

# Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt

Herausgegeben von  
TABEA BAUERMEISTER  
und SEBASTIAN SCHWAMBERGER

---

**Mohr Siebeck**

# *Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt*





# Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt

Herausgegeben von  
Tabea Bauermeister und  
Sebastian Schwamberger

Mohr Siebeck

*Tabea Bauermeister* ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht und Recht der algorithmenbasierten Wirtschaft an der Universität Regensburg.  
orcid.org/0000-0003-0290-0793

*Sebastian Schwamberger* ist Juniorprofessor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Recht der Digitalisierung an der Universität Rostock.  
orcid.org/0000-0001-6214-4702

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-164361-3 / eISBN 978-3-16-164362-0  
DOI 10.1628/978-3-16-164362-0

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

© T. Bauermeister, S. Schwamberger (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

## Vorwort

Der europäische Gesetzgeber hat in den letzten Jahren zahlreiche für den digitalen Binnenmarkt wegweisende Rechtsakte erlassen: Den Digital Services Act (DSA), den Digital Markets Act (DMA) und die Plattform-to-Business Regulation (P2B-VO) im Bereich der Plattformwirtschaft; den Data Governance Act (DGA) und den Data Act (DA) hinsichtlich der Datenwirtschaft; die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zum Schutz der personenbezogenen Daten sowie die Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR) zur Regulierung von Kryptowährungen. Schlussstein war der Erlass des AI-Act, mit dem die EU im Bereich der künstlichen Intelligenz weltweit eine Vorreiterrolle einnahm.

Alle aufgezählten Rechtsakte sehen Mechanismen zur öffentlichen Durchsetzung mittels zum Teil eigens hierfür eingerichteter Behörden oder auch der Europäischen Kommission vor. Gemein ist ihnen darüber hinaus, dass sich zu jeder der genannten Verordnungen die Frage nach der privaten Rechtsdurchsetzung stellt. Zwar sieht nicht jeder Rechtsakt explizite Regelungen vor, das heißt aber nicht, dass nicht auch bei denjenigen, die – wie etwa der Data Act – keine Vorgaben zur privaten Rechtsdurchsetzung machen, diese nicht diskutiert würde. Legt man den Fokus auf die private Rechtsdurchsetzung, sind sogar noch weitere Rechtsakte zu nennen, denn der Europäische Gesetzgeber hat sich ihr in einigen Richtlinien direkt gewidmet: Der Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL), der Warenkauf-Richtlinie (WKRL), der jüngst erlassenen Produkthaftungs-Richtlinie 2024 (ProdukthaftungsRL 2024) sowie der noch in Verhandlung befindlichen Richtlinie über die außervertragliche Haftung für Künstliche Intelligenz (KIHRL).

Die Begriffe des Private Enforcement und der privaten bzw. privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung werden in diesem Sammelband synonym verwendet. Sie sind weiter als die lediglich schadensersatzrechtliche Bewehrung von Unionsrechtsverletzungen zu verstehen, nämlich als die mittelbare oder unmittelbare Durchsetzbarkeit von unional determinierten Rechten und Pflichten vor den ordentlichen Gerichten. Neben den oft im Vordergrund stehenden Schadensersatzansprüchen fallen hierunter auch Unterlassungs- und ggf. Beseitigungsansprüche, ebenso wie Ansprüche auf Leistung und Gewinnabschöpfung. Sie können sich direkt aus dem Unionsrecht, bei Qualifikation der unionalen Bestimmung als Schutzgesetz oder unter Zuhilfenahme der jeweiligen Bestimmung für die Festlegung der nationalen Sorgfaltspflichten ergeben. Umfasst sind auch die Geltendmachung von Betroffenenrechten in Form von Auskunfts-, Löschungs- und Datenzugangsrechten, sowie das jüngst im AI-Act enthaltene Recht auf Erläuterung der Entscheidungsfindung im Einzelfall. Auch hinsichtlich der Aktivlegitimation wird ein weites Verständnis zugrunde gelegt: Private Enforcement

liegt nicht nur bei der Geltendmachung durch die betroffenen Personenkreise und Mitbewerber, sondern auch bei der Tätigkeit speziell ermächtigter Verbände vor.

Diese privatrechtliche Durchsetzung der Europäischen Rechtsakte des digitalen Binnenmarkts ist durch zahlreiche Unsicherheiten gekennzeichnet. Zwei Faktoren sind besonders relevant: Die nicht immer eindeutige Rechtsprechungslinie des EuGH und die unterschiedlichen Regelungsansätze des europäischen Gesetzgebers.

Im Rahmen verschiedener Rechtsgebiete ist der EuGH sehr unterschiedlich mit Vorabentscheidungsersuchen rund um das Thema der privaten Rechtsdurchsetzung umgegangen und hat aus dem Gebot der vollen Wirksamkeit durchaus unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen. Nach den im Wettbewerbs- und Lauterkeitsrecht zu verortenden Grundlagenurteilen hat in jüngerer Vergangenheit vor allem die Gegenüberstellung von *TÜV Rheinland* (C-219/15), bei dem der EuGH einem Private Enforcement noch restriktiv gegenüberstand, und *Mercedes-Benz Group* (C-100/21), bei dem der EuGH die Möglichkeit einer privaten Rechtsdurchsetzung mit dem Argument des Schutzzwecks der Norm umfassend eingefordert hat, Verunsicherung hervorgerufen.

Die sehr unterschiedlichen Regelungsansätze des Unionsgesetzgebers lassen sich etwa bei einem Vergleich von DMA und DSA verdeutlichen, denn obwohl sie sogar demselben Gesetzgebungspaket, dem „Digital Services Act Package“, angehören, weisen sie doch eine ganz andere Herangehensweise auf. So sieht der DSA mit seinem Art. 54 eine Regelung zur „Entschädigung“ vor, wohingegen der DMA in seinem Entwurfsstadium noch keinerlei Hinweise auf eine private Rechtsdurchsetzung aufwies und auch in der finalen Version mit Art. 39, 42 und 51 DMA lediglich Anhaltspunkte gibt, dass eine mitgliedstaatliche private Rechtsdurchsetzung möglich ist, diese jedoch nicht explizit fordert. Ob gerade aus diesem divergierenden Ansatz auch Unterschiede für das möglicherweise ungeschriebene Unionsrecht – oder auch für das mitgliedstaatliche Recht zur privaten Durchsetzung europäischer Vorgaben – folgen, stellt eine überaus spannende Frage dar, wurde bisher aber kaum diskutiert.

Den individuellen Eigenheiten der Richtlinien und Verordnungen des digitalen Binnenmarktes hat man sich bereits eingehend in der Literatur gewidmet. Umfassend wurden insbesondere die Möglichkeit der Geltendmachung der Art. 5 f. DMA, Art. 4 ff. DA, Art. 15 ff. DSGVO, die Rechtsnatur und vor allem die Folgen der schadensersatzrechtlichen Minimalregelung in Art. 54 DSA sowie der Umfang der Ersatzpflicht nach Art. 82 DSGVO sowie Art. 15, 26, 52 MiCAR thematisiert. Dabei erfolgte jedoch fast ausschließlich eine isolierte Betrachtung der privatrechtlichen Durchsetzung innerhalb des jeweils betreffenden Rechtsakts. Dieser aktuellen Tendenz, die einzelnen Rechtsakte jeweils separat zu

betrachten, stehen große Werke der Vergangenheit gegenüber, die den Weg der rechtsaktsübergreifenden Betrachtung gewählt haben.<sup>1</sup>

Ausgehend von diesem Befund der aktuell isolierten, in der Vergangenheit aber umfassenderen Herangehensweise entstand die Idee einer Tagung, auf der die privatrechtliche Durchsetzung der Europäischen Regelungen des Digitalen Binnenmarkts rechtsaktsübergreifend untersucht und diskutiert werden sollte. Ziel der Tagung war es, den angesprochenen Rechtsunsicherheiten beim Private Enforcement mit rechtsaktsübergreifenden Untersuchungen zu begegnen. Die Vorträge und dem folgend auch die Beiträge dieses Tagungsbandes wurden daher ähnlich dem Vorgehen *Heinze* in „Schadensersatz im Unionsprivatrecht“<sup>2</sup> auf wiederkehrende Problemstellungen ausgerichtet. Beginnend mit der Rolle des Effektivitätsgrundsatzes und dessen Verhältnis zu „angeordnetem“ Private Enforcement spannen sich die Beiträge über das IPR, Schaden und Beweislast sowie Wissenszurechnung, Verschulden und Regress, hin zu Follow-On- und Stand-Alone-Klagen, kollektivem Rechtsschutz und Legal-Tech-Inkasso. Bedeutsames Element der Tagung waren die an die Vorträge anschließenden intensiven Diskussionen. Die Ergebnisse des fruchtbringenden Austauschs wurden von den Vortragenden in den abgedruckten Beiträgen berücksichtigt.

Ein großer Dank gebührt allen, die zum Gelingen der Veranstaltung und der Herstellung des Tagungsbandes beigetragen haben: Das sind natürlich in erster Linie die Vortragenden, die namentlich dem Autorenverzeichnis am Ende des Bandes entnommen werden können, sowie die Fritz Thyssen Stiftung, ohne deren großzügige Förderung die Tagung nicht möglich gewesen wäre. Für die Organisation im Vorfeld und während der Tagung ist (in alphabetischer Reihenfolge) *Agnes Brücklmayer*, *Moritz Eisenschink*, *Lisa Huber*, *Karolin Kuntscher*, *Annabelle Seifert* und *Lukas Thimm* zu danken, außerdem der Universität Regensburg für die Zurverfügungstellung der Räumlichkeiten, dem Verlag Mohr Siebeck für die Veröffentlichung und Frau Dr. *Scherpe-Blessing* für die umfangreiche Betreuung. Dank gilt auch Herrn *Steffen Malo* von der Universität Rostock für die wertvolle Hilfe bei der Umsetzung der Open-Access-Veröffentlichung, erneut der Fritz Thyssen Stiftung für die großzügige Unterstützung dieses Tagungsbandes sowie ebenfalls den Universitätsbibliotheken der Universitäten Regensburg und Rostock.

---

<sup>1</sup> Zu nennen sind hier allen voran (in der Reihenfolge ihrer Veröffentlichung): *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003; *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2010; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012; *Wilman*, Private Enforcement of EU law before national courts, 2015; *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016; *Ebers*, Rechte Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017.

<sup>2</sup> *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017.



Wir hoffen, dass dieser Tagungsband nicht nur einen Beitrag zur Klärung der bestehenden Rechtsunsicherheiten beim Private Enforcement leistet, sondern auch Anstoß dazu gibt, den Blick bei der Lösung von Problemstellungen europäischer Rechtsakte zu weiten und stärker rechtsaktübergreifende Überlegungen anzustrengen.

Regensburg/Rostock/Wien, im Juli 2024

Tabea Bauermeister und  
Sebastian Schwamberger

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
<i>Nada Ina Pauer</i>	
Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes Maßgaben der privaten Rechtsdurchsetzung wirtschaftsrechtlicher Normen im digitalen Binnenmarkt .....	1
<i>Patrick Zurth</i>	
„Angedeutetes“ Private Enforcement und Sperrwirkung .....	23
<i>Andreas Engel</i>	
Private Enforcement und IPR im digitalen Binnenmarkt .....	41
<i>David Messner-Kreuzbauer</i>	
Zentrale Unterschiede im Schadensrecht der Mitgliedstaaten .....	59
<i>Lena Hornkohl</i>	
Schadensersatz im digitalen Binnenmarktrecht: Schadensbegriff, Schadensumfang, Schadensposten und Schadensberechnungsmethoden .....	85
<i>Karina Grisse</i>	
Verjährung im europäischen Kontext Eine Suche nach allgemeinen Grundsätzen zur Verjährung im Unionsprivatrecht .....	103
<i>Carsten König</i>	
Unternehmenshaftung, Zurechnung und Verschulden im digitalen Binnenmarkt .....	127
<i>Daniel Könen</i>	
Organe und Handelnde in der Regresskette Innenrechtliche Immunität und Effektivität eines funktionalen unionsrechtlichen Unternehmenssanktionsrechts .....	151

*Tristan Rohner*

Follow-On und Stand-Alone im digitalen Binnenmarkt Eine ökonomische Analyse des digitalen Kartellrechts, des DMA und der DSGVO .....	175
--	-----

*Ranjana Andrea Achleitner*

Das Wechselspiel zwischen Public und Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt Zu den Besonderheiten der Governance-Strukturen des DMA, DSA, AI- Act, DGA, DA und der DSGVO .....	197
---	-----

*Frederik Jaeger und Bettina Rentsch*

„Private Enforcement“ als Rechtsanwendungsmaßstab des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes? .....	217
--	-----

*Christian Uhlmann*

Legal Tech-Inkasso .....	241
--------------------------	-----

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	263
--	-----

Rechtsaktverzeichnis .....	265
----------------------------	-----

Sachverzeichnis .....	269
-----------------------	-----

# Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes

## Maßgaben der privaten Rechtsdurchsetzung wirtschaftsrechtlicher Normen im digitalen Binnenmarkt

*Nada Ina Pauer*

### I. Einleitung

Das in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Effektivitätsgebot verlangt von den europäischen Mitgliedstaaten, dass die Anwendung nationalen Rechts die Tragweite und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt.<sup>1</sup> Neben dem Äquivalenzprinzip<sup>2</sup> stellt es einen maßgeblichen Grundsatz des europäischen Unionsrechts dar, das vom Europäischen Gerichtshof zunehmend für die Effektivierung der privaten Rechtsdurchsetzung marktwirtschaftlicher Verhaltensnormen herangezogen und dynamisch weiterentwickelt wird. Ziel des Gerichtshofes war dabei ursprünglich, die Defizite einer ausschließlich öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsaufsicht durch eine sog. Indienstnahme Privater auszugleichen.<sup>3</sup> Während die private Rechtsdurchsetzung wirtschaftsrechtlicher Normen in vielen Mitgliedstaaten nicht unbedingt der Tradition entsprach, wurde sie besonders in den letzten zwei Jahrzehnten unter Heranziehung des Effektivitätsgebots deutlich gestärkt und vorangetrieben. Neben dessen Instrumentalisierung in den Bereichen des Lauterkeits-, Finanzmarkt- und Kartellrechts wird der Effektivitätsgrundsatz nunmehr in Zusammenhang mit der zielführenden Durchsetzung der neuen Digitalregulierung bedeutsam.<sup>4</sup> Der gegenständliche Beitrag beleuchtet die dynamische Rechtsprechungsentwicklung zum Effektivitätsgrundsatz für die private Rechtsdurchsetzung unter Berücksichtigung der Plattformregulierung mittels DMA, DSA und Data Act.

---

<sup>1</sup> Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krenn, 81. Aufl. 2024, Art. 4 EUV Rn. 93.

<sup>2</sup> Dieses, ebenfalls in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte Prinzip, verbietet bei der Anwendung nationalen Rechts zur Durchführung des Unionsrechts Unterschiede gegenüber nach nationalem Recht geführte Verfahren zu machen.

<sup>3</sup> Siehe unter II.1.

<sup>4</sup> Im Rahmen dieses Bandes umfasst dies DSA, DMA, Data Act, Data Governance Act, P2B-VO, DSGVO, MiCAR und AI-Act.

## II. Rechtsprechungsentwicklung

### 1. Von *Courage* zur privaten Durchsetzung der Digitalregulierung

Bezeichnend ist die Entwicklung der privaten Rechtsdurchsetzung marktwirtschaftlicher Normen auf Basis des Effektivitätsgrundsatzes in der Rechtsprechung des EuGHs. Während anfangs diskutiert wurde, ob dessen Prinzipien auf marktwirtschaftliche Normen im Bereich des Kartellrechts beschränkt sein sollen, widerlegte der Gerichtshof dies durch einen breiteren Auslegungsansatz.

#### a) Die grundlegenden Entscheidungen *Courage* und *Manfredi*

In der Rechtssache *Courage* entschied der EuGH, dass Art. 101 und 102 AEUV als grundlegende Bestimmungen des Unionsrechts „in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen erzeugen und unmittelbar in deren Person Rechte entstehen lassen.“<sup>5</sup> Als Basis führte der Gerichtshof frühere Entscheidungen an, in welchen bereits die direkte Wirkung des Unionsrechts für private Parteien herausgearbeitet worden war.<sup>6</sup> Ein effektiver Schutz dieser direkten Rechte erfordere dem EuGH zufolge auch die Existenz eines Schadensersatzanspruches nach nationalem Recht, andernfalls wäre die praktische Wirksamkeit des Kartell- und Marktmissbrauchsverbots beeinträchtigt.<sup>7</sup> Konkret solle jede Partei den Ersatz des Schadens verlangen können, der ihr durch ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten entstanden ist.<sup>8</sup> Dieser Anspruch erhöhe die Durchsetzungskraft der Wettbewerbsregeln und sei geeignet, von regelmäßig verschleierte Verstößen abzuhalten.<sup>9</sup> Mangels einschlägiger Unionsregeln sei es Aufgabe der Mitgliedstaaten, den betreffenden Anspruch nach Maßgaben des Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes auszugestalten. Damit betonte der EuGH die Prävention und Verhaltenssteuerung als eigenständige, wenn nicht sogar vorrangige Funktion privatrechtlicher Schadensersatzansprüche.<sup>10</sup> Ausgangspunkt für private Ansprüche zwischen Marktteilnehmern ist somit nicht nur der Individualrechtsschutz, vielmehr fungieren diese als Instrument zur Kontrolle der Einhaltung des objektiven Rechts.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage* und *Crehan*) – Rn. 23.

<sup>6</sup> Vgl. EuGH v. 5.2.1963 – C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*van Gend en Loos*) – Rn. 25; v. 15.7.1964 – C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Flaminio Costa/ENEL*) 1270 f.; EuGH v. 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*) – Rn. 31.

<sup>7</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage* und *Crehan*) – Rn. 26. Zuletzt zur Entwicklung: *Klumpe*, NZKart 2024, 237.

<sup>8</sup> Vgl. die „Jedermann“ Formel in Rn. 26 des einschlägigen Urteils.

<sup>9</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage* und *Crehan*) – Rn. 27 mit klarem Hinweis auf den Abschreckungscharakter der privaten Rechtsdurchsetzung.

<sup>10</sup> *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (404); *Drexler*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 1339; *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 214 (307); *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 143.

<sup>11</sup> Vgl. noch unter III.1. zur funktionalen Subjektivierung marktwirtschaftlicher Normen.

Da der Fall *Courage* einen Schadensersatzanspruch eines Kartellanten gegen einen Vertragspartner betraf,<sup>12</sup> wurde anfangs debattiert, ob Ausgleichs- und Ersatzansprüche nur Vertragspartnern zustehen. In der Rechtssache *Manfredi* bestätigte der Gerichtshof jedoch nicht nur deren Bestehen über die Sonderkonstellation des *Courage*-Urteils hinaus, sondern konkretisierte die Reichweite privater Ansprüche.<sup>13</sup> So stehen diese nicht nur Vertragsparteien zu, sondern jeglichen, von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen betroffenen Parteien, soweit zwischen deren Schaden und dem betreffenden Verhalten ein ursächlicher Zusammenhang bestehe.<sup>14</sup> Dies zu eruieren müsse wiederum anhand innerstaatlichen Rechts erfolgen, wobei die Mitgliedstaaten die Durchsetzung nicht ungünstiger als nationale Schadensersatzansprüche gestalten, und nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschweren dürfen.<sup>15</sup> Diese extensive Sichtweise forderte national die Loslösung privater Ansprüche vom Schutzzweckerfordernis, weshalb private Instrumente unabhängig vom Schutzzweck der verletzten Norm auch für Angehörige der Marktgegenseite bejaht werden können.<sup>16</sup>

*b) Die lauterkeitsrechtliche Ausweitung in der Rs. Muñoz*

Da diese Rechtsprechung kartellrechtswidriges Verhalten betraf, war weiter fraglich, ob privatrechtliche Ansprüche auf diesen Rechtsbereich beschränkt seien. In der kurz darauffolgenden Rechtssache *Muñoz* erweiterte der Gerichtshof seine Linie jedoch auf die private Durchsetzung lauterkeitsrechtlicher Normen.<sup>17</sup> Ein spanisches Unternehmen hatte einen Mitbewerber wegen eines Verstoßes gegen eine sekundärrechtliche Kennzeichnungspflicht für Obst geklagt. Auf die Vorlagefrage des britischen Highcourts, ob es Wirtschaftsteilnehmern möglich sei, sekundärrechtliche Lauterkeitsnormen im Wege des Zivilprozesses gegen Konkurrenten durchzusetzen, verwies der Gerichtshof zunächst auf die Erwägungsgründe der Verordnung. Diese legten als Zweck die Verhinderung unzureichender Qualität aus Gründen des Verbraucherschutzes und der Lauterkeit des Wettbewerbs fest.<sup>18</sup> Folglich statuierte der EuGH, dass die volle Wirksamkeit dieser

<sup>12</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage und Crehan*) – Rn. 3, 25 ff.; vgl. bereits für eine Schadensersatzmöglichkeit argumentierend *Steindorff*, Jura 1992, 561 (566); *Müller-Graff*, in: Müller-Graf (Hrsg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl. 1999, 9 (22).

<sup>13</sup> EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*) – Rn. 63, 72, 77, 89 ff.

<sup>14</sup> EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*) – Rn. 59, 63. Vgl. auch *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 144.

<sup>15</sup> Als klarer Hinweis auf den Effektivitätsgrundsatz: EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04, ECLI:EU:C:2006:461 (*Manfredi*) – Rn. 63, 72, der hierfür in Rn. 78, 81 beispielhaft knappe Verjährungsfristen anführte. Dies ist mittlerweile durch die KartellschadensersatzRL geregelt. Siehe KartellschadensersatzRL ErwGr. 36, Art. 10.

<sup>16</sup> Siehe noch III.2.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 144.

<sup>17</sup> EuGH v. 17.9.2002 – C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 (*Muñoz*).

<sup>18</sup> EuGH v. 17.9.2002 – C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 (*Muñoz*) – Rn. 29.

Ziele deren Durchsetzung im Zivilprozess voraussetze, den ein Wirtschaftsteilnehmer gegen einen Konkurrenten anstrengen könne.<sup>19</sup> Dies verstärke nicht nur die Durchsetzungskraft des Verbraucherschutzes, sondern ergänze sie, indem durch private Rechtsverfolgung oft schwer aufzudeckende, wettbewerbswidrige Praktiken unterbunden werden. Diese Aussagen heben sowohl die Präventionsfunktion als auch die Abschreckungsfunktion der privaten Rechtsdurchsetzung für sämtliche marktwirtschaftliche Normen hervor.

### c) Voraussetzung einer richterlichen Abwägung

Aus der Rechtsprechung erwähnenswert ist weiter die Rs. *Donau Chemie*, da sie einen praktischen Anwendungsfall für die Europarechtswidrigkeit einer nationalen Norm aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes darstellt. In der Rechtssache *Pfleiderer* hatte der EuGH in noch recht knapper Manier entschieden, dass die Frage des Aktenzugangs im Kartellverfahren eine Einzelfallentscheidung nationaler Gerichte sei.<sup>20</sup> Zwar gebe es im Unionsrecht keine verbindliche Norm des Aktenzugangs, allerdings verwies der Gerichtshof für dieses Abwägungserfordernis auf den Effektivitätsgrundsatz.<sup>21</sup> Gleichzeitig hätten nationale Gerichte den Aktenzugang mit dem Kronzeugenprogramm abzuwägen,<sup>22</sup> dessen Nutzen sich durch das Drohpotential umfassender Einsichtsrechte mindern könne. Bei ihrer Einschätzung hätten Richter alle maßgeblichen Gesichtspunkte der individuellen Rechtssache vorzunehmen.

Aufgrund dieser Aussage zweifelte der österreichische OGH an der Vereinbarkeit von § 39 Abs. 2 öKartG mit dem Effektivitätsgrundsatz, da die Bestimmung eine Einsicht von der Zustimmung aller Verfahrensbeteiligten abhängig machte.<sup>23</sup> Hierdurch war für Richter de facto jede Möglichkeit ausgeschlossen, eine eigenständige Abwägung vorzunehmen.<sup>24</sup> Auf Basis des Vorabentscheidungsersuchens des OGH betonte der EuGH, dass das in *Pfleiderer* statuierte Abwägungserfordernis für eine effektive Rechtsdurchsetzung privater Schadensersatzklagen erforderlich sei. Obgleich es den Mitgliedstaaten offenstehe, die Verfahrensmodalitäten bei Schadensersatzklagen zu regeln,<sup>25</sup> könne eine starre Regel wie § 39 Abs. 2 KartG die wirksame Anwendung des Kartellverbots beeinträchtigen. Die Norm gewähre nämlich einen vollständigen Ausschluss der Akteneinsicht, während für die Verweigerung der Parteienzustimmung kein weiterer

<sup>19</sup> EuGH v. 17.9.2002 – C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 (*Muñoz*) – Rn. 30.

<sup>20</sup> EuGH v. 14.6.2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer*).

<sup>21</sup> EuGH v. 14.6.2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer*) – Rn. 24 und 30, 31.

<sup>22</sup> Vgl. EuGH v. 14.6.2011 – C-360/09, ECLI:EU:C:2011:389 (*Pfleiderer*) – Rn. 25 ff.

<sup>23</sup> Siehe EuGH v. 6.6.2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 (*Donau Chemie*). Siehe auch *Holterhus/Maritzen*, *ecolox* 2010, 778.

<sup>24</sup> Eingehend Pauer, *ÖZK* 2013/4, 151.

<sup>25</sup> Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie die Klagebefugnis durch eine Prozessführungsbefugnis, oder durch die Anerkennung eines subjektiven Rechts begründen. Erläuternd *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, 89.

Grund angegeben werden müsse. Dieser Schritt war insofern begrüßenswert, als eine Einsicht in die behördlichen Verfahrensakte essenziell sein kann, um einen aussichtsreichen Antrag stellen zu können.<sup>26</sup> Zu Recht hatte der Gerichtshof daher betont, dass im österreichischen System der Gesetzgeber die notwendigerweise zu treffende Einzelfallentscheidung vorweggenommen und der richterlichen Beurteilung entzogen habe.<sup>27</sup>

*d) Art. 102 und 102 AEUV als direkte Anspruchsgrundlagen*

In den Entscheidungen *Otis* und *Skanska* betonte der EuGH, dass das Kartellverbot des Art. 101 AEUV einen unmittelbar anspruchsbegründenden Kern aufweist.<sup>28</sup> Daraus wird teils geschlossen, dass sich die materiellen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nicht nur mittelbar aus dem Effektivitäts- und Äquivalenzprinzip mit Blick auf das nationale Recht ergeben, sondern unmittelbar aus Art. 101 AEUV selbst.<sup>29</sup> Ob man diese Lesart der Urteile tatsächlich im Sinne einer Mittelbarkeit der Anspruchsgrundlagen aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes sehen kann, sei an dieser Stelle dahingestellt. Denn auch der Effektivitätsgrundsatz gewährt einen direkten, anspruchsbegründenden Kern marktwirtschaftlicher Normen, die Parteienpflichten begründen. So ist seit *van Gend & Loos* und *Costa vs. ENEL*<sup>30</sup> klargestellt, dass Rechte einzelner nicht nur dann entstehen, wenn das Unionsrecht dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die Rechtssubjekten auferlegt sind.<sup>31</sup> Diese Rechtsnormqualität hat der EuGH eben nicht nur den Grundfreiheiten, sondern auch marktwirtschaftlichen Normen zugemessen.<sup>32</sup> Jedenfalls untermauerten die Urteile die Begründung sämtlicher privater Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche für pflichtenbasierte marktwirtschaftliche Normen.

---

<sup>26</sup> Siehe Pauer, ÖZK 2024, 151. Zur unbefriedigenden Situation in Deutschland e.g. Klumpe, Blunt Sword – Die Offenlegungsansprüche im GWB, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.) Kartellrecht in der Zeitenwende, Nomos 2023, 267; Weitbrecht, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, 4. Kap, Rn. 115–123.

<sup>27</sup> Pauer, ÖZK 2024, 151.

<sup>28</sup> EuGH v. 12.12.2019 – C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 (*Otis*) – Rn. 21; v. 14.3.2019 – C-724/127, EU:C:2019:204 (*Skanska*) – Rn. 24. Siehe auch *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 107 (110) zu Folgerungen für die Digitalregulierung.

<sup>29</sup> *Haus/Steinseifer*, Digital Markets Act (DMA) – Verhältnis zu § 19a GWB und private Rechtsdurchsetzung, ZWeR 2/2023, 105 (119); *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 107 (111).

<sup>30</sup> EuGH v. 5.2.1963 – C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*van Gend en Loos*); v. 15.7.1964 – C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa vs. ENE*).

<sup>31</sup> EuGH v. 5.2.1963 – C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*van Gend en Loos*) – Rn. 25.

<sup>32</sup> Zu erwähnen sind auch jene des Kapitalmarktrechts (etwa §§ 15, 37b, 37c WpHG). Eingehend *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 214, 219 ff.



## 2. Effektivierung der privaten Rechtsdurchsetzung

Rechtspositionen stehen und fallen mit der Möglichkeit ihrer effektiven Durchsetzung. Die private Inanspruchnahme marktwirtschaftlicher Normen ist zwar als zielführend anerkannt,<sup>33</sup> ihre Einordnung in die Zivilrechtsdogmatik, besonders für die Digitalregulierung, jedoch noch nicht abgeschlossen.<sup>34</sup> So bleiben die privatrechtlichen Rechtsfolgen von Verstößen oftmals ungeregelt bzw. können nur implizit vertragsrechtlich eruiert werden.<sup>35</sup> Auch in Bereichen, in welchen marktwirtschaftliche Bestimmungen vollharmonisierend wirken, etwa für Haftungsbeschränkungen des DSA oder Offenlegungspflichten für KI, lassen die Regeln über die Inanspruchnahme der Diensteanbieter Raum für nationale Lösungen. Gleichzeitig wurde bereits darauf hingewiesen, dass auch nationale Auslegungsprinzipien unangewendet bleiben müssen, wenn sie die funktionale Subjektivierung marktwirtschaftlicher Normen erschweren oder gänzlich unmöglich machen.

In diesem Sinne musste die in Deutschland und Österreich zur Begründung von Schadensersatzansprüchen nach marktwirtschaftlichen Normen einschlägige Schutznormtheorie der extensiveren Unionsrechtsprechung weichen.<sup>36</sup> Die strenge Schutznormtheorie verlangt, dass die als verletzt gerügte Norm zumindest auch dem Schutz der von ihr Betroffenen dienen muss.<sup>37</sup> Aus der betreffenden Vorschrift muss sich ein bestimmbarer, von der Allgemeinheit abgegrenzter Begünstigtenkreis ergeben, während die klagende Partei diesem angehören muss.<sup>38</sup> Diesem Erfordernis wurde jedoch vom EuGH in der Rs. *Manfredi* eine

<sup>33</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331; Podszun/Bongartz/Langenstein, EuCML 2021, 60 (63); Schweitzer, ZEuP 2021, 503 (542); Monti, TILEC Disc. Paper Nr. 4, 2021; Schwab, EP Report (Nov. 2021), 45; Haus/Weusthof, WuW 2021, 318; Kommios, in: Charbit/Gachot (Hrsg.), Inst. of Comp. Law 2021, 425; Podszun, JECLAP 2022, 254; Richter/Görmann, NZKart 2023, 208; Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107. Kritisch Körber, NZKart 2021, 379 und Zimmerl/Göhl, ZWeR 2021, 29 (52). Seit der 11. Novelle inkludieren §§ 33 ff. GWB die private Durchsetzung der Art. 5–7 DMA zwar explizit, deren inhaltliche Ausfüllung ist noch offen. Vgl. Klumpe, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 139 ff.

<sup>34</sup> Zu offenen Fragen des DMA Rohner, WuW 2023, 387 (388), und HK-DMA/Lahmel/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39; allg. Picht, JECLAP 2023, 74; Busch/Mak, EuCML 2021, 109 (112 f.). Ähnliches gilt für die Vermutung der Kartellbetroffenheit, deren union-rechtlicher Anpassungsdruck den Gesetzgeber dazu veranlasste, die BGH-Entscheidungspraxis zu relativieren. Siehe Thiede/Klumpe, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, 1. Aufl. 2021, Kap. 4, Rn. 26 ff.

<sup>35</sup> Für den DA etwa Hennemann/Steinrötter, NJW 2022, 1481 und den DSA Berberich, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 1 Rn. 38 ff.

<sup>36</sup> Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 374 f.; Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 14; MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 633.

<sup>37</sup> Für das Verwaltungsrecht etwa BVerwGE 82, 343 (344); Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 373.

<sup>38</sup> Allg. MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 74, 562 ff.; Kletečka/Schauer/Kodek, ABGB-ON, § 1294 Rn. 6 f.

prominente Absage erteilt,<sup>39</sup> weshalb die nationale Linie zugunsten der europäischen Vorgabe unmittelbarer Anspruchsgewährung auf Basis des Effektivitätsgrundsatzes aufzugeben war.<sup>40</sup> Teils wurde an dieser Maßgabe nach dem *Thermofenster* Urteil des EuGH gezweifelt, in welchem dieser die subjektive Berechtigung des Käufers, eine Schadensersatzklage gegenüber dem Hersteller zu erheben, ausschließlich auf Basis des Individualschutzzwecks der Rahmenrichtlinie über die Genehmigung von Kraftfahrzeugen begründete.<sup>41</sup> Allerdings weist *Wagner* zu Recht darauf hin, dass eine auf das Vertikalverhältnis zwischen EU und Mitgliedstaat beschränkte Rahmenrichtlinie<sup>42</sup> schon mangels unmittelbarer Wirkung im Horizontalverhältnis kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sein kann und der EuGH nicht für die Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz kompetent ist.<sup>43</sup> Ausweislich der Schlussanträge des Generalanwalts nahmen die Richter weiter explizit auf die deutschen Besonderheiten der genannten Norm Rücksicht, weshalb sich die Frage des Individualschutzes nach deutschem Recht stellte. Grundsätzlich bleibt es daher bei dem Prinzip, dass die Frage, ob ein Unionsrechtsakt Einzelnen Rechte verleiht, nicht von dessen Schutzzweck abhängt.

### 3. Harmonisierung des Rechtsgüterschutzes?

Mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung im nationalen Verfahren wird die notwendige Harmonisierung mitgliedstaatlicher Standards im Sinne wirtschaftspolitischer Lenkungsziele immer deutlicher.<sup>44</sup> Konkrete Voraussetzungen für die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zur haftungsrechtlichen Umsetzung unionsrechtlicher Verhaltensnormen lassen sich der EuGH Rechtsprechung nicht entnehmen.<sup>45</sup> Die Wahl eines öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsregimes kann gegen die private Rechtsdurchsetzung sprechen, schließt diese jedoch nicht aus. Teils werden Erwägungen zum Drittschutz herangezogen, teils wird hiervon wieder Abstand genommen. Wenngleich die Analyse des betreffenden Rechtsbereichs maßgeblich ist, zeigt sich die Unionsrechtsprechung auch hier ambiva-

---

<sup>39</sup> Siehe dazu noch unter III.1.

<sup>40</sup> Vgl. etwa *Dorn*, Private und administrative Rechtsdurchsetzung, 2017, 62 f. m.w.N.

<sup>41</sup> EuGH v. 12.3.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (Mercedes-Benz Group). Im Detail *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1765).

<sup>42</sup> Konkret betraf dies die Rahmen-RL 2007/46 EG.

<sup>43</sup> MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 633.

<sup>44</sup> Siehe etwa diesbezügliche behördliche Kooperation zwischen dem deutschen, französischen und niederländischen Wirtschaftsministerium: Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement, [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/XYZ/zweites-ge-meinsames-positionspapier-der-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/XYZ/zweites-ge-meinsames-positionspapier-der-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (alle Internetquellen wurden zuletzt am 11.7.2024 abgerufen); sowie *Pauer*, JECLAP 2023, 354 (358).

<sup>45</sup> Vgl. *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1767).

lent.<sup>46</sup> Solange der EuGH die „deliktsrechtliche Autonomie der Mitgliedstaaten“<sup>47</sup> wahrt, desto eher sollten sich zusätzlich genuin deliktsrechtliche Argumente zur haftungsrechtlichen Sanktionierung in der Unionsrechtsprechung finden.<sup>48</sup> Je weiter das Unionsrecht durch marktwirtschaftliche Normen die Verhaltensweisen der Wirtschaftsteilnehmer detailliert regelt, desto weniger reichen ein schlichter Verweis auf den Effektivitätsgrundsatz sowie floskelhafte Argumente<sup>49</sup> zur Berechtigung des Einzelnen zum Private Enforcement. Vielmehr sollte der EuGH anleitend das Risiko divergierender Verfahrensstandards in den Mitgliedstaaten minimieren bzw. eine argumentative Abstandnahme von der privaten Rechtsdurchsetzung in Fällen der Unklarheit vermeiden.<sup>50</sup>

Hinsichtlich der Digitalregulierung zu beantworten ist einerseits die Frage des Verhältnisses der einzelnen Regulierungsvorgaben zu anderen Bereichen der europäischen Daten- bzw. Digitalstrategie,<sup>51</sup> andererseits deren Einbettung in bestehende nationale Systeme.<sup>52</sup> So ist die Beweislastumkehr des Art. 8 Abs. 1 DMA auf den Nachweis des rechtswidrigen Verstoßes gegen Art. 5–7 DMA beschränkt, während die weiteren Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gem. § 33a i.V.m. § 32g GWB nach der allgemeinen zivilrechtlichen Beweislastverteilung zu beurteilen sind.<sup>53</sup> Ähnliche Schwierigkeiten stellen sich für die Plattform bei Inanspruchnahme nach dem DSA als teilharmonisierte Verordnung hinsichtlich dessen Haftungsfreistellungen.<sup>54</sup> Neben dem Risiko von Forum Shopping aufgrund divergierender nationaler Verfahrensstandards<sup>55</sup> spricht der

<sup>46</sup> Zu den wesentlichen „drei Phasen“ des Private Enforcements, *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1767 f.).

<sup>47</sup> Vgl. *Gsell/Mehring*, NJW 2023, 1099 Rn. 17.

<sup>48</sup> Diese fehlende Anleitung zu Recht bemängelnd *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1767).

<sup>49</sup> *Wagner* spricht gar von „holzschnittartigen Argumenten“. *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1768).

<sup>50</sup> Für die private Rechtsdurchsetzung der kapitalmarktrechtlichen Marktmissbrauchsverordnung etwa *Hellgardt*, AG 2012, 154 (165 ff.); dagegen *Schmolke*, NZG 2016, 721 (726 ff.).

<sup>51</sup> Siehe *Mendelsohn/Richter*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 20 Rn. 30, zum Verhältnis des DA und DSGVO Rn. 29; sowie *Bastians*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 21 Rn. 51 ff.

<sup>52</sup> Zur Situation divergierender Prozessstandards nach der KartellschadensersatzRL *Pauer*, Kluwer Comp. L. Blog, 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/11/17/competition-conference-report-disclosure-of-evidence-in-antitrust-damages-actions-in-europe/>.

<sup>53</sup> Vgl. *Richter/Görmann*, NZKart 2023, 208. Ein rechtswidriger Verstoß gegen die DMA-Pflichten indiziert Verschulden. Siehe *Margvelashvili*, Kluwer Competition Law Blog, 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/12/14/tracing-forum-shopping-within-the-dmas-private-enforcement-seeking-equitable-solutions/>.

<sup>54</sup> *Conrad*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 3 Rn. 45 ff.; *Mendelsohn/Richter*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 20 Rn. 37; *Engeler*, NJW 2022, 3398 (3399).

<sup>55</sup> Für diese derzeitige Situation im Kartellrecht, siehe *Pauer*, Kluwer Comp. L. Blog, 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/11/17/competition-confe>

Effektivitätsgrundsatz dafür, auch für die inhaltliche Interpretation der Pflichtenstandards auf Einheitlichkeit hinzuwirken.<sup>56</sup> Während in sämtlichen digitalen Regulierungsakten betont wird, dass zwingende Datenzugangsansprüche fair, zumutbar und nichtdiskriminierend sein sollen, ist dieses übergreifende, wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept der Fairness noch im Rahmen der Zivilrechtsdogmatik zu interpretieren.<sup>57</sup> Aus Rechtssicherheitserwägungen könnte hier auf die erwähnte Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Ansätze zu achten sein. Dies gilt auch für die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts, das – trotz extensiver Interpretation der neuen Vorgaben – mögliche Lücken der Digitalregulierung schließen müsste.<sup>58</sup>

### III. Maßgaben des Effektivitätsgebots

Während der EuGH anfangs noch unterschiedliche Zielsetzungen und Wirkungen öffentlicher- und privater Rechtsdurchsetzung festhielt,<sup>59</sup> unterstrich er in seiner Folgerechtsprechung deren Komplementarität für die Durchsetzung marktwirtschaftlicher Normen des Unionsrechts.<sup>60</sup> So stärkte der Gerichtshof zunehmend die Vorteile einer parallelen Rechtsdurchsetzung mittels öffentlich-rechtlicher und privater Instrumente in zahlreichen Wirtschaftssektoren auf Basis des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes. Dies betraf neben kartellrechtlichen Schadensersatzansprüche die Sanktionierung lauterkeitsrechtlicher und kapitalmarktrechtlicher Verhaltensvorschriften.<sup>61</sup> Das europäische Wirtschaftsrecht ist daher zunehmend von einer Mehrspurigkeit der Rechtsdurchsetzung gekennzeichnet, die mitunter im Verhältnis einer wechselseitigen Auffangordnung angesehen wird.<sup>62</sup>

---

rence-report-disclosure-of-evidence-in-antitrust-damages-actions-in-europe/; Klumpel/Weber, NZKart 2021, 492; für den DMA Margvelashvili, Kluwer Comp. L. Blog, 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/12/14/tracing-forum-shopping-within-the-dmas-private-enforcement-seeking-equitable-solutions/>. Vgl. Art. 39 DMA und Art. 38 DMA.

<sup>56</sup> Vgl. Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 89; Mendelssohn und Budzinski betonen, dass derzeit noch nicht absehbar ist, ob DMA-Verfahren tatsächlich rascher und effektiver als zivile Gerichtsverfahren laufen (vgl. Ilmenau Disc. Paper Series, 2023, 24).

<sup>57</sup> Vgl. Pauer/Blaschczok, NZKart 2024, 296; Scheurer, Fairness als Rechtsprinzip: die anständigen Marktgepflogenheiten der Digitalwirtschaft, 2023; Blaschczok, Freiheit und Fairness, 2023.

<sup>58</sup> So weist etwa Picht darauf hin, dass wettbewerbsrechtlich das Risiko bestehen könnte, ganze (Daten-)märkte FRAND-Bedingungen zu unterwerfen und damit Innovation zu reduzieren. Vgl. Picht, JECLAP 2023, 67 (75).

<sup>59</sup> Siehe EuGH v. 3.4.1968 – C-28/67, ECLI:EU:C:1968:3 (Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH).

<sup>60</sup> Siehe unter II.

<sup>61</sup> Eingehend Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 77 ff., 208 ff.

<sup>62</sup> Vgl. Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches

Funktional dient die private Rechtsdurchsetzung dazu, öffentlich-rechtliche Instrumente durch ein zusätzliches Abschreckungspotential zu unterstützen (Steuerungsfunktion) und geschädigte Marktteilnehmer zu kompensieren (Kompensationsfunktion). Gleichzeitig bedingt die Vorgabe „voller Wirksamkeit“ unionsrechtlicher Normen nicht automatisch, einen notwendigen Rückgriff auf private Instrumente für harmonisierte Marktordnungsnormen. Ein zwingendes, aus Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleitetes Gebot des Private Enforcement sekundärrechtlicher Verhaltensnormen gibt es nicht.<sup>63</sup> Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Unionsrecht von der Idee eines Kooperationsverhältnisses privater und öffentlicher Durchsetzung geprägt ist, das zunehmend Form annimmt.<sup>64</sup>

### 1. Private Durchsetzung wirtschaftsrechtlicher Normen

Unter der Zielvorgabe, europäischen Wirtschaftsnormen ein effektives Durchsetzungsniveau zu verleihen, verfolgte der EuGH eine extensive Ermächtigung privater Parteien, die Verletzung marktwirtschaftlicher Normen zu verfolgen. Zur parallelen Kontrolle der Einhaltung objektiven Rechts fungiert diese funktionale Subjektivierung marktwirtschaftlicher Normen mittels sog. Indienstnahme Privater.<sup>65</sup> Dies bezeichnet die allgemeine Kontrolle der Einhaltung objektiven Rechts mittels privatrechtlicher Sanktionen,<sup>66</sup> die von betroffenen Marktteilnehmern vor Zivilgerichten geltend gemacht werden. Für das an die Mitgliedstaaten adressierte Gebot, privatrechtliche Instrumente zu gewähren, ist zwar keine ausdrückliche Bestimmung privatrechtlicher Durchsetzung im betreffenden Normenkomplex erforderlich,<sup>67</sup> allerdings ist ein Effektivitätsgewinn im Sinne dessen praktischer Wirksamkeit geboten.<sup>68</sup>

In seiner fortschreitenden Judikatur statuierte der Gerichtshof jedoch nur dann eine Pflicht der Mitgliedstaaten, privatrechtliche Instrumente im nationalen Recht vorzusehen, wenn die Wirksamkeit unionsrechtlicher Verhaltensnormen anderweitig gefährdet wäre.<sup>69</sup> Anhaltspunkt dafür ist, ob durch das beste-

---

Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 261 (290 f.); *Dorn*, Private und administrative Rechtsdurchsetzung im europäischen Beihilferecht, 63.

<sup>63</sup> *Schmolke*, NZG 2016, 721 (728).

<sup>64</sup> Vgl. *Schweitzer/Woeste*, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, 36. Tagung zur Rechtsvergleichung 2021, 1 (23).

<sup>65</sup> Siehe bereits *von Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872, 26.

<sup>66</sup> Zu den verschiedenen Instrumenten, siehe noch unter III.3.

<sup>67</sup> Siehe *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 272; *Harnos*, ZEuP 2015, 546 (559).

<sup>68</sup> Vgl. *Schmolke*, NZG 2016, 721 (725); ausführlich *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite, 2006, 214 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 271 f.

<sup>69</sup> Vgl. EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (*Courage und Crehan*) – Rn. 26. Siehe noch unter IV.

hende Instrumentarium ein ausreichend abschreckendes Sanktionsniveau erreicht ist.<sup>70</sup> Dies erfordert eine umfassende Eruiierung der einschlägigen Marktumstände, der bestehenden öffentlich-rechtlichen Maßnahmen, einen Systemvergleich mit weiteren marktwirtschaftlichen Sekundärrechtsakten und der Situation potentiell geschädigter Marktteilnehmer.<sup>71</sup> Hinsichtlich letzterer ist zu entscheiden, ob der betreffende Rechtsakt vorrangig die Steuerungsfunktion oder die Kompensationsfunktion verfolgt. Soll ein Ausgleich privater Marktteilnehmer im Sinne der Kompensation erzielt werden, spricht dies für die notwendige Implementierung paralleler privater Ansprüche.

Die Ausgestaltung der Methode privater Rechtsdurchsetzung ist auf Basis des Subsidiaritätsprinzips<sup>72</sup> allerdings den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen überlassen. Möglich sind sowohl prozessrechtliche als auch materielle Instrumente, je nach Struktur des nationalen Systems. Sind verschiedene Sanktionsinstrumente zur Verwirklichung des Normzwecks geeignet, besteht ein Ermessen der Mitgliedstaaten.<sup>73</sup> Soweit mitgliedstaatliche Normen unionsrechtlichen Vorgaben widersprechen, sind massive Überlagerungen nationalen Rechts möglich.<sup>74</sup> Dies beinhaltet nicht nur die Unanwendbarkeit nationaler Normen,<sup>75</sup> sondern auch allgemeiner Rechtsprinzipien. So sah sich, wie erwähnt, die in Deutschland und Österreich zur privaten Anspruchsbegründung marktwirtschaftlicher Normen vorherrschende Schutznormtheorie durch die europäische Entwicklung einem Anpassungsdruck ausgesetzt<sup>76</sup> und musste einem breiteren unionalen Verständnis privatrechtlicher Ansprüche weichen. Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass sich eine privatrechtliche Ergänzungspflicht wirtschaftsrechtlicher Normen grundsätzlich nur dann ergibt, wenn ein effektives Durchsetzungsniveau auf rein öffentlich-rechtlicher Basis fraglich erscheint. Inwieweit dies der Fall ist, sollte allerdings nicht nur mittels systematischer Ana-

---

<sup>70</sup> Zur erstrebten Effektivität in Bezug auf die MiFID *Grigoleit*, ZHR 177 (2013), 264 (275); *Schmolke*, NZG 2016, 721 (724).

<sup>71</sup> Vgl. etwa *Schmolke*, NZG, 2016, 721, 4. a) – c). Während der EuGH die „volle Wirksamkeit“ des Unionsrechts eher in einem allgemeinen Sinn verwendet, nutzt er für die Durchsetzung konkreter Normen vorrangig den Begriff der „praktischen Wirksamkeit“. Eingehend *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite, 214 ff.

<sup>72</sup> Art. 5 Abs. 3 EUV.

<sup>73</sup> *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 271. Zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit, siehe auch *Gellermann*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 4. Aufl. 2024, § 34 Rn. 30, 31.

<sup>74</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim/Schill/Krem, Art. 4 EUV Rn. 93.

<sup>75</sup> Für ein Beispiel aus dem Kartellrecht, vgl. EuGH v. 7.6.2013 – C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 (Donau Chemie).

<sup>76</sup> Siehe *Dorn*, Private und administrative Rechtsdurchsetzung, 2017, 63; ursprgl. *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, 175 ff.; *Ruffert*, Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung ihrer prozessualen Durchsetzung, 1996, 313 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 144.

lyse,<sup>77</sup> sondern auch mittels ökonomischer Analyse marktwirtschaftlicher Normen eruiert werden.<sup>78</sup>

## 2. Das ökonomische Potential privater Ansprüche

Die ökonomische Analyse betrachtet das Recht als Steuerungsinstrument für eine Vielzahl von Fällen aus rechtspolitischer Sicht.<sup>79</sup> In Bezug zur privaten Rechtsdurchsetzung marktwirtschaftlicher Normen wird der regulierende Ansatz des Gesetzgebers in seiner verhaltenssteuernden und ressourcenverteilenden Wirkung bewertet. Privatrechtliche Sanktionen sollen ausreichend abschreckend wirken und Normadressaten zu rechtskonformem Verhalten veranlassen, indem sie Verstöße als nicht lohnend oder sogar mit nachteiligen Wirkungen bewerten. Diese analytische Methode geht dabei vor allem auf die utilitaristische Philosophie *Benthams* und *Mills* zurück,<sup>80</sup> wonach Individuen rational auf Basis ihrer größtmöglichen Nutzenmaximierung agieren.<sup>81</sup> Daraus ergeben sich drei Prinzipien für die effektive Normdurchsetzung: (i) das Gesetz Kosten-Nutzen-basierter Nachfrage, (ii) das Erfordernis eines effizienten Ressourceneinsatzes, sowie (iii) dessen Gewährleistung mittels freiwilligen Austausches in Form eines Marktes.<sup>82</sup> Für die private Rechtsdurchsetzung wird dies mit dem Ziel eines „effektiven zivilrechtlichen Sanktionssystems“ veranschaulicht, das Parteien vor allem ausreichend Anreiz zur Rechtsbefolgung geben soll.<sup>83</sup> In die gleiche Richtung fordert der EuGH, dass privatrechtliche Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> Siehe *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2019, 134; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, 442. Für die Auslegung (finanz-)marktwirtschaftlicher Normen e.g. *Schmolke*, NZG 2016, 721 (726 f.).

<sup>78</sup> Für das dt. Recht e.g. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2005; *Behrens*, JITE Vol. 145 Nr. 3 (1989), 533; *Katzenmeier*, in: Dauner/Lieb/Langen (Hrsg.), BGB Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, vor § 823 BGB, Ökonomische Analyse des Deliktsrechts; ebenso *MüKoBGB/Wagner*, 9. Aufl. 2024, vor § 823 BGB; *Blanke-Roeser*, JuS 2023, 1002; Kritisch *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, 2016, 235 ff.; *Lianos*, UCL Research P. Series Nr. 19/2024, 2024.

<sup>79</sup> Vgl. *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 362; *Blanke-Roeser*, JuS 2023, 1002. Siehe auch *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, 2016, 237 f.

<sup>80</sup> *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780, hrsg. v. *Burns/Hart*, The Collected Works of Jeremy Bentham, 1970, deutsch auszugsweise *Höffe*, Einführung in die utilitaristische Ethik, 5. Aufl., UTB 2013; *Mills*, Utilitarianism, 1863.

<sup>81</sup> Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, 4.

<sup>82</sup> Eingehend *Posner*, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, 4–10.

<sup>83</sup> Vgl. etwa Begr. BT-Drs. 20/7621, 109 zu Anreizen im Rahmen der neuen Abhilfeklage nach dem VRUG (BGBl. 2023 I Nr. 272 vom 12.10.202). Zu „incentive Regulation“ *Posner*, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, 374–375.

<sup>84</sup> EuGH v. 2.10.1991 – C-7/90, ECLI:EU:C:1991:363 (Paul Vandevenne) – Rn. 11; v. 10.7.1990 – C-326/88, ECLI:EU:C:1990:291 (Anklagemyndigheden) – Rn. 17; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 362.



Ein wesentliches Argument, die private Rechtsdurchsetzung für die Durchsetzung wirtschaftsrechtlicher Normen einzusetzen, sind die Grenzen des markt-basierten Informationssystems für Behörden.<sup>85</sup> Durch Rückgriff auf private Kläger ergeben sich rechtsökonomisch Möglichkeiten wirtschaftlicher Verhaltenssteuerung, da Unternehmen in der Regel in einer besseren Position sind, preis-relevante Informationen einzuordnen.<sup>86</sup> So sind etwa Plattformen als wirtschaftliche Schnittstellen des Leistungsaustausches regelmäßig von der Wertschöpfung ihrer Nutzer abhängig. Aus diesem Grund ist gerade die Reaktion gewerblicher und privater Nutzer auf ihr Marktverhalten für Profit maximierende Plattformbetreiber besonders relevant. Meist werden Plattformbetreiber ihr Geschäftsmodell erst dann rechtskonform revidieren,<sup>87</sup> wenn sie ansonsten einen Verlust unternehmerischer und privater Kunden hinnehmen müssten.<sup>88</sup>

Ökonomisch ist mittlerweile anerkannt, dass individuell oder kollektiv erhobene Rechtsansprüche positive Anreize für Marktakteure schaffen können, Rechtsverletzungen auch präventiv zu unterbinden und proaktiv Rechtsschutzstandards zu etablieren.<sup>89</sup> Während strenge per se Pflichten<sup>90</sup> die Entstehung neuer Unternehmen mitunter erschweren,<sup>91</sup> sind marktdominante Akteure in der Lage diese durch Adaption ihrer Geschäftsmodelle zu umgehen.<sup>92</sup> Im Gegenzug gewähren private Ansprüche auf Digitalmärkten aufgrund der Nutzerdaten-zentriertheit ein erhöhtes Drohpotential für den Erfolg von Geschäftsmodellen.<sup>93</sup> Abgesehen vom individuellen Interesse der Schadensvorbeugung statt dessen

---

<sup>85</sup> Eingehend *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, 2016, 163; kritisch zur rein öffentlichen Durchsetzung des DMA *Mendelsohn/Budzinski*, Ilmenau Economics Disc. Papers, Vol. 27, Nr. 154 (2021), 22.

<sup>86</sup> *Posner*, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, 845: „Companies active on the relevant market are generally in a much better position to access and assess price-relevant information“. Siehe auch v. *Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Freiburger Studien, 1969, 249.

<sup>87</sup> Die fehlende Anreizsteuerung war bereits Kritikpunkt des DMA. Vgl. *Mendelsohn/Budzinski*, Ilmenau Economics Disc. Papers, Vol. 27, Nr. 154 (2021); Zur mangelhaften DMA Compliance: *Zimmer/Göhs*, WuW 2024, 181.

<sup>88</sup> Vgl. den von *Meta* erlittenen Umsatzeinbruch (\$ 320 Mrd.) durch die von Apple Anfang 2022 eingeführte Datenschutz Applikationen mittels opt-in für nutzeradaptive Datenweitergabe. Dazu *Isaac*, NYT, 3.2.2022.

<sup>89</sup> Zum Präventionszweck etwa *Ackermann*, ZWeR 2010, 329; hinsichtlich digitaler Märkte *Athey/Scott-Morton*, Antitrust Law Journal Nr. 84 (2022), 677. Siehe auch V.

<sup>90</sup> Dies betrifft etwa Art. 5–7 DMA, Art. 10 und 33 f. DSA, Art. 4–5 DA, Art. 12 DGA und Art. 6 KI-Haftungs-RL (COM[2022] 496 final).

<sup>91</sup> Zu Compliance Kosten *Suominen*, CSIS, 2022. Weiter gewährt Art. 17 DMA der Europäischen Kommission die Möglichkeit, weitere digitale Dienste in die Liste zentraler Plattformdienste aufzunehmen.

<sup>92</sup> Siehe *Erixson*, ECIPE, Nr. 5 (2021), 6; *Mendelsohn/Budzinski*, Ilmenau Economics Disc. Papers, Vol. 27, Nr. 154 (2021), 23; *Körber*, NZKart 2021, 379 (343).

<sup>93</sup> Vgl. e.g. *Henning-Bodewig/Busch/Podszun*, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? – Studie für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 2018, 168; *Glöckner*, WuW 2019, 546 (550).



nachträglicher Einklagung<sup>94</sup> hat die Regulierung anderer Sektoren erkennen lassen, dass präventiv-orientierte Systeme meist besser funktionieren.<sup>95</sup> Daher sprechen ökonomische Argumente für den Einsatz der privaten Rechtsdurchsetzung als flexibleres Instrument, insbesondere auf digitalen Märkten.<sup>96</sup>

### 3. Das Privatrecht als dezentrales Ordnungssystem

Das Privatrecht beinhaltet allerdings auch selbstständige Bedingungen für die Realisierung eines kohärenten marktwirtschaftlichen Systems.<sup>97</sup> Voraussetzung ist, dass dem Zivilrecht eine Steuerungsfunktion im Interesse des Marktschutzes zuerkannt wird.<sup>98</sup> So können ökonomische Ergebnisse auf Märkten mit privaten Parteien nicht ohne Einbeziehung ihrer autonomen Entscheidungsparameter antizipiert werden. Wo staatliche Maßnahmen dies versuchen, wird Wissen simuliert, das nicht ausreichend besteht.<sup>99</sup> Subjektive Rechte und Verträge setzen Wirtschaftsteilnehmer erst instand, von zugänglichen Informationen vollen Gebrauch zu machen.<sup>100</sup> Daher ist die privatrechtliche Herstellung von Transparenz und einer ausgeglichenen Verhandlungsbasis ein fundamentaler Ordnungsgrundsatz. Relevant für die zivilrechtliche Auslegung sind jene Umstände, die Marktteilnehmern im Rahmen der Wettbewerbsparameter bekannt sind oder bei gehöriger Sorgfalt bekannt sein könnten.<sup>101</sup>

Handlungsbasis hierfür bieten sämtliche privatrechtliche Instrumente, wie Zugangs-, Abwehr- und Schadensersatzansprüche,<sup>102</sup> sowie eine Vertragskon-

<sup>94</sup> Siehe *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2007, 126: „The general principle is that if a risk to loss is known only to one party to the contract, the other party is not liable for the loss if it occurs.“

<sup>95</sup> Siehe *Woods/Perrin*, *Obliging Platforms to Accept a Duty of Care*, in: *Regulating Big Tech*, 2021, 95: „Experience of other complex sectors suggests that process-based regulation oriented towards preventing harmful outcomes, which puts responsibility on companies to design services safely, will work better.“

<sup>96</sup> Hinsichtlich „first-mover“ Argumente in der Digitalregulierung, siehe auch *Picht*, *VerfBlog*, 3.9.2021, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-09/>.

<sup>97</sup> Näher (mit Kritik zu *Posner*) *Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law*, 2007, 11.

<sup>98</sup> *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, 29.

<sup>99</sup> So bereits zu den Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft *Mestmäcker*, *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts*, 2016, 163.

<sup>100</sup> Vgl. *Mestmäcker*, *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts*, 2016, 163.

<sup>101</sup> Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab vgl. *Mestmäcker*, *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts*, 2016, 163.

<sup>102</sup> Für das nationale Recht etwa *MüKoUWG/Fritzsche*, 3. Aufl. 2022, § 8 UWG, Rn. 17–270 ff.; *Immenga/Mestmäcker/Franck*, 6. Aufl. 2020, § 33 GWB, Rn. 1–41. Hierzu gehören auch die von der Rechtsprechung entwickelten quasi-negatorischen Ansprüche gegen Störungen absoluter Rechte. Siehe *MüKoBGB/Raff*, 9. Aufl. 2023, BGB § 1004 analog, Rn. 1–340.

trolle auf zivilrechtlicher Basis.<sup>103</sup> Insbesondere dort, wo Pflichten kontraktualisiert werden – im Rahmen der Digitalregulierung etwa im Data Act<sup>104</sup> – sind eine inhaltliche AGB-Prüfung und notwendige Vertragsanpassungen zu erwägen.<sup>105</sup> Dies erfordert allerdings eine unionsweit konsistente Interpretation der einzelnen Pflichten sowie deren Harmonisierung mit nationalem Zivilrecht.<sup>106</sup> So wurde darauf hingewiesen, dass die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung zu Abstimmungsproblemen bei der Inhaltsbestimmung marktwirtschaftlicher Verhaltenspflichten in der digitalen Sphäre führen könnte.<sup>107</sup> Weiter besteht aufgrund der prozessualen Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten ein gewisses Risiko von Forum Shopping, das eine weitere Rechtszersplitterung bedingen könnte.<sup>108</sup> Während diesem Risiko im Kartellrecht durch Abstimmung im Europäischen Wettbewerbsnetzwerk begegnet wird, normiert für die Digitalregulierung etwa Art. 39 DMA eine Amicus Curiae Stellung der Kommission in nationalen Gerichtsverfahren.<sup>109</sup> Inwieweit derartige Maßnahmen tatsächlich Abstimmungsproblemen entgegenwirken können bzw. sich vor nationalen Zivilgerichten angesichts des Konkretisierungsgrades der neuen Digitalregulierungspflichten stellen,<sup>110</sup> bleibt derzeit noch abzuwarten.

Für eine effektive Rechtsdurchsetzung notwendig ist die Eruierung einer angemessenen Inanspruchnahme rechtswidrig handelnder Marktteilnehmer unter Berücksichtigung der dynamischen Entwicklung digitaler Wirtschaftsräume.<sup>111</sup>

---

<sup>103</sup> Zu Vertragsvorteilen in Zusammenhang mit Datentransfers, vgl. *Kerber*, GRUR Int., Vol. 72 (2018), 120; Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Position Statement zum Data Act, 2022, 248.

<sup>104</sup> Art. 3, 5 DA. Vgl. *Mendelsohn/Richter*, in: Steinrötter (Hrsg.) Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 20 Rn. 21 f.

<sup>105</sup> Vgl. *Podszun/Offergeld*, ZEuP 2022, 244 (258 ff); *Picht*, JECLAP 2023, 67 (69 ff); *Witzel*, CR 2022, 561 (566); Zur Schwierigkeit der AGB-Kontrolle, siehe *Mendelsohn/Richter*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 20 DA, Rn. 41 m.w.N.

<sup>106</sup> Auf die separaten „Inseln“ der privaten Rechtsdurchsetzungsbestimmungen in digital einschlägigen Rechtsakten hinweisend *Schwamberger*, InTeR 2023, 168 (173); zur Vereinheitlichung mit Wettbewerbsrecht *Van den Boom/Podszun*, EU Law Live's Competition Corner, 15 May 2024; *Haus/Steinseifer*, ZWeR 2023, 105; sowie *Bongartz*, WuW 2022, 72 (81).

<sup>107</sup> Vgl. *Rohner*, WuW 2023, 388; *Körber*, NZKart 2021, 379 (342); *Zimmerl/Göhl*, ZWeR 2021, 29 (52); *Margvelashvili*, Kluwer Comp. Law Blog, 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/12/14/tracing-forum-shopping-within-the-dmas-private-enforcement-seeking-equitable-solutions/>.

<sup>108</sup> Für die derzeitige Situation im Kartellrecht *Pauer*, Kluwer Comp. Law Blog, 2023, <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/11/17/competition-conference-report-disclosure-of-evidence-in-antitrust-damages-actions-in-europe/>; für den DMA *Margvelashvili*, Kluwer Comp. L. Blog, 2023, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/12/14/tracing-forum-shopping-within-the-dmas-private-enforcement-seeking-equitable-solutions/>.

<sup>109</sup> Siehe Art. 39 Abs. 3, 4 DMA. Eingehend *HK-DMA/Lahmel/Ruster*, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 21.

<sup>110</sup> Vgl. etwa Art. 5–7 DMA, Art. 3–6 DA, Art. 10, 16, 18, 20, 34 DSA.

<sup>111</sup> So werden negatorische Ansprüche im Kartellrecht extensiv ausgelegt und umfassen

Beachtenswert ist, dass der Europäische Gerichtshof zunehmend danach strebt, die Parameter der Fairness, Chancengleichheit und Vermeidung von Interessenkonflikten in der europäischen Wirtschaftsordnung zu gewährleisten.<sup>112</sup> Diese Prinzipien scheinen wiederum für eine privatrechtliche Vertragsauslegung prädestiniert. Erforderlich ist dabei die Ausfüllung der Begriffspaare von Transparenz und Diskriminierungsfreiheit durch richterliche Erwägungen. Weiter stellt sich die Frage, welche Haftungsstandards hinsichtlich einer „ausgewogenen Verhandlungsbasis“ der Marktteilnehmer angemessen sind.<sup>113</sup>

#### IV. Grenzen des Effektivitätsgebots

Diese Fragestellungen zeigen bereits auf die inhaltlichen Grenzen des Effektivitätsgrundsatzes und die teils ambivalente Linie des EuGHs.<sup>114</sup> Für jede unionsrechtliche marktwirtschaftliche Verhaltensanordnung bleibt grundsätzlich zu klären, ob eine private Durchsetzbarkeit angesichts öffentlich-rechtlicher Sanktionsregime parallel geboten ist. Neben einer Genese des einschlägigen Normenkomplexes ist vorrangig unionsrechtliche Rechtsprechung maßgeblich. Die Mitgliedstaaten haben bei der Anwendung nationalen Transformationsrechts streng sekundärrechtskonform vorzugehen.<sup>115</sup> So sind nationale Gerichte im Rahmen des Gebots richtlinienkonformer Auslegung daran gehalten, sämtliche Auslegungsmethoden heranzuziehen, um unionsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen.<sup>116</sup> Dies kann bis zur Korrektur oder Aufgabe ständiger Rechtsprechung,

---

Zugangsansprüche bei Liefersperren, Aufnahmen in selektive Vertriebssysteme sowie Auskunftsrechte. Siehe Immenga/Mestmäcker/Franck, 6. Aufl. 2020, § 33 GWB, Rn. 28–31. Zu dynamischer Effizienz, e.g. *Picht*, JECLAP 2023, Fn. 14.

<sup>112</sup> Vgl. EuGH v. 21.12.2023 – C-124/21P, ECLI:EU:C:2023:1012 (International Skating Union – ISU); v. 21.12.2023 – C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011 (European Superleague Company SL – ESL). Dies betrifft nicht nur die Ziele der Digitalregulierung, sondern auch das Wettbewerbsrecht. Vgl. *Pauer/Blaschczok*, NZKart 2024, 296.

<sup>113</sup> Allg. *Schweitzer*, in: Möslin (Hrsg.), *Private Macht*, 2015, 447 ff.; für die Datenwirtschaft, *Savary* in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 1. Aufl. 2023, § 19 Rn. 3. Für einen „duty-of-care“-Standard, vgl. den UK Online Safety Act, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50/enacted>.

<sup>114</sup> Siehe auch *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1763) mit Verweis auf die Entscheidungen TÜV Rheinland (EuGH v. 16.2.2017 – C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128) und Genil 48 (EuGH v. 30.5.2013 – C-604/11, ECLI:EU:C:2013:344).

<sup>115</sup> EuGH v. 10.4.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann); v. 13.11.1990 – C-206/89, ECLI:EU:C:1990:395 (Marleasing); Eingehend *Langenbucher*, in: *Langenbucher/Donath* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl. 2022, § 1 Rn. 88 ff.; *Basedow*, *European Private Law*, 2021, Rn. 220 ff.

<sup>116</sup> EuGH v. 10.4.1984 – C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (von Colson und Kamann) – Rn. 26; *Basedow*, *European Private Law*, 2021, Rn. 220.

sowie einer Abweichung von der traditionellen Auslegung gewachsener dogmatischer Strukturen reichen.<sup>117</sup>

In dieser Eruierung eines Gebots paralleler privater Rechtsdurchsetzung marktwirtschaftlicher Normen ist jedoch auf den Aspekt der institutionellen Balance zu achten.<sup>118</sup> Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV kein zwingendes Gebot, möglicherweise aber eine „Regelvermutung“ des Private Enforcement ableiten lässt.<sup>119</sup> So hat der EuGH im Kontext der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Richtlinienumsetzung selbst auf die funktionale Äquivalenz der Sanktionsinstrumente des Verwaltungs-, Straf- und Zivilrechts hingewiesen.<sup>120</sup> Soweit das erstrebte Effektivitätsniveau bereits im Rahmen der öffentlichen Schiene der Rechtsdurchsetzung erreicht wurde, besteht kein zwingendes Erfordernis, weitere Verfahren im Bestreben maximaler Abschreckung anzustrengen. Insofern wurde argumentiert, dass die „volle Wirksamkeit“ des Unionsrechts, nicht im Sinne einer „maximalen Wirksamkeit“ verstanden werden dürfe, denn zusätzliche Instrumente der Rechtsdurchsetzung sprechen nicht immer für einen weiter erzielten Präventions- und Abschreckungseffekt.<sup>121</sup> Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass sich das *effet-utile*-Gebot an die Mitgliedstaaten richtet, während der EU-Verordnungsgeber keiner Vorgabe unterliegt, privatrechtliche Instrumente in jedem marktwirtschaftlichen Pflichtenkomplex vorzusehen.

## V. Private Rechtsdurchsetzung der Digitalregulierung

### 1. Regulierungsbedarf der Plattformwirtschaft

Da wettbewerbsrechtliche Instrumente der zunehmenden Konzentrationstendenz auf digitalen Märkten nicht ausreichend entgegenwirken konnten, hat die Europäische Union auf diese Entwicklung reagiert und im Rahmen ihrer Digitalstrategie eine neue Plattformregulierung geschaffen, die mit individuellen Zugangs-, Abhilfe- und Informationsmaßnahmen für Betroffene neben die bisherigen Instrumente des Kartell- und Lauterkeitsrechts tritt.

Obgleich die öffentliche Durchsetzung dieser neuen Instrumente im Fokus stand, werden mittlerweile die bedeutenden Vorteile ihrer parallelen privaten Rechtsdurchsetzung hervorgehoben.<sup>122</sup> Dies ist vor allem auch im historischen

<sup>117</sup> *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1767).

<sup>118</sup> Hierzu e.g. *Roth*, ZHR 179 (2015), 668; *Schmolke*, NZG 2016, 721 (727).

<sup>119</sup> Vgl. *MüKoBGB/Wagner*, BGB § 823 Rn. 630. In die gleiche Richtung der EuGH in der Rs. Muñoz, EuGH v. 17.9.2002 – C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 (Muñoz).

<sup>120</sup> EuGH v. 14.7.1994 – C-352/92, ECLI:EU:C:1994:294 (Milchwerke Köln) – Rn. 23; v. 19.12.2013 – C-174/12, ECLI:EU:C:2013:856 (Hirrmann) – Rn. 41.

<sup>121</sup> *Schmolke*, NZG 2016, 721 (728).

<sup>122</sup> Auch die Europäische Kommission unterstützt die private Rechtsdurchsetzung. Vgl. Q&A zum DMA, 6.9.2023, 5.

Kontext der wettbewerbsrechtlichen Rechtsdurchsetzung beachtlich. Während der EuGH vor gut fünfundzwanzig Jahren die Wende von der öffentlichen Wettbewerbsdurchsetzung zur Stärkung Privater einschlug, hat sich aufgrund der beschriebenen Konzentrationstendenzen in der digitalen Sphäre das Blatt wieder gewendet. Dies ist kein Zufall, denn die Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Instrumente scheint in der digitalen Sphäre zu langsam, die Abschreckung durch Bußen und individuelle Abhilfemaßnahmen wie Unterlassungs- und Schadensersatzklagen zu schwach, um der extremen Machtkonzentration entgegenzuwirken. Ob das Privatrecht in einem marktwirtschaftlich so bedeutenden Bereich wieder zum Programm erhoben werden kann, spitzt sich nicht nur an der Frage der Qualität zeitnaher Rechtsprechung zu,<sup>123</sup> sondern auch an der Fähigkeit des Privatrechts, die notwendigen regulierenden Impulse setzen zu können, um ausreichend Privatautonomie in der digitalen Sphäre zu gewährleisten.<sup>124</sup>

## 2. Paralleles Private Enforcement der Plattformregulierung?

Für die Nutzbarmachung des Privatrechts als digitales „Regulierungsrecht“<sup>125</sup> sind in der Plattformwirtschaft somit besonders zwei Bereiche relevant: einerseits (i) die vertragliche Gestaltung der Konditionen für Datenzugang, Portabilität und Interoperabilität,<sup>126</sup> andererseits (ii) eine angemessene Haftungsverteilung im Dreiparteienverhältnis von Plattform-Transaktionen.<sup>127</sup> Für Datenzugangsansprüche enthalten die Rechtsakte teils direkt bestimmte Konditionen.<sup>128</sup> Ist dies nicht der Fall, wurde für die Vertragsgestaltung bereits auf die mögliche Nutzbarmachung des aus dem Patentrecht bekannten FRAND-Konzepts hingewiesen.<sup>129</sup> Für die effektive Zugangsgewährung zu Daten und Schnittstellen stellen sich in der Datenökonomie allerdings eine Reihe neuer Abwägungsfragen zwischen den Parteien.<sup>130</sup> Neben dem konkreten Pflichtenumfang wird die angemessene Vergütung des Plattformbetreibers zentral, was vom betreffenden Ge-

<sup>123</sup> Vgl. etwa *Podszum*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte, 2014, 3.

<sup>124</sup> Dazu Pauer, Habilitationsvorhaben: Private Rechtsdurchsetzung auf Plattformmärkten.

<sup>125</sup> Vgl. eingehend *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 13 ff.

<sup>126</sup> Siehe etwa die Empfehlung des European Law Institute, Model Rules on Online Platforms, 2020.

<sup>127</sup> Vgl. *Podszum/Offergeld*, ZEuP 2022, 244 (259) m.w.N.; *Hacker*, Comp. Law & Sec. Rev. Nr. 51 (2023), 13.

<sup>128</sup> Siehe etwa Art. 5–8 DGA (*conditions for the re-use shall be non-discriminatory, transparent, proportionate, objectively justified ...*); sowie Art. 8 DA auf das „FRAND“-Konzept verweisend. Dazu kritisch das MPI, Position Statement zum Data Act, 2022, 248 und *Wiebe*, CR 2023, 777 (784).

<sup>129</sup> Etwa *Picht*, JECLAP, 2023, 67 (74); und bereits vor der neuen Digitalregulierung *Weber*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, 2017, 155 f.

<sup>130</sup> Vgl. *Picht*, JECLAP 2023, 67 (74) mit Verweis auf die neue SEP-Initiative der EuK. Die zentralen Zugangsansprüche des DMA sind allerdings unentgeltlich und damit weiter als jene des DA.

schäftsbereich der Plattform abhängen kann.<sup>131</sup> Viel spricht dafür, dass die Kerninstrumente der neuen Digitalregulierung gerade im Rahmen der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung nutzbar gemacht werden können.<sup>132</sup>

### 3. Notwendige Vereinheitlichung

Hinsichtlich der Haftung für Schutzgesetzverletzungen digitaler Intermediäre ist die inhaltliche Ausfüllung der neuen Normen wiederum nationalem Recht überlassen.<sup>133</sup> Damit steht die digitale Plattformregulierung neben den allgemeinen Haftungs- und Verantwortlichkeitsregelungen der Mitgliedstaaten und ergibt zusammen mit diesen das für den Einzelfall relevante Haftungsregime.<sup>134</sup> Daraus kann sich für Unternehmen eine zweistufige Prüfung im Verhältnis der spezifischen regulatorischen Pflichten und des anwendbaren nationalen Systems ergeben.<sup>135</sup> Die umfassenden, sich teils überschneidenden Zugangs- und Transparenzpflichten<sup>136</sup> sind für Unternehmen vertraglich handhabbar einzuordnen<sup>137</sup> und werden im Sinne eines zivilrechtlichen *aquis communautaire* zu interpretieren sein.<sup>138</sup> Für die Intermediärhaftung stellte die deutsche Zivilrechtspraxis bisher meist auf Prüfpflichten unter Zumutbarkeitserwägungen ab.<sup>139</sup> Zur Eruierung

<sup>131</sup> Vgl. *Drexl*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, 2017, 223 (238).

<sup>132</sup> I.d.S. etwa *Picht*, JECLAP 2023, 67 (74); *Henneman/Steinrötter* NJW 2022, 1481 (1487); *Wiebe*, GRUR 2023, 227 (237) zu vertraglichen und technischen Maßnahmen des DA.

<sup>133</sup> Vgl. Art. 5–7 DMA, Art. 3–6 DA, Art. 10, 16, 18, 20, 34 DSA. Art. 15 KI-Haftungs-RL; Art. 4, 6 der neuen Produkthaftungsrichtlinie (COM[2022]0495 – C9–0322/2022 – 2022/0302[COD], Document P9\_TA[2024]0132). Zu letzteren *Spindler*, CR 2022, 689; *Hacker*, Comp. Law & Sec. Nr. 51 (2023), 13 (2.a ff.); *Zurth*, GRUR 2023, 1331 (1331 ff.).

<sup>134</sup> *Conrad*, in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 1. Aufl. 2023, § 3 Rn. 45.

<sup>135</sup> Vgl. *Conrad*, in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 1. Aufl. 2023, § 3 Rn. 47; *Zurth*, GRUR 2023, 1331. Ähnliches gilt für das Zusammenspiel von Art. 5–7 DMA und §§ 33 GWB, sowie Art. 1 (3) lit. d, Art. 2 (9) KI-Haftungs-RL und nationalem Haftungsrecht.

<sup>136</sup> I.d.S. für den DA, etwa *Mendelsohn/Richter*, in: Steinrötter (Hrsg.), *Europäische Plattformregulierung*, 1. Aufl. 2023, § 20 Rn. 27–35. Diese beinhalten auch negative Pflichten, wie das Verbot von Paritätsklauseln (Art. 5 Abs. 3 DMA), der Fremddatenverarbeitung (Art. 6 Abs. 2 DMA), oder das Selbstbegünstigungsverbot (Art. 6 Abs. 5 DMA).

<sup>137</sup> Etwa *Picht*, JECLAP 2023, 67 (74); *Wiebe*, GRUR 2023, 227 (237); *Richter*, MMR 2023, 163 (166).

<sup>138</sup> I.d.S. *Podszun/Offergeld*, ZEuP 2022, 244, 256; für einen vertragsbasierten Rahmen, e.g. *Picht*, JECLAP 2023, 67 (69). Für einen Vorschlag bereits vor der Digitalregulierung, siehe bereits die ELI Model Rules on Online Platforms, 2020.

<sup>139</sup> So wurde teils verallgemeinernd auf das aus dem Immaterialgüterrecht stammende Konzept der „Störerhaftung“ abgestellt (§§ 862, 1004 BGB bzw. teils in § 3 UWG verortet). Siehe MüKoUWG/*Sosnitza*, 3. Aufl. 2020, UWG § 3 Rn. 60. Zuletzt in Abkehr der Störerhaftung für digitale Intermediäre der BGH v. 2.6.2022 – I ZR 140/15, I ZR 53/17, I ZR 54/17, I ZR 55/17, I ZR 56/17, I ZR 57/17 und I ZR 135/18.

von Sorgfaltsverletzung sollte daher in Zukunft geprüft werden, inwiefern diese Kriterien den Zielen der Digitalregulierung zuträglich sind.<sup>140</sup>

Die Regulierungsfunktion des Privatrechts<sup>141</sup> sollte auf die erfolgreiche Geltendmachung der Interessen betroffener Unternehmen und Nutzer zielen.<sup>142</sup> Die im EU-Digitalpaket vorgegebenen Dicta in einklagbare Regeln umzusetzen, könnte für Gerichte allerdings noch eindeutiger Organisationsprinzipien, etwa nach Plattform-Geschäftsmodellen oder Kategorien von Sorgfaltspflichten, erfordern.<sup>143</sup> Diese könnten neben einer Konkretisierung durch die Kommission, etwa im Rahmen des ECN, auch judiziell ausgearbeitet werden.<sup>144</sup> Während die parallele Marktsteuerung mittels öffentlich- und privatrechtlicher Instrumente nicht unbedingt der deutschen Rechtstradition entspricht,<sup>145</sup> ist dies unter dem Einfluss internationaler Entwicklungen zunehmend der Fall.<sup>146</sup> Insbesondere im Wettbewerbsrecht wird dies durch die Klagebefugnis anerkannter Verbände<sup>147</sup> und die Geltendmachung durch private Prozessstandschaften verdeutlicht.<sup>148</sup> Vor dem Hintergrund der zunehmenden Gleichartigkeit von Rechtsbrüchen auf Datenmärkten ist die kollektive Rechtsdurchsetzung der neuen Plattformpflichten in der Union auch systematisch zu stärken.<sup>149</sup>

<sup>140</sup> Für einen duty of care-Standard, e.g. *Woods/Perrin*, in: Moore/Tambini (Hrsg.), *Regulating Big Tech: Policy Responses to Digital Dominance*, 2021, 93.

<sup>141</sup> I.e. der Einsatz des Privatrechts als Mittel, um Allgemeinwohlziele jenseits der Parteieninteressen zu verfolgen. Vgl. *Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997, 50 ff.

<sup>142</sup> I.d.S. *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, 280 ff.; *Franck*, *Marktordnung durch Haftung*, 2016, 195 ff.; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, 196 ff.; *Heinze*, *Schadenersatz im Unionsprivatrecht*, 2017, 515; *Wagner*, *JZ* 2018, 130; *Schweitzer/Woeste*, 36. Tagung zur Rechtsvergleichung, 2021, 21.

<sup>143</sup> I.d.S. etwa *Podszun/Offergeld*, *ZEuP* 2022, 244 (251); *Caffarra/Scott-Morton*, *Promarket*, 2021; *Mendelsohn/Budzinski*, *Ilmenau Economics Disc. Papers*, Vol. 27, Nr. 154 (2021), 24. Abzuwarten bleibt hier die Kooperation der EuK mit Gerichten nach Art. 39 DMA.

<sup>144</sup> Für das U.S. Recht vgl. *First/Waller*, *N.Y. Univ. Sch. of L., L. & Econ. Rasch. Paper Series Working Paper*, Nr. 22–15 (2022), 3 f.

<sup>145</sup> Siehe *Schweitzer/Woeste*, 36. Tagung zur Rechtsvergleichung, 2021, 12. Vgl. allerdings *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, 47; *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, 746 ff.

<sup>146</sup> Vgl. *MüKoUWG/Fritzsche*, 3. Aufl. 2022, *UWG* § 8 Rn. 422 ff.; allgemein *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht*, 2012, 75.

<sup>147</sup> § 33 Abs. 4 *GWB*, dem § 8 *UWG* als Anstoß diene. Siehe Immenga/Mestmäcker/*Franck*, 6. Aufl. 2020, *GWB* § 33 Rn. 35.

<sup>148</sup> Nach dem RDG ist eine Inkassozeession kartellrechtlicher Schadenersatzforderungen zur gerichtlichen Geltendmachung (sog. *claims vehicles*) möglich. BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20 (*AirDeal*). Auch die neue Abhilfeklage ist nach diesem Prinzip ausgestaltet. Vgl. *Mecklenburg/Brinkschmidt*, *WuW* 2024, 63 (66).

<sup>149</sup> Insbes. Art. 5 (2), Art. 6 (2) – (4) DMA. Vgl. Richtlinie (EU) 2020/1828 (Verbandsklagen-RL), die gem. Art. 42 DMA Anwendung findet. Siehe auch *Mecklenburg/Brinkschmidt*, *WuW* 2024, 63 (69).



## VI. Fazit

Zentraler Gegenstand der privatrechtlichen Normdurchsetzung ist das Bestehen subjektiver Rechte aufgrund marktwirtschaftlicher Verhaltensnormen im Unionsrecht, die auf mitgliedstaatlicher Ebene durch prozessuale oder materielle Ansprüche durchgesetzt werden. Diese funktionale Subjektivierung unionsrechtlicher Normen beinhaltet zwar eine Kompensation geschädigter Marktteilnehmer, dient dem EuGH zufolge allerdings vorrangig als Instrument, um objektives Recht im Allgemeininteresse durchzusetzen. Die Determinierung des angemessenen Effektivitätsniveaus marktwirtschaftlicher Normen lässt sich mittels ökonomischer Analyse sowie der selbstständigen Bedingungen des Privatrechts bestimmen.<sup>150</sup> Eine privatrechtliche Ergänzungspflicht besteht soweit das Sekundärrecht „wirksame, verhältnismäßige und ausreichend abschreckende“ Durchsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten fordert oder die öffentlich-rechtliche Durchsetzungsschiene aus faktischen Gründen kein ausreichendes Abschreckungsniveau gewährleistet.<sup>151</sup> In der Judikaturlinie der privaten Rechtsdurchsetzung ist mittlerweile als „vierte Phase“<sup>152</sup> deren Ausgestaltung im digitalen Regulierungsumfeld auszutarieren. Während viele der neuen Pflichten für eine Kontraktualisierung prädestiniert sind, werden nun deren dogmatische Einordnung in nationales Recht, die Vermeidung von Forum Shopping mittels einheitlicher Beweisstandards und kollektive Durchsetzungsinstrumente zu evaluieren sein.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Vgl. e.g. *Böhm*, in: ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Vol. 17 (1966), 75 –151; *Mestmäcker*, Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft, 2019; *Fikentscher/Borchardt*, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, 1957.

<sup>151</sup> Für den DMA etwa, *Podszun*, VerfBlog, 2021/9/01.

<sup>152</sup> Vgl. zu einer Einordnung der ersten „drei Phasen“ *Wagner*, NJW 2023, 1761 (1762 f.).

<sup>153</sup> Anzumerken, dass letzteren beiden Elemente, insbesondere Schadenshöhenvermutungen, auch für eine effektivere Durchsetzung kartellrechtlicher Klagen notwendig wären.





# „Angeordnetes“ Private Enforcement und Sperrwirkung

*Patrick Zurth<sup>1</sup>*

## I. Einführung

Verschiedene EU-Rechtsakte zur Regulierung des digitalen Raumes streben sowohl eine behördliche als auch individuelle Durchsetzung ihrer Vorschriften an (Public Enforcement und Private Enforcement).<sup>2</sup> Während sie die öffentlich-rechtliche Aufsicht mitunter ausführlich und detailliert regeln, stellen sie für ihre privatrechtliche Wirkung häufig nur rudimentäre, mitunter gar nur Andeutungen enthaltene, Vorgaben zur Verfügung. Insbesondere schweigen sie sich häufig über Art und Ausmaß anwendbarer Individualansprüche aus. Der vorliegende Beitrag soll daher nicht nur die Vorschriften zum Private Enforcement in den jüngeren Rechtsakten der EU zu digitalen Technologien umreißen (II.), sondern auch die dafür heranzuziehenden privatrechtlichen Anspruchsgrundlagen im deutschen Recht herausarbeiten, denen das Unionsrecht Raum belässt oder die es womöglich zur effektiven Rechtsgewähr sogar verlangt (III.). Aus dem Konglomerat dabei relevanter innerstaatlicher zivilrechtlicher Durchsetzungsinstrumente werden hier das Wettbewerbs- (IV.) und Deliktsrecht (V.) herausgegriffen. Auf diese Weise ist herauszuarbeiten, inwieweit Unionsrecht die Anwendung nationalen Rechts zur privaten Rechtsdurchsetzung sperrt.

Dabei werden nur Verordnungen in den Blick genommen, weil diese verbindlich und unmittelbar gelten (Art. 288 Abs. 2 AEUV), während Richtlinien den Mitgliedstaaten ohnehin Spielraum lassen und nationales Recht auf den Plan rufen (Art. 288 Abs. 3 AEUV) und die Frage der Sperrwirkung somit ungleich weniger aufwerfen. Dabei sollen lediglich die Sperrwirkungen unionrechtlicher Regelungen, nicht hingegen Anwendungskonflikte innerhalb nationalen Rechts vertieft werden. Dieser Beitrag konzentriert sich darüber hinaus auf die individuelle Rechtdurchsetzung.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Der Autor dankt den Teilnehmerinnen und Teilnehmern der Tagung für die interessante Diskussion, insb. für hilfreiche Anregungen von Ass.-Prof. Dr. *Lena Hornkohl*, LL.M. und PD Dr. *Daniel Könen*, LL.M.

<sup>2</sup> *Zurth*, GRUR 2023, 1331 (1331); zum Datenschutzrecht etwa auch *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7 (8).

<sup>3</sup> Kollektiver Rechtsschutz ist Gegenstand des Beitrags von *Jaeger/Rentsch*, „Private Enforcement“ als Rechtsanwendungsmaßstab des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes?, hier in diesem Band, 227 ff. Kurz erwähnt sei nur, dass der nicht abschließende

## II. Übersicht zu Regelungen der privaten Durchsetzungsmechanismen

Im Folgenden werden bestehende Vorgaben zur privaten Rechtsdurchsetzung in verschiedenen EU-Verordnungen kurz dargestellt. Die „Anordnung“ eines Private Enforcement weist dabei unterschiedliche Grade auf.

### 1. DSGVO

Sucht man in den hier zu erörternden Verordnungen nach „angeordnetem“ Private Enforcement, wird man vor allem in der DSGVO fündig. Nach deren Art. 79 Abs. 1 hat jede betroffene Person das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn die ihr aufgrund der der DSGVO zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit dieser Verordnung stehenden Datenverarbeitung verletzt wurden. Diese Vorschrift ermöglicht somit – parallel zum Recht auf eine Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde (Art. 77 DSGVO) und dem Recht auf einen Rechtsbehelf gegen eine Aufsichtsbehörde (Art. 78 DSGVO)<sup>4</sup> – unmittelbar ein Vorgehen gegen Rechtsverstöße.<sup>5</sup> Art. 82 Abs. 1 DSGVO verleiht außerdem einen Anspruch auf Ersatz des materiellen oder immateriellen Schadens gegen den Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) oder Auftragsverarbeiter (Art. 4 Nr. 8 DSGVO) im Falle einer unzulässigen Datenverarbeitung. Auch die Geltendmachung von Schadensersatz durch Private steht dabei neben behördlichen Befugnissen.<sup>6</sup>

### 2. DSA

Einen Anspruch auf Schadensersatz sieht ebenfalls der DSA für Verstöße von Anbietern von Vermittlungsdiensten (Art. 3 lit. g DSA) gegen Verpflichtungen aus dieser Verordnung ausdrücklich (Art. 54 DSA) vor. Nach weiteren expliziten Ansprüchen sucht man zwar vergeblich. Der DSA betont aber in Art. 1 Abs. 1 DSA sowie ErwGr. 3, 9 S. 1 DSA den Schutz individueller Rechte als zentrales Anliegen dieser Verordnung.<sup>7</sup> Darin fügt sich ein, dass nach ErwGr. 55 S. 4 DSA jeder Nutzer (Art. 3 lit. b DSA) ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf

---

Katalog von für Verbandsklagen vorgesehenen Verbraucherschutzgesetzen in § 2 Abs. 2 UKlaG auch für den vorliegenden Beitrag relevante Verordnungen enthält (§ 2 Abs. 2 Nr. 13, 56, 57 UKlaG, zu diesen Verordnungen sogleich). Verbände können auch nach § 8 Abs. 3 UWG gegen Rechtsverstöße vorgehen. Hinsichtlich des hier zu erörternden Mitbewerberschutzes (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) erlangt hingegen nur das Lauterkeitsrecht Relevanz.

<sup>4</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság) – Rn. 42 ff.

<sup>5</sup> VG Regensburg v. 6.8.2020 – RN 9 K 19.1061, ZD 2020, 601 Rn. 22; Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 79 Rn. 2.

<sup>6</sup> Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 82 Rn. 1.

<sup>7</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333).

haben soll.<sup>8</sup> Schließlich werden privatrechtliche Unterlassungsklagen und Auskunftsansprüche von Art. 9 und 10 DSA vorausgesetzt.<sup>9</sup>

### 3. DMA

Der DMA sieht eine private Rechtsdurchsetzung nicht vor, ermöglicht eine solche jedoch implizit durch Art. 39 zur Zusammenarbeit der EU-Kommission mit nationalen Gerichten.<sup>10</sup> Denn das Public Enforcement ist den EU-Institutionen vorbehalten. Werden mithin nationale Gerichte eingebunden, bleibt für diese nur das Private Enforcement, da diesen eine Rechtsprechung über Maßnahmen der EU-Kommission schließlich nicht obliegt. Dafür ist vielmehr der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig (Art. 263 Abs. 1 AEUV).

