

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Sascha Kremer

Should I Pokémon Or Go?

1053 Prof. Dr. Peter W. Heermann, LL.M.

Handeln Sportverbände bei der Aufstellung und Durchsetzung von Statuten zur Organisation des Sports als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts?

1060 Prof. Dr. Jan Eichelberger, LL.M.

Rechtsprechungsreport Urheberrecht 2015 (Teil 2)

1070 Prof. Dr. Christoph G. Paulus, LL.M.

Unternehmensrestrukturierung und Wettbewerb – Das Europäische Recht auf der Suche nach der richtigen Balance

1074 Dr. Franz Hofmann, LL.M.

Der maßgeschneiderte Preis · Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeitsrechtlicher Sicht

1082 Mag. Dr. Lothar Wiltschek und Dr. Katharina Majchrzak

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich

1092 Dr. Hermann Dück

Himalaya Salz – Geographische Herkunftsangaben nach der Anerkennung als Kennzeichenrechte auf dem Gipfel?

1094 Dr. Alexander R. Klett, LL.M. und Dr. Anette Gärtner, LL.M.

Alles eitel Sonnenschein? Zum Werktitelschutz für Internet-Domainnamen und Smartphone-Apps

1096 Citroën Commerce /ZLW

EuGH, Urteil vom 07.07.2016 – C-476/14

1098 Kommentar von Sebastian Jacob

1100 Energieeffizienzklasse

BGH, Urteil vom 04.02.2016 – I ZR 181/14

1103 Herstellerpreisempfehlung bei Amazon

BGH, Urteil vom 03.03.2016 – I ZR 110/15

1107 Angebotsmanipulation bei Amazon

BGH, Urteil vom 03.03.2016 – I ZR 140/14

1109 OUI

BGH, Beschluss vom 31.05.2016 – I ZB 39/15

1112 TK 50 II

BGH, Urteil vom 10.03.2016 – I ZR 138/13

1114 An Evening with Marlene Dietrich

BGH, Urteil vom 21.04.2016 – I ZR 43/14

- 29 In diesem Kontext wird die bereits erwähnte Kommissionsempfehlung in Bezug genommen. Allerdings offenbaren sich bei genauerem Vergleich des vorliegenden mit jenem Text wenigstens zwei grundlegende Unterschiede. So sieht beispielsweise die Kommissionsempfehlung keinen Test für Fortführungsfähigkeit und -würdigkeit des betreffenden Unternehmens vor, weil der Einfluss von Gerichten auf das absolute Minimum beschränkt wurde; wenn ein Schuldner die Restrukturierung ohne Zahlungsaufschub schafft, werden die Gerichte nur bei der Planbestätigung involviert. Was aber, wenn die Annahme der Rentabilität (wie so oft in der Lebenswirklichkeit) nur auf einer allzu optimistischen Selbsteinschätzung des Schuldners fußt?
- 30 Dies führt zu einer weiteren Diskrepanz: die Behandlung von *moral hazard* auf Schuldnerseite. Dies wird als Gefahr explizit in den Leitlinien unter Rn. 9 erwähnt und soll durch das „one time, last time“-Prinzip abgemildert werden, Rn. 70. Die Gefahr, „dass ein bestimmtes Unternehmen Aussicht auf Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen hat, [könnte] eine künstliche Senkung seiner Kapitalkosten bewirken, so dass es einen unlauteren Wettbewerbsvorteil auf dem Markt erlangt.“³⁸⁾ Daher wird die Anwendbarkeit auf eine einmalige Möglichkeit (alle zehn Jahre) reduziert. Die Gefahr aber, dass der Schuldner möglicherweise den Mechanismus des Rahmens nutzt, um sich so ungebührliche Vorteile gegenüber seinen Gläubigern – oder eines Teils von ihnen – zu verschaffen, wird überhaupt nicht angesprochen. Und das, obwohl sie – wie oben unter I. gezeigt – ein weiteres *moral hazard*-Problem in diesem Kontext darstellt.
- 31 Ein drittes Beispiel ist die Anwendbarkeit von Sonderregelungen für „in Schwierigkeiten befindliche Unternehmen“. Rn. 20 der Leitlinie definiert diesen Begriff ziemlich präzise – nämlich u. a. dann, wenn ein Unternehmen die Anforderungen der jeweiligen Rechtsordnung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt.³⁹⁾ Die Formulierung der Kommissionsempfehlung ist demgegenüber ungleich viel offener – ihr Mechanismus soll ganz allgemein zur Vermeidung der Insolvenz eines Schuldners anwendbar sein.

Wie dem auch sei, die Leitlinien erlauben bestimmte Beihilfemaßnahmen, sofern diese die im einzelnen aufgeführten, recht strengen Anforderungen erfüllen. Das bedeutet natürlich nicht, dass solche Beihilfen keine Auswirkungen auf den Wettbewerb hätten und einzelnen Marktteilnehmern nicht einen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern gewähren würden. Das Gegenteil ist der Fall, aber dies ist nur eine weitere Form rechtlich gebilligter Beihilfen in der EU.⁴⁰⁾ Dadurch wird die Inkongruenz des Anwendungsbereichs beider Instrumente – der Empfehlung und der Leitlinien – beiseite geschoben. Solange ein Mitgliedstaat seine Beihilfen auf die rechtliche Umsetzung des Restrukturierungsrahmens beschränkt und keine weitere Unterstützung in welcher Form auch immer leistet, stellt dies keine Verletzung von Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Dies scheint zumindest die Position der Kommission zu sein.

IV. Fazit

Die Kommissionsempfehlung verletzt nicht das in den Art. 101 ff. AEUV geschützte europäische Recht des Wettbewerbs. Nichtsdestoweniger eröffnen sie, indem sie ein effektives Instrumentarium zur finanziellen Umstrukturierung zur Verfügung stellen, das Potential, den Wettbewerb erheblich zu beeinflussen. Sollte keine effektive Kontrolle zu Beginn der Verfahren eingebaut werden, ist zu erwarten (oder zu befürchten), dass Europa eher früher als später ähnliche Erfahrungen wie die USA machen wird, wo Wettbewerber eine Art „Reise nach Jerusalem“ spielten und versuchten – einer nach dem anderen –, sich mit Hilfe des Chapter-11-Verfahrens Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Konkurrenten zu sichern. Es erscheint allerdings fragwürdig, ob dies wirklich einer Nachahmung Wert ist.

38) Leitlinien der Kommission (Fn. 30), Rn. 9.

39) Siehe nur *Soltész*, EuZW 2015, 127, 131.

40) Zu dieser Unionshilfe vgl. *Petzold*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich, Europäisches Beihilfenrecht, 2013, Kapitel 4, Rn. 1 ff.; zudem *Weck/Reinhold*, EuZW 2015, 376 ff.

Akad. Rat a. Z. Dr. jur. habil. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge), München*

Der maßgeschneiderte Preis

Dynamische und individuelle Preise aus lauterkeitsrechtlicher Sicht

INHALT

- I. Bedeutungszuwachs dynamischer und individueller Preise
- II. Gang der Darstellung
- III. Preisänderungen und Preisdiskriminierung aus ökonomischer Sicht
 1. Preisänderungen
 2. Preisdiskriminierung
- IV. Kartellrechtliche Grenzen der Preisgestaltung
- V. Dynamische Preise
 1. Dynamische Preise in der Werbung

2. Digitale Preisschilder

3. Online-Handel

4. Preisschaukelei

VI. Gruppenpreise

1. Preisdiskriminierung wegen des Wohnsitzes

2. Gender Pricing

VII. Individualisierte Preise

1. Täuschung über die Markt- bzw. Anbieterbedingungen

2. Aggressive Geschäftspraxis

3. Personalisierte Preise als Fall der Verbrauchergeneral-klausel

VIII. Zusammenfassung

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 1180.

I. Bedeutungszuwachs dynamischer und individueller Preise

- 1 Sich verändernde Preise sind kein neues Phänomen. Namentlich Autofahrer, aber auch Vielflieger wissen das. Neu ist die Intensität. So sollen bei Amazon die Preise innerhalb weniger Stunden um bis zu 240% geschwankt haben bzw. innerhalb von drei Tagen 275 Mal geändert worden sein.¹⁾ Bei Media Markt in Ingolstadt konnte ausweislich der Frankfurter Allgemeinen der Kunde eine Waschmaschine am Montagabend für 499 €, am Dienstagmorgen für 449 € kaufen.²⁾ Selbst im Supermarkt ermöglichen mittlerweile digitale Preisschilder kurzfristige Preisadjustierungen.³⁾ Die Strategie dynamischer Preise (dynamic pricing) spiegelt letztlich direkt die Marktsituation. Höhere Nachfrage treibt den Preis, Zurückhaltung bei den Kunden lässt ihn fallen. Die Digitaltechnik tut dabei ihr Übriges: Marktveränderungen können nicht nur minutiös ausgewertet werden, sondern angepasste Preise können auch sofort angezeigt werden.
- 2 Während dynamische Preise (auch Flatterpreise)⁴⁾ unmittelbare Konsequenz von Angebot und Nachfrage sind, zielen individuelle Preise (individual pricing) auf die Zahlungsbereitschaft bestimmter Kundengruppen bzw. Kunden. Auch dies ist grundsätzlich nicht neu. Markenprodukte werden unter anderem Namen in preiswerterer Version vertrieben oder Luxusgüter in Sonderverkäufen an weniger zahlungsbereite Kunden abgesetzt. Frauen zahlen bisweilen für die gleichen Produkte in anderer Verpackung mehr als Männer (gender pricing)⁵⁾ und deutsche Touristen im Pariser Disneyland angeblich mehr als Einheimische.⁶⁾ Neu sind wiederum verbesserte technische Möglichkeiten: Während bisher auf die Erfahrung und das Geschick (geschulter) Verkäufer vertraut werden musste, lässt sich die individuelle Zahlungsbereitschaft durch die fortschreitende Digitalisierung immer klarer erkennen.⁷⁾ Das Wissen beispielsweise um das benutzte Endgerät,⁸⁾ den Standort bzw. die Wohngegend,⁹⁾ Kon-

