem natürlichen Wortsinn eher die Art und Weise des Vertragsschlusses als die Vertragskonditionen. Auch haben die Vertragskonditionen nichts mit der Durchführung eines Vertragsverhältnisses zu tun. Sie sind vielmehr Teil des Vertrages, der durchgeführt wird. Zwar wird teilweise auch der Schutz von Verbrauchern als ratio des § 31 I BDSG genannt.²⁰⁹ Jedoch besteht laut Gesetzesbegründung der primäre Zweck des § 31 I BDSG darin, Verbraucher vor Überschuldung zu schützen.²¹⁰ § 31 I BDSG wird also als eine Art Privilegierung für Scoring zum Schutz der Verbraucher gesehen. Zu dieser ratio

²⁰³ Wohl bejahend: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1075, Fn. 14; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 298; offengelassen bei *Hennemann*, AcP 2019, 818, 837.

²⁰⁴ *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509.

²⁰⁵ Bzgl. § 28b BDSG a.F.: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1017.

²⁰⁶ *Linderkamp*, ZD 2020, 506, 509.

²⁰⁷ *Weichert*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, § 31 BDSG, Rn. 8.

²⁰⁸ *Kamlah*, in: Plath, DSGVO/BDSG, § 31 BDSG, Rn. 19.

²⁰⁹ *Guggenberger*, in: Sydow, BDSG, § 31 BDSG, Rn. 3.

²¹⁰ BT-Drs. 18/11325, 101.

würde die Anpassung der Vertragskonditionen als erfasster Zweck jedoch nicht recht passen, denn zahlungsschwächeren Verbrauchern würden wegen des höheren Risikos z.B. in Darlehens- oder Versicherungsverträgen schlechtere Konditionen unterbreitet. Damit würde das Risiko der Verschuldung aber gerade steigen. Zudem sind Entscheidungen über die Vertragskonditionen nun einmal weniger einschneidend als Entscheidungen über die Begründung, Durchführung oder Beendigung von Vertragsverhältnissen. Es ergäbe daher durchaus Sinn, Entscheidungen über Vertragskonditionen nicht von § 31 I BDSG zu erfassen. Schließlich hätte der Gesetzgeber den Wortlaut ganz einfach anders fassen können, wenn er derartige Entscheidungen ebenfalls der Regulierung durch § 31 I BDSG hätte unterwerfen wollen. Somit erfasst § 31 I BDSG keine Entscheidungen über die Vertragskonditionen als tauglichen Zweck. Der Schutz der Verbraucher vor Überschuldung als ratio des § 31 I BDSG verbietet es auch, Fälle, in denen personalisierte Preise wegen ihrer Höhe eine faktische Vertragsverweigerung darstellen oder sich einer solchen zumindest annähern, als Entscheidung über die Begründung eines Vertragsverhältnisses zu erfassen. Gerade diese Fälle zu privilegieren, wäre für den Schutz der finanziellen Interessen von Verbrauchern offensichtlich kontraproduktiv. Somit ist § 31 I BDSG nicht auf die algorithmische Personalisierung von Preisen anwendbar.

§ 31 II BDSG ist ebenfalls nicht einschlägig, weil es bei algorithmischer Preispersonalisierung nicht um die Ermittlung der Zahlungsfähig- und Zahlungswilligkeit, sondern der Zahlungsbereitschaft geht. § 31 II BDSG betrifft jedoch die Prognose von Zahlungsausfällen, was der Wortlaut des § 31 II 1 BDSG eindeutig zeigt.

Da § 31 BDSG vorliegend ohnehin nicht einschlägig ist, kommt es im Rahmen dieser Arbeit nicht auf dessen Unionsrechtmäßigkeit an.²¹¹ Zudem ist die Frage der Anwendbarkeit des § 31 BDSG auf sog. weiche Bonitätsdaten irrelevant.²¹²

7. Zulässigkeit nach § 25 TTDSG

Nach *Schmidt* war vor Inkrafttreten des TTDSG für die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung offenbar auch die Vereinbarkeit mit § 15 III TMG erforderlich.²¹³ Nunmehr stellt sich allenfalls die Frage nach der Vereinbarkeit mit § 25 TTDSG. Allerdings wäre diese Vorschrift nur über Art. 95 DSGVO anwendbar, dessen Voraussetzungen

²¹¹ Zu dieser Problematik *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, § 31 BDSG, Rn. 4f.

²¹² Insoweit gegen die Anwendbarkeit von § 31 BDSG: *Wolff*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR, Fn. 697.

²¹³ *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1011.

durch Anbieter, die Preise personalisieren, jedoch nicht erfüllt sind²¹⁴. Auf den Regelungsgehalt des § 25 TTDSG kommt es daher gar nicht an. Wenn Anbieter, die Preise personalisieren, Nutzerprofile durch sog. Retargeting von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste erhalten, sind zwar letztere ggf. an § 25 TTDSG gebunden. Da diese Vorschrift aber, ebenso wie § 15 TMG,²¹⁵ nur die Datenverarbeitung durch den Diensteanbieter selbst regelt, handelt es sich hierbei um kein spezifisches Problem algorithmischer Preispersonalisierung.

8. Widerspruchsrecht nach Art. 21 II DSGVO als Folge der Verarbeitung zur Preispersonalisierung?

Art. 21 II DSGVO gewährt bei Verarbeitungen zum Zwecke der Direktwerbung ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht. Möglicherweise gilt dies auch für Verarbeitungen zur Preispersonalisierung.

Zunächst ist aber zu klären, ob in einer solchen Interpretation überhaupt ein Mehrwert für den Betroffenen läge. Schließlich ist die Zulässigkeit von Verarbeitungen zur Preispersonalisierung nach Art. 6 I 1 lit. f DSGVO ohnehin nur zu bejahen, wenn der Verantwortliche dem Betroffenen unter anderem ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht einräumt.²¹⁶ Allerdings ist Art. 21 II DSGVO anders als Art. 21 I DSGVO auch hinsichtlich der Rechtsgrundlage der Verarbeitung nicht beschränkt.²¹⁷ Zwar käme es bei einer Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. a DSGVO ebenfalls nicht auf das voraussetzungslose Widerspruchsrecht an, da dem Betroffenen in diesen Fällen ohnehin ein (ebenfalls voraussetzungsloses) Widerrufsrecht nach Art. 7 III DSGVO zusteht. Jedoch würde der Betroffene von einem voraussetzungslosen Widerspruchsrecht profitieren, wenn sich die Zulässigkeit der Verarbeitung wegen einer auf die personalisierte Preisbildung bezogenen Anfrage des Betroffenen auf Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO stützen lässt²¹⁸. Zwar macht ein Widerspruch bei einer einmaligen Anfrage des Betroffenen keinen Sinn. Allerdings ist darüber hinaus denkbar, dass der Betroffene durch Auswahl

²¹⁴ Siehe Kap. D.I.4.a)bb).

²¹⁵ *Jandt*, ZD 2018, 405, 408.

²¹⁶ Siehe hierzu Kap. D.I.4.a)dd)(2)(b).

²¹⁷ *Atzert*, in: Schwartmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 66; *Däubler*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 15; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 27; *Munz*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 38; wohl auch *Helfrich*, in: Sydow, DSGVO, Art. 21 DSGVO, Rn. 74; vgl. auch *Mantz/Marosi*, in: Specht/Mantz, HB DatenschutzR, § 3, Rn. 138; vgl. zudem den Vorschlag zum Anwendungsbereich des Art. 21 II DSGVO bei *DSK*, Erfahrungsbericht der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendung der DS-GVO, 26.

²¹⁸ Siehe hierzu Kap. D.I.4.a)cc).

einer entsprechenden Option auf der Website des Anbieters diesen auch mit Blick auf zukünftige Besuche der Website zur Personalisierung der Preise auffordert. In diesen Konstellationen würde die Position des Betroffenen durch ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht erheblich gestärkt.

Der Wortlaut des Art. 21 II DSGVO würde bei Verarbeitungen zur Preispersonalisierung gesprengt, weshalb allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht kommt. Zu bedenken ist jedoch, dass Verstöße gegen Art. 21 II, III DSGVO gem. Art. 83 V lit. b DSGVO bußgeldbewährt sind. Eine Bestrafung des Verantwortlichen würde bei analoger Anwendung des Art. 21 II, III DSGVO aber gegen den unionsrechtlichen *nulla poena*-Grundsatz nach Art. 49 I GRCh verstoßen. Dieser gilt nämlich auch für die Verhängung von Geldbußen.²¹⁹ Allerdings stünde Art. 49 I GRCh nur der Bestrafung, nicht jedoch der analogen Begründung eines voraussetzungslosen Widerspruchsrechts als solchem entgegen. Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.²²⁰ Während zumindest eine Regelungslücke – deren Planwidrigkeit an dieser Stelle noch außer Acht gelassen – offenbar besteht, ist die Vergleichbarkeit der Interessenlage weniger eindeutig. Zwar haben Direktwerbung und personalisierte Preise ihren individuellen und in wirtschaftlichen Interessen des Verantwortlichen begründeten Zuschnitt auf den Betroffenen gemeinsam. Zudem kann in der Personalisierung von Preisen durchaus der nächste und gewissermaßen „heftigere“ Schritt auf dem Weg des individualisierten Marketings gesehen werden.²²¹ Trotz des grundsätzlich weiten Verständnisses des Begriffs der Werbung im Unionsrecht²²² setzt Direktwerbung jedoch eine Kontaktherstellung durch den Verantwortlichen voraus²²³ und zeichnet sich gerade durch ihre damit verbundene belästigende Wirkung gegenüber dem Adressaten aus²²⁴. Genau dieses Charakteristikum, in dem gerade die Gefahr von Direktwerbung für den Betroffenen wurzelt, weisen personalisierte Preise jedoch nicht auf.²²⁵ Hier geht die Initiative vielmehr vom Betroffenen aus, indem er das jeweilige Angebot aufruft. Daher ist jedenfalls die Interessenlage nicht ver-

²¹⁹ EuGH, Urt. v. 12.12.1990, Rs. C-172/89 (Vandemoortele NV), BeckRS 2004, 74665, Rn. 9; vgl. auch EuGH, Urt. v. 31.03.2011, Rs. C-546/09 (Aurubis Bulgaria), BeckRS 2011, 80338, Rn. 42 f.

²²⁰ Siehe nur BGH, Urt. v. 13.03.2003 – I ZR 290/00, NJW 2003, 1932, 1933 mwN.

²²¹ In diese Richtung *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Digitale Welt und Handel, 21.

²²² *Kamann/Braun*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 21 DSGVO, Rn. 68.

²²³ *Caspar*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmann*, DatenschutzR, Art. 21 DSGVO, Rn. 21; *Grigorjew* in: *Roßnagel*, DatenschutzR, § 8, Rn. 163; *Herbst*, in: *Kühling/Buchner*, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 26; *Martini*, in: *Paal/Pauly*, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 48; vgl. bzgl. § 7 UWG auch *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 UWG, Rn. 2.

²²⁴ *Atzert*, in: *Schwartzmann et al.*, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 68.

²²⁵ A.A. wohl *Marcus/Helfrich*, in: *Sydow*, DSGVO, Art. 21 DSGVO, Rn. 77; *Martini*,

gleichbar, weshalb es auf die Planwidrigkeit der Regelungslücke nicht ankommt. Art. 21 II DSGVO ist somit nicht analog auf Verarbeitungen zur Preispersonalisierung anwendbar.

9. Datenschutzmanagement

Zu untersuchen ist schließlich, welche Auswirkungen Datenverarbeitungen zur Preispersonalisierung auf das erforderliche Datenschutzmanagement des Verantwortlichen haben.

a) Allgemeine Informationspflichten

Ob sich datenschutzrechtliche Informationen positiv²²⁶ oder negativ²²⁷ auf die Kundenwahrnehmung auswirken und somit die Akzeptanz gegenüber personalisierten Preisen erhöhen können, wird unterschiedlich beurteilt.²²⁸ Unabhängig davon verpflichtet die DSGVO den Verantwortlichen aber zur Bereitstellung bestimmter Informationen.

aa) Reichweite

Die Reichweite der allgemeinen Informations- und Auskunftspflichten bestimmt sich nach Art. 13, 14, 15 DSGVO. Diese schließt mangels Einschlägigkeit der Ausnahmen nach Art. 13 IV DSGVO und Art. 14 V DSGVO insbesondere die Information über den Verarbeitungszweck ein (vgl. Art. 13 I lit. c, 14 I lit. c, 15 I lit. a DSGVO). Bemerkenswert ist daher, dass diese Informationspflicht von Anbietern, die Preise personalisieren, bislang – soweit ersichtlich – schlicht ignoriert wird.²²⁹ Dies liegt wahrscheinlich an der abschreckenden Wirkung, die Anbieter durch die Preisgabe dieser Information befürchten²³⁰. Auch allgemein gehaltene Hinweise sind insofern nicht ausreichend. Erforderlich ist vielmehr ein expliziter Hinweis auf die personalisierte Preisbildung.²³¹

in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 48; in anderem Zusammenhang für eine Übertragbarkeit der Wertung des Art. 21 DSGVO auf personalisierte Preise: *Zurth*, AcP 2021, 514, 541.

²²⁶ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 359; vgl. auch *Martin/Borahl/Palmatier*, Journal of Marketing 2017, 36, 51.

²²⁷ *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 133.

²²⁸ Siehe hierzu auch Kap. B.I.1.e)aa).

²²⁹ *Geppott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 308; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 359.

²³⁰ *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1012; vgl. auch *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 9; *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 876; *Vogelsang*, Designing Smart Prices, 50 (Expertenzitat).

²³¹ *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 359.

Umstritten ist, ob die Informations- bzw. Auskunftspflichten über die involvierte Logik nach Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g, 15 I lit. h DSGVO auch greifen, wenn der Verantwortliche zwar Profiling betreibt, die Voraussetzungen des Art. 22 I DSGVO aber nicht vorliegen. Dahingehend wird von Teilen der Literatur der Passus „zumindest in diesen Fällen“ interpretiert.²³² Dieser Interpretation ist jedoch nicht zu folgen,²³³ da ein solcher Schluss keineswegs zwingend ist.²³⁴ Es liegt vielmehr nahe, dass der Einschub „einschließlich Profiling“ den gleichen lediglich klarstellenden Aussagegehalt wie bei Art. 22 I DSGVO hat.²³⁵ Der Wortlaut aus Art. 22 I DSGVO wurde nämlich exakt übernommen, was dafür spricht, dass auch nur in diesen Fällen über die involvierte Logik informiert werden muss. Daher kann dem Ordnungsgeber auch nicht die Aufnahme einer freiwilligen und damit überflüssigen Auskunft für sonstige Profilingmaßnahmen unterstellt werden.²³⁶ Außerdem fordert auch EG 71 S. 4 die Erläuterung der nach einer entsprechenden Bewertung getroffenen Entscheidung nur in Fällen des Art. 22 I DSGVO. Zudem kann eine weite Auslegung des Geltungsbereichs der Informationspflichten über die involvierte Logik keineswegs schlicht mit Art. 5 I lit. a DSGVO begründet werden.²³⁷ Schließlich wäre eine Annahme der Informationspflichten für sämtliche Profilingmaßnahmen vor dem Hintergrund der Bußgeldbewährung gem. Art. 83 V lit. b DSGVO rechtsstaatlich bedenklich.²³⁸ Daher setzen die Informations- bzw. Auskunftspflichten nach Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g, 15 I lit. h DSGVO die Einschlägigkeit von Art. 22 I DSGVO voraus.

²³² *Bäcker*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 22 DSGVO, Rn. 53, der für Informationspflichten über die involvierte Logik aber jedenfalls ein mit von Art. 22 I DSGVO erfassten Konstellationen vergleichbares Risiko für den Betroffenen fordert; *Franck*, in: Gola, DSGVO, Art. 13 DSGVO, Rn. 27; *Martini*, JZ 2017, 1017, Fn. 38; *Messter*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 13 DSGVO, Rn. 28; *Rühlicke*, in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 9, 35; *Schwartmann/Schneider*, in: Schwartmann et al., DSGVO/BDSG, Art. 13 DSGVO, Rn. 57.

²³³ So im Ergebnis auch *Eßer*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 13 DSGVO, Rn. 49; wohl auch *Albrecht/Joatzo*, DatenschutzR, Teil 4, Rn. 5; *Dreyer/Schulz*, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 24; *Härtling*, DSGVO, Rn. 60.

²³⁴ *Kamlah*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 13 DSGVO, Rn. 27; *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 13 DSGVO, Rn. 31; *Schmidt-Wudy*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 15 DSGVO, Rn. 77 (Stand: 01.11.2021).

²³⁵ *Veil*, in: Gierschmann et al., DSGVO, Art. 13 und 14 DSGVO, Rn. 117.

²³⁶ So aber *Rühlicke*, in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 9, 35.

²³⁷ In diese Richtung aber *Klar*, BB 2019, 2243, 2251.

²³⁸ *Kukmar/Roth-Isigkeit*, JZ 2020, 277, 282.

bb) Art und Weise

Art. 12 DSGVO regelt, wie der Verantwortliche den Betroffenen informieren muss. Auch im Rahmen von Verarbeitungen zur Preispersonalisierung stellt sich das allgemein bekannte Problem der praktischen Wirksamkeit datenschutzrechtlicher Informationen.²³⁹ Diese würden wohl in vollem Umfang nur durch einen separaten Hinweis auf die Preispersonalisierung an exponierter Stelle zur Geltung kommen.²⁴⁰ Zudem steht der Verantwortliche, wie auch sonst im Zusammenhang mit komplexen Verarbeitungsvorgängen, vor der Herausforderung, den Betroffenen verständlich und zugleich umfassend zu informieren.²⁴¹ Hinzukommt das Problem, dass den meisten Anbietern, die Preise personalisieren, an transparenten und nachvollziehbaren Informationen nicht gelegen sein dürfte.²⁴²

b) Informationspflichten bei Einschlägigkeit von Art. 22 DSGVO

Führt die personalisierte Preisbildung zur Anwendbarkeit von Art. 22 I DSGVO,²⁴³ muss der Verantwortliche über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung, über Tragweite und angestrebte Auswirkungen der Verarbeitung sowie über die involvierte Logik informieren (vgl. Art. 13 II lit. f, 14 II lit. g, 15 I lit. h DSGVO). Problematisch ist die Bestimmung des Begriffs der involvierten Logik. Im Kern geht es darum, wie detailliert über die Funktionsweise des Algorithmus informiert werden muss.²⁴⁴ Dieses Problem stellt sich aber nicht nur im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung, sondern vielmehr in allen Fällen, in denen die besondere Informationspflicht greift. Das Thema soll hier daher nicht weiter vertieft werden.

²³⁹ Miller, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 61; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 5; *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447, 455; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *Journal of Consumer Policy* 2017, 347, 363.

²⁴⁰ BT-Drs. 19/9772, 6; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 8; *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447, 455.

²⁴¹ Hierzu: *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 5; *Zander-Hayat/Reischl/Steffen*, *VuR* 2016, 403; bzgl. KI-Anwendungen: *Gausling*, *ZD* 2019, 335, 337.

²⁴² *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 9; *Rommel*, *Wirtschaftsdienst* 2016, 875, 876; *Vogelsang*, *Designing Smart Prices*, 50 (Expertenzeitat).

²⁴³ Siehe hierzu Kap. D.I.5a).

²⁴⁴ Zurückhaltend: *Art. 29-Datenschutzgruppe*, WP251rev.01, 28; *Biskil/Schmid*, *NJOZ* 2019, 657, 659; *Dix*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, *DatenschutzR*, Art. 13 DSGVO, Rn. 16; *Gausling*, *DSRITB* 2018, 519, 537; *Hohmann*, in: *Roßnagel*, *DSGVO*, § 3, Rn. 153; *Klar*, *BB* 2019, 2243, 2251; *Veil*, in: *Gierschmann et al.*, *DSGVO*, Art. 13 und 14 DSGVO, Rn. 128; dagegen für eine großzügigere Auslegung: *Hoeren/Niehoff*, *RW* 2018, 47; wohl auch *Mester*, in: *Taeger/Gabel*, *DSGVO/BDSG/TTDSG*, Art. 13 DSGVO, Rn. 29.

c) Angemessene Maßnahmen i.S.v. Art. 22 III DSGVO

Greift Art. 22 I DSGVO, muss der Verantwortliche die in Art. 22 III DSGVO angeordneten Maßnahmen ergreifen. Auch wenn Uneinigkeit über die Wirksamkeit der geforderten Maßnahmen im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung besteht,²⁴⁵ ergeben sich hier keine diese Preisstrategie betreffenden Besonderheiten.²⁴⁶ *Hennemann* weist jedoch zu Recht darauf hin, dass das Eingreifen einer natürlichen Person (vgl. Art. 22 III Hs. 2 DSGVO) an dem personalisierten Preis in den seltensten Fällen etwas ändern dürfte.²⁴⁷

d) Maßnahmen i.S.v. Art. 25 I, II DSGVO

Während Art. 25 I DSGVO eher eine allgemeine Zusammenfassung organisatorischer Maßnahmen vor dem Hintergrund der datenschutzrechtlichen Grundsätze enthält und daher als redundant bezeichnet werden kann,²⁴⁸ verlangt Art. 25 II DSGVO, dass bei einer auf eine Einwilligung gestützten Verarbeitung diese erst aktiv erteilt werden muss²⁴⁹. Dies gilt selbstverständlich auch für Verarbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung.²⁵⁰

e) Angemessene Maßnahmen i.S.v. Art. 32 DSGVO

Die nach Art. 32 DSGVO zu ergreifenden Maßnahmen hängen davon ab, welche Daten zur Preispersonalisierung verarbeitet werden. Vorliegend werden die erhobenen Daten erst dadurch wirtschaftlich wertvoll, dass sie vom Algorithmus zusammengeführt werden und so eine bestimmte Zahlungsbereitschaft berechnet wird. Von den Daten als solchen geht daher grundsätzlich kein gesteigertes Risiko aus. Dies ändert sich erst bei Zugriffsmöglichkeiten Unbefugter auf den Preisalgorithmus. Unabhängig davon können natürlich auch die einzelnen Daten mit gesteigerten Risiken für den Betroffenen verbunden sein. Dies hängt jedoch von den konkreten Daten ab und steht in keinem direkten Zusammenhang mehr mit dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit.

²⁴⁵ Von der Erforderlichkeit eines allgemeinen Widerspruchsrechts ausgehend: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1016; in Art. 22 III DSGVO dagegen eher einen „zahnlosen Tiger“ sehend: *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 362.

²⁴⁶ Mit Bezug auf § 6a BDSG a.F. für das Gewähren eines Widerspruchsrechts durch den Verantwortlichen: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018.

²⁴⁷ *Hennemann*, AcP 2019, 818, 836 f.

²⁴⁸ *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1846; *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 835.

²⁴⁹ *Baumgartner*, in: *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 25 DSGVO, Rn. 17; *Wolff*, in: *Schantz/Wolff*, DatenschutzR, Rn. 838.

²⁵⁰ Vgl. *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 409.

f) Datenschutz-Folgenabschätzung und Erforderlichkeit eines Datenschutzbeauftragten

Stellt die personalisierte Preisbildung eine Entscheidung i.S.v. Art. 22 I DSGVO dar, hat der Verantwortliche gem. Art. 35 III lit. a DSGVO eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen, da algorithmische Preispersonalisierung auf einer systematischen und umfassenden Bewertung persönlicher Aspekte natürlicher Personen basiert. Unabhängig davon ist die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 I 1 DSGVO stets erforderlich, wenn die Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat. Dies ist der Fall, wenn die

„Möglichkeit des Eintritts eines Ereignisses (besteht), das selbst einen Schaden (einschließlich ungerechtfertigter Beeinträchtigung von Rechten und Freiheiten natürlicher Personen) darstellt oder zu einem weiteren Schaden für eine oder mehrere natürliche Personen führen kann“²⁵¹.

Konkretisierend nennt EG 75 DSGVO Diskriminierungen des Betroffenen und finanziellen Verlust. Aus algorithmischer Preispersonalisierung resultiert unmittelbar die Gefahr für den Betroffenen, finanzielle Nachteile zu erlangen und Opfer rechtswidriger Diskriminierung zu werden. Darüber hinaus spricht vorliegend angesichts des Algorithmeinsatzes die Verwendung neuer Technologien (vgl. Art. 35 I 1 DSGVO) für ein erhöhtes Risiko. Daher haben Anbieter, die personenbezogene Daten zur algorithmischen Preispersonalisierung verarbeiten, stets eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen. Aus diesem Grund ist auch ein Datenschutzbeauftragter zu benennen (vgl. Art. 37 IV 1 Hs. 2 DSGVO i.V.m. § 38 I 2 BDSG).

10. Haftung bei datenschutzrechtswidriger algorithmischer Preispersonalisierung

Als Folge datenschutzrechtswidriger algorithmischer Preispersonalisierung kommt zunächst ein Anspruch des Betroffenen auf Ersatz des materiellen Schadens nach Art. 82 I Var. 1 DSGVO in Betracht. Ein Vermögensschaden setzt in concreto voraus, dass sich entweder der personalisierte Preis durch eine unzulässige Datenverarbeitung erhöht hat²⁵² oder dass der Unternehmer seine datenschutzrechtlichen Informationspflichten verletzt hat und der Verbraucher den Vertrag bei Einhaltung der Informationspflichten zu günstigeren Konditionen bei der Konkurrenz abgeschlossen hätte²⁵³. Auch im Rah-

²⁵¹ DSK, Kurzpapier Nr. 18, 1.

²⁵² Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 82 DSGVO, Rn. 12.

²⁵³ In diesen Fällen parallel bei der Verletzung einer etwaigen Hinweispflicht aus §§ 311 II, 241 II BGB einen Vermögensschaden bejahend: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 63 f.; vgl. auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 844.

men von Art. 82 I Var. 1 DSGVO kann es zudem generell nur bei anschließendem Vertragsschluss zu einem Vermögensschaden kommen. Gleichwohl lässt diese Voraussetzung den Zurechnungszusammenhang und somit die Kausalität nicht entfallen.²⁵⁴

Daneben besteht ggf. ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens gem. Art. 82 I Var. 2 DSGVO. Zentrale Voraussetzung ist ein wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO entstandener immaterieller Schaden. Aufgrund des in erster Linie immateriellen Schutzzwecks des Datenschutzrechts wird ein solcher Schaden teilweise bei jedem Verstoß bejaht.²⁵⁵ Doch auch wenn man für die Annahme eines immateriellen Schadens eine persönlichkeitsbezogene Beeinträchtigung von einigem Gewicht verlangt,²⁵⁶ wird ein solcher durch Datenschutzrechtsverstöße im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung regelmäßig verursacht. Derartige Verstöße stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Profilbildung in Abhängigkeit der Zahlungsbereitschaft und stellen somit durchaus eine persönlichkeitsbezogene Beeinträchtigung von einigem Gewicht dar. Maßgeblich für die Höhe der zu leistenden Entschädigung ist die Schwere des Verstoßes.²⁵⁷ Orientierungshilfe können insoweit die Kriterien des Art. 83 II DSGVO geben.²⁵⁸ Hiernach ist auch im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung eine Vielzahl unterschiedlich schwerwiegender Verstöße denkbar, weshalb sich eine Pauschalisierung verbietet. Ganz allgemein sei jedoch angemerkt, dass auch²⁵⁹ der nach Art. 82 I Var. 2 DSGVO geschuldete Ersatz abschreckende Wirkung haben soll²⁶⁰.

²⁵⁴ Siehe hierzu bereits Kap. C.I.6.d)bb).

²⁵⁵ *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 82 DSGVO, Rn. 13; jedenfalls von geringen Hürden für die Annahme eines immateriellen Schadens ausgehend: *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 82 DSGVO, Rn. 18c; *Moos/Schefzig*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 82 DSGVO, Rn. 32; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 82 DSGVO, Rn. 31 (Stand: 01.11.2021).

²⁵⁶ So z.B. *Becker*, in: Plath, DSGVO/BDSG, Art. 82 DSGVO, Rn. 4c.

²⁵⁷ *GolaPiltz*, in: Gola, DSGVO, Art. 82 DSGVO, Rn. 13.

²⁵⁸ *Boehm*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 82 DSGVO, Rn. 27; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 82 DSGVO, Rn. 31 (Stand: 01.11.2021).

²⁵⁹ Siehe zu § 21 II 3 AGG bereits Kap. C.I.6.d)cc).

²⁶⁰ *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 82 DSGVO, Rn. 18; *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 82 DSGVO, Rn. 31 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch EG 146 S.6 DSGVO. Zudem soll der Schadensbegriff der DSGVO nach EG 156 S.3 DSGVO im Lichte der Rechtsprechung des EuGH ausgelegt werden. Dieser fordert ebenfalls in st. Rspr. eine abschreckende Wirkung von Schadenersatzansprüchen, siehe nur EuGH, Urt. v. 17.12.2015, Rs. C-407/14 (Arjona Camacho/Securitas Seguridad España), EuZW 2016, 183, Rn. 31 mwN.

Für beide Ansprüche wird das Verschulden des Verantwortlichen gem. Art. 82 III DSGVO widerlegbar vermutet.

II. Reformvorschläge

Nachdem der datenschutzrechtliche Rechtsrahmen dargestellt wurde, ist auf den etwaigen Handlungsbedarf de lege ferenda einzugehen.

1. Verbot der Datenverarbeitung zum Zwecke der Preispersonalisierung

Als radikalste Maßnahme bestünde die Möglichkeit, Verarbeitungen personenbezogener Daten zum Zwecke der Preispersonalisierung gänzlich zu verbieten.²⁶¹ Diese Lösung wäre allerdings zu unflexibel und daher nicht interessengerecht. Sie wäre auch nicht vereinbar mit der Grundkonzeption des Datenschutzrechts, dem absolute Verarbeitungsverbote zu Recht fremd sind. Maßgeblich ist stattdessen ein Ausgleich zwischen den Interessen des Verantwortlichen und des Betroffenen. Zur Erreichung dieses Ziels sind absolute Verarbeitungsverbote aber ungeeignet. Zudem haben die Ausführungen gezeigt, dass Datenverarbeitungen zum Zwecke der algorithmischen Preispersonalisierung bereits jetzt nur ausnahmsweise zulässig sind. Ein absolutes Verarbeitungsverbot erscheint daher nicht erforderlich.

2. Anpassung des Koppelungsverbots

Wie dargestellt,²⁶² taugt die Einwilligung wegen Art. 7 IV DSGVO nur sehr eingeschränkt als Rechtsgrundlage für Verarbeitungen zur Preispersonalisierung. Dieser Befund schränkt die Möglichkeiten datenschutzrechtskonformer Preispersonalisierung nicht unerheblich ein. Allerdings stellt das Koppelungsverbot zugleich einen Grundpfeiler zur Sicherung der Freiheit der Einwilligung und damit der datenschutzrechtlichen Selbstbestimmung dar. Ein „Drehen“ am Koppelungsverbot in Fällen algorithmischer Preispersonalisierung würde die Gefahr einer Relativierung des Art. 7 IV DSGVO auch in anderem Kontext bergen und grundlegenden datenschutzrechtlichen Prinzipien diametral widersprechen. Zudem bleibt im Zusammenhang mit Art. 7 IV DSGVO die Möglichkeit wirksamer Einwilligungen in die Verarbeitung zur Preispersonalisierung unter Voraussetzungen bestehen, die für die Verantwortlichen gerade besonders vielversprechend sind (höherer personali-

²⁶¹ *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 23.

²⁶² Siehe Kap. D.I.4.a)aa)(4)(c).

sierter Preis).²⁶³ Eine Anpassung des Koppelungsverbot es ist daher insofern nicht geboten.

Allerdings läuft Art. 7 IV DSGVO in seiner jetzigen Konzeption Gefahr, gerade auf Konstellationen, in denen keine datenschutzfreundliche Alternative besteht, nach dem Wortlaut nicht anwendbar zu sein. Denn in derartigen Fällen besteht die Möglichkeit, dass die Verarbeitung zur Erfüllung des Vertrages im weiteren Sinne erforderlich ist.²⁶⁴ Dieser Widerspruch zum eigentlichen Ziel des Koppelungsverbot es kann zwar durch eine teleologische Erweiterung des Art. 7 IV DSGVO umgangen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre eine Klarstellung, dass das Koppelungsverbot auch in derartigen Konstellationen gilt, aber wünschenswert.

3. Erweiterung des Kataloges in Art. 9 I DSGVO

Im Raum steht auch eine Erweiterung des Kataloges des Art. 9 I DSGVO um wirtschaftliche Aspekte, wie beispielsweise die Zahlungsbereitschaft. Allerdings würde dies aus denselben Gründen wie die Erweiterung bestehender Diskriminierungsverbote um das Merkmal der Zahlungsbereitschaft²⁶⁵ keinen Sinn ergeben. Diese stellt lediglich das *Ergebnis* der Datenanalyse dar, wird vom Verantwortlichen jedoch nicht selbst erhoben.²⁶⁶ Somit bliebe nur die Möglichkeit, dass die Zahlungsbereitschaft aus anderen Daten indirekt hervorgeht. Allerdings erfordert auch das „Hervorgehen“ i.S.v. Art. 9 I DSGVO zumindest einen mittelbaren bzw. indirekten Zusammenhang zwischen den erhobenen Daten und der genannten Kategorie.²⁶⁷ Dieser kann jedoch aus den genannten Gründen²⁶⁸ nicht angenommen werden. Eine Erweiterung des Art. 9 I DSGVO wäre daher nicht zielführend.

²⁶³ Siehe hierzu Kap. D.I.4.a)aa)(4)(c).

²⁶⁴ Siehe Kap. D.I.4.a)aa)(4)(a).

²⁶⁵ Siehe Kap. C.II.

²⁶⁶ Parallel dazu stellt die Zahlungsbereitschaft diskriminierungsrechtlich kein Kriterium dar, sondern ist vielmehr der Seite des Diskriminierungsgrundes zuzuordnen, siehe Kap. C.I.1.a)dd).

²⁶⁷ *Albers/Veit*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 9 DSGVO, Rn. 22 (Stand: 01.11.2021); *Greve*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 16; *Mester*, in: Taegerl/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 6; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR, Art. 9 DSGVO, Rn. 11; *Schiff*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 9 DSGVO, Rn. 13; *Schulz*, in: Gola, DSGVO, Art. 9 DSGVO, Rn. 13; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 9 DSGVO, Rn. 4; *Wedde*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 10; *Weichert*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 9 DSGVO, Rn. 22.

²⁶⁸ Siehe hierzu Kap. C.I.1.a)dd).

4. Ausweitung des Technikbezugs der DSGVO

Möglicherweise würden Betroffene von einem stärkeren Technikbezug der DSGVO profitieren. Im Rahmen algorithmischer Preispersonalisierung wäre der Tatbestand des Art. 22 I DSGVO insoweit allerdings die einzige denkbare Stellschraube. Dessen Voraussetzungen könnten vor allem mit Blick auf die Begriffe der rechtlichen Wirkung bzw. der erheblichen Beeinträchtigung in ähnlicher Weise entschärft werden. Der Mehrwert für Betroffene hielte sich aber zumindest bzgl. der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit in Grenzen, denn insoweit sind die allgemeinen Hürden für Verarbeitungen zur Preispersonalisierung bereits relativ hoch. Dagegen ist eine Rechtfertigung im Rahmen von Art. 22 DSGVO für den Verantwortlichen sogar tendenziell leichter, da hier das Koppelungsverbot der Wirksamkeit der Einwilligung nicht entgegensteht,²⁶⁹ wenngleich diese ausdrücklich erfolgen muss. Stattdessen läge der Mehrwert eines erweiterten Art. 22 I DSGVO vor allem darin, dass den Verantwortlichen dann häufiger eine Informationspflicht über die involvierte Logik träfe. Um dies zu erreichen, ist aber keine Änderung des Art. 22 I DSGVO nötig. Stattdessen sollte hierfür an der Informationspflicht selber angesetzt werden.

5. Erweiterung der Zwecke bei § 31 I BDSG

In Betracht kommt ferner eine Erweiterung der Zwecke in § 31 I BDSG dahingehend, dass auch Entscheidungen über die Vertragskonditionen erfasst sind. Dies würde jedoch, sofern man wie oben vertreten Preispersonalisierung im Übrigen unter Scoring subsumiert,²⁷⁰ wohl zur endgültigen datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit dieser Preisstrategie führen. So werden die zur Preispersonalisierung erhobenen Daten die Anforderungen des § 31 I Nr. 2 BDSG in aller Regel nicht erfüllen können. Die daraus resultierende datenschutzrechtliche Unzulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung wäre ein erheblicher Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit der Anbieter. Dieser wäre zudem schwer zu rechtfertigen, da ein Scoring im Zusammenhang mit den Vertragsbedingungen für den Betroffenen in der Regel nicht so folgenschwer wie ein Scoring im Zusammenhang mit der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses ist. Von einer Erweiterung des § 31 I BDSG ist daher abzusehen.

²⁶⁹ Siehe Kap. D.I.5.b)cc).

²⁷⁰ Siehe Kap. D.I.6.

6. Erweiterung des Art. 21 II, III DSGVO auf personalisierte Preisbildung

Zwar wurde die Vergleichbarkeit der Interessenlagen im Zusammenhang mit Direktwerbung und personalisierter Preisbildung verneint.²⁷¹ Möglicherweise wäre ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht aber trotzdem auch bei Datenverarbeitungen zur Preispersonalisierung angemessen. Zwar fehlt es diesbezüglich im Vergleich zur Direktwerbung an der Aufdringlichkeit der Praktik gegenüber dem Betroffenen. Dafür wiegen aber bei Verarbeitungen zur Preispersonalisierung die potenziellen Folgen für den Betroffenen schwerer. Insoweit besteht für den Betroffenen die Gefahr, vom Verantwortlichen diskriminiert zu werden und einen höheren Preis zu erhalten. Direktwerbung wirkt sich für den Betroffenen dagegen allenfalls mittelbar aus. Daher sind die Risiken für die Rechte und Freiheiten des Betroffenen im Rahmen von Verarbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung zumindest nicht geringer als im Rahmen von Verarbeitungen zur Direktwerbung. Ferner lässt sich die Beschränkung eines voraussetzungslosen Widerspruchsrechts nicht mit einer angeblichen Privilegierung der Direktwerbung durch EG 47 S. 7 DSGVO begründen,²⁷² da dieser lediglich klarstellt, dass auch das Schalten von Direktwerbung als berechtigtes Interesse i.S.v. Art. 6 I 1 lit. f DSGVO anzusehen ist. Eine wertende Privilegierung enthält EG 47 S. 7 DSGVO dagegen nicht. Zudem würden sich die Folgen eines Widerspruchsrechts für den Verantwortlichen dadurch in Grenzen halten, dass dieses nur ex nunc wirkt²⁷³. Daher erscheint eine Erweiterung der Art. 21 II, III DSGVO auf Verarbeitungen zum Zwecke der Preispersonalisierung geboten und angemessen.

7. Ergänzung des Art. 12 DSGVO

Durch eine Pflicht zum Hinweis auf personalisierte Preisbildung als Verarbeitungszweck an exponierter Stelle könnte die Wirkkraft der den Verarbeitungszweck betreffenden Informationspflicht deutlich erhöht werden.²⁷⁴ Die praktische Wirksamkeit „herkömmlicher“ datenschutzrechtlicher Informationen ist jedoch ein Problem, das sich allgemein stellt und nicht nur die algorithmische Preispersonalisierung betrifft. Die Idee hinter einer Hinweis-

²⁷¹ Siehe Kap. D.I.8.

²⁷² So aber *Schantz*, in: Schnatz/Wolff, DatenschutzR, Rn. 1233.

²⁷³ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 33; *Kamann/Braun*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, Art. 21 DSGVO, Rn. 55; *Martini*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 51.

²⁷⁴ BT-Drs. 19/9772, 6; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 8; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 455.

pflicht an exponierter Stelle ist vielmehr, den Kunden vor derartigen Preisstrategien als besonders „gefährlichen“ Praktiken zu warnen. Diese Motivation ist jedoch primär Verbraucherschutzrechtlicher Natur, was auch die Verortung der neuen Hinweispflicht bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung in Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB²⁷⁵ zeigt. Das Datenschutzrecht wäre daher der falsche Ort für eine solche Änderung.

8. Erweiterung der Informationspflichten

Schließlich kommt eine Erweiterung der Informations- und Auskunftspflichten über die involvierte Logik auf Profilingmaßnahmen, die nicht die Voraussetzungen des Art. 22 I DSGVO erfüllen, in Betracht.²⁷⁶ Dies würde zwar auch algorithmische Preisdiskriminierung, die keine Entscheidung i.S.v. Art. 22 I DSGVO darstellt, betreffen. Gleichwohl handelt es sich um eine Frage, die nicht spezifisch den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit betrifft und daher außen vor bleiben soll.

III. Zusammenfassung

Das Datenschutzrecht stellt einige Hürden für eine rechtskonforme algorithmische Preispersonalisierung auf. Zunächst sollten Daten aus Kundenaccounts wegen des dargestellten Konflikts mit dem Zweckbindungsgrundsatz nicht zur Preispersonalisierung verarbeitet werden. Zudem haben die Ausführungen gezeigt, dass bereits die Rechtfertigung der Verarbeitung allgemeiner Kategorien personenbezogener Daten zum Zwecke der algorithmischen Preispersonalisierung den Verantwortlichen vor Herausforderungen stellt. So kann auf eine Einwilligung des Betroffenen wegen der spezifischen Probleme, die sich bei Verarbeitungen zur Preispersonalisierung mit Art. 7 IV DSGVO ergeben, nur eingeschränkt gebaut werden. Zudem scheidet mangels Vertragsschlusses Art. 6 I lit. b Var. 1 DSGVO als Rechtsgrundlage aus, weshalb bei entsprechender Website-Gestaltung und Auswahl durch den Betroffenen nur eine Rechtfertigung nach Art. 6 I 1 lit. b Var. 2 DSGVO in Betracht kommt. Art. 6 I 1 lit. f DSGVO legitimiert die Verarbeitung zur Preispersonalisierung wegen der erheblichen Risiken für den Betroffenen nur, wenn der Verantwortliche zusätzliche Transparenz schafft und dem Betroffenen zugleich ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht gewährt. Im Rahmen von Art. 9 I DSGVO wurde der Verarbeitungskontext in die Be-

²⁷⁵ Siehe zu dieser Kap. G.I.3.b)cc)(1).

²⁷⁶ In diese Richtung wohl *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 8.

urteilung von Verarbeitungen zur Preispersonalisierung einbezogen. Auch wurde dargelegt, dass allein Verstöße gegen rein nationale Diskriminierungsverbote den Tatbestand von Art. 22 I Var. 2 DSGVO nicht begründen können und dieser auch nicht gegenüber einer mittelbaren Drittwirkung der Gleichheitssätze der GRCh offen ist. Stattdessen lässt sich eine erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise durch algorithmische Preispersonalisierung nur bejahen, wenn der personalisierte Preis mindestens 20% über dem Marktpreis liegt und dem Betroffenen zugleich Ausweichmöglichkeiten fehlen. Zudem haben die Ausführungen Klarheit über die Zulässigkeit algorithmischer Preispersonalisierung, die unter Art. 22 I DSGVO fällt, gebracht und insbesondere die Unterschiede zwischen einer Einwilligung in die Datenverarbeitung und einer Einwilligung in die Entscheidungsfindung i.S.v. Art. 22 DSGVO herausgearbeitet. Die Anwendbarkeit von § 31 I BDSG wurde in Ermangelung eines einschlägigen Entscheidungszwecks verneint. Auch wurde dargestellt, warum Art. 21 II, III DSGVO nicht analog auf Verarbeitungen zum Zwecke algorithmischer Preispersonalisierung anwendbar ist.

Schließlich wurden Handlungsoptionen *de lege ferenda* aufgezeigt. Abgelehnt wurde in diesem Zusammenhang ein absolutes Verarbeitungsverbot, eine grundsätzliche Anpassung des Koppelungsverbots, eine Erweiterung von Art. 9 I DSGVO, ein Herabsenken der Voraussetzungen des Art. 22 I DSGVO, eine Erweiterung der von § 31 I BDSG erfassten Zwecke, eine Ergänzung des Art. 12 DSGVO um eine Hinweispflicht an exponierter Stelle sowie eine Erweiterung der Auskunft- und Informationspflichten über die involvierte Logik auf Profilingmaßnahmen, die nicht unter Art. 22 I DSGVO fallen. Es sollte jedoch sichergestellt werden, dass das Fehlen einer datenschutzfreundlichen Alternative nicht zur Unanwendbarkeit von Art. 7 IV DSGVO führt. Schließlich ist parallel zu Art. 21 II, III DSGVO auch bei Verarbeitungen zur algorithmischen Preispersonalisierung ein voraussetzungsloses Widerspruchsrecht geboten.

E. Kartellrecht

Algorithmische Preisdiskriminierung erfolgt durch algorithmische Preissetzung, die mit dem Untersuchungsgegenstand daher untrennbar zusammenhängt. Preissetzung wiederum kann ein kartellrechtlich relevantes Verhalten darstellen und zwar unabhängig davon, ob sie das Ergebnis der Dynamisierung oder der Personalisierung von Preisen ist. Daher erfolgt nun eine kartellrechtliche Bewertung algorithmischer Preisdiskriminierung. Wie auch in den vorangegangenen Kapiteln wird zunächst die aktuelle Rechtslage untersucht, um anschließend den legislativen Handlungsbedarf zu erörtern.

I. Rechtsrahmen

1. Kartellverbot

Der Einsatz von (Preis-)algorithmen kann sich kollusionsfördernd auswirken.¹ Diese Gefahr wird durch die hohe Transparenz auf Onlinemärkten, auf denen Preissoftware typischerweise eingesetzt wird, verstärkt.² Als erstes bedarf daher die Vereinbarkeit algorithmischer Preisdiskriminierung mit dem Kartellverbot aus Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB der näheren Betrachtung.

a) Preissoftware als Unterstützer traditioneller Kartelle

Zunächst kann mit Hilfe autonomer³ Preissoftware die Realisierung traditioneller Kartellabsprachen erleichtert werden. Denn Preisabsprachen lassen sich durch den Einsatz von Software automatisch umsetzen.⁴ Zugleich ist die Gefahr geringer, dass die Absprache von einzelnen Kartellanten gebrochen

¹ Gal, Berkeley Technology Law Journal 2019, 67, 69 f.; Vahrenholt, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 20; Wolf, NZKart 2019, 2, 5.

² Wolf, NZKart 2019, 2, 6.

³ Die Autonomie ist nur zu bejahen, wenn dem Algorithmus bzgl. der konkreten, die Absprache umsetzenden Preissetzung „freie Hand bleibt“, vgl. Salaschek/Serafimova, WuW 2018, 8.

⁴ ADLC/BKartA, Algorithms and Competition, 28; Bernhardt, NZKart, 2019, 314, 315; Mehra, Minnesota Law Review 2016, 1323, 1340; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Rn. 184 ff.; OECD, Algorithms and Collusion, 27.

wird.⁵ Außerdem besteht die Befürchtung, dass die Durchführung von Preisabsprachen mittels Preisalgorithmen zu einem Absinken der Hemmschwellen von Unternehmen führen könnte, da die entsprechenden Preise „lediglich“ durch den Algorithmus gesetzt werden.⁶ Unabhängig davon bleibt festzuhalten, dass Konstellationen, in denen Preisalgorithmen der bloßen Umsetzung von herkömmlichen Preisabsprachen dienen, selbstverständlich vom Kartellverbot erfasst sind. Ob die entsprechenden Preise manuell oder automatisch gesetzt werden, kann keinen Unterschied machen.⁷

b) Neue Möglichkeiten der Preisanpassung durch Einsatz von Preissoftware

Der Einsatz von Preissoftware eröffnet Unternehmen neue Möglichkeiten der Preissetzung, deren Folgen mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellverbots bedenklich sein können.

Algorithmische Preisdynamisierung ermöglicht eine Anpassung der eigenen Preise an die aktuelle Marktsituation in Echtzeit.⁸ Infolgedessen wird das Marktgeschehen und vor allem die Preissetzung der Wettbewerber selbst auf einem unübersichtlichen Markt transparent.⁹ Ein Orientieren am Preissetzungsverhalten der Wettbewerber wird dadurch in einer Weise erleichtert, wie sie für Oligopolmärkte typisch ist.¹⁰ Dieser Effekt könnte dadurch ver-

⁵ CMA, Decision of the Competition and Markets Authority, Case 50223, 82.

⁶ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 42, 44.

⁷ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 28; *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 103 (Stand: Mai 2021); *Bernhardt*, NZKart, 2019, 314, 316; *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 176; *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 101; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 38, 42; *Hoffmann*, in: Dausies/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, I. Kartellrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 29 (Stand: Juli 2021); *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 3; *Künstner*, GRUR 2019, 36, 38; *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 690; *Paschke*, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR, Art. 101 AEUV, Rn. 183; *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 637; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 11; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 24 ff., Rn. 39; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 191 ff.; *Wiedemann*, in: Wiedemann, KartellR, § 1, Rn. 36c; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 3; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 20; *Zimmer*, in: Immengal/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 I AEUV, Rn. 77.

⁸ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 61 ff.; *Göhl*, WuW 2018, 121, 121 f.; *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 689; *OECD*, Algorithms and Collusion, 22; *Paal*, GRUR 2019, 43, 43 f.; *Paal/Kumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 134 (Stand: 01.11.2021); *Schleusener*, Wirtschaftsdienst 2016, 868; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 20.

⁹ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 61 f., 72, 77; *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 180 ff.; *Paal/Kumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 134 (Stand: 01.11.2021); *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 21.

¹⁰ *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 57 f.; *Göhl*, WuW 2018, 121, 123 f.; *Künstner*, GRUR 2019, 36, 38; *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688,

stärkt werden, dass neben der Anpassung der eigenen Preise auch die Vorhersehbarkeit des Preissetzungsverhaltens der Wettbewerber verbessert wird, wenn diese Preissoftware einsetzen. Denn Algorithmen sind wegen ihrer Rationalität berechenbarer als Menschen.¹¹ Zusätzlich können Preisalgorithmen das Preissetzungsverhalten der Wettbewerber analysieren und so für die Zukunft vorhersagen.¹² Daher wird befürchtet, dass der Einsatz von Preissoftware zu Preisangleichungen (sog. implizite Kollusionen) führt.¹³ Dieses Risiko könnte zukünftig¹⁴ noch wachsen, indem intelligente Preissoftware eingesetzt wird, die eine Angleichung der eigenen Preise an die der Wettbewerber als wirtschaftlich profitabelste Preisstrategie ausmacht.¹⁵

Die durch den Einsatz von Preissoftware entstehende neue „Dimension“ von Möglichkeiten der Preisanpassung könnte dazu führen, dass sich Preisvorstöße einzelner Wettbewerber nicht mehr lohnen. Diese würden von Preisalgorithmen sofort erkannt, sodass der Vorstoß durch entsprechende Preisanpassungen der Konkurrenz ausgeglichen wird.¹⁶ Die Folge wäre eine Lähmung des Preiswettbewerbs mit negativen Auswirkungen für die Verbraucher.¹⁷ Befürchtet wird daher ein steigendes Preis-

692; *Mehra*, JECLP 2016, 470, 473; *OECD*, Algorithms and Collusion, 34 ff.; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 32; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 21; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 101 I AEUV, Rn. 98.

¹¹ *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, I. Kartellrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 30 (Stand: Juli 2021); *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 20; vgl. auch *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 77.

¹² *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 61, 73, 75.

¹³ *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555; *EU-Kommission*, Pressemitteilung v. 24.07.2018; *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 75; *Göhl*, WuW 2018, 121, 121 f.; *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, I. Kartellrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 28, Rn. 30 (Stand: Juli 2021); *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 180 ff., Rn. 199, Rn. 230; *OECD*, Algorithms and Collusion, 24, 34 ff.; *PaallKumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 134 (Stand: 01.11.2021); *Paschke*, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR, Art. 101 AEUV, Rn. 187; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 32; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 101 I AEUV, Rn. 78; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 368.

¹⁴ Den gegenwärtigen Einsatz selbstlernender Preissoftware zurecht anzweifeln: *Künstner*, GRUR 2019, 36, 37; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 33.

¹⁵ *ADLC/BKartA*, Algorithms and competition, 47, 50 f.; *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 71 ff., 78; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10, 13; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 32; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 208; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 22; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 101 I AEUV, Rn. 75.

¹⁶ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 73.