Nachdem die Literatur die Einführung eines Private Enforcement gefordert hatte,<sup>11</sup> erstreckte der deutsche Gesetzgeber die Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung sowie Schadensersatz aus dem Kartellrecht auf Verstöße gegen die Pflichten aus Art. 5, 6, 7 DMA. Die entsprechende Änderung in § 33 Abs. 1 GWB trat am 7.11.2023 mit der sog. 11. GWB-Novelle<sup>12</sup> in Kraft. § 33a Abs. 1 GWB erstreckt die Neuerung auf den Schadensersatz, für dessen Geltendmachung darüber hinaus auch Herausgabe von Beweismitteln und Auskunftserteilung verlangt werden kann (§ 33g GWB).<sup>13</sup> Aktivlegitimiert sind jeweils durch den Rechtsverstoß beeinträchtigte Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer (§ 33 Abs. 3 GWB).

<sup>8</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333).

<sup>9</sup> Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (7); Holznagel, CR 2021, 123 (128); Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333); vgl. auch Rösse, ITRB 2023, 12 (16); Schröder/Hardan, BB 2023, 579 (584 f.). Mit den meisten dieser Aspekte setzt sich die von Buchheim/Schrenk, NVwZ 2024, 1 (5 ff.) vertretene Gegenauffassung, nach der der DSA primär öffentliches Regulierungsrecht darstelle und die meisten dort enthaltenen subjektiven Berechtigungen subjektive öffentliche und nicht private Rechte begründen sollen, leider nicht auseinander. Entsprechendes gilt für Götz, CR 2023, 450, die nationale Vorschriften rundweg für unanwendbar hält.

<sup>10</sup> Becker, ZEuP 2023, 403 (405 f.); Galle/Dressel, EuZW 2024, 107 (107); Haus/Steinseifer, ZWeR 2023, 105 (118); Klumpe, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 131 (134); Kumkar, RD 2022, 347 (353); HK-DMA/Lahme/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 1; Richter/Gömann, NZKart 2023, 208 (209); Schreitter/Sura DB 2022, 2715 (2720). Darüber hinaus sieht Art. 42 Verbandsklagen vor.

<sup>11</sup> So etwa Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107 (111 f.); Podszun, JECLAP 2022, 254 (263); Schweitzer, ZEuP 2021, 503 (541 f.). Freilich wurden unionsrechtliche Regelungen dabei solchen des nationalen Rechts gegenüber häufig für vorzugswürdig gehalten (besonders deutlich etwa Leistner, JIPLP 2021, 778 [782 f.]).

<sup>12</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze vom 25. Oktober 2023, BGBl. 2023 I Nr. 294 vom 6.11.2023.

<sup>13</sup> Für die Verjährungshemmung adressiert § 33h Abs. 6 Nr. 3 GWB den DMA.

#### 4. P2B-VO

Die P2B-VO schreibt in ihrem Art. 14 eine kollektive Rechtsdurchsetzung durch repräsentative Organisationen und Verbände sowie öffentliche Stellen vor.<sup>14</sup> Absatz 9 dieser Vorschrift unterstellt dabei ein Recht der Nutzer, „vor den zuständigen nationalen Gerichten und entsprechend dem Recht des Mitgliedstaats [...] eine Klage zu erheben, die auf individuellen Rechten beruht“.<sup>15</sup> Auch Art. 12 Abs. 5 P2B-VO geht von bestehenden individuellen Rechten aus. Im Übrigen wird die Durchsetzung der Verordnung den Mitgliedstaaten überlassen (Art. 15 P2B-VO).<sup>16</sup>

#### 5. MiCAR

Die MiCAR etabliert eine umfassende Regulierung eines wesentlichen Bereichs von digitalen Finanzdienstleistungen. Sie gewährt bestimmte individuelle Rechte. Hervorgehoben sei der Anspruch auf Schadensersatz bei unzulässigen Kryptowerte-Whitepapern (Art. 15 Abs. 1, 26 Abs. 1, 52 Abs. 1 MiCAR).

### III. Durchsetzungsebenen

Die Durchsetzung eines EU-Regelwerks richtet sich zunächst allein nach dem jeweiligen autonomen Durchsetzungskonzept.<sup>17</sup> Wenngleich sie grundsätzlich den Mitgliedstaaten im Rahmen deren sog. Verfahrenautonomie obliegt,<sup>18</sup> ist materielles nationales Recht nur insoweit einzubinden, als es das Regelwerk des Unionsrechts nach dessen Auslegung vorsieht.<sup>19</sup> Da für die Durchsetzung jedoch auch – mitunter allgemeine – nationale Vorschriften in Betracht kommen, ist somit zu untersuchen, inwiefern die EU-Regelwerke autonome Konzepte zur

<sup>14</sup> Den damit verbundenen Auftrag an die Mitgliedstaaten setzte Deutschland mit § 8a UWG um.

<sup>15</sup> Daraus folgt gleichwohl nicht unmittelbar ein Anspruch (LG Stuttgart v. 22. April 2021 – 11 O 10/21, MMR 2021, 1000 Rn. 87 ff.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, 42. Aufl. 2024, P2B-VO, Art. 14 Rn. 47; Busch/Höppner/Wick, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 19 Fn. 62, Rn. 20a).

<sup>16</sup> Das Digitale-Dienste-Gesetz (DDG) vom 6. Mai 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 149) legt die Bundesnetzagentur als Durchsetzungsbehörde fest (§ 22) und ermöglicht Bußgelder (§ 33 Abs. 3).

<sup>17</sup> Mörsdorf, RabelsZ 83 (2019), 797 (819); ebenso Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333) zum DSA.

<sup>18</sup> Dazu Hellgardt, ZEuP 2022, 7 (38) mit Bezug auf EuGH v. 7.1.2004 – C-201/02, ECLI: EU:C:2004:12 (Wells/Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions) – Rn. 65, 67.

<sup>19</sup> Soweit die EU ihre Zuständigkeit für den Schutz personenbezogener Daten natürlicher Personen nach Art. 16 Abs. 2 AEUV ausgeübt hat, sind die Mitgliedstaaten nicht zuständig (Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV).

Durchsetzung enthalten. In diesem Fall bedarf es eines Einfallstores für nationales Recht. Ist die Rechtsdurchsetzung demgegenüber ausschließlich den europäischen Rechtsakten und ihren Mechanismen vorbehalten, darf innerstaatliches Recht über diese nicht entscheiden.

Die Unterschiede der Regelwerke nicht nur in den Vorschriften zur privaten Rechtsdurchsetzung, sondern auch der Regelungsziele und -materien insgesamt erfordern jeweils spezifische Betrachtungen, wobei sich ein Stufenmodell herausarbeiten lässt.

### *1. Nationalstaatliche Durchsetzung dank breiter Öffnungsklauseln im Unionsrecht*

Einige Verordnungen zur Regulierung digitaler Technologien öffnen sich den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen so weit, dass das Private Enforcement letztlich im Wesentlichen allein den Mitgliedstaaten obliegt.

Besonders deutlich wählt die P2B-VO diesen Ansatz. Denn diese „berührt nicht das nationale Zivilrecht“, solange kein Wertungswiderspruch auftritt (Art. 1 Abs. 4 S. 2 P2B-VO). Die Durchsetzung der Regelungen soll nach mitgliedstaatlichem Recht erfolgen (Art. 15 P2B-VO). Damit wirft diese Verordnung weniger Fragen zur Sperrwirkung als zu den von Deutschland gewählten privatrechtlichen Durchsetzungsmaßnahmen auf.

Der DMA verweist nicht explizit auf innerstaatliches Recht, setzt dessen Heranziehung aber voraus. Denn Art. 39 DMA macht Vorgaben zur Zusammenarbeit der EU-Kommission mit nationalen Gerichten, ohne dass diese Verordnung privatrechtliche Regelungen zur Verfügung stellt. Und nationalen Gerichten obliegt eine Rechtsprechung über Maßnahmen der EU-Kommission schließlich nicht.<sup>20</sup> Die andeutende Regelung des Art. 39 DMA überlässt die Einführung und Ausgestaltung eines Private Enforcement somit den Mitgliedstaaten,<sup>21</sup> was der deutsche Gesetzgeber aufgriff, um mit der Neuregelung im GWB die „praktisch[e] Wirksamkeit [des DMA] im Sinne des europäischen Effektivitätsgrundsatzes“ zu sichern.<sup>22</sup> Da eine Überlastung der EU-Kommission beim Public Enforcement des DSA droht, scheint die Ermöglichung einer privaten Rechtsdurchsetzung durchaus sachgerecht.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Siehe oben II.3.

<sup>21</sup> *Klumpe*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 131 (135).

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drs. 20/6824, S. 44. Zu beachten bleibt, dass etwa Art. 39 Abs. 5 S. 1 DMA vorrangig vor § 33b GWB ist (*Becker*, ZEuP 2023, 403 [408]; vgl. auch *Klumpe*, in: Kirk/Offergeld/Rohner [Hrsg.], Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 131 [140]). Bei der privatrechtlichen Durchsetzung des DMA stehen aber die §§ 33 ff. GWB insgesamt im Vordergrund.

<sup>23</sup> *Galle/Dressel*, EuZW 2024, 107 (107); *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 107 (108, 112); *Klumpe*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 131 (132); *Podszun*, JECLAP 2022, 254 (259, 263); vgl. auch *Becker*, ZEuP 2023, 403 (406); *Haus/Steins-*

## 2. Zwei-Ebenen-Ansatz mit Blankettverweisung

Die MiCAR gewährt nicht nur eigene unionsrechtliche Ansprüche, sondern lässt außerdem „jede sonstige zivilrechtliche Haftung gemäß dem nationalen Recht unberührt“ (Art. 15 Abs. 6, 26 Abs. 5, 52 Abs. 5 MiCAR).<sup>24</sup> Auf diese Weise siedelt sie die private Rechtsdurchsetzung auf zwei Ebenen an und geht somit über den von P2B-VO und DMA verfolgten Ansatz hinaus. Vorgaben zur Ausgestaltung des nationalen Haftungsrechts macht sie dabei nicht.

## 3. Zwei-Ebenen-Ansatz mit Leitplanken

Wenngleich der DSA etwa in Art. 20 Abs. 4 S. 2 einen (unionsrechtlichen) Anspruch gewährt,<sup>25</sup> ist in ihm das Verhältnis zum mitgliedstaatlichen Recht zunächst weniger eindeutig angelegt. Immerhin ordnet er in seinem ErwGr. 9 S. 2 grundsätzlich eine Vollharmonisierung durch seine Vorschriften an.<sup>26</sup> Gleichwohl handelt es sich lediglich um eine Mindestharmonisierung etwa bei Anordnungen zum Vorgehen gegen rechtswidrige Inhalte gem. Art. 9 DSA,<sup>27</sup> was bereits aus ErwGr. 31 S. 4, 32 S. 1 DSA folgt.<sup>28</sup> Aber nicht nur prozedural, sondern auch hinsichtlich der Anspruchsgrundlagen lässt ErwGr. 31 S. 5 DSA Raum für innerstaatliches Recht, um gegen rechtswidrige Inhalte vorzugehen, was letztlich auch aus ErwGr. 17 S. 2 DSA folgt und in Deutschland der sog. Störerhaftung einen Anwendungsbereich belässt.<sup>29</sup> Letztlich mag man auch insofern von einer „Öffnungsklausel“ sprechen. Eine solche findet sich für den Schadensersatz ebenso in Art. 54 DSA, welcher auf detaillierte Vorgaben verzichtet. Nach ErwGr. 121 S. 2 DSA soll eine „Entschädigung [...] im Einklang mit den Vorschriften und Verfahren des anwendbaren nationalen Rechts [...] erfolgen“. Der DSA gibt also nur die Existenz des Rechtsbehelfs vor, während die Anspruchsgrundlage und -voraussetzungen dem innerstaatlichen Recht zu entnehmen sind.<sup>30</sup> Lediglich der Haftungsgrund wird vorgegeben, nämlich eine Verletzung

eifer, ZWeR 2023, 105 (125); HK-DMA/Lahmel/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 5; Richter/Gömann, NZKart 2023, 208 (208); MüKoEuWettbR/Schubert, DMA, Art. 39 Rn. 1.

<sup>24</sup> Da die MiCAR also keinerlei Sperrwirkung entfaltet, wird ihre Durchsetzung in diesem Beitrag nicht weiter erörtert.

<sup>25</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333).

<sup>26</sup> Härting/Adamek, CR 2023, 316 (317 f.); Hofmann/Rauel/Hofmann, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 1 Rn. 36; Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333).

<sup>27</sup> Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (7); vgl. auch Brauneck NVwZ 2024, 377 (379).

<sup>28</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333 Fn. 38).

<sup>29</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333); vgl. auch Dregelies, MMR 2022, 1033 (1035); Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 3 (7). Zur Haftung als sog. mittelbarer Störer für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vgl. etwa BGH v. 27.2.2018 – VI ZR 489/16, GRUR 2018, 642. Ferner sieht § 8 Abs. 1 DDG einen Sperranspruch vor.

<sup>30</sup> Müller-Terpitz/Köhler/Müller-Terpitz, 1. Aufl. 2024, DSA Art. 54 Rn. 3; Hofmann/Rauel/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 2, 6 f., 9, 14, 25, 33 f., 39; vgl. auch Legner, ZUM 2024, 99 (111); Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3542 f.).

der Pflichten des DSA.<sup>31</sup> Außerdem ist ein autonomer Schadensbegriff zu beachten,<sup>32</sup> so dass es sich nach deutschem Verständnis um eine partielle Rechtsgrundverweisung handelt.<sup>33</sup> Außerhalb seines Anwendungsbereichs, wenn also keine Nutzer des Vermittlungsdienstes den Anspruch geltend machen, sperrt Art. 54 DSA keine Schadensersatzansprüche.<sup>34</sup>

Für den DSA lässt sich nach alledem festhalten, dass er die von ihm gewährten privaten Rechtsbehelfe nicht als abschließend ausgestaltet.<sup>35</sup> Die These, der DSA sehe eine private Rechtsdurchsetzung nicht vor bzw. überlasse diese den Mitgliedsstaaten,<sup>36</sup> überzeugt jedoch nicht. Diese Verordnung adressiert ein Private Enforcement nicht nur – mit einem jedenfalls nicht rein innerstaatlichen Schadensbegriff – in ihrem Art. 54 ausdrücklich, sondern enthält auch sonst zu beachtende Leitplanken, wie beispielsweise für Anordnungen zum Vorgehen gehen rechtswidrige Inhalte (Art. 9 DSA) und Auskunftsanordnungen (Art. 10 DSA) und in den Haftungsprivilegierungen der Art. 4 ff. DSA. Hinzu kommt der autonome Schadensbegriff des Art. 54 DSA.

#### 4. Grundsätzlich unionsrechtsexklusive Durchsetzung

Prozessual enthält Art. 79 Abs. 1 DSGVO einen impliziten Regelungsauftrag an die Mitgliedsstaaten, entsprechende gerichtliche Rechtsbehelfe im jeweiligen nationalen Recht vorzusehen, wie es allgemein auch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV vorschreibt.<sup>37</sup> Entscheidet der EuGH, dass es

„[m]angels einer einschlägigen Unionsregelung [...] nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten Sache der einzelnen Mitgliedstaaten [ist], die Modalitäten für das Verwaltungsverfahren und das Gerichtsverfahren zu regeln, die ein hohes Schutzniveau der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen“,<sup>38</sup>

ist dies eine prozessuale Vorgabe. Die effektive privatrechtliche Durchsetzung des Unionsdatenschutzrechts gründet insofern wesentlich „auf dem Fundament eines nationalen Rechtsschutzsystems“.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 7 f., 25, 35.

<sup>32</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 10, 26, 41, der diesen jedoch in Rn. 11, 42 als „halbautonom“ bezeichnet.

<sup>33</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 7.

<sup>34</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 16 f.

<sup>35</sup> Zurth, GRUR 2023, 1331 (1334).

<sup>36</sup> So Müller-Terpitz/Köhler/Henn, 1. Aufl. 2024, DSA Art. 73 Rn. 5.

<sup>37</sup> Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 79 Rn. 31b.

<sup>38</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság) – Rn. 45.

<sup>39</sup> Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 79 Rn. 31b; ebenso BeckOK DatenschutzR/Mundil, 49. Ed. 1.11.2021, DS-GVO Art. 79 Rn. 14.



*a) Rückgriff auf nationales Recht bei der Durchsetzung des Datenschutzrechts?*

Dies fortgeführt wird Art. 79 Abs. 1 DSGVO nicht selten materiell dahingehend ausgelegt, dass dieses „Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf“ eine allgemeine Vorgabe bleibt, die Unterlassungsansprüchen bei Datenschutzverstößen Raum belässt, und in Deutschland somit § 1004 BGB weiterhin analog anzuwenden ist.<sup>40</sup> Nur so könne ein lückenloser Schutz hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten gewährleistet werden.<sup>41</sup>

Zwar spricht für einen (rein) prozessualen Charakter des Art. 79 Abs. 1 DSGVO in der Tat der Abs. 2 dieser Vorschrift, der sich der Gerichtszuständigkeit widmet. Die umfassende Anwendung nationalen Rechts begegnet jedoch Bedenken im Hinblick auf das Ziel der Harmonisierung nach ErwGr. 8 ff. DSGVO.<sup>42</sup> Die DSGVO strebt schließlich eine Harmonisierung „vor allem beim Recht auf Schutz dieser Daten“ an (ErwGr. 9 S. 2 DSGVO).<sup>43</sup> Es soll gerade eine „präzise Festlegung der Rechte der betroffenen Personen“ erfolgen (ErwGr. 11 DSGVO), die „natürliche Personen in allen Mitgliedstaaten mit demselben Niveau an durchsetzbaren Rechten ausstattet“ (ErwGr. 13 S. 1 DSGVO). In der Aufzählung möglicher Spezifizierungen datenschutzrechtlicher Regelungen durch nationales Recht in ErwGr. 10 S. 3 DSGVO werden zusätzliche Ansprüche dabei gerade nicht genannt. Problematisch ist darüber hinaus, dass Art. 76 Abs. 5 des Verordnungsentwurfs der EU-Kommission, welcher auf Klagemöglichkeiten nach nationalem Recht verwiesen hatte, für die Endfassung der DSGVO nicht übernommen worden ist.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> So OLG Dresden v. 14.12.2021 – 4 U 1278/21, ZD 2022, 235 Rn. 28 f.; OLG Köln v. 10.10.2019 – 15 U 39/19, ZUM-RD 2020, 127 (133, 138); OLG Köln v. 14.11.2019 – 15 U 126/19, MMR 2020, 186 Rn. 28.; LG Hamburg v. 13.2.2020 – 312 O 372/18, ZUM-RD 2021, 384 Rn. 40; LG Frankfurt a.M. v. 15.10.2020 – 2-03 O 356/20, ZD 2021, 46; LG Frankfurt a.M. v. 13.9.2018 – 2-03 O 283/18, ZUM-RD 2019, 164 (165); LG München I v. 6.12.2019 – 25 O 13978/18, ZUM-RD 2020, 230 (234); LG Darmstadt v. 26.5.2020 – 13 O 244/19, ZD 2020, 642 (643); Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 82 Rn. 20; Gola/Heckmann/Gola/Piltz, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 82 Rn. 42; Halder, MMR 2022, 314 (316); Schild, DuD 2023, 513 (515); für den vorbeugenden Rechtsschutz auch OLG München v. 19.1.2021 – 18 U 7243/19 Pre, MMR 2021, 738 Rn. 37; a.A. OLG Frankfurt a.M. v. 30.3.2023 – 16 U 22/22, GRUR 2023, 904 Rn. 49 ff.; LG Wiesbaden v. 20.1.2022 – 10 O 14/21, MMR 2022, 313 – Rn. 17 f.; VG Regensburg v. 6.8.2020 – RN 9 K 19.1061, ZD 2020, 601 Rn. 16; Koetsier/Kremer, CR 2023, 359 (363 f.); Sydow/Marsch/Kreße, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 79 Rn. 10 ff., 30.

<sup>41</sup> OLG Dresden v. 14.12.2021 – 4 U 1278/21, ZD 2022, 235 Rn. 29; LG Darmstadt v. 26.5.2020 – 13 O 244/19, ZD 2020, 642 (643).

<sup>42</sup> Sydow/Marsch/Kreße, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 79 Rn. 30.

<sup>43</sup> Koetsier/Kremer, CR 2023, 359 (364); zum EuGH siehe sogleich Fn. 54.

<sup>44</sup> Sydow/Marsch/Kreße, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 79 Rn. 11, 30; vgl. auch VG Regensburg v. 6.8.2020 – RN 9 K 19.1061, ZD 2020, 601 Rn. 18. Der Entwurf vom 25.1.2012 wurde veröffentlicht als KOM(2012) 11 endgültig. Art. 76 Abs. 5 lautete: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass mit den nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten rasch Maßnahmen einschließlich einstweiliger Maßnahmen erwirkt werden können, um mutmaß-

## b) Unionsrechtliche Lösung

Der diese Kritik am nationalen Lösungsmodell aufgreifende Gegenvorschlag, Unterlassungsansprüche direkt aus Art. 79 Abs. 1 DSGVO herzuleiten,<sup>45</sup> überzeugt allerdings ebenfalls nicht restlos. Er ruft angesichts des prozessualen Einschlags der Vorschrift systematische Zweifel hervor und lässt unberücksichtigt, dass dem Art. 79 Abs. 1 DSGVO vergleichbare Vorgaben im Unionsrecht auf materiell-rechtlichen Ansprüchen aufsetzen, diese aber nicht begründen, wie beispielsweise in ErwGr. 39 S. 3, 55 S. 4 DSA sehr deutlich wird. Nach Letzterem etwa soll „der Nutzer stets ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf bei einem Gericht gemäß den nationalen Rechtsvorschriften haben“.

Weitreichende materiell-rechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten auf unionsrechtlicher Ebene gegen eine Datenverarbeitung bieten allerdings bereits die Art. 16 ff. DSGVO. Zwar lässt sich eine umfassende Lösung nicht auf Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO stützen, weil dieser Anspruch ganz bestimmte Voraussetzungen hat und somit nicht zu verallgemeinern ist.<sup>46</sup> Der Widerruf passt als Rechtsinstrument ferner nicht, wenn die Datenverarbeitung a priori gegen die DSGVO verstößt.<sup>47</sup> Die für eine Datenverarbeitung essentielle Speicherung kann jedoch mit Art. 17 Abs. 1 DSGVO und die Verarbeitung im Übrigen mit Art. 18 Abs. 1 lit. b) DSGVO angegriffen werden. So leiten weite Teile der Rechtsprechung und Literatur aus Art. 17 DSGVO explizit einen über die Datenlöschung hinausgehenden Anspruch auf Unterlassung zukünftiger Speicherungen ab.<sup>48</sup> Dies überzeugt vor dem grammatischen und teleologischen Hintergrund des „Vergessenwerdens“. Zudem soll die betroffene Person nach ErwGr. 63 S. 2 DSGVO einen „Anspruch darauf haben, dass ihre personenbezogenen Daten gelöscht und nicht mehr verarbeitet werden“. Art. 18 Abs. 1 lit. b) DSGVO richtet sich wiederum gegen sämtliche andere Formen der Datenverarbeitung außer der Speicherung. Wenngleich der Wortlaut der Norm von einer Ablehnung der Datenlöschung durch den Betroffenen spricht, ist eine entsprechende separate Erklärung nicht erforderlich.<sup>49</sup>

liche Rechtsverletzungen abzustellen und zu verhindern, dass den Betroffenen weiterer Schaden entsteht“.

<sup>45</sup> So Halder/Walker, ZD 2020, 605 (606); i.E. ebenso Hellgardt, ZEuP 2022, 7 (35, 41).

<sup>46</sup> VG Regensburg v. 6.8.2020 – RN 9 K 19.1061, ZD 2020, 601 Rn. 21.

<sup>47</sup> Breß, CR 2023, 584 (586); Halder/Walker, ZD 2020, 605 (606).

<sup>48</sup> Vgl. BGH v. 13.12.2022 – VI ZR 54/21, GRUR 2023, 433 Rn. 40; BGH v. 23.5.2023 – VI ZR 476/18, GRUR 2023, 1218 Rn. 28; BGH v. 12.10.2021 – VI ZR 489/19, GRUR 2022, 258 Rn. 10; OLG Frankfurt a.M. v. 30.3.2023 – 16 U 22/22, GRUR 2023, 904 Rn. 44; OLG München v. 22.3.2022 – 18 U 1697/21 Pre, ZD 2022, 563 Rn. 2 ff.; Kühling/Buchner/Herbst, 4. Aufl. 2024, DSGVO Art. 17 Rn. 42c; BeckOK DatenschutzR/Worms, 49. Ed 1.11.2021, DS-GVO Art. 17 Rn. 77a; zweifelnd OLG Karlsruhe v. 10.6.2020 – 6 U 129/18, GRUR 2020, 1109 Rn. 50 f.; a.A. Halder/Walker, ZD 2020, 605 (605); Koetsier/Kremer, CR 2023, 359 (361 f.); vgl. auch VG Regensburg v. 6.8.2020 – RN 9 K 19.1061, ZD 2020, 601 Rn. 21.

<sup>49</sup> Kühling/Buchner/Herbst, 4. Aufl. 2024, DSGVO Art. 18 Rn. 16; vgl. auch Sydow/Marsch/Peuker, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 18 Rn. 14.

Auf dieser Grundlage ließen sich auch Sachverhalte lösen, in denen einige Gerichte einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB ableiteten,<sup>50</sup> nämlich bei der Verwendung eines Bildnisses und Namens zur Bewerbung eines Gewinnspiels<sup>51</sup> und der Veröffentlichung von Daten auf einer Online-Plattform<sup>52</sup> über einen Unterlassungsanspruch aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO und die Weitergabe von persönlichen Daten an einen Dritten<sup>53</sup> über den Anspruch aus Art. 18 Abs. 1 DSGVO, indem auch die Offenlegung durch Übermittlung sowie Verbreitung eine Form der Datenverarbeitung darstellt (Art. 4 Nr. 2 DSGVO).

Es gilt in Erinnerung zu rufen, dass der EuGH den abschließenden Charakter der Durchsetzungsvorschriften der DSGVO betonte, sofern keine Öffnungsklausel greift:

„Hierzu ist festzustellen, dass die DSGVO, wie sich aus ihrem Art. 1 Abs. 1 im Licht insbesondere ihrer Erwgr. 9, 10 und 13 ergibt, eine grundsätzlich vollständige Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten sicherstellen soll. Allerdings eröffnen Bestimmungen dieser Verordnung den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, zusätzliche, strengere oder einschränkende, nationale Vorschriften vorzusehen, die ihnen einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung dieser Bestimmungen lassen („Öffnungsklauseln“).“<sup>54</sup>

#### *c) Öffnungsklausel beim Verantwortlichen i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO*

Eine solche Öffnungsklausel findet sich überraschenderweise für die Passivlegitimation, insbesondere also für die mögliche Haftung von Intermediären. Nach ErwGr. 45 S. 5 DSGVO kann nämlich im Recht der Mitgliedstaaten „festgelegt werden, wie der Verantwortliche zu bestimmen ist“, und Art. 4 Nr. 7 DSGVO lässt bei der Legaldefinition des „Verantwortlichen“ Raum für Kriterien nach nationalem Recht. Freilich sind für Vermittlungsdienste die Art. 4 ff. DSA zu beachten.<sup>55</sup> Vor allem besteht im Datenschutzrecht aber wohl die Besonderheit, dass diejenigen Intermediäre, die im Bereich des Geistigen Eigentums typischerweise mittelbar zu Rechtsverletzungen beitragen, über die Datenverarbeitung wohl häufig selbst entscheiden und somit „Verantwortliche“ i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO sind.

<sup>50</sup> Dazu siehe oben Fn. 40.

<sup>51</sup> OLG Köln v. 10.10.2019 – 15 U 39/19, ZUM-RD 2020, 127. Eine Bildnisveröffentlichung war auch Gegenstand von LG Frankfurt a.M. v. 13.9.2018 – 2–03 O 283/18, ZUM-RD 2019, 164.

<sup>52</sup> OLG Köln v. 14.11.2019 – 15 U 126/19, MMR 2020, 186; LG München I v. 6.12.2019 – 25 O 13978/18, ZUM-RD 2020, 230.

<sup>53</sup> LG Darmstadt v. 26.5.2020 – 13 O 244/19, ZD 2020, 642.

<sup>54</sup> EuGH v. 28.4.2022 – C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322 (Meta Platforms Ireland/Bundesverband) – Rn. 57.

<sup>55</sup> Nach Art. 2 Abs. 4 lit. g DSA lässt dieser die DSGVO „für andere Aspekte der Erbringung von Vermittlungsdiensten“ unberührt. Bei der Haftungsprivilegierung von Vermittlungsdiensten tritt der DSA aber nicht zurück.

#### d) Vorläufiger Rechtsschutz

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der EuGH mit Blick auf den Grundsatz effektiven Rechtsschutzes (mittlerweile Art. 47 GRCh) verlangt, dass nationale Gerichte vorläufige Maßnahmen zur Wahrung subjektiver Rechte treffen können, wenn die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs nach nationalem Recht ungewiss ist.<sup>56</sup> Zu diesem vorbeugenden Rechtsschutz lässt die DSGVO eine Lücke.<sup>57</sup> Wenn das Unionsrecht mit Art. 47 GRCh aber einen solchen Rechtsschutz gewährt, kann man diesen auch aus dem Unionsrecht mit einer entsprechenden Auslegung des Art. 17, 18 DSGVO ableiten und muss diese Lücke nicht mit innerstaatlichem Recht füllen.<sup>58</sup> Dies wird dem umfassenden Harmonisierungsanliegen der DSGVO bei der Rechtsdurchsetzung gerecht. Schließlich gilt auch beim Schadensersatz (Art. 82 DSGVO) der Anspruch unmittelbar ohne nationale Umsetzung.<sup>59</sup>

Womöglich lässt sich der vorbeugende Rechtsschutz sogar direkt aus Art. 47 GRCh ableiten. Nach Auffassung des EuGH entfaltet das dort gewährte Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf schließlich aus sich heraus Wirkung und muss dafür nicht durch sekundäres Unionsrecht oder nationalen Recht konkretisiert werden.<sup>60</sup>

### IV. Wettbewerbsrechtliche Durchsetzung

Lässt eine EU-Verordnung jedoch Raum für eine mitgliedstaatliche Durchsetzung, bietet sich zunächst ein Vorgehen von Mitbewerbern an, die ein starkes Interesse an der Unterbindung von Vorteilen aus Rechtsverstößen haben können. Die verletzten Normen müssen dafür den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG erfüllen, was eine Aktivlegimitation von Konkurrenten für Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nach sich ziehen würde. Bei § 3a UWG handelt es sich dabei um genuin nationales Recht, welches kein Vorbild im Unionsrecht findet, und wäre daher Instrument einer originär mitgliedstaatlichen Durchsetzungsagenda.

Dafür muss eine Marktverhaltensregel im Interesse der Mitbewerber sowie eine spürbare Interessenverletzung vorliegen (§ 3a UWG). Darüber hinaus darf

<sup>56</sup> Vgl. EuGH v. 13.3.2007 – C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (Unibet Ltd u.a./Justitiiekansler) – Rn. 72. Auch Sydow/Marsch/Kreße, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 79 Rn. 29 hält für Datenschutzverstöße wegen Art. 47 GRCh vorbeugenden Rechtsschutz für notwendig und geht nur i.Ü. von einer Sperrwirkung des Art. 79 Abs. 1 DSGVO aus.

<sup>57</sup> Davon geht offenbar auch OLG Köln v. 18.7.2019 – 15 W 21/19, ZUM 2020, 536 Rn. 79 aus.

<sup>58</sup> A.A. BeckOK DatenschutzR/Worms, 49. Ed 1.11.2021, DS-GVO Art. 17 Rn. 77a; § 1004 BGB analog.

<sup>59</sup> BeckOK DatenschutzR/Quaas, 49. Ed 1.11.2021, DS-GVO Art. 82 Rn. 4.

<sup>60</sup> Vgl. EuGH v. 20.2.2024 – C-715/20, ECLI:EU:C:2024:139 (KL/X sp. z o. o.) – Rn. 80.

das betroffene Regelwerk keine abschließende Regelung zivilrechtlicher Ansprüche von Mitbewerbern aufweisen.<sup>61</sup> Schließlich gilt es, das Lauterkeitsrecht nicht in Missachtung der Wertungen anderer Rechtsgebiete ausufern zu lassen.<sup>62</sup>

### 1. Abschließende Durchsetzungsregime

Dies gilt vor allem für das Datenschutzrecht. Nach hier vertretener Auffassung lässt die DSGVO Rechtsdurchsetzung nach innerstaatlichem Recht ohnehin grundsätzlich nicht zu.<sup>63</sup> Auch eine Klagebefugnis eines Mitbewerbers ist in den Durchsetzungsvorschriften dieser Verordnung nicht vorgesehen. Zwar hat der EuGH diese Frage offengelassen.<sup>64</sup> Zugleich betonte er aber den abschließenden Charakter der Durchsetzungsvorschriften der DSGVO, sofern keine Öffnungsklausel greift.<sup>65</sup> Eine dem Art. 80 Abs. 2 DSGVO vergleichbare Öffnungsklausel enthält die Verordnung für Mitbewerber – auch in Art. 84 DSGVO<sup>66</sup> – gerade nicht, die somit Datenschutzverstöße nicht über §§ 3a, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG gerichtlich verfolgen können.<sup>67</sup> Über einen DSGVO-Verstoß hinausgehende, ori-

<sup>61</sup> BGH v. 23.6.2016 – I ZR 71/15, GRUR 2017, 95 Rn. 42; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Odörfer, 42. Aufl. 2024, UWG § 3a Rn. 1.34; GK-UWG/Metzger/Eichelberger, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 25; Ohly/Sosnitza/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 9.

<sup>62</sup> Ohly/Sosnitza/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 9.

<sup>63</sup> Siehe oben III.4.

<sup>64</sup> Vgl. EuGH v. 28.4.2022 – C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322 (Meta Platforms Ireland/Bundesverband) – Rn. 50. Die Vorlagefrage des BGH zur Aktivlegitimation von Wettbewerbern vom 23.1.2023 (BGH, GRUR 2023, 264 – Arzneimittelbestelldaten) hat der EuGH noch nicht beantwortet. Nach Abschluss dieses Manuskripts hat der EuGH die Möglichkeit einer Durchsetzung über das UWG eröffnet, vgl. EuGH v. 4.10.2024 – C-21/23, ECLI:EU:C:2024:846 (ND/DR).

<sup>65</sup> Siehe oben III.4.b).

<sup>66</sup> Aus ErwGr. 152 DSGVO geht hervor, dass mit Sanktionen i.S.d. Art. 84 DSGVO solche hoheitlicher Art gemeint sind (vgl. auch Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 84 Rn. 1). Zudem unterscheidet die Überschrift des Kapitel VIII gerade zwischen Rechtsbehelfen und Sanktionen (Köhler, ZD 2018, 337 ([338])). Auch nach Auffassung von EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (UI/Österreichische Post AG) – Rn. 40 haben die Sanktionen i.S.d. Art. 84 DSGVO „im Wesentlichen einen Strafzweck“ (bestätigt durch EuGH v. 11.4.2024 – C-741/2, ECLI:EU:C:2024:288 [GP/juris GmbH] – Rn. 59; v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 [ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein] – Rn. 85).

<sup>67</sup> Ebenso LG Wiesbaden v. 5.11.2018 – 5 O 214/18, BeckRS 2018, 33343 Rn. 29 ff.; Barth, WRP 2018, 790 (792); Köhler, ZD 2018, 337 (338); Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Odörfer, 42. Aufl. 2024, UWG § 3a Rn. 1.40; GK-UWG/Metzger/Eichelberger, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 27, 288; Ohly, GRUR 2022, 924 (925); Ohly/Sosnitza/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 79a; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 84; von Walter, WRP 2022, 937 (941); a.A. LG Würzburg v. 13.9.2018 – 11 O 1741/18 UWG, BeckRS 2018, 22735; Gloy/Loschelder/Danckwerts/Hasselblatt/Geiger, UWG-Hdb, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 96; Uebele, GRUR 2019, 694 (696 f.); krit. auch Hense, ZD 2022, 386 (388). Zur Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DSGVO vgl. EuGH v. 28.4.2022 – C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322 (Meta Platforms Ireland/Bundesverband) – Rn. 59, 63.

ginär unlautere geschäftliche Handlungen können von Wettbewerbern freilich juristisch angegriffen werden.<sup>68</sup>

Gegenüber der DSGVO mag der DMA einen klar hervortretenden wettbewerbsrechtlichen Charakter aufweisen. Wenig überraschend qualifizieren daher zahlreiche Stimmen in der Literatur die Regelungen dieser Verordnung als Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 3a UWG.<sup>69</sup> Mitbewerbern stehen Durchsetzungsmöglichkeiten aber bereits dank der ausdrücklichen Nennung des DMA in § 33 Abs. 1 GWB zur Verfügung, wenn sie durch den Verstoß beeinträchtigt sind (§ 33 Abs. 3 GWB).<sup>70</sup> Und für das GWB geht die ganz überwiegende Auffassung davon aus, dass es eine abschließende Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche von Mitbewerbern gegen kartellrechtliche Verstöße enthält.<sup>71</sup>

## 2. Zu wahrende Durchsetzungsautonomie

Wenngleich der DSA im Vergleich zum DMA weniger wettbewerbsrechtlich geprägt scheint, enthält er dennoch kein abschließendes privatrechtliches Rechtsfolgenregime und öffnet sich insofern dem § 3a UWG. Sobald allerdings genuin individuelle Rechte betroffen sind, wie dies häufig bei der DSGVO (vgl. Art. 1 Abs. 2 DSGVO), nicht selten jedoch auch beim DSA der Fall ist, gilt es zu bedenken, dass eine lauterkeitsrechtliche Durchsetzung von Mitbewerbern (und Verbänden) die Autonomie der Rechtsinhaber bedroht, selbst über das rechtliche Vorgehen zu entscheiden.<sup>72</sup> Es handelt sich dann nicht um Marktverhaltensregeln. Steht aber keine Verletzung eines absoluten Rechts im Raum, sondern wird etwa generell kein Melde- und Abhilfeverfahren nach Art. 16 DSA zur Verfügung gestellt oder soll ein Inhalt, der anderweitig rechtswidrig i.S.d. Art. 3 lit. h DSA

<sup>68</sup> Ohly, GRUR 2022, 924 (925); Ohly/Sosnitzer/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 79a; Podszun/Le Toma, NJW 2016, 2987 (2992).

<sup>69</sup> So etwa Albrecht, GWR 2022, 181 (182 f.); Haus/Steinseifer, ZWeR 2023, 105 (121 f.); Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107 (110); Klumpe, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 131 (137 f.); HK-DMA/Lahmel/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 37; vgl. auch Leistner, JIPLP 2021, 778 (782), wenngleich dieser unionsrechtliche Regelungen präferiert.

<sup>70</sup> Eine Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen lässt sich annehmen, wenn die Wettbewerbsposition und damit die Ertragsaussichten verschlechtert werden (Immenga/Mestmäcker/Franck, GWB, § 33 Rn. 15).

<sup>71</sup> Vgl. BGH v. 7.2.2006 – KZR 33/04, GRUR 2006, 773 Rn. 13 ff.; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Ahrens, 5. Aufl. 2021, UWG Einleitung Rn. 1083; Gloy/Loschelder/Danckwerts/Hasselblatt/Geiger, UWG-Hdb, 5. Aufl. 2019, § 48 Rn. 132; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler/Odörfer, 42. Aufl. 2024, UWG § 3a Rn. 1.37; Ohly/Sosnitzer/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 10; GK-UWG/Metzger/Eichelberger, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 26; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 24.

<sup>72</sup> Vgl. BGH v. 10.12.1998 – I ZR 100/96, GRUR 1999, 325 (326); Fezer/Büscher/Obergfell/Götting/Hetmank, 3. Aufl. 2016, UWG § 3a Rn. 77; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler/Odörfer, 42. Aufl. 2024, UWG § 3a Rn. 1.72; Ohly/Sosnitzer/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 10; MüKoUWG/Schaffert, 3. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 80 (jeweils zu Rechten des Geistigen Eigentums).

ist, indem er beispielsweise volksverhetzende Parolen verbreitet, entfernt oder ein Provider zur Einhaltung der Transparenzvorgaben des Art. 26 Abs. 1 DSA angehalten werden, ist keine Rechtsinhaberautonomie zu wahren.<sup>73</sup> Mithin ist eine differenzierende Betrachtung anzustellen, ob ein vom DSA bezweckter Individualschutz<sup>74</sup> eine Sperrwirkung entfaltet. Ist dies nicht der Fall, bleibt freilich für jede Norm der Verordnung und jeden Einzelfall der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG zu prüfen.<sup>75</sup> Interessen der Marktteilnehmer (und nicht nur rein öffentliche Interessen) werden regelmäßig betroffen sein, da diese Voraussetzung extensiv gehandhabt wird.<sup>76</sup>

### 3. Durchsetzbare Marktverhaltensregeln

Einen typischen wettbewerbsrechtlichen Charakter weist neben dem DMA auch die P2B-VO auf, wie schon aus deren ErwGr. 8 S. 2, 30 S. 2 hervorgeht. Die ganz überwiegende Meinung bejaht auch für diese eine Rechtsdurchsetzung über § 3a UWG.<sup>77</sup> Eine unionsrechtliche Sperrwirkung scheidet wegen Art. 15 P2B-VO evident aus. Eine Frage des nationalen (deutschen) Rechts ist es demgegenüber, ob die Sonderregelung des § 8a UWG („abweichend von § 8 Absatz 3“) so zu verstehen ist, dass diese eine Aktivlegitimation von Mitbewerbern sperrt.<sup>78</sup>

<sup>73</sup> So handelt es sich bei Art. 26 Abs. 1 DSA um eine Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG (Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 115 [119]; Hofmann/Raue/Grisse, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 26 Rn. 78; Spindler, GRUR 2021, 653 [657]). Gleichwohl dürften §§ 5a, 5b Abs. 4 UWG einschlägig sein (vgl. Hofmann/Raue/Grisse, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 26 Rn. 78), die vorrangig sind.

<sup>74</sup> Hierzu wurde bereits an anderer Stelle vertreten, dass es dafür beim DSA auf eine Auslegung nach Wortlaut und Instrumentalisierung der Unionsbürger, vor allem aber auf eine Grundrechtsbezogenheit ankommt (dazu Zurth, GRUR 2023, 1331 [1333]).

<sup>75</sup> A.A. Hofmann/Raue/Hofmann, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 1 Rn. 27, der Marktverhaltensregeln „regelmäßig“ annimmt. Schwamberger, InTeR 2023, 168 (172) stellt auf den Effektivitätsgrundsatz ab.

<sup>76</sup> Vgl. Ohly/Sosnitzer/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 21: läuft praktisch leer.

<sup>77</sup> Vgl. BT-Drs. 19/20664, S. 8; Fritzsche, WRP 2020, 1367 (1371); Busch/Höppner/Wick, P2B-VO, Art. 14 Rn. 3, Art. 15 Rn. 9 f. m.w.N.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Odörfer, 42. Aufl. 2024, UWG § 3a Rn. 1.293a; Tribess, ZD 2020, 440 (444); Tribess in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 18 Rn. 76.

<sup>78</sup> Dafür Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, 42. Aufl. 2024, UWG § 8a Rn. 4; Ohly/Sosnitzer/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 3a Rn. 79c, § 8a Rn. 3; dagegen Busch/Höppner/Wick, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 11 ff.; Tribess in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 18 Rn. 85 ff. Angesichts des rein nationalstaatlichen Charakters dieses Abwendungskonflikts soll dieser hier nicht weiter erörtert werden.



## V. Deliktische Durchsetzung

Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des § 3a UWG können Verbraucher auf Grundlage des Rechtsbruchtatbestandes jedenfalls keinen Schadensersatz verlangen (§ 9 Abs. 2 S. 2 UWG).<sup>79</sup> Anderes gilt für Mitbewerber (§ 9 Abs. 1 UWG). Von ungleich größerer Tragweite ist die Heranziehung des Deliktsrechts, insbesondere von § 823 Abs. 2 BGB, weil der Kreis potentieller Anspruchsteller dann erheblich weiter zu ziehen ist.

Und so kommen in der Tat die Vorschriften der meisten hier zu untersuchenden EU-Verordnungen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, sofern sie individualschützenden Charakter aufweisen. Dies gilt zunächst für den DSA.<sup>80</sup> Art. 54 DSA lässt schließlich breiten Raum für nationales Recht.<sup>81</sup> Aber auch für die Regelungen des DMA wird § 823 Abs. 2 BGB als privatrechtliche Durchsetzungsmöglichkeit genannt.<sup>82</sup> Eine Sperrwirkung entfalten dabei allenfalls die §§ 33 ff. GWB,<sup>83</sup> nicht jedoch der DMA. Ferner sind der P2B-VO Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu entnehmen, die aber neben §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB kaum Bedeutung erlangen dürften.<sup>84</sup>

Auch im Datenschutzrecht werden nationale deliktische Ansprüche neben Art. 82 DSGVO mehrheitlich für anwendbar gehalten.<sup>85</sup> Der von dieser Auffas-

<sup>79</sup> Nicht ausgeschlossen ist freilich, dass etwa ein Verstoß gegen die DSGVO mit einem andersartigen Unlauterkeitstatbestand z.B. nach § 5 UWG einhergeht, was wiederum die Möglichkeit des Schadensersatzes nach § 9 Abs. 2 UWG eröffnet (Gola/Heckmann/Gola/Piltz, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 82 Rn. 34). Dies soll hier aber nicht vertieft werden.

<sup>80</sup> Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 115 (117); Hofmann/Raue/Hofmann, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 1 Rn. 27; Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 34; vgl. auch Spindler, GRUR 2021, 653 (657).

<sup>81</sup> Siehe oben III. 3. Neben § 823 Abs. 2 BGB kommen bei Art. 54 DSA weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht, wie insb. § 280 Abs. 1 BGB (Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 13 ff., 34 f.).

<sup>82</sup> Vgl. Becker, ZEuP 2023, 403 (409 f.); Haus/Steinseifer, ZWeR 2023, 105 (122); Karbaum/Schulz, NZKart 2022, 107 (110); Klumpe, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, 131 (137); Kumkar, RD 2022, 347 (353); HK-DMA/Lahmel/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 34; Podszun/Bongartz/Kirk, NJW 2022, 3249 (3254); Zober, NZKart 2021, 611 (614).

<sup>83</sup> Fraglich ist daher etwa, ob das in § 33 Abs. 1 GWB nicht aufgeführte Umgehungsverbot des Art. 13 DMA entsprechend durchsetzbar sein kann (so Becker, ZEuP 2023, 403 [424 f.]), der darüber hinaus auch §§ 33 ff. GWB analog anwenden möchte; a.A. Bueren/Zober, NZKart 2023, 642 [645].

<sup>84</sup> Busch/Höppner/Wick, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 22; vgl. auch Köhler/Bornkamm/Feddersen/Alexander, 42. Aufl. 2024, P2B-VO Art. 14 Rn. 51 ff.; Ohly/Sosnitzka/Ohly, 8. Aufl. 2023, UWG § 8a Rn. 4; Tribess in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 18 Rn. 93 ff.

<sup>85</sup> So LG Köln v. 13.2.2020 – 312 O 372/18, ZUM-RD 2021, 384 Rn. 40 f.; Kühling/Buchner/Bergt, 4. Aufl. 2024, DSGVO Art. 82 Rn. 67 f.; BeckOK BGB/Förster, BGB § 823 Rn. 290; Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 82 Rn. 20 (spricht in Rn. 1 aber immerhin von einer Überlagerung); Gola/Heckmann/Gola/Piltz, 3. Aufl. 2022, DSGVO



sung durchgeführte Schluss von ErwGr. 146 S. 4 DSGVO auf die Anwendbarkeit von Schadensersatzansprüchen nach mitgliedsstaatlichem Recht überzeugt jedoch nicht. Denn die Formulierung „unbeschadet von Schadenersatzforderungen aufgrund von Verstößen gegen andere Vorschriften des Unionsrechts oder des Rechts der Mitgliedstaaten“ bezieht sich offenbar auf den autonomen Schadensbegriff als Gegenstand des Satzes zuvor und „unbeschadet“ soll ja nur der Anspruch nach Art. 82 DSGVO bleiben, was lediglich die Autonomie des unionsrechtlichen Haftungskonzepts,<sup>86</sup> gerade aber nicht eine Anwendbarkeit nationaler Haftungsprinzipien zum Ausdruck bringt.

Art. 82 DSGVO verfügt über eigene Anspruchsvoraussetzungen. Einzüräumen ist, dass der Ersatz auch immaterieller Schäden sich zwar vom deutschen Deliktsrecht unterscheidet, durch dieses dabei aber keine Umgehung der eigenen Regelung der DSGVO droht, weil diese weitergehende Voraussetzungen hat.<sup>87</sup> Bereits die besondere Regelung für Auftragsverarbeiter in Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO verdeutlicht allerdings, dass die DSGVO insoweit abschließend wirken soll. Der EuGH geht vom Erfordernis eines Verschuldens aus und vermutet dessen Vorliegen.<sup>88</sup> Der Verantwortlichkeit gem. Art. 82 Abs. 3 DSGVO soll es im Übrigen nach seiner Auffassung nicht im Wege stehen, dass einer nach Art. 29 DSGVO unterstellten Person Weisungen erteilt wurden.<sup>89</sup> Eine § 831 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbare Exkulpationsmöglichkeit besteht nicht.<sup>90</sup> Zu diesem autonomen Verschuldensverständnis kommt der autonome Schadensbegriff der Verordnung (vgl. ErwGr. 146 S. 3, 4 DSGVO) hinzu.<sup>91</sup> Art. 82 DSGVO schreibt

---

Art. 82 Rn. 27, 38 f.; Ehmann/Selmayr/Nemitz, 3. Aufl. 2024, DSGVO Art. 82 Rn. 11; Paal, MMR 2020, 14 (14); BeckOK DatenschutzR/Quaas, 49. Ed. 1.11.2021, DS-GVO, Art. 82 Rn. 8; BeckOGK/Voigt, 71. Edition 2024, BGB § 823 Rn. 344; MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 680; differenzierend Simitis/Hornung/Spiecker/Boehm, 1. Aufl. 2019, DSGVO Art. 82 Rn. 32, 38; dagegen tendierend Schwamberger, InTeR 2023, 168 (172).

<sup>86</sup> So offenbar auch EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post AG) – Rn. 41.

<sup>87</sup> Ebenso Gola/Heckmann/Gola/Piltz, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 82 Rn. 39; § 823 Abs. 2 BGB hat strengere Voraussetzungen.

<sup>88</sup> Vgl. EuGH v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein) – Rn. 94 ff.; v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (BL/Media Markt Saturn) – Rn. 52; v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (VB/Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 49 ff., 69 f. Art. 82 Abs. 3 DS-GVO verwendet den Terminus „verantwortlich“. Die vom EuGH postulierte widerlegbare Vermutung entspricht dabei der Vorgabe dieser Norm (vgl. bereits Wybitull/Haß/Albrecht, NJW 2018, 113 [116]; vgl. auch Hellgardt, ZEuP 2022, 7 [25]) sowie dem allgemeinen Rechenschaftsprinzip aus Art. 5 Abs. 2, Art. 24 DS-GVO (vgl. EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 [VB/Natsionalna agentsia za prihodite] – Rn. 49 ff.; Paal, MMR 2020, 14 [17]). Ehmann/Selmayr/Nemitz, 3. Aufl. 2024, DSGVO Art. 82 Rn. 23 ff. vertritt hingegen die Auffassung, dass kein Verschulden erforderlich sei.

<sup>89</sup> Vgl. EuGH, GRUR 2024, 784 Rn. 52 – GP/juris GmbH.

<sup>90</sup> Hellgardt, ZEuP 2022, 7 (25); Wybitull/Haß/Albrecht, NJW 2018, 113 (116); vgl. auch Paal, MMR 2020, 14 (18).

<sup>91</sup> Von einem solchen geht auch EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370

insgesamt eine prononciertere Regelung als Art. 23 Datenschutz-RL vor. Schließlich ist auch § 83 BDSG bei Verstößen gegen die DSGVO nicht anwendbar.<sup>92</sup> Nicht zuletzt strebt die DSGVO gerade eine umfassende Harmonisierung der Rechtsdurchsetzung an.<sup>93</sup> Art. 82 DSGVO entfaltet mithin Sperrwirkung für nationales Deliktsrecht.

Mitgliedstaatliches Recht mag jedoch zur Bestimmung des Verantwortlichen i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO beitragen,<sup>94</sup> der gem. Art. 82 Abs. 1 DSGVO auf Schadensersatz haftet. Es sind aber nicht Ansprüche nach nationalem Recht gegen „sonstige Personen“ wie Geschäftsführer oder Provider zu richten.<sup>95</sup>

Außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO behalten diese freilich ihre Relevanz. Da sich schon „personenbezogene Daten“ nur auf natürliche Personen beziehen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO) und der Schutz juristischer Personen somit – wie auch ErwGr. 14 S. 2 DSGVO sehr deutlich zum Ausdruck bringt – nicht Gegenstand der DSGVO ist,<sup>96</sup> lassen sich entsprechende Schadensersatzansprüche nur auf innerstaatliches Recht stützen.<sup>97</sup>

## VI. Fazit

Während DSA, DMA, P2B-VO und MiCAR für das Private Enforcement – freilich in unterschiedlichem Ausmaß – Einfallstore für innerstaatliches Recht von jeweils unterschiedlicher Breite vorsehen, gilt dies nach hier vertretener Auffassung für die DSGVO weitgehend nicht. Deren privatrechtliche Durchsetzung ist grundsätzlich ihrem eigenen Regime unterworfen. Weder können Mitbewerber nach §§ 3a, 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG vorgehen noch sind die Voraussetzungen des Art. 82 DSGVO durch nationales Deliktsrecht zu umgehen. Zentrales Instrument der privaten Durchsetzung des Datenschutzrechts sind neben dem Scha-

---

(UI/Österreichische Post AG) aus; vgl. auch EuGH v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (BL/MediaMarktSaturn). Dieser schließt aber nicht aus, dass mangels unionsrechtlicher Vorgaben innerstaatliche Vorschriften zur Ermittlung des Umfangs der finanziellen Entschädigung anzuwenden sind (EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 [UI/Österreichische Post AG] – Rn. 54; v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 [ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein] – Rn. 101).

<sup>92</sup> Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, BDSG § 83 Rn. 2; Gola/Heckmann/Gola/Reif, 3. Aufl. 2022, BDSG § 83 Rn. 9; Sydow/Marsch/Kreße, 3. Aufl. 2022, BDSG § 83 Rn. 2.

<sup>93</sup> Siehe oben III.4.a).

<sup>94</sup> Siehe oben III.4.c).

<sup>95</sup> A.A. Hellgardt, ZEuP 2022, 7 (13); Paal, MMR 2020, 14 (15).

<sup>96</sup> Paal/Pauly/Ernst, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 4 Rn. 5; Gola/Heckmann/Gola, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 4 Rn. 26; BeckOK DatenschutzR/Schild, 49. Ed. 1.11.2021, DSGVO Art. 4 Rn. 5; vgl. auch Art. 1 DSGVO.

<sup>97</sup> Paal, MMR 2020, 14 (14); a.A. Hellgardt, ZEuP 2022, 7 (12): auch juristische Personen haben Anspruch aus Art. 82 DSGVO, wenn ihnen ein Schaden durch rechtswidrige Verarbeitung personenbezogener Daten einer natürlichen Person entsteht.

densersatzanspruch aus Art. 82 DSGVO nach hier vertretener, im Einklang mit neuer BGH-Rechtsprechung stehender, Auffassung die Betroffenenrechte aus Art. 17, 18 DSGVO.

Privatrechtliche Durchsetzungsoptionen richten sich beim DSA wesentlich nach dem Schutzzweck der jeweiligen Vorschrift. Nimmt man einen angestrebten Individualschutz an, wird es sich um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handeln. Die dann zu wahrende Durchsetzungsautonomie des Individuums steht aber einer Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG und somit einer Rechtsdurchsetzung durch Mitbewerber (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG) im Wege.

DMA und P2B-VO enthalten letztlich keine „Anordnung“ eines Private Enforcement und entfalten somit auch keine Sperrwirkung. Hier sind vielmehr Anwendungskonflikte im nationalen Recht zu lösen.

Nach alledem ist es wesentliches Anliegen dieses Beitrags, entgegen dem vielfach zu beobachtendem Eifer bei der Anwendung nationalen Rechts zur Durchsetzung neuerer EU-Verordnungen dogmatisch innezuhalten und der Versuchung zu widerstehen, in der Unübersichtlichkeit des modernen Regulierungsdschungels insbesondere der europäischen Digitalstrategie mit hergebrachten, über lange Zeit ausgefeilten und dank ihres abstrakten Charakters große Flexibilität versprechenden Haftungsinstrumenten Halt zu finden. Die Komplexität der EU-Vorschriften zur Regulierung des digitalen Raumes spiegelt sich in ihrer privatrechtlichen Durchsetzung wider.

# Private Enforcement und IPR im digitalen Binnenmarkt

*Andreas Engel*

## I. Einleitung

Man könnte davon sprechen, dass die Digitalstrategie der Union darauf zielt, Unternehmen eine einheitliche „Schnittstelle“ zum unionalen Binnenmarkt zu eröffnen.<sup>1</sup> Dahinter steht das Anliegen, das volle Potential von Digital- und Datentechnik auszuschöpfen.<sup>2</sup> Trotz dieser Bemühungen um Vereinheitlichung bleibt das Kollisionsrecht relevant: Einerseits für Sachverhalte, die über die Europäische Union hinausweisen, andererseits für innerunionale Sachverhalte, soweit Unterschiede im Sachrecht verbleiben. Auch aus kompetenziellen Gründen ist der digitale Binnenmarkt nicht vollständig vereinheitlicht. So bleiben im Bereich der privaten Durchsetzung mitgliedstaatliche Regeln zu Haftungs- und Schadensrecht von Bedeutung.<sup>3</sup>

Soweit die verbleibenden Unterschiede im Sachrecht der Mitgliedstaaten den Wert dieser einheitlichen Schnittstelle beschränken, spielt eine besondere Rolle, wie in grenzüberschreitenden Sachverhalten ermittelt wird, welches Recht überhaupt zur Anwendung kommt. Diesem Aspekt in dem größeren Gesamtgefüge des Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt widmet sich dieser Beitrag und nimmt dafür spezifisch die haftungsrechtliche Durchsetzung von Normen des Unionsrechts in den Blick.<sup>4</sup> Der Fokus ist damit ein anderer als jener der Rom-Verordnungen: Das Interesse gilt der Durchsetzung bestimmter Normen in grenzüberschreitenden Fällen und nicht der allseitig gedachten Ermittlung des auf einen Sachverhalt anwendbaren Rechts. Zudem legt der Beitrag seinen Schwerpunkt auf innerunionale Sachverhalte, nicht dagegen auf solche, die über die Union hinausweisen.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Diese Metapher äußerte Joanna Bryson auf einem Workshop an der European New School of Digital Studies an der Europa-Universität Viadrina.

<sup>2</sup> Europäische Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final.

<sup>3</sup> Siehe *Messner-Kreuzbauer*, Zentrale Unterschiede im Schadensrecht der Mitgliedstaaten, hier in diesem Band, 69 ff.

<sup>4</sup> Ausgeklammert bleiben damit Erwägungen zu anderen Formen der privaten Durchsetzung, etwa Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen.

<sup>5</sup> Allgemein zum Verhältnis von Rechtsharmonisierung und Kollisionsrecht in der EU *Basedow*, EU Private Law, 2021, 277 ff.

Diesem Erkenntnisinteresse entsprechend geht der Beitrag von drei exemplarischen Haftungsnormen aus: Art. 82 DSGVO, der als stark harmonisierte Regelung einen Schadensersatzanspruch für Verstöße gegen die DSGVO gewährt, Art. 54 DSA als Minimalregelung zur „Entschädigung“ in einer Verordnung und schließlich lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen, die von Richtlinien vorgeformt werden. Anhand dieser werden die spezifischen Fragen aufgezeigt, die sich für ihre grenzüberschreitende private Durchsetzung in der Union ergeben, und der Beitrag des Kollisionsrechts bewertet.

Nur angedeutet werden sollen weitere Aspekte, die neben dem Kollisionsrecht gerade für grenzüberschreitende Sachverhalte Relevanz entfalten können: In der Praxis wird auch das Internationale Zivilverfahrensrecht für solche Fälle eine erhebliche Rolle spielen. Ein Gerichtsstand in der Union kann sich aus der Brüssel Ia-VO ergeben. Diese ist in Zivil- und Handelssachen anwendbar<sup>6</sup> und eröffnet insbesondere am Sitz von Beklagten einen Gerichtsstand. Weiter kommt in Sonderkonstellationen ein Gerichtsstand der Niederlassung in Betracht.<sup>7</sup> Der Gerichtsstand ist auch deswegen relevant, weil Regelungen der *lex fori* greifen. Angesichts der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten bleiben prozessrechtliche Fragen dem Recht des jeweiligen Forumstaates überlassen. Das betrifft etwa Fragen des Beweises, wie z.B. des erforderlichen Beweismaßes.<sup>8</sup> Gesondert zu würdigen ist zudem das Zusammenspiel von Kollisionsrecht und internationalem Zivilverfahrensrecht im Kontext des kollektiven Rechtsschutzes.<sup>9</sup>

## II. Regelungen und Regelungstechnik

Vorab ist zu betonen, dass die Ziele des Kollisionsrechts sich regelmäßig nicht mit denen des Sachrechts decken, auch wenn man Tendenzen zu einer Berücksichtigung sachrechtlicher Ziele identifizieren mag.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Eine Ausnahme für Persönlichkeitsrechte ist – anders als in der Rom II-VO – nicht vorgesehen.

<sup>7</sup> Insbesondere Art. 79 Abs. 2 DSGVO, siehe *Heinze*, in: FS für Haimo Schack, 2022, 440 (449); *Oster*, ZEuP 2021, 275 (305) zu verbleibenden Lücken aufgrund einer Divergenz zwischen „sich befinden“ im Sinne von Art. 3 DSGVO und Aufenthalt im Sinne von Art. 79 DSGVO. Womöglich ist zudem Art. 17 Abs. 2 (Verbrauchersachen) Brüssel Ia-VO mitunter relevant.

Dagegen dürften die Kontaktstellen nach Art. 11, 12 DSA und Bevollmächtigte im Sinne von Art. 54 AI-Act nicht genügen, um eine Zuständigkeit zu begründen.

<sup>8</sup> Vgl. *jurisPK-BGB/Engel*, 10. Aufl. 2023, Art. 15 Rom II-VO Rn. 14.

<sup>9</sup> Siehe *Jaeger/Rentsch*, „Private Enforcement“ als Rechtsanwendungsmaßstab des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes?, hier in diesem Band, 227 ff.

<sup>10</sup> Vgl. etwa *Banu*, *Nineteenth Century Perspectives on Private International Law*, 2018; *Hornung*, *Internationales Privatrecht zwischen Wertneutralität und Politik*, 2021 und die Beiträge im Band *Duden u.a.* (Hrsg.), *IPR für eine bessere Welt*, 2022.

Das allgemeine unionale Kollisionsrecht der Rom I-VO und der Rom II-VO zielt grundsätzlich darauf, das sachnächste Recht zu identifizieren. Damit sollen eine effiziente Streitbeilegung, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit gewährleistet werden – Ziele, die man als Aspekte einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit begreifen kann.<sup>11</sup> Dagegen streben die Rom-Verordnungen nicht ausdrücklich an, die private Durchsetzung bestimmter unionaler Rechtsakte zu erleichtern.

Gleichzeitig ist zu beachten, dass die Digitalrechtsakte selbst Regelungen mit kollisionsrechtlicher Relevanz enthalten.<sup>12</sup> Viele der neueren Rechtsakte im digitalen Binnenmarkt bestimmen einseitig die Weite ihres Anwendungsbereichs, so Art. 3 DSGVO, Art. 2 Abs. 1 DSA, Art. 1 Abs. 2 DMA, Art. 1 Abs. 2 P2B-VO, Art. 1 Abs. 3 Data Act und Art. 2 Abs. 1 AI-Act. Eine solche einseitige Anknüpfung ist eine geläufige Figur im Internationalen Öffentlichen Recht.<sup>13</sup> Dass Digitalrechtsakte sich der gleichen Regelungstechnik bedienen, wird als Indiz dafür gelesen, dass ihr Fokus auf Public Enforcement liegt,<sup>14</sup> auch wenn oftmals eine Vielzahl an Durchsetzungsmechanismen geregelt ist.<sup>15</sup>

Umstritten ist die exakte Einordnung dieser einseitigen Bestimmungen zur Reichweite des Anwendungsbereichs. Weitgehend Einigkeit besteht noch, dass es sich überhaupt um Kollisionsrecht handelt. Die Regelungen der Digitalrechtsakte zur Reichweite ihres Anwendungsbereichs haben regelmäßig kollisionsrechtlichen Gehalt; es handelt sich dann nicht nur um eine einseitige Begrenzung der räumlichen Reichweite von Sachnormen<sup>16, 17</sup>.

Weiter ist auszuloten, ob die Kollisionsnorm sich auch auf private Rechtsverhältnisse und privatrechtliche Normen bezieht. Das Meinungsbild unterscheidet sich für die verschiedenen Rechtsakte. Beispielsweise ist für den Data Act umstritten, ob der kollisionsrechtliche Gehalt der Norm zum Anwendungsbereich<sup>18</sup> sich auf privatrechtliche Normen erstreckt<sup>19</sup> – oder aber, ob die Norm entspre-

<sup>11</sup> Engel, Internationales Kapitalmarktdeliktsrecht, 2019, 146.

<sup>12</sup> Eingehend Heinze, in: FS für Haimo Schack, 2022, 440; Lutzi, IPRax 2024, 262 (auch zu einer Verallseitigung dieser Normen).

<sup>13</sup> Ohler, Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, 33 ff.

<sup>14</sup> Lutzi, IPRax 2024, 262 (264).

<sup>15</sup> Vgl. für den Data Act Lieberknecht, ZDiW 2024, 79 ff.; für den DSA Buchheim/Schrenk, NVwZ 2024, 1 ff. Allgemein zur Vielfalt von Durchsetzungsformen Basedow, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung, 2019, 101 ff.

<sup>16</sup> Heinze, in: FS für Haimo Schack, 2022, 440 (441); vgl. für entsprechenden Normen aus dem Kapitalmarktrecht Engel, Internationales Kapitalmarktdeliktsrecht, 2019, 212–220.

<sup>17</sup> Für Art. 3 DSGVO Lüttringhaus, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (65 ff.); Melcher, in: Gössl u. a. (Hrsg.), Politik und Internationales Privatrecht, 2017, 129 (137–139); Segger-Piening, in: Duden u. a. (Hrsg.), IPR für eine bessere Welt, 2022, 107 (116), für Art. 1 Abs. 3 Data Act Lieberknecht, ZDiW 2024, 79 (80); Hennemann/Steinrötter, NJW 2024, 1 (7 f.); für Art. 2 Abs. 1 DSA Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 27.

<sup>18</sup> Art. 1 Abs. 3 Data Act: „Diese Verordnung gilt für ...“.

<sup>19</sup> Lieberknecht, ZDiW 2024, 79 (80).

chend der Provenienz der Regelungstechnik nur öffentlich-rechtliche Regelungen erfasst.<sup>20</sup> Bei der DSGVO dagegen spricht sich die h.M. dafür aus, dass der Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO von Art. 3 DSGVO als einseitiger Kollisionsnorm erfasst ist.<sup>21</sup>

Soweit eine Sonderkollisionsnorm für private Schadensersatzansprüche identifiziert ist, stellt sich weiter die Frage nach ihrem Verhältnis zu dem allgemeinen Kollisionsrecht der Rom I-VO und Rom II-VO. Beide Verordnungen sehen ausdrücklich vor, dass ihnen unionales Sonderkollisionsrecht als *lex specialis* vorgehen kann.<sup>22</sup> Dieser Vorrang gilt auch für die hier im Fokus stehenden einseitigen Kollisionsnormen.<sup>23</sup>

Über einen einfachen kollisionsrechtlichen Gehalt hinaus können Regelungen zum digitalen Binnenmarkt sogar international zwingend ausgestaltet sein und Eingriffsnormcharakter haben.<sup>24</sup> Das liegt etwa für DMA und P2B-VO nahe, nachdem diese „ungeachtet des sonstigen auf die Erbringung von Dienstleistungen anwendbaren Rechts“ (Art. 1 Abs. 2 DMA) beziehungsweise „unabhängig vom ansonsten anzuwendenden Recht“ (Art. 1 Abs. 2 P2B-VO) gelten sollen.<sup>25</sup>

Jedenfalls soweit über das Sonderkollisionsrecht der Digitalrechtsakte hinaus kollisionsrechtliche Fragen verbleiben, ist das allgemeine IPR zur Regelung von Anknüpfungsfragen berufen.<sup>26</sup> Das wird mindestens dann relevant, wenn Fragen aufgeworfen sind, die in den unionalen Rechtsakten nicht geregelt sind und für die auf das Recht der Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden muss.

<sup>20</sup> In diesem Sinne *Wiebe*, CR 2023, 777 (783 f.); *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (7 f.).

<sup>21</sup> *BeckOGK/Fornasier*, 1.3.2024, EGBGB Art. 40 Rn. 99; *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (72–74); *Melcher*, in: Gössl u. a. (Hrsg.), Politik und Internationales Privatrecht, 2017, 129 (137–139); *Oster*, ZEuP 2021, 275 (280 f.); *Segger-Piening*, in: Duden u. a. (Hrsg.), IPR für eine bessere Welt, 2022, 107 (116 f.).

<sup>22</sup> Art. 23 Rom I-VO, Art. 27 Rom II-VO.

<sup>23</sup> *jurisPK-BGB/Engel*, 10. Aufl. 2023, Art. 27 Rom II-VO Rn. 6; *Lieberknecht*, ZDiW 2024, 79 (80); *Melcher*, ELTE L.J. 2020, 37 (46 f.); *Segger-Piening*, in: Duden u. a. (Hrsg.), IPR für eine bessere Welt, 2022, 107 (117).

<sup>24</sup> Allgemein *Heinze*, in: FS für Haimo Schack, 2022, 440 (442); *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (73 f.) (für die DSGVO). Zum Verhältnis von Art. 9 und 23 Rom I-VO und Art. 16 und 27 Rom II-VO für unionales Eingriffsrecht *Melcher*, ELTE L.J. 2020, 37 (44 ff.); *HeinzelKettler*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 12 Rn. 89.

<sup>25</sup> *HeinzelKettler*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 12 Rn. 88.

<sup>26</sup> *Heinze*, in: FS für Haimo Schack, 2022, 440 (448).

### III. Exemplarische Konstellationen

Im Folgenden soll die kollisionsrechtliche Dimension des Private Enforcement für drei Beispiele illustriert werden, nämlich anhand dreier verschiedener Schadensersatzansprüche als Durchsetzungsmechanismen: der stark harmonisierten Regelung zu „Haftung und Schadensersatz“ in Art. 82 DSGVO (1.), der Minimalregelung zur „Entschädigung“ in Art. 54 DSA (2.) und schließlich anhand lauterkeitsrechtlicher Ansprüche, zu denen das Unionsrecht über Richtlinienrecht (Art. 11, 11a UGP-RL) Vorgaben macht (3.). Mithin wird die private Durchsetzung dreier verschiedener Rechtsakte mit Relevanz für den digitalen Binnenmarkt untersucht, die unterschiedlich starke Vorgaben für einen Schadensersatzanspruch machen. Punktuell wirkt zudem die mangelnde Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der Persönlichkeitsrechte als Störkörper.

#### 1. Schadensersatz nach der DSGVO

Der privaten Durchsetzung der DSGVO dient Art. 82 DSGVO.<sup>27</sup> Danach hat jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen<sup>28</sup> oder gegen den Auftragsverarbeiter<sup>29</sup>. Für die kollisionsrechtliche Behandlung des Schadensersatzanspruchs in grenzüberschreitenden Sachverhalten stellt es eine Herausforderung dar, dass diese Form des Private Enforcement neben öffentlich-rechtlichen Mechanismen zur Durchsetzung durch Aufsichtsbehörden steht.<sup>30</sup> Diese grenzüberschreitende öffentliche Durchsetzung folgt eigenen kollisionsrechtlichen Regeln, nämlich solchen des Internationalen Öffentlichen Rechts. Auf der Metaebene des Kollisionsrechts stehen also mehrere Regelungssysteme nebeneinander. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass die DSGVO mehrere Schutzziele verfolgt. Nach ihrem Art. 1 Abs. 1 enthält sie „Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten“ – man kann die DSGVO damit zugleich dem Wirtschaftsrecht<sup>31</sup> und dem Recht des Persönlichkeitsschutzes zuordnen.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. zur Einordnung der Norm in das unionale Haftungsrecht *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7 ff.; *Schwamberger*, DSRITB 2023, 543 ff. Zur Durchsetzung der DSGVO über § 3a UWG siehe noch III.3.

<sup>28</sup> Art. 4 Nr. 7 DSGVO.

<sup>29</sup> Art. 4 Nr. 8 DSGVO.

<sup>30</sup> Überblick bei Kühling/Buchner/*Bergt*, 4. Aufl. 2024, DSGVO Vor Art. 77–84 Rn. 2.

<sup>31</sup> Vgl. ErwGr. 4 S. 3 DSGVO.

<sup>32</sup> *Segger-Piening*, in: Duden u. a. (Hrsg.), IPR für eine bessere Welt, 2022, 107 (117).



*a) Relevanz des Kollisionsrechts: Unionsrechtliche Vorgaben und verbleibende mitgliedstaatliche Spielräume*

Auch für innerunionale Schadenersatzbegehren gestützt auf diese Norm bleibt das Kollisionsrecht relevant, weil Art. 82 DSGVO Spielräume für die Mitgliedstaaten belässt. Für das Datenschutzrecht trifft die DSGVO zwar grundsätzlich vollharmonisierende Regelungen – dies aber nur so weit, wie die DSGVO reicht, und sofern nicht Öffnungsklauseln eingreifen.<sup>33</sup> Damit ist angesprochen, dass der Anspruch nach Art. 82 DSGVO in Voraussetzungen und Rechtsfolge einen Rückgriff auf nationales Recht erfordern kann. Nach einer beachtlichen, auf ErwGr. 146 S. 3–5 gestützten Literaturmeinung kann der Schadenersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO selbst dann eröffnet sein, wenn eine Öffnungsklausel eingreift.<sup>34</sup> Folgt man dem, so kann ein Verstoß gegen präzisierende Vorschriften der Mitgliedstaaten die Haftung nach Art. 82 DSGVO auslösen. Zudem regelt die DSGVO die Rechtsfolge dieser Haftungsnorm nicht umfassend. Vielmehr etabliert sie einen halbautonomen Schadensbegriff,<sup>35</sup> der regelmäßig einen Rückgriff auf das nationale Schadensrecht erforderlich macht. Der EuGH hat mit einer Reihe von Urteilen bereits einzelne Fragen zur Auslegung des Schadensbegriffs des Art. 82 DSGVO, v.a. zum immateriellen Schaden, entschieden.<sup>36</sup> Dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleiben etwa Fragen eines Mitverschuldens oder der Verjährung.<sup>37</sup>

*b) Kollisionsrechtliche Fragen*

Wenn Gerichte der Mitgliedstaaten mit grenzüberschreitenden Klagen gestützt auf Art. 82 DSGVO befasst sind, müssen sie also regelmäßig eine Entscheidung über das (ergänzend) anwendbare mitgliedstaatliche Recht treffen. Dazu ist der DSGVO selbst keine Anordnung zu entnehmen. Zwar hat Art. 3 DSGVO durchaus kollisionsrechtlichen Gehalt, doch befasst sich dieser als externe Kollisions-

<sup>33</sup> Hacker, Datenprivatrecht, 2020, 89 m.w.N.

<sup>34</sup> Hacker, Datenprivatrecht, 2020, 528 m.w.N. Differenzierend Taeger/Gabel/Moos/Schefzig, 4. Aufl. 2022, DSGVO Art. 82 Rn. 25.

<sup>35</sup> Heinze, Schadenersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 208, 581 f.

<sup>36</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post); v. 14.12.2023 – C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (Gemeinde Ummendorf); v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite); v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (Krankenversicherung Nordrhein); v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn); v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris); v. 20.6.2024 – C-182/22, C-189/22 und ECLI:EU:C:2024:531 (Scalable Capital); v. 20.6.2024 – C-590/22, ECLI:EU:C:2024:536 PS GbR.

<sup>37</sup> BeckOGK/Fornasier, 1.3.2024, EGBGB Art. 40 Rn. 101; Schwamberger, DSRITB 2023, 543 (555 f.). Zum Verschulden siehe König, Unternehmenshaftung, Zurechnung und Verschulden im digitalen Binnenmarkt, hier in diesem Band, 137 ff., zur Verjährung Grisse, Verjährung im europäischen Kontext, hier in diesem Band, 113 ff.

regel ausdrücklich nur mit dem Anwendungsbereich des harmonisierten Datenschutzrechts in Abgrenzung zu außereuropäischem Recht.<sup>38</sup>

*c) Uneinheitliches Kollisionsrecht für privatrechtliche Fragen*

Eine erste relevante Weichenstellung ist, ob in dieser Lage das unionale Kollisionsrecht der Rom II-VO zu befragen ist. Viele Stimmen lehnen das ab. Zwar wäre der Anspruch als außervertraglich zu qualifizieren, doch greift nach herrschender Meinung die Bereichsausnahme nach Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II-VO ein.<sup>39</sup> Nach dieser Ansicht unterfällt der Anspruch nach Art. 82 DSGVO der Ausnahme für außervertragliche Schuldverhältnisse aus der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte. Nach der herrschenden Meinung ist damit das mitgliedstaatliche Kollisionsrecht berufen, über Anknüpfungsfragen zu entscheiden. Damit wäre zu gewärtigen, dass in verschiedenen Foren unterschiedlich angeknüpft wird. Von deutschen Gerichten wären Art. 40–42 EGBGB anzuwenden, vor den Gerichten anderer Mitgliedstaaten dagegen deren kollisionsrechtliche Regelungen. Zu der Komplexität des halbautonomen Schadensbegriffs kämen also auch innerhalb der Union aufgrund der unterschiedlichen Kollisionsrechte weitere Divergenzen im anwendbaren Recht hinzu. Der Debatte kann hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden. Von Interesse ist jedoch ein Argument von *Bizer* für die Gegenansicht, also für die Anwendung der unionsweit vereinheitlichten Rom II-VO: Bei verbleibenden Zweifeln über die Reichweite der Bereichsausnahme<sup>40</sup> spreche das Harmonisierungsinteresse der Union für eine enge Auslegung, um Divergenzen zu vermeiden.<sup>41</sup> Damit wäre eine Brücke geschlagen zwischen dem Sachrecht der Union und der Auslegung des Kollisionsrechts.

Auch wenn die Frage, welches Kollisionsrecht überhaupt Anwendung findet, komplex ist, können die Ergebnisse wieder zusammenlaufen und Auswege aufzeigen. Unter der Rom II-VO erlaubt Art. 4 Abs. 3 S. 2, unter den Regeln des EGBGB Art. 41 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 eine akzessorische Anknüpfung an ein eventuelles Vertragsverhältnis zwischen Datennutzer und Verantwortlichem.<sup>42</sup> Weniger dringlich erscheint damit in entsprechenden Fallgestaltungen die Frage nach einer Rechtswahl, die aber andererseits relevant werden kann, wenn es an einem entsprechenden vertraglichen Band fehlt, oder wenn es um die kollektive Durch-

---

<sup>38</sup> *Bizer*, Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien, 2022, 134; BeckOGK/*For-nasier*, 1.3.2024, EGBGB Art. 40 Rn. 99.2. Siehe zudem noch zugleich (2) zu einer Anwendung der Regeln der DSGVO auf innerunionale Sachverhalte.

<sup>39</sup> Ausführliche Nachweise bei *Bizer*, Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien, 2022, 130 f. Fn. 43.

<sup>40</sup> *Bizer*, Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien, 2022, 131–135.

<sup>41</sup> *Bizer*, Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien, 2022, 135.

<sup>42</sup> *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (77 f.).

setzung von Ansprüchen geht.<sup>43</sup> Eine Koordination mit öffentlich-rechtlicher Durchsetzung – etwa im Sinne einer Anknüpfung nach dem Herkunftslandprinzip – liegt dagegen für die DSGVO fern.

*d) Zusammenspiel privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Normen*

Unabhängig davon, wie man den Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO grundsätzlich anknüpft, ergibt sich eine weitere Komplikation mit Blick auf die Koordination von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungen in der DSGVO. Ob ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Verhaltensanforderungen vorliegt, ist keine rein privatrechtliche Frage. Vielmehr sind auch öffentlich-rechtliche Anforderungen zu beachten, etwa für die Frage der Rechtswidrigkeit einer Datenverarbeitung.<sup>44</sup> Für deren rechtliche Würdigung kommt – unter der Rom II-VO wie unter autonomem Kollisionsrecht – entweder eine Berücksichtigung<sup>45</sup> oder eine Sonderanknüpfung in Betracht.<sup>46</sup> In jedem Fall ist aber zu ermitteln, welcher Rechtsordnung diese Anforderungen überhaupt zu entnehmen sind.<sup>47</sup> Unproblematisch ist das möglich, soweit die DSGVO selbst eingreift, also nach Art. 3 territorial anwendbar ist und die betreffende Frage regelt. Mitunter bedarf es aber eines Rückgriffs auf mitgliedstaatliches Recht, z.B. wenn Mitgliedstaaten auf Basis der Öffnungsklauseln der Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 DSGVO spezifischere Bestimmungen zur Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung vorsehen.<sup>48</sup> In einer solchen Konstellation kann das betreffende mitgliedstaatliche öffentliche Recht auch bei der Anwendung von Art. 82 DSGVO zu beachten sein.<sup>49</sup> Dann ist bereits unklar, welche kollisionsrechtliche Regel überhaupt heranzuziehen ist, um zu ermitteln, das Recht welches Mitgliedstaats zu befragen ist. Hierfür sind Erwägungen zum Internationalen Öffentlichen Recht anzustellen, die nicht unbedingt mit dem Internationalen Privatrecht gleichlaufen. Erwogen wird zum einen, ErwGr. 153 S. 6 DSGVO eine ungeschriebene, interne Kollisionsregel zu entnehmen, nach der das Recht des Mitgliedstaats anzuwenden ist, dem der in Anspruch Genommene unterliegt, mithin ein Herkunftslandprinzip.<sup>50</sup> Weiter wird vorgeschlagen, die Kriterien des Art. 3 DSGVO für binnenmarktinterne Sachverhalte allseitig anzuwenden.<sup>51</sup> Schließlich wird teilweise eine Kom-

<sup>43</sup> Siehe *Jaeger/Rentsch*, „Private Enforcement“ als Rechtsanwendungsmaßstab des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes?, hier in diesem Band, 227 ff.

<sup>44</sup> *Thon*, *RabelsZ* 84 (2020), 24 (43).

<sup>45</sup> Zur Datum-Theorie im EGBGB *Spindler/Schuster/Bach*, 4. Aufl. 2019, Art. 40 EGBGB Rn. 9 m.w.N.

<sup>46</sup> *Ellger*, *Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr*, 1990, 622 ff.

<sup>47</sup> Dazu umfassend *BeckOGK/Fornasier*, 1.3.2024, EGBGB Art. 40 Rn. 99.2.

<sup>48</sup> *Kühling/Buchner/Buchner/Petri*, 4. Aufl. 2024, DSGVO Art. 6 Rn. 197.

<sup>49</sup> Siehe bereits III.1.a) mit Fn. 34.

<sup>50</sup> *BeckOGK/Fornasier*, 1.3.2024, EGBGB Art. 40 Rn. 99.2; *Thon*, *RabelsZ* 84 (2020), 24 (47).

<sup>51</sup> *Gömann*, *EuZW* 2018, 680 (686).

petenz der Mitgliedstaaten gesehen, entsprechende kollisionsrechtliche Entscheidungen zu treffen.<sup>52</sup>

### e) Zwischenfazit

Auch wenn Art. 82 DSGVO unter den betrachteten Normen diejenige ist, die die private Durchsetzung am weitesten vereinheitlicht, wirft die Anwendung der Norm in grenzüberschreitenden Fällen viele kollisionsrechtliche Fragen auf. Für den Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO bleibt das IPR relevant, da nationale Spielräume bestehen, insbesondere hinsichtlich des halbautonomen Schadensbegriffs. Besondere Komplikationen ergeben sich, wenn insoweit das nicht vereinheitlichte IPR der Persönlichkeitsrechte zu befragen ist. Zudem können öffentlich-rechtliche Vorfragen aufgeworfen sein, für deren Beantwortung eigene Anknüpfungsregeln zu beachten sind.

## 2. „Entschädigung“ nach dem Digital Services Act

Der ebenfalls als Verordnung erlassene Digital Services Act eröffnet in Art. 54 Nutzern<sup>53</sup> „im Einklang mit dem EU-Recht und nationalen Recht“ einen Anspruch auf Schadensersatz<sup>54</sup> gegenüber Anbietern von Vermittlungsdiensten<sup>55</sup>, der sich auf etwaige Schäden oder Verluste bezieht, die aufgrund eines Verstoßes dieser Anbieter gegen die Verpflichtungen aus dem DSA entstanden sind.<sup>56</sup>

Die Zielsetzung des DSA ist ausweislich seines Art. 1 Abs. 1 komplex:

„Ziel dieser Verordnung ist es, durch die Festlegung harmonisierter Vorschriften für ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdigen Online-Umfeld, in dem Innovationen gefördert und die in der Charta verankerten Grundrechte, darunter der Grundsatz des Verbraucherschutzes, wirksam geschützt werden, einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste zu leisten.“

### a) Relevanz des Kollisionsrechts: Unionsrechtliche Vorgaben und verbleibende mitgliedstaatliche Spielräume

Damit trifft der DSA zum Schadensersatzrecht und Private Enforcement nur eine „Minimalregelung“<sup>57</sup>. Art. 54 DAS macht als „unvollkommene Haftungsnorm“<sup>58</sup> selbst deutlich, dass er nur im Zusammenspiel mit dem Recht der Mitgliedstaaten Anwendung findet. Anders als in Art. 82 DSGVO finden sich hier

<sup>52</sup> Lüttringhaus, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (79).

<sup>53</sup> Art. 3 lit. b DSA.

<sup>54</sup> Zum Anspruchsinhalt (Schadensersatz) Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 3.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 3 lit. e, g DSA.

<sup>56</sup> Dazu und zu weiteren privaten Durchsetzungsmechanismen im DSA Zurth, GRUR 2023, 1331 ff. Zur Durchsetzung des DSA über § 3a UWG siehe noch 3.

<sup>57</sup> Schwamberger, DSRITB 2023, 543 (545).

<sup>58</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 1.

keine näheren Regelungen zur Frage, welche Schäden ersatzfähig sind, ob eine Exkulpation möglich ist, ob und wie mehrere Anbieter gemeinsam haften und ob insoweit ein Regress vorgesehen ist. Selbst wenn womöglich einzelne dieser Fragen aus dem Unionsrecht heraus zu beantworten sind, lässt Art. 54 DSA nationalen Rechten mehr Spielraum als Art. 82 DSGVO.<sup>59</sup>

Soweit zwischen Anbieter und Nutzer – wie wohl regelmäßig – ein Plattformnutzungsvertrag besteht, ergibt sich ein Anspruch damit aus Art. 54 DSA in Verbindung mit mitgliedstaatlichen Regeln zur vertraglichen Haftung.<sup>60</sup> Daneben kommen außervertragliche Ansprüche in Betracht.<sup>61</sup> Diese haben vor allem dann Relevanz, wenn man es für möglich erachtet, dass ein Nutzungsverhältnis ohne Vertrag entstehen kann.<sup>62</sup> Dann können diese außervertraglichen Ansprüche womöglich die Sorgfaltspflichten nach Art. 11–48 flankieren.<sup>63</sup>

### *b) Kollisionsrechtliche Fragen*

Für den DSA bestimmt Art. 2 Abs. 1 dessen räumliche Reichweite:

„Diese Verordnung gilt für Vermittlungsdienste, die für Nutzer mit Niederlassungsort oder Sitz in der Union angeboten werden, ungeachtet des Niederlassungsortes des Anbieters dieser Vermittlungsdienste.“<sup>64</sup>

Eine entsprechende Regelung enthielt die E-Commerce-RL noch nicht.<sup>65</sup>

### *aa) Kollisionsrecht für privatrechtliche Fragen*

Auch Art. 2 Abs. 1 DSA dürfte als Sonderkollisionsnorm zu verstehen sein, die vor den Regelungen der Rom I-VO und Rom II-VO Vorrang hat.<sup>66</sup> Diese betrifft jedoch nur den DSA selbst, nicht die mitgliedstaatlichen Regelungen, die zu seiner Ergänzung heranzuziehen sind.

<sup>59</sup> Hofmann/Raue/Raue, 2023, Art. 54 DSA Rn. 2; Schwamberger, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 10 Rn. 48.

<sup>60</sup> Vgl. Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 2.

<sup>61</sup> In Deutschland etwa aus Art. 54 DSA iVm §§ 280 Abs. 1, 241 BGB (wenn man die Pflichten nach Art. 11 DSA als besonderes gesetzliches Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB versteht); Art. 54 iVm § 823 Abs. 2 BGB, Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 34.

<sup>62</sup> Kritisch und eingehend Zurth, GRUR 2023, 1331 (1335 f.).

<sup>63</sup> Vgl. Bartels, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 5 Rn. 124.

<sup>64</sup> Damit dürfte der Anwendungsbereich der Norm umschrieben sein, wie die englische Fassung („applies to“) und die Zusammenschau mit der DSGVO nahelegen. Grundsätzlich zur Differenzierung zwischen Geltungsbereich (der räumliche Herrschaftsbereich des Staates, der dieses Gesetz erlässt) und Anwendungsbereich einer Norm (die Verortung der Sachverhalte, die von der Norm erfasst sind) Engel, Internationales Kapitalmarktdeliktensrecht, 2019, 53 f. m.w.N.

<sup>65</sup> Heinze, in: FS für Haimo Schack, 2022, 440 (446).

<sup>66</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 27.

Welches Recht insoweit auf vertragliche Ansprüche von Nutzern anzuwenden ist, regelt die Rom I-VO, die eine Rechtswahl zulässt.<sup>67</sup> Von dieser Möglichkeit wird Gebrauch gemacht: Häufig enthalten die AGB der Anbieter Rechtswahlklauseln zugunsten des Rechts desjenigen Mitgliedstaats, in dem der jeweilige Nutzer ansässig ist.<sup>68</sup> Für außervertragliche Ansprüche wäre dagegen auf die Rom II-VO abzustellen.<sup>69</sup> Für lauterkeitsrechtliche Ansprüche wäre Art. 6 Rom II-VO heranzuziehen, allgemein für außervertragliche Schuldverhältnisse Art. 4 Rom II-VO. Fraglich ist freilich, ob es überhaupt Konstellationen gibt, die dem Lauterkeitsrecht unterfallen.<sup>70</sup> Auf die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II-VO kommt es deswegen nicht an, weil die plattformbezogenen Pflichten aus dem DSA nicht als persönlichkeitsrechtlich zu qualifizieren sind. Ansprüche aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind zwar durchaus denkbar, unterfallen aber nicht Art. 54 DSA.<sup>71</sup>

*bb) Koordination privatrechtlicher Ansprüche und Frage der Rechtswidrigkeit<sup>72</sup>*

Gerade in grenzüberschreitenden Fällen kann sich wiederum die komplexe Struktur des DSA als Herausforderung erweisen.<sup>73</sup> Das sei am Beispiel eines Anspruchs erläutert, den ein Nutzer auf einen Verstoß gegen Art. 16 DSA stützt. Man stelle sich vor, ein Nutzer habe einen Inhalt als rechtswidrig gemeldet und macht nun geltend, der Anbieter habe entgegen Art. 16 Abs. 6 DSA keine zeitnahe, sorgfältige, willkürfreie und objektive Prüfung vorgenommen. Bei der Beurteilung dieser Frage wird inzident zu ermitteln sein, ob der Inhalt rechtswidrig war. Art. 3 lit. h DSA erläutert zu diesem zentralen Begriff, dass rechtswidrig ist, was nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedsstaats steht. Heikel ist dabei, dass die Rechte der Mitgliedstaaten im Bereich des Äußerungsrechts und der Persönlichkeitsrechte erheblich divergieren. Allzu weitreichend schiene es, für die Frage der Rechtswidrigkeit kumulativ das Unionsrecht und die Rechte aller Mitgliedstaaten zu befragen. Es liegt vielmehr nahe, für die Frage, ob ein Inhalt gegen das Recht eines Mitgliedsstaates verstößt, zu klären, welches mitgliedstaatliche Recht für die jeweilige Frage überhaupt anwendbar ist. Während beispielsweise für Urheberrechtsverletzungen Art. 8 Rom II-VO eine einheitliche kollisionsrechtliche Regelung trifft, wäre für das

<sup>67</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 28–30.

<sup>68</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 56 Rn. 5.

<sup>69</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 31.

<sup>70</sup> Eingehend und differenzierend BeckOGK/Bauermeister, 1.6.2024, Rom II-VO Art. 6 Rn. 70–70.3. Zum sachrechtlichen europäischen Begriff des Lauterkeitsrechts (Marktverhaltensregeln) GK-UWG/Heinze, 3. Aufl. 2024, Einl. C Rn. 81 ff.

<sup>71</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 31.

<sup>72</sup> Dazu auch Lutzi, IPRax 2024, 262 (265).

<sup>73</sup> Vgl. Hofmann/Raue/Rademacher, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 56 Rn. 5; Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Einleitung Rn. 83. Vgl. allgemein Buchheim/Schrenk, NVwZ 2024, 1.