sumgewohnheiten (etwa durch Auswertung von Kundenkarten) oder gar die persönliche Stimmung¹⁰⁾ erlaubt überlegtere wie individualisiertere Preisdiskriminierungsstrategien. Ist ein Kunde in der Vergangenheit viel gereist und überdurchschnittlich zahlungskräftig, kann es sein, dass diesem günstige Angebote erst gar nicht mehr angezeigt werden.¹¹⁾ Jeder Kunde findet – überspitzt formuliert – gleichsam sein eigenes Internet.¹²⁾ Klar ist: Je mehr (personenbezogene) Daten ausgewertet werden können, desto präziser lassen sich persönliche Präferenzen wie Spielräume für Ausgaben vermessen. Ein Produkt kann in Echtzeit nicht nur abgegrenzten Kundengruppen, sondern selbst für einen spezifischen Kunden entweder günstiger oder teurer, kurzum personalisiert, angeboten werden. Der maßgeschneiderte Preis wird zur Realität.

II. Gang der Darstellung

Ob dies rechtlich zulässig ist,¹³⁾ behandelt dieser Aufsatz. Nach einigen Gedanken zu Preisadjustierungen und Preisdiskriminierungen aus ökonomischer Sicht (III.) folgt ein kurzer Blick in das Kartellrecht (IV.). Kartellrechtlich sind freilich weniger die spezifischen Preisstrategien als begleitende Missbrauchsumstände von Bedeutung. Ungeachtet dessen muss insbesondere zwischen dynamischen Preisen (V.) und individualisierten Preisen unterschieden werden. Unter dynamischen Preisen werden hier Preisadjustierungen wegen Veränderungen der Marktlage verstanden (quantitative Preisgestaltung). Mit individualisierten Preisen ist der Zuschnitt eines Preises auf bestimmte Personen gemeint (qualitative Preisgestaltung). Beides kann miteinander kombiniert werden. Individualisierte Preise wiederum sind zum einen für bestimmte Gruppen (VI.), zum anderen für einzelne Personen denkbar (VII.). Auch wenn Preisdiskriminierungsstrategien grundsätzlich zulässig sind, können (jeweils) fehlende Transparenz, Missbrauch von Marktmacht und Verstöße gegen spezielle Diskriminierungsverbote ihre Rechtswidrigkeit begründen.

Ausgeklammert bleibt das Datenschutzrecht. Die präzise Ermittlung der Zahlungsbereitschaft für bestimmte Waren oder Dienstleistungen setzt zwar voraus, dass die persönlichen Verhältnisse vermessen werden. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist damit regelmäßig Vorbedingung für personalisierte Preise. Dem Datenschutzrecht kommt also durchaus Bedeutung zu. Von Interesse ist hier aber mehr die Zulässigkeit der Preisdiskriminierungsstrategie selbst, denn die rechtliche Würdigung der zur optimierten Preisberechnung erforderlichen Vorfeldhandlungen.¹⁴⁾ Es genügt hier daher der Hinweis, dass es gemäß § 12 Abs. 1 TMG bzw. § 4 Abs. 1 BDSG regelmäßig der Einwilligung des Betroffenen bedarf, namentlich dafür, dass seine personenbezogenen Daten zur Preisgestaltung verwendet werden (s. a. § 13 Abs. 1 TMG). Ob konkret formularmäßig erteilte Einwilligungen stets wirksam sind, ist dabei im Übrigen nicht selten fraglich.¹⁵⁾ Verstöße u. a. mit Blick auf Per-

1) *Riedl*, Studie zeigt: Preise bei Amazon schwanken um bis zu 240 Prozent, http://www.huffingtonpost.de/2015/02/25/zockt-uns-amazon-ab_n_6749748.html?utm_hp_ref=germany; <http://www.swr.de/marktcheck/dynamic-pricing/-/id=100834/did=16117742/nid=100834/1y8yazo/index.html>; *Bartsch*, Wann kaufe ich online am besten?, <http://www1.wdr.de/verbraucher/dynamische-preise100.html>; s. a. http://360pi.com/press_release/360pi-research-price-dynamic-retailers-change-prices-15-20-assortments-least-day-2/.

2) *Schneiders*, Jeder kriegt einen eigenen Preis, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/dynamische-preise-das-ende-des-einheitspreises-13522679.html>.

3) *Gassmann*, Mit dem Elektro-Preisschild drohen Flatterpreise, <http://www.welt.de/wirtschaft/article131714186/Mit-dem-Elektro-Preisschild-drohen-Flatterpreise.html>; *Kirchhoff*, Die Preise werden smart, <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/supermaerkte-fuehren-elektronische-preisschilder-ein-13861171.html>.

4) Vgl. *Wenglorz*, in: Büscher/Glückner/Nordemann/Osterrieth/Rengier (Hrsg.), Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag, 2016, S. 957, 959 f. und zu „Individualisierung“ S. 960 f.

5) New York City Department of Consumer Affairs (Hrsg.), From Cradle to Cane: The Cost of Being a Female Consumer. A Study of Gender Pricing in New York City, Studie abrufbar unter <http://www1.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC.pdf>; s. a. *Stievers*, Was es kostet, eine Frau zu sein, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/laut-us-studie-zahlen-frauen-fuer-produkte-mehr-als-maenner-14079197.html>; ähnlich die Verbraucherzentrale Hamburg, <http://www.vzhh.de/presse/373155/frauen-zahlen-mehr.aspx>; vgl. aber auch *Heckendorf*, Die Zukunft der Preise, <http://www.zeit.de/campus/2016/01/preise-vergleich-unternehmen-politik-parship-produkte>; zu Preisdiskriminierungen bereits *Pigou*, The Economics of Welfare, 4. Aufl. 1962, S. 302 ff.

6) Vgl. <https://www.umwelt.nrw.de/verbraucherschutz-ernaehrung/verbraucherschutz-im-alltag/digitaler-verbraucherschutz/personalisierte-preise/>; <http://www.zeit.de/gesellschaft/2015-07/disneyland-paris-eintritt-europaeische-kommission>.

7) Vgl. *Schneiders* (Fn. 2); *Hecking*, Die Entdeckung des gläsernen Kunden, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/handel/dynamische-preise-der-glaeserne-kunde-a-999780.html>; *Grassegger*, Jeder hat seinen Preis, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2014-10/absolute-preisdiskriminierung>; *Rott*, VuR 2015, 163, 164 f.; *Kerber*, GRUR Int. 2016, 4.

8) Apple-Kunden sollen angeblich mehr zahlen, vgl. http://www.chip.de/news/Fieser-Preistrick-bei-Ama-zon-Apple-Nutzer-zahlen-mehr-aus-Gruenden_84837549.html; s. aber <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/online-handel-amazon-chef-wir-passen-den-preis-dem-kunden-an-1.2717342>.

9) Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Grauzone-im-Internet-Individuelle-Preise-heftig-umstritten-3089243.html>.

10) *Puscher*, Dem Kunden auf den Fersen, <http://handelsjournal.de/2015/03/16/allgemein/simoneschwan/9503/>.

11) *Heckendorf*, Die Zukunft der Preise, <http://www.zeit.de/campus/2016/01/preise-vergleich-unternehmen-politik-parship-produkte>.

12) Vgl. *Reisch/Büchel/Joost/Zander-Hayat*, Digitale Welt und Handel. Verbraucher im personalisierten Online-Handel, 2016, S. 21 (dort Fn. 57), https://www.bmjuv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/01192016_Digitale_Welt_und_Handel.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

13) Überblick über rechtliche Probleme *Schmidt*, Davon träumen Kapitalisten und Sozialisten: Dynamische und individualisierte Preise, <https://www.datenschutz-notizen.de/davon-traeumen-kapitalisten-und-sozialisten-dynamische-und-individualisierte-preise-4913912/>; eine andere Frage ist die Sinnhaftigkeit unter Marketinggesichtspunkten.

14) Vgl. auch § 28b BDSG: Zwar ist Scoring als solches nicht verboten. Die dafür erforderliche Datenerhebung bzw. -verarbeitung wird aber nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

15) Vgl. *Kühling/Seidel/Sivridis*, Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2015, 2. Kap. Rn. 299 ff., 317, 322; bereits *Köhler*, BB 2001, 265, 267.

sönlichkeitsprofile sind nunmehr über § 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG zugleich durch Verbraucherverbände verfolgbar.¹⁶⁾ Dynamische Preise lassen sich demgegenüber auch ohne persönliche Daten kalkulieren. Wird ein Produkt im Online-Handel häufiger betrachtet oder gekauft, kann der Preis steigen, ohne dass es dabei speziell auf die Verarbeitung personenbezogener Daten ankommt (vgl. aber § 15 Abs. 3 TMG).