¹⁷ *Düeck/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 98; *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 63; *Göhl*, WuW 2018, 121, 121 f.; *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 30 (Stand: Juli 2021); *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 689 f.; *PaallKumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 134

niveau¹⁸ bzw. wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, wie sie (auch) für Kartellabsprachen typisch sind^{19, 20}. Erwähnt sei aber andererseits, dass eine durch den Einsatz von Preisalgorithmen erhöhte Markttransparenz den Preiswettbewerb auch beleben kann,²¹ was hinsichtlich der Zielsetzung des Kartellrechts unbedenklich wäre. So können Preissenkungen auch dazu führen, dass von Wettbewerbern eingesetzte Preissoftware den Preis ebenfalls senkt. Dies käme den Verbrauchern zugute, wohingegen die Umsätze der Unternehmen sinken würden.²²

Unabhängig von ihren Auswirkungen auf den jeweiligen Markt geht die geschilderte Situation aber nicht über das bloße Beobachten des Marktverhaltens der Wettbewerber und die Anpassung des eigenen Marktverhaltens hinaus. Trotz der neuen Möglichkeiten, die Preissoftware mit Blick auf die Anpassung der eigenen Preise an die Preise der Wettbewerber schafft, handelt es sich hier um ein kartellrechtlich zulässiges Parallelverhalten.²³ Es fehlt nämlich an einer Kontaktaufnahme bzw. einem Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern.²⁴ Gerade daran knüpft das Kartellverbot aber an.²⁵ Es stellt dagegen keine reine „Marktergebniskontrolle“ dar,²⁶ was auch für (quasi)oligopolartige Märkte nicht anders zu beurteilen ist²⁷. Diese

(Stand: 01.11.2021); *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 207; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 4f.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 I AEUV, Rn. 98.

¹⁸ *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555; *Paschke*, in: Säcker et al., MüKo-Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 182; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 10; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 368.

¹⁹ *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 104 (Stand: Mai 2021); *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 59.

²⁰ *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 207.

²¹ *Paschke*, in: Säcker et al., MüKo-Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 182; *Zurth*, AcP 2021, 514, 533 f.; vgl. auch *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 378.

²² *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 58 f.

²³ *BKartA*, Algorithmen und Wettbewerb, 9; *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 176; *Dückl Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 106; *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 58; *Göhsel*, WuW 2018, 121, 122 f.; *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 692; *Monopolkommission*, XII. Hauptgutachten, Rn. 230; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 14; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 12; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 206, 208 f.; *Wiedemann*, in: Wiedemann, KartellR, § 1, Rn. 36c; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 7 f.; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 I AEUV, Rn. 78; im Ergebnis wohl auch *Künstler*, GRUR 2019, 36, 39, 41.

²⁴ *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 104 ff. (Stand: Mai 2021); *Hoffmann*, in: Dausen/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 28, Rn. 30 f. (Stand: Juli 2021).

²⁵ *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 8 ff.

²⁶ *Wissing*, WuW 2017, 543, 544 f.

²⁷ *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 21.

Grundstruktur mit Blick auf eine durch den Einsatz von Preisalgorithmen steigende Markttransparenz aufzuweichen,²⁸ würde zu einer systemwidrigen Ausweitung des Kartellverbots führen²⁹ und ist daher abzulehnen.

c) Algorithmische Preisbildung und Signalling

Allerdings könnte algorithmische Preisbildung unter Umständen im Zusammenhang mit sog. Signalling Relevanz im Rahmen von Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB erlangen. Signalling umfasst „sämtliche Verhaltensweisen, bei denen mindestens ein Anbieter mindestens eine öffentliche Ankündigung hinsichtlich eines relevanten Wettbewerbsparameters macht“³⁰. Reagiert hierauf ein Wettbewerber, steht ein Verstoß gegen das Kartellverbot in Form der abgestimmten Verhaltensweise im Raum.³¹ Problematisch ist in diesen Fällen, ob ein für das Kartellverbot ausreichender Kontakt bzw. eine ausreichende Fühlungnahme besteht,³² was letztlich einzelfallabhängig zu beurteilen ist³³. Algorithmische Preissetzung könnte im Zusammenhang mit Signalling in zweierlei Weise relevant werden: zum einen als Ankündigung und zum anderen als Antwort auf ein vorangegangenes Signalling eines Wettbewerbers.

aa) Preissetzung als Signalling

Für die erste Variante wäre Voraussetzung, dass bereits die bloße Preissetzung per se als Signalling gewertet werden kann.³⁴ Wenngleich diese Möglichkeit von der *Monopolkommission*³⁵ und wohl auch von *Bernhardt*³⁶ bejaht wird, scheidet die bloße Preissetzung nach der oben genannten Definition als Signalling aus. Das Setzen bestimmter Preise stellt keine Ankündigung hinsichtlich eines relevanten Wettbewerbsparameters, sondern vielmehr bereits die *Änderung* des Wettbewerbsparameters selbst dar. Es kann daher, anders als die Ankündigung einer bestimmten Preissetzung, nicht als Signalling eingeordnet werden.³⁷ Zudem kann einzelnen Preisänderungen kein Aussagegehalt mit Blick auf die zukünftige Preisstrategie entnommen werden. Die

²⁸ In diese Richtung wohl *Paschke*, in: Säcker et al., MüKo-Wettbewerbsrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 184.

²⁹ *Künstner*, GRUR 2019, 36, 41.

³⁰ *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 444.

³¹ *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 445.

³² *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 448.

³³ *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 453; vgl. auch ABl. EU 2011/C 11, Rn. 63.

³⁴ Die Frage aufwerfend: *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 21.

³⁵ *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 187 f.

³⁶ *Bernhardt*, NZKart 2019, 314, 315.

³⁷ *Pahlen/Vahrenholt*, ZWeR 2014, 442, 444; im Ergebnis auch *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 14.

Preisbildung hängt nämlich stets von einer Vielzahl unternehmens- und marktbezogener Faktoren ab.³⁸ Schließlich ist auch zu bedenken, dass Preise für einen wirksamen Vertragsschluss bekannt gemacht werden müssen. Es wäre daher weder erstrebenswert noch sinnvoll, die bloße Preissetzung unter kartellrechtlichen Generalverdacht zu stellen.³⁹

bb) Algorithmische Preissetzung als Antwort auf Signalling

Zu einer abgestimmten Verhaltensweise durch algorithmische Preissetzung könnte es jedoch kommen, wenn diese unter den entsprechenden Umständen als Reaktion auf eine öffentliche Ankündigung eines Wettbewerbers gesehen werden kann. Eine abgestimmte Verhaltensweise i.S.d. Kartellverbots erfordert ein Marktverhalten der Kartellanten.⁴⁰ Das Setzen von Preisen stellt ein solches Marktverhalten dar.⁴¹ Des Weiteren ist ein Kollisionsbewusstsein der Kartellanten erforderlich.⁴² Dieses Bewusstsein könnte auf Seiten des antwortenden Wettbewerbers fehlen, wenn eine von ihm eingesetzte Preissoftware den der Ankündigung entsprechenden Preis setzt, ohne dass sie auf solche Reaktionen programmiert wurde. Es geht hierbei um Fälle, in denen ein Algorithmus eingesetzt wird, der vollständig autonom erkennt, dass eine der Ankündigung des Wettbewerbers entsprechende Preissetzung die für das Unternehmen profitabelste Strategie darstellt. Solche Situationen sind vor dem Hintergrund des rasanten technischen Fortschritts gerade mit Blick in die Zukunft keineswegs unrealistisch.⁴³ Problematisch könnte in diesen Kon-

³⁸ *Düeck/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 104 f.

³⁹ Vgl. *Wolf*, NZKart 2019, 2, 9.

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 04.06.2009, Rs. C-8/09 (T-Mobile Netherlands u.a.), EuZW 2009, 505, Rn. 51; EuGH, Urt. v. 08.07.1999, Rs. C-235/92 (Montecatini/Kommission), BeckRS 2004, 75308, Rn. 125; EuGH, Urt. v. 08.07.1999, Rs. C-199/92 (Hüls/Kommission), BeckRS 1999, 55277, Rn. 161; EuGH, Urt. v. 08.07.1999, Rs. C-49/92 P (Kommission/Anic Partecipazioni), BeckRS 2016, 80285, Rn. 118.

⁴¹ Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 I AEUV, Rn. 95 ff.

⁴² Vgl. EuGH, Urt. v. 04.06.2009, Rs. C-8/08 (T-Mobile Netherlands u.a.), EuZW 505, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 31.03.1993, Rs. 89/85 (Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission), BeckRS 2004, 73857, Rn. 63; EuGH, Urt. v. 16.12.1975, Rs. 40-48/73 u.a. (Suiker Unie u.a./Kommission), NJW 1976, 470, 471.

⁴³ *ADLC/BKarta*, Algorithms and competition, 54; *OECD*, Algorithms and Collusion, 30; vgl. auch *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 3 f.; Preisabsprachen, die auf beiden Seiten ausschließlich durch autonome Algorithmen zustande kommen (rein interalgorithmische Kommunikation) erscheinen dagegen noch als reine Zukunftsmusik, siehe auch *ADLC/BKarta*, Algorithms and competition, 53, 55; *Paall/Kumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 133a (Stand: 01.11.2021); *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 201 f. Zudem stehen diese Konstellationen in keinem direkten Zusammenhang mehr mit dem Untersuchungsgegenstand und werden daher in der vorliegenden Arbeit nicht näher behandelt.

stellationen sein, dass der autonom handelnde Algorithmus kein Kollusionsbewusstsein haben kann, da jede Art von Bewusstsein an das Menschsein anknüpft. Daher wird ein Verstoß gegen das Kartellverbot teilweise verneint, wenn auf einer der beiden Seiten lediglich ein autonomer Algorithmus agiert.⁴⁴ Richtigerweise ist jedoch darauf abzustellen, dass Unternehmen Preisalgorithmen bewusst einsetzen, weshalb ihnen die durch den Algorithmus gesetzten Preise zuzurechnen sind. Daher spielt es auch keine Rolle, dass autonome Preissoftware kein Kollusionsbewusstsein haben kann. Denn insoweit kommt es auf den Verwender der Software an und nicht auf die Software selbst.⁴⁵ Somit kann auch algorithmische Preissetzung, die eine Reaktion auf ein vorangegangenes Signalling eines Wettbewerbers darstellt, gegen das Kartellverbot verstoßen. Die Rechtslage ist hier identisch mit Konstellationen, in denen durch manuelle Preissetzung auf ein vorangegangenes Signalling reagiert wird. Wann insoweit ein Verstoß gegen das Kartellverbot vorliegt, betrifft eine allgemeine kartellrechtliche Frage, die über den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit hinausgeht.

d) Preisanpassung durch Verwendung gleicher oder ähnlicher Algorithmen

Eine genaue Prüfung des Kartellverbots ist zudem in Fällen erforderlich, in denen die Verwendung gleicher oder zumindest ähnlicher Algorithmen durch verschiedene Wettbewerber zu einer Angleichung der Preise führt.

aa) Fehlender Informationsaustausch

Indem verschiedene Wettbewerber Preissoftware nutzen, die Preise nach den gleichen Parametern bzw. Formeln berechnet, steigt die Wahrscheinlichkeit der Preisangleichung. Dies gilt nicht nur, wenn der gleiche Algorithmus genutzt wird, sondern auch, wenn sich die verwendeten Algorithmen in ihrer Funktionsweise lediglich ähneln⁴⁶. Letzteres Szenario ist nicht unwahrscheinlich. Schließlich gibt es aus betriebswirtschaftlicher Sicht in jeder Situation nur einen einzigen „optimalen“ dynamischen bzw. personalisierten Preis, mit

⁴⁴ *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 175; *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 110 ff.; *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 5; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 202 f.; zumindest zweifelnd: *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 22.

⁴⁵ Vgl. *Wolf*, NZKart 2019, 2, 6 f., 9 f.; vgl. auch *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 645 ff., die zur Entschärfung der Zurechnungsproblematik jedoch trotzdem eine Objektivierung des Kartellverbots vorschlägt; ebenso *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 384, 387 ff.; *Thomas*, Journal of Competition Law & Economics 2019, 159, 183 f. Ob bzw. unter welchen Umständen die kartellrechtliche Haftung des Verwenders ausnahmsweise entfallen kann, ist eine allgemeine algorithmenrechtliche Problematik, die an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden soll.

⁴⁶ *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2018, 94, 103; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 31; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 5 f.; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 21.

dem konkret der höchste Umsatz erzielt werden kann.⁴⁷ Gleichwohl verstoßen so zustande gekommene Preisangleichungen nicht gegen das Kartellverbot.⁴⁸ Es fehlt nämlich an dem nötigen Kontakt bzw. Informationsaustausch zwischen den Kartellanten, an den das Kartellverbot gerade anknüpft.⁴⁹ Anschaulich wird dies bei einem Vergleich zur manuellen Preisbildung: Auch diese erfolgt nach den selben wirtschaftlichen und marktabhängigen Regeln. Allein mit diesem Umstand lässt sich aber keine Preisabsprache begründen. Natürlich ist auch denkbar, dass Wettbewerber den Einsatz desselben Preisalgorithmus absprechen. Diese Konstellationen stellen abgestimmte Verhaltensweisen dar,⁵⁰ sind jedoch der bereits oben erläuterten Fallgruppe⁵¹ zuzuordnen, in denen Preisalgorithmen „lediglich“ zur Durchführung herkömmlicher Kartellabsprachen eingesetzt werden.

bb) Informationsaustausch zwischen Verwendern

Anders ist die Verwendung der gleichen Preisssoftware (bzw. von Software desselben Entwicklers)⁵² durch verschiedene Wettbewerber zu bewerten, wenn dadurch ein kartellrechtlich relevanter Informationsaustausch zwischen den Wettbewerbern stattfindet, der sich wettbewerbsbeschränkend auswirkt⁵³. So steht die Bildung eines sog. Speichenkartells im Raum, wenn verschiedene Wettbewerber die gleiche von einem externen IT-Dienstleister entwickelte Preisssoftware nutzen.⁵⁴ Kartellrechtlich relevant werden diese

⁴⁷ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 66; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 9; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 82; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 454; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 12; *Zurth*, AcP 2021, 514, 529; vgl. auch *Salaschek/Serafimova*, WuW 2018, 8, 13.

⁴⁸ *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 105 (Stand: Mai 2021); *Düeck/Mäusezahl/Symmick*, ZWeR 2018, 94, 113; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 454.

⁴⁹ *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 30.

⁵⁰ *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 195 f.

⁵¹ Siehe Kap. E.I.1.a).

⁵² *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 31.

⁵³ Selbstverständlich ist das Vorliegen von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen von den Zielvariablen der Software abhängig, vgl. *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 21. Nur bei Bejahung derartiger Effekte ist das Kartellverbot betroffen.

⁵⁴ *Dohrn/Huck*, DB 2018, 173, 177; *Düeck/Mäusezahl/Symmick*, ZWeR 2019, 94, 107; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 47 f.; *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 3 f.; *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 191 ff.; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 12; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 27, Rn. 30, Rn. 39; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 196 f.; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 3; vgl. auch *Hoffmann*, in: Dausers/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 29 (Stand: Juli 2021).

Fälle jedoch erst, wenn über die genutzte Software ein Informationsaustausch zwischen deren Verwendern stattfindet.⁵⁵ Dies hängt davon ab, nach welchen Kriterien die eingesetzte Software Preise berechnet: Fließen in die Preisbildung relevante Wettbewerbsdaten des Konkurrenten ein, liegt ein Informationsaustausch vor.⁵⁶ Dass dieser nicht direkt zwischen den Wettbewerbern erfolgt, sondern über den „Umweg“ der Software, macht kartellrechtlich keinen Unterschied.⁵⁷ Arbeitet die Software dagegen lediglich mit öffentlich zugänglichen Informationen, die sich durch eine Marktbeobachtung „mit wachem Sinn“ ergeben, fehlt es an einem Informationsaustausch.⁵⁸ Die Gefahr der Bildung von Speichenkartellen wird erstens dadurch verstärkt, dass alle Wettbewerber zur objektiv leistungsstärksten Preissoftware tendieren werden und so die Verwendung derselben Software wahrscheinlich ist.⁵⁹ Zweitens könnten Softwareentwickler versucht sein, kartellrechtlich sensible Informationen von Wettbewerbern in die Preisberechnung mit einzubeziehen, um ein möglichst umsatzsteigerndes und somit attraktives Produkt anbieten zu können.⁶⁰

(1) Haftung des Verwenders

Doch selbst wenn man von einem Informationsaustausch über die Software ausgeht, der sich auch wettbewerbsbeschränkend auswirkt, ist die kartellrechtliche Haftung des Verwenders der Software nicht ganz unproblematisch, da eine abgestimmte Verhaltensweise i.S.d. Kartellverbots ein Kollisionsbewusstsein der Kartellanten voraussetzt⁶¹. Der Verwender einer entsprechenden Preissoftware haftet also nur, wenn er sich des oben beschriebenen Umstands (kartellrechtlich relevanter Informationsaustausch über die Software bzw. deren Entwickler) auch bewusst ist.⁶² Allerdings hat der EuGH

⁵⁵ Paschke, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR, Band 1, Art. 101 AEUV, Rn. 185; Salaschek/Serafimova, WuW 2018, 8, 12; Ylinen, NZKart 2018, 19, 21.

⁵⁶ Vgl. *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 39.

⁵⁷ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 39.

⁵⁸ Ebers, NZKart 2016, 554, 555; Künstler/Franz, K&R 2017, 688, 690, 693; wohl auch Dückl/Mäusezahl/Symnick, ZWeR 2019, 94, 107; vgl. auch Hoffmann, in: Dauses/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 31 (Stand: Juli 2021), der auf eine „wettbewerbswidrige“ Gestaltung der Software abstellt.

⁵⁹ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 49.

⁶⁰ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 32; *BKartA*, Algorithmen und Wettbewerb, 7.

⁶¹ Siehe Kap. E.I.1.c)bb).

⁶² *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 36; Dückl/Mäusezahl/Symnick, ZWeR 2019, 94, 107 f.; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 47; Hoffmann, in: Dauses/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht, § 2. Art. 101 AEUV, Rn. 29 (Stand: Juli 2021); Paschke, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR, Art. 101 AEUV, Rn. 185; Vahrenholt, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 39; a.A.: wohl Bernhardt, NZKart 2019, 314, 315.

die Hürden für die Haftung eines an ein potenzielles Speichenkartell angeschlossenen Unternehmens in zwei Urteilen deutlich abgesenkt. In der Rs. *Eturas* urteilten die Luxemburger Richter, dass unter gewissen Umständen die widerlegbare Vermutung greife, dass die angeschlossenen Unternehmen von der gegenseitigen Abstimmung über den gemeinsamen Anbieter Kenntnis haben. Allerdings muss im konkreten Fall ein begründeter Anlass für die Vermutung bestehen.⁶³ Ist dies der Fall, erstreckt sich die Vermutung gleichsam auf die Billigung der Abstimmung.⁶⁴ In eine ähnliche Richtung geht das Urteil in der Rs. *VM Remonts*. Danach sei für das erforderliche Kollusionsbewusstsein ausreichend,

„wenn (das Unternehmen) vernünftigerweise vorhersehen konnte, dass der von ihm beauftragte Dienstleister seine Geschäftsinformationen mit seinen Konkurrenten teilen würde, und bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen“⁶⁵.

Eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH in den Rs. *Eturas*⁶⁶ und *VM Remonts*⁶⁷ auf Speichenkartelle, die im Zusammenhang mit dem Einsatz von Preissoftware auftreten, bietet sich an. Dies hat jedoch mitnichten zur Folge, dass das Kollusionsbewusstsein der an das Speichenkartell angeschlossenen Wettbewerber stets bejaht werden kann. Vielmehr bedarf es eines Anknüpfungspunktes, mit dem die Vermutung bzw. die vernünftige Vorhersehbarkeit begründet werden kann. An einem solchen dürfte es jedoch häufig fehlen. Denn in der Regel verfügen Unternehmen über keinerlei Anhaltspunkte darüber, dass die von ihnen verwendete Preissoftware mit nichtöffentlichen Informationen von Wettbewerbern arbeitet bzw. eigene nichtöffentliche Informationen in die Preisbildung der Wettbewerber einfließen lässt.⁶⁸ Speziell die Vorhersehbarkeit für den Verwender könnte zudem häufig an der Komplexität der eingesetzten Algorithmen scheitern.⁶⁹ Einzig denkbarer Anknüpfungspunkt dürfte der Softwarelizenzvertrag sein.⁷⁰ Enthält dieser Hinweise darauf, dass durch die Preissoftware ein kartellrechtlich re-

⁶³ EuGH, Urt. v. 21.01.2016, Rs. C-74/14 (*Eturas*), GRUR Int. 2016, 381, Rn. 40.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 21.01.2016, Rs. C-74/14 (*Eturas*), GRUR Int. 2016, 381, Rn. 44.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 21.07.2016, Rs. C-542/14 (*VM Remonts*), EuZW 2016, 737, Rn. 31.

⁶⁶ *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 107 (Stand: Mai 2021); *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 52 f.; *Hoeren/Müller*, in: Kobel/Kellezi/Kilpatrick, Competition Law Analysis, 135, 158; *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 691; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 28; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 198; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 385.

⁶⁷ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 35 ff.; wohl auch *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 57 f.; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 7.

⁶⁸ Vgl. *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 53 f.

⁶⁹ Vgl. *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 107 f.

⁷⁰ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 37; vgl. auch *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 196, die bei Plattformnutzung an deren Nutzungsbedingungen anknüpft.

levanter Informationsaustausch stattfindet, könnte die Rechtsprechung des EuGH in den Rs. *Eturas* und *VM Remonts* hieran andocken. Ob ein Lizenzvertrag diesbezüglich ausreichende Hinweise enthält, ist letztlich einzelfallabhängig. Denkbar ist natürlich auch, dass der Lizenzvertrag einen kartellrechtlich relevanten Informationsaustausch durch die Software gerade ausschließt. Derartige Klauseln müssten den Verwender der Software konsequenterweise entlasten, denn in der Existenz solcher Klauseln einen Anhaltspunkt für ein vertragswidriges Verhalten des Lizenzgebers zu sehen,⁷¹ erscheint unhaltbar. Vielmehr besteht bei solchen Klauseln für den Verwender *erst recht* kein Anhaltspunkt dafür, dass die Software einen kartellrechtlich relevanten Informationsaustausch bewirkt. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass Softwareentwickler aus Gründen des Selbstschutzes versuchen werden, den Lizenzvertrag so zu formulieren, dass er dem Vertragspartner keinerlei Anhaltspunkte bietet. Die Gefahr, dass Verwender von Preissoftware durch die Beteiligung an einem Speichenkartell gegen das Kartellverbot verstoßen, dürfte daher geringer sein, als dies von Teilen der Literatur⁷² angenommen wird.

(2) Haftung des Entwicklers

Das Kartellverbot erfasst auch Kollusionen, deren Beteiligte auf unterschiedlichen Märkten agieren.⁷³ In der geschilderten Konstellation des Speichenkartells kommt daher neben der Haftung der Verwender der Software auch ein Verstoß des Entwicklers bzw. IT-Dienstleisters gegen das Kartellverbot in Betracht.⁷⁴ Anknüpfungspunkt für die Kollusion zwischen dem Entwickler und dem Verwender der Software ist primär der Lizenzvertrag.⁷⁵ Freilich stellen sich die Probleme hinsichtlich des Kollusionsbewusstseins auf Seiten des Entwicklers in der Regel nicht. Dieser kennt die Funktionsweise der Preissoftware und weiß daher auch, ob diese einen kartellrechtlich relevanten Informationsaustausch zwischen den Verwendern der Software bewirkt oder nicht. Unabhängig davon ist Voraussetzung für einen Verstoß des

⁷¹ In diese Richtung *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 37.

⁷² *Dückl/Mäusezahl/Symmick*, ZWeR 2019, 94, 107; *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 691; auf Beweisschwierigkeiten bzgl. der Kenntnis der Verwender hinweisend: *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 201.

⁷³ EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-194/14 P (AC Treuhand II), NZKart 2015, 528, Rn. 34 f.; EuGH, Urt. v. 28.04.1998, Rs. C-306/96 (Javico), GRUR Int. 1998, 598, Rn. 11; EuGH, Urt. v. 13.07.1966, verb. Rs. 56/64 und 58/64 (Consten bzw. Grundig/Kommission), GRUR Ausl 1966, 580, 581; EuGH, Urt. v. 30.06.1966, Rs. 56/65 (LTM), GRUR Ausl 1966, 586, 588.

⁷⁴ *ADLC/BKartA*, Algorithms and Competition, 37; vgl. auch *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 691.

⁷⁵ *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 690 f.

Entwicklers gegen das Kartellverbot, dass auch auf Seiten der Verwender der Software ein Kollusionsbewusstsein vorliegt.⁷⁶

e) Fazit: Mögliche Verstöße gegen das Kartellverbot durch Einsatz als Kartellgehilfe, Signalling und Speichenkartelle

Die Ausführungen haben gezeigt, dass drei Konstellationen denkbar sind, in denen algorithmische Preisbildung einen Verstoß gegen das Kartellverbot darstellen kann: Erstens kann der Einsatz autonomer Preissoftware die Umsetzung herkömmlicher Preisabsprachen erleichtern. Zweitens besteht die Möglichkeit, dass Preisalgorithmen auf öffentliche Ankündigungen von Wettbewerbern reagieren, was im Einzelfall ebenfalls den Tatbestand des Kartellverbots erfüllen kann. Schließlich können sich mittels Preissoftware Speichenkartelle bilden, bei denen ein kartellrechtlich relevanter Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern über den Algorithmus stattfindet. Die bloße automatisierte Anpassung der Preise an die aktuelle Marktsituation und das Verhalten der Wettbewerber ist kartellrechtlich dagegen nicht zu beanstanden.

2. Missbrauchsverbot

Als nächstes wird untersucht, inwiefern algorithmische Preisdiskriminierung gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nach Art. 102 AEUV bzw. §§ 18 ff. GWB verstoßen kann.

a) Marktbeherrschung

Voraussetzung für einen Verstoß ist zunächst, dass dem Verwender der Preissoftware eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Ob dies der Fall ist, richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Kriterien.

aa) Feststellung der Marktbeherrschung

Allerdings stellt sich hier das Problem, dass durch algorithmische Preisdiskriminierung Einheitspreise seltener werden und damit auch die für die Theorien zur Marktabgrenzung relevanten Preise für bestimmte Waren oder Dienstleistungen schwerer zu ermitteln sind. Dadurch können die Formeln zur Marktabgrenzung unzuverlässiger werden.⁷⁷ Zudem können bisher getrennte Märkte miteinander verschmelzen⁷⁸ und auch die regionale Marktab-

⁷⁶ Siehe hierzu noch Kap. E.II.6.

⁷⁷ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 64 (Stand: Mai 2021); Paal, GRUR 2019, 43, 45; Ylinen, NZKart 2018, 19, 22.

⁷⁸ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 64 (Stand: Mai 2021).

grenzung wird aufgrund der Preisdiversität tendenziell erschwert⁷⁹. Doch ist die Entwicklung ggf. erforderlicher neuer Theorien zur Marktabgrenzung, die die fortschreitende Ausbreitung algorithmischer Preisdiskriminierung berücksichtigen, eine ökonomische Aufgabe, der im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter nachgegangen werden soll. Auf der anderen Seite kann die Erkenntnis, dass das erfolgreiche Betreiben intensiver Preisdiskriminierung ein Indiz für eine gewisse Marktmacht ist,⁸⁰ beim Aufdecken marktbeherrschender Stellungen helfen.⁸¹

bb) Kollektive Marktbeherrschung durch Quasi-Oligopolisierung

Im Rahmen des Kartellverbots wurde bereits dargestellt, dass die neuen Möglichkeiten der Preisanpassung, die sich durch die Verwendung von Preissoftware eröffnen, zu einer faktischen Oligopolisierung führen können.⁸² Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Verwendung von Preissoftware auch eine kollektive Marktbeherrschung der betreffenden Unternehmen begründen kann.⁸³

(1) Beherrschende Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV

Art. 102 I AEUV knüpft bereits seinem Wortlaut nach („durch ein oder mehrere Unternehmen“) an die Variante der kollektiven Marktbeherrschung an. Er adressiert somit auch Inhaber kollektiver Marktmacht.⁸⁴ Zur Feststellung kollektiver Marktbeherrschung durch Oligopole entwickelte das EuG drei Voraussetzungen,⁸⁵ die vom EuGH aufgenommen bzw. bestätigt

⁷⁹ Paal, GRUR 2019, 43, 45.

⁸⁰ Siehe Kap. B.II.1.a)bb), Kap. B.II.1.b)bb)(3).

⁸¹ Zurth, ZWeR 2021, 361, 375.

⁸² Siehe Kap. E.I.1.b).

⁸³ Bejahend wohl *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 220, Rn. 222; im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle ebenfalls bejahend: *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 50; wohl auch *Körber*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Art. 2 FKVO, Rn. 459; *OECD*, Algorithms and Collusion, 41 f. Der Missbrauch einer so erlangten marktbeherrschenden Stellung kann dann aber nicht durch eine individuelle Preissetzung des einzelnen Wettbewerbers erfolgen. Voraussetzung für die kollektive Marktbeherrschung wäre nämlich gerade eine Preisangleichung. Somit bleibt im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes nur die Möglichkeit, dass bereits der an die anderen Wettbewerber angeglichene Preis missbräuchlich ist. Dies ist z.B. durch einen Preishöhenmissbrauch denkbar.

⁸⁴ *Khan/Suh*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 102 AEUV, Rn. 4; bezugnehmend auf die Fusionskontrolle auch EuGH, Urt. v. 10.07.2008, Rs. C-413/06 P (Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala), BeckRS 2008, 70755, Rn. 119; EuGH, Urt. v. 31.03.1998, verb. Rs. C-68/94 u. C-30/95 (Kali & Salz), EuZW 1998, 299, Rn. 166, Rn. 178.

⁸⁵ EuG, Urt. 24.11.2011, Rs. T-296/09 (EFIM), BeckRS 2011, 81686, Rn. 71; EuG, Urt.

wurden⁸⁶ und sowohl für die Fusionskontrolle als auch für das Missbrauchsverbot gelten⁸⁷: Erstens muss zwischen den Oligopolisten Transparenz herrschen, sodass jedes Mitglied mit gewisser Schnelligkeit und Genauigkeit das Verhalten der anderen Mitglieder wahrnehmen kann. Zweitens darf kein Anreiz für einzelne Mitglieder bestehen, vom gemeinsamen Vorgehen Abstand zu nehmen, sodass dieses langfristig Bestand haben kann. Ein solcher Anreiz fehlt immer dann, wenn der Ausstieg eines einzelnen Mitglieds dazu führen würde, dass dieses nicht mehr vom Oligopol profitiert. Drittens darf der Erfolg des gemeinsamen Vorgehens nicht durch voraussichtliche Reaktionen der Konkurrenten und Verbraucher gefährdet sein.

Diese Kriterien sollten auch auf Fälle der faktischen Oligopolisierung im Zusammenhang mit dem Einsatz von Preissoftware übertragen werden,⁸⁸ denn die Interessenlage unterscheidet sich nicht von „echten“ Oligopolmärkten. Bzgl. der genannten Kriterien gilt mit Blick auf die geschilderte Quasi-Oligopolisierung Folgendes: Erstens ermöglicht der Einsatz von Preissoftware das Erfassen des Preissetzungsverhaltens der Wettbewerber in Echtzeit. Zweitens führen Preisvorstöße dazu, dass die Wettbewerber sofort mitziehen und werden daher wirtschaftlich unsinnig.⁸⁹ Der einzelne Wettbewerber hat daher keinen Anreiz, aus dem faktischen Oligopol auszubrechen. Die dritte Voraussetzung ist schließlich einzelfallabhängig, kann aber jedenfalls auf Märkten, auf denen der Einsatz von Preissoftware stark verbreitet ist und es für Verbraucher somit an Ausweichmöglichkeiten fehlt, vorliegen. Somit bleibt festzuhalten, dass nach den vom EuG entwickelten Kriterien auch die durch Preissoftware verursachte faktische Oligopolisierung zu kollektiver Marktbeherrschung i.S.v. Art. 102 I AEUV bzw. Art. 2 III FKVO führen kann.⁹⁰

v. 26.01.2005, Rs. T-193/02 (*Piau/Kommission*), BeckRS 2005, 70081, Rn. 111; EuG, Urt. v. 08.07.2003, Rs. T-374/00 (*Verband der freien Rohrwerke*), BeckRS 2003, 70348, Rn. 121; EuG, Urt. v. 06.06.2002, Rs. T-342/99 (*Airtours/Kommission*), BeckRS 2002, 70279, Rn. 62.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 10.07.2008, Rs. C-413/06 P, BeckRS 2008, 70755 (*Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala*), Rn. 123 f.

⁸⁷ *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 102 AEUV, Rn. 86, die sich auf den Verweis des EuG in der Rs. *Piau/Kommission* auf die Rs. *Airtours* und *Verband der freien Rohrwerke u.a.* stützen, siehe EuG, Urt. v. 26.01.2005, Rs. T-193/02 (*Piau/Kommission*), BeckRS 2005, 70081, Rn. 111; ebenso für eine parallele Auslegung der Marktbeherrschung: *Eilmansberger/Bien*, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR, Art. 102 AEUV, Rn. 217.

⁸⁸ So wohl auch *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 654, wenngleich nicht ganz klar ist, ob sie sich auf die faktische Oligopolisierung durch Preisalgorithmen oder auf deren Einsatz in einem bereits bestehenden Oligopol bezieht.

⁸⁹ Siehe Kap. E.I.1.b).

⁹⁰ So wohl auch *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 654, wenngleich nicht ganz klar ist, ob

(2) *Marktbeherrschung i.S.v. § 18 V GWB*

Im nationalen Kartellrecht regelt § 18 V GWB den Fall der kollektiven Marktbeherrschung. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit kollektiver Marktbeherrschung eines durch die Verwendung von Preissoftware entstehenden faktischen Oligopols nach europäischem Kartellrecht bereits bejaht wurde.⁹¹ Die insofern vom EuG entwickelten Kriterien sind jedoch bereits relativ streng.⁹² Daher liegt es nahe, auch die Möglichkeit der Marktbeherrschung nach § 18 V GWB zu bejahen. Hierfür spricht auch, dass die vom EuG aufgestellten Voraussetzungen gewissermaßen als Konkretisierung von § 18 V GWB gelesen werden können, da sie eine Art Definition fehlenden Wettbewerbs liefern. An fehlenden Wettbewerb knüpft aber auch die zweistufige Prüfung des § 18 V GWB an. Dabei betrifft § 18 V Nr. 1 GWB (fehlender Innenwettbewerb) die ersten zwei vom EuG entwickelten Voraussetzungen und § 18 V Nr. 2 GWB (fehlender Außenwettbewerb) deckt sich gewissermaßen mit der dritten Voraussetzung. Zudem ist ein wachsender Einfluss der zitierten Rspr. des EuG auf das deutsche Kartellrecht zu beobachten,⁹³ was sich an der Bezugnahme des BGH auf die vom EuG aufgestellten Kriterien sowohl im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle⁹⁴ als auch mit dem Missbrauchsverbot⁹⁵ zeigt. Daher kann § 18 V GWB im Rahmen des geschilderten Szenarios ebenso erfüllt sein.

cc) Marktbeherrschung durch algorithmische Preispersonalisierung

Der Einsatz von Preissoftware könnte dazu führen, dass Unternehmen mit einem besonders guten Datenzugang ihre Datenmacht weiter ausbauen.⁹⁶ Zum einen ist jedenfalls für die automatisierte Personalisierung von Preisen Voraussetzung, dass die Unternehmen über einen gewissen Datenzugang verfügen.⁹⁷ In diesem Bereich scheidet nämlich eine schlichte Orientierung an den Preisen der Wettbewerber aus, da personalisierte Preise nur dem jeweiligen Kunden offengelegt werden.⁹⁸ Zum anderen werden vor allem im Zu-

sie sich auf die faktische Oligopolisierung durch Preisalgorithmen oder auf deren Einsatz in einem bereits bestehenden Oligopol bezieht.

⁹¹ Siehe Kap. E.I.2.a)bb)(1).

⁹² *Bechtold/Bosch/Brinker*, EU-KartellR, Art. 102 AEUV, Rn. 26; *Bergmann/Fiedler*, in: Loewenheim et al., KartellR, Art. 102 AEUV, Rn. 149; *Koudelka*, ECLR 2018, 515, 522.

⁹³ *Bechtold/Bosch*, GWB, § 18 GWB, Rn. 61.

⁹⁴ BGH, Beschl. v. 11.11.2008, KVR 60/07, WM 2008, 2383, Rn. 39.

⁹⁵ BGH, Beschl. v. 06.12.2011, KVR 95/10, NJOZ 2012, 1152, Rn. 48, Rn. 57.

⁹⁶ *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118; vgl. auch *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 7.

⁹⁷ *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 214f.; vgl. auch *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 3; *Wolf*, NZKart 2019, 2, 6.

⁹⁸ A.A. wohl *Wolf*, NZKart 2019, 2, 6.

sammenhang mit algorithmischer Personalisierung von Preisen stetig Daten gesammelt, die eine bestehende Datenmacht weiter ausbauen können. Allerdings führt Datenmacht nicht zwangsläufig zu einer kartellrechtlich relevanten Marktmacht.⁹⁹ Eine nähere Untersuchung des Zusammenhangs von Daten- und Marktmacht¹⁰⁰ geht über den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit hinaus. Des Weiteren erschwert das Betreiben von Preisdiskriminierung auf einem Markt potenziell den Eintritt neuer Akteure. Für Wettbewerber ohne Kundenbasis wird es dann schwieriger, Kunden durch niedrigere Preise abzuwerben.¹⁰¹ Allerdings lässt sich auch aus dieser Erkenntnis auf keinen allgemeingültigen Zusammenhang zwischen dem Einsatz von Preissoftware und der Ausübung von Marktmacht schließen.

b) Missbrauch marktbeherrschender Stellungen durch den Einsatz von Preisalgorithmen

Zwar kann aus dem Einsatz von Preissoftware als solchem, eine marktbeherrschende Stellung vorausgesetzt, nicht allgemein auf deren Missbrauch geschlossen werden.¹⁰² Gleichwohl stellt die Preissetzung und somit auch deren Automatisierung ein potenzielles Missbrauchsinstrument dar.¹⁰³ Eine missbräuchliche Preissetzung durch den Einsatz von Algorithmen kann auf zweierlei Weise zustande kommen: Erstens besteht die Möglichkeit, dass eine problematische Preisberechnung bereits direkt in der Programmierung des Algorithmus angelegt ist. Zweitens birgt die Verwendung selbstlernender Preisalgorithmen die Gefahr, dass diese missbräuchliche Preise als profitabelste Strategie identifizieren und entsprechende Ergebnisse produzieren.¹⁰⁴

⁹⁹ Siehe zur kartellrechtlichen Bewertung algorithmischer Preisdiskriminierung trotz Datenmacht Kap. E.I.2.b)ee).

¹⁰⁰ Siehe hierzu *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 214 ff.

¹⁰¹ *CMA*, The commercial use of consumer data, 87.

¹⁰² *BKartA*, Algorithmen und Wettbewerb, 11; *Hennemann*, AcP 2019, 818, 834; *Paal*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 96 (Stand: 01.11.2021); *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 119 f.; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 379 f., 382, der insofern auch einen Einfluss der neuen Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB sieht.

¹⁰³ *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 692; *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, § 19 GWB, Rn. 462 f.; *Paal*, GRUR 2019, 43, 48; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 11; vgl. auch *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1076 f.

¹⁰⁴ *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 103; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 38 f.; *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 3 f.; *Paal*, GRUR 2019, 43, 47; *Paal*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 96 (Stand: 01.11.2021); *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 222; *Ylinen*, NZKart 2018, 19, 22. Inwiefern in solchen Fällen die Haftung entfallen kann, wird als allgemeines algorithmenrechtliches Problem in dieser Arbeit nicht näher behandelt.

Der folgende Abschnitt behandelt daher die Frage, ob bzw. wie automatisiert gebildete Preise gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstoßen können.

aa) Preismissbrauch und Kampfpreisunterbietung

Zunächst kann algorithmische Preisdiskriminierung zu einem Preismissbrauch nach Art. 102 II lit. a Var. 1 AEUV bzw. § 19 II Nr. 2 GWB¹⁰⁵ oder zu einer Kampfpreisunterbietung nach Art. 102 I AEUV¹⁰⁶ bzw. § 19 II Nr. 1 GWB¹⁰⁷ führen. Ob diese Fallgruppen vorliegen, hängt aber nicht von der Preisbildung, sondern ausschließlich von der Höhe des gebildeten Preises ab. Daher bestehen hier mit Blick auf algorithmische Preisdiskriminierung keine Besonderheiten.¹⁰⁸ Ein Beispiel für einen Preishöhenmissbrauch durch automatisiert gebildete Preise aus der jüngsten Vergangenheit wäre der Anstieg der Ticketpreise der Lufthansa nach der Pleite von Air Berlin,¹⁰⁹ sofern man hierin tatsächlich einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot sieht.

bb) Konditionenmissbrauch

Art. 102 II lit. c AEUV betrifft ausschließlich Diskriminierungen gegenüber Handelspartnern¹¹⁰. Die dort geregelten Fälle gehen daher über den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit¹¹¹ hinaus. Abgesehen davon könnte algorithmische Preisdiskriminierung jedoch möglicherweise zu einem Konditionenmissbrauch nach Art. 102 II lit. a Var. 2 AEUV bzw. § 19 II Nr. 2 GWB führen. So ordnet *Paal* offenbar eine gegen § 19 AGG verstoßende Preisdiskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Konditionenmissbrauch ein.¹¹² Dagegen wird teilweise ausschließlich die Preishöhe als

¹⁰⁵ *BKartA*, Algorithmen und Wettbewerb, 10 f.; *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 640; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118; *Schäfers*, AcP 2021, 32, 38; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 219 ff.

¹⁰⁶ Teilweise wird diese Fallgruppe im Rahmen des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots auch in Art. 102 II lit. a Var. 2 AEUV verortet, siehe nur *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 102 AEUV, Rn. 218 mwN (Stand: September 2021).

¹⁰⁷ *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 120 f.; vgl. auch *Schäfers*, AcP 2021, 32, 38.

¹⁰⁸ Bzgl. Preismissbrauch: *Paal*, GRUR 2019, 43, 48; *Paal*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 96 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 843; *Locher*, ZWeR 2018, 292, 315; vgl. bzgl. Kampfpreisunterbietung *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 121; vgl. allgemein auch *Dückl/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 103.

¹⁰⁹ *Schäfer*, Süddeutsche Zeitung v. 16.12.2017.

¹¹⁰ *Hennemann*, AcP 2019, 818, 834 mwN; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 121; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 375.

¹¹¹ Siehe Kap. A.I.4.

¹¹² *Paal*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 102 AEUV, Rn. 96 (Stand: 01.11.2021).

Missbrauchsfaktor von Preisdiskriminierung angesehen, nicht jedoch die Tatsache der Diskriminierung als solche.¹¹³ Letzterer Ansicht ist vor dem Hintergrund des Regelungsziels des Missbrauchsverbots zuzustimmen, da ausschließlich der *Missbrauch* einer marktbeherrschenden Stellung verboten ist. Daran ändert auch das Vorliegen eines Regelbeispiels des Art. 102 II AEUV nichts, denn die dortige Aufzählung stellt lediglich typische Fälle des Missbrauchs dar.¹¹⁴ Auch die Regelbeispiele sind im Lichte des Missbrauchsbegriffs auszulegen,¹¹⁵ sodass sich dessen grundlegende Dogmatik nicht von der Generalklausel des Art. 102 I AEUV unterscheidet¹¹⁶. Nichts anderes kann mit Blick auf die ratio des Missbrauchsverbots im Rahmen von § 19 GWB gelten.¹¹⁷ Somit liegt kein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot vor, wenn zwar ein Regelbeispiel erfüllt ist, darin in concreto zugleich aber kein Missbrauch liegt. Nun ließe sich ein Konditionenmissbrauch durch algorithmische Preisdiskriminierung allenfalls mit der Preisdifferenzierung als solcher begründen. Eine Argumentation mit der Preishöhe ist im Rahmen des Konditionenmissbrauchs dagegen verfehlt. Insoweit kommt allenfalls ein Preissmissbrauch in Betracht. Damit ein Konditionenmissbrauch im bloßen Umstand der Preisdiskriminierung liegen kann, müsste diese zumindest theoretisch geeignet sein, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu bewirken. Diese Eignung besteht indes nicht. Zwar stellt es eine Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dar, wenn von bestimmten Personen(gruppen) derart hohe oder niedrige Preise verlangt werden, wie sie ohne die marktbeherrschende Stellung nicht durchsetzbar wären. Diese Fälle sind allerdings nicht dem Konditionen-, sondern dem Preissmissbrauch zuzuordnen, da die marktbeherrschende Stellung allein durch die Höhe des Preises ausgenutzt wird. Das Vorliegen eines Konditionenmissbrauchs durch algorithmische Preisdiskriminierung ist daher ausgeschlossen.¹¹⁸

¹¹³ *Locher*, ZWER 2018, 292, 314; vgl. auch *Kochelek*, Harvard Journal of Law & Technology 2009, 515, 532.

¹¹⁴ *Brinker*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 102 AEUV, Rn. 21; *Brömmelmeyer*, in: Frankfurter Kommentar, Band III, Art. 102 AEUV, Rn. 71.

¹¹⁵ *Schröter/Bartl*, in: Schröter et al., EU-WettbewerbsR, Art. 102 AEUV, Rn. 174.

¹¹⁶ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 102 AEUV, Rn. 133.

¹¹⁷ Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 19 GWB, Rn. 60, der im Zusammenhang mit den Regelbeispielen des § 19 II GWB von „potentiell missbräuchliche(n) Verhaltensweisen“ spricht.

¹¹⁸ So im Ergebnis, jedoch ohne Begründung wohl auch *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 224.

cc) Preis- und Konditionenspaltung

Eine Konditionenspaltung scheidet aus dem gleichen Grund wie ein Konditionenmissbrauch¹¹⁹ aus. Es bleibt aber die Möglichkeit, dass automatisiert gebildete Preise eine Preisspaltung i.S.v. § 19 II Nr. 3 GWB bewirken. Eine solche liegt nur bei einer Spaltung auf unterschiedlichen Märkten vor, wohingegen bei einer Spaltung auf demselben Markt allenfalls § 19 I GWB einschlägig sein kann.¹²⁰ Diese Voraussetzung kann algorithmische Preisdiskriminierung durchaus erfüllen,¹²¹ z.B. wenn Preise nach Staatsangehörigkeit differenziert werden und daraus unterschiedliche Preise für unterschiedliche regionale Märkte folgen. Doch auf eine genauere Subsumtion unter § 19 II Nr. 3 GWB kommt es gar nicht an, wenn eine durch algorithmische Preisdiskriminierung bewirkte Preisspaltung ohnehin sachlich gerechtfertigt ist. Preisspaltungen, die lediglich eine Reaktion auf unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse auf verschiedenen Märkten darstellen, sind sachlich gerechtfertigt.¹²² In diesem Zusammenhang sei hervorgehoben, dass algorithmische Preisdiskriminierung nicht zu völlig beliebigen Preisunterschieden führt. Stattdessen kommen diese aufgrund (vermeintlich) unterschiedlicher Zahlungsbereitschaft und somit letztlich aufgrund unterschiedlicher Nachfrage zustande. Der Sinn algorithmischer Preisdiskriminierung liegt gerade darin, auf diese Unterschiede und somit auf unterschiedliche Markt- bzw. Wettbewerbsbedingungen reagieren zu können. Ob die der Preisdiskriminierung zugrundeliegende Annahme im Einzelfall tatsächlich zutrifft, hat auf das hinter dieser Preisstrategie stehende Motiv keinen Einfluss. Es leuchtet daher nicht ein, warum ein solches Vorgehen marktbeherrschenden Unternehmen verboten sein sollte, solange es eine Reaktion auf unterschiedliche Markt- bzw. Wettbewerbsbedingungen darstellt. Somit wäre eine durch algorithmische Preisdiskriminierung bewirkte Preisspaltung i.S.v. § 19 II Nr. 3 GWB jedenfalls gerechtfertigt.

dd) Rabattsysteme

Die Anwendung von Rabattsystemen durch marktbeherrschende Unternehmen kann einen Verstoß gegen Art. 102 II lit. b AEUV bzw. § 19 II Nr. 1 GWB darstellen. So können Rabattsysteme die Verdrängung von Wettbewerbern fördern,¹²³ wobei zwischen unterschiedlichen Rabattkategorien un-

¹¹⁹ Siehe hierzu Kap. E.I.2.b)bb).

¹²⁰ *Emmerich/Lange*, Kartellrecht, § 26, Rn. 79.

¹²¹ Skeptisch wohl *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 368, 376.

¹²² BGH, Urt. v. 07.12.2010 – KZR 5/10, NJW-RR 2011, 774, Rn. 25; *Bechtold/Bosch*, NJW 2011, 3484, 3486; *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 19 GWB, Rn. 249 mwN; *Loewenheim*, in: Loewenheim et al., KartellR, § 19 GWB, Rn. 80.

¹²³ EuGH, Urt. v. 06.10.2015, Rs. C-23/14 (Post Danmark), GRUR Int. 2016, 68,

terschieden wird¹²⁴. Nun ist zu bedenken, dass algorithmische Preisdiskriminierung dazu führt, dass theoretisch alle Kundengruppen bedient werden können. So bleibt weniger bis gar kein Raum für Angebote von Wettbewerbern, sodass diese schlimmstenfalls verdrängt werden.¹²⁵ Es besteht also genau die gleiche Gefahr, die bereits im Zusammenhang mit Rabattsystemen bekannt ist. Mit anderen Worten stellt die untersuchungsgegenständliche Preisstrategie eine Art Rabattsystem dar, sofern sie sich preissenkend auswirkt. Daran ändern auch etwaige Begriffsunterschiede nichts, denn maßgeblich für die kartellrechtliche Bewertung ist ausschließlich das Vorliegen eines Preisnachlasses, nicht jedoch dessen Bezeichnung.¹²⁶ Nun ließe sich zwar einwenden, dass sich algorithmische Preisdiskriminierung nicht nur preissenkend, sondern auch preisstärkernd auswirkt. Allein dieser Umstand ist vor dem Hintergrund einer möglichen Verdrängungswirkung jedoch nicht entscheidend. Diese besteht nämlich jedenfalls bzgl. der Personen(gruppen), die von der algorithmischen Preisdiskriminierung profitieren. Somit finden auf diese Preisstrategie die für die kartellrechtliche Bewertung von Rabattsystemen geltenden Grundsätze Anwendung. Auf diese kann und soll im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden.

ee) Algorithmische Preisdiskriminierung trotz Datenmacht

Jedenfalls die automatisierte Personalisierung von Preisen ist nur Unternehmen möglich, die auch über einen entsprechenden Datenzugang verfügen. Vor diesem Hintergrund wirft *Paal* die Frage auf, inwiefern der Einsatz von Preissoftware durch Unternehmen, die aufgrund ihrer Datenmacht marktbeherrschend sind, gegen das Missbrauchsverbot verstoßen kann.¹²⁷ In der Tat liegt es nahe, dass solche Unternehmen durch den Einsatz algorithmischer Preispersonalisierung versuchen könnten, ihre Datenmacht zu nutzen.¹²⁸ Auch wäre dies zumindest auf den ersten Blick kartellrechtlich problematisch: Wenn die Marktmacht eines Wettbewerbers gerade auf dessen

Rn. 37 ff.; zum Urteil des EuGH in der Rs. *Post Danmark* und der kartellrechtlichen Bewertung von Rabattsystemen allgemein: *Bodenstein*, ZWeR 2015, 403 ff.

¹²⁴ EuG, Urt. v. 12.06.2014, Rs. T-286/09 (Intel), NZKart 2014, 267, Rn. 74 ff.; *Bodenstein*, ZWeR 2015, 403, 404 f.; *Loewenheim*, in: *Loewenheim et al.*, KartellR, § 19 GWB, Rn. 61.

¹²⁵ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 118 f.; *OFT*, Personalised Pricing, 27; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 354; in diese Richtung wohl auch *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 71; vgl. bzgl. individueller Rabatte allgemein auch *Köhler*, BB 2001, 265, 266.

¹²⁶ *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 102 AEUV, Rn. 227.

¹²⁷ *Paal*, GRUR 2019, 43, 46.

¹²⁸ *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 119.

Datenmacht fußt, dann stellt ein Ausnutzen der Datenmacht zumindest mittelbar auch ein Ausnutzen der Marktmacht dar. In der geschilderten Situation steht daher ein Behinderungsmissbrauch im Raum. Dessen Annahme würde jedoch voraussetzen, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen durch die algorithmische Preispersonalisierung tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Konkurrenz verschafft. Nur dann ist die ratio des Missbrauchsverbots betroffen. Auch an dieser Stelle sei an die Ausführungen zu den ökonomischen Rahmenbedingungen und Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung erinnert. Die ökonomischen Zusammenhänge sind aus vielerlei Gründen komplex und die Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung sowohl für Unternehmen, die sich dieser Preisstrategie bedienen, als auch für deren Wettbewerber hängen stark vom jeweiligen Markt ab.¹²⁹ Daher kann vom Einsatz algorithmischer Preisdiskriminierung nicht pauschal auf einen Wettbewerbsvorteil geschlossen werden. Aus diesem Grund stellt auch die automatisierte Preispersonalisierung durch Unternehmen, die dadurch ihre Datenmacht sowie die auf dieser basierenden Marktmacht nutzen, nicht zwangsläufig einen kartellrechtswidrigen Behinderungsmissbrauch dar. Stattdessen ist genau zu untersuchen, ob der Marktbeherrscher aus dieser Preisstrategie im konkreten Fall tatsächlich Wettbewerbsvorteile zieht. Ein entsprechender Nachweis dürfte häufig nur schwer zu erbringen sein.

ff) Dezimierung der Verbraucherwohlfahrt, fehlende Ausweichmöglichkeiten und bestehende Informationsasymmetrie

Teilweise wird ein Verstoß algorithmischer Preisdiskriminierung gegen das Missbrauchsverbot angenommen, wenn sich diese negativ auf die Verbraucherwohlfahrt auswirkt¹³⁰ bzw. wenn diese die Konsumentenrente vollständig abschöpft¹³¹. In Betracht kommt insoweit allenfalls der Auffangtatbestand des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots.¹³² Ein Verstoß ist jedoch

¹²⁹ Siehe Kap. B.II.1.