Persönlichkeitsrecht angesichts der erwähnten Bereichsausnahme in der Rom II-VO das mitgliedstaatliche Kollisionsrecht zu befragen. Dafür wäre gedanklich ein weiterer Schritt vorzuschalten und zu ermitteln, welches Kollisionsrecht überhaupt zur Anwendung kommt. Der DSA hält dafür keine Kollisionsnorm bereit. In Betracht kämen etwa das Kollisionsrecht des Forums für den Schadensersatzanspruch, das Kollisionsrecht des Vertragsstatuts oder aber eine Orientierung am öffentlich-rechtlichen Kollisionsrecht.<sup>74</sup>

### cc) Relevanz des Herkunftslandprinzips

Ein so gefundenes Ergebnis ist womöglich am Herkunftslandprinzip zu messen. Allerdings ist unklar, inwieweit dieser Grundsatz von der E-Commerce-Richtlinie überhaupt in den DSA weitergetragen wurde.<sup>75</sup> Zwar hat der DSA nach seinem Art. 2 Abs. 3 keine Auswirkungen auf die Anwendung der E-Commerce-Richtlinie. Damit bliebe das in Art. 3 E-Commerce-RL etablierte Herkunftslandprinzip unberührt. Allerdings steht die Frage im Raum, ob ErwGr. 38 S. 2–3 DSA dieses Herkunftslandprinzip nicht außer Anwendung setzen.<sup>76</sup> Dort wird angesprochen, dass einzelfallbezogene Anordnungen – die sich nämlich auf bestimmte illegale rechtswidrige Inhalte bzw. bestimmte Informationen beziehen – grundsätzlich nicht die Freiheit der Anbieter beschränken, ihre Dienste grenzüberschreitend zu erbringen. Insoweit soll Art. 3 E-Commerce-RL nicht gelten, und man kann mit guten Gründen erwägen, diesen Gedanken auf zivilrechtliche Ansprüche bezüglich rechtswidriger Inhalte zu erstrecken. Weiter ist zu bedenken, dass nach Art. 3 Abs. 4 lit. a Ziff. i vierter Spiegelstrich E-Commerce-RL das Herkunftslandprinzip Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher nicht umfasst.<sup>77</sup>

Sollte dagegen das – grundsätzlich anbieterfreundliche – Herkunftslandprinzip eingreifen, fordert dieses einen sachrechtlichen Günstigkeitsvergleich: Der EuGH hat dem Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL kollisionsrechtlichen Gehalt abgesprochen.<sup>78</sup> In diesem Sinne wäre vielmehr die über das Kollisionsrecht gefundene Lösung mit der Lösung zu vergleichen, die sich aus dem

<sup>74</sup> Vgl. weiter *Maamar*, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 4 Rn. 77–80.

<sup>75</sup> Zum Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL im Anwendungsbereich der P2B-VO EuGH v. 30.5.2024 – C-664/22, C-666/22, ECLI:EU:C:2024:434 (Google Ireland); v. 30.5.2024 – C-665/22, ECLI:EU:C:2024:435 (Amazon Services Europe); v. 30.5.2024 – C-662/22, C-667/22, ECLI:EU:C:2024:432 (Airbnb Ireland). Die P2B-VO selbst äußert sich nicht zu ihrem Verhältnis zur E-Commerce-RL.

<sup>76</sup> *Holznagel*, CR 2021, 123 (131 f.). EuGH v. 9.11.2023 – C-376/22, ECLI:EU:C:2023:285 (Google Ireland u. a.) lässt die Frage offen, auch wenn die Schlussanträge eine Fortgeltung nahegelegt hatten, GA Szpunar v. 8.6.2023 – C-376/22, ECLI:EU:C:2023:285 (Google Ireland u. a.) – Rn. 8.

<sup>77</sup> Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 3 Rn. 38; MüKoBGB/*Martiny*, 8. Aufl. 2021, TMG §§ 1–3 Rn. 43.

<sup>78</sup> EuGH v. 25.10.2011 – C-509/09, C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 (eDate Advertising u.a.) – Rn. 60 ff.; Hofmann/Raue/*Raue*, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 32.



DSA in Verbindung mit dem Recht des Niederlassungsmitgliedstaats des Anbieters ergibt. Soweit eine Entschädigung nach Art. 54 DSA im Raum steht, beträfe dies alle Aspekte der Entschädigung, die dem mitgliedstaatlichen Sachrecht überantwortet bleiben. In der Notwendigkeit, einen solchen Günstigkeitsvergleich anzustellen, läge eine weitere Komplikation bei der Rechtsanwendung.

### *c) Zwischenfazit*

Der als Verordnung erlassene Digital Services Act macht in seinem Art. 54 den Mitgliedstaaten nur minimale Vorgaben zu einem Schadensersatzanspruch. Das hebt die Bedeutung des Kollisionsrechts in grenzüberschreitenden Fällen, wirft jedoch im Vergleich zur privaten Durchsetzung der DSGVO keine prinzipiell neuen Fragen auf. Als Herausforderung kann sich jedoch die komplexe Struktur des DSA erweisen, da dieser verschiedene Durchsetzungsmechanismen vorsieht und für manche Fragen, etwa zur Rechtswidrigkeit, auf mitgliedstaatliches Recht zurückzugreifen ist. Sollte weiterhin das – grundsätzlich anbieterfreundliche – Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL eingreifen, fordert dieses einen Günstigkeitsvergleich auf sachrechtlicher Ebene.

### *3. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche*

Schließlich sollen lauterkeitsrechtliche Ansprüche betrachtet werden. Diese ergeben sich, soweit die einschlägigen unionalen Vorgaben Richtlinienform haben, aus nationalem Recht. Relevant für den digitalen Binnenmarkt ist etwa die Durchsetzung der Transparenzpflicht für Online-Marktplätze nach Art. 7 Abs. 4 lit. f UGP-RL, die in Deutschland mit § 5b Abs. 1 Nr. 6 UWG umgesetzt wurde, oder die der Transparenzpflicht beim Ranking gem. Art. 7 Abs. 4a UGP-RL, entsprechend dem deutschen § 5b Abs. 2 UWG.<sup>79</sup> Gleichzeitig zielt die UGP-RL auf eine Vollharmonisierung, so dass im gesamten Binnenmarkt ein hohes Schutzniveau gewährleistet ist.<sup>80</sup>

Zudem hat der EuGH entschieden, dass die DSGVO auch über Regeln des Lauterkeitsrechts – in Deutschland den Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG – durchgesetzt werden kann.<sup>81</sup> Derselbe Gedanke findet sich auch für den DSA.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Alexander, GRUR 2023, 14 ff. Dieser betrachtet auch parallele Pflichten aus der P2B-VO, die allerdings ein eigenes Durchsetzungsregime hat.

<sup>80</sup> MüKoUWG/Micklitz/Namysłowska, 3. Aufl. 2020, UGP-Richtlinie Art. 4.

<sup>81</sup> EuGH v. 4.10.2024 – C-21/23, ECLI:EU:C:2024:846 (Lindenapothek).

<sup>82</sup> Spindler, GRUR 2021, 653 (657 f.); kritisch Schwamberger, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 10 Rn. 51 (mit Hinweis auf das Fehlen einer Bezugnahme auf anderweitige Rechtsbehelfe wie in Art. 77 Abs. 1 DSGVO).



*a) Relevanz des Kollisionsrechts: Unionsrechtliche Vorgaben und verbleibende mitgliedstaatliche Spielräume*

Art. 11, 11a UGP-RL fordern Durchsetzungsmechanismen für die Einhaltung der Pflichten aus der UGP-Richtlinie. Demgemäß eröffnet etwa § 9 UWG Mitbewerbern (Abs. 1) und auch Verbrauchern (Abs. 2) einen Schadensersatzanspruch.<sup>83</sup>

*b) Kollisionsrechtliche Fragen*

*aa) Kollisionsrecht: Anknüpfung nach der Rom II-VO*

Die UGP-RL enthält keine eigenen kollisionsrechtlichen Regeln.<sup>84</sup> Damit ist auf das allgemeine unionale Kollisionsrecht zurückzugreifen. Für das Lauterkeitsrecht treffen Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Rom II-VO spezielle kollisionsrechtliche Regelungen. Grundsätzlich ist nach Abs. 1 das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Damit ist einheitlich das Recht des Markorts berufen, auf den eingewirkt wird.<sup>85</sup> Dessen Bestimmung ist eine Frage des Einzelfalls, wobei über die bloße Abrufbarkeit einer Website hinaus jedenfalls eine konkrete wirtschaftliche Tätigkeit im betreffenden Staat zu verlangen sein wird.<sup>86</sup> Für Online-Marktplätze dürfte v.a. der jeweilige Absatzmarkt relevant sein.<sup>87</sup> Häufig dürften bei Sachverhalten des digitalen Binnenmarktes mehrere Staaten betroffen sein. In solchen Fällen sind entsprechend mehrere Rechte anwendbar und es ist eine Mosaikbetrachtung anzustellen: Schadensersatzansprüche umfassen nur den Schaden, der sich auf einen bestimmten Staat bezieht.<sup>88</sup> Damit drohen zwar für Schadensersatzansprüche keine Widersprüche<sup>89</sup>, doch wird die Rechtsverfolgung und -anwendung jedenfalls komplexer.

Einen Sonderfall stellt der Rechtsbruchtatbestand dar.<sup>90</sup> Soweit über das Lauterkeitskollisionsrecht eine Rechtsordnung berufen ist, die den Rechtsbruchtat-

<sup>83</sup> Für einen rechtsvergleichenden Überblick zum Lauterkeitsrecht in Europa siehe etwa Schmidt-Kessel/Schubmehl (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht in Europa*, 2011; vgl. zudem MüKoUWG/Micklitz/Namysłowska, 3. Aufl. 2020, UGP-RL Art. 11 Rn. 16.

<sup>84</sup> Ähnlich etwa die DSM-RL, die DIRM und die WKRL, vgl. Lutz, IPRax 2024, 262 (263).

<sup>85</sup> Eingehend BeckOGK/Bauermeister, 1.6.2024, Rom II-VO Art. 6 Rn. 116 ff.

<sup>86</sup> Glöckner/Kur, GRUR-Beilage 2014, 29 (33–34).

<sup>87</sup> Vgl. BeckOGK/Poelzig/Windorfer/Bauermeister, 1.9.2022, Rom II-VO Art. 6 Rn. 134 m.w.N.

<sup>88</sup> MüKoBGB/Drexler, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 201.

<sup>89</sup> Anders aber womöglich für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche MüKoBGB/Drexler, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 6 Rn. 202.

<sup>90</sup> BeckOGK/Bauermeister, 1.6.2024, Rom II-VO Art. 6 Rn. 146–153; MüKoUWG/Mankowski, 3. Aufl. 2020, Teil II. Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht Rn. 279–287.

bestand kennt, ist weiter als Vorfrage zu erörtern, ob die jeweilige Rechtsnorm, deren Bruch in Rede steht, überhaupt anwendbar ist. Das ist in Binnenmarktsachverhalten unkompliziert, wenn Verstöße gegen Vorschriften der DSGVO oder des DSA verhandelt werden. Nur für Einzelfragen, die aus der DSGVO oder dem DSA einen Rückgriff auf nationale Rechte erfordern, wären wiederum die obigen Erwägungen anzustellen.

Dabei ist zusätzlich zu bedenken, dass der EuGH in *Verein für Konsumenteninformation* die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II-VO womöglich dann für unbeachtlich hält, wenn sich Fragen zum Datenschutzrecht stellen.<sup>91</sup> Im Fall ging es um behauptetermaßen missbräuchliche Klauseln in AGB, welche die Möglichkeit zur Weitergabe personenbezogener Daten eröffneten. Der EuGH stellte fest, dass sich das auf eine Unterlassungsklage gegen die Verwendung vermeintlich unzulässiger Vertragsklauseln nach Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO bestimmt, ohne auf die Bereichsausnahme einzugehen. Es ginge allerdings wohl zu weit, dem generell zu entnehmen, dass insoweit Vorfragen nicht gesondert anzuknüpfen sind.

#### *bb) Herkunftslandprinzip*

Soweit das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL anwendbar ist, ist es wiederum als sachrechtliches Beschränkungsverbot zu beachten.<sup>92</sup>

#### *c) Zwischenfazit*

Auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche können der privaten Durchsetzung von Regelungen für den digitalen Binnenmarkt dienen. Die betrachteten Anspruchsgrundlagen sind im Recht der Mitgliedstaaten angesiedelt. Die unionalen Vorgaben haben Richtlinienform und machen keine Vorgaben zum Kollisionsrecht. Vielmehr ist die Rom II-VO anwendbar. Prinzipiell andersartige Komplikationen ergeben sich nicht. Hervorzuheben ist jedoch, dass das Lauterkeitskollisionsrecht eine Mosaikbetrachtung fordern kann, mit der eine Rechtszersplitterung einhergeht. Zudem kann die Durchsetzung von Digitalrechtsakten über den Rechtsbruchtatbestand eine mehrstufige kollisionsrechtliche Prüfung erforderlich machen.

---

<sup>91</sup> So *Bizer*, Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien, 2022, 134.

<sup>92</sup> Ausführlich zum Verhältnis von Art. 6 Rom II-VO und E-Commerce-RL BeckOGK/*Bauermeister*, 1.6.2024, Rom II-VO Art. 6 Rn. 97–102.

#### IV. Bewertung und Perspektiven

In der Gesamtschau zeigt sich, dass das Fehlen umfassender sachrechtlicher Regelungen im Unionsrecht – wiewohl es kompetenziell begründet sein mag – die Bedeutung des Kollisionsrechts steigert. Im Einzelnen mag es eine Frage der verbleibenden mitgliedstaatlichen Spielräume sein, wie sehr sich diese Bedeutung entfaltet. Jedenfalls aber bleibt das Kollisionsrecht für die private Durchsetzung aller betrachteten Normen relevant.

Vergleicht man die drei betrachteten Durchsetzungsmechanismen, erweist sich zugleich, dass der Detailgrad der Vorgaben, die das jeweilige unionsrechtliche Instrument auf Sachrechtsebene macht, wenig Einfluss darauf hat, wie komplex sich die kollisionsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Fälle gestaltet. Für diese Frage sind andere Faktoren wichtig. Dazu gehört zunächst einmal, ob Rechtsfragen betroffen sind, für die das Unionsrecht einheitliche kollisionsrechtliche Regelungen bereithält, und ob diese Regelungen eine einheitliche Anknüpfung ermöglichen.

Dabei verdeutlichen die Beispiele, dass es ein Gewinn wäre, das Kollisionsrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu vereinheitlichen, um zumindest diesen Friktionspunkt zu glätten.<sup>93</sup> Die fehlende Vereinheitlichung des Sachrechts mag ihre Begründung in unterschiedlichen Rechtstraditionen und politischen Auffassungen finden.<sup>94</sup> Dagegen wird das Fehlen einer einheitlichen Kollisionsnorm der Persönlichkeitsrechte schlicht auf mangelnde Einigungsfähigkeit der Institutionen im Trilog zurückgeführt.<sup>95</sup>

Zugleich gibt es durchaus Wechselbeziehungen zwischen der Ausgestaltung des Sachrechts und dem Kollisionsrecht. Auch diese können zur Komplexität der Frage nach dem anwendbaren Recht beitragen. Das gilt insbesondere für die sachrechtliche Entscheidung, verschiedene Durchsetzungsformen vorzusehen: Es unterscheiden sich das Kollisionsrecht des Private Enforcement von dem des öffentlichen Rechts, Sachrecht und Kollisionsrecht treffen jeweils eigenständige Wertungen. Zugleich weisen die betrachteten Rechtsakte und ihre Durchsetzung allesamt eine komplexe Struktur auf. Diese führt in vielen Konstellationen dazu, dass vorgreifliche Fragen auftauchen, die kollisionsrechtlich separat zu bewerten sind (etwa für die Rechtswidrigkeit von Inhalten nach dem DSA, oder für die Rechtswidrigkeit einer Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO).

Zwar sind durchaus Mechanismen zu einer Koordination verschiedener derartiger Fragen denkbar, etwa eine vertragsakzessorische Anknüpfung oder eine stärkere Orientierung an öffentlich-rechtlichen Anknüpfungsprinzipien (die womöglich in die Richtung eines Herkunftslandprinzips weisen kann). Doch be-

<sup>93</sup> Ebenso jurisPK-BGB/*Wurmnest*, 10. Aufl. 2023, Rom II-VO Art. 1 Rn. 61.

<sup>94</sup> Überblick bei *Bizer*, Persönlichkeitsrechtsverletzung in sozialen Medien, 2022, 32 ff. (zum Sachrecht).

<sup>95</sup> MüKoBGB/*Junker*, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 1 Rn. 43.

stehen Zielkonflikte, die wohl nicht einheitlich aufzulösen sind. Eine stärkere Berücksichtigung des Herkunftslandprinzips etwa würde diejenigen begünstigen, die öffentlich-rechtliche Pflichten erfüllen müssen (und die sich ihrerseits regelmäßig auf ihre unternehmerische Freiheit und womöglich auch die Dienstleistungsfreiheit berufen können<sup>96</sup>); zugleich würde es eine gewisse Koordination öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Durchsetzung erlauben. Andererseits würde jedoch womöglich das Private Enforcement erschwert. Eine stärkere Betonung der Privatautonomie steht in einem Spannungsverhältnis dazu, dass eine Rechtswahl nicht immer möglich oder gewünscht ist und zu Divergenzen mit der öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsschiene führen kann.

## V. Zusammenfassung in Thesen

(1) Das Kollisionsrecht behält im digitalen Binnenmarkt insbesondere deswegen seine Relevanz, weil keine vollständige Vereinheitlichung des Sachrechts stattfindet.

(2) Die Regelungsziele der Rom I-VO und Rom II-VO unterscheiden sich von denen des Sachrechts, weil jene Verordnungen auf eine kollisionsrechtliche Gerechtigkeit zielen.

(3) Die einseitigen Anwendungsbereichsdefinitionen von Digitalrechtsakten können Sonderkollisionsrecht darstellen, das den allgemeinen Regeln des unionalen Kollisionsrechts vorgeht; im Einzelfall ist sogar ein Eingriffsnormcharakter denkbar.

(4) Für den Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO bleibt das Kollisionsrecht relevant, da nationale Spielräume bestehen, insbesondere hinsichtlich des halbautonomen Schadensbegriffs. Besondere Komplikationen ergeben sich daraus, wenn insoweit das nicht vereinheitlichte IPR der Persönlichkeitsrechte zu befragen ist, und weil öffentlich-rechtliche Vorfragen aufgeworfen sein können.

(5) Noch gesteigert ist die Bedeutung des Kollisionsrechts bei der privaten Durchsetzung des DSA mittels „Entschädigung“ nach Art. 54 DSA. Zugleich kann sich die komplexe Struktur des DSA als Herausforderung erweisen, da dieser verschiedene Durchsetzungsmechanismen vorsieht und für manche Fragen, etwa zur Rechtswidrigkeit, auf mitgliedstaatliches Recht zurückzugreifen ist.

(6) Lauterkeitsrechtliche Ansprüche ergeben sich, soweit die einschlägigen unionalen Vorgaben Richtlinienform haben, aus nationalem Recht. Das hebt die Bedeutung des Kollisionsrechts; in seiner Anwendung ergeben sich allerdings keine prinzipiell neuen, weiteren Komplikationen.

(7) Die Anwendung des Kollisionsrechts kann komplex ausfallen, unabhängig vom Detailgrad des unionalen Sachrechts. Diese Komplexität ist nicht ohne Wei-

---

<sup>96</sup> Art. 16 GRCh; Art. 56 AEUV; ErwGr. 4 Satz 3 DSGVO; ErwGr. 3 DSA.

teres zu beseitigen. Sie fußt auf Zielkonflikten, die oftmals nicht einheitlich aufzulösen sind.

# Zentrale Unterschiede im Schadensrecht der Mitgliedstaaten

*David Messner-Kreuzbauer*

## I. Unionsrecht, Schadensrecht und digitaler Binnenmarkt

### *1. Schadensrecht – eine planmäßige Lücke im Einheitsrecht*

Wer Klarheit darüber möchte, wie weitgehend das Recht des digitalen Binnenmarkts tatsächlich harmonisiert ist, muss sich das Schadensrecht näher ansehen. Denn zu einer Verhaltensordnung gehört auch ihre öffentliche oder private Durchsetzung, und die Leistungskraft der privaten Durchsetzung hängt davon ab, welche Folgen das Schadensrecht an eine Verletzung der Verhaltensordnung knüpft. Die Ausgestaltung dieser Rechtsfolge bleibt jedoch weitgehend den Mitgliedstaaten überlassen.<sup>1</sup> Die zentralen Unterschiede in ihren Schadensrechten haben somit Einfluss auf die Wirkung des Einheitsrechts.

Zumeist vervollständigt also erst das nationale Schadensrecht die unionsrechtlichen Verhaltensgebote, wobei der entstehende Hybrid aus zwei Gründen sehr verschiedene Gestalten annehmen kann.<sup>2</sup>

Erstens geht es je nach Gebiet, in dem die private Durchsetzung interessiert, um unterschiedliche Lebenssachverhalte und unterschiedliche Schadensarten.<sup>3</sup> Die Schlechtleistung digitaler Produkte und Dienstleistungen (Art. 5 ff DURL) oder fehlerhafte Informationen in einem Kryptowerte-Whitepaper (Art. 15, 26, 42 MiCAR) verursachen vor allem reine Vermögensschäden bei Verbrauchern und Anlegern. Bei Verletzungen des Datenschutzrechts (Art. 82 DSGVO) geht es auch um immaterielle Schäden der Personen, auf die sich die Daten beziehen. Das mangende Vorgehen von Vermittlungsdiensten im Sinne des Digital Services Act

---

<sup>1</sup> Die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für das an EU-Recht anknüpfende Schadensrecht hat der EuGH in mehreren Kontexten ausdrücklich anerkannt, auch wenn er seit der Entscheidung EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage/Crehan) – Rn. 25 ff. (Verfügbarkeit, Äquivalenz und Effektivität von Kartellschadenersatz) bis hin zu EuGH v. 21.3.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (QB/Mercedes-Benz Group AG) – Rn. 68 ff. (Verfügbarkeit und Verhältnismäßigkeit von Direktklagen gegen KFZ-Hersteller im „Abgasskandal“) zugleich immer mehr Rahmenvorgaben für Teilbereiche trifft.

<sup>2</sup> Dazu *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, zusammenfassend 579 ff.; *Schwamberger*, InTeR 2023, 168.

<sup>3</sup> *Wurmnest/Gömann*, JETL 13 (2022) 154 (163 ff.).

gegen rechtswidrige Inhalte kann insbesondere zu Persönlichkeitsverletzungen und Immaterialgüterrechtsverletzungen führen. Eher einen Nebenschauplatz bilden hingegen Personen- und Sachschäden. Zwar kann zum Beispiel fehlerhafte Steuerungssoftware handfeste physische Schäden verursachen,<sup>4</sup> es können fehlerhafte Chatprogramme oder Beratungsservices Nutzer zu lebensgefährlichen Fehlentscheidungen animieren, und die mangelnde Vorkehr gegen Gewaltaufrufe im Netz kann zur tatsächlichen Verletzung von Personen führen. Aus aktueller Sicht handelt es sich bei solchen Szenarien jedoch um Ausnahmereischeinungen.

Eine zweite Komplexitätsquelle liegt darin, dass das Unionsrecht trotz der grundsätzlichen Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten auch eigenständige haftungsrechtliche Vorgaben macht und dabei unterschiedlich viel Raum für das Schadensrecht der Mitgliedstaaten lässt.<sup>5</sup> Dieser Raum ist nicht nur von der Wahl des Harmonisierungsinstruments (Verordnung, voll- oder mindestharmonisierende Richtlinie) abhängig, sondern auch von der Vollständigkeit des eingeführten Regimes und der Autonomie der verwendeten Begriffe. So dürfte das Regulierungsrecht der Union nach der aktuellen Position des EuGH<sup>6</sup> stets ungeschriebene haftungsrechtliche Anforderungen enthalten, die allerdings nur aus dem Effizienzgebot abzuleiten sind, sodass dem Mitgliedsstaatenrecht in diesem Grundszenario große rechtliche und faktische Bedeutung verbleibt. Wenn Unionsrecht wie in der MiCAR ausdrückliche Haftungsvorschriften enthält, nimmt es wohl bereits einen etwas stärkeren Einfluss. Am wenigsten Raum verbleibt dem Schadensrecht der Mitgliedstaaten dort, wo die Harmonisierung noch weiter vorgedrungen ist und auch deutlichere Konturen eines autonomen europäischen Schadensrechts bestehen, wie insbesondere im Bereich des Datenschutzes,<sup>7</sup> im Kartellschadensrecht,<sup>8</sup> im Bereich des geistigen Eigentums<sup>9</sup> und im Produkthaftungsrecht<sup>10</sup>. Das nationale Schadensrecht ist aber selbst in diesen Ge-

<sup>4</sup> In Zukunft werden solche Schäden unter die Produkthaftungsrichtlinie fallen, die Software in die Produktdefinition einbezieht. Siehe Art. 4 Abs. 1 ProdukthaftungsRL 2024.

<sup>5</sup> *Leczykiewicz*, in: Giliker (Hrsg.), *Research Handbook on EU Tort Law*, 2017, 67; *Schwamberger*, *InTeR* 2023, 168.

<sup>6</sup> EuGH v. 21.3.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (QB/Mercedes-Benz Group AG) und dazu *Heinze*, *ZEuP* 2024, 187.

<sup>7</sup> Art. 82 DSGVO.

<sup>8</sup> Richtlinie (EU) 2014/104, ABl. L 2014/349, 1, Art. 12 ff., 17 ff.

<sup>9</sup> Richtlinie (EG) 2004/48, ABl. L 2004/157, 45, Art. 13.

<sup>10</sup> Richtlinie (EWG) 1985/374, ABl. L 1985/210, 29.

bieten noch nicht bedeutungslos,<sup>11</sup> denn selbst im Fall autonomen und relativ vollständigen Rechts ist sein rechtskultureller Einfluss nicht zu unterschätzen. Das hat sich etwa jüngst in der Frage gezeigt, ob der autonome immaterielle Schaden in Art. 82 DSGVO die Überschreitung einer Erheblichkeitsschwelle voraussetzt. Dies wurde naturgemäß seitens jener Gerichte angenommen, deren nationale Schadensrechte bereits eine solche Erheblichkeitsschwelle kannten,<sup>12</sup> bis die Entscheidung des EuGH in *Österreichische Post*<sup>13</sup> den Gedanken verworfen hat.

## 2. Zielsetzung des vorliegenden Beitrags

Eine Abschätzung der Wirkung privater Rechtsdurchsetzung erfordert also eine genaue Kenntnis des Schadensrechts der Mitgliedstaaten. Dabei stößt man jedoch auf ein grundsätzliches Problem: Niemand kann alle 27 Privatrechtsordnungen der EU im Detail kennen, „Rechtvergleichung macht bescheiden.“<sup>14</sup> Der Vergleich muss sich vielfach auf Berichte in einer systemfremden Sprache verlassen, die Streitfragen, Unklarheiten und die jüngsten Entwicklungen in einer Rechtsordnung nie vollständig darstellen können. Das Versprechen des vorliegenden Beitrags, die „zentralen Unterschiede“ der Schadensrechte herauszuarbeiten, ist insofern hoch angesetzt und muss im Kontext des in diesem Band verfolgten Interesses verstanden werden: Eine grobe Orientierung über die wahrscheinlichen Folgen des Einheitsrechts ist nun einmal erforderlich, so schwer sie auch zu erlangen sein mag. Der folgende Überblick versucht daher unter Zuhilfenahme wichtiger Vorarbeiten und Länderberichte eine Makroperspektive über die wichtigsten Unterschiede anzubieten, und legt dabei den Schwerpunkt auf die wichtigsten Problembereiche im Zusammenhang mit dem digitalen Binnenmarkt.

---

<sup>11</sup> Zur Bedeutung im Datenschutzrecht *BC Steininger*, in: Essays in Honor of Helmut Koziol, 2020, 173; *Knetsch*, JETL 13 (2022), 132; zum Kartellrecht etwa *Monti*, in: Parcul Monti/Botta (Hrsg.), Private Enforcement of EU Competition Law, 2018, 42; *Weber*, Der Kartellschaden, 2021, 87 ff., 185 ff.; zur Durchsetzungsrichtlinie *Metzger*, in: Remien (Hrsg.), Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, 2012, 216 ff.; zum Produkthaftungsrecht *Howells*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, 121, Rn. 6/18 f.; *Borghetti*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Hrsg.), Liability for AI, 2023, 129, 140 ff. (zur Novelle).

<sup>12</sup> Siehe etwa OLG Dresden v. 11.6.2019 – 4 U 760/19 und näher *BC Steininger*, in: Essays in Honor of Helmut Koziol, 2020, 175 ff.

<sup>13</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (*UI/Österreichische Post*) (keine Erheblichkeitsschwelle für Schadenersatz nach Art. 82 DSGVO).

<sup>14</sup> *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 1 Rn. 62.



## II. Gegenstand und Rahmenbedingungen des Schadensrechts

### 1. Gegenstand

Zunächst bedarf näherer Klärung, was überhaupt zum Schadensrecht gehört, das verglichen werden soll.<sup>15</sup> Glücklicherweise überschneiden sich die Vorstellungen der Mitgliedsstaaten von Schadensrecht insofern weitgehend: Schadensrecht bestimmt, welche aus einem Zurechnungsgrund entstehenden Nachteile rechtlich ausgleichsfähig sind. Die Ausgleichswirkung ist also ein einigender Faktor des Schadensrechts und schafft ein abgrenzbares Gebiet, das mindestens innerhalb der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen der EU vergleichsfähig ist.<sup>16</sup> Im Detail setzen die Mitgliedsstaaten bei der Grundausrichtung des Schadensrechts (2.), seinem Verhältnis zum Haftungsgrund (3.) und den verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen (4.) aber durchaus verschiedene Akzente.

### 2. Ausgleich als einigender Faktor und Streitobjekt

Nach dem Ausgleichsgedanken stellt Schadenersatz den Geschädigten so, wie er ohne zurechenbares Ereignis gestanden wäre (Art. 10:101 PETL, Buch VI Art. 6:101 DCFR). Es ist jedoch höchst umstritten, welchen Stellenwert dieser Grundsatz hat und welche unmittelbaren Konsequenzen aus ihm abgeleitet werden dürfen. Diese Kontroverse ist für die private Rechtsdurchsetzung sehr bedeutsam. Denn der Ausgleichsgedanke kann in einen Konflikt mit den anderen Zielen geraten, die der jeweils maßgeblichen Verhaltensordnung zu Grunde liegen.<sup>17</sup> Das Einheitsrecht des digitalen Binnenmarktes möchte beispielsweise vorrangig ein buntes Spektrum anderer Zwecke fördern: Etwa die „Entwicklung und Förderung der Einführung transformativer Technologien im Finanzsektor“<sup>18</sup>, ein „sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld, in dem Innovationen gefördert [...] werden“,<sup>19</sup> den „Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“ und den freien Verkehr solcher Daten<sup>20</sup>, oder sogar „die digitale Wirtschaft der Union und das Wachstum insgesamt anzukurbeln“<sup>21</sup>. Nun stellt sich die Frage, was zu geschehen hat, wenn die Ge-

<sup>15</sup> Zum methodischen Hintergrund *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, § 3 Rn. 166 ff.

<sup>16</sup> *Magnus*, in: Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, 2000, 185, Rn. 2 f.; *Wurmnest*, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, 2003, 94 ff.; *Koziol*, *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, 2017, Rn. 2/3 ff. (mit Kritik am möglicherweise abweichenden Verständnis des common law); *Askeland/Ulfbeck*, in: *Koziol/Schulze* (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008, 499, Rn. 19/42 ff. (Skandinavien); *Tichý*, in: *Koziol/Schulze* (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008, Rn. 20/92 (Osteuropa).

<sup>17</sup> Zu diesem Zusammenhang *Fidler*, *JB* 2018, 81 (83 ff.).

<sup>18</sup> ErwGr. 1 MiCAR.

<sup>19</sup> Art. 1 Gesetz über digitale Dienste.

<sup>20</sup> Art. 1 Abs. 1 DSGVO.

<sup>21</sup> ErwGr. 1 DIRL.

richte den Betroffenen zur Erreichung dieser Zwecke eigentlich mehr als bloßen Schadensausgleich zusprechen müssten oder auch weniger, damit es zu einer effizienten Durchsetzung des Unionsrechts kommt. Was sind also die nationalen Perspektiven dazu, wie sehr sich das Schadensrecht vom Ausgleichsgedanken entfernen darf?

Die dominierende Perspektive versteht den Ausgleich verantworteter Schäden auch als einen autonomen Wert oder sogar den Sinn des Schadenersatzes („ausgleichende Gerechtigkeit“).<sup>22</sup> Diese Perspektive hat nicht nur begriffliche Konsequenzen dafür, wann man von Schadenersatz sprechen darf, sondern bringt auch inhaltliche Weichenstellungen mit sich. Der so verstandene Ausgleichsgedanke soll namentlich Strafbzahlungen zwischen Privaten („Strafschäden“) entgegenstehen.<sup>23</sup> In diesem Sinn haben die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen *punitive damages* bislang unter Berufung auf das Ausgleichsprinzip abgelehnt; manche haben sogar US-amerikanischen Strafschadensurteilen die Durchsetzung versagt<sup>24</sup> oder ihrer Anerkennung Grenzen gesetzt.<sup>25</sup> In einem ähnlichen Kontext wird diskutiert, ob die Herausgabe des Gewinns aus einer Rechtsverletzung als Schadenersatzrecht gelten kann.<sup>26</sup> Für Unsicherheiten sorgt allerdings weiterhin, dass der Ersatz immaterieller Schäden (auch) die Schwere des Zurechnungsgrundes oder den gezogenen Gewinn berücksichtigt.<sup>27</sup>

Vor allem die kontinentaleuropäische Dogmatik geht vielfach nochmals einen Schritt weiter und leitet aus dem Ausgleichsgedanken auch eine Art „Genauigkeitsgebot“ ab: Totalreparation bedeutet nach dieser Sichtweise, dass der Geschädigte nur den erwiesenermaßen erlittenen Schaden und nicht mehr oder weniger erhalten darf.<sup>28</sup> Die deutsche und die französische Dogmatik argumentieren

---

<sup>22</sup> Dazu aus theoretischer Perspektive *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, 33 ff.; *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, 78 ff.; *Keating*, JTL 2021, 45 (mit beachtlicher Kritik).

<sup>23</sup> Dazu *Cappelletti*, in: Borghetti/Whittaker (Hrsg.), French Civil Liability in Comparative Perspective, 2019, 329; *Karner*, in: Koziol (Hrsg.), The Aims of Tort Law, 2017, 51, Rn. 11 ff.; *Koziol*, in: Koziol/Wilcox (Hrsg.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, 2012, 275 (282 ff.).

<sup>24</sup> BGH v. 28.4.1992 – KVR 9/91, NJW 1992, 2289.

<sup>25</sup> Cour de cassation, 1<sup>e</sup> civ, E. v. 1.12.2010, n 09–13303 (Frankreich); Corte di Cassazione, Sezione Unite, E. v. 15.7.2017, no 16601/2017, Karner/B.C. Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2017, 310, Rn. 75 ff. mit Anm. *Bargelli* (Italien).

<sup>26</sup> Dazu *Zimmermann*, in: Zimmermann/Wendehorst/Krebs/Du Plessis/van Kooten (Hrsg.), Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts, 2005, 17, 38 f. Eine deliktsrechtliche – wenn nicht sogar schadensrechtliche – Einordnung findet inzwischen jedoch mehr Zustimmung in Deutschland, siehe überblicksmäßig MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB vor § 823 Rn. 56 f.

<sup>27</sup> Unten III.4.

<sup>28</sup> *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, 2022, § 42 Rn. 26 ff. (Deutschland); *Brun*, Responsabilité civile extracontractuelle, 6. Aufl., 2023, Rn. 601 ff. (mit Kritik) (Frankreich). Siehe für einen allgemeinen Vergleich *Leduc*, in: Pierre/Leduc (Hrsg.), La réparation intégrale en Europe, 2012, 31, mit vielen Länderberichten im selben Band.

daher gegen Pauschalierungen bei unsicherem Schadensausmaß und für eine möglichst konkrete Schadensberechnung.<sup>29</sup> Da es nur um den „wirklichen“ Schaden gehen soll, wollen diese Rechtsordnungen den Verschuldensgrad und ähnliche Gesichtspunkte bei der Schadensbeurteilung nicht berücksichtigen.<sup>30</sup> Über diese spezifische Leseart des Ausgleichsgedankens besteht aber kein europäischer Konsens. Namentlich in Spanien, Italien und Belgien gelten Pauschalierungen gerade als Mittel, dem Ausgleichsgedanken auch bei Unsicherheit zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>31</sup> Andere Mitgliedstaaten lassen mehr Spielraum für Schätzungen<sup>32</sup> oder beziehen mindestens in Zweifelsfällen Kriterien wie das Gewicht des Zurechnungsgrunds in die Entscheidung über das Ersatzausmaß ein.<sup>33</sup>

Trotz der gehobenen Stellung des Ausgleichsgedankens lassen die Rechtsordnungen heute zumeist Raum für Prinzipienpluralismus. Sie erkennen insbesondere die Abschreckungswirkung des Schadensrechts als zusätzliches Ziel oder zumindest erwünschten Nebeneffekt an.<sup>34</sup> Das Gewicht des Präventionsgedankens und sein Verhältnis zum Ausgleichsgedanken kann dann verschieden sein und bleibt vielfach offen.

Für eine Ablöse des Ausgleichsgedankens als Leitprinzip spricht sich nur eine Mindermeinung aus, die beispielsweise primär die Abschreckung zukünftiger Schädiger<sup>35</sup> – also im Grunde die private Rechtsdurchsetzung selbst – oder die gerechte Verteilung von Ressourcen und Nachteilen in der Gesellschaft<sup>36</sup> für das eigentliche Ziel des Schadensrechts halten. Solche Positionen waren in den USA bis etwa 1980 oder 1990<sup>37</sup> und in sozialistischen Rechtslehren<sup>38</sup> besonders ein-

<sup>29</sup> Siehe etwa *Bacache-Gibeili*, La responsabilité civile extracontractuelle, 2021, 4. Aufl., Rn. 599 ff.; *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, 2022, § 42 Rn. 26 ff. Dass diese Argumentation im französischen Kontext auf einen Widerspruch zur Lehre vom Chancenverlust (unten III.5.) hinauszulaufen droht, sei hier nur am Rande bemerkt.

<sup>30</sup> Siehe etwa *J. W. Flume* in *Bamberger/Roth*, 5. Aufl. 2024, BGB § 249 Rn. 43 ff.; *Sichel*, La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile, 2022, 164 ff. (mit Besprechung der Ausnahmen).

<sup>31</sup> Dazu näher *Messner-Kreuzbauer*, *VersR* 2024, 393 (399 ff.).

<sup>32</sup> Siehe unten II.4.

<sup>33</sup> Dazu *Koziol*, in: *Barker/Grantham* (Hrsg.), *Apportionment in Private Law*, 2019, 63 (63 ff.), s. auch unten II.3.

<sup>34</sup> Zum pluralistischen Meinungsbild in einigen Mitgliedstaaten *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht, 2022, § 2 Rn. 40 ff. (Deutschland); *Castronovo*, Responsabilità civile, 2018, 22 ff. (Italien); *Brun*, Responsabilité civile extracontractuelle, 6. Aufl. 2023, Rn. 9 ff. (Frankreich); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Aufl, Rn. A/35 ff. (Österreich); *Tichý*, in: *Essays in Honour of Helmut Koziol*, 2020, 189 (210 ff.) (Tschechische Republik).

<sup>35</sup> Siehe etwa *Wagner*, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, 25 ff.

<sup>36</sup> *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 1977, für eine neuere Theorie *Chamallas*, *JTL* 14 (2021), 309.

<sup>37</sup> *White*, Tort Law in America – an Intellectual History, erw. Aufl. 2003, 291 ff.; *Abraham* *White*, *JTL* 14 (2021), 245 ff.

<sup>38</sup> Für ein Beispiel siehe *Menyhárd*, in: *Koziol* (Hrsg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 2014, Rn. 4/20, 4/70 zum Einfluss *Gyula Eörsis* und *Géza Martons*.

flussreich. Dennoch bilden sie gegenwärtig nicht einmal im europäischen *common law*<sup>39</sup> oder in Osteuropa<sup>40</sup> die herrschende Auffassung.

### 3. Schadensrecht und Haftungsgrund

Aus deutscher Sicht spricht man von „Schadensrecht“, wenn ein Haftungsgrund (etwa Verletzung eines Rechtsguts, Schutzgesetzverletzung, Vertragsverletzung) bereits vorliegt und nun die wichtigste Folge, nämlich das Ausmaß des Ersatzes, festzulegen ist.<sup>41</sup> Diese Zweiteilung kann man in vielen Rechtsordnungen der EU bis zu einem gewissen Grad wiedererkennen, etwa wenn nach französischem Recht zunächst das Vorliegen eines Anspruchsgrundes (*fait générateur*) zu prüfen ist, und erst dann die Beurteilung des Schadens und des Schadensausmaßes (*dommages-intérêts*) erfolgt<sup>42</sup>, oder das common law zwischen einem Anspruchsgrund (*cause of action*) und Anspruchsfolgen (*remedies*) unterscheidet, wobei die Schadensberechnung (*damages*) zu letzteren gehört.<sup>43</sup>

Die Trennlinie zwischen Haftungsgrund und Haftungsfolgen kann man allerdings erneut auf unterschiedliche Weise verstehen. Die deutsche Perspektive schreibt dem Schadensrecht auch inhaltlich die Aufgabe zu, den rechtlich relevanten Schaden unabhängig vom Haftungsgrund festzulegen. *Lange/Schiemann*<sup>44</sup> halten mit besonderer Klarheit fest, dass das Gesetz einen speziellen Bezug zum betroffenen Haftungsgrund im Allgemeinen nicht herstelle, sondern den Schuldinhalt für alle Schadenersatzansprüche durch gleiche Normen (§§ 249 ff. BGB) einheitlich festlege. Die Grundhaltung der französischen Rechtsordnung dürfte vergleichbar sein.<sup>45</sup> Andere Mitgliedsstaaten messen der Differenzierung zwischen Haftungsgrund und -ausmaß hingegen bewusst weniger Bedeutung bei. Das österreichische Recht versteht das „Schadenersatzrecht“ (§§ 1293 ff. ABGB) als einheitliches Rechtsgebiet und zieht mit seiner Stufung der ersatzfähigen Schäden nach Verschuldensgrad (§§ 1323 f., 1331 f. ABGB) stärkere Querverbindungen zwischen Haftungsgrund, Schadensbegriff und Schadensberechnung.<sup>46</sup>

---

<sup>39</sup> *Dorgan/McKenna*, *Damages*, 2015, Rn. 1–01 ff. (Irland); *Emilianides/Markou*, Cyprus, in *Kluwer International Encyclopedia of Laws (Tort Law – 2021)* Rn. 52 ff. (Zypern).

<sup>40</sup> *Menyhárd*, in: Koziol (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 4/51 ff. zur heutigen Situation.

<sup>41</sup> *Ahrens/Spickhoff*, *Deliktsrecht*, 2022, § 1 Rn. 2 f.; *Bamberger/Roth/J. W. Flume*, 5. Aufl. 2024, BGB § 249 Rn. 1; *Lange/Schiemann*, *Schadenersatz*, 3. Aufl. 2003, 9; *Wagner*, *Deliktsrecht*, 14. Aufl. 2021, 259 f.

<sup>42</sup> *Brun*, *Responsabilité civile*, 6. Aufl. 2023; vgl. auch *Castronovo*, *Responsabilité civile*, 2018, 863 ff.

<sup>43</sup> *Quill*, *Torts in Ireland*, 4. Aufl. 2014, 17 ff., 528 ff.

<sup>44</sup> *Lange/Schiemann*, *Schadenersatz*, 3. Aufl. 2003, 9.

<sup>45</sup> Siehe zu Frankreich *Sichel*, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, 2022, 164 ff. (mit Nachweisen zu bedeutenden Ausnahmen).

<sup>46</sup> *Koziol*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, 2009, Rn. 1/4 bezeichnet Schadenersatzrecht als „Summe jener Normen, die regeln, wann ein Geschädigter die Wiedergutmachung des bei ihm entstandenen Schadens von einem anderen begehren kann.“ Siehe auch näher

Diesen Zugang dürften andere, eher pragmatisch orientierte Rechtsordnungen – wie etwa die niederländische<sup>47</sup> – teilen.<sup>48</sup>

Die folgende Darstellung geht zwar davon aus, dass eine Betrachtung nur des Schadensrechts im deutschen Sinn möglich und nützlich ist, folgt aber auch *Hans Stolls* Einsicht, dass eine gänzliche Isolierung der Haftungsfolgen vom Haftungsgrund letztlich vergeblich ist.<sup>49</sup> Auch in Rechtsordnungen mit starkem Trennungsgrundsatz bestimmt der Haftungsgrund die Ersatzbedingungen mit.

Das gilt etwa für das eigenständige Merkmal der Rechtswidrigkeit, das ihr zu Grunde liegende Denken in geschützten Rechtsgütern nach dem Muster des § 823 Abs. 1 BGB und die Schutzzwecklehre<sup>50</sup> – alles zugleich besonders markante Aspekte der deutschen Tradition. Die geschützten Güter nehmen eine Brückenstellung zwischen Haftungsgrund und Schadensrecht ein. Im deutschen System sind (reine) Vermögensschäden schließlich grundsätzlich nicht ersatzfähig, außer sie sind Folgeschäden einer Güterverletzung oder einer anderen maßgeblichen Rechtsverletzung.<sup>51</sup> Auch der Ersatz immaterieller Schäden fällt leichter, wenn diese Schäden in den Schutzbereich eines Rechtsguts fallen.<sup>52</sup>

Wie Art. 2:102 PETL zeigt, kommt der Abgrenzung geschützter Interessen nicht nur im deutschen Schadensrecht erhebliche Bedeutung zu. Man kann auch die im *common law* herrschende Einordnung in Vertragsverletzungen und mehrere Delikte (*torts*) als vergleichbare Vorstrukturierung des Schadensrechts sehen,<sup>53</sup> weil die Auswahl bestimmter Delikte regelmäßig auf dem Schutz bestimmter Interessen beruht und folglich etwa reine Vermögensschäden und immaterielle Schäden nicht stets ersetzt werden.<sup>54</sup> Beispielsweise ist der Ersatz für Persönlichkeitsbeeinträchtigungen nicht unter dem allgemeinen Fahrlässigkeitsdelikt

---

Koziol, in: FS Magnus, 2014, 61, Koziol, Güterzuordnung, Rechtszuweisung und deren Schutz, 2024, 17 ff., 226 ff.

<sup>47</sup> Keirse, in: Martín-Casals (Hrsg.), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, 2019, 331, Rn. 16 ff.

<sup>48</sup> Zu diesem Thema insgesamt Koziol, in: Koziol (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 8/313 (Vergleichender Bericht) und demnächst Karner/Messner-Kreuzbauer, *Comparative Report 1*, in: Askeland et al. (Hrsg.), *Digest of European Tort Law: Limits of Liability* (2025), 85, Rn. 8, mit Verweis auf Länderberichte. Für einige positive Bewertungen siehe etwa *Ludwichowska-Redo*, in: Koziol (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 3/107 (reine Vermögensschäden), 3/114 (Adäquanz) (Polen); *Van Boom*, in: Van Boom/Koziol/Witting (Hrsg.), *Pure Economic Loss* (2004), 1, Rn. 29 ff. (Niederlande).

<sup>49</sup> Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 1993, 6.

<sup>50</sup> Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 1993, 6 f., 7 ff., 35 ff.

<sup>51</sup> Näher unten III.3.

<sup>52</sup> Näher unten III.4.

<sup>53</sup> Siehe dazu jedoch kritisch *Infantino*, JETL 14 (2023), 42 ff.

<sup>54</sup> Siehe etwa *Emilianides/Markou*, Cyprus, in: *Kluwer International Encyclopedia of Laws (Tort Law – 2021)* Rn. 410 ff. (Zypern); *Dorgan/McKenna*, *Damages*, 2015, Rn. 1–07 ff. und 1–52 ff. (Irland).

(*negligence*) möglich, sondern nur unter speziellen Delikten (z.B. *libel* und *slander* bzw. *defamation* und den – im Fluss befindlichen – *privacy torts*).<sup>55</sup>

Eine fundamentale Gegenposition zu dieser Strukturierung nehmen traditionell die Rechtsordnungen aus der französischen Tradition ein.<sup>56</sup> Sie messen der Rechtswidrigkeit und dem Güterschutzgedanken keine vergleichbare Bedeutung zu. Besonders das Haftungsrecht des Code civil soll grundsätzlich jeden Schaden ersetzen. Trotzdem muss auch nach den Systemen in dieser Tradition ein – sehr weit definiertes – rechtlich geschütztes Interesse bestanden haben.<sup>57</sup> Ferner hat ein Teil der französischen Lehre in den vergangenen Jahrzehnten eine Unterscheidung zwischen *dommage* und *préjudice* entwickelt, wobei *dommage* mehr die Verletzung der Integrität eines realen Gegenstands bezeichnen soll, und *préjudice* die Folgen im Vermögen oder außerhalb des Vermögens.<sup>58</sup> Das italienische Recht unterscheidet zwischen *danno-evento* und *danno-conseguenza*,<sup>59</sup> während der neue belgische Code civil die Interessenverletzung ausdrücklich vom Schaden unterscheiden wird.<sup>60</sup>

Im Detail kann die Abgrenzung eines geschützten Bereichs verschiedene Auswirkungen haben: Der Ersatz des Schadens an einem geschützten Rechtsgut selbst und Folgeschäden kann unter erleichterten Bedingungen möglich sein, während für den Ersatz von reinen Vermögensschäden und immateriellen Schäden außerhalb des Schutzbereichs stärkere Gründe erforderlich sind.<sup>61</sup> In Systemen ohne gefestigte Güterlehre sind die Konsequenzen zwar sicherlich flexibler, aber die Verletzung eines Schutzguts kann sich etwa in der Vermutung eines Schadens äußern,<sup>62</sup> ohne dass zugleich der Ersatz anderer Schäden – reiner Vermögensschäden, „reiner“ immaterieller Schäden – von vornherein ausgeschlossen wäre.

<sup>55</sup> Zu alldem etwa *Quill*, Tort Law in Ireland, 4. Aufl. 2014, 309 ff.

<sup>56</sup> So abgesehen von den folgend genannten Rechtsordnungen etwa *Pereira/Manuel Veloso*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg.), Digest of European Tort Law, Band II: Essential Cases on Damage, 2011, 1/11/2 (Portugal); *Józson*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 1/26/1 ff. (Rumänien).

<sup>57</sup> Siehe etwa *Borghetti*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 1/6/1 (Frankreich); *Martin-Casals/Ribot*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 1/10/2 (Spanien).

<sup>58</sup> So bei *Brun*, Responsabilité civile extracontractuelle, 6. Aufl. 2023, Rn. 178. Siehe dazu auch *Dubuisson*, in: Mélanges en l'Honneur du Professeur Suzanne Carval, 2021, 329 (330 ff.).

<sup>59</sup> Siehe dazu *Sirena*, in: Borghetti/Whittaker, French Civil Liability in Comparative Perspective, 2019, 205 (207 ff.).

<sup>60</sup> Art. 6:24 des neuen Code civil (Belgisch Staatsblad/Moniteur belge 1.7.2024, [https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2024/07/01\\_1.pdf#page=21](https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2024/07/01_1.pdf#page=21), 79398 (alle Internetquellen wurden zuletzt am 11.7.2024 abgerufen) hebt die Verletzung geschützter Interessen (*atteinte à un intérêt personnel juridiquement protégé*) eigens hervor. Siehe auch die Materialien: Proposition de loi 8.3.2023, DOC 55 3213/001, 120 ff.

<sup>61</sup> Siehe auch *Winiger*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 8/30, 1 ff. (Comparative Report); *Menyhárd*, in: Koziol (Hrsg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 2014, Rn. 4/72 ff. (Ungarn).

<sup>62</sup> Vgl unten III.4. zur Verletzung von Persönlichkeitsbereichen.

Welche Bedeutung hat die Vorstrukturierung des Schadensrechts durch Rechtsgüter für die Durchsetzung gerade des *Einheitsrechts*? Man könnte die Bedeutung für relativ gering halten, weil es gerade im digitalen Binnenmarkt vorrangig um die Verletzung von Regulierungsrecht oder Leistungsstörungen geht, die nicht Rechtsgutverletzungen, sondern Schutzgesetzverletzungen und Verletzungen von Schuldverhältnissen (oder ihre nationalen Äquivalente) sind. Aber die Rechtsgüterlehre kann trotz dieser formalen Haftungsgrundlagen erheblichen Einfluss auf das Ergebnis nehmen. Erstens führt die Schutzzwecklehre selbst in diesen Bereichen zu einer Maßgeblichkeit der Güterstruktur, weil die Prüfung eines Schutzbereichs auch zu einer Gliederung nach betroffenen Interessen führt („rechtsgutbezogener Schutzbereich“).<sup>63</sup> Zweitens ist die Verletzung von Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechten schon deswegen bedeutsam, weil Geschädigte zumeist die Wahl haben, ob sie sich auf die Verletzung einer besonderen Pflicht oder eines Rechtsguts stützen wollen. Stützen sie sich auf die Verletzung eines Rechtsguts, kann man die Regeln des digitalen Binnenmarktes als konkretisierende Verhaltensnormen hinsichtlich des Umgangs mit diesen Gütern verstehen.

Ein jüngeres Beispiel für die schadensrechtliche Bedeutung der Rechtsgüterlehren ist die Debatte darüber, ob Daten als Schutzgut anerkannt werden sollten.<sup>64</sup> Die Novelle der Produkthaftungsrichtlinie wird die Beeinträchtigung privater Daten für ersatzfähig erklären und damit einen weiteren Impuls für ihre Anerkennung als Schutzgut setzen,<sup>65</sup> aber die gesamteuropäische Rechtsentwicklung lässt sich aktuell kaum abschätzen.

#### 4. Schadensrecht, Beweisrecht und (sonstiges) Verfahrensrecht

Die beweisrechtlichen und verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen nehmen zweifellos Einfluss darauf, wie sehr das Schadensrecht die Erreichung der Regulierungsziele einer Verhaltensordnung fördert.

Einer der Faktoren mit Einfluss auf die private Rechtsdurchsetzung ist das geltende Beweismaß.<sup>66</sup> Ein wie im deutschen<sup>67</sup> oder tschechischen<sup>68</sup> System hohes

<sup>63</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht, Band II/2, 13. Aufl. 1994, 434; Langel/Schiemann, Schadenersatz, 3. Aufl. 2003, 9.

<sup>64</sup> Dazu Wendehorst, in Essays in Honour of Helmut Koziol, 2020, 232 ff. und zum Diskussionsstand in Deutschland MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 378 ff.

<sup>65</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. c ProdukthaftungsRL 2024.

<sup>66</sup> Dazu im Rechtsvergleich Magnus, in: Magnus (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, 2000, 185, Rn. 87 f.; allgemeiner Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005, 41 ff.; Tichý (Hrsg.), Standards of Proof in Europe, 2019.

<sup>67</sup> Nach dem BGH bedarf es bekanntlich eines „für das praktische Leben brauchbaren Grades von Gewissheit..., der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“ BGH v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, NJW 1970, 946 (948); aus jüngerer Zeit etwa BGH v. 17.9.2018 – VI ZR 396/18, NJW 2020, 236 – Rn. 13.

<sup>68</sup> Balarin, in: Tichý (Hrsg.), Standards of Proof in Europe, 2019, 161 (166 ff.) (Tschechische Republik).



Regelbeweismaß bewirkt jedenfalls in isolierter Betrachtung eine Abschwächung der Verhaltenssteuerung, da Geschädigte relativ seltener Erfolg mit ihren Klagen haben. Ein niedriges Beweismaß wie in Italien<sup>69</sup> oder den auf *common law* basierenden Systemen<sup>70</sup> steigert demgegenüber die Wirkung der Rechtsdurchsetzung. Ein wie in skandinavischen Staaten gestuftes, vom verhandelten Sachproblem abhängiges Beweismaß<sup>71</sup> kann sich hingegen stärker den Zwecken der zu Grunde liegenden Verhaltensordnung anpassen. Dem ist aber sofort hinzuzufügen, dass die isolierte Betrachtung problematisch sein kann und die praktischen Auswirkungen dieser nominell verschiedenen Herangehensweisen sehr umstritten sind: Es muss berücksichtigt werden, ob das Beweismaß durch Beweismaßabsenkungen oder sogar materiellrechtliche Besonderheiten wieder ausgeglichen wird. Beispielsweise kann ein immaterieller Schadenersatz an leichter nachzuweisende, „objektivere“ Kriterien, statt an eine konkrete Gefühlsbeeinträchtigung gebunden sein, es gelten vielfach Beweismaßabsenkungen, und auch die Lehre vom Chancenverlust<sup>72</sup> kann das Beweismaß funktional senken.

Offensichtliche Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang ferner der Ermächtigung zur gerichtlichen Schadensschätzung zu. Wie Art. 2:105 PETL zeigt, dürfte dieses Instrument in fast jeder Rechtsordnung bestehen<sup>73</sup> und Erfahrungen aus dem Kartellrecht<sup>74</sup> zeigen, dass es für die private Rechtsdurchsetzung sehr bedeutsam sein kann. Welche Kriterien die Bewertung beeinflussen sollten, ist aber zwischen den Rechtsordnungen verschieden und auch in ihnen umstritten. Spielt das Bedürfnis der Generalprävention, das Gewicht des Vorwurfs gegenüber dem Haftenden, oder sogar die wirtschaftliche Tragfähigkeit eine Rolle? In den meisten osteuropäischen Rechtsordnungen dürfte man solche Gedanken ablehnen.<sup>75</sup> Ein Teil der deutschsprachigen Dogmatik erkennt zumindest an, dass das Schätzungsermessen vielfach durch materielle Kriterien gebunden ist,<sup>76</sup> und in Österreich treten Stimmen für eine Berücksichtigung von Schutzzweck und Abschreckungswirkung ein.<sup>77</sup> Die italienische,<sup>78</sup> die niederländische<sup>79</sup> und die bel-

<sup>69</sup> *Poli*, in: Tichý (Hrsg.), *Standards of Proof in Europe*, 2019, 197 (Italien).

<sup>70</sup> *Moriarty*, *Evidence in Civil Law – Ireland*, 2015, 33 f. (Irland).

<sup>71</sup> *Strandberg*, in: Tichý (Hrsg.), *Standards of Proof in Europe*, 2019, 135 (Skandinavien).

<sup>72</sup> Unten III.5.

<sup>73</sup> Vergleiche Art. 2:105 PETL.

<sup>74</sup> Siehe nur Art. 17 (1) der KartellschadenersatzRL und dazu *Wurmnest/Gömann*, JETL 13 (2022) 154, 171 ff.

<sup>75</sup> *Tichý*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008, Rn. 20/97.

<sup>76</sup> Siehe etwa *Gottwald*, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, 1979, 124 f.

<sup>77</sup> *Koller*, Z郑 133 (2020), 421 (431 ff.); *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, 4. Aufl. 2020, Rn. D/7/15.

<sup>78</sup> Art. 2056 Abs. 1 Codice Civile verweist auf Art. 1226: *Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa.* („Wenn der Schaden nicht in seinem exakten Ausmaß bewiesen werden kann, ist der vom Richter nach billiger Bewertung zu ersetzen.“)

<sup>79</sup> Art. 6:97 Burgerlijk Wetboek, näher *Wissink/van Boom*, in: U. Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, 2000, 143 Rn. 99.



gische<sup>80</sup> Rechtsordnung nehmen wie bereits erwähnt<sup>81</sup> eine andere Haltung zur Ermittlungsgenauigkeit ein und erlaubten sogar weitergehende Schätzungen nach Billigkeit, worunter man insbesondere die Fähigkeit zur Schadenstragung verstehen könnte, deren Berücksichtigung die deutschsprachige Lehre ablehnen würde. Die französische Rechtsordnung erreicht ähnliche Ergebnisse über Schadensvermutungen und weites richterliches Ermessen.<sup>82</sup> Überdies sind es nicht immer die gleichen materiellrechtlichen Bedingungen, die eine Schadensschätzung erlauben.

Auch die prozessualen Regeln darüber, wer Ersatz verlangen kann und wie Ersatz zu leisten ist, haben Einfluss auf die Steuerungswirkung. So etwa die Verfügbarkeit kollektiver Rechtsschutzmittel<sup>83</sup> und die Ermächtigung von Kollektiven oder Verbänden, bestimmte Schäden – wie minimale Schäden bei allen Verbrauchern – geltend zu machen<sup>84</sup>. Neben dem vereinheitlichten Recht der VerbandsklagenRL bleiben nationale Regime bestehen. Die deutsche Musterfeststellungsklage erlaubt bekanntlich gar keine kollektive Schadenersatzabwicklung, die belgische Variante gestattet sie (*action en réparation collective*)<sup>85</sup>, während die französische Rechtsordnung neben den kollektiven Klagen im eigentlichen Sinn (*action de groupe*) Personenvereinigungen materiellrechtlich erlaubt, Schadenersatzklagen im Kollektivinteresse geltend zu machen.<sup>86</sup> Die letztere Möglichkeit zeigt, dass es auch im Bereich des Schutzes von kollektiven Grenzfragen zwischen materiellem Recht und Prozessrecht geben kann.

Zur Wechselwirkung von Prozessrecht und Schadensbewertung gehören noch viele weitere leicht zu unterschätzende Faktoren, etwa die Auswirkungen der verschiedenen Darlegungslasten,<sup>87</sup> des Beweismittelrechts und des Rechtsmittelrechts<sup>88</sup> auf das Endergebnis der Rechtsdurchsetzung.

<sup>80</sup> Art. 6:36 Abs. 3 des neuen belgischen Code civil lautet: Lorsque l'étendue du dommage ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut accorder les dommages et intérêts en équité. („Wenn das Ausmaß des Schadens auf keine andere Weise bestimmt werden kann, dann darf der Richter Schadenersatz nach Billigkeit zusprechen.“) Belgisch Staatsblad/Moniteur belge 1.7.2024, 79399.

<sup>81</sup> Oben II.2.

<sup>82</sup> Bacache-Gibelli, La responsabilité civile extracontractuelle, 4. Aufl. 2021, Rn. 375 ff.

<sup>83</sup> Für eine rechtsvergleichende Perspektive siehe Gsell/Meller-Hanich, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagen-Richtlinie, Gutachten, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04\\_vzbv\\_verbandsklagen-rl\\_gutachten\\_gsell\\_meller-hannich.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen-rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf) (2021) 10 ff. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 12.7.2024 abgerufen.

<sup>84</sup> Vergleiche BA Koch, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 23/30/1 ff., 24/30/5 (vergleichender Bericht); Kodek, JETL 6 (2015) 115 ff.

<sup>85</sup> Art. XVII 35 ff. Code du droit économique.

<sup>86</sup> Dazu Boré, in: Lequette/Molféssis (Hrsg.), Quel avenir pour la responsabilité civile, 2015, 117.

<sup>87</sup> Rolf Stürner, in: FS Roth, 2021, 1055, 1056 f mit Nachweisen zu Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien sowie einer Abwägung der Vor- und Nachteile dieser Zugangs-schranke.

<sup>88</sup> Vgl. allgemein Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 6 Rn. 196 ff., 257 ff.

### III. Schadenbegriff(e) und Schadensarten

#### 1. Paradigmen

Wie bereits einleitend festgehalten, herrscht in den Rechtsordnungen Einigkeit über den Ausgleichszweck des Schadensrechts. Man findet folglich auch stets den Grundsatz, wonach der Geschädigte in die Position gebracht werden muss, in der er sich ohne das schädigende Ereignis befände. Bei näherer Betrachtung füllen die Rechtsordnungen diese Zielvorgabe aber sehr unterschiedlich aus.

Zum Vergleich des deutschen Systems mit anderen ist es zunächst hilfreich, sich drei zentrale Strukturmerkmale des deutschen Schadensrechts vor Augen zu halten, um in einem zweiten Schritt zu erkennen, wie andere Systeme davon abweichen. Erstens wird der Schadensbegriff vielfach stark mit dem Ergebnis einer Differenzrechnung, also der Verminderung des Gesamtvermögens im Vergleich zu einem hypothetischen Zustand ohne Schädigung, identifiziert.<sup>89</sup> Das Fehlen einer Vermögensdifferenz schließt das Vorliegen eines Schadens im Rechtssinn zwar nicht aus, dabei handelt es sich aber stets um „wertende Korrekturen“.<sup>90</sup> Zweitens ist eine nachdrückliche Differenzierung zwischen Vermögensschäden und ideellen Schäden für das deutschsprachige Rechtsdenken typisch (§ 253 BGB). Drittens betont man das Primat der Naturalrestitution bei der Durchführung des Schadensausgleichs.<sup>91</sup>

Die von der Differenzrechnung her gedachte Scheidung in Regel- und Ausnahmeschäden kann das Verständnis anderer europäischer Schadensrechte erschweren. Während sich etwa skandinavische und osteuropäische Rechtsordnungen ähnlich positionieren dürften,<sup>92</sup> räumen viele Rechtsordnungen der Minderung des Gesamtvermögens keinen vergleichbaren Stellenwert ein. Das zeigt sich besonders in der verstärkten Anerkennung von materiellen Schadenskategorien, bei denen es nicht auf die Vermögensminderung ankommt (wie etwa der

---

<sup>89</sup> So auch die rechtsvergleichende Charakterisierung bei *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, 194 ff. Für den aktuellen Diskussionsstand siehe etwa MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 16 ff.

<sup>90</sup> Ausführlich BGH v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 mit vielen Nachweisen.

<sup>91</sup> Dieses ist allerdings schwer mit dem ersten Merkmal (Differenzthese) in Einklang zu bringen. Siehe die Kritik bei Bamberger/Roth/J.W. Flume, 5. Aufl. 2024, BGB § 249 Rn. 39 ff.

<sup>92</sup> *Askeland/Ulfbeck*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, 499, Rn. 19/28, 19/42 ff. (Skandinavien); *Hakalehto-Wainio*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II 1/18/6 f. (Finnland); *Ludwichowska-Redo* in: Koziol (Hrsg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht, 2014, Rn. 3/71 ff. (Polen); *Tičhý*, in: Essays in Honour of Helmut Koziol, 2020, 189 (204 f.) (Tschechische Republik, die eigene Begründung des Autors weicht freilich ab). Siehe darüber hinaus auch *Busnelli/Commandé*, in: U. Magnus (Hrsg.), Unification of Tort Law: Damages, 2000, 117 Rn. 18 (Italien, mit Kritik); *Dacoronia*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 1/5/1 (Griechenland); *Koziol*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 17/30/2 (vergleichender Bericht).

„objektive Schaden“ des österreichischen Rechts),<sup>93</sup> und in der Gleichbehandlung von materiellen und immateriellen Schäden.<sup>94</sup> Die Materialien zum jüngst beschlossenen Haftungsrecht des neuen belgischen Code civil lehnen es etwa ausdrücklich ab, Vermögensdifferenz und Schaden gleichzusetzen.<sup>95</sup>

Über den Grund dafür könnte man streiten. Möglicherweise richten andere Mitgliedsstaaten ihr Haftungsrecht von vornherein stärker auf die Wiederherstellung der Handlungsmöglichkeiten und der Dispositionsfreiheit des Geschädigten aus, deren Bedeutung sich nicht in der Vermögensminderung erschöpft.<sup>96</sup>

## 2. Restitution und Kompensation

Der Naturalrestitution (Restitution) kommt in den Mitgliedsstaaten recht unterschiedliche Bedeutung zu.<sup>97</sup> Im deutschen System steht sie im Spannungsverhältnis zur Akzentuierung der Vermögensdifferenz, die das Recht der Kompensation (des Geldausgleichs) bestimmt. Sie dient vielfach als Entlastungsventil für Fälle, in denen ein Vermögensverlust schwer nachweisbar bleibt. Wohl daher ist die Aufhebung von Verträgen im Wege der Naturalrestitution eine Besonderheit des deutschen Rechts, die im Zuge der Finanzkrise und des Deselemissionskandals erhebliche Bedeutung erlangt hat.<sup>98</sup>

Der Tendenz nach kann man sagen, dass jene Rechtsordnungen, in denen Rechtsgüter eine zentrale Rolle spielen, der Naturalrestitution den Vorrang einräumen,<sup>99</sup> weil Ausgangspunkt der Restitution die reale Verschlechterung eines Schutzguts („realer Schaden“) ist. Der Schädiger wird nach diesen Rechtsord-

<sup>93</sup> Dazu zuletzt *Kozioł*, JBl 2023, 758. Auch andere Rechtsordnungen gestehen Schadenersatz für den Marktwert einer zerstörten oder beschädigten Sache als Mindestschaden zu (*Winiger*, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann*, Digest II, 2/30/1 ff., vergleichender Bericht), ersetzen den Nutzungsausfall ohne Verminderung des Vermögens (*Kozioł*, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann*, Digest II, 17/30/1 ff., vergleichender Bericht) oder vernachlässigen ab einem gewissen Punkt mögliche Alternativursachen für eine Vermögensminderung (*Winiger*, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann*, Digest II, 4/30/1, vergleichender Bericht, zum Verlust der Arbeitskraft) ohne darin einen „normativen“ Schaden zu sehen.

<sup>94</sup> Unten III.4.

<sup>95</sup> Proposition de loi 8.3.2023, DOC 55 3213/001, 123, siehe auch *Durant*, in: *Dubuisson/Jourdain* (Hrsg.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, 2015, 478, Rn. 36 f.

<sup>96</sup> Siehe nur nochmals BGH v. 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 zur Begründung eines „normativen Schadens“; ferner aus theoretischer Perspektive *Shiffrin*, *Legal Theory* 18 (2012) 357; *Kozioł*, *Güterzuordnung, Rechtszuweisung und deren Schutz*, 2024, 232 ff., ferner schon im Zusammenhang mit Haushaltsschäden *Messner-Kreuzbauer*, *VersR* 2024, 402.

<sup>97</sup> *Winiger*, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann*, Digest II, 10/30/1 ff. (vergleichender Bericht); *Hadrowicz*, *RabelsZ* 88 (2024), 278 ff.

<sup>98</sup> Zu dieser Figur *J. W. Flume*, in: *FS Schauer*, 2022, 141 ff.

<sup>99</sup> *Ahrens/Spickhoff*, *Deliktsrecht*, 2022, Rn. 39 ff. (Deutschland); *Menyhárd*, in: *Kozioł* (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 4/168; *Menyhárd*, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann*, Digest II, 1/25/1 (Ungarn); § 2951 Tschechisches Zivilgesetzbuch.

nungen bis zu einer Verhältnismäßigkeitsgrenze zur Naturalrestitution verpflichtet. Die Integrität wird in Frankreich aber auch ohne strukturierte Güterlehre betont. Obwohl dort umstritten ist, ob ein echtes Recht auf Naturalrestitution besteht, ordnet das Gericht sie jedenfalls häufig an, wenn sie dem Geschädigten zumutbar ist.<sup>100</sup> Aus weiteren Rechtsordnungen wird ein freies Wahlrecht des Geschädigten<sup>101</sup> oder gebundenes Ermessen des Gerichts<sup>102</sup> berichtet. Wieder andere Rechtsordnungen ziehen den Geldersatz als Grundregel heran, so die skandinavischen Rechtsordnungen und das italienische Schadensrecht.<sup>103</sup>

Auch der mögliche Gegenstand der Naturalrestitution variiert erheblich. In einigen Rechtsordnungen kann etwa bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten eine Entschuldigung zu leisten sein, die man als Teil der Naturalrestitution begreifen kann.<sup>104</sup> Die deutsche Rechtsprechung hat eine solche Verurteilung im Gegenteil sogar bereits für eine Verletzung des *ordre public* gehalten.<sup>105</sup>

### 3. (Reine) Vermögensschäden

Die Art und Weise, auf die Rechtsordnungen mit (reinen) Vermögensschäden umgehen, bildet einen weiteren deutlichen Unterschied zwischen ihren Schadensrechten.<sup>106</sup> Grundsätzlich bezeichnet dieser Begriff Vermögensschaden, die nicht aus einer Rechtsgutverletzung entstanden sind.<sup>107</sup> Sie stehen also mit der schon betonten Rechtsgüterlehre in engem Zusammenhang und sind dort nur einge-

<sup>100</sup> Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 6. Aufl. 2023, Rn. 610 f. (Frankreich). Das Höchstgericht hat im deliktischen Bereich zuletzt auch ausdrücklich eine unverhältnismäßige Naturalherstellung zugelassen: Cour de cassation 3e civ, E.v. 4.4.2024, n 22–21132.

<sup>101</sup> Hadrowicz, *RabelsZ* 88 (2024), 288 ff.

<sup>102</sup> Cirtautienel/Kirsienel/Selelionyte-Drukteiniene, in: Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann, *Digest II*, 1/21/5 (Litauen).

<sup>103</sup> Askeland/Ulfbeck, in: Kozioł/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008, 499, Rn. 19/50 (Skandinavien); Busnelli/Commandé, in: U. Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, 2000, 117 Rn. 7; Castronovo, *Responsabilità civile*, 2018, 917 ff. (eingeschränkte Diskussion des Naturalersatzes in Art. 2059 Codice Civile) (Italien).

<sup>104</sup> So eine viel besprochene belgische Entscheidung Cour de Cassation/Hof van Cassatie v. 26.11.2021, ECLI:BE:CASS:2021:ARR.20211126.1F.5. Dazu *De Rey*, *ERPL* 2023, 1013, mit Berichten aus weiteren Rechtsordnungen im selben Heft.

<sup>105</sup> Wenn auch in einem recht speziell gelagerten Fall. BGH v. 19.7.2018 – IX ZB 10/18, *GRUR* 2018, 1074 („polnische Konzentrationslager“).

<sup>106</sup> Dazu allgemein Van Boom, in: Van Boom/Kozioł/Witting (Hrsg.), *Pure Economic Loss*, 2004, 1, Rn. 9 ff.; Bussani/Palmer, in: Bussani/Palmer (Hrsg.), *Pure Economic Loss in Europe*, 2003, 523; Palmer, in: Bussani/Sebok (Hrsg.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, 2021, 284 ff.

<sup>107</sup> Kozioł, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, 2009, Rn. 6/47. Eine alternative Definition besagt hingegen, dass der Schaden nicht durch eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung entstanden sein darf, so etwa Palmer, in: Bussani/Sebok (Hrsg.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, 2021, 285. Sie erscheint jedoch für rechtsgutorientierte Systeme zu weit, weil sie Schäden aus Persönlichkeitsrechtsverletzungen erfassen würde.

schränkt ersatzfähig, wo jene den Ausgangspunkt bildet.<sup>108</sup> Anderen Rechtsordnungen ist schon der Begriff als solcher fremd oder er ist bestenfalls ein Importgut – dies gilt etwa für die französische, die spanische, die polnische und die ungarische Rechtsordnung.<sup>109</sup>

Das bedeutet zwar nicht, dass diese Rechtsordnungen einfach in allen Fällen Ersatz gewähren, in denen nach dem Recht der güterschutzorientierten Systeme ein reiner Vermögensschaden vorliegen würde. Allerdings erfolgt die Einschränkung des Ersatzausmaßes dann über andere und zumeist fallbezogene Kriterien. Nach der französischen Rechtsprechung ist etwa ein direkter, sicher nachgewiesener und persönlicher Schaden erforderlich.<sup>110</sup> Namentlich die mangelnde Beweisbarkeit des Schadens und das Fehlen einer direkt-adäquaten Verursachung durch den Schädiger können dazu führen, dass das, was nach deutschem Verständnis ein reiner Vermögensschaden ist, auch nach diesen Rechtsordnungen nicht ersetzt wird.

Im Ergebnis verlagert sich das Problemverständnis in solchen Rechtsordnungen von der Art des Schadens und seinem Bezug zu einem geschützten Gut auf die Art seiner Entstehung und seine Beweisbarkeit. Vielfach wird man dann mit den fallbezogenen Argumenten anderer Rechtsordnungen zu den gleichen Ergebnissen gelangen wie mithilfe der Privilegierung von Rechtsgüter- und Folgeschäden gegenüber reinen Vermögensschäden, aber die rechtstatsächliche Großzügigkeit des Ersatzes variiert in Rechtsordnungen ohne verfestigte Güterstruktur stärker. Die Ersatzfähigkeit des reinen Vermögensschadens ist also nicht etwa einfach nach Rechtsfamilien ordenbar.<sup>111</sup> *Palmer* interpretiert die Ergebnisse seiner Studien mit *Bussani* so, dass die skandinavischen Rechtsordnungen und die polnische Rechtsordnung einen strengen Maßstab an die Zurechnung dessen anlegen,

<sup>108</sup> *Bussani/Palmer*, in: *Bussani/Palmer* (Hrsg.), *Pure Economic Loss in Europe*, 2003, 525 ff.

<sup>109</sup> *Carval*, in: *Dubuisson/Jourdain* (Hrsg.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, 2015, 779; *Borghetti*, *Le préjudice économique pur et l'atteinte au cours normal des choses*, in: *Mélanges en l'Honneur de Suzanne Carval*, 2021, 113 (Frankreich); *Ludwichowska-Redo*, in: *Kozioł* (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 3/102 (Polen); *Menyhárd*, in: *Kozioł* (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 4/110, 112 (Ungarn). Etwas komplexer ist die Lage in Italien, weil hier nach dem „De-Chirco Fall“ des Corte di Cassazione vom 4.5.1982, n. 2765, *Foro it* 1982, I, 2864 zumindest nominell das gesamte Vermögen geschützt ist, reinen Vermögensschäden aber doch Bedeutung zukommt. Dazu etwa *Chiaves/Monateri*, Italy, in: *Kluwer International Encyclopedia of Laws (Tort Law – 2014)* Rn. 480 ff.; *Castronovo*, *Responsabilità civile*, 2018, 299 ff.; ähnlich *Ulfbeck/Stieg*, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann*, *Digest II*, 1/15/1 ff. (Dänemark).

<sup>110</sup> Siehe etwa *Cour de cassation 1e civ*, E. v. 5.6.2023, n 22–13.457.

<sup>111</sup> *Bussani/Palmer*, in: *Bussani/Palmer* (Hrsg.), *Pure Economic Loss in Europe*, 2003, 523 (525 ff.); *Palmer/Bussani*, *Pure Economic Loss – New Horizons in Comparative Law*, 2008, 309 ff.

was nach deutschen Vorstellungen als reiner Vermögensschaden gelten würde,<sup>112</sup> während beispielsweise die französische, die italienische, die spanische und die belgische solche Schäden großzügiger ersetzen dürften. Tatsächlich haben letztere Rechtsordnungen in einem typischen Lehrbuchfall eines reinen Vermögensschadens – der Schädigung der Strombezieher durch die Beschädigung eines Stromkabels des Netzbetreibers – abhängig von den Umständen des Einzelfalls Schadenersatz zuerkannt.<sup>113</sup> Da die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden aus digitalen Störungen ähnlich zu beurteilen wäre, kommt diesen Unterschieden auch im digitalen Binnenmarktrecht eine sichtbare Bedeutung zu.

#### 4. (Reine) immaterielle Schäden

Bei immateriellen oder ideellen Schäden handelt es sich um Nachteile, für deren Bemessung wirtschaftliche Kalkulationsmethoden keine festen und relativ neutralen Kriterien bieten.<sup>114</sup> Zu dieser negativen Seite kommt noch eine positive Seite: Es geht um Nachteile, die sich zumindest im typischen Fall in der Gefühlswelt des Geschädigten niederschlagen<sup>115</sup> oder einen personenbezogenen Wert betreffen.<sup>116</sup> Insofern sind immaterielle Schäden keine Fiktion, sondern haben durchaus einen realen Bezugspunkt: Schmerzen, Ärger, Kränkung und dergleichen bilden die Kernfälle eines ideellen Nachteils, während bloße Unzufriedenheit mit einer Veränderung oder Rechtsverletzung nicht genügt. Wie spürbar die Nachteile im Einzelfall sein müssen, ist aber bereits umstritten, denn vielfach wird zu bedenken gegeben, dass es nicht auf die Empfindungsfähigkeit der Betroffenen ankommen dürfe.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> Palmer, in: Bussani/Sebok (Hrsg.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives*, 2021, 294.

<sup>113</sup> Tribunal Supremo v. 4.4.1982, RJ 1982\2549 und dazu *Nasarre-Aznar*, Spain, in: Kluwer International Encyclopedia of Laws (Tort Law – December 2023) Rn. 329 (Spanien); *Chiaves/Monateri*, Italy, in: Kluwer International Encyclopedia of Laws (Tort Law – 2014) Rn. 482 (Italien); Cour de cassation 2e civ v. 8.5.1970, Bull. Civ. II 1970, no. 160 (Frankreich); Värhoven kasatsionen sād v. 23.9.2022, n 103, Karner/B.C. Steininger (Hrsg.), *European Tort Law 2022*, 84 mit Anm. *Tokushev/Tancheva* (Bulgarien); weitere Berichte bei Bussani/Palmer (Hrsg.), *Pure Economic Loss in Europe*, 2003, 171 ff. Ebenso aber auch Högsta domstolen v. 4.4.1966, NJA 1966, 210, Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, *Digest II*, 5/17/3 mit Anm. *Andersson* (Schweden).

<sup>114</sup> Rogers, in: Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001, 245 Rn. 2.

<sup>115</sup> U. Magnus, in: U. Magnus (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Damages*, 2000, 185, Rn. 51.

<sup>116</sup> Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*, 1993, 289 f.; Karner/Koziol, *Der Ersatz ideeller Schäden in Österreich und seine Reform*, Gutachten für den 15. Österreichischen Juristentag, 2003, Band II/1, 11; Tichý, in: *Essays in Honour of Helmut Koziol*, 2020, 189, 204.

<sup>117</sup> Siehe etwa Schubert, *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*, 2013, 14 f. (Deutschland). Insbesondere bei Wegfall der Gefühlsmöglichkeit durch eine Rechtsverletzung gewähren die Rechtsordnungen tendenziell Ersatz oder bleiben unsicher, siehe

Zwischen den Einstellungen der Mitgliedstaaten zur Bewertung des Nachteils bestehen ebenfalls erhebliche Unterschiede. Wie bereits angesprochen, findet die für das deutsche Recht charakteristische Vermögensorientierung nicht überall Zustimmung, und dies hat besonderen Einfluss auf den relativen Stellenwert immaterieller Schäden. Wird tendenziell der deutschen Strukturierung gefolgt, gelten sie als lediglich ausnahmsweise ersatzfähig (etwa in Griechenland, Österreich, Niederlande, Polen, Estland und hier auch Italien), andernfalls prinzipiell als gleichermaßen ersatzfähig wie Vermögensschäden (so größtenteils an der französischen Tradition orientierte Rechtssysteme; neben Frankreich sind dies im vorliegenden Zusammenhang besonders Spanien, Belgien und Rumänien).<sup>118</sup> Ferner trifft man einerseits auf den Gedanken, dass eine Rechts- oder Interessenverletzung in diesem Bereich „per se“ zugleich ein immaterieller Schaden sein könnte,<sup>119</sup> andererseits auf den entgegengesetzten Gedanken, dass erst erhebliche Beeinträchtigungen einen solchen Schaden bilden.<sup>120</sup>

Immaterielle Schäden werden zumeist im Zusammenhang mit Körperverletzungen und Persönlichkeitsverletzungen besprochen.<sup>121</sup> Schmerzensgeld, Schock- und Trauerschäden sind dabei die qualitativ und quantitativ wichtigsten Erscheinungsformen. Im vorliegenden Zusammenhang werden sie – wegen der relativ geringen Bedeutung im digitalen Binnenmarkt – nicht näher zu erörtern sein. Hingegen bleibt eine Schlüsselfrage, welche Bedeutung Persönlichkeitsrechten zukommt.<sup>122</sup> Dabei handelt es sich um Rechtsgüter mit primär ideell-persönlicher Ausrichtung, wie das Recht auf das eigene Bild, die Ehre oder die Privatsphäre. Trotz der vereinheitlichenden Wirkung der Rechtsprechung des EGMR in diesem Bereich kann die Anerkennung solcher Güter im Detail sehr unterschiedlich sein. Das deutsche Modell des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist flexibel, auch wenn es letztlich in weitere Schutzbereiche untergliedert werden

---

eingehend *Zimmermann*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 13/30/19 ff. (vergleichender Bericht).

<sup>118</sup> *Zimmermann*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 13/30/1 (vergleichender Bericht).

<sup>119</sup> Cour de cassation, 2e civ, E. v. 5.11.1996, Dalloz 1997, 403 mit Anm. *Laloum* (Verletzung der Privatsphäre begründet per se einen Schaden) (Frankreich); *Chiavesi/Monateri*, Italy, in: Kluwer International Encyclopedia of Laws (Tort Law – 2014) Rn. 415 (Italien, eine mögliche und von den Autoren vertretene Ansicht zu immateriellen Interessen).

<sup>120</sup> Vgl. schon oben I.1., auch zur Klarstellung des EuGH hinsichtlich Art. 82 DSGVO.

<sup>121</sup> Dazu *Commandé*, in: Essays in Honour of Jaap Spier, 2016, 55; *Karner*, in: Essays in Honour of Jaap Spier, 2016, 117.

<sup>122</sup> *Rogers*, in: Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001, 245 Rn. 59 ff.; *Zimmermann*, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann, Digest II, 13/30/6 f., 14; *Brügge-meier/Colombi Ciacchi/O' Callaghan*, in: Brügge-meier/Colombi Ciacchi/O' Callaghan (Hrsg.), *Personality rights in European tort law*, 2010, 567 ff., mit Länderstudien im selben Band.



muss.<sup>123</sup> In Systemen, die auf einzelne Schutzbereiche oder sogar nur spezifische Schadensarten abstellen, ist beispielsweise ein lückenloser Schutz der Privatsphäre oder informationellen Selbstbestimmung hingegen keine Selbstverständlichkeit.<sup>124</sup> Zugleich handelt es sich um eine (vergleichsweise) neue Problematik, die in manchen Rechtsordnungen noch nicht ausdiskutiert ist.<sup>125</sup>

Alle übrigen ideellen Nachteile kann man als „reine immaterielle Schäden“ bezeichnen. Unabhängig von den genaueren Konturen dieses Gebiets<sup>126</sup> gehören sicherlich viele Beeinträchtigungen im digitalen Binnenmarkt zu ihm. Reine immaterielle Schäden entstehen etwa bei der bloßen Verletzung von Regulierungsrecht, der Verbreitung von nicht persönlichkeitsrechtlich geschützten Informationen oder der Schlechterfüllung von Leistungen mit immaterieller Komponente. So etwa, wenn das mangelnde Vorgehen gegen Gewaltaufrufe auf Online-Plattformen bei den Betroffenen Angstzustände auslöst oder die Leistung mangelhafter Unterhaltungs- oder Navigationssoftware die Freizeitgestaltung der Geschädigten frustriert.<sup>127</sup> Wenn eine Rechtsordnung die geschützten Güter nicht streng strukturiert, kommt es auch in diesem Bereich lediglich darauf an, ob die Schädigung etwa ausreichend nachweisbar und adäquat ist. Folglich ersetzen diese Rechtsordnungen tendenziell auch den Affektionswert bei Verlust von Erinnerungstücken und dergleichen,<sup>128</sup> während die rechtsgutorientierten Rechtsordnungen solchen Ersatz grundsätzlich ablehnen.<sup>129</sup> Um in diesen strikteren Rechtsordnungen ausgleichsfähig zu sein, müssen solche Interessen mindestens in den Schutzbereich eines Schutzgesetzes oder eines Vertrags fallen, die gerade immaterielle Interessen schützen sollen.<sup>130</sup>

---

<sup>123</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Band II/2, 13. Aufl. 1994, 489 ff.; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideeller Schäden in Österreich und seine Reform, Gutachten für den 15. Österreichischen Juristentag, 2003, Band II/1, 33 ff.

<sup>124</sup> Vgl. *Ondreasova*, in: *Oliphant/Zhang/Lei* (Hrsg.), *The Legal Protection of Personality Rights*, 2017, 24, 47 ff., 57 ff., 67 f.

<sup>125</sup> Siehe etwa *Torgans*, in: *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann*, *Digest II*, 1/20/2 (Lettland).

<sup>126</sup> Während es in den deutschsprachigen und verwandten Rechtsordnungen um Nachteile unabhängig von der Verletzung eines Rechtsguts geht (*Tichý*, in: *Essays in Honour of Helmut Koziol*, 2020, 189, 205), handelt es sich nach französischer Sicht eher um solche ohne physische Verletzungshandlungen (vgl. *Brun*, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 6. Aufl., 2023, Rn. 220, 223 ff.).

<sup>127</sup> Vgl. auch. EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (VB/Natsionalna agentsia za prihodite); v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (BL/MediaMarktSaturn): Immaterielle Beeinträchtigung durch Datenleck.

<sup>128</sup> *Cour d'Appel de Lyon* v. 27.1.2005, N 03/06422 (im Postweg verlorene Fotos, Frankreich); *Înalta Curte de Casație și Justiție a României* v. 22.12.2005, Strafsektion, Entscheidung 7210 in *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann*, *Digest II* 14/26/1 mit Anm. *Józson* (Zerstörung von Tagebüchern, Rumänien).

<sup>129</sup> *Koziol*, in: *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann*, *Digest II*, 14/30/4 ff. (Vergleichsbericht); siehe auch *Wagner*, *JZ* 2023, 1 (7).

<sup>130</sup> Vgl. *Zimmermann*, in: *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann*, *Digest II*, 13/30/22. EuGH



Was die Bemessung immaterieller Schäden angeht, so herrschen ebenfalls erhebliche Differenzen.<sup>131</sup> Nicht einmal die Grundfrage, wonach sich die Bemessung richtet, kann als geklärt gelten.<sup>132</sup> Spielt die Beeinträchtigung des konkreten Geschädigten eine Rolle, oder ist stärker von einem typischen Geschädigten auszugehen? Ist der Ersatz in Geld von den Lebensverhältnissen des Geschädigten abhängig? Höherer Anerkennung als sonst erfreut sich in diesem Bereich der Gedanke, dass das Gewicht des Vorwurfs gegenüber dem Schädiger eine Rolle spielt, wobei in diesem Zusammenhang vielfach auf eine Genugtuungs- oder Straffunktion verwiesen wird, die dem Schadensrecht sonst fremd sein soll.<sup>133</sup> Anders als bei Körperverletzungen gibt es für Persönlichkeitsrechtsverletzungen und reine ideelle Schäden regelmäßig auch keine etablierten Tabellen, sodass man nicht einmal das Ersatzausmaß innerhalb einer Rechtsordnung, geschweige denn zwischen den Rechtsordnungen, gut vergleichen kann.

##### 5. Drohender Schaden, Chancenverlust und entgangener Gewinn

Schon ein bloß drohender Schaden kann die Interessen betroffener Personen beeinträchtigen. Die Betroffenen können sich etwa zu kostspieligen präventiven Maßnahmen gezwungen sehen oder die Schadensdrohung kann sich negativ auf ihren Gefühlszustand auswirken. In solchen Fällen dürfte allgemein anerkannt sein, dass die verhältnismäßige Schadensabwehr ersatzfähig ist.<sup>134</sup> Zur Frage, ob der aus einer Gefahr entstehende Gefühlsschaden eigenständig ersatzfähig ist, bestehen hingegen noch keine einheitlichen Linien.<sup>135</sup> Ohne ersichtliche Ordnung nach Rechtstraditionen gewähren manche Rechtsordnungen gar keinen Ersatz, andere erst bei deutlichen objektiven Anzeichen einer Schadensmanifestation,

v. 12.3.2002 – C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163 (Simone Leitner/TUI Deutschland) hat im Einklang mit diesem Gedanken für Ersatz bei Pauschalreisen gesorgt.

<sup>131</sup> Rogers, in: Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001, 245 Rn. 4, 44 ff.

<sup>132</sup> Dazu aus jüngerer Zeit Knetsch, in: Quézel-Ambrunaz/Brun/Clerc-Renaud (Hrsg.), *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, 2017, 175.

<sup>133</sup> Siehe etwa – unter Verweis auf eine „Genugtuungsfunktion“ Schubert, *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*, 2013, 226 ff. (Deutschland); Coggiola/Gardella Tedeschi/Graziadei, in: Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann, *Digest II*, 1/9/6 (Italien); Kúria Pfv IV 20.432/2019, BH 2020 n 235, Karner/B.C. Steininger (Hrsg.), *European Tort Law* 2021, 278, Rn. 19 ff. mit Anm. Menyhárd (Ungarn); Sąd Najwyższy v. 21.2.2021, I CSK 565/18, OSNC 2020/12, item 105, Karner/B.C. Steininger (Hrsg.), *European Tort Law* 2021, 487, Rn. 2 ff. mit Anm. Bagińska/Wyszyńska-Ślufińska (Polen); Nejvyšší soud České republiky v. 16.12.2020, 25 Cdo 1004/2020, Karner/B.C. Steininger (Hrsg.), *European Tort Law* 2020, 94, Rn. 21 ff. mit Anm. Hrádek.

<sup>134</sup> Art. 2:104 PETL; Buch VI Art. 2:101 (2) i.V.m. 1:102 DCFR. Vgl. auch EuGH v. 5.3.2015 – C-503/13, ECLI:EU:C:2015:148 (Boston Scientific Medizintechnik GmbH/AOK Sachsen-Anhalt u. Betriebskrankenkasse RWE).