III. Preisänderungen und Preisdiskriminierung aus ökonomischer Sicht

5 Während Veränderungen des Preises auf funktionierenden Märkten ökonomisch gewünschter Ausdruck von Veränderungen von Angebot und Nachfrage sind (1.), erlauben Preisdiskriminierungsstrategien Renten abzuschöpfen (2.).

1. Preisänderungen

6 Die Preisbildung erscheint ökonomisch als Spiegel von Angebot und Nachfrage. Vor allem höhere Nachfrage bei gleichbleibendem Angebot (z. B. Berghütten über Silvester) führt zu höheren Preisen. Es geht dabei um einen grundlegenden Marktmechanismus, letztlich um effiziente Ressourcenverteilung. In der Ökonomie wird dabei auf die steuernde Kraft des Marktes vertraut. Mit Blick auf zunehmende Preisdifferenzierungen selbst bei Alltagsprodukten fürchten manche dennoch, dass dies die Händler ungebührlich profitieren lasse.¹⁷⁾ Andere sehen Chancen für Verbraucher. Klar ist, dass von stärker nachfrageorientierten Preisen vor allem jene profitieren, die Urlaub in der Nebensaison oder Einkäufe im Supermarkt zu weniger beliebten Zeiten machen können. Anreize, das eigene Einkaufsverhalten jenseits der Stoßzeiten zu planen oder Internetangebote kritisch zu vergleichen, sind gleichwohl nicht zwingend negativ. Im Übrigen erscheint es auch umgekehrt legitim, Preise zeitlich oder räumlich zu senken, um neue Nachfrage zu generieren. Dass die Preise für Bier und Chips vor Fußballspielen steigen könnten, rechtfertigt ebenfalls keinen regulatorischen Eingriff. Im Gegenteil: Es darf erwartet werden, dass einzelne Konkurrenten darauf mit gezielten, günstigen Angeboten („Bei uns auch vor der Sportschau günstig“) reagieren. Selbst der berufstätige Verbraucher kann in Online-Angeboten von Supermärkten Alternativen finden. Preisanpassungen sind ökonomisch im Grundsatz unproblematisch.

2. Preisdiskriminierung

7 Unter Preisdiskriminierung verstehen Ökonomen unterschiedliche Preise für unterschiedliche Personen für ein bestimmtes Produkt. Im Falle Preisdiskriminierungen erster Ordnung variieren die Preise nach individueller Zahlungsbereitschaft. Preisdiskriminierung zweiter Ordnung meint, dass Preise abhängig von abgenommener Menge, Qualität oder auch dem Zeitpunkt sind. Werden von unterschiedlichen Konsumentengruppen unterschiedliche Preise verlangt, spricht man von Preisdiskriminierungen dritter Ordnung.¹⁸⁾ Auch wenn sich generalisierende Aussagen verbieten, wird Preisdiskriminierung vielfach positiv beurteilt (vgl. aber zu Preisdiskriminierung als Missbrauch u. IV.). Dank unterschiedlicher Preise lassen sich für Anbieter neue Nachfragesegmente erschließen.¹⁹⁾ Oder umgekehrt: Nachfrager mit geringerer Zahlungsbereitschaft können dennoch ein bestimmtes Produkt erwerben (z. B. in Sonderverkäufen). Einer sozial erwünschten größeren Verbreitung (z. B. von Büchern

dank billigerer Taschenbuchauflagen) stehen höhere Gewinne der Veräußerer gegenüber, was wiederum als positiver Anreiz für die Produktion (namentlich bei Immaterialgütern) gewertet werden kann.²⁰⁾ Kurzum: Wohlfahrtsverluste (deadweight losses) können durch Preisdiskriminierungsstrategien (zumindest theoretisch) vermindert werden.²¹⁾ Auch individuelle Rabatte können den Wettbewerb beleben.²²⁾ Nicht zuletzt wird der soziale Aspekt, aber auch Fairness²³⁾ betont. Festpreise sollen tendenziell Ärmere benachteiligen. Nachfrager mit höherer Zahlungsbereitschaft profitieren von aus ihrer Sicht günstigeren Durchschnittspreisen, während ärmere Nachfrager übergangen werden. Unterschiedliche Preise können demgegenüber dazu führen, dass Rabatte für Ärmere durch Leute mit höherer Zahlungsbereitschaft gleichsam quersubventioniert werden.²⁴⁾ Müssen Nachlässe freilich individuell ausgehandelt werden, droht die Benachteiligung schwächerer Verbraucher.²⁵⁾ Fest- und Einheitspreise können zudem transaktionskostensenkend und transparenzfördernd wirken.²⁶⁾ Ob die praktische Schwierigkeit, unterschiedliche Zahlungsbereitschaften zu erkennen,²⁷⁾ weiter als Einwand taugt, ist indes fraglich (o. I.).

IV. Kartellrechtliche Grenzen der Preisgestaltung

8 Während (bisweilen freilich schwer nachzuweisende) Absprachen²⁸⁾ über Preise kartellrechtlich gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB grundsätzlich verboten sind, kann die Preisgestaltung vor allem unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung missbräuchlich sein.²⁹⁾ Das Kartellrecht verbietet im Ausgangspunkt unterschiedliche Preise gegenüber unterschiedlichen Vertragspartnern nicht.³⁰⁾ Ist aber der Wettbewerb dadurch begrenzt, dass einem Unternehmen Marktmacht zukommt, sind also grundlegende Marktmechanismen außer Kraft, sind Preisdiskriminierungen nicht mehr ohne weiteres zulässig. Gleichbehandlungspflichten sind hier wettbewerbspolitisch motiviert.³¹⁾ Konkret verbietet Art. 102 S. 2 lit. a AEUV den Ausbeutungsmissbrauch.³²⁾ Im Grundsatz wird eine Kontrolle von Preisen, namentlich Preisen gegenüber Verbrauchern, ermöglicht.³³⁾ § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB wertet es als missbräuchlich, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Eine Preis- und Konditionenspaltung kann auch nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB (s. a. Art. 102 S. 2 lit. c AEUV) missbräuchlich sein.³⁴⁾ Strategien dynamischer oder individualisierter Preise können damit kartellrechtlich kontrolliert werden – nicht aber wegen der Strategie als solcher, sondern wegen ihrer Umsetzung aus einer marktbeherrschenden Stellung heraus. Nur wenn der Preisgestaltungsspielraum nicht hinreichend durch den Wettbe-

16) Jaschinski/Piltz, WRP 2016, 420 ff.; zur lauterkeitsrechtlichen Durchsetzbarkeit *Galetzka*, in: Taeger (Hrsg.), *Big Data & Co*, 2014, S. 485, 488 ff.

17) Vgl. http://www.deutschlandradiokultur.de/digitale-preisschilder-kein-segen-fuer-den-verbraucher.1008.de.html?dram:article_id=333213.

18) Vgl. Kerber, ZGE/IPJ 2016, 149, 156 ff. mit Fn. 24.

19) Vgl. Peukert, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, S. 11, 40; differenzierend vgl. Kerber, GRUR Int. 2016, 4 f.

20) Kerber, ZGE/IPJ 2016, 149, 156 ff.

21) Vgl. Kerber, ZGE/IPJ 2016, 149, 156 ff.; Puig, JIPITEC 2013, 159, 168 f.; Boyle, 53 Vand. L. Rev. (2000) 2007, 2021 ff.; Krugman/Wells, *Economics*, 4. Aufl. 2015, S. 407 ff.

22) Köhler, BB 2001, 265, 266.

23) Dazu Spiekermann, *Individual Price Discrimination – An impossibility*, <http://ec-wu.at/spiekermann/publications/individual%20price%20discrimination.pdf>.

24) Schneiders (Fn. 2).

25) Köhler, BB 2001, 265, 266.

26) Vgl. Köhler, BB 2001, 265, 266 f.

27) Peukert, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), (Fn. 19), S. 11, 40.

28) Mit Blick auf die Praxis an Tankstellen wurde § 47k GWB geschaffen.

29) Kampfpreise (vgl. Emmerich, *Kartellrecht*, 13. Aufl. 2014, § 10 Rn. 50 ff.) sind wiederum kein spezifischer Fall dynamischer bzw. individualisierter Preise.

30) Deister, in: Schulte/Just (Hrsg.), *Kartellrecht*, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 2.

31) Grünberger, *Personale Gleichheit*, 2012, S. 518 f. und S. 412.

32) Emmerich (Fn. 29), § 10 Rn. 13 ff.

33) Fuchs/Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, *EU-Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl. 2012, Art. 102 Rn. 168 ff.

34) Vgl. Emmerich (Fn. 29), § 27 Rn. 113 ff., 122 ff.; Deister, in: Schulte/Just (Fn. 30), § 19 Rn. 147 ff., 155 ff.

werb beschränkt ist, bedarf es eines Eingriffs.³⁵⁾ Auf diesen Gedanken wird bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung zurückzukommen sein (u. VII. 3.).