¹³⁰ Vgl. *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 454; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 11 f.; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 221 ff., nach der eine umfassende Interessenabwägung unter primärer Berücksichtigung der ökonomischen Auswirkungen für die Kunden vorzunehmen sei; in einem allgemeineren wettbewerbsrechtlichen Kontext auch *Graef*, *The Columbia Journal of European Law* 2018, 541, 545.

¹³¹ *Hoeren/Müller*, in: *Kobel/Kellezi/Kilpatrick*, *Competition Law Analysis*, 135, 155 f.; in diesen Fällen einen Verstoß gegen das Missbrauchsverbot wohl zumindest für möglich haltend: *Pohlmann*, in: *FS Schröder*, 633, 651; mit dieser Ansicht zumindest sympathisierend: *Zurth*, *ZWeR* 2021, 361, 378.

¹³² So in Bezug auf Preisdiskriminierung ersten Grades: *Hoeren/Müller*, in: *Kobel/Kellezi/Kilpatrick*, *Competition Law Analysis*, 135, 155 f.; vgl. generell auch *Salaschek/Serafimova*, *WuW* 2019, 118, 121.

mit Blick auf dessen ratio abzulehnen. Denn das Missbrauchsverbot soll den unverfälschten Wettbewerb schützen.¹³³ Zwar ist der Schutz des Wettbewerbs eng mit dem Schutz der Verbraucherwohlfahrt verbunden. Fehlender Wettbewerb wirkt sich nämlich in der Regel negativ auf die Verbraucherwohlfahrt aus.¹³⁴ Allein daraus, dass algorithmische Preisdiskriminierung im Einzelfall die Verbraucherwohlfahrt dezimiert, kann aber trotzdem nicht auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geschlossen werden.¹³⁵ Entscheidend ist vielmehr, ob die Preisstrategie auch bei funktionierendem Wettbewerb durchsetzbar wäre.

Zudem wird ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot in Erwägung gezogen, wenn der Kunde der algorithmischen Preisdiskriminierung durch einen Marktbeherrscher nicht ausweichen kann.¹³⁶ Auch insoweit käme lediglich der Auffangtatbestand in Betracht. Doch macht die fehlende Ausweichmöglichkeit per se eine algorithmische Preisdiskriminierung noch nicht missbräuchlich, denn in solchen Konstellationen wird der Kunde nicht durch die marktbeherrschende Stellung, sondern durch die fehlende Ausweichmöglichkeit benachteiligt. Das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten hängt mit dem Marktanteil jedoch nicht zwingend zusammen. Mit anderen Worten: Ein Ausnutzen fehlender Ausweichmöglichkeiten ist nicht gleichzusetzen mit einem Ausnutzen von Marktmacht, insbesondere wenn der Mangel an Ausweichmöglichkeiten nur vorübergehend besteht. Stattdessen ist für die Annahme eines Missbrauchs Voraussetzung, dass die fehlende Ausweichmöglichkeit auf der marktbeherrschenden Stellung beruht.¹³⁷ Jedoch wäre auch dann noch erforderlich, dass die algorithmische Preisdiskriminierung bei funktionierendem Wettbewerb nicht durchsetzbar wäre. Ob ein solches Szenario, das eher dem Preismissbrauch zuzuordnen wäre, vorliegt, ist einzel-fallabhängig.

Schließlich lässt sich auch mit dem Bestehen einer gewissen Informationsasymmetrie als Charakteristikum algorithmischer Preisdiskriminierung¹³⁸ kein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot begründen.¹³⁹ Allein dadurch, dass sich ein Marktbeherrscher einer Preisstrategie bedient, in der ein Infor-

¹³³ Bzgl. Art. 102 AEUV: EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09 (Konkurrenzverket/TeliaSonera Sverige AB), EuZW 2011, 339, Rn. 21 f.; bzgl. § 19 GWB: *Fuchs*, in: Immengal/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 19 GWB, Rn. 25.

¹³⁴ *Schröter/Bartl*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR, Art. 102 AEUV, Rn. 18.

¹³⁵ *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 121.

¹³⁶ *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holzsnagel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 199 (Stand: Mai 2021); *Paal*, GRUR 2019, 43, 49.

¹³⁷ Hiervon wohl auch ausgehend: *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 380.

¹³⁸ Siehe hierzu noch Kap. G.I.3.b)aa).

¹³⁹ In diese Richtung aber *Beckmann/Müller*, in: Hoeren/Sieber/Holzsnagel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 199 (Stand: Mai 2021); *Paal*, GRUR 2019, 43, 49.

mationsgefälle zwischen ihm und dem Kunden besteht, nutzt er noch nicht seine marktbeherrschende Stellung aus. Auch hier ist vielmehr die Durchsetzbarkeit des jeweiligen Preises bei funktionierendem Wettbewerb maßgeblich.

c) Fazit: Kollektive Marktbeherrschung, Preissmissbrauch- oder Kampfpreisunterbietung und Grundsätze zu Rabattsystemen als relevante Aspekte des Missbrauchsverbots

Auch wenn in der bisherigen Literatur hauptsächlich dem Kartellverbot Aufmerksamkeit geschenkt wird, ist auch das Missbrauchsverbot im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung zu beachten. So kann diese durch eine faktische Oligopolisierung Auswirkungen auf die (kollektive) Marktmacht von Unternehmen haben. Zudem können auch automatisiert gebildete Preise zu einem Preissmissbrauch oder einer Kampfpreisunterbietung führen. Ferner sind die kartellrechtlichen Grundsätze zur Bewertung von Rabattsystemen zu beachten. Ein Konditionenmissbrauch sowie eine Preis- oder Konditionenspaltung ist dagegen nicht zu befürchten. Auch der Einsatz von Preissoftware durch datenmächtige Unternehmen verstößt nicht ohne Weiteres gegen das Missbrauchsverbot. Zudem fehlen Aspekte, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung über den Auffangtatbestand des Missbrauchsverbots begründen könnten.

3. Ansprüche bei Verstößen

Schließlich sind noch die Ansprüche darzustellen, die Opfern kartellrechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung zustehen. Ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 33 I GWB. Dieser ist auf Beseitigung der kartellrechtswidrigen algorithmischen Preisdiskriminierung bzw. auf zukünftige Unterlassung einer solchen gerichtet. Zudem kann ein Verbraucher nach § 33a I GWB Ersatz des Vermögensschadens verlangen, der ihm durch eine schuldhaft kartellrechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung entstanden ist. In Betracht kommt dies aber nur, wenn sich der konkrete Preis durch den Kartellrechtsverstoß erhöht hat¹⁴⁰ und es anschließend zum Vertragsschluss kam. Dessen Notwendigkeit lässt gleichwohl auch hier¹⁴¹ den Zurechnungszusammenhang nicht entfallen.

¹⁴⁰ Bei Verstößen gegen das Kartellverbot profitieren Verbraucher dabei von den Vermutungen des § 33a II 1, 4 GWB.

¹⁴¹ Siehe zu § 21 II 1 AGG Kap. C.I.6.d)bb) und zu Art. 82 I Var. 1 DSGVO Kap. D.I.10.

II. Reformvorschläge

Auf Grundlage der vorangegangenen Ausführungen werden nun legislative Reaktionsmöglichkeiten erörtert.

1. Selbstregulierung vs. Reformbedarf

Zum Schutz vor Wettbewerbsbeschränkungen durch den Einsatz von Preisalgorithmen wird auf die Möglichkeit von Verbrauchern hingewiesen, sich durch Hilfssoftware und andere technische Instrumente vor höheren Preisen zu schützen.¹⁴² Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob mit Blick auf deren technische Unterlegenheit tatsächlich auf einen effektiven Selbstschutz der Verbraucher gesetzt werden kann.¹⁴³ Bei der Diskussion über eine mögliche Selbstregulierung ist aber auch zu berücksichtigen, dass die ökonomischen Folgen des zunehmenden Einsatzes von Preisssoftware noch unklar sind.¹⁴⁴ So liegt es beispielsweise ebenso im Bereich des Möglichen, dass die Reaktion des Marktes auf die durch Preisssoftware geschaffene grenzenlose Transparenz in einer Belebung des Preiswettbewerbs besteht. Sollten sich auf einem Markt die Preise dagegen auf einem hohen Niveau einpendeln, ist nicht ersichtlich, wie sich Verbraucher vor dem Preisanstieg schützen könnten.¹⁴⁵ In diesem Fall versprechen auch die guten Vergleichsmöglichkeiten des Online-marktes keine Hilfe.¹⁴⁶ Auch die Selbstschutzmöglichkeiten gegen durch Preisalgorithmen verursachten Preismissbrauch dürften eher gering sein. Zudem haben die Marktmechanismen der Bildung von Kartellen unter Beteiligung von Preisssoftware voraussichtlich wenig entgegenzusetzen.¹⁴⁷ Auf einen interessanten Zusammenhang sei jedoch hingewiesen: Selbst wenn die automatisierte Preisdynamisierung zu einer Preisangleichung (auf hohem Niveau) führen sollte, könnte die automatisierte Preispersonalisierung als „Gegenbewegung“ diesen Effekt abfedern.¹⁴⁸ An personalisierte Preise kön-

¹⁴² Pohlmann, in: FS Schröder, 633, 652 f.; Salaschek/Serafimova, WuW 2018, 8, 10; Vahrenholt, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 52; Ylinen, NZKart 2018, 19.

¹⁴³ Bernhardt, NZKart 2019, 314, 316; Monopolkommission, XII. Hauptgutachten, Rn. 196; Paal, GRUR 2019, 43, 46; Veith, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 282 f.; Zurth, ZWeR 2021, 361, 371; vgl. auch Künstner, GRUR 2019, 36, 40.

¹⁴⁴ Beckmann/Müller, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht, Teil 10, Rn. 109 (Stand: Mai 2021).

¹⁴⁵ Künstner, GRUR 2019, 36, 40.

¹⁴⁶ Dück/Mäusezahl/Symnick, ZWeR 2019, 94, 106 betonen dagegen die hohe Markttransparenz auf Nachfragerseite.

¹⁴⁷ Vgl. Bernhardt, NZKart 2019, 314, 316.

¹⁴⁸ CMA, Pricing algorithms, 5; zustimmend unter der Bedingung, dass die Preispersonalisierung durch verschiedene Wettbewerber nicht zu den (exakt) gleichen Preisen führt: Salaschek/Serafimova, WuW 2019, 118, 120; vgl. auch Zurth, ZWeR 2021, 361, 368,

nen Wettbewerber ihre Preise in der Regel auch nicht anpassen, da diese nicht transparent sind. Somit könnten sich verschiedene Formen algorithmischer Preisdiskriminierung in ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb gewissermaßen gegenseitig regulieren. In jedem Fall ist der Preiswettbewerb vor allem auf Onlinemärkten auch zukünftig aufmerksam zu verfolgen, um die Auswirkungen zunehmender Automatisierung in der Preisbildung analysieren zu können. Denn in einzelnen Aspekten ist eine gewisse Selbstregulierung durchaus möglich. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass sich alle im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung ergebenden kartellrechtlichen Probleme von selbst lösen,¹⁴⁹ sodass sich weiterhin die Frage nach dem bestehenden Reformbedarf stellt.

2. Zahlenmäßige Beschränkung von Preisanpassungen

Erwogen wird, die Anzahl der zulässigen Preisanpassungen zu begrenzen, um die oben beschriebene faktische Oligopolisierung abzumildern.¹⁵⁰ Von diesem Instrument wird in Österreich zur Regulierung des Kraftstoffmarktes Gebrauch gemacht. Die dort geltende und bis zum 31.12.2022 verlängerte Spritpreisverordnung erlaubt eine Erhöhung der Spritpreise an Tankstellen täglich nur um 12 Uhr, wohingegen Preissenkungen ganztägig zulässig sind.¹⁵¹ Kritiker befürchten, dass eine zahlenmäßige Begrenzung der Preisanpassung zu einer Lähmung des Preiswettbewerbs und damit zu höheren Preisen führen könnte und daher kontraproduktiv wäre.¹⁵² Doch konnte die österreichische Spritpreisverordnung mit einem Preisrückgang den gewünschten Effekt tatsächlich erreichen.¹⁵³ Dennoch ist mit Blick auf den Onlinemarkt ebenfalls denkbar, dass die Preisangleichung lediglich verzögert wird und der Effekt daher gering bleibt. Zudem erscheint die praktische Durchsetzung einer solchen Regulierung schwierig, weil Preisalgorithmen hauptsächlich auf dem Onlinemarkt eingesetzt werden, welcher viel unübersichtlicher als z.B. der Kraftstoffmarkt ist. Eine mögliche (stichprobenartige) Kontrolle wäre nur möglich, wenn alle Anbieter verpflichtet werden, sämt-

der in der Preispersonalisierung ein Hindernis für die Durchsetzung abgestimmter Verhaltensweisen sieht.

¹⁴⁹ Vgl. auch *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 282 f.

¹⁵⁰ *Bernhardt*, NZKart 2019, 314, 317; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 60; in verbraucherschutzrechtlichem Kontext auch *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 877; *Verbraucherschutzministerkonferenz*, Ergebnisprotokoll der 12. Verbraucherschutzministerkonferenz, 39 f.

¹⁵¹ *WKO*, Verlängerung der Spritpreisverordnung bis 31.12.2022.

¹⁵² *BT-Drs.* 19/9772, 13; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 286; vgl. auch *Göhsel*, WuW 2018, 121, 123 f.; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 61.

¹⁵³ *Die Presse* v. 09.07.2012.

liche Preisänderungen zu melden. Zwar könnte dies automatisch geschehen, würde allerdings trotzdem einen immensen Aufwand und riesige Datenmengen verursachen. Zudem wäre mit einer solchen Begrenzung ein schwerer Eingriff in die Preisgestaltungsfreiheit verbunden,¹⁵⁴ der jedenfalls gegenwärtig wegen des noch lebendigen Preiswettbewerbs auf dem Onlinemarkt nicht gerechtfertigt wäre. Das Instrument sollte daher als zukünftige Regulierungsoption im Hinterkopf behalten werden, wenngleich dessen Einsatz aktuell nicht geboten ist.

3. Markttransparenzstelle für Preisalgorithmen

Auch bzgl. des Vorschlags einer Markttransparenzstelle für Onlinemärkte¹⁵⁵ dient der Kraftstoffmarkt, für den eine solche Stelle bereits existiert (§ 47k GWB), als Vorbild. Aufgrund der Vielzahl an preisbildenden Faktoren ist jedoch schwer feststellbar, wie sich die Markttransparenzstelle für Kraftstoffmärkte auf den Spritpreis ausgewirkt hat,¹⁵⁶ weshalb auch die Sinnhaftigkeit eines derartigen Instruments für Onlinemärkte unklar ist. Dass die Preistransparenz wie auch bei Kraftstoffpreisen an die Verbraucher weitergegeben wird, erscheint wegen der ohnehin sehr guten Vergleichsmöglichkeiten des Onlinemarktes jedenfalls nicht nötig bzw. sinnvoll. Zwar könnte eine Markttransparenzstelle bei der Beobachtung der Auswirkungen von Preissoftware auf den Wettbewerb helfen.¹⁵⁷ Allerdings wäre dies mit einer Meldepflicht algorithmischer Preisänderungen verbunden, die wegen der schlichten Größe des Onlinemarktes nicht effektiv kontrollierbar wäre.¹⁵⁸ Daher ist die Einführung einer Markttransparenzstelle für Onlinemärkte abzulehnen.

4. Regulierung von Preisalgorithmen

Eine Regulierung, die direkt an den eingesetzten Algorithmen ansetzt, ist eine weitere Möglichkeit, wettbewerbsbeschränkenden Effekten von Preisalgorithmen entgegenzuwirken.¹⁵⁹

¹⁵⁴ *Künstner*, GRUR 2019, 36, 42; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 286.

¹⁵⁵ *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555; *Künstner*, GRUR 2019, 36, 42; *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 693.

¹⁵⁶ BT-Drs. 19/3693, 15.

¹⁵⁷ *Ebers*, NZKart 2016, 554, 555.

¹⁵⁸ Siehe Kap. E.II.2; in diesem Zusammenhang zudem auf die notwendige technische Ausstattung der Wettbewerbsbehörden hinweisend: *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 291.

¹⁵⁹ *Göhl*, WuW 2018, 121, 124; kritisch: *Künstner*, GRUR 2019, 36, 42; *Paal*, GRUR

a) Staatliche Prüfung von Preisalgorithmen

Einen Ansatzpunkt stellt der Ausbau kartellbehördlicher Sektoruntersuchungen dar, um durch Preisalgorithmen verursachte Wettbewerbsveränderungen auf den betroffenen Märkten besser erkennen zu können.¹⁶⁰ Zwar sind Marktüberwachungen grundsätzlich als wichtiges Instrument zur Feststellung von legislativem Handlungsbedarf anzuerkennen. Allerdings sind solche Untersuchungen nur sinnvoll, wenn auch die Möglichkeit besteht, etwaige Untersuchungsergebnisse zweifelsfrei auf den Einsatz von Preissoftware zurückzuführen. Dies dürfte sich in der Praxis wegen der schweren Identifizierbarkeit algorithmischer Preisbildung¹⁶¹ jedoch äußerst schwierig gestalten. Auch eine direkte Überwachung bzw. Prüfung von Preisalgorithmen durch den Staat ist nicht der richtige Ansatzpunkt.¹⁶² Erstens wäre die Rechtfertigung derartiger Maßnahmen herausfordernd.¹⁶³ Zweitens wird Software laufend aktualisiert, was eine effektive Prüfung erheblich erschwert.¹⁶⁴ Drittens kommt es letztlich nicht auf die Gestaltung der eingesetzten Software an, sondern auf das Produzieren kartellrechtskonformer Ergebnisse.¹⁶⁵ Herkömmliche Preisstrategien unterliegen schließlich auch keiner staatlichen Prüfung. Der behördliche Fokus sollte daher vielmehr auf der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen liegen. Diese hängen grundsätzlich nicht davon ab, ob der problematische Preis manuell oder automatisch gebildet wurde.

b) Einspeisverbot für wettbewerbssensible Daten

Als weitere Option einer Regulierung von Algorithmen schlägt die *OECD* die Entwicklung von „Programmierregeln“ vor.¹⁶⁶ Um kartellrechtswidrigen Kollusionen vorzubeugen, könnte hierzu auch ein Einspeisverbot für wettbewerbssensible Daten gehören.¹⁶⁷ Insoweit besteht allerdings die Gefahr der

2019, 43, 52; Argumente für eine Algorithmenregulierung allgemein: *OECD*, Algorithms and Collusion, 43 ff.

¹⁶⁰ *Künstner*, GRUR 2019, 36, 42; *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 232 ff., die in diesem Zusammenhang ein Initiativrecht der Verbraucherschutzverbände vorschlägt; *OECD* Algorithms and Collusion, 40 f.; vgl. auch *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 49.

¹⁶¹ Siehe hierzu noch Kap. G.I.3.b)aa).

¹⁶² Für eine solche innerhalb der Grenzen der Praktikabilität plädierend: *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 277 ff.

¹⁶³ *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 693; *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 122.

¹⁶⁴ *Künstner*, GRUR 2019, 36, 42; *OECD*, Algorithms and Collusion, 42; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 276; vgl. auch *Hennemann*, ZWeR 2018, 161, 178.

¹⁶⁵ *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 693.

¹⁶⁶ *OECD*, Algorithms and Collusion, 50.

¹⁶⁷ *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 60.

Umgehung und der Überregulierung. Zudem erscheint die Sinnhaftigkeit einer Regulierung des Dateninputs speziell mit Blick auf Preisalgorithmen fraglich.¹⁶⁸ Zwar stellen Programmierregeln auf den ersten Blick ein sinnvolles Instrument vor allem zur Prävention von Speichenkartellen dar. Allerdings ist eine wirtschaftlich sinnvolle Preisbildung in der Regel auch von den eigenen wettbewerbssensiblen Daten abhängig. Ein Einspeisverbot würde nun aber dazu führen, dass auch diese Daten zur algorithmischen Preisbildung nicht mehr herangezogen werden dürfen. Zudem ist kartellrechtlich nicht das Einspeisen wettbewerbssensibler Daten, sondern deren Weitergabe an Wettbewerber relevant. Das in Rede stehende Verbot wäre daher ein klassischer Fall kartellrechtlicher Überregulierung.¹⁶⁹

c) Pflicht zur Datenteilung

Um der Konzentration von Datenmacht vorzubeugen, wird eine Pflicht für Unternehmen diskutiert, abhängig von ihrem Marktanteil Wettbewerbern Datenzugang zu gewähren, damit auch diesen der Einsatz datenbasierter Algorithmen ermöglicht wird.¹⁷⁰ Allerdings könnte dies mittelbar zu einem Austausch von Preisstrategien führen.¹⁷¹ Zudem ist Datenmacht nicht gleichzusetzen mit kartellrechtlich relevanter Marktmacht.¹⁷² Auch kann nicht pauschal ein Behinderungsmissbrauch angenommen werden, wenn aufgrund ihrer Datenmacht marktbeherrschende Unternehmen algorithmische Preisdiskriminierung betreiben.¹⁷³ Eine Pflicht zur Datenteilung erscheint daher zumindest im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung nicht sinnvoll.

d) Verbot bestimmter Algorithmen

Ebenso ist ein Verbot bestimmter Preisalgorithmen abzulehnen. Erstens wäre ein solches zu innovationsfeindlich¹⁷⁴ und angesichts der einzelfallabhängigen ökonomischen Auswirkungen zu pauschal¹⁷⁵. Zudem gilt auch hier das bereits im Zusammenhang mit der staatlichen Prüfung von Algorithmen Gesagte: Für die kartellrechtliche Bewertung einer Preissetzung ist grund-

¹⁶⁸ *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 61.

¹⁶⁹ So im Ergebnis auch *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 61.

¹⁷⁰ *DICE Consult*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 136, 172.

¹⁷¹ *Salaschek/Serafimova*, WuW 2019, 118, 122.

¹⁷² Siehe Kap. E.I.2.b)ee).

¹⁷³ Siehe Kap. E.I.2.b)ee).

¹⁷⁴ *Bernhardt*, NZKart 2019, 314, 316; *PaallKumkar*, in: BeckOK Informations- und Medienrecht, Art. 101 AEUV, Rn. 137 (Stand: 01.11.2021).

¹⁷⁵ *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 275.

sätzlich irrelevant, ob diese manuell oder automatisch erfolgt. Der Fokus der Kartellbehörden sollte daher primär in der Aufdeckung kartellrechtswidriger Preise liegen und nicht in der Regulierung von Algorithmen.

5. Anpassung des Kartellverbots

Unabhängig von den politischen Hürden¹⁷⁶ stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Anpassung des Kartellverbots zunächst wegen der Gefahr impliziter Kollusionen, die durch Preisalgorithmen zunimmt. Insoweit greift das Kartellverbot nicht, obwohl ebenso wie durch explizite Kollusionen Wettbewerbsbeschränkungen drohen.¹⁷⁷ Daher wird eine Erweiterung des Kartellverbots auf implizite Kollusionen sowohl im Allgemeinen¹⁷⁸ als auch im Zusammenhang mit dem Einsatz besonders kollusionsfördernder Preisalgorithmen vorgeschlagen¹⁷⁹. Ferner bestünde die Möglichkeit, eine Erweiterung auf die missbräuchliche Ausnutzung der durch den Algorithmeninsatz steigenden Preistransparenz zu begrenzen.¹⁸⁰ Die genannten Einschränkungen würden jedoch zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen.¹⁸¹ Andere Literaturstimmen sehen zumindest die Notwendigkeit, eine Anpassung zu diskutieren,¹⁸² um eine ausufernde und konturenlose Auslegung des bestehenden Kartellverbots zu vermeiden.¹⁸³ Man sollte sich allerdings bewusst sein, dass eine solche Änderung die grundlegende Struktur und Systematik des Kartellverbots betrifft.¹⁸⁴ Schließlich sind Reaktionen auf das Verhalten der Wettbewerber integraler Bestandteil üblichen Wettbewerbsverhaltens¹⁸⁵ und aus diesem Grund auch nicht kartellrechtswidrig.¹⁸⁶ Eine Erweiterung des Kartellverbots auf implizite Kollusionen würde die unternehmerische Handlungsfreiheit im Wettbewerb stark beschneiden, weshalb

¹⁷⁶ Hierauf bzgl. des unionsrechtlichen Kartellverbots nach Art. 101 AEUV hinweisend: *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 117; *Künstner*, GRUR 2019, 36, 40.

¹⁷⁷ Siehe Kap. E.I.1.b).

¹⁷⁸ *Kaplow*, California Law Review 2011, 683, 816.

¹⁷⁹ *Gal*, Berkeley Technology Law Journal 2019, 67, 110 ff.; *Gall/Elkin-Koren*, Harvard Journal of Law and Technology 2017, 309, 346 f.

¹⁸⁰ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 68.

¹⁸¹ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 69; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1, Art. 101 I AEUV, Rn. 78; vgl. auch *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 652, die in diesem Zusammenhang vor Rechtsunsicherheit warnt.

¹⁸² *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 58; vgl. auch *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 66; *Stuckel/Ezrachi*, Harvard Business Review v. 27.10.2016.

¹⁸³ *Künstner*, GRUR 2019, 36, 41.

¹⁸⁴ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 80; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 256.

¹⁸⁵ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 69.

¹⁸⁶ *Gal*, Berkeley Technology Law Journal 2019, 67, 116.

zurecht die Verhältnismäßigkeit einer derartigen Anpassung angezweifelt wird.¹⁸⁷ Denn ob sich der zunehmende Einsatz von Preissoftware tatsächlich wettbewerbsbeschränkend auswirkt, ist noch völlig unklar. Möglich erscheint ebenso eine Belebung des Preiswettbewerbs durch steigende Transparenz.¹⁸⁸ Solange hierüber keine Klarheit besteht, ergibt es wenig Sinn, das Kartellverbot zu reformieren,¹⁸⁹ zumal hiervon eine stark innovationshemmende Wirkung ausginge¹⁹⁰ und gegenwärtig auf dem Onlinemarkt noch ein lebendiger Preiswettbewerb herrscht.

Ferner wird diskutiert, ob das Kartellverbot bzgl. der verbotenen Verhaltensweisen angepasst werden muss, um auch Kollusionen zu erfassen, in denen auf einer Seite ein autonomer (Preis)algorithmus agiert.¹⁹¹ Die insofern einzig realistische und daher im Rahmen dieser Arbeit auch behandelte Konstellation ist die Antwort eines Preialgorithmus auf ein vorangegangenes Signalling eines Wettbewerbers. Allerdings folgt hier aus dem Algorithmen-einsatz keine andere kartellrechtliche Bewertung als in Fällen, in denen durch eine manuelle Preissetzung reagiert wird.¹⁹² Daher besteht auch insoweit kein Anpassungsbedarf des Kartellverbots. Aus dem gleichen Grund ist die von *Dück*, *Mäusezahl* und *Symnick* vorgeschlagene Reaktion auf der Ebene des sekundären Unionsrechts¹⁹³ überflüssig.

6. „Kartellrechtliche Produkthaftung“ des Softwareentwicklers

Die *Monopolkommission* macht in ihrem Hauptgutachten darauf aufmerksam, dass ein Softwareentwickler für die Bereitstellung einer Preissoftware nur wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot haftet, wenn sich auch das einsetzende Unternehmen der kartellrechtswidrigen Funktionsweise der Software (z.B. durch Austausch sensibler Wettbewerbsdaten) bewusst ist. Ansonsten fehle es an einer Anknüpfung für die Haftung des Entwicklers.¹⁹⁴ Angesichts dieser Haftungslücke schlägt die *Monopolkommission* eine Art Produkthaftung des Softwareentwicklers vor, durch die sichergestellt wird,

¹⁸⁷ Vgl. *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 6.

¹⁸⁸ *Paschke*, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR, Art. 101 AEUV, Rn. 182; vgl. auch *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 378.

¹⁸⁹ *Künstler/Franz*, K&R 2017, 688, 693; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 256; vgl. auch *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 652.

¹⁹⁰ *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 652.

¹⁹¹ *Bernhardt*, NZKart 2019, 314, 317; *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 114; *Käseberg/von Kalben*, WuW 2018, 2, 5 f.; *OECD*, Algorithms and Collusion, 39; *Pohlmann*, in: FS Schröder, 633, 645 ff.; *Vahrenholt*, Jusletter 26 novembre 2018, Rn. 53; *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 202; *Zurth*, ZWeR 2021, 361, 387 ff.

¹⁹² Siehe Kap. E.I.1.c)bb).

¹⁹³ *Dück/Mäusezahl/Symnick*, ZWeR 2019, 94, 117.

¹⁹⁴ *Monopolkommission*, XII. Hauptgutachten, Rn. 265 f.

dass dieser unabhängig vom Kollusionsbewusstsein der Verwender haftet.¹⁹⁵ Allerdings betrifft die von der *Monopolkommission* aufgezeigte vermeintliche Haftungslücke nicht spezifisch den Einsatz von Preisalgorithmen. Vielmehr stellt sich das Problem stets, wenn kartellrechtswidrig arbeitende Software, die von einem Dritten entwickelt wurde, eingesetzt wird. Es handelt sich also vielmehr um einen Lösungsvorschlag für ein den Algorithmeninsatz im Allgemeinen betreffendes (vermeintliches) Problem, das hier daher nicht näher behandelt werden soll.

7. Anpassung des Missbrauchsverbots

Es wurde bereits dargestellt, dass algorithmische Preisdiskriminierung durch einen Marktbeherrscher nicht per se gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verstößt.¹⁹⁶ Zudem besteht kein Anlass, dies zu ändern. Das Missbrauchsverbot soll nämlich den Wettbewerb schützen.¹⁹⁷ Dieser ist aber nicht gefährdet, solange ein Marktbeherrscher seine Stellung nicht ausnutzt. Daher ist auch eine algorithmische Preisdiskriminierung durch marktbeherrschende Unternehmen grundsätzlich nicht zu beanstanden.¹⁹⁸

Zu diskutieren ist ferner eine Erweiterung des Missbrauchsverbots auf Fälle, in denen sich die algorithmische Preisdiskriminierung durch einen Marktbeherrscher negativ auf die Verbraucherwohlfahrt auswirkt.¹⁹⁹ Allerdings sind die Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung auf die Verbraucherwohlfahrt nur schwer feststellbar, was die Praktikabilität einer solchen Regelung in Zweifel zieht.²⁰⁰ Dies bestätigen auch die hiesigen Ausführungen zu den ökonomischen Hintergründen algorithmischer Preisdiskriminierung.²⁰¹ Zudem besteht schlicht keine Notwendigkeit, einen Marktbeherrscher zu zügeln, solange dieser seine Stellung nicht ausnutzt. Daher ist das Missbrauchsverbot insgesamt mit Blick auf den Einsatz von Preisalgorithmen nicht reformbedürftig.²⁰²

¹⁹⁵ *Monopolkommission*, XII. Hauptgutachten, Rn. 271; auch wenn es sich hierbei in Ermangelung einer vom Kartellverbot erfassten Verhaltensweise genau genommen um keine kartellrechtliche Haftung handelt, wird der Vorschlag wegen seines starken Bezugs zum Kartellrecht an dieser Stelle behandelt.

¹⁹⁶ Siehe Kap. E.I.2.b).

¹⁹⁷ Bzgl. Art. 102 AEUV: *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR, Art. 102 AEUV, Rn. 7 (Stand: September 2021); bzgl. § 19 GWB: *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, § 19 GWB, Rn. 25.

¹⁹⁸ Vgl. *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 73 f.

¹⁹⁹ In diese Richtung, jedoch ohne eindeutigen Bezug zum Missbrauchsverbot: *Kochel*, *Harvard Journal of Law & Technology* 2009, 515, 535.

²⁰⁰ Vgl. *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 72 f.

²⁰¹ Siehe Kap. B.II.

²⁰² So im Ergebnis auch *Paal*, *GRUR* 2019, 43, 52.

III. Zusammenfassung

In den vorangegangenen Ausführungen wurde zunächst dargestellt, warum in einer algorithmischen Preisdiskriminierung kein Konditionenmissbrauch gesehen werden kann. Auch erfolgte in Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand erstmals eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Preis- und Konditionenspaltung, die auf den Ergebnissen zum Preis- und Konditionenmissbrauch aufbaut. Die Ausführungen haben gezeigt, dass auch Unternehmen, deren marktbeherrschende Stellung auf ihrer Datenmacht fußt, durch das Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung nicht pauschal gegen das Missbrauchsverbot verstoßen. Auch mit im Einzelfall fehlenden Ausweichmöglichkeiten oder Informationsasymmetrien, die im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung auftreten, lässt sich kein Verstoß dieser Preisstrategie gegen das Missbrauchsverbot begründen. Schließlich konnte vor allem die Darstellung der ökonomischen Zusammenhänge zu Beginn dieser Arbeit für die juristische Argumentation im Rahmen des Kartellrechts fruchtbar gemacht werden.

F. Lauterkeitsrecht

Zu Recht wird auch im Zusammenhang mit der lauterkeitsrechtlichen Bewertung algorithmischer Preisdiskriminierung der Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit betont.¹ Ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot stellt daher selbstverständlich auch das Lauterkeitsrecht nicht auf.² Trotzdem erscheint es auch nicht a priori ausgeschlossen, dass algorithmische Preisdiskriminierung (im Einzelfall) Unlauterkeitstatbestände erfüllen kann. Dies wird im Folgenden näher untersucht und sodann der legislative Handlungsbedarf erörtert.

I. Rechtsrahmen

1. Irreführungsverbot

Obwohl Teile der Literatur die Vereinbarkeit algorithmischer Preisdiskriminierung mit dem Irreführungsverbot recht pauschal bejahen,³ ist insofern eine genauere Untersuchung angezeigt.

a) *Hinweispflichten*

Zunächst erscheint eine Ableitung von Hinweispflichten auf algorithmische Preisdiskriminierung aus dem Irreführungsverbot möglich. Der fehlenden Transparenz für Verbraucher als eines der Hauptprobleme dieser Preisstrategie⁴ könnte so entgegengewirkt werden. Zwar besteht in einigen Fällen in Form der datenschutzrechtlichen Informationspflicht über den Verarbeitungszweck bereits die Pflicht, auf die Preisstrategie hinzuweisen.⁵ Dies gilt

¹ *Busche*, in: MüKo-LauterkeitsR, Band 1, § 5 UWG, Rn. 437; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8, 11.

² *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5 UWG, Rn. 3.36; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 866; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 418.

³ *Hennemann*, AcP 2019, 818, 832; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451.

⁴ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 6; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447; vgl. auch *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077.

⁵ Siehe Kap. D.I.9.a)aa).

jedoch nur, wenn zum Zwecke der algorithmischen Preisdiskriminierung personenbezogene Daten verarbeitet werden, was nicht zwingend ist⁶. Zudem dürfte die datenschutzrechtliche Informationspflicht häufig nicht die Zuordnung zu einem bestimmten Preis ermöglichen. Somit erübrigt sich die Untersuchung lauterkeitsrechtlicher Hinweispflichten auch vor dem Hintergrund des Datenschutzrechts nicht. Als Anknüpfungspunkte kommen § 5 II Nr. 2 UWG und § 5a II UWG (ggf. i.V.m. § 5b I Nr. 3 UWG) in Betracht.

aa) *Dynamische Preise*

Zunächst ist auf etwaige Hinweispflichten im Zusammenhang mit der algorithmischen *Dynamisierung* von Preisen einzugehen. Eine aus dem Irreführungsverbot abgeleitete Pflicht, auf algorithmische Preisdynamisierung hinzuweisen, wird in der Literatur überwiegend verneint.⁷ Lediglich *Gerpott* und *Mikolas* wollen eine herrschende Meinung ausgemacht haben, nach der aus § 5a II UWG eine Hinweispflicht auf algorithmische Preisbildung insgesamt abzuleiten sei.⁸ Die bestehende Literatur ignoriert jedoch, dass es auf das Vorliegen einer Irreführung gar nicht ankommt: Sowohl § 5 I 1 UWG als auch § 5a II 1 Nr. 2 UWG setzt die Eignung voraus, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Zwar könnte ein Hinweis auf die Preisdynamisierung Verbraucher, die auf einen sinkenden Preis hoffen, vom Vertragsschluss abhalten. Allerdings dürfte es für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers keine Rolle spielen, ob die Preisdynamisierung manuell oder automatisch erfolgt, denn die potenzielle Chance auf einen niedrigeren Preis wird hierdurch nicht beeinflusst. Daran ändert auch eine durch den Einsatz eines Algorithmus möglicherweise bedingte höhere Frequenz der Preisänderungen nichts. Daher fehlt die erforderliche Eignung jedenfalls bzgl. eines Hinweises auf die Automatisierung der Preisdynamisierung und die Rechtslage unterscheidet sich somit nicht von jener, die im Zusammenhang mit manueller Preisdynamisierung gilt. Diese darzustellen, ginge jedoch über den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit hinaus.

Neben einer Pflicht, auf die algorithmische Preisdynamisierung als solche hinzuweisen, steht eine Pflicht zur Angabe eines Durchschnitts- bzw. Referenzpreises im Raum, um eine bessere Einordnung des dynamischen Preises zu ermöglichen. Für die Ableitung einer solchen Pflicht aus § 5 II Nr. 2 UWG

⁶ Siehe Kap. D.I.1.

⁷ Bzgl. § 5 I Nr. 2 UWG: *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864 f.; bzgl. § 5a II UWG: *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 547; bzgl. § 5a III Nr. 3 UWG a.F.: *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81v; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 965.

⁸ *Gerpott/Mikolas*, InTeR 2021, 122, 123.

müsste der bloßen Preisangabe jedoch ein Aussagegehalt hinsichtlich des Verhältnisses zum Durchschnitts- bzw. Referenzpreis entnommen werden können. Dies ist indes nicht der Fall.⁹ Im Rahmen von § 5a II UWG scheidet eine solche Pflicht jedenfalls an § 5a II 1 Nr. 1 UWG. Denn Verbrauchern bleibt weiterhin die Möglichkeit, Preise zu vergleichen, weshalb keine Angabe des Durchschnitts- bzw. Referenzpreises benötigt wird, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen.¹⁰ Hieran ändert auch die Automatisierung der Preisdynamisierung nichts.

Eine Pflicht zur Angabe der Berechnungskriterien ist ebenfalls abzulehnen, da eine Preisangabe keine Aussage über die Berechnungsmethode enthält. Daher scheidet § 5 II Nr. 2 UWG als normativer Anknüpfungspunkt aus. Für eine aus § 5a II UWG abgeleitete Informationspflicht müsste die Angabe der Berechnungsmethode eine wesentliche Information darstellen. Eine Information ist aber nur dann wesentlich, wenn der Verbraucher sie unter Berücksichtigung der Interessen des Unternehmers erwarten kann.¹¹ Hierbei sind auch Geheimhaltungsinteressen des Unternehmers zu berücksichtigen.¹² Die in Rede stehende Informationspflicht würde zur Offenlegung der unternehmerischen Preisberechnung als hochsensibles Geschäftsgeheimnis führen. Dadurch würde jeder Preiswettbewerb im Keim erstickt. Wie auch im Rahmen manueller Preisdynamisierung besteht daher hinsichtlich automatisierter Preisdynamisierung keine Pflicht zur Offenlegung der Berechnungskriterien aus § 5a II UWG.

bb) Personalisierte Preise

Als nächstes wird untersucht, inwiefern das Irreführungsverbot Hinweispflichten im Zusammenhang mit der automatisierten *Preispersonalisierung* aufstellt.

(1) Hinweis auf automatisierte Preispersonalisierung

Auch eine aus dem Irreführungsverbot folgende Hinweispflicht auf die automatisierte *Preispersonalisierung* setzt zunächst voraus, dass ein Unterlassen des Hinweises geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Anders als bei der automatisierten *Preisdynamisierung*¹³ ist diese Eignung vorliegend zu

⁹ Ebenso wenig trifft eine Preisangabe eine Aussage darüber, ob es sich um einen Einheitspreis handelt, siehe hierzu Kap. F.I.1.a)bb)(1)(a).

¹⁰ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 866.

¹¹ BGH, Urt. v. 27.04.2017 – I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265, Rn. 19; BGH, Urt. v. 21.07.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 31; BGH, Urt. v. 16.05.2012 – I ZR 74/11, GRUR 2012, 1275, Rn. 36.

¹² BGH, Urt. v. 21.07.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 33 mwN.

¹³ Siehe Kap. F.I.1.a)aa).

bejahen. Denn bei den Verbrauchern dominiert eine ablehnende Haltung gegenüber algorithmischer Preispersonalisierung.¹⁴ Vor allem ist davon auszugehen, dass, anders als bei dynamischen Preisen, im Rahmen personalisierter Preise auch deren Automatisierung aus Verbrauchersicht eine Rolle spielt. So weckt gerade die *algorithmische* Preispersonalisierung und die damit verbundene detaillierte Profildung in Abhängigkeit der (vermeintlichen) Zahlungsbereitschaft bei Verbrauchern Bedenken, die zur Ablehnung dieser Preisstrategie führen.¹⁵ Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass die Methodik hinter automatisierter Preispersonalisierung – gerade auch im Vergleich zur automatisierten Preisdynamisierung – besonders schwer zu durchschauen ist. Schließlich sind Verbraucher auch kaum in der Lage, das Vorliegen eines mittels Software personalisierten Preises auf andere Weise festzustellen.¹⁶ Daher ist die im Rahmen des Irreführungsverbots erforderliche Eignung bei fehlendem Hinweis auf die automatisierte Preispersonalisierung zu bejahen.¹⁷

(a) *Hinweispflicht aus § 5 II Nr. 2 UWG*

Erforderlich für eine Hinweispflicht aus § 5 II Nr. 2 UWG ist eine Irreführung. Ein automatisiert gebildeter personalisierter Preis müsste also eine unwahre oder eine sonstige zur Täuschung geeignete Angabe enthalten (vgl. § 5 I 2 UWG). Dies wäre nur zu bejahen, wenn einem Preis ohne entsprechenden Hinweis der Aussagegehalt zukommt, dass es sich um keinen automatisiert gebildeten personalisierten Preis handelt. Der Aussagegehalt einer geschäftlichen Handlung richtet sich nach der Verkehrsauffassung des Adressatenkreises,¹⁸ wobei vom durchschnittlichen Adressaten auszugehen ist¹⁹. Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur einer Preisangabe ohne entsprechenden Hinweis der oben genannte Aussagegehalt einhellig abgesprochen.²⁰

¹⁴ Siehe Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2).

¹⁵ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452; vgl. auch *Gerpottl Mikolas*, InTeR 2021, 122, 129, die datenschutzrechtliche Bedenken der meisten Verbraucher feststellen konnten.

¹⁶ Siehe zur fehlenden Erkennbarkeit dieser Preisstrategie Kap. G.I.3.b)aa).

¹⁷ So im Ergebnis wohl auch *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228; die Eignung zumindest bei höheren personalisierten Preisen bejahend: *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452.

¹⁸ BGH, Urt. v. 16.12.2004 – I ZR 222/02, GRUR 2005, 438, 440; BGH, Urt. v. 02.10.2003 – I ZR 150/01, GRUR 2004, 244, 245; *Peifer/Obergfell*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, Band 2, § 5 UWG, Rn. 207.

¹⁹ St. Rspr., siehe nur BGH, Urt. v. 02.10.2003 – I ZR 150/01, GRUR 2004, 244, 245 mwN; *Peifer/Obergfell*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, Band 2, § 5 UWG, Rn. 195.

²⁰ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 227; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 867; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1080; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 297 f.; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 548; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8; *Zurth*, AcP

Dem ist zuzustimmen, da der Durchschnittsverbraucher weiß, dass Preise mittels Algorithmen personalisiert werden²¹. Zwar geht er auch davon aus, dass diese Preisstrategie eher selten eingesetzt wird.²² Das heißt aber auch, dass er zumindest zu einem gewissen Grad mit einem Einsatz rechnet.²³ Demzufolge misst ein Durchschnittsverbraucher einer Preisangabe ohne entsprechenden Hinweis aber nicht die Aussage bei, dass es sich um keinen automatisiert gebildeten personalisierten Preis handelt, sondern allenfalls, dass ein solcher *wahrscheinlich* nicht vorliegt. Diese Aussage wird jedoch nicht dadurch unwahr, dass es sich doch um einen solchen Preis handelt. Somit ist eine Hinweispflicht auf automatisierte Preispersonalisierung aus § 5 II Nr. 2 UWG zu verneinen.

(b) Hinweispflicht aus § 5a bzw. § 5b UWG nach alter Rechtslage

Zunächst ist zu untersuchen, ob vor Inkrafttreten der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB aus § 5a bzw. § 5b UWG eine Hinweispflicht auf algorithmische Preispersonalisierung ableitbar war. Aus § 5b I Nr. 3 UWG folgt keine Hinweispflicht auf algorithmische Preispersonalisierung.²⁴ Die Art der Preisberechnung i.S.v. § 5b I Nr. 3 UWG bezieht sich nämlich nur auf Fälle, in denen der Preis auf Grund der Beschaffenheit der Ware oder Dienstleistung nicht im Voraus berechnet werden kann. Diese Konstellation hat nichts mit Preisdiskriminierung zu tun. Auch § 5b IV UWG i.V.m. § 6 I Nr. 3 TMG statuiert keine Hinweispflicht,²⁵ denn automatisierte Preispersonalisierung lässt sich nicht unter § 6 I Nr. 3 TMG subsumieren,²⁶ für den die aus dem UWG bekannten Begriffe gelten²⁷. In lauterkeitsrechtlichem Kontext ist ein „Preisnachlass (Rabatt) (...) ein betragsmäßig oder prozentual festgelegter Abschlag vom angekündigten oder allgemein geforderten Preis (Grundpreis, Ausgangspreis)“²⁸. Bei algorithmischer Preispersonalisierung fehlt es aber gerade an dem für einen Preisnachlass erforderlichen Referenzpreis.²⁹ Hier gibt es eben keinen normalen Preis

2021, 514, 546; im Ergebnis auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 832; unklar: *Engert*, AcP 2018, 304, 343.

²¹ Siehe Kap. B.I.2.

²² Siehe Kap. B.I.2.

²³ In diese Richtung auch *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1080, nach dem Verbraucher zunehmend mit personalisierten Preisen rechnen; vgl. auch *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10; a.A. wohl *Schäfers*, AcP 2021, 32, 49.

²⁴ *Hennemann*, AcP 2019, 818, Fn. 133; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81v; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 965.

²⁵ *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452.

²⁶ Vgl. *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10.

²⁷ *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, TMG, § 6 TMG, Rn. 23.

²⁸ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 3 UWG, Rn. 8.37.

²⁹ *Zurth*, AcP 2021, 514, 547.

(mehr), sondern die Idee ist vielmehr eine dauerhafte Preisindividualisierung. Dagegen leitet ein Großteil der Literatur eine Hinweispflicht auf algorithmische Preispersonalisierung aus § 5a II UWG ab.³⁰ Dafür müsste es sich hierbei aber um eine wesentliche Information handeln (vgl. § 5a II 1 UWG). Eine Information ist nur dann wesentlich, wenn der Verbraucher sie unter Berücksichtigung der Interessen des Unternehmers erwarten kann.³¹ Zur Feststellung der Wesentlichkeit einer Information ist somit eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Verbrauchers und dem entgegenstehenden Interesse des Unternehmers vorzunehmen.³² Die Information muss hierbei „erhebliches Gewicht“ für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers haben.³³

Die verbreitete Ablehnung der Verbraucher gegenüber algorithmischer Preispersonalisierung³⁴ spricht zunächst für die Wesentlichkeit der Information.³⁵ Ein entsprechender Hinweis gibt Verbrauchern die Möglichkeit, dieser Preisstrategie und damit auch den mit dieser verbundenen Risiken auszuweichen.³⁶ Zudem könnte ein Hinweis auf die algorithmische Preispersonalisierung den Verbrauchern die Chance eröffnen, ihr Verhalten an diese Preisstrategie anzupassen, um von dieser profitieren zu können.³⁷ Angesichts der zunehmenden Komplexität und Intransparenz der eingesetzten Preisalgorithmen ist dies jedoch kein sonderlich starkes Argument, denn die Möglichkeit einer effektiven Verhaltensanpassung muss bezweifelt werden.³⁸ Für die Wesentlichkeit der Information könnte ferner sprechen, dass ein Hinweis auf

³⁰ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 227 f.; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 421; *Micklitz/Namy-slowska*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 5a UWG, Rn. 61; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 298; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 295; *Schäfers*, AcP 2021, 32, 65; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452; einschränkend wohl auch *Engert*, AcP 2018, 304, 343; eine solche Pflicht zumindest nicht ausschließend: *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 228.

³¹ BGH, Urt. v. 27.04.2017 – I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265, Rn. 19; BGH, Urt. v. 21.07.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 31; BGH, Urt. v. 16.05.2012 – I ZR 74/11, GRUR 2012, 1275, Rn. 36.

³² BGH, Urt. v. 21.07.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 33; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5a UWG, Rn. 3.15; *Obergfell*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 2, § 5a UWG, Rn. 74.

³³ BGH, Urt. v. 27.04.2017 – I ZR 55/16, GRUR 2017, 1265, Rn. 19; BGH, Urt. v. 21.07.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 31; BGH, Urt. v. 16.05.2012 – I ZR 74/11, GRUR 2012, 1275, Rn. 36.

³⁴ Siehe hierzu Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2).

³⁵ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 295.

³⁶ *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 407 f.

³⁷ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228.

³⁸ Hieran dürften unter dem Strich auch etwaige datenschutzrechtliche Informationspflichten über die involvierte Logik nichts ändern, zumal diese nur bei Einschlägigkeit von Art. 22 I DSGVO und somit in den seltensten Fällen (siehe Kap. D.I.5.a)) bestehen.

die algorithmische Preispersonalisierung für Verbraucher einen zusätzlichen Anlass für einen (erneuten) Preisvergleich³⁹ darstellen dürfte. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Möglichkeit des Preisvergleichs unabhängig von einem derartigen Hinweis besteht⁴⁰ und von Verbrauchern auch eine gewisse Selbständigkeit bzw. Eigenverantwortung erwartet werden kann. Auch der Ausgleich des für algorithmische Preispersonalisierung typischen Informationsgefälles zulasten des Verbrauchers spricht nicht für die Wesentlichkeit,⁴¹ weil sich die Wesentlichkeit einer Information nicht schlicht mit deren Fehlen begründen lässt. Auch wird angebracht, dass der Preis regelmäßig den wichtigsten Faktor einer Kaufentscheidung darstelle⁴² und die Grundsätze der Preiswahrheit und Preisklarheit eingehalten werden müssten⁴³. Allerdings ist dies im Zusammenhang mit der Preisbildung, um die es hier ja gerade geht, kein taugliches Argument. Der Preis als Entscheidungsfaktor ist den Verbrauchern schließlich bekannt. Auch das bloße Sichtbarmachen dieser Preisstrategie ist kein (zusätzliches) Argument für die Wesentlichkeit der Information,⁴⁴ sondern allenfalls für das bloße Bestehen eines Informationsdefizits. Schließlich kann für die Wesentlichkeit auch nicht angeführt werden, dass der Durchschnittsverbraucher nicht mit algorithmischer Preispersonalisierung rechnet.⁴⁵ Dies tut er nämlich sehr wohl, wenn auch nur zu einem gewissen Grad.⁴⁶

Gegen die Wesentlichkeit der Information ist vorzubringen, dass ein Hinweis auf algorithmische Preispersonalisierung viele Verbraucher abschrecken und der Reputation des Unternehmers massiv schaden dürfte.⁴⁷ In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die meisten Verbraucher diese Preisstrategie selbst dann noch ablehnen, wenn sie selbst von dieser profitieren.⁴⁸

³⁹ Zurth, AcP 2021, 514, 542; vgl. in Bezug auf die neue Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB auch Zurth, ZWeR 2021, 361, 379.

⁴⁰ Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 452; vgl. auch Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10.

⁴¹ So aber Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, 403, 407.

⁴² Gleixner, VuR 2020, 417, 421; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 452.

⁴³ Obergfell, ZLR 2017, 290, 298; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 452.

⁴⁴ So aber Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 452.

⁴⁵ So aber Adinolfi, IPRB 2019, 225, 228; Micklitz/Namyslowska, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 5a UWG, Rn. 61; Obergfell, ZLR 2017, 290, 298; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 452; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10; Zander-Hayat/Reisch/Steffen, VuR 2016, 403, 407 f.

⁴⁶ Siehe Kap. B.I.2.

⁴⁷ Körber, NZKart 2016, 303, 308; Paal, GRUR 2019, 43, 48; Schmidt, DSRITB 2016, 1007, 1012; vgl. auch Gerpott/Mikolas, K&R 2019, 303, 308, nach denen keiner der untersuchten Online-Shops bzw. Online-Reisebüros, die Preise nach Gruppenzugehörigkeit differenzierten, auf diesen Verarbeitungszweck hinwies.

