

Dynamic pricing – Sind personalisierte, individualisierte und kontextorientierte Preise sittenwidrig?

ERGEBNISSE EINES INTERDISZIPLINAREN SEMINARS DER STUDIENGÄNGE BACHELOR MARKETING UND BACHELOR WIRTSCHAFTSRECHT AN DER HOCHSCHULE PFORZHEIM

Einleitung

Big Data und Algorithmen ermöglichen zunehmend eine auf den Verbraucher zugeschnittene Preisbildung von Produkten und Dienstleistungen mit dem Ziel, die Preisbereitschaft des individuellen Verbrauchers zu erkennen und auszunutzen. Die rasante Entwicklung im Bereich der „künstlichen Intelligenz“ wird dies weiter vorantrei-

ben. Gesetzliche Regelungen schränken diese Möglichkeit nach verbreiteter Auffassung zwar ein, scheinen aber zugleich Spielräume für eine personalisierte jedenfalls aber individualisierte Preisbildung zu lassen. Fraglich ist, ob diese Einschätzung zutreffend und ob und wie die verbleibende Lücke sachgerecht zu schließen ist.



PROF. DR. RAINER GILDEGGEN LL.M. lehrt Wirtschaftsprivatrecht mit Schwerpunkt Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Hochschule Pforzheim



PROF. DR. KONRAD ZERR lehrt Marketing an der Hochschule Pforzheim

Begriffsbestimmungen

DYNAMIC PRICING (DP)

Automatisierte, durch Algorithmen bestimmte und im Zeitverlauf veränderliche Festlegung des Verkaufspreises eines ansonsten identischen Leistungsangebotes.

PERSONALISIERTE PREISBILDUNG

DP unter Verwendung von aus datenschutzrechtlicher Sicht personenbezogenen Daten.

INDIVIDUALISIERTE PREISBILDUNG

DP auf der Basis anonymisierter oder pseudonomisierter personenbezogener Daten.

CONTEXTUAL PRICING

DP auf Basis von Informationen zur spezifischen, individuellen Kontextsituation der Kaufentscheidung.

REFERENZPREIS

Arithmetischer Durchschnittspreis (Bruttopreise incl. Versandkosten abzgl. Rabatte) über alle Einzeltransaktionen (Verkäufe) einer identischen Leistung des Anbieters innerhalb einer definierten Zeitperiode.

Erscheinungsformen der personalisierten, individualisierten oder kontextorientierten Preisbildung und Abwehrmechanismen

ERSCHEINUNGSFORMEN:

- Insbesondere im Online Handel (Tourismus, Flugbörsen, Unterhaltungselektronik etc.).
- Zukünftig mittels elektronischer Preisanzeigen auch im stationären Handel zu erwarten.

ABWEHRMECHANISMEN:

- Preisvergleichsportale
- Apps
- Digitale Billigeinkäufer/ Preisbots
- umfassende Preisvergleiche im Vorfeld
- Nutzung unterschiedlicher Endgeräte
- Ausübung von Widerrufsrechten bei Online-geschäften nach durchgeführtem Preisvergleich und Neubestellungen zu günstigeren Preisen

Berücksichtigte Literatur

Stefan Genth, Michael Schleusener, Peter Kenning, Maximilian Pohst, Johannes Rimmel, Bernd Weber, Natine Gier, Martin Schmidt-Kessel, Dynamische Preissetzung – Wer profitiert? Wirtschaftsdienst, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, 2016, 863–882.

Kalka R., Krämer A., „Dynamische Pricing: Verspielt Amazon das Vertrauen seiner Kunden“, in: www.absatzwirtschaft.de 16.02.2016 (<http://www.absatzwirtschaft.de/dynamic-pricing-verspielt-amazon-das-vertrauen-seiner-kunden-75271/> letzter Zugriff 26.02.2018).

Felix Schmidt, Personalisierte Preise – sexy aber nicht bedingungslos, www.datenschutz-notizen.de/personalisierte-preise-sexy-aber-nicht-bedingungslos-2816074.

Helga Zander-Hayat, Lucia A. Reisch und Christine Steffen, Personalisierte Preise – Eine verbraucherpolitische Einordnung, Verbraucher und Recht, 2016, 403.

Zerr, K., Albert R., Forster A., Context Sensitive Digital Marketing-A Conceptual Framework Based on the Service Dominant Logic Approach, International Conference on HCI in Business, Government, and Organizations, Springer, Cham, 2017.

Erwägungen

Unternehmen verfolgen durch die Verwendung personalisierter, individualisierter und kontextorientierter Preise letztlich das Ziel, ihren Gewinn zu steigern. Dynamic Pricing ist zugleich aber mit Kosten zur Erstellung des Algorithmus, der Datenerfassung, Datenanalyse sowie der Wartung und Administration der notwendigen IT-Systeme verbunden. Insgesamt ist daher trotz einzelner Preisvorteile eine Erhöhung des durchschnittlichen Preisniveaus zu erwarten.

Personalisierte, individualisierte oder kontextorientierte Preisbildung bringt den Kunden, die einen Produktpreis höher als den Referenzpreis bezahlen, **ausschließlich** Nachteile. Der höhere Preis wäre auf Kundenseite nur durch einen höheren Nutzwert (Value in Use/Value in Context) gerechtfertigt. Da der zu zahlende Preisaufschlag jedoch auf eine im Zeitvergleich identische Leistung erfolgt, ist dies nicht zu erwarten.