V. Dynamische Preise

- 9 Preisänderungen infolge veränderter Marktlage (dynamische Preise, o. I.) sind unmittelbarer Ausfluss einer Preisbildung auf freien Märkten. Sowohl die Höhe des Preises als auch betriebswirtschaftliche Kalkulationen zu seiner Berechnung unterliegen grundsätzlich keiner rechtlichen Kontrolle.³⁶⁾ Der Unternehmer muss Details seiner Preispolitik vor allem auch nicht über § 5a Abs. 2 UWG offenlegen. Nach dem BGH kann ein Gewerbetreibender grundsätzlich „seine allgemein angekündigten Preise zu jedem ihm sinnvoll erscheinenden Zeitpunkt nach Belieben erhöhen oder senken“.³⁷⁾ Es gilt der Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit.³⁸⁾ Einen objektiv richtigen Marktpreis gibt es nicht.³⁹⁾ Auch wenn Preisänderungen – selbst solche, die das gesamte Angebot betreffen⁴⁰⁾ – grundsätzlich (auch mehr als einmal täglich)⁴¹⁾ zulässig sind, bedarf es hinreichender Transparenz über die Veränderungen. Dem Prinzip der Preisgestaltungsfreiheit stehen die Prinzipien der Preiswahrheit (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG) und Preisklarheit (vgl. § 1 Abs. 6 S. 1 PAngV) gegenüber.⁴²⁾

1. Dynamische Preise in der Werbung

- 10 Die Strategie dynamischer Preise kann namentlich aufgrund von Werbung unter Angabe von Preisen in Konflikt mit Irreführungsverboten geraten. Weichen in der Werbung angegebene Preise vom tatsächlich verlangten Preis zum Nachteil des Kunden an der Kasse ab, kann darin eine unlautere, weil gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG irreführende geschäftliche Handlung liegen.⁴³⁾ Werden Waren unter Angabe von Preisen beworben, dürfen diese nicht niedriger sein als der im Laden ausgewiesene Preis.⁴⁴⁾ Selbst wenn der Verbraucher an sich verändernde Preise in Supermärkten etc. gewohnt wäre, rechnet er damit, dass die Angaben der Werbung – zumal bei verringertem organisatorischem Aufwand⁴⁵⁾ dank digitaler Preisschilder – zutreffen. Eine durch divergierende Preisankündigungen begründete Irreführung wegen unwahrer Angaben über den Preis ist zudem geeignet, Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten. Etwas anderes gilt nur,

wenn dem Kunden an der Kasse unaufgefordert der niedrigere Preis aus der Werbung berechnet wird.⁴⁶⁾ Dann fehlt es an der wettbewerbsrechtlichen Relevanz gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 UWG.⁴⁷⁾

Will ein Händler seine Preise kurzfristig nach oben anpassen, ist damit Werbung unter Angabe von Preisen grundsätzlich nicht möglich. Helfen kann dann nur ein – deutlich sichtbarer⁴⁸⁾ – Vorbehalt in der Werbung, die Preise nachfragebedingt anzupassen.⁴⁹⁾ Zwar sind Änderungsvorbehalte gemäß § 1 Abs. 5 PAngV nur begrenzt zulässig. Ob diese Vorschrift aber, soweit sie sich auf Werbung unter Angabe von Preisen bezieht, mit Art. 7 Abs. 4 lit. c UGP-RL vereinbar ist, ist nicht frei von Zweifeln.⁵⁰⁾ Einen Ausweg kann ferner eine zeitliche Begrenzung der beworbenen Angebote bringen, was wiederum transparent erfolgen muss. Generell gilt: Werbung für Preisnachlässe kann irreführend sein, wenn Höhe, Dauer, Ausmaß und Grund nicht richtig dargestellt sind.⁵¹⁾ Die Ankündigung (kurzfristiger) Rabattaktionen und deren lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit (vgl. insbesondere Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG Nr. 5⁵²⁾ und Nr. 7; § 5 Abs. 4 UWG) ist freilich kein spezifisches Problem dynamischer Preise.

2. Digitale Preisschilder

Irreführungspotenzial enthalten auch digitale Preisschilder. Während in der Werbung auf Preise verzichtet werden kann (dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV und § 5a Abs. 3 UWG),⁵³⁾ müssen gemäß § 4 Abs. 1 PAngV Waren, die der Verbraucher direkt Regalen etc. entnehmen kann, mit Preisen ausgezeichnet sein. Selbst wenn man diese Bestimmung (vor dem Hintergrund von Art. 7 Abs. 4 lit. c UGP-RL) für unionsrechtswidrig hält,⁵⁴⁾ werden an den Regalen Preise faktisch (nicht zuletzt aus Gründen der Kundenerwartung) ausgezeichnet. Kurzfristige Preisveränderungen führen zum Problem, dass der so ausgewiesene Preis (oder auch auf außerhalb des Kassensbereichs auf Nachfrage mitgeteilte Preis) mit dem Preis an der Kasse nicht übereinstimmt. Soweit das Produkt günstiger wird, ist dies wettbewerbsrechtlich belanglos.⁵⁵⁾ Da der Verbraucher das Produkt selbst zum teureren Preis gewählt hat, hätte er es erst Recht zum günstigeren Preis abgenommen. Er wird zu keiner geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die er andernfalls nicht getroffen hätte.⁵⁶⁾ Der nach geschriebenem Recht bestehende Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 6, § 4 Abs. 1 PAngV fällt nicht ins Gewicht.⁵⁷⁾ Wird das Produkt aber an der Kasse zu einem höheren Preis berechnet, ist die unwahre Angabe am Regal über den tatsächlich geforderten Preis nicht nur eine Irreführung, sondern auch für die Kaufentscheidung relevant. Selbst wenn sich der Kunde in der Umstellungsphase auf Nachfrage auf den Regalpreis berufen kann, ändert dies nichts.⁵⁸⁾

Einzelhändler haben damit in Selbstbedienungsläden praktische Schwierigkeiten, Preise außerhalb der Geschäftszeiten umzustellen. Kurzfristige Preisumstellungen wären freilich dann denk-

35) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 34. Aufl. 2016, § 5 Rn. 7.14.

36) Mit Blick auf § 307 Abs. 3 BGB *Stadler*, in: Jauernig, BGB, 16. Aufl. 2015, § 307 Rn. 15.

37) BGH, 13.03.2003 – I ZR 212/00, WRP 2003, 742, 743 – Umgekehrte Versteigerung II.

38) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.12.

39) Vgl. BGH, 29.06.1979 – I ZR 65/76, WM 1979, 1190, 1191 – Münzautomatenhersteller; BGH, 13.03.2003 – I ZR 212/00, WRP 2003, 742, 743 – Umgekehrte Versteigerung II.

40) Es gilt kein Sonderveranstaltungsverbot, vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Nr. 7.8; s. a. § 9 Abs. 2 PAngV.

41) Vgl. mit Blick auf Tankstellen zur Rechtslage in Österreich *Knauff*, Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 47k Rn. 2 (dort Fn. 6).

42) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.2; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), PAngV Vorb. Rn. 2; s. a. *Wenglorz*, in: Büscher/Glöckner/Nordemann/Osterrieth/Rengier (Hrsg.) (Fn. 4), S. 957, 962 f.

43) Teils wird hier von Preisschaukelei gesprochen, vgl. BGH, 14.11.1985 – I ZR 168/83, WRP 1986, 202, 203 – Unterschiedliche Preisankündigung.

44) BGH, 29.06.2000 – I ZR 29/98, WRP 2000, 1258, 1260 – Filialleiterfehler; OLG Hamm, 25.01.1983 – 4 U 200/82, GRUR 1983, 453, 454 – Simultane Preisschaukelei; OLG Frankfurt a. M., 03.03.2011 – 6 U 231/09, GRUR-RR 2011, 193, 194 – Abweichende Filial-Preise; *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.2 und Rn. 7.17.

45) Vgl. dazu *Reuthal*, GRUR 1989, 173, 174 ff., 175.

46) Vgl. BGH, 30.03.1988 – I ZR 101/86, WRP 1989, 11, 12 f. – Konfitüre; s. a. BGH, 14.11.1985 – I ZR 168/83, WRP 1986, 202, 203 – Unterschiedliche Preisankündigung.

47) Vgl. BGH, 04.10.2007 – I ZR 182/05, WRP 2008, 659 Rn. 10 f. und Rn. 14 f. – Fehlerhafte Preisauszeichnung.

48) OLG Frankfurt a. M., 03.03.2011 – 6 U 231/09, GRUR-RR 2011, 193, 194 – Abweichende Filial-Preise.

49) Vgl. BGH, 29.04.2010 – I ZR 23/08, WRP 2010, 872 Rn. 19 ff. – Costa del Sol, allerdings mit Blick auf § 4 Abs. 2 BGB-InfoV.

50) *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 1 PAngV Rn. 1b f. und Rn. 30.

51) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.7.

52) LG Berlin, 01.03.2012 – 91 O 27/11, MMR 2012, 378, 379 – Cyber Monday.

53) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.2a und 7.4; OLG Düsseldorf, 29.01.2015 – I-2 U 29/14, WRP 2015, 467, 468.

54) *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 4 PAngV Rn. 4; OLG Düsseldorf, 29.01.2015 – I-2 U 29/14, WRP 2015, 467, 471 f.; s. a. EuGH, 08.09.2015 – C-13/15, GRUR Int. 2015, 1140 Rn. 41 – Discount und *Köhler*, WRP 2016, 541 ff.

55) Vgl. BGH, 14.11.1985 – I ZR 168/83, WRP 1986, 202, 203 – Unterschiedliche Preisankündigung.

56) Vgl. BGH, 04.10.2007 – I ZR 182/05, WRP 2008, 659 Rn. 11 – Fehlerhafte Preisauszeichnung; vgl. *Busche*, in: MünchKomm, UWG, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 441.

