

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einleitung .....	1
A. Untersuchungsgegenstand und Relevanz des Themas .....	3
I. Untersuchungsgegenstand .....	3
II. Relevanz des Themas .....	7
B. Gesellschaftlicher, ökonomischer sowie ethischer und wirtschaftsideologischer Hintergrund .....	11
I. Gesellschaftliche Akzeptanz .....	11
II. Ökonomische Chancen und Risiken .....	21
III. Ethische und wirtschaftsideologische Aspekte algorithmischer Preisdiskriminierung .....	39
C. Diskriminierungsrecht .....	43
I. Rechtsrahmen .....	44
II. Reformvorschläge .....	175
III. Zusammenfassung .....	177
D. Datenschutzrecht .....	179
I. Rechtsrahmen .....	180
II. Reformvorschläge .....	224
III. Zusammenfassung .....	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. 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 Verbraucherwohlfahrt oder Abschöpfung der Konsumentenrente? .....	34
aa) Gefahr: Abschöpfung der Konsumentenrente .....	34
bb) Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt .....	35
c) Gesamtbetrachtung der Digitalisierung .....	38
d) Fazit: Unterschiedliche ökonomische Auswirkungen auf Verbraucher .....	38
3. Fazit: Komplexe ökonomische Auswirkungen .....	39
<i>III. Ethische und wirtschaftsideologische Aspekte</i> <i>algorithmischer Preisdiskriminierung .....</i>	39
1. Objektive Fairness algorithmischer Preisdiskriminierung .....	40
2. Wirtschaftsideologischer Bezug .....	41
<b>C. Diskriminierungsrecht .....</b>	43
<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
<b>E. Kartellrecht</b> .....	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. 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) Einspeiseverbot 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. Zusammenfassung</i> .....	262
<b>F. Lauterkeitsrecht</b> .....	263
<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
II. Reformvorschläge .....	282
III. Zusammenfassung .....	283
G. Preisangabenrecht und Bürgerliches Recht .....	285
I. Rechtsrahmen .....	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 .....	291
(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
II. Reformvorschläge .....	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
III. Zusammenfassung .....	316
Die Antwort des Rechts auf algorithmische Preisdiskriminierung .....	319
Literaturverzeichnis .....	321
Rechtsprechungsverzeichnis .....	347
Sachregister .....	355