<sup>135</sup> Vgl. dazu jüngst EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (VB/Natsionalna agentsia za prihodite); v. 25.1.2024 – Rs. C 687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (BL/Media Markt Saturn Hagen-Iserlohn GmbH) (drohender Datenverlust kann Schaden begründen).

und in wieder anderen Systemen unterliegt der Ersatz keinen spezifischen Grenzen.<sup>136</sup>

Vielfach wird auch die Frage als Teil des Schadensrechts behandelt, ob neben dem Verlust eines bestehenden Vermögenswerts auch der Verlust einer Chance ersatzfähig ist.<sup>137</sup> Wenn man dies bejaht, ist der Ersatz von Schäden beispielsweise in den Fällen möglich, in denen man nicht mehr feststellen kann, ob der Betroffene ohne die Fehlbehandlung eines Arztes seine Gesundheit erhalten hätte, ohne die Versäumnis eines Rechtsanwalts einen Prozess gewonnen hätte oder – im digitalen Kontext relevanter – ohne Fehlleistung eines digitalen Akteurs sein Geld oder seine Daten nicht verloren hätte. Für den Ersatz bloßer Chancen sind die französische<sup>138</sup> und die italienische Rechtsordnung<sup>139</sup> besonders bekannt, aber die Lehre hat sich auch über diese Grenzen verbreitet, etwa in die Niederlande,<sup>140</sup> nach Portugal<sup>141</sup> oder nach Spanien.<sup>142</sup> Die dem deutschen, skandinavischen und osteuropäischen Rechtskreisen zuzuordnenden Rechtsordnungen lehnen den Ersatz von Chancen ganz überwiegend ab.<sup>143</sup> Nach ihrer Perspektive ist es transparenter, die genannten Fragen als Problem unsicherer Kausalität und damit der

<sup>136</sup> B. A. Koch, in: Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann, Digest II, 25/30/1 ff. (vergleichen-der Bericht).

<sup>137</sup> Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe Gilead/Green/B. A. Koch, in: Gilead/Green/B. A. Koch (Hrsg.), Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, 2013, 39 ff.

<sup>138</sup> Siehe besonders Chabas, in: Guilloid (Hrsg.), Développements récents du droit de la responsabilité civile/Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, 1991, 131 ff.; Jourdain, in: FS Wessner, 2011, 167 ff.; Vitale, La perte de chances en droit privé, 2020; in englischer Sprache Moréteau, in: Gilead/Green/B. A. Koch (Hrsg.), Proportional Liability, 2013, 141 Rn. 5 ff.

<sup>139</sup> Siehe etwa Corte di cassazione v. 29.2022, n 13509 Karner/B. C. Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2022, 331 mit Anm. Bargelli/Puleio (Chancenverlust durch Diagnosefehler); Castranova, Responsabilità civile, 2018, 132 ff. (mit Kritik).

<sup>140</sup> Keirse, in: Gilead/Green/B. A. Koch (Hrsg.), Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, 2013, 227, 232 ff.

<sup>141</sup> Pinto Oliveira, in: Infantino/Zervogianni (Hrsg.), Causation in European Tort Law, 2017, 569 ff.

<sup>142</sup> Martin-Casals, ERPL 6 (2008) 1043.

<sup>143</sup> Siehe etwa Kozioł, in: FS Stoll, 2001, 233 ff. (Österreich und Rechtsvergleich), Fleischer, JZ 1999, 766 (mit positiver Bewertung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsfälle); Katzenmeier, ZZP 117 (2004), 187 (208 ff.); Ehlgén, Probabilistische Proportionalhaftung, 2013, 195 (Deutschland, 289 ff.) (generell ablehnend); Østre Landsret v. 27.11.2020, Karner/B. C. Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2020, 123, Rn. 32 ff. mit Anm. Bergenser/Ehlers (Dänemark) (Ersatz von Chancen lediglich im Rahmen der Schadensberechnung); Kúria Pfv.III.20.229/2022/5, n 154/2022, Karner/B. C. Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2022, 304 mit Anm. Menyhárd (Ungarn) (das berichtete Ergebnis entspricht nur einer Beweiserleichterung); Nejvyšší soud České republiky v. 9.2.2022, 31 Cdo 2376/2021 und 30.3.2022, 25 Cdo 3332/2020, Karner/B. C. Steininger (Hrsg.), European Tort Law 2022, 148 mit Anm. Hrádek (Tschechische Republik); zu Polen eingehend Ludwichowska-Redo, Uncertain causation, loss of a chance and proportional liability in medical malpractice cases – a few reflections with a special focus on Polish law, JETL 15 (2024) 327 (344 ff.).

Zurechnung zu begreifen. Dabei erlauben die österreichische, (ebenfalls) die niederländische und jüngst auch die belgische Rechtsordnung unter bestimmten Gründen, bei zurechenbarer Gefährdung auf den Kausalitätsbeweis zu verzichten.<sup>144</sup> Besonders auf feste Gesetzesbegriffe abzielende Rechtsordnungen – wie die deutsche – neigen auch unter dieser Perspektive zu einer kategorischen Ablehnung des Ersatzes.<sup>145</sup>

## IV. Zurechnungsbeschränkungen

### 1. Allgemeines

Eine besondere Vielfalt an Rechtsfiguren setzten die Mitgliedsstaaten zur Klärung der Frage ein, wie eng der Zusammenhang zwischen dem Haftungsgrund und einem rechtlich relevanten Schaden bestehen muss, damit Ersatz gewährt wird.<sup>146</sup> Um einige Beispiele im digitalen Bereich zu nennen, bei denen der Schaden „zu weit entfernt“ erscheint: Das mangelnde Vorgehen eines Vermittlungsdienstleisters gegen Rechtsverletzungen schädigt den Content-Provider selbst, der wegen der auf der Seite verbliebenen illegalen Inhalte höhere Strafen und letztlich einen Umsatzverlust erleidet. Oder: Ein Anleger hat auf die Informationen im Kryptowerte-Whitepaper (Art. 15 MiCAR) vertraut und wurde durch diese Anlage geschädigt, hätte aber auch bei korrekter Information ganz oder teilweise in die gleichen Werte investiert. Schließlich, im Bereich des autonomen Art. 82 DSGVO: Die mangelnde Sorgfalt mit personenbezogenen Daten hat nicht nur Ärger verursacht, sondern auch die Vertrauenswürdigkeit und den Umsatz der Opfer beschädigt, ihren Verwandten emotionales Leid zugefügt oder sogar zu Straftaten gegen sie animiert. Wie weit sind solche Nachteile noch dem Rechtsverletzer zurechenbar?

<sup>144</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2020, B/2/57 ff. (Österreich, umstritten); *Keirse*, in: Gilead/Green/B.A. Koch (Hrsg.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, 2013, 227 (235 ff.) (Niederlande); Art. 6:22 des neuen belgischen Code civil, Belgisch Staatsblad/Moniteur belge 1.7.2024, 79397.

<sup>145</sup> Vgl. *Ehlgen*, *Probabilistische Proportionalhaftung*, 2013, 286 ff.

<sup>146</sup> Dazu *Spier* (Hrsg.), *The Limits of Liability: Keeping the Floodgates Shut*, 1996; *Koziol*, in: *Koziol* (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 8/290 ff.; *Infantino/Zervogianni*, in: *Infantino/Zervogianni* (Hrsg.) *Causation in European Tort Law*, 2017, 84; *Martín-Casals*, in: *Kohsse/Schulze/Studenmayer* (Hrsg.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, 201, 207 ff., 211 ff.; *Karner/Messner-Kreuzbauer*, *Comparative Report 1*, in: *Askeland et al.* (Hrsg.), *Digest of European Tort Law: Limits of Liability* (2025), 85, mit umfassenden Länderberichten im selben Band.

## 2. Wertende Zurechnung, Rechtspolitik und Kausalitätsdenken

In Anlehnung an *Infantino/Zervogianni* kann man drei nationale Ansätze zu derartigen Zurechnungsproblemen unterscheiden.<sup>147</sup>

Nach dem dogmatischen, „gebundenen“ Ansatz der deutschen Rechtstradition hat ein Gericht zunächst die faktische Kausalität im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel festzustellen. Die Haftungsbeschränkung ist hingegen eine Rechtsfrage, bei der etwa die Adäquanz, der Schutzzweck der Norm, der Zurechnungszusammenhang und das rechtmäßige Alternativverhalten zu beurteilen sind.<sup>148</sup> Unabhängig von den umstrittenen Details zu diesen Figuren betont man, dass es sich bei ihnen um wertende Korrekturen der *conditio sine qua non* Formel handelt, die mit Kausalität nichts zu tun haben sollen.<sup>149</sup>

Die Rechtsordnungen des *common law* und der skandinavischen Rechtstradition verwenden ein ähnliches System. Nachdem der erste Schritt der faktischen Kausalität überwunden ist, neigen sie sogar dazu, die Problematik der Haftungsausfüllung ganz oder teilweise als eine rechtspolitische Frage anzusehen, bei der das Gericht das Haftungsausmaß mit Blick auf die Ziele und die in einem Rechtssystem tragbare Haftung zu bewerten hat.

Einen dritten und gänzlich anderen Standpunkt nehmen jene Rechtssysteme ein, die auf das französische Grundmodell zurückgehen. Ihm folgen manche osteuropäische Rechtsordnungen ebenso wie der DCFR (Buch VI Art. 4:101, 5:302).<sup>150</sup> Aus dieser Perspektive ist die Haftungsbeschränkung beinahe ausschließlich eine Frage der Kausalität.<sup>151</sup> Diese Rechtsordnungen erreichen eine Einschränkung der Haftungsfolgen dadurch, dass sie den Kausalitätsbegriff nicht lediglich im Sinn einer notwendigen Bedingung (*conditio sine qua non*) deuten, sondern zumindest in der praktischen Anwendung zu einem engeren und anspruchsvolleren Sinn neigen: Sie bauen eine Adäquanzprüfung in die Kausalitätsformel ein oder verlangen die direkte Verursachung des Schadens. Vor allem

<sup>147</sup> *Infantino/Zervogianni*, in: *Infantino/Zervogianni* (Hrsg.), *Causation in European Tort Law*, 2017, 84 (87 ff.). Dabei handelt es sich natürlich um eine Vereinfachung, denn manche Rechtsordnungen bewegen sich in einem Grenzbereich, der keine einhellige Kategorisierung zulässt. Die Autorinnen rechnen die skandinavischen Länder etwa anders als der Autor dieses Beitrags zum „dogmatischen“, mit der Schutzzwecklehre verbundenen Ansatz, Österreich dafür zum pragmatisch-politischen Ansatz.

<sup>148</sup> *Kozioł*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, 2009, Rn. 7/1 ff.

<sup>149</sup> *Kozioł*, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, 2009, Rn. 7/5; *Ahrens/Spickhoff*, *Deliktsrecht*, 2022, § 6 Rn. 1 ff.

<sup>150</sup> *Ludwichowska-Redo*, in: *Kozioł* (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 3/146 ff., siehe aber auch 3/151 („relative Rechtswidrigkeit“ (Polen)); *Menyhárd*, in: *Kozioł* (Hrsg.), *Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, 2014, Rn. 4/158 (Ungarn).

<sup>151</sup> Siehe *Quézel-Ambrunaz*, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, 2010, mit ablehnender Besprechung der Schutzzwecklehre (*relativité aquilienne*) bei 136 ff.; *Bacache-Gibelli*, *La responsabilité civile extracontractuelle*, 4. Aufl. 2021, Rn. 375 ff., 529 ff.

erlauben sie dem Schädiger, den Kausalitätsverdacht unter Verweis auf ein „dazwischentretendes“ Zufallsereignis zu widerlegen.

Nicht nur in diesen Systemen, sondern auch im *common law* tritt hinzu, dass die Vertragshaftung regelmäßig auf vorhersehbare Schäden eingeschränkt ist.<sup>152</sup> Andernfalls fällt die Vertragshaftung nur unter die allgemeinen Kriterien, im deutschsprachigen Raum insbesondere den Schutzzweck der Norm (des Vertrages).

### 3. Praktische Auswirkungen?

Es bleibt schwer zu beurteilen, inwieweit die soeben umrissenen Unterschiede letztlich vor allem eine Frage der Darstellung sind, und inwiefern sie auch praktische Konsequenzen haben. Ihre Auswirkungen sind letztlich nur anhand von Fallstudien sinnvoll beurteilbar. Immerhin kann man sagen, dass Rechtsordnungen unabhängig von der begrifflichen Struktur Raum für die Prüfung der Vorhersehbarkeit der Schädigung durch den Schädiger und der Verhältnismäßigkeit gewichtiger Haftungsfolgen schaffen, und auch das Dazwischentreten des Verhaltens Dritter in jeder Rechtsordnung grundsätzlich zur Entlastung geeignet sein dürfte.<sup>153</sup> Jedes Rechtssystem hat also letztlich Mittel, den Ersatz abstrakt-typisch kaum vorhersehbarer oder beherrschter Schäden einzuschränken, wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß und Typisierungsgrad: Die Einschränkung kann starr oder flexibel sein,<sup>154</sup> es kann stärker um die Perspektive des Schädigers (Vorhersehbarkeit), jene der Gesamtgesellschaft (Adäquanz) oder jene des Gesetzgebers (Schutzzweck der Norm) gehen.

## V. Zusammenfassende Betrachtung

Die vorliegende Darstellung musste mit vielen Vergrößerungen und Unsicherheiten leben. Die folgende grobe Gliederung der Ergebnisse in Rechtskreise<sup>155</sup> muss sogar mit noch mehr Vorsicht aufgenommen werden.

Das aus der deutschen Rechtstradition bekannte Schadensrecht kann man als dogmatisches System bezeichnen. Dieser Perspektive haben sich auch manche osteuropäische Rechtsordnungen – etwa die tschechische – angeschlossen. Dogmatische Rechtsordnungen legen hohen Wert auf die Strukturierung des Rechts in geschützte Güter und mehrere Zurechnungsfiguren. Tendenziell sind sie sehr

<sup>152</sup> Art. 1231–3 Code civil (Frankreich); Art. 1225 Codice Civile (Italien); *Hadley v. Baxendale* [1854] EWHC J70 (England, mit allgemeiner Wirkung auf das common law).

<sup>153</sup> Vgl. Winiger, in: Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg.), Digest I: Essential Cases on Natural Causation, 2007, 4/29/1 ff.

<sup>154</sup> Siehe schon oben II.3.

<sup>155</sup> Zu Sinn und Unsinn der Bildung von Rechtskreisen sowie einigen allgemeinen Hintergründen der folgenden Charakterzüge Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 4 Rn. 1 ff.

vorsichtig beim Ersatz von Schäden. Die Nachteile sollen im Idealfall in den Schutzbereich eines klar umgrenzten Gutes fallen und regelmäßig unter der Geltung eines anspruchsvollen Beweismaßes nachgewiesen werden.

Maßgebliche Charakterzüge der skandinavischen Rechtsordnungen und jener des *common law* geben dazu Anlass, zumindest im schadensrechtlichen Kontext von anwendungsorientiert-pragmatischen Rechtsordnungen zu sprechen. Sie überlassen es stärker den (Höchst)Gerichten, das Schadensrecht mit direkterem Blick auf die politischen Auswirkungen zu entwickeln. Hinzu tritt hier ein niedriges oder fallabhängiges Beweismaß.

Eine letzte Gruppe bilden Rechtsordnungen in französischer Tradition, an denen sich auch osteuropäische Rechtsordnungen wie Ungarn und Polen stärker orientieren dürften. Man kann sie als formale Rechtsordnungen bezeichnen, weil sie die Schadenszurechnung mit möglichst allgemeingültigen Figuren bewältigen möchten und Differenzierungen im Zweifel ablehnen. Beispielsweise bekennen sie sich zum Ersatz aller Schäden ohne Güterkatalog und verlassen sich bei der Zurechnung auf einen einheitlichen Kausalitätsgedanken. Gleichwohl bleibt rein faktisch ein erheblicher Spielraum für die (Tatsachen)Gerichte, diese Figuren im Einzelfall zu konkretisieren. Wie großzügig das Ergebnis ausfällt, ist dabei verschieden. Während das französische Recht den Geschädigten mit weitgehenden Vermutungen auf Beweisebene und der Lehre vom Chancenverlust stark entgegenkommt, bestehen diese Erleichterungen etwa in Ungarn und Polen nicht.

Wie wirken sich diese zentralen Unterschiede kurz gefasst auf das Recht des digitalen Binnenmarkts aus? Letztlich hat ein und dieselbe Verhaltensnorm des digitalen Binnenmarkts unterschiedliche Folgen und wird einmal eine recht starre, einmal eine zweckorientierte und flexible, einmal eine recht abstrakt bleibende und durch die entscheidenden Gerichte ausfüllungsbedürftige Rechtsfolge nach sich ziehen. Daneben muss man im Einzelfall beurteilen, wie großzügig die Gerichte bei der Zurechnung sind, was nur im Rahmen von Fallstudien sinnvoll möglich ist. Letztendlich bleibt damit immerhin festzuhalten, dass eine Beurteilung der privaten Rechtsdurchsetzung eine äußerst schwierige Herausforderung bleibt.



# Schadensersatz im digitalen Binnenmarktrecht: Schadensbegriff, Schadensumfang, Schadensposten und Schadensberechnungsmethoden

*Lena Hornkohl<sup>1</sup>*

## I. Einleitung

Im Rahmen des Private Enforcement des Unionsrechts nehmen Schadensersatzansprüche für die Verletzung unionsrechtlicher Verhaltensnormen eine zentrale Stellung ein. Sie dienen dem Ausgleich von Schäden (Ausgleichsfunktion) und der Prävention künftiger Verstöße (Präventionsfunktion) und damit, neben dem Public Enforcement und dessen oftmals bußgeldbedingter Straffunktion, der Durchsetzung des Unionsrechts (Durchsetzungsfunktion).<sup>2</sup> Demzufolge sind Schadensersatzansprüche auch in denjenigen Rechtsakten zu finden, welche die Europäische Kommission im Dunstkreis ihrer Digitalstrategie („Ein Europa für das digitale Zeitalter“)<sup>3</sup> in die Wege geleitet hat. Die Ausgestaltung der Schadensersatzansprüche wegen Verstößen gegen die in den Rechtsakten des digitalen Binnenmarktrechts normierten Verhaltensnormen ist jedoch von Rechtsakt zu Rechtsakt höchst unterschiedlich.

Der vorliegende Beitrag analysiert die bereits erlassenen und veröffentlichten Rechtsakte: Digital Services Act (DSA), Digital Markets Act (DMA), Plattform-to-Business VO (P2B-VO), Data Governance Act (DGA), Data Act (DA), Markets in Crypto Assets VO (MiCAR), Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL), Warenkauf-Richtlinie (WKRL). Im Erlass befindliche Rechtsakte, wie die erneuerte ProdukthaftungsRL oder der AI-Act werden nur ausblickartig besprochen. Der Beitrag fokussiert sich auf

---

<sup>1</sup> Der Beitrag ist eine gekürzte Version des Vortrages, den die Autorin bei der Tagung „Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt“ gehalten hat. Die Autorin dankt *Sebastian Schwamberger*, *Julia Zöchling* und *Fabian Schinerl* für die wertvollen Hinweise zu diesem Beitrag sowie den Teilnehmern der Tagung für die hilfreichen Kommentare und Fragen. Der Beitrag wurde am 12.7.2024 fertiggestellt. Spätere Entwicklungen mussten unberücksichtigt bleiben. Alle Internetadressen sind zuletzt abgerufen am 12.7.2024.

<sup>2</sup> Kürzlich zu Art. 82 DSGVO erneut auf den Punkt gebracht von EuGH v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 59.

<sup>3</sup> Grundlegend Europäische Kommission, Mitteilung Gestaltung der digitalen Zukunft Europas, 19.2.2020, COM(2020) 67 final, siehe auch [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age\\_de](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_de) (alle Internetquellen wurden zuletzt am 11.7.2024 abgerufen).



außervertragliche Ansprüche wegen Verstößen gegen die Verhaltensnormen der digitalen Binnenmarktrechtsakte. Etwaige vertragliche Ansprüche werden nur am Rande erwähnt. Als Ergänzung zu dem Beitrag von *Pauer*<sup>4</sup> wird die Frage, ob und woraus sich Schadensersatzansprüche im digitalen Binnenmarktrecht ergeben, nur am Rande besprochen.<sup>5</sup> Im Fokus steht die Ausgestaltung dieser Schadensersatzansprüche in Hinblick auf Schadensbegriff, Schadensumfang, Schadensposten und Schadensberechnungsmethoden.

Der Beitrag zeigt erneut, dass sich zwar in der unionsrechtlichen Rechtsprechung einige allgemeine schadensrechtliche Prinzipien und Grundsätze herausgebildet haben und diese auch auf das digitale Binnenmarktrecht anwendbar sind. Im Unionsrecht fehlt es aber im Gegensatz zu vielen nationalen Rechtsordnungen an einem allgemeinen Schadensrecht oder „allgemeinen Teil“ zum Schadensrecht, der eine grundsätzliche Systematik für alle Schadensersatzansprüche rechtssicher vorgibt. Dies verdeutlicht das digitale Binnenmarktrecht aufgrund der heterogenen Regelungsansätze und der in vielen Bereichen aufgrund der Neuheit der Rechtsakte noch fehlenden richtungsweisenden Rechtsprechung im besonderen Maße.

## II. Grundlagen des Schadensersatzanspruchs

Nur wenige Rechtsakte enthalten eigenständige, unmittelbar wirksame, unionsrechtliche Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz, die sich jedoch stark unterscheiden: Art. 82 DSGVO,<sup>6</sup> Art. 15, 26 und 52 MiCAR<sup>7</sup> sowie Art. 37 Abs. 10 und 75 Abs. 8 MiCAR, Art. 54 DSA<sup>8</sup> und Art. 11 Abs. 2d) DA.<sup>9</sup> Außerdem stellt Art. 1 ProdukthaftungsRL, die sich gerade in Überarbeitung befindet, ebenfalls eigenständiges unionsrechtliches Schadensersatzrecht dar.<sup>10</sup> Allein Art. 82 DSGVO sowie Art. 15, 26 und 52 MiCAR sind sog. vollständige Haftungsnormen, die vollharmonisierend die maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen vorgeben. Art. 82 DSGVO ist am detailliertesten normiert, am längsten

<sup>4</sup> *Pauer*, Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes, hier in diesem Band, 941

<sup>5</sup> Ausführlich dazu *Hornkohl*, EuZW 2024 (im Erscheinen).

<sup>6</sup> Dazu umfassend statt aller *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7; siehe bereits *Hornkohl*, VbR 2023, 120; *Hornkohl*, EULL Weekend Edition 120, <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no120/>; *Hornkohl/Wern*, EuZW 2022, 994, jeweils m.w.N.

<sup>7</sup> Dazu *Buck-Heeb*, BKR 2023, 689 (690); *Maume*, RD 2022, 461 (466); *Siadat*, RdF 2021, 12 (19); *Zickgraf*, BKR 2021, 362 (365).

<sup>8</sup> Dazu *Hofmann/Raue/Raue*, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 6; *Legner*, ZUM 2024, 99 (110 f.); *Zurth*, GRUR 2023, 1331 (1333); kritisch: *Bartels*, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 5 Rn. 123.

<sup>9</sup> Ausführlich dazu *Hornkohl*, EuZW 2024, 941.

<sup>10</sup> Dazu unten VII.

bestehend und praktisch bis dato am relevantesten.<sup>11</sup> Die Haftungsvoraussetzungen für die MiCAR-Whitepaper-Haftung sind weitestgehend unionsrechtlich vorgegeben.<sup>12</sup> In der Literatur wird jedoch diskutiert, ob die Haftung ein Verschulden voraussetzt.<sup>13</sup> Daneben sieht die MiCAR in Art. 37 Abs. 10 und in Art. 75 Abs. 8 an versteckter Stelle einen Schadensersatzanspruch für den Verlust eines verwahrten oder verwalteten Kryptowertes vor, der jedoch nur für einen bestimmten Pflichtverstoß und insgesamt unvollständig<sup>14</sup> normiert ist, so dass nationale Haftungskonzepte und allgemeine unionsrechtliche Prinzipien zum Schadensersatz hier eine Rolle spielen. Obwohl der anspruchsbegründende Charakter bezweifelt wurde, stellen Art. 54 DSA<sup>15</sup> sowie Art. 11 Abs. 2d DA ebenfalls Anspruchsgrundlagen dar, die jedoch gleichfalls nur unvollständig sind. Art. 11 Abs. 2d DA gilt ebenfalls nur für einen bestimmten Rechtsverstoß – wegen Missbrauch oder Offenlegung der unrechtmäßig abgerufenen oder genutzten Daten – und ist nicht umfassend rechtsdurchsetzend. Art. 54 DSA gilt nur für Nutzer und nicht für Dritte.

Die anderen Rechtsakte im digitalen Binnenmarktrecht – DGA<sup>16</sup>, DMA,<sup>17</sup> P2B-VO<sup>18</sup> – beinhalten zwar unmittelbar wirksame Verhaltensvorgaben für Privatrechtssubjekte, jedoch keine Anspruchsgrundlagen.<sup>19</sup> Dennoch erfordert, wie auch Pauer<sup>20</sup> zutreffend ausführt, das unionsrechtliche Effektivitätsgebot als Mittel der „funktionalen Subjektivierung“<sup>21</sup> die privatrechtliche Durchsetzung allgemein<sup>22</sup> und ganz besonders in Form eines Schadensersatzanspruchs,<sup>23</sup> wenn

<sup>11</sup> Grundlegend EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II), dazu statt aller Hornkohl, VbR 2023, 120; einen Überblick über die Rechtsprechung gibt Leibold, ZD-Aktuell 2023, 01193; Leibold, ZD-Aktuell 2023, 01194; Leibold, ZD-Aktuell 2023, 01426; Leibold, ZD-Aktuell 2024, 01533.

<sup>12</sup> Buck-Heeb, BKR 2023, 689 (690).

<sup>13</sup> Buck-Heeb, BKR 2023, 689 (693–695); Maume, RDi 2022, 461 (467); Siadat, RdF 2021, 12 (19); Zickgraf, BKR 2021, 362 (368 f.).

<sup>14</sup> Zur Terminologie auch Legner, ZUM 2024, 99 (110 f.).

<sup>15</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 6; Legner, ZUM 2024, 99 (110 f.); Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3542); angedeutet bei Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333); kritisch Bartels, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 5 Rn. 123.

<sup>16</sup> BeckOK DatenschutzR/Schemmel, 49. Ed 1.11.2021, DGA Art. 34 Rn. 8; Richter, ZEuP 2021, 634 (657 ff.).

<sup>17</sup> Statt aller umfassend Becker, ZEuP 2023, 403 (406).

<sup>18</sup> Busch, 12 JAE (2024), 201 (205); zögerlich Franck, 34 EBLR (2023), 525 (546).

<sup>19</sup> Dazu Hornkohl/Ribera Martínez, Collective Actions and the Digital Markets Act: A Bird Without Wings, 19.11.2023, 52, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4637661>.

<sup>20</sup> Pauer, Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes, hier in diesem Band, 941.

<sup>21</sup> Mörsdorf, RabelsZ 83 (2019), 797 (815 f.); Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 272 ff.; Wagner, AcP 206 (2006), 352 (421).

<sup>22</sup> Bsp. EuGH v. 11.10.2007 – C-460/06, ECLI:EU:C:2007:601 (Paquay) – Rn. 49.

<sup>23</sup> Bsp. EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage) – Rn. 36; EuGH, v. 21.3.2023 – C-100/21, ECLI:EU:C:2023:229 (Thermofenster) – Rn. 87 ff.

die effektive Durchsetzung des Unionsrecht auf keinem anderem Wege garantiert werden kann.<sup>24</sup> Diese Dogmatik des ungeschriebenen Schadensersatzrechts ist auch anzuwenden, wenn die Rechtsakte, wie Art. 11 Abs. 2d DA,<sup>25</sup> nur für enumerativ aufgeführte Pflichtverstöße einen Anspruch vorsehen oder wie bei Art. 54 DSA auf Nutzer beschränkt sind, aber für Dritte keine Aussage treffen. Während im sonstigen Unionsrecht vielfach Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht besteht,<sup>26</sup> gibt es zu den Rechtsakten im digitalen Binnenmarktrecht aufgrund ihrer relativen Neuheit noch keine EuGH-Rechtsprechung. Die Anspruchsgrundlage liegt jedenfalls im nationalen Recht, welches jedoch auch dem Äquivalenz- und vor allem dem Effektivitätsgebot genügen muss.<sup>27</sup> Das deutsche Recht hat in §§ 33a, 33 BGB einen Schadensersatzanspruch bei pflichtwidrigem Verstoß gegen die Art. 5, 6 oder 7 DMA vorgesehen. Ansonsten kommen §§ 9, 3, 3a UWG<sup>28</sup> oder § 823 Abs. 2 BGB als Auffangnorm in Betracht.

Vereinzelt erkennen Instrumente des digitalen Binnenmarktrechts zwar die wichtige Bedeutung des Schadensersatzrechts bei Normverstößen an und fordern, dass Geschädigte prinzipiell einen Schadensersatzanspruch bekommen sollten, nehmen Schadensersatzansprüche aber ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus und unterstreichen die autonome<sup>29</sup> Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten.<sup>30</sup> So bleibt kein Raum für einen ungeschriebenen Schadensersatzanspruch auf Grundlage des Effektivitätsgebots. So liegt der Fall bei Art. 3 Nr. 10 und ErwGr. 73 DRL und ErwGr. 61 WKRL.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Ausführlich dazu *Hornkohl*, EuZW 2024, 941.

<sup>25</sup> *Metzger/Schweitzer*, ZEuP 2023, 42 (79); angedeutet in *Podszun/Pfeifer*, GRUR 2022, 953 (960); *Steinrötter*, GRUR 2023, 216 (225); abwägend *Schwamberger*, InTeR 2023, 168 (170 f.).

<sup>26</sup> Umfassend monografisch aufgearbeitet bei *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, passim; *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016, passim; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, passim; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, passim; *Oskierski*, Schadensersatz im Europäischen Recht, 2010, passim; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, passim; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, passim; kürzlich im Lichte der aktuellen Rechtsprechungsentwicklungen *Wagner*, NJW 2023, 1761.

<sup>27</sup> EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04, C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi) – Rn. 61–64.

<sup>28</sup> BeckOK DatenschutzR/Schemmel, 49. Ed. 1.11.2021, DGA Art. 34 Rn. 8; HK-DGA/Hennemann, 48. Ed. 1.5.2024, Art. 21 Rn. 95; *Richter*, ZEuP 2021, 634 (658); *Metzger/Schweitzer*, ZEuP 2023, 42 (52); *Franck*, 34 EBLR (2023), 525 (538).

<sup>29</sup> Interessanterweise enthalten aber ErwGr. 61 WKRL und ErwGr. 73 DRL Aussagen zum Schadensumfang, dazu siehe bei IV.

<sup>30</sup> Ausführlich dazu *Hornkohl*, EuZW 2024 (im Erscheinen).

<sup>31</sup> *Fervers*, NJW 2021, 3681 (3685); *Sattler*, NJW 2020, 3623 (3624); *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (706); *Spindler*, MMR 2021, 528 (528).

### III. Schadensbegriff

Betrachtet man nun das Kernthema, die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs, ist zunächst nach der Perspektive des Schadensbegriffs – national oder unionsrechtlich – zu unterscheiden. Im Vordergrund steht allgemein eine unionsrechtliche Auslegung des Schadensbegriffs, unabhängig davon, ob eigenständiges oder ungeschriebenes Schadensersatzrecht vorliegen. Bei eigenständigen Schadensersatzansprüchen werden im Sekundärrechtsakt oftmals genaue Vorgaben zum Schadensbegriff getroffen, wie z.B. in Art. 7 FluggastrechteVO.<sup>32</sup> Bei unvollständigen Haftungsnormen ist jedoch Raum für ein nationales Schadensverständnis, dort wird nur das „Ob“ des Schadens unionsrechtlich determiniert und ansonsten ausdrücklich auf das nationale Recht verwiesen, wie z.B. bei Art. 35a RatingVO.<sup>33</sup> Genauso sind auch ungeschriebene Schadensersatzansprüche im Schadensbegriff maßgeblich unionsrechtlich geprägt. Der Effektivitätsgrundsatz verlangt einen Schadensersatzanspruch und überlässt die genaue Ausgestaltung und Anwendung zwar grundsätzlich dem nationalen Schadensrecht, welches jedoch, wie bereits erläutert, ebenfalls am Effektivitätsgebot (und Äquivalenzgebot) zu messen ist.<sup>34</sup> Die Rechtsprechung des EuGH trifft deshalb auch bei ungeschriebenen Schadensersatzansprüchen Aussagen zum Schaden z.B. ersatzfähige Schadensposten wie Vermögensschäden, entgangener Gewinn oder Zinsen.<sup>35</sup> Teilweise werden für ungeschriebene Schadensersatzansprüche auch im das Effektivitätsgebot konkretisierenden Sekundärrecht<sup>36</sup> (nachfolgend) Vorgaben festgelegt, z.B. in Art. 3 Abs. 2 KartellschadensersatzRL.

Sofern im Sekundärrecht oder in der Rechtsprechung des EuGH Vorgaben zum Schadensbegriff gemacht werden, entzieht sich der Schadensbegriff jedoch einer einheitlichen abstrakten Definition.<sup>37</sup> Grundsätzlich werden unter den Schadensbegriff im Unionsrecht individuelle Einbußen, Nachteile oder Beeinträchtigung eines von der Rechtsordnung geschützten Interesses verstanden, die von der Rechtsprechung weit ausgelegt werden.<sup>38</sup> Darüber hinaus bestehen große Unterschiede, vor allem im Hinblick auf die ersatzfähigen Einbußen und einzelnen Schadensposten.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Insgesamt auch *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 468.

<sup>33</sup> Vgl. *Dutta*, WM 2013, 1729 (1731).

<sup>34</sup> Dazu siehe oben II.

<sup>35</sup> EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04, C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi) – Rn. 95.

<sup>36</sup> Dazu *Hornkohl/Imgarten*, GPR 2023, 226 (228).

<sup>37</sup> So auch *Oskierski*, Schadensersatz im im Europäischen Recht, 2010, 84; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, 209.

<sup>38</sup> *Hornkohl*, EULL Weekend Edition 120, 6, <https://eulawlive.com/weekend-edition/week-end-edition-no120/>; so auch *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, 224.

<sup>39</sup> Dazu sogleich bei IV.

In diese allgemeinen Perspektiven reiht sich auch das digitale Binnenmarktrecht ein. In einigen eigenständigen, unionsrechtlichen Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz wird der Schadensbegriff angesprochen. Nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO ist der „materielle und immaterielle Schaden“ umfasst. Dieser Schadensbegriff ist nach der jüngsten EuGH-Rechtsprechung ausdrücklich unionsautonom auszulegen.<sup>40</sup> Darauf verweist auch ErwGr. 146 S. 3 DSGVO.

Art. 11 Abs. 2d) DA, Art. 15, 26, 52 sowie 37 Abs. 10 und 75 Abs. 8 MiCAR sowie Art. 54 DSA sprechen hingegen unterschiedlich von „Schäden“ und/oder „Verlusten“ und/oder „Entschädigung“, machen jedoch keine weiteren Angaben zu dem unionsautonomen Verständnis. Typischerweise legt der EuGH in Verordnungen und Richtlinien aufgeführte Terminologie aber unionsautonom aus. Die Terminologie Schäden und Entschädigung kann als Synonym verstanden werden, da allein die Terminologie Entschädigung auf die ausgleichende Handlung zum Schadensersatz verweist. Dieses Ergebnis unterstützt auch z.B. Art. 37 Abs. 10 MiCAR, der für den Verlust des verwahrten vermögenswertereferenzierten Tokens zwischen „Entschädigung“ und „Rückerstattung“ unterscheidet. Nur die Entschädigung baut auf einer schadensersatzrechtlichen Grundlage als Ersatz für den Verlust auf, während die „Rückerstattung“ auf „ein Finanzinstrument oder einen Kryptowert derselben Art oder des entsprechenden Wertes“ abzielt und nicht allein schadensrechtlichen Charakter hat.

Bei der Unterscheidung „Schäden“ in Art. 15 MiCAR und „Verlusten“ in Art. 26, 52 MiCAR ist die Situation jedoch anders. Die Unterscheidung geht auf Ungenauigkeiten in den sprachlichen Versionen zurück.<sup>41</sup> So besteht die Unterscheidung in Art. 15 sowie 26, 52 MiCAR nur in der deutschen Fassung. In den weiteren Sprachfassungen ist nur von Verlusten die Rede.<sup>42</sup> Der Verlustbegriff wird in der Literatur enger verstanden als der Schadensbegriff.<sup>43</sup> Danach will eine Meinung in der Literatur auch nur den Kursdifferenzschaden erfassen, wonach die „Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Transaktionspreis und dem Preis, der sich bei pflichtgemäßem Publizitätsverhalten gebildet hätte“<sup>44</sup> zu ersetzen ist.<sup>45</sup> Andere wollen auch den Vertragsabschlussschaden mitaufnehmen.<sup>46</sup> Sofern man den Schutzzweck der Krypto-Whitepaper-Haftung – wie der BGH für die klassische Prospekthaftung und die Haftung für fehlerhafte ad-hoc Mit-

<sup>40</sup> Grundlegend EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II), dazu statt aller *Hornkohl*, VbR 2023, 120; einen Überblick über die Rechtsprechung gibt *Leibold*, ZD-Aktuell 2023, 01193; *Leibold*, ZD-Aktuell 2023, 01194; *Leibold*, ZD-Aktuell 2023, 01426; *Leibold*, ZD-Aktuell 2024, 01533.

<sup>41</sup> *Buck-Heeb*, BKR 2023, 689 (695).

<sup>42</sup> Vgl. bspw. die englische Sprachfassung „losses“, die französische Sprachfassung „perte“, italienische Sprachfassung „perdita“, spanische Sprachfassung „pérdida“ oder polnische Sprachfassung „straty“.

<sup>43</sup> *MüKoBGB/Oetker*, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 16; *Buck-Heeb*, BKR 2023, 689 (695).

<sup>44</sup> *Ebenroth/Boujong/Poelzig*, 5. Aufl. 2024, WpHG § 97 Rn. 38.

<sup>45</sup> *Buck-Heeb*, BKR 2023, 689 (695).

<sup>46</sup> *Zickgraf*, BKR 2021, 362 (369).

teilungen – hingegen im Schutz der Anlageentscheidung sieht,<sup>47</sup> so wäre der Inhaber der Kryptowerte auch insoweit geschädigt, dass er wegen der fehlerhaften Information die Kryptowerte erworben, dadurch eine uninformierte und mithin ungewollte Anlageentscheidung gefällt hat und damit einer ungewollten Zahlungsverpflichtung ausgesetzt ist.<sup>48</sup> Dann ist der Anspruch daneben auf Erstattung des Entgelts für den Erwerb Zug um Zug gegen Übertragung der Kryptowerte bzw. im Falle der Veräußerung die Differenz zwischen dem Wert der veräußerten Kryptowerte und dem Verkaufspreis gerichtet.<sup>49</sup> Weder für die bisherige Prospekt-, noch für die Krypto-Whitepaper-Haftung ist die Frage nach der Reichweite des Verlustbegriffs jedoch unionsgerichtlich geklärt.

Im Hinblick auf die ungeschriebenen Schadenersatzansprüche hat sich aufgrund ihrer relativen Neuheit noch keine Rechtsprechung zum Schadensbegriff herausgebildet. Eine umfassende Auslegung des Schadensbegriffes durch den EuGH mit durch das Effektivitäts- und Äquivalenzgebot bedingten Einschränkungen des nationalen Schadensverständnisses ist jedoch erwartbar. Insoweit ist von dem genannten Verständnis von Schäden als individuelle Einbuße oder Nachteile oder Beeinträchtigung eines von der Rechtsordnung geschützten Interesses auszugehen.

#### IV. Schadensumfang

Im Hinblick auf den Schadensumfang setzt sich die Unbeständigkeit des unionsrechtlichen Schadenersatzrechts fort. Grundsätzlich gilt im Unionsrecht, dass der Schaden vollständig zu ersetzen ist, der tatsächlich entstanden ist.<sup>50</sup> Dies ergibt sich zum Teil ausdrücklich aus Sekundärrechtsakten, wie z.B. Art. 3 Abs. 1 KartellschadenersatzRL oder Art. 13 Abs. 1 S. 1 IP-DurchsetzungsRL<sup>51</sup>. Teilweise wurde dieser Grundsatz auch nur in der Rechtsprechung zur leitenden Funktion vor allem des Effektivitätsgrundsatzes im unionsrechtlichen Schadensrecht festgehalten, wie z.B. im Produkthaftungsrecht<sup>52</sup>. Oftmals werden aber auch überhaupt keine Aussagen zum Schadensumfang getroffen, weder im Sekundärrechtsakt, noch in der dazugehörigen Rechtsprechung. Insoweit ist die Rechtsprechung aber auf Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes auf vergleichbare Situationen zu übertragen, in denen das mitgliedstaatliche Recht entsprechende Mängel aufweist.

---

<sup>47</sup> BGH v. 13.12.2011 – XI ZR 51/10.

<sup>48</sup> Im Ansatz *Zickgraf*, BKR 2021, 362 (369).

<sup>49</sup> Vgl. Ebenroth/Boujong/*Poelzig*, 5. Auf. 2024, WpHG § 97 Rn. 38.

<sup>50</sup> So im Ergebnis auch *Heinze*, Schadenersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 585; *Wagner* AcP 206 (2006), 352, (395).

<sup>51</sup> RL 2004/48/EG, ABiL 2004/157, 45.

<sup>52</sup> EuGH v. 10.5.2001 – C-203/99, ECLI:EU:C:2001:258 (Veedfald) – Rn. 27; v. 5.3.2015 – C-503/13 u. C-504/13, ECLI:EU:C:2015:148 (Boston Scientific) – Rn. 49.

Neben einem weiten Kreis von möglichen Schadensposten,<sup>53</sup> deutet der vollständige, tatsächliche Schadensersatz auf die sogenannten Differenzhypothese hin.<sup>54</sup> Nach der Differenzhypothese ist grundsätzlich

„die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkt ist, und dem Betrage, welchen dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses in dem zur Frage stehenden Zeitpunkte haben würde“<sup>55</sup>

zu ersetzen. Auf die Differenzhypothese wird wieder zum Teil in Sekundärrechtsakten verwiesen, wie z.B. Art. 3 Abs. 2 S. 1 KartellschadensersatzRL oder Art. 17 Abs. 3 HandelsvertreterRL. Die Rechtsprechung stellt ebenfalls zum Teil auf die Differenzhypothese ab.<sup>56</sup> In vielen Fällen fehlt es aber an Hinweisen auf die Differenzhypothese im Unionsrecht, so dass auch hier nur an eine Übertragung in verwandte Bereiche angedacht werden kann.

Im Kontext des Schadensumfangs und der Differenzhypothese gibt das Unionsrecht im Sinne eines schadensrechtlichen Bereicherungsverbots<sup>57</sup> oftmals ein Überkompensationsverbot vor.<sup>58</sup> Ausdrücklich spricht sich etwa Art. 3 Abs. 3 KartellschadensersatzRL gegen die Überkompensation, auch in Form eines Strafschadensersatzes, aus. In Ermangelung von geschriebenen Regeln zur Überkompensation verneint auch der EuGH überkompensatorischen Schadensersatz.<sup>59</sup> Teilweise wird der Schadensersatz zudem durch Höchstbeträge begrenzt, so wie z.B. im Produkthaftungsrecht<sup>60</sup>.

Das digitale Binnenmarktrecht reiht sich in diese Situation ein, obwohl nur wenige Instrumente überhaupt Aussagen zum Schadensumfang treffen. Vereinzelt finden sich in den Sekundärrechtsakten ausdrückliche Verweise auf den tatsächlichen Schadensersatz, der vollständig zu ersetzen ist. So bestimmt das Datenschutzrecht in ErwGr. 146 S. 6 DSGVO: „Die betroffenen Personen sollten einen vollständigen und wirksamen Schadenersatz für den erlittenen Schaden erhalten.“ Die Rechtsprechung zu Art. 82 DSGVO hat zudem anerkannt, dass der (immaterielle) Schadensersatz nicht überkompensatorisch und auch keine Form des Strafschadensersatzes darstellen darf.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Dazu siehe sogleich V.

<sup>54</sup> So auch *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003, 223.

<sup>55</sup> Grundlegend *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht – Zweite Abtheilung: Zur Lehre von dem Interesse, 1855, 3.

<sup>56</sup> EuGH v. 25.10.2005 – C-350/03, ECLI:EU:C:2005:637 (Schulte) – Rn. 97–101; vgl. auch vorab zur Haftung der Union nach Art. 340 Abs. 2 AEUV EuGH v. 26.6.1990 – C-152/88, ECLI:EU:C:1990:259 (Sofrimport) – Rn. 30.

<sup>57</sup> Vgl. allgemein MüKoBGB/*Oetker*, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 20.

<sup>58</sup> So auch *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 602 (603).

<sup>59</sup> EuGH v. 3.12.2015 – C-338/14, ECLI:EU:C:2015:795 (Quenon) – Rn. 34, 39.

<sup>60</sup> Art. 9 und Art. 16 ProdukthaftungsRL.

<sup>61</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II) – Rn. 58; v. 21.12.2023 – C-667/21, EU:C:2023:1022 (Krankenversicherung Nordrhein) – Rn. 86; v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 59 f.



Interessanterweise enthalten zudem die Regelungen zum digitalen Vertragsrecht sowohl in der DIRL und WKRL Aussagen zur Differenzhypothese, obwohl beide Richtlinien nur die Wichtigkeit von Schadensersatzansprüchen anerkennen und nach ihnen Geschädigte prinzipiell einen Schadensersatzanspruch bekommen sollten, aber diesen ausdrücklich von ihrem jeweiligen Anwendungsbereich ausnehmen und auf das nationale Recht verweisen.<sup>62</sup> Nach ErwGr. 73 S. 3 DIRL sollte die Entschädigung „den Verbraucher so weit wie möglich in die Lage versetzen, in der er sich befunden hätte, wenn die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen ordnungs- und vertragsgemäß bereitgestellt worden wären.“ ErwGr. 61 S. 3 WKRL ist dem ErwGr. 73 S. 3 DIRL nachgebildet. Diese Regelung in den Erwägungsgründen beider Richtlinien geht auf den beinahe wortgleichen Art. 14 Abs. 1 S. 2 des Kommissionsvorschlags zur DIRL zurück, der noch eine Anordnung eines Schadensersatzanspruchs in der DIRL vorsah. Obwohl der Schadensersatz nach beiden Instrumenten damit eigentlich Sache des Mitgliedstaates ist, können ErwGr. 73 S. 3 DIRL und ErwGr. 61 S. 3 WKRL zur Bestimmung des Schadensumfangs auslegend herangezogen werden. Allgemein dienen sie als Ausdruck der Manifestation der Differenzhypothese im unionsrechtlichen Schadensrecht. Den Erwägungsgründen lässt sich zwar keine direkte Umsetzungsverpflichtung entnehmen.<sup>63</sup> Sie sind aber integraler Bestandteil des jeweiligen Sekundärrechtsakts.<sup>64</sup> Erwägungsgründe dienen immerhin als Auslegungshilfen und werden vom EuGH auch als solche herangezogen.<sup>65</sup> Sofern das mitgliedstaatliche Recht mithin einen Schadensersatzanspruch vorsieht, wie ErwGr. 73 S. 4 DIRL und ErwGr. 61 S. 4 WKRL annehmen, ist das Verständnis zur Differenzhypothese aus ErwGr. 73 S. 3 DIRL und ErwGr. 61 S. 3 WKRL hilfsweise auslegend heranzuziehen.

Ansonsten hält sich das digitale Binnenmarktrecht mangels bisheriger höchstgerichtlicher Rechtsprechung mit Blick auf den Schadensumfang und die -berechnung bedeckt. Es ist an eine Übertragung der Differenzhypothese und des Überkompensationsverbots auf Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes zu denken, sofern das mitgliedstaatliche Recht dementsprechend Lücken oder Mängel hat, die eine wirksame Durchsetzung des Unionsrecht mit einem Schadensersatzanspruch beschränken.

---

<sup>62</sup> Siehe II.

<sup>63</sup> GA Stix-Hackl v. 25.11.2003 – C-222/02, ECLI:EU:C:2003:637 (Paul) – Rn. 132.

<sup>64</sup> Der Europäische Gerichtshof rezipiert sie regelmäßig unter der Rubrik „rechtlicher Rahmen“, vgl. EuGH v. 1.3.2011 – C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100 (Test Achats) – Rn. 3.

<sup>65</sup> Umfassend zur Bedeutung von Erwägungsgründen Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2021, Rn. 4.58 ff.; Huber, *GPR* 2019, 182 (182 ff.).



## V. Schadensposten

Ausgehend von dem Grundsatz, dass tatsächlich entstandene Schäden vollständig zu ersetzen sind und der Schadensbegriff weit verstanden wird, sind im Unionsrecht bisher schon grundsätzlich vielfältige Schadensposten, wie materiellen Schäden in Form von Sach- und Körperschäden, Vermögensschäden in Form des positiven Schadens (*damnum emergens*) und des entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*), immaterielle Schäden und Zinsen als ersatzfähige Nachteile anerkannt worden. Diese sind entweder in Sekundärrechtsakten ausdrücklich benannt oder durch die EuGH-Rechtsprechung vorgegeben. So sieht etwa Art. 3 Abs. 2 S. 2 KartellschadensersatzRL die eingetretene Vermögenseinbuße, den entgangenen Gewinn und Zinsen als ersatzfähige Posten vor. Art. 13 Abs. 1 S. 2 lit. a IP-DurchsetzungsRL verweist auf Gewinneinbuße, zu Unrecht erzielten Gewinn und immaterielle Schäden<sup>66</sup>. Art. 14 Abs. 2 GeschäftsgeheimnisRL etwa verweist auf „negative wirtschaftliche Folgen, einschließlich entgangener Gewinne des Geschädigten, etwaige durch den Rechtsverletzer erzielte unlautere Gewinne und gegebenenfalls andere als wirtschaftliche Faktoren wie den immateriellen Schaden“. Die Körperschäden erfasst etwa Art. 9 lit. a ProdukthaftungsRL. Einige Sekundärrechtsakte beschränken die Haftung auf bestimmte Schadensposten, so dass andere ausgeschlossen sind, z.B. Art. 9 lit. a und b ProdukthaftungsRL. Weiter geht die Rechtsprechung in einigen Bereichen und erkannte den entgangenen Gewinn etwa im Handelsvertreterausgleich<sup>67</sup> und den immateriellen Schadensersatz etwa im Reiserecht für entgangene Urlaubsfreude<sup>68</sup> an. Die Literatur geht insoweit davon aus, dass vom unionsrechtlichen Schadensbegriff alle Schadensposten umfasst sind, die nicht entweder ausdrücklich oder vom Zweck des Rechtsaktes ausgeschlossen sind.<sup>69</sup>

In den Rechtsakten des digitalen Binnenmarktes finden sich so gut wie keine Aussagen zu ersatzfähigen Schadensposten. Allein das Datenschutzrecht stellt mit Art. 82 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich auf den materiellen oder immateriellen Schaden ab. Der materielle Schaden umfasst vor allem den durch einen Datenschutzverstoß hervorgerufenen Vermögensschaden und entgangenen Gewinn.<sup>70</sup> Im Fokus der Literatur und Rechtsprechung steht jedoch vor allem der immaterielle Schadensersatz.<sup>71</sup> Im Rahmen von Art. 82 Abs. 1 DSGVO geht es gerade nicht um Schmerzensgeld für Körperschäden, für das eine gewisse Rechtspre-

<sup>66</sup> Siehe z.B. EuGH v. 3.2016 – C-99/15, ECLI:EU:C:2016:173 (Liffers) – Rn. 27.

<sup>67</sup> EuGH v. 26.3.2009 – C-348/07, ECLI:EU:C:2009:195 (Semen) – Rn. 19.

<sup>68</sup> EuGH v. 12.3.2002 – C-168/00, ECLI:EU:C:2002:163 (Leitner) – Rn. 20 ff.; v. 6.5.2010 – C-63/09, ECLI:EU:C:2010:251 (Walz) – Rn. 29.

<sup>69</sup> Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 586–588.

<sup>70</sup> Vgl. Jacquemain, Der deliktische Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, 2017, 295 ff.

<sup>71</sup> Dazu umfassend Stegemann, Der immaterielle Schadensersatz bei Datenschutzverstößen, 2023, 69 ff.

chung des EuGH aus anderen Rechtsgebieten bestand.<sup>72</sup> Auf nationaler Ebene kam es deshalb zunächst zu vielen unterschiedlichen Auffassungen im Hinblick auf den immateriellen Schadensersatzanspruch für Datenschutzverstöße nach der DSGVO, insbesondere im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Erheblichkeitsschwellen des nationalen Rechts.<sup>73</sup> Der EuGH sorgte mit der Entscheidung in der Rs. *Österreichische Post II*<sup>74</sup> und den nachfolgenden Urteilen für Klarheit. In erwartbarer Weise nahm der EuGH in unionsautonomer Auslegung unter Heranziehung des in ErwGr. 146 S. 5 DSGVO<sup>75</sup> vorgegebenen weiten Schadensbegriffs keine Erheblichkeitsschwelle an.<sup>76</sup> Gleichzeitig erteilte er dem noch vom Generalanwalt<sup>77</sup> hervorgehobenen Zusammenhang zwischen Strafschadensersatz und immateriellem Schadensersatz eine Absage.<sup>78</sup> Sofern ein Schaden entstanden ist, materiell oder immateriell, ist dieser Schaden laut EuGH zu ersetzen. Ein Verstoß gegen die DSGVO ohne Entstehung eines noch so geringen<sup>79</sup> Schadens reicht aber nicht aus.<sup>80</sup> Dabei könne die nicht nur hypothetische<sup>81</sup> Angst vor dem Verlust über die Kontrolle über personenbezogene Daten aufgrund eines Verstoßes gegen die DSGVO einen immateriellen Schaden begründen.<sup>82</sup> Die Angst selbst reicht aus und müsse auch nur einige Tage anreichen<sup>83</sup> und darüber hinaus keine weiteren spürbaren Folgen haben; insbesondere muss es nicht zu einem tatsächlichen Missbrauch der Daten gekommen sein.<sup>84</sup>

In den anderen Bereichen des digitalen Binnenmarktrechts gibt es keine vergleichbaren Regelungen in den Rechtsakten und aufgrund der relativen Neuheit

<sup>72</sup> Vgl. EuGH v. 14.2.1985 – 131/81, ECLI:EU:C:1985:72 (Berti) – Rn. 14, 15; v. 3.2.1994 – C-308/87, ECLI:EU:C:1994:38 (Grifoni) – Rn. 37.

<sup>73</sup> Dazu umfassend statt aller *Hellgardt*, ZEuP 2022, 7.

<sup>74</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II).

<sup>75</sup> So auch EuGH v. 14.12.2023 – C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (Gemeinde Ummendorf) – Rn. 19 f.; v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn) – Rn. 65.

<sup>76</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II) – Rn. 46 f.

<sup>77</sup> GA Sánchez-Bordona v. 6.10.2022 – C-300/21, ECLI:EU:C:2022:756 (Österreichische Post II) – Rn. 35 ff.; dazu umfassend *Hornkohl*, EULL Weekend Edition 120, <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no120/>.

<sup>78</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II) – Rn. 58.

<sup>79</sup> EuGH v. 14.12.2023 – C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (Gemeinde Ummendorf) – Rn. 22.

<sup>80</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post II) – Rn. 50; v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn) – Rn. 60.

<sup>81</sup> EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 85; v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn) – Rn. 67 f.

<sup>82</sup> EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 80.

<sup>83</sup> EuGH v. 14.12.2023 – C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (Gemeinde Ummendorf) – Rn. 22.

<sup>84</sup> EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 79–82.

auch noch keine Judikatur. In denjenigen Bereichen, in denen es schon Judikatur gibt, ist diese begrenzt und trifft oft keine Aussagen zu Schadensersatzansprüchen. Die Rechtsprechung zur P2B-VO beschränkt sich z.B. oftmals auf Unterlassungs- und nicht Schadensersatzansprüche.<sup>85</sup> Dennoch sind auch unter der P2B-VO-Schadensersatzansprüche auf Vermögensschäden möglich. Im Vordergrund stehen bei P2B-VO-Verstößen Vermögensschäden in Form des entgangenen Gewinns, da P2B-VO-widriges Handeln oft zu unberechtigten Sperrungen oder Löschungen führt.<sup>86</sup> Nimmt man beispielsweise an, ein gewerblicher Nutzer wird auf einem Online-Marktplatz wegen Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen der Plattform gesperrt, z.B. wegen Manipulation von Produktrezensionen<sup>87</sup> und der Nutzer hält der Sperrung entgegen, dass deren Begründung entgegen Art. 4 P2B-VO unzureichend sei,<sup>88</sup> so kann, sofern letzterer Fall zutrifft, dem gewerblichen Nutzer während der Zeit der P2B-VO-widrigen Sperre ein Gewinn entgangen sein. Es sind jedoch auch positive Vermögensschäden in Form von Guthabenschäden möglich, wenn z.B. trotz Sperrung oder Löschung eines Nutzerkontos auf einer Plattform aufgrund kontingentierter Verrechnungsmodelle noch ein Guthaben vorhanden ist, welches nicht ausbezahlt wurde.

Ansonsten können allgemeine Prinzipien oder bereits ergangene Judikatur in vergleichbaren Bereichen herangezogen werden. Die Literatur nimmt den weiten immateriellen Schadensersatzbegriff der DSGVO auch für verwandte Bereiche, z.B. für Art. 54 DSA,<sup>89</sup> an, in denen es zu vergleichbaren immateriellen Schäden kommen kann. Dem ist mit Vorsicht zuzustimmen, denn die „Formen des immateriellen Schadensersatzes sind stark durch die Besonderheiten des jeweiligen Haftungstatbestands geprägt“ und lassen sich nur schwer im gesamten Unions-schadensersatzrecht verallgemeinern.<sup>90</sup> Sofern aber eine gewisse vergleichbare Haftungsausrichtung besteht oder vergleichbare immaterielle Schäden eintreten, ist an eine Übertragung der Rechtsprechung zu denken. Der DSA betrifft zwar nicht personenbezogene Daten, hat jedoch auch Grundrechtsrelevanz. Es geht um die Regulierung von rechtswidrigen Inhalten auf Vermittlungsplattformen durch Sorgfaltspflichten und der DSA dient u.a. der Stärkung „der Sicherheit und des Vertrauens der Nutzer, einschließlich Verbraucher, minderjähriger Nutzer und Nutzer, die besonders gefährdet sind, Opfer von Hassreden, sexueller Belästigung oder anderen diskriminierenden Handlungen zu werden“ und will „die einschlägigen in der Charta verankerten Grundrechte [...] schützen“.<sup>91</sup> Obwohl auch materielle Schäden, wie zum Beispiel Vermögenseinbußen und entgangener Gewinn z.B. als Folge von diskriminierenden Online-Handlungen

<sup>85</sup> *Franck*, 34 EBLR (2023), 525 (530 f.).

<sup>86</sup> *Franck*, 34 EBLR (2023), 525 (530 f.).

<sup>87</sup> Siehe LG München v. 12.5.2021 – 37 O 32/21 (Amazon Kontensperre II).

<sup>88</sup> Siehe LG Hannover v. 22.7.2021 – 25 O 221/21 (Online-Konto).

<sup>89</sup> Angedeutet bei *Legner*, ZUM 2024, 99 (111).

<sup>90</sup> So *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 600.

<sup>91</sup> ErwGr. 40 DSA.

denkbar sind, können Verstöße gegen die DSA-Sorgfaltspflichten mithin ganz typischerweise zu immateriellen Schäden führen. Bei dem mit einer Hassrede oder Diskriminierung einhergehenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht oder einer Ansehensschädigung des Betroffenen, ist ein solcher immaterieller Schaden denkbar.<sup>92</sup> Dieser kann beim Nutzer oder Dritten eintreten.<sup>93</sup> Etwaige nationale Erheblichkeitsschwellen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen<sup>94</sup> wären dann bei entsprechender Anwendung der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 82 DSGVO unerheblich.

Für den Schadensersatzanspruch im Rahmen der privaten Durchsetzung von anderen Rechtsakten des digitalen Binnenmarktes wird der Fokus in der Praxis jedoch auf materiellen Vermögensschäden liegen, der für alle Schadensersatzansprüche im digitalen Binnenmarktrecht in Betracht kommt. Immaterielle Schäden sind am Rand auch für andere als die genannten Rechtsakte zumindest theoretisch denkbar, materielle Schäden in Form von Sach- und Körperschäden im digitalen Raum eher unwahrscheinlich. Für den DMA, der u.a. auf Bestreitbarkeit auf digitalen Märkten ausgerichtet ist, kommen vor allem Schadensposten in Betracht, die gewerblichen Nutzern i.S.d. Art. 2 Nr. 21 DMA zufallen, da die Schutzrichtung vieler DMA-Verpflichtungen in Art. 5–7 DMA auf die Bestreitbarkeit auch durch gewerbliche Nutzer ausgerichtet ist, wie z.B. das in Art. 5 Abs. 7 DMA enthaltene spezifische Kopplungsverbot<sup>95</sup>.<sup>96</sup> Außerdem kommen auch Dritte als Geschädigte in Betracht, wie z.B. bei einem Verstoß gegen die Pflicht des Torwächters aus Art. 6 Abs. 4 DMA, die Installation und effektive Nutzung von Drittanbieter-Software-Anwendungen zu gestatten.<sup>97</sup> Viele DMA-Verpflichtungen geben dann Raum für einen potentiellen Vermögensschaden in Form des entgangenen Gewinns.<sup>98</sup> Nach Art. 6 Abs. 6 DMA beispielsweise darf der Torwächter den Anbieterwechsel der Endnutzer zwischen verschiedenen Software-Anwendungen und Diensten, auf die über die zentralen Plattformdienste zugegriffen wird, nicht beschränken. Wird die Wahlfreiheit der Endnutzer dennoch entgegen Art. 6 Abs. 6 DMA beschränkt, geht dies zulasten von Drittanbietern,<sup>99</sup> denen dementsprechend ein Gewinn entgeht. Es sind jedoch auch Vermögensschäden in Form eines positiven Schadens möglich. Art. 5 Abs. 3 DMA untersagt Torwächtern Meistbegünstigungspraktiken. Wird ein gewerblicher Nutzer nun entgegen dem Verbot daran gehindert, seine Angebote über

---

<sup>92</sup> Vgl. zum Urheberpersönlichkeitsrecht EuGH v. 3.2016 – C-99/15, ECLI:EU:C:2016:173 (Liffers).

<sup>93</sup> Zur Unterscheidung in der Anspruchs Begründung siehe II.

<sup>94</sup> Umfassend *Slizyk*, Handbuch Schmerzensgeld, 20. Aufl. 2024, Rn. 165 ff.

<sup>95</sup> BeckOK InfoMedienR/Louven, 44. Ed. 1.2.2024, DMA Art. 5 Rn. 96.

<sup>96</sup> Überblicksartig *Hornkohl/Ribera Martínez*, Collective Actions and the Digital Markets Act: A Bird Without Wings, 19.11.2023, 32–38, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4637661>.

<sup>97</sup> BeckOK InfoMedienR/Louven, 44. Ed. 1.2.2024, DMA Art. 6 Rn. 48.

<sup>98</sup> *Hornkohl/Ribera Martínez*, Collective Actions and the Digital Markets Act: A Bird Without Wings, 19.11.2023, 32–38, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4637661>.

<sup>99</sup> Schmidt/Hübener/Gasser/Hegener, 1. Aufl. 2024, Der neue DMA, § 6 Rn. 62.

alternative Angebotswege zu anderen Preisen oder Bedingungen anzubieten als über die Online-Vermittlungsdienste des Torwächters, können neben einem entgangenen Gewinn in Form eines Mengeneffekts<sup>100</sup> auch die oftmals mit Meistbegünstigungspraktiken einhergehenden überhöhten Preisen (z.B. Kommissionen) in Torwächter-eigenen Diensten einen positiven Schaden darstellen.<sup>101</sup>

Für den DA und DGA werden ebenfalls materielle Vermögensschäden maßgeblich. Verstößt beispielsweise der Hersteller eines vernetzten Produktes gegen die in Art. 3 Abs. 1 DA niedergelegte Pflicht der Zugänglichmachung von Produktdaten und verbundenen Dienstdaten für den Nutzer, kann es zu Vermögensschäden in Form des positiven Schadens und des entgangenen Gewinns kommen. Ist der Zugang etwa entgegen Art. 3 Abs. 1 DA nicht unentgeltlich, kann in dem gezahlten Entgelt ein positiver Vermögensschaden für den Nutzer liegen. Sofern der Nutzer das vernetzte Produkt beruflich einsetzt und der Verstoß zu durch höhere Kosten bedingter verminderter Tätigkeit führt, kann auch ein entgangener Gewinn in Betracht kommen. Gleichfalls kann z.B. ein Verstoß gegen das in Art. 12 lit. f DGA niedergelegte Gebot einen positiven Vermögensschaden z.B. in Form von unfairer Preisgestaltung für Datenvermittlungsdienste begründen.

Danach zeigt sich im digitalen Binnenmarktrecht eine grundsätzliche Öffnung für alle Schadensposten, wobei jedoch vor allem materielle und immaterielle Vermögensschäden typischerweise im Fokus stehen werden.

## VI. Schadensberechnungsmethoden

Das Unionsrecht gibt sehr vereinzelt sogar bestimmte Schadensberechnungsmethoden vor. Hinweise macht das Unionsrecht vor allem im Bereich der Vermögensschäden, dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn. Hervorzuheben ist dabei der praktische Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs im Kartellschadensersatzrecht,<sup>102</sup> der nationalen Gerichten bei der Bestimmung des Kartellschadens zur Seite stehen soll, welcher jedoch nicht verbindlich ist.<sup>103</sup> Im IP-Recht sind ebenfalls Berechnungsmethoden, z.B. anhand des Verletzergewinns oder von Schadenspauschalen, vorgegeben.<sup>104</sup> Die Rechtsprechung hat für Art. 94 Abs. 2 SortenschutzVO auch eine Berechnung anhand einer (fiktiven) Lizenzgebühr vorgeschlagen.<sup>105</sup>

<sup>100</sup> Grundlegend zum Mengeneffekt *Weber*, 9 JAE (2021) 436.

<sup>101</sup> *Hornkohl/Ribera Martínez*, Collective Actions and the Digital Markets Act: A Bird Without Wings, 19.11.2023, 32–38, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4637661>.

<sup>102</sup> Europäische Kommission, Mitteilung zur Ermittlung des Schadensumfangs, C(2013) 3440.

<sup>103</sup> Vgl. *Bernhard*, NZKart 2013, 488.

<sup>104</sup> Art. 13 Abs. 1 S. 2 IP-Durchsetzungsrichtlinie.

<sup>105</sup> EuGH v. 5.7.2012 – C-509/10, ECLI:EU:C:2012:416 (Geistbeck) – Rn. 43.

Im digitalen Binnenmarktrecht gibt es keine solche Vorgaben. Selbst bei Art. 82 DSGVO machte der EuGH auch auf ausdrückliche Vorlagefrage hin keine weiteren unionsrechtlichen Vorgaben zur Berechnung immaterieller Schäden.<sup>106</sup> Vielmehr entschied er, dass der immaterielle Schadensersatzanspruch auch in seiner Höhe „vollständig und wirksam“ sein muss, vermied aber weitere Angaben zur Berechnung und verwies ausdrücklich auf die mangelnden Vorgaben der DSGVO zur Schadensbemessung.<sup>107</sup> Er ging auch nicht auf die vom Generalanwalt in *Österreichische Post II* in Aussicht gestellte Vermutung<sup>108</sup> ein, dass alle DSGVO-Verstöße immer zu einem Schaden führen. Der EuGH unterscheidet auch deutlich zwischen Ausgleichs-, Durchsetzungs- und Straffunktion.<sup>109</sup> Obwohl sich das Public und Private Enforcement in ihrer Durchsetzungsfunktion ergänzen, erteilte der EuGH mangels strafenden Charakters von Art. 82 DSGVO einer entsprechenden Anwendung der für die Bußgeldbemessung in Art. 83 DSGVO niedergelegten Kriterien eine Absage und betonte die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes.<sup>110</sup> Aus demselben Grund lehnte er eine Schadensberechnung anhand der Schwere des DSGVO-Verstoßes oder der wiederholten Verstöße ab,<sup>111</sup> was aufgrund der Grundrechtsrelevanz des datenschutzrechtlichen Schadensersatzanspruches zu hinterfragen ist.<sup>112</sup> Stattdessen sind laut EuGH mangels unionsrechtlicher Vorgaben aufgrund der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten „die innerstaatlichen Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten über den Umfang der finanziellen Entschädigung anzuwenden, sofern die unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden“<sup>113</sup>. Der Kläger habe jedoch nachzuweisen, dass der DSGVO-Verstoß zu einem Schaden in einer bestimmten Höhe geführt hat.<sup>114</sup> Dieser Ansatz ist vor allem für immaterielle Schäden für DSGVO-Verstöße, aber auch im Kontext anderer immaterieller Schadensersatzansprüche im digitalen Binnenmarktrecht, wie z.B. nach dem DSA, insgesamt zu kritisieren, da immaterielle Schäden

<sup>106</sup> Umfassend hingegen *Jacquemain*, Der deliktische Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, 2017, 238 ff.

<sup>107</sup> EuGH v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 58, 61; v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn) – Rn. 53; v. 21.12.2023 – C-667/21, EU:C:2023:1022 (Krankenversicherung Nordrhein) – Rn. 84.

<sup>108</sup> GA Pitruzzella v. 27.4.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:353 (Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 74.

<sup>109</sup> EuGH v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 59.

<sup>110</sup> EuGH v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 57, 59, 62.

<sup>111</sup> EuGH v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 60, 64.

<sup>112</sup> Vgl. *Hornkohl*, EULL Weekend Edition 120, 8, <https://eulawlive.com/weekend-edition/weekend-edition-no120/>.

<sup>113</sup> EuGH v. 11.4.2024 – C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (juris) – Rn. 58.

<sup>114</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (*Österreichische Post II*) – Rn. 50; v. 25.1.2024 – C-687/21, ECLI:EU:C:2024:72 (MediaMarktSaturn) – Rn. 60, 61; v. 14.12.2023 – C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (Gemeinde Ummendorf) – Rn. 22; v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 84.

gar nicht genau in Geld messbar, sondern nur richterlich schätzbar sind;<sup>115</sup> dies erfordert zwangsläufig subjektive Einschätzungen des Richters.<sup>116</sup> Konkrete unionsrechtliche Vorgaben, zum Beispiel im Wege von Schadensersatztabellen für typische immaterielle Schäden<sup>117</sup> oder weitere prozessuale Hilfestellungen, z.B. durch harmonisierte Schadensschätzungsvorschriften, wären hilfreich.<sup>118</sup>

In anderen Bereichen des digitalen Binnenmarktrechts wird die Schadensberechnung, vor allem für die genannten Vermögensschäden, ebenfalls zu einer Herausforderung führen. Bei möglichen Vermögensschäden im digitalen Binnenmarktrecht ist – im „Unterschied zu Sach- oder auch Körperschäden, bei denen sich der materielle Schaden durch die Kosten der Heilbehandlung oder Reparatur und den Verdienstausschlag [...] einigermaßen sicher berechnen lässt“<sup>119</sup> – bei der Schadensberechnung auf hypothetische und damit spekulative Szenarien zurückzugreifen: Wie wäre die Marktsituation ohne die Zuwiderhandlung gewesen?<sup>120</sup> Für den DMA etwa, welcher dem Kartellrecht zumindest nahe steht,<sup>121</sup> wird es für tatsächlich entstandene Schäden oder den entgangenen Gewinn zu mit dem Kartellrecht vergleichbaren Quantifizierungsschwierigkeiten kommen, die im Kartellrecht sogar unionsrechtlich besonders hervorgehoben wurden<sup>122</sup>. Die Berechnung materieller Vermögensschäden in anderen Bereichen wird aber nicht minder herausfordernd sein. Kommt es etwa zu einer P2B-VO-widrigen Nutzerkontensperrung, lässt sich ein entgangener Gewinn auch nur anhand von hypothetischen Marktentwicklungen berechnen.

Ohne weitere (auch nicht verbindliche) materiell-rechtlich oder prozessual harmonisierte Unterstützungen auf europäischer Ebene, z.B. durch richterliche Schätzungsmöglichkeiten, wird es Jahre bis Jahrzehnte dauern, bis der EuGH im Zusammenspiel mit den nationalen Gerichten ein kohärentes System zur Schadensberechnung auf Grundlage des Effektivitäts- und Äquivalenzprinzips geschaffen hat.<sup>123</sup> Bis dahin ist auf anwendbare nationale Hilfsmittel, wie z.B. § 287 ZPO, zurückzugreifen, die jedoch stark mitgliedstaatlich determiniert sind.

<sup>115</sup> Vgl. EuGH v. 3.2.1994 – C-308/87, ECLI:EU:C:1994:38 (Grifoni) – Rn. 38.

<sup>116</sup> *Wurmnest/Gömann*, 13 JETL (2022), 154 (173).

<sup>117</sup> Siehe immerhin als Überblick über die Rechtsprechung zum immateriellen Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO *Leibold*, ZD-Aktuell 2023, 01193; *Leibold*, ZD-Aktuell 2023, 01194; *Leibold*, ZD-Aktuell 2023, 01426; *Leibold*, ZD-Aktuell 2024, 01533.

<sup>118</sup> *Hornkohl*, VbR 2023, 120 (123).

<sup>119</sup> *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 592 (593).

<sup>120</sup> So für den Kartellschadensersatz bereits *Hornkohl*, ECLIC 2021, 29 (30).

<sup>121</sup> Siehe nur *Achleitner*, NZKart 2022, 359 (361).

<sup>122</sup> Ausdrücklich ErwGr. 45 KartellschadensersatzRL.

<sup>123</sup> Vgl. auch *Wurmnest/Gömann*, 13 JETL (2022) 154 (171 ff.) für Art. 82 DSGVO.



## VII. Conclusio und Ausblick

Im Schadensersatzrecht für Verstöße gegen Verhaltensvorschriften des digitalen Binnenmarktrechts manifestiert sich die allgemeine Unbeständigkeit des unionsrechtlichen Schadensersatzrechts, welches es an einem allgemeinen Schadensersatzrecht fehlt. Art. 82 DSGVO ist im digitalen Binnenmarktrecht schon im Normumfang, aber auch aufgrund der Vielzahl von nationalen und unionsgerichtlichen Entscheidungen in seiner Dogmatik am weitesten ausgeprägt. Ansonsten zeichnet sich kein klares Bild ab, es gibt wenig Überschneidungspunkte und durchdringende Konzepte.

Betrachtet man das Schadensverständnis im digitalen Binnenmarktrecht, so wird zwar das weite Schadensverständnis des EuGH in der Zukunft zu einer Erfassung vielfältiger Schadensposten führen. Die Ausführungen zeigen jedoch, dass pro Rechtsakt des digitalen Binnenmarktrechts typische Schadensposten relevant werden. Vermögensschäden stehen im digitalen Binnenmarktrecht allgemein im Vordergrund. Insoweit besteht eine Gemeinsamkeit, dass materielle Vermögensschäden in Form von tatsächlich entstandenen Schäden und entgangenem Gewinn als Rechtsfolge für alle Schadensersatzansprüche im digitalen Binnenmarktrecht in Betracht kommen. Für grundrechtsnahe Bereiche werden im Nachgang zu der Rechtsprechungssaga zu Art. 82 DSGVO immaterielle Schäden eine große Rolle spielen, vor allem für den DSA.

Ein immaterieller Schadensersatz kann auch für Verstöße gegen künftige Rechtsakte des digitalen Binnenmarktrechts in Betracht kommen. Für den soeben veröffentlichten AI-Act werden beispielsweise psychologischen Schäden von Verbrauchern durch KI-Systeme diskutiert.<sup>124</sup> Im Zusammenhang und Zusammenspiel mit der erneuerten ProdukthaftungsRL, wird der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch für Verstöße gegen den AI-Act im digitalen Binnenmarktrecht auch in Zukunft eine große Rolle spielen. Dies gilt vor allem, da der AI-Liability-Act<sup>125</sup> jedenfalls vorerst ausgesetzt und einige geplante Regelungen in die erneuerte ProdukthaftungsRL aufgenommen wurden. Ob dies ausreicht, bleibt abzuwarten. Im Zusammenhang mit der erwarteten Rechtsprechung zu den bereits ergangenen Akten sind in den nächsten Jahren weitere Entwicklungen und Erwartungen in Bezug auf den Schadensersatzanspruch wegen Verstößen von unionalen Rechtsakten, vor allem des digitalen Binnenmarktrechts, als haftungsrelevanter Bereich, zu erwarten.

---

<sup>124</sup> *Palka*, AI, Consumers & Psychological Harm, 15.7.2023, <https://ssrn.com/abstract=4564997>.

<sup>125</sup> COM(2022) 496 final; dazu *Bomhard/Siglmüller*, RD 2022, 506.





# Verjährung im europäischen Kontext

## Eine Suche nach allgemeinen Grundsätzen zur Verjährung im Unionsprivatrecht

*Karina Grisse*

### I. Einleitung

Gibt es unionsrechtliche Grundsätze für die Verjährung unionsrechtlich determinierter privatrechtlicher Ansprüche? D.h., ergeben sich aus dem Unionsrecht systematisch einzuhaltende Anforderungen an mitgliedstaatliche Verjährungsregeln? Auf diese Frage will der vorliegende Beitrag – insbesondere mit Blick auf private Ansprüche aus Rechtsakten des digitalen Binnenmarktes – eine Antwort geben.<sup>1</sup>

Die Verjährung begrenzt die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen. Obwohl die Verjährung damit wesentlichen Einfluss auf die effektive Durchsetzung von Rechtspositionen hat, ist die Regelung der Verjährung auch mit Blick auf unionsrechtlich determinierte Ansprüche weitgehend dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen. So scheint es jedenfalls, wenn man das Unionssekundärrecht anschaut. Das Unionsrecht enthält nur ganz punktuell Verjährungsregeln. Das gilt gerade auch für die neueren Rechtsakte des digitalen Binnenmarktes, von denen zumindest die DSGVO und der DSA explizit die Durchsetzung durch Private vorsehen, die aber auch im Übrigen weitgehend der privaten Durchsetzung offenstehen dürften.<sup>2</sup>

Dort, wo Richtlinien Bestimmungen zur Verjährung enthalten, werden meist nur einzelne Verjährungsaspekte geregelt. Verjährungsvorschriften, welche die Verjährung privater Ansprüche abschließend regeln, also Verjährungsbeginn,

---

<sup>1</sup> Umfangreich ging z.B. schon *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, passim und insb. 618 ff. dieser Frage nach. Angesichts neuen Sekundärrechts und neuerer Rechtsprechung des EuGH und vor dem Hintergrund der wachsenden Rolle der privaten Rechtsdurchsetzung im digitalen Binnenmarkt, insbesondere auch der wachsenden Liste verbandsklagefähiger Rechtsverstöße, lohnt es sich, diese Frage erneut aufzuwerfen.

<sup>2</sup> So ergibt sich etwa aus der Richtlinie zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM(2022) 496 final, ErwGr. 3 klar, dass Schäden, die auf Verstößen gegen den AI-Act beruhen, nach den mitgliedstaatlichen Schadensersatzregeln geltend gemacht werden können. Zur privaten Rechtsdurchsetzung nach einzelnen Sekundärrechtsinstrumenten *Schwamberger*, InTER 2023, 168. Siehe auch unten bei Fn. 114.

Hemmungsvoraussetzungen und Fristdauer, findet man nicht.<sup>3</sup> Teilweise stellen Richtlinien ausdrücklich klar, dass die Harmonisierung der Verjährungsregeln durch sie nicht angestrebt wird,<sup>4</sup> teilweise wird ein Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten formuliert<sup>5</sup> und teilweise ergibt sich die Regelungszuständigkeit der Mitgliedstaaten auch aus dem reinen Schweigen der EU-Sekundärinstrumente<sup>6</sup>. Angeführt wird der Grundsatz der Verfahrensautonomie.<sup>7</sup>

„Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats ist, die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu regeln [...]“<sup>8</sup>

Es ist eindeutig: Die Verjährung wird durch das Sekundärrecht ausdrücklich allenfalls ganz punktuell teilharmonisiert.

Ganz grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten aber verpflichtet, ihr nationales Recht so zu gestalten, dass die effektive Durchsetzung des Unionsrechts gewährleistet ist (Effektivitätsgrundsatz<sup>9</sup>).<sup>10</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt der Effektivitätsgrundsatz,

<sup>3</sup> Die detaillierteste Verjährungsbestimmung mit Blick auf private Rechtsdurchsetzung dürfte Art. 16 der neuen ProdukthaftungsRL 2024 sein, die immerhin starre Vorgaben mit Blick auf Frist und Fristbeginn enthält, gefolgt von Art. 10 KartellschadensersatzRL, der mindestharmonisierende Vorgaben zu Fristbeginn, Dauer und Hemmungsvoraussetzungen enthält.

<sup>4</sup> Siehe z.B. ErwGr. 10 Vorschlag für eine Richtlinie zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM(2022) 496 final.

<sup>5</sup> Art. 10 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 4 S. 2 KartellschadensersatzRL; ErwGr. 51 S. 1 VerbandsklagenRL; Art. 8 Abs. 1 GeschäftsgeheimnisRL.

<sup>6</sup> EuGH v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 50.

<sup>7</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 52; ähnl. EuGH v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 50; siehe auch schon EuGH v. 19.6.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12, C-541/12, ECLI:EU:C:2014:2005 (Specht u.a.). Dieser Grundsatz wird auch in ErwG. 12 der VerbandsklagenRL erwähnt. Kritisch zur Existenz dieses Grundsatzes *Kramme*, in: Behme/Fervers et al. (Hrsg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 2016, 407 (442): „Es hat sich aber gezeigt, dass im Bereich des Unionsprivatrechts der Freiraum, den die Mitgliedstaaten [...] genießen, vor allem ein faktischer ist, aber kein normativ abgesicherter. [...] [d]ie Verfahrensautonomie ist mehr ein Phantom als ein unionsrechtlicher Grundsatz.“

<sup>8</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 52.

<sup>9</sup> Der Effektivitätsgrundsatz wird im Unionsrecht aus Art. 4 Abs. 3 EUV abgeleitet, findet sich aber auch an anderer Stelle (z.B. Art. 197 Abs. 1 AEUV) und begründet die „Pflicht zur hinreichend effektiven Durchsetzung des Unionsrechts“, Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Classen*, 81. EL Januar 2024, AEUV Art. 197 Rn. 25. Ausführlich zum Effektivitätsgrundsatz *Pauer*, Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes, hier in diesem Band, S. 1 ff.

<sup>10</sup> Zum Verhältnis der mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie und dem Effektivitätsgrundsatz grundlegend *Kulms*, Der Effektivitätsgrundsatz, 2013, 198 ff.

„dass die Vorschriften für Rechtsbehelfe, die den Schutz der dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“<sup>11</sup>

Und so hat der EuGH immer wieder aus dem Effektivitätsgrundsatz auch Schlüsse für Verjährungsbestimmungen gezogen und in konkreten Konstellationen über mitgliedstaatliche Verjährungsregeln geurteilt.

Lassen sich aus den existierenden sekundärrechtlichen Bestimmungen zur Verjährung und der Rechtsprechung des EuGH verallgemeinerbare Vorgaben für die Regelung der Verjährung unionsrechtlich determinierter Ansprüche im mitgliedstaatlichen Recht entnehmen? Diese Frage stellt sich gerade auch vor dem Hintergrund, dass das Unionsrecht in letzter Zeit eine Vielzahl von Rechtsinstrumenten für den digitalen Binnenmarkt hervorgebracht hat, für die im Verstoßfall auch unterschiedliche privatrechtlich durchsetzbare Ansprüche zur Verfügung stehen.

Der Beitrag zeigt exemplarisch<sup>12</sup> im Unionsrechtprivatrecht vorhandene Verjährungsregeln auf (II.) und kategorisiert diese für einen besseren Überblick in Regeln zur Verjährungshemmung (II.1.), zum Verjährungsbeginn (II.2.) und zur Verjährungsdauer (II.3.). Anschließend wird ausgewählte Rechtsprechung des EuGH zu den Auswirkungen des Effektivitätsgrundsatzes auf konkrete mitgliedstaatliche Verjährungsregeln dargestellt (III.). Aus der Gesamtschau der bestehenden Regeln und der EuGH-Rechtsprechung lassen sich dann punktuelle, aber allgemeine Anforderungen an mitgliedstaatliche Verjährungsregeln für unionsrechtlich determinierte privatrechtliche Ansprüche ziehen (IV.), die mitgliedstaatliche Rechtssetzung und -auslegung anleiten.

## II. Verjährungsbestimmungen im Unionssekundärrecht

### 1. Bestimmungen zur Verjährungshemmung

#### a) Verjährungshemmung während alternativer Streitbeilegungsversuche

Vorgaben an die Mitgliedstaaten zur Verjährungshemmung finden sich in der MediationsRL und der RL über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten.<sup>13</sup> Mit diesen Richtlinien enthält das Unionsrecht Instrumente, die die gütliche Einigung von Streitigkeiten anregen und fördern sollen. Um die Parteien dazu zu bringen, diese alternativen Streitbeilegungsmechanismen auch

---

<sup>11</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 51; ähnl. EuGH v. 28.3.2019 – C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (Cogeco) – Rn. 43; v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 50.

<sup>12</sup> Siehe weitere bei *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 618 ff.

<sup>13</sup> Richtlinie (EU) 2013/11 ABl. L 2013/165, 63.

zu nutzen und nicht wegen drohender Verjährung unmittelbar die gerichtliche Klärung zu suchen, bestimmen die Richtlinien, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass Parteien, die eine alternative Streitbeilegung versucht haben, im Anschluss daran nicht durch Verjährung an der gerichtlichen Geltendmachung gehindert sind.<sup>14</sup>

Nach Art. 18 Abs. 1 der KartellschadensersatzRL müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, „dass die Verjährungsfrist für die Erhebung von Schadensersatzklagen für die Dauer einer einvernehmlichen Streitbeilegung gehemmt ist.“ Auch diese Regel soll den Parteien die ernsthafte Möglichkeit zur außergerichtlichen Streitbeilegung geben.<sup>15</sup> Die KartellschadensersatzRL ordnet aber selbst nicht an, dass die Mitgliedstaaten außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren für Sachverhalte in ihrem Anwendungsbereich vorsehen müssen.

#### *b) Verjährungshemmung zugunsten von Anschlussklagen*

Weitere Vorgaben zur Verjährungshemmung finden sich in der KartellschadensersatzRL und der VerbandsklagenRL. In diesen Bestimmungen geht es darum, Anschlussklagen an behördliche Ermittlungen in Kartellsachen bzw. an Verbandsklageverfahren zu ermöglichen.

Während Wettbewerbsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht ermitteln oder Verfahren führen, muss die Verjährung von aus einer Zuwiderhandlung folgenden Schadensersatzansprüchen gehemmt sein (Art. 10 Abs. 4 KartellschadensersatzRL). Nach der Entscheidung, mit der ein Wettbewerbsverstoß festgestellt wurde, sollen Geschädigte noch ein Jahr Zeit haben, ihre Schadensersatzklagen anhängig zu machen.<sup>16</sup>

In Art. 16 VerbandsklagenRL heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen im Einklang mit dem nationalen Recht sicher, dass eine anhängige Verbandsklage zur Erwirkung einer Unterlassungsentscheidung nach Artikel 8 eine Hemmung oder Unterbrechung der geltenden Verjährungsfristen für die von dieser Verbandsklage betroffenen Verbraucher bewirkt, sodass diese Verbraucher nicht dadurch daran gehindert werden, danach Klage zur Erwirkung von Abhilfeentscheidungen im Zusammenhang mit dem mutmaßlichen Verstoß gemäß Artikel 2 Absatz 1 zu erheben, dass während der Verfahrensdauer einer Verbandsklage zur Erwirkung einer Unterlassungsentscheidung Verjährungsfristen abgelaufen sind.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen ebenfalls sicher, dass eine anhängige Verbandsklage auf Abhilfeentscheidungen gemäß Artikel 9 Absatz 1 für die von der Verbandsklage betroffenen Verbraucher eine Hemmung oder Unterbrechung der geltenden Verjährungsfristen bewirkt.“

<sup>14</sup> Art. 8 und ErwGr. 24 MediationsRL; Art. 12 RL über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten.

<sup>15</sup> ErwGr. 48 ff. KartellschadensersatzRL.

<sup>16</sup> Art. 14 Abs. 4 S. 2 KartellschadensersatzRL.

Damit soll sichergestellt werden, dass während auf Unterlassung gerichteter Verbandsklageverfahren auch die Verjährung eventuell daran anknüpfender Abhilfeansprüche gehemmt ist.<sup>17</sup> Abhilfeansprüchen soll in der Zeit der Unterlassungsklage, mit der eine Rechtsverletzung zunächst festgestellt wird, keine Verjährung drohen.<sup>18</sup>

„Um Zweifelsfälle zu vermeiden, sollte auch eine anhängige Verbandsklage auf Abhilfeentscheidungen für die von der Verbandsklage betroffenen Verbraucher in Bezug auf die anwendbaren Verjährungsfristen fristhemmende oder -unterbrechende Wirkung haben.“<sup>19</sup>

## 2. Bestimmungen zum Verjährungsbeginn

Vorgaben zum Beginn des Laufs von Verjährungsfristen finden sich für Kartellschadensersatzansprüche in der KartellschadensersatzRL und für Schadensersatzansprüche aus Produkthaftung in der ProdukthaftungsRL<sup>20</sup>.

Art. 10 Abs. 2 KartellschadensersatzRL bestimmt, dass die Verjährung von Kartellschadensersatzansprüchen nicht beginnen darf, bevor die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht beendet ist und der Kläger volle Rechtskenntnis<sup>21</sup> hat oder vernünftigerweise hätte haben müssen.

In der neuen (wie schon in der alten) ProdukthaftungsRL finden sich zwei Anknüpfungspunkte für zwei verschieden lange Fristen. Der Beginn des Laufs einer dreijährigen Verjährungsfrist ist an die Kenntnis des Geschädigten bzw. dessen Kennenmüssen von Schaden, Fehlerhaftigkeit des Produkts und Anspruchsgegner geknüpft.<sup>22</sup> Zusätzlich beginnt eine absolute zehn-, bzw. in besonderen Fällen 25-jährige Frist mit Inverkehrbringen des fehlerhaften Produkts.<sup>23</sup>

## 3. Bestimmungen über die Dauer von Verjährungsfristen

In einzelnen Richtlinien finden sich Vorgaben zur Verjährungsdauer. So enthält etwa Art. 8 Abs. 2 der GeschäftsgeheimnisRL die Vorgabe, dass die Verjährungsfrist „für materielle Ansprüche und Klagen auf Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe“ maximal sechs Jahre betragen darf. Einen zeitlichen Anknüpfungspunkt für den Beginn dieser Maximalfrist liefert die Richtlinie nicht.

---

<sup>17</sup> ErwGr. 65 VerbandsklagenRL.

<sup>18</sup> ErwGr. 65 VerbandsklagenRL.

<sup>19</sup> ErwGr. 65 VerbandsklagenRL.

<sup>20</sup> Sowohl in der alten ProdukthaftungsRL als auch in der neuen ProdukthaftungsRL 2024.

<sup>21</sup> D.h. laut Art. 10 Abs. 2 Kenntnis von „a) dem Verhalten und der Tatsache, dass dieses eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht darstellt, b) der Tatsache, dass ihm durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht ein Schaden entstanden ist, und c) der Identität des Rechtsverletzers.“

<sup>22</sup> Art. 16 ProdukthaftungsRL 2024, siehe vormals Art. 10 ProdukthaftungsRL.

<sup>23</sup> Art. 17 ProdukthaftungsRL 2024, siehe vormals Art. 11 ProdukthaftungsRL.

Die ProdukthaftungsRL kannte – wie eben schon angesprochen – eine dreijährige kenntnisabhängige und eine zehnjährige kenntnisunabhängige Frist.<sup>24</sup> In der Neufassung ist die absolute Frist als „Ablauffrist“ für die gerichtliche Geltendmachung ausgestaltet.<sup>25</sup> Zudem ist darin als Ausnahme zu der zehnjährigen Ablauffrist eine 25-jährige Frist vorgesehen, wenn die geschädigte Person „aufgrund der Latenzzeit einer Körperverletzung nicht in der Lage war, innerhalb von zehn Jahren [...] ein Verfahren einzuleiten“.<sup>26</sup> Der Anspruch soll nicht deshalb abgeschnitten werden, weil „die Symptome eines Personenschadens nach medizinischem Befund erst mit Verzögerung zutage treten“.<sup>27</sup>

An anderer Stelle finden sich Mindestfristen. So bestimmt etwa Art. 10 Abs. 3 KartellschadensersatzRL, dass die Verjährungsfrist für Kartellschadensersatzklagen im mitgliedstaatlichen Recht mindestens fünf Jahre betragen muss.<sup>28</sup>

Mindestvorgaben für die Dauer der Verjährungsfrist machen auch die Warenkauf-RL (WKRL) und die Digitale-Inhalte-RL (DIRL). Beide RL bestimmen primär Haftungszeiträume. Nach Bereitstellung eines digitalen Produktes bzw. Lieferung einer Ware haftet der Unternehmer jedenfalls für alle Produkt- bzw. Warenmängel, die bei Bereitstellung bzw. Lieferung bestehen und sich innerhalb von zwei Jahren offenbaren (Art. 10 Abs. 1 S. 1 WKRL und Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 DIRL). Die Mitgliedstaaten dürfen auch längere Haftungszeiträume festlegen (Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 DIRL; Art. 10 Abs. 3 WKRL). Zusätzlich oder alternativ dürfen die Mitgliedstaaten auch Verjährungsvorschriften einführen oder beibehalten.<sup>29</sup> Diese Verjährungsfristen dürfen aber den festgelegten Haftungszeitraum von zwei Jahren nicht verkürzen.