57) Vgl. BGH, 04.10.2007 – I ZR 182/05, WRP 2008, 659 Rn. 15 – Fehlerhafte Preisauszeichnung.

58) Vgl. BGH, 30.03.1988 – I ZR 101/86, WRP 1989, 11, 12 f. – Konfitüre.

Hofmann, Der maßgeschneiderte Preis

bar, wenn es technisch möglich ist, den für einen konkreten Kunden am Regal angezeigten Preis auch an der Kasse zu verlangen, selbst wenn zwischenzeitlich Anpassungen vorgenommen werden. Denkbar wäre auch ein deutlicher Hinweis⁵⁹⁾ auf sich verändernde Preise am Eingang oder Regal. Kein spezifisches Problem dynamischer Preise wiederum sind unterschiedlich ausgestaltete Preise innerhalb eines Ladens. Soweit kenntlich gemacht ist, dass eine bestimmte Zahl von Produkten zu einem günstigeren Preis verkauft wird als andere, ist eine solche Preisspaltung selbst in einem einzigen Ladenlokal möglich.⁶⁰⁾

3. Online-Handel

- 14 Im Online-Handel bereitet die Divergenz zwischen abgerechnetem Preis und ausgezeichnetem Preis (vgl. Art. 246a § 1 Nr. 4 EGBGB) hingegen keine technischen Schwierigkeiten. Die Zuordnung einer konkreten Ware mit einer konkreten Preisauszeichnung zu einem konkreten Kunden ist ohne weiteres möglich. Um eine Irreführung zu vermeiden, muss der ausgezeichnete Preis allerdings mit dem im Warenkorb bzw. an der virtuellen Kasse angezeigten Preis übereinstimmen. Besondere Aktualitätsanforderungen gelten dabei auch für Preisangaben auf Preisvergleichsportalen.⁶¹⁾ Da der Verbraucher eine „höchstmögliche Aktualität“ erwartet, stellen veraltete, im Grunde nicht sofort aktualisierte Informationen in Preissuchmaschinen irreführende geschäftliche Handlungen dar (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UWG).⁶²⁾

4. Preisschaukelei

- 15 Eine Irreführung kann sich sowohl in Selbstbedienungsläden als auch im Online-Handel daraus ergeben, dass Preise systematisch (zur Verschleierung von Mondpreisen)⁶³⁾ bzw. willkürlich, also grundlos,⁶⁴⁾ herauf- und herabgesetzt werden.⁶⁵⁾ Nicht durch die Marktlage gebotene Preiswechsel können den Eindruck einer unwiederholbaren, besonders günstigen Gelegenheit zum Kauf hervorrufen.⁶⁶⁾ Eine derartige „Preisschaukelei“ kann geeignet sein, die Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite über den tatsächlich maßgebenden Preis irrezuführen.⁶⁷⁾ Der Bundesgerichtshof hat in einer älteren Entscheidung ferner darauf hingewiesen, dass selbst ohne Irreführung schwankende Preise „jedenfalls zu einer großen Unsicherheit des Verkehrs über die künftigen Preise [führen können], aber auch über die wahre Preislage, nämlich ob der gegenwärtige Preis entsprechend der Ankündigung der Bekl. als günstiger, d. h. im Verhältnis zu einem kaufmännisch normal kalkulierten Preis der Bekl. als niedrigerer Preis anzusehen ist“.⁶⁸⁾
- 16 Im Falle dynamischer Preise verschleiert der Anbieter sein Preisniveau jedoch nicht. Er reagiert einzig auf Veränderungen der Marktsituation;⁶⁹⁾ es geht gerade nicht wie in der Fallgruppe der „Preisschaukelei“ darum, Preissenkungen (auf Basis von Mond-

preisen) oder einmalig günstige Kaufgelegenheiten vorzutäuschen.⁷⁰⁾ Den eigentlichen Preis, der verdunkelt werden soll, gibt es gerade nicht. Eine willkürliche Preisanpassung liegt nicht vor,⁷¹⁾ da Preisveränderungen ihren Grund in Veränderungen im Verhältnis von Angebot und Nachfrage finden. Das ist das Wesen von Marktpreisen.⁷²⁾

Es handelt sich nach geltendem UWG daher auch nicht um eine aggressive Geschäftspraxis. Die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wird nicht wesentlich eingeschränkt (vgl. § 4a Abs. 1 S. 3 UWG). Gerade der preissensible Verbraucher darf damit rechnen, dass günstige Preise sich zu ungünstigen Geschäftszeiten wiederholen. Unreflektierte Vorratskäufe sind nicht zu befürchten. Der Verbraucher wird sein Einkaufsverhalten entsprechend anpassen und „Randzeiten“ für günstige Angebote gezielt nutzen. Vor dem Hintergrund der marktwirtschaftlich gebotenen Preisgestaltungsfreiheit und dem modernen Verbraucherleitbild scheidet auch eine Anwendung der Verbrauchergeneralklausel nach § 3 Abs. 2 UWG aus. Eine „wettbewerbswidrige Verunsicherung“ lässt sich nicht begründen.⁷³⁾

Eine andere Frage ist, wann im Falle sich verändernder Preise an der Kasse Verträge zustande kommen.⁷⁴⁾ Hat sich der Preis zwischenzeitlich geändert, lägen erst mit der Zustimmung des Kunden zum neuen, durch den Kassierer gemachten Angebot zwei übereinstimmende Willenserklärungen vor. Kommt man über die Auslegung (Angebot des Kunden zu verstehen als Kaufangebot zum jetzt gültigen Preis) zu einem Vertragsschluss, besteht eine Anfechtungsmöglichkeit (beachte § 122 Abs. 2 BGB). Der Kunde könnte die Bezahlung im Falle einer kurzfristigen Erhöhung also ablehnen, auch wenn ihm dies wegen verhaltenswissenschaftlich nachgewiesenen Besitzeffektes (endowment effect)⁷⁵⁾ womöglich schwer fällt. Sofern dies aber nicht systematisch ausgenutzt wird, kann daraus allein Unlauterkeit nicht abgeleitet werden.

VI. Gruppenpreise

Preisdifferenzierungen in unterschiedlichen Vertriebskanälen oder gegenüber unterschiedlichen Zielgruppen sind im Grundsatz (Ausnahme: gesetzliche Preisbindungen) ebenfalls zulässig.⁷⁶⁾ Einem Angebot kann zum einen nicht die Behauptung entnommen werden, dass diese Ware überall zum gleichen Preis erworben werden kann. Eine Irreführung lässt sich auch nicht dadurch begründen, dass gleiche bzw. gleichartige Produkte unter verschiedenen Marken vertrieben werden. Die unterschiedliche Marke ist gerade selbst ein preisentscheidender Faktor.⁷⁷⁾ Zum anderen gibt es nach herrschender Meinung kein generelles Gleichbehandlungsgebot⁷⁸⁾ bzw. kein allgemeines Diskriminierungsverbot.⁷⁹⁾ Nicht jeder bzw. nicht jede Gruppe muss den

59) Vgl. OLG Frankfurt a. M., 03.03.2011 – 6 U 231/09, GRUR-RR 2011, 193, 194 – Abweichende Filial-Preise.

60) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.15.

61) Vgl. BGH, 11.03.2010 – I ZR 123/08, WRP 2010, 1246 – Espressoemaschine.

62) BGH, 11.03.2010 – I ZR 123/08, WRP 2010, 1246 Rn. 10 f. – Espressoemaschine.

63) Zur Irreführung durch Rabattgewährung auf Basis künstlich überhöhter Mondpreise *Steinbeck*, ZIP 2001, 1741, 1746.

64) BGH, 14.11.1985 – I ZR 168/83, WRP 1986, 202, 203 – Unterschiedliche Preisan-kündigung; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 9. Aufl. 2012, § 16 Rn. 7.

65) BGH, 13.03.2003 – I ZR 212/00, WRP 2003, 742, 743 – Umgekehrte Versteigerung II; OLG Hamm, 25.01.1983 – 4 U 200/82, GRUR 1983, 453, 454 – Simultane Preisschaukelei.

66) *Gamm*, Wettbewerbsrecht, Band 1, 5. Aufl. 1987, 25. Kap. Rn. 49; vgl. auch KG, 03.04.1979 – 5 U 4886/78, GRUR 1979, 725, 726 – Preisschaukelei.

67) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.12 und Rn. 7.2a; *Emmerich* (Fn. 64), § 16 Rn. 7; *Busche*, in: MünchKomm (Fn. 56), § 5 Rn. 440; zurückhaltend *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 5 Rn. 454.

68) BGH, 14.12.1973 – I ZR 36/72, WRP 1974, 149, 151 – Campagne; vgl. BGH, 14.11.1985 – I ZR 168/83, WRP 1986, 202, 203 – Unterschiedliche Preisan-kündigung; s. a. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.13.

69) Dazu OLG Hamm, 24.10.1989 – 4 U 96/89, GRUR 1990, 627, 628 – Preisschaukelei.

70) Dazu vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.71.

71) Allgemein kritisch zur Fallgruppe Preisschaukelei *Lindacher*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Hrsg.), UWG, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 697; s. a. OLG Düsseldorf, 18.12.1986 – 2 U 1/86, WRP 1987, 250, 251 f. – Preisschaukelei.