⁴⁸ Siehe Kap. B.I.1.d).

Dieser Aspekt betrifft das unternehmerische Interesse in fundamentaler Weise und stellt somit ein gewichtiges Argument gegen die Wesentlichkeit der Information dar.⁴⁹ Zudem sind für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Information auch die Geheimhaltungsinteressen des Unternehmers zu berücksichtigen.⁵⁰ Unabhängig davon, ob der Einsatz algorithmischer Preispersonalisierung per se schon ein Geschäftsgeheimnis darstellt, besteht insoweit jedenfalls ein nachvollziehbares Geheimhaltungsinteresse gegenüber den Wettbewerbern. Diese könnten auf die algorithmische Preispersonalisierung des Konkurrenten reagieren, sei es etwa durch gezielte Werbung mit Einheitspreisen oder auf andere Weise, und so die Profitabilität dieser Preisstrategie verringern. Somit spricht auch der Wettbewerbsschutz entschieden gegen eine wesentliche Information. Insgesamt ist deren Vorliegen daher zu verneinen. Nach alter Rechtslage statuierte § 5a II UWG somit keine Hinweispflicht auf algorithmische Preispersonalisierung.⁵¹

(c) Hinweispflicht aus § 5a UWG unter Berücksichtigung der neuen Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB

Die Diskussion um die Wesentlichkeit einer Information über automatisierte Preispersonalisierung hat sich jedoch durch Inkrafttreten der Informationspflicht aus Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB größtenteils⁵² erledigt. Danach ist ein Hinweis erforderlich, wenn der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert wurde. Bei einem Verstoß gegen diese Informationspflicht ist jedenfalls § 5b IV UWG einschlägig und somit die Wesentlichkeit zu bejahen.⁵³ Während die Eignung i.S.v. § 5a II 1 Nr. 2 UWG bzgl. eines unterlassenen Hinweises bereits bejaht wurde,⁵⁴ stellt sich nun noch die Frage, ob der Verbraucher einen derartigen Hinweis auch benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen (vgl. § 5a II 1 Nr. 1 UWG)⁵⁵. Dies kann jedoch mit dem Vorliegen von § 5a II 1 Nr. 2 UWG begründet werden. Denn wenn das Vorenthalten des Hinweises geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veran-

⁴⁹ A.A. wohl *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 295.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 21.07.2016 – I ZR 26/15, GRUR 2016, 1076, Rn. 33 mwN.

⁵¹ So im Ergebnis auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 832.

⁵² Die Informationspflicht ist jedenfalls auf den Fernabsatz und somit auf einen Großteil der Fälle, in denen automatisierte Preispersonalisierung eingesetzt wird, anwendbar, siehe *Zurth*, AcP 2021, 514, 545.

⁵³ *Gleixner*, VuR 2020, 417, 421; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 295; *Zurth*, AcP 2021, 514, 545.

⁵⁴ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(b).

⁵⁵ Bejahend: *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10; wohl ebenfalls davon ausgehend, da einen Verstoß gegen § 5a II UWG bejahend: *Zurth*, AcP 2021, 514, 544 f.

lassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, so wird der Hinweis von diesem auch benötigt, um eine informierte geschäftliche Entscheidung zu treffen.⁵⁶ Somit verstößt die Missachtung der neuen Informationspflicht zugleich gegen § 5a II, 5b IV UWG.

(2) *Hinweis auf Referenz- bzw. Durchschnittspreis*

Unabhängig von Bedenken hinsichtlich der Umsetzbarkeit⁵⁷ und Sinnhaftigkeit⁵⁸ ergibt sich auch im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung aus § 5 II Nr. 2 UWG keine Pflicht, über einen Referenz- bzw. Durchschnittspreis zu informieren: Einer bloßen Preisangabe ist kein Aussagegehalt hinsichtlich des Verhältnisses dieses Preises zum durchschnittlichen Marktpreis zu entnehmen.⁵⁹ Auch § 5a II UWG taugt nicht als normativer Anknüpfungspunkt für eine solche Hinweispflicht.⁶⁰ Denn obwohl personalisierte Preise Preisvergleiche tendenziell erschweren,⁶¹ sind diese weiterhin möglich,⁶² was die Angabe des Durchschnitts- bzw. Referenzpreises überflüssig macht⁶³. In diesem Zusammenhang sei an die bis dato eher geringe Verbreitung personalisierter Preise⁶⁴ erinnert, weshalb die Vergleichsmechanismen auf dem Onlinemarkt nach wie vor funktionieren. Eine Hinweispflicht scheidet daher jedenfalls an § 5a II 1 Nr. 1 UWG. Unternehmen, die Preise mittels Software personalisieren, trifft somit aus dem Irreführungsverbot keine Pflicht, einen Referenz- bzw. Durchschnittspreis anzugeben.⁶⁵

⁵⁶ Diese Feststellung widerspricht auch nicht der Verneinung der Wesentlichkeit nach der Rechtslage vor Inkrafttreten der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB, da die Voraussetzung des § 5a II 1 Nr. 1 UWG von diesem Aspekt zu trennen ist.

⁵⁷ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 867; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1080; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10; a.A.: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228 f.

⁵⁸ *Friedrich-Ebert-Stiftung*, Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte, 28; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 867; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1080; *Zurth*, AcP 2021, 514, 545 f.

⁵⁹ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 227; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 867; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 548; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451; *Zurth*, AcP 2021, 514, 546.

⁶⁰ *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1080; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 548; *Zurth*, AcP 2021, 514, 545; a.A.: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228.

⁶¹ *Kenning/Pohst*, Wirtschaftsdienst 2016, 871, 874; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 291; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 10; siehe auch Kap. G.I.3.a).

⁶² Vgl. *Zurth*, AcP 2021, 514, 547 f.

⁶³ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 866; a.A.: *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 408; wohl auch *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 228.

⁶⁴ Siehe Kap. A.II.1.

⁶⁵ So im Ergebnis auch *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 452 f.; a.A.: *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 299.

(3) Hinweis auf Berechnungskriterien

Die Frage nach einer lauterkeitsrechtlichen Pflicht, im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung über die Berechnungskriterien bzw. -methodik zu informieren, erübrigt sich nicht durch die datenschutzrechtliche Informationspflicht über die involvierte Logik und zwar unabhängig davon, wie weit man Letztere auslegt. Diese ist nämlich jedenfalls an Art. 22 DSGVO gekoppelt und daher nur selten einschlägig⁶⁶. In der Literatur wird eine aus dem Irreführungsverbot folgende Pflicht, die der Preispersonalisierung zugrundeliegenden Kriterien zu offenbaren, durchweg abgelehnt.⁶⁷ In der Tat scheidet auch hier⁶⁸ mangels entsprechenden Aussagegehalts der Preisangabe eine Hinweispflicht nach § 5 II Nr. 2 UWG aus. Bei der Frage, ob die Berechnungskriterien bzw. -methode eine wesentliche Information i.S.v. § 5a II UWG darstellt, ist erneut⁶⁹ eine Abwägung unter Berücksichtigung des Geschäftsgeheimnisschutzes⁷⁰ des Unternehmers vorzunehmen. Hierbei ist der Geschäftsgeheimnisschutz tendenziell sogar stärker zu gewichten als im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdynamisierung, da die Formel der Preispersonalisierung in der Regel komplexer ist. Während die (grobe) Methode hinter automatisierter Preisdynamisierung in vielen Fällen noch erkennbar sein dürfte, ist das bei komplexer Preispersonalisierung, die meist auf umfangreichen Persönlichkeitsprofilen beruht, nicht der Fall. Da die Methodik hier also intransparenter ist, hat der Unternehmer auch ein größeres Interesse am Schutz der Formel, um sich mögliche Wettbewerbsvorteile⁷¹ zu sichern. Auf der anderen Seite führt die höhere Intransparenz aber auch dazu, dass auf Verbraucherseite ein stärkeres Interesse an Informationen über die Berechnungskriterien bzw. -methode besteht. So ist ein gewisses die Berechnung betreffendes Grundverständnis Voraussetzung für eine wirksame Verhaltensanpassung und das Aufdecken von Rechtsverstößen. Da die Argumente für beide Seiten gleichermaßen zunehmen, fällt die Abwägung im Ergebnis nicht anders aus als im Zusammenhang mit automatisierter Preisdynamisierung. Aus § 5a II UWG folgt daher auch keine Informationspflicht über die Berechnungskriterien bzw. -methode automatisierter Preispersonalisierung.

⁶⁶ Siehe Kap. D.I.5.a).

⁶⁷ Allgemein: *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8; bzgl. § 5 UWG: *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451; bzgl. § 5a II UWG: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077; *Micklitz/Namyslowska*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 5a UWG, Rn. 61; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 298; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 453.

⁶⁸ Siehe zur algorithmischen Preisdynamisierung Kap. F.I.1.a)aa).

⁶⁹ Siehe bzgl. algorithmischer Preisdynamisierung bereits Kap. F.I.1.a)aa).

⁷⁰ Vgl. *Paal*, GRUR 2019, 43, 49.

⁷¹ Siehe zum unternehmerischen Potenzial algorithmischer Preispersonalisierung Kap. B.II.1.b)aa).

*cc) Fazit: Hinweispflicht aus Irreführungsverbot nur entsprechend
Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB*

Somit bleibt festzuhalten, dass im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung eine Hinweispflicht aus dem Irreführungsverbot lediglich im Umfang der neu eingeführten Informationspflicht aus Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB ableitbar ist.

b) Preisschaukelei

Mit dem Irreführungsverbot unvereinbar ist die sog. Preisschaukelei.⁷² Hierbei handelt es sich um das „systematische Herauf- und Herabsetzen von Preisen zur Verschleierung von „Mondpreisen““⁷³. Diese Beschreibung trifft jedoch auf algorithmische Preisdiskriminierung wegen ihres Bezugs zur Marktlage bzw. Zahlungsbereitschaft nicht zu. Weder dient diese Praxis der Verschleierung von Mondpreisen, noch erfolgt sie willkürlich. Daher stellt algorithmische Preisdiskriminierung in der Regel keine Preisschaukelei dar.⁷⁴

c) Preisspaltung

Als nächstes wird untersucht, inwiefern der Einsatz algorithmischer Preisdiskriminierung zu lauterkeitsrechtlich problematischer Preisspaltung führen kann.

aa) Werbung

Zunächst ist zu beachten, dass das Verlangen eines höheren als des in der Werbung ausgeschriebenen Preises gegen § 5 II Nr. 2 UWG verstößt.⁷⁵ Nicht zu beanstanden sind dagegen Fälle, in denen der verlangte Preis niedriger ist als der ausgeschriebene Preis, da der Verbraucher dadurch nicht zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er andernfalls nicht getroffen hätte.⁷⁶ Wenn nun ein Anbieter mit einem bestimmten Preis wirbt und zugleich algorithmische Preisdiskriminierung betreibt, ist die Gefahr relativ

⁷² BGH, Urt. v. 13.03.2003 – I ZR 212/00, NJW 2003, 2096, 2097; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451.

⁷³ BGH, Urt. v. 13.03.2003 – I ZR 212/00, NJW 2003, 2096, 2097.

⁷⁴ Bzgl. dynamischen Preisen: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1078; bzgl. personalisierten Preisen: *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8; vgl. auch *Zurth*, AcP 2021, 514, 547.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 29.06.2000 – I ZR 29/98, GRUR 2000, 907, 909; *Lindacher*, in: *Teplitzky/Peifer/Leistner*, UWG, § 5 UWG, Rn. 635; vgl. auch *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 226; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 547; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 04.10.2007 – I ZR 182/05, NJW 2008, 1388, 1388 f.

hoch, dass der unterbreitete Preis in Einzelfällen höher ist als der in der Werbung ausgeschriebene Preis. Grundsätzlich gilt aber, dass ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot durch entsprechende Gestaltung der Werbung (Hinweise o.ä.) verhindert werden kann.⁷⁷ Denn maßgeblich dafür, ob eine Preisangabe (in der Werbung) irreführend ist, ist die Verkehrsauffassung.⁷⁸ Dementsprechend haben auch Anbieter, die algorithmische Preisdiskriminierung betreiben, Möglichkeiten, ihre Werbung rechtskonform zu gestalten.⁷⁹ Inwieweit in diesem Zusammenhang ein Konflikt mit § 1 V PAngV auftreten kann,⁸⁰ soll hier nicht weiter vertieft werden. Denn die lauterkeitsrechtliche Bewertung von Preisspaltungen im Zusammenhang mit Werbung ist genau genommen keine Thematik, die speziell algorithmische Preisdiskriminierung betrifft.

bb) Zugangsart

Zudem könnten Preisdifferenzierungen nach „Zugangsart“ zu rechtswidrigen Preisspaltungen führen. Gemeint sind Fälle, in denen der Preis (unter anderem) davon abhängt, über welchen „Weg“ der Verbraucher zum Online-Auftritt des Unternehmers gelangt. Zwar fordert das Irreführungsverbot keine Preisvereinheitlichung über unterschiedliche Vertriebswege hinweg.⁸¹ Trotzdem steht die Frage nach Irreführungen im Raum, wenn Preisdifferenzierungen nach „Zugangsart“ erfolgen. Beispielsweise könnten Preise über Vergleichsportale niedriger sein, da sich Nutzer von Vergleichsportalen typischerweise durch eine gewisse Preissensibilität auszeichnen. Allerdings stehen diese Fälle nicht zwangsläufig in Zusammenhang mit einer *algorithmischen* Preisberechnung. Stattdessen sind die auf den Vergleichsportalen angezeigten Preise schlicht günstiger als die Preise, die bei einem „Direktzugriff“ auf den Online-Auftritt des Anbieters angezeigt werden. Ob diese Fälle eine Preisspaltung darstellen, ist daher nicht mehr vom Untersuchungsgegenstand erfasst.

Allerdings kann die „Zugangsart“ noch in einem weiteren Fall für die Preisbildung relevant werden. So ist denkbar, dass in eine automatisierte

⁷⁷ Vgl. OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 03.03.2011 – 6 U 231/09, GRUR-RR 2011, 193, 194.

⁷⁸ *Büscher*, in: *Büscher*, UWG, § 5 UWG, Rn. 407; *Helm/Sonntag/Burger*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, HB WettbewerbsR, § 59, Rn. 327; *Sosnitzer*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, § 5 UWG, Rn. 442.

⁷⁹ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077.

⁸⁰ Hierzu *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 226 f.; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077.

⁸¹ *Bornkamm/Feddersen*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, UWG, § 5 UWG, Rn. 3.36; vgl. auch *Diekmann*, in: *jurisPK-UWG*, § 5 UWG, Rn. 896 (Stand: 15.01.2021); *Helm/Sonntag/Burger*, in: *Gloy/Loschelder/Danckwerts*, HB WettbewerbsR, § 59, Rn. 344; *Weidert*, in: *Harte-Bavendam/Henning-Bodewig*, UWG, § 5 UWG, Rn. 740.

Preisberechnung auch der Umstand einfließt, ob der Verbraucher per App oder per Browser auf das Angebot des Unternehmers zugreift.⁸² Insofern stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um ein zulässiges Differenzierungskriterium handelt. In Betracht kommt eine parallele Bewertung zu Konstellationen, in denen in derselben Filiale unterschiedliche Preise für dasselbe Produkt ausgeschrieben werden. Diese Fälle stellen einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot dar.⁸³ Fraglich ist also, ob der Auftritt eines Anbieters über die eigene App und über den Browser wie ein und dieselbe Filiale zu behandeln ist. Auch hierfür ist wieder auf die Verkehrsauffassung abzustellen. Maßgeblich ist demnach, ob der durchschnittliche Verbraucher ebenso wie innerhalb derselben Filiale mit einheitlichen Produktpreisen rechnet. In diesem Zusammenhang sei jedoch auf einen entscheidenden Unterschied der beiden Konstellationen hingewiesen: Beim Aufruf des Angebots über App oder Browser handelt es sich nämlich, anders als bei Fällen innerhalb derselben Filiale, um unterschiedliche „Zugangsarten“. Mit anderen Worten wären die beiden Konstellationen allenfalls dann vergleichbar, wenn innerhalb desselben „App-Online-Shops“ oder „Browser-Online-Shops“ unterschiedliche Preise für dasselbe Produkt ausgeschrieben würden. Der unterschiedliche Zugang über die App oder über den Browser ist nämlich ein relevanter Unterschied, sodass unterschiedliche Preise für dasselbe Produkt in Abhängigkeit von dieser „Zugangsart“ Verbraucher nicht in die Irre führen. Hierfür spricht zudem, dass Verbraucher zunehmend zwischen Nutzung der App und der Browser-Website unterscheiden dürften. Gerade eine solche Unterscheidung fehlt im stationären Handel im Rahmen derselben Filiale.

cc) Preisänderungen im Warenkorb

Des Weiteren drängt sich die Frage nach der lauterkeitsrechtlichen Bewertung von Preisänderungen auf, die erfolgen, obwohl ein Produkt bereits dem Warenkorb hinzugefügt wurde. Die Wahrscheinlichkeit solcher Konstellationen steigt gerade durch die zunehmende Häufigkeit von Preisänderungen, für die das Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung verantwortlich ist. Würden Preisänderungen im Warenkorb zu einer lauterkeitsrechtswidrigen Preisspaltung führen, so würde dies bedeuten, dass für diesen Zeitraum auf algorithmischer Preisdiskriminierung beruhende Preiserhöhungen ausgesetzt werden müssten. Denn nach dem Irreführungsverbot darf der tatsächlich verlangte Preis den ausgeschriebenen Preis nicht übersteigen.⁸⁴ Da-

⁸² Zu einer solchen Differenzierung bei Preisen für Flugtickets: *Stern* v. 05.01.2017.

⁸³ *Bornkamm/Feddersen*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 5 UWG, Rn. 3.37; *Helml/Sonntag/Burger*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, HB WettbewerbsR, § 59, Rn. 344; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 5 UWG, Rn. 454.

⁸⁴ BGH, Urt. v. 04.10.2007 – I ZR 182/05, NJW 2008, 1388, 1388 f.; *Adinolfi*, IPRB

her darf im stationären Handel an der Kasse kein höherer als der am Regal angeschriebene Preis gefordert werden.⁸⁵ Entscheidend ist demzufolge die Frage, ob die Situation im Online-Handel vergleichbar ist mit der im stationären Handel. Hierfür spricht zunächst die parallele rechtsgeschäftliche Bewertung beider Sachverhalte. So stellt im stationären Handel erst das Vorlegen an der Kasse ein Vertragsangebot dar.⁸⁶ Online wird erst mit Betätigung einer Schaltfläche mit der Aufschrift „zahlungspflichtig bestellen“ o.ä. ein Vertragsangebot abgegeben.⁸⁷ Trotz der rechtsgeschäftlichen Vergleichbarkeit der Vorgänge besteht aber doch ein Unterschied, der Einfluss auf die für das Vorliegen einer Irreführung maßgebliche Verkehrsauffassung haben könnte: Im stationären Handel weiß der Kunde im Zeitpunkt der Warenauswahl, dass das Produkt noch verfügbar ist. Dagegen besteht im Online-Handel die Gefahr, dass ein Produkt, das bereits in den Warenkorb gelegt wurde, bereits ausverkauft ist. Dieses Umstands ist sich der Durchschnittsverbraucher auch bewusst. Ein argumentativer Anknüpfungspunkt könnte nun darin bestehen, dass dieses Bewusstsein die Möglichkeit von Preisänderungen im Warenkorb umfasst. Dieser Sichtweise läge die Annahme zugrunde, dass ein Kunde, der mit dem Ausverkauf eines Produkts rechnet, erst recht mit einer Preisänderung rechnet. Dem ließe sich auf den ersten Blick zwar entgegenstellen, dass diese beiden Erwartungshaltungen nicht zwingend etwas miteinander zu tun haben. Doch hilft insoweit eine Umschreibung der Verbrauchererwartung dahingehend, dass das jeweilige Angebot (im untechnischen Sinne) wegen verzögerter Aktualisierung der Website möglicherweise nicht mehr besteht. Dadurch wird deutlich, dass weder die fehlende Verfügbarkeit noch Preiserhöhungen der Verbrauchererwartung widersprechen. So können Preiserhöhungen ebenso dazu führen, dass das jeweilige Angebot (im untechnischen Sinne) nicht mehr besteht. Bei lebensnaher und konsequenter Betrachtung ist daher anzunehmen, dass der Durchschnittsverbraucher auch mit möglichen Preiserhöhungen im Warenkorb rechnet. Somit verstoßen Preiserhöhungen von bereits im Warenkorb befindlichen Produkten nicht gegen das Irreführungsverbot. Insofern ergibt sich also auch keine zeitliche Beschränkung für auf algorithmischer Preisdiskriminierung beruhende Preiserhöhungen.

2019, 225, 226; *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 547; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8.

⁸⁵ *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1077.

⁸⁶ Siehe nur *Busche*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 145 BGB, Rn. 12 mwN; a.A.: *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, § 145 BGB, Rn. 43 mwN (Stand: 01.08.2021).

⁸⁷ Siehe nur *Föhlich/Stariradeff*, NJW 2016, 353, 355.

d) Verwirrungseffekt

Schließlich ist im Zusammenhang mit dem Irreführungsverbot noch darauf hinzuweisen, dass algorithmische Preisdiskriminierung Verbraucher irritieren bzw. verwirren kann⁸⁸. Allerdings schützt das Irreführungsverbot nur vor Irreführungen, nicht dagegen vor bloßer Verwirrung. Daher reicht die bloße Irritation, die algorithmische Preisdiskriminierung im Einzelfall bei Verbrauchern hervorrufen mag, nicht aus, um einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot zu begründen.

2. Aggressive geschäftliche Handlung

Als nächstes wird untersucht, ob algorithmische Preisdiskriminierung eine aggressive geschäftliche Handlung nach § 4a I 2 Nr. 3, S. 3 UWG darstellen kann.

In diesem Zusammenhang soll zunächst die algorithmische Preisdiskriminierung per se betrachtet werden. In der Literatur wird eine aggressive geschäftliche Handlung zum Teil mit der Begründung verneint, dass es an der von § 4a I 3 UWG geforderten Druckausübung des Unternehmers fehle.⁸⁹ Andere verneinen bereits die Eignung i.S.v. § 4a I 2 UWG, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers erheblich zu beeinträchtigen.⁹⁰ Dem ist im Ergebnis zwar zuzustimmen, wobei vor allem für eine Ausübung von Druck jegliche Anhaltspunkte fehlen und § 4a I 2 Nr. 1 und Nr. 2 UWG nicht in Betracht kommen. Unberücksichtigt bleibt bislang allerdings, dass sich algorithmische Preisdiskriminierung teilweise schon nicht unter § 4a I 1 UWG subsumieren lässt. Die algorithmische Preisdiskriminierung *per se* war nämlich zumindest vor Geltung der Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB schon nicht geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Bzgl. automatisierter *Preisdynamisierung* wurde diese Eignung bereits im Rahmen des Irreführungsverbots verneint.⁹¹ Im Rahmen automatisierter *Preispersonalisierung* ist im Unterschied zum Irreführungsverbot⁹² zwar zu beachten, dass es vorliegend nicht um Hinweispflichten geht. Es ist aber davon auszu-

⁸⁸ *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, *Praxis der Personalisierung im Handel*, 71, 79; vgl. auch *Rott*, in: Ochs et al., *Die Zukunft der Datenökonomie*, 285, 302.

⁸⁹ So bzgl. Preispersonalisierung: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 833; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1081; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 300; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 453; *Tillmann/Vogt*, *Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?*; *Zurth*, AcP 2021, 514, 535.

⁹⁰ Bzgl. dynamischer Preise: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1078; bzgl. personalisierter Preise: *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018; bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung insgesamt: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 227.

⁹¹ Siehe Kap. F.I.1.a)aa).

⁹² Siehe Kap. F.I.1.a)bb).

gehen, dass sich die allermeisten Verbraucher vor Geltung der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB der automatisierten Preispersonalisierung im konkreten Fall gar nicht bewusst waren. Schließlich gab es zu diesem Zeitpunkt noch keine Pflicht, auf diese Praxis hinzuweisen. Zwar bestand bereits eine datenschutzrechtliche Informationspflicht bzgl. des Verarbeitungszwecks.⁹³ Hieraus lässt sich die Preisstrategie aber, sofern das Datenschutzrecht überhaupt anwendbar ist, nicht zwingend einem konkreten Preis zuordnen. Wenn sich die Verbraucher dieser Preisstrategie im konkreten Fall aber gar nicht bewusst sind, dann kann sie auch nicht die erforderliche Eignung i.S.v. § 4a I 1 UWG aufweisen. Aus Verbrauchersicht maßgeblich für das Treffen der geschäftlichen Entscheidung ist dann ausschließlich die Höhe des Preises. Seit Inkrafttreten der neuen, die automatisierte Preispersonalisierung betreffenden Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB ist die Eignung i.S.v. § 4a I 1 UWG allerdings zu bejahen. Eine aggressive geschäftliche Handlung scheidet aber auch weiterhin jedenfalls an der fehlenden Ausübung von Druck.

Algorithmische Preisdiskriminierung könnte daher allenfalls in Kombination mit einem bestimmten Hinweis eine aggressive geschäftliche Handlung darstellen. Zwar spielen etwaige gesetzliche Informationspflichten insoweit keine Rolle, denn die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht kann nicht als Anknüpfungspunkt für einen Rechtsverstoß dienen. Allerdings ist denkbar, dass Anbieter algorithmische Preisdiskriminierung mit „aggressiven“ Hinweisen versehen, um Kunden zum Vertragsschluss zu drängen.⁹⁴ Der Gebrauch derartiger Hinweise ist aber kein Problem, das spezifisch algorithmische Preisdiskriminierung betrifft,⁹⁵ sondern vielmehr auch im Zusammenhang mit manuell gebildeten Preisen auftritt bzw. auftreten kann. Zur diesbezüglich geltenden Rechtslage⁹⁶ ergeben sich keine Unterschiede.

3. Unzumutbare Belästigung

Zwar könnte man eine analoge Anwendung des § 7 I, II Nr. 2 UWG auf automatisierte Preispersonalisierung erwägen. Die Analogie ist aber aus den gleichen Gründen abzulehnen, die bereits im Zusammenhang mit Art. 21 II,

⁹³ Siehe Kap. D.I.9.a)aa).

⁹⁴ Hierauf im Zusammenhang mit personalisierten Preisen hinweisend: *Zurth*, AcP 2021, 514, 546.

⁹⁵ *Zurth*, AcP 2021, 514, 535.

⁹⁶ Siehe zur lauterkeitsrechtlichen Bewertung von Hinweisen auf eine zeitliche Begrenzung des Angebots: BGH, Urt. v. 31.03.2010 – I ZR 75/08, GRUR 2010, 1022 ff.; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – I ZR 83/01, GRUR 2004, 343 f.; OLG Hamm, Urt. v. 07.06.2005 – 4 U 22/05, GRUR 2006, 86 ff.; *Scherer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 4a UWG, Rn. 187.

III DSGVO⁹⁷ genannt wurden. Zwar ist auch Direktwerbung mit automatisiert gebildeten Preisen denkbar. Das belästigende Element liegt dann aber in der Werbung und nicht in der Preisbildung.

4. Generalklausel

Ein Verstoß algorithmischer Preisdiskriminierung gegen § 3 III UWG i.V.m. Nr. 18 des Anhangs zu § 3 III UWG wird zu Recht abgelehnt⁹⁸: Der bloße Preis enthält keine unwahre Angabe über die Marktbedingungen oder Bezugsquellen.⁹⁹ Für einen Verstoß gegen § 3 II UWG fehlt es jedenfalls an einer Verletzung der unternehmerischen Sorgfalt i.S.v. § 2 I Nr. 9 UWG,¹⁰⁰ weil die untersuchungsgegenständlichen Preisstrategien in keinem Zusammenhang mit der Einhaltung eines Standards an Fachkenntnissen und Sorgfalt stehen.

5. Rechtsbruch

Schließlich wird nun noch dargestellt, welche der Rechtsvorschriften, die für die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung relevant sind, Marktverhaltensregeln i.S.v. § 3a UWG darstellen.

Mit Blick auf das Diskriminierungsrecht¹⁰¹ sind § 19 AGG¹⁰², § 5 DL-InfoV¹⁰³ und Art. 4 I Geoblocking-VO¹⁰⁴ relevante Marktverhaltensregeln. Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, Art. 4 II VO (EU) 181/2011, Art. 5 I VO (EU) 2021/782 und Art. 23 II Luftverkehrsdienste-VO sind sinnvollerweise nicht anders einzuordnen. Auch bei diesen handelt es sich um Diskriminierungsverbote, die zudem, ebenso wie § 5 DL-InfoV und Art. 4 I Geoblocking-VO, Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit verbieten. Gleiches muss für die einschlägigen (drittwirkenden) Diskriminierungsverbote des AEUV

⁹⁷ Siehe Kap. D.I.8.

⁹⁸ *Hennemann*, AcP 2019, 818, 832; *Zurth*, AcP 2021, 514, 547.

⁹⁹ So bzgl. personalisierten Preisen: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 227; *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1080; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 297; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018 f.; *Tietjen/Flöter*, GRUR-Prax 2017, 546, 548; *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 8.

¹⁰⁰ *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 227; im Ergebnis einen Verstoß gegen § 3 II UWG ebenfalls verneinend: *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1078, 1081; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1019 f.; so bzgl. personalisierten Preisen auch *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 300.

¹⁰¹ Siehe Kap. C.

¹⁰² *Hofmann*, WRP 2016, 1074, 1079; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.294; vgl. auch BT-Drs. 16/1780, 48 f.

¹⁰³ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.294; wohl auch *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1019.

¹⁰⁴ Bezogen auf die Geoblocking-VO insgesamt: *Bühling*, IPRB 2019, 21, 23; *Herresthal*, NJW 2020, 361, 366; *Rothermell/Schulz*, K&R 2019, 367, 371.

gelten, zumal deren Zuordnung zum primären Unionsrecht einer Einordnung als Marktverhaltensregeln nicht entgegensteht¹⁰⁵. Außerdem zeigt die Schaffung bzw. Erhaltung eines einheitlichen Binnenmarkts als ratio dieser Diskriminierungsverbote¹⁰⁶ deren marktverhaltensregelnden Charakter¹⁰⁷. Schließlich ist mit Blick auf seine Schutzrichtung auch Art. 3 GG in Drittwirkungs-Konstellationen als Marktverhaltensregel anzusehen,¹⁰⁸ um die Stringenz mit Blick auf die einfachgesetzlichen (nationalen) Diskriminierungsverbote sicherzustellen. Zudem wird auch anderen Bestimmungen des GG eine marktverhaltensregelnde Zielrichtung entnommen.¹⁰⁹

Ob das Datenschutzrecht auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, ist Gegenstand einer lebhaften Diskussion,¹¹⁰ die im Rahmen der vorliegenden sich ausschließlich auf Spezifika algorithmischer Preisdiskriminierung beschränkenden Arbeit nicht näher thematisiert werden soll.

Um die Wertungen der kartellrechtlichen Anspruchsgrundlagen aus §§ 33, 34a GWB nicht zu unterlaufen, folgt aus einem Verstoß gegen das Kartellrecht per se kein Rechtsbruch i.S.v. § 3a UWG.¹¹¹ Das Gleiche gilt für Verstöße gegen Art. 101, 102 AEUV, da §§ 33, 34a GWB auch in diesen Fällen anwendbar sind.¹¹²

Jedenfalls die neue Informationspflicht aus Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB stellt eine die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung in Form von algorithmischer Preispersonalisierung betreffende Rechtsvorschrift dar. Ob das Verbraucherschutzrecht noch weitere Informationspflichten enthält, kann an dieser Stelle offenbleiben. Denn alle vertragsbezogenen Informationspflichten schützen die Entscheidungsfreiheit und stellen daher Markt-

¹⁰⁵ Vgl. *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, HB WettbewerbsR, § 48, Rn. 143.

¹⁰⁶ Zu Art. 18 AEUV: *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 11; zu den Grundfreiheiten vgl. Art. 26 II AEUV.

¹⁰⁷ In den Grundfreiheiten offenbar ebenfalls Marktverhaltensregeln sehend: *Repasi*, EuZW 2008, 532, 533.

¹⁰⁸ Eine unlautere Handlung nach § 3a UWG i.V.m. Art. 3 GG zumindest anprüfend, sodann aber mangels geschäftlicher Handlung im konkreten Fall verneinend: OLG Oldenburg, Urt. v. 15.09.2017 – 6 U 17/17, GRUR-RS 2017, 156375, Rn. 55 ff.

¹⁰⁹ So beispielsweise bzgl. des aus Art. 5 I 2 GG abgeleiteten Gebots der Staatsferne: BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 112/17, GRUR 2019, 189, Rn. 19; BGH, Urt. v. 15.12.2011 – I ZR 129/10, GRUR 2012, 728, Rn. 11.

¹¹⁰ Siehe hierzu beispielsweise *Buchner*, in: FS Köhler, 51 ff.; *Köhler*, WRP 2018, 1269 ff.; *von Walter*, in: FS Köhler, 771 ff.

¹¹¹ BGH, Urt. v. 07.02.2006 – KZR 33/04, GRUR 2006, 773, Rn. 15 ff.; *Schaffert*, in: MüKo-LauterkeitsR, Band 1, § 3a UWG, Rn. 24; vgl. auch BGH, Urt. v. 03.07.2008 – I ZR 145/05, GRUR 2008, 810, Rn. 11.

¹¹² *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.37.

verhaltensregelungen dar.¹¹³ Sämtliche etwaige Verbraucherschutzrechtliche Informationspflichten im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung, einschließlich der neuen Informationspflicht aus Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB, sind vertragsgegenstandsbezogen und somit Marktverhaltensregelungen. Das Vorliegen und die Umstände algorithmischer Preisdiskriminierung betreffen nämlich weder den Vertragspartner noch das Produkt, sondern schlicht den Vertrag (Preis als Teil der *essentialia negotii*¹¹⁴).

6. Schadenersatzanspruch nach § 9 II 1 UWG bei Verletzung der Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB

Seit 28.05.2022 ist § 9 II 1 UWG dahingehend gefasst, dass derjenige, der vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, den Verbrauchern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Nach § 9 II 2 UWG genügt hierfür jedoch kein Verstoß gegen § 3a UWG. Im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung kann daher nur eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB als Verstoß gegen § 5a II, 5b IV UWG¹¹⁵ den genannten Anspruch begründen. Zu ersetzen ist nach der Differenzhypothese dann ein etwaiger Mehrbetrag, den der Verbraucher dadurch gezahlt hat, dass er infolge des fehlenden Hinweises nicht auf einen anderen Anbieter ausgewichen ist. Die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers bestünde vorliegend darin, ein Vertragsangebot zu dem durch den Anbieter unterbreiteten Preis abzugeben. Dass ein Schaden erst mit der Annahme dieses Angebots durch den Anbieter entsteht, kann den Zurechnungszusammenhang nicht entfallen lassen, da § 9 II 1 UWG andernfalls weitgehend leerliefe. Dieser knüpft nämlich gerade an die Veranlassung zu einer geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers an. Allein durch die Vornahme einer solchen entsteht Verbrauchern aber in den seltensten Fällen ein Schaden.

¹¹³ *Elskamp*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, 186; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 2, § 3a UWG, Rn. 158; vgl. auch *Hasselblatt/Gregor*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, HB-WettbewerbsR, § 48, Rn. 86; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 3a UWG, Rn. 1.311.

¹¹⁴ Siehe nur *Busche*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 145 BGB, Rn. 6.

¹¹⁵ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(c).

7. Fazit: Keine selbstständigen lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitschürden

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass über § 3a UWG das Lauterkeitsrecht im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung in vielerlei Hinsicht relevant werden kann. Zudem stellt ein Verstoß gegen die neue Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB zugleich einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot dar. Selbstständige Zulässigkeitschürden für algorithmische Preisdiskriminierung stellt das Lauterkeitsrecht jedoch nicht auf.

II. Reformvorschläge

Zur Feststellung des lauterkeitsrechtlichen Reformbedarfs¹¹⁶ ist es hilfreich, sich die wesentlichen Konfliktfelder im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung vor Augen zu führen. Zuvörderst drängt sich hier die dieser Preisstrategie immanente Diskriminierung auf. Diese zu verhindern, ist aber nicht primärer Zweck des Lauterkeitsrechts. Des Weiteren stellt algorithmische Preisdiskriminierung eine zumindest potenzielle Gefahr für die Verbraucherwohlfahrt dar.¹¹⁷ Allerdings soll das Lauterkeitsrecht auch die Verbraucherwohlfahrt nicht per se schützen, sondern allenfalls im Zusammenhang mit unlauteren geschäftlichen Handlungen. Ferner zeichnet sich algorithmische Preisdiskriminierung durch deren Intransparenz und in den meisten Fällen auch fehlende Erkennbarkeit aus.¹¹⁸ Allerdings besteht auch zwischen diesem Befund und der im Rahmen des Lauterkeitsrechts maßgeblichen Unlauterkeit kein (zwingender) Zusammenhang. Andernfalls würde das Lauterkeitsrecht vollständige geschäftliche Transparenz fordern, was mit Blick auf das gesetzliche Ziel des Wettbewerbsschutzes (vgl. § 1 I 2 UWG) eher kontraproduktiv sein dürfte.

Sollte algorithmische Preisdiskriminierung zukünftig den Preisvergleich für Verbraucher erschweren,¹¹⁹ so hätte dies zwar tendenziell negative Auswirkungen auf den Wettbewerb, würde diesen aber noch nicht verfälschen. Vielmehr läge hierin eine natürliche Folge für den Wettbewerb, die ihren Grund in unterschiedlichen Preisen bzw. häufigeren Preisanpassungen und somit in einem legitimen Verhalten hat. Schließlich sind Preisanpassungen und Preisdiversität funktionierendem Wettbewerb gerade immanent.

¹¹⁶ Insofern zumindest Diskussionsbedarf sehend: *Künstner/Franz*, K&R 2017, 688, 692.

¹¹⁷ Siehe Kap. B.II.2.

¹¹⁸ Siehe hierzu noch Kap. G.I.3.b)aa).

¹¹⁹ Siehe zu dieser Befürchtung Kap. G.I.3.a).

Schließlich nutzen Unternehmer durch algorithmische Preisdiskriminierung ihren Informationsvorsprung gegenüber Verbrauchern aus, indem sie auf die jeweilige Zahlungsbereitschaft reagieren.¹²⁰ Allerdings kann eine Orientierung an der Zahlungsbereitschaft des potenziellen Vertragspartners bei der Angebotserstellung nicht als unlauter bezeichnet werden, da dieses Verhalten schlicht und ergreifend den Marktgesetzen folgt. Hieran ändert auch die in diesem Zusammenhang bestehende Informationsasymmetrie nichts, da das Ausnutzen von Informationsvorsprüngen rechtlich grundsätzlich nicht zu missbilligen ist¹²¹. Dass der Verbraucher hierbei qua schlechterer Informationsmöglichkeiten gegenüber dem Unternehmer benachteiligt ist, dürfte zwar nicht von der Hand zu weisen sein. Das Ausgleichen der schwächeren Position von Verbrauchern gegenüber lauter handelnden Unternehmern ist aber primär dem Verbraucherschutzrecht als Teilmenge des Bürgerlichen Rechts zuzuordnen.

Somit besteht hinsichtlich algorithmischer Preisdiskriminierung ausgehend vom lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck kein legislativer Handlungsbedarf. Infolgedessen wird die Notwendigkeit weiterer Informationspflichten¹²² sowie darüberhinausgehender Reformbedarf im Kapitel „Preisangaberecht und Bürgerliches Recht“¹²³ thematisiert.¹²⁴

III. Zusammenfassung

Die Ausführungen haben gezeigt, dass dem im UWG an mehreren Stellen wiederkehrenden Merkmal der Eignung, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Handlung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte, im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Bewertung algorithmischer Preisdiskriminierung wesentliche Bedeutung zukommt. Dies gilt sowohl für die Diskussion um etwaige aus dem Irreführungsverbot ableitbare Hinweispflichten als auch für die Prüfung des Tatbestands der aggressiven geschäftlichen Handlung. Dabei wurden die Unterschiede zwischen automatisierter Preispersonalisierung und automatisierter Preisdynamisierung herausgearbeitet

¹²⁰ Siehe zu dieser Problematik Kap. G.I.3.b)bb).

¹²¹ *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 284.

¹²² Zudem darauf hinweisend, dass eine Verortung von Informationspflichten, die speziell algorithmische Preisdiskriminierung betreffen, im Lauterkeitsrecht einen systematischen Widerspruch zu § 5a III Nr. 3 UWG darstellen würde: *Zurth*, AcP 2021, 514, 545.

¹²³ Siehe Kap. G.

¹²⁴ Für eine ähnliche Verortung der Diskussion über etwaigen Reformbedarf: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 41 f., der durch individualisierte Vertragsanbahnung vor allem die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit tangiert sieht. Deren Schutz zu gewährleisten sei aber Aufgabe des Bürgerlichen Rechts, nicht dagegen des Lauterkeitsrechts.

und der Zusammenhang zwischen der genannten Eignung und dem Bestehen von Hinweispflichten erörtert. Zudem wurde auf Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung dargelegt, warum die Information über algorithmische Preispersonalisierung zumindest vor Inkrafttreten der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB entgegen der h.L. keine wesentliche Information i.S.v. § 5a II UWG darstellte. Im Rahmen der Frage nach einer lauterkeitsrechtlichen Offenlegungspflicht bezüglich der Berechnungskriterien bzw. -methode wurde das unternehmerische Geheimhaltungsinteresse umfassend berücksichtigt. Auch wurde die Preisdifferenzierung nach „Zugangsart“ als mögliche Preisspaltung thematisiert und schließlich abgelehnt. Zudem stellen auch Preiserhöhungen bzgl. Produkten, die sich bereits im Warenkorb befinden, keine lauterkeitsrechtlich unzulässige Preisspaltung dar. An diversen Stellen konnten die zu Anfang dieser Arbeit dargestellten gesellschaftlichen Hintergründe algorithmischer Preisdiskriminierung für die lauterkeitsrechtliche Untersuchung fruchtbar gemacht werden. Schließlich wurde ausgehend von der lauterkeitsrechtlichen ratio ein legislativer Handlungsbedarf verneint.

G. Preisangabenrecht und Bürgerliches Recht

Schließlich ist die preisangaben- und bürgerlich-rechtliche Rechtslage im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung zu beleuchten und der diesbezüglich bestehende legislative Handlungsbedarf zu bestimmen.

I. Rechtsrahmen

1. Preisangabenverordnung

Bei der Frage, inwiefern die PAngV ein Regulativ für algorithmische Preisdiskriminierung darstellt, ist zwischen der allgemeinen Zulässigkeit dieser Preisstrategie nach der PAngV und der bereits im Lauterkeitsrecht¹ behandelten Konstellation von Preisänderungen im Warenkorb zu trennen.

a) Allgemeine Vereinbarkeit mit PAngV

§ 1 III 2 PAngV normiert die Grundsätze der Preisklarheit und Preiswahrheit. Allerdings beschränkt sich der Regelungsgehalt der PAngV auf formelles Preisrecht, also auf die bloße Preisangabe als solche. Die PAngV enthält dagegen keine Regelungen zum materiellen Preisrecht, welches die inhaltliche Zulässigkeit von Preisen und deren Bildung betrifft.² Algorithmische Preisdiskriminierung ist aber gerade eine Methode der *Preisbildung*, wohingegen diese Preisstrategie auf die Preisangabe keinerlei Auswirkungen hat. Daher muss sich algorithmische Preisdiskriminierung als solche nicht an der PAngV messen lassen bzw. ist mit dieser vereinbar.³ Zwar soll die PAngV

¹ Siehe Kap. F.I.1.c)cc).

² BGH, Urt. v. 22.03.2012 – I ZR 111/11, GRUR 2012, 1159, Rn. 24; BT-Drs. 19/9772, 13; *Ernst*, in: MüKo-LauterkeitsR, Band 2, Einleitung zur PAngV, Rn. 1; *Helm/Sonntag/Burger*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, HB-WettbewerbsR, § 75, Rn. 1; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, Vorbemerkungen zur PAngV, Rn. 1; *Sosnitzka*, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, Einführung zur PAngV, Rn. 1; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 9; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81o; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 962; bzgl. Preisauszeichnungs-VO auch BGH, Urt. v. 20.02.1974 – VIII ZR 198/72, GRUR 1974, 416, 417.

³ *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 292 f.; so bzgl. persona-

optimale Preisvergleichsmöglichkeiten gewährleisten.⁴ Algorithmische Preisdiskriminierung erschwert die Vergleichsmöglichkeiten aber tendenziell,⁵ weshalb diese Preisstrategie mit Blick auf den genannten Regelungszweck teilweise kritisch gesehen wird.⁶ Allerdings ist bei der Bestimmung gesetzlicher Ziele auch stets der jeweilige gesetzliche Anwendungsbereich bzw. Regelungsgehalt zu beachten. Daher ist das Ziel der PAngV dahingehend zu präzisieren, dass gerade durch die Gestaltung von *Preisangaben* optimale Vergleichsmöglichkeiten geschaffen werden sollen.⁷ Diese ratio kann aber nicht dahingehend ausgedehnt werden, dass sie sämtliche Entwicklungen bzw. Umstände betrifft, die Preisvergleiche erschweren. Vielmehr beschränkt sich die PAngV auf die Preisangabe als einzelnen Aspekt des Preisvergleichs. Ziel ist eben lediglich, dass *Preisangaben* so gestaltet sind, dass sie Preisvergleiche nicht erschweren. Algorithmische Preisdiskriminierung betrifft aber, wie bereits dargestellt, gerade nicht die Preisangabe, sondern die *Preisbildung*, weshalb auch mit den Zielen der PAngV kein Konflikt besteht.

b) Durch algorithmische Preisdiskriminierung bewirkte Preisänderungen im Warenkorb

Aus lauterkeitsrechtlicher Sicht wurde die Frage nach der Zulässigkeit von durch algorithmische Preisdiskriminierung bewirkten Preisänderungen im Warenkorb bereits untersucht und bejaht.⁸ Zu prüfen bleibt die Vereinbarkeit

lisierter Preise im Ergebnis auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 833; ebenso *Zurth*, AcP 2021, 514, 542, der zur Begründung zudem auf § 9 II PAngV verweist. Ein Hineinlesen der Information über personalisierte Preisbildung in die Erforderlichkeit einer vollständigen Preisangabe nach § 1 PAngV dagegen für möglich haltend: *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 299; unklar: *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 9; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81v; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 965.

⁴ BGH, Urt. v. 31.10.2013 – I ZR 139/12, GRUR 2014, 576, Rn. 19; BGH, Urt. v. 07.03.2013 – I ZR 30/12, GRUR 2013, 850, Rn. 13; BGH, Urt. v. 04.10.2007 – I ZR 143/04, GRUR 2008, 84, Rn. 25.

⁵ BT-Drs. 19/9772, 5; *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 22; *Remmel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 877; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 289; bzgl. personalisierter Preise: *BKartA*, Big Data und Wettbewerb, 11; *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 114; *Kenning/Pohst*, Wirtschaftsdienst 2016, 871, 874; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 76, 79; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 6 f.

⁶ *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 451; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 9; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81t; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 964 f.

⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 28.11.1996 – I ZR 197/94, GRUR 1997, 767, 769; BGH, Urt. v. 23.05.1991 – I ZR 265/89, GRUR 1991, 847, 847 f.; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 2.

⁸ Siehe Kap. F.I.1.c)cc).

derartiger Konstellationen mit der PAngV. Auch der Grundsatz der Preiswahrheit (§ 1 III 2 PAngV) verlangt, dass der tatsächlich verlangte dem ausgeschriebenen Preis entspricht,⁹ jedenfalls aber nicht höher ist.¹⁰ Entscheidend für die Einhaltung der Grundsätze der PAngV ist die allgemeine Verkehrsauffassung.¹¹ Demzufolge wäre ein Verstoß gegen den Grundsatz der Preiswahrheit nur dann zu bejahen, wenn ein im Warenkorb angezeigter Preis nach der Verkehrsauffassung zugleich der Preis ist, der tatsächlich verlangt wird und zu bezahlen ist. Dies ist jedoch nicht der Fall, da sich der Durchschnittsverbraucher der Möglichkeit von Preisänderungen im Warenkorb bewusst ist¹². Daher führen Preisänderungen im Warenkorb nicht zu einer unwahren Preisangabe, sondern stellen lediglich eine *Änderung* der Preisangabe dar. Somit folgt auch aus der PAngV keine zeitliche Blockade für algorithmische Preisdiskriminierung.

2. Selbstdarstellungsrecht des Verbrauchers

Ein lediglich die *Personalisierung* von Preisen betreffendes Problem stellt die Tatsache dar, dass Verbraucher der durch die Algorithmen vorgenommenen Profilerstellung und der darauf aufbauenden Kategorisierung hilflos ausgeliefert sind. Durch algorithmische Preispersonalisierung erfolgt ein „Social Sorting“,¹³ gegen das sich Verbraucher nicht wehren können. Seitens der Verbraucher besteht daher auch nicht die Möglichkeit, falsche Schlüsse des Algorithmus zu korrigieren. Der *Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* hält daher im Zusammenhang mit personalisierten Preisen ein Korrekturrecht der Verbraucher für erforderlich.¹⁴ Allerdings besteht die geschilderte Problematik nicht ausschließlich im Zusammenhang mit algorithmischer Preispersonalisierung, sondern vielmehr immer, wenn sich Verbraucher auf Profiling beruhenden automatisierten Entscheidungen ausgesetzt sehen. Die Thematik ist in dieser Arbeit daher nicht weiter zu vertiefen.

3. Privatautonomie des Verbrauchers

Direkt im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung steht dagegen eine Gefährdung der Privatautonomie der Verbraucher. Gemeint ist hiermit die Freiheit, autonom und selbstbestimmt rechtsgeschäftliche Ent-

⁹ Hofmann, WRP 2016, 1074, 1077; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 1 PAngV, Rn. 36.

¹⁰ BGH, Urt. v. 04.10.2007 – I ZR 182/05, NJW 2008, 1388, Rn. 14.

¹¹ Vgl. nur BGH, Urt. v. 14.11.1996 – I ZR 162/94, GRUR 1997, 479, 480.

¹² Siehe Kap. F.I.I.c)cc).

¹³ Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Personalisierte Preise, 4.

¹⁴ Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., Personalisierte Preise, 6.

scheidungen treffen zu können. Daher sind an dieser Stelle die Auswirkungen algorithmischer Preisdiskriminierung auf die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit¹⁵ der Verbraucher zu untersuchen.

a) Fehlende Selbstbestimmtheit wegen mangelnder Vergleichsmöglichkeiten?

Als Folge algorithmischer Preisdiskriminierung wird eine Verschlechterung der Vergleichsmöglichkeiten für Verbraucher befürchtet.¹⁶ Grund hierfür sind häufige Preisänderungen¹⁷ und fehlende Einheitspreise als Vergleichsmaßstab¹⁸. Allerdings bietet das Internet im Moment noch sehr gute Vergleichsmöglichkeiten für Verbraucher.¹⁹ Jedenfalls ist man hier noch weit von der vom BVerfG in anderem Zusammenhang angesprochenen „Fremdbestimmung“ als Grenze eines gerechten vertragsrechtlichen Interessenausgleichs²⁰ entfernt. Es liegt schlichtweg fern, in diesem Zusammenhang aktuell von fehlender rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit der Verbraucher zu sprechen. Gegenwärtig sollte man es daher dabei belassen, die Entwicklung der Vergleichsmöglichkeiten im Internet aufmerksam zu beobachten.

b) Informationsgefälle und Machtungleichgewicht

Trotzdem zeichnet sich algorithmische Preisdiskriminierung durch ein gewisses Informationsgefälle und Machtungleichgewicht zulasten des Verbrauchers aus, welches im Folgenden dargestellt wird. Sodann wird erörtert, ob die bestehenden Informations- und Hinweispflichten einen angemessenen Ausgleich schaffen.

aa) Informationsgefälle

Im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung besteht ein Informationsvorsprung des Unternehmers aus mehreren Gründen:

Erstens ist die Anwendung dieser Preisstrategie für den Verbraucher meist nicht erkennbar.²¹ Der Algorithmeinsatz als solcher bleibt für Verbraucher

¹⁵ Diese als wichtigsten Aspekt für die rechtliche Bewertung individualisierter Vertragsanbahnung bezeichnend: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 41.

¹⁶ Siehe Kap. G.I.1.a).

¹⁷ BT-Drs. 19/9772, 5; *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 22; *Remmel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 875 f.; in anderem Zusammenhang auch BGH, Urt. v. 14.12.1973 – I ZR 36/72, WRP 1974, 342, 343.

¹⁸ *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 114; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 61; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81d f.; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 958.

¹⁹ Siehe bereits Kap. F.I.1.a)bb)(2).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, NJW 1990, 1469, 1470.