Aus dem Mindesthaftungszeitraum der Richtlinien folgt, dass eine mitgliedstaatliche Verjährungsfrist, die mit Lieferung bzw. Bereitstellung zu laufen beginnt, mindestens zwei Jahre betragen muss. ErwGr. 42 S. 2 WKRL besagt, dass die Richtlinie nicht den Zeitpunkt des Beginns nationaler Verjährungsfristen harmonisieren sollte. So wäre es im Prinzip möglich, dass die Mitgliedstaaten kürzere Verjährungsfristen vorsehen, sofern diese nicht an die Lieferung, sondern an die Kenntnis eines offenbar gewordenen Mangels anknüpfen. Der EuGH hat allerdings zur Vorgängerregelung des Art. 10 WKRL (Art. 5 Abs. 1<sup>30</sup> VerbrauchsgüterkaufRL) entschieden, dass die Mitgliedstaaten keine Verjährungsfristen vorsehen dürfen, die vor dem Ende der zweijährigen Haftungsfrist ablaufen, auch

<sup>24</sup> Art. 10 f. ProdukthaftungsRL.

<sup>25</sup> Art. 17 ProdukthaftungsRL 2024.

<sup>26</sup> Art. 17 Abs. 2 ProdukthaftungsRL 2024.

<sup>27</sup> ErwGr. 57 ProdukthaftungsRL 2024.

<sup>28</sup> Zum Beginn der Frist s.o. II.2.

<sup>29</sup> Art. 11 Abs. 2 UAbs. 3 DIRL; Art. 10 Abs. 4 und 5 WKRL.

<sup>30</sup> „Der Verkäufer haftet nach Artikel 3, wenn die Vertragswidrigkeit binnen zwei Jahren nach der Lieferung des Verbrauchsgutes offenbar wird. Gilt nach dem innerstaatlichen Recht für die Ansprüche nach Artikel 3 Absatz 2 eine Verjährungsfrist, so endet sie nicht vor Ablauf eines Zeitraums von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung.“

wenn sie nicht mit der Lieferung, sondern mit dem Auftreten des Mangels beginnen.<sup>31</sup> Diese Entscheidung konnte sich allerdings auch auf einen gegenüber der WKRL etwas anderen Wortlaut stützen.<sup>32</sup>

WKRL und DIRL enthalten weitere Regelungen zu den Haftungszeiträumen und alternativen Verjährungsbestimmungen für dauerhaft bereitgestellte digitale Produkte oder digitale Elemente.<sup>33</sup> Diese können aber hier außen vor bleiben, denn für eine unionsrechtliche Verjährungssystematik bringen sie gegenüber der Grundregelung keine weiteren Erkenntnisse.

### III. EuGH-Rechtsprechung zu Verjährung

#### 1. Allgemeine Grundsätze (?)

Der EuGH war bereits in mehreren Fällen mit der Vereinbarkeit nationaler Verjährungsbestimmungen mit dem Unionsrecht befasst. Dabei hat er zumindest ganz abstrakte Grundregeln formuliert.

Zunächst einmal hat der EuGH klargestellt, dass die Mitgliedstaaten Verjährungsfristen vorsehen dürfen, und zwar auch dann, wenn das Unionsrecht den Mitgliedstaaten die Festlegung von Verjährungsbestimmungen nicht explizit aufträgt. Auch wenn Verjährungsfristen die Durchsetzung von durch Unionsrecht gewährten Rechten – das liegt in ihrer Natur – einschränken, sind sie grundsätzlich zulässig, weil sie dem grundlegenden Prinzip der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dienen.<sup>34</sup> Der Anspruchsgegner soll nicht auf unbestimmte Zeit mit dem Damoklesschwert der Inanspruchnahme leben müssen.<sup>35</sup> Das gilt auch im Bereich des Verbraucherschutzes.<sup>36</sup>

Nationale Verjährungsvorschriften sind

„so auszugestalten, dass sie ein Gleichgewicht zwischen den Zielen, die Rechtssicherheit zu gewährleisten und die Behandlung der Rechtssachen innerhalb angemessener Frist sicherzustellen, die allgemeine Grundsätze des Unionsrechts darstellen, auf der einen Seite und

---

<sup>31</sup> EuGH v. 13.7.2017 – C-133/16, ECLI:EU:C:2017:541 (Ferenschild) – Rn. 37 ff.

<sup>32</sup> Fn. 30. Zur Berücksichtigung der Ferenschild-Entscheidung in der WKRL *Stabentheiner* in Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue europäische Gewährleistungsrecht, 2019, 24 f.

<sup>33</sup> Art. 11 Abs. 3 DIRL; Art. 10 Abs. 2 WKRL.

<sup>34</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 32; v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 57; vgl. zur ganz ähnlichen Frage der Zulässigkeit von Ausschlussfristen EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 (Bulicke) – Rn. 36.

<sup>35</sup> Vgl. EuGH v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 45; v. 21.1.2021 – C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47 (Whiteland Rumänien) – Rn. 48.

<sup>36</sup> Z.B. EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 56 f.; v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 – Rn. 56 m.w.N.



der tatsächlichen und wirksamen Durchsetzung [des Unionsrechts] auf der anderen Seite herstellen [...].“<sup>37</sup>

Die Verjährungsfrist muss im Voraus feststehen und es muss für den Anspruchsberechtigten erkennbar sein, nach welchen Vorschriften sich die Verjährung richtet, denn ansonsten kann die Verjährung ihren Zweck, Rechtssicherheit zu schaffen, gerade nicht erfüllen.<sup>38</sup> Unklare Verjährungsregeln bzw. Unklarheiten über die Anwendbarkeit der einschlägigen Verjährungsregeln erschweren dann vielmehr die Rechtsdurchsetzung und verstoßen gegen den Effektivitätsgrundsatz.<sup>39</sup>

Der EuGH hat zudem Regeln formuliert, die bei der Frage nach der Zulässigkeit nationaler Verjährungsbestimmungen zu beachten sind. Für die Beurteilung, ob das nationale Verjährungsgefüge ein angemessenes Gleichgewicht herstellt, müssen die Bestimmungen in ihrer Gesamtheit betrachtet und der Sachverhalt, um den es geht, und die durchzusetzenden Regelungsziele insgesamt gewürdigt werden.<sup>40</sup> Schon hier wird deutlich, dass sich aus dem Effektivitätsgrundsatz keine starren Vorgaben z.B. zur Verjährungsfristlänge ergeben können; auch nicht in Verbindung mit dem Fallrecht des EuGH. Denn es gibt verschiedene Modalitäten und Stellschrauben, welche die Angemessenheit des Verjährungsgefüges vor dem Hintergrund des durchzusetzenden Anspruchs beeinflussen.<sup>41</sup> Zentrales Kriterium für die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht und seinem Effektivitätsgrundsatz ist, dass nationale Verjährungsregelungen keine systemische Gefahr der Nichtahndung von Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht in sich tragen.<sup>42</sup>

Nationale Verjährungsregeln müssen die Besonderheiten und Ziele der Vorschriften, um deren Durchsetzung es geht, beachten.<sup>43</sup>

„Zu dem [...] Effektivitätsgrundsatz ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Unionsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen zu prüfen ist. Dabei sind gegebenenfalls die Grundsätze zu berücksichtigen, die dem nationalen Rechtsschutzsystem zugrunde liegen, wie z.B. der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens.“<sup>44</sup>

<sup>37</sup> EuGH v. 21.1.2021 – C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47 (Whiteland Rumänien) – Rn. 49.

<sup>38</sup> Z.B. EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 33; v. 11.7.2002 – C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435 – Rn. 39; v. 10.6.2021 – C-776/19 bis C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (BNP Paribas) – Rn. 42.

<sup>39</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 33.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH v. 21.1.2021 – C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47 (Whiteland Rumänien) – Rn. 49 mit Blick auf Art. 101 und 102 AEUV.

<sup>41</sup> Vgl. EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 55.

<sup>42</sup> EuGH v. 21.1.2021 – C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47 (Whiteland Rumänien) – Rn. 57.

<sup>43</sup> EuGH v. 21.1.2021 – C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47 (Whiteland Rumänien) – Rn. 52.

<sup>44</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 53.

Das Regelungsgefüge muss „der Bedeutung der zu treffenden Entscheidungen für die Betroffenen, der Komplexität der Verfahren und der anzuwendenden Rechtsvorschriften, der Zahl der potenziell Betroffenen und den anderen zu berücksichtigenden öffentlichen oder privaten Belangen“ Rechnung tragen.<sup>45</sup>

Aus der Rechtsprechung des EuGH zu konkreten Konstellationen können deshalb allenfalls ganz vorsichtig allgemeine Regeln abgeleitet werden, nämlich indem man betrachtet, unter welchen Umständen der EuGH zu dem Ergebnis gelangt ist, dass nationale Verjährungsregelungen eine systemische Gefahr der Nichtahndung von Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht darstellten oder eben nicht.

## 2. Ausgewählte Entscheidungen über konkrete Verjährungsregeln

### a) Verjährung bei Rückzahlungsansprüchen wegen unwirksamer Klauseln in Verbraucherkreditverträgen

Gleich mehrere Entscheidungen zur Verjährung hat der EuGH in den Jahren 2020–2024 im Zusammenhang mit Rückzahlungsansprüchen getroffen, die sich wegen rechtswidriger<sup>46</sup> und damit unwirksamer Klauseln in Verbraucherkreditverträgen ergaben.

Wiederholt hat der EuGH festgehalten, dass zwar die Feststellungsmöglichkeit der Missbräuchlichkeit von Klauseln keiner Verjährung unterliegen darf, wohl aber die sich aus der Unwirksamkeit von Klauseln ergebenden Rückzahlungsansprüche.<sup>47</sup>

Gegenstand der Entscheidungen der letzten Jahre waren unterschiedliche nationale Verjährungsregeln mit Fristen zwischen drei<sup>48</sup> und zehn<sup>49</sup> Jahren, die mal ab dem Tag der jeweiligen ungerechtfertigten Bereicherung,<sup>50</sup> mal mit Ende der Vertragsabwicklung<sup>51</sup> und mal mit Vertragsschluss<sup>52</sup> begannen und die Frage, ob diese mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sind. Der EuGH hat dies in allen

<sup>45</sup> Zu Ausschlussfristen EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 (Bulicke) – Rn. 36.

<sup>46</sup> Die Klauseln waren mit den Bestimmungen der Richtlinie (EWG) 93/13, ABl. L 1993/95, 29 und der Richtlinie (EG) 2008/48, ABl. L 2008/133, 66 nicht vereinbar.

<sup>47</sup> Z.B. EuGH v. 16.7.2020 – C-224/19, C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 – Rn. 84; v. 10.6.2021 – C-776/19 bis C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (BNP Paribas) – Rn. 38 f.

<sup>48</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 51.

<sup>49</sup> EuGH v. 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 (EK u.a./DBP u. BS u.a./M), EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313; v. 25.1.2024 – C-810/21 bis C-813/21, ECLI:EU:C:2024:81 (Caixabank).

<sup>50</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 51.

<sup>51</sup> EuGH v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537.

<sup>52</sup> EuGH v. 16.7.2020 – C-224/19, C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 – Rn. 91; v. 10.6.2021 – C-776/19 bis C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 (BNP Paribas)

Fällen verneint.<sup>53</sup> Zwar sei eine dreijährige (und auch zweijährige<sup>54</sup>) Frist grundsätzlich auch für Verbraucher ausreichend, die Geltendmachung von Ansprüchen vorzubereiten und Klage zu erheben, es komme aber eben nicht allein auf die Dauer der Frist, sondern auch auf die sonstigen Modalitäten an.<sup>55</sup> Das Problem sah der EuGH bei dem kenntnisunabhängigen Beginn der Fristen. Wenn der Verbraucher zu Beginn der Verjährungsfrist die Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel nicht beurteilen könne und auch keine Kenntnis von ihrer Missbräuchlichkeit habe, erschwere eine solche Frist die Ausübung der dem Verbraucher aus der Richtlinie erwachsenden Rechte.<sup>56</sup>

Besonders problematisch ist es aus Sicht des EuGHs, wenn nach dem mitgliedstaatlichen Verjährungsgefüge Verjährung für (Teil-)Ansprüche eintreten kann, bevor der Vertrag vollständig abgewickelt ist, also bevor der Darlehensrückzahlungszeitraum endet.<sup>57</sup> Denn dann bestehe die Gefahr, dass der Verbraucher sich nicht mehr (vollständig) auf seine Rechte berufen könne, bevor Verjährung eingetreten sei.<sup>58</sup> Wenn die Verjährung vor Vertragsende abzulaufen drohe, könne dies dem Verbraucher „systematisch die Möglichkeit [...] nehmen, die Erstattung von Zahlungen zu verlangen, die aufgrund von mit den genannten Richtlinien unvereinbaren Klauseln geleistet wurden.“<sup>59</sup> Ein Verjährungsbeginn unabhängig von der Kenntnis der Missbräuchlichkeit der Klauseln erschwere die Ausübung der dem Verbraucher aus der Richtlinie erwachsenden Rechte.<sup>60</sup>

„Daraus folgt, dass die RL 93/13 im Licht des Effektivitätsgrundsatzes dahin auszulegen ist, dass sie einer nationalen Rechtsprechung entgegensteht, nach der die zehnjährige Verjährungsfrist für die Klage eines Verbrauchers auf Rückerstattung von Beträgen, die er einem Gewerbetreibenden auf der Grundlage einer missbräuchlichen Klausel in einem Darlehensvertrag rechtsgrundlos gezahlt hat, zum Zeitpunkt jeder einzelnen vom Verbraucher erbrachten Leistung zu laufen beginnt, auch wenn er zu diesem Zeitpunkt die Missbräuchlichkeit der Vertragsklausel nicht selbst beurteilen konnte oder keine Kenntnis von ihrer Missbräuchlichkeit hatte, ohne zu berücksichtigen, dass der Vertrag einen Rück-

<sup>53</sup> EuGH v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 – Rn. 59 ff., 75; v. 16.7.2020 – C-224/19, C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 – Rn. 86 ff., 91; v. 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 (EK u.a./DBP u. BS u.a./M) – Rn. 85 ff., 100; v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 60 ff., 66; v. 25.1.2024 – C-810/21 bis C-813/21, ECLI:EU:C:2024:81 (Caixabank) – Rn. 51.

<sup>54</sup> EuGH v. 16.7.2020 – C-224/19, C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578 – Rn. 87.

<sup>55</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 55, 59.

<sup>56</sup> EuGH v. 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 (EK u.a./DBP u. BS u.a./M) – Rn. 99.

<sup>57</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19 – Rn. 59; v. 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 (EK u.a./DBP u. BS u.a./M) – Rn. 99.

<sup>58</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 59.

<sup>59</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 63.

<sup>60</sup> EuGH v. 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 (EK u.a./DBP u. BS u.a./M) – Rn. 99.

zahlungszeitraum – im vorliegenden Fall 30 Jahre – vorsah, der weit über die gesetzliche Verjährungsfrist von zehn Jahren hinausgeht.“<sup>61</sup>

Die Tatsache, dass Verträge über einen längeren Zeitraum laufen, scheint für sich genommen aber nicht ausschlaggebend zu sein, denn auch in dem Fall, in dem die Verjährung mit Ende der Vertragsabwicklung, aber eben doch unabhängig von der tatsächlichen Kenntnis des Verbraucherdarlehensnehmer beginnen sollte, kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Verjährungsregel gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoße.<sup>62</sup>

Der EuGH stellt auf das Machtgefälle und die Informationsasymmetrie zwischen Kreditinstitut und Verbraucher ab<sup>63</sup>, verlangt hier also einen kenntnisabhängigen Verjährungsstart und meint damit Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klauseln, sprich Rechtskenntnis,<sup>64</sup> und zwar im konkreten Einzelfall. Von einem Verbraucher könne nicht erwartet werden, dass er die Rechtsprechung zu Vertragsklauseln kenne. Die Verjährung darf erst beginnen, wenn der Verbraucher von der rechtswidrigen Klausel in seinem Vertrag weiß.<sup>65</sup>

#### *b) Verjährung bei Kartellschadensersatz*

Aus Art. 101 und 102 AEUV in Verbindung mit dem Effektivitätsgrundsatz leitete der EuGH in der Sache *Heureka/Google* erst kürzlich – im Jahr 2024 – ab, dass schon vor Umsetzung der KartellschadenersatzRL Verjährungsfristen von Schadensersatzansprüchen wegen Wettbewerbsverstößen erst beginnen dürfen, wenn die Zuwiderhandlung beendet ist und „der Geschädigte von den für die Erhebung seiner Schadensersatzklage unerlässlichen Informationen Kenntnis erlangt hat oder eine solche Kenntnisnahme vernünftigerweise erwartet werden kann.“<sup>66</sup> Der Gerichtshof wiederholt insoweit das, was er bereits 2022 in der *Lkw-Kartell*-Entscheidung geurteilt hatte.<sup>67</sup> Darin hatte der EuGH hervorgehoben, dass „Rechtsstreitigkeiten wegen Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht der Union und gegen das nationale Wettbewerbsrecht grundsätzlich durch eine Informationsasymmetrie zum Nachteil des Geschädigten gekenn-

<sup>61</sup> EuGH v. 8.9.2022 – C-80/21 bis C-82/21, ECLI:EU:C:2022:646 (EK u.a./DBP u. BS u.a./M) – Rn. 99 f.

<sup>62</sup> EuGH v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 – Rn. 59 ff.

<sup>63</sup> EuGH v. 22.4.2021 – C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313 – Rn. 60 ff., insb. 62 EuGH v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 – Rn. 66 f.

<sup>64</sup> Besonders deutlich EuGH v. 25.1.2024 – C-810/21 bis C-813/21, ECLI:EU:C:2024:81 (Caixabank) – Rn. 50.

<sup>65</sup> EuGH v. 25.1.2024 – C-810/21 bis C-813/21, ECLI:EU:C:2024:81 (Caixabank) – Rn. 56 ff.

<sup>66</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 52 ff.

<sup>67</sup> EuGH v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 56, 61; im Ansatz schon EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi) – Rn. 78 f.

zeichnet sind“.<sup>68</sup> Deshalb erfordere eine effektive Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen, dass die Verjährung nicht beginne, bevor der Geschädigte alle für die Erhebung der Schadensersatzklage unerlässlichen Informationen erlangt hat.<sup>69</sup> Die zur Geltendmachung des vollständigen Schadens erforderliche Kenntnis kann bei Wettbewerbsverstößen erst nach deren Beendigung vorliegen.<sup>70</sup> Diese erforderliche Kenntnis umfasse die Information einer Zuwiderhandlung gegen das den Schadensersatz begründende Rechtsinstrument, die Information über den Schaden und den Kausalzusammenhang sowie die Kenntnis von der Identität des Schädigers.<sup>71</sup> Der EuGH verlangt also auch hier nicht nur bloß Tatsachenkenntnis, sondern Rechtskenntnis für den Verjährungsbeginn.

Im *Heureka/Google*-Verfahren hat sich der EuGH auch zur Bedeutung der Privatklage für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts und der Bedeutung behördlicher Ermittlungen für die Privatklage geäußert und daraus Schlüsse für die Verjährung gezogen. Während einer Untersuchung der Kommission müsse die Verjährung gehemmt oder unterbrochen werden, damit der Geschädigte im Anschluss an die Kommissionsentscheidung über die Geltendmachung seiner Rechte entscheiden könne.<sup>72</sup> Ein Verjährungseintritt vor Feststellung der Zuwiderhandlung durch die Wettbewerbsbehörde würde dem Geschädigten die Möglichkeit der Follow-On-Klage nehmen.<sup>73</sup> Für die Privatperson ist die Erbringung des Beweises des Verstoßes in der Regel schwieriger als für die Behörde.<sup>74</sup> Deshalb soll der Geschädigte auf die Erkenntnisse der Behörde zurückgreifen können. Erst ab dem Zeitpunkt, in dem eine behördliche Feststellung der Zuwiderhandlung im Amtsblatt der EU veröffentlicht ist, darf die Verjährungsfrist in Gang setzende Rechtskenntnis des Geschädigten vermutet werden.<sup>75</sup> Der Anknüpfungspunkt der Frist wird dadurch verobjektiviert. Der Schädiger muss es be-

<sup>68</sup> EuGH v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 55.

<sup>69</sup> EuGH v. 22.6.2022 – C-267/20, ECLI:EU:C:2022:494 (Lkw-Kartell) – Rn. 55 ff., 61; im Ansatz schon EuGH v. 13.7.2006 – C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi) – Rn. 78 f.

<sup>70</sup> Denn vorher lässt sich der ganze Schaden noch nicht bestimmen, vgl. EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – insb. Rn. 58, 60, 63.

<sup>71</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 64.

<sup>72</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 79 f.

<sup>73</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 62.

<sup>74</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 62.

<sup>75</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 67, 78, zum Erfordernis der Bestandskraft Rn. 72 ff.

weisen, wenn der Geschädigte schon vor diesem Zeitpunkt über ausreichende Kenntnis verfügte.<sup>76</sup>

Der EuGH hat das Regelungsergebnis von Art. 10 KartellschadensersatzRL unabhängig von dessen Geltung aus Art. 101 und 102 AEUV in Verbindung mit dem Effektivitätsgrundsatz hergeleitet.

*c) Verjährung von Staatshaftungsansprüchen*

Anders hat der EuGH im Jahr 2009 mit Blick auf das Erfordernis der Verjährungshemmung während eines kommissionsgeführten Vertragsverletzungsverfahrens für Staatshaftungsansprüche entschieden. Hier sah der EuGH keine Notwendigkeit, die Verjährung während des Vertragsverletzungsverfahrens zu hemmen.

Die Bundesrepublik Deutschland hatte in den Jahren 1993–1999 den Import von Fleisch unkastrierter Eber – wie sie damals in Dänemark gezüchtet wurden – wegen eines hohen Gehaltes eines bestimmten Hormons verboten. Die Kommission hatte wegen dieser Verbotsentscheidung im März 1996 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland anhängig gemacht, das im Jahr 1998 mit der Feststellung des EuGH endete, dass Deutschland in der Tat gegen seine Verpflichtungen aus den Richtlinien 64/433 und 89/662 verstoßen habe.<sup>77</sup>

Der Branchenverband dänischer Schlachthöfe und Schweinezüchter erhob im Dezember 1999 Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland und verlangte Ersatz der Schäden, die seinen Mitgliedern aufgrund der unionsrechtswidrigen Entscheidung Deutschlands entstanden seien. Das deutsche Recht sah eine Verjährungsfrist von drei Jahren vor. Im Prozess stellte sich die Frage, ob die Ansprüche für den Zeitraum vor Ende 1996 verjährt seien oder ob die Einleitung des Verfahrens durch die Kommission zur Verjährungshemmung hätte führen müssen.<sup>78</sup>

Hier entschied der EuGH, dass sich aus dem Effektivitätsgrundsatz keine Pflicht für das mitgliedstaatliche Recht ergebe, eine Verjährungshemmung oder -unterbrechung während des Verletzungsverfahrens vorzusehen.<sup>79</sup> Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs hänge nicht davon ab, ob die Kommission – der bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit eines solchen Verfahrens ein Ermessensspielraum zukommt – ein Vertragsverletzungsverfahren einleite und

---

<sup>76</sup> EuGH (Große Kammer) v. 18.4.2024 – C-605/21, ECLI:EU:C:2024:324 (Heureka/Google) – Rn. 70 f.

<sup>77</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland)

<sup>78</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 27 ff.

<sup>79</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 39.

auch nicht davon, dass der EuGH einen Verstoß im Voraus der Entscheidung über den Schadensersatzanspruch feststelle.<sup>80</sup>

„Die Feststellung des Verstoßes ist zwar ein wichtiges, aber kein unbedingt notwendiges Kriterium dafür, dass die Voraussetzung der hinreichenden Qualifizierung des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht erfüllt ist. [...] Ein Einzelner kann daher Schadensersatz nach den dafür im nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensmodalitäten geltend machen, ohne ein den Verstoß des Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht feststellendes Urteil abwarten zu müssen.“<sup>81</sup>

Folglich werde dem Anspruchsteller die Ausübung des durch Unionsrecht verliehenen Rechts durch die unterbliebene Verjährungshemmung weder unmöglich gemacht noch wesentlich erschwert, begründete der EuGH seine Entscheidung.<sup>82</sup>

In diesem Fall hatte der EuGH auch kein Problem damit, dass das nationale Recht den Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist an den Eintritt der ersten Schadensfolgen knüpfte, obwohl weitere Schadensfolgen absehbar waren und der Rechtsverstoß noch nicht beendet war.<sup>83</sup> Entscheidend war aber auch hier, dass der Lauf der Verjährung erst mit Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Ersatzpflichtigem begann. So könne es jedenfalls nicht passieren, dass Verjährung eintrete, bevor der Geschädigte überhaupt von seinem Schaden wisse.<sup>84</sup>

#### *d) Ausschlussfristen im Beamten- und Arbeitsrecht*

Eine nationale Vorschrift, „nach der ein Beamter Ansprüche auf Geldleistungen, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, zeitnah, nämlich vor dem Ende des laufenden Haushaltsjahrs, geltend machen muss“, hielt der EuGH im Jahr 2014 für mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar.<sup>85</sup> Im konkreten Fall ging es um Klagen wegen diskriminierender Besoldung, mit denen die Differenz zu einer anderen Besoldungsgruppe verlangt wurde.

Der EuGH hat auch Ausschlussfristen von nur zwei Monaten (§ 15 Abs. 4 AGG) ab Kenntnis des Anspruchsgrundes für nicht unangemessen kurz gehalten. Darüber hatte der Gerichtshof 2009 zu entscheiden. Nach § 15 Abs. 4 S. 1 AGG muss ein Anspruch wegen Diskriminierung im beruflichen Kontext gegen-

<sup>80</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 37 f., 44.

<sup>81</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 38.

<sup>82</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 39.

<sup>83</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 49 ff.; siehe dazu *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 239 f.

<sup>84</sup> EuGH (Große Kammer) v. 24.3.2009 – C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier/Deutschland) – Rn. 52.

<sup>85</sup> EuGH v. 19.6.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12, C-541/12, ECLI:EU:C:2014:2005 (Specht u.a.) – Rn. 110 ff.



über dem diskriminierenden Arbeitgeber innerhalb von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt nach § 15 Abs. 4 S. 2 AGG im Fall der Diskriminierung im Bewerbungsverfahren ab Erhalt der Ablehnung bzw. Kenntnis von der Diskriminierung.<sup>86</sup> Die Regelung bezweckt, dass die Ansprüche dem Arbeitgeber zeitnah zur Kenntnis gebracht werden, damit dieser angesichts der Beweisregeln in AGG-Verfahren nicht – in Erwartung eventueller Ansprüche – sämtliche Bewerbungsunterlagen unverhältnismäßig lang aufbewahren muss.<sup>87</sup>

Entscheidend war auch dort, dass der Zeitpunkt des Fristbeginns so bestimmt ist, dass er „die Ausübung der von der Richtlinie verliehenen Rechte nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert“.<sup>88</sup> Das ist der Fall, wenn die Frist ab Kenntnis von der behaupteten Diskriminierung läuft.<sup>89</sup>

#### *e) Verjährung von Urlaubsansprüchen*

Zu Urlaubsansprüchen hat der EuGH im Jahr 2022 entschieden, dass die Verjährungsfrist erst ab dem Zeitpunkt beginnen darf, ab dem ein Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage war, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen.<sup>90</sup>

#### *f) Verjährung von Ansprüchen auf Dienstalterszulagen*

In der *Barth*-Entscheidung im Jahr 2010 ging es um einen Anspruch auf zu Unrecht nicht gezahlte Dienstalterszulagen.<sup>91</sup> Einem Universitätsprofessor, der seit 1987 in Österreich tätig war, waren Dienstalterszulagen vorenthalten worden, weil seine Dienstzeiten im unionseuropäischen Ausland nach österreichischem – insoweit aber gemeinschaftswidrigem – Recht nicht anerkannt wurden. Der EuGH hatte 2003 ein Urteil gesprochen, aus dem sich die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ergab.<sup>92</sup> In der Folge wurde das österreichische Recht geändert. Für die Gehaltsansprüche sah das einschlägige Gesetz aber eine Verjährungsfrist von drei Jahren ab dem Zeitpunkt vor, zu dem „die anspruchsbegründende Leistung erbracht worden oder der anspruchsbegründende Aufwand entstanden ist.“<sup>93</sup>

Der EuGH sah hier keinen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz.<sup>94</sup> Der Beschwerdeführer und die Kommission hatten in dem Verfahren die Auffassung vertreten, dass der österreichische Gesetzgeber durch die eindeutige Regelung, dass im Ausland erbrachte Dienstzeiten nicht berücksichtigt würden, ein Ver-

<sup>86</sup> Zur diesbezüglichen Auslegung des LAG Hamburg z.B. EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 (Bulicke) – Rn. 22.

<sup>87</sup> EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 (Bulicke) – Rn. 38.

<sup>88</sup> EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 (Bulicke)

<sup>89</sup> EuGH v. 8.7.2010 – C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 (Bulicke) – Rn. 40 ff.

<sup>90</sup> EuGH v. 22.9.2022 – C-120/21, ECLI:EU:C:2022:718 (LB/TO).

<sup>91</sup> EuGH v. 15.4.2010 – C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193 (Barth).

<sup>92</sup> EuGH v. 30.9.2003 – C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (Köbler).

<sup>93</sup> EuGH v. 15.4.2010 – C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193 (Barth) – Rn. 6.

<sup>94</sup> EuGH v. 15.4.2010 – C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193 (Barth) – Rn. 29 ff.



halten an den Tag gelegt hatte, das Universitätsprofessoren von der Stellung eines Antrags auf Anerkennung der Dienstzeiten abhalte. Der EuGH hielt dem jedoch entgegen:

„Das Unionsrecht verbietet es einem Mitgliedstaat jedoch nicht, einem Antrag auf Gewährung einer – unter Verletzung von Vorschriften des Unionsrechts nicht gewährten – besonderen Dienstalterszulage wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden eine Verjährungsfrist entgegenzuhalten, auch wenn dieser Mitgliedstaat die nationalen Bestimmungen nicht geändert hat, um sie mit dem Unionsrecht in Einklang zu bringen. Anders steht es nur, wenn das Verhalten der nationalen Behörden in Verbindung mit der Existenz einer Verjährungsfrist zur Folge hatte, dass einer Person jede Möglichkeit genommen wird, ihre Rechte vor den nationalen Gerichten geltend zu machen (vgl. in diesem Sinne Urteil Aprile, Randnrn. 43 und 45).

Letzteres kann jedoch im Ausgangsverfahren nicht festgestellt werden.

Insbesondere nimmt die Anwendung einer Verjährungsfrist einer Person wie dem Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens nicht ohne Weiteres das Recht auf die Erlangung einer Zulage, die ihm unter Verstoß gegen das Unionsrecht nicht gewährt worden war (vgl. entsprechend Urteile vom 2. Februar 1988, Barra u. a., 309/85, Slg. 1988, 355, Randnr. 19, und vom 9. Februar 1999, Dilexport, C-343/96, Slg. 1999, I-579, Randnr. 37).

Im Übrigen ist den dem Gerichtshof vorgelegten Akten nicht zu entnehmen, dass die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens der Einrede der Verjährungsfrist ausgesetzt sieht, ihren Ursprung in bewusst falschen Informationen der zuständigen nationalen Behörden hätte (vgl. entsprechend Urteil vom 1. Dezember 1998, Levez, C-326/96, Slg. 1998, I-7835, Randnr. 34). Wie die französische Regierung zutreffend ausgeführt hat, kann die Tatsache, dass zuvor eine eindeutige Rechtslage bestand, die dem Gemeinschaftsrecht widersprach, nicht solchen falschen Informationen gleichgestellt werden, soll nicht – entgegen den Ausführungen in Randnr. 33 des vorliegenden Urteils – jede Anwendung einer Verjährungsfrist unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens unmöglich gemacht werden.<sup>95</sup>

Hier hat der EuGH also eine rechtskenntnisunabhängige, an die Anspruchsentstehung objektiv anknüpfende Verjährungsfrist von drei Jahren gebilligt.

## IV. Analyse

Was lässt sich nun aus der Rechtsprechung des EuGH zur Verjährung im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes unter Berücksichtigung der bestehenden sekundärrechtlichen Vorgaben zur Verjährung ziehen?

### 1. Fristbeginn und Fristlänge

Der EuGH leitet aus dem Effektivitätsgrundsatz ab, dass ein Anspruchsberechtigter grundsätzlich durch Verjährungsbestimmungen nicht daran gehindert werden soll, seinen Anspruch vollständig geltend zu machen. Bei Schadensersatzan-

<sup>95</sup> EuGH v. 15.4.2010 – C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193 (Barth) – Rn. 33 ff.

sprüchen darf eine Verjährungsfrist deshalb grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt laufen, zu dem der Geschädigte in der Lage ist, seinen Schaden, ggf. auch für die Zukunft, zu beziffern. Unter bestimmten Voraussetzungen erfordert dies Rechtskenntnis, unter anderen Umständen genügt die Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen.

Wettbewerbsverstöße geschehen ihrer Natur nach im Verborgenen.<sup>96</sup> Diejenigen, die durch das wettbewerbswidrige Verhalten einen Nachteil erleiden, wissen nicht, ob es eine Entwicklung des freien Marktes, geschicktes Agieren oder eben wettbewerbswidriges Verhalten anderer ist, das zu höheren Preisen oder zum Verlust eigener Marktanteile führt. Für den Verjährungsbeginn von Schadensersatzansprüchen wegen Wettbewerbsverletzung bedarf es deshalb – so haben es EuGH und die Unionsgesetzgeber entschieden – der positiven Kenntnis von einem Wettbewerbsverstoß (Rechtskenntnis).

Anders lag es z.B. in den Fällen *Danske Slagterier/Deutschland* und *Barth*, in denen der EuGH es gebilligt hat, dass die Verjährungsfrist begann, bevor die jeweilige staatliche Entscheidung als unionsrechtswidrig beschieden war, also bevor ein Rechtsverstoß positiv festgestellt war und der Anspruchsteller von seinem Anspruch wusste. Der Unterschied besteht darin, dass zumindest das schädigende bzw. eine Leistung vorenthaltende Verhalten für den Anspruchsberechtigten auf der Hand lag bzw. liegen musste. Anders als im Kartellrecht erfolgt dieses nicht im Verborgenen: Die Schweinezüchter wussten, dass ihnen aufgrund des Einfuhrverbots ein Schaden entstand und Herr Barth wusste, dass ihm die Zulagen wegen der österreichischen Rechtslage verwehrt blieben. Den Anspruchstellern war es deshalb möglich, das Verhalten der Anspruchsgegner auf seine Rechtmäßigkeit hin zu prüfen bzw. prüfen zu lassen und gerichtlich anzugreifen. Das damit einhergehende Prozessrisiko gehört zum allgemeinen Lebensrisiko und ist kalkulierbar.

Zwischen diesen Konstellationen liegen die Fälle unionsrechtswidriger Vertragsklauseln. Im Grunde ist auch hier das (im weiteren Sinne) schädigende Verhalten bzw. die Klausel bekannt. Der Anspruchsberechtigte kann in seinem Vertrag nachsehen, aufgrund welcher Klausel er bestimmte Zahlungen leisten muss. Er hat deshalb die Möglichkeit, deren Rechtmäßigkeit prüfen zu lassen und ggf. anzugreifen. Insofern ähneln die Fälle unionsrechtswidriger Klauseln tendenziell solchen wie *Danske Slagterier/Deutschland* oder *Barth*. Dennoch hat der EuGH in den Fällen unionsrechtswidriger Klauseln wie in den Kartellfällen entschieden und Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Klausel (Rechtskenntnis) zur Voraussetzung für den Verjährungsbeginn gemacht. Dies ist auf Kritik gestoßen.<sup>97</sup> Der Grund dafür, dass der EuGH in den Klauselfällen Rechtskenntnis verlangt, liegt in der Natur von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.<sup>98</sup> Der EuGH arbeitet

---

<sup>96</sup> Wagner, NZKart 2022, 628 (629).

<sup>97</sup> Schultheiß, BKR 2021, 634 (635); Edelmann/Schultheiß/Weil, BB 2022, 1548 (1549 ff.).

<sup>98</sup> Vgl. EuGH v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 – Rn. 66.

diesen Zusammenhang nicht sehr klar heraus, sondern deutet ihn eher an, wenn er von einem Macht- und Informationsgefälle zwischen der Bank und den Verbraucherkunden spricht. Das Unionsrecht geht bei AGB davon aus, dass Verbraucher diese tatsächlich nicht kennen und sie auch nicht verstehen, realistisch betrachtet also nicht wissen, warum sie was zu leisten haben, sondern dem Vertragsgefüge tendenziell blind Folge leisten.<sup>99</sup> Darin liegt der Grund für das AGB-Recht mit seiner Inhaltskontrolle. Mit dem Hinweis auf das Machtgefälle könnte der EuGH zudem auf die Gefahr hindeuten wollen, dass Verbraucher einen Rechtsstreit mit großen Unternehmen, die ihnen finanziell überlegen sind und damit im Rechtsstreit eventuell einen längeren Atem haben, scheuen könnten. Möglicherweise hatte der EuGH diesen Aspekt aber auch nicht vor Augen, denn in den Fällen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bzw. Staat und Beamten – wo solche Überlegungen ebenfalls hätten herangezogen werden können – erwähnt der EuGH das Machtgefälle nicht und verlangt keine Rechtskenntnis als Voraussetzung für den Verjährungsbeginn. Ob die Rechtsprechung des EuGH insofern mit Blick auf die Verjährung überzeugt, sei dahingestellt.

Festhalten lässt sich jedenfalls, dass der EuGH in Fällen, in denen das anspruchsbegründende Verhalten für den Anspruchsberechtigten eher im Verborgenen liegt, aus dem Effektivitätsgrundsatz herleitet, dass der Lauf der Verjährungsfrist erst mit Kenntnis bzw. Kennenmüssen des Anspruchs (Rechtskenntnis) beginnen darf. Das dürfte für einige Sachverhalte im Zusammenhang mit der DSGVO oder dem DSA gelten. Außerhalb von solchen Konstellationen hat der EuGH kein Problem mit Fristen, die mit Kenntnis oder Kennenmüssen der anspruchsbegründenden Tatsachen beginnen.

Sofern die Frist (rechts-)kenntnisabhängig beginnt, spielt ihre Länge nur eine untergeordnete Rolle.<sup>100</sup> Darauf deuten auch die Entscheidungen zu den Ausschlussfristen hin.<sup>101</sup>

Es bleibt noch die Frage, was aus der Rechtsprechung des EuGH für typischerweise längere absolute (objektive) Verjährungsfristen (Höchstfristen) folgt, die manche Mitgliedstaaten zusätzlich zu kürzeren kenntnisabhängigen Fristen vorsehen (z.B. § 199 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 BGB, § 33h Abs. 3 Nr. 2, Abs. 4 GWB, siehe auch Art. III.–7:307 DCFR). Objektive Fristen bergen das Risiko, dass ein Gläubiger die Chance zur Anspruchsgeltendmachung nie erhält, weil Verjährung eintreten kann, bevor er seinen Anspruch bzw. die diesen begründenden Umstände kennt. Vertragen sich solche Fristen mit dem Credo des EuGH, dass Verjährungsregelungen keine systemische Gefahr der Nichtahndung von Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht innewohnen darf?

<sup>99</sup> Vgl. EuGH v. 9.7.2020 – C-698/18, C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 – Rn. 66.

<sup>100</sup> Vgl. *Kohler/Broschl/Puffer-Mariette/Rosch*, ZEuP 2023, 909 (939); *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 622, 625.

<sup>101</sup> Ausschluss- wie Verjährungsfristen beschränken die Rechtsdurchsetzung gleichermaßen, sodass die Rechtsprechung zu Ausschlussfristen auch für die Verjährungsfragen informativ ist, vgl. auch *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 623.

In den allermeisten Entscheidungen des EuGH spricht sich dieser für (jedenfalls tatsachen-) kenntnisabhängige Fristen aus. Dass objektiv an ein Ereignis anknüpfende Fristen per se unzulässig sind, lässt sich daraus mit Blick darauf, dass die neue ProdukthaftungsRL 2024 an einer solchen absoluten Verjährungsfrist – wenn auch als Ablauffrist – festhält, nicht schließen. Selbst im Kartellrecht sind absolute Verjährungsfristen nach ErwGr. 36 S. 5 KartellschadensersatzRL nicht per se unzulässig.<sup>102</sup>

Es dürfte dann einerseits maßgeblich auf die Fristdauer ankommen<sup>103</sup> und zudem auf den Schutzzweck der Normen, um deren Durchsetzung es geht.<sup>104</sup> Je länger die Frist, desto höher die Wahrscheinlichkeit, dass der Geschädigte noch Kenntnis von seinem Anspruch erhält, und desto weniger besteht eine systemische Gefahr der Nichtahndung von Zuwiderhandlungen gegen das Unionsrecht. Darüber, in welchen Konstellationen und Rechtsbereichen der EuGH welche Dauer für angemessen halten wird, lassen sich bisher keine zuverlässigen Aussagen treffen.<sup>105</sup> Aus der *Barth*-Entscheidung lässt sich kaum schließen, dass der EuGH eine kenntnisunabhängige Verjährung von drei Jahren billigen würde. Die Verjährung begann in der dort entschiedenen Konstellation mit der anspruchsbegründenden Leistung. Mit diesem Zeitpunkt lagen dann in der Konstellation aber auch alle anspruchsbegründenden Tatsachen auf der Hand. Zudem zeigt sich die Tendenz, dass der EuGH die Verjährung in den letzten Jahren in engere Grenzen weist, als er es zuvor getan hat.<sup>106</sup> Jedenfalls bei Restitutionsansprüchen wegen unionsrechtswidrigen Klauseln genügte dem EuGH eine objektive Frist von zehn Jahren nicht. Die neue ProdukthaftungsRL 2024 sieht gerade eine zehnjährige objektive Frist vor mit dem Hinweis, dass

„[a]ngesichts der Tatsache, dass Produkte im Laufe der Zeit altern und im Zuge des Fortschritts von Wissenschaft und Technik höhere Sicherheitsstandards entwickelt werden, [...] es nicht angemessen [wäre], Hersteller für einen unbegrenzten Zeitraum für die Fehlerhaftigkeit ihrer Produkte haftbar zu machen“.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Immenga/Mestmäcker/*Franck*, 7. Aufl. 2024, GWB § 33h Rn. 28 spricht sich dafür aus, die Aussagen des EuGH nicht zu verallgemeinern. In den Entscheidungen gehe es um kurze Fristen.

<sup>103</sup> Vgl. etwa ErwGr. 36 S. 5 KartellschadensersatzRL; dazu *Pohlmann*, WRP 2015, 546 (550).

<sup>104</sup> Die Kontextabhängigkeit rückt bei längeren Fristen mehr und mehr in den Hintergrund, *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 629.

<sup>105</sup> Für das Kartellrecht hält etwa *Wagner*, NZKart 2022, 628 (629) eine zehnjährige kenntnisunabhängige Verjährung ab Verstoßende für mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar; ebenso Immenga/Mestmäcker/*Franck*, 7. Aufl. 2024, GWB § 33h Rn. 26–30; ausführlich *Pohlmann*, WRP 2015, 546 (550 ff.).

<sup>106</sup> Das mag natürlich an den konkreten Fällen liegen, es entsteht jedoch ein bisschen der Eindruck, dass der EuGH tendenziell strenger wird und einen anspruchstellerfreundlicheren und damit auch die Durchsetzung des Unionsrechts begünstigenderen (rechts-)kenntnisabhängigen Lauf der Verjährungsfrist favorisiert.

<sup>107</sup> ErwGr. 57 ProdukthaftungsRL.

Auf ähnlichen Erwägungen dürfte die Zulässigkeit der zweijährigen Verjährung von Gewährleistungsansprüchen beruhen. Regelungen wie § 199 Abs. 2–4 BGB dürften jedenfalls in bestimmten Anwendungsfällen mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar sein.<sup>108</sup>

## 2. Verjährungshemmung

Weiter kann man der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass die Verjährung privatrechtlicher Ansprüche – sofern sie denn bereits läuft – gehemmt sein muss, wenn öffentlich-rechtliche Verfahren wegen desselben Sachverhalts eingeleitet werden, im Rahmen derer der agierenden öffentlichen Stelle Ermittlungsbefugnisse zukommen, die der private Anspruchsberechtigte nicht hat, von denen er aber – auch weil die Privatklage die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung ergänzen soll – profitieren kann.<sup>109</sup> Die Rechtsprechung zum Kartellschadensersatz dürfte insofern z.B. auf Schadensersatzansprüche nach Art. 82 DSGVO und Art. 54 DSA übertragbar sein.<sup>110</sup> Auch in vielen der im Zusammenhang mit DSA und DSGVO denkbaren Sachverhalten wird der Anspruchsberechtigte das rechtswidrige Verhalten des Anspruchsgegners kaum vollumfänglich kennen und nachweisen können.

Zuletzt dürfte sich unmittelbar aus dem Effektivitätsgrundsatz ergeben, dass das mitgliedstaatliche Recht Verjährungshemmungen dort vorsehen muss, wo das Unionsrecht alternative Streitbeilegungsverfahren regelt, auch wenn das die alternative Streitbeilegung vorsehende Sekundärrechtsinstrument dies nicht ausdrücklich anordnet. Ohne die Verjährungshemmung besteht die Gefahr, dass die durch Unionsrecht vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren ihren Nutzen, Rechtsstreitigkeiten außergerichtlich zu klären, systematisch nicht erfüllen können. Das Unionsrecht betrachtet alternative Streitbeilegungsverfahren als wichtigen Teil der effektiven privaten Rechtsdurchsetzung, der die gerichtliche Rechtsdurchsetzung ergänzt.<sup>111</sup> In den regelmäßig gegenüber Gerichtsverfahren kostengünstigeren außergerichtlichen Verfahren sieht man zudem einen wichtigen Beitrag zur Steigerung der Vertrauens in den (digitalen) europäischen Markt.<sup>112</sup> Die Parteien sollen nicht aus Angst vor Verjährung auf Mediation oder andere Streitbeilegungsverfahren verzichten. Damit solche Verfahren zur Anwendung kommen, muss die Gefahr der Verjährung während ihrer Inanspruch-

<sup>108</sup> So auch BeckOGK/Piekenbrock, 1.5.2024, BGB § 199 Rn. 204. Siehe zum Streit um die „Dreijahreslösung“ des BGH für unwirksame Preisänderungsklauseln in Energieversorgungsverträgen die Nachweise bei Rieländer, EuZW 2023, 317 Fn. 13.

<sup>109</sup> A.A. wohl Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 627, der allerdings dann darauf hinweist, dass das behördliche Verfahren im Einzelfall erst die erforderliche Kenntnis bringen kann.

<sup>110</sup> Siehe die Befugnisse der Aufsichtsbehörden in Art. 57 DSGVO und im DSA insb. die Art. 40 und 51.

<sup>111</sup> Vgl. z.B. ErwGr. 5 KartellschadensersatzRL.

<sup>112</sup> ErwGr. 2 ff. Verordnung (EU) 524/2013, ABl. L 2013/165, 1.

nahme beseitigt werden. Das dürfte beispielsweise mit Blick auf die in Art. 21 DSM-Richtlinie<sup>113</sup> vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren gelten, ebenso wie für die Inanspruchnahme der auf Grundlage der Verordnung (EU) 524/2013 eingerichteten ODR-Plattform der EU-Kommission.

### 3. Verjährung von Gewährleistungsansprüchen

Fragen mit Blick auf die Verjährung ergeben sich aus dem möglichen Zusammenspiel der Mangelbegriffe der WKRL und der DIRL mit sekundärrechtlichen Vorgaben, die Waren und digitale Produkte betreffen. Über den objektiven Mangelbegriff wird eine Vielzahl von Vorschriften der privaten Rechtsdurchsetzung zugänglich<sup>114</sup> bzw. die Palette der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe wird erweitert. So kann ein Verbraucher z.B. bei nicht datenschutzkonformen Produkten neben Schadenersatz aus Art. 82 DSGVO auch die in Art. 14 DIRL bzw. den jeweiligen mitgliedstaatlichen Umsetzungsvorschriften vorgesehenen Gewährleistungsrechte geltend machen.<sup>115</sup> Sofern Verstöße gegen Produktregelungen<sup>116</sup> im Wege des Gewährleistungsrechts geltend gemacht werden, unterfallen sie grundsätzlich den mitgliedstaatlichen Verjährungsbestimmungen für die Mangelhaftung (z.B. §§ 327i, 438, 475e BGB).<sup>117</sup> Sofern sich aber aus Unionsvorschriften originäre, vertragsunabhängige Schadenersatzansprüche ergeben (z.B. Art. 82 DSGVO), ist fraglich, ob diese – wenn sie innerhalb eines Vertragsverhältnisses wegen einer Rechtsverletzung entstehen, die als Mangelfall betrachtet werden kann – der Verjährung für Gewährleistungsansprüche unterfallen dürfen, insbesondere dann, wenn es sich um eine kurze Verjährung ab Lieferung bzw. Bereitstellung handelt.

Die DIRL und die WKRL harmonisieren nicht die Schadenersatzhaftung wegen Produktmängeln. Aus den Richtlinien ergibt sich insofern auch nicht, welche Verjährungsbestimmungen für Schadenersatzansprüche gelten. Nach ErwGr. 48 DIRL soll diese außervertragliche Rechtsbehelfe der DSGVO ausdrücklich unberührt lassen.

In Konstellationen von Macht- und Informationsgefällen<sup>118</sup> liegt es nahe, dass der EuGH eine kurze kenntnisunabhängige Verjährungsfrist für Ansprüche z.B.

<sup>113</sup> Art. 21 DSM-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, alternative Streitbeilegungsverfahren für Streitigkeiten zwischen Urhebern und ausübenden Künstlern einerseits und Verwertern andererseits über Transparenzpflichten und Vertragsanpassungen vorzusehen.

<sup>114</sup> Konkret zu Regelungen des AI-Act und der DSGVO *Daum*, CR 2024, 178 Rn. 18 ff., 28. Für den DSA *Legner*, ZUM 2024, 99 (105 f.).

<sup>115</sup> ErwGr. 48 S. 2 DIRL.

<sup>116</sup> Mangelhaft ist etwa die digitale Dienstleistung „Bereitstellung einer Social Media Plattform“, die Dark Pattern i.S.d. Art. 25 DSA nutzt. Mangelhaft ist auch eine sehr große Online-Plattform, die entgegen Art. 38 DSA für ihre Empfehlungssysteme keine Profiling-freie Option bereitstellt.

<sup>117</sup> Siehe dazu oben unter II. bei Fn. 28 ff.

<sup>118</sup> Siehe oben bei Fn. 63, 98 ff.

aus Art. 82 DSGVO und Art. 54 DSA mit Hinweis darauf ablehnen würde, dass solche Fristen die Durchsetzung der durch DSGVO und DSA gewährten Rechte übermäßig erschweren, unabhängig davon, ob die Ansprüche zwischen Vertragsparteien entstehen.<sup>119</sup> Die Mitgliedstaaten müssen hier zudem Klarheit schaffen, welche Verjährungsbestimmungen gelten sollen, um nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz in Konflikt zu geraten.<sup>120</sup>

## V. Fazit

Das Unionsrecht regelt die Verjährung bisher nur punktuell für ganz bestimmte Ansprüche. Mit Blick auf die erforderliche Fristlänge lassen sich aus den bestehenden Regeln keine Schlüsse ziehen. Mal werden Höchst-, mal Mindestfristen festgelegt. Der EuGH hat zudem überzeugend klargestellt, dass ein Verjährungsgefüge immer in seiner Gesamtheit betrachtet werden muss. Insofern sind einige der punktuellen Richtlinienvorgaben wenig aussagekräftig und wenig hilfreich. Die Angemessenheit einer Frist lässt sich nicht ohne Ansehung ihres Beginns und eventueller Hemmungstatbestände beurteilen.

Von einer unionsrechtlichen Verjährungssystematik kann keine Rede sein. Einige Grundsätze oder Leitlinien für das mitgliedstaatliche Recht lassen sich aber – weniger aus dem Sekundärrecht als vielmehr aus dem Effektivitätsgrundsatz – identifizieren:

1. Bei Bereicherungs- und Schadensersatzansprüchen darf die Verjährungsfrist grundsätzlich erst dann beginnen, wenn der Anspruchsberechtigte alle anspruchsbegründenden Tatsachen kennt. Ist es für den Anspruchsteller wegen eines erhöhten Informations- oder Machtgefälles zum Anspruchsgegner schwierig, aus der Tatsachenkenntnis Rechtskenntnis zu erlangen, macht der EuGH Rechtskenntnis zur Voraussetzung des Verjährungsbeginns.
2. Während die Parteien einer Rechtsstreitigkeit versuchen, diese Streitigkeit über ein durch Unionsrecht vorgesehenes Streitbeilegungsverfahren beizulegen, muss die Verjährung gehemmt (oder unterbrochen) sein.
3. Verallgemeinern lassen sich nach hier vertretener Auffassung im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes auch die Aussagen des EuGH zum Verhältnis von behördlicher Rechtsdurchsetzung zu Privatklagen. Wo private Rechtsdurchsetzung neben öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung tritt, Sachverhalte typischerweise für den Privatkläger komplex oder opak sind und die Behörde über Ermittlungsbefugnisse verfügt, auf deren Ergebnisse Privatkläger in der

<sup>119</sup> Art. 54 DSA ist ein Schadenersatzanspruch von Nutzern gegen Vermittlungsdienste wegen Verstößen gegen den DSA. Zwischen Nutzer und Vermittlungsdienst liegt in aller Regel ein Vertragsverhältnis vor, sodass es sich um einen vertraglichen Anspruch handelt, Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 13, 33.

<sup>120</sup> Vgl. oben bei Fn. 38.

Regel angewiesen sind, muss eine bereits laufende Verjährungsfrist mindestens für die Dauer des behördlichen Verfahrens gehemmt sein.

Zu absoluten, kenntnisunabhängigen Verjährungsfristen lassen sich aus dem EU-Acquis keine zuverlässigen Aussagen entnehmen. Einiges deutet aber darauf hin, dass der EuGH außerhalb des Gewährleistungsrechts im engeren Sinne und der Produkthaftung kenntnisunabhängige Verjährungsfristen nur dann akzeptieren wird, wenn sie so lang sind, dass sie allenfalls ausnahmsweise zum Tragen kommen und dass es maßgeblich auf die Rechte ankommen wird, um deren Durchsetzung es geht, darauf, was mit den anspruchsbegründenden Tatbeständen bezweckt wird.





# Unternehmenshaftung, Zurechnung und Verschulden im digitalen Binnenmarkt

*Carsten König*

## I. Einleitung

Die private Rechtsdurchsetzung ist im Recht des digitalen Binnenmarkts sehr uneinheitlich geregelt. Während die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Art. 16 ff. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche und in Art. 82 ein Recht auf Schadensersatz regelt, finden sich im Digital Markets Act (DMA) keine zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen. Allerdings geht aus Art. 39 DMA hervor, dass auch nationale Gerichte den DMA anwenden sollen, was ein Private Enforcement nahelegt.<sup>1</sup> Einige Mitgliedstaaten haben daher entsprechende Anspruchsgrundlagen im nationalen Recht geschaffen, Deutschland etwa durch Ausweitung der §§ 33, 33a GWB. Der Digital Services Act (DSA) betont mehrfach die Bedeutung wirksamer Rechtsbehelfe und enthält in Art. 54 eine Regelung über Schadensersatz, bei der es sich jedoch nach wohl h.M. nicht um eine vollständige Anspruchsgrundlage handelt.<sup>2</sup> Es wird deshalb davon ausgegangen, dass ergänzend auf §§ 280, 823 ff. BGB abzustellen ist. Es gibt also Anspruchsgrundlagen, die vollständig und abschließend im EU-Recht geregelt sind (z.B. Art. 82 DSGVO), aber auch Anspruchsgrundlagen, die vollständig im nationalen Recht geregelt sind, selbst wenn darin an Verstöße gegen EU-Recht anknüpft wird (z.B. §§ 33, 33a GWB). Außerdem gibt es Mischsysteme, die beide Ebenen eng miteinander verzahnen (z.B. Art. 54 DSA, §§ 280, 823 ff. BGB).

Die unterschiedliche Regelungstechnik ist auch für die Frage relevant, wie die Vorschriften des europäischen Digitalrechts gegenüber Unternehmen anzuwenden sind. Denn dem Recht des digitalen Binnenmarkts lässt sich kein einheitliches Modell der Unternehmenshaftung entnehmen. Vielmehr kann es wegen der unterschiedlichen normativen Grundlagen geboten sein, je nach Kontext unterschiedliche Konzepte und Methoden zur Anwendung zu bringen. Dies erkennt auch der EuGH an, der es z.B. jüngst im Fall *Deutsche Wohnen* abgelehnt hat,

---

<sup>1</sup> Vgl. zum Private Enforcement des DMA Immenga/Mestmäcker/Zimmer, 7. Aufl. 2025, Art. 1 DMA Rn. 29 ff. Gallel/Dressel, EuZW 2024, 107 ff.; Becker, ZEuP 2023, 403 ff.; Buerenl/Sober, NZKart 2023, 642 ff.; Richter/Gömann, NZKart 2023, 208 ff.

<sup>2</sup> Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2022, DSA Art. 54 Rn. 6 f.; Bartels, in: Kraul (Hrsg.), DSA, 2023, § 5 Rn. 123. Ausf. zur privaten Rechtsdurchsetzung auf Grundlage des DSA Buchheim/Schrenk, NVwZ 2024, 1 (5 ff.); Zurth, GRUR 2023, 1331 ff.

seine Rechtsprechung zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff auf das Datenschutzrecht zu übertragen, weil die Frage der Unternehmensverantwortung in der DSGVO abschließend geregelt sei.<sup>3</sup> Gleichzeitig zeichnet sich ab, dass der EuGH Konzepte, die in verschiedenen Rechtsakten parallel verwendet werden, durchaus einheitlich entwickeln will. So hat er z.B. wiederum in *Deutsche Wohnen* für die Frage, wann ein Unternehmen einen Datenschutzverstoß i.S.v. Art. 83 DSGVO „vorsätzlich“ oder „fahrlässig“ begeht, auf die ständige Rechtsprechung zum Verständnis dieser beiden Begriffe im Kartellbußgeldrecht verwiesen.<sup>4</sup> Ähnlich hat er sich der Frage genähert, ob das Leitungsorgan einer juristischen Person am Verstoß beteiligt sein muss.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, welche Ansätze im Recht des digitalen Binnenmarkts herangezogen werden, um die Haftung von Unternehmen zu begründen. Betrachtet werden die DSGVO, der DMA und der DSA. Ergänzend wird auf das europäische Kartellrecht zurückgegriffen, das in der Digitalwirtschaft häufig zum Einsatz kommt und außerdem viele Regelungen des DMA geprägt hat. Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet die zivilrechtliche Haftung, auch wenn zum Teil ergänzend auf das Bußgeldrecht zurückgegriffen wird. Im Fokus steht vor allem die Schadensersatzhaftung, weil sich hier die besonders problematische Frage des Verschuldens stellt. Die Ausführungen zur Verhaltenszurechnung und zur Organisationshaftung lassen sich aber auch auf Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche übertragen. Zunächst wird im Folgenden auf die Frage der Haftungsadressaten eingegangen (II). Anschließend wird untersucht, welche Ansätze für die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens zur Anwendung kommen (III). Gerade bei der Verschuldenszurechnung ist sorgfältig zwischen europarechtlichen und mitgliedstaatlichen Ansätzen zu differenzieren, weil teilweise das EU-Recht ein Verschulden verlangt (z.B. Art. 82 Abs. 3 DSGVO), teilweise aber auch „nur“ das nationale Recht (z.B. § 33a Abs. 1 GWB). Schließlich wird noch darauf eingegangen, inwieweit sich im europäischen Digitalrecht Ansätze für eine organisationsbezogene Begründung der Unternehmenshaftung finden, die ohne Zurechnung des individuellen Verhaltens und Verschuldens auskommt (IV). Am Ende werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst (V).

---

<sup>3</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 53 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>4</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 76 (zur Bußgeldhaftung). Vgl. zur Bestimmung von Vorsatz und Fahrlässigkeit noch ausf. unten, unter III.2.a) und IV.2.

<sup>5</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 77 (zur Bußgeldhaftung).

## II. Haftungsadressaten

Ausgangspunkt sämtlicher Überlegungen zur Unternehmenshaftung im digitalen Binnenmarkt sollte die Frage sein, wer eigentlich durch die jeweiligen Rechtsakte adressiert wird. Schon insoweit ergeben sich deutliche Unterschiede. Während die Verhaltenspflichten des DMA wie jene des europäischen Kartellrechts an wirtschaftliche Einheiten gerichtet sind, adressiert die DSGVO einzelne juristische Personen. Für den DSA ergibt sich bisher kein eindeutiges Bild. Allerdings scheint der EuGH auch den Begriff der juristischen Person weniger eng zu verstehen, als dies der deutschen Dogmatik entsprechen würde, und insbesondere nicht zwischen Unternehmen und Unternehmensträgern zu differenzieren. Sowohl das Konzept der wirtschaftlichen Einheit als auch der im europäischen Digitalrecht verwendete Begriff der juristischen Person sind deshalb stark auf das Unternehmen als Organisation bezogen. Die einzelnen Unternehmensangehörigen stehen dadurch weniger stark im Mittelpunkt, als dies z.B. im deutschen Deliktsrecht mit seiner individualistischen Grundkonzeption der Fall wäre.<sup>6</sup>

### 1. Wirtschaftliche Einheiten

Der DMA folgt in Bezug auf die Normadressaten dem Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“, das aus dem europäischen Kartellrecht bekannt ist. Die zentralen Verhaltenspflichten der Art. 5–7 DMA sind an Torwächter adressiert, worunter nach Art. 2 Nr. 1 DMA Unternehmen zu verstehen sind, die zentrale Plattformdienste bereitstellen und nach Art. 3 DMA als Torwächter benannt worden sind. Ein Unternehmen ist nach Art. 2 Nr. 27 DMA

„eine Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, einschließlich aller verbundenen Unternehmen, die durch die unmittelbare oder mittelbare Kontrolle eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen eine Gruppe bilden“.<sup>7</sup>

Der Unternehmensbegriff des DMA wird damit autonom definiert, ist jedoch dem Unternehmensbegriff des Kartellrechts nachgebildet.<sup>8</sup> Dieser ist vor allem dafür bekannt, dass eine wirtschaftliche Einheit aus mehreren juristischen Personen bestehen kann, was der EuGH u.a. dafür nutzt, die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Konzerngesellschaften zu begründen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Vgl. zum individualistischen deutschen Deliktsrecht ausf. *König*, Unternehmenshaftung, 2023, 1 ff.

<sup>7</sup> Vgl. zur konkreten Anwendung durch die EU-Kommission z.B. Ent. v. 5.9.2023, DMA.100002 (Alphabet) – Rn. 1: „Alphabet Inc., together with all legal entities directly or indirectly controlled by Alphabet Inc.“.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu etwa EuGH v. 6.10.2021 – C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal) – Rn. 41.

<sup>9</sup> Grundlegend EuGH v. 10.9.2009 – C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (Akzo Nobel) – Rn. 54 ff. Ausf. *Ackermann*, ZEuP 2023, 529 ff.; *Bauermeister*, NZG 2022, 59 ff.; *Schweitzerl Woeste*, ZGR 2020, 141 ff.

Die Fokussierung auf Unternehmen als wirtschaftliche Einheiten hat aber noch weitere Konsequenzen, von denen zwei im hiesigen Kontext besonders wichtig sind. Zum einen sind die Verhaltenspflichten des DMA und des europäischen Kartellrechts *Unternehmenspflichten* und keine persönlichen Pflichten einzelner Unternehmensangehöriger. Das hat zur Folge, dass eine persönliche Haftung einzelner Organmitglieder oder Mitarbeiter grundsätzlich nicht in Betracht kommt.<sup>10</sup> Zwar ließe sich behaupten, dass auch die Unternehmensangehörigen als Teil der wirtschaftlichen Einheit die Rechtsverletzung begehen. Es scheint aber zweckmäßig, die Verantwortung für die Rechtsverletzung nur den unternehmenstragenden Gesellschaften und Einzelkaufleuten zuzuweisen. Denn diese sind es, die am unmittelbarsten vom wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmung profitieren und deshalb umgekehrt auch die unternehmerischen Risiken tragen sollten. Für eine persönliche Haftung fehlt es an Anhaltspunkten. Zum anderen liegt bei einer Fokussierung auf das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit nicht auf der Hand, dass zur Begründung der Unternehmenshaftung an das Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger angeknüpft werden muss. Vielmehr richtet sich der Blick von vornherein stärker auf das Unternehmen als soziale Organisation. Es ist daher wenig überraschend, dass der EuGH in Bezug auf wirtschaftliche Einheiten von einer besonders weitgehenden Verhaltenszurechnung ausgeht. Darauf wird später noch zurückzukommen sein.<sup>11</sup>

Noch offen ist, ob das Konzept der wirtschaftlichen Einheit auch bei der Anwendung des DSA zur Anwendung kommen kann. Der DSA adressiert Anbieter von Vermittlungsdiensten, ohne jedoch in Art. 3 zu definieren, wer als Anbieter anzusehen ist. Einige Vorschriften des DSA legen nahe, dass typischerweise ein einzelnes Rechtssubjekt gemeint ist.<sup>12</sup> Dafür spricht auch der systematische Zusammenhang mit der E-Commerce-Richtlinie, die unter einem „Diensteanbieter“ eine „natürliche oder juristische Person“ versteht, „die einen Dienst der Informationsgesellschaft anbietet“.<sup>13</sup> Denkbar ist jedoch auch, im Wege einer teleologischen Auslegung von einem weiten Anbieterbegriff auszugehen, der wie das Konzept der wirtschaftlichen Einheit mehrere Rechtssubjekte umfassen kann.<sup>14</sup> Denn gerade sehr große Online-Plattformen (VLOP)<sup>15</sup> und sehr große Suchmaschinen (VLOSE)<sup>16</sup> werden nicht immer von einer einzelnen Konzerngesellschaft betrieben und es erscheint denkbar, dass die zentralen Verhaltens-

<sup>10</sup> Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB § 33a Rn. 35 ff.; FK-KartellR/Roth, 92. EL 2018, GWB § 33 Rn. 95; König, Unternehmenshaftung, 2023, 265 ff.; diff. Eden, WuW 2014, 792 ff.; Dreher, WuW 2009, 133 ff.

<sup>11</sup> Siehe unten, unter III.1.b).

<sup>12</sup> Vgl. etwa Art. 2 Abs. 1, Art. 3 lit. e, n, Art. 11 Abs. 3, Art. 13 Abs. 1, Art. 41 DSA. Vgl. auch König, ZIP 2024, 1574 (1576).

<sup>13</sup> Vgl. Art. 2 lit. b der E-Commerce-Richtlinie.

<sup>14</sup> Ausf. König, ZIP 2024, 1574 (1576).

<sup>15</sup> „Very large online platform“, vgl. Art. 33 DSA.

<sup>16</sup> „Very large online search engine“, vgl. Art. 33 DSA.

pflichten der Art. 11–48 DSA nur im Zusammenspiel mehrerer Gesellschaften erfüllt werden können. Die EU-Kommission hat in den Benennungsbeschlüssen nach Art. 33 Abs. 4 DSA angedeutet, dass sie zumindest für VLOP/VLOSE-Anbieter auf wirtschaftliche Einheiten abstellen will.<sup>17</sup>

## 2. Juristische Personen

Die DSGVO folgt einem anderen Ansatz. Gemäß Art. 82 DSGVO zum Schadensersatz verpflichtet sind Verantwortliche und Auftragsverarbeiter. Als Verantwortlicher ist nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO die „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle“ anzusehen, „die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Auch die Definition des Auftragsverarbeiters in Art. 4 Nr. 8 DSGVO geht von einer „natürliche[n] oder juristische[n] Person, Behörde, Einrichtung oder andere[n] Stelle“ aus. In Bezug auf Unternehmen ist angesichts dieser Definitionen davon auszugehen, dass jeweils nur eine einzelne juristische oder natürliche Person als Haftungsadressat in Betracht kommt.<sup>18</sup> In der Terminologie der deutschen Dogmatik liegt nahe, dass es sich hierbei um den Unternehmensträger handelt, also die Gesellschaft oder den Einzelkaufmann, dem das Unternehmensvermögen gehört.<sup>19</sup>

Allerdings handelt es sich bei den Begriffen der DSGVO um Begriffe des EU-Rechts, die autonom und in allen Mitgliedstaaten einheitlich auszulegen sind.<sup>20</sup> Das gilt auch für den Begriff der juristischen Person, wie er in Art. 4 Nr. 7 u. 8 DSGVO zur Anwendung kommt. In der Rechtsprechung des EuGH deutet sich an, dass der Gerichtshof nicht sauber zwischen dem Unternehmensträger als Rechtssubjekt und dem Unternehmen als Rechtsobjekt und sozialer Organisation trennt. Vielmehr scheint er beides gleichzusetzen und wahlweise mit dem Begriff der juristischen Person oder dem des Unternehmens zu beschreiben.<sup>21</sup> So spricht der EuGH im Urteil *Deutsche Wohnen* an einer Stelle davon, „dass der

<sup>17</sup> Vgl. z.B. EU-Kommission v. 25.4.2023, C(2023) 2731 (Google Search) – Rn. 8. Adressiert ist die Entscheidung an Google Ireland Ltd. als Hauptniederlassung der Alphabet-Gruppe in der EU.

<sup>18</sup> Dies wird auch durch Art. 4 Nr. 18 DSGVO bestätigt, der ein Unternehmen als „natürliche oder juristische Person“ definiert, „die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt“. Die Unternehmensgruppe wird davon in Art. 4 Nr. 19 DSGVO klar unterschieden. Allerdings wird der Unternehmensbegriff der DSGVO nicht für die Haftungsbegründung herangezogen, sondern u.a. in Art. 83 Abs. 4–6 für die Bestimmung der Bußgeldhöhe.

<sup>19</sup> Vgl. hierzu *König*, Unternehmenshaftung, 2023, 23 f.; *MüKoHGB/Karsten Schmidt*, 5. Aufl. 2021, HGB Vor § 1 Rn. 8 f.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 43 f., § 4 Rn. 1 ff.

<sup>20</sup> Vgl. allg. EuGH v. 14.12.2023, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (Natsionalna agentsia za prihodite) – Rn. 23; v. 1.10.2019, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 (Planet49) – Rn. 47 f.; v. 18.10.2011, C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 (Brüstle).

<sup>21</sup> Vgl. auch nochmal Art. 4 Nr. 18 DSGVO, wonach ein Unternehmen eine natürliche oder juristische Person ist, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Siehe dazu schon Fn. 18.

Verantwortliche, *der eine juristische Person und zugleich ein Unternehmen ist*, einen in Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO genannten Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen hat“.<sup>22</sup> In der englischen Fassung heißt es entsprechend: „which is both a legal person and an undertaking“. Zwar kann die Gleichsetzung eine sprachliche Ungenauigkeit sein. Sie legt aber zumindest nicht nahe, dass der EuGH der Differenzierung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger besondere Bedeutung beimessen würde.

Die Anwendung des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit hat der EuGH für das Datenschutzbußgeldrecht abgelehnt und es liegt nahe, dass er für das Schadensersatzrecht ähnlich entscheiden würde. Das Kammergericht hatte in seiner Vorlage im Fall *Deutsche Wohnen* angedeutet, dass die Anwendung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs helfen könnte, das enge Zurechnungskonzept der §§ 9, 30, 130 OWiG zu überwinden und zu einer „unmittelbare[n] Unternehmenshaftung“ zu kommen.<sup>23</sup> Der EuGH betonte demgegenüber jedoch, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff für die Frage, unter welchen Voraussetzungen nach Art. 83 DSGVO eine Geldbuße gegen einen Verantwortlichen verhängt werden kann, ohne Bedeutung sei.<sup>24</sup> Diese Frage sei in Art. 58 Abs. 2 und Art. 83 Abs. 1 bis 6 DSGVO abschließend geregelt. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff, auf den in ErwGr. 150 DSGVO verwiesen wird, sei hingegen nur relevant, um die Höhe einer Geldbuße zu bestimmen, die gemäß Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO gegen einen Verantwortlichen verhängt wird.

### 3. Fazit

Während der DMA Unternehmen als wirtschaftliche Einheiten adressiert, richten sich die Gebote der DSGVO an natürliche und juristische Personen. Für den DSA ist die Einordnung noch offen, die besseren Argumente dürften für eine Anlehnung an den DMA sprechen. Auch das Konzept der DSGVO ist jedoch weniger formalistisch, als es auf den ersten Blick scheinen könnte. Der EuGH beschreibt mit dem Begriff der juristischen Person nicht nur den Rechtsträger, dem das Unternehmen gehört, sondern auch das Unternehmen selbst, also die wirtschaftlich tätige soziale Organisation. Während sich der Blick im deutschen Recht schnell auf den Unternehmensträger und die einzelnen Unternehmensangehörigen verengt, weil nur diese als Rechtssubjekte von der Rechtsordnung angesprochen werden, laden die offeneren Begriffe des europäischen Digitalrechts dazu ein, auch das Unternehmen als Rechtsobjekt und soziale Organisation in die Betrachtung einzubeziehen. Das muss nicht bedeuten, dass man das

<sup>22</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 61 (zur Bußgeldhaftung; Herv. C. K.).

<sup>23</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 23 f. (zur Bußgeldhaftung).

<sup>24</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 53 f. (zur Bußgeldhaftung).

Unternehmen personifiziert oder ihm in Einklang mit der von *Th. Raiser* vertretenen,<sup>25</sup> in Deutschland ganz überwiegend abgelehnten<sup>26</sup> Lehre Rechtsfähigkeit zuspricht. Wohl aber kann man erwägen, für die Haftung des Unternehmensträgers nicht bloß auf individuelles Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger, sondern auch auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Unternehmens als Ganzes abzustellen. Darauf wird später unter dem Stichwort „Organisationshaftung“ zurückzukommen sein.<sup>27</sup>

Klar ist jedenfalls, dass die im DMA, im DSA und in der DSGVO formulierten Verhaltenspflichten an Unternehmen bzw. Unternehmensträger adressiert sind. Die Begründung persönlicher Pflichten und einer persönlichen Haftung von Unternehmensangehörigen steht hingegen nicht im Fokus des europäischen Digitalrechts.<sup>28</sup> Dennoch sind es natürlich letztlich die Unternehmensangehörigen, die für das Unternehmen handeln und Entscheidungen treffen, die bei anderen zu Schäden führen können. Es muss also entschieden werden, für wessen Verhalten und Verschulden Torwächter, Diensteanbieter und andere Adressaten des europäischen Digitalrechts einzustehen haben.

### III. Zurechnung

Wird eine Rechtsverletzung von einem oder mehreren Unternehmensangehörigen begangen, die sich zumindest theoretisch identifizieren lassen, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung dem Unternehmen bzw. Unternehmensträger zurechenbar ist, dieser also dafür verantwortlich gemacht werden kann. Im europäischen Unternehmenshaftungsrecht spielen solche Zurechnungsfragen bisher eine geringe Rolle. Das liegt einerseits daran, dass der EuGH in Bezug auf Unternehmen sehr weitgehende Zurechnungskonzepte zur Anwendung bringt. Andererseits hat er durchblicken lassen, dass die Unternehmenshaftung auch organisationsbezogen, ohne Zurechnung individuellen Verhaltens oder Verschuldens begründet werden kann. Bevor hierauf näher einzugehen ist,<sup>29</sup> sollen im Folgenden zunächst die verschiedenen Zurechnungsansätze näher analysiert werden.

Zurechnungsfragen können sich grundsätzlich in Bezug auf alle Anspruchsvoraussetzungen stellen. Im Folgenden liegt der Fokus einerseits auf der Verhaltenszurechnung und andererseits auf der Verschuldenszurechnung, weil beide für das Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt von besonderer Bedeutung

---

<sup>25</sup> Grundlegend *Raiser*, Das Unternehmen als Organisation, 1969, 166 ff. und passim; vgl. außerdem *Raiser*, in: Hadding (Hrsg.), Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, 489, 502 ff.

<sup>26</sup> Vgl. für die h. M. nur *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 39–43 m.w.N.

<sup>27</sup> Siehe unten, unter IV.

<sup>28</sup> Vgl. aber Art. 41 DSA, Art. 28 DMA; dazu ausf. *König*, ZIP 2024, 1574 ff.

<sup>29</sup> Siehe unten, unter IV.



sind und auf unterschiedlichen normativen Grundlagen beruhen. Demgegenüber spielt z.B. die Wissenszurechnung im europäischen Digitalrecht, anders als etwa im Kapitalmarktrecht,<sup>30</sup> bislang eine untergeordnete Rolle. Soweit es dennoch im Einzelfall darauf ankommen sollte, können die nachfolgend dargestellten Zurechnungsprinzipien entsprechend herangezogen werden.

### 1. Verhalten

Die Frage der Verhaltenszurechnung kann sich stellen, wenn es darum geht, die eigentliche Rechtsverletzung zu begründen, also z.B. den Verstoß gegen die Gebote der DSGVO oder eine Verletzung der Verhaltenspflichten nach Art. 5–7 DMA oder Art. 11–48 DSA. Wird der Verstoß von einem oder mehreren Unternehmensangehörigen begangen, kommt eine Haftung des Unternehmens bzw. Unternehmensträgers nur in Betracht, wenn diesem das Fehlverhalten zurechenbar ist. Der EuGH hat hierfür zwei verschiedene Zurechnungsansätze entwickelt, die im Folgenden skizziert werden sollen.

#### a) Repräsentationsprinzip

Zunächst geht der EuGH davon aus, dass einem Unternehmen bzw. Unternehmensträger das Verhalten sämtlicher Personen zugerechnet werden kann, die berechtigt sind, für das Unternehmen zu handeln. Diesen Ansatz hat der EuGH zunächst für das europäische Kartellrecht entwickelt, mittlerweile aber auch auf die DSGVO übertragen. Bereits in den 1980er-Jahren kam im Kartellbußgeldrecht die Frage auf, ob eine Geldbuße gegen Unternehmen nur festgesetzt werden kann, wenn eine Leitungsperson an der Zuwiderhandlung beteiligt war oder diese hätte verhindern können. Dies hätte dem Modell entsprochen, wie es in Deutschland nicht nur im Deliktsrecht gilt (vgl. §§ 31, 831 BGB), sondern auch im Bußgeldrecht (vgl. §§ 9, 30, 130 OWiG). Der EuGH wies dieses Verständnis jedoch im Fall *Musique diffusion française* zurück und betonte, dass die Bußgeldhaftung „keine Handlung und nicht einmal Kenntnisse der Inhaber oder Geschäftsführer des betreffenden Unternehmens [voraussetzt]“.<sup>31</sup> Vielmehr genüge „die Handlung einer Person, die berechtigt ist, für das Unternehmen tätig zu werden“.<sup>32</sup> Dies wurde im konkreten Fall sodann für einen Abteilungsleiter und einen Ver-

<sup>30</sup> Vgl. etwa Assmann/Schneider/Mülbert/Hellgardt, 8. Aufl. 2023, §97 WpHG Rn. 89; Schwark/Zimmer/Kumpan/F. Schmidt 5. Aufl. 2020, Art. 9 MAR Rn. 22; Thomale, NZG 2018, 1007 ff.; Klöhn, NZG 2017, 1285 ff.; Ihrig, ZHR 181 (2017), 381 ff.

<sup>31</sup> EuGH v. 7.6.1983, C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158 (*Musique diffusion française*) – Rn. 97 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>32</sup> EuGH v. 7.6.1983, C-100/80, ECLI:EU:C:1983:158 (*Musique diffusion française*) – Rn. 97. Vgl. auch noch EuGH v. 7.2.2013, C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 (*Slovenská sporiteľňa*) – Rn. 25; EuGH v. 16.2.2017, C-94/15 P, ECLI:EU:C:2017:124 (*Tudapetrol Mineralölzeugnisse*) – Rn. 28 (jeweils ebenfalls zur Bußgeldhaftung).

triebsmitarbeiter bejaht, da nicht erkennbar war, dass diese ihre Befugnisse überschritten hätten.

Im Fall *Deutsche Wohnen* hat der EuGH denselben Ansatz für das Datenschutzrecht entwickelt. Wiederum ging es um die Bußgeldhaftung. Zugrunde lag eine Vorlage des Kammergerichts, mit der letztlich geklärt werden sollte, ob das Zurechnungsmodell der §§ 9, 30, 130 OWiG mit der DSGVO vereinbar ist. Zuvor hatte der Berliner Beauftragte für den Datenschutz ein Bußgeld gegen die Deutsche Wohnen SE verhängt, ohne jedoch darzulegen, dass eine Leitungsperson i.S.v. § 30 Abs. 1 OWiG den Datenschutzverstoß begangen hatte. Das LG Berlin hatte dies bemängelt, das Kammergericht war wohl eher der Ansicht, dass das Modell des § 30 OWiG mit den Vorgaben der DSGVO nicht vereinbar sei und daher außer Betracht bleiben müsse. Der EuGH sah dies letztlich genauso. Die Person, die nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO als Verantwortlicher anzusehen sei, hafte für jeden in Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO genannten Verstoß, „der von ihr selbst oder in ihrem Namen begangen wurde“.<sup>33</sup> Für juristische Personen bedeute dies, „dass diese nicht nur für Verstöße haften, die von ihren Vertretern, Leitern oder Geschäftsführern begangen wurden, sondern auch für Verstöße, die von jeder anderen Person begangen wurden, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit und im Namen dieser juristischen Person handelt“.<sup>34</sup>

Im Zusammenhang mit dem Verschulden führte der EuGH später noch aus, dass die Anwendung des Art. 83 DSGVO „keine Handlung und nicht einmal eine Kenntnis seitens des Leitungsorgans dieser juristischen Person voraussetzt“.<sup>35</sup> Zum Beleg verwies er ausdrücklich auf *Musique diffusion française* und weitere kartellrechtliche Entscheidungen.

Auch wenn die beschriebenen Zurechnungsansätze für die Bußgeldhaftung entwickelt wurden, ist davon auszugehen, dass der EuGH sie auch auf die Schadensersatzhaftung und allgemein auf das Private Enforcement übertragen wird. Denn er argumentiert u.a. damit, dass die Verbote und Pflichten der DSGVO insbesondere an „Verantwortliche“ i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO gerichtet seien und dass sich deren Verantwortung und Haftung nach den Erwägungsgründen der DSGVO auf jedwede Verarbeitung personenbezogener Daten erstrecke, „die durch sie oder in ihrem Namen erfolgt“.<sup>36</sup> Das ist aber genauso für die Schadensersatzhaftung relevant. Auch für die weite Zurechnung im Kartellrecht scheint eine Rolle zu spielen, dass die Haftung an „Unternehmen“ adressiert ist und nicht an einzelne natürliche Personen.

Dass der EuGH daran anknüpft, dass die handelnde Person „berechtigt“ sein muss, für das Unternehmen tätig zu werden, bzw. „im Namen“ des Verantwortlichen handeln muss, hat in der bisherigen Entscheidungspraxis keine beschrän-

<sup>33</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 43.

<sup>34</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 44.

<sup>35</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 77.

<sup>36</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 38.

kende Rolle gespielt. Vielmehr scheint der Gerichtshof davon auszugehen, dass grundsätzlich alle Unternehmensangehörigen berechtigt sind, für das Unternehmen zu handeln. Letztlich läuft dies auf eine strikte Zurechnung von Gehilfenverhalten hinaus, wie sie in den meisten europäischen Rechtsordnungen anerkannt ist.<sup>37</sup> Dass der EuGH auf Begriffe zurückgreift, die nach deutscher Terminologie mit dem Stellvertretungsrecht in Verbindung gebracht werden, sollte man nicht überbewerten, da die strikte Geschäftsherrnhaftung nach dem Prinzip „respondeat superior“ in vielen Rechtsordnungen gleichermaßen für die vertragliche und die deliktische Haftung gilt und nicht selten auch mit dem Repräsentationsprinzip gerechtfertigt wird.<sup>38</sup> Auch dem deutschen Recht ist dieser Gedanke nicht fremd, wie die gesetzliche Repräsentantenhaftung nach § 3 HPfLG und die von der Rechtsprechung entwickelte Repräsentantenhaftung nach § 31 BGB zeigen.<sup>39</sup>

### b) Wirtschaftliche Einheit

In der jüngeren Rechtsprechung zum Kartellrecht hat der EuGH einen weiteren Zurechnungsansatz entwickelt, der seither mit dem Repräsentationsprinzip konkurriert und in seinem Anwendungsbereich geeignet scheint, das ältere Zurechnungsmodell zu verdrängen. Begründet wurde der neue Ansatz im Urteil *VM Remonts*, in dem es eigentlich um die Frage ging, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmen für einen Kartellverstoß eines selbstständigen Dienstleisters verantwortlich gemacht werden kann, also einer außenstehenden, dem Unternehmen nicht angehörigen Person. Zur Abgrenzung ging der EuGH jedoch auch auf die Zurechnung des Verhaltens von Unternehmensangehörigen ein: „Ein Angestellter erfüllt aber seine Aufgaben zugunsten und unter Leitung des Unternehmens, für das er arbeitet, und wird daher als Teil der wirtschaftlichen Einheit angesehen, die dieses Unternehmen bildet.“<sup>40</sup> Und weiter:

„Zur Feststellung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht der Union kann also ein etwaiges wettbewerbswidriges Verhalten eines Angestellten dem Unternehmen zugerechnet werden, dem er angehört, da dieses prinzipiell dafür haftet.“<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Vgl. etwa *Galand-Carval*, in: Spier (Hrsg.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, 2003, 289, Rn. 46; *Wagner*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, 2003, 189 (290 ff.); v. *Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. I, 1996, § 2 Rn. 179 ff.

<sup>38</sup> Vgl. etwa zum englischen Recht *Munday*, *Agency*, 3. Aufl. 2016, Rn. 1.22 ff., 11.01 ff.; *Bennett*, *Principles of the Law of Agency*, 2013, 158 ff.

<sup>39</sup> Vgl. z.B. BGH v. 14.3.2013 – III ZR 296/11, NJW 2013, 3366 Rn. 12; MüKoBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 31 Rn. 14 ff. Grundlegend *Martinek*, *Repräsentantenhaftung*, 1979, 196 ff. und passim.

<sup>40</sup> EuGH v. 21.7.2016 – C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (*VM Remonts*) – Rn. 23 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>41</sup> EuGH v. 21.7.2016 – C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (*VM Remonts*) – Rn. 24 (zur Bußgeldhaftung).

Der EuGH deutet hier also an, dass das Konzept der wirtschaftlichen Einheit verwendet werden kann, um dem Unternehmen bzw. Unternehmensträger das Verhalten sämtlicher Unternehmensangehörigen zuzurechnen. Der zentrale dogmatische Unterschied zum Repräsentationsprinzip besteht darin, dass keine Berechtigung und kein Auftreten im Namen des Unternehmens verlangt werden.<sup>42</sup> Vielmehr wird allein daran angeknüpft, dass die handelnde Person Teil der wirtschaftlichen Einheit und damit Teil des Unternehmens ist. Es wird also nur noch danach gefragt, wer zum Unternehmen gehört und wer nicht. Jedenfalls für Arbeitnehmer (in der englischen Fassung des *VM Remonts*-Urteils „employees“, in der deutschen etwas unglücklich verkürzt „Angestellte“) wird die Zurechnung nach diesem Modell grundsätzlich zu bejahen sein.

Da das Konzept der wirtschaftlichen Einheit nicht nur im Kartellrecht zur Anwendung kommt, sondern auch im DMA<sup>43</sup> und daneben wohl auch im DSA,<sup>44</sup> ist davon auszugehen, dass auch Torwächtern und Diensteanbietern grundsätzlich das Verhalten aller Unternehmensangehörigen zuzurechnen ist. Dieser Ansatz dürfte sich also in Bezug auf die DSGVO, den DMA und den DSA durchsetzen, und zwar gleichermaßen für die Verhaltenszurechnung im Bereich der Bußgeldhaftung und jene im Bereich der Schadensersatzhaftung bzw. generell im Bereich des Private Enforcement.

## 2. Verschulden

Für die Verschuldenszurechnung könnten grundsätzlich dieselben Zurechnungsansätze zur Anwendung kommen wie für die Verhaltenszurechnung. Allerdings besteht eine Besonderheit des europäischen Digitalrechts darin, dass die Anspruchsgrundlagen für das Private Enforcement nur ausnahmsweise im EU-Recht selbst geregelt sind. Das ist vor allem bei der DSGVO der Fall, die in Art. 16 ff. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche regelt und in Art. 82 einen Schadensersatzanspruch. Für letzteren ist gemäß Art. 82 Abs. 3 DSGVO auch ein Verschulden erforderlich. Daneben finden sich europarechtliche Verschuldenserfordernisse oft in den Vorschriften über die Bußgeldhaftung.<sup>45</sup> In Bezug auf Schadensersatzansprüche ist hingegen für die Frage des Verschuldens oft auf nationales Recht abzustellen, weil im EU-Recht nur die Rechtsverletzung als solche geregelt ist, die Anspruchsgrundlage aber ganz oder doch zum größten Teil im nationalen Recht zu finden ist. Dieses regelt dann auch, ob ein Verschulden erforderlich ist und welche Anforderungen daran zu stellen sind. So ist es etwa bei

---

<sup>42</sup> Wie oben erläutert hat das Element der Berechtigung in der Praxis bisher allerdings keine beschränkende Rolle gespielt, sodass sich beide Ansätze bisher nur dogmatisch und nicht in den Ergebnissen unterscheiden.

<sup>43</sup> Siehe schon oben, unter II.1., Text bei Fn. 8.

<sup>44</sup> Siehe schon oben, unter II.1., Text bei Fn. 14–17.

<sup>45</sup> Vgl. etwa Art. 23 Abs. 2 KartellverfahrensVO, Art. 83 Abs. 2 DSGVO, Art. 30 Abs. 1 DMA, Art. 74 Abs. 1 DSA.

§ 33a GWB, der nicht nur für Verstöße gegen Kartellrecht gilt, sondern seit der 11. GWB-Novelle<sup>46</sup> auch für Verstöße gegen Art. 5–7 DMA. Auch für den DSA wird verbreitet davon ausgegangen, dass Art. 54 allein keinen Schadensersatzanspruch begründen kann, sondern dass ergänzend auf §§ 280, 283 ff. BGB zurückzugreifen ist. Auch über das Verschulden ist dann nach dem BGB zu entscheiden.

#### a) DSGVO

Die DSGVO regelt in Art. 82 einen verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch. Wörtlich heißt es in Art. 82 Abs. 3 DSGVO, dass der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter von der Haftung nach Art. 82 Abs. 2 DSGVO befreit wird, „wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist“. Die englische Fassung spricht von „responsible“. In der deutschen Literatur war lange umstritten, wie der Begriff der Verantwortlichkeit zu verstehen ist und wie er sich zum Begriff des Verschuldens verhält.<sup>47</sup> Im Urteil *Krankenversicherung Nordrhein* hat der EuGH jedoch klargestellt, dass Art. 82 DSGVO „ein Haftungsregime für Verschulden vorsieht“, bei dem allerdings „die Beweislast nicht der Person obliegt, der ein Schaden entstanden ist, sondern dem Verantwortlichen“.<sup>48</sup> Der EuGH geht also offenbar davon aus, dass „Verantwortlichkeit“ mit „Verschulden“ gleichzusetzen ist. Im Englischen spricht er von „fault“. Aus den weiteren Ausführungen des Gerichtshofs ergibt sich außerdem, dass er unter Verschulden ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten versteht.<sup>49</sup> Dies deckt sich mit dem deutschen Verständnis, allerdings ist der Begriff der Verantwortlichkeit in Art. 82 Abs. 3 DSGVO autonom und in allen Mitgliedstaaten einheitlich auszulegen, sodass nationale Begriffsbestimmungen grundsätzlich nicht maßgeblich sind.<sup>50</sup>

Zur Verschuldenszurechnung im Schadensersatzrecht der DSGVO hat sich der EuGH bisher nicht im Detail geäußert. Es ist aber davon auszugehen, dass er seine Rechtsprechung zum Bußgeldrecht auf die Schadensersatzhaftung übertragen wird. Denn auch die Bußgeldhaftung nach Art. 83 DSGVO setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus und es liegt nahe, die Begriffe im Schadensersatzrecht genauso zu verstehen, sofern nicht dessen Zwecke eine Abweichung gebieten.

<sup>46</sup> Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und anderer Gesetze v. 25.10.2023, BGBl. I 2023, Nr. 294. Ausf. zu den Änderungen *Galle/Dressel*, EuZW 2024, 107 ff.

<sup>47</sup> Vgl. etwa Ehmann/Selmayr/*Nemitz*, 3. Aufl. 2024, DSGVO Art. 82 Rn. 23 ff.; Gola/Heckmann/*Gola/Piltz*, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 82 Rn. 24 ff.; Paal/Pauly/*Frenzel*, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 82 Rn. 15; Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, 4. Aufl. 2019, DSGVO Art. 82 Rn. 11 f.; Simitis/Hornung/*Spiecker* gen. Döhmman/*Boehm*, 1. Aufl. 2019, DSGVO Art. 82 Rn. 21 ff.

<sup>48</sup> EuGH v. 21.12.2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*) – Rn. 94.

<sup>49</sup> EuGH v. 21.12.2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*) – Rn. 99.

<sup>50</sup> Vgl. schon oben, Nachweise in Fn. 20.