72) Vgl. BGH, 13.03.2003 – I ZR 212/00, WRP 2003, 742, 743 – Umgekehrte Versteigerung II.

73) Vgl. für die Fallgruppe der Preisschaukelei *Gamm* (Fn. 66), 25. Kap. Rn. 49; BGH, 14.11.1985 – I ZR 168/83, WRP 1986, 202, 203 – Unterschiedliche Preisan-kündigung.

74) Vgl. *Armbrüster*, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 145 Rn. 10.

75) Vgl. *Englerth*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, § 7, S. 188 ff.; s. a. *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, 3 ff.

76) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.14 und Rn. 7.18; *Busche*, in: MünchKomm (Fn. 56), § 5 Rn. 437; *Krebs/Becker*, Lexikon des Wettbewerbsrechts, 2015, Stichwort Diskriminierungsverbot, S. 74.

77) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.16; s. a. *Lindacher*, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 71), § 5 Rn. 694.

78) *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.14; vgl. aber *Grünberger* (Fn. 31), S. 54 ff., 453 ff., 456, 842 ff., 846.

79) *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 67), § 4.10 Rn. 10/17; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, 33. Aufl. 2015, § 4 Rn. 10.210 und Rn. 10.212.

gleichen Preis bekommen. Bestimmte Diskriminierungen sind gleichwohl verboten; Verstöße sind mittels des Lauterkeitsrechts sanktionierbar.⁸⁰⁾

1. Preisdiskriminierung wegen des Wohnsitzes

20 Problematisch sind namentlich Diskriminierungen aus Gründen des Wohnsitzes vor allem bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Bei Geschäften im Internet lässt sich anhand der IP-Adresse der Standort des Kunden ermitteln. Man spricht von Geolokalisierung.⁸¹⁾ Bucht beispielsweise ein deutscher Nutzer bei einem französischen Anbieter einen Mietwagen an einem deutschen Standort und muss er ausschließlich wegen seines Wohnsitzes (der ggf. auch durch eine explizite Abfrage ermittelt wird) einen höheren Preis als ein französischer Nachfrager zahlen,⁸²⁾ kann hierin eine unterschiedliche Behandlung allein wegen des Wohnsitzes liegen. Der Standort der Buchung wird regelmäßig der Wohnsitz sein, so dass eine Differenzierung anhand des momentanen Aufenthaltsstaats als mittelbare Diskriminierung anhand des Wohnsitzes in Betracht kommen kann.⁸³⁾ Im Falle von Dienstleistungen steht ein Verstoß gegen § 5 Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung (DL-InfoV), die auf Art. 20 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie beruht, im Raum. Demnach darf ein Dienstleistungserbringer keine Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung bekannt machen, die auf der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitz des Dienstleistungsempfängers beruhende diskriminierende Bestimmungen enthalten. Maßgeblich ist dabei zumindest nach teils vertretener Ansicht die diskriminierende Wirkung als solche – selbst wenn diese verdeckt erfolgt.⁸⁴⁾ Unterschiedliche Zahlungsbereitschaften könnten freilich eine Rechtfertigung bieten. Dagegen spricht, dass dies das Diskriminierungsverbot allgemein aushebeln würde; es kommt zu einer Aufteilung der Märkte.⁸⁵⁾ Dafür spricht allerdings, dass das Lohnniveau in sämtlichen Mitgliedstaaten nicht einheitlich ist; Preisdiskriminierungen können ökonomisch sinnvoll sein.⁸⁶⁾ In jedem Fall wird § 5 DL-InfoV als Marktverhaltensregelung eingestuft.⁸⁷⁾ Über §§ 3 Abs. 1, 3a UWG kann ein solche Geschäftspraxis daher über das Lauterkeitsrecht unterbunden werden.⁸⁸⁾

21 Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob Preisdiskriminierungen beim Vertrieb von Produkten im grenzüberschreitenden Online-Handel zulässig sind. Denkbar wäre ein Verstoß gegen Art. 18 AEUV.⁸⁹⁾ Preisdiskriminierungen wegen der regionalen Herkunft (z. B. Bestellung aus einem als wohlhabend geltenden Stadtviertel) begründen hingegen keinen Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot. § 19 AGG (= Marktverhaltensregel i. S. v. § 3a UWG)⁹⁰⁾ kennt zwar u. a. die ethnische, nicht aber die regionale Herkunft als ein verpöndes Diskriminierungsmerkmal.⁹¹⁾ Ver-

langt der Anbieter wohnortspezifisch, aber auch wegen der Nutzung eines auf eine höhere Zahlungsbereitschaft hinweisenden Endgerätes einen höheren Preis, könnte darin aber eine unlautere geschäftliche Handlung gemäß § 5a Abs. 2 UWG liegen (näher u. VII.).

2. Gender Pricing

Männern und Frauen werden bisweilen Waren oder Dienstleistungen zu unterschiedlichen Preisen angeboten.⁹²⁾ Ein explizites Verbot derartiger Praktiken findet sich etwa in Kalifornien. In Sec. 51.6 California Civil Code wird vorgeschrieben: „No business establishment of any kind whatsoever may discriminate, with respect to the price charged for services of similar or like kind, against a person because of the person’s gender.“ Im deutschen Recht ist allgemeiner eine Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung und Durchführung namentlich von Massengeschäften gemäß § 19 Abs. 1 AGG untersagt. Ob allein die höhere Zahlungsbereitschaft von Frauen respektive Männern eine unterschiedliche Preisgestaltung rechtfertigt (vgl. § 20 Abs. 1 AGG), ist sehr fraglich.⁹³⁾ Mit Blick auf die Berechnung von Versicherungsprämien hat der EuGH gar Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG, in dem es u. a. heißt, dass proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zugelassen werden können, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist, vor dem Hintergrund primärrechtlicher Gleichbehandlungsgebote (u. a. Art. 21, 23 EU-Grundrechtecharta) für nichtig erklärt.⁹⁴⁾ Während von anderen (stärker) auf die Bedeutung der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 EU-Grundrechtecharta) hingewiesen wird,⁹⁵⁾ zeigt die Rechtsprechung des EuGH (wie das europäische Sekundärrecht, etwa auch Art. 5 Abs. 1 RL 2004/113/EG),⁹⁶⁾ dass dem Gleichbehandlungsgebot ein hoher Rang zukommt. „Ladies Nights“, aber auch höhere Preise für Männer auf Datingplattformen,⁹⁷⁾ lassen sich womöglich zwar damit begründen, dass ohne die Diskriminierung das Geschäftsmodell wegfällt, was wiederum niemandem hilft (vgl. § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG).⁹⁸⁾ Die Untergewichtung von unternehmerischer Freiheit im Vergleich zur Gleichbehandlung in der RL 2004/113/EG⁹⁹⁾ lässt aber in jedem Falle zweifeln, ob so manche Fallgruppe unterschiedlicher Preisgestaltungen (z. B. einfacher Haarschnitt) den Rechtfertigungstest überstehen kann. Auch wenn das Lauterkeitsrecht im Falle von *gender pricing* praktisch bisher kaum zur Anwendung kommt (entsprechende Geschäftspraktiken wären als Verstöße gegen die Marktverhaltensregel des § 19 AGG gemäß §§ 3 Abs. 1, 3a UWG wie bereits erwähnt unzulässig),¹⁰⁰⁾ liegt hier Potential, das praktisch weit verbreitete *gender pricing* speziell mittels Verbandsklagen zurückzudrängen. Wie lange die Preisstrategie des *gender pricing* in einem politisch zunehmend sensiblen Umfeld uneingeschränkt aufrechterhalten werden kann, ist damit fraglich. Ob es nicht aber doch sinnvoll ist, Produkte und Dienst-

80) Vgl. Cordes, WRP 2001, 867, 874; Berneke, WRP 2001, 615, 619.

81) Hoffmann/Schneider, EuZW 2015, 47.

82) Beispiele mit Blick auf Autovermietungen vgl. Kommission, Pressemitteilung IP/14/917, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-917_de.htm.

83) Hoffmann/Schneider, EuZW 2015, 47, 49.

84) Hoffmann/Schneider, EuZW 2015, 47, 48, 50; vgl. Erwägungsgrund 95 Dienstleistungsrichtlinie.

85) Hoffmann/Schneider, EuZW 2015, 47, 49.

86) Vgl. Wiebe, ZUM 2015, 932, 939.

87) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 3a Rn. 1.294.

88) Sähe man § 5 InfoV als Informationspflicht, würde §§ 3, 5a Abs. 2, Abs. 4 UWG greifen, vgl. OLG Hamm, 28.02.2013 – 4 U 159/12, GRUR-RR 2013, 339 – Berufshaftpflicht in Impressum; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), DL-InfoV Vorb Rn. 9 f., 14.

89) Vgl. Basedow, ZEuP 2008, 230, 235 f.; zu einem Fall höherer Eintrittspreise für Österreicher in einem deutschen Kurbad mit Blick auf Art. 49 EG OLG München, 16.01.2008 – 3 U 1990/07, NJW-RR 2009, 193; kritisch Fischer, EuZW 2009, 208.

90) BT-Drucks. 16/1780, S. 48 f.; Ohly, in: Ohly/Sosnitza (Fn. 67), § 4.11 Rn. 11/80; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 3a Rn. 1.294.

91) Vgl. ArbG Stuttgart, 15.04.2010 – 17 Ca 8907/09, NZA-RR 2010, 344; Ellenberger, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, § 1 AGG Rn. 2.