²¹ BT-Drs. 19/9772, 6.

sowohl bzgl. automatisierter Preisdynamisierung als auch, jedenfalls vor Inkrafttreten der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB bzw. außerhalb deren Anwendungsbereich, für automatisierte Preispersonalisierung im Verborgenen. Bei letztgenannter Preisstrategie kommt hinzu, dass auch die Personalisierung nur schwer bis gar nicht aufgedeckt werden kann.²² Dies gilt jedenfalls für Sachverhalte vor Inkrafttreten der neuen Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB bzw. in Fällen, in denen diese nicht greift²³. Daran ändern auch etwaige datenschutzrechtliche Informationspflichten über den Verarbeitungszweck nichts, da sich durch diese kein Bezug zu einem konkreten Preis herstellen lässt. Zumindest die Dynamisierung von Preisen kann von Verbrauchern dagegen recht leicht erkannt werden.²⁴ Hier bleibt also nur der Algorithmeneinsatz, der für Verbraucher im Zusammenhang mit Preisdynamisierung ohnehin keinen besonders relevanten Aspekt darstellt,²⁵ „versteckt“. Zweitens weiß ein Unternehmer, der Preise algorithmisch personalisiert, viel über den Verbraucher, wohingegen dem Verbraucher keinerlei weitere Informationen über den Unternehmer vorliegen.²⁶ So bleibt der Reservationspreis des Unternehmers für den Verbraucher unbekannt.²⁷ Dieses auf die Zahlungsbereitschaft bezogene Informationsgefälle lässt sich vergleichen mit einer analogen Marktsituation, in der der Kunde dem Anbieter gleich zu Beginn seine maximale Zahlungsbereitschaft nennt.²⁸ Der Unternehmer weiß möglicherweise sogar mehr über den Verbraucher, als dieser über sich selbst, denn auch wenn sich ein Verbraucher darüber im Klaren ist, dass sich die Preispersonalisierung nach der Zahlungsbereitschaft richtet, kennt er seinen eigenen Reservationspreis zu Beginn seiner Produktrecherche in der Regel noch nicht.²⁹ Drittens wissen Verbraucher nicht, wie sich der Preis berechnet.³⁰ Dies gilt vor allem für algorithmische Preispersonalisierung, da hier die Berechnung komplexer ist

²² *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 112 f.; *Friedrich-Ebert-Stiftung*, Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte, 17; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 6; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 13; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 83; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 11; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 5.

²³ Siehe zum Anwendungsbereich des Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB Kap. G.I.3.b)cc)(1)(b).

²⁴ *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864.

²⁵ Siehe Kap. F.I.1.a)aa).

²⁶ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 221.

²⁷ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 49.

²⁸ *Varian*, in: Lehr/Pupillo, Internet Policy and Economics, 101, 101 f.

²⁹ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 49.

³⁰ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 49.

und sich häufig auch nicht durch ökonomisches Grundverständnis erschließen lässt.

Zwar sind gewisse Informationsasymmetrien zulasten von Verbrauchern nicht untypisch, sondern vielmehr die Regel.³¹ Trotzdem bleibt insgesamt festzuhalten, dass diese vor allem durch die automatisierte *Preispersonalisierung* weiter verstärkt werden.³² Automatisierte *Preisdynamisierung* ist in diesem Zusammenhang dagegen weitaus weniger problematisch.³³

bb) Machtgefälle

Aus dem geschilderten, vor allem im Zusammenhang mit algorithmischer *Preispersonalisierung* bestehenden, Informationsgefälle folgt zugleich ein Machtgefälle zulasten des Verbrauchers, das Unternehmer durch diese Preisstrategie ausnutzen. Zunächst entfällt für den einzelnen Verbraucher der Schutz des Wettbewerbs, da sich gewissermaßen um jeden Verbraucher sein eigener Markt bildet.³⁴ Somit profitieren weniger kritische und uninformierte Verbraucher auch nicht mehr davon, dass andere Verbraucher durch ihr Marktverhalten den Preiswettbewerb beleben.³⁵ Zudem haben Verbraucher im Zusammenhang mit algorithmischer *Preispersonalisierung* wegen der Intransparenz der Preisbildung nur wenige bis gar keine Möglichkeiten, auf die Preisbildung Einfluss zu nehmen.³⁶ Schließlich können Unternehmer gezielt Rationalitätsdefizite der Verbraucher ausnutzen, indem sie diese in die Preisbildung einfließen lassen.³⁷ Allerdings ist dies keine Machtposition, die für algorithmische Preisdiskriminierung spezifisch ist. Vielmehr ist das gezielte Ausnutzen von Rationalitätsdefiziten ein Aspekt, der häufig auch im Zusammenhang mit sonstigem algorithmenbasierten Profiling relevant wird, so z.B. beim Schalten personalisierter Werbung.

³¹ Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 74.

³² So im Ergebnis auch *BKartA*, Big Data und Wettbewerb, 11; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 5; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 406.

³³ In diese Richtung auch *Monopolkommission*, XXII. Hauptgutachten, Rn. 166.

³⁴ *BKartA*, Big Data und Wettbewerb, 11; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 8; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 82 f.; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 244.

³⁵ *Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien*, Dynamic Pricing, 21; *Kenning/Pohst*, Wirtschaftsdienst 2016, 871, 874.

³⁶ *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 294; *Schmidt*, DSRITB 2016, 1007, 1018; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 13.

³⁷ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 36 f., 40, 58 ff.

cc) *Ausgleich durch Informations- und Hinweispflichten*

(1) *Neue Hinweispflicht gem. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB*

Diesem Informations- und Machtgefälle soll nun offenbar mit der neuen Informationspflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB entgegengewirkt werden. Danach ist ggf. darauf hinzuweisen, dass der Preis auf der Grundlage einer automatisierten Entscheidungsfindung personalisiert wurde.

(a) *Legislativer Handlungsbedarf?*

Zunächst ist zu klären, ob diese Informationspflicht überhaupt erforderlich ist, ob also tatsächlich legislativer Handlungsbedarf bestand bzw. besteht. Zwar führt automatisierte Preispersonalisierung, für die die neue Informationspflicht gilt, zu einem Informationsgefälle zulasten des Verbrauchers.³⁸ Auch ist der Hinweis, anders als ein Hinweis auf automatisierte Preis*dynamisierung*, geeignet, die geschäftliche Entscheidungsfindung zu beeinflussen.³⁹ Allein daraus folgt aber noch nicht die Notwendigkeit einer Informationspflicht. Vielmehr kommt es hierfür auf eine Interessenabwägung an. Eine Informationspflicht ist nur dann geboten, wenn das Informationsinteresse des Verbrauchers das entgegenstehende Interesse des Unternehmers überwiegt. Dies ist vorliegend aber nicht der Fall, wie bereits die Verneinung der Wesentlichkeit i.S.v. § 5a II 1 UWG⁴⁰ gezeigt hat. Somit ist die neue Informationspflicht nicht durch ein Überwiegen der Verbraucherinteressen gerechtfertigt.

(b) *Geeignetheit*

Hiervon zu trennen ist die Frage, inwiefern die neue Informationspflicht, unabhängig von der Effektivität von Informationspflichten in der Praxis,⁴¹ die geschilderte Informationsasymmetrie ausgleicht. Dass die Pflicht nur für die algorithmische Preis*personalisierung* gilt, ist konsequent, da auch nur im Zusammenhang mit dieser Preisstrategie ein relevantes Informationsgefälle besteht⁴². Zwar wird die neue Informationspflicht den Fernabsatz als wesentliches Anwendungsfeld der Preisstrategie abdecken.⁴³ Freilich ist aber auch der Anwendungsbereich der neuen Informationspflicht durch die Ausnah-

³⁸ Siehe Kap. G.I.3.b)aa).

³⁹ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(a).

⁴⁰ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(b).

⁴¹ Diese bejahend: *Zuiderveen Borgesius/Poort*, *Journal of Consumer Policy* 2017, 347, 359; diese verneinend: *EU-Kommission*, *Consumer market study on online market segmentation through personalized pricing/offers in the European Union*, 247.

⁴² Siehe Kap. G.I.3.b)aa).

⁴³ *Zurth*, *AcP* 2021, 514, 545.

men in § 312 II BGB beschränkt.⁴⁴ Insbesondere sei auf § 312 II Nr. 5 BGB hingewiesen, der Verträge über die Beförderung von Personen vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ausschließt. Ferner interpretiert *Zurth* den Wortlaut von Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB („personalisiert“) dahingehend, dass die Pflicht nur für Preisdiskriminierung ersten Grades gilt.⁴⁵ Dem ist zu widersprechen. Zum einen ist das angeführte Wortlautargument schwach und keineswegs zwingend. Zum anderen setzt die neue Informationspflicht Art. 4 Nr. 4 lit. a Ziff. ii RL (EU) 2019/2161 um. EG 45 S. 1 RL (EU) 2019/2161 nimmt auch auf Preispersonalisierungen nach Verbrauchergruppen Bezug. Bei diesen Fällen handelt es sich aber „lediglich“ um Preisdiskriminierung dritten Grades.⁴⁶ Daher muss davon ausgegangen werden, dass Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB im Wege der richtlinienkonformen Auslegung für alle Arten algorithmischer Preispersonalisierung gilt.

Bzgl. der Reichweite der neuen Informationspflicht ist festzustellen, dass sie allenfalls das Informationsdefizit bzgl. des *Vorliegens* der Preisstrategie beseitigt. Ob dies tatsächlich geschieht, hängt aber von den Anforderungen ab, die Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB an die Art und Weise der Information stellt. *Zurth* schließt aus einem „funktionalen Verständnis der Richtlinienvorgabe“, dass ein Hinweis „in unmittelbarer Nähe zur Preisangabe“ erforderlich ist. Andernfalls wäre der Hinweis nicht mehr klar und verständlich, wie von Art. 6 I RL (EU) 2011/83 gefordert und würde beim Verbraucher nicht das erforderliche Risikobewusstsein und Preisvergleichsinteresse schaffen.⁴⁷ Zwar könnte für diese Sichtweise zudem EG 45 S. 2 RL (EU) 2019/2161 sprechen, der einen eindeutigen Hinweis fordert, damit die Verbraucher die möglichen Risiken bei ihrer Kaufentscheidung berücksichtigen können. Allerdings ist für die Eindeutigkeit (vgl. EG 45 S. 2 RL (EU) 2019/2161) sowie für die Klarheit und Verständlichkeit (vgl. Art. 6 I RL (EU) 2011/83) des Hinweises nicht zwingend Voraussetzung, dass sich dieser unmittelbar neben dem Preis befindet. Auch ist dies nicht erforderlich, damit der Verbraucher die mit der Preisstrategie verbundenen Risiken bei der Kaufentscheidung berücksichtigen kann (vgl. EG 45 S. 2 RL (EU) 2019/2161). Zwar ist davon auszugehen, dass ein Hinweis, der direkt auf den ersten Blick neben dem Preis ersichtlich ist, häufiger gelesen wird.⁴⁸ Das ändert aber nichts an der Klarheit und Verständlichkeit eines Hinweises, der sich nicht direkt neben dem Preis befindet, solange er eindeutig auf einen konkreten Preis beziehbar ist. Diese Anforderungen wären durchaus auch durch das Versehen des Preises mit einem Zeichen, dessen Bedeutung an anderer Stelle auf derselben Seite erläu-

⁴⁴ Insoweit kritisch: *Gleixner*, VuR 2020, 417, 419.

⁴⁵ *Zurth*, AcP 2021, 514, 544.

⁴⁶ Siehe Kap. A.I.2.

⁴⁷ *Zurth*, AcP 2021, 514, 544.

⁴⁸ *Zurth*, AcP 2021, 514, 544; vgl. in anderem Zusammenhang auch BT-Drs. 19/9772, 6.

tert wird, gewahrt. Durch ein „Verstecken“ des Hinweises in den AGB wird die Informationspflicht dagegen nicht erfüllt.⁴⁹ Denn EG 45 S. 2 RL (EU) 2019/2161 nennt als ratio der Informationspflicht, dass Verbrauchern die Berücksichtigung der möglichen Risiken der Preisstrategie *bei ihrer Kaufentscheidung* ermöglicht werden soll. Die Bestätigung der AGB ist in der Regel aber einer der letzten Schritte im Bestellvorgang. Zu diesem Zeitpunkt hat der Durchschnittsverbraucher seine Kaufentscheidung in aller Regel bereits getroffen. Hinzukommt, dass die AGB von den allermeisten Verbrauchern nicht gelesen und deren Bestätigung als reine Formsache angesehen wird. Daher würde ein Hinweis in den AGB Verbrauchern nicht ermöglichen, die Risiken der Preisstrategie bei ihrer Kaufentscheidung zu berücksichtigen. Somit ist festzuhalten, dass der Hinweis zwar nicht auf den ersten Blick direkt neben dem Preis sichtbar sein muss, eine bloße Aufnahme in die AGB als Folge einer richtlinienkonformen Auslegung allerdings nicht ausreicht. Zulässig ist aber das Versehen des Preises mit einem Zeichen, sofern die Legende schnell und einfach ohne weitere Klicks oder per Link einsehbar ist. Diese Ausgestaltung der Informationspflicht ist ausreichend, um das Informationsdefizit bzgl. des Vorliegens der Preisstrategie zu beseitigen. Dagegen sprechen auch nicht die Erfahrungen fehlender Effektivität von Datenschutzhinweisen und AGBs, da zu erwarten ist, dass preisbezogene Hinweise von deutlich mehr Verbrauchern als für sie unmittelbar relevant eingeschätzt und daher auch gelesen werden.

Auch vor dem Hintergrund, dass die anderen oben genannten Informationsasymmetrien weiterhin bestehen bleiben, ist die zur Beurteilung der Geeignetheit entscheidende Frage, ob die neue Informationspflicht Verbrauchern ausreichend Schutz vor der oben dargestellten Machtposition des Unternehmers bietet. Dies ist zu bejahen, solange Verbraucher auf andere Anbieter, die Preise nicht personalisieren, ausweichen können,⁵⁰ was aktuell wegen der noch geringen Verbreitung dieser Preisstrategie meistens der Fall sein wird. Ob sich dies in Zukunft ändert, bleibt abzuwarten.⁵¹

(2) Hinweispflichten aus §§ 241 II, 311 II BGB

Ferner könnten bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung Hinweispflichten aus §§ 241 II, 311 II BGB ableitbar sein. Nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB besteht lediglich eine Pflicht zur Information über das Vorliegen algorithmischer

⁴⁹ So im Ergebnis auch *Kodek/Leupold*, Modernisierung des Verbraucherrechts, 63, die dies jedoch mit einem nicht überzeugenden Hinweis auf EG 27 RL (EU) 2019/2161 begründen; a.A. wohl *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420.

⁵⁰ *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420.

⁵¹ In Zukunft mit fehlenden Ausweichmöglichkeiten rechnend und die Wirkung der neuen Informationspflicht insgesamt bezweifelnd: *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420.

mischer Preispersonalisierung als solcher und zudem nur im Rahmen eines beschränkten Anwendungsbereichs,⁵² sodass die Frage nach Hinweispflichten aus §§ 241 II, 311 II BGB relevant bleibt.

Im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung müsste dafür zunächst ein vorvertragliches Schuldverhältnis vorliegen. Maßgeblich für das Bestehen eines Schuldverhältnisses ist der Zeitpunkt der potenziellen Pflichtverletzung.⁵³ Potenzielle Pflichtverletzung ist hier die Unterbreitung eines auf algorithmischer Preisdiskriminierung beruhenden Preises ohne entsprechende Hinweise. Der Preis wird dem Verbraucher mit Aufrufen der Website unterbreitet. Der Besuch einer Website, auf der Waren oder Dienstleistungen angeboten werden, führt parallel zur Rechtslage beim Betreten von Geschäftsräumen⁵⁴ zu einem vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB.⁵⁵ Auch online gewährt der Kunde dem Anbieter die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen. Zwar erfolgt der Aufruf einer Website wohl häufiger ohne konkrete Kaufabsicht als das Betreten von Geschäftsräumen. Auf diese kommt es für § 311 II Nr. 2 BGB aber nicht an.⁵⁶ Vielmehr ist bereits das Aufsuchen zu Informationszwecken ausreichend.⁵⁷ Somit besteht mit Aufruf der Website ein vorvertragliches Schuldverhältnis unabhängig davon, welche Art algorithmischer Preisdiskriminierung vorliegt.⁵⁸

Voraussetzung für eine vorvertragliche Aufklärungspflicht ist zunächst, dass ein für die informierte Partei erkennbares Informationsgefälle besteht.⁵⁹ Dies ist sowohl bzgl. des Vorliegens algorithmischer Preisdiskriminierung als solcher als auch bzgl. der Berechnungskriterien der Fall. Dagegen scheidet eine Informationspflicht bzgl. des Durchschnitts- bzw. Referenzpreises bereits an dieser Voraussetzung, da das Internet Verbrauchern nach wie vor sehr gute Vergleichsmöglichkeiten bietet. Ferner muss die Information für die

⁵² Siehe Kap. G.I.3.b)cc)(1)(b).

⁵³ Vgl. *Ernst*, in: MüKo-BGB, Band 2, § 280 BGB, Rn. 94; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 280 BGB, Rn. 7.

⁵⁴ Siehe nur *Herresthal*, in: BeckOGK, § 311 BGB, Rn. 290 (Stand: 01.01.2021).

⁵⁵ *Weber*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, 182 f.

⁵⁶ *Emmerich*, in: MüKo-BGB, Band 3, § 311 BGB, Rn. 46; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 311 BGB, Rn. 48 (Stand: 01.11.2021); vgl. auch BGH, Urt. v. 14.03.2013 – III ZR 296/11, NJW 2013, 3366, Rn. 20; BGH, Urt. v. 28.01.1976 – VIII ZR 246/74, NJW 1976, 712; *Feldmann*, in: Staudinger, BGB, § 311 BGB, Rn. 109; a.A. wohl: *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, § 311 BGB, Rn. 23.

⁵⁷ *Fries/Schulze*, in: Schulze et al., BGB, § 311 BGB, Rn. 16.

⁵⁸ Bzgl. individualisierter Vertragsanbahnung ein vorvertragliches Schuldverhältnis ebenfalls bejahend, allerdings nach § 311 II Nr. 3 BGB: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 44.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 01.02.2013 – V ZR 72/11, NJW 2013, 1807, Rn. 10; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Band 2, § 241 BGB, Rn. 135; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.08.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, Rn. 22.

rechtsgeschäftliche Entscheidungsfindung des anderen Teils von nicht unwesentlicher Bedeutung sein.⁶⁰ Diese Voraussetzung ist bzgl. des Vorliegens algorithmischer Preisdynamisierung zu verneinen, denn diese Information hat keine Auswirkungen auf die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers⁶¹. Sowohl eine Information über das Vorliegen algorithmischer Preispersonalisierung⁶² als auch über die Berechnungskriterien hat dagegen potenziell Relevanz für die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfindung.

Lediglich hinsichtlich einer vorvertraglichen Informationspflicht über das Vorliegen algorithmischer Preispersonalisierung sowie über die zugrundeliegenden Berechnungskriterien kommt es somit noch auf die letzte Voraussetzung an. Diese besteht in einem Überwiegen der Informationsinteressen der unterlegenen Partei gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der informierten Partei, wobei es auf den konkreten Einzelfall ankommt.⁶³ Hierbei stellen auch der Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit⁶⁴ sowie der Schutz von Betriebsgeheimnissen⁶⁵ relevante Interessen dar. Ebendiese Abwägung wurde allerdings bereits im Rahmen der Prüfung der Wesentlichkeit i.S.v. § 5a II 1 UWG vorgenommen.⁶⁶ Auch bei § 5a UWG geht es nämlich um den Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit,⁶⁷ weshalb die Abwägung hier nicht anders ausfallen kann. Sowohl bzgl. einer Information über das Vorliegen algorithmischer Preispersonalisierung⁶⁸ als auch über die Berechnungskriterien⁶⁹ wurde die Wesentlichkeit i.S.v. § 5a II 1 UWG verneint. Somit können derartige Informationspflichten auch nicht aus §§ 241 II, 311 II Nr. 2 BGB abgeleitet werden. Im Ergebnis folgen aus §§ 241 II, 311 II Nr. 2 BGB daher keinerlei Aufklärungspflichten im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung.⁷⁰

⁶⁰ BGH, Urt. v. 01.02.2013 – V ZR 72/11, NJW 2013, 1807, Rn. 10; BGH, Urt. v. 11.08.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, Rn. 22; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Band 2, § 241 BGB, Rn. 135; *Schulze*, in: Schulze et al., BGB, § 241 BGB, Rn. 7.

⁶¹ Siehe Kap. F.I.1.a)aa).

⁶² Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(a).

⁶³ *Martens*, in: Erman, BGB, § 241 BGB, Rn. 20; vgl. auch BGH, Urt. v. 11.08.2010 – XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362, Rn. 20.

⁶⁴ BT-Drs. 14/6040, 125 f.

⁶⁵ *Olzen*, in: Staudinger, BGB, § 241 BGB mwN.

⁶⁶ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(b), Kap. F.I.1.a)bb)(3).

⁶⁷ *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1437; *Lindacher*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, § 5a UWG, Rn. 8; *Obergfell*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 2, § 5a UWG, Rn. 5; vgl. auch *Lindacher*, in: FS Spellenberg, 43, 44.

⁶⁸ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(b).

⁶⁹ Siehe Kap. F.I.1.a)bb)(3).

⁷⁰ Eine Aufklärungspflicht bzgl. des Vorliegens algorithmischer Preispersonalisierung dagegen bejahend: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 52.

(3) Sonstige Hinweispflichten

De lege lata besteht bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung lediglich die Informationspflicht aus Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB. Insbesondere folgt keine Hinweispflicht aus § 312d I 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 I 1 Nr. 4 und § 3 S. 1 Nr. 3 EGBGB, da diese Informationspflicht eine Preisbildung nur in Fällen betrifft, in denen der Preis auf Grund der Beschaffenheit der Waren oder Dienstleistungen vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden kann. Diese Konstellation hat aber nichts mit algorithmischer Preisdiskriminierung zu tun.⁷¹

Mit Blick auf die anderen behandelten Rechtsgebiete sind nur dem Datenschutzrecht Informationspflichten zu entnehmen. So ist bei einer Datenverarbeitung zur automatisierten Preispersonalisierung auf diesen Zweck hinzuweisen.⁷² Allerdings greift diese Pflicht erstens nur, wenn überhaupt personenbezogene Daten verarbeitet werden. Zudem wird sich aus der Information häufig kein Bezug zu einem konkreten Vertrag⁷³ bzw. Preis herstellen lassen. Auch werden Datenschutzhinweise in der Praxis meist nicht gelesen⁷⁴ und können das im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung bestehende Informationsgefälle daher nicht ausgleichen. Nichts anderes gilt für datenschutzrechtliche Informationspflichten über die involvierte Logik, zumal diese nur in den seltenen Fällen des Art. 22 I DSGVO⁷⁵ bestehen.

4. Schutzpflicht zur rechtskonformen Gestaltung algorithmischer Preisdiskriminierung

Es wurde bereits festgestellt, dass im Zeitpunkt der Unterbreitung eines auf algorithmischer Preisdiskriminierung basierenden Preises zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB besteht.⁷⁶ Im Rahmen vorvertraglicher Schuldverhältnisse verpflichtet § 241 II BGB die Parteien dazu, „sich bei Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, dass Körper, Leben, Eigentum, Vermögen und sonstige Rechtsgüter des anderen Teils nicht verletzt werden“⁷⁷. Diese Pflicht bezieht

⁷¹ So bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung zutreffend *Hennemann*, AcP 2019, 818, 843. Ebenso enthält § 5b I Nr. 3 UWG keine Informationspflicht, die algorithmische Preisdiskriminierung betrifft, siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(b).

⁷² Siehe Kap. D.I.9.a)aa).

⁷³ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 55.

⁷⁴ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 55.

⁷⁵ Siehe Kap. D.I.5.a).

⁷⁶ Siehe Kap. G.I.3.b)cc)(2).

⁷⁷ *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 241 BGB, Rn. 89 (Stand: 01.11.2021).

sich selbstredend nur auf rechtswidrige Verletzungen. *Schäfers* stellt daher richtigerweise fest, dass ein Verstoß gegen das Datenschutzrecht durch den Unternehmer die algorithmische Preisdiskriminierung pflichtwidrig macht, da dieser seinen Informationsvorsprung dann rechtswidrig erlangt hat.⁷⁸ Zudem stellt ein Datenschutzrechtsverstoß immer auch eine Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen dar.⁷⁹ Doch auch über das Datenschutzrecht hinaus wird die rechtskonforme Gestaltung algorithmischer Preisdiskriminierung über § 241 II BGB zur Schutzpflicht erhoben. So folgt aus dem Verstoß gegen ein einschlägiges Diskriminierungsverbot eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen.⁸⁰ Zudem kann eine gegen das Datenschutzrecht, Diskriminierungsrecht oder Kartellrecht verstoßende algorithmische Preisdiskriminierung gegenüber dem Betroffenen eine Vermögensverletzung darstellen, wenn es tatsächlich zum Vertragsschluss kommt und der gebildete Preis infolge des Verstoßes höher ist. Auch ein Verstoß gegen die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB wirkt sich vermögensverletzend aus, wenn der Verbraucher bei Einhaltung der Informationspflicht den Vertrag zu einem niedrigeren Preis bei einem Wettbewerber abgeschlossen hätte. Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht haben an dieser Stelle dagegen keine eigene Relevanz, da dieses die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung sowieso nur über § 3a UWG und somit nicht selbständig reguliert⁸¹. Inwieweit rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung (Gestaltungs-)rechte des Verbrauchers begründet, wird an anderer Stelle erörtert.⁸²

5. AGB-rechtliche Zulässigkeit

Eine AGB-rechtliche Kontrolle von Preisen erfolgt nur nach § 307 III 2, I 2, 1 BGB. Danach ist lediglich zu prüfen, ob die Bestimmung klar und verständlich ist. Algorithmische Preisdiskriminierung macht den gebildeten Preis als solchen aber weder unklar noch unverständlich.⁸³ Daher steht das AGB-Recht der Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung nicht entgegen, weshalb auch offen bleiben kann, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen

⁷⁸ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 53.

⁷⁹ Vgl. *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG, § 7 BDSG, Rn. 33; *Specht-Riemenschneider*, in: *BekOGK*, § 823 BGB, Rn. 1391 (Stand: 01.12.2021).

⁸⁰ Insoweit sollte nicht nur im Rahmen von § 21 II 3 AGG eine widerlegliche Vermutung gelten (siehe hierzu Kap. C.I.6.d)cc)), sondern zur Gewährleistung der Einheit der Rechtsordnung generell bei allen Diskriminierungsverboten.

⁸¹ Siehe Kap. F.

⁸² Siehe Kap. G.I.7.

⁸³ So bzgl. personalisierten Preisen zutreffend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 840; *Zurth*, AcP 2021, 514, 547.

ein durch algorithmische Preisdiskriminierung gebildeter Preis überhaupt die Voraussetzungen des § 305 I 1 BGB erfüllt⁸⁴.

6. Wirksamkeit von Verträgen

§ 134 BGB führt zur Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob eine rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung über § 134 BGB zur Nichtigkeit eines in der Folge geschlossenen Vertrages führen kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist es nicht nötig, sich mit etwaigen bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung relevanten Verbotsgesetzen auseinanderzusetzen,⁸⁵ denn nach dem Wortlaut des § 134 BGB muss *das Rechtsgeschäft* gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Maßgeblicher Bezugspunkt ist daher der Inhalt des Rechtsgeschäfts bzw. dessen Vornahme. Gerade dadurch muss gegen ein Verbotsgesetz verstoßen werden.⁸⁶ Die Preisbildung stellt aber zum einen selbst kein Rechtsgeschäft und somit auch keine Vornahme eines solchen dar. Daher beziehen sich Vorschriften, nach denen sich die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung richtet, auch nicht auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts. Zum anderen gehört die Preisbildung, anders als der Preis als solcher, nicht zum Inhalt des Rechtsgeschäfts. Vielmehr ist es für den Preis und somit den Inhalt des Rechtsgeschäfts irrelevant, wie dieser zustande gekommen ist. Folglich kann mit dem Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung auch kein inhaltlicher Verstoß *des Rechtsgeschäfts* gegen ein Verbotsgesetz begründet werden. Somit scheidet die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 134 BGB als Folge rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung aus.

Auch Verstöße gegen § 138 BGB führen zur Unwirksamkeit von Verträgen. Der Wuchertatbestand des § 138 II BGB kann selbstverständlich auch bei Preisen, die durch algorithmische Preisdiskriminierung entstehen, einschlägig sein.⁸⁷ Grund hierfür ist dann aber allein die Höhe des Preises, nicht jedoch die Art und Weise der Preisbildung. In der Literatur wird im Kontext von § 138 I BGB der Frage nachgegangen, ob algorithmische Preisdiskriminierung gegen die guten Sitten verstößt.⁸⁸ Doch muss für die Unwirksamkeit nach § 138 I BGB *das Rechtsgeschäft* gegen die guten Sitten verstoßen. Der

⁸⁴ Siehe zur parallelen Problematik bei Art. 2 Nr. 14 Geoblocking-VO Kap. C.I.8.b).

⁸⁵ So aber bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung *Hennemann*, AcP 2019, 818, 838 f.

⁸⁶ *Armbrüster*, in: MüKo-BGB, Band 1, § 134 BGB, Rn. 1; *Vossler*, in: BeckOGK, § 134 BGB, Rn. 1 (Stand: 01.12.2021).

⁸⁷ *Matejekl/Neugebauer*, DSRITB 2019, 465, Rn. 37.

⁸⁸ *Hennemann*, AcP 2019, 818, 839; *Schäfers*, AcP 2021, 32, 65; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 12; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 228; vgl. losgelöst von § 138 I BGB auch *Klock*, Tennessee Law Review 2002, 317, 375 f.

Sittenverstoß kann demnach entweder aus dem Inhalt oder aus dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts folgen.⁸⁹ Allerdings ist auch für letztgenannte Variante primär der Inhalt des Rechtsgeschäfts maßgeblich. In diesen Fällen wird lediglich zur Entscheidung über die Sittenwidrigkeit des Inhalts auch auf Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts abgestellt.⁹⁰ Daher gilt auch hier das bereits im Zusammenhang mit § 134 BGB Gesagte⁹¹: Der bloße Umstand der algorithmischen Preisdiskriminierung hat, ebenso wie die Preisbildung im Allgemeinen, nichts mit dem Inhalt des betreffenden Rechtsgeschäfts zu tun. Zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gehört lediglich der Preis als solcher, nicht jedoch dessen Bildung. Somit kann algorithmische Preisdiskriminierung per se nie zur Unwirksamkeit des Vertrages nach § 138 I BGB führen.

7. (Gestaltungs-)Rechte des Verbrauchers

Als nächstes wird untersucht, welche (Gestaltungs-)rechte Verbrauchern, die von algorithmischer Preisdiskriminierung betroffen sind, zustehen.

a) Anfechtungsrecht

Verbraucher, die eine Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages abgeben, unterliegen offensichtlich keinem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum nach § 119 I BGB, weil der Preis durch algorithmische Preisdiskriminierung entstanden ist.⁹² Zudem ist der Wert bzw. Preis keine verkehrswesentliche Eigenschaft,⁹³ sodass algorithmische Preisdiskriminierung auch nicht zu einem Anfechtungsrecht nach § 119 II BGB führt.⁹⁴ Denn wenn schon der Preis keine verkehrswesentliche Eigenschaft darstellt, dann erst recht nicht die Preisbildung. Auch ein Anfechtungsrecht nach § 123 I Var. 1 BGB scheidet grundsätzlich aus, da durch das Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung ohne einen entsprechenden Hinweis keine Tatsachen vorgespiegelt oder entstellt werden.⁹⁵ Lediglich wenn der Unternehmer die algorithmische Preisdiskriminierung ausnahmsweise arglistig verschweigt, steht dem Verbraucher ein Anfechtungsrecht nach § 123 I Var. 1 BGB zu.⁹⁶ Dies wäre z.B. bei

⁸⁹ *Wendtland*, in: BeckOK BGB, § 138 BGB, Rn. 19 (Stand: 01.11.2021).

⁹⁰ Vgl. nur BGH, Urt. v. 10.10.1997 – V ZR 74/96, NJW-RR 1998, 590 mwN.

⁹¹ Siehe Kap. G.I.6.

⁹² So bzgl. Preispersonalisierung zutreffend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 839.

⁹³ *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, § 119 BGB, Rn. 27 mwN.

⁹⁴ So bzgl. Preispersonalisierung zutreffend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 839 f.

⁹⁵ So bzgl. Preispersonalisierung zutreffend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 840. Dementsprechend wurde auch eine Irreführung nach § 5 II Nr.2 UWG verneint, siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(a).

⁹⁶ *Schäfers*, AcP 2021, 32, 65.

einer ausdrücklichen und wahrheitswidrigen Dementierung des Einsatzes dieser Preisstrategie durch den Unternehmer der Fall.

b) Rücktrittsrecht nach § 324 BGB

Bei einer Pflichtverletzung nach § 241 II BGB durch rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung⁹⁷ kommt ein Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 324 BGB in Betracht. Dieses setzt zunächst den Abschluss eines gegenseitigen Vertrages voraus,⁹⁸ wird also nur relevant, wenn es im Falle algorithmischer Preisdiskriminierung auch zum Vertragsschluss kommt. Das Betreiben rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung stellt allenfalls eine vorvertragliche Pflichtverletzung dar.⁹⁹ Ob für das Rücktrittsrecht nach § 324 BGB die Verletzung vorvertraglicher Schutzpflichten ausreichend ist, ist umstritten,¹⁰⁰ soll an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft werden.

Entscheidend ist, ob eine nach § 241 II BGB pflichtwidrige algorithmische Preisdiskriminierung zur Folge hat, dass dem Verbraucher das Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Unabhängig von der Frage nach der Notwendigkeit einer erfolglosen Abmahnung¹⁰¹ ist zur Feststellung der Unzumutbarkeit eine Abwägung der Interessen der Vertragsparteien erforderlich¹⁰². Insoweit sei vorangestellt, dass die Unzumutbarkeit eine recht hohe Hürde darstellt.¹⁰³ Handelt der Schuldner vorsätzlich, ist dies zwar ein starkes Argument für die Unzumutbarkeit.¹⁰⁴ Voraussetzung ist allerdings, dass sich der Vorsatz gerade auf die *Pflichtwidrigkeit* des Verhaltens bezieht.¹⁰⁵ Dies kann aber Unternehmern, die rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung betreiben, nicht pauschal unterstellt werden. Gegen die Annahme von Unzumutbarkeit spricht zwar, dass eine rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung, ebenso wie sonstige Pflichtverletzungen i.S.v. § 241 II BGB, grundsätzlich keine Aussage über die Zuverlässigkeit des Schuldners bzgl. der Primärleistungspflicht trifft. Allerdings kann eine nach § 241 II BGB pflichtwidrige algorithmische Preisdiskriminierung zur berechtigten Befürchtung des Verbrauchers führen, dass der Unternehmer auch hinsichtlich seiner Primärleistungspflicht dem eigenen Profitstreben den Vorrang gegenüber der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten einräumt. Bei einer

⁹⁷ Siehe hierzu Kap. G.I.4.

⁹⁸ Siehe nur *Schwarze*, in: Staudinger, BGB, § 324 BGB, Rn. 37.

⁹⁹ Siehe Kap. G.I.3.b)cc(3), Kap. G.I.4.

¹⁰⁰ Zum Streitstand: *Riehm*, in: BeckOGK, § 324 BGB, Rn. 40 ff. (Stand: 01.04.2021).

¹⁰¹ Hierzu *Ernst*, in: MüKo-BGB, Band 3, § 324 BGB, Rn. 9.

¹⁰² *Ernst*, in: MüKo-BGB, Band 3, § 324 BGB, Rn. 7.

¹⁰³ OLG Zweibrücken, Beschl. v. 22.04.2021 – 2 U 46/20, BeckRS 2021, 11010, Rn. 42; *Ernst*, in: MüKo-BGB, Band 3, § 324 BGB, Rn. 7.

¹⁰⁴ *Riehm*, in: BeckOGK, § 324 BGB, Rn. 54 (Stand: 01.04.2021).

¹⁰⁵ *Schwarze*, in: Staudinger, BGB, § 324 BGB, Rn. 39.

Pflichtverletzung in Form rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung besteht zudem die Besonderheit, dass diese zumindest in mittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragsinhalt steht. Von ihr hängt nämlich der zu zahlende Preis als Hauptleistungspflicht des Verbrauchers ab. Dieser Zusammenhang streitet, gerade auch im Unterschied zu anderen Schutzpflichtverletzungen, für die Unzumutbarkeit. Bzgl. algorithmischer *Preispersonalisierung* kommt die starke gesellschaftliche Ablehnung dieser Preisstrategie hinzu,¹⁰⁶ meint die Unzumutbarkeit doch nichts anderes als die Verwerflichkeit des Verhaltens des Schuldners gegenüber dem Gläubiger. Die Verwerflichkeit bestimmt sich wiederum zwangsläufig nach den gesellschaftlichen Moralvorstellungen. Wird durch die algorithmische *Preispersonalisierung* nun auch noch eine Pflicht nach § 241 II BGB verletzt, ist dies als umso verwerflicher einzustufen. Dieses Argument greift aber nicht bzgl. algorithmischer *Preisdynamisierung*, da diese Preisstrategie weitaus höhere gesellschaftliche Akzeptanz genießt¹⁰⁷.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass lediglich bei einer nach § 241 II BGB pflichtwidrigen algorithmischen *Preispersonalisierung* ein Rücktrittsrecht nach § 324 BGB besteht. Eine schutzpflichtverletzende algorithmische *Preisdynamisierung* vermag die hohe Hürde der Unzumutbarkeit dagegen nicht zu nehmen. In der Praxis dürfte die Bedeutung dieser Unterscheidung aber gering ausfallen, denn eine Schutzpflichtverletzung durch algorithmische *Preisdynamisierung* kommt ohnehin nur bei Kartellrechtsverstößen, bei denen eine Vermögens- und damit Schutzpflichtverletzung nur schwer nachweisbar sein dürfte, in Betracht.

c) Folgen für die Widerrufsfrist

De lege lata besteht kein spezielles Widerrufsrecht im Falle algorithmischer Preisdiskriminierung.¹⁰⁸ Zu klären ist aber, ob sich ein Verstoß gegen die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB auf die Widerrufsfrist im Zusammenhang mit dem für Fernabsatzverträge bestehenden Widerrufsrecht nach § 312g I BGB auswirken kann. Durch Art. 4 Nr. 4 lit. a Ziff. ii RL (EU) 2019/2161, den Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB umsetzt, wird Art. 6 RL (EU) 2011/83 geändert. Dieser gilt aber gem. Art. 3 III lit. d RL (EU) 2011/83 nicht für Verträge über Finanzdienstleistungen. Folglich gilt auch die neue Hinweispflicht nicht für diese Verträge. Zudem wird algorithmische Preisdiskriminierung unabhängig von der Beschränkung des Untersuchungsgegenstands¹⁰⁹ nicht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Ver-

¹⁰⁶ Siehe Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2).

¹⁰⁷ Siehe Kap. B.I.

¹⁰⁸ So bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung zutreffend: *Hennemann*, AcP 2019, 818, 843 f.

¹⁰⁹ Siehe hierzu Kap. A.I.4.

trägen stattfinden. Daher ist Art. 246b EGBGB nicht anwendbar und ein Verstoß gegen die neue Hinweispflicht kann folglich nicht nach § 356 III 1 BGB i.V.m. Art. 246b § 2 II 1 EGBGB zu einer Verlängerung der Widerrufsfrist führen. Ferner scheidet eine Fristverlängerung nach § 356 III 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 II 1 Nr. 1 EGBGB aus, da insofern nur Informationen über ein bestehendes Widerrufsrecht relevant sind. Unternehmer haben bei einem Verstoß gegen die neue Hinweispflicht also keine Verlängerung der Widerrufsfrist zu befürchten.

d) Rücktrittsrecht nach § 313 III BGB

Das Betreiben algorithmischer Preisdiskriminierung könnte zu einem Rücktrittsrecht nach § 313 III BGB allenfalls über § 313 II BGB führen. Erforderlich wäre also, dass sich wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, als falsch herausstellen. In Betracht käme hier lediglich eine mögliche Vorstellung des Verbrauchers dahingehend, dass der Preis nicht durch algorithmische Preisdiskriminierung gebildet wurde. Da sich der Unternehmer dieses Umstandes aber sehr wohl von Anfang an bewusst war, handelt es sich dabei um eine einseitige Fehlvorstellung des Verbrauchers. § 313 BGB erfasst grundsätzlich aber nur gemeinsame Fehlvorstellungen beider Vertragsparteien.¹¹⁰ Dafür, dass ausnahmsweise auch einseitige Fehlvorstellungen relevant werden, ist jedenfalls Voraussetzung, dass die Fehlvorstellung für den Vertragspartner erkennbar ist.¹¹¹ Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. In aller Regel wird es vielmehr an einer Äußerung des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer dahingehend, dass er von einem manuell gebildeten Preis ausgeht, fehlen. Zudem muss der Unternehmer auch nicht allgemein von einer Fehlvorstellung des Verbrauchers ausgehen, da der Durchschnittsverbraucher einer Fehlvorstellung über die Preisbildung nicht unterliegt, sondern zu einem gewissen Grad mit algorithmischer Preisdiskriminierung rechnet¹¹². Ein Rücktrittsrecht nach § 313 III, II BGB lässt sich somit nicht mit der Anwendung dieser Preisstrategie begründen.

e) Schadenersatz nach §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB

Da im Zeitpunkt der Unterbreitung des Preises zwischen Verbraucher und Unternehmer ein Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB besteht,¹¹³ kommt bei einer nach § 241 II BGB pflichtwidrigen algorithmischen Preisdiskrimi-

¹¹⁰ Siehe nur *Martens*, in: BeckOGK, § 313 BGB, Rn. 4.1, Rn. 112 (Stand: 01.01.2022).

¹¹¹ St. Rspr., vgl. BGH, Urt. v. 27.06.2012 – XII ZR 47/09, NJW 2012, 2728, Rn. 16 mwN; *Martens*, in: BeckOGK, § 313 BGB, Rn. 112 (Stand: 01.01.2022).

¹¹² Siehe Kap. B.I.2.

¹¹³ Siehe Kap. G.I.3.b)cc)(2).

nierung¹¹⁴ eine Haftung des Unternehmers aus c.i.c. in Betracht, wenn es anschließend zum Vertragsschluss kommt und die schuldhafte Pflichtverletzung einen Vermögensschaden¹¹⁵ des Verbrauchers verursacht. Entsteht dem Verbraucher durch die Schutzpflichtverletzung dagegen nur ein immaterieller Schaden,¹¹⁶ scheidet ein Anspruch aus c.i.c. mangels Verletzung eines in § 253 II BGB genannten Rechtsgutes aus (vgl. § 253 I BGB). Der Unternehmer haftet beispielsweise, wenn er gegen die Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB verstößt und der Verbraucher bei ordnungsgemäßem Hinweis den Vertrag bei einem anderen Anbieter zu einem günstigeren Preis abgeschlossen hätte.¹¹⁷ Doch auch bei anderen durch pflichtwidrige algorithmische Preisdiskriminierung zugefügten Vermögensschäden besteht ein Anspruch des Verbrauchers nach §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB. Zwar kommt es auf diesen nicht an, wenn dem Betroffenen bereits ein Anspruch aus § 21 I 1 AGG¹¹⁸ oder Art. 82 I DSGVO¹¹⁹ zusteht, da deren Voraussetzungen nicht strenger sind¹²⁰. Neben § 33a I GWB¹²¹ und § 9 II 1 UWG¹²², die keine Verschuldensvermutung beinhalten, wäre ein Anspruch aus c.i.c. aber noch von Bedeutung. Insoweit entfaltet § 33a I GWB auch keine Sperrwirkung,¹²³ für § 9 II 1 UWG dürfte nichts anderes gelten. Relevanz erlangt der Anspruch aus c.i.c. auch bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote außerhalb des AGG, also gegen Art. 4 I Geoblocking-VO¹²⁴, gegen § 5 S. 1 DL-InfoV¹²⁵, gegen Art. 4 II VO (EU) 1177/2010, gegen Art. 4 II VO (EU) 181/2011, gegen Art. 5 I VO (EU) 2021/782 oder gegen Art. 23 II Luftverkehrsdienste-Verordnung, da in diesen Fällen kein spezialgesetzlicher Anspruch besteht. Insbesondere scheidet ein Anspruch aus §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB trotz des Vertragsschlusses als notwendige Voraussetzung für den Schadenseintritt

¹¹⁴ Siehe hierzu Kap. G.I.4.

¹¹⁵ Zum Vorliegen eines solchen siehe Kap. C.I.6.d)bb).

¹¹⁶ Dies ist bei gegen das Diskriminierungs- oder Datenschutzrecht verstoßender algorithmischer Preisdiskriminierung denkbar.

¹¹⁷ So zutreffend, allerdings in Bezug auf eine hier abgelehnte Informationspflicht aus §§ 311 II, 241 II BGB: *Schäfers*, AcP 2021, 32, 63 f.; vgl. auch *Hennemann*, AcP 2019, 818, 844.

¹¹⁸ Siehe hierzu Kap. C.I.6.d)aa).

¹¹⁹ Siehe Kap. D.I.10.

¹²⁰ Insbesondere wird auch nach § 21 I 2 AGG und Art. 82 III DSGVO das Verschulden vermutet.

¹²¹ Siehe zu diesem Anspruch Kap. E.I.3.

¹²² Siehe zu diesem Anspruch Kap. F.I.6.

¹²³ *Mäsch*, in: Berg/Mäsch, KartellR, § 33a GWB, Rn. 30; zu § 33 GWB a.F.: *Dücker/Schultes*, NZKart 2013, 228, 229.

¹²⁴ Hier besteht lediglich ein an Art. 7 II Geoblocking-VO anknüpfender Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 149 I lit. d TKG.

¹²⁵ Hier besteht insbesondere kein Anspruch analog § 21 II 3 AGG, siehe Kap. C.I.9.e).

wegen der bereits im Zusammenhang mit § 21 II 1 AGG genannten Gründe¹²⁶ auch nicht an einem fehlenden Zurechnungszusammenhang. Daher ist der Verbraucher gegen Vermögensschäden, die durch schutzpflichtwidrige algorithmische Preisdiskriminierung verursacht wurden, durch einen Anspruch aus c.i.c. abgesichert.

f) Schadenersatz nach § 282 BGB

Zudem hat der Verbraucher unter den bereits im Rahmen von § 324 BGB genannten Voraussetzungen einen Anspruch auf Schadenersatz statt der Leistung¹²⁷ gegen den Unternehmer nach § 282 BGB. Allerdings muss dem Verbraucher auch hier durch die vom Unternehmer verschuldete schutzpflichtwidrige algorithmische Preisdiskriminierung ein Vermögensschaden entstanden sein. Denn ein Ersatz bloßer immaterieller Schäden scheidet aus dem gleichen Grund wie beim Anspruch nach §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 2 BGB¹²⁸ aus.

g) Schadenersatz nach § 823 I BGB

Die einzigen Rechtsgüter, die durch rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung verletzt werden können, sind das Vermögen und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.¹²⁹ Ersteres wird von § 823 I BGB nicht geschützt.¹³⁰ Somit kommt als Anknüpfungspunkt für einen Anspruch aus § 823 I BGB nur eine schuldhaft Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch diskriminierungs- oder datenschutzrechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung in Betracht. Der Ersatz des immateriellen Schadens wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann nach § 823 I BGB nur verlangt werden, wenn dieses Ziel durch keinen spezielleren Anspruch erreichbar ist.¹³¹ Bei datenschutzrechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung wird § 823 I BGB also von Art. 82 I Var. 2 DSGVO¹³² verdrängt, bei Verstößen gegen § 19 AGG durch § 21 II 3 AGG¹³³. Zwar fehlt ein speziellerer Anspruch bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote außerhalb des AGG. Allerdings ist weitere Anspruchsvoraussetzung, dass die

¹²⁶ Siehe Kap. C.I.6.d)bb).

¹²⁷ Dem Anspruch käme daher jedenfalls Relevanz neben § 21 I 1 AGG, Art. 82 I DSGVO und § 33a I GWB zu.

¹²⁸ Siehe Kap. G.I.7.e).

¹²⁹ Siehe Kap. G.I.4.

¹³⁰ Siehe nur *Wagner*, in: MüKo-BGB, Band 7, § 823 BGB, Rn. 423 mwN.

¹³¹ St. Rspr., siehe nur BGH, Urt. v. 12.12.1995 – VI ZR 223/94, NJW 1996, 985, 986; BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861, 864.

¹³² Siehe zu diesem Anspruch Kap. D.I.10.

¹³³ Siehe zu diesem Anspruch Kap. C.I.6.d)cc).

Persönlichkeitsrechtsverletzung von besonderer Schwere ist.¹³⁴ Ebenso wie im Rahmen von § 21 II 3 AGG¹³⁵ ist dies jedenfalls zu verneinen, wenn die Benachteiligung nur mittelbarer Art ist, Ausweichmöglichkeiten bestehen und der Preisunterschied gering ist. Dies heißt aber auch, dass Fälle besonders schwerwiegender Persönlichkeitsverletzung denkbar sind, insbesondere wenn ein oder mehrere der genannten Voraussetzungen nicht vorliegen. Dann kann der Verbraucher also nach § 823 I BGB Ersatz des immateriellen Schadens verlangen, der ihm durch die Persönlichkeitsrechtsverletzung entstanden ist. Für eine Orientierung zur Bestimmung der Höhe sei im Sinne einer gewissen haftungsrechtlichen Stringenz auf die Ausführungen zu § 21 II 3 AGG¹³⁶ verwiesen.

h) Schadenersatz nach § 823 II BGB i. V.m. Schutzgesetz

Durch rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung entstandene Vermögensschäden kann der Verbraucher bereits aus § 21 I 1 AGG¹³⁷, Art. 82 I DSGVO¹³⁸, § 33a I GWB¹³⁹, § 9 II 1 UWG¹⁴⁰ oder c.i.c.¹⁴¹ ersetzt verlangen. Die Beantwortung der Frage, wann in diesen Fällen zusätzlich ein Anspruch aus § 823 II BGB i. V.m. Schutzgesetz besteht, ist daher obsolet, zumal der Verbraucher bei diesem Anspruch nicht von den Erleichterungen der genannten Anspruchsgrundlagen¹⁴² profitieren würde. Auch neben den auf Ersatz des immateriellen Schadens gerichteten Ansprüchen aus § 21 II 3 AGG und Art. 82 I Var. 2 DSGVO käme einem Anspruch aus § 823 II BGB i. V.m. Schutzgesetz keine praktische Relevanz zu. Zwar greifen die genannten spezialgesetzlichen Ansprüche nicht in allen Fällen rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung, die einen immateriellen Schaden verursacht. Trotzdem würden Betroffene von einem Anspruch aus § 823 II BGB i. V.m. Schutzgesetz in der Praxis nicht profitieren. Denn die besondere Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung ist eine Voraussetzung, die allgemein für Ansprüche auf Geldentschädigung wegen Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gilt¹⁴³ und somit konsequenterweise auch für den Anspruch aus

¹³⁴ St. Rspr., siehe nur BGH, Urt. v. 12.12.1995 – VI ZR 223/94, NJW 1996, 985, 986; BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861, 864.

¹³⁵ Siehe Kap. C.I.6.d)cc).

¹³⁶ Siehe Kap. C.I.6.d)cc).

¹³⁷ Siehe Kap. C.I.6.d)aa).

¹³⁸ Siehe Kap. D.I.10.

¹³⁹ Siehe Kap. E.I.3.

¹⁴⁰ Siehe Kap. F.I.6.

¹⁴¹ Siehe Kap. G.I.7.e).

¹⁴² Zu denken ist hier insbesondere an die Verschuldensvermutung, die lediglich im Rahmen von § 33a I GWB und § 9 II 1 UWG nicht besteht.

¹⁴³ BGH, Urt. v. 22.01.1985 – VI ZR 28/83, NJW 1985, 1617, 1619.

§ 823 II BGB i.V.m. Schutzgesetz, zumal auch in diesen Fällen wegen § 253 I BGB Zurückhaltung beim Zuspruch von Geldentschädigung geboten ist. Daher wird hier auf die Untersuchung der für die Zulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung relevanten Rechtsvorschriften hin auf ihre Einordnung als Schutzgesetz verzichtet.

i) Schadenersatz nach § 826 BGB

Voraussetzung für eine Haftung wegen rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung nach § 826 BGB wäre ein Schaden des Verbrauchers. Daher greift hier das von *Wagner* und *Eidenmüller* im Zusammenhang mit § 138 BGB gegen die Sittenwidrigkeit angeführte Argument, Verbraucher könnten von algorithmischer Preisdiskriminierung auch profitieren,¹⁴⁴ zwar nicht. Trotzdem ist grundsätzlich kein Grund für die Einordnung einer durch rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung verursachten Schädigung als sittenwidrig ersichtlich.¹⁴⁵

j) Anspruch auf Beseitigung rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung

Schließlich ist noch zu untersuchen, ob dem Opfer rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung ein Beseitigungsanspruch zusteht. Anspruchsziel wäre die Beseitigung der gegenwärtigen¹⁴⁶ rechtswidrigen algorithmischen Preisdiskriminierung.¹⁴⁷ Bei einem Verstoß gegen § 19 AGG besteht ein solcher Anspruch bereits nach § 21 I 1 AGG.¹⁴⁸ Bei sonstigen Verstößen, aus denen eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts folgt, mithin bei Verstößen gegen sonstige Diskriminierungsverbote sowie gegen das Datenschutzrecht, ist auf § 1004 I 1 BGB analog i.V.m. § 823 I BGB zurückzugreifen. Mangels Duldungspflicht (vgl. § 1004 II BGB) wäre dieser Anspruch auch zu bejahen. Wirkt sich eine rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung dagegen nicht persönlichkeitsrechts-, sondern „lediglich“ vermögensverletzend aus, scheidet ein Anspruch aus § 1004 I 1 BGB analog iVm

¹⁴⁴ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 228.