Gesamtgesellschaftlich haben dynamisierte Preise folgende Effekte:

- sie führen i.d.R. zu einer Erhöhung (bzw. zur Verhinderung einer Absenkung) des Preisniveaus von Produkten und Dienstleistungen
- Kunden müssen mehr Zeit für den Preisvergleich aufwenden
- eine Vielzahl von Kunden wird Unternehmen bei Intransparenz der personalisierten oder individualisierten Preisgestaltung als „Betrüger“ wahrnehmen, weil sie sich über den Preis getäuscht fühlen
- einige Kunden werden wegen der Unsicherheit über die Fairness des Preises von Rechtsgeschäften, bei denen individualisierte Preisgestaltung möglich ist, generell Abstand nehmen
- Der von dynamischen Preisen profitierenden Kundengruppe stehen in mindestens gleichem Umfang Kunden entgegen, die benachteiligt werden.
- gesamtgesellschaftlich können personalisierte Preise die Unternehmensgewinne und damit die Erträge von Anteilseignern aber bei geringen Steuersätzen nur geringfügig das Steueraufkommen erhöhen
- personalisierte und individualisierte Preise binden Energien zur Entwicklung technischer Gegenmaßnahmen
- Abwehrmaßnahmen von Kunden, etwa durch den Widerruf von Verträgen, erhöhen die Transaktionskosten

ZWISCHENFAZIT:

personalisierte, individualisierte oder kontextorientierte Preise nutzen dem Unternehmen. Sie schaden einer substantiellen Zahl einzelner Verbraucher und bieten sehr wenig gesamtgesellschaftliche Vorteile.

Schlussfolgerungen

Personalisierte, individualisierte und kontextorientierte Preise unterliegen zwar Einschränkungen, erscheinen aber nach Datenschutzrecht, Gleichbehandlungsgesetz, UWG und Kartellrecht unter bestimmten Rahmenbedingungen auch ohne Kennzeichnung möglich.

Personalisierte, individualisierte und kontextorientierte Preise benachteiligen jedenfalls diejenigen Kunden, die für ein Produkt mehr als den Referenzpreis bezahlen.

Die Benachteiligung beruht ausschließlich auf der Verwendung von personenbezogenen Kundendaten, auch wenn diese anonymisiert sind.

Die **ausschließliche** Benachteiligung von Kunden **allein** auf der Basis ihrer personenbezogenen, wenn auch anonymisierten Daten ist nach § 138 BGB sittenwidrig.

Die Sittenwidrigkeit entfällt, wenn der Verbraucher beim Kauf weiß, dass er ein Produkt zu einem Preis kauft, der höher als der Referenzpreis ist.

Dazu reicht es nicht aus, dass der Kunde generell weiß, dass der Preis für ein Produkt ein dynamischer Preis ist. Es reicht auch nicht aus, dass der Kunde beim Kauf ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass das Produkt der dynamischen Preisbildung unterliegt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Unternehmer neben dem Hinweis hierauf auch den Referenzpreis angibt.

Alternativ dazu wäre es möglich, dass der Anbieter die dem verwendeten Algorithmus zugrunde liegenden kalkulatorischen Preise offenlegt. Dazu zählen z.B. die zur Kalkulation herangezogenen Preisunter- und Preisobergrenze sowie ggf. der angestrebte „Zielpreis“, der erzielt werden soll. Der Unternehmer kann Referenzpreis oder kalkulatorische Preise geheim halten, darf dann aber keine personalisierte oder individualisierte Preisbildung vornehmen. Nur so wird Waffengleichheit der Beteiligten hergestellt.

Ist eine personalisierte, individualisierte oder kontextorientierte Preisbildung nach diesen Überlegungen nicht sittenwidrig, kann sich ihre Rechtswidrigkeit noch aus anderen Rechtsgründen ergeben, etwa weil Vorgaben des Datenschutzrechts oder des Gleichbehandlungsgesetzes verletzt sind.

Konsequenzen

Verträge, die auf der Basis personalisierter, individualisierter oder kontextorientierter Preise ohne Referenzpreisangabe abgeschlossen wurden, sind nichtig. Der Verbraucher kann die Rückabwicklung verlangen.

Der Verbraucher kann Schadensersatz wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung verlangen. Der Anspruch kann die Lieferung des Produkts oder der Dienstleistung mindestens zum Referenzpreis umfassen.

Die Ansprüche des Kunden sind überschaubar und ihre Durchsetzung wird in der Praxis für den Kunden kaum wirtschaftlich sein. Wichtig ist aber die gesellschaftliche Signalwirkung der Sittenwidrigkeit personalisierter und individualisierter Preisbildung.

Ursprung

Die vorliegenden Ausführungen beruhen auf Diskussionen und studentischen Ausarbeitungen in einem interdisziplinären Seminar der Studiengänge Marketing und Wirtschaftsrecht, das im Wintersemester 2017/18 an der Hochschule Pforzheim von den Autoren dieses

Posters gehalten wurde. Beteiligt waren die Studierenden: Hannah Moosher, Olga Schwabenland, Dorian Wäckerle und Zin Ziad Washash.