92) Die hier angedeuteten Fälle stehen beispielhaft für weitere Fallgruppen, z. B. Verweigerung von Rabatten wegen der sexuellen Identität, vgl. Grünberger (Fn. 31), S. 455 f.

93) Vgl. Heese, NJW 2012, 572, 574.

94) EuGH, 01.03.2011 – C-236/09, NJW 2011, 907 – Test-Achats.

95) Heese, NJW 2012, 572, 573 ff., 575.

96) EuGH, 01.03.2011 – C-236/09, NJW 2011, 907 Rn. 30 – Test-Achats; die Inkohärenz der Richtlinienregelung wird als Kern der Argumentation des EuGH analysiert Kahler, NJW 2011, 894, 895 f.

97) Stevers (Fn. 5).

98) BT-Drucks. 16/1780 S. 44; s. a. Rath/Rütz, NJW 2007, 1498, 1499 f.

99) Vgl. wenn auch kritisch Heese, NJW 2012, 572, 573 ff., 574 f., 576 f.

100) Metzger, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 71), § 4 Rn. 175.

leistungen, die das andere Geschlecht bisher wenig nachfragte, durch günstigere Preise entweder Männern oder Frauen schmackhaft zu machen bzw. Solidarzahlungen der anderen Gruppe auf Fälle grundlegender Versorgungsleistungen zu beschränken, steht auf einem anderen Blatt.

VII. Individualisierte Preise

23 Wie ein Unternehmer seine Preise festsetzt, liegt wie schon dargelegt allein in seiner Verantwortung. Der Preis ist frei.¹⁰¹ Oder mit dem BGH: „[E]inem Unternehmen [steht es] im Rahmen einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung grundsätzlich frei (...), seine Preisgestaltung in eigener Verantwortung vorzunehmen. Es ist ihm daher auch unbenommen, von seinen von ihm üblicherweise geforderten Preisen bestimmten Kunden gegenüber abzugehen und einzelnen Kunden Sonderpreise zu gewähren.“¹⁰² Preise müssen nicht für alle gleich sein.¹⁰³ Es wird als wesentliche Ausprägung der Vertragsfreiheit gesehen, dass ein Unternehmer verschiedenen Kunden unterschiedliche Preise anbieten kann (§ 4 Nr. 4 UWG greift daher ohne zusätzliche Umstände wie beispielsweise Preisdiskriminierung in Verdrängungsabsicht nicht).¹⁰⁴ Nach dem Wegfall des RabattG gilt der Grundsatz der Preisfreiheit auch mit Blick auf individuelle Rabatte.¹⁰⁵ Oder umgekehrt: Zumind. kann eine ungleiche Behandlung mit der unternehmerischen Freiheit gerechtfertigt werden.¹⁰⁶ Dessen ungeachtet könnten individualisierte Preise (o. I.) jenseits besonderer Umstände wie spezialgesetzlich geregelten Diskriminierungsverboten (o. VI. bzw. o. IV.) lauterkeitsrechtlich unzulässig sein.

1. Täuschung über die Markt- bzw. Anbieterbedingungen

24 Individuell zugeschnittene Preise bergen Irreführungspotential. Wird einem Kunden aufgrund des Wissens um seine höhere Zahlungsbereitschaft (finanzieller Hintergrund; spezifische Bedürfnisse) ein höherer Preis als anderen Kunden angezeigt bzw. verschwiegen, dass das nachgefragte Produkt im Durchschnitt günstiger zu haben ist, könnte darin ein Verstoß gegen Nr. 19 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG liegen. Diese Bestimmung erklärt eine unwahre Angabe über die Marktbedingungen, um den Verbraucher dazu zu bewegen, eine Ware oder Dienstleistung zu weniger günstigen Bedingungen als den allgemeinen Marktbedingungen abzunehmen oder in Anspruch zu nehmen, für unzulässig. Marktbedingungen sind alle Umstände, die für alle Anbieter dieses Produktes auf dem fraglichen Markt gelten und die in irgendeiner Weise Auswirkungen auf das Preisniveau, die Qualität oder die Leistungserbringung haben. Dazu zählen insbesondere Aussagen über das generelle Preisniveau, z. B. dass andere Anbieter höhere Preise fordern oder ungünstigere Leistungsbedingungen haben.¹⁰⁷ Die Auszeichnung eines persönlichen Preises sagt indes nichts über den Durchschnittspreis, zumal im Rahmen des per se-Verbots eine entsprechende ausdrückliche Behauptung verlangt wird.¹⁰⁸ Von der Suche nach

Alternativangeboten wird der Verbraucher nicht abgehalten.¹⁰⁹ Selbst wenn Preise im Rahmen einer Suchanfrage auf einem Preisvergleichsportal angezeigt werden, spricht gegen einen Verstoß gegen Nr. 19 der schwarzen Liste, dass hier zwar eine Information erteilt wird (Nr. 18 Anh. I UGP-RL), diese aber nicht falsch ist. Für den spezifischen Kunden gilt einzig ein anderes Preisniveau als für andere Kunden. Individualisierte Bedingungen sind die allgemeinen Marktbedingungen. Angefragt sind die Verfügbarkeit bzw. die Konditionen von Waren und Dienstleistungen für den Anfrager A, nicht jene für andere Nachfrager.

Wenn auch nicht potenziell über die allgemeinen Marktbedingungen (marktübliche Konditionen) getäuscht wird, könnte eine Irreführung über die anbieterinternen Bedingungen (anbieterübliche Konditionen) vorliegen. Einer Preisangabe kann tendenziell aber nicht zugleich die Erklärung mitentnommen werden, dass das nachgefragte Produkt anderen Kunden nicht günstiger angeboten wird (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UWG).¹¹⁰ Es bleibt zu überlegen, ob nicht eine Irreführung durch Unterlassen nach § 5a UWG gegeben ist, mithin ein Informationsdefizit besteht. In Betracht kommen zwei Aspekte.

Erstens könnte es einer grundsätzlichen Aufklärung über die Strategie individueller Preise bzw. die Auswertung von Daten zur Preisberechnung bedürfen.¹¹¹ Namentlich auf individuelle Rabatte (z. B. dem Käufer einer Billigmarke wird ein Produkt der höheren Preisklasse durch einen Rabatt schmackhaft gemacht) könnte im Online-Handel wegen § 5a Abs. 4 UWG i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG¹¹² eine Hinweispflicht bestehen. Selbst wenn man über diesen Fall hinaus generell personalisierte Preisgestaltungen (also auch Preisaufschläge) als wesentliche Informationen im Sinne der Generalklausel nach § 5a Abs. 2 UWG ansieht, die vorenthalten werden, ist aus Verbrauchersicht wenig gewonnen. Individualisierte Angebote müssten einzig als solche ausgezeichnet werden, womit der Verbraucher jedoch ohnehin zunehmend rechnet.

Zweitens könnte eine Informationspflicht über den vom konkreten Händler im konkreten Vertriebskanal durchschnittlich geforderten Preis (ggf. Medianpreis) bestehen. Zwar gilt auch hier, dass grundsätzlich keine Verpflichtung existiert, über die Preiskalkulation Rechenschaft abzulegen,¹¹³ zumal die Berechnung eines solchen Durchschnittspreises für den Unternehmer mit Mehraufwand verbunden ist.¹¹⁴ Bei der gebotenen Interessenabwägung¹¹⁵ spricht aber andererseits zugunsten der Verbraucherinformation, dass der Preis eines Produktes von entscheidender Bedeutung ist. Insbesondere besteht ein berechtigtes Interesse daran zu wissen, wie stark der individuell geforderte Preis vom gegenüber anderen Kunden geforderten Preis abweicht. Werden zur Berechnung Informationen aus der Sphäre des Kunden verwendet (benutztes Endgerät, Informationen von Kundenkarten etc.), ist die Berechtigung der Erwartung, über die

101) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 4 Rn. 4.184; Busche, in: MünchKomm (Fn. 56), § 5 Rn. 437.

102) BGH, 18.04.1958 – I ZR 158/56, GRUR 1958, 487, 489 – Antibiotica.

103) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.14; Steinbeck, ZIP 2001, 1741, 1747.

104) Ohly, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 67), § 4.10 Rn. 10/17; vgl. Wenglorz (Fn. 4), S. 957, 964.

105) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 79), § 4 Rn. 10.212; Cordes, WRP 2001, 867, 874; Sosnitzka, in: Ohly/Sosnitzka (Fn. 67), § 5 Rn. 441.

106) Vgl. Grünberger (Fn. 31), S. 455.

107) Henning-Bodewig, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, Anhang zu § 3 Abs. 3 Nr. 19 Rn. 9; enger Lindacher, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 71), § 3 (E) Anh. Nr. 19 Rn. 7 f.

108) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), Anh. zu § 3 III UWG Rn. 19.2 und Rn. 1.4; Peifer, in: Fezer (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2010, Anhang UWG Nr. 19 Rn. 6; weniger streng aber Lindacher, WRP 2012, 40 f.

109) Zu diesem Normzweck vgl. Lindacher, in: Teplitzky/Peifer/Leistner (Fn. 71), § 3 (E) Anh. Nr. 19 Rn. 1.

110) Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5 Rn. 7.16.

111) Wenglorz (Fn. 4), S. 957, 965 f., für eine entsprechende Regelung in der PAngV.