¹⁴⁵ Anders mag dies liegen, wenn der Unternehmer den Verbraucher arglistig über die Anwendung dieser Preisstrategie täuscht, siehe *Schäfers*, AcP 2021, 32, 65. Eine solche Täuschung kann aber nicht schon in der Verwendung der Preisstrategie ohne entsprechenden Hinweis gesehen werden, siehe zu algorithmischer Preispersonalisierung Kap. F.I.1.a)bb)(1)(a).

¹⁴⁶ Geht es um zukünftige rechtswidrige algorithmische Preisdiskriminierung, ist dagegen ein Unterlassungsanspruch das Mittel der Wahl.

¹⁴⁷ Ein Kontrahierungsanspruch ist dagegen unabhängig von der jeweiligen Anspruchsgrundlage aus den bereits im Zusammenhang mit § 21 I 1 AGG genannten Gründen (siehe Kap. C.I.6.d)aa)) abzulehnen.

¹⁴⁸ Siehe Kap. C.I.6.d)aa).

§ 823 I BGB aus, da das Vermögen nicht dem Schutz des § 823 I BGB unterfällt¹⁴⁹. Bei Verstößen gegen das Kartellrecht besteht in diesen Fällen aber ein Anspruch aus § 33 I GWB,¹⁵⁰ der auch auf das europäische Kartellrecht anwendbar ist. Der einzige Fall rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung, bei dem keiner der bislang genannten Beseitigungsansprüche greift, ist somit ein Verstoß gegen die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB.¹⁵¹ Mangels Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und spezialgesetzlicher Anspruchsgrundlagen kommt hier nur § 1004 I 1 BGB analog i.V.m. § 823 II BGB i.V.m. Schutzgesetz¹⁵² in Betracht. Dafür müsste die Hinweispflicht ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB darstellen. Eine Vorschrift ist ein Schutzgesetz, „wenn sie zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes oder eines bestimmten Rechtsinteresses zu schützen“¹⁵³. Dies wird im Zusammenhang mit verbraucherschutzrechtlichen Informationspflichten zu Recht bejaht.¹⁵⁴ Jedenfalls die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB erfüllt die genannten Anforderungen an ein Schutzgesetz, denn sie dient dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit des einzelnen Verbrauchers¹⁵⁵. Somit besteht auch bei einem Verstoß gegen die neue Hinweispflicht ein Beseitigungsanspruch des Verbrauchers.

II. Reformvorschläge

Auf Grundlage der Ausführungen zum preisangaben- und bürgerlich-rechtlichen Rechtsrahmen ist nun zu erörtern, inwieweit auf diesem Gebiet im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung legislativer Handlungsbedarf besteht.

¹⁴⁹ Siehe Kap. G.I.7.g).

¹⁵⁰ Siehe Kap. E.I.3.

¹⁵¹ Gleiches gilt für einen Verstoß gegen § 5a II, 5b IV UWG, der aber ebenfalls von einer Verletzung der neuen Hinweispflicht abhängt, siehe Kap. F.I.1.a)bb)(1)(c). Zudem gewährt das UWG Verbrauchern keinen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch.

¹⁵² Siehe zur Existenz dieser Anspruchsgrundlage z.B. BGH, Urt. v. 26.02.1993 – V ZR 74/92, NJW 1993, 1580; *Klimke*, in: BeckOGK, § 906 BGB, Rn. 141 (Stand: 01.06.2021); *Roth*, in: Staudinger, BGB, § 906 BGB, Rn. 18; anknüpfend an Art. 13 DSGVO: *Franck*, in: Gola, DSGVO, Art. 13 DSGVO, Rn. 58.

¹⁵³ St. Rspr, siehe nur BGH, Urt. v. 23.07.2019 – VI ZR 307/18, NJW 2019, 3003, Rn. 12.

¹⁵⁴ *EndelKlein*, Grundzüge des Vertriebsrechts im Internet, 171; in diese Richtung auch *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Band 3, § 312d BGB, Rn. 147.

¹⁵⁵ Siehe Kap. G.I.3.b)cc)(1)(b).

1. Reformbedarf vs. Selbstregulierung

Zuvörderst ist zu untersuchen, in welchem Maße algorithmische Preisdiskriminierung bereits durch den Markt selbst reguliert wird, da hiervon die Notwendigkeit weiterer Maßnahmen abhängt.

a) Direkter Selbstschutz der Verbraucher

Die einzige Möglichkeit für Verbraucher, sich selber direkt vor algorithmischer Preisdiskriminierung zu schützen, besteht darin, dieser Preisstrategie auszuweichen. Dies setzt jedoch die Kenntnis von deren Anwendung im konkreten Fall voraus.¹⁵⁶ Das selbständige Identifizieren betroffener Preise ist aber nicht bzw. allenfalls unter sehr großem Aufwand möglich.¹⁵⁷ Dies gilt auch für algorithmische *Preisdynamisierung*,¹⁵⁸ denn von außen erkennbar ist in diesen Fällen lediglich die Dynamisierung, nicht jedoch die Automatisierung. Datenschutzrechtliche Informationspflichten schaffen wegen ihres beschränkten Anwendungsbereichs und der fehlenden Beziehbarkeit auf einen konkreten Preis keine wirkliche Abhilfe. Anders liegt dies freilich bzgl. der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB. Obwohl auch deren Anwendungsbereich nicht unbeschränkt ist, wird sie die meisten Fälle algorithmischer Preispersonalisierung erfassen¹⁵⁹ und somit die Erkennbarkeit für den Verbraucher entschieden fördern.

Zudem könnte bei der Identifizierung personalisierter Preise möglicherweise spezielle Schutzsoftware helfen.¹⁶⁰ Ist durch diese ein personalisierter Preis als solcher identifiziert, liegt es nahe, dass dieser auch automatisiert gebildet wurde. Dieser Schluss ist zwar hinsichtlich der Dynamisierung von Preisen weniger zwingend, vor allem wenn diese in größeren Zeitintervallen erfolgt. Allerdings ist, wie bereits dargelegt,¹⁶¹ im Zusammenhang mit Preisdynamisierung die Frage der automatisierten Bildung des Preises für Verbraucher eher irrelevant. Voraussetzung für den technischen Selbstschutz der

¹⁵⁶ Vgl. *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291.

¹⁵⁷ BT-Drs. 19/9772, 6; *Rott*, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291; *Zuiderveen Borgesius/Poort*, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 349 f.; bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung: *Ezrachil/Stucke*, Virtual Competition, 112 f.; *Friedrich-Ebert-Stiftung*, Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte, 17; *Gleixner*, VuR 2020, 417, 420; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 6; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 13; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 83; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 11; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 5.

¹⁵⁸ A.A.: *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 864.

¹⁵⁹ Siehe Kap. G.I.3.b)cc)(1)(b).

¹⁶⁰ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 88 f.

¹⁶¹ Siehe Kap. F.I.1.a)aa).

Verbraucher¹⁶² ist aber, dass sie sich der Existenz der untersuchungsgegenständlichen Preisstrategie überhaupt bewusst sind und dann auch entsprechend tätig werden, was zu bezweifeln ist.¹⁶³ So machen selbst von bereits bestehenden technischen Instrumenten, die vor anderen Gefahren schützen, denen Verbraucher online ausgesetzt sind, nur die wenigsten Internetnutzer Gebrauch.¹⁶⁴ Zudem ist, soweit ersichtlich, eine solche Monitoring Software noch nicht auf dem Markt. Dies mag sich in Zukunft zwar ändern,¹⁶⁵ wie die Existenz anderweitiger Verbraucherschutzsoftware¹⁶⁶ zeigt. Doch könnte der technische Selbstschutz für Verbraucher mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sein.¹⁶⁷ Zudem werden Unternehmen versuchen, derartige Monitoring Software zu umgehen. So ergäbe sich ein technisches Wetttrüsten,¹⁶⁸ bei dem Verbraucher wegen ihrer begrenzten Mittel im Zweifel den Kürzeren ziehen werden.¹⁶⁹

Doch selbst wenn Verbraucher die Preisstrategie erkennen, ist für einen direkten Selbstschutz Voraussetzung, dass sie dieser auch ausweichen können.¹⁷⁰ Relevanz erlangt diese Bedingung vor allem bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung, da die Ablehnung gegenüber dieser Preisstrategie besonders stark ist¹⁷¹. Wegen der noch geringen Verbreitung algorithmischer

¹⁶² Die allgemeine Diskussion um technischen Selbstschutz von Verbrauchern durch den Begriff des „algorithmic consumers“ prägend: *GallElkin-Koren*, Algorithmic Consumers, Harvard Journal of Law & Technology 2017, 309 ff.

¹⁶³ *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 115.

¹⁶⁴ *EU-Kommission*, Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union, 270; *The White House*, Big Data and Differential Pricing, 15. Bei einer Umfrage aus dem Jahr 2015 gaben allerdings 64 % der Befragten an, sich durch technische Vorkehrungen schützen zu wollen, falls das Surfverhalten den Preis beeinflussen sollte, siehe *LINK*, Abschlussbericht, 10.

¹⁶⁵ *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 14; *Schleusener*, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 86; vgl. auch *EzrachilStucke*, Virtual Competition, 46; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 67; *Reinartz et al.*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 18; für eine staatliche Förderung derartiger Schutzsoftware: *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 7.

¹⁶⁶ *Slavik*, Süddeutsche Zeitung v. 18.06.2015; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 227.

¹⁶⁷ Vgl. *Acquisti/Varian*, Conditioning Prices on Purchase History, Marketing Science 2005, 367, 374.

¹⁶⁸ *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 89.

¹⁶⁹ *Paal*, GRUR 2019, 43, 46; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 227; vgl. in kartellrechtlichem Kontext auch *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 282 f.

¹⁷⁰ Vgl. *Krämer/Friesen/Shelton*, Journal of Revenue and Pricing Management, 2018, 115, 119.

¹⁷¹ Siehe Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2). Bei algorithmischer Preisdynamisierung dürfte die Preisstrategie als solche für die meisten Verbraucher dagegen eher eine untergeordnete

Preispersonalisierung dürften Ausweichmöglichkeiten in den meisten Fällen bestehen. Die Lage könnte sich zukünftig aber verschärfen, sollte sich diese Preisstrategie weiterverbreiten.

b) Indirekter Selbstschutz der Verbraucher

Darüber hinaus kommen indirekte Selbstschutzmaßnahmen der Verbraucher in Betracht. Vor durch algorithmische Preisdiskriminierung bedingten höheren Preisen können sich Verbraucher durch Preisvergleiche über entsprechende Portale¹⁷² und den Einsatz technischer Hilfsmittel wie sog. „Preiswecker“¹⁷³ schützen, solange diese technischen Intermediäre unabhängig agieren¹⁷⁴. Zumindest Preisvergleiche sind online aber auch ohne Vergleichsportale vergleichsweise einfach möglich, sodass auch die ggf. fehlende Unabhängigkeit einiger Portale an dieser Selbstschutzmöglichkeit nichts ändert. Wenngleich dies einige technische Grundkenntnisse¹⁷⁵ sowie einen gewissen Aufwand voraussetzt,¹⁷⁶ haben Verbraucher zum Schutz vor auf der Verarbeitung personenbezogener Daten basierender algorithmischer Preispersonalisierung ferner die Möglichkeit, sich online so zu verhalten, dass sie möglichst wenige personenbezogene Daten preisgeben¹⁷⁷. Allerdings besteht nach hier vertretener Ansicht ohnehin bereits ein recht hoher Schutz vor Datenverarbeitungen zum Zwecke algorithmischer Preispersonalisierung durch das Datenschutzrecht¹⁷⁸ und somit ein nicht unerheblicher indirekter Schutz qua Gesetz. Gleichwohl sei daran erinnert, dass sich das Zurückhalten personenbezogener Daten hinsichtlich des Preises auch nachteilig auswirken könnte.¹⁷⁹ Ein „Austricksen“ der Preisalgorithmen durch gezielte Verhaltens-

Rolle spielen. Relevant aus Verbrauchersicht ist hierbei lediglich der Aspekt der Dynamisierung, nicht jedoch des Algorithmeneinsatzes, siehe Kap. F.I.1.a)aa).

¹⁷² Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 290; Zurth, AcP 2021, 514, 547 f.; vgl. auch Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Dynamic Pricing, 20.

¹⁷³ Hennemann, AcP 2019, 818, 852 f.; Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Dynamic Pricing, 35; Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 290; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 15; Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 87; Schleusener, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; Schwaiger/Hufnagel, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 17.

¹⁷⁴ Insofern skeptisch: Verbraucherschutzministerkonferenz, Ergebnisprotokoll, 41; ebenso Göhsl, WuW 2018, 121, 124 f., der daher die Zurverfügungstellung technischer Intermediäre durch den Staat vorschlägt.

¹⁷⁵ Insofern skeptisch: Golland, CR 2020, 186, 187.

¹⁷⁶ Vgl. Acquistil/Varian, Marketing Science 2005, 367, 374.

¹⁷⁷ Vgl. Acquistil/Varian, Marketing Science 2005, 367, 368, 374; Hennemann, AcP 2019, 818, 851 f.; Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 86.

¹⁷⁸ Siehe Kap. D.

¹⁷⁹ Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220, 227, die zudem die Gefahr des kompletten Ausschlusses datensparsamer Verbraucher von Geschäften sehen.

anpassung erscheint wegen der Komplexität und Intransparenz der eingesetzten Algorithmen dagegen kein erfolversprechendes Mittel gegen durch algorithmische Preispersonalisierung steigende Preise.¹⁸⁰ Um keine Nachteile durch algorithmische Preisdynamisierung zu erleiden, dürfte dagegen in vielen Fällen eine wohlüberlegte Auswahl des Transaktionszeitpunkts helfen. Denn ebenso wie bei manueller Preisdynamisierung ist die Preisentwicklung hier ggf. vorhersehbar.¹⁸¹ Insgesamt gilt jedoch, dass indirekter Selbstschutz ein zumindest grundlegendes Problembewusstsein hinsichtlich der untersuchungsgegenständlichen Preisstrategie voraussetzt. Dies ist kein gutes Vorzeichen für naive und uninformierte Verbraucher.¹⁸²

c) Schutz durch den Wettbewerb

Falls sich algorithmische Preisdiskriminierung weiter ausbreiten sollte, könnte der Wettbewerb Verbrauchern zukünftig direkten Schutz bieten, dass einzelne Unternehmer gezielt damit werben, keine algorithmische Preisdiskriminierung zu betreiben.¹⁸³ Verbraucher könnten dann auf diese Anbieter ausweichen und algorithmische Preisdiskriminierung so sicher umgehen. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob es tatsächlich zu solcher „Alternativwerbung“ kommen wird. Jedenfalls schützt der Wettbewerb indirekt sowohl vor dem Betreiben dieser Preisstrategie als solcher¹⁸⁴ als auch vor durch algorithmische Preisdiskriminierung „hemmungslos“ steigenden Preisen¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Rott, in: Ochs et al., Die Zukunft der Datenökonomie, 285, 291; a.A.: Acquistil/Varian, Marketing Science 2005, 367, 372 f.; Chen/Zhang, International Journal of Industrial Organization 2009, 43, 43 f.; Miller, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 88 f.; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen, Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, 13 ff.; Schleusener, Wirtschaftsdienst 2016, 868, 870; Schleusener, in: Stüber/Hudetz, Praxis der Personalisierung im Handel, 71, 83, 86; Schwaiger/Hufnagel, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlsysteme“, 17, 21; The White House, Big Data and Differential Pricing, 7.

¹⁸¹ Vgl. Ezechil/Stucke, Virtual Competition, 87.

¹⁸² Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Dynamic Pricing, 21; OFT, Online targeting of advertising and prices, 48; OFT, Personalised Pricing, 28; Turow/Feldman/Meltzer, Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline, 30.

¹⁸³ Reinartz et al., Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 18; Tillmann/Vogt, VuR 2018, 447, 454; Tillmann/Vogt, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 12 f.

¹⁸⁴ Wegen der gesellschaftlichen Ablehnung gilt dies vor allem für algorithmische Preispersonalisierung, siehe Kap. B.I., Kap. B.II.1.b)bb)(2).

¹⁸⁵ Siehe Kap. B.II.1.a)bb), Kap. B.II.1.b)bb)(3).

d) *Fazit: Kein umfassender Schutz durch Verbraucher und durch Wettbewerb*

Insgesamt gilt somit: Unternehmer haben bzgl. des Betriebens algorithmischer Preisdiskriminierung keineswegs „freie Bahn“. Vielmehr können Verbraucher eigene Schutzmaßnahmen ergreifen, um dieser Preisstrategie nicht völlig ausgeliefert zu sein. Zudem besteht ein gewisser Schutz durch den Wettbewerb und den bestehenden Rechtsrahmen, insbesondere durch das Datenschutzrecht. Hieraus folgt aber noch kein erschöpfender Verbraucherschutz,¹⁸⁶ weshalb eine Diskussion über legislativen Handlungsbedarf nicht von vornherein obsolet ist.

2. Regulierung algorithmischer Preisdiskriminierung

Als erster Ansatzpunkt, den Schutz von Verbrauchern vor algorithmischer Preisdiskriminierung zu stärken, kommt eine Regulierung dieser Preisstrategie in Betracht.

Ein generelles Verbot wird in der Literatur durchweg abgelehnt¹⁸⁷. Dem ist bereits aus dem einfachen Grund zuzustimmen, dass einige Verbraucher von algorithmischer Preisdiskriminierung auch profitieren können¹⁸⁸. Ein generelles Verbot würde diese Chance eliminieren und wäre daher viel zu pauschal. Auf die Vereinbarkeit eines derartigen Verbots mit höherrangigem Recht¹⁸⁹ kommt es daher an dieser Stelle gar nicht an.

Offener zeigen sich dagegen einige Autoren für bereichsspezifische Verbote.¹⁹⁰ Erwogen wird dies für Märkte, die die Grundversorgung betreffen.¹⁹¹ Hinter diesem Vorschlag stecken offenbar moralische Bedenken, die Preisbildung für bestimmte Dienstleistungen und Produkte uneingeschränkt den Marktgesetzen zu überlassen. Diese Bedenken existieren notwendigerweise aber unabhängig von der Art der Preisbildung. Ob unterschiedliche Preise

¹⁸⁶ Vgl. *Miller*, *Journal of Technology Law and Policy* 2014, 41, 89.

¹⁸⁷ *Engert*, *AcP* 2018, 304, 343; *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 18; *Schmidt*, *DSRITB* 2016, 1007; *Wagner/Eidenmüller*, *ZfPW* 2019, 220, 228; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR* 2016, 403, 409.

¹⁸⁸ *Wagner/Eidenmüller*, *ZfPW* 2019, 220, 228; so in kartellrechtlichem Kontext auch *Veith*, *Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht*, 275; vgl. auch *Reinartz et al.*, *Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel*, 18.

¹⁸⁹ Diese verneinend: *Engert*, *AcP* 2018, 304, 343; *Schmidt*, *DSRITB* 2016, 1007; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, *VuR* 2016, 403, 409.

¹⁹⁰ *Tillmann/Vogt*, *VuR* 2018, 447, 454; wohl auch *Gleixner*, *VuR* 2020, 417, 421; vgl. auch *BT-Drs. 19/9772*, 2; bzgl. algorithmenbasierter Entscheidungsprozesse allgemein: *Martini*, *Grundlinien eines Kontrollsystems für algorithmische Entscheidungsprozesse*, 48 f.

¹⁹¹ *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, *Personalisierte Preise*, 7; *Zurth*, *AcP* 2021, 514, 553; vgl. auch *Adinolfi*, *IPRB* 2019, 225, 226; *Obergfell*, *ZLR* 2017, 290, 292.

manuell oder automatisiert gebildet werden, ist für die moralische Bewertung insofern irrelevant. Entscheidend ist somit nicht die Frage bereichsspezifischer Unzulässigkeit algorithmischer Preisdiskriminierung. Vielmehr geht es ganz allgemein darum, auf welchen Märkten Preisbindungen erstrebenswert sind. Diese Frage hängt allerdings nicht mehr direkt mit dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit zusammen.

Des Weiteren wird im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung die gesetzliche Festlegung von Höchstpreisen diskutiert.¹⁹² Allerdings wäre eine solche sich lediglich auf *algorithmische* Preisdiskriminierung beschränkende Maßnahme inkonsequent, da durch Preiserhöhungen, die durch manuelle Preisbildung verursacht werden, die Verbraucherwohlfahrt genauso gefährdet ist. Es erschließt sich schlicht und ergreifend nicht, warum für ein Produkt oder eine Dienstleistung ein Maximalpreis gelten sollte, nur weil der Preis durch algorithmische Preisdiskriminierung zustande gekommen ist. Der Vorschlag ist daher abzulehnen. Einzig sinnvoll und konsequent wäre eine Debatte darüber, ob die für Preise allgemein geltenden Grenzen der Vertragsfreiheit¹⁹³ reformbedürftig sind. Diese kann und soll jedoch nicht im Rahmen dieser Arbeit geführt werden.

Eine zahlenmäßige Restriktion von Preisanpassungen¹⁹⁴ ist aus den bereits im Zusammenhang mit dem Kartellrecht genannten Gründen¹⁹⁵ abzulehnen. Die dortigen Ausführungen sind übertragbar, da auch der vorliegende Regulierungsvorschlag den Wettbewerb schützen soll. Verbraucherschutz wäre in diesem Fall lediglich die Folge erfolgreichen Wettbewerbsschutzes. Wenn also der Wettbewerbsschutz keine zahlenmäßige Restriktion von Preisanpassungen erfordert, dann gilt dies erst recht für den Verbraucherschutz. Auch dem Vorschlag, den erlaubten Anteil personalisierter Preise an der Menge der Gesamtpreise zu regulieren,¹⁹⁶ ist nicht zu folgen. Wenn man einen gesteigerten Schutzbedarf für Verbraucher bejaht, wäre es inkonsequent und unbefriedigend, diese nur anteilig zu schützen.

Eine Meldepflicht für algorithmische Preisdiskriminierung¹⁹⁷ ist schließlich aus den bereits im Zusammenhang mit dem Kartellrecht genannten Gründen¹⁹⁸ auch aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht abzulehnen.

¹⁹² OECD, Algorithms and Collusion, 49 f.; Remmel, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 877; Shiller, International Economic Review 2020, 847, 864 f.; Veith, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 285; Zuiderveen Borgesius/Poort, Journal of Consumer Policy 2017, 347, 363.

¹⁹³ Dies ist insbesondere § 138 II BGB.

¹⁹⁴ Remmel, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 877; für eine diesbezügliche Selbstverpflichtung: Verbraucherschutzministerkonferenz, Ergebnisprotokoll, 40.

¹⁹⁵ Siehe Kap. E.II.2.

¹⁹⁶ Shiller, International Economic Review 2020, 847, 865.

¹⁹⁷ So bzgl. personalisierter Preise Schmidt, DSRITB 2016, 1007, 1020.

¹⁹⁸ Siehe Kap. E.II.3.

3. Erweiterung der Informationspflichten

Weiterhin könnte man eine Erweiterung der für algorithmische Preisdiskriminierung geltenden Informationspflichten erwägen, um Verbraucher besser zu schützen. Eine Hinweispflicht bzgl. der Anwendung algorithmischer Preisdynamisierung¹⁹⁹ ist bereits abzulehnen, weil eine solche Information ohnehin keine Auswirkung auf die geschäftliche Entscheidungsfreiheit des Durchschnittsverbrauchers hätte²⁰⁰. Auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der neuen Hinweispflicht nach Art. 246a §1 I 1 Nr. 6 EGBGB²⁰¹ ist nicht geboten, da diese Hinweispflicht an sich bereits nicht als interessengerecht befunden wurde²⁰². Eine Pflicht, im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung den Durchschnitts- bzw. Referenzpreis anzugeben,²⁰³ ist auch zum Verbraucherschutz wegen der nach wie vor sehr guten Vergleichsmöglichkeiten im Internet und der daraus folgenden fehlenden Relevanz dieser Information für die geschäftliche Entscheidungsfindung des Verbrauchers²⁰⁴ nicht erforderlich. Schließlich ist auch die Einführung einer Pflicht zur Information über die Preisbildungskriterien bzw. die Berechnungsformel wegen des bereits an anderer Stelle festgehaltenen Abwägungsergebnisses zulasten des Verbrauchers²⁰⁵ abzulehnen.²⁰⁶

¹⁹⁹ Bejahend: *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81u f.; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 965.

²⁰⁰ Siehe Kap. F.I.1.a)aa).

²⁰¹ Allgemein (also ohne Bezugnahme auf Art. 246a §1 I 1 Nr. 6 EGBGB) für eine Hinweispflicht bzgl. personalisierter Preise: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 229; *House of Lords*, Online Platforms and the Digital Single Market, Rn. 291; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 299; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 8; *Tillmann/Vogt*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, 13; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 6; *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, Verbraucherproblemen wirksam begegnen – Weichen richtig stellen, 4; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 228; *Wenglorz*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1, 2. Teil, S 14, Rn. 81u f.; *Wenglorz*, in: FS Fezer, 957, 965.

²⁰² Siehe Kap. G.I.3.b)cc)(1)(a).

²⁰³ Bejahend: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 229; *Obergfell*, ZLR 2017, 290, 299; *Sachverständigenrat für Verbraucherfragen*, Personalisierte Preise, 8; *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*, Verbraucherproblemen wirksam begegnen – Weichen richtig stellen, 4; vgl. auch *Rommel*, Wirtschaftsdienst 2016, 875, 877; verneinend: *Genth*, Wirtschaftsdienst 2016, 863, 866; *Hennemann*, AcP 2019, 818, 833; *Miller*, Journal of Technology Law and Policy 2014, 41, 81.

²⁰⁴ Siehe Kap. F.I.1.a)aa), Kap. F.I.1.a)bb)(2).

²⁰⁵ Siehe Kap. F.I.1.a)aa), Kap. F.I.1.a)bb)(3).

²⁰⁶ Im Ergebnis ebenfalls gegen eine solche Pflicht: *Tillmann/Vogt*, VuR 2018, 447, 453; a.A.: *Adinolfi*, IPRB 2019, 225, 229; *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 6; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 407; für eine derartige Pflicht zumindest offen: *Paal*, GRUR 2019, 43, 53; *Schwaiger/Hufnagel*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, 23; für eine freiwillige Selbstverpflichtung:

4. Erweiterung der Rechte von Verbrauchern

Schließlich stellt die Erweiterung der Rechte von Verbrauchern eine mögliche gesetzgeberische Reaktion dar.

Werden Verbraucher Opfer rechtswidriger algorithmischer Preisdiskriminierung, stehen diesen jedoch bereits umfassende Schadenersatz- und Beseitigungsansprüche zu.²⁰⁷ Einzig in Fällen, in denen dem Verbraucher ein immaterieller Schaden entsteht, der nicht über § 21 II 3 AGG oder Art. 82 I DSGVO zu ersetzen ist, offenbart sich eine Haftungslücke, sofern die Persönlichkeitsrechtsverletzung in concreto nicht als schwerwiegend einzustufen ist. Dann besteht nämlich auch kein Anspruch nach § 823 BGB.²⁰⁸ Allerdings stellt diese Schwelle für Geldentschädigungsansprüche ein allgemeines haftungsrechtliches Problem dar, das in keinem spezifischen Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand steht.

Zur Erweiterung der Rechte der Verbraucher bei rechtskonformer algorithmischer Preisdiskriminierung wird ein eigenes Widerrufsrecht vorgeschlagen.²⁰⁹ Erstens sei aber darauf hingewiesen, dass für Fernabsatzverträge bereits ein Widerrufsrecht nach § 312g I BGB besteht.²¹⁰ Zweitens wurde bereits die Schaffung weiterer Informationspflichten abgelehnt. Konsequenterweise kann für ein Widerrufsrecht nichts anderes gelten, denn dieses würde die unternehmerischen Interessen noch stärker beeinträchtigen, zumal ein Widerrufsrecht nur in Kombination mit einer umfassend geltenden Informationspflicht bzgl. des Vorliegens algorithmischer Preisdiskriminierung Sinn ergäbe. Dies folgt daraus, dass die Ausübung eines Widerrufsrechts notwendigerweise die Kenntnis über das Bestehen des Widerrufsgrundes voraussetzt.

Schließlich wird die Einführung eines Abwahlrechts bzgl. algorithmischer Preisdiskriminierung diskutiert.²¹¹ Zwar wäre hierfür im Vergleich zu einem

Verbraucherschutzministerkonferenz, Ergebnisprotokoll, 39; in kartellrechtlichem Kontext wegen der entgegenstehenden Rechte und Interessen der Anbieter gegen „umfassende Transparenzverpflichtungen“: *Veith*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, 276 f.

²⁰⁷ Siehe Kap. G.I.7.

²⁰⁸ Siehe Kap. G.I.7.g), Kap. G.I.7.h).

²⁰⁹ So bzgl. algorithmischer Preispersonalisierung: *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 223; zumindest auf diese Möglichkeit hinweisend: *Kodek/Leupold*, Modernisierung des Verbraucherrechts, 65.

²¹⁰ *Zurth*, AcP 2021, 514, 553.

²¹¹ Für personalisierte Preise befürwortend: *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220, 223, 229; *Zander-Hayat/Reisch/Steffen*, VuR 2016, 403, 409; ebenso im Falle der Feststellung entsprechenden Bedarfs: *Zurth*, AcP 2021, 514, 553; wohl auch *Paal*, GRUR 2019, 43, 49; für personalisierte Preise ablehnend: *Gerpott/Mikolas*, K&R 2019, 303, 308; für ein Abwahlrecht bzgl. einzelner Berechnungskriterien: *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, Personalisierte Preise, 6.

Widerrufsrecht eine umfassende Informationspflicht bzgl. der Anwendung algorithmischer Preisdiskriminierung keine zwingende Voraussetzung, da das Abwahlrecht logischerweise ohnehin nur eingeräumt werden müsste, wenn algorithmische Preisdiskriminierung betrieben wird. Dies bedeutet aber auch, dass die Einräumung eines Abwahlrechts immer zugleich auch die Information darstellt, dass algorithmische Preisdiskriminierung betrieben wird. Diese Information ließe sich durch die Einräumung eines Abwahlrechts auch immer auf einen konkreten Preis beziehen. Selbst wenn ein solches Recht nicht bzgl. eines konkreten Preises eingeräumt würde, sondern abstrakt gleich zu Beginn bei Aufruf der Website, könnte der Verbraucher leicht herausfinden, ob ein konkreter Preis auf algorithmischer Preisdiskriminierung beruht. Dafür müsste er die Website lediglich erneut aufrufen, diesmal die andere Option auswählen und dann die Preise vergleichen. Ein Abwahlrecht käme also einer indirekten Informationspflicht gleich und würde zudem eine darüber hinausgehende Beeinträchtigung der unternehmerischen Interessen bedeuten. Konsequenterweise ist daher auch dieser Vorschlag abzulehnen.

III. Zusammenfassung

Die Ausführungen zeigen hinsichtlich der Frage des Bestehens von Informationspflichten den engen Zusammenhang zum Lauterkeitsrecht. Diese Erkenntnis ist gerade Frucht des rechtsgebietsübergreifenden Ansatzes dieser Arbeit. Zudem konnte geklärt werden, dass sich die neue Hinweispflicht nach Art. 246a § 1 I 1 Nr. 6 EGBGB auf sämtliche Arten algorithmischer Preispersonalisierung bezieht. Dieser Pflicht kann nicht durch einen bloßen Hinweis in den AGB Genüge getan werden. Auf der anderen Seite ist aber auch keine direkte Sichtbarkeit des Hinweises direkt neben dem Preis erforderlich. Ferner wurde eine nach § 241 II BGB allgemein geltende Schutzpflicht zur rechtskonformen Gestaltung algorithmischer Preisdiskriminierung erarbeitet. Die Relevanz von § 134 BGB und § 138 I BGB wurde unter genauer Berücksichtigung des Bezugspunkts dieser Vorschriften verneint. Zudem erfolgte eine umfassende und die bereits spezialgesetzlich bestehenden Rechtsfolgen einbeziehende Darstellung der Rechte von Verbrauchern, die Opfer algorithmischer Preisdiskriminierung werden. Näher wurde diesbezüglich in der bisherigen Literatur lediglich auf das Bestehen eines Anfechtungsrechts sowie eines Anspruchs des Verbrauchers aus c.i.c. eingegangen. Somit konnte weiteres Licht in die Rechtsfolgenrechte algorithmischer Preisdiskriminierung gebracht werden. Eine Regulierung algorithmischer Preisdiskriminierung darf keinesfalls separat erfolgen, sondern muss zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch manuell gebildete Preise im Blick haben, die sich in gleicher Weise auf die Verbraucherwohlfahrt auswirken.

Schließlich wurde die Notwendigkeit erweiterter Informationspflichten ebenso wie die Ausweitung bestehender Rechte der Verbraucher unter konsequenter Berücksichtigung der zum bestehenden Rechtsrahmen erlangten Erkenntnisse abgelehnt.

Die Antwort des Rechts auf algorithmische Preisdiskriminierung

Im Lichte der vorangegangenen Ausführungen¹ soll nun die zu Beginn dieser Arbeit gestellte Frage aufgegriffen werden: Welche Antworten hat das Recht auf Preisdiskriminierung, durch die Algorithmen bzw. genauer deren Verwender ihre Macht gegenüber Verbrauchern ausüben? Wenngleich diese Frage nicht pauschal beantwortet werden kann, so haben die Ausführungen gezeigt, dass das Recht algorithmischer Preisdiskriminierung keineswegs machtlos gegenübersteht. Mitnichten kann diese Preisstrategie pauschal unter Verweis auf die Privatautonomie als mit dem geltenden Recht vereinbar bezeichnet werden. Vielmehr ist auf der Suche nach der Antwort des Rechts stets sorgfältig abzuwägen zwischen dem Schutz der Betroffenen und den mit algorithmischer Preisdiskriminierung verbundenen unternehmerischen Interessen. Hierbei gibt an manchen Stellen gerade die hinter dieser Preisstrategie stehende Macht der Algorithmen den Ausschlag. In Fragen des allgemeinen Preisrechts ist dagegen unbedingt auf eine Stringenz mit Blick auf manuelle Preisbildung zu achten. Gerade der Algorithmeinsatz ist es aber auch, der die Funktionalität bestehender rechtlicher Instrumentarien teilweise vor Probleme stellt.

Verkompliziert werden die Abwägungen durch die komplexen ökonomischen Zusammenhänge, die an einigen Stellen zu einer starken Einzelfallabhängigkeit der juristischen Beurteilung führen. Zu diesem Effekt tragen auch die variablen Folgen und Erscheinungsformen der untersuchungsgegenständlichen Preisstrategie bei. So muss bei der rechtlichen Bewertung sorgfältig zwischen den verschiedenen Arten algorithmischer Preisdiskriminierung unterschieden werden. Entscheidend ist hierbei vor allem, ob diese Strategie zu personalisierten oder „lediglich“ zu dynamischen Preisen führt. Hier von hängt auch die gesellschaftliche Akzeptanz ab, die an einigen Stellen für die rechtliche Auseinandersetzung relevant wird. Freilich unterliegen gesellschaftliche Werte- und Moralvorstellungen einem stetigen Wandel, der sich dann auch auf das Recht auswirken kann. Inwiefern es im Zusammenhang mit algorithmischer Preisdiskriminierung zu einem solchen kommt, wird sich

¹ Siehe zur rechtsgebietspezifischen Zusammenfassung der eigenen Untersuchungsergebnisse Kap. C.III., Kap. D.III., Kap. E.III., Kap. F.III., Kap. G.III.

erst zeigen. Doch auch andere einzelfallabhängige Aspekte, wie beispielsweise die konkrete Höhe des Preisunterschieds oder das Bestehen von Ausweichmöglichkeiten können den entscheidenden Unterschied für die Rechtslage machen. Da algorithmische Preisdiskriminierung ein klassisches Querschnittsthema darstellt, müssen zur Gewährleistung rechtsgebietsübergreifender Schlüssigkeit zudem stets die verschiedenen einschlägigen Rechtsmaterien im Auge behalten werden. Abzuwarten bleibt schließlich, in welche Richtung sich algorithmische Preisdiskriminierung sowohl quantitativ als auch qualitativ entwickeln wird. Nicht zuletzt hiervon wird abhängen, ob der bestehende Rechtsrahmen zukünftig doch in größerem Umfang, als in dieser Arbeit vorgeschlagen, angepasst werden muss.

Ob *Kant* aus seiner sittlich-philosophischen Perspektive, die zu Beginn dargestellt wurde, mit diesem Fazit zufrieden wäre? Vermutlich nicht. Inwiefern die rechtlichen Ausführungen dieser Arbeit mit dem eigenen Gerechtigkeitsempfinden übereinstimmen, muss aber jeder Leser für sich selbst entscheiden.

Literaturverzeichnis

- Acquisti, Alessandrol/Varian, Hal R.*, Conditioning Prices on Purchase History, *Marketing Science* 2005, S. 367–381
- Adinolfi, Fabio*, Dynamische und personalisierte Preise aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, *IPRB* 2019, S. 225–229
- Adomeit, Klaus/Mohr, Jochen*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart 2011
- Akon, Melvin Tjon*, The Calculus of Data Disclosure and Price Acceptance, *EuCML* 2021, S. 228–237
- Albrecht, Jan Philipp/Jotzo, Florian*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Baden-Baden 2017
- Angwin, Julia/Mattu, Suryal/Larson, Jeff*, The Tiger Mom Tax: Asians Are Nearly Twice as Likely to Get a Higher Price from Princeton Review, *ProPublica* v. 01.09.2015 (abrufbar unter <https://www.propublica.org/article/asians-nearly-twice-as-likely-to-get-higher-price-from-princeton-review>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:36 Uhr)
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.), Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019 (abrufbar unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.html; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:40 Uhr)
- Armbrüster, Christian*, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, *NJW* 2007, S. 1494–1498
- ders.*, Antidiskriminierungsgesetz – ein neuer Anlauf, *ZRP* 2005, S. 41–44
- Art. 29-Datenschutzgruppe* (Hrsg.), Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling, WP251rev. 01 (abrufbar unter <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:41 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, WP 217 (abrufbar unter https://www.datenschutzstelle.li/application/files/2915/5914/1746/WP217_Opinion62014LegitimateInterest.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:42 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203 (abrufbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:42 Uhr)
- Auernhammer, Herbert* (Begr.), *Eßer, Martin/Kramer, Philipp/von Lewinski, Kai* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 7. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Auernhammer, DSGVO/BDSG)
- Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell* (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und DatenschutzR)
- Autorité de la concurrence/Bundeskartellamt* (Hrsg.), Algorithms and Competition, 2019 (abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:43 Uhr)

- Baer, Susanne*, Gleichberechtigung revisited. Zur Interpretation des Art. 3 GG und internationaler Gleichbehandlungsgebote, NJW 2013, S. 3145–3149
- dies.*, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, S. 290–294
- Barocas, Solon/Selbst, Andrew*, Big Data’s Disparate Impact, California Law Review 2016, S. 671–732
- Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens* (Hrsg.), Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, Kommentar, 5. Auflage, München 2018
- Beater, Axel*, Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011
- Bechtold, Rainer* (Begr.)/*Bosch, Wolfgang* (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 10. Auflage, München 2021
- dies.*, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts, NJW 2011, S. 3484–3491
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo*, EU-Kartellrecht, Kommentar, 3. Auflage, München 2014
- Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar)
- Becker, Yvonne/Lange, Friederike* (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Band 3, Berlin/Boston 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Becker/Lange, Rspr. des BVerfG)
- Berg, Werner/Mäsch, Gerald* (Hrsg.), Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Berg/Mäsch, KartellR)
- Bernhardt, Lea*, Algorithmen, Künstliche Intelligenz und Wettbewerb, NZKart 2019, S. 314–317
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcell/Kotzur, Markus* (Hrsg.), Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 14. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bieber et al., EU)
- Bilski, Nicol/Schmid, Thomas*, Verantwortungsfindung beim Einsatz maschinell lernender Systeme, NJOZ 2019, S. 657–661
- Birkemeyer, Claas*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuR 2010, S. 662–678
- Bladow, Christian/Burg, Florian*, Dynamische Preissetzung als Herausforderung für die Verbraucherpreisstatistik, WISTA 2018, S. 11–22
- Bleckmann, Albert* (Hrsg.), Europarecht, 6. Auflage, Köln 1997 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bleckmann, Europarecht)
- Bodenstein, Ines*, Intel und Post Danmark II – Die Weichen für die zukünftige Bewertung von Rabatten nach Art. 102 AEUV sind so gut wie gestellt!, ZWeR 2015, 403–420
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans* (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Kommentar, Baden-Baden 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Boecken et al., ArbR)
- Borges, Georg*, Zur AGB-Kontrolle interner Richtlinien, ZIP 2005, S. 185–190
- Brade, Alexander/Müller, Maxi*, Corona-Triage: Untätigkeit des Gesetzgebers als Schutzpflichtverletzung?, NVwZ 2020, S. 1792–1797
- Breitenmoser, Stephan*, Der Schutz der Privatsphäre gemäss Art. 8 EMRK, Dissertation (1985), Basel 1986
- Breyer, Patrick*, Personenbezug von IP-Adressen. Internetnutzung und Datenschutz, ZD 2014, S. 400–405
- Brink, Stefan/Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), Beck’scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 38. Edition, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK DatenschutzR)
- Britz, Gabriele*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG. Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen durch Gesetz, NJW 2014, S. 346–351

- dies.*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, S. 355–398
- Buch, Michael*, Das Grundrecht der Behinderten (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG), Dissertation (2000), Osnabrück 2001
- Buchner, Benedikt*, Facebook zwischen BDSG und UWG, in: *Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/Lettl, Tobias* (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 51–62
- Bühling, Jochen*, Die Geoblocking-VO – Neues Spiel ohne Grenzen?, IPRB 2019, S. 21–23
- Büscher, Wolfgang* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2. Auflage, Köln 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Büscher, UWG*)
- Bundeskartellamt* (Hrsg.), Algorithmen und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, 2020 (abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_6.pdf?__blob=publicationFile&v=3; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:44 Uhr)
- dass.* (Hrsg.), Big Data und Wettbewerb, Schriftenreihe „Wettbewerb und Verbraucherschutz in der digitalen Wirtschaft“, 2017 (abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf?__blob=publicationFile&v=3; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:44 Uhr)
- Bunte, Josef* (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, Band 1 (Deutsches Kartellrecht), 13. Auflage, Köln 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Langen/Bunte, Kartellrecht*)
- Burgi, Martin*, Mitgliedstaatliche Garantienpflicht statt unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EWS 1999, S. 327–332
- Bygrave, Lee A.*, Data Protection Law: approaching its rationale, logic and limits, Den Haag/London/New York 2002
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*)
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S. 201–246
- Carroll, Kathleen/Coates, Dennis*, Teaching Price Discrimination: Some Clarification, Southern Economic Journal 1999, S. 466–480
- Chen, Le/Mislove, Alan/Wilson, Christo*, An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace, 2016 (abrufbar unter <http://hbfm.link/2911>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:45 Uhr)
- Chen, Yuxin/Iyer, Ganesh*, Research Note. Consumer Addressability and Customized Pricing, Marketing Science 2002, S. 197–208
- Chen, Yuxin/Zhang, John Z.*, Dynamic targeted pricing with strategic consumers, International Journal of Industrial Organization 2009, S. 43–50
- Choudhary, Vidyanand/Ghose, Anindyal/Mukhopadhyay, Tridas/Rajan, Uday*, Personalized Pricing and Quality Differentiation, Management Science 2005, S. 1120–1130
- Classen, Claus Dieter*, Diskriminierung wegen einer nachteiligen genetischen Disposition, in: *Classen, Claus Dieter/Lukaňko, Bernard/Richter, Dagmar* (Hrsg.), Diskriminierung aufgrund der Gesundheit in alternden Gesellschaften, Berlin 2015, S. 139–153
- dies.*, Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungs Kompetenzen, EuR 2004, S. 416–438
- Competition and Markets Authority* (Hrsg.), Pricing algorithms, CMA94, 08.10.2018 (abrufbar unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:46 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Decision of the Competition and Markets Authority, Case 50223, 12.08.2016 (abrufbar unter <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc00018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:48 Uhr)

- dies.* (Hrsg.), The commercial use of consumer data, CMA38, 2015 (abrufbar unter http://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:48 Uhr)
- ConPolicy GmbH* (Hrsg.), Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, 2016 (abrufbar unter <https://docplayer.org/54455832-Was-verbraucherinnen-und-verbraucher-in-nrw-ueber-individualisierte-preise-im-online-handel-denken.html>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:49 Uhr)
- Corts, Kenneth S.*, Third-degree price discrimination in oligopoly: all-out competition and strategic commitment, *The Rand Journal of Economics* 1998, S. 306–323
- Custers, Bart*, Data Dilemmas in the Information Society: Introduction and Overview, in: *Custers, Bart/Calders, Toon/Schermer, Bart/Zarsky, Tal* (Hrsg.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, Heidelberg 2013, S. 3–26
- Däubler, Wolfgang/Beck, Thorsten* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Däubler/Beck, AGG)
- Däubler, Wolfgang/Bertzbach, Martin* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Däubler/Bertzbach, AGG)
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Däubler et al., ArbR)
- Däubler, Wolfgang/Wedde, Peter/Weichert, Thilo/Sommer, Imke* (Hrsg.), EU-DSGVO und BDSG, Kompaktcommentar, Frankfurt a.M. 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Däubler et al., DSGVO/BDSG)
- Dammann, Ulrich*, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung. Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, *ZD* 2016, S. 307–314
- Datenschutzkonferenz* (Hrsg.), Erfahrungsbericht der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendung der DS-GVO, November 2019 (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20191213_erfahrungsbericht_zur_anwendung_der_ds-gvo.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:50 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, März 2019 (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:50 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Kurzpapier Nr. 3. Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung, 17.12.2018 (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_3.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:51 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Orientierungshilfe zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), November 2018 (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20181107_oh_werbung.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:52 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Kurzpapier Nr. 18. Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen, 26.04.2018 (abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_18.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:52 Uhr)
- Dauses, Manfred* (Begr.), *Ludwigs, Markus* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 53. EL, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dauses/Ludwigs, EU-Wirtschaftsrecht)
- Davy, Ulrike*, Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht, *SDSRV* 49, S. 7–59
- Deloitte Digital/Salesforce* (Hrsg.), *Consumer Experience in the Retail Renaissance* (abrufbar unter http://dmi-org.com/downloads/2018_03_consumer-experience-in-the-retail-renaissance.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:53 Uhr)

- Deutscher Ethikrat* (Hrsg.), *Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung*, Berlin 2018 (abrufbar unter <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:54 Uhr)
- Dhar, Ravi*, Consumer Preference for a No-Choice Option, *Journal of Consumer Research* 1997, S. 215–231
- DICE Consult* (Hrsg.), *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, 29.08.2018 (abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=14; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:54 Uhr)
- Die Presse*, *Autofahrerclubs: Spritpreiskorridor brachte Ersparnisse*, 09.07.2012 (abrufbar unter <https://www.diepresse.com/1263503/autofahrerclubs-spritpreiskorridor-brachte-ersparnisse>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:55 Uhr)
- Dietrich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter* (Begr.), *Müller-Glöge, Rudil/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: EK ArbR)
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo* (Hrsg.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band I)
- diess.* (Hrsg.), *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*, Band II, 2. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Band II)
- Dohrn, Daniell/Huck, Linda*, *Der Algorithmus als „Kartellgehilfe“ – Kartellrechtliche Compliance im Zeitalter der Digitalisierung*, DB 2018, S. 173–179
- Dornbusch, Gregor/Krumbiegel, Markus/Löwisch, Manfred* (Hrsg.), *AR, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht*, 10. Auflage, Köln 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dornbusch/Krumbiegel/Löwisch, AR)
- Drechsler, Jannes/Harenberg, Paul*, *Diskriminierung auf dem grenzüberschreitenden Markt für Fußball-Tickets*, EuZW 2021, S. 157–163
- Dreier, Horst* (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Band I, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier, GG)
- Drewes, Stefan*, *Dialogmarketing nach der DSGVO ohne Einwilligung der Betroffenen. Berechtigte Unternehmensinteressen bleiben maßgebliche Rechtsgrundlage*, CR 2016, S. 721–729
- Dreyer, Stephan/Schulz, Wolfgang*, *Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?*, Gütersloh 2018 (abrufbar unter <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/publikationen/publikation/did/was-bringt-die-datenschutzgrundverordnung-fuer-automatisierte-entscheidungssysteme>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 14:59 Uhr)
- Dubé, Jean-Pierre/Misra, Sanjog*, *Personalized Pricing and Customer Welfare*, 2019 (abrufbar unter <https://www.jp-dube.com/research/papers/pricing%20and%20welfare.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:00 Uhr)
- Düch, Hermann/Mäusezahl, Steffen/Symnick, Inga*, *Kartell der Algorithmen – das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Zusammenwirkens im Lichte fortschreitender Digitalisierung bei der Preissetzung*, ZWeR 2019, S. 94–132
- Düch, Hermann/Schultes, Marion*, *Kartellbedingte Arglistanfechtung und c. i. c.-Haftung – Mögliche Alternativen zum kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch aus § 33 GWB?*, NZKart 2013, S. 228–233
- Dürig, Günter*, *Gesammelte Schriften (1952–1983)*, Berlin 1984
- Dzida, Boris/Groh, Naemi*, *Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren*, NJW 2018, S. 1917–1922

- Ebers, Martin*, Dynamic Algorithmic Pricing: Abgestimmte Verhaltensweise oder rechtmäßiges Parallelverhalten?, NZKart 2016, S. 554–555
- Egli, Patricia*, Drittwirkung von Grundrechten, Dissertation, Zürich/Basel/Genf 2002
- Ehle, KristinalKreß, Stephan*, Kaufen ohne Grenzen – die neue Geoblocking-Verordnung der EU. Wesentliche Problemstellungen und Herausforderungen der neuen Rechte und Pflichten für (Online-)Händler, CR 2018, S. 790–798
- Ehlers, Dirk* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten)
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO)
- Elskamp, Gregor*, Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, Dissertation (2007), Baden-Baden 2008
- Emmerich, Volker/Lange, Knut Werner*, Kartellrecht, 15. Auflage, München 2021
- Ende, Lothar/Klein, Alexander*, Grundzüge des Vertriebsrechts im Internet, München 2001
- Engert, Andreas*, Digitale Plattformen, AcP 2018, S. 304–376
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 49. Edition, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK GG)
- Erman, Walter* (Begr.), *Grunewald, BarbaralMaier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Band I, 16. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erman, BGB)
- Ernst, Hildegund/Braunroth, Anna/Wascher, Angelikal/Lenz, Martin*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2013
- Ernst, Stefan*, Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung. Anmerkungen zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, ZD 2017, S. 110–114
- Europäische Kommission* (Hrsg.), Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2018 (abrufbar unter <https://www.roconsumatori.org/de/download/extanmvqm.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:01 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Pressemitteilung v. 24.07.2018 (abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_18_4601; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:03 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Brüssel 10.05.2017 (abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_sw_d_en.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:04 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union. Request for Specific Services 2016 85 02 for the implementation of Framework Contract EAHC/2013/CP/04. Annexes, 2018 (abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/annexes_online_personalisation_study_final_0.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:05 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, SWD(2016) 163 final, Brüssel 25.05.2016 (abrufbar unter <https://www.aib-net.org/sites/default/files/assets/certification/EU%20legislation/EU%20Documents/May%202016%20Guidance%20document%20-%20see%205.1.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:05 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Kommission fordert Autovermieter auf, Verbraucherdiskriminierung zu beenden, Pressemitteilung v. 11.08.2014 (abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_14_917; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:06 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Erstellung eines Leitfadens für die Anwendung von Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt („die Dienstleistungsrichtlinie“), SWD(2012) 146 final, Brüssel 08.06.2012 (abrufbar unter <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15044/attachments/1/translations/de/renditions/native>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:07 Uhr)