Von zentraler Bedeutung ist wiederum der Fall *Deutsche Wohnen*. Denn das Kammergericht zielte mit seiner Vorlage nicht nur darauf ab, die Vereinbarkeit des Haftungsmodells der §§ 9, 30, 130 OWiG mit der DSGVO zu klären,<sup>51</sup> sondern es hatte außerdem danach gefragt, ob die Bußgeldhaftung nach Art. 83 DSGVO stets einen schuldhaften Verstoß voraussetzt. Wäre dies nicht der Fall, würden sich Zurechnungsfragen in weit geringerem Maße stellen. Der EuGH betonte jedoch etwas überraschend, dass die Voraussetzungen der Bußgeldhaftung in Art. 83 DSGVO „genau festgelegt“ seien und „den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum [lassen]“<sup>52</sup> und folgte auf Basis einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung, dass eine der Voraussetzungen für die Verhängung einer Geldbuße sei, „dass der Verstoß schuldhaft begangen wurde“.<sup>53</sup> Zur Konkretisierung der materiellen Anforderungen an einen schuldhaften Verstoß gegen die DSGVO knüpfte der EuGH sodann an seine Rechtsprechung zum Kartellbußgeldrecht an. Von einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoß sei auszugehen, wenn der Verantwortliche „sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein konnte, gleichviel, ob ihm dabei bewusst war, dass es gegen die Vorschriften der DSGVO verstößt“.<sup>54</sup> Handele es sich um eine juristische Person, sei zudem klarzustellen, „dass die Anwendung von Art. 83 DSGVO keine Handlung und nicht einmal eine Kenntnis seitens des Leitungsorgans dieser juristischen Person voraussetzt“.<sup>55</sup> Zum Beleg wird u.a. auf das kartellrechtliche Urteil *Musique diffusion française* verwiesen, auf welches oben bereits eingegangen wurde.<sup>56</sup> Der EuGH geht also für das Verschuldenserfordernis des Art. 83 DSGVO davon aus, dass einem Unternehmen jedenfalls das individuelle Verschulden jener Personen zuzurechnen ist, die berechtigt sind, für das Unternehmen zu handeln, was nach der bisherigen Entscheidungspraxis auf eine strikte Zurechnung von Gehilfenverschulden hinausläuft.<sup>57</sup> Jedenfalls wird eine Differenzierung nach der Stellung des jeweiligen Unternehmensangehörigen in der Hierarchie des Unternehmens ausdrücklich abgelehnt. Wie erwähnt ist davon auszugehen, dass der EuGH dieses Verständnis auch der Schadensersatzhaftung nach Art. 82 DSGVO zugrunde legen wird.

Allerdings gilt nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO die zusätzliche Besonderheit, dass die Beweislast für das Verschulden zulasten des Verantwortlichen umgekehrt ist.<sup>58</sup>

<sup>51</sup> Siehe oben, unter III.1.a), Text bei Fn. 32–33.

<sup>52</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 65 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>53</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 75 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>54</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 76.

<sup>55</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 77.

<sup>56</sup> Siehe oben, unter III.1.a), Text bei Fn. 31–32.

<sup>57</sup> Vgl. oben, unter III.1.a), Text bei Fn. 38.

<sup>58</sup> EuGH v. 21.12.2023, C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*) – Rn. 94, 98. Vgl. auch EuGH v. 14.12.2023, C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (*Natsionalna agentsia za prihodite*) – Rn. 65 ff.

Dieser muss sich also entlasten, wenn er der Haftung entgehen will. Aus dem weiten Zurechnungsmodell des EuGH folgt, dass dafür – anders als etwa nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB – nicht der Nachweis genügt, dass ein einzelner Mitarbeiter für den Datenschutzverstoß verantwortlich ist, dieser jedoch von seinen Vorgesetzten sorgfältig ausgewählt und überwacht worden war. Das hat der EuGH jüngst in der *juris*-Entscheidung klargestellt. Im zugrundeliegenden Verfahren vor dem LG Saarbrücken hatte sich die *juris* GmbH gegenüber einem Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DSGVO u.a. damit verteidigt, der Datenschutzverstoß sei möglicherweise darauf zurückzuführen, dass ein einzelner Mitarbeiter weisungswidrig gehandelt habe.<sup>59</sup> Das LG legte dem EuGH daraufhin die Frage vor, ob die Entlastung nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO dadurch erfolgen könne, dass der Rechtsverstoß auf „menschliches Versagen im Einzelfall“ zurückgeführt werde. Der EuGH wies dies zurück. Es sei Sache des Verantwortlichen, „sich zu vergewissern, dass seine Weisungen von seinen Arbeitnehmern korrekt ausgeführt werden“.<sup>60</sup> Art. 82 DSGVO sei daher dahin auszulegen,

„dass es für eine Befreiung des Verantwortlichen von seiner Haftung nach Art. 82 Abs. 3 [DSGVO] nicht ausreicht, dass er geltend macht, dass der in Rede stehende Schaden durch ein Fehlverhalten einer ihm im Sinne von Art. 29 [DSGVO] unterstellten Person verursacht wurde“.<sup>61</sup>

Dies bestätigt, dass dem Verantwortlichen das Verschulden aller Unternehmensangehörigen strikt zugerechnet wird.

#### *b) Kartellrecht/DMA*

Schadensersatzansprüche wegen eines Verstoßes gegen Kartellrecht oder eine Verhaltenspflicht nach Art. 5–7 DMA sind bei Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf § 33a Abs. 1 GWB zu stützen. Voraussetzung der Haftung ist danach, dass der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Allerdings ist das Verschuldenserfordernis nicht durch EU-Recht vorgeschrieben, sodass für die Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen grundsätzlich nationale Zurechnungskonzepte zur Anwendung kommen können. Dabei ist allerdings zu beachten, dass Schadensersatzansprüche wie das Private Enforcement insgesamt auch dazu dienen, eine effektive Durchsetzung des EU-Rechts zu gewährleisten, und dass die nationalen Konzepte daher im Lichte des EU-Rechts zu modifizieren sein können.

Dies lässt sich besonders gut anhand des Kartellrechts veranschaulichen. § 33a Abs. 1 GWB dient insoweit der Umsetzung der KartellschadensersatzRL. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 3 Abs. 1, zu gewährleisten, dass

<sup>59</sup> EuGH v. 11.4.2024, C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (*juris*) – Rn. 22.

<sup>60</sup> EuGH v. 11.4.2024, C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (*juris*) – Rn. 49.

<sup>61</sup> EuGH v. 11.4.2024, C-741/21, ECLI:EU:C:2024:288 (*juris*) – Tenor Ziff. 2.



„jede natürliche oder juristische Person, die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, den vollständigen Ersatz dieses Schadens verlangen und erwirken kann“.

Die Richtlinie sieht nicht vor, dass die Haftung von einem Verschulden abhängig gemacht werden muss. Allerdings heißt es in ErwGr. 11, dass Mitgliedstaaten, die „in ihrem nationalen Recht andere Voraussetzungen für Schadensersatz vorsehen, wie etwa Zurechenbarkeit, Adäquanz oder Verschulden“ diese Bedingungen beibehalten können sollten, „sofern sie mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dem Effektivitäts- und dem Äquivalenzgrundsatz und den Bestimmungen dieser Richtlinie in Einklang stehen“. Dass § 33a Abs. 1 GWB einen vorsätzlichen oder fahrlässigen Kartellverstoß verlangt, dürfte mit diesen Vorgaben grundsätzlich in Einklang stehen, da ihr Zweck gerade darin besteht, mitgliedstaatliche Verschuldenserfordernisse zu legitimieren und z.B. auch nicht erkennbar ist, dass die Anforderungen der deutschen Gerichte so streng wären, dass sich ein Problem mit dem Effektivitätsgrundsatz ergäbe.<sup>62</sup> Als problematisch könnte es sich aber erweisen, wenn die deutschen Gerichte darauf bestehen sollten, auch im Rahmen des § 33a Abs. 1 GWB dem Zurechnungsmodell der §§ 31, 831 BGB zu folgen.<sup>63</sup> Dem Unternehmensträger wäre dann nur das Verschulden seiner Repräsentanten strikt zuzurechnen, während er sich in Bezug auf das Verschulden sonstiger Hilfspersonen ggf. nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entlasten könnte. Da dies dazu führen könnte, dass nicht für Kartellverstöße gehaftet wird, die eindeutig aus dem Unternehmen heraus begangen wurden, ist nicht auszuschließen, dass der EuGH insoweit eine Verletzung des Effektivitätsgebots rügen würde. Dafür spricht auch, dass er sich in anderen Zusammenhängen bisher stets für eine strikte Zurechnung von Gehilfenverschulden ausgesprochen hat und dass dieses Modell außerdem in fast allen anderen Mitgliedstaaten zur Anwendung kommt.

Obwohl für Schadensersatzansprüche wegen eines Verstoßes gegen Art. 5–7 DMA ebenfalls § 33a Abs. 1 GWB als Anspruchsgrundlage heranzuziehen ist, stellt sich die Rechtslage insoweit anders dar. Denn für den DMA besteht keine mit Art. 3 Abs. 1 KartellschadensersatzRL vergleichbare Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Schadensersatzansprüche zu ermöglichen. Der DMA geht zwar in Art. 39 davon aus, dass auch die nationalen Gerichte die Vorschriften des DMA anwenden können, verlangt aber nicht ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten ein Private Enforcement ermöglichen müssen. Zu erinnern ist aber daran, dass der EuGH auch den kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch bereits anerkannt hatte, bevor die KartellschadensersatzRL eine entsprechende Verpflichtung der Mitgliedstaaten formuliert hat. In *Courage* hat er wesentlich darauf abgestellt, dass die Art. 101, 102 AEUV (bzw. ihre Vorgängernormen) zwischen Privaten

<sup>62</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB § 33a Rn. 45 f.; Berg/Mäsch/Mäsch, 4. Aufl. 2022, GWB § 33a Rn. 7; LMRKM/Kersting, 4. Aufl. 2020, GWB § 33a Rn. 8; ausf. Heinze, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017, 196 ff.

<sup>63</sup> Vgl. schon König, Unternehmenshaftung, 2023, 341.



unmittelbare Wirkungen entfalten und Rechte entstehen lassen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben.<sup>64</sup> Im Übrigen hat er betont, dass die volle Wirksamkeit des Kartellverbots beeinträchtigt wäre, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, [...] entstanden ist“.<sup>65</sup> Ob sich dies auf Art. 5–7 DMA übertragen lässt, bedürfte noch einer genaueren Überprüfung. Allerdings werden auch durch diese Vorschriften subjektive Privatrechte geschaffen, deren wirksamer Schutz ohne eine Anerkennung von Schadensersatzansprüchen jedenfalls schwieriger zu gewährleisten wäre.<sup>66</sup> Geht man davon aus, dass das EU-Recht einen Schadensersatzanspruch bei Verstößen gegen den DMA verlangt, wäre das Verschuldenserfordernis des § 33a Abs. 1 GWB auch insoweit am Effektivitätsgebot zu messen. Hält man einen Schadensersatzanspruch für entbehrlich, hätte Deutschland mit der Ausweitung des § 33a Abs. 1 GWB überobligatorisch gehandelt und wäre daher in der Gestaltung frei.

### c) DSA

Für den DSA ergibt sich letztlich ein ähnliches Bild. Art. 54 DSA betont zwar, dass Nutzer das Recht haben, von Anbietern von Vermittlungsdiensten Schadensersatz zu fordern, wenn diese gegen die Gebote des DSA verstoßen, allerdings nur „im Einklang mit dem EU-Recht und nationalen Recht“. Dies wird überwiegend so verstanden, dass auf Anspruchsgrundlagen des nationalen Rechts abzustellen ist, in Deutschland z.B. auf §§ 280, 823 ff. BGB.<sup>67</sup> Die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen sind dann dem nationalen Recht zu entnehmen, müssen aber ggf. im Lichte des EU-Rechts modifiziert werden. Das gilt auch für das Verschuldenserfordernis und die Verschuldenszurechnung. Dass z.B. die deliktische Haftung in Deutschland grundsätzlich verschuldensabhängig ist und deshalb auch Verstöße gegen die Verpflichtungen des DSA außerhalb von Vertragsverhältnissen grundsätzlich nur zum Schadensersatz verpflichten, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden, dürfte für sich genommen nicht zu beanstanden sein. Allerdings kann sich wie im Kartellrecht und beim DMA ggf. ein Konflikt mit dem Effektivitätsgebot ergeben, wenn Anforderungen gestellt werden, die eine wirksame Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen übermäßig erschweren. Dies könnte wiederum vor allem bedeuten, dass von einer Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB abzusehen ist.

<sup>64</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage) – Rn. 23.

<sup>65</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage) – Rn. 26.

<sup>66</sup> Vgl. z.B. für einen auf subjektiven öffentlichen Rechten beruhenden Ansatz *Buchheim/Schrenk*, NVwZ 2024, 1 (5 ff.) (zum DSA). Ein solches Konzept wäre möglich, erscheint aber nicht sonderlich praktikabel.

<sup>67</sup> Vgl. etwa Hofmann/Raue/Raue, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 33 f.; *Raue/Heesen*, NJW 2022, 3537 (3542 f.).

### 3. Fazit

Soweit das EU-Recht über die Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens entscheidet, ist bisher durchgängig davon auszugehen, dass dem Unternehmen bzw. Unternehmensträger das Verhalten und Verschulden aller Unternehmensangehörigen strikt zuzurechnen ist. Das gilt zunächst für die Verhaltenszurechnung nach der DSGVO, dem DMA und dem DSA und zwar unabhängig davon, ob es um die Begründung einer Bußgeldhaftung geht oder um Beseitigungs-, Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche. Die Zurechnung lässt sich entweder mit dem Repräsentationsprinzip entlang der Urteile *Musique diffusion française* und *Deutsche Wohnen* begründen oder, soweit anwendbar, mit dem Konzept der wirtschaftlichen Einheit, wie es in *VM Remonts* herangezogen wurde. Auch für die Verschuldenszurechnung können diese Ansätze zur Anwendung kommen, wenn das Verschuldenserfordernis wie bei Art. 82 Abs. 3 DSGVO und vielfach im Bereich der Bußgeldhaftung im EU-Recht selbst geregelt ist. Ergibt sich ein Verschuldenserfordernis hingegen aus dem nationalen Recht, wie dies z.B. bei §§ 823 ff. BGB und § 33a Abs. 1 GWB der Fall ist, unterliegt auch die Zurechnung individuellen Verschuldens grundsätzlich der Ausgestaltung durch den nationalen Gesetzgeber. Allerdings können die nationalen Anforderungen und Zurechnungskonzepte durch Vorgaben des EU-Rechts überlagert werden, etwa durch das europarechtliche Effektivitätsgebot. Dies kann zur Folge haben, dass nationale Zurechnungsmodelle nicht zur Anwendung kommen können, weil sie die wirksame Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen übermäßig erschweren. Unter diesem Aspekt könnte sich insbesondere die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB als problematisch erweisen.

## IV. Organisationshaftung

Abschließend soll noch untersucht werden, inwieweit sich im Recht des digitalen Binnenmarkts Ansätze für eine echte Organisationshaftung finden. Damit ist hier eine Haftung gemeint, die ohne Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens einzelner Unternehmensangehöriger auskommt, und stattdessen für die Haftungsbegründung auf das Unternehmen als Ganzes abstellt. Diese Methode zur Begründung der Unternehmenshaftung ist im deutschen Deliktsrecht noch relativ unüblich.<sup>68</sup> Der EuGH scheint hingegen ganz selbstverständlich und ohne größeres Problembewusstsein davon auszugehen, dass die Haftung von Unternehmen bzw. Unternehmensträgern nicht nur individualistisch mithilfe von Zurechnung, sondern auch organisationsbezogen begründet werden kann. Die Einzelheiten sind allerdings noch weitgehend ungeklärt. Die Proble-

<sup>68</sup> Vgl. ausf. König, Unternehmenshaftung, 2023, 356 ff., 495 ff., 581 ff.

matik soll im Folgenden wiederum getrennt für das pflichtverletzende Verhalten und das Verschulden betrachtet werden.

### 1. Verhalten

Zunächst gibt es klare Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH wenig Schwierigkeiten darin sieht, das haftungsbegründende Verhalten (Tun oder Unterlassen), also z.B. den Datenschutzverstoß oder den Verstoß gegen die Pflichten nach Art. 5–7 DMA oder Art. 11–48 DSA unmittelbar dem Unternehmen bzw. Unternehmensträger zuzuordnen. Ausgangspunkt ist, dass die Pflichten der europäischen Digitalgesetze sämtlich an das jeweilige Unternehmen bzw. den Unternehmensträger adressiert sind und nicht an einzelne Unternehmensangehörige. Die Verhaltenspflichten, die durch das Digitalrecht formuliert werden, sind also Unternehmenspflichten.<sup>69</sup> Diese haben nach der DSGVO vor allem eine sorgfältige Organisation der Datenverarbeitung zum Gegenstand, nach dem DMA und dem DSA vor allem eine rechtskonforme Gestaltung zentraler Plattformdienste und Vermittlungsdienste. Auf die unternehmensbezogene Formulierung der Verhaltenspflichten ist oben bereits eingegangen worden.<sup>70</sup>

Dass der EuGH aus diesem Umstand offenbar folgert, dass die Begründung der Unternehmenshaftung auch ohne Zurechnung individuellen Verhaltens möglich sein muss, lässt sich wieder am Fall *Deutsche Wohnen* veranschaulichen. Wie bereits dargestellt, war hier im Bußgeldverfahren nicht dargelegt worden, welche Unternehmensangehörigen den Datenschutzverstoß begangen haben sollen. Das Kammergericht fragte deshalb den EuGH, ob die Bußgeldhaftung nach Art. 83 DSGVO voraussetze, dass der Datenschutzverstoß einer „identifizierten natürlichen Person“ zugerechnet werden kann. Der EuGH wies dies zurück und argumentierte zunächst damit, dass die Haftung nach der DSGVO u.a. an den Verantwortlichen gerichtet sei, der auch eine juristische Person sein könne. Schon aus diesem Grund müsse es möglich sein, „Geldbußen unmittelbar gegen juristische Personen zu verhängen“.<sup>71</sup> Auch gebe es in der DSGVO „keine Bestimmung, die die Verhängung einer Geldbuße gegen eine juristische Person davon abhängig macht, dass zuvor festgestellt wird, dass [der Verstoß nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO] von einer identifizierten natürlichen Person begangen wurde“.<sup>72</sup> Außerdem liefe eine solche Anforderung dem Zweck der DSGVO zuwider, denn sie könne „die Wirksamkeit und die abschreckende Wirkung von Geldbußen schwächen, die gegen juristische Personen als Verantwortliche ver-

---

<sup>69</sup> Vgl. zu diesem Begriff König, Unternehmenshaftung, 2023, 238 ff.

<sup>70</sup> Unter II., Text bei Fn. 10–11.

<sup>71</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 44 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>72</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 46 (zur Bußgeldhaftung).

hängt werden“.<sup>73</sup> Der EuGH geht also davon aus, dass eine Individualisierung der unternehmensinternen Verantwortlichen in der DSGVO nicht angelegt ist und deren effektive Durchsetzung gefährden könnte. Dies spricht dafür, dass sich die Haftung auch ohne Individualisierung begründen lassen muss.

Ausgehend von einer unternehmensbezogenen Interpretation der digital-rechtlichen Verhaltenspflichten und der Tatsache, dass der EuGH nicht zwischen dem Unternehmen und dem Unternehmensträger unterscheidet, fällt es letztlich nicht schwer, den jeweiligen Pflichtverstoß unmittelbar dem jeweiligen Haftungsadressaten zuzuordnen. Anders als es z.B. dem deutschen Verständnis entsprechen würde, darf man den Blick nicht allein auf den Unternehmensträger verengen, der als juristische Person (im engen, nur den Rechtsträger meinenden Sinne) oft selbst nicht handlungsfähig sein wird. Der EuGH folgt im europäischen Digitalrecht (wie etwa auch im Kartellrecht) einem Verständnis, das den Unternehmensträger und das Unternehmen weitgehend gleichsetzt und deshalb fast automatisch auch das Unternehmen als soziale Organisation in die Betrachtung einbezieht. Eine Datenverarbeitung oder den Betrieb einer Plattform einem Unternehmen in diesem Sinne zuzuordnen, fällt aber nicht schwer. Es liegt im Gegenteil oft sogar näher als der Umweg über einen oder mehrere Unternehmensangehörige. Im Fall *Deutsche Wohnen* war es bei diesem Verständnis das Unternehmen Deutsche Wohnen, welches das problematische elektronische Archivsystem betrieb, nicht die Deutsche Wohnen SE als juristische Person i.e.S. und auch nicht die Unternehmensangehörigen. Die wirtschaftlichen Aktivitäten des Unternehmens Deutsche Wohnen lassen sich in einem weiteren Schritt problemlos unmittelbar der Deutsche Wohnen SE als Haftungssubjekt zuordnen.

Genauso wie die zugrundeliegende wirtschaftliche Tätigkeit lässt sich auch der Pflichtverstoß meist ohne Schwierigkeiten dem Unternehmen zuordnen. Werden gewerbliche Nutzer z.B. entgegen Art. 5 Abs. 3 DMA daran gehindert, Endnutzern dieselben Produkte über ihre eigenen direkten Online-Vertriebskanäle zu anderen Preisen anzubieten als über die Online-Vermittlungsdienste des Torwächters, dann lässt sich dieser Verstoß unmittelbar dem Torwächter als Unternehmen zuordnen. Damit wird nicht geleugnet, dass die Entscheidung über die entsprechende Geschäftspolitik von Menschen getroffen wurde. Den Verstoß erst einzelnen Unternehmensangehörigen zuzuordnen und dann dem Unternehmensträger als Haftungsadressaten zuzurechnen, ist aber unnötig kompliziert und entspricht nicht der unternehmensbezogenen Formulierung der Verhaltenspflichten des DMA. Gleichzeitig ist nicht erkennbar, dass mit einer streng individualistischen Begründung der Haftung Vorteile verbunden wären, die sich mit einem organisationsbezogenen Ansatz nicht realisieren lassen.

---

<sup>73</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 51 (zur Bußgeldhaftung).

## 2. Verschulden

Größere Schwierigkeiten ergeben sich in Bezug auf eine organisationsbezogene Begründung des Verschuldens. Der EuGH scheint jedoch auch einen solchen Ansatz für möglich zu halten. Unmittelbar im EU-Recht geregelte Verschuldensanforderungen finden sich z.B. in Art. 82 Abs. 3 DSGVO und im Bußgeldrecht (vgl. etwa Art. 23 Abs. 2 KartellverfahrensVO, Art. 83 Abs. 2 DSGVO, Art. 30 Abs. 1 DMA, Art. 74 Abs. 1 DSA).

Aufschlussreich sind zunächst Ausführungen im Urteil *Krankenversicherung Nordrhein*, in welchem es u.a. darum ging, ob Art. 82 Abs. 3 DSGVO ein Verschulden voraussetzt. Der EuGH bejahte dies und führte zur Begründung u.a. aus, dass der Gesetzgeber mit der DSGVO einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Datenverarbeiter und denen der Betroffenen herstellen wollen. Eine verschuldensunabhängige Haftung hielt der EuGH daher für zu weitgehend. Aus Art. 24 und Art. 32 DSGVO ergebe sich, „dass diese Bestimmungen dem Verantwortlichen lediglich vorschreiben, technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, die darauf gerichtet sind, jede Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten so weit wie möglich zu verhindern“.<sup>74</sup> Wichtig ist, dass diese Aussage im Zusammenhang mit dem Verschuldensanforderung getroffen wird. Der EuGH geht hier also offenbar davon aus, dass eine verschuldensabhängige Haftung nicht allein an den Eintritt eines bestimmten Erfolgs anknüpfen kann, sondern dass dafür ein pflichtwidriges Verhalten zu verlangen ist. Weiter scheint er davon auszugehen, dass ein Verschulden typischerweise darin besteht, dass mindestens eine Maßnahme unterlassen worden ist, die hätte ergriffen werden müssen. Hinsichtlich des anzulegenden Maßstabs führte der EuGH weiter aus:

„Die Geeignetheit solcher Maßnahmen ist konkret zu bewerten, indem geprüft wird, ob der Verantwortliche diese Maßnahmen unter Berücksichtigung der verschiedenen in den genannten Artikeln aufgeführten Kriterien und der Datenschutzbedürfnisse getroffen hat, die speziell mit der betreffenden Verarbeitung und den davon auszugehenden Risiken verbunden sind“.<sup>75</sup>

Welche Maßnahmen erforderlich sind, will der EuGH also von den jeweils geltenden Vorschriften und den im Einzelfall bestehenden Risiken abhängig machen. Interessant ist außerdem, dass er für die DSGVO die Bedeutung technischer und organisatorischer Maßnahmen betont,<sup>76</sup> was wiederum nicht unbedingt nahelegt, dass eine individualistische Perspektive einzunehmen ist.

<sup>74</sup> EuGH v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*) – Rn. 96.

<sup>75</sup> EuGH v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*) – Rn. 96. Vgl. auch ausf. EuGH v. 14.12.2023 – C-340/21, ECLI:EU:C:2023:986 (*Natsionalna agentsia za prihodite*) – Rn. 22 ff., 40 ff.

<sup>76</sup> EuGH v. 21.12.2023 – C-667/21, ECLI:EU:C:2023:1022 (*Krankenversicherung Nordrhein*) – Rn. 96.

Das Abstellen auf unterlassene (Sorgfalts-)Maßnahmen entspricht dem Fahrlässigkeitsverständnis, wie es auch in den Mitgliedstaaten zur Anwendung kommt. Auch nach § 276 Abs. 2 BGB kommt es letztlich darauf an, dass mindestens eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die hätte ergriffen werden müssen.<sup>77</sup> Entscheidend ist, nach welchem Maßstab zu bemessen ist, welche Maßnahmen erforderlich waren. Wo Verhaltenspflichten, wie im europäischen Digitalrecht, relativ präzise durch den Gesetzgeber bestimmt werden, liegt es nahe, in erster Linie auf diese gesetzlichen Gebote abzustellen. Im Übrigen können dieselben Kriterien zur Anwendung kommen, die auch sonst den Sorgfaltsmaßstab im Rahmen der Fahrlässigkeit prägen. Der EuGH verweist vor allem auf die in der konkreten Situation bestehenden Risiken und will damit offenbar zum Ausdruck bringen, dass umso strengere Maßnahmen verlangt werden können, je größer das Risiko ist. Solche Kosten-Nutzen-Überlegungen spielen auch im nationalen Recht eine Rolle, wenn sie auch meist um weitere Kriterien ergänzt werden.

Jedenfalls kann das Außerachtlassen gebotener Sorgfaltsmaßnahmen auch bezogen auf das Unternehmen als Organisation geprüft werden.<sup>78</sup> Es ist dann danach zu fragen, ob irgendwo im Unternehmen eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die hätte ergriffen werden müssen, und deren Unterlassen kausal für die Rechtsverletzung und ggf. den Vermögensschaden geworden ist. Ist dies zu bejahen, steht damit fest, dass die Tätigkeit des Unternehmens objektiv pflichtwidrig und damit fahrlässig war. Dies entspricht dem objektiven Fahrlässigkeitsbegriff, wie er auch in den Mitgliedstaaten ganz überwiegend zur Anwendung kommt. Dass der EuGH darüber hinaus subjektive Elemente für den autonomen, EU-rechtlichen Begriff der Fahrlässigkeit verlangen würde, lässt sich der bisherigen Entscheidungspraxis zum Kartellrecht und zum Datenschutzrecht nicht entnehmen.

Schwieriger könnte eine unternehmensbezogene Begründung des Vorsatzes sein, da hier im nationalen Recht typischerweise stark subjektivierende Ansätze zur Anwendung kommen.<sup>79</sup> Merkmale wie das „Wissen“ und „Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung scheinen sich nur auf einzelne Menschen beziehen zu lassen, nicht auf Gruppen von Individuen oder soziale Organisationen. Zum Kartellrecht lassen sich zwar Entscheidungen der Kommission und Urteile des EuGH finden, in denen die Feststellungen zum Vorsatz unternehmensbezogen formuliert sind,<sup>80</sup> allerdings ist nicht erkennbar, welches dogmatische Konzept

<sup>77</sup> MüKoBGB/Wagner, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 29 ff.; MüKoBGB/Grundmann, 9. Aufl. 2022, BGB § 276 Rn. 53 ff.; ausf. König, Unternehmenshaftung, 2023, 499 ff.

<sup>78</sup> Vgl. ausf. König, Unternehmenshaftung, 2023, 540 ff.

<sup>79</sup> Vgl. ausf. König, Unternehmenshaftung, 2023, 581 ff.

<sup>80</sup> EuGH v. 11.7.1989 – C-246/86, ECLI:EU:C:1989:301 (Belasco) – Rn. 41; v. 1.2.1978 – C-19/77, ECLI:EU:C:1978:19 (Miller) – Rn. 18; Kommission v. 29.6.2001, ABl. L 2001/262, 14 (Volkswagen) – Rn. 103; ausf. Engels, Unternehmensvorsatz und Unternehmensfahrlässigkeit, 2002, 19 ff., 45 ff., 122 ff.

dem zugrunde liegen soll. Die praktische Relevanz dieser Frage ist gering, weil Art. 82 Abs. 3 DSGVO und die oben genannten Vorschriften des Bußgeldrechts sämtlich auch fahrlässige Verstöße genügen lassen, sodass im Zweifel auf dieses Merkmal ausgewichen werden kann.

Interessant ist noch, dass sich der EuGH bisher in Bezug auf das Verschuldenserfordernis stark auf die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit fokussiert. Im Fall *Deutsche Wohnen* war es ihm z.B. ein Anliegen, „zu der Frage, ob ein Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde“, klarzustellen,

„dass ein Verantwortlicher für ein Verhalten, das in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, sanktioniert werden kann, wenn er sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht im Unklaren sein konnte, gleichviel, ob ihm dabei bewusst war, dass es gegen die Vorschriften der DSGVO verstößt“.<sup>81</sup>

Daran fällt zunächst wieder auf, dass keinerlei Individualisierung erfolgt, obwohl der Verantwortliche oft ein Unternehmen oder eine Behörde sein wird. Außerdem wird auf kartellrechtliche Rechtsprechung Bezug genommen, was verdeutlicht, dass es hier nicht um einen DSGVO-spezifischen Ansatz geht, sondern dass der EuGH bemüht ist, allgemeine Anforderungen für die autonomen, EU-rechtlichen Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit zu formulieren. Inhaltlich wird vor allem darauf abgestellt, dass die rechtlichen Gebote für den Normadressaten erkennbar waren. Allerdings muss man sich hinzudenken, dass der EuGH davon ausgeht, dass bereits ein objektiver Verstoß gegen die DSGVO oder die sonst maßgeblichen Rechtsvorschriften bejaht wurde. Selbst dann soll offenbar kein Verschulden vorliegen, wenn der Normadressat die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens nicht erkennen musste. Dabei wird aber ein normativer Maßstab herangezogen, der nicht darauf abstellt, ob die Rechtswidrigkeit tatsächlich erkannt wurde, sondern ob sie hätte erkannt werden müssen. Auch für die Prüfung dieser Anforderung dürfte regelmäßig keine Individualisierung erforderlich sein, weil sie vor allem von der Klarheit der rechtlichen Gebote abhängt und nicht von der konkreten Situation des jeweiligen Unternehmens oder der für dieses Unternehmen handelnden natürlichen Personen. Die Rechtsprechung zum Kartellrecht zeigt außerdem, dass der EuGH sehr hohe Anforderungen an eine mögliche Entlastung stellt.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (*Deutsche Wohnen*) – Rn. 76 (zur Bußgeldhaftung).

<sup>82</sup> Vgl. z.B. EuGH v. 18.6.2013 – C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404 = EuZW 2013, 624 m. Anm. *Meyer-Lindemann* = NJW 2013, 3083 m. Anm. *Weitbrecht* (Schenker) – Rn. 37 ff.; krit. dazu Immenga/Mestmäcker/Biermann, 6. Aufl. 2019, VO 1/2003 Vor Art. 23 Rn. 209; *Brettell Thomas*, ZWeR 2013, 272 ff.; *Kersting*, WuW 2013, 845 ff.



### *3. Fazit*

Aufgrund seiner bisherigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass der EuGH im Recht des digitalen Binnenmarkts auch eine organisationsbezogene Begründung der Unternehmenshaftung für möglich hält, die ohne Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens auskommt. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass die Verhaltenspflichten der europäischen Digitalgesetze an Unternehmen adressiert sind und die Ausgestaltung unternehmerischer Prozesse, Produkte und Dienstleistungen betreffen. Dadurch verengt sich die Analyse nicht auf das Verhalten einzelner Unternehmensangehöriger, sondern ist von vornherein auf das Unternehmen als Ganzes gerichtet. Gegenstand der Haftung sind wirtschaftliche Tätigkeiten, z.B. die Verarbeitung personenbezogener Daten oder das Angebot von Online-Plattformen und anderen Vermittlungsdiensten, die sich unmittelbar dem Unternehmen zuordnen lassen, ohne dass auf einzelne Unternehmensangehörige abgestellt werden müsste. Kommt es im Rahmen dieser Tätigkeiten zu Rechtsverletzungen, lassen sich auch diese unmittelbar dem Unternehmen als Organisation zuordnen, ohne dass es einer Individualisierung bedürfte.

Etwas schwieriger ist die unternehmensbezogene Begründung des Verschuldens. Allerdings kommt es für die Annahme von Fahrlässigkeit in erster Linie darauf an, dass eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die hätte ergriffen werden müssen. Die gebotenen Maßnahmen sind durch die Digitalgesetze recht präzise vorgegeben. Im Übrigen können Kriterien zum Einsatz kommen, wie sie auch nach dem Recht der Mitgliedstaaten zum Einsatz kommen, z.B. eine Kosten-Nutzen-Analyse. Jedenfalls kann das Außerachtlassen einer gebotenen Sorgfaltsmaßnahme auch organisationsbezogen geprüft werden. Dafür ist danach zu fragen, ob irgendwo im Unternehmen eine Sorgfaltsmaßnahme unterlassen wurde, die hätte ergriffen werden müssen, und deren Unterlassen kausal für die Rechtsverletzung und ggf. den Vermögensschaden geworden ist. Der EuGH stellt darüber hinaus vor allem auf die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit ab, allerdings ist auch für deren Prüfung keine Individualisierung nötig, weil es nicht darum geht, ob die Rechtswidrigkeit tatsächlich erkannt wurde, sondern darum, dass sie hätte erkannt werden müssen, was letztlich wieder eine Frage der gebotenen Sorgfalt ist.

## **V. Ergebnisse**

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Hinsichtlich der Begründung der Haftung von Unternehmen bzw. Unternehmensträgern folgt das Recht des digitalen Binnenmarkts Konzepten und Methoden, die sich von den Ansätzen des nationalen Rechts teils deutlich unterscheiden. Auch wenn der EuGH gelegentlich Querverbindungen zwischen unterschiedlichen Rechtsakten herstellt, ist stets der jeweilige Normkontext im



Blick zu behalten, der einer Entwicklung übergreifender Prinzipien entgegenstehen kann.

2. Das europäische Kartellrecht und der DMA adressieren wirtschaftliche Einheiten, die aus mehreren juristischen Personen bestehen können. Auch für den DSA sprechen gute Gründe dafür, dieses Konzept heranzuziehen. Die DSGVO adressiert hingegen einzelne juristische Personen. Allerdings unterscheidet der EuGH nicht strikt zwischen Unternehmensträgern und Unternehmen.

3. Für die Zurechnung individuellen Verhaltens hat der EuGH bisher zwei Ansätze anerkannt, deren Anwendungsbereiche sich überschneiden: das Repräsentationsprinzip und das Konzept der wirtschaftlichen Einheit. Im Kern laufen beide Ansätze auf eine strikte Zurechnung des Verhaltens von Unternehmensangehörigen hinaus. Eine Differenzierung nach der Stellung des jeweils handelnden Mitarbeiters in der Unternehmenshierarchie hat der EuGH bisher abgelehnt.

4. Hinsichtlich der Zurechnung individuellen Verschuldens ist zu differenzieren. Soweit sich ein Verschuldenserfordernis aus dem EU-Recht ergibt, können dieselben Zurechnungssätze wie für die Verhaltenszurechnung zur Anwendung kommen. Ergibt sich ein Verschuldenserfordernis erst aus dem nationalen Recht, ist auch die Verschuldenszurechnung grundsätzlich nach nationalem Recht zu beurteilen. Ergänzend sind europarechtliche Vorgaben wie das Effektivitätsgebot zu beachten.

5. Darüber hinaus deutet sich an, dass die Unternehmenshaftung im europäischen Digitalrecht auch organisationsbezogen, d.h. ohne Zurechnung individuellen Verhaltens und Verschuldens, begründet werden kann. Die größten Schwierigkeiten bereitet dabei die unternehmensbezogene Begründung des Verschuldens. Allerdings scheint der EuGH bisher für einen fahrlässigen Verstoß wenig mehr zu verlangen als das objektiv pflichtwidrige Unterlassen einer gebotenen Sorgfaltsmaßnahme, was ohne Probleme auch bezogen auf ein Unternehmen als Organisation geprüft werden kann.

6. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Ansätze der Haftungsbegründung miteinander konkurrieren. Im Rahmen des Private Enforcement steht es dem Kläger also frei, die Unternehmenshaftung auf die eine oder die andere Weise zu begründen.

# Organe und Handelnde in der Regresskette

## Innenrechtliche Immunität und Effektivität eines funktionalen unionsrechtlichen Unternehmenssanktionsrechts

*Daniel Könen*

### I. Einleitung

Eine Entscheidung des VI. Kartellsenats des OLG Düsseldorf sowie zwei Hinweisbeschlüsse der Kartellkammer des LG Dortmund geben Anlass für eine Untersuchung der Frage, inwiefern mit einem Bußgeld sanktionierte „Unternehmen“ sich auf der Grundlage gesellschaftsrechtlicher Regressansprüche bei ihren pflichtwidrig handelnden Geschäftsleitern schadlos halten können. Dabei geht es um das grundsätzliche Problem, inwiefern es der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz gebietet, wirksame Abschreckungsmechanismen gegenüber natürlichen Personen zu etablieren. Ausgehend von der (Un-)Zulässigkeit eines kartellrechtlichen Bußgeldregresses wird sich mit der Regressfähigkeit von Kartellschadensersatzforderungen befasst, bevor die Sanktionsmechanismen unionsrechtlicher Datenschutz- und Digitalisierungsrechtsakte untersucht sowie die Grundlagen des Allgemeinen Teils eines EU-Unternehmenssanktionsrechts herausgearbeitet werden.

### II. Eine Schienen-Odyssee, Kartellrecht vs. Gesellschaftsrecht und Senat vs. Kammer

Ausgangspunkt der Untersuchung ist ein Blick in das Kartellrecht unter dem Stichwort „Schienenkartell“: Das Schienenkartell hat in der Rechtsprechungshistorie eine „zweigleisige“ Entwicklung genommen. Eine Weichenstellung führt zu den Entscheidungen des BGH in den Rechtssachen Schienenkartell I-VI<sup>1</sup> über den Kartellschadensersatz, das andere Gleis führt zu einer – zunächst arbeitsgerichtlichen – fast elfjährigen Odyssee.

---

<sup>1</sup> BGH v. 11.12.2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661 (Schienenkartell I); v. 28.1.2020 – KZR 24/17, NJW 2020, 1430 (Schienenkartell II); v. 19.5.2020 – KZR 70/17, NJOZ 2021, 92 (Schienenkartell III); v. 19.5.2020 – KZR 8/18, NJOZ 2021, 84 (Schienenkartell IV); v. 23.9.2020 – KZR 4/19, NJOZ 2021, 292 (Schienenkartell V); v. 10.2.2021 – KZR 63/18, NZKart 2021, 350 (Schienenkartell VI).

### 1. Eine Schienen-Odyssee

Ausgehend von einer anonymen Anzeige bei der Generalstaatsanwaltschaft fanden im Mai 2011 bei Herstellern und Lieferanten für Schienen und Ähnliches Durchsuchungen statt, die bei elf Unternehmen zu Bußgeldern von insgesamt etwa 230 Mio. EUR führten. Es geht in erster Linie um den Rechtsstreit zwischen Thyssenkrupp und dem damaligen Mitglied der Geschäftsführung sowie des Vorstands im Bereich „Schienen“. Dieser solle an den kartellrechtswidrigen Preisabsprachen beteiligt gewesen sein bzw. habe zumindest seine Kontrollpflichten verletzt. Thyssenkrupp hatte eine Geldbuße in Höhe von 191 Mio. EUR zu zahlen, hinzu kamen Anwaltskosten und Schadensersatzforderungen – der Gesamtschaden belief sich auf gut 300 Mio. EUR.

Nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH<sup>2</sup> aus dem Jahr 1997 sind Aufsichtsräte verpflichtet, Ansprüche wegen Pflichtverletzungen gegen die Organwalter der Gesellschaft geltend zu machen. Thyssenkrupp klagte aber ohne Erfolg gegen seinen Geschäftsleiter auf der Grundlage von Organpflichtverletzungen vor dem Arbeitsgericht Essen auf Zahlung von Schadensersatz.<sup>3</sup> Diese hatten einen Regress abgelehnt, weil die Bußgeldzumessung auf das Unternehmen bezogen sei und nicht zur Existenzvernichtung des Geschäftsleiters führen dürfe. In nächster Instanz wies das Landesarbeitsgericht Düsseldorf die Klage ebenfalls zurück,<sup>4</sup> bevor Revision beim Bundesarbeitsgericht eingelegt wurde. Dieses wiederum verwies den Rechtsstreit im Jahr 2017 an das LAG Düsseldorf zurück, weil es Bedenken hatte, dass der Rechtsstreit von einer kartellrechtlichen Vorfrage abhinge, was nach § 87 S. 2 GWB eine ausschließliche Zuständigkeit der kartellrechtlichen Spruchkörper begründen würde.<sup>5</sup> Das LAG kam zu dem gleichen Schluss und verwies den Rechtsstreit an den zuständigen Kartellspruchkörper des LG Dortmund.<sup>6</sup> Zu einer Entscheidung in der Sache durch einen Kartellspruchkörper kam es nicht, weil sich die Parteien unter Beteiligung der D&O-Versicherung außergerichtlich einigten, dass diese einen niedrigen zweistelligen Millionenbetrag zu leisten habe.

Im Jahr 2020 verneinte das LG Saarbrücken obiter dictum erstmalig die Regressfähigkeit von Kartellbußgeldern im Rahmen des sog. Sanitärkartells, weil anderenfalls die abschreckende Wirkung von Kartellbußgeldern abgemildert würde und Vorstandsmitglieder nicht von Art. 101 Abs. 1 AEUV als Betroffene erfasst würden.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, NJW 1997, 1926 (ARAG/Garmenbeck).

<sup>3</sup> ArbG Essen v. 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, NZKart 2014, 193.

<sup>4</sup> LAG Düsseldorf v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, NZKart 2015, 277.

<sup>5</sup> BAG v. 29.6.2017 – 8 AZR 189/15, NZKart 2018, 57.

<sup>6</sup> LAG Düsseldorf v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, NZKart 2015, 277; beim LG Dortmund zunächst weitergeführt unter den Az. 8 O 12/18 Kart, 8 O 17/18 Kart, 8 O 18/18 Kart.

<sup>7</sup> LG Saarbrücken v. 15.9.2020 – 7 HK O 6/16, WuW 2021, 62 (Vorstandsregress) – Rn. 122 ff.

## 2. Gesellschaftsrechtlicher Gegenwind und kartellrechtlicher Beistand

Im kartell- und gesellschaftsrechtlichen Schrifttum ist die Regressfähigkeit von Kartellbußgeldern seit Langem umstritten. Es geht darum, dass die Geschäftsleiter, wenn sie an kartellrechtswidrigen Absprachen teilnehmen bzw. ihren diesbezüglichen Überwachungspflichten nicht nachkommen, gegen die Legalitätspflicht aus § 346 Abs. 1 HGB, § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 AktG verstoßen. Es lassen sich im Wesentlichen zwei Lager ausmachen:

Ein Großteil der gesellschaftsrechtlichen Literatur bejaht eine Regresspflicht hinsichtlich des Ahndungsteils der Geldbuße unter Hinweis auf die sog. Beraterfälle der Senate II. und IX. des BGH<sup>8</sup> sowie unter Anknüpfung an die Differenzhypothese,<sup>9</sup> möchte diese teilweise aber der Höhe nach begrenzen.<sup>10</sup> Der ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionszweck sei mit der Verhängung der Geldbuße erreicht, schließlich trage die Gesellschaft die Insolvenzrisiken des Geschäftsleiters. Kartellrechtliche Privilegierungen seien nicht zu beachten,<sup>11</sup> ungeachtet der Tatsache, dass gegen die Geschäftsleiter regelmäßig auch ein individuelles Bußgeld nach § 81 GWB verhängen werde.<sup>12</sup> Schließlich trage ein Bußgeldregress in besonderem Maße zur Abschreckung und Prävention von Verstößen bei.<sup>13</sup>

Das zweite (kartellrechtliche) Lager lehnt eine Regresspflicht hinsichtlich des Ahndungsteils vorwiegend mit dem Argument ab, dass die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen teleologisch zu reduzieren seien, weil anderenfalls der Sanktionszweck der Verbandsbuße vereitelt würde und das Bußgeld beim Sanktions-

<sup>8</sup> BGH v. 31.1.1957 – II ZR 41/56, NJW 1957, 586 (Bankenhaftung); v. 14.11.1996 – IX ZR 215/95, NJW 1997, 518 (Steuerberaterhaftung); v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, DStRE 2010, 1219 (Steuerberaterhaftung) – Rn. 8 mit Anm. Gräfe, EWiR 2010, 633.

<sup>9</sup> Bayer/Scholz, GmbHR 2015, 449 ff.; 454; BeckOGK/Fleischer, 1.10.2023, AktG § 93 Rn. 260, 258, 264; eine gesetzliche Deckelung fordernd Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 11.7.2024 abgerufen); Graul/Dust, ZRP 2020, 134 ff.; Kersting, ZIP 2016, 1266 (1267 ff.); Kersting/May, WuW 2024, 243 ff.; Kersting/May, WuW 2024, 313 ff.; Koch AktG/Koch, 18. Aufl. 2023, § 93 Rn. 88; Nietsch, NJW 2024, 471 ff.; BeckOK GmbHG/Pöschke, 58. Ed. 1.11.2023, § 43 Rn. 309.4; MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, § 93 Rn. 211; Stancke, BB 2020, 1167 ff.; vgl. Suchy, NZG 2015, 591 (593); Fabisch, ZWeR 2013, 91 (104).

<sup>10</sup> Vorteilsausgleichung und abweichende Verteilung der Beweislast, Kersting, ZIP 2016, 1266 (1267 ff.); Stancke, BB 2020, 1167 ff.; Beschränkung aufgrund von Treuebindung und Fürsorgepflichten Hirte/Müllert/Roth, Aktiengesetz Großkommentar/Hopt/Roth, 5. Aufl. 2014, § 93 Rn. 419; BeckOK GmbHG/Pöschke, 58. Ed. 1.11.2023, § 43 Rn. 309.4; Berücksichtigung von Maß der Pflichtwidrigkeit und Leistungsfähigkeit, MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 93 Rn. 211; Innerbetrieblicher Schadensausgleich: Lotze, NZKart 2014, 162 (168); Hopt, ZIP 2013, 1793 (1804); obiter dictum Deckelung Bußgeldrahmen natürlicher Personen, ArbG Essen v. 19.12.2013 – 1 Ca 657/13, NZKart 2014, 193 Rn. 145; vgl. Fritz, NZA 2017, 673 ff.; Gaul, AG 2015, 109 ff.

<sup>11</sup> BeckOGK/Fleischer, 1.10.2023, AktG § 93 Rn. 263.

<sup>12</sup> Vgl. BeckOK/Pöschke, 58. Ed. 1.11.2023, GmbHG § 43 Rn. 309.4.

<sup>13</sup> Vgl. BeckOGK/Fleischer, 1.10.2023, AktG § 93 Rn. 261.

adressaten verbleiben müsse, um diesen zur Kontrolle seiner Geschäftsleiter anzuhalten.<sup>14</sup> Zum Ausdruck komme dies insbesondere in der unterschiedlichen Bußgeldzumessung gegenüber juristischen bzw. natürlichen Personen nach nationalem Recht. Schließlich laufe der Bußgeldregress auf eine verfassungsrechtlich unzulässige Doppelbestrafung des Geschäftsleiters hinaus.<sup>15</sup>

### *3. Die (kartellrechtsspezifische) und mitgliedstaatliche Argumentation des Kartellsenats des OLG Düsseldorf*

Das OLG Düsseldorf setzt sich im Zusammenhang mit Regressforderungen für Bußgelder aus dem sog. Edelstahlkartell mit diesen Auffassungen auseinander und lehnt im Ergebnis einen Regress ab.<sup>16</sup> Dies geschieht im Rahmen einer teleologischen Reduktion der gesellschaftsrechtlichen Haftungsansprüche des nationalen Rechts aus § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>17</sup> Dabei beruht diese Erwägung auf zwei zentralen Säulen – den Besonderheiten der Verbandsgeldbuße nach nationalem Recht sowie dem Sinn und Zweck der Ausgestaltung von Sanktionen im deutschen Kartellrecht.<sup>18</sup>

So bedürfe eine Verbandsgeldbuße notwendig der Anknüpfungstat einer natürlichen Person, die regelmäßig in einer Legalitätspflichtverletzung liege. Gleichzeitig sei im nationalen Recht aber eine persönliche Bebußung der natürlichen Person vorgesehen, was dagegenspreche, die Verbandsgeldbuße ebenfalls auf die natürliche Person umzulenken.<sup>19</sup>

Ferner wolle das spezielle kartellrechtliche Sanktionssystem gerade das Unternehmen treffen, was in dem enormen, an den tatbezogenen Umsatz anknüpfenden, Bußgeldrahmen zum Ausdruck komme. Dieser spiegele die Bedeutung des betroffenen Marktes, die Stellung des Unternehmens auf dem Markt sowie das daraus folgende Gewinn- und Schadenspotenzial wider. Schließlich folge aus Sinn und Zweck, dass die Geldbuße dauerhaft das rechtlich verselbständigte Ver-

<sup>14</sup> LAG Düsseldorf v. 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, NJOZ 2015, 782; BAG v. 29.6.2017 – 8 AZR 189/15, NZKart 2018, 57 (Schienenkartell); LG Saarbrücken v. 15.9.2020 – 7HK O 6/16, WuW 2021, 62 (Vorstandsregress); *Bachmann*, BB 2015, 911 ff.; *Baur/Holle*, ZIP 2018, 459 ff.; *Dreher*, VersR 2015, 781 ff.; *Grunewald*, NZG 2016, 1121 ff.; *Labusga*, VersR 2017, 394 ff.; *Lotze/Smolinski*, NZKart 2015, 254 ff.; *Thomas*, NZG 2015, 1409 ff.; *Thomas*, VersR 2017, 596 ff.; *Wils*, WuW 2023, 583 ff.; schon kein ersatzfähiger Schaden: *Bunte*, NJW 2018, 123 ff.; *Leclerc*, NZKart 2021, 220 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Scholz, GmbHG/Verse, 13. Aufl. 2022, § 43 Rn. 311.

<sup>16</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell); vgl. *Beck*, NZKart 2023, 654 ff.; *Eufinger*, WRP 2023, 1225 (1241); *Leclerc*, NZG 2023, 1261 (1265).

<sup>17</sup> Im Rahmen von Personengesellschaften beträfe die teleologische Reduktion § 280 BGB.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell) – Rn. 160 ff.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell) – Rn. 149.

mögen der juristischen Person treffen solle und nicht auf Geschäftsleiter oder D&O-Versicherungen verlagert werden dürfe.<sup>20</sup>

Sodann hebt der Kartellsenat hervor, dass sich die Beraterfälle des BGH sowie der Regress einer Verbandsgeldbuße im Fußball wesentlich von kartellrechtlichen Bußgeldkonstellationen unterscheiden, weil mit der kartellrechtlichen Sanktion gezielt zwei Rechtsträger individuell getroffen werden sollen.<sup>21</sup> Anders als im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Geldbuße, sei ein Innenregress nicht vorgesehen.<sup>22</sup> Soweit sich der Senat mit entstandenen IT- und Beratungskosten auseinandersetzt, sollen diese angesichts des inneren Zusammenhangs zum verhängten Bußgeld gleichermaßen nicht regressfähig sein, sondern teilen als Nebenkosten das Schicksal der Buße.<sup>23</sup>

Ausdrücklich entschieden hat der Senat den Ausschluss der Regressfähigkeit damit nur für eine Geldbuße nach deutschem Recht; ob Entsprechendes für eine Kartellgeldbuße nach dem Unionsrecht gilt, ist gerichtlich noch nicht entschieden. Eine abweichende Beurteilung könnte deswegen angezeigt sein, weil zentrale Erwägungen an die Tatsache anknüpfen, dass nach nationalem Recht gegenüber der Leitungsperson ein individuelles Bußgeld verhängt wird. Ebenfalls nicht entschieden hat der Senat die Regressfähigkeit von Kartellschadensersatzforderungen, die im Wege des Private Enforcements gegen die Gesellschaft geltend gemacht wurden. Nach vorherrschender Auffassung werden diese bislang allerdings als unproblematisch erachtet und kaum thematisiert.<sup>24</sup> Das OLG hat die Revision zum BGH zugelassen.

#### 4. Mitteilungsbedürfnis der Kartellkammer des LG Dortmund

Die Entscheidung des VI. OLG-Senats wird von zwei Hinweisbeschlüssen des LG Dortmund flankiert.<sup>25</sup> Dies ist insoweit bemerkenswert, als die Kammer die Funktion von Hinweisbeschlüssen als Instrument der Prozessleitung sehr weit interpretiert.<sup>26</sup> Während das LG im Rahmen des ersten Hinweisbeschlusses ausführlich seine Rechtsauffassung zur Regressfähigkeit von Bußgeldern darlegt,<sup>27</sup> wird der zweite Hinweisbeschluss dafür instrumentalisiert, den Inhalt des ersten

---

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell) – Rn. 165; kritisch *Kersting/May*, WuW 2024, 243 (IV.2.b.).

<sup>21</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell) – Rn. 172 f.

<sup>22</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell) – Rn. 175.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf v. 27.7.2023 – VI-6 U 1/22, NZKart 2023, 489 (Kart) (Edelstahlkartell) – Rn. 178 f.

<sup>24</sup> Vgl. *Weitbrecht*, NZKart 2024, 170 (176).

<sup>25</sup> LG Dortmund v. 21.6.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1313; LG Dortmund v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1314.

<sup>26</sup> Vgl. *Dreher*, NZKart 2023, 581 ff.

<sup>27</sup> LG Dortmund v. 21.6.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1313.

Beschlusses zu wiederholen und das Unverständnis mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf – dieses ist das zuständige Berufungsgericht – zum Ausdruck zu bringen.<sup>28</sup> Das LG stellt zentral darauf ab, dass der Präventionszweck der Geldbußen primär auf die Geschäftsleiter ziele, anstatt auf die Gesellschaft, und erst mit der Regressfähigkeit erreicht werde. Bemerkenswert ist ferner, dass das LG die um Hinweise zum Sachverhalt ergänzten Beschlüsse unmittelbar an die Schriftleitung einer kartellrechtlichen Fachzeitschrift sandte.<sup>29</sup>

#### *a) Grundlagen für eine Bejahung des Regresses*

Die Argumentation der Kartellkammer führt unter Verweis auf die BGH-Beraterfälle zu einer Bejahung des Regresses. Der schadensersatzbegründende Verhaltensvorwurf gegenüber dem Geschäftsleiter liege in der Legalitätspflichtverletzung im Rahmen der Beteiligung an einem Kartell sowie in dessen Nichtverhinderung. Eine abweichende Behandlung von vertraglichen bzw. organschaftlichen Pflichten komme nicht in Betracht. Angesichts der organschaftlichen Handlungsmittlung sei die Gesellschaft sogar schutzwürdiger. Vermeidungsmöglichkeiten der Gesellschaft existierten nicht, sodass nur ein Regress eine hinreichende Präventionswirkung kartellrechtlicher Verstöße gewährleisten könne.<sup>30</sup>

Hinsichtlich des Sanktionszwecks stellt die Kammer, ungeachtet der Bußgeldbinnendifferenzierung, auf die Autonomie von Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht ab.<sup>31</sup> Ausreichend sei die Gewährleistung der primären Zahlungspflicht des Unternehmens, weil dieses einen Ansehensverlust erleide, das Insolvenzrisiko des Geschäftsleiters trage und die Unternehmensgeldbuße ohnehin die Zahlungsfähigkeit des Organwalters übersteige, sodass das Bußgeld dauerhaft auch die Gesellschaft treffe. Vor dem Hintergrund dieser Unternehmensrisiken, die auch nicht vollständig versicherbar seien,<sup>32</sup> sei der effet-utile gleichermaßen nicht betroffen.<sup>33</sup> Vielmehr fördere ein Ausschluss des Regresses in nicht hinnehmbarer Weise opportunistische Verhaltensweisen der Geschäftsleiter.<sup>34</sup> Mit Blick auf das Unionsrecht hätten Geschäftsleiter anderenfalls gar keine Sanktion zu befürchten, womit das Präventionserfordernis leerlaufe. Schließlich könne die Gesellschaft schon nicht eine auf dem Schuldprinzip fußende und auf ein Organisationsverschulden zielende „Strafe“ verwirken. Alleiniger Täter sei der Organwal-

<sup>28</sup> LG Dortmund v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1314.

<sup>29</sup> Vgl. Dreher, NZKart 2023, 581 ff.

<sup>30</sup> LG Dortmund v. 21.6.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1313 – Rn. 3 ff.

<sup>31</sup> LG Dortmund v. 21.6.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1313 – Rn. 6.

<sup>32</sup> LG Dortmund v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1314; vgl. Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185>. In der Argumentation unberücksichtigt bleibt dabei die Tatsache, dass sich das Unternehmen auch selbst gegen Bußgelder versichern kann.

<sup>33</sup> LG Dortmund v. 21.6.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1313 – Rn. 6.

<sup>34</sup> Vgl. Franck/Seyer, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185>.



ter. Das Unternehmen selbst sei nicht der Verantwortlichkeit fähig, sodass der Bestimmung des § 30 OWiG über Geldbußen gegen Verbände nur eine Funktion im Rahmen der Bußgeldzumessung zukomme. Daher beziehe sich der Präventionszweck auf die natürliche Person, die ihrerseits Möglichkeiten zur Schadensvermeidung habe, ohne dass es darauf ankomme, dass diese keinen Einfluss auf den tatbezogenen Umsatz habe.<sup>35</sup>

#### *b) Differenzierung zwischen Public und Private Enforcement*

Interessant ist das Vorhaben des LG Dortmund, den Rechtsstreit abzutrennen und zunächst in der Sache zur Regressfähigkeit von Kartellschadensersatzforderungen zu entscheiden. Hinsichtlich der Regressfähigkeit von Bußgeldern soll der Rechtsstreit bis zur Revisionsentscheidung des BGH zur Entscheidung des OLG Düsseldorf nach § 145 ZPO ausgesetzt werden.<sup>36</sup> Auch in seiner Argumentation geht das LG davon aus, dass sämtliche Bedenken im Rahmen der Regressfähigkeit von Schadensersatzforderungen nicht tragen.<sup>37</sup>

#### *5. Die Frage der Abschreckung natürlicher Personen als Zünglein an der Waage*

In Anbetracht des Argumentationsschwerpunkts des OLG Düsseldorf auf der Bußgelddifferenzierung lassen sich aus dieser Entscheidung nur wenige Argumente für eine unionsrechtliche Bewertung ziehen. Insoweit legt das LG Dortmund den Finger in die Wunde, wenn es darauf abstellt, dass nach Art. 23 KartellverfahrensVO keine individuellen Bußgelder in Betracht kommen. Allerdings ergibt sich aus Art. 23 der ECN+-Richtlinie, dass die Union mitgliedstaatliche Sanktionen gegen natürliche Personen anerkennt, indem dort Regelungen im Rahmen von Kronzeugenanträgen vorgesehen sind. Demgegenüber stellt das LG Saarbrücken die Ablehnung des Geschäftsleiterregresses in das Licht des unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes. Diesbezüglich argumentiert das LG Dortmund hingegen, dass der Effektivitätsgrundsatz gerade einen Regress gebiete, weil ohne eine individuelle Sanktionierung keine hinreichende Präventionswirkung gegenüber den eigentlichen Handelnden entfaltet werden könne.

Vor diesem Hintergrund hängt die Regressfähigkeit von Unternehmenssanktionen aufgrund von Verstößen gegen unionsrechtliche Bestimmungen von der Frage ab, inwiefern diesen zur praktischen Wirksamkeit verholfen werden muss und welche Bedeutung dem Verhalten natürlicher Personen unter dem Stichwort „Prinzipal-Agenten-Problem“ in diesem Zusammenhang zukommen kann.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> LG Dortmund v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1314.

<sup>36</sup> LG Dortmund v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1314.

<sup>37</sup> Siehe dazu *Franck/Seyer*, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185>.

<sup>38</sup> Vgl. *Wils*, WuW 2023, 583 (589); *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (IV.2.b.); *Franck/Seyer*, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185>.



Unter Anknüpfung an die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit aus Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet der Effektivitätsgrundsatz<sup>39</sup> die Mitgliedstaaten zur bestmöglichen Verfolgung der Unionsziele sowie zur Durchsetzung der darauf bezogenen Unionsrechtsakte.

Für den Bereich des Kartellrechts kommt der Bebußung insoweit maßgebliche Bedeutung zu. Das Kartellbußgeldrecht soll in erster Linie abschrecken, verhindern und zur Einrichtung von Compliance-Maßnahmen anhalten.<sup>40</sup> Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in den Bestimmungen der ECN+-Richtlinie, die von den Gedanken der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung geprägt sind.<sup>41</sup> Die Gewinnabschöpfung dient insoweit nur dem Gedanken korrigierender Gerechtigkeit.<sup>42</sup>

Fraglich ist, inwiefern diesbezüglich auf das Verhalten natürlicher Personen abgestellt werden kann oder dies sogar geboten ist, wenn anderenfalls eine Durchsetzungslücke bestünde. Denn der Argumentation des LG Dortmund ist zugute zu halten, dass eine individuelle Sanktion im Wege empfindlicher Regressforderungen gegenüber den Geschäftsleitern als natürlichen Personen – wie die persönliche Gesellschafterhaftung – geeignet ist, marktschädigenden, opportunistischen Verhaltensweisen entgegenzusteuern, wodurch dem Prinzipal-Agenten-Problem begegnet werden könnte. Die präventive Funktion von Bußgeldern würde durch einen Regress gestärkt. Anderenfalls drohten Compliance-Systeme, sich gegebenenfalls als zu stumpfes Schwert zu erweisen. Dem Phänomen der Überabschreckung könnte im Rahmen von mitgliedstaatlichen Bestimmungen über die höhenmäßige Begrenzung des Bußgeldregresses begegnet werden.<sup>43</sup> Fraglich ist aber, ob insoweit überhaupt eine, auf der Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes zu füllende, Durchsetzungslücke besteht.

### III. Das funktionale Unternehmenssanktionsparadigma

Das LG Dortmund weist zutreffend darauf hin, dass im Unionsrecht auf der Grundlage des Art. 23 KartellverfahrensVO keine individuelle Sanktion gegen Geschäftsleiter vorgesehen ist. Aus Art. 23 Abs. 1 ECN+-Richtlinie folgt, dass dies grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten ist.

<sup>39</sup> EuGH v. 11.11.2015 – C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742 (Klausner Holz Niedersachsen) – Rn. 40.

<sup>40</sup> EuGH v. 29.6.2006 – C-289/04 P, ECLI:EU:C:2006:431 (Showa Denko) – Rn. 16; v. 7.6.1983 – verb. Rs. C-100 bis 103/80, ECLI:EU:C:1983:158 (Musique Diffusion française) – Rn. 105 f.; Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 lit. a) der Verordnung (EG) 1/2003, ABl. (EU) 2006/C 210/2, Nr. 4. Siehe auch ErwGr. Nr. 29 VO 1/2003.

<sup>41</sup> Vgl. ErwGr. Nr. 40, 47, 49, Art. 13, 16 ECN+-Richtlinie.

<sup>42</sup> Vgl. Begr. 11. GWB-Novelle, NZKart-Beil 2023, 55 (74).

<sup>43</sup> *Franck/Seyer*, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185>.

*1. Ausgangspunkt: Verbotsadressaten-, Umgehungs- und Durchsetzungsproblem*

Die fehlende Sanktionsmöglichkeit gegenüber natürlichen Personen beruht auf dem funktionalen Unternehmenssanktionsparadigma bzw. -dilemma, wie es regelmäßig als Folge der Trennung von Verbotsnormgebungs- und Durchsetzungsebene aufkommt.

*a) Verbotsnormgebungsebene*

Auf Ebene der Verbotsnormgebung bedingt die Vielfältigkeit nationaler Bestimmungen und Rechtsformen regelmäßig einen funktionalen, tätigkeitsbezogenen Verbotsansatz, wenn unionsrechtliche Instrumente lückenlose Geltung im Binnenmarkt beanspruchen sollen. Ein abschließender Katalog, z.B. über mitgliedstaatliche Rechtsformen, die von einem binnenmarktschützenden Verbotsanspruch erfasst sein sollen, ist im Rahmen primärrechtlicher Bestimmungen aufgrund von Art. 352 AEUV praktisch nicht realisierbar und wäre – ebenso bei sekundärrechtlichen Rechtsakten – der permanenten Gefahr ausgesetzt, dass der unionsrechtliche Geltungsanspruch durch die Schaffung neuer mitgliedstaatlicher Rechtsformen umgangen würde.

Vor dem Hintergrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung muss der Verbotsausspruch, wenn er dem Schutz des Binnenmarktes dient, ferner einen Binnenmarktbezug aufweisen, der in einer spürbaren, marktbezogenen Tätigkeit, Wettbewerbsverzerrung oder Grundfreiheitsbeeinträchtigung zum Ausdruck kommt. Anderenfalls würde der Union die notwendige Regelungskompetenz fehlen.<sup>44</sup> Ein unionsrechtlicher Verbotsausspruch kann vor diesem Hintergrund nur solche Tätigkeiten erfassen, die sich auf dem Binnenmarkt auswirken und nicht schlicht an eine untunliche Verhaltensweise anknüpfen.

Eine unionsrechtliche Verbots- oder Sanktionsbestimmung kann hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs daher praktisch wirksam nur tätigkeitsbezogen zwischen Unternehmen, Nicht-Unternehmen und Verbrauchern differenzieren und nicht hinsichtlich der – angesichts des rechtlichen Niederlassungsbegriffs – durch nationales Recht verliehenen Rechtsfähigkeit. Eine Unterscheidung zwischen natürlichen, juristischen und sonstigen Personen kommt vor diesem Hintergrund regelmäßig nicht in Betracht.

Während dies für das Kartellrecht unmittelbar aus der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 101 AEUV folgt, bedingt eine effektive Unionsnormgebung vor dem Hintergrund der Umgehungsgefahren für alle Bereiche des Binnenmarktschutzes einen funktionalen – häufig unternehmensbezogenen – Verbots- und Sanktionsansatz.

---

<sup>44</sup> Könen, KTS 2024, 39 ff.

### b) Durchsetzungsebene

Völlig anders gestaltet sich die Lage auf der Ebene der Durchsetzung. Insoweit kommt grundsätzlich den Mitgliedstaaten die Vollstreckungsautonomie und damit die Regelungsaufgabe zu. Begleitet wird dies von der Unionspriorität der verstärkt dezentralen Durchsetzung des Unionsrechts durch mitgliedstaatliche Institutionen.<sup>45</sup> Zustellung und Vollstreckung erfordern regelmäßig die Rechtsfähigkeit, jedenfalls eines Teils, des unionsrechtlichen Verbotsadressaten. Bei Verbandssubjekten besteht ferner das Problem, dass diese selbst nicht willens- bzw. handlungsfähig sind und – außerhalb von Fiktionen – der Mittlung durch eine natürliche Person bedürfen. Die diesbezügliche Gestaltungsautonomie obliegt herkömmlich den Mitgliedstaaten.<sup>46</sup> Bewegung könnte insoweit durch den innovativen Harmonisierungsansatz der Kommission über eine zu schaffende Rechtsform – die European Cross-Border Association – kommen.<sup>47</sup>

Sähe man nun die Verbindung mitgliedstaatlicher Verbandssanktion und individueller Bebußung des Geschäftsleiters als vom unionsrechtlichen Verbotsausspruch gefordert an, könnte es mit Blick auf den Sanktionszweck unerheblich sein, wenn eine Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsleiter Regress nimmt. So wäre es die Gesamtheit aus Verbandsorganisation und Organwalter, die von der Sanktion getroffen würde.

### 2. Arbeitnehmereigenschaft der Geschäftsleiter

Jedenfalls der funktionale Unternehmensansatz des Kartellrechts hat aber nicht nur eine haftungsausweitende Funktion – gegenüber der Regelung mitgliedstaatlicher Rechtsfähigkeit – zur Folge, sondern auch – als Folge des Erfordernisses eines Marktbezuges – eine tatbestandsbegrenzende Aufgabe. Da ein Unternehmen (nur) jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit – unabhängig von ihrer Organisation oder Finanzierung – darstellt, fallen Verbraucher und Arbeitnehmer gerade nicht in den Anwendungsbereich des unternehmensbezogenen Kartellrechts.<sup>48</sup> Diese sind einerseits nicht selbständig tätig, andererseits

<sup>45</sup> Siehe zur Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung, *Könen/Dogs*, WuW 2023, 130 (131 ff., 134 f.). Die Prioritätensetzungsbefugnis der Kommission folgt aus ihrer Funktion als Hüterin des „allgemeinen Interesses der Union“ nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 EUV. Eingehend zur Prioritätensetzungsbefugnis, ihrem Zweck, eine ressourcenschonende Verwendung vorhandener Verwaltungskapazitäten zu ermöglichen, sowie zur Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit als administrative Handlungsmaximen vgl. *Wils*, *World Competition* 2011, 353 ff.

<sup>46</sup> Vgl. EuGH v. 25.10.2017 – C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804 (Polbud/Wykonawstwo) – Rn. 29 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Vorschlag der Kommission v. 5.9.2023 für eine Richtlinie zur Schaffung einer harmonisierten nationalen Rechtsform des „europäischen grenzübergreifenden Vereins“, COM(2023) 516 final.

<sup>48</sup> EuGH v. 16.9.1999 – C-22/98, ECLI:EU:C:1998:133 (Becu) – Rn. 26; v. 4.12.2014 – C-413/13 ECLI:EU:C:2014:2411 (FNV Kunsten Informatie en Media) – Rn. 33; kritisch FK-

fehlt es bezogen auf diese am notwendigen Marktbezug.<sup>49</sup> Sofern Handelnde in die Arbeitsorganisation eines Unternehmens eingegliedert sind,<sup>50</sup> stellen deren Aktivitäten ein unmittelbares Eigenhandeln der wirtschaftlichen Einheit dar.<sup>51</sup> Subjekte, die unter den Verbraucher- bzw. Arbeitnehmerbegriff fallen, sind damit bezogen auf Art. 101 f. AEUV sanktionsfrei.

Dies hat zur Folge, dass die Mitgliedstaaten, wenn sie ein Bußgeld gegenüber einem Geschäftsleiter, der regelmäßig als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts zu qualifizieren ist, persönlich verhängen, sich gerade außerhalb des unionsrechtlichen Sanktionsanspruchs bewegen. Der Organwalter ist zwar Teil der wirtschaftlichen Einheit, dies aber nur zum Zwecke der Mittlung seines Verhaltens an das Unternehmen.<sup>52</sup> Er selbst ist nicht als Unternehmen zu qualifizieren.<sup>53</sup> Daher können Gesellschaft und Geschäftsleiter auch nicht als Sanktions Einheit verstanden werden, sofern es um die Beurteilung des Sanktionszwecks geht. Der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz kann in Anbetracht dieser Tatsache auch nur im Bereich des Geltungsanspruchs Wirkung entfalten. Die Berücksichtigung individueller Abschreckungs- und Präventionswirkungen kann dementsprechend auch nicht aus den unionsrechtlichen Bestimmungen gefolgert werden.

Jeder Regress führt vor diesem Hintergrund dazu, dass die verhängte Sanktion gegenüber dem Sanktionsadressaten weniger wirksam ist. Eine völlig andere Situation ist daher im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Bebußung mehrerer Sanktionsadressaten gegeben. Insoweit ist ein Regress gerade mit Blick auf den Sanktionszweck geboten. Vor diesem Hintergrund erscheint die vom BGH in den „Beraterfällen“ aufgestellte Annahme problematisch, dass im Falle der Beraterhaftung ein Regress gerade in Betracht kommen soll, weil der Regressschuldner seinerseits kein Sanktionsadressat sei.<sup>54</sup> Im Anwendungsbereich des Unionsrecht verbietet sich eine entsprechende Schlussfolgerung – jedenfalls im Bereich der Unternehmenssanktionierung. Der Geschäftsleiter kann ein Unternehmen

---

KartellR/Roth/Ackermann, 101. EL 3/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 43, 48 (Verbraucher), 49 ff., 53 ff. (Arbeitnehmer).

<sup>49</sup> Kritisch FK-KartellR/Roth/Ackermann, 101. EL 3/2022, Grundfragen des Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 43, 48 (Verbraucher), 49 ff., 53 ff. (Arbeitnehmer).

<sup>50</sup> EuGH v. 21.7.2016 – C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (VM Remonts) – Rn. 23 ff., 27.

<sup>51</sup> EuGH v. 16.9.1999 – C-22/98, ECLI:EU:C:1998:133 (Becu) – Rn. 26; v. 7.2.2013 – C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 (Slovenská sporiteľňa) – Rn. 25; v. 21.7.2016 – C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (VM Remonts) – Rn. 23 ff.; siehe EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 76 f.

<sup>52</sup> Vgl. EuGH v. 7.2.2013 – C-68/12, ECLI:EU:C:2013:71 (Slovenská sporiteľňa) – Rn. 25; v. 21.7.2016 – C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (VM Remonts) – Rn. 23 ff.

<sup>53</sup> EuGH v. 21.7.2016 – C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 (VM Remonts) – Rn. 23 ff., 27 ff.

<sup>54</sup> BGH v. 15.4.2010 – IX ZR 189/09, NJOZ 2011, 460 (Steuerberaterhaftung) – Rn. 8 ff.; siehe zur unterschiedlichen Sachverhaltskonstellation, nach der in den Beraterfällen eine vertragliche Vereinbarung bestand, wonach der Berater verpflichtet war, den Täter von der Begehung der rechtswidrigen Handlung abzuhalten, *Leclerc*, NZG 2023, 1261 (1266).

schließlich nicht von einer Tat abhalten, die er als Organ der Gesellschaft als deren Eigenverhalten gemittelt hat.<sup>55</sup>

Ferner führte ein Regress dazu, dass die Mitgliedstaaten ihrerseits in die Marktstruktur eingriffen, weil sie dem Sanktionsadressaten Kartellvorteile beließen.<sup>56</sup> Zudem würde mit der Weiterleitung einer Geldbuße der Marktbezug der Sanktion aufgehoben, weil der Geschäftsleiter in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer gerade nicht auf einem Markt tätig wird. Individuelle Bußgelder sind daher nicht als Teil des Wirtschaftsprivatrechts, sondern vielmehr als Teil des Strafrechts (im weiteren Sinne) zu qualifizieren, auch wenn sie dieselben Ziele zur Durchsetzung der Art. 101 f. AEUV verfolgen.

### 3. Präventionsanknüpfung: Belastung der Aktionäre und Anreiz zur Vermeidungs-Compliance

Anhand der funktionalen Unternehmensanknüpfung ist sodann zu beurteilen, welche Stoßrichtung die Präventions- und Sanktionswirkungen haben müssen. Sie können im Kartellrecht nicht auf individuelles Verhalten von Nicht-Unternehmen bezogen sein, sondern müssen sich an den Gestaltungs- und Reaktionsmöglichkeiten des Sanktionsadressaten orientieren. Dieses ist das Unternehmen, als verselbstständigte Vermögensverbindung, gesteuert durch die Gesamtheit seiner Anteilseigner.<sup>57</sup> Sofern sich ein Unternehmen in einer Gesellschaft erschöpft, wird diese Gesamtheit durch die Gesellschafter- bzw. Mitgliederversammlung als oberstes Willensbildungsorgan des Verbandes verkörpert. Die Präventionswirkung kann daher nur auf die Organbestellung bzw. -abberufung sowie auf die Einrichtung von Compliance- und Vergütungssystemen (Stichwort: Clawback-Klauseln) gerichtet sein.<sup>58</sup> Die wirtschaftlichen Folgen müssen gleichermaßen die wirtschaftliche Einheit selbst treffen. Reflexartig zum Ausdruck kommt dies dadurch, dass die Anteile an den diese bildenden Rechtsträgern weniger wert werden, ohne dass die Anteilseigner aber selbst zum Sanktionsadressaten werden.<sup>59</sup>

Ebenso sind es die wirtschaftliche Einheit als Sanktionsadressat sowie deren marktbezogene Tätigkeit anhand derer die Sanktionszumessung zu erfolgen hat.

<sup>55</sup> Vgl. *Leclerc*, NZG 2023, 1261 (1266).

<sup>56</sup> Vgl. *Beck*, NZKart 2023, 654 (659).

<sup>57</sup> Vgl. *Kersting/May*, WuW 2024, 243 (III.2.).

<sup>58</sup> Vgl. *Kersting/May*, WuW 2024, 243 (III.2.); *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (IV.2.b.); abweichend *Wils*, WuW 2023, 583 (589); zu § 30 OWiG, KG v. 18.3.1986 – 1 Kart 18/85, NJW-RR 1987, 637 (638); BeckOK/*Meyberg*, 42. Ed. 1.4.2024, OWiG § 30 Rn. 11; a.A., mit abweichender Würdigung von Clawback-Klauseln *Nietsch*, NJW 2024, 471 (476).

<sup>59</sup> *Kersting/May*, WuW 2024, 313 (IV.2.b.); *Franck/Seyer*, Antitrust Fines and Managerial Liability, <https://ssrn.com/abstract=4458185>; abweichend *Wils*, WuW 2023, 583 (589); zu § 30 OWiG, KG v. 18.3.1986 – 1 Kart 18/85, NJW-RR 1987, 637 (638); BeckOK/*Meyberg*, 42. Ed. 1.4.2024, OWiG § 30 Rn. 11.

#### 4. Stellenwert persönlicher Inanspruchnahme

Die individuelle Sanktionierung durch Bußgelder nach nationalem Recht stellt sich demnach als überschießende mitgliedstaatliche Reaktion auf den unionsrechtlichen Sanktionsanspruch dar. Sowohl § 298 StGB als auch § 9 OWiG i.V.m. Art. 101 AEUV sind daher als Elemente nationalen Sanktionsrechts zu qualifizieren.

In Anbetracht des unionsrechtlichen Unternehmenssanktionsparadigmas kann auch nicht der Verweis auf die fehlende Schuldfähigkeit einer Verbandsorganisation verfangen.<sup>60</sup> So ist die Verantwortlichkeit anhand des Sanktionsadressaten zu bewerten. Es ist daher die wirtschaftliche Einheit, die einen vorwerfbaren Verstoß gegen die unionsrechtlichen Bestimmungen begehen muss. Anknüpfungspunkt ist die Tätigkeit auf einem Markt, ohne dass es auf eine individuelle Schuld ankommen muss. Insoweit ist es zutreffend, dass der EuGH die Geltung strafrechtlicher Garantien (Art. 47, 48 GRCh) für die Wirtschaftseinheit teilweise relativiert und für Verbandsorganisationen gegenüber natürlichen Personen ein „distinguishing“ betreibt.<sup>61</sup>

### IV. Private Enforcement und Schadensersatzregress

Während die bisherige Argumentationsführung ausgehend vom unionsrechtlichen, marktbezogenen Sanktionszweck erfolgte, stellt sich die Frage, inwiefern Entsprechendes für einen Kartellschadensersatzregress gilt.<sup>62</sup>

Zwar folgt das Erfordernis des Kartellschadensersatzes seinerseits aus dem Effektivitätsgrundsatz, weil nach der Jedermann-Formel der Schadensersatz zur praktischen Wirksamkeit unionsrechtlicher Bestimmungen regelmäßig unerlässlich

<sup>60</sup> LG Dortmund v. 14.8.2023 – 8 O 5/22 (Kart), VersR 2023, 1314; siehe zur Schuldfähigkeit, EuG v. 12.6.2014 – T-286/09, NZKart 2014, 267 (Intel) – Rn. 1601; v. 26.1.2022 – T-286/09 RENV, NZKart 2022, 68 (Intel) – Rn. 160 ff.; EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 44, 76 f.

<sup>61</sup> Siehe zur unterschiedlichen Ausprägung des *nemo tenetur* Grundsatzes EuGH v. 18.10.1989 – C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387 (Orkem) – Rn. 29, 32, 34 f.; v. 2.2.2021 – C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84 (DB/Consob) – Rn. 38, 45, 46, 48; ErwGr. 13 Richtlinie 2016/343/EU; Generalanwalt Pikamäe v. 27.10.2020 – C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861 (DB/Consob) – Rn. 99, mit Verweis auf die schriftliche Erklärung der Kommission: „[D]er Respekt vor der Person und ihrer Entschlussfreiheit durch die Verhinderung der Ausübung behördlichen Zwangs auf die Willensbildung dieser Person [steht] im Mittelpunkt der Zielsetzungen des Auskunftsverweigerungsrechts, so wie der EGMR es prüft.“ Müller, ZfStw 2023, 180 ff.

<sup>62</sup> Offenlassend, Weitbrecht, NZKart 2024, 170 (176); ablehnend Beck, NZKart 2023, 654 ff.

lich ist.<sup>63</sup> Mit der Bebußung des Sanktionsadressaten ist dem unionsrechtlichen Sanktionszweck aber bereits Genüge getan. So kommt dem Private Enforcement allenfalls ein untergeordneter Sanktionszweck zu.<sup>64</sup> Im Vordergrund stehen nach Art. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie<sup>65</sup> die Kompensation der Geschädigten, die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen durch unterschiedliche Bestimmungen im Binnenmarkt sowie die Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung,<sup>66</sup> die Prävention durch Abschreckung<sup>67</sup> sowie die Tatsache, dass private Schadensersatzklagen mittelbar der Informationsbeschaffung dienen, weil diese einen Anreiz schaffen, frühzeitig im Rahmen eines Kronzeugenprogramms an der Kartellaufdeckung mitzuwirken.<sup>68</sup>

Der Zusammenhang mit dem Sanktionszweck wird nur mittelbar dadurch hergestellt, dass Schadensersatzforderungen bei der Bußgeldzumessung berücksichtigt werden können.<sup>69</sup> Vor dem Hintergrund des Sanktionszwecks können sich insoweit allerdings nur nicht-regressfähige Bestandteile des Schadensersatzes niederschlagen.

Mit der Annahme einer Regressfähigkeit von Schadensersatzforderungen aus dem Private Enforcement kann dem rechtspolitischen Bedürfnis einer Abschreckungswirkung gegenüber natürlichen Personen entsprochen werden.<sup>70</sup> Die Agentenproblematik wird damit jedenfalls teilweise abgemildert. Eine weitere Möglichkeit, dem Prinzipal-Agenten-Problem Rechnung zu tragen, ist es, im Rahmen der Vergütungspolitik Compliance-Vorgaben einzupreisen. Dies kann dadurch geschehen, dass Vergütungsbestandteile im Falle von Legalitätspflichtverstößen zurückzugewähren sind. Eine Aushöhlung des Sanktionszwecks ist damit – anders als im Falle eines Bußgeldregresses – nicht verbunden, weil die Vergütung von vorneherein unter dem Vorbehalt pflichtgemäßen Verhaltens gewährt wird.

Problematisch könnte die mit einem Regress verbundene Überabschreckung sein, wenn eine solche zu Wohlfahrtsverlusten im Binnenmarkt führt. Einen Anknüpfungspunkt für eine Haftungsbegrenzung nach den Grundsätzen des Arbeitnehmerregresses gibt es indes kaum, weil die Geschäftsleiter regelmäßig vorsätzlich handeln. Vielmehr stellt die Nichtgeltendmachung eines aus einem Scha-

<sup>63</sup> EuGH v. 22.3.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage) – Rn. 26; vgl. *Reuter*, CCZ 2023, 289 (298); *Bauermeister*, Die private Rechtsdurchsetzung des DMA (Manuskript), III.D.

<sup>64</sup> Vgl. zum Sanktionszweck, Monopolkommission, XXIV. Hauptgutachten, Rn. 312.

<sup>65</sup> Richtlinie 2014/104/EU, ABl. 2014/349, 1.

<sup>66</sup> Vgl. ErwGr. 39 KartellschadensersatzRL; einschränkend *Becker*, ZEuP 2023, 403 (414).

<sup>67</sup> EuGH v. 22.3.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage) – Rn. 27; vgl. zum DMA *Becker*, ZEuP 2023, 403 (414).

<sup>68</sup> Vgl. ErwGr. 38, Art. 11 Abs. 5, Abs. 6 KartellschadensersatzRL.

<sup>69</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 3 KartellschadensersatzRL; eine diesbezügliche Pflicht vor Geltung der Richtlinie ablehnend EuG v. 29.9.2006 – T-59/02, ECLI:EU:T:2006:272 (Archer Midland) – Rn. 349 ff.

<sup>70</sup> Vgl. EuGH v. 22.3.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage) – Rn. 27.



denersatzanspruch resultierenden Regressanspruchs einen zu versteuernden geldwerten Vorteil dar.<sup>71</sup> Allerdings kann der in Anspruch genommene Geschäftsleiter sich häufig auf den Gedanken der Vorteilsanrechnung berufen, wobei die Bußgelder bei der Schadensberechnung keine Berücksichtigung finden dürfen.

Darüberhinausgehend ist es vorzugswürdig, im Rahmen des Schadensersatzregresses die markteigenen Bereinigungskräfte wirken zu lassen und das individuelle Schicksal des Regressadressaten dem künftig harmonisierten Insolvenzrecht als Marktaustrittsordnung zu überantworten.<sup>72</sup> Hervorzuheben ist insoweit, dass für die Harmonisierung des Verbraucherinsolvenzrechts die von der Kommission bislang angeführten Kompetenzerwägungen allein nicht tragen.<sup>73</sup> Sofern man aus rechtspolitischen Gründen ein Bedürfnis für sozialschützende Aspekte sieht, kann diesen im Rahmen der Voraussetzungen für eine Restschuldbefreiung Rechnung getragen werden. Ungeachtet der Tatsache, dass Regressobergrenzen vor dem Stadium materieller Insolvenzreife ansetzen, könnten solche durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber vorgesehen werden. Einer unionsrechtlichen Grundlage bedarf es nicht notwendigerweise, weil die Frage des Innenregresses im Rahmen von Schadensersatzforderungen die Regelungszwecke Kompensation der Kartellgeschädigten, Vereinheitlichung, Prävention, Zentralisierung sowie Aufdeckung von Kartellverstößen nicht beeinträchtigt.<sup>74</sup>

## V. Übertragung auf andere EU-Sanktionsinstrumente

Neben dem Kartellrecht gibt es einige andere Regelungsinstrumente, die dem Schutz des Binnenmarktes dienen und damit im Ausgangspunkt einen Marktbezug erfordern. Es stellt sich insoweit die Frage, ob die anhand des Kartellrechts herausgearbeitete Argumentationsführung auf andere unionsrechtliche Regelungsinstrumente übertragen werden kann. Dies betrifft einerseits das unionsrechtliche Unternehmenssanktionsparadigma, andererseits die Differenzierung zwischen Bußgeld- und Schadensersatzregress. Viele ältere Rechtsakte der Union verwenden anstelle des Begriffs Unternehmen den Begriff „legal person“, was in den amtlichen Übersetzungen mit „juristischer Person“ gleichgestellt wird.<sup>75</sup> Damit wird augenscheinlich die Rechtssubjektivität nach nationalem

---

<sup>71</sup> BFH v. 13.8.2020 – VI R 1/17, NJW 2020, 3614 Rn. 29 ff.

<sup>72</sup> Vgl. Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, COM(2022) 702 final.

<sup>73</sup> Vgl. Könen, KTS 2024, 39 (58).

<sup>74</sup> Einen Schwerpunkt auf die Abschreckung setzend Becker, ZEuP 2023, 403 (414).

<sup>75</sup> Art. 3, Art. 4 Zweites Protokoll aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften v. 19.7.1997 (ABl. 97/C 221/12).



Recht adressiert.<sup>76</sup> Dass es auf die nationale Zuerkennung von Rechtssubjektivität im Rahmen der rechtsaktautonomem Auslegung nicht ankommen kann,<sup>77</sup> macht etwa der Blick auf die deutsche Außen-GbR deutlich. Losgelöst von den gesetzlichen Bestimmungen des BGB hat sich die allgemeine Vorstellung von der Rechtsnatur der Außen-GbR dahingehend entwickelt, dass der Personenverband selbst rechtsfähiger Vermögensträger ist, bevor dieses dogmatische Verständnis Jahrzehnte später in die gesetzlichen Bestimmungen überführt wurde.<sup>78</sup> In anderen Rechtskreisen werden Vermögenszuordnung und Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften hingegen abweichend beurteilt.<sup>79</sup> Diese abweichende Handhabung führt nur allzu deutlich vor Augen, dass sich das Unionsrecht an einem funktionalen Kriterium orientieren muss. Sofern eine zu sanktionierende, binnenmarktrelevante Tätigkeit gegeben ist, muss die Wirtschaftsgesamtheit auch entsprechend belangt werden können. Eine abweichende Behandlung von juristischer Person, Personenverband und Erbengemeinschaft kann aus unionsrechtlicher Sicht nicht vom Verlauf eines wissenschaftlichen Diskurses, der Rechtsprechungslinie einzelner höchstrichterlicher Spruchkörper oder Entscheidungen des Gesetzgebers in einem Mitgliedstaat abhängen.

Fraglich ist, inwiefern das Kartellbußgeldrecht als Modell der Unternehmenssanktionierung dienen kann.<sup>80</sup> Ausgangspunkt der Untersuchung sind jeweils die Adressaten der maßgeblichen Sanktionsnorm, die Normgebungskompetenz sowie die Zielsetzung und Systematik des Rechtsaktes.

### 1. Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 (DSGVO)

Die Sanktionsnorm zum Schutz der Ziele der DSGVO findet sich in Art. 83. Die Sanktionsadressaten ergeben sich mittelbar aus den Abs. 4 und 5. Beide Absätze nehmen den Datenschutzverstoß, das heißt eine Tätigkeit, zum Anknüpfungspunkt und differenzieren hinsichtlich des Bußgeldhöchstbetrags zwischen Verstößen von Unternehmen und – nicht ausdrücklich – Nicht-Unternehmen. Verbreitet wird daraus eine Anknüpfung der Adressatenstellung an die mitgliedstaatliche Rechtssubjektivität gefolgert.<sup>81</sup> So nehmen viele der Verbotsnormen

<sup>76</sup> Vgl. *Rönnau/Wegner*, ZRP 2014, 158 (159), siehe dort auch die Tabelle zu unionsrechtlichen Sanktionsvorgaben.

<sup>77</sup> Vgl. dazu EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft) – Rn. 39.

<sup>78</sup> *Société en nom collectif* als rechtsfähige Gesellschaft in Belgien; Behandlung der *Compania Colektiva* als juristische Person in Spanien.

<sup>79</sup> *Gragdansko Druzestvo* als vertraglicher Zusammenschluss von Personengesellschaften ohne Rechtsfähigkeit etwa in Bulgarien; keine Rechtsfähigkeit der Einfachen Gesellschaft in der Schweiz; keine Rechtsfähigkeit der *Adi Sirket*; ähnlich die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht in Österreich.

<sup>80</sup> *Dannecker*, NZWiSt 2022, 85 ff.

<sup>81</sup> *Spindler/Schuster/Eckardt*, 4. Aufl. 2019, DSGVO Art. 83 Rn. 68; *Gola/Heckmann/Gola*, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 83 Rn. 23 f.; abweichend *Ackermann*, ZEuP 2023, 517 (555 ff.).

der DSGVO den „Verantwortlichen“ sowie den „Auftragsverarbeiter“ zum tatbestandlichen Anknüpfungselement. Die entsprechende Begriffsbestimmung folgt aus Art. 4 Nr. 7 und 8 DSGVO. Diese nehmen zwar zunächst auf „natürliche oder juristische Personen“ Bezug, allerdings ist dies bereits im Gesamtzusammenhang potenzieller Adressaten zu sehen.<sup>82</sup> Diese können Behörden, Einrichtungen oder andere Stellen sein, die über Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheiden. Darüber hinaus sind Mittlungspersonen, die die tatbestandliche Anknüpfungstat begehen, nicht mit dem Sanktionsadressaten gleichzusetzen. Dass Geltungs- und Sanktionsanspruch der DSGVO außerhalb von natürlichen Personen nicht an die mitgliedstaatliche Rechtssubjektivität von Verbänden anknüpfen, ergibt sich aus der unionsrechtlichen Normgebungssystematik.<sup>83</sup> Ausgehend von den einschlägigen Kompetenzgrundlagen kann die Union natürliche Personen in den Regelungsfokus stellen oder hinsichtlich einer bestimmten Tätigkeit differenzieren. Die Anknüpfung an eine mitgliedstaatlich verliehene Rechtsfähigkeit oder sogar eine bestimmte Art von Verbandsorganisation erscheinen weniger effektiv. Die Tatsache, dass die DSGVO auch nicht-wirtschaftliche Datenverarbeitungsvorgänge erfasst, ergibt sich aus deren Schutzgegenstand, der über denjenigen des Kartellrechts hinausgeht.