112) Diese Norm hat ihre Grundlage in Art. 6 der E-Commerce-RL, der wiederum im Anhang II zur UGP-RL Erwähnung findet; vor allem will die Norm aber sicherstellen, dass der Nutzer weiß, wofür welcher Rabatt gewährt wird, vgl. Micklitz/Schirmbacher, Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 70; darüber hinaus wird es wegen der Nutzung personenbezogener Daten und der damit erforderlichen Einwilligung ohnehin erforderlich sein, auf die Strategie personalisierter Preise im Rahmen von Datenschutzerklärung hinzuweisen (s. bereits o. II.).

113) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5a Rn. 3.19; vgl. BGH, 10.01.2013 – I ZR 190/11, WRP 2013, 1183 Rn. 34 – Standardisierte Mandatsbearbeitung, mit Blick auf weniger vorteilhafte oder negative Eigenschaften.

114) Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5a Rn. 3.19.

115) Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 5a Rn. 3.13 ff.

Auswirkungen dieser Preisberechnung informiert zu werden, nicht von der Hand zu weisen (vgl. die Wertungen des § 13 Abs. 1, 8 TMG).¹¹⁶⁾ Zwischen einem lediglich psychologisch geschulten Verkäufer und der systematischen, computergestützten Berechnung der Präferenzen besteht ein qualitativer Unterschied. Der rechtspolitische Vorschlag, Referenzpreise angeben zu müssen,¹¹⁷⁾ scheint damit bereits de lege lata eine diskutabile Grundlage zu haben. Zu viel versprechen sollte man sich davon allerdings nicht: Nicht die Preisstrategie als solche wäre unzulässig, sondern allein die fehlende Transparenz. Setzen sich individualisierte Preise flächendeckend durch, wäre der Kunde zwar informiert; ausweichen könnte er gleichwohl nicht. Er müsste „seinen“ Preis nolens volens zahlen. Setzt man vor diesem Hintergrund die praktischen Schwierigkeiten und den Aufwand einer vorzunehmenden Berechnung von Referenzpreisen ins Verhältnis zur Preisgestaltungs-, letztlich Vertragsfreiheit des Unternehmers, spricht dies daher im Ergebnis gegen Aufklärungspflichten, die über die leicht machbare Angabe hinaus gehen, dass überhaupt individuelle Preise gewährt werden.

2. Aggressive Geschäftspraxis

- 28 Selbst wenn der Kunde über den personalisierten Preis aufzuklären wäre, ändert dies wie gesagt noch nichts an der grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Strategie. In bestimmten Fällen könnte eine solche aber als aggressive geschäftliche Handlung unzulässig sein. Die Aggressivität entsprechender geschäftlicher Handlungen kann im Ergebnis jedoch nicht über eine erheblicher Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers durch eine unzulässige Beeinflussung (§ 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG) begründet werden. Zwar lässt sich eine Machtposition des Unternehmers im Sinne von § 4a Abs. 1 S. 3 UWG mit dem detaillierten Wissen um die Kundenpräferenzen und seiner dadurch begründeten strukturellen „Überlegenheit“ begründen.¹¹⁸⁾ Kennt der Unternehmer den Verbraucher durch die Möglichkeiten der Digitaltechnik gleichsam besser als dieser sich selbst, liegt darin mehr als nur das generelle Ungleichgewicht zwischen unterschiedlich starken Wirtschaftssubjekten. Die Machtposition wird aber bei einer personalisierten Preisgestaltung nicht zur Ausübung von Druck ausgenutzt.¹¹⁹⁾ Ein Nachteil wird nicht in Aussicht gestellt.¹²⁰⁾ Selbst wenn der Kunde eine hohe Präferenz für ein bestimmtes Produkt hat und der Unternehmer dies durch einen höheren Preis abbildet, ist dies – ohne weitere Begleitumstände – nicht mit der bewussten Ausnutzung von konkreten Unglückssituationen etc. (§ 4a Abs. 2 Nr. 3 UWG) vergleichbar.

3. Personalisierte Preise als Fall der Verbrauchergeneralklausel

- 29 Damit bleibt nur ein Rückgriff auf die Verbrauchergeneralklausel in § 3 Abs. 2 UWG. In der Tat finden sich Faktoren, die der unternehmerischen Sorgfalt widersprechen könnten und nicht in den Spezialtatbeständen abgebildet sind.¹²¹⁾ Besteht ein berechtigtes Interesse daran, auf Basis von präzisen Persönlich-

keitsprofilen (vgl. Art. 2 I, 1 GG) Preise festzulegen? Setzt es sich fort, wenn die einschlägigen Daten, welche die Grundlage für die Preisberechnung geschaffen haben, rechtswidrig erlangt wurden (fruit of the poisonous tree)? Ist es nicht zumindest dann unlauter, wenn etwa gezielt ausgenutzt wird, dass ein Pendler, der den Kauf einer Fahrkarte vergessen hat, diese nun unbedingt braucht? Die Fragen sind letztlich vor dem Hintergrund der Wettbewerbsfreiheit zu beantworten: Es gilt Vertragsfreiheit, Preisgestaltungsfreiheit und der Grundsatz, Kunden gerade unterschiedlich behandeln zu dürfen.¹²²⁾ Solange Ungleichbehandlungen nicht ausdrücklich untersagt sind, beispielsweise wegen verpönter Diskriminierung im Sinne von § 19 AGG oder wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (o. IV.),¹²³⁾ ist es die Aufgabe des Wettbewerbs, exzessive Preisstrategien zu strafen. Und in der Tat: Solange Marktmechanismen funktionieren, darf damit gerechnet werden, dass sich Alternativangebote auftun. Wer die Möglichkeiten personalisierter Preise ausreizt, muss damit rechnen, im Ergebnis seine Kunden zu verlieren. Das Lauterkeitsrecht braucht, ja darf nicht eingreifen.

VIII. Zusammenfassung

Trotz verbesserter technischer Möglichkeiten zur Vermessung 30 der Marktsituation sowie der Zahlungsbereitschaft einzelner Kunden bzw. Kundengruppen als Voraussetzung für dynamische und individuelle Preise gilt weiterhin: Der Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit rechtfertigt unterschiedliche Preise gegenüber unterschiedlichen Personen zu unterschiedlichen Zeiten. Dynamische Preise sind vorbehaltlich von Transparenzgeboten (was die praktische Umsetzung erschwert) lauterkeitsrechtlich zulässig. Preisschwankungen als solche, selbst innerhalb kurzer Zeit, sind dem Wettbewerb immanent. Auch personalisierte Preise sind im Grundsatz erlaubt. Das Lauterkeitsrecht kann allenfalls – letztlich freilich wenig sinnvolle – Aufklärungspflichten fordern. Stattdessen können Mitbewerber mit Alternativangeboten reagieren, so dass die Lebendigkeit des Wettbewerbs zu erwarten bleibt. Obwohl es nach herrschender Meinung daher zu Recht keinen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz im Wettbewerb gibt, werden der Strategie individueller Preise dennoch aus drei Richtungen Grenzen gesetzt. Erstens können einer Ungleichbehandlung spezielle, aus (gesellschafts-)politischen Gründen gewährte Diskriminierungsverbote (z. B. Art. 19 AGG; § 5 DL-InfoV) entgegenstehen. Zweitens kann das Kartellrecht die Preisgestaltungsfreiheit einengen, wenn die Marktmechanismen versagen. Drittens sorgt das Datenschutzrecht dafür, dass die Berechnung individueller Zahlungsbereitschaften als Voraussetzung für einschlägige Preisstrategien nicht ohne weiteres erfolgen kann. Darüber hinaus ist der Preis frei.

Anm. der Redaktion:

Lesen Sie vom Autoren *Hofmann* auch den Kommentar in WRP 2015, 1331 f. zu BGH, 19.03.2015 – I ZR 94/13, WRP 2015, 1326 ff. – Hotelbewertungsportal.

116) Ob dies eine Marktverhaltensregelung darstellt, ist strittig, vgl. nur *Krupna*, GRUR-Prax 2013, 345.

117) Vgl. <http://www.faz.net/agenturmeldungen/adhoc/verbraucherministerkonferenz-fordert-erhalt-des-bargelds-14193750.html>; s. a. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Grauzone-im-Internet-Individuelle-Preise-heftig-umstritten-3089243.html>.

118) Zu § 4a Abs. 1 S. 3 UWG *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 35), § 4a Rn. 1.57 f.; *Scherer*, GRUR 2016, 233, 239.

119) Vgl. *Fritzsche*, WRP 2016, 1, 4.

120) Vgl. *Scherer*, GRUR 2016, 233, 239; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 35), § 4a Rn. 1.59.

121) Vgl. *Alexander*, WRP 2015, 411, 414; zur Verbrauchergeneralklausel demnächst umfassend *Spengler*, Die Verbrauchergeneralklausel des UWG (im Erscheinen), insbesondere zur Kumulation von Unlauterkeitsgründen, S. 212 f.

122) Nachweise o. je Einleitung zu V., VI. und VII; zur Bedeutung unternehmerischer Interessen *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 35), § 3 Rn. 3.19.

123) Es kann gar argumentiert werden, dass diese kartellrechtlichen Wertungen unterhalb der Schwellen für eine Marktbeherrschung nicht umgangen werden dürfen, vgl. *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* (Fn. 35), Einl. UWG Rn. 6.19 und § 4a Rn. 1.16.