- Europarat*, Unterschriften und Ratifikationsstand des Vertrags 177 (abrufbar unter <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=177>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:07 Uhr)
- Ezrachi, Ariell/Stucke, Maurice E.*, Artificial Intelligence and Collusion: When Computers inhibit Competition, *University of Illinois Law Review* 2017, S. 1775–1809
- dies.*, *Virtual Competition*, Cambridge/London 2016
- Feige, Konrad*, Der Gleichheitssatz im Recht der EWG, Dissertation (1972), Tübingen 1973
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés* (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Band 1, 3. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 1)
- dies.* (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Band 2, 3. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, Band 2)
- Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, Habilitationsschrift (1998/99), München 2001
- Föhlisch, Carsten/Stariradef, Tanya*, Zahlungsmittel und Vertragsschluss im Internet, *NJW* 2016, S. 353–358
- Forsthoff, Ulrich*, Drittwirkung der Grundfreiheiten: Das EuGH-Urteil *Angonese*, *EWS* 2000, S. 389–397
- Frowein, Jochen Abr.*, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, in: *Ruland, Franz/Baron von Maydell, Bernd/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1998, S. 157–168
- ders./Peukert, Wolfgang* (Hrsg.), *Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar*, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Frowein/Peukert, EMRK)
- Franzen, Martin/Gallner, Inken/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Franzen/Gallner/Oetker, EU-ArbR)
- Frenz, Walter*, *Handbuch Europarecht*, Band 4 (Europäische Grundrechte), Berlin/Heidelberg 2009
- Friauf, Karl Heinrich* (Begr.), *Höflich, Wolfram* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Band 1, Berlin 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *BerlK GG*)
- Friedrich-Ebert-Stiftung* (Hrsg.), *Wohlfahrts- und Verteilungswirkungen personalisierter Preise und Produkte*, *WISO-Diskurs* 06/2017 (abrufbar unter <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/13457-20170704.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:08 Uhr)
- Friesen, Mark/Reinecke, Sven*, *Wahrgenommene Preisfairness bei Revenue Management im Luftverkehr*, *Thesis* 2007, S. 34–39
- Führich, Ernst/Staudinger, Ansgar* (Hrsg.), *Reiserecht, Handbuch und Kommentar*, 8. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Führich/Staudinger, Reiserecht*)
- Gaier, Reinhard/Wendtland, Holger* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, Kommentar*, München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Gaier/Wendtland, AGG*)
- Gal, Michal S.*, Algorithms as Illegal Agreements, *Berkeley Technology Law Journal* 2019, S. 67–118
- Gal, Michal S./Elkin-Koren, Niva*, Algorithmic Consumers, *Harvard Journal of Law & Technology* 2017, S. 309–353
- Gamillscheg, Franz*, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, *AcP* 1964, S. 385–445
- Ganten, Ted Oliver*, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Dissertation (1999), Berlin 2000

- Gassmann, Michael*, Online-Preise sind selten günstiger, Die Welt (abrufbar unter https://hd.welt.de/eilmeldung_welthd/eilmeldung/article155161399/Billiger-sind-Onlinedienstener-bei-bestimmten-Warengruppen.html; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:09 Uhr)
- Gausling, Tina*, Künstliche Intelligenz im digitalen Marketing. Datenschutzrechtliche Bewertung KI-gestützter Kommunikations-Tools und Profiling-Maßnahmen, ZD 2019, S. 335–341
- dies.*, Künstliche Intelligenz und DSGVO, DSRITB 2018, S. 519–543
- Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 6. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV)
- Genth, Stefan*, Dynamische Preise: ein Gewinn für Handel und Verbraucher, Wirtschaftsdienst 2016, S. 863–868
- Gerecke, Martin/Crasemann, Frédéric*, Geoblocking-Verordnung: Was Händler ab Dezember 2018 beachten müssen, GRUR-Prax 2018, S. 418–420
- Gerpott, Torsten J./Mikolas, Tobias*, Verbraucherinformationen zu algorithmenbasierten Preisbildungsverfahren bei Online-Käufen, InTeR 2021, S. 122–132
- dies.*, Gruppenorientierte Preisdifferenzierung im Internet. Systematisierung, Einsatz in der Praxis und datenschutzrechtliche Aspekte, K&R 2019, S. 303–308
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris P.* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 34. Edition, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK Informations- und MedienR)
- Gierschmann, Sibylle/Schlender, Katharina/Stentzel, Rainer/Veil Winfried* (Hrsg.), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, Köln 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gierschmann et al., DSGVO)
- Giwer, Elisabeth*, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, Dissertation (2000), Berlin 2001
- Gleixner, Alexander*, Personalisierte Preise im Online-Handel und Europas „New Deal for Consumers“, VuR 2020, S. 417–421
- Gloy, Wolfgang* (Begr.), *Loschelder, Michael/Danckwerts, Rolf* (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, HB WettbewerbsR)
- Göhl, Jan-Frederick*, Algorithm Pricing and Article 101 TFEU, WuW 2018, S. 121–125
- Gola, Peter* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Gola, DSGVO)
- Golland, Alexander*, Datenschutzrechtliche Fragen personalisierter Preise. Herausforderungen von Algorithmen im Schnittbereich von Ethik, Ökonomie und Datenschutz, CR 2020, S. 186–194
- ders.*, Dynamic Pricing: Algorithmen zwischen Ökonomie und Datenschutz, DSRITB 2019, S. 61–75
- ders.*, Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung. Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag, MMR 2018, S. 130–135
- Grabenwarter, Christoph* (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 2. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grabenwarter, EU-Grundrechtsschutz)
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, München 2021
- Grabitz, Eberhard* (Begr./Hilf, *Meinhard* (fortgef.)/*Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, 74. EL, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUR)
- Graef, Inge*, Algorithms and Fairness: What Role for Competition Law in Targeting Price Discrimination Towards End Consumers?, The Columbia Journal of European Law 2018, S. 541–559

- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, EUR)
- Grünberger, Michael, Personale Gleichheit, 2013
- Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 81. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grüneberg, BGB)
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Gesamthrsg.), Beck Online Großkommentar zum Zivilrecht, München (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK)
- Härtel, Ines, Digitalisierung im Lichte des Verfassungsrechts – Algorithmen, Predictive Policing, autonomes Fahren, LKV 2019, S. 49–60
- Härtig, Niko, Datenschutz-Grundverordnung, Köln 2016
- Hannak, Aniko/Soeller, Gary/Lazer, David/Mislove, Alan/Wilson, Christo, Measuring Price Discrimination and Steering on E-commerce Web Sites (abrufbar unter <https://mislove.org/publications/Ecommerce-IMC.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:11 Uhr)
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias, Europarecht, 12. Auflage, Tübingen 2020
- Harris Interactive AG (Hrsg.), Dynamisches und individuelles Pricing – Chancen für den Handel, ungeschlüssige Konsumenten, Presseinformation vom 10.06.2016 (abrufbar unter https://harris-interactive.de/wp-content/uploads/sites/5/2016/06/Presseinformation_Dynamisches-und-individuelles-Pricing.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:13 Uhr)
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke/Goldmann, Michael/Tolkmitt, Jan (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, 5. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG)
- Hartmann, Felix, Diskriminierung durch Antidiskriminierungsrecht? Möglichkeiten und Grenzen eines postkategorialen Diskriminierungsschutzes in der Europäischen Union, EuZA 2019, S. 24–44
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 60. Edition, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB)
- Hauschka, Christoph E., Der Ausschluß der Staatshaftung nach § 839 BGB gegenüber Staatsangehörigen aus Ländern der Europäischen Gemeinschaft, NVwZ 1990, S. 1155–1157
- Heckendorf, Katharina, Die Zukunft der Preise, Zeit Online v. 17.03.2016 (abrufbar unter <https://www.zeit.de/campus/2016/01/preise-vergleich-unternehmen-politik-parship-produkte>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:15 Uhr)
- Heckmann, Dirk/Paschke, Anne (Hrsg.), jurisPK-Internetrecht, 7. Auflage, Saarbrücken 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: jurisPK Internetrecht)
- Heermann, Peter W./Schlingloff, Jochen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, 3. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-LauterkeitsR, Band 1)
- dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-LauterkeitsR, Band 2)
- Heese, Michael, Offene Preisdiskriminierung und zivilrechtliches Benachteiligungsverbot. Eine Zwischenbilanz, NJW 2012, S. 572–577
- Heidel, Thomas/Hüftege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich (Hrsg.), BGB, Kommentar, Band 1, 4. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Heidel et al., BGB)
- Heintzen, Markus, Inländerdiskriminierung im Gemeinsamen Markt – dargestellt am Beispiel der Rechtsanwaltschaft, EWS 1990, S. 82–92
- Hennemann, Moritz, Die personalisierte Vertragsanbahnung. Regulierungsbedarf für den digitalen Massenverkehr, AcP 2019, S. 818–854

- ders.*, Künstliche Intelligenz und Wettbewerbsrecht, ZWeR 2018, S. 161–184
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbR)
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stefan/Würdinger, Markus* (Gesamthrg.), *Junker, Markus/Beckmann, Roland Michael/Rüßmann, Helmut* (Bandhrsg.), juris Praxiskommentar BGB, Band 2, 9. Auflage, Saarbrücken 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: jurisPK-BGB)
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 23. Auflage, München 2022
- Herresthal, Carsten*, Folgen der Geoblocking-VO für die Verwendung von AGB, NJW 2020, S. 361–366
- ders.*, Grundrechtecharta und Privatrecht. Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht, ZEuP 2014, S. 238–280
- Heselhaus, Sebastian M./Nowak, Carsten* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 2. Auflage)
- dies.* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Heselhaus/Nowak, HB EU-GRe, 1. Auflage)
- Hesse, Konrad*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, in: *Badura, Peter/Scholz, Rupert* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 121–131
- ders.*, Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung, AöR 1984, S. 174–198
- Hey, Thomas/Forst, Gerrit* (Hrsg.), AGG, Kommentar, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hey/Forst, AGG)
- Hinrichs, Lars/Stütze, Sebastian*, Die Sprache im Arbeitsverhältnis nach fünf Jahren AGG: Eine Bestandsaufnahme, NZA-RR 2011, S. 113–121
- Hirschberg, Lothar*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Habilitationsschrift (1978/79), Göttingen 1981
- Hoeren, Thomas/Müller, Karsten, Germany*, in: *Kobel, Pierre/Källezi, Pranveral/Kilpatrick, Bruce* (Hrsg.), Competition Law Analysis of Price and Non-price Discrimination & Abusive IP Based Legal Proceedings, Cham 2021, S. 135–164
- Hoeren, Thomas/Niehoff, Maurice*, KI und Datenschutz – Begründungserfordernisse automatisierter Entscheidungen, RW 2018, S. 47–66
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 56. EL, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Multimedia-Recht)
- Hoffmann, Jochen/Schneider, Stephan*, Preisdiskriminierung bei Dienstleistungsbuchungen im Internet, EuZW 2015, S. 47–52
- Hofmann, Franz*, Der maßgeschneiderte Preise. Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeitsrechtlicher Sicht, WRP 2016, S. 1074–1081
- ders./Freiling, Felix*, Personalisierte Preise und das Datenschutzrecht. Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung, ZD 2020, S. 331–335
- Holoubek, Michael/Lienbacher, Georg* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, GRC-Kommentar, 2. Auflage, Wien 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Holoubek/Lienbacher, GRCh)
- Homburg, Christian/Totzek, Dirk/Krämer, Melanie*, How Price Complexity Takes Its Toll: The Neglected Role of a Simplicity Bias and Fairness in Price Evaluations, Journal of Business Research 2014, S. 1114–1122
- House of Lords* (Hrsg.), Online Platforms and the Digital Single Market, HL Paper 129, 20.04.2016 (abrufbar unter <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldecom/129/129.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:16 Uhr)

- Hupperich, Thomas/Tatang, Dennis/Wilkop, Nicolail/Holz, Thorsten*, An Empirical Study on Online Price Differentiation, CODASPY 2018: Proceedings of the Eighth ACM Conference on Data and Application Security and Privacy, S. 76–83
- ibi research an der Universität Regensburg GmbH/trinnovative GmbH* (Hrsg.), Empirie zu personalisierten Preisen im E-Commerce (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Fachpublikationen/Schlussbericht_Empirie.pdf?__blob=publicationFile&v=1; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:18 Uhr)
- IHK Regensburg* (Hrsg.), Informationspflichten für Dienstleister (abrufbar unter <https://www.ihk.de/regensburg/hauptnavigation/fachthemen/recht/kauf-und-vertragsrecht/vertragsanbahnung/informationspflichten-fuer-dienstleister-1350306>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:26 Uhr)
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Joachim* (Begr.), *Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 3, 6. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1)
- dies.* (Begr.), *dies.* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 2, 6. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2)
- Iordanou, Costas/Soriente, Claudiol/Sirivianos, Michael/Laoutaris, Nikolaos*, Who is Fiddling with Prices? Building and Deploying a Watchdog Service for E-commerce (abrufbar unter https://encase.socialcomputing.eu/wp-content/uploads/2017/11/paper_89_CR.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:27 Uhr)
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Auflage, Heidelberg 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VII)
- dies.* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, 3. Auflage, Heidelberg 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band VIII)
- dies.* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Auflage, Heidelberg 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof, HB Staatsrecht, Band IX)
- Jaeger, Thomas/Stöger, Karl* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und AEUV, 258. Lieferung, Wien 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jaeger/Stöger, EUV/AEUV)
- Jaensch, Michael*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, Dissertation (1996), Baden-Baden 1997
- Jandt, Silke*, Spezifischer Datenschutz für Telemedien und die DS-GVO. Zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung, ZD 2018, S. 405–408
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo* (Begr.), *Jarass, Hans/Kment, Martin* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG)
- Jarass, Hans*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Auflage, München 2021
- Jauernig, Othmar* (Begr.), *Stürner, Rolf* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB)
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1919, Aalen 1979
- Jestaedt, Matthias*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, S. 298–350
- Kadelbach, Stefan/Petersen, Niels*, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, EuGRZ 2002, S. 213–200
- Käseberg, Thorsten/von Kalben, Jonas*, Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz für die Wettbewerbspolitik. Preisbildung durch Algorithmen, WuW 2018, S. 2–8

- Kahl, Wolfgang/Schwind, Manuel*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre, EuR 2014, S. 170–195
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 214. Aktualisierung, Heidelberg 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BK GG)
- Kainer, Friedemann*, Rückkehr der unmittelbar-horizontalen Grundrechtswirkung aus Luxemburg?, NZA 2018, S. 894–900
- ders.*, Grundfreiheiten und staatliche Schutzpflichten – EuGH, NJW 1998, 1931, JuS 2000, S. 431–436
- Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien* (Hrsg.), Dynamic Pricing – Die Individualisierung von Preisen im E-Commerce, Wien 2015 (abrufbar unter https://wien.arbeiterkammer.at/service/studien/Konsument/Dynamic_Pricing_2015.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:28 Uhr)
- Kant, Immanuel*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, neueste Auflage, Frankfurt/Leipzig 1791
- Kaplow, Louis*, On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law, California Law Review 2011, S. 683–818
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C.* (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Karpenstein/Mayer, EMRK)
- Karsten, Jens*, Das Weißbuch zur Verkehrspolitik und die Konsolidierung des EU-Passagierrechts, VuR 2011, S. 215–224
- ders.*, Im Fahrwasser der Athener Verordnung zu Seereisenden: Neuere Entwicklungen des europäischen Passagierrechts, VuR 2009, S. 213–225
- Kaulartz, Markus/Braegelmann, Tom* (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kaulartz/Braegelmann, AI und ML)
- Kenning, Peter/Pohst, Maximilian*, Die verbraucherwissenschaftliche Perspektive: von der Customer Confusion zur Price Confusion?, Wirtschaftsdienst 2016, S. 871–874
- Kenning, Peter/Zimmermann-Janssen, Vita E.M.*, Verbraucherschutz und Digitalisierung: Ausgewählte Problemfelder und aktuelle Themen in der digitalen Welt, ZWeR 2021, S. 62–77
- Kerber, Wolfgang*, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, GRUR Int. 2016, S. 639–647
- ders.*, Exhaustion of Digital Goods: An Economic Perspective, ZGE 2016, S. 149–169
- Khan, Romana J./Jain, Dipak C.*, An Empirical Analysis of Price Discrimination Mechanisms and Retailer Profitability, Journal of Marketing Research 2005, S. 516–524
- Kingreen, Thorsten*, Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999
- Kischel, Uwe*, Anmerkung, JZ 2008, S. 1110–1112
- Klätgen, Michael*, Wenn Preise ins Schleudern geraten, Süddeutsche Zeitung v. 21.02.2016 (abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/handel-wenn-preise-ins-schleudern-geraten-1.2870924>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:28 Uhr)
- Klar, Manuel*, Künstliche Intelligenz und Big Data – algorithmenbasierte Systeme und Datenschutz im Geschäft mit Kunden, BB 2019, S. 2243–2252
- Klock, Mark*, Unconscionability and Price Discrimination, Tennessee Law Review 2002, S. 317–383
- Kloepfer, Michael*, Verfassungsrecht, Band II, München 2010
- ders./Greve, Holger*, Zur Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit – Die horizontale Wirkung der Warenverkehrsfreiheit am Beispiel der technischen Regelung, DVBl. 2013, S. 1148–1158

- Kluth, Winfried*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH, AöR 1997, S. 557–582
- Kochelek, Douglas M.*, Data Mining and Antitrust, Harvard Journal of Law & Technology 2009, S. 515–535
- Kodek, Georg/Leupold, Petra*, Modernisierung des Verbraucherrechts, Wien 2021
- Köhler, Helmut*, Durchsetzung der DS-GVO mittels UWG und UKlaG?, WRP 2018, S. 1269–1277
- ders.*, Rabattgesetz und Zugabeverordnung: Ersatzlose Streichung oder Gewährleistung eines Mindestschutzes für Verbraucher und Wettbewerber?, BB 2001, S. 265–272
- ders./Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn/Alexander, Christian* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 40. Auflage, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG)
- Körber, Torsten*, „Ist Wissen Marktmacht?“ Überlegungen zum Verhältnis von Datenschutz, „Datenmacht“ und Kartellrecht – Teil 1, NZKart 2016, S. 303–310
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (Hrsg.), Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Luxemburg 2007 (abrufbar unter https://wirtschaft.thueringe.n.de/fileadmin/content/tmwa/handbuch_zur_umsetzung_der_eu-dienstleistungsrichtlinie.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:29 Uhr)
- Konrad, Veral/Polk, Andreas*, Big Data und Preisdiskriminierung, Wirtschaftsdienst 2020, S. 793–798
- Koudelka, Martin*, Oligopoly: Not such a problem after all?, ECLR 2018, S. 515–527
- Krämer, Andreas/Friesen, Mark/Shelton, Tom*, Are airline passengers ready for personalized dynamic pricing? A study of German consumers, Journal of Revenue and Pricing Management 2018, S. 115–120
- Kramer, Stefan* (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, 2. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kramer, IT-ArbR)
- Kraul, Torsten/Schaper, Hanno*, Die Geoblocking-Verordnung – zwei Schritte vorwärts, ein Schritt zurück?, DB 2018, S. 618–625
- Krebber, Sebastian*, Die Unionsrechts- und Kompetenzakzessorietät des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes im Bereich des Arbeitsrechts: Grundsatz und Ausnahmen, EuZA 2016, S. 3–21
- Krohm, Niclas/Müller-Peltzer, Philipp*, Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung. Das Aus für das Modell „Service gegen Daten“?, ZD 2017, S. 551–556
- Krugman, Paul*, Reckonings; What Price Fairness?, The New York Times v. 04.10.2000 (abrufbar unter <http://www.nytimes.com/2000/10/04/opinion/reckonings-what-price-fairness.html>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:30 Uhr)
- Kühling, Jürgen*, Gesundheitsdatenschutz im Zeitalter von „Big Data“, DuD 2020, S. 182–188
- ders./Buchner, Benedikt* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung. BDSG, Kommentar, 3. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG)
- Künstner, Kim Manuel*, Preissetzung durch Algorithmen als Herausforderung des Kartellrechts. Verhaltenskoordinierung über Algorithmen und Systeme Künstlicher Intelligenz, GRUR 2019, S. 36–42
- ders./Franz, Benjamin*, Preisalgorithmen und Dynamic Pricing. Eine neue Kategorie kartellrechtswidriger Abstimmungen?, K&R 2017, S. 688–693
- Kumar, Nanda/Rao, Ram*, Using Basket Composition Data for Intelligent Supermarket Pricing, Marketing Science 2006, S. 188–199
- Kumkar, Lea Katharina/Roth-Isigkeit, David*, Erklärungspflichten bei automatisierten Datenverarbeitungen nach der DSGVO, JZ 2020, S. 277–286

- Ledford, Jerri*, Can You Install the Safari Browser on Android? Not Exactly, Lifewire v. 15.02.2021 (abrufbar unter <https://www.lifewire.com/install-safari-browser-on-android-5078911>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:31 Uhr)
- Leisner, Walter*, Grundrechte und Privatrecht, Habilitationsschrift (1960), München 1960
- Lehner, Roman*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, Dissertation (2013), Tübingen 2013
- von *Lewinski, Kailde Barros Fritz, Raphael*, Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, NZA 2018, S. 620–625
- Lindacher, Walter F.*, Allgemeines Irreführungsverbot und konditioniertes Informationsgebot. Doppelgleisiger lauterkeitsrechtlicher Schutz materialer Privatautonomie, in: *Bernreuther, Jörn/Freitag, Robert/Leible, Stefan/Sippel, Harald/Wanitzek, Ulrike* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Spellenberg, München 2010, S. 43–49
- Linderkamp, Jörn*, Der digitale Preis – eine automatisierte Einzelfallentscheidung? Personalisierte Preisgestaltungen im Kontext des Datenschutzrechts, ZD 2020, S. 506–511
- LINK Institut für Markt und Sozialforschung GmbH* (Hrsg.), Abschlussbericht zum Projekt: Repräsentative Verbraucherbefragung in der Gruppe der Internetnutzer, Berlin 2016 (abrufbar unter <https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/LINK-Endbericht-Verbraucherbefragung.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:32 Uhr; zit.: *LINK*, Abschlussbericht)
- Locher, Lieselotte*, Verschiedene Preise für gleiche Produkte? Personalisierte Preise und Scoring aus ökonomischer Sicht, ZWeR 2018, S. 292–316
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen* (Hrsg.), Kartellrecht. Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Loewenheim et al., KartellR)
- Lotter, Wolf*, Eine Frage des Preises, brand eins (abrufbar unter <https://www.brandeins.de/magazine/brand-eins-wirtschaftsmagazin/2000/design/eine-frage-des-preises>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:32 Uhr)
- Ludwigs, Markus/Weidermann, Sabine*, Drittwirkung der Europäischen Grundfreiheiten – Von der Divergenz zur Konvergenz?, Jura 2014, S. 152–165
- Machado, Gabriel D.L.*, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz, Dissertation (2015), Berlin 2015
- Maiер-Reimer, Georg*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, S. 2577–2583
- Malc, Domen/Mumel, Damijan/Pisnik, Aleksandra*, Exploring price fairness perceptions and their influence on consumer behavior, Journal of Business Research 2016, S. 3693–3697
- von *Mangoldt, Hermann* (Begr.), *Klein, Friedrich/Starck, Christian* (fortgef.), *Huber, Peter/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 7. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG)
- Marten-Gotthold, Dörte*, Der Schutz der Sinti und Roma in der Bundesrepublik Deutschland als ethnische Minderheit gemäß Art. 3 Abs. 3 GG, Dissertation (1997), Frankfurt a.M. 1998
- Martin, Kelly D./Borah, Abhishek/Palmatier, Robert W.*, Data Privacy: Effects on Customer and Firm Performance, Journal of Marketing 2017, S. 36–58
- Martini, Mario*, Grundlinien eines Kontrollsystems für algorithmische Entscheidungsprozesse, Speyer 2019 (abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2019/07/17/martini_-_adm-kontrollsystem_2.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:33 Uhr)
- ders.*, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin 2019

- ders., Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, S. 1017–1025
- ders./Nink, David, Wenn Maschinen entscheiden ... – vollautomatisierte Verwaltungsverfahren und der Persönlichkeitsschutz, NVwZ-Extra 10/2017
- Marx, Lorenz, Kartellrechtliche Risiken beim Einsatz von Preisalgorithmen, AnwZert ITR 7/2020 Anm. 3
- Matejek, Michael/Mäusezahl, Steffen, Gewöhnliche vs. sensible personenbezogene Daten. Abgrenzung und Verarbeitungsrahmen von Daten gem. Art. 9 DS-GVO, ZD 2019, S. 551–556
- Matejek, Michael/Neugebauer, Franziska, Zulässigkeit und Grenzen von KI-gestützten CRM-Systemen im B2C-Verhältnis, DSRITB 2019, S. 465–478
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Herdegen, Matthias/Herzog, Roman/Klein, Hans H./Scholz, Rupert (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 95. EL, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG)
- Maxwell, Sarah/Garbarino, Ellen, The Identification of Social Norms of Price Discrimination on the Internet, Journal of Product & Brand Management 2010, S. 218–224
- Mehra, Salil K., Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms, Minnesota Law Review 2016, S. 1323–1375
- ders., US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?, JECLP 2016, S. 470–474
- Meinel, Gernod/Heyn, Judith/Herms, Sascha, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2010 (zit.: *Meinel/Heyn/Herms, AGG*, 2. Auflage)
- dies., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2007 (zit.: *Meinel Heyn/Herms, AGG*, 1. Auflage)
- Mellouli, Taieb, Algorithmus, in: Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik (abrufbar unter <https://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/lexikon/technologien-metho-den/Informatik—Grundlagen/Algorithmus/index.html>; zuletzt abrufbar gewesen am 12.11.2021 um 10:29 Uhr)
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, Heidelberg 2010 (zit.: *Bearbeiter*, in: Merten/Papier, HB Grundrechte, Band VI/1)
- dies. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Heidelberg 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Merten/Papier, HB Grundrechte, Band VII/2)
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer/Hölscheidt, GRCh)
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan (Hrsg.), EMRK, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, EMRK)
- Michl, Fabian, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, S. 910–918
- Mikians, Jakub/Gyarmati, László/Erramilli, Vijay/Laoutaris, Nikolaos, Detecting price and search discrimination on the Internet (abrufbar unter <http://conferences.sigcomm.org/hotnets/2012/papers/hotnets12-final94.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:41 Uhr)
- Miller, Akiva, What Do We Worry About When We Worry About Price Discrimination? The Law and Ethics of Using Personal Information for Pricing, Journal of Technology Law and Policy 2014, S. 41–104
- Mörsdorf, Oliver, Europäisierung des Privatrechts durch die Hintertür? Einige Gedanken zum Einfluss der Grundrechte-Charta auf das nationale Privatrecht in der jüngsten Rechtsprechung des EuGH (Egenberger, Bauer, CCOO u.a.), JZ 2019, S. 1066–1074
- ders., Ungleichbehandlung als Norm, Habilitationsschrift (2017), Tübingen 2018

- Monopolkommission* (Hrsg.), XXII. Hauptgutachten, 2018 (abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:42 Uhr)
- Monreal, Manfred*, Weiterverarbeitung nach einer Zweckänderung in der DS-GVO. Chancen nicht nur für das europäische Verständnis des Zweckbindungsgrundsatzes, ZD 2016, S. 507–512
- Moos, Flemming/Rothkegel, Tobias*, Nutzung von Scoring-Diensten im Online-Versandhandel. Scoring-Verfahren im Spannungsfeld von BDSG, AGG und DS-GVO, ZD 2016, S. 561–568
- Müller, Jörg Paul*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 202
- von *Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Begr.), *Kämmerer, Axel/Kotzur, Markus* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 1, 7. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig, GG)
- Mundt, Alexander*, Safari für Windows: Gibt es den Apple-Browser auch für den PC?, TURN ON v. 10.01.2020 (abrufbar unter <https://www.turn-on.de/tech/ratgeber/safari-fuer-windows-gibt-es-den-apple-browser-auch-fuer-den-pc-430709>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:43 Uhr)
- Neuner, Jörg*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, S. 57–66
- Nickel, Rainer*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik, Dissertation (1998), Baden-Baden 1999
- Niedobitek, Matthias* (Hrsg.), Europarecht – Grundlagen und Politiken der Union, 2. Auflage, Berlin/Boston 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Niedobitek, EUR Politiken)
- Northcraft, Gregory B./Neale, Margaret A.*, Experts, Amateurs and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions, Organizational Behavior and Human Decision Processes 1987, S. 84–97
- Obergfell, Eva Inés*, Personalisierte Preise im Lebensmittelhandel – Vertragsfreiheit oder Kundenbetrug?, ZLR 2017, S. 290–301
- OECD* (Hrsg.), The effects of online disclosure about personalised pricing on consumers, Januar 2021 (abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/1ce1de63-en.pdf?expires=1633504703&id=id&accname=guest&checksum=A44689ABC17D2E1E4E64B8474CD10868>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:44 Uhr)
- dies.* (Hrsg.), Algorithms and Collusion. Competition policy in the digital age, 2017 (abrufbar unter <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:44 Uhr)
- Office of Fair Trading* (Hrsg.), Personalised Pricing. Increasing Transparency to Improve Trust, OFT 1489, 2013 (abrufbar unter https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402165101/http://oft.gov.uk/shared_offt/markets-work/personalised-pricing/oft1489.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:45 Uhr)
- dass.* (Hrsg.), Online Targeting of Advertising and Prices, OFT 1231, 2010 (abrufbar unter https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182803/http://oft.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/659703/OFT1231.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:45 Uhr)
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 7. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza, UWG)
- Paal, Boris*, Missbrauchstatbestand und Algorithmic Pricing. Dynamische und individualisierte Preise im virtuellen Wettbewerb, GRUR 2019, S. 43–53
- ders./Pauly, Daniel A.* (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Paal/Pauly, DSGVO/BDSG)

- Pabel, Katharina/Schmahl, Stefanie* (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 28. EL, Hürth 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Pabel/Schmahl, IK EMRK)
- Pahlen, Robert/Vahrenholt, Oliver*, „Signalling“ und das Kartellverbot – öffentliche Verlautbarungen im Fokus der Kartellbehörden, *ZWeR* 2014, S. 442–476
- Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band I, Tübingen 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Frankfurter Kommentar, Band I)
- dies.* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band II, Tübingen 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Frankfurter Kommentar, Band II)
- dies.* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band III, Tübingen 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Frankfurter Kommentar, Band III)
- Peters, Anne*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, München 2003
- dies./Altwickler, Tilmann*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München 2012
- Piekenbrock, Dirk*, Preis, in: Gabler Wirtschaftslexikon (abrufbar unter <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/preis-46701>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:47 Uhr)
- Piltz, Carlo*, Die Datenschutz-Grundverordnung. Teil 2: Rechte des Betroffenen und korrespondierende Pflichten des Verantwortlichen, *K&R* 2016, S. 629–636
- Plath, Kai-Uwe* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Plath, DSGVO/BDSG)
- Podlech, Adalbert*, Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes, Habilitationsschrift (1969), Berlin 1971
- Pohlmann, Petra*, Algorithmen als Kartellverstöße, in: *Kokott, Juliane/Pohlmann, Petra/Polley, Romina* (Hrsg.), Europäisches, deutsches und internationales Kartellrecht. Festschrift für Dirk Schröder, Köln 2018, S. 633–655
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte, Habilitationsschrift (2002), Tübingen 2003
- Preis, Ulrich/Sagan, Adam* (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Preis/Sagan, EU-ArbR)
- Pugliese, Gaston/Riess, Christian/Gassmann, Freya/Benenson, Zinaida*, Long-Term Observation on Browser Fingerprinting: Users' Trackability and Perspective, *PoPETs* 2020, S. 558–577
- Rath-Glawatz, Michael*, Kleine Geschenke erhalten die Freundschaft, Südwestdeutscher Zeitschriftenverlegerverband e.V. v. 22.12.2014 (abrufbar unter <https://www.szv.de/kleine-geschenke-erhalten-die-freundschaft/>; zuletzt abrufbar gewesen am 11.02.2021 um 10:04 Uhr)
- Reichenbach, Peter*, Der Anspruch behinderter Schüler und Schülerinnen auf Unterricht in der Regelschule, Dissertation (1999/2000), Berlin 2001
- Reinartz, Werner/Haucap, Justus/Wiegand, Nicol/Hunold, Matthias*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, 2017 (abrufbar unter https://marketing.uni-koeln.de/sites/marketingarea/user_upload/171130_Whitepaper_Preisdifferenzierung_und_-dispersion_im_Handel.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:52 Uhr)
- Reitmaier, Marion-Angela*, Inländerdiskriminierungen nach dem EWG-Vertrag, Dissertation (1983), Kehl am Rhein/Straßburg 1984
- Rommel, Johannes*, Die verbraucherpolitische Perspektive: aktuelle Entwicklungen im Online-Handel, *Wirtschaftsdienst* 2016, S. 875–877
- Rengeling, Hans-Werner/Szczekalla, Peter*, Grundrechte in der Europäischen Union, Köln 2004
- Repasi, René*, Anmerkung, *EuZW* 2008, S. 532–533

- Riede, Lutz/Hofer, Matthias*, Der Vorschlag der Geoblocking-Verordnung – Mögliche Auswirkungen für Unternehmen und Verbraucher, MR-Int 2017, S. 14–21
- Rinke, Florian*, Preise können mehrmals am Tag wechseln, Interview mit Ralf Kleber, Rheinische Post v. 31.10.2015 (abrufbar unter https://rp-online.de/wirtschaft/unternehmen/ralf-kleber-von-amazon-wir-wollen-jedes-produkt-der-welt-online-verkaufen_a_id-18131605; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:53 Uhr)
- Ritz, Christian/Marx, Lorenz*, Algorithmen im Fokus der Monopolkommission: Digital Antitrust erfordert Anpassungen kartellrechtlicher Compliance, GRUR-Prax 2018, S. 421–423
- Robbers, Gerhard*, Der Gleichheitssatz, DÖV 1988, S. 749–758
- Röthel, Anne*, Grundfreiheiten und private Normgebung. Zur unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten auf Verbandsnormen, EuR 2001, S. 908–921
- Rolfs, Christian*, Allgemeine Gleichbehandlung im Mietrecht, NJW 2007, S. 1489–1494
- ders./Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Meßling, Miriam/Udsching, Peter* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 62. Edition, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK ArbR)
- Rossi, Matthias*, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197–217
- Roßnagel, Alexander* (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht: Europäische Datenschutz-Grundverordnung und deutsche Datenschutzgesetze, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Roßnagel, DatenschutzR)
- ders.* (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Roßnagel, DSGVO)
- Roth, Wulf-Henning*, Drittwirkung der Grundfreiheiten?, in: *Due, Ole/Lutter, Marcus/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Baden-Baden 1995, S. 1231–1247
- Rothermel, Martin/Schulz, Wolfgang*, One Year After – Geoblocking-Verordnung: Fragen und Schnittstellen, K&R 2019, S. 367–372
- Rott, Peter*, Dynamische und personalisierte Preise zwischen Vertragsfreiheit und Willkür, in: *Ochs, Carsten/Friedewald, Michael/Hess, Thomas/Lamla, Jörn* (Hrsg.), Die Zukunft der Datenökonomie, Wiesbaden 2019, S. 285–305
- Rühlicke, Lars*, Die Geheimhaltung von Scoring-Algorithmen, in: *Maute, Lenal/Mackenrodt, Mark-Oliver* (Hrsg.), Recht als Infrastruktur für Innovation, Baden-Baden 2019, S. 9–40
- Ruppert, Stefan*, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung: Neue Informationspflichten für Steuerberater, DStR 2010, S. 892–895
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs, GG)
- ders.*, Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, JuS 1997, S. 124–130
- ders.*, Das Grundrecht der Behinderten aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, RdJB 1996, S. 154–174
- ders.*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, Habilitationsschrift (1985), München 1987
- Sachverständigenrat für Verbraucherfragen* (Hrsg.), Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, Berlin 2018 (abrufbar unter https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:53 Uhr)
- ders.* (Hrsg.), Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel, Berlin 2016 (abrufbar unter <https://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/digitale-welt-und-handel-verbraucher-im-personalisierten-online-handel/>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:54 Uhr)

- ders. (Hrsg.), Expertise zum Thema „Personalisierte Preisdifferenzierung im Online-Handel“, Berlin 2016 (abrufbar unter <https://www.svr-verbraucherfragen.de/dokumente/digitale-welt-und-handel-verbraucher-im-personalisierten-online-handel/expertise-zum-thema-personalisierte-preisdifferenzierung-im-online-handel/>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:55 Uhr)
- ders. (Hrsg.), Personalisierte Preise, Berlin 2016 (abrufbar unter https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_WP02_Personalisierte-Preise.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:55 Uhr)
- Sacksofsky, Ute, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Dissertation (1990), 2. Auflage, Baden-Baden 1996
- Säcker, Franz Jürgen/Bien, Florian/Meier-Beck, Peter/Montag, Frank (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 1, 3. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker et al., MüKo-WettbewerbsR)
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Auflage, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Band 1)
- dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 8. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Band 2)
- dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 8. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Band 3)
- dies. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 8. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Band 7)
- Safron, Johannes, Die Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019, S. 84–93
- Salaschek, Uwe/Serafimova, Mariya, Preissetzungsalgorithmen im Lichte von Art. 102 AEUV, WuW 2019, S. 118–123
- dies., Preissetzungsalgorithmen im Lichte von Art. 101 AEUV. Innovation des Preiswettbewerbs oder kartellrechtliche Grauzone?, WuW 2018, S. 8–17
- Salzwedel, Jürgen, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: Carstens, Karl/Peters, Hans (Hrsg.), Festschrift für Herrmann Jahrreiss, Köln/Berlin/Bonn/München 1964, S. 339–353
- Schaefer, Detlef, Die unmittelbare Wirkung der nichttarifären Handelshemmnisse (Art. 30 EWGV) in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten, Dissertation (1986), Frankfurt a.M. 1987
- Schäfer, Ulrich, Lufthansas Argumentation bei den Ticketpreisen ist scheinheilig, Süddeutsche Zeitung v. 16.12.2017 (abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/lufthansa-das-niki-desaster-war-vermeidbar-1.3791620>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:56 Uhr)
- Schäfers, Dominik, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit im Zeitalter von Digitalisierung, Big Data und Künstlicher Intelligenz. Überlegungen am Beispiel der individualisierten Vertragsanbahnung, AcP 2021, S. 32–67
- Schaffland, Hans-Jürgen/Wiltfang, Noeme (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), Kommentar, Lfg. 12/21, Berlin 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schaffland/Wiltfang, DSGVO)
- Schantz, Peter, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, S. 1841–1847
- ders./Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schantz/Wolff, DatenschutzR)
- Schick, Dagmar (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), München 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schick, AGG)

- dies.*, Differenzierte Gerechtigkeit, Habilitationsschrift (1999), Baden-Baden 2000
- Schlachter, Monika*, Altersgrenzen angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, in: *Richardi, Reinhard/Reichold, Hermann* (Hrsg.), Altersgrenzen und Alterssicherung im Arbeitsrecht. Wolfgang Blomeyer zum Gedenken, München 2003, S. 355–373
- dies./Ohler, Christoph* (Hrsg.), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, Baden-Baden 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schlachter/Ohler, DL-RL*)
- Schleusener, Aino/Suckow, Jens/Plum, Martin* (Hrsg.), AGG. Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 5. Auflage, Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schleusener/Suckow/Plum, AGG*)
- Schleusener, Michael*, Personalisierte Preise im Handel – Chancen und Herausforderungen, in: *Stüber, Eval/Hudetz, Kai* (Hrsg.), Praxis der Personalisierung im Handel, Wiesbaden 2017, S. 71–89
- dies.*, Dynamisch und personalisiert: Wie entwickelt sich die Preissetzung im Online-Handel?, Wirtschaftsdienst 2016, S. 868–871
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz* (Begr.), *Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter* (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 15. Auflage, Hürth 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 15. Auflage*)
- dies.* (Begr.), *dies.* (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Köln 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Auflage*)
- Schmidt, Felix*, Dynamische und personalisierte Preise – datenschutz-, wettbewerbs- und kartellrechtliche Grenzen, DSRITB 2016, S. 1007–1022
- Schmitt, Thomas Rainer*, Webshop-Gestaltung nach der Geoblocking-VO, jusIT 2018, S. 210–214
- Schneider, Jochen*, Datenschutz, 2. Auflage, München 2019
- dies.*, Schließt Art. 9 DS-GVO die Zulässigkeit der Verarbeitung bei Big Data aus? Überlegungen, wie weit die Untersagung bei besonderen Datenkategorien reicht, ZD 2017, S. 303–308
- Schoch, Friedrich*, Der Gleichheitssatz, DVBl. 1988, S. 863–882
- Scholz, Sebastian*, Die Drittwirkung der gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote der Europäischen Grundrechtecharta, in: *Horvath, Thomas/Lebesmühlbacher, Raffaela/Lehne, Florian/Lütte, Michael/Murer, Iris* (Hrsg.), Ungleichheit im aktuellen Diskurs, Band 3, Wien 2013, S. 17–43
- Schröter, Helmuth/Jakob, Thinam/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang* (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, Großkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schröter et al., EU-WettbewerbsR*)
- Schulze, Reiner* (Schriftleitung), *Dörner, Heinrich/Ebert, Inal/Fries, Martin/Friesen, Siegfried/Himmen, Andreas/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Scheuch, Alexander/Schreiber, Christoph/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar/Wiese, Volker* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schulze et al., BGB*)
- Schuster, Fabian/Grützmaker, Malte* (Hrsg.), IT-Recht, Kommentar, Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schuster/Grützmaker, IT-Recht*)
- Schwabe, Jürgen*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971
- Schwaiger, Manfred/Hufnagel, Gerrit*, Gutachten zum Thema „Handel und elektronische Bezahlssysteme“, München 2018 (abrufbar unter https://www.abida.de/sites/default/files/Gutachten_Handel_Bezahlssysteme.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:57 Uhr)
- Schwartmann, Rolf/Jaspers, Andreas/Thüsing, Gregor/Kugelman, Dieter* (Hrsg.), DSGVO/BDSG, Kommentar, 2. Auflage, Heidelberg 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Schwartmann et al., DSGVO/BDSG*)

- Seichter, Dirk* (Hrsg.), *jurisPK-UWG*, 5. Auflage, Saarbrücken 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: *jurisPK-UWG*)
- Seifert, Achim*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten. Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, *EuZW* 2011, S. 696–702
- ders.*, Mangold und kein Ende – die Entscheidung der Großen Kammer des EuGH v. 19.01.2010 in der Rechtssache Küçükdeveci, *EuR* 2010, S. 802–811
- Seifert, Karl-Heinz/Hömig, Dieter* (Begr.), *Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Handkommentar, 13. Auflage, Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Hömig/Wolff, GG*)
- Sein, Karin*, The draft Geoblocking Regulation and its possible impact on B2C contracts, *EuCML* 2017, S. 148–157
- Shiller, Benjamin Reed*, Approximating Purchase Propensities and Reservation Prices from Broad Consumer Tracking, *International Economic Review* 2020, S. 847–870
- ders.*, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, 2014 (abrufbar unter https://www8.gsb.columbia.edu/faculty-research/sites/faculty-research/files/finance/Industrial/Ben%20Shiller%20-%20Nov%202014_0.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:57 Uhr)
- ders./Waldfoegel, Joel*, Music for a Song: An Empirical Look at Uniform Pricing and its Alternatives, National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper Series, Working Paper 15390, 2009 (abrufbar unter https://www.nber.org/system/files/working_papers/w15390/w15390.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:58 Uhr)
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker genannt Döhmman, Indra* (Hrsg.), *Datenschutzrecht*, Kommentar, Baden-Baden 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DatenschutzR*)
- Simitis, Spiros* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, Kommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Simitis, BDSG*)
- Slavik, Angelika*, Werbefreiheit und Privatsphäre für 149 Euro, *Süddeutsche Zeitung* v. 18.06.2015 (abrufbar unter <https://www.sueddeutsche.de/digital/ueberwachung-im-internet-werbefreiheit-und-privatsphaere-fuer-149-euro-1.2527060>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 15:59 Uhr)
- Specht, Louisal/Mantz, Reto* (Hrsg.), *Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht*, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Specht/Mantz, HB DatenschutzR*)
- Spiekermann, Sarah*, Individual Price Discrimination – An Impossibility? (abrufbar unter http://isr.uci.edu/pep06/papers/PEP06_Spiekermann.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:01 Uhr)
- Spindler, Gerald*, Verträge über digitale Inhalte – Anwendungsbereich und Ansätze. Vorschlag der EU-Kommission zu einer Richtlinie über Verträge zur Bereitstellung digitaler Inhalte, *MMR* 2016, S. 147–153
- ders./Schmitz, Peter/Liesching, Marc* (Hrsg.), *Telemediengesetz mit Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, Kommentar, 2. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Spindler/Schmitz, TMG*)
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, Kommentar, 4. Auflage, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*)
- von Staudinger, Julius* (Begr.), *Loschelders, Dirk/Olzen, Dirk/Schiemann, Gottfried* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243, Neubearbeitung, Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Staudinger, BGB*)
- ders.* (Begr.), *Feldmann, Cornelia/Schumacher, Robert* (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 311, 311a–c, Neubearbeitung, Berlin 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Staudinger, BGB*)

- ders. (Begr.), *Rieble, Volker/Schwarze, Roland* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 315–326, Neubearbeitung, Berlin 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB)
- ders. (Begr.), *Artz, Markus/Emmerich, Jost/Emmerich, Volker/Rolfs, Christian* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 557–580a; Anhang AGG, Neubearbeitung, Berlin 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB)
- ders. (Begr.), *dies.* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 557–580a; Anhang AGG, Neubearbeitung, Berlin 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018)
- ders. (Begr.), *Althammer, Christoph/Roth, Herbert* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 903–924, Neubearbeitung, Berlin 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB)
- Steeger, Hans*, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz künstlicher Intelligenz. Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, MMR 2019, S. 715–721
- Steindorff, Ernst*, Drittwirkung der Grundfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Badura, Peter/Scholz, Rupert* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 575–590
- Steinharter, Hannah/Maisch, Michael*, Wenn Algorithmen den Menschen diskriminieren, Handelsblatt v. 26.08.2018 (abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/banken/kuenstliche-intelligenz-wenn-algorithmen-den-menschen-diskriminieren/22949674.html>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:03 Uhr)
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Auflage, Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stern/Becker, Grundrechte)
- Stern, Klaus/Sachs, Michael* (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, Kommentar, München 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stern/Sachs, GRCh)
- Stern* v. 05.01.2017, Abzocke per App: Flugbuchung per Smartphone kann richtig teuer werden (abrufbar unter <https://www.stern.de/reise/service/flug-buchen-preis-unterschied-smartphone-pc-apple-7266794.html>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:03 Uhr)
- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 11. Auflage, Heidelberg 2019
- ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Auflage, München 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Streinz, EUV/AEUV)
- ders./*Leible, Stefan*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten. Überlegungen aus Anlass von EuGH, EuZW 2000, 468 (in diesem Heft) – Angonese, EuZW 2000, S. 459–467
- dies.*, Prozeßkostensicherheit und gemeinschaftsrechtliches Diskriminierungsverbot, IPRax 1998, S. 162–170
- Stucke, Maurice E./Ezrachi, Ariel*, How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive, Harvard Business Review v. 27.10.2016 (abrufbar unter <http://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:04 Uhr)
- Sydow, Gernot* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sydow, BDSG)
- ders. (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sydow, DSGVO)
- Szczekalla, Peter*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Dissertation (2000), Berlin 2002
- ders., Grundrechtliche Schutzpflichten – eine „neue“ Funktion der Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, S. 219–224

- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev* (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, Kommentar, 4. Auflage, Frankfurt a.M. 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG/TTDSG)
- Tavanti, Pascal*, Datenverarbeitung zu Werbezwecken nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 2), RDV 2016, S. 295–306
- Teplitzky, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias* (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Band 2, 2. Auflage, Berlin/Boston 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG)
- The White House* (Hrsg.), Big Data and Differential Pricing, 2015 (abrufbar unter https://bamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/whitehouse_files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:04 Uhr)
- Thomas, Stefan*, Harmful Signals: Cartel Prohibition and Oligopoly Theory in the Age of Machine Learning, *Journal of Competition Law & Economics* 2019, S. 159–203
- Thümmel, Roderich*, Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung im Fadenkreuz des Europäischen Rechts, *EuZW* 1994, S. 242–245
- Tietjen, Daniell/Flöter, Benedikt F.*, Dynamische und personalisierte Preise: Welche lauterkeitsrechtlichen Schranken gelten für Unternehmen?, *GRUR-Prax* 2017, S. 546–548
- Tillmann, Tristan Julian/Vogt, Verena*, Personalisierte Preise – Diskriminierung 2.0?, *ABIDA-Dossier*, 2018 (abrufbar unter https://www.abida.de/sites/default/files/22_Dossier_Personalisierte%20Preise_Online.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:05 Uhr)
- dies.*, Personalisierte Preise im Big-Data-Zeitalter, *VuR* 2018, S. 447–455
- Tischbirek, Alexander/Wihl, Tim*, Verfassungswidrigkeit des „Racial Profiling“. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des Art. 3 GG, *JZ* 2013, S. 219–224
- Turow, Joseph/Feldman, Lauren/Meltzer, Kimberly*, Open to Exploitation: America's Shoppers Online and Offline, 2005 (abrufbar unter http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=asc_papers; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:06 Uhr)
- Turow, Joseph/King, Jennifer/Hoofnagle, Chris Jay/Bleakley, Amy/Hennessy, Michael*, Americans Reject Tailored Advertising and Three Activities that Enable it, 2009 (abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1478214; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:06 Uhr)
- Uerpmann-Witzack, Robert*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, *ZaöRV* 2008, S. 359–370
- Ulph, David/Vulkan, Nir*, Electronic Commerce, Price Discrimination and Mass Customisation, 2007 (abrufbar unter <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.541.3812&rep=rep1&type=pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:07 Uhr)
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas* (Hrsg.), Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, Heidelberg 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens, GG)
- U.S. Department of Justice/Federal Trade Commission* (Hrsg.), Horizontal Merger Guidelines v. 19.08.2010 (abrufbar unter <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:08 Uhr)
- Vahrenholt, Oliver*, Algorithmen und Kartellrecht. Kollusion durch Preisalgorithmen – neue Herausforderungen für das Kartellrecht, *Jusletter* 26 novembre 2018 (abrufbar unter https://jusletter.weblaw.ch/fr/dam/publicationssystem/articles/jusletter/2018/959/algorithmen-und-kartellrecht_1c6fe738df/Jusletter_algorithmen-und-kartellrecht_1c6fe738df_fr.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:08 Uhr)
- Valentino-DeVries, Jennifer/Singer-Vine, Jeremy/Soltani, Ashkan*, Websites Vary Prices, Deals Based on Users' Information, *The Wall Street Journal* v. 24.12.2012
- Varian, Hal R.*, Economic Aspects of Personal Privacy, in: *Lehr, William H./Pupillo, Lorenzo Maria* (Hrsg.), *Internet Policy and Economics. Challenges and Perspectives*, 2. Auflage, Heidelberg/London/New York 2009, S. 101–109

- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolf* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, EUR)
- Veil, Winfried*, Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider. Der gefährliche Irrweg des alten wie des neuen Datenschutzrechts, NVwZ 2018, S. 686–696
- Veith, Charlotte*, Künstliche Intelligenz, Haftung und Kartellrecht, Dissertation (2021), Baden-Baden 2021
- Verbraucherschutzministerkonferenz* (Hrsg.), Ergebnisprotokoll der 12. Verbraucherschutzministerkonferenz am 22. April 2016 in Düsseldorf (abrufbar unter https://www.verbraucherschutzministerkonferenz.de/documents/endgueltiges_protokoll_vsmk_2016_1510317519.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:09 Uhr)
- Verbraucherzentrale Brandenburg e. V.* (Hrsg.), Individualisierte Preisdifferenzierung im deutschen Online-Handel, 2018 (abrufbar unter <https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/01/29/marktwaechter-untersuchung-individualisierte-preisdifferenzierung.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:10 Uhr)
- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.* (Hrsg.), Personalisierte Preise, 23.09.2016 (abrufbar unter https://www.vzbv.de/sites/default/files/vzbv_position_preisdifferenzierung_16-09-21_pdf.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:10 Uhr)
- Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.* (Hrsg.), Verbraucherproblemen wirksam begegnen – Weichen richtig stellen, 23. März 2017 (abrufbar unter https://www.verbraucherzentrale.nrw/sites/default/files/migration_files/media247515A.pdf; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:11 Uhr)
- Vis, E./Toth, J.*, The Abolition of the No-Discrimination Rule, Amsterdam 2000 (abrufbar unter https://www.creditslips.org/files/netherlands-no-discrimination-rule-study.pdf?mod=article_inline; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:12 Uhr)
- Vissers, Thomas/Nikiforakis, Nick/Bielova, Nataliia/Joosen, Wouter*, Crying Wolf? On the Price Discrimination of Online Airline Tickets (abrufbar unter <https://petsymposium.org/2014/papers/Vissers.pdf>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:12 Uhr)
- Vogelsang, Mila*, Designing Smart Prices, Dissertation (2020), Wiesbaden 2020
- Wagner, Gerhard/Eidenmüller, Horst*, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, ZfPW 2019, S. 220–246
- Wahl, Johannes/Masing, Rainer*, Schutz durch Eingriff, JZ 1990, S. 553–563
- von Walter, Axel*, Datenschutz-Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten? Zum Verhältnis des Lauterkeitsrechts zum Datenschutzrecht, in: *Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim/Buchner, Benedikt/Fritzsche, Jörg/Letl, Tobias* (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 771–783
- Wassermann, Rudolf* (Gesamthrg.), *Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Neuwied/Kriftel 2001 (zit.: *Bearbeiter*, in: AK-GG)
- Weber, Bernd/Gier, Nadine*, Preiswahrnehmung aus neurowissenschaftlicher Sicht: Was passiert im Gehirn?, Wirtschaftsdienst 2016, S. 878–880
- Weber, Kathrin*, Sanktionen bei vorvertraglicher Informationspflichtverletzung, Dissertation (2018), Tübingen 2019
- Weche, John/Weck, Thomas*, Neue Möglichkeiten impliziter Kollusion und die Grenzen des Kartellrechts, EuZW 2020, S. 923–929
- Weichert, Thilo*, „Sensitive Daten“ revisited, DuD 2017, S. 538–543
- Weisstein, Fei L./Monroe, Kent B./Kukar-Kinney, Monika*, Effects of Price Framing on Consumers' Perceptions of Online Dynamic Pricing Practices, Journal of the Academy of Marketing Science 2013, S. 501–514