So ist die DSGVO insbesondere auf die Kompetenzgrundlage des Art. 16 Abs. 2 AEUV zum Schutze des Art. 8 der GRCh natürlicher Personen gestützt. Daneben verweist die VO auf den AEUV insgesamt. Dies beinhaltet eine Bezugnahme des Art. 114 AEUV zur Gewährleistung des Binnenmarktes, was wiederum einen Marktbezug voraussetzt. Ferner strebt der europäische Normgeber eine Vollharmonisierung des EU-Datenschutzrechts an. Dies folgt daraus, dass mildere mitgliedstaatliche Datenschutzbestimmungen eine Verletzung des Art. 8 GRCh bedeuten und strengere Bestimmungen eine Beschränkung des freien Verkehrs personenbezogener Daten und damit ein Hemmnis für den digitalen Binnenmarkt darstellen.<sup>84</sup> ErwGr. 2 und 3 erkennen diese Ziele sodann gleichberechtigt nebeneinander an.<sup>85</sup> Regelungsadressat der VO sind ausweislich ErwGr. 13 u.a. „Wirtschaftsteilnehmer einschließlich Kleinstunternehmen sowie kleinerer und mittlerer Unternehmen“. Für den Begriff „Kleinstunternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen“ soll Art. 2 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG der Kommission maßgeblich sein. Danach gilt „Als Unternehmen [...] jede Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.“ Im Normtext aufgegriffen wird dieses Verständnis etwas inkonsequent durch die Begriffsdefinition des Art. 4 Nr. 18, weil dieser augenscheinlich wieder an mitgliedstaatliche Rechtssubjekte anknüpft.<sup>86</sup> Nach dem zugrunde zu

<sup>82</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 43 ff.

<sup>83</sup> A. A. Zimmermann/Habrich/Korn/Weller, ZGR 2023, 399 (416 ff).

<sup>84</sup> Gola/Heckmann/Pötters, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 1 Rn. 25.

<sup>85</sup> Siehe auch ErwGr. Nr. 5, 7, 13, 21, 123, 133.

<sup>86</sup> Vgl. Ehmann/Selmayr/Nemitz, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 83 Rn. 42 f.; kritisch Gola/Heckmann/Gola, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 83 Rn. 23 f.

legenden funktionalen Unternehmenssanktionsbegriff werden von diesem aber gerade auch Tätigkeiten von Einpersonen-Betrieben erfasst. Zentral ist insoweit die funktionale Bestimmung des Anwendungsbereichs anhand der Tätigkeit eines Unternehmens bzw. Nicht-Unternehmens und nicht eines Rechtsträgers.<sup>87</sup> Damit wird im Rahmen der KMU-Bestimmung nicht das Subjekt zum Anknüpfungspunkt für den Geltungsanspruch genommen, sondern die unternehmerische Datenverarbeitungs-Tätigkeit als solche.<sup>88</sup> ErwGr. 150 differenziert sodann – anders als Art. 23 KartellverfahrensVO – zwischen Geldbußen gegenüber Unternehmen und Geldbußen gegenüber Personen, die nicht Unternehmen sind. Gleichzeitig solle der Begriff „Unternehmen“ im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV verstanden werden. Vor dem Hintergrund des tätigkeitsbezogenen Sanktionsanspruchs kann damit nicht eine Differenzierung zwischen mitgliedstaatlichen Gesellschaftsformen und natürlichen Personen gemeint sein, sondern eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit, weil letzterer mangels signifikanten Umsatzes eine verlässliche Bewertungsgröße fehlt. Diese Ausweitung des Geltungsanspruchs über wirtschaftliche Tätigkeiten hinaus folgt aus dem Schutzgegenstand des Art. 8 GRCh, für den die Art der Verarbeitung personenbezogener Daten unerheblich ist. Gleichzeitig macht dies die Anwendung der zusätzlichen Kompetenzgrundlage des Art. 16 Abs. 2 AEUV erforderlich. Anders als im Kartellrecht soll im Rahmen des Datenschutzes sodann kein Raum für ein Konzernprivileg sein.<sup>89</sup> Daraus kann indes nicht geschlossen werden, eine funktionale Beurteilung des Sanktionsadressaten verbiete sich, vielmehr ergibt sich dies aus der Besonderheit, dass Art. 8 GRCh auch innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit zu Verhaltensanforderungen zugunsten der betroffenen natürlichen Personen zwingt.

Die Bußgelder sollen schließlich „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“.<sup>90</sup> Dies gilt sowohl gegenüber Unternehmen als auch gegenüber Nicht-Unternehmen. Vor dem Hintergrund, dass die DSGVO schon im Rahmen des Unionsrechtsaktes eine Sanktionierung von Nicht-Unternehmen ermöglicht, spricht der Aspekt der Binnendifferenzierung von Bußgeldern entscheidend gegen eine Regressmöglichkeit gegenüber Arbeitnehmern.

Entsprechend zum kartellrechtlichen Befund sieht Art. 84 DSGVO sodann eine Öffnungsklausel für andere Sanktionen als die in Art. 83 DSGVO geregelten Geldbußen vor. Darunter fallen etwa weitere Strafen oder Bußgelder gegen natürliche Personen bzw. rechtsfähige Gesellschaften. Die insoweit ausdrückliche

<sup>87</sup> A.A. Spindler/Schuster/Eckardt, 4. Aufl. 2019, Art. 83 DSGVO Rn. 68.

<sup>88</sup> Vgl. EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 43 ff., 76 f.

<sup>89</sup> Gola/Heckmann/Gola, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 83 Rn. 23 f.; Schwartmann/Jaque-main, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2024, DSGVO Art. 83 Rn. 75.

<sup>90</sup> ErwGr. Nr. 151 f.; EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 43 ff.

Ermächtigung ist anders als im Kartellrecht erforderlich, weil das EU-Datenschutzrecht eine Vollharmonisierung forciert.

Die speziellen, kartellrechtlichen Ausführungen zur Frage des Bußgeld- bzw. Schadensersatzregresses lassen sich vor diesem Hintergrund für das Datenschutzrecht verallgemeinern.

## 2. *Digital Markets Act (DMA)*

Die Sanktionsnorm des DMA findet sich in Art. 30. Dieser lässt gemäß Abs. 1 Sanktionen gegen Torwächter und gemäß Abs. 2 gegen Unternehmen, einschließlich gegebenenfalls Torwächtern, und Unternehmensvereinigungen zu. Anders als im Rahmen der DSGVO folgt daraus, dass nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ausgenommen werden sollen. Vielmehr ist die Sanktionssystematik derjenigen des Kartellrechts nachempfunden, wie die Erwähnung der Unternehmensvereinigung zeigt. Diese fungiert als Auffangtatbestand für Vereinigungen nicht-wirtschaftlicher Zweckverfolgung, allerdings beschränkt auf solche Zusammenschlüsse, bei denen jedenfalls die Mitglieder eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Die Bezugnahme des Torwächters dient nur der Bußgeld differenzierung, weil diesem gesteigerte Verhaltensanforderungen auferlegt werden. Der Torwächter selbst ist gemäß Art. 2 Nr. 1 DMA seinerseits stets Unternehmen. Für die rechtsaktsautonome Auslegung des Begriffs des Unternehmens ist auf Art. 1 DMA sowie die zugrundeliegenden Ziele und Erwägungsgründe zurückzugreifen.<sup>91</sup> Nach Abs. 1 bezweckt der DMA den Schutz des Binnenmarktes und die Verordnung beruht konsequent auf der Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV. Insbesondere ErwGr. 5, 10 und 11 stellen einen Auslegungsbezug zu den höherrangigen Art. 101 und 102 AEUV her, indem sie dem Begriff des Torwächters den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zugrunde legen und dem an keiner anderen Stelle im Rechtsakt widersprochen oder auf mitgliedstaatliches Recht verwiesen wird. Nur dies stünde einer autonomen Auslegung entgegen.<sup>92</sup> Art. 2 Nr. 27 DMA folgt für den Unternehmensbegriff sodann einem tätigkeitsbezogenen, wirtschaftlichen Auslegungsverständnis.

Auch mit Blick auf die Tatsache, dass die Regelungsarchitektur des DMA derjenigen des Kartellrechts nachempfunden ist, spricht schließlich dafür, den insoweit herausgearbeiteten Allgemeinen Teil des Unternehmenssanktionsrechts auch den Vorschriften des DMA zugrunde zu legen.

## 3. *Digital Services Act (DSA)*

Sanktionsnorm des DSA ist Art. 74. Im Unterschied zu den zuvor untersuchten Rechtsakten wird dort der „Anbieter“ als vorrangiger Sanktionsadressat zugrunde gelegt.<sup>93</sup> Art. 74 Abs. 2 DSA stellt darüber hinaus auf „eine andere natür-

<sup>91</sup> Vgl. EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft) – Rn. 39.

<sup>92</sup> EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft) – Rn. 39.

<sup>93</sup> Vgl. Hofmann/Raue/Krönke, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 74 Rn. 9.

liche oder juristische Person“ ab. In Abs. 3 wird abweichend hingegen ein Anbieter „einer anderen Person“ in Bezug genommen, ohne dass damit ein abweichendes Verständnis verbunden sein dürfte. Art. 3 lit. c und f DSA definieren sodann die Begriffe Verbraucher und Unternehmer. Die Formulierung entspricht im Wesentlichen den §§ 13, 14 BGB. Dies spricht dafür, dass es hier nicht um den bislang behandelten Begriff des Unternehmens geht, sondern um die Rollenverteilung innerhalb mitgliedstaatlicher rechtsgeschäftlicher Beziehungen, die notwendig im Rahmen verbraucherschützender Rechtsakte an eine mitgliedstaatliche Rechtsfähigkeit anknüpfen.

Fraglich ist demnach, inwiefern die unternehmenssanktionsrechtliche Systematik auch dem Begriff des Anbieters bzw. des Unternehmers zugrunde gelegt werden kann.<sup>94</sup> Maßgebliche Tätigkeit des Anbieters ist die Erbringung eines Übermittlungsdienstes auf dem Binnenmarkt (Art. 1 Abs. 1 DSA). Es geht also wiederum um eine zu sanktionierende Tätigkeit. Die Bezugnahme natürlicher und juristischer Personen dient in Anbetracht des Verweises auf Art. 67 DSA lediglich der Durchsetzung von Auskunftsverlangen der Kommission. Sie ist daher nicht geeignet, Aufschluss über die Auslegung des Begriffs des Anbieters als eigentlichem Sanktionsadressaten zu geben. Diese ausdrückliche Beschränkung der Sanktionsmöglichkeiten führt vielmehr dazu, dass eine mittelbare Sanktionierung dieser Personen im Wege des Regresses auszuschneiden hat.

Der Begriff des Anbieters ist auch im Rahmen des DSA vielmehr auf eine Tätigkeit gerichtet und ist entsprechend funktional zu bestimmen, sodass es auf eine bestimmte mitgliedstaatliche Verfasstheit nicht ankommt.<sup>95</sup> ErwGr. 5 verweist insoweit auf die Richtlinie für Dienste der Informationsgesellschaft,<sup>96</sup> die ihrerseits dem Schutz des Binnenmarktes dient. Diese trifft keine Regelung zur Adressatenstellung, sondern enthält lediglich Bestimmungen zum Begriff der Dienstleistung der Informationsgesellschaft. ErwGr. 7 DSA spricht indes wiederum für ein rechtsträgerbezogenes Verständnis, indem die Anbietereigenschaft abhängig von dessen Niederlassung oder Sitz zu bestimmen sein soll. Ebenfalls soll sich die mitgliedstaatliche Zuständigkeit ausweislich ErwGr. 38 an der Niederlassung des Anbieters ausrichten.

Jedenfalls auf der Ebene der Sanktionierung stellt der DSA durch Art. 3 lit. x aber einen systematischen Bezug zu den kartellrechtlichen Regelwerken und damit zum Allgemeinen Teil des Unternehmenssanktionsrechts her, indem das Tatbestandsmerkmal des Umsatzes sich auf Unternehmen i.S.v. Art. 5 Abs. 1 der FKVO beziehen soll. Dieser wiederum nimmt auf die beteiligten Unternehmen i.S.d. Art. 101 und 102 AEUV Bezug, weil die FKVO zu deren Durchführung bestimmt ist. Schließlich sind sowohl der Begriff des Unternehmers als auch der

---

<sup>94</sup> Ablehnend Hofmann/Raue/Krönke, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 74 Rn. 11.

<sup>95</sup> A.A. Hofmann/Raue/Krönke, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 74 Rn. 11.

<sup>96</sup> RL (EU) 2015/1535, ABl. 2015/241, 1.

Begriff der juristischen Person einer autonomen Auslegung im Sinne des funktionalen Unternehmensbegriffs zugänglich.<sup>97</sup>

Ähnlich wie die DSGVO ergibt die Analyse des DSA ein gemischtes Bild hinsichtlich der Adressatenstellung im Rahmen des Rechtsaktes. Jedenfalls für die sanktionsrechtliche Seite kann die Anerkennung mitgliedstaatlicher Rechtsformen indes nicht den differenzierten Sanktionsanspruch beschränken, sodass Bezugspunkt der Eigenschaft als Sanktionsadressat die Tätigkeit als Anbieter einer großen Online-Plattform oder einer sehr großen Online-Suchmaschine bleibt, unabhängig von der Rechtsform und der Art der Finanzierung.<sup>98</sup> In Anbetracht der Sanktionsdifferenzierung kommt auch hier hinsichtlich der Regressfähigkeit von Bußgeldern und Schadensersatzansprüchen keine abweichende Einschätzung in Betracht.

#### 4. Kapitalmarktrechtliche Regelwerke

Der Anwendungsbereich kapitalmarktrechtlicher Regularien, wie die Marktmissbrauchsverordnung (MAR)<sup>99</sup> oder die Prospektverordnung,<sup>100</sup> richtet sich zwar grundsätzlich nach bestimmten Finanzmarktinstrumenten bzw. deren Angebot, ohne dass es darauf ankommt, von welchem Rechtsträger diese angeboten werden.<sup>101</sup> Individuelle Verhaltenspflichten knüpfen an die Tätigkeit eines „Emitenten“, eines „Anbieters“, eines „(Markt)Teilnehmers“, eines „Dritten“ bzw. einer „Person“ an. Noch stärker als die bisher untersuchten Instrumente differenzieren diese Verordnungen aber ausdrücklich zwischen Sanktionen gegenüber natürlichen Personen bzw. gegenüber juristischen Personen bzw. Rechtspersönlichkeiten und beziehen lediglich die Sanktionshöhe teilweise auf den Gesamtumsatz des Unternehmens.<sup>102</sup> Auch die Eigenschaft als KMU wird z.B. einer Gesellschaft zugeschrieben.<sup>103</sup>

Erklären lässt sich dies dadurch, dass die kapitalmarktrechtlichen Instrumente historisch gesehen aus dem Europäischen Gesellschaftsrecht erwachsen sind, weil es herkömmlich um den Handel mit Wertpapieren und Gesellschaftsbeteiligungen sowie um Börsennotierungen geht, die eine Rechtsfähigkeit nach mitgliedstaatlichem Recht erfordern. Eine abweichende Beurteilung ist damit indes nicht verbunden, weil insbesondere in Anbetracht der Vielfältigkeit der Finanzinstrumente und Schnelllebigkeit der innovationsgeprägten Kapital-

<sup>97</sup> Vgl. EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft) – Rn. 39.

<sup>98</sup> A.A. Hofmann/Rauel/Krönke, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 74 Rn. 11.

<sup>99</sup> VO (EU) 596/2014, ABl. 2014/173, 1.

<sup>100</sup> VO (EU) 2017/1129, ABl. 2017/168, 12.

<sup>101</sup> Vgl. Art. 2 MAR; Art. 1 ProspektVO.

<sup>102</sup> Vgl. Art. 38 ProspektVO; Art. 30 MAR; von Buttlar, EuZW 2020, 598 (599 f.); siehe auch die missverständliche Differenzierung zwischen Mutterunternehmen und Tochterunternehmen in Art. 70 Abs. 6 lit. f MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU, ABl. 2014/173, 349).

<sup>103</sup> Art. 2 lit. f PospektVO.

märkte eine lückenlose Geltung der Sanktionsbestimmungen nicht gewährleistet wäre.<sup>104</sup>

### 5. Weitere Digitalisierungsrechtsakte

Auch andere (teilweise geplante) Rechtsakte der Union, wie der Data Governance Act,<sup>105</sup> der Artificial Intelligence Act (Korrigendum des Europäischen Parlaments),<sup>106</sup> der Cyber Resilience Act<sup>107</sup> sowie der Data Act sind – jedenfalls auch – auf die Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV gestützt und sehen in ihren Sanktionsbestimmungen das „Unternehmen“,<sup>108</sup> den „Anbieter“,<sup>109</sup> „Akteur“<sup>110</sup> oder „Hersteller“<sup>111</sup> als Adressaten vor bzw. differenzieren zwischen „Unternehmen“ und Nicht-Unternehmen.<sup>112</sup> Sonderregeln bestehen häufig für Klein- und Kleinstunternehmen.<sup>113</sup> Hintergrund sind die primärrechtlichen Unionsziele der Mittelstandsförderung, wie sie etwa in der Konkretisierung der Unionsziele Industrie und Forschung in den Art. 173 und 179 AEUV zum Ausdruck kommt.<sup>114</sup> Diese gebieten im Rahmen der Normgebung Privilegien für KMU. Teilweise ist unmittelbar eine Sanktion von Organen vorgesehen.<sup>115</sup> Auch insoweit ist indes kein mitgliedsstaatliches, gesellschaftsrechtliches Organverständnis angezeigt, sondern vielmehr eine funktionale Bestimmung des Geschäftsleiters eines Unternehmens bzw. Nicht-Unternehmens.

<sup>104</sup> A.A. Zimmermann/Habrich/Korn/Weller, ZGR 2023, 399 ff.

<sup>105</sup> Art. 34 Data Governance Act (Verordnung [EU] 2022/868, ABl. 2023/152, 1).

<sup>106</sup> Korrigendum des Europäischen Parlaments zum Artificial Intelligence Act v. 16.4.2024.

<sup>107</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zum Cyber Resilience Act v. 12.3.2024.

<sup>108</sup> Die Adressatenstellung im Rahmen von Art. 40 Data Act folgt schon aus der Adressierung der Verordnung an Unternehmen.

<sup>109</sup> Art. 34 Data Governance Act.

<sup>110</sup> Art. 99 Korrigendum des Europäischen Parlaments zum Artificial Intelligence Act v. 16.4.2024.

<sup>111</sup> Art. 64 Abs. 10 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zum Cyber Resilience Act v. 12.3.2024.

<sup>112</sup> Art. 99 Korrigendum des Europäischen Parlaments zum Artificial Intelligence Act v. 16.4.2024; Art. 64 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zum Cyber Resilience Act v. 12.3.2024.

<sup>113</sup> Art. 64 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zum Cyber Resilience Act v. 12.3.2024.

<sup>114</sup> Vgl. Streinz/Lurger, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 173 Rn. 17 f.

<sup>115</sup> Art. 100 Korrigendum des Europäischen Parlaments zum Artificial Intelligence Act v. 16.4.2024.



## 6. Schlussfolgerungen

Während teilweise angenommen wird, der funktionale Unternehmensbegriff beschränke sich auf den Bereich des Kartellrechts,<sup>116</sup> liegt den untersuchten Sanktionsbestimmungen gleichermaßen eine funktionale, tätigkeitsbezogene Regelungswirkung zugrunde.<sup>117</sup> Gleichwohl zeigen die abweichenden Zielbestimmungen sowie das Gebot der autonomen Auslegung von Unionsrechtsakten,<sup>118</sup> dass der tatbestandliche Sanktionsadressat rechtsgebietsspezifisch zu konkretisieren ist.<sup>119</sup> Mangels primärrechtlicher Anknüpfung ist der jeweilige Sanktionsanspruch anhand der betroffenen Unionsgrundrechte zu messen.

Angesichts seiner primärrechtlichen Grundlage kann der kartellrechtliche Unternehmensbegriff, der seinerseits aus dem Binnenmarktschutzzweck folgt, aber dennoch als Grundlage für einen Allgemeinen Teil des Unternehmenssanktionsrechts herangezogen werden. Gerade in regulierungsrechtlich geprägten Bereichen, in denen es kaum Restwettbewerb mehr gibt, ist eine funktionale Betrachtung unerlässlich.

Zum Ausdruck kam dieses Auslegungsverständnis jüngst dadurch, dass die Kommission ein Verfahren aufgrund von Verletzungen gegen den DSA unmittelbar gegen Meta eingeleitet hat und nicht gegen die ihrerseits rechtsfähigen Tochtergesellschaften.

Abschließend ist hervorzuheben, dass Unternehmenssanktionsrecht etwas anderes ist als Verbandssanktionsrecht,<sup>120</sup> weil es gerade nicht auf eine Rechtsträgerschaft nach nationalem Recht ankommt. Sofern eine unionsrechtliche Verbotsnorm ein Unternehmen adressiert, findet der unionsrechtliche AT des Unternehmenssanktionsrechts Anwendung und nicht etwa nationales Recht, angelehnt an § 30 OWiG.

## VI. Thesen

Die Untersuchung führt zu folgender thesenartiger Zusammenfassung:

1. Der notwendig durch das Primärrecht bedingte, funktionale unternehmensrechtliche Ansatz hat für das Kartellbußgeldrecht zur Folge, dass ein Innenregress nur in Betracht kommt, wenn eine gesamtschuldnerische Bebußung einschlägig ist.

---

<sup>116</sup> Vgl. *Zimmermann/Habrich/Korn/Weller*, ZGR 2023, 399 ff.

<sup>117</sup> Kritisch zur Ausweitung des kartellrechtlichen Unternehmenskonzepts, *Ackermann*, ZEuP, 2023, 517 (555 ff.); siehe aber zur funktionalen Bestimmung EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 43 ff., 76 f.

<sup>118</sup> EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 (UsedSoft) – Rn. 39.

<sup>119</sup> EuGH v. 5.12.2023 – C-807/21, ECLI:EU:C:2023:950 (Deutsche Wohnen) – Rn. 43 ff.

<sup>120</sup> Vgl. *Ost*, NZWiSt 2022, 117 ff.



2. Für das Innenverhältnis des Unternehmensträgers gegenüber seinen Organen hat dies regelmäßig zur Folge, dass im Falle von Geldbußen ein Regress ausscheidet, weil in diesem Fall, die Bußgeldzumessung anhand der Sanktionszwecke vorzunehmen ist.
3. Organwalter, Geschäftsleiter und Handelnde sind grundsätzlich nicht selbstständig tätig und somit vor dem Hintergrund des funktionalen Unternehmensbegriffs als Arbeitnehmer zu qualifizieren, sodass ihnen selbst keine Eigenschaft als unionsrechtlicher Sanktionsadressat zukommt. Etwas anderes gilt lediglich, wenn der Rechtsakt natürliche Personen, Verbraucher, Arbeitnehmer oder Nicht-Unternehmen zum individuellen Sanktionsadressaten erklärt.
4. Der Sanktionsadressat und seine Handelnden bilden zwar eine wirtschaftliche Einheit. Mangels Unternehmenseigenschaft der Arbeitnehmer stellen sie aber keine Sanktionseinheit dar, sodass im Falle des Innenregresses der Sanktionszweck vereitelt würde.
5. Die individuelle Bebußung der Handelnden fällt nicht in den Geltungsanspruch des Unternehmenssanktionsrechts.
6. Hinsichtlich der im Wege des Private Enforcements geltend gemachten Kartellschadensersatzansprüche ist eine abweichende Beurteilung angezeigt. Diese stehen angesichts des Effektivitätsgrundsatzes zwar in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Durchsetzung der konkretisierten Unionsziele und sie verfolgen einen Präventionszweck, Art und Höhe orientieren sich aber nicht anhand des Sanktionsadressaten und das Private Enforcement dient vorwiegend der Kompensation von Schäden, die durch einen Verstoß gegen eine unionsrechtliche Verhaltenspflicht begründet wurden. Dies führt zu einer Regressfähigkeit von Schadensersatzansprüchen, die im Wege des Private Enforcements gegen das Unternehmen geltend gemacht wurden.
7. Die auf diese Weise gezeichnete kartellrechtliche Blaupause ist auf andere Unionsrechtsakte zu übertragen, die die Sanktionierung wirtschaftlicher Tätigkeiten vorsehen. Nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten werden dann nicht vom Sanktionsanspruch erfasst, sodass eine Abwälzung auf Geschäftsleiter als Arbeitnehmer nicht in Betracht kommt.
8. Die Sanktionierung nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit erfordert eine entsprechende Regelungsermächtigung der Union und ist anhand des Schutzgegenstandes des Rechtsakts zu konkretisieren, weil insoweit der wirtschaftliche Bezugspunkt fehlt.

# Follow-On und Stand-Alone im digitalen Binnenmarkt

## Eine ökonomische Analyse des digitalen Kartellrechts, des DMA und der DSGVO

*Tristan Rohner*

### I. Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt

Das Immobilienportal Immoscout gewährte Personen und Unternehmen, die dort inserierten, Rabatte, wenn diese 95 % ihrer Angebote mindestens sieben Tage exklusiv auf Immoscout und nicht auf konkurrierende Plattformen stellten. Das Landgericht Berlin untersagte auf Klage eines Wettbewerbers diese Form der Rabattgestaltung.<sup>1</sup> Das Urteil ist ein Paradebeispiel für effektives Private Enforcement im digitalen Kartellrecht. Das Gericht kam in kurzer Zeit, ohne komplexe ökonomische Erwägungen und in Anwendung der noch neuen Regelung des § 20 Abs. 3a GWB zu einer Entscheidung.<sup>2</sup> Das Missbrauchsverbot gilt eigentlich als Sorgenkind des Private Enforcement. Die komplexen Sachverhalte, ökonomischen Erwägungen und unspezifischen Normen schrecken ab und erschweren Verfahren.<sup>3</sup> Den Schwerpunkt der Rechtsdurchsetzung bildet das Public Enforcement und die darauf aufbauenden Follow-On-Klagen.

Das Kartellrecht ist bei weitem nicht mehr das einzige Rechtsgebiet, das den digitalen Binnenmarkt strukturiert. Daneben stehen beispielsweise mit dem Digital Markets Act (DMA), dem Digital Services Act (DSA), der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und dem Data Act (DA) europäische Rechtsakte, die ebenfalls auf einen Mix aus Public und Private Enforcement setzen. Die Rechtsakte sind teilweise noch jung und in der Fallpraxis sowohl im Public als auch im Private Enforcement noch nicht erprobt. Es ist noch unklar, ob sich das Private Enforcement in diesen Regelwerken behaupten kann. Die Rechtsakte wählen außerdem unterschiedliche Regelungsmodelle im Hinblick auf Follow-On-Klagen. Manche enthalten Bindungswirkungen, andere verzichten auf diese.

Trotz der europäischen Vorgaben bleiben Regelungs- und Auslegungsspielräume, die auch von den nationalstaatlichen Gerichten gefüllt werden können. Das betrifft beispielsweise die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbe-

---

<sup>1</sup> LG Berlin v. 8.4.2021 – 16 O 73/21 Kart, MMR 2021, 653.

<sup>2</sup> *Podszun*, JECLAP 2022, 254 (259).

<sup>3</sup> Vgl. MüKoEuWettbR/*Bien*, 4. Aufl. 2023, AEUV Art. 102 Rn. 897.

griffe, die Beweisanforderungen und die Einführung von Vermutungen.<sup>4</sup> Im digitalen Binnenmarkt ist das Private Enforcement ein zentraler Durchsetzungsmechanismus. Dessen Funktionalität hängt maßgeblich von der Effektivität der Follow-On- und Stand-Alone-Klagen ab. Soll sich ein Private Enforcement als eigenständige Säule der Rechtsdurchsetzung in diesen Bereichen etablieren, ist es nötig, die bestehenden Regeln daraufhin zu untersuchen, wie Stand-Alone und Follow-On-Klagen effektiv ausgestaltet werden. Dieses Gebot ergibt sich nicht nur aus der normativen Grundentscheidung der regelsetzenden Organe für ein Private Enforcement, sondern auch aus dem Effektivitätsgrundsatz.<sup>5</sup> Gleichzeitig lassen sich hieraus Folgerungen für die Regelsetzung ableiten, die bei der Konzeption des Durchsetzungssystems neuer Rechtsakte eingesetzt werden können.

Dieser Beitrag beantwortet deswegen folgende Forschungsfrage: Wie lässt sich die Effektivität von Stand-Alone-Klagen und Follow-On-Klagen im digitalen Binnenmarkt erhöhen?

Um diese Forschungsfrage zu beantworten, wird eine ökonomische Methode gewählt, nach der die einzelnen Regelungsmaterien auf ihre Klageanreize und die gesellschaftlich optimale Ausgestaltung dieser untersucht werden. Hierfür wird eine ökonomische Analyse der Klagerechte operationalisiert und aufgrund juristischer Wertungen modifiziert. Die Methode leitet eine Analyse der Effektivität von Follow-On- und Stand-Alone-Klagen im digitalen Kartellrecht, dem DMA und der DSGVO. Auf dieser Grundlage ergeben sich Vorschläge für eine Erhöhung der Effektivität. Die Methode lässt sich ebenfalls nutzen, um neue Regeln zielgerichteter zu gestalten. Zentrale Erkenntnisse sind:

1. Die Effektivität des Private Enforcement steigt mit sinkenden Kosten und sinkender Unsicherheit.
2. Kosten und Unsicherheit hängen vom Grad der Komplexität, der Generalisierung und der Follow-On-Wirkung ab.
3. Gesamtgesellschaftliche Kosten können Klageerleichterungen entgegenstehen, müssen aber normativ gewichtet werden.

Nach einer Darstellung des Verhältnisses und der Besonderheiten von Stand-Alone- und Follow-On-Klagen (dazu II.) wird die ökonomische Analysemethode vorgestellt, in eine rechtliche Analyse integriert und aufgrund der Besonderheiten des Private Enforcement modifiziert (dazu III.). Auf dieser Grundlage werden die Rechtsakte im digitalen Binnenmarkt anhand einzelner Beispielsregelungen jeweils im Hinblick auf die verschiedenen Klagearten analysiert und – soweit nötig – Anpassungsmöglichkeiten vorgeschlagen (dazu IV.). Sodann wer-

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Klumpe*, in: Kirk/Offergeld/Rohner (Hrsg.), *Kartellrecht in der Zeitenwende*, 2023, 131 (140).

<sup>5</sup> Dazu *Pauer*, *Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes*, hier in diesem Band, 11 ff.

den die wichtigsten Einflussgrößen und Anpassungsmaßnahmen in einem Fazit zusammengefasst (dazu V.).

## II. Stand-Alone und Follow-On

Das Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt zeichnet sich dadurch aus, dass daneben ein sich ebenfalls ständig fortentwickelndes Public Enforcement besteht. Hierdurch kommt es zu grundlegend unterschiedlichen prozessualen Situationen. Private Klagen können unabhängig von Behördenentscheidungen oder im Nachgang zu einer solchen erhoben werden.

### 1. Unterscheidung der Klagearten

Die Unterscheidung dieser beider Klagearten ist eine zentrale Weichenstellung für das Private Enforcement. Beide Klagearten betreffen unterschiedliche prozessuale Situationen, ihre Effektivität kann erheblich variieren und es ergeben sich unterschiedliche Möglichkeiten ihre Effektivität zu erhöhen.

Die beiden Klagearten werden als Stand-Alone-Klagen und Follow-On-Klagen bezeichnet. Für die folgende Analyse ist eine Stand-Alone-Klage jede Klage, die nur tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen hat, die noch nicht Gegenstand einer Behördenentscheidung waren. Eine Follow-On-Klage ist umgekehrt jede Klage, die sich auf tatsächliche oder rechtliche Feststellungen stützt, die bereits Gegenstand einer Behördenentscheidung waren.<sup>6</sup> Die Unterscheidung erfolgt dabei unabhängig vom Anspruchsziel, auch wenn Follow-On-Klagen meist Schadensersatzansprüche zum Gegenstand haben. Ebenso erfolgt die Differenzierung unabhängig davon, ob eine Bindungswirkung von der behördlichen Entscheidung ausgeht. Allein die Existenz einer behördlichen Entscheidung führt dazu, dass private Klagen, die die gleichen Feststellungen betreffen, als Follow-On-Klagen angesehen werden.

### 2. Verhältnis und Steigerung der Effektivität

Die beiden Klagearten stehen demnach in keinem Konkurrenzverhältnis. Sie treten in unterschiedlichen Situationen auf. Sobald eine Behörde Feststellungen getroffen hat, existieren im Hinblick auf diese Feststellung nur noch Follow-On-Klagen. Stand-Alone-Klagen sind nicht mehr möglich. Gleiches gilt umgekehrt, wenn keine behördliche Entscheidung vorliegt. Die Häufigkeit von Follow-On-Klagen wird steigen, wenn das Public Enforcement zunimmt, was wiederum zu einem Rückgang von Stand-Alone-Klagen führen kann.<sup>7</sup> Im Folgenden wird aber nicht untersucht, wieviel Raum dem Public Enforcement eingeräumt wer-

---

<sup>6</sup> Vgl. MüKoWettbR/*Spiecker*, 4. Aufl. 2022, GWB § 32 Rn. 18.

<sup>7</sup> Vgl. grundlegend *Wils*, *World Competition*, 2009, 3.

den soll. Dieses grundlegende Verhältnis verstellt den Blick auf die Frage, wie die Effektivität beider Klagearten unabhängig voneinander gefördert werden kann. Bei der Analyse der verschiedenen Rechtsakte geht es also nicht darum, die Effektivität einer Klageart auf Kosten der anderen zu steigern. Eine Steigerung der Effektivität einer Klageart geht nicht mit einer Reduktion für die andere Klageart einher. Stattdessen kann die Effektivität beider gleichzeitig – wenn auch teilweise auf unterschiedlichen Wegen – erreicht werden.

### 3. *Der Grad des Follow-On*

Die Follow-On-Klagen zeichnen sich durch die Besonderheit aus, dass ihnen die Feststellungen aus der vorhergehenden Behördenentscheidung zugutekommen können. Dabei ist festzustellen, dass die Beeinflussung der Follow-On-Klage durch die Behördenentscheidung in unterschiedlicher Intensität erfolgen kann. Maßgeblich hierfür ist vor allem die Existenz und der Umfang einer Bindungswirkung. Auch das Ausmaß der vorhergehenden Behördenentscheidung ist relevant. Denkbar sind beispielsweise weitreichende Vorentscheidungen der Behörden zu (fast) allen Merkmalen, die in einer Follow-On-Klage ebenfalls Relevanz haben. Umgekehrt können auch nur wenige Merkmale Gegenstand einer Behördenentscheidung sein. Daneben kann auch die Qualität der Informationsaufbereitung in der Behördenentscheidung nachfolgende Klagen erleichtern.

Dementsprechend kann nicht einheitlich von „Follow-On-Klagen“ gesprochen werden. Stattdessen existiert eine „Skala des Follow-On“. An deren einem Ende befinden sich Klagen nach einer Behördenentscheidung, die kaum von dieser profitieren. Dies kann daraus resultieren, dass keine Bindungswirkung besteht, die Behörde nur wenige Merkmale vorabentscheidet oder die Entscheidung nur wenige relevante Informationen enthält. Je stärker die Bindungswirkung, der Umfang der Vorabentscheidung und die Informationsaufbereitung ausgeprägt sind, desto höher ist der „Grad des Follow-On“. Am anderen Ende der Skala stehen damit Follow-On-Klagen, die sich auf eine umfassende Bindungswirkung, weitreichende Vorabentscheidungen und eine detaillierte Informationsaufbereitung durch die Behörde stützen können.

## III. Optimales Private Enforcement

Zu Beginn soll ein Überblick über die ökonomische Analyse von Klagerechten<sup>8</sup> gegeben werden, bevor diese Methode zur Beantwortung der Forschungsfrage modifiziert und auf das Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt angewendet wird.

---

<sup>8</sup> Zu den theoretischen Grundlagen ausführlich *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 361 ff.

### 1. Optimale Klagerechte

Die Frage, wann eine rational handelnde Privatperson klagt, wird in der grundlegenden ökonomischen Theorie der privaten Klagerechte mit einer einfachen Formel beantwortet:<sup>9</sup>

$$c_p < p h$$

Die Formel beinhaltet auf der einen Seite mit  $c_p$  die Kosten der klagenden Partei (costs plaintiff), die für die Klage insgesamt aufgebracht werden müssen. Auf der anderen Seite steht mit  $h$  der Nachteil, den diese Partei erlitten hat und der mit der Klage ausgeräumt werden soll (harm), sowie mit  $p$  die Wahrscheinlichkeit des Obsiegens (probability). Eine private Partei wird also klagen, wenn die eigenen Kosten kleiner sind als der individuelle Nutzen, d.h. das durch die Klage Erlangte, multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit, dass dies tatsächlich erlangt wird. Wenn also die Klage 100 € kostet, der eingeklagte Betrag 1000 € beträgt und die Erfolgswahrscheinlichkeit bei 50 % liegt, wird eine rational handelnde Privatperson klagen. Die Formel kann entsprechend modifiziert werden, wenn die Privatperson risikoavers ist.<sup>10</sup>

Die Umstände, unter denen eine Privatperson den Anreiz zur Klage hat, müssen sich aber nicht mit den Umständen decken, unter denen eine Klage gesamtgesellschaftlich optimal ist. In der ökonomischen Theorie<sup>11</sup> wird eine Klage dann als gesamtgesellschaftlich vorteilhaft angesehen, wenn:

$$q' (c_p + c_D + c_s) < (q - q') h - x$$

Die Variablen  $c_p$  (Kosten der klagenden Partei für Rechtsstreit) und  $h$  (erlittener Nachteil, der durch Klage ersetzt wird) sind schon Teil der Formel zur Bestimmung der privaten Anreize für eine Klage. Sie werden ergänzt um mehrere Variablen, die bestimmen sollen, wann eine Klage gesamtgesellschaftlich optimal ist. Die linke Seite der Kosten wird dabei ergänzt um den Wert  $c_D$ , der die Kosten der Beklagten für Rechtsstreitigkeiten abbildet, sowie um  $c_s$ , womit die Kosten des Staates für Rechtsstreite einbezogen werden. Diese Kosten können nach erfolgreichen Klagen seltener anfallen, da dann wegen des Abschreckungs- und Complianceeffekts weniger Klagen erhoben werden. Deswegen werden die addierten Kosten mit dem Wert  $q'$ , der Wahrscheinlichkeit des Eintritts von weiteren Nachteilen, wenn Klage erhoben wird, multipliziert.

Dem gegenüber steht der gesamtgesellschaftliche Nutzen der Klage. Dieser bestimmt sich ausgehend von dem Wert  $h$ . Multipliziert wird dieser mit der Dif-

<sup>9</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1722 ff.); vgl. insgesamt auch *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2003, Kapitel 17; speziell zur ökonomischen Analyse des Private Enforcements des US-Kartellrechts *Kauper/Snyder*, *Georgetown Law Journal* 1986, 1163 ff.; *Salop/White*, *Georgetown Law Journal* 1986, 1001 ff.

<sup>10</sup> Vgl. *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1723).

<sup>11</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1723).

ferenz von  $q$  und  $q'$ . Dabei steht  $q$  als Gegenstück von  $q'$  für die Wahrscheinlichkeit von weiteren Nachteilen, wenn keine Klage erhoben wird. Die Differenz bildet also die Reduzierung in der Wahrscheinlichkeit von weiteren Nachteilen ab, die daraus resultiert, dass in diesen Fällen geklagt werden kann. Der Teil der Formel  $(q - q')h$  beschreibt damit die aufgrund erfolgreicher Klagen verhinderten weiteren Nachteile. Hiervon müssen noch die Compliance-Kosten  $x$  abgezogen werden, die bei einer Klagemöglichkeit aufgebracht werden müssen.

Insgesamt ist die Klage demnach als gesamtgesellschaftlich vorteilhaft anzusehen, wenn die Gesamtkosten möglicher Prozessführungen geringer sind als der Nettowert des Abschreckungseffekts.<sup>12</sup>

Die Funktionsweise lässt sich an einem Beispiel verdeutlichen.<sup>13</sup> Der Nachteil, der aufgrund eines Verhaltens eintritt, liegt bei 1000 €. Die Klage kostet die klagende Partei 100 €, die beklagte Partei 200 € und den Staat 100 €. Es gibt allerdings keine denkbaren Compliancemaßnahmen, die die Schadenseintrittswahrscheinlichkeit reduzieren. Demnach haben  $q$  und  $q'$  den gleichen Wert und die Differenz ergibt 0. Der Wert von  $h$  (1000 €) muss mit 0 multipliziert werden und ist demnach ebenfalls 0. Der Wert von  $x$  ist ebenfalls 0. Die Klagen haben also netto keinen gesellschaftlichen Nutzen, da auf der anderen Seite Kosten i.H.v. 400 € (multipliziert mit  $q'$ ) stehen. Trotzdem werden Privatpersonen Klage erheben, da der individuelle Nutzen höher ist als die Kosten der Klage. Es kann also dazu kommen, dass eine rational handelnde Privatperson klagen wird, obwohl dies gesamtgesellschaftlich nachteilig ist.<sup>14</sup> Dies kann auch im umgekehrten Fall eintreten, wenn eine Klage gesamtgesellschaftlich wünschenswert wäre, aber aus Sicht einer Privatperson nicht lohnend erscheint. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Nutzen aus der Abschreckungs- und Compliancewirkung sehr hoch ist, aber der persönliche Nutzen nur sehr gering, die persönlichen Kosten sehr hoch oder die Unsicherheit sehr hoch.<sup>15</sup>

## 2. Einflussgrößen

Der Ausgangspunkt der ökonomischen Theorie hilft dabei, die Forschungsfrage zu beantworten. Die Effektivität von Klagen lässt sich erhöhen, wenn Kosten und Unsicherheit gesenkt werden. Diese lassen sich auf verschiedene Weisen beeinflussen. Als wesentliche Einflussgrößen, die gesteuert werden können, sollen für die weitere Analyse die Normkomplexität, die Normgeneralisierung und der Grad der Follow-On-Wirkung dienen. Weitgehend ausgeblendet werden die pro-

<sup>12</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1723 f.).

<sup>13</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1724).

<sup>14</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1724).

<sup>15</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1724).

zessualen Umstände, die die Geltendmachung von Ansprüchen beeinflussen können. Dazu zählen beispielsweise Gebühren, die Sachkunde der Gerichte sowie Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung.<sup>16</sup>

Die Normkomplexität einer Rechtsnorm beschreibt die Anzahl der Differenzierungen, der Kriterien und der erforderlichen Informationen, die zur Beurteilung eines Falles herangezogen werden.<sup>17</sup> Die Komplexität steigt, je mehr Informationen nötig sind, um eine Norm anzuwenden. Die Komplexität steht dabei in keinem zwingenden Zusammenhang mit den im Gesetz verkörperten Tatbestandsmerkmalen einer Norm. Eine Norm kann wenige Tatbestandsmerkmale haben, für deren Beurteilung aber eine große Menge an Informationen nötig ist.<sup>18</sup> Mit sinkender Komplexität sinken auch die Kosten der Rechtsanwendung und damit die Kostengrößen  $c_p$ ,  $c_D$ ,  $c_S$  sowie die Unsicherheit  $p$ . Die Komplexität einer Norm kann durch Reduktion der relevanten Informationen, die Nutzung von Vermutungen sowie mit Anpassungen bei der Beweislast und dem Beweismaß gesteuert werden.<sup>19</sup> Dabei ist zu beachten, dass eine Reduzierung der Komplexität zu falschen Entscheidungen führen kann, da Informationen unberücksichtigt bleiben. Der Kostenreduktion stehen deswegen oft auch Kosten in Form falscher Rechtsanwendung gegenüber. Der Konkretisierungsgrad selbst kann aber so gewählt werden, dass die Kostenersparnis einer geringeren Reduzierung der inhaltlichen Richtigkeit gegenübersteht. Insofern kann hier ein „optimaler“ Konkretisierungsgrad gewählt werden.<sup>20</sup>

Neben die Komplexität tritt die Generalisierung. Die Generalisierung betrifft eine geschriebene Norm und beschreibt, wie viele mögliche Auslegungen unter dieser ergriffen werden und Fallkonstellationen darunter subsumiert werden können.<sup>21</sup> Die Generalisierung einer Norm nimmt also zu, je mehr Einzelfälle unter der Norm erfasst werden können. Je geringer der Grad der Generalisierung ist – und je höher damit der Grad der Konkretisierung – desto niedriger sind die Unsicherheit und die Kosten der Rechtsanwendung für alle Beteiligten. Die Generalisierung wird maßgeblich bestimmt von der Offenheit der geschriebenen Tatbestandsmerkmale gegenüber neuen Auslegungen, Regelbeispielen, Gesetzesbegründungen und vorhergehenden Gerichtsentscheidungen.<sup>22</sup>

Im Fall von Follow-On-Klagen lassen sich die Kosten der Komplexität und der Generalisierung und die Unsicherheit durch die vorhergehende Behördenentscheidung reduzieren. Wie stark diese Reduzierung ist, hängt maßgeblich davon ab, wie stark die Auswirkungen der Behördenentscheidung auf die Follow-On-

---

<sup>16</sup> Siehe *Jaeger/Rentsch*, „Private Enforcement“ als Rechtsanwendungsmaßstab des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes?, hier in diesem Band, 227 ff.

<sup>17</sup> *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215 (221).

<sup>18</sup> Vgl. *Rohner*, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 293 f.

<sup>19</sup> *Rohner*, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 303 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Christiansen/Kerber*, Journal of Competition Law & Economics 2006, 215 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, 21.

<sup>22</sup> *Rohner*, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 332 ff.



Klage sind. Bei einem „hohen Grad des Follow-On“ bspw. aufgrund starker und umfassender Bindungswirkung fällt die Kostenreduzierung größer aus. In anderen Fällen, in denen keine Bindungswirkung besteht und die Entscheidung der Behörde nur wenige Merkmale umfasst, ist die Kostenreduzierung erheblich geringer.

Die ökonomische Theorie zeigt aber auch die Grenzen der Kostenreduzierungen auf. Diese können nämlich dazu führen, dass Klagen erhoben werden, die gesamtgesellschaftlich nicht mehr sinnvoll sind. Dieses in der zweiten Formel dargestellte Wohlfahrtsargument sollte aus ökonomischer Perspektive die Klagerrechte begrenzen. Denkbar ist das beispielsweise dann, wenn die Kostenreduzierung zu Gunsten der klagenden Partei zu (erheblichen) Kostensteigerungen bei anderen Beteiligten führt, kein oder nur ein geringer Abschreckungseffekt erzielt wird oder die Compliancekosten die Nachteile aus der Verhaltensweise übersteigen würden.<sup>23</sup>

### 3. *Rechtliche Rezeption und Operationalisierung*

Dieser theoretische Analyserahmen kann nicht ohne Anpassungen auf eine rechtliche Analyse übertragen werden. Er kann aber die Analyse leiten und dabei helfen, relevante Einflussgrößen zu identifizieren, anhand derer die Effektivität des Private Enforcement gesteigert werden kann.

#### *a) Erfordernis der Modifikation*

Es ist verfehlt, anzunehmen, dass die oben dargestellten Formeln übernommen und angewendet werden können, um mathematisch das optimale Durchsetzungsregime zu bestimmen. Das ist weder möglich noch gewollt. Die relevanten Einflussgrößen können nicht in der Genauigkeit ermittelt werden, um sie mit einem Wert zu versehen. Wie soll beispielsweise (im Vorfeld) ermittelt werden, wie hoch das Risiko weiterer Rechtsverstöße nach erfolgreichen Klagen ist? Die Compliancekosten können zumindest theoretisch nachträglich bestimmt werden. Aber selbst das ist praktisch kaum möglich. Oftmals wird es keinen einheitlichen Wert geben. So kann der eingetretene oder befürchtete Nachteil unterschiedlich hoch ausfallen oder anders bewertet werden. Wie jede ökonomische Theorie vereinfachen die dargestellten Formeln die Realität.<sup>24</sup>

Trotzdem können die Erkenntnisse nutzbar gemacht werden. Unabhängig von einer Quantifizierung und der unrealistischen Bestimmung optimaler Klagerrechte kann das Aufdecken der Zusammenhänge und Einflussfaktoren als Heuristik die weitere Analyse lenken. Sie können auch im Rahmen der Regel-

<sup>23</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1723 f.).

<sup>24</sup> Vgl. *Mill*, *Essays On Some Unsettled Questions Of Political Economy*, 1874, 107; *Boumans/Davis*, *Economic methodology*, 2016, 64 ff.; *Friedman*, in: NBER (Hrsg.), *Conference on Business Cycles*, 1951, 107 (112 f.).

setzung nutzbar gemacht werden. Die aufgedeckten Wirkungszusammenhänge dienen dann der Umsetzung von Grundsatzentscheidungen. Wenn beispielsweise ein starkes Private Enforcement erzielt werden soll, sind die Einflussgrößen dank der ökonomischen Theorie aufgedeckt. Gleiches gilt, wenn auch gesamtgesellschaftliche Kosten berücksichtigt werden sollen. Damit dient die ökonomische Theorie der informierten Entscheidung sowohl in der Analyse als auch in der Regelsetzung.

Gleichzeitig blendet die ökonomische Betrachtung aufgrund ihres Analyserahmens konsequent Gesichtspunkte aus, die aus rechtlicher Perspektive zu berücksichtigen sein können. Der Analyserahmen nimmt lediglich gesamtgesellschaftliche Effekte in den Blick und blendet individuelle Effekte aus. Damit wird die „korrekte“ Zuordnung der Vorteile irrelevant. Das bildet sich in der Formel zu gesamtgesellschaftlich optimalen Klagerechten auch ab. Der Vorteil aus der Klage ( $h$ ) wird erstens gewichtet (anhand der Reduzierung der Verstoßwahrscheinlichkeit,  $q - q'$ ), und zweitens durch die anfallenden Compliancekosten reduziert. Es kommt allein darauf an, ob die Vorteile – egal bei welcher Person sie eintreten – die Kosten übersteigen.<sup>25</sup> Das ist konsequent, wenn man eine Wohlfahrtsanalyse betreibt. Gleichzeitig lässt sich diese Prämisse nicht auf das Recht übertragen. Hier kann die korrekte Zuordnung der Vorteile ein (nicht zu beziffernder) Eigenwert zukommen. Dieser kann sich aus den Wertungen der zugrundeliegenden Gesetze, aus normativen Grundentscheidungen oder aus höher-rangigem Recht ergeben.

Gleichzeitig blendet der ökonomische Ansatz auch andere Regelungsziele aus, die den jeweiligen Normen eigen sind. Die Regelung muss nicht in jedem Fall der Erreichung gesamtgesellschaftlicher Vorteile dienen. Beispielsweise wird es im Datenschutzrecht als eigenständiges Ziel angesehen, Grundrechtsverletzungen zu verhindern und auszugleichen, auch wenn hierdurch keine wirtschaftlichen Vorteile erzielt werden. Theoretisch lassen sich diese Effekte in die ökonomische Betrachtung integrieren. Dafür müssen sie als Teil der gesamtgesellschaftlichen Vorteile angesehen werden. Während das theoretisch denkbar ist, müssten diese mit anderen Kosten- und Nutzengrößen vergleichbar gemacht werden. Konkret würde sich so dann beispielsweise die Frage stellen, welcher Wert unterbliebenen Grundrechtsverletzungen zukommt, um hiervon die Compliancekosten abzuziehen, denen eher ein wirtschaftlicher Wert zugeordnet werden kann. Auch wenn eine konkrete Berechnung nicht nötig ist, braucht es eine Vergleichbarkeit der verschiedenen Größen. In der hier betrachteten ökonomischen Theorie sind sie jedenfalls noch nicht berücksichtigt. Eine eigenständige Modifikation der ökonomischen Theorie erscheint in einfach gelagerten Fällen wohl noch möglich, lässt sich aber ohne grundlegende ökonomische Vorbildung nicht immer realisieren. So können rechtliche Modifikationen auch dann nötig sein, wenn eine öko-

---

<sup>25</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1724).

nomische Berücksichtigung zwar theoretisch möglich, aber praktisch nicht erfolgt ist.

### *b) Rechtliche Rezeption*

Der dargestellte ökonomische Analyserahmen muss zur Beantwortung der Forschungsfrage in eine rechtliche Analyse integriert werden. Ausgangspunkt ist dabei, dass sich die Wahrscheinlichkeit von Klagen erhöht, wenn die Kosten der klagenden Partei und deren Unsicherheit reduziert werden. Das ist mit einer Senkung der Komplexität und Generalisierung zu erreichen.

Es stellt sich sodann die Frage, ab wann diese Steigerung von Klagen begrenzt werden muss. Die Antwort findet die ökonomische Theorie in der Bestimmung gesamtgesellschaftlich optimaler Klagerechte. Diese Einschränkung kann rechtlich nicht ohne Modifikation übernommen werden, da hier dem Recht immanente Zielsetzungen und Grundentscheidungen konsequent ausgeblendet werden. Ganz sollten aber die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen dennoch nicht ausgeblendet werden. Eine uferlose Steigerung der Klagemöglichkeiten auf Kosten der anderen Prozessbeteiligten und auf Kosten der Allgemeinheit ist auch vom Effektivitätsgrundsatz nicht umfasst.<sup>26</sup> Deswegen können aus der ökonomischen Theorie zumindest einige einschränkende Prinzipien hergeleitet und methodisch unterlegt werden.

Zunächst erkennt auch die ökonomische Theorie an, dass eine Kostenreduzierung zu mehr gesamtgesellschaftlich optimalen Klagen führt.<sup>27</sup> Dabei darf der Blick aber nicht auf die Kosten der klagenden Partei verengt werden. Stattdessen müssen auch die Kosten der beklagten Partei und des Staates einbezogen werden. Deswegen sind Kosteneinsparungen, die allen Beteiligten zugutekommen, vorrangig zu ergreifen. Kosteneinsparungen, die zwar die Kosten der klagenden Partei reduzieren, andere Kosten aber im gleichen oder größeren Maße erhöhen, können auch zu gesamtgesellschaftlich effizienten Ergebnissen führen, wenn es gerade notwendig ist, spezifisch die privaten Klageanreize zu erhöhen. Dies ist aber eher dann notwendig, wenn ein größeres Durchsetzungsdefizit besteht.

Die wichtigste Aussage der gesamtgesellschaftlichen Betrachtung ist, dass der Abschreckungseffekt eine wichtige Rolle bei der Beurteilung spielen sollte.<sup>28</sup> Dies kann auch im Rahmen einer rechtlichen Analyse aufgegriffen werden. Wenn Klagen zu keinem oder nur zu einem sehr geringen Abschreckungseffekt führen, sollten Kostenreduzierungen, die zu anderweitigen Kostensteigerungen führen, zurückhaltend eingesetzt werden. Nach der ökonomischen Theorie könnte es in diesem Fall sogar angezeigt sein, die Kosten zu erhöhen. Davon sollte aber vor

<sup>26</sup> Vgl. dazu Pauer, Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes, hier in diesem Band, 11 ff.

<sup>27</sup> Kaplow/Shavell, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), Handbook of Public Economics, 2002, 1665 (1724).

<sup>28</sup> Kaplow/Shavell, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), Handbook of Public Economics, 2002, 1665 (1724).

dem Hintergrund der normativen Grundentscheidung und dem rechtlich bindenden Effektivitätsgrundsatz nur in Ausnahmesituationen Gebrauch gemacht werden.

Zuletzt ist es eine wichtige Aussage, dass die Möglichkeiten und Kosten der Compliance berücksichtigt werden müssen.<sup>29</sup> Deswegen sollten Klagen, die zu Compliancekosten führen, die den Nachteil der Rechtsverletzung übersteigen, aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Das ergibt sich aus dem Eigenwert der Rechtsdurchsetzung für die Betroffenen. Wenn es allerdings zu einem größeren Missverhältnis zwischen Nachteil und Compliancekosten kommt, besteht kein Anlass, die Effektivität der Klagen weiter zu steigern. Ähnliches gilt, wenn eine Compliance nicht möglich erscheint. Klagen sollten nur dann möglich sein, wenn der Ersatz aufgrund normativer Grundentscheidungen, so beispielsweise bei grundrechtlich geschützten Positionen, angezeigt ist.

### *c) Operationalisierung*

Diese Überlegungen lassen sich als Methode in Form von Arbeitsschritten operationalisieren.

1. Feststellung der Kosten und Unsicherheit
2. Mittel zur Reduzierung der Kosten und Unsicherheit
3. Einschränkung aufgrund gesamtgesellschaftlicher Kosten
4. Korrektur aufgrund rechtlicher Wertungen

In einem ersten und zweiten Arbeitsschritt ist eine Regelung daraufhin zu untersuchen, wie hoch die Kosten und die Unsicherheit für eine klagende Partei sind und wie diese möglichst geringgehalten werden können. Dies entspricht einer Umsetzung der Erkenntnisse aus der ökonomischen Theorie zu den Anreizen für Klagen Privater. Dafür ist vor allem der Grad der Komplexität, der Generalisierung und für Follow-On-Klagen der Umfang einer möglichen Bindungswirkung zu untersuchen. Hierbei ist jeweils der Grad der Konkretisierung, Generalisierung und Follow-On-Wirkung zu bestimmen, und es sind mögliche rechtliche Reduktionsmöglichkeiten zu ermitteln.

Im dritten Schritt sind die Kostenreduzierungen möglicherweise zu beschränken. Dies entspricht der ökonomischen Theorie zu gesamtgesellschaftlich optimalen Klagerechten. Diese ggf. vorzunehmende Einschränkung ist in einem vierten Arbeitsschritt aber aufgrund von rechtlichen Wertungen zu korrigieren. Dabei ist zu untersuchen, ob und in welchem Ausmaß sich gesamtgesellschaftliche Erwägungen auch in den normativen Grundentscheidungen der betroffenen Regelwerke wiederfinden und vereinbaren lassen. Entgegenstehende Wertungen der Grundrechte und deren Ausgleich mit gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen sind hier ebenfalls anzustellen.

---

<sup>29</sup> *Kaplow/Shavell*, in: Auerbach/Feldstein (Hrsg.), *Handbook of Public Economics*, 2002, 1665 (1724).

## IV. Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt

Diese Methode kann nun auf die verschiedenen Rechtsakte im digitalen Binnenmarkt angewendet werden. Hierfür werden einzelne Beispiele aus dem digitalen Kartellrecht, dem DMA und der DSGVO herausgegriffen und analysiert.

### 1. Digitales Kartellrecht

Für das digitale Kartellrecht, dem im digitalen Binnenmarkt eine Vorreiterrolle zukam, wird Art. 102 AEUV untersucht. Dabei wird hergeleitet, warum und auf welchem Wege Kostenreduzierungen vorgenommen werden können.

#### a) *Stand-Alone-Klagen*

Eine private Durchsetzung ist nach deutschem Recht vor allem gem. §§ 33, 33a GWB sowohl in Form von Beseitigungs-/Unterlassungsklagen als auch in Form von Schadensersatzklagen denkbar.

Die Komplexität der Rechtsanwendung ist sowohl hinsichtlich der Adressatenstellung, der Feststellung des Verstoßes und im Falle von Schadensersatzansprüchen auch hinsichtlich der Schadensfeststellung sehr hoch.

Bereits die Feststellung, dass es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt, ist von hoher Komplexität geprägt. Es ist eine Marktabgrenzung und die Beurteilung der Stellung des Unternehmens auf dem Markt notwendig.<sup>30</sup> Hierfür können ökonomische Tests und die Auswertung von Marktdaten notwendig sein.<sup>31</sup> Die Feststellung des Missbrauchs im Rahmen des Art. 102 AEUV zeichnet sich dadurch aus, dass gerade auf europäischer Ebene eine extensive Auswirkungsanalyse durchgeführt wird.<sup>32</sup> Die Auswirkungsanalyse soll alle relevanten Umstände des Einzelfalls erfassen. Dies bringt einen hohen Grad der Komplexität mit sich, da eine große Menge an Informationen für die Anwendung erforderlich ist. Diese Komplexität erhöht sich bei Schadensersatzklagen weiter. Hier muss zusätzlich noch der individuell erlittene Schaden nachgewiesen werden. Auch hier werden komplexe ökonomische Erwägungen notwendig, wie die Quantification Guidelines der Europäischen Kommission beispielhaft zeigen.<sup>33</sup> Vermutungswirkungen, wie sie aus der Fallpraxis zum Kartellverbot bekannt sind, existieren hier bisher nicht.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 102 Rn. 42 ff.; LMRKM/Bergmann/Fiedler, 3. Aufl. 2016, AEUV Art. 102 Rn. 35.

<sup>31</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 102 Rn. 50.

<sup>32</sup> Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 103 ff.

<sup>33</sup> Europäische Kommission, Practical Guide on quantifying antitrust harm in damages actions, 2013, Rn. 180 ff., abrufbar unter: [https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/8699ed8a-7a3c-4a57-b5d3-01fca4cb423c\\_en?filename=damages\\_actions\\_quantification\\_practical\\_guide.zip](https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/8699ed8a-7a3c-4a57-b5d3-01fca4cb423c_en?filename=damages_actions_quantification_practical_guide.zip) (alle Internetquellen wurden zuletzt am 5.6.2024 abgerufen).

<sup>34</sup> Vgl. MüKoWettbR/Lübbig, 4. Aufl. 2022, GWB § 33a Rn. 30, 31.

Gleichzeitig zeichnet sich Art. 102 AEUV durch einen hohen Grad an Generalisierung aus. Die Norm ist, was den Missbrauchstatbestand betrifft, eine Generalklausel, deren Regelbeispiele in der Anwendungspraxis nur eine untergeordnete Rolle spielen.<sup>35</sup> Bei Klagen ist also zusätzlicher Begründungsaufwand nötig, der mit höheren Kosten und einer höheren Unsicherheit einhergeht. Das gilt besonders in der digitalen Ökonomie, in der immer wieder neue Verhaltensweisen auftreten, für die „theories of harm“ noch nicht etabliert worden sind.<sup>36</sup>

Die Kosten und die Unsicherheit sind für die klagende Partei demnach sehr hoch und können die private Rechtsdurchsetzung im Wege von Stand-Alone-Klagen beeinträchtigen.

#### *b) Follow-On-Klagen*

Follow-On-Klagen profitieren demgegenüber von einer weitreichenden Bindungswirkung nach § 33b GWB (Art. 9 Abs. 1 KartellschadensersatzRL) und Art. 16 Abs. 1 S. 1 KartellverfahrensVO. Die Bindungswirkung kann im Falle einer vorhergehenden Behördenentscheidung die gerade beschriebenen Kosten und Unsicherheiten erheblich reduzieren. Die Bindungswirkung greift dabei für alle Schadensersatzklagen. Sie umfasst alle tatsächlichen Feststellungen, solange diese den gleichen Lebenssachverhalt, der auch dem in der Behördenentscheidung festgestellten Verstoß zugrunde liegt, und gleiche Rechtsverletzende betreffen.<sup>37</sup> Die Bindungswirkung umfasst daneben auch die rechtlichen Feststellungen, auf die ein Verstoß gegründet wird.<sup>38</sup> Flankiert wird sie von der Möglichkeit, die Informationsaufbereitung im behördlichen Verfahren nach § 89c GWB nutzbar zu machen.

Regelmäßig wird die Bindungswirkung die klagende Partei nicht davon entbinden, den individuellen Schaden vorzutragen und zu beweisen. Dies kann – wie im Fall der Stand-Alone-Klagen – mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Von Relevanz kann ebenfalls sein, dass die Kartellbehörde in der Regel keine Aussagen darüber treffen wird, was keinen Verstoß darstellt. Solche negativen Aussagen sind grundsätzlich möglich und werden von der Bindungswirkung auch umfasst. Es besteht für die Kartellbehörde aber kaum Anlass, diese zu treffen. Damit werden mögliche (Stand-Alone-)Klagen seltener abgeschnitten.

Die Bindungswirkung nach § 33b GWB (Art. 9 Abs. 1 KartellschadensersatzRL) und Art. 16 Abs. 1 S. 1 KartellverfahrensVO ist umfassend und erleichtert damit Follow-On-Klagen gegenüber Stand-Alone-Klagen deutlich. Allerdings dürften auch Follow-On-Klagen vor dem Hindernis stehen, dass der Nach-

---

<sup>35</sup> Immenga/Mestmäcker/Fuchs, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 102 Rn. 133; LMRKM/Huttenlauch, 3. Aufl. 2016, AEUV Art. 102 Rn. 7.

<sup>36</sup> Vgl. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 104 f., 212.

<sup>37</sup> BGH v. 29.11.2022 – KZR 42/20 (Schlecker), NZKart 2023, 24 (24, 28); Immenga/Mestmäcker/Franck, 4. Aufl. 2007, GWB § 33b Rn. 20.

<sup>38</sup> Immenga/Mestmäcker/Franck, 4. Aufl. 2007, GWB § 33b Rn. 26.

weis des Schadens mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist und keine Beweiserleichterungen oder Vermutungen zur Verfügung stehen.

*c) Steigerung der Effektivität*

Die hohen Kosten und die hohe Unsicherheit lassen sich auf mehreren Wegen reduzieren. Das zeigt die eingangs dargestellte Entscheidung des LG Berlin.

Zunächst ist das Gericht in der Entscheidung nicht auf eine extensive Wirkungsanalyse zurückgefallen und hat kaum ökonomische Erwägungen angestellt.<sup>39</sup> Damit wurde ein niedriger Komplexitätsgrad gewählt, was Kosten und Unsicherheit senkt und private Klagen fördern kann.

Außerdem konnte auf eine damals noch recht neue Spezialvorschrift des deutschen Kartellrechts zurückgegriffen werden. Mit § 20 Abs. 3a GWB wurde ein Spezialtatbestand geschaffen, der das „Tipping“ von Märkten adressiert.<sup>40</sup> Die Möglichkeit auf eine Spezialnorm zurückzugreifen, führt auch zu einem geringeren Grad der Generalisierung. Die klagende Partei ist nicht mit den Kosten und der Unsicherheit belastet, aufzuzeigen, warum die beanstandete Verhaltensweise unter eine Generalklausel fallen sollte. Der Aufwand, unter die wesentlich speziellere Norm zu subsumieren, ist geringer und bringt ein geringeres Maß an Unsicherheit mit sich.

Es stehen also mehrere Möglichkeiten zur Reduzierung von Kosten und Unsicherheiten zur Verfügung. Eine Reduzierung der Komplexität ist denkbar, indem die extensive Wirkungsanalyse zurückgefahren wird. Eine Reduzierung durch Spezialvorschriften ist eher unwahrscheinlich. Die Generalisierung kann durch Spezialvorschriften gesenkt werden. Auch hinsichtlich des Schadens sind Anpassungen denkbar. So könnte großzügiger von der Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO Gebrauch gemacht werden.<sup>41</sup> Ebenso sind Vermutungen denkbar.<sup>42</sup> Bei Follow-On-Klagen können noch weiterreichende Vorschläge greifen. So wäre es grundsätzlich denkbar, dass die Kartellbehörde Feststellungen zum Schaden trifft, die von der Bindungswirkung umfasst sind, und damit die Komplexität der Schadensfeststellung in Anschlussverfahren senkt.

Diese Reduzierungen der Kosten wären auch im Hinblick auf die Kosten der anderen Prozessbeteiligten, die Abschreckungswirkung und die Compliancekosten eher unbedenklich. Die Kostenreduzierungen kommen auch den anderen Prozessbeteiligten zugute. Eine Abschreckungswirkung ist auch deswegen zu erwarten, da bei Verstößen das Public Enforcement mit empfindlichen Bußgeldern greift. Die Compliancekosten dürften in diesen Fällen ebenfalls nicht erheblich

---

<sup>39</sup> Podszun, JECLAP 2022, 254 (259).

<sup>40</sup> Vgl. MüKoWettbR/Westermann, 4. Aufl. 2022, GWB § 20 Rn. 111 ff.; Immenga/Mestmäcker/Podszun, 4. Aufl. 2007, GWB § 20 Rn. 255.

<sup>41</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker/Franck, 4. Aufl. 2007, GWB § 33a Rn. 97 ff.

<sup>42</sup> Vgl. zu den Vermutungswirkungen bei Kartellen, Immenga/Mestmäcker/Franck, 4. Aufl. 2007, GWB § 33a Rn. 73 ff.



ins Gewicht fallen. Sie treffen nur einen kleinen Kreis an Unternehmen, da Art. 102 AEUV nur marktbeherrschende Unternehmen betrifft. Diese verfügen im Regelfall oftmals ohnehin über Compliancesysteme.

Allerdings ist es angesichts der Tendenz des EuGH, der in mehreren Entscheidungen Auswirkungsanalysen der Kommission stützt, fraglich, ob deutsche Kartellkammern diesen Weg beschreiten können. Ebenfalls schwierig stellt sich die Reduzierung der Generalisierung dar. Art. 102 AEUV ist europäisches Primärrecht und kann schwerlich angepasst werden. Die Pläne der Kommission, neue Leitlinien zu erlassen, können zwar zu einer Konkretisierung beitragen, sind allerdings für die Gerichte nicht bindend.<sup>43</sup> Möglich sind zumindest Beweiserleichterungen und Vermutungen hinsichtlich des individuell erlittenen Schadens durch die Zivilgerichte.

## 2. DMA

Die Notwendigkeit weiterreichender Plattformregulierung wird auch dem Versagen der Missbrauchskontrolle zugeschrieben, die neuartigen Problemstellungen der digitalen Ökonomie zügig und zufriedenstellend aufzulösen. Der DMA enthält als Reaktion hierauf einfacher anzuwendende Regelungen, was auch dem Private Enforcement zugutekommt.

### a) „Stand-Alone“-Klagen

Nach der oben verwendeten Definition, nach der eine Stand-Alone-Klage jede Klage ist, die nur tatsächliche oder rechtliche Voraussetzungen hat, die noch nicht Gegenstand einer Behördenentscheidung waren, existieren unter dem DMA streng genommen keine Stand-Alone-Klagen. Die Verhaltensvorgaben des DMA finden nur Anwendung, wenn Unternehmen und deren Core Platform Services als Gatekeeper nach Art. 3 Abs. 3 DMA designiert wurden. Diese Designationsentscheidung muss zwingend von der Europäischen Kommission getroffen werden und ist vollumfänglich bindend. Nach dem DMA ist also ein reines Private Enforcement nicht möglich.

Im Folgenden wird die Analyse anhand der Norm des Art. 6 Abs. 5 S. 1 DMA, dem Verbot der Selbstbevorzugung erfolgen. Nach dieser Vorschrift dürfen Gatekeeper eigene Angebote beim Ranking gegenüber ähnlichen Angeboten Dritter nicht bevorzugen. Eine private Durchsetzung dieser Verpflichtung ist nach deutschem Recht nach §§ 33, 33a GWB sowohl in Form von Beseitigungs-/Unterlassungsklagen als auch Schadensersatzklagen möglich und wird vom DMA in Art. 39 DMA und ErwGr. 92 vorausgesetzt.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Vgl. *Petit*, Rebates and Article 102 TFEU: The European Commission's Duty to Apply the Guidance Paper, 2015, 9; Immenga/Mestmäcker/*Fuchs*, 6. Aufl. 2019, AEUV Art. 102 Rn. 17; Immenga/Mestmäcker/*Ellger/Fuchs*, 4. Aufl. 2007, GWB § 2 Rn. 38.

<sup>44</sup> *Galle/Dressel*, EuZW 2024, 107 (107 f.); vgl. *Richter/Gömann*, NZKart 2023, 208 (209 f.).



Die Komplexität der Norm ist im Vergleich zum Kartellrecht erheblich geringer. Ein Verstoß gegen das Verbot der Selbstbevorzugung setzt nur voraus, dass der Gatekeeper Differenzierungskriterien bei Ranking, Listing oder Indexierung anwendet, die zu einer Ungleichbehandlung führen.<sup>45</sup> Es genügt auch eine formale oder geringe Ungleichbehandlung, sodass hier keine weiteren Effektanalysen vorgenommen werden müssen.<sup>46</sup> Unerheblich ist auch, in welcher Art der Anordnung, der Darstellung oder der Kommunikation die Ungleichbehandlung mündet und auf welche Mittel (rechtlich, kommerziell, technisch) sie zurückzuführen ist. Ebenfalls unerheblich sind mögliche Effizienzen. Damit reduzieren sich die für die Normanwendung erforderlichen Informationen. Das wird vor allem deutlich, wenn man die Norm mit der Entscheidung der Europäischen Kommission in der Sache Google Shopping vergleicht. Die Entscheidung behandelte auch die Selbstbevorzugung und musste im Rahmen der rechtlichen Bewertung noch auf eine umfassende Auswirkungsanalyse zurückgreifen.<sup>47</sup> Die hohe Komplexität zeigt sich auch in der Verfahrensdauer, der Länge der Entscheidung und den Schwierigkeiten in der Argumentation.<sup>48</sup>

Ähnliches gilt für die Generalisierung der Norm. Die Norm ist keine Generalklausel, sondern enthält konkrete Tatbestandsmerkmale, die bspw. im Fall des „Ranking“ in Art. 2 Nr. 22 DMA weiter konkretisiert werden. Zwar ist eine weitere Konkretisierung im regulatorischen Dialog nach Art. 8 DMA möglich. Dies hindert aber nicht die direkte Anwendung der Norm auch im Wege der privaten Rechtsdurchsetzung.<sup>49</sup> Gerade im Vergleich zur Generalklausel des Art. 102 AEUV wird deutlich, welche Verhaltensweisen erfasst werden sollen und welche nicht.

Im Falle von Schadensersatzklagen bleibt noch der Nachweis des erlittenen Schadens notwendig.<sup>50</sup> Hier gelten die gleichen Ausführungen wie schon im Rahmen des kartellrechtlichen Schadensnachweises. Potentiell liegt hier eine Quelle der nicht unerheblichen Komplexität, da die Schadensfeststellung wiederum den Abgleich mit einer hypothetischen wirtschaftlichen Entwicklung voraussetzt. Die niedrigen Kosten der Anspruchsvoraussetzungen könnten dadurch ausgehebelt werden, dass nun im Rahmen des Schadens eine aufwändige (ökonomische) Analyse gefordert wird.

Insgesamt zeichnet sich also ein Bild von niedrigen Kosten und einer niedrigen Unsicherheit der klagenden Partei, was „Stand-Alone“-Klagen vor allem im Vergleich zum Kartellrecht, aus dem das Verbot der Selbstbevorzugung herrührt, erheblich erleichtern dürfte.

<sup>45</sup> HK-DMA/Heinz, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 6 Rn. 96.

<sup>46</sup> Vgl. HK-DMA/Heinz, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 6 Rn. 96.

<sup>47</sup> Vgl. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 164 f.

<sup>48</sup> Vgl. Rohner, Art. 102 AEUV und die Rolle der Ökonomie, 2023, 167 ff.

<sup>49</sup> Becker, ZEuP 2023, 403 (419).

<sup>50</sup> Vgl. Galle/Dressel, EuZW 2024, 107 (113); vgl. Becker, ZEuP 2023, 403 (428 f.).

### b) Follow-On-Klagen

Die „echten“ Follow-On-Klagen zeichnen sich dadurch aus, dass nicht nur die Designation als Gatekeeper und Core Platform Service durch die Kommission erfolgt ist, sondern auch der Verstoß gegen die Verhaltenspflicht – hier gegen Art. 6 Abs. 5 S. 1 DMA – von der Europäischen Kommission festgestellt wurde.<sup>51</sup> Nach Art. 39 DMA und im deutschen Recht nach § 33b GWB kommt es dabei ebenfalls zu einer umfassenden Bindungswirkung, die die ohnehin geringen Kosten und Unsicherheiten weiter reduziert.<sup>52</sup> Die starke Bindungswirkung wird wie im Kartellrecht flankiert durch Möglichkeiten, die Informationsaufbereitung durch die Behörde nach § 89c GWB nutzbar zu machen.<sup>53</sup>

Follow-On-Klagen könnten außerdem davon profitieren, dass Verpflichtungszusagen nur im Rahmen der Art. 18, 25 DMA bei Maßnahmen aufgrund systematischer Nichteinhaltung vorgesehen sind. Außerdem ist die Kommission nach Art. 27 Abs. 7 DMA in jedem Fall gezwungen, ein Verfahren mit einem Beschluss zu beenden. Deswegen werden Verfahren mit größerer Wahrscheinlichkeit auch in einen Nichteinhaltungsbeschluss münden.

### c) Steigerung der Effektivität

Reduzierungen der Kosten und der Unsicherheit sind kaum nötig. Lediglich die Feststellung des Schadens kann auch im DMA eine hohe Komplexität aufweisen. Im deutschen Recht ermöglicht wiederum § 287 ZPO eine flexible Handhabung.<sup>54</sup> Hier lässt sich in Zukunft durch die Zivilgerichte eine wesentliche Weichenstellung vornehmen. Denkbar ist auch, dass die Kartellkammern auf Schadensvermutungen zurückgreifen werden.<sup>55</sup>

Anpassungen, die die Kosten weiter reduzieren, scheinen kaum möglich. Stattdessen könnte gefragt werden, ob die Kosten zu niedrig sind und damit angesichts höherer gesamtgesellschaftlicher Kosten ein zu großer Anreiz für private Klagen existiert. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der DMA ausdrücklich über rein wohlfahrtsorientierte Zielsetzungen hinausgeht. Stattdessen soll der DMA nach Art. 1 Abs. 1 DMA „zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts“ beitragen und für „bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor“ sorgen. Demensprechend sollten Einschränkungen nur bei unverhältnismäßigen Kosten erwogen werden. Eine Berücksichtigung dieser ist im Wege des Art. 9 DMA durch einen Dispens aufgrund außergewöhnlicher Umstände

<sup>51</sup> Vgl. *Becker*, ZEuP 2023, 403 (410 f.).

<sup>52</sup> Vgl. *Immenga/Mestmäcker/Franck*, 4. Aufl. 2007, GWB § 33b Rn. 12a ff.; vgl. *Becker*, ZEuP 2023, 403 (410 f.).

<sup>53</sup> *MüKo-WettbR/Makatsch/Kacholdt*, 4. Aufl. 2022, GWB § 89c Rn. 3 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Richter/Gömann*, NZKart 2023, 208 (212); vgl. *Bueren/Zober*, NZKart 2023, 642 (649 f.).

<sup>55</sup> *Klumpe*, in: *Kirk/Offergeld/Rohner* (Hrsg.), *Kartellrecht in der Zeitenwende*, 2023, 131 (140); kritischer bzgl. der Schadensvermutung *Becker*, ZEuP 2023, 403 (418 f.).

möglich. Grundsätzlich kommen aber die Kostenreduzierungen allen Beteiligten zugute. Zwar kann die Compliance die Unternehmen durchaus vor Herausforderungen stellen.<sup>56</sup> Angesichts des beschränkten Adressatenkreises erscheinen die gesamtgesellschaftlichen Kosten aber überschaubar. Zusätzlich können diese über Art. 8 Abs. 3 DMA weiter reduziert werden.<sup>57</sup>

### 3. Datenschutz-Grundverordnung

Im Folgenden wird die private Durchsetzung der Datenschutz-Grundverordnung in Fällen von Datenverarbeitungen ohne Einwilligung der betroffenen Person entgegen Art. 5 Abs. 1 lit. a, 6 Abs. 1 lit. a DSGVO untersucht.

#### a) Stand-Alone-Klagen

Der betroffenen Person stehen insb. Ansprüche auf Löschung nach Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO und auf Entschädigung nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO jeweils i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 6, Art. 7 DSGVO zur Verfügung.<sup>58</sup>

Die Voraussetzungen des Datenschutzverstosses weisen eine geringere Komplexität auf. Die relevanten Informationen für die Feststellung eines Verstosses sind verhältnismäßig gering. Es muss festgestellt werden, dass die beklagte Partei personenbezogene Daten ohne Einwilligung verarbeitet hat. Selbst das Nichtvorliegen der Alternativen zu einer Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO lässt sich ohne weitreichende Informationen ermitteln.<sup>59</sup> Eine Ausnahme diesbezüglich kann jedoch Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO darstellen, der in problematischen Grenzfällen eine höhere Komplexität aufwirft und zusätzlich Unsicherheit mit sich bringen kann.<sup>60</sup>

Zu einer höheren Komplexität kann der nach Art. 82 Abs. 1 DSGVO nachzuweisende Schaden führen, insb. in Fällen, in denen ein immaterieller Schaden den einzig relevanten Schadensposten darstellt.<sup>61</sup> In der Vergangenheit wurden hieran von den deutschen Zivilgerichten hohe Anforderungen gestellt. Ein immaterieller Schaden war nur dann ersatzfähig, wenn dieser auf einem schwerwiegenden Eingriff beruht und nicht anderweitig ausgeglichen werden kann.<sup>62</sup> Die Bestimmung eines schwerwiegenden Eingriffs war an eine umfassende objektive Würdigung der Umstände des Einzelfalls gekoppelt.<sup>63</sup> Hierdurch konnten in die-

<sup>56</sup> Vgl. dazu HK-DMA/Heinz, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 6 Rn. 107 ff.

<sup>57</sup> Vgl. dazu HK-DMA/Seeliger, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 8 Rn. 40.

<sup>58</sup> Vgl. Paal/Kritzer, NJW 2022, 2433 (2433).

<sup>59</sup> Vgl. Gola/Heckmann/Schulz, 3. Aufl. 2023, DSGVO Art. 6 Rn. 18 ff.

<sup>60</sup> Paal/Pauly/Frenzel, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 6 Rn. 27.

<sup>61</sup> Vgl. Hellgardt, ZEuP 2022, 7 (29 f.).

<sup>62</sup> Gola/Heckmann/Gola/Piltz, 3. Aufl. 2023, DSGVO Art. 82 Rn. 13 m.w.N.; BGH v. 14.2.1958 – I ZR 151/56, BGHZ 26, 349; v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861 (Caroline von Monaco I); v. 5.12.1995 – VI ZR 332/94, NJW 1996, 984 (Caroline von Monaco II); v. 5.10.2004 – VI ZR 255/03, GRUR 2005, 179 (Prominentenkinder).

<sup>63</sup> Vgl. Gola/Heckmann/Gola/Piltz, 3. Aufl. 2023, DSGVO Art. 82 Rn. 13.

sen Fällen aufwändigere Informationsbeschaffungsmaßnahmen notwendig werden. Das erhöht die Unsicherheit und die Kosten bei der Geltendmachung der Ansprüche.<sup>64</sup> Allerdings hat der EuGH diese Voraussetzungen und damit die Komplexität der Norm bereits reduziert. Eine Bagatellgrenze darf bei Auslegung des Art. 82 DSGVO nicht vorgesehen werden. Es genügt stattdessen, wenn ein individueller Schaden nachgewiesen werden kann, der sich vom bloßen Verstoß gegen bspw. Art. 5 Abs. 1. lit. a unterscheidet.<sup>65</sup>

Der Grad der Generalisierung der Norm ist ebenfalls gering. Die unbestimmten Rechtsbegriffe wie „personenbezogene Daten“ und „Verarbeitung“ sind in Art. 4 DSGVO definiert. Eine Ausnahme ist hierbei wiederum Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.

### *b) Follow-On-Klagen*

Follow-On-Klagen sind nach behördlichen Entscheidungen, die nach Art. 58 Abs. 2, Art. 83, Art. 84 DSGVO vorgesehen sind, möglich. Es existiert allerdings keine dem § 33b GWB vergleichbare Vorschrift, die eine Bindungswirkung der Behördenentscheidung anordnet. Abseits einer solchen Regelung kann eine weniger starke Bindungswirkung aus dem Effektivitätsgrundsatz hergeleitet werden. Im Kartellschadensersatzrecht war das schon vor Einführung einer ausdrücklichen Bindungswirkung anerkannt.<sup>66</sup> Danach ergibt sich aus dem Effektivitätsgrundsatz eine Vermutung zu Gunsten des Inhalts der jeweiligen Behördenentscheidung. Dies gilt nicht nur für Entscheidungen der Europäischen Kommission, sondern auch für die Entscheidungen der nationalen Behörden.<sup>67</sup>

Diese Bindungswirkung würde zu einer Kostenreduzierung führen, allerdings nur zu einer geringen, da die hiervon umfassten Voraussetzungen in vielen Fällen ohnehin ohne größere Kosten und Unsicherheiten ermittelt werden können.

Da viele Datenschutzverstöße unbemerkt für die betroffenen Personen erfolgen, kann der Pflicht des Art. 34 DSGVO zur Benachrichtigung betroffener Personen, die spätestens mit einer Behördenentscheidung ausgelöst werden dürfte, eine größere Bedeutung zukommen.

### *c) Steigerung der Effektivität*

Der EuGH selbst hat eine Reduzierung der Komplexität bei der Geltendmachung immaterieller Schäden vorgenommen, indem er eine Bagatellgrenze verworfen hat.<sup>68</sup> Auch wenn die praktischen Auswirkungen dieser Rechtsprechung

---

<sup>64</sup> Paal/Kritzer, NJW 2022, 2433 (2434).

<sup>65</sup> EuGH v. 4.5.2023 – C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370 (Österreichische Post).

<sup>66</sup> EuGH v. 20.4.2023 – C-25/21, ECLI:EU:C:2023:298 (Repsol Comercial de Productos Petrolíferos) – Rn. 62 f.

<sup>67</sup> Immenga/Mestmäcker/Franck, 4. Aufl. 2007, GWB § 33b Rn. 25.

<sup>68</sup> EuGH v. 14.12.2023 – C-456/22, ECLI:EU:C:2023:988 (VX/Gemeinde Ummendorf) – Rn. 18 ff.

und deren Relevanz zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschließend beurteilt werden können, erscheint diese Reduzierung der Komplexität ökonomisch nicht sinnvoll. Die Möglichkeit, auch Bagatellfälle geltend zu machen, kann zu erheblichen Kostensteigerungen bei den anderen Beteiligten führen. Beklagte werden potentiell mit einer Vielzahl von geringfügigen Klagen konfrontiert, was auch zu einem erhöhten Fallaufkommen bei den Gerichten führen kann. Damit geht eine geringe Schadensverhinderung einher, da naturgemäß in Bagatellfällen der Schaden gering ausfällt. Dem stehen hohe Compliancekosten gegenüber, da potentiell jedes datenverarbeitende Unternehmen betroffen ist.

Die gesamtgesellschaftlichen Erwägungen müssen aber einer Reduzierung nicht entgegenstehen. Wie dargestellt, sollten diese anhand von rechtlichen Wertungen gewichtet werden und können hinter diesen zurücktreten. Im Datenschutzrecht wird das besonders deutlich. Mit der DSGVO wurde ein starkes Schutzsystem gewählt, das die betroffene Person als Schutzsubjekt in den Mittelpunkt stellt. Die DSGVO ist außerdem Ausprägung eines grundrechtlich verankerten Schutzes. Diese Erwägungen führen dazu, dass gesamtgesellschaftliche Auswirkungen zwar nicht gänzlich ignoriert werden sollten, aber gegen diese nicht-wirtschaftlichen Positionen abgewogen werden müssen. Es verbleibt bei einer ureigenen rechtlichen Aufgabe der Abwägung und Gewichtung. Diese sollte dennoch informiert erfolgen und die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen entweder berücksichtigen oder zumindest bewusst außer Acht lassen. Aufgrund des starken individualschützenden Anspruchs des Datenschutzrechts erscheint die Lösung durch den EuGH konsequent.

## V. Effektiveres Private Enforcement und bessere Regeln

Die Methode und ihre Anwendung anhand der drei beispielhaft gewählten Regelungsmaterien im digitalen Binnenmarkt führen zu drei zentralen Aussagen:

1. Die Effektivität des Private Enforcement steigt mit sinkenden Kosten und sinkender Unsicherheit.
2. Kosten und Unsicherheit hängen vom Grad der Komplexität, der Generalisierung und der Follow-On-Wirkung ab.
3. Gesamtgesellschaftliche Kosten können Klageerleichterungen entgegenstehen, müssen aber normativ gewichtet werden.

Die Effektivität von Stand-Alone- und Follow-On-Klagen lässt sich erhöhen, indem Kosten und Unsicherheit gesenkt werden. Das folgt der ökonomischen Theorie zu der Frage, unter welchen Umständen rational handelnde Personen klagen. Dies kann weiter ausdifferenziert werden. Maßgebliche Einflussfaktoren auf die Kosten und die Unsicherheit sind Normkomplexität, Generalisierung und Follow-On-Wirkung. Die Normkomplexität bildet ab, wie aufwändig die Informationsgewinnung ist, die nötig ist, um eine Norm anzuwenden. Die Generalisierung betrifft die Anzahl der möglicherweise unter eine Norm zu fassenden

Einzelfälle und beeinflusst damit maßgeblich die Unsicherheit, die mit einer Klage einhergeht. Bei Follow-On-Klagen werden Konkretisierung und Generalisierung maßgeblich auch von dem Grad der Follow-On-Wirkung beeinflusst. Insbesondere eine umfassende Bindungswirkung kann zur Reduzierung von Kosten und Unsicherheit maßgeblich beitragen.

Eine weitere Folgerung aus der ökonomischen Theorie ist die Einschränkung privater Klageanreize, wenn dies zu höheren gesamtgesellschaftlichen Kosten als Nutzen führt. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Kosten der anderen Prozessbeteiligten sich erhöhen, kein Abschreckungseffekt eintritt oder die Compliancekosten höher sind als die verhinderten Nachteile. Allerdings blenden diese Überlegungen aufgrund ihrer Fokussierung auf den gesamtgesellschaftlichen Nutzen und die Kosten Erwägungen aus, denen in der rechtlichen Betrachtung Gewicht zukommt. Dies sind beispielsweise der Eigenwert des Nachteilsausgleichs, normative Grundentscheidungen und der Grundrechtsschutz. Deswegen muss die ökonomische Theorie normativ korrigiert werden. Sie kann trotzdem wichtige Erkenntnisse zu den Wirkungszusammenhängen und relevanten Einflussgrößen liefern, die nutzbar gemacht werden sollten. Die Gewichtung und Abwägung der gesamtgesellschaftlichen Belange mit den rechtlichen Wertungen bleibt eine juristische Aufgabe. Normative Erwägungen sind notwendig, um zu entscheiden, welche Klagen gewünscht sind und welche nicht.

Nutzbar sind diese Erkenntnisse auf zwei Weisen. Zunächst ermöglichen sie eine zielgerichtete und methodisch fundierte Analyse von bestehenden Regeln. Die aufgedeckten Wirkungszusammenhänge ermöglichen aber auch informierte Entscheidungen bei der Entwicklung neuer Regeln.



# Das Wechselspiel zwischen Public und Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt

Zu den Besonderheiten der Governance-Strukturen des DMA, DSA, AI-Act, DGA, DA und der DSGVO

*Ranjana Andrea Achleitner*

## I. Einleitung

Die Herausforderungen des Zusammenspiels von Public und Private Enforcement sind aus dem Wettbewerbsrecht bereits wohlbekannt und sollen hier als Ausgangspunkt dienen,<sup>1</sup> um den Blick auf diese Thematik im Kontext der neuen Rechtsakte des digitalen Binnenmarktes zu lenken.<sup>2</sup> Zur hohen Relevanz des Private Enforcement im Kartellrecht liegen bereits eine Vielzahl von Abhandlungen vor, dabei ist die stetige Stärkung des Private Enforcement im Rahmen des Kartellrechts jedoch gleichermaßen nicht ohne Kritik geblieben.<sup>3</sup> So wird darauf verwiesen, dass eine Intensivierung des Private Enforcement die Effektivität des Public Enforcement untergraben würde, wodurch Konfliktsituationen zwischen den beiden Rechtsdurchsetzungssystemen auftreten könnten.<sup>4</sup> In Bezug auf das Wettbewerbsrecht scheint im Ergebnis jedoch bereits außer Frage gestellt, dass die Wettbewerbsregeln nur dann höchstmögliche Wirkung entfalten, wenn

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu anstatt vieler *Straetmans/Vereecken*, European Review of Private Law 1–2024, 41; *Weber/Faure*, European Review of Private Law (4)2015, 525; *Franck*, in: Hofmann/Kurz (Hrsg.), Law of Remedies. A European Perspective, 2019, 107 ff.

<sup>2</sup> Die Analyse beschränkt sich auf folgende Rechtsakte: Digital Services Act (DSA), Digital Markets Act (DMA), Data Governance Act (DGA), Data Act (DA), Artificial Intelligence Act (AI-Act). Des Weiteren wird auf die DSGVO Bezug genommen. Auch wenn die DSGVO nicht zu den „aktuellen“ Rechtsakten des digitalen Binnenmarktes zählt, so ist ihr Einfluss darauf beachtenswert.

<sup>3</sup> *Prompers/Römkens/Bouman*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 14, Issue (2023), 474; *Mouton/Reed*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 13, No. 2 (2022), 154; *Parcul/Monit/Botta*, Private Enforcement of EU Competition Law. The Impact of the Damages Directive, 2018.

<sup>4</sup> Siehe anstatt vieler etwa im Kontext von Kronzeugenregelungen *Hornkohl*, A Solution To Europe's Leniency Problem: Combining Private Enforcement Leniency Exemptions With Fair Funds, Kluwer Competition Law Blog, 2022, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/02/18/a-solution-to-europes-leniency-problem-combining-private-enforcement-leniency-exemptions-with-fair-funds/> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 5.6.2024 abgerufen).



das Zusammenspiel beider Regime gewährleistet wird. Dabei ist eine widerspruchsfreie Ausgestaltung der Verschränkungen zwischen diesen beiden Durchsetzungsmodi von entscheidender Bedeutung.<sup>5</sup> „[D]ie öffentlich-rechtliche und die zivilrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Union [bilden] zusammen [...] ein vollständiges Rechtsdurchsetzungssystem, das aus zwei zusammengehörigen Teilen besteht.“<sup>6</sup> Die beiden Rechtsdurchsetzungssysteme ergänzen sich und bilden „zusammengehörige Teile eines Ganzen“<sup>7</sup>. Dieser Feststellung trägt das Wettbewerbsrecht mittlerweile durchaus umfassend Rechnung, indem das Zusammenspiel beider Durchsetzungsregime gestärkt wurde – allen voran durch die KartellschadenersatzRL.