- Wendeling-Schröder, Ulrike/Stein, Axel* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2008 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG)
- Wenglorz, Georg*, Dynamischer Preis: Ein Fall für die Preisangabenverordnung?, in: *Büschler, Wolfgang* (Hrsg.), Marktkommunikation zwischen Geistigem Eigentum und Verbraucherschutz. Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, München 2016, S. 957–966
- Werner, Wibke*, Schutz durch das Grundgesetz im Zeitalter der Digitalisierung, NJOZ 2019, S. 1041–1046
- Wiebe, Andreas*, Geoblocking im Lichte von europäischem Recht und europäischer Rechtsprechung, ZUM 2015, S. 932–941
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wiedemann, KartellR)
- Wirtschaftskammer Österreich* (Hrsg.), Verlängerung der Spritpreisverordnung bis 31.12.2022, 27.12.2019 (abrufbar unter <https://www.wko.at/branchen/transport-verkehr/garagen-tankstellen-serviceunternehmen/spritpreisverordnung.html>; zuletzt aufgerufen am 22.08.2022 um 16:13 Uhr)
- Wirtz, Jochen/Kimes, Sheryl E.*, The Moderating Role of Familiarity in Fairness Perceptions of Revenue Management Pricing, *Journal of service research* 2007, S. 229–240
- Wissing, Christian*, Reaktionsverbundenheit in Oligopolen – das Problem der „tacit collusion“, *WuW* 2017, S. 543–545
- Wolf, Maik*, Algorithmengestützte Preissetzung im Online-Einzelhandel als abgestimmte Verhaltensweise – Ein Beitrag zur Bewältigung des „Predictable Agent“ über Art. 101 Abs. 1 AEUV, *NZKart* 2019, S. 2–10
- Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, mit GVG und EMRK, Band X (EMRK), 5. Auflage, Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: SK-StPO)
- Woodcock, Ramsi A.*, Personalized Pricing as Monopolization, *Connecticut Law Review* 2019, S. 311–373
- Xia, Lan/Monroe, Kent B.*, Is a good deal always fair? Examining the concepts of transaction value and price fairness, *Journal of Economic Psychology* 2010, S. 884–849
- Xia, Lan/Monroe, Kent B./Cox, Jennifer L.*, The price is unfair! A conceptual framework of price fairness perceptions, *Journal of Marketing* 2004, S. 1–15
- Ylinen, Johannes*, Digital Pricing und Kartellrecht, *NZKart* 2018, S. 19–22
- Zander-Hayat, HelgalReisch, Lucial/Steffen, Christian*, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, *VuR* 2016, S. 403–410
- Zhao, Wen/Zheng, Yu-Sheng*, Optimal Dynamic Pricing for Perishable Assets with Non-homogeneous Demand, *Management Science* 2000, S. 375–388
- Zuiderveen Borgesius, Frederik J.*, Personal data processing for behavioural targeting: which legal basis?, *IDPL* 2015, S. 163–176
- ders./Poort, Joost*, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, *Journal of Consumer Policy* 2017, S. 347–366
- Zurth, Patrick*, Personalisierte Preise, *AcP* 2021, S. 514–554
- ders.*, Die kartellrechtliche Bändigung von Preisalgorithmen, *ZWeR* 2021, S. 361–392

Rechtsprechungsverzeichnis

Datum und Art der Entscheidung // Aktenzeichen, ggf. Name der Entscheidung // Fundstelle

- EGMR, Urt. v. 09.07.2019 // Nr. 41261/17 (Volodina/Russland) // BeckRS 2019, 48847
EGMR, Urt. v. 16.04.2019 // Nr. 48474/14 (Lingurar/Rumänien) // BeckRS 2019, 51057
EGMR, Urt. v. 12.05.2015 // Nr. 73235/12 (Identoba u.a./Georgien) // BeckRS 2015, 130859
EGMR, Urt. v. 28.01.2014 // Nr. 26608/11 (T.M. und C.M./Moldau) // BeckRS 2014, 126559
EGMR, Urt. v. 28.05.2013 // Nr. 3564/11 (Eremia u.a./Moldau) // BeckRS 2014, 15269
EGMR, Urt. v. 02.10.2012 // Nr. 40094/05 (Virabyan/Armenien) // nv
EGMR, Urt. v. 13.07.2010 // Nr. 7205/07 (Clift/Vereinigtes Königreich) // nv
EGMR, Urt. v. 30.07.2009 // Nr. 67336/01 (Danilenkov u.a./Russland) // BeckRS 2009, 141904
EGMR, Urt. v. 09.06. 2009 // Nr. 33401/02 (Opuz/Türkei) // BeckRS 2009, 15505
EGMR, Urt. v. 16.12.2008 // Nr. 23883/06 (Kurshid Mustafa u. Tarzibachi/Schweden) // nv
EGMR, Urt. v. 29.04.2008 // Nr. 13378/05 (Burden/Vereinigtes Königreich) // BeckRS 2009, 23631
EGMR, Urt. v. 04.03.2008 // Nr. 42722/02 (Stoica/Rumänien) // BeckRS 2014, 21154
EGMR, Urt. v. 29.11.2007 // Nr. 37614/02 (Ismailova/Russland) // BeckRS 2007, 148166
EGMR, Urt. v. 26.07.2007 // Nr. 55523/00 (Angelova und Iliev/Bulgarien) // nv
EGMR, Urt. v. 31.05.2007 // Nr. 40116/02 (Šečić/Kroatien) // nv
EGMR, Urt. v. 03.05.2007 // Nr. 71156/01 (Gldani Congregation u.a./Georgien) // nv
EGMR, Urt. v. 20.06.2006 // Nr. 17209/02 (Zarb Adami/Malta) // BeckRS 2006, 140768
EGMR, Urt. v. 12.07.2005 // Nr. 41138/98, 64320/01 (Moldovan u.a./Rumänien) // BeckRS 2005, 157661
EGMR, Urt. v. 06.07.2005 // Nr. 43577/98 u.a. (Nachova u.a./Bulgarien) // ECHR 2005-VII
EGMR, Urt. v. 13.07.2004 // Nr. 69498/01 (Pla und Puncernau/Andorra) // NJW 2005, 875
EGMR, Urt. v. 24.06.2004 // Nr. 59320/00 (von Hannover/Deutschland) // NJW 2004, 2647
EGMR, Urt. v. 16.12.2003 // Nr. 64927/01 (Palau-Martinez/Frankreich) // BeckRS 2004, 3259
EGMR, Urt. v. 09.10.2003 // Nr. 48321/99 (Slivenko/Lettland) // BeckRS 2003, 16362
EGMR, Urt. v. 24.07.2003 // Nr. 40016/98 (Karner/Österreich) // BeckRS 2003, 157491
EGMR, Urt. v. 16.04.2002 // Nr. 37971/97 (Société Colas Est u.a./Frankreich) // BeckRS 2015, 48057
EGMR, Entsch. v. 25.05.1999 // Nr. 37592/97 (Olbertz/Deutschland) // BeckRS 9998, 94529

- EGMR, Urt. v. 21.02.1997 // Nr. 20060/92 (van Raalte/Niederlande) // ECHR 1997-I
 EGMR, Urt. v. 16.09.1996 // Nr. 17371/90 (Gaygusuz/Österreich) // ECHR 1996-IV
 EGMR, Urt. v. 18.07.1994 // Nr. 13580/88 (Karlheinz Schmidt/Deutschland) // Series A 291-B
 EGMR, Urt. v. 28.10.1987 // Nr. 8695/79 (Inze/Österreich) // Series A 126
 EGMR, Urt. v. 28.05.1985 // Nr. 9214/80 u.a. (Abdulaziz u.a./Vereinigtes Königreich) // BeckRS 1985, 111383
 EGMR, Urt. v. 23.11.1983 // Nr. 8919/80 (Van der Musselle/Belgien) // Series A 70
 EGMR, Urt. v. 29.10.1979 // Nr. 6289/73 (Airey/Irland) // BeckRS 1979, 108525
 EGMR, Urt. v. 13.06.1979 // Nr. 6833/74 (Marckx/Belgium) // BeckRS 1979, 108523
 EKMR, Entsch. v. 08.05.1987 // Nr. 12597/86 (K.W. Haughton/Vereinigtes Königreich) // nv
 EKMR, Entsch. v. 11.07.1980 // Nr. 8307/78 (Deklerck/Belgium) // DR 21, 121
 EuGH, Urt. v. 22.01.2019 // Rs. C-193/17 (Cresco Investigation) // NZA 2019, 297
 EuGH, Urt. v. 06.11.2018 // Rs. C-569/16 (Bauer) // NZA 2018, 1467
 EuGH, Urt. v. 06.11.2018 // Rs. C-684/16 (Max-Planck-Gesellschaft) // NZA 2018, 1474
 EuGH, Urt. v. 11.09.2018 // Rs. C-68/17 (IR) // NJW 2018, 3086
 EuGH, Urt. v. 17.04.2018 // Rs. C-414/16 (Egenberger) // NZA 2018, 569
 EuGH, Urt. v. 30.01.2018 // Rs. C-360/15 (College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort/X BV), C-31/16 (Visser Vastgoed Beleggingen BV/Raad van de gemeente Appingedam) // NVwZ 2018, 307
 EuGH, Urt. v. 18.07.2017 // Rs. C-566/15 (Erzberger) // NZA 2017, 1000
 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 // Rs. C-582/14 (Breyer) // NJW 2016, 3579
 EuGH, Urt. v. 21.07.2016 // Rs. C-542/14 (VM Remonts) // EuZW 2016, 737
 EuGH, Urt. v. 19.04.2016 // Rs. C-441/14 (Dansk Industri) // NZA 2016, 537
 EuGH, Urt. v. 21.01.2016 // Rs. C-74/14 (Eturas) // GRUR Int. 2016, 381
 EuGH, Urt. v. 17.12.2015 // Rs. C-407/14 (Arjona Camacho/Securitas Seguridad España) // EuZW 2016, 183
 EuGH, Urt. v. 22.10.2015 // Rs. C-194/14 P (AC Treuhand II) // NZKart 2015, 528
 EuGH, Urt. v. 06.10.2015 // Rs. C-23/14 (Post Danmark) // GRUR Int. 2016, 68
 EuGH, Urt. v. 04.09.2014 // Rs. C-474/12 (Schiebel Aircraft) // BeckRS 2014, 81735
 EuGH, Urt. v. 03.09.2014 // Rs. C-201/13 (Deckmyn) // GRUR 2014, 972
 EuGH, Urt. v. 01.07.2014 // Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft AB) // NVwZ 2014, 1073
 EuGH, Urt. v. 13.05.2014 // Rs. C-131/12 (Google Spain) // NJW 2014, 2257
 EuGH, Urt. v. 27.03.2014 // Rs. C-322/13 (Grauel Rüffer) // EuZW 2014, 393
 EuGH, Urt. v. 18.03.2014 // Rs. C-628/11 (International Jet Management) // BeckRS 2014, 80569
 EuGH, Urt. v. 15.01.2014 // Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale) // NZA 2014, 193
 EuGH, Urt. v. 18.10.2012 // Rs. C-385/10 (Elenca) // EuZW 2013, 21
 EuGH, Urt. v. 12.07.2012 // Rs. C-171/11 (Fra.bo) // EuZW 2012, 797
 EuGH, Urt. v. 26.04.2012 // Rs. C-456/10 (ANETT) // EuZW 2012, 508
 EuGH, Urt. v. 01.03.2012 // Rs. C-484/10 (Ascafor) // EuZW 2012, 264
 EuGH, Urt. v. 24.01.2012 (Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak) // Rs. C-282/10 (Dominguez) // nv
 EuGH, Urt. v. 31.03.2011 // Rs. C-546/09 (Aurubis Bulgaria) // BeckRS 2011, 80338
 EuGH, Urt. v. 01.03.2011 // Rs. C-236/09 (Association Belge) // NJW 2011, 907
 EuGH, Urt. v. 17.02.2011 // Rs. C-52/09 (Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB) // EuZW 2011, 339
 EuGH, Urt. v. 25.01.2011 // Rs. C-382/08 (Neukirchinger) // EuZW 2011, 177

- EuGH, Urt. v. 02.12.2010 // Rs. C-108/09 (Ker-Optika) // EuZW 2011, 112
EuGH, Urt. v. 16.03.2010 // Rs. C-325/08 (Olympique Lyonnais) // NZA 2010, 346
EuGH, Urt. v. 19.01.2010 // Rs. C-555/07 (Kücükdeveci) // BeckRS 2010, 90051
EuGH, Urt. v. 04.06.2009 // Rs. C-8/09 (T-Mobile Netherlands u.a.) // EuZW 2009, 505
EuGH, Urt. v. 10.02.2009 // Rs. C-110/05 (Kommission/Italien) // EuZW 2009, 173
EuGH, Urt. v. 16.12.2008 // Rs. C-524/06 (Heinz Huber) // MMR 2009, 171
EuGH, Urt. v. 11.12.2008 // Rs. C-524/07 (Kommission/Österreich) // BeckRS 2008, 71313
EuGH, Urt. v. 17.07.2008 // Rs. C-94/07 (Rancanelli) // NZA 2008, 995
EuGH, Urt. v. 10.07.2008 // Rs. C-413/06 P (Bertelsmann und Sony Corporation of America/Impala) // BeckRS 2008, 70755
EuGH, Urt. v. 05.06.2008 // Rs. C-164/07 (Wood) // EuZW 2008, 477
EuGH, Urt. v. 18.12.2007 // Rs. C-341/05 (Laval un Partneri) // NZA 2008, 159
EuGH, Urt. v. 11.12.2007 // Rs. C-438/05 (Viking) // EuZW 2008, 246
EuGH, Urt. v. 15.03.2007 // Rs. C-54/05 (Kommission/Finnland) // BeckRS 2007, 70194
EuGH, Urt. v. 14.09.2006 // Rs. C-158/04 (Alfa Vita Vassilopoulos) // LMR 2006, 28
EuGH, Urt. v. 07.01.2004 // Rs. C-201/02 (Wells) // BeckRS 2004, 74924
EuGH, Urt. v. 02.10.2003 // Rs. C-148/02 (Garcia Avello) // BeckRS 2004, 74436
EuGH, Urt. v. 12.06.2003 // Rs. C-112/00 (Schmidberger) // EuZW 2003, 592
EuGH, Urt. v. 16.01.2003 // Rs. C-388/01 (Kommission/Italien) // EuZW 2003, 186
EuGH, Urt. v. 15.09.2002 // Rs. C-320/00 (Lawrence) // EuZW 2002, 639
EuGH, Urt. v. 06.06.2002 // Rs. C-159/00 (Sapod Audic) // NVwZ 2002, 1097
EuGH, Urt. v. 19.03.2002 // Rs. 224/00 (Kommission/Italien) // EuR 2002, 406
EuGH, Urt. v. 13.03.2001 // Rs. C-379/98 (PreussenElektra) // EuZW 2001, 242
EuGH, Urt. v. 03.10.2000 // Rs. C-411/98 (Ferlini) // EuZW 2001, 26
EuGH, Urt. v. 06.06.2000 // Rs. C-281/98 (Angonese) // EuR 2000, 926
EuGH, Urt. v. 06.06.2000 // Rs. C-35/98 (Verkooijen) // WM 2000, 1862
EuGH, Urt. v. 08.07.1999 // Rs. C-235/92 (Montecatini/Kommission) // BeckRS 2004, 75308
EuGH, Urt. v. 08.07.1999 // Rs. C-199/92 (Hüls/Kommission) // BeckRS 1999, 55277
EuGH, Urt. v. 08.07.1999 // Rs. C-49/92 P (Kommission/Anic Partecipazioni) // BeckRS 2016, 80285
EuGH, Urt. v. 29.04.1999 // Rs. C-224/97 (Ciola) // NJW 1999, 2355
EuGH, Urt. v. 19.01.1999 // Rs. C-348/96 (Calfa) // BeckRS 9998, 155608
EuGH, Urt. v. 14.07.1998 // Rs. C-389/96 (Aher-Waggon) // NVwZ 1998, 1057
EuGH, Urt. v. 28.04.1998 // Rs. C-306/96 (Javico) // GRUR Int. 1998, 598
EuGH, Urt. v. 28.04.1998 // Rs. C-158/96 (Kohll) // EuZW 1998, 345
EuGH, Urt. v. 28.04.1998 // Rs. C-120/95 (Decker) // EuZW 1998, 343
EuGH, Urt. v. 31.03.1998 // verb. Rs. C-68/94 u. C-30/95 (Kali & Salz) // EuZW 1998, 299
EuGH, Urt. v. 09.12.1997 // Rs. C-265-95 (Kommission/Frankreich) // NJW 1998, 1931
EuGH, Urt. v. 23.10.1997 // Rs. C-189/95 (Franzén) // EuZW 1998, 55
EuGH, Urt. v. 02.10.1997 // Rs. C-122/96 (Saldanha) // NJW 1997, 3299
EuGH, Urt. v. 20.03.1997 // Rs. C-323-95 (Hayes/Kronenberger) // NJW 1998, 2127
EuGH, Urt. v. 23.01.1997 // Rs. C-29/95 (Pastoors) // NZV 1997, 234
EuGH, Urt. v. 15.12.1995 // Rs. C-415/93 (Bosman) // NJW 1996, 505
EuGH, Urt. v. 30.11.1995 // Rs. C-55/94 (Gebhard) // NJW 1996, 579
EuGH, Urt. v. 11.08.1995 // Rs. C-63/94 (Belgapom) // BeckRS 2004, 77647
EuGH, Urt. v. 29.06.1995 // Rs. C-391/92 (Kommission/Griechenland) // BeckRS 2004, 76972
EuGH, Urt. v. 22.06.1994 // Rs. C-9/93 (Ideal Standard II) // GRUR Int. 1994, 614
EuGH, Urt. v. 10.02.1994 // Rs. C-398/92 (Mund und Fester) // NJW 1994, 1271

- EuGH, Urt. v. 24.11.1993 // Rs. C-267/91, C-268/91 (Keck) // NJW 1994, 121
 EuGH, Urt. v. 31.03.1993 // Rs. 89/85 (Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission) // BeckRS 2004, 73857
 EuGH, Urt. v. 09.07.1992 // Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien) // NVwZ 1992, 871
 EuGH, Urt. v. 25.07.1991 // Rs. C-1/90, C-176/90 (Aragonesa) // GRUR Int. 1993, 221
 EuGH, Urt. v. 12.12.1990 // Rs. C-172/89 (Vandemoortele NV) // BeckRS 2004, 74665
 EuGH, Urt. v. 11.05.1989 // Rs. 25/88 (Strafverfahren gegen Wurmser u.a.) // NJW 1990, 3066
 EuGH, Urt. v. 01.10.1987 // Rs. 311/85 (VVR/Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten) // BeckRS 2004, 70731
 EuGH, Urt. v. 26.02.1986 // Rs. 152/84 (Marshall) // NJW 1986, 2178
 EuGH, Urt. v. 15.01.1986 // Rs. 41/84 (Pinna/Caisse d'allocations familiales de la Savoie) // BeckRS 2004, 71141
 EuGH, Urt. v. 10.01.1985 // Rs. 229/83 (Leclerc) // GRUR Int. 1985, 190
 EuGH, Urt. v. 06.11.1984 // Rs. 177/83 (Kohl/Ringelhan) // NJW 1985, 1276
 EuGH, Urt. v. 05.04.1984 // Rs. 177/82 (van de Haar) // BeckRS 2004, 72008
 EuGH, Urt. v. 31.01.1984 // Rs. 286/82, 26/83 (Luisi und Carbone) // NJW 1984, 1288
 EuGH, Urt. v. 10.11.1982 // Rs. 261/81 (Rau/De Smedt) // GRUR Int. 1983, 293
 EuGH, Urt. v. 28.10.1982 // Rs. 135/81 (Agences des voyages/Kommission) // BeckRS 2005, 71562
 EuGH, Urt. v. 14.01.1982 // Rs. 64/81 (Cormann) // BeckRS 2004, 73478
 EuGH, Urt. v. 17.12.1981 // Rs. 279/80 (Webb) // NJW 1982, 1203
 EuGH, Urt. v. 17.06.1981 // Rs. 113/80 (Kommission/Irland) // BeckRS 2004, 71277
 EuGH, Urt. v. 26.05.1981 // Rs. 157/80 (Rinnkahn) // BeckRS 2004, 71812
 EuGH, Urt. v. 31.03.1981 // Rs. 96/80 (Jenkins) // NJW 1981, 2639
 EuGH, Urt. v. 22.01.1981 // Rs. C-58/80 (Dansk Supermarked) // BeckRS 2004, 73363
 EuGH, Urt. v. 29.10.1980 // Rs. 22/80 (Boussac) // BeckRS 2004, 72379
 EuGH, Urt. v. 18.03.1980 // Rs. 52/79 (Debauve) // GRUR Int. 1980, 608
 EuGH, Urt. v. 20.02.1979 // Rs. 120/78 (Cassis de Dijon) // GRUR Int. 1979, 468
 EuGH, Urt. v. 24.01.1978 // Rs. 82/77 (van Tiggele) // BeckRS 2004, 73782
 EuGH, Urt. v. 08.04.1976 // Rs. 43/75 (Defrenne/SABENA) // NJW 1976, 2068
 EuGH, Urt. v. 16.12.1975 // Rs. 40–48/73 u.a. (Suiker Unie u.a./Kommission) // NJW 1976, 470
 EuGH, Urt. v. 12.12.1974 // Rs. 36/74 (Walrave und Koch) // BeckRS 2004, 70975
 EuGH, Urt. v. 03.12.1974 // Rs. 33/74 (Van Binsbergen) // NJW 1975, 1095
 EuGH, Urt. v. 11.07.1974 // Rs. 8/74 (Dassonville) // GRUR Int. 1974, 467
 EuGH, Urt. v. 12.07.1973 // Rs. 2/73 (Geddo/Ente Nazionale Risi) // Slg. 1973, 866
 EuGH, Urt. v. 10.12.1968 // Rs. 7/68 (Kommission/Italien) // Slg. 1968, 633
 EuGH, Urt. v. 13.07.1966 // verb. Rs. 56/64 u. 58/64 (Consten bzw. Grundig/Kommission) // GRUR Ausl 1966, 580
 EuGH, Urt. v. 30.06.1966 // Rs. 56/65 (LTM) // GRUR Ausl 1966, 586
 EuGH, Urt. v. 17.07.1963 // Rs. 13/63 (Italien/Kommission) // NJW 1964, 374
 EuG, Urt. v. 12.06.2014 // Rs. T-286/09 (Intel) // NZKart 2014, 267
 EuG, Urt. v. 24.11.2011 // Rs. T-296/09 (EFIM) // BeckRS 2011, 81686
 EuG, Urt. v. 26.01.2005 // Rs. T-193/02 (Piau/Kommission) // BeckRS 2005, 70081
 EuG, Urt. v. 08.07.2003 // Rs. T-374/00 (Verband der freien Rohrwerke) // BeckRS 2003, 70348
 EuG, Urt. v. 06.06.2002 // Rs. T-342/99 (Airtours/Kommission) // BeckRS 2002, 70279
 BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 // 1 BvR 1541/20 // BeckRS 2021, 40294
 BVerfG, Beschl. v. 27.08.2019 // 1 BvR 879/12 // NJW 2019, 3769

BVerfG, Beschl. v. 22.05.2019 // 1 BvQ 42/19 // NJW 2019, 1935
BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 // 1 BvR 3080/09 // NJW 2018, 1667
BVerfG, Beschl. v. 23.05.2017 // 2 BvL 10/11, 2 BvL 28/14 // NVwZ 2017, 1849
BVerfG, Beschl. v. 23.05.2017 // 2 BvR 883/14, 2 BvR 905/14 // NVwZ 2017, 1689
BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 // 1 BvL 21/12 // NJW 2015, 303
BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 // 2 BvR 909/06 u.a. // NJW 2013, 2257
BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 // 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 // NJW 2013, 847
BVerfG, Beschl. v. 18.07. 2012 // 1 BvL 16/11 // NJW 2012, 2719
BVerfG, Beschl. v. 10.07.2012 // 1 BvL 2/10 u.a. // NVwZ-RR 2012, 825
BVerfG, Beschl. v. 07.02. 2012 // 1 BvL 14/07 // NJW 2012, 1711
BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 // 1 BvR 2035/07 // NVwZ 2011, 1316
BVerfG, Beschl. v. 04.05.2011 // 1 BvR 1502/08 // NVwZ 2011, 991
BVerfG, Beschl. v. 21.07.2010 // 1 BvR 611/07 u.a. // NJW 2010, 2783
BVerfG, Beschl. v. 14.04. 2010 // 1 BvL 8/08 // NJOZ 2011, 464
BVerfG, Beschl. v. 07.07. 2009 // 1 BvR 1164/07 // NJW 2010, 1439
BVerfG, Urt. v. 09.12.2008 // 2 BvL 1/07 u.a. // NJW 2009, 48
BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 // 1 BvR 3262/07 u.a. // NJW 2008, 2409
BVerfG, Urt. v. 18.06.2008 // 2 BvL 6/07 // NVwZ 2008, 987
BVerfG, Beschl. v. 04.04.2006 // 1 BvR 518/02 // NJW 2006, 1939
BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 // 1 BvR 357/05 // NJW 2006, 751
BVerfG, Beschl. v. 25.10.2005 // 2 BvR 524/01 // NVwZ 2006, 324
BVerfG, Beschl. v. 18.07.2005 // 2 BvF 2/01 // NVwZ 2006, 559
BVerfG, Beschl. v. 05.04.2005 // 1 BvR 774/02 // NJW 2005, 2443
BVerfG, Beschl. v. 16.03.2005 // 2 BvL 7/00 // NJW 2005, 2448
BVerfG, Beschl. v. 06.07.2004 // 1 BvL 4/97 u.a. // NVwZ 2005, 201
BVerfG, Beschl. v. 07.10.2003 // 2 BvR 2118/01 // NJW 2004, 1095
BVerfG, Beschl. v. 17.07. 2003 // 2 BvL 1/99 u.a. // NVwZ 2003, 1241
BVerfG, Beschl. v. 12.02.2003 // 2 BvR 709/99 // NJW 2003, 3335
BVerfG, Urt. v. 06.03.2002 // 2 BvL 17/99 // NJW 2002, 1103
BVerfG, Urt. v. 30.01.2002 // 1 BvL 23/96 // NJW 2002, 1256
BVerfG, Beschl. v. 21.06.2001 // 1 BvR 2035/07 // NVwZ 2011, 1316 (Leitsätze)
BVerfG, Beschl. v. 04.04.2001 // 2 BvL 7/98 // LKV 2001, 505
BVerfG, Urt. v. 03.04.2001 // 1 BvR 1681/94 u.a. // NJW 2001, 1707
BVerfG, Beschl. v. 14.07.1999 // 1 BvR 995/95 u.a. // NJW 2000, 1471
BVerfG, Beschl. v. 10.03.1998 // 1 BvR 178/97 // NJW 1998, 2128
BVerfG, Beschl. v. 27.01.1998 // 1 BvL 22/93 // NJW 1998, 1478
BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 // 1 BvL 12/91 // NJW 1998, 1215
BVerfG, Urt. v. 06.05.1997 // 1 BvR 409/90 // NJW 1997, 1769
BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 // 2 BvL 43/92 u.a. // NJW 1994, 1577
BVerfG, Beschl. v. 09.02.1994 // 1 BvR 1687/92 // NJW 1994, 1147
BVerfG, Beschl. v. 08.02.1994 // 1 BvR 1237/85 // NJW 1994, 2410
BVerfG, Beschl. v. 16.11.1993 // 1 BvR 258/86 // NJW 1994, 647
BVerfG, Beschl. v. 08.06.1993 // 1 BvL 20/85 // NJW 1994, 122
BVerfG, Urt. v. 28.05.1993 // 2 BvF 2/90 u.a. // NJW 1993, 1751
BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993 // 1 BvL 38/92 u.a. // NJW 1993, 1517
BVerfG, Beschl. v. 02.12.1992 // 1 BvR 296/88 // NZA 1993, 427
BVerfG, Urt. v. 28.01.1992 // 1 BvR 1025/82 u.a. // NJW 1992, 964
BVerfG, Beschl. v. 17.10.1990 // 1 BvR 283/85 // NJW 1991, 555
BVerfG, Beschl. v. 30.05.1990 // 1 BvL 2/83 u.a. // NJW 1990, 2246
BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 // 1 BvR 26/84 // NJW 1990, 1469

- BVerfG, Beschl. v. 23.01.1990 // 1 BvR 306/86 // NJW 1990, 2189
BVerfG, Beschl. v. 08.06.1988 // 2 BvL 9/85, 2 BvL 3/86 // NJW 1988, 2529
BVerfG, Beschl. v. 26.04.1988 // 1 BvL 84/86 // NJW 1988, 2231
BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987 // 2 BvR 624/83 u.a. // NJW 1988, 1651
BVerfG, Beschl. v. 08.04.1987 // 2 BvR 909/82 u.a. // NJW 1987, 3115
BVerfG, Urt. v. 08.04.1987 // 1 BvL 8/84, 1 BvL 16/84 // NJW 1987, 2359
BVerfG, Beschl. v. 26.03.1987 // 2 BvR 589/79 u.a. // NJW 1987, 2427
BVerfG, Beschl. v. 18.11.1986 // 1 BvL 29/83 u.a. // NJW 1987, 2001
BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 // 1 BvR 449/82 u.a. // NJW 1986, 772
BVerfG, Beschl. v. 20.06.1984 // 1 BvR 1494/78 // NJW 1985, 121
BVerfG, Beschl. v. 17.05.1983 // 2 BvR 731/80 // NJW 1983, 2762
BVerfG, Beschl. v. 08.03.1983 // 1 BvR 1078/80 // NJW 1983, 1535
BVerfG, Beschl. v. 16.11.1982 // 1 BvL 16/79, 36/75 // NJW 1983, 617
BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982 // 1 BvR 938/81 // NJW 1982, 2061
BVerfG, Beschl. v. 16.12.1981 // 1 BvR 898/79 u.a. // NJW 1983, 103
BVerfG, Beschl. v. 22.10.1981 // 1 BvR 1369/79 // NJW 1982, 694
BVerfG, Beschl. v. 16.06.1981 // 1 BvL 129/78 // NJW 1981, 2177
BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980 // 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 // NJW 1981, 271
BVerfG, Beschl. v. 16.01.1980 // 1 BvR 249/79 // NJW 1980, 1511
BVerfG, Beschl. v. 20.03.1979 // 1 BvR 111/74, 1 BvR 283/78 // NJW 1979, 2295
BVerfG, Beschl. v. 09.08.1978 // 2 BvR 831/76 // NJW 1979, 151
BVerfG, Urt. v. 16.10.1977 // 1 BvQ 5/77 // NJW 1977, 2255
BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 // 1 BvL 14/76 // NJW 1977, 1525
BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 // 1 BvF 1 – 6/74 // NJW 1975, 573
BVerfG, Beschl. v. 06.03.1968 // 1 BvL 2/63 // NJW 1968, 931
BVerfG, Beschl. v. 04.10.1965 // 1 BvR 498/62 // NJW 1965, 2339
BVerfG, Beschl. v. 01.07.1964 // 1 BvR 375/62 // NJW 1964, 1848
BVerfG, Beschl. v. 12.06.1964 // 1 BvL 12/62 // NJW 1964, 587
BVerfG, Beschl. v. 08.10.1963 // 2 BvR 108/62 // BeckRS 1963, 103705
BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 // 1 BvR 400/57 // NJW 1958, 257
BVerfG, Urt. v. 23.01.1957 // 2 BvE 2/56 // NJW 1957, 377
BVerfG, Beschl. v. 25.05.1956 // 1 BvR 83/76 // NJW 1956, 985
BVerfG, Beschl. v. 07.05.1953 // 1 BvL 104/52 // NJW 1953, 1057
BVerfG, Urt. v. 23.10.1951 // 2 BvG 1/51 // NJW 1951, 877
BAG, Urt. v. 19.12.2019 // 8 AZR 2/19 // NZA 2020, 707
BAG, Urt. v. 23.11.2017 // 8 AZR 604/16 // NZA 2018, 584
BAG, Urt. v. 28.09.2017 // 8 AZR 492/16 // NZA 2018, 519
BAG, Urt. v. 26.09.2017 // 3 AZR 72/16 // NZA 2018, 315
BAG, Urt. v. 29.06.2017 // 8 AZR 402/15 // NZA 2018, 33
BAG, Urt. v. 26.01.2017 // 8 AZR 73/16 // NZA-RR 2017, 342
BAG, Urt. v. 15.12.2016 // 8 AZR 454/15 // NZA 2017, 715
BAG, Urt. v. 20.01.2016 // 8 AZR 194/14 // NZA 2016, 681
BAG, Urt. v. 19.12.2013 // 6 AZR 190/12 // NZA 2014, 372
BAG, Urt. v. 26.09.2013 // 8 AZR 650/12 // NZA 2014, 258
BAG, Urt. v. 24.01.2013 // 8 AZR 429/11 // NZA 2013, 498
BAG, Urt. v. 16.02.2012 // 8 AZR 697/10 // NZA 2012, 667
BAG, Urt. v. 16.02.2012 // 8 AZR 242/11 // NZA 2012, 1307
BAG, Urt. v. 16.02.2012 // 6 AZR 553/10 // NZA 2012, 555
BAG, Urt. v. 29.09.2011 // 2 AZR 177/10 // NZA 2012, 754
BAG, Urt. v. 28.04.2011 // 8 AZR 515/10 // NJW 2011, 2458

BAG, Urt. v. 27.01.2011 // 6 AZR 526/09 // NZA 2011, 1361
BAG, Beschl. v. 08.12.2010 // 7 ABR 98/09 // NZA 2011, 751
BAG, Urt. v. 17.08.2010 // 9 AZR 839/08 // NZA 2011, 153
BAG, Urt. v. 22.04.2010 // 6 AZR 966/08 // NZA 2010, 947
BAG, Urt. v. 18.03.2010 // 8 AZR 1044/08 // NZA 2010, 1129
BAG, Urt. v. 25.02.2010 // 6 AZR 911/08 // NZA 2010, 561
BAG, Beschl. v. 18.08.2009 // 1 ABR 47/08 // NZA 2010, 222
BAG, Urt. v. 11.08.2009 // 3 AZR 23/08 // NZA 2010, 408
BAG, Urt. v. 22.01.2009 // 8 AZR 906/07 // NZA 2009, 945
BAG, Urt. v. 05.10.1993 // 3 AZR 695/92 // NZA 1994, 315
BAG, Urt. v. 20.11.1990 // 3 AZR 613/89 // NZA 1991, 635
BAG, Urt. v. 23.01.1990 // 3 AZR 58/88 // NZA 1990, 778
BAG, Urt. v. 16.02.1989 // 2 AZR 347/88 // NZA 1989, 962
BAG, Urt. v. 28.09.1972 // 2 AZR 469/71 // NJW 1973, 77
BAG, Urt. v. 10.05.1957 // 1 AZR 249/56 // NJW 1957, 1688
BAG, Urt. v. 23.03.1957 // 1 AZR 326/56 // NJW 1957, 1376 (Leitsätze)
BAG, Urt. v. 03.12.1954 // 1 AZR 150/54 // NJW 1955, 606
BGH, Urt. v. 27.05.2020 // VIII ZR 401/18 // NZM 2020, 1044
BGH, Urt. v. 23.07.2019 // VI ZR 307/18 // NJW 2019, 3003
BGH, Urt. v. 25.04.2019 // I ZR 272/15 // NJW 2020, 852
BGH, Urt. v. 20.12.2018 // I ZR 112/17 // GRUR 2019, 189
BGH, Urt. v. 16.05.2017 // VI ZR 135/13 // NJW 2017, 2416
BGH, Urt. v. 27.04.2017 // I ZR 55/16 // GRUR 2017, 1265
BGH, Urt. v. 08.11.2016 // XI ZR 552/15 // NJW 2017, 1461
BGH, Urt. v. 21.07.2016 // I ZR 26/15 // GRUR 2016, 1076
BGH, Urt. v. 05.11.2015 // I ZR 182/14 // GRUR 2016, 521
BGH, Beschl. v. 28.10.2014 // VI ZR 135/13 // ZD 2015, 80
BGH, Urt. v. 31.10.2013 // I ZR 139/12 // GRUR 2014, 576
BGH, Urt. v. 14.03.2013 // III ZR 296/11 // NJW 2013, 3366
BGH, Urt. v. 07.03.2013 // I ZR 30/12 // GRUR 2013, 850
BGH, Urt. v. 01.02.2013 // V ZR 72/11 // NJW 2013, 1807
BGH, Urt. v. 15.01.2013 // XI ZR 22/12 // NJW 2013, 1519
BGH, Urt. v. 27.06.2012 // XII ZR 47/09 // NJW 2012, 2728
BGH, Urt. v. 16.05.2012 // I ZR 74/11 // GRUR 2012, 1275
BGH, Urt. v. 23.04.2012 // II ZR 163/10 // NZA 2012, 797
BGH, Urt. v. 22.03.2012 // I ZR 111/11 // GRUR 2012, 1159
BGH, Urt. v. 09.03.2012 // V ZR 115/11 // NJW 2012, 1725
BGH, Urt. v. 15.12.2011 // I ZR 129/10 // GRUR 2012, 728
BGH, Beschl. v. 06.12.2011 // KVR 95/10 // NJOZ 2012, 1152
BGH, Urt. v. 07.12.2010 // KZR 5/10 // NJW-RR 2011, 774
BGH, Urt. v. 11.08.2010 // XII ZR 192/08 // NJW 2010, 3362
BGH, Urt. v. 31.03.2010 // I ZR 75/08 // GRUR 2010, 1022
BGH, Urt. v. 17.02.2010 // VIII ZR 67/09 // NJW 2010, 1131
BGH, Beschl. v. 11.11.2008 // KVR 60/07 // WM 2008, 2383
BGH, Urt. v. 16.07.2008 // VIII ZR 348/06 // GRUR 2008, 1010
BGH, Urt. v. 03.07.2008 // I ZR 145/05 // GRUR 2008, 810
BGH, Urt. v. 04.10.2007 // I ZR 143/04 // GRUR 2008, 84
BGH, Urt. v. 04.10.2007 // I ZR 182/05 // NJW 2008, 1388
BGH, Urt. v. 07.02.2006 // KZR 33/04 // GRUR 2006, 773
BGH, Urt. v. 16.12.2004 // I ZR 222/02 // GRUR 2005, 438

- BGH, Urt. v. 19.10.2004 // VI ZR 292/03 // NJW 2005, 594
BGH, Urt. v. 12.12.2003 // V ZR 98/03 // NJW 2004, 1035
BGH, Urt. v. 11.12.2003 // I ZR 83/01 // GRUR 2004, 343
BGH, Urt. v. 02.10.2003 // I ZR 150/01 // GRUR 2004, 244
BGH, Urt. v. 13.03.2003 // I ZR 212/00 // NJW 2003, 2096
BGH, Urt. v. 13.03.2003 // I ZR 290/00 // NJW 2003, 1932
BGH, Urt. v. 27.09.2001 // VII ZR 388/00 // NJW 2002, 138
BGH, Urt. v. 29.06.2000 // I ZR 29/98 // GRUR 2000, 907
BGH, Beschl. v. 02.12.1998 // IV ZB 19/97 // NJW 1999, 566
BGH, Urt. v. 15.04.1998 // VIII ZR 377/96 // NJW 1998, 2286
BGH, Urt. v. 10.10.1997 // V ZR 74/96 // NJW-RR 1998, 590
BGH, Urt. v. 28.11.1996 // I ZR 197/94 // GRUR 1997, 767
BGH, Urt. v. 14.11.1996 // I ZR 162/94 // GRUR 1997, 479
BGH, Urt. v. 12.12.1995 // VI ZR 223/94 // NJW 1996, 985
BGH, Urt. v. 15.11.1994 // VI ZR 56/94 // NJW 1995, 861
BGH, Urt. v. 26.02.1993 // V ZR 74/92 // NJW 1993, 1580
BGH, Urt. v. 23.05.1991 // I ZR 265/89 // GRUR 1991, 847
BGH, Urt. v. 20.09.1987 // IVa ZR 6/86 // NJW 1988, 410
BGH, Urt. v. 10.12.1986 // VIII ZR 349/85 // NJW 1987, 831
BGH, Urt. v. 22.01.1985 // VI ZR 28/83 // NJW 1985, 1617
BGH, Urt. v. 15.12.1982 // VIII ZR 315/80 // NJW 1983, 444
BGH, Urt. v. 28.01.1976 // VIII ZR 246/74 // NJW 1976, 712
BGH, Urt. v. 20.02.1974 // VIII ZR 198/72 // GRUR 1974, 416
BGH, Urt. v. 14.12.1973 // I ZR 36/72 // WRP 1974, 342
BGH, Urt. v. 20.05.1958 // VI ZR 105/57 // NJW 1958, 1344
BGH, Urt. v. 18.04.1958 // I ZR 158/56 // GRUR 1958, 487
BVerwG, Urt. v. 30.03.2010 // 1 C 8/09 // NVwZ 2010, 964
BVerwG, Urt. v. 05.04.2006 // 9 C 1/05 // NVwZ 2006, 817
OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 03.03.2011 // 6 U 231/09 // GRUR-RR 2011, 193
OLG Hamm, Urt. v. 12.01.2011 // 20 U 102/10 // NJW-RR 2011, 762
OLG Hamm, Urt. v. 07.06.2005 // 4 U 22/05 // GRUR 2006, 86
OLG Oldenburg, Urt. v. 15.09.2017 // 6 U 17/17 // GRUR-RS 2017, 156375
OLG Stuttgart, Urt. v. 12.12.2011 // 10 U 106/11 // NJW 2012, 1085
OLG Zweibrücken, Beschl. v. 22.04.2021 // 2 U 46/20 // BeckRS 2021, 11010
OVG Bautzen, Beschl. v. 10.06.2020 // 3 B 194/20 // COVuR 2020, 316
VGH München, Urt. v. 11.04.1990 // 1 B 85 A. 1480 // NVwZ 1990, 979
LG Köln, Urt. v. 13.11.2015 // 10 S 137/14 // NJW 2016, 510
AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Urt. v. 19.12.2014 // 25 C 357/14 // BeckRS 2015, 2609
AG Bonn, Urt. v. 26.03.2015 // 111 C 9/15 // NJW-RR 2016, 348
AG Hannover, Urt. v. 14.08.2013 // 462 C 10744/12 // nv

Sachregister

- abgestimmte Verhaltensweise 236, 238 f.
Abwahlrecht 315 f.
aggressive geschäftliche Handlung 277 f., 283
algorithmic bias 25
Allgemeine Geschäftsbedingung 161, 293, 297, 316
allgemeines Diskriminierungsverbot 103 f., 108 f., 114
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 49, 53, 153–158, 297, 304–307, 315
Alter 72, 120, 137 f., 142, 145
Analogie 168, 172, 217 f., 229, 278, 303
Anfechtungsrecht 299
Angemessenheit 80, 84, 86, 89, 114, 116, 142–145, 147 f., 157
Angonese 102, 112 f.
Anknüpfungsverbot 70
Arbitrage 31
- Begründungsverbot 67, 70
Berechnungskriterien 265, 272, 284, 294 f.
Berechnungsmethode 265
Beseitigung 149, 253, 306 f., 315
Beweisbarkeit 6, 146
Big Data 41, 183 ff., 187
Browser 181, 275
- c.i.c. 303, 305
- Datenmacht 245, 250, 258, 262
Datenschutz-Folgenabschätzung 222
Datenschutzbeauftragter 222
Datenschutzmanagement 218
Datenteilung 258
Datenzugang 26, 245, 250, 258
Dienstleistungsfreiheit 93 f., 101 f., 107
Differenzhypothese 151, 281
Digitalisierung 38–41
Direktwerbung 216 f., 227, 279
Drittwirkung 45, 57–64, 98 ff., 102–107, 119–125, 129 ff., 182, 207, 229
- Durchschnittspreis 136, 264 f., 271, 294, 314
- Eigentum 56, 77, 125
Einheitspreis 1, 11, 24, 39 f., 134, 163, 190, 192–195, 203, 208, 211, 242, 265, 270, 288
Einspeisungsverbot 257
Einwilligung 186–195, 203, 212 f., 224, 226, 228
Entfaltung rechtlicher Wirkung 205
Entschädigung 152, 156 ff., 223, 315
Entscheidungsfindung 135, 212, 220, 229, 291, 295, 314
Entscheidungsfreiheit 277, 280, 283, 288, 295, 307, 314
Entwickler 162, 164, 176, 239, 241 f., 260
erhebliche Beeinträchtigung in ähnlicher Weise 207 ff., 226, 229
Ermessen 47, 95, 118, 157
ethnische Herkunft 120, 145–148, 157 f., 203 f., 207
Eturas 240
- Freiwilligkeit 188, 192, 194 f.
- Gefangenen-Dilemma 30
Geschlecht 59, 70, 72, 81 ff., 85–88, 90, 112, 120, 131, 137 f., 141 f., 144 ff., 150, 158, 207
gesetzliches Verbot 298
grenzüberschreitender Sachverhalt 91, 160, 165, 169
Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten 181
Gruppenpreis 3 f., 161, 201
- Hinweispflicht 8, 28, 222, 228 f., 263–267, 270–273, 277, 281, 283 f., 291, 293 f., 296, 301, 303, 307 f., 314, 316

- immaterieller Schaden 152 f., 155 f., 223, 303 ff., 315
- Informationsasymmetrie 251 f., 262, 283, 290 f., 293
- Informationsaustausch 234, 237 ff., 241 f.
- Informationsgefälle 54, 253, 269, 288–291, 294, 296
- Informationspflicht 202, 206, 218 ff., 222, 227 ff., 246, 263, 265, 268 ff., 272 f., 278, 280–283, 289, 291–296, 307 f., 314–317
- Inländerdiskriminierung 91, 165, 169
- invitatio ad offerendum 132, 150
- IP-Adresse 180 f.
- Irreführungsverbot 263–266, 271–275, 277, 282 f.
- Kampfpreisunterbietung 247, 253
- Kartellverbot 231 f., 234–239, 241 ff., 253, 259 ff.
- Kollusion 233, 241, 257, 259 f., 343 f.
- Kollusionsbewusstsein 237, 239–242, 261
- Kompetenzschutzklausel 118
- Konditionenmissbrauch 247, 253, 262
- Konditionenspaltung 249, 253, 262
- Konsumentenrente 26, 34 f., 42, 251
- Koppelungsverbot 188–191, 193 f., 212, 224 ff., 229
- Kundenaccount 180, 183 ff., 228
- Machtgefälle 51, 123, 290
- Machtungleichgewicht 61, 96, 288
- marktbeherrschende Stellung 242 f., 246, 248, 252 f., 262
- Marktbeherrschung 242–245, 253
- Markteintritt 25, 30
- Marktmacht 29 f., 38, 243, 246, 250, 252 f., 258
- Markttransparenzstelle 256
- Massengeschäft 53, 59, 96, 132 ff.
- Menschenwürde 48, 51–54, 56, 58, 123
- Missbrauchsverbot 242, 244 f., 247 f., 250–253, 261 f.
- mittelbare Diskriminierung 56, 81, 83–87, 93, 109 f., 147, 160, 169, 173–176
- Monopol 29, 55, 63, 191, 206
- Oligopol 23, 243 ff., 253, 255
- Parallelverhalten 234
- perfekte Preisdiskriminierung 24, 35
- Personenbezug 69, 87, 180 f., 204
- Preisdesign 18
- Preisdiskriminierung dritten Grades 3, 5, 43, 292
- Preisdiskriminierung ersten Grades 4 f., 24, 292
- Preisdiskriminierung zweiten Grades 4
- Preisgestaltungsfreiheit 1, 55, 74, 83, 131, 190, 226, 256, 263
- Preiskampf 23, 34
- Preisklarheit 269, 285
- Preismissbrauch 247 f., 252 ff.
- Preisrecht 285
- Preisschaukelei 273
- Preisspaltung 249, 273 ff., 284
- Preisspirale 23
- Preisvergleich 24, 37, 72, 269, 271, 282, 286, 310
- Preiswahrheit 269, 285, 287
- Preiswahrnehmung 18, 26
- Privatautonomie 1, 50, 58–61, 69, 75, 80, 83, 87, 101, 104 f., 114, 123, 130, 143, 171, 190, 209, 287, 319
- Produkthaftung 260
- Profiling 9, 201, 219, 228 f., 287, 290
- Pseudonymisierung 181, 202
- Quasi-Diskriminierungsverbot 88 f.
- Quersubventionierung 36, 108, 115 f., 199
- Rabatt 13, 19, 24 f., 40, 249 f., 253, 267
- Rasse 81, 85, 88, 120, 131, 133, 145 ff., 157 f., 204, 207
- Rechtfertigung 64 ff., 75–78, 81–84, 86–89, 97, 104, 106–109, 112 f., 116, 136, 138–142, 144 f., 147 f., 154, 170 f., 173, 175, 177 f., 183, 186, 189, 196–203, 207, 216, 226, 228, 249, 257, 291
- Rechtfertigungsmaßstab 65 f., 68 f., 73–76, 80, 84, 88 f., 116
- Rechtsbruch 279 f.
- Referenzpreis 264 f., 267, 271, 294, 314
- Regulierung 32, 255 ff., 259, 312, 316
- Religion 81, 85, 88, 120, 145 f., 158, 204
- Rücktrittsrecht 300 ff.
- Schadenersatz 152, 157, 223, 281, 302, 304 ff., 315
- Schmerzensgeld 156
- Schuldverhältnis 133, 294, 296, 302

- Schutzgesetz 305, 307
Schutzpflicht 45–48, 50, 52, 55, 57, 95,
97 f., 117 f., 128, 296 f., 301, 303, 316
Scoring 210, 212, 214, 226
Sektoruntersuchung 257
Selbstbestimmtheit 288
Selbstdarstellungsrecht 287
selbstlernender Algorithmus 5, 163, 176,
233, 246
Selbstregulierung 254, 308
Selbstschutz 23, 31 f., 115, 254, 308–311
Signalling 235 ff., 242, 260
Sittenwidrigkeit 299, 306
Social Sorting 287
Speichenkartell 238–242, 258
Spritpreisverordnung 255
Staatsangehörigkeit 8, 68, 70, 81, 85, 89,
91 ff., 95, 97–100, 103 f., 106–109,
112–116, 118 ff., 145, 159 f., 164,
166–172, 174, 249, 279
Stadionverbots-Entscheidung 62 ff., 69,
72, 80 f., 90
Standort 8, 81, 85, 109, 169, 179, 195 f.,
203 f.
status negativus 45
status positivus 45
Streichpreis 19
- teleologische Extension 191, 225
- Unterlassung 151, 253, 306 f.
unzumutbare Belästigung 278
- Verarbeitungszweck 183, 218, 227, 263,
269, 278, 289
Verbrauchererwartung 20, 276
Verbraucherschutz 176, 280, 283, 312 ff.
Verbraucherwohlfahrt 9, 34 f., 37, 39, 82,
251, 261, 282, 313, 316
Verdrängungswettbewerb 25, 30, 36
Vergleichsportal 27, 38, 185, 274, 310
Verhältnismäßigkeit 65, 76, 78 ff., 83, 86,
106 f., 111 f., 114, 116, 128, 141 f., 147,
260
Verkehrsdienstleistung 64, 94 f., 97, 102 f.,
116, 160, 164, 171, 173
verkehrswesentliche Eigenschaft 299
Vermögensschaden 152, 222, 253, 303 ff.
Vertragserfüllung 188, 211
Vertragsfreiheit 59, 144, 313
Vertragsschluss 132, 149 f., 152, 188,
191 f., 194, 203, 205, 210, 223, 228, 253,
297, 300, 303
Vertragsverweigerung 150, 191, 205, 209,
215
Verwender 137, 151, 237–241, 261
VM Remonts 240
- Warenkorb 275, 284 ff.
Warenverkehrsfreiheit 91 ff., 95, 98–102,
107, 110
Werbung 12, 217, 273, 279
wesentliche Information 265, 268, 270,
272, 284
Widerrufsfrist 301
Widerrufsrecht 216, 301, 315 f.
Widerspruchsrecht 202, 216 f., 221, 227 ff.
Willkürformel 65 f., 76–80, 83
- Zugangsdiskriminierung 188
Zulässigkeit der Datenverarbeitung 185,
203
Zurechnung 6
Zurechnungszusammenhang 152, 223,
253, 281, 304
Zweckänderung 183
Zweckbindungsgrundsatz 183, 228