Die Diskussion um das Wechselspiel zwischen Private und Public Enforcement bleibt nicht auf das Kartellrecht beschränkt. Es erlangt gleichermaßen große Bedeutung im Rahmen der in den vergangenen Jahren erlassenen Rechtsakten, die den digitalen Binnenmarkt betreffen. In diesem Kontext ist insbesondere der Digital Markets Act (DMA) zu nennen, der als sektorspezifische Regelung komplementär zum bereits bestehenden Wettbewerbsrecht konzipiert ist, jedoch große Nähe zu diesem aufweist.<sup>8</sup> Sein Ziel ist es, ein vom Wettbewerbsrecht abweichendes, rechtliches Interesse zu verfolgen.<sup>9</sup> Der Unionsgesetzgeber hat sich damit – wenn auch aus kompetenzrechtlichen Gründen, da er Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage für die Verordnung gewählt hat – für eine Überschneidung von (nationalem) Kartellrecht und DMA-Verfahren entschieden.<sup>10</sup> Die folgende Diskussion soll sich jedoch nicht auf diesen Rechtsakt beschränken, sondern im Folgenden werden neben dem DMA, der DSA, der Data Governance Act, der Data Act, der AI-Act sowie die DSGVO einer diesbezüglichen Betrachtung unterzogen und in den Gesamtkontext eingeordnet. Eine Erweiterung der Analyse der Interaktion der beiden Durchsetzungsmechanismen auf andere Rechtsakte wäre freilich denkbar. Allerdings sind die genannten Rechtsakte in dieser Hinsicht zweifellos repräsentativ für den digitalen Binnenmarkt. Die Darstellung ist daher zwar nicht vollständig, jedoch durchaus aussagekräftig im Hinblick auf das „richtige“ Gleichgewicht zwischen Public und Private Enforcement im digitalen Binnenmarkt.

<sup>5</sup> GA Pitruzzella v. 3.9.2020 – C-308/19, ECLI:EU:C:2020:639 (Whiteland Import Export) – Rn. 60.

<sup>6</sup> GA Wahl v. 14.3.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska Industrial Solutions u. a.) – Rn. 76.

<sup>7</sup> GA Wahl v. 14.3.2019 – C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 (Skanska Industrial Solutions u. a.) – Rn. 80.

<sup>8</sup> Art. 1 Abs. 6 S. 1 DMA.

<sup>9</sup> ErwGr. 11 DMA.

<sup>10</sup> Kritisch zur gewählten Rechtsgrundlage des Art. 114 AEUV siehe ausf. Achleitner, in Heger/Gourdet (Hrsg.), Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern, 2022, 77 (88 ff.).

Treffen Private und Public Enforcement aufeinander, so ist ein reibungsloses Zusammenspiel, eine harmonische Koexistenz, zu gewährleisten.<sup>11</sup> Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass Private Enforcement in den rezenten Rechtsakten zum digitalen Binnenmarkt keine explizite Erwähnung findet, oder darin nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Frage, ob Private Enforcement im Rahmen des DMA, des DSA,<sup>12</sup> des Data Act und des Data Governance Act überhaupt möglich ist, soll hier nicht diskutiert werden; diesbezüglich kann bereits auf die entsprechenden Beiträge im Schrifttum verwiesen werden.<sup>13</sup> Die Zulässigkeit von Private Enforcement bei diesen Rechtsakten wird daher als Prämisse dieses Beitrags vorausgesetzt und mit Nachdruck bejaht.<sup>14</sup> Ebenso erscheint ein Private Enforcement im Rahmen des AI-Act denkbar, worauf auch Art. 85 zum Beschwerderecht bei einer Marktüberwachungsbehörde hindeutet, in dem es heißt, dass eine Beschwerde „unbeschadet anderer verwaltungsrechtlicher oder gerichtlicher Rechtsbehelfe“ von jeder natürlichen oder juristischen Person eingelegt werden kann. Die konkrete Ausgestaltung dieses Private Enforcement im Rahmen der genannten Rechtsakte wird allerdings sicherlich noch viel Diskussionsstoff bieten, da der Unionsgesetzgeber in diesen Rechtsakten weitgehend auf Detailregelungen verzichtet hat.

Eine einheitliche – sozusagen rechtsaktübergreifende – Analyse der (möglichen) Kooperation zwischen nationalen Gerichten und Behörden, einschließlich der Kommission, ist zwar nicht möglich, dennoch lassen sich einige grundlegende Aspekte herausarbeiten. Der vorliegende Beitrag beleuchtet die Thematik aus einer umfassenden Perspektive, wobei auch rechtspolitische Aspekte Berücksichtigung finden. Im ersten Teil wird die These aufgestellt, dass die erwähnten rezenten Rechtsakte zum digitalen Binnenmarkt Besonderheiten in ihren Governance-Strukturen aufweisen, wodurch eine Stärkung des Public Enforcement zu orten ist. Im zweiten Teil erfolgt eine Betrachtung des Zusammenspiels von Pu-

<sup>11</sup> So etwa GA Pitruzzella v. 3.9.2020, Rs. C-308/19, ECLI:EU:C:2020:639 (Whiteland Import Export) – Rn. 60 im Kontext von Wettbewerbsrecht.

<sup>12</sup> Der DSA enthält mit Art. 54 eine explizite diesbezügliche Regelung, die es den Nutzern erlaubt, Schadenersatz nach den Bestimmungen des nationalen Rechts zu fordern.

<sup>13</sup> Aus dem umfangreichen und inzwischen kaum noch zu überblickenden Schrifttum zum Private Enforcement des DMA sind anstatt vieler exemplarisch zu nennen *Achleitner*, ZöR 2023, 287; *Podszun*, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 13, No. 4, (2022), 254; *Eijfert/Metzger/Schweitzer/Wagner*, CML Rev. 58 (2021), 987 (1023); *Kominos*, in: Charbit/Gachot (Hrsg.), Eleanor M. Fox, Antitrust Ambassador to the World. Liber Amicorum, 2021, 423 (427 ff.); *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 107; *Bueren/Zober*, NZKart 2023, 642; *Becker*, ZEuP 2023, 403; zum DSA siehe bereits *Achleitner*, in: Steinrötter (Hrsg.), Europäische Plattformregulierung, 1. Aufl. 2023, § 8 Rn. 5; *Zurth*, GRUR 2023, 1331; *Kindl*, Journal of Antitrust Enforcement 2024, 241; *Husovec*, Principles of the Digital Services Act, 2024, 428; zum Data Governance Act siehe anstatt vieler HK-DGA/*Hennemann*, 48. Ed 1.5.2024, DGA Art. 34 Rn. 5; kritisch *Richter* ZEuP 2021, 634 (657 ff.); zum Data Act *Achleitner*, in: Czychowski/Lettl/Steinrötter (Hrsg.), 1. Aufl. 2024, DA Art. 37 Rn. 37 ff. (im Erscheinen).

<sup>14</sup> *Achleitner*, ZöR 2023, 287.

blic und Private Enforcement im Kontext von DMA und DSA. Dabei werden insbesondere verschiedene Fallszenarien im Zusammenhang mit dem DMA analysiert, um die Schwachstellen der Bestimmung des Art. 39 DMA aufzuzeigen. Davor wird in einem Exkurs auf die DSGVO eingegangen, um zu verdeutlichen, dass die Problematik der Interaktion zwischen Gerichten und Behörden bereits dort evident wurde. Im Rahmen der abschließenden Conclusio erfolgen eine Zusammenfassung der Ergebnisse sowie eine Würdigung unter Einbeziehung rechtspolitischer Überlegungen. Die Untersuchung wird überdies von der durchgängigen Frage begleitet, welche Gründe der geringen sekundärrechtlichen Verankerung des Private Enforcement in den jüngsten Rechtsakten zugrunde liegen und welche Folgen die damit einhergehende Stärkung des Public Enforcement hat.

## II. Public Enforcement: Besonderheiten der Governance-Strukturen in den rezenten Rechtsakten des digitalen Binnenmarktes

### 1. Gremien

Die Rechtsakte zum digitalen Binnenmarkt weisen eine besondere Governance-Struktur auf, die sich durch eine differenzierte Rollenverteilung zwischen nationalen Behörden, der Europäischen Kommission und neu geschaffenen Gremien auszeichnet.<sup>15</sup> Durch die Einrichtung dieser Gremien erfolgt eine Stärkung der behördlichen Struktur und Zusammenarbeit. Diese neu einzurichtenden Gremien sind als Experten- und Beratungsgremien konzipiert und sollen zu einer kohärenten und effektiven Durchsetzung der Rechtsakte führen.<sup>16</sup> Hierdurch sollen eine bessere Umsetzung und Anwendung der neuen Rechtsakte sowie die Sicherstellung der Compliance gewährleistet werden. Im Folgenden werden die grundlegenden Merkmale der in den jeweiligen Rechtsakten vorgesehenen Gremien – soweit für die Schlussfolgerungen erforderlich – skizziert, wobei auf eine detaillierte Darstellung zugunsten einer Analyse der Auswirkungen dieser Gremien verzichtet wird.

Der DSA sieht die Einrichtung des Europäischen Gremiums für digitale Dienste vor (Art. 61 – 63), das als unabhängiges Beratungsgremium fungiert. Das Gremium setzt sich aus den mitgliedstaatlichen Koordinatoren für digitale Dienste zusammen, die durch „hochrangige Beamte“ vertreten werden. Den Vor-

---

<sup>15</sup> Die Governance Struktur im DSA weist überdies die Besonderheit auf, dass eine Reihe von privaten Akteuren involviert sind (Trusted-Flagger, Audit Stellen sowie Forscher), siehe hierzu *Achleitner*, in: Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivankovics (Hrsg.), *Jahrbuch 23, Digitalisierung und Recht*, 2023, 107 (112 ff.).

<sup>16</sup> Es gilt jedoch zu beachten, dass sich der Europäische Datenschutzausschuss (im Rahmen der DSGVO) in seinen Befugnissen von den übrigen dargelegten Gremien unterscheidet.

sitz führt die Kommission. Sie beruft die Sitzungen ein und bereitet die Tagesordnung vor, hat aber kein Stimmrecht. Der Katalog an Aufgaben des Gremiums ist zwar sehr umfassend ausgestaltet, es verfügt allerdings über keine eigenen Untersuchungs- oder Durchsetzungsbefugnisse.

Im Rahmen des DMA ist gem. Art. 40 von der Kommission eine hochrangige Gruppe für das Gesetz über digitale Märkte einzusetzen, die interdisziplinäres Wissen bündeln soll, insbesondere im Hinblick auf Wechselwirkungen des DMA mit anderen Rechtsgebieten. Die hochrangige Gruppe setzt sich aus spezifischen, in Art. 40 Abs. 2 DMA festgelegten, Europäischen Gremien und Netzwerken zusammen. Auch die hochrangige Gruppe hat ausschließlich beratende Funktion; insbesondere soll diese die Kommission mit Fachwissen versorgen. Die Kommission stellt Sekretariatsdienste für die hochrangige Gruppe bereit, führt den Vorsitz und nimmt an ihren Sitzungen teil, die ebenfalls von der Kommission einberufen werden.

Das im Data Governance Act vorgesehene Expertengremium, der Europäische Dateninnovationsrat (Art. 29 f.), spielt nicht nur im Rahmen dieses Rechtsaktes, sondern auch im Rahmen des Data Act (Art. 42)<sup>17</sup> eine Rolle. In beiden Fällen kommt dem Europäischen Dateninnovationsrat eine beratende Funktion und keine Entscheidungsbefugnis zu. Das Gremium wird von der Kommission eingesetzt und sie hat gleichermaßen den Vorsitz in den Sitzungen inne. Die Aufgaben des Europäischen Dateninnovationsrates umfassen insbesondere die Beratung und Unterstützung der Kommission in ihrer Funktion im Rahmen des Data Governance Act und des Data Act.

Der AI-Act legt die Einrichtung einer Reihe von Gremien fest, an denen die Kommission in unterschiedlichem Umfang und in verschiedener Funktion beteiligt ist. Vorgesehen ist die Schaffung eines Büros für Künstliche Intelligenz, das innerhalb der Kommission (DG CNECT) eingerichtet wird (Art. 64 AI-Act). Die Aufgabe dieses Gremiums liegt in der Entwicklung von „Sachkenntnis und Fähigkeiten der Union auf dem Gebiet der KI“<sup>18</sup> und es soll eine enge Verbindung zur Wissenschaft gehalten werden. Es ist überdies für die Durchsetzung der Pflichten der Anbieter von KI-Modellen mit allgemeinem Verwendungszweck zuständig (Art. 75 i.V.m. Art. 88 AI-Act).<sup>19</sup> Darüber hinaus wird ein Europäisches Gremium für Künstliche Intelligenz eingerichtet (Art. 65 AI-Act), das sich aus je einem Vertreter der Mitgliedstaaten zusammensetzt. Der Europäische Datenschutzbeauftragte nimmt als Beobachter an den Sitzungen teil. Auch das Büro für Künstliche Intelligenz ist bei den Sitzungen des Gremiums anwesend, hat jedoch kein Stimmrecht. Ferner können andere Behörden oder Stellen der Mitgliedstaaten und der EU sowie Sachverständige zu den Sitzungen des KI-Gre-

---

<sup>17</sup> Zur Rolle des Europäischen Dateninnovationsrats im Rahmen des Data Act siehe umfassend *Achleitner*, in: Czychowski Lettl/Steinrötter (Hrsg.), 1. Aufl. 2024, DA Art. 41 Rn. 1 ff. (im Erscheinen).

<sup>18</sup> Art. 64 Abs. 1 AI-Act.

<sup>19</sup> Siehe hierzu auch II.2.

miums eingeladen werden, sofern die erörterten Themen für sie relevant sind. Das KI-Gremium berät und unterstützt die Kommission und die Mitgliedstaaten, um die einheitliche und wirksame Anwendung des AI-Acts zu gewährleisten (Art. 66 AI-Act). Den Vorsitz im KI-Gremium führt ein Vertreter der Mitgliedstaaten. Die Sekretariatsgeschäfte werden vom Büro für Künstliche Intelligenz geführt, das wie oben erwähnt, in der Kommission angesiedelt ist (Art. 66 Abs. 8 i.V.m. Art. 64 AI-Act). Darüber hinaus wird ein Beratungsforum bestehend aus Stakeholdern eingerichtet, das technisches Fachwissen bereitstellen soll und das KI-Gremium und die Kommission berät (Art. 67 AI-Act). Die Mitglieder des Beratungsforums werden von der Kommission ernannt. Außerdem ist ein wissenschaftliches Gremium unabhängiger Sachverständiger vorgesehen, das im Wege eines Durchführungsrechtsaktes von der Kommission eingerichtet wird (Art. 68 f. AI-Act).

Schließlich ist der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) gemäß Art. 68 ff. DSGVO zu nennen, an dessen Tätigkeiten und Sitzungen die Kommission – wenn auch ohne Stimmrecht – teilnehmen kann. Der EDSA kann verbindliche Entscheidungen gem. Art. 70 DSGVO treffen und hat eine eigene Rechtspersönlichkeit. Hauptaufgabe des Ausschusses ist die Bereitstellung von Leitlinien, Empfehlungen und bewährten Verfahren, um eine einheitliche Anwendung der DSGVO zu gewährleisten.<sup>20</sup>

Die Einbindung der genannten Gremien führt zu einer Verbesserung der Governance-Struktur, indem den Behörden das notwendige Know-how und zusätzliche Ressourcen zur Verfügung gestellt werden. Dadurch lässt sich die Durchsetzungskraft der entsprechenden Rechtsakte erheblich stärken. In allen genannten Gremien ist die Europäische Kommission präsent, wenngleich auch nicht immer in einer dominierenden Rolle. Gleichzeitig fungieren diese Gremien – in jeweils unterschiedlichem Umfang – als Beratungs- und Unterstützungsinstanzen für die Kommission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Sie können daher einen maßgeblichen Einfluss auf das Public Enforcement ausüben und dessen Stärkung bewirken. Als wesentliches Merkmal des Public Enforcement im digitalen Binnenmarkt kann daher eine von den genannten Gremien getragene Governance-Struktur identifiziert werden.

## *2. Die Europäische Kommission als zentraler Akteur im digitalen Binnenmarkt*

### *a) Überblick*

Die Betrachtung der jüngsten Rechtsakte, konkret des DSA, DMA, Data Governance Act, Data Act sowie der AI-Act, zeigt, dass der Europäischen Kommission in allen Rechtsakten eine Rolle zugedacht wird, die jedoch unterschiedlich ausgeprägt ist.<sup>21</sup> Innerhalb des DSA, des DMA und des AI-Act kommt ihr

<sup>20</sup> Kühling/Buchner/Dix, 4. Aufl. 2024, DSGVO Art. 68 Rn. 1 ff.

<sup>21</sup> Achleitner, in: Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivankovics (Hrsg.), Jahrbuch 23, Digitalisierung und Recht, 2023, 107 (109 ff.).

eine wesentliche und bestimmende Funktion zu, während sie im Data Governance Act und im Data Act marginale Bedeutung erhält. Aus der Governance-Struktur des DSA, des DMA und des AI-Act lässt sich schließen, dass diese Rechtsakte zu einer Stärkung der Position der Europäischen Kommission im digitalen Binnenmarkt führen. Die Rechtsakte resultieren in einer signifikanten Zunahme der Befugnisse und Einflussmöglichkeiten der Kommission. In der Konsequenz kann – wenngleich in überzeichneter Form – von einem maßgeblichen Machtzuwachs der Kommission sowohl im Institutionengefüge der EU als auch im Verhältnis zu den nationalen Behörden im Rahmen der Durchsetzung der Rechtsakte gesprochen werden.

Übersicht zum Public Enforcement und zur Rolle der Europäischen Kommission im Rahmen der neuen Rechtsakte des digitalen Binnenmarktes:

- *Digital Markets Act*
  - *Rolle der Europäischen Kommission*
    - Alleinige Durchsetzungsbehörde
    - Nationale Behörden haben unterstützende Funktion
    - Gegebenenfalls Arbeitsteilung zwischen der Kommission und den nationalen Behörden
  - *Charakteristik des Public Enforcement*
    - Semizentralistisches Modell
- *Digital Services Act*
  - *Rolle der Europäischen Kommission*
    - Ausschließliche Zuständigkeit in Bezug auf spezifische und nur an die Anbieter von VLOPs und VLOSEs gerichteten Verpflichtungen gem. Kap. III Abschn. 5 (zentralisierte Aufsicht)
    - Geteilte Zuständigkeit mit nationalen Behörden hinsichtlich VLOPs und VLOSEs, wenn keine der Verpflichtungen gem. Kap. III Abschn. 5 betroffen sind (konkurrierende Zuständigkeit)
    - Geteilte Zuständigkeit mit nationalen Behörden hinsichtlich aller anderen Vermittlungsdienste als VLOPs und VLOSEs
  - *Charakteristik des Public Enforcement*
    - Bündelung von zentraler und dezentraler Durchsetzung
- *Data Governance Act*
  - *Rolle der Europäischen Kommission*
    - Durchsetzung erfolgt durch nationale Behörden
    - Untergeordnete Rolle der Kommission
  - *Charakteristik des Public Enforcement*
    - Dezentrale Durchsetzung
- *Data Act*
  - *Rolle der Europäischen Kommission*
    - Durchsetzung erfolgt durch nationale Behörden

- Untergeordnete Rolle der Kommission
- *Charakteristik des Public Enforcement*
  - Dezentrale Durchsetzung
- *AI-Act*
  - *Rolle der Europäischen Kommission*
    - Ausschließliche Zuständigkeit für KI-Systeme mit allgemeinem Verwendungszweck (Kap. V) durch das Büro für Künstliche Intelligenz (angesiedelt bei der Kommission)
    - Durchsetzung in Bezug auf alle anderen KI-Systeme erfolgt durch nationale Behörden (Marktüberwachungsbehörden)
  - *Charakteristik des Public Enforcement*
    - Bündelung von zentraler und dezentraler Durchsetzung

*b) Die Europäische Kommission als Schlüsselakteur im DSA, DMA und AI-Act*

Obwohl die Durchsetzung der Bestimmungen des DSA primär den zuständigen nationalen Behörden, insbesondere den Koordinatoren für digitale Dienste, obliegt, spielt die Kommission eine wesentliche Rolle bei der Überwachung der Anbieter von sehr großen Online-Plattformen (VLOPs) und sehr großen Online-Suchmaschinen (VLOSEs). Während die Überwachung der „kleineren“ Vermittlungsdienste dezentral durch die nationalen Behörden erfolgt,<sup>22</sup> wird die Aufsicht über VLOPs und VLOSEs hinsichtlich der besonderen und zusätzlichen Verpflichtungen des Kap. III Abschn. 5 des DSA zentral von der Kommission durchgeführt. In diesem Fall fungiert die Kommission als einzige und zentrale Durchsetzungs- und Aufsichtsbehörde. Die Befugnisse der Kommission entsprechen dabei denen im Kartellrecht; sie verfügt über Ermittlungsbefugnisse, überdies kann sie Geldbußen verhängen. Die Kommission ist jedoch auch außerhalb der spezifischen Bestimmungen für VLOPs und VLOSEs nach Kap. III Abschn. 5 in die Überwachung und Durchsetzung involviert. In diesen Fällen teilen sich die nationalen Behörden, insbesondere die Koordinatoren für digitale Dienste, und die Kommission die Zuständigkeit (konkurrierende Zuständigkeit).

Diese weitreichenden Durchsetzungsbefugnisse der Kommission werden durch ihre relevante Rolle im Rahmen des DMA nochmals verstärkt. Die Kommission ist die „alleinige Durchsetzungsbehörde“ des DMA (Art. 38 Abs. 7; Erwgr. 91). Ursprünglich hatte die Kommission in ihrem Verordnungsentwurf ein weitgehend zentralistisches Durchsetzungsmodell vorgesehen, in dem den nationalen Behörden kaum Bedeutung zukam.<sup>23</sup> Im Laufe des Gesetzgebungsprozesses wurde dieser Ansatz geringfügig abgeschwächt und nationalen Wett-

<sup>22</sup> Dies insbesondere durch die Koordinatoren für digitale Dienste.

<sup>23</sup> Achleitner, NZKart 2022, 359 (363 ff.); Friends of an effective Digital Markets Act, Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement, [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/non-paper-friends-of-an-effective-digital-markets-act.pdf?__blob=publicationFile&v=4).



bewerbsbehörden wurden Zugeständnisse gemacht, sodass der DMA nunmehr ein semizentralistisches Modell vorsieht. Ein solches Durchsetzungsmodell ist etwa (mit Ausnahmen) von der Fusionskontrolle und der europäischen Bankenunion bekannt. Die im DMA vorgesehene starke und zentrale Aufsicht über die Gatekeeper ist aus mehreren Gründen sinnvoll.<sup>24</sup> Gatekeeper agieren grenzüberschreitend, sodass die Kommission sowohl Kosten als auch Expertise zentral bündeln und nutzen kann. Neben Sachkenntnis und Ressourcen ist auch die Vermeidung einer Fragmentierung durch unterschiedliche Auslegungen der Bestimmungen des DMA ein starkes Argument.

Die Kommission nimmt ebenso im AI-Act eine bedeutsame Funktion ein, was sich auch in der Einrichtung des bereits erwähnten Büros für künstliche Intelligenz zeigt, das als integraler Bestandteil der administrativen Struktur der Kommission konzipiert ist. Die Durchsetzung des AI-Act obliegt grundsätzlich den nationalen Behörden, insbesondere den Marktüberwachungsbehörden (Art. 70, Art. 74 AI-Act i.V.m. VO [EU] 2019/2010<sup>25</sup>), mit der Maßgabe, dass für bestimmte KI-Systeme eine Ausnahme gilt. In gewisser Weise ähneln die Vorgaben zur Durchsetzung des AI-Act damit denen des DSA. Für die Durchsetzung des Kapitels 5 des AI-Act im Zusammenhang mit KI-Systemen mit allgemeinem Verwendungszweck ist die Kommission allein und ausschließlich zuständig (Art. 75). Hier liegen die Beobachtungs- und Überwachungsbefugnisse ausschließlich bei der Kommission (Art. 88 AI-Act). Gemäß Art. 88 Abs. 2 AI-Act werden diese Aufgaben von der Kommission an das KI-Büro übertragen. Die Bandbreite der Befugnisse der Kommission umfasst Überwachungsmaßnahmen (Art. 89 AI-Act), die Aufforderung zu Maßnahmen (Art. 93 AI-Act) sowie Verpflichtungszusagen (Art. 93 Abs. 3 AI-Act) und die Verhängung von Geldbußen (Art. 101 AI-Act). Insofern ähneln die Befugnisse der Kommission denen des Kartellrechts und des DMA. Allerdings sind die Ermittlungsbefugnisse im AI-Act weniger detailliert geregelt als im DMA.

---

<sup>24</sup> Achleitner, ZöR 2023, 287 (296 ff.); Achleitner, in: Heger/Gourdet (Hrsg.), Fairen Wettbewerb in der Europäischen Union sichern, 2022, 77 (98 f.); Montilde Streel, CERRE Report, 2022, 45 ff.; Schweitzer, ZEuP 2021, 217 (223).

<sup>25</sup> Verordnung (EU) 2019/1020, ABl. L 2019/169, 1.



### III. Das Zusammenspiel zwischen Public und Private Enforcement: Regelungslücken in den Rechtsakten der EU zum digitalen Binnenmarkt

#### 1. Überblick

Das Zusammenspiel von Private und Public Enforcement ist in den hier untersuchten Rechtsakten entweder gänzlich unerwähnt (Data Governance Act, Data Act, AI-Act) oder lediglich rudimentär verankert (DMA, DSA, DSGVO). Der DMA enthält in Art. 39 und der DSA in Art. 82 spezielle Vorschriften zur Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Gerichten, die wichtige Anhaltspunkte liefern. Die DSGVO wiederum normiert einen zweigleisigen Rechtsschutz und enthält damit eine Regelung zum Zusammenwirken von Behörden und Gerichten, die bereits für viel Diskussionsstoff gesorgt hat.<sup>26</sup> Im Folgenden soll ein kursorischer Exkurs in die DSGVO unternommen werden. Dabei geht es nicht um eine umfassende Darstellung der parallelen Rechtsschutzmöglichkeiten in der DSGVO, sondern darum aufzuzeigen, dass es der Unionsgesetzgeber auch in der DSGVO, wie in den anderen genannten Rechtsakten, verabsäumt hat, klare und umfassende Regelungen zum Zusammenspiel von Behörden und Gerichten zu verankern.

#### 2. DSGVO

Die DSGVO regelt in Art. 77 und Art. 79 zwei Möglichkeiten, um gegen DSGVO-Verstöße vorzugehen. Zum einen ist eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde „unbeschadet eines gerichtlichen Rechtsbehelfs“ (Art. 77 DSGVO) und zum anderen ein wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelf „unbeschadet des Rechts auf Beschwerde“ vorgesehen. Die DSGVO normiert damit eine parallele Rechtsschutzmöglichkeit, ein duales Durchsetzungsmodell, das seit Inkrafttreten der Verordnung für Diskussionen sorgt. So hat Österreich im Gesetzgebungsverfahren aus verfassungsrechtlichen Gründen Bedenken gegen eine parallele Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit bei den ordentlichen Gerichten und den Verwaltungsbehörden geäußert. Es müsse eine Trennung von Justiz und Verwaltung (gem. Art. 94 österr. B-VG) geben, und im Hinblick auf den Verfahrensgrundsatz der materiellen Rechtskraft (*res iudicata*) müsse eine parallele Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden und Gerichten ausgeschlossen sein.<sup>27</sup> Österreich stimmte daher auch gegen die DSGVO im Rat bei der Beschlussfassung der Verordnung.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Jähnel, DSGVO, Art. 79 Rn. 7 ff.; Jähnel, in Nummer-Krautgasser/Garber/Klauser (Hrsg.), 2019, 67 (69 ff.); Schmidl, VbR 2020, 160; Kotschy, RdW 2019, 591; Schwamberger, in: Jähnel (Hrsg.), Datenschutzrecht – Jahrbuch 2019, 2019, 259.

<sup>27</sup> Jähnel, DSGVO, 2021, Art. 79 Rn. 2 ff. Auch wurde Art. 83 Abs. 2 B-VG das Recht auf den gesetzlichen Richter ins Treffen geführt.

<sup>28</sup> Fercherl/Riedl, in: Knyrim (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2016, 15 sowie 28 ff. Daher enthält das die Durchführung der DSGVO regelnde österr. DSG nur Verfahrensbe-

Der österreichische Oberste Gerichtshof hat schließlich für Klarheit gesorgt und die überwiegenden Stimmen im Schrifttum bestätigt, indem er eine parallele Rechtsschutzmöglichkeit für zulässig erklärt hat.<sup>29</sup> In der Praxis bedeutet dies, dass eine Person, die einen Rechtsbehelf einlegen möchte, die Möglichkeit erhält, den für sie am besten geeigneten Rechtsbehelf zu wählen.<sup>30</sup>

Neben der Möglichkeit, alternativ einen verwaltungsrechtlichen oder einen gerichtlichen Rechtsbehelf einzulegen, sind auch andere Konstellationen denkbar. Ein mögliches Szenario ist die gleichzeitige Einreichung einer Klage bei einem Zivilgericht und einer Beschwerde bei der Datenschutzbehörde. Nach dem Wortlaut der DSGVO ist eine solche Konstellation nicht ausgeschlossen, allerdings wirft dies Fragen der Bindungswirkung zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren nach der DSGVO auf, zu der die DSGVO keine Regelung enthält. Der EuGH hat sich kürzlich in seinem Urteil in der Rechtssache *Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*<sup>31</sup> mit einem solchen Fall befasst und klargestellt, dass die in der DSGVO vorgesehenen verwaltungs- und zivilrechtlichen Rechtsbehelfe nebeneinander und unabhängig voneinander geltend gemacht werden können.<sup>32</sup> Diese Schlussfolgerung des EuGH überrascht nicht, da diese Auffassung in der Fachliteratur zum Teil bereits vor diesem Urteil vertreten wurde.<sup>33</sup> Die Frage ist jedoch – und das ist das eigentlich Entscheidende: Welche Konsequenzen sind nun aus diesem Urteil zu ziehen? Ob das Urteil des EuGH tatsächlich Licht in die Problematik einer solchen Fallkonstellation gebracht hat oder ob es dahingehend zu interpretieren ist, dass der EuGH es sich bei seiner Entscheidung durchaus etwas einfach gemacht hat, bleibt zu diskutieren.<sup>34</sup> Die Gefahr von sich widersprechenden Entscheidungen liegt auf der Hand, wie auch der EuGH in seinem Urteil einräumt.

„Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidungen dieser beiden Gerichte einander widersprechen, indem das eine einen Verstoß gegen die Verordnung 2016/679 und das andere das Fehlen eines solchen Verstoßes feststellt.“<sup>35</sup>

---

stimmungen, über das Beschwerdeverfahren vor der Datenschutzbehörde, nicht jedoch über das Verfahren vor Gerichten, mit Ausnahme von Schadenersatzklagen.

<sup>29</sup> OGH v. 20.12.2018 – 6 Ob 131/18k, BeckRS 2019, 67283 und OGH v. 23.5.2019 – 6 Ob 91/19d, BeckRS 2019, 66446.

<sup>30</sup> Jahnelt, DSGVO, 2021, Art. 79 Rn. 12 ff.

<sup>31</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság).

<sup>32</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság) – Rn. 34 ff.; kritisch hierzu Schwamberger, ZD 2023, 209 (211 ff.); Schmidl, in: Jahnelt (Hrsg.), Datenschutzrecht – Jahrbuch 2023, 213.

<sup>33</sup> Zur Diskussion um den parallelen Rechtsschutz nach der DSGVO siehe Jahnelt, DSGVO, Art. 79 Rn. 7 ff.

<sup>34</sup> So auch Schmidl, in: Jahnelt (Hrsg.), Datenschutzrecht – Jahrbuch 2023, 213 (220 ff.); Schwamberger, ZD 2023, 209 (212).

<sup>35</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság) – Rn. 53.

Nach Ansicht des EuGH obliegt es den Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass eine parallele Einlegung dieser Rechtsbehelfe die gleichmäßige und einheitliche Anwendung der Verordnung nicht beeinträchtigt. Es liegt in der Hand der Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie „eine unionsweit gleichmäßige und einheitliche Anwendung der Vorschriften zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten von natürlichen Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sicherzustellen“<sup>36</sup>, da das „Vorliegen zweier einander widersprechender Entscheidungen das im zehnten Erwägungsgrund dieser Verordnung genannte Ziel in Frage stellen“<sup>37</sup> würde. Damit bleibt der EuGH eine konkrete Lösung für die Praxis schuldig, da nach dieser Entscheidung eine Zersplitterung der Anwendung der DSGVO droht, die zu Rechtsunsicherheit führt. In Ermangelung einer einheitlichen Regelung muss nun jeder Mitgliedstaat seine eigene verfahrensrechtliche Antwort auf die rezente EuGH-Rechtsprechung finden. Es sei jedoch auch daran erinnert, dass der EuGH nur die Aufgabe hat, einen Sekundärrechtsakt auszulegen und nicht in der Lage ist, dessen Schwächen vollständig zu beseitigen. Die Hauptursache für die Problematik liegt schließlich darin, dass der EU-Gesetzgeber es versäumt hat, diesbezüglich eine klare Regelung zu verankern oder diese im Rahmen einer Reform der DSGVO nachträglich einzufügen. Mögliche Lösungen zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen wären die Verpflichtung zur Aussetzung eines Verfahrens oder auch die Einführung eines sukzessiven Rechtsweges. Eine Ergänzung der DSGVO um eine Vorschrift nach dem Vorbild von Art. 9 der Kartellschadenersatz-RL wäre wohl die zielführendste Variante.<sup>38</sup>

### *3. Digital Markets Act: Eckpfeiler eines Kooperationsverhältnisses zwischen der Kommission und nationalen Gerichten gemäß Art. 39 DMA*

#### *a) Art. 39 DMA: Koordinierungsherausforderungen und Regelungslücken*

Art. 39 DMA ist die zentrale Bestimmung des DMA im Hinblick auf das Private Enforcement, da diese nahelegt, dass Private Enforcement zulässig ist.<sup>39</sup> Die Bestimmung regelt die Zusammenarbeit zwischen nationalen Gerichten und der Kommission und soll eine uneinheitliche Auslegung des DMA durch nationale Gerichte und damit gleichzeitig eine Zersplitterung der Anwendung des DMA

<sup>36</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság) – Rn. 54.

<sup>37</sup> EuGH v. 12.1.2023 – C-132/21, ECLI:EU:C:2023:2 (BE/Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság) – Rn. 54

<sup>38</sup> Zustimmung Schwamberger, ZD 2023, 209 (212).

<sup>39</sup> Die Zulässigkeit von Private Enforcement-Verfahren ergibt sich jedoch in gleicher Weise bereits aus der Rechtsnatur des DMA, dem als Verordnung eine unmittelbare Wirkung zukommt und der Rsp. des EuGH, umfassend hierzu und zur diesbezüglichen EuGH-Rsp. Achleitner, ZöR 2022, 287 (289); in dem HK-DMA/Lahmel/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 1 ff. wird die Bestimmung gleichermaßen als „Private Rechtsdurchsetzung“ betitelt.

und Rechtsunsicherheit verhindern.<sup>40</sup> Die Regelungen des Art. 39 DMA entsprechen dem Wortlaut der Art. 15, 16 Abs. 1 KartellverfahrensVO, sodass nicht zu Unrecht davon gesprochen werden kann, dass die KartellverfahrensVO als Blaupause diene. Der Unionsgesetzgeber hat damit die seit Jahren bewährten Regelungen des Kartellrechts auf den DMA übertragen, was aufgrund der Nähe des DMA zum Wettbewerbsrecht durchaus sinnvoll ist. An dieser Stelle soll daher nicht detailliert auf die nahezu wörtlich übernommenen Regelungen des Art. 39 Abs. 1 bis 4 DMA eingegangen werden, da insoweit auf die umfangreiche Literatur zum Kartellrecht und der KartellverfahrensVO verwiesen werden kann. Im Folgenden wird deshalb nach einem kursorischen Überblick über die Regelung des Art. 39 DMA der Schwerpunkt auf Art. 39 Abs. 5 DMA gelegt, der die Bindungswirkung von Kommissionsbeschlüssen und die Aussetzung des Verfahrens regelt. Anschließend werden mögliche Fallkonstellationen der Zusammenarbeit zwischen der Kommission und nationalen Gerichten und mögliche Lösungsansätze diskutiert.

Nach Art. 39 Abs. 1 DMA können nationale Gerichte die Kommission um die Übermittlung von Informationen, die sich in ihrem Besitz befinden, oder um Stellungnahmen zu Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung dieser Verordnung bitten. Der Art. 39 Abs. 2 DMA verpflichtet die Mitgliedstaaten, der Kommission eine Kopie jedes schriftlichen Urteils der nationalen Gerichte zu übermitteln, das die Anwendung des DMA betrifft. Nach Art. 39 Abs. 3 DMA kann die Kommission von Amts wegen den nationalen Gerichten eine schriftliche Stellungnahme übermitteln und mit Erlaubnis des Gerichts auch mündlich Stellung nehmen. Für diese Stellungnahme kann die Kommission das betreffende nationale Gericht ersuchen, ihr alle zur Beurteilung des Falls notwendigen Schriftstücke zu übermitteln (Art. 39 Abs. 4 DMA). Diese Stellungnahme wirkt nicht bindend, sie ermöglicht der Kommission jedoch lenkend in ein nationales Verfahren vor Gericht einzugreifen. Der Art. 39 Abs. 3 DMA erlaubt es der Kommission, als *Amicus Curiae* vor den nationalen Gerichten zu wirken; dies immer dann, wenn die kohärente Anwendung der Verordnung dies erfordert. Hierdurch soll ein Wirksamkeitsverlust bei der Durchsetzung des DMA verhindert werden.<sup>41</sup> Eine solche frühzeitige Beteiligung der Kommission ist zu begrüßen und trägt zu einem effektiven Rechtsschutz bei.

Art. 39 Abs. 5 S. 1 DMA normiert die Bindungswirkung von Entscheidungen der Kommission und ermöglicht dadurch Follow-On-Klagen. Demnach ist es nationalen Gerichten nicht gestattet, Entscheidungen zu erlassen, die einem von der Kommission nach dem DMA erlassenen Beschluss zuwiderlaufen. Eine umgekehrte Bindungswirkung, bei der die Kommission an Urteile nationaler Gerichte gebunden wäre, besteht jedoch nicht. Im Schrifttum wird diskutiert, welche Beschlüsse im DMA von dieser Bindungswirkung umfasst sind.<sup>42</sup> Jedenfalls

---

<sup>40</sup> HK-DMA/Lahme/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 6 ff.

<sup>41</sup> Siehe ErwGr. 90, 93 DMA.

<sup>42</sup> Becker, ZEuP 2023, 403 (410 ff); Bueren/Zober, NZKart 2023, 642 (648 ff.).

zählt hierzu der Nichteinhaltungsbeschluss gem. Art. 29 DMA.<sup>43</sup> Der Wortlaut des Art. 39 Abs. 5 S. 2 DMA ist prima facie eindeutig, wenn es heißt „einem von der Kommission nach dieser Verordnung erlassenen Beschluss“. Der Unionsgesetzgeber hat sich offenbar nicht dazu entschlossen, lediglich den Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 DMA anzuführen, sodass auch weitere Beschlüsse vom Wortlaut umfasst sein könnten. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der 11. GWB-Novelle eine Bindungswirkung des Benennungsbeschlusses der Kommission als Gatekeeper (Art. 3 DMA) normiert. Ein Benennungsbeschluss der Kommission führt in einem Schadenersatzverfahren gegen einen Gatekeeper gem. § 33a GWB (in Verbindung mit § 33 Abs. 1 GWB) zu der Feststellung, dass dieser grundsätzlich an die Verpflichtungen gemäß Art. 5, 6 und 7 DMA gebunden ist.

Des Weiteren sind nationale Gerichte gem. Art. 39 Abs. 5 S. 2 DMA dazu aufgefordert, Entscheidungen „zu vermeiden“, die einer geplanten Entscheidung der Kommission widersprechen. Dies entspricht der Bestimmung des Art. 16 Abs. 1 S. 2 KartellverfahrensVO. Das Gericht wird dazu angehalten zu prüfen, „ob es notwendig ist, das vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen“. Art. 39 Abs. 5 DMA erweist sich als dienlich, sofern die Kommission bereits einen Beschluss (insbesondere einen Nichteinhaltungsbeschluss nach Art. 29 DMA) erlassen hat (Follow-On-Klagen). In anderen Fällen bietet Art. 39 Abs. 5 DMA kein Normierungskonzept für das Verhältnis zwischen Private und Public Enforcement. Der Unionsgesetzgeber hat mit Art. 39 DMA zwar versucht, Konflikte bei der Interaktion zwischen nationalen Gerichten und der Kommission zu vermeiden und die Fragmentierung zu verringern, jedoch soll im Folgenden anhand von Fallszenarien gezeigt werden, dass dies nicht für alle Szenarien gelingt.<sup>44</sup>

#### *b) Mögliche Fallszenarien im Lichte des Art. 39 DMA*

Neben dem oben skizzierten Fall einer möglichen Follow-On-Klage kann sich auch die Konstellation ergeben, dass die Kommission bereits ein laufendes Verfahren eingeleitet hat. Dabei wird die Aussetzung des Verfahrens zumeist geboten sein, um ein inkohärentes Vorgehen zu vermeiden, wie es Art. 39 Abs. 5 DMA und ErwGr. 92 nahelegen. In einstweiligen Rechtsschutzverfahren könnte diese Bestimmung allerdings durch die Prinzipien des effektiven Rechtsschutzes (Art. 47 GRCh) und der Effektivität (Art. 4 Abs. 3 EUV) überdeckt sein.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Becker, ZEUP 2023, 403 (412 ff.). Nach § 33b GWB hat der Benennungsbeschluss der Kommission als Gatekeeper gem. Art. 3 DMA in einem Verfahren auf Schadenersatz Bindungswirkung für ein Gericht.

<sup>44</sup> Zu diesen möglichen Szenarien bereits Achleitner, ZöR 2023, 287 (293 f.).

<sup>45</sup> HK-DMA/Lahme/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 26; zur Gewährleistung des effektiven Rechtsschutzes im Unionsrecht siehe EuGH v. 9.11.1995 – C-465/93, ECLI:EU:C:1995:369 (Atlanta) – Rn. 27 ff.; v. 21.2.1991 – C-143/88 und C-92/89, ECLI:EU:C:1991:65 (Zuckerfabrik Süderdithmarschen) – Rn. 16 ff.

Gibt es weder eine Kommissionsentscheidung noch ein laufendes Verfahren der Kommission, bleibt dem nationalen Gericht ein großer Spielraum. Die Kommission könnte in ein Verfahren lenkend eingreifen und in das nationale Verfahren gem. Art. 39 Abs. 3 DMA intervenieren, indem sie als *Amicus Curiae* vor dem nationalen Gericht auftritt, wenn dies für eine kohärente Anwendung des DMA angezeigt ist. Ob ein Gericht häufig von der Möglichkeit Gebrauch machen wird, die Kommission um eine rechtlich nicht bindende Stellungnahme zu bitten, ist fraglich, da das Gericht aus Gründen der Rechtssicherheit ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH vorziehen könnte.<sup>46</sup>

Eine weitere Möglichkeit, die jedoch einer taktischen Überlegung bedarf und nicht in allen Fällen als sinnvoll erachtet werden kann, wäre, dass der Gatekeeper gemäß Art. 8 DMA in einen sogenannten „regulatorischen Dialog“ mit der Kommission tritt. Der Gatekeeper könnte gem. Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 DMA beantragen, dass die Kommission ein Verfahren gem. Art. 8 Abs. 2 und 3 iVm Art. 20 DMA einleitet, um eine Klarstellung bezüglich der Pflichten des Gatekeepers zu erwirken. Es liegt allerdings im Ermessen der Kommission, ob sie ein solches Verfahren eröffnet (Art. 8 Abs. 3 UAbs. 1 S. 2 DMA). Die Kommission kann im Rahmen des Verfahrens gem. Art. 8 Abs. 2 DMA Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV erlassen,<sup>47</sup> in denen Maßnahmen festgelegt werden, die der betreffende Gatekeeper zu ergreifen hat, um den Verpflichtungen aus Art. 6 und 7 DMA wirksam nachzukommen. Ein solcher Durchführungsrechtsakt, der gemäß Art. 289 AEUV als ein Rechtsakt ohne Gesetzescharakter zu kategorisieren ist, ist für die Mitgliedstaaten rechtsverbindlich und kann unmittelbar Geltung beanspruchen sowie eine unmittelbare innerstaatliche Wirkung entfalten.<sup>48</sup> Die dargestellte Konstruktion eröffnet somit die Möglichkeit für Gatekeeper, einen für die nationalen Gerichte verbindlichen Rechtsakt zu erwirken.

In einem weiteren Szenario liegt bereits eine Entscheidung eines nationalen Gerichts im Zusammenhang mit dem DMA vor, die jedoch für die Kommission nicht bindend ist. Folglich steht es der Kommission frei, ein Verfahren in derselben Sache einzuleiten,<sup>49</sup> wodurch potenzielle Konflikte im Bereich von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung entstehen. Der DMA sieht für einen derart gelagerten Fall keine Regelung vor, sodass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, eine etwaige Regelung im Einklang mit ihrer Rechtsordnung zu finden. In diesem Kontext wird ersichtlich, dass die Möglichkeit des Private Enforcement im Rahmen des DMA zu einer Verzerrung oder gar Fragmentierung der Rechts-

---

<sup>46</sup> Mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht ist dies zumindest zu vermuten, zustimmend HK-DMA/Lahme/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 18.

<sup>47</sup> Dieser ist gem. dem in Art. 50 Abs. 2 DMA genannten Beratungsverfahren zu erlassen.

<sup>48</sup> Streinz/Gellermann, AEUV Art. 290 Rn. 16.

<sup>49</sup> So etwa auch der EuGH in Bezug auf Wettbewerbsrecht EuGH v. 14.12.2000 – C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689 (Masterfoods und HB) – Rn. 48.

durchsetzung führen kann, zumindest aber in einem solchen Fall für Unruhe sorgen dürfte.<sup>50</sup>

#### IV. Digital Services Act: Eckpfeiler eines Kooperationsverhältnisses zwischen der Kommission und nationalen Gerichten gemäß Art. 82 DSA

Der DSA enthält in Art. 82 Abs. 3 eine weitgehend identische Regelung wie Art. 39 Abs. 5 des DMA. Die diesbezüglichen Ausführungen zu den Bestimmungen des DMA können daher sinngemäß auf den DSA übertragen werden. Auch der DSA statuiert ein Verbot widersprüchlicher Entscheidungen zwischen der Kommission und nationalen Gerichten: Liegt bereits ein Beschluss der Kommission nach dem DSA vor, darf ein nationales Gericht kein dieser Entscheidung widersprechendes Urteil erlassen (Art. 82 Abs. 3 S. 1 DSA). Dieser Vorrang der Kommissionsentscheidung gilt allerdings zum einen ausschließlich für den konkret entschiedenen Sachverhalt. Zum anderen regelt Art. 82 Abs. 3 S. 1 DSA nur das Verhältnis von Beschlüssen der Kommission zu Gerichten, nicht aber zu mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden und weicht damit von der vergleichbaren Regelung in Art. 16 der KartellverfahrensVO ab. Umgekehrt entfaltet eine Entscheidung eines nationalen Gerichts, die zeitlich vor einem Beschluss der Kommission ergangen ist, keine Bindungswirkung für die Kommission. Darüber hinaus sollten nationale Gerichte vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einem Kommissionsbeschluss zuwiderlaufen könnten, wenn die Kommission ein Verfahren nach Art. 66 ff. DSA bereits eingeleitet hat. In solchen Fällen schlägt der DSA als verfahrensrechtliche Möglichkeit die Aussetzung des Verfahrens vor (Art. 82 Abs. 3 S. 3 DSA). Dem nationalen Gericht bleibt es jedoch unbenommen, ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV einzuleiten, um auf diese Weise dem Verbot widersprüchlicher Entscheidungen Rechnung zu tragen, ohne einem Beschluss der Kommission unbesehen Folge leisten zu müssen. Anders als der DMA enthält der DSA keine Bestimmung über die Beteiligung der Kommission während eines Gerichtsverfahrens oder die Möglichkeit für Gerichte, die Kommission um Informationen zu ersuchen. Der DSA enthält somit, ähnlich wie der DMA, eine wesentliche Regelung in Bezug auf Follow-On-Klagen. Im Falle von Stand-Alone-Klagen bietet der DSA jedoch noch weniger Regulierung als der DMA, sodass anzunehmen ist, dass die nationalen Gerichte regelmäßig den EuGH um eine Vorabentscheidung bemühen werden, um Rechtssicherheit zu erlangen.

---

<sup>50</sup> Komninos, SSRN 2024, <https://ssrn.com/abstract=4791499>, 1 (12).



## V. Conclusio und Ausblick

Obgleich die Regelungsbereiche der dargestellten Rechtsakte sowie deren Ziele signifikante Unterschiede aufweisen, lassen sich in ihren Governance-Strukturen durchaus Gemeinsamkeiten und Besonderheiten feststellen. Die Rechtsakte beinhalten erstens umfassende Regelungen zum Public Enforcement, zweitens eine Ergänzung der Behördenstruktur durch Gremien und drittens entweder keine oder lediglich marginale Regulierung von Private Enforcement.

Aufgrund der vorherigen Ausführungen lässt sich folgende These formulieren: Die effektive Durchsetzung der hier analysierten Rechtsakte im digitalen Binnenmarkt soll vorrangig durch Public Enforcement gewährleistet werden. Dies ergibt sich u.a. aus den umfangreichen Bestimmungen in den Rechtsakten zu Public Enforcement. Der Unionsgesetzgeber stärkt außerdem die Arbeit der Behörden durch die Einführung einer zusätzlichen Ebene, nämlich jene der Gremien, welche als integrale Bestandteile zur Effizienzsteigerung und zur umfassenden Governance in den relevanten Rechtsakten dienen. Gleichzeitig fördert diese Governance-Struktur Synergien zwischen privater und öffentlicher Durchsetzung. Durch die Etablierung starker behördlicher Strukturen wird der Bedarf an Private Enforcement möglicherweise sogar reduziert, jedenfalls kann es auch zu mehr Rechtssicherheit für private Akteure führen. Als Negativszenario wäre eine überbordende und ineffiziente Behördenstruktur mit Gremien zu befürchten. Es scheint jedenfalls das klare Ziel der EU zu sein, ein robustes System des Public Enforcement zu etablieren und die Kommission und/oder die nationalen Behörden als primäre Akteure der Rechtsdurchsetzung in den hier untersuchten Rechtsakten zu positionieren.

Auffallend ist, dass die Europäische Kommission im DMA, DSA und dem AI-Act eine Schlüsselrolle einnimmt. Darüber hinaus wird der Kommission in allen hier untersuchten Rechtsakten die Aufgabe übertragen, zum einen Leitlinien und zum anderen delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte zu erlassen. Während erstere lediglich unverbindliches *Soft Law* darstellen, können letztere durchaus maßgebliche Vorgaben setzen.<sup>51</sup> Dies macht die Kommission nicht nur zu einer wichtigen Akteurin im Rahmen des digitalen Binnenmarktes, sondern führt auch zu einer Veränderung und Stärkung ihrer Position im Institutionengefüge innerhalb der EU.<sup>52</sup> Der damit einhergehende Machtzuwachs der

---

<sup>51</sup> Kritisch zur delegierten Rechtsetzung durch die Kommission und dem Demokratieprinzip (u.a. in Bezug auf den DMA) *Achleitner*, in: Heger/Malkmus/Gourdet (Hrsg.), *Zur Zukunft der Demokratie in der Europäischen Union*, 2023, 101.

<sup>52</sup> *Buri*, *A Regulator Caught Between Conflicting Policy Objectives*, Verfassungsblog, 31.10.2022; *Krönke*, *EuR* 2023, 136 (156 ff.); *Achleitner*, in: Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivanovics (Hrsg.), *Digitalisierung und Recht – Jahrbuch 2023*, 107 (109 ff.); vgl. hierzu auch die Diskussion zur Rolle der Kommission innerhalb der Währungsunion *Cisotta*, *IAI Working Papers* 13/24, Istituto Affari Internazionali, Juli 2013, <https://www.jstor.org/stable/resrep09732> (zuletzt abgerufen am 5.6.2024).



Kommission stellt allerdings eine Herausforderung für die Rolle der Kommission als unabhängige Regulierungsbehörde in der Plattformökonomie und als Akteurin in der Gesetzgebung auf EU-Ebene dar, während sie überdies auch eine geopolitische Rolle trägt.<sup>53</sup> Darüber hinaus hat die Kommission bereits eine zentrale Stellung im Wettbewerbs- und Beihilfenrecht. Die Kommission, oftmals als Hüterin der Verträge bezeichnet,<sup>54</sup> ist zur Hüterin der Online-Plattformen mutiert und übernimmt dabei wesentliche Funktionen der Exekutive. Es bleibt fraglich, ob für die neuen Befugnisse der Kommission adäquate Kontrollmechanismen in den neuen Rechtsakten implementiert sind. Zwar unterliegen die Maßnahmen der Kommission der Überprüfung durch den Europäischen Gerichtshof, doch bleibt abzuwarten, in welchem Umfang Diensteanbieter (im Rahmen des DSA), Gatekeeper (im Rahmen des DMA) oder Unternehmen (im Rahmen des AI-Act) tatsächlich den Weg zum EuG beschreiten werden.<sup>55</sup> Unklar ist auch, wie die Kommission Synergien zwischen ihren Befugnissen nach dem DMA, dem DSA und dem AI-Act nutzen wird, insbesondere inwieweit Daten aus DMA-Verfahren für DSA-Verfahren und Verfahren nach dem AI-Act verwendet werden und vice versa. Eine Alternative zu dieser möglichen Machtkonzentration bei der Kommission, wie etwa eine „European Platform Authority“, wird derzeit nicht in Erwägung gezogen, könnte jedoch in der Zukunft denkbar sein.<sup>56</sup>

Abgesehen von Art. 39 DMA, Art. 82 DSA und Art. 77 f. DSGVO enthalten die untersuchten Rechtsakte keine Regelungen zum Zusammenspiel von Private und Public Enforcement. Das Private Enforcement ist gleichermaßen marginal verankert und soll scheinbar im Rahmen der erwähnten Rechtsakte als ergänzendes, jedoch nicht als primäres Instrument eingesetzt werden. Follow-On-Klagen sind offensichtlich erwünscht, während alle anderen Klagen geduldet zu werden scheinen. Damit bleibt den Mitgliedstaaten ein erheblicher Spielraum für die private Rechtsdurchsetzung und für das Zusammenwirken von Behörden und Gerichten. Dieser Zustand der Rechtsunsicherheit wird nun vom EuGH in einer Reihe von Urteilen im Wege von Vorabentscheidungsverfahren mühsam beseitigt werden müssen. Ein möglicher Ansatz wäre eine Änderung der Rechtsakte, um das Private Enforcement klarer zu verankern und das Zusammenspiel von Behörden und Gerichten stärker zu regeln. Auf diese Weise könnte eine harmonisierte und kohärente Rechtsdurchsetzung gewährleistet werden, die sowohl der Effizienz als auch der Rechtssicherheit im digitalen Binnenmarkt dient.

<sup>53</sup> Es sei an dieser Stelle auch an die „alte“ Diskussion der Unabhängigkeit der DG COMP erinnert, siehe hierzu *Ehlermann*, CML Rev. 32 (1995), 471; vgl. auch *Nugent/Rhinard*, Journal of European Integration 2019, 203; *Nugent/Rhinard*, Journal of Common Market Studies 2016, 1199.

<sup>54</sup> Groeben, von der/Schwarze/Schmidt/Schmitt von Sydow, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 17 Rn. 32 ff.; Calliess/Ruffert/Ruffert, 6. Aufl. 2022, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 17 Rn. 7 ff.

<sup>55</sup> In erster Linie durch eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV vor dem EuG, mit Rechtsmittel vor dem EuGH.

<sup>56</sup> *Montilde Streef*, CERRE Report, 2022, 50 f.

Die anhaltende Reformdebatte um die DSGVO, die seit langem die Problematik des doppelgleisigen Rechtsschutzes thematisiert, gibt wenig Anlass zur Erwartung einer zeitnahen Überarbeitung der besprochenen Rechtsakte.

Vor diesem Hintergrund erscheint es erforderlich, sich auch mit der grundlegenden – rechtspolitischen – Frage auseinanderzusetzen, warum das Private Enforcement in den Rechtsakten nur rudimentär verankert ist. Kurzum: Angesichts der evidenten Problematiken, die sich aus der marginalen Regelung des Private Enforcement ableiten, hätte es für den Unionsgesetzgeber evident sein müssen, dass sich hieraus Problematiken ergeben. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine differenzierte Betrachtung für jeden einzelnen Rechtsakt. Für den DMA seien an dieser Stelle in aller Kürze Überlegungen hierzu geäußert.<sup>57</sup> Als mögliche Ursache kann die Intention der EU vermutet werden, den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung möglichst viel Freiheit zu lassen und die Kommission als wichtigste Durchsetzungsbehörde zu etablieren. Zudem könnte der Unionsgesetzgeber davon ausgegangen sein, dass die Möglichkeit des Private Enforcement ohnehin bereits implizit vorhanden ist und daher eine explizite Regelung als entbehrlich angesehen haben. Die prima facie naheliegende Vermutung, dass das Fehlen einer Regelung des Private Enforcement im Verordnungsentwurf lediglich auf Vergessen zurückzuführen ist, erweist sich bei näherer Betrachtung als unzureichend. Auch wenn hierfür sprechen könnte, dass Art. 39 DMA erst auf Initiative des Europäischen Parlaments und einiger Mitgliedstaaten in den finalen Verordnungstext aufgenommen wurde.<sup>58</sup> Die Ansicht, dass Private Enforcement gänzlich ausgeschlossen wurde, kann mit Verweis auf die Bestimmungen des Art. 39 DMA sowie die Aussagen der Kommission widerlegt werden. Die hier vertretene These besagt, dass die EU, insbesondere die Kommission, bewusst und geplant keine explizite Bestimmung zum Private Enforcement in den Verordnungstext aufgenommen hat, jedoch nicht vollständig darauf verzichten möchte. Dies ist auf das für den DMA gewählte semizentralistische Modell der Rechtsdurchsetzung zurückzuführen. Die Implementierung eines solchen Modells der Rechtsdurchsetzung ist mit Herausforderungen verbunden, die u.a. aus einem Machtzuwachs der Kommission resultieren. Dennoch lassen sich auch gute Argumente für ein solches Modell finden. Dazu zählen insbesondere die Verhinderung einer Fragmentierung der Rechtsdurchsetzung sowie eine effiziente Rechtsdurchsetzung.<sup>59</sup> Ausgehend von diesen Überlegungen ist es daher auch keine Überraschung, dass der DMA das Private Enforcement nur rudimentär behandelt. Die Kommission spricht im Übrigen auf ihrer Website in den Q&A zum DMA durchaus von der Möglichkeit, Schadenersatz geltend machen zu können.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Achleitner, ZöR 2023, 287 (295 ff.).

<sup>58</sup> HK-DMA/Lahme/Ruster, 1. Aufl. 2023, DMA Art. 39 Rn. 1.

<sup>59</sup> Montilde Streef, CERRE Report, 2022, 45 ff.

<sup>60</sup> Vgl. COM, Questions and Answers: Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets, 6.9.2023, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda\\_20\\_2349](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2349).

Die Effektivität der Rechtsdurchsetzung beruht auf dem Zusammenspiel von Public und Private Enforcement. Es wäre daher verfehlt, im digitalen Binnenmarkt das Public Enforcement gegen das Private Enforcement auszuspielen oder beide Systeme gleichsam isoliert zu betrachten; vielmehr bedarf es einer kohärenten Verzahnung beider Regime. Die Vorteile dieser Kombination haben sich im Kartellrecht bewährt. Der Unionsgesetzgeber hat es jedoch versäumt, sich die Erkenntnisse aus dem Kartellrecht und der DSGVO zunutze zu machen und den Austausch zwischen den Systemen sowie den Zugang zu Informationen und Urteilen in den neuen Rechtsakten zu verankern. Mit der 11. GWB-Novelle hat der deutsche Gesetzgeber in Bezug auf den DMA den Anfang gemacht und verdeutlicht, dass es entschlossener Initiativen der Mitgliedstaaten bedarf, um eine effektive Durchsetzung der Rechtsakte zu gewährleisten.

# „Private Enforcement“ als Rechtsanwendungsmaßstab des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes?

*Frederik Jaeger und Bettina Rentsch*

## I. Einleitung

Private Enforcement als Regulierungsidee unterstellt ein öffentliches Interesse an der Rechtsdurchsetzung durch Private vor staatlichen Zivilgerichten.<sup>1</sup> Will man als Gesetzgebung Anreize für private Rechtsdurchsetzung setzen, bieten sich Mechanismen an, die die Rechtsverfolgung nicht nur abstrakt ermöglichen, sondern konkret erleichtern und möglicherweise attraktiv machen. Zu diesen Mechanismen zählen zivilverfahrensrechtliche Privilegierungen der Klägerseite, beispielsweise Beweiserleichterungen und ein abgesenktes oder gedecktes Kostenrisiko. Vor allem für die Verbraucherrechtsdurchsetzung gelten aber kollektive Rechtsschutzmechanismen als das Maß der Dinge. Könnte man so weit gehen, in der Existenz kollektiver Rechtsschutzmechanismen eine Funktionsbedingung für private Rechtsdurchsetzung zu erblicken? Diesen Konnex zu identifizieren und zu belegen, erscheint schier unmöglich und würde jedenfalls den Rahmen des nachfolgenden Beitrags sprengen. Er versucht sich daher an einer umgekehrten Engführung: Welche Rolle spielt das Regulierungsziel Private Enforcement für die Gestaltung, vor allem aber für die Anwendung kollektiver Rechtsschutzmechanismen?

Der Beitrag geht dieser Frage in drei Schritten nach. In einem ersten Schritt wird Private Enforcement als Maßstab der Rechtsetzung im Europäischen Unionsrecht entwickelt (unter II.). Besondere Bedeutung kommt dabei der Frage nach der rechtspolitischen Relevanz des Konzepts für die Verbandsklagerichtlinie zu (unter II. 2.). In einem zweiten Schritt spürt der Beitrag der Frage nach, ob das Konzept des Private Enforcement über seine offensichtliche rechtspolitische Dimension hinaus auch als Rechtsanwendungsmaßstab funktionsverbessernde Anpassungen im Regelungsumfeld der Verbandsklagerichtlinie tragen kann (unter III.). Der Beitrag konzentriert sich dabei mit dem grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutz auf einen neuralgischen Aspekt der Verbandsklagerichtlinie. Denn die Gesetzgebung hat von einer Randharmonisierung des vorhandenen zuständigkeits- und kollisionsrechtlichen Regelungsbestandes abgesehen. Diese Frage wird – so viel ist vorwegzunehmen – zu verneinen sein. In einem

---

<sup>1</sup> Roth, JZ 2016, 1134 (1134).

dritten Schritt fragt der Beitrag daher nach alternativen primärrechtlichen Rechtsanwendungsprinzipien, die eine Effektuierung des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes durch Rechtsfortbildung rechtfertigen könnten (unter IV.). Die Ergebnisse des Beitrags werden abschließend in Thesen zusammengefasst (unter V.).

## II. Status quo: Private Enforcement als unionaler Rechtsetzungsmaßstab bei der Einführung neuer kollektiver Rechtsschutzinstrumente in der EU

### 1. Das Konzept *Private Enforcement*

Das Konzept *Private Enforcement* wurde ursprünglich in den USA entwickelt<sup>2</sup> und ist Ausdruck des dortigen Gesellschaftsentwurfs: Die Aktivierung bzw. Förderung individueller Eigeninitiative zum Erhalt der – angeblich gemeinnützigen – Marktfunktionen schreibt das Ideal einer Wettbewerbsgesellschaft („competitive society“) fort, die von einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber der Leistungsfähigkeit der staatlichen Exekutive geprägt ist.<sup>3</sup> Dieses Misstrauen findet sich in den europäischen Gesellschaftsentwürfen nicht wieder<sup>4</sup> und erklärt, wieso das Konzept *Private Enforcement* in europäischen Prozesskulturen auf „strukturelle Gegenwehr“<sup>5</sup> trifft: Prozessuale Privilegien, die das US-amerikanische Recht dem privaten Kläger als Gegenleistung für die Durchsetzung öffentlicher Interessen einräumt,<sup>6</sup> sind in Prozessordnungen, die von einem „Desinteresse des Staates am Ausgang privater Rechtsstreitigkeiten“<sup>7</sup> ausgehen, grundsätzlich fremd und besonders rechtfertigungsbedürftig.

#### a) *Private Enforcement* und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes im Rechtsetzungsverfahren der EU

Vor dem skizzierten Hintergrund mag es überraschen, wieso die Europäische Union – im Wesentlichen die EU-Kommission – das Konzept *Private Enforcement* schon seit längerer Zeit rezipiert.<sup>8</sup> Grund ist das rechtspolitische Potenzial, welches das Konzept *Private Enforcement* auf dem Gebiet des (Europäischen) Zivilprozessrechts birgt: *Private Enforcement* vereinfacht den Erlass von Verfah-

<sup>2</sup> Hintergründe bei Carrington, German Law Journal 2004, 1413 ff.

<sup>3</sup> Bruns, NJW 2018, 2753 (2753 ff.); Roth, JZ 2016, 1134 (1135).

<sup>4</sup> Bruns, NJW 2018, 2753 (2753 ff.); Roth, JZ 2016, 1134 (1135).

<sup>5</sup> Hess, JZ 2011, 66 (67).

<sup>6</sup> Roth, JZ 2016, 1134 (1135) mit Beispielen.

<sup>7</sup> Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts, 1885, 3 ff.; dazu Roth, JZ 2016, 1134 (1135); Hess, JZ 2011, 66 (67); Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 2011, § 1 Rn. 7 Fn. 9.

<sup>8</sup> Überblick bei Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2021, Rn. 3.59 ff., 11.31 ff. und Roth, JZ 2016, 1134 (1135 ff.).

rensvorschriften im Unionsrecht, mit denen dessen dezentrale Durchsetzung – nicht nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten – proaktiv effektiert werden soll.

Der Unionsgesetzgeber kann zwar jederzeit Verfahrensvorschriften erlassen, wenn dies für den indirekten Vollzug von Unionsrecht erforderlich erscheint.<sup>9</sup> Diese Kompetenz ist auf dem Gebiet des Zivilverfahrensrechts aber grundsätzlich auf grenzüberschreitende Sachverhalte (Art. 81 AEUV) und Sachverhalte mit unmittelbarem Binnenmarktbezug (Art. 114 AEUV) beschränkt. Die EU hat keine Kompetenz zur Harmonisierung des allgemeinen Zivilverfahrensrechts.<sup>10</sup> Die Anwendung der nationalen Zivilverfahrensrechte ist für den Vollzug des Unionsrechts nicht nur notwendig, sondern im Grundsatz auch ausreichend (Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten).<sup>11</sup> Rechtsetzungsmaßnahmen, mit denen die mitgliedstaatlichen Zivilprozessrechte auch für innerstaatliche Sachverhalte angeglichen werden sollen, sind daher regelmäßig zwei Vorbehalten ausgesetzt: Zum einen wird befürchtet, dass unterschiedliche Zivilprozessrechte der Mitgliedstaaten letztlich *per se* als Binnenmarkthindernis betrachtet würden und somit eine unzulässige Kompetenzverschiebung auf dem Gebiet des allgemeinen (Zivil-)Prozessrechts stattfinden werde.<sup>12</sup> Zum anderen erhöht diese – aus kompetenzieller Sicht berechtigte – Sorge den rechtspolitischen Rechtfertigungsdruck zur Verabschiedung jeglicher Rechtsangleichungsmaßnahmen auf dem Gebiet des allgemeinen (Zivil-)Prozessrechts.<sup>13</sup> Ohnehin dürfen nationale Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).<sup>14</sup>

Vor diesem Hintergrund kann die Rezeption des Private Enforcement-Konzepts als rechtspolitisches Zugeständnis an die Mitgliedstaaten gewertet werden. Es verleiht dem Anliegen des Europäischen Gesetzgebers, die dezentrale Durchsetzung des Unionsrechts nicht nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten zu effektuieren, ein theoretisches Fundament, das jedenfalls in zwei entscheidenden Aspekten einen rechtspolitischen Mehrwert gegenüber einer (alleinigen) Rezep-

<sup>9</sup> EuGH v. 16.12.1976 – C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (Rewe) – Rn. 5; Bobek, in: Micklitz/de Witte (Hrsg.), The European Court of Justice and the Autonomy of EU Member States, 2012, 305 (320).

<sup>10</sup> Calliess/Ruffert/Rossi, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 81 Rn. 13; Uhlmann, GVRZ 2023, 7 Rn. 16 m.w.N.

<sup>11</sup> EuGH v. 16.12.1976 – C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (Rewe) – Rn. 5.

<sup>12</sup> Vgl. Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair/Khan, 7. Aufl. 2023, AEUV Art. 114 Rn. 13 f.

<sup>13</sup> Vgl. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje, 81. EL 2024, AEUV Art. 114 Rn. 24.

<sup>14</sup> EuGH v. 13.3.2007 – C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (Unibet) – Rn. 43.

tion des Effektivitätsgrundsatzes im Rechtsetzungsverfahren<sup>15</sup> bietet: Im Gegensatz zum Effektivitätsgrundsatz, dessen Inhalt sich aufgrund seiner indirekten Wirkungsweise nur schwer bestimmen lässt,<sup>16</sup> liefert das Private Enforcement-Konzept einen konkreten Maßstab zur Effektivität nationaler Verfahrensrechte. Folgt man der US-amerikanischen Logik, setzt die effektive Durchsetzung des Unionsrechts nämlich eine Privilegierung des Klägers voraus („prozessuale Wohltaten“<sup>17</sup>). Ebendiese – umfassenden – Klägerprivilegien sind den mitgliedstaatlichen Prozessrechten traditionell fremd (s.o.), sodass sich ein Harmonisierungsbedarf nationaler Rechtsnormen in diesen Fällen aufdrängt. Aus Sicht der Kompetenzordnung der EU bedeutet dies, dass die Einhaltung und Begründung des Subsidiaritätsvorbehalts bei Bemühung der Binnenmarktkompetenz (Art. 114 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV, Art. 5 Abs. 3 EUV) nochmals<sup>18</sup> einfacher gerät, wenn die Einführung (besonders) klägerfreundlicher Prozessinstrumente in Frage steht.

Die Rezeption des Private Enforcement-Konzepts könnte allerdings nicht nur eine rechtspolitische, sondern auch eine unmittelbar kompetenzbegründende Funktion erfüllen. Dies wäre der Fall, wenn man dem Private Enforcement-Konzept eine Legitimation antizipierter Rechtsetzungskompetenzen und ihrer Begründungen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts zuspräche. Private Enforcement könnte möglicherweise das Vorgehen legitimieren, in dem Harmonisierungsbedarf materiellen Privatrechts zugleich den Harmonisierungsbedarf der mitgliedstaatlichen Verfahrensrechte begründet zu sehen, um eine wirksame Durchsetzung des zu harmonisierenden materiellen Rechts sicherstellen zu können. Die einmal dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen zur Harmonisierung des materiellen Privatrechts (etwa von Art. 114 AEUV) würden zur entsprechenden Prozessrechtsangleichung ausreichen.<sup>19</sup> Gewissermaßen ist dieses Vorgehen bereits Rechtspraxis: Regelmäßig werden in Sekundärrechtsakten prozessuale Fragen als Annex zu materiellrechtlichen Rechtsangleichungen geregelt.<sup>20</sup> Für *gezielte* Rechtsangleichungsmaßnahmen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts, insbesondere im Kontext des Private Enforcement, scheint der Unionsgesetzgeber das Prozessrecht – aus kompetenzieller Sicht – jedoch nicht als bloßen Annex zum Sachrecht zu verstehen. Die zu harmonisierenden prozessualen Regelungen

<sup>15</sup> Zu diesen Unterschieden vgl. *Hess*, in: Casper et al. (Hrsg.), *Auf dem Weg zur Europäischen Sammelklage?*, 2009, 135 (137 ff.).

<sup>16</sup> *Uhlmann*, GVRZ 2023, 7 Rn. 11 ff.

<sup>17</sup> *Roth*, JZ 2016, 1134 (1135).

<sup>18</sup> Die Anforderung an die Erfüllung des Subsidiaritätsvorbehalts bei Ausübung der Binnenmarktkompetenz werden allgemein als nicht hoch angesehen, vgl. dazu *Streinz/Schröder*, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 114 Rn. 67.

<sup>19</sup> Beispielhaft für die Verbandsklagenrichtlinie und im Ergebnis ablehnend, *Dangl*, EuZW 2020, 798 (799).

<sup>20</sup> Übersicht bei *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2021, Rn. 11.28 ff.

der Mitgliedstaaten werden unmittelbar in Bezug zu den Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Rechtsetzungskompetenz gestellt.<sup>21</sup>

In der bisherigen Rezeption des Unionsgesetzgebers stellt Private Enforcement damit zuvörderst ein rechtspolitisches Prinzip dar. Entsprechende Rechtsangleichungsmaßnahmen bzw. Vorstöße der EU-Kommission betrafen bislang den Schutz des geistigen Eigentums, das Kartell-, Datenschutz- und Verbraucherrecht.<sup>22</sup> Das sektorielle Vorgehen erklärt sich aus der fehlenden Unionskompetenz zur Harmonisierung des allgemeinen Zivilprozessrechts.

#### *b) Private Enforcement und kollektiver (Verbraucher-) Rechtsschutz in der EU*

Das Potenzial des skizzierten Private Enforcement-Konzepts zeigt sich besonders deutlich im Ausbau kollektiver Rechtsbehelfe in der EU. Spezielle Verfahren zur Geltendmachung bzw. Bündelung einer Vielzahl von Ansprüchen stellen ein – je nach Art der Ausgestaltung besonders – klägerfreundliches Prozessinstrument dar, das die nationalen Verfahrensrechte wegen des kontinentaleuropäisch vorherrschenden Prozesszweckverständnisses (s.o.) – wenn überhaupt – in abgeschwächter und unterschiedlicher Form kennen.<sup>23</sup>

Die rechtspolitischen Vorbehalte gegenüber dem Ausbau kollektiver Rechtsbehelfe in der EU ließen sich – untermauert durch EU-weite Massenschadenserignisse wie den Dieselskandal<sup>24</sup> – durch die Entwicklung des Private Enforcement-Konzepts als europäische Rechtsetzungsstrategie entkräften, da die Einführung oder Harmonisierung *innovativer* Rechtsbehelfe mit dem Bedürfnis der *effektiven* Durchsetzung des Unionsrechts verknüpft wird.<sup>25</sup> Nach 20 Jahren „Kampf“<sup>26</sup> setzte der Unionsgesetzgeber mit der VerbandsklagenRL nach „VerbandsklagenRL“ – „(EU) 2020/1828“ – einfügen einen prozessualen Referenzrahmen für innerstaatliche und grenzüberschreitende Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern in der EU durch. Die gewählte Rechtsgrundlage ist die Binnenmarktkompetenz aus Art. 114 AEUV i.V.m. Art. 169 AEUV.<sup>27</sup>

<sup>21</sup> Deutlich wird das etwa in der Begründung der RL 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums („Enforcement-Richtlinie“), KOM(2003), 46 endgültig, 17 f. Die Enforcement-Richtlinie nimmt in der Rezeption des Private Enforcement-Konzepts durch die EU-Kommission eine Vorreiterrolle ein, Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2021, Rn. 11.50.

<sup>22</sup> Übersicht bei Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2021, Rn. 3.63.

<sup>23</sup> Übersicht bei Europäische Kommission (Hrsg.), *Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments*, 2023, 236 f.

<sup>24</sup> Kern/Uhlmann, *ZEuP* 2022, 849 (851).

<sup>25</sup> Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2021, Rn. 11.14.

<sup>26</sup> Rentsch, *EuZW* 2021, 524 (525).

<sup>27</sup> COM(2018) 184 final, 7; ablehnend Dangel, *EuZW* 2020, 798 (798 ff.).



## 2. Aktuell: Private Enforcement in der Verbandsklagen-Richtlinie zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher

Die VerbandsklagenRL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, eine Verbandsabhilfeklage einzuführen. Die Mitgliedstaaten müssen qualifizierten Einrichtungen<sup>28</sup> ermöglichen, zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher auf Abhilfe in Form von u.a. Schadensersatz klagen zu dürfen (Art. 7 Abs. 4 lit. b, Art. 9 VerbandsklagenRL). Zugleich bezweckt die Verbandsabhilfeklage eine unmittelbare Befriedigung der vertretenen Verbraucher aus der Abhilfeentscheidung: Die Verbandsabhilfeklage setzt zum einen das Bestehen individueller Abhilfeansprüche der Verbraucher voraus (Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL). Zum anderen muss den vertretenen Verbrauchern die in der Abhilfeentscheidung vorgesehene Abhilfe ohne zusätzliche Individualklage zugutekommen (Art. 9 Abs. 6 VerbandsklagenRL). Die Verbandsabhilfeklage ist ein Symptom für die allgemeine Unschärfe in der Trennung kollektiver, also öffentlicher, und individueller Interessen auf dem Gebiet des Verbraucherrechts:<sup>29</sup> Das speziell durchzusetzende unionsrechtliche Interesse an der Einhaltung unionsrechtlicher Verbraucherschutzvorschriften (Normbewährung) geht praktisch – nicht theoretisch – in der Verwirklichung subjektiver Privatrechte auf.

Für die Verortung der Verbandsabhilfeklage im Private Enforcement-Konzept ist die fehlende Trennschärfe unproblematisch. Im Gegenteil erlaubt sie eine klare Zuordnung zu den US-amerikanischen Ursprüngen des Private Enforcement-Konzepts: Im Gegensatz zur mandatsunabhängigen Verbandsunterlassungsklage (Art. 8 Abs. 2 VerbandsklagenRL) enthält die Verbandsabhilfeklage die für Private Enforcement typischen Klägeranreize, sprich die vereinfachte Möglichkeit individueller Verbraucher zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen,<sup>30</sup> die dem Kläger als Gegenleistung zur Durchsetzung öffentlicher Interessen eingeräumt werden. Die Besonderheit der Verbandsabhilfeklage liegt aus Sicht des Private Enforcement-Konzepts lediglich darin, dass die verbraucherseitige Gewährung eines „Kläger“-anreizes zugleich mit dem „Verlust“ der formalen Klägerstellung verbunden ist (Art. 3 Nr. 5, Art. 7 Abs. 6 VerbandsklagenRL).<sup>31</sup>

<sup>28</sup> Organisationen oder öffentliche Stellen, welche die Verbraucherinteressen vertreten und die von einem Mitgliedstaat als für die Erhebung von Verbandsklagen qualifiziert benannt wurden (Art. 3 Nr. 4 VerbandsklagenRL).

<sup>29</sup> Vgl. Roth, JZ 2016, 1134 (1137); vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die Formulierung der EU-Kommission im Vorschlag zur VerbandsklagenRL, dass „spezifische Maßnahmen in Zusammenhang mit individuellem und kollektivem Verbraucherrechtsschutz eingeführt“ würden, COM(2018), 184 final, 5.

<sup>30</sup> Vgl. Roth, JZ 2016, 1134 (1136); ErwGr. 33 VerbandsklagenRL: „Unterlassungsentscheidungen zielen darauf ab, die Kollektivinteressen der Verbraucher unabhängig von tatsächlichen Verlusten oder Schäden, die einzelne Verbraucher erlitten haben, zu schützen.“ Der Nutzen für die „betroffenen“ Verbraucher soll darin liegen, dass die unerlaubte Praktik des Unternehmers verboten oder unterbunden wird, ErwGr. 37 VerbandsklagenRL.

<sup>31</sup> Deutlicher: ErwGr. 36 VerbandsklagenRL.

Auch aus diesem Grund drückt sich in den Vorschriften der VerbandsklagenRL begrifflich weniger die verfahrensrechtliche Privilegierung des individuellen Verbrauchers, sondern vielmehr das öffentliche Interesse an der Einhaltung unionsrechtlicher Verbraucherschutzvorschriften aus, welches ebene Privilegierungen rechtfertigt. Gemeint ist das „Kollektivinteresse der Verbraucher“ (Art. 3 Nr. 3 VerbandsklagenRL), das als öffentliches Interesse<sup>32</sup> und nicht lediglich als Kumulation von Individualinteressen<sup>33</sup> den Geltungsanspruch solcher Normen ausdrückt, die speziell dem Verbraucherschutz dienen. Nur sofern Verstöße des Unternehmers gegen die im Anhang der VerbandsklagenRL genannten Vorschriften des Unionsrechts, einschließlich ihrer Umsetzung in nationales Recht, die Kollektivinteressen beeinträchtigen oder beeinträchtigen zu drohen, ist der Anwendungsbereich der VerbandsklagenRL eröffnet (Art. 2 Abs. 1 VerbandsklagenRL).

### III. Private Enforcement als Rechtsanwendungsmaßstab?

Es lässt sich nach den vorstehenden Überlegungen festhalten, dass Private Enforcement – wohl unbestritten – ein Rechtsetzungsmaßstab bei der Einführung neuer kollektiver Rechtsschutzinstrumente in der EU ist. Das gilt nicht nur für den Unionsgesetzgeber, sondern auch für die Mitgliedstaaten, da ihnen die Umsetzung der VerbandsklagenRL obliegt. Die Implementierung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Verbandsunterlassungs- und Verbandsabhilfeklage in individualrechtsschutzbezogene Prozessrechte stellt dem Umsetzungsgesetzgeber eine grundlegende Ordnungsaufgabe,<sup>34</sup> die durch großzügig eingeräumte Umsetzungsspielräume<sup>35</sup> und der Möglichkeit zur überschießenden Richtlinien-Umsetzung<sup>36</sup> an Komplexität gewinnt. Wenig überraschend kursierten in Teilen sehr unterschiedliche Vorschläge zur Umsetzung der VerbandsklagenRL in Deutschland.<sup>37</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat sich keiner dieser Umsetzungsvorschläge

<sup>32</sup> ErwGr. 70 VerbandsklagenRL.

<sup>33</sup> *Ruscheimer*, MMR 2021, 942 (944). Vor diesem Hintergrund ist die Formulierung in Art. 3 Nr. 3 2. Hs. VerbandsklagenRL „Interessen einer Gruppe von Verbrauchern“ missverständlich.

<sup>34</sup> Vgl. *Hess*, JZ 2011, 66 (71 ff.).

<sup>35</sup> Überblick bei *Wooopen*, JZ 2021, 601 (604).

<sup>36</sup> Vgl. ErwGr. 11 VerbandsklagenRL.

<sup>37</sup> *Gsell/Meller-Hannich*, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie, 2021, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04\\_vzbv\\_verbandsklagen-rl\\_gutachten\\_gsell\\_meller-hannich.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2021/02/03/21-02-04_vzbv_verbandsklagen-rl_gutachten_gsell_meller-hannich.pdf) (alle Internetquellen wurden zuletzt am 11.7.2024 abgerufen); *Gsell/Meller-Hannich*, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie, 2022, [https://www.vzbv.de/sites/default/files/2022-02/22-02-23\\_vzbv\\_EU-Verbandsklage\\_Follegutachten\\_final.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/2022-02/22-02-23_vzbv_EU-Verbandsklage_Follegutachten_final.pdf); *Bruns*, Die Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022; zu den Vorschlägen *Stadler*, ZZP 136 (2023), 129 ff.

vollständig angeschlossen.<sup>38</sup> Vielmehr koppelte er die Vorschriften zur Musterfeststellungsklage aus der ZPO zusammen mit den neuen Vorschriften zur Verbandsabhilfeklage im VDuG<sup>39</sup> aus. Die Vorschriften des UKlaG zur Verbandsunterlassungsklage wurden nicht in die neue gesetzliche Regelung des VDuG integriert.<sup>40</sup>

## 1. Neuer alter Streit um die dogmatische Einordnung der Verbandsklage

### a) Deutsche Prozess- und Privatrechtsdogmatik

Bereits jetzt zeichnet sich ab, dass die Vorschriften des VDuG – insbesondere zur Verbandsabhilfeklage – einen Streit um die dogmatische Einordnung der Verbandsklage wiederaufleben lassen, der sich mit der Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG im deutschen Diskurs im Wesentlichen erledigt hatte: Mit der Umsetzung der Unterlassungsklagen-Richtlinie entschied sich der deutsche Gesetzgeber für eine materiell-rechtliche Konzeption der mandatslosen Verbandsunterlassungsklage und sprach den Verbänden einen (eigenen) Unterlassungsanspruch zu.<sup>41</sup> Hintergrund der Diskussion waren nicht weniger als die Grundlagen der deutschen Privat- und Prozessrechtsdogmatik. Die traditionelle Unterscheidung und Abhängigkeit von subjektivem Recht („Stammrecht“), materiell-rechtlichem Anspruch („Mittler“) und Klagemöglichkeit stehen einer rein prozessualen Deutung der Verbandsklagebefugnis nach französischem Vorbild<sup>42</sup> („isolierte“ Prozessführungsbefugnis oder besonderes Rechtsschutzbedürfnis) entgegen.<sup>43</sup> Die Anspruchskonstruktion führt dagegen zu Folgefragen, die bis heute nicht beantwortet sind und sich nunmehr auch für die Verbandsabhilfeklage stellen.<sup>44</sup> Sofern dem Verband ein materiell-rechtlicher *eigener* Anspruch eingeräumt wird,<sup>45</sup> stellt sich die Frage, auf welchem individuell zugeordneten Stammrecht des Verbandes der Unterlassungs- oder Abhilfensanspruch beruhen soll (etwa das

<sup>38</sup> Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, VDUG § 1 Rn. 4.

<sup>39</sup> Gesetz zur gebündelten Durchsetzung von Verbraucherrechten (BGBl. 2023 I Nr. 272).

<sup>40</sup> Kritisch Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, VDUG § 1 Rn. 1.

<sup>41</sup> Stadler, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2021, Rn. 14 m.V.a. auf BT-Drs. 14/2658, 52; zum Ganzen *dies.* Rn. 13 ff. sowie zum Streit auch Kohler, Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz im Binnenmarkt, 2008, 37 ff.

<sup>42</sup> Stadler, VuR 2010, 83 (85).

<sup>43</sup> Stadler, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2021, Rn. 14.

<sup>44</sup> Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, Vorbemerkungen zum VDuG, Rn. 23 ff.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Scherer, 42. Aufl. 2024, VDUG § 13 Rn. 3 ff.; Gsell/Meller-Hannich, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie, 2021, 24 ff., 41, 51; Bruns, Die Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, 27.

<sup>45</sup> Bruns, Die Umsetzung der EU-Verbandsklagerichtlinie in deutsches Recht, 2022, 20, 27; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Scherer, 42. Aufl. 2024, VDUG § 13 Rn. 3 ff. mit Verweis darauf, dass der teilnehmende Verbraucher bei Klageerhebung nicht konkret feststehen müsse.

Recht, die Einhaltung verbraucherschützender Normen zu überwachen als atypisches subjektives Privatrecht?).<sup>46</sup>

Nimmt man dagegen an, dass der Verband zwar einen materiell-rechtlichen, allerdings *fremden* Anspruch im Wege der Prozessstandschaft geltend macht,<sup>47</sup> offenbaren sich die konzeptionellen Unterschiede von Verbandsunterlassungs- und Verbandsabhilfeklage. Da bei der mandatslosen Verbandsunterlassungsklage gerade keine individuellen Verbraucher konkret betroffen sein müssen (Art. 8 Abs. 3 VerbandsklagenRL), bliebe im Ergebnis nur der Weg, das Kollektivinteresse, Allgemeininteresse oder einen (anderen) staatlichen Anspruch als konkreten zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch zu konzipieren.<sup>48</sup>

Die Begründung einer verbandsförmigen Geltendmachung fremder Ansprüche gerät im Rahmen der Verbandsabhilfeklage dagegen einfacher: Die Verbandsabhilfeklage setzt das Bestehen individueller Verbraucheransprüche voraus (Art. 9 Abs. 1 VerbandsklagenRL), die sich unproblematisch subjektiven Rechten zuordnen lassen. Eine Schwierigkeit stellt sich möglicherweise auch hier, wenn der Verband auf die Zahlung eines kollektiven Gesamtbetrags klagt (vgl. § 14 S. 2 VDuG). In diesem Fall ist der Anspruch des einzelnen Verbrauchers auf Zahlung des ihm individuell zustehenden Betrags nicht Gegenstand des Klageantrags.<sup>49</sup>

#### *b) Internationalzivilverfahrensrechtlicher und -privatrechtlicher Diskurs*

Die Diskussion um die dogmatische Einordnung der Verbandsklage hat auch eine internationale Dimension: In grenzüberschreitenden Sachverhalten stellt sich die Frage nach der zuständigkeitsrechtlichen und kollisionsrechtlichen Qualifikation der Verbandsklage. Die VerbandsklagenRL enthält sich hierzu ebenso wie ihre Vorgänger-Richtlinie:<sup>50</sup> Die grenzüberschreitende Koordinierung von Verbandsklagen soll sich weiterhin (nur) nach den Unionsvorschriften im Bereich des Internationalen Privatrechts, insbesondere der Brüssel Ia-VO und den Rom I- und II-VO, richten (Art. 2 Abs. 3 VerbandsklagenRL).

<sup>46</sup> Stadler, VuR 2010, 83 (85); nach Köhler/Bornkamm/Feddersen/Scherer, 42. Aufl. 2024, VDUG § 13 Rn. 7 soll es sich um ein „eigenes kollektives Recht“ handeln.

<sup>47</sup> Jedenfalls für die Verbandsabhilfeklage und Musterfeststellungsklage: Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, Vorbemerkungen zum VDuG Rn. 23 ff., Gsell/Meller-Hannich, Die Umsetzung der neuen EU-Verbandsklagerichtlinie, 2021, 24 ff., 41, 51: „verhaltene Prozessstandschaft“, s. auch die Ausführungen des Umsetzungsgesetzgebers in BT-Drs. 20/6520, 76: „Da die klageberechtigte Stelle bei Abhilfe- und Musterfeststellungsklagen nach diesem Gesetz zugunsten der Verbraucherinnen und Verbraucher klagt, also keine eigenen Ansprüche verfolgt, ist zudem ein Verzicht nach § 306 ZPO ausgeschlossen“.

<sup>48</sup> Stadler, VuR 2010, 83 (85 m.w.N.).

<sup>49</sup> Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, Vorbemerkungen zum VDuG Rn. 23, allerdings sei das nur eine „verfahrensrechtliche Besonderheit“, die nichts an der Prozessstandschaft ändere, a.A. Köhler/Bornkamm/Feddersen/Scherer, 42. Aufl. 2024, VDUG § 13 Rn. 3 ff.

<sup>50</sup> Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2009/22/EG.

*aa) Verbandsunterlassungsklage*

Für die Verbandsunterlassungsklage entschied der EuGH noch zum Brüsseler Übereinkommen, dass sich der Verband nicht nur auf den Beklagtengerichtsstand (heute: Art. 4 Brüssel Ia-VO), sondern auch auf den Deliktgerichtsstand (heute: Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO) berufen könne.<sup>51</sup> Der grundsätzlich speziellere Verbrauchergerichtsstand (heute: Art. 18 Brüssel Ia-VO) sei nicht eröffnet, da der Verband wie eine juristische Person, die als Zessionarin der Rechte eines Verbrauchers auftrete, kein Verbraucher i.S.d. Brüsseler Übereinkommens sei.<sup>52</sup> Auch der Vertragsgerichtsstand (heute: Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO) sei nicht eröffnet, da zwischen Verband und Beklagtem keine vertragliche Beziehung bestehe.<sup>53</sup> Der Verband sei jedenfalls nicht Vertragspartei und werde auf Grundlage eines gesetzlich verliehenen Rechts tätig.<sup>54</sup> Dieses Recht diene dazu, Angriffe auf die Rechtsordnung u.a. durch die Verwendung missbräuchlicher Vertragsklauseln zu verhindern.<sup>55</sup> Vor diesem Hintergrund sei die Verbandsunterlassungsklage auf eine Haftung des Beklagten wegen einer unerlaubten Handlung oder einer solchen ähnlichen Handlung gerichtet.<sup>56</sup>

*bb) Verbandsabhilfeklage*

Die zuständigkeitsrechtliche Einordnung der Verbandsabhilfeklage ist dagegen noch ungeklärt. Im Wesentlichen stellt sich die Frage, ob die Verbandsabhilfeklage zuständigkeitsrechtlich der Verbandsunterlassungsklage gleichgestellt wird<sup>57</sup> oder nicht<sup>58</sup>. Geht man davon aus, dass der Verband auch bei der Verbandsabhilfeklage einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch geltend macht, ist die Verbandsabhilfeklage unabhängig von der ggf. vertraglichen Natur individueller Verbraucheransprüche stets als deliktisch zu qualifizieren (Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO). Geht man dagegen von einer prozessstandschaftlichen Durchsetzung individueller Verbraucheransprüche aus, bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach der Rechtsnatur dieser Ansprüche. Ob dies auch bedeutet, dass sich der Verband auf den Verbrauchergerichtsstand (Art. 18 Brüssel Ia-VO) be-

<sup>51</sup> EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel).

<sup>52</sup> EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel) – Rn. 33.

<sup>53</sup> EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel) – Rn. 38.

<sup>54</sup> EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel) – Rn. 39.

<sup>55</sup> EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel) – Rn. 42.

<sup>56</sup> EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel) – Rn. 41.

<sup>57</sup> Domej, in: FS für Haimo Schack, 2022, 567 ff.; Leupold, Private international law and cross-border collective redress, 2022, 25 ff.

<sup>58</sup> Thönissen, EuZW 2023, 637 (639 f.); Rentsch, RabelsZ 85 (2021), 544 (559).

rufen kann, ist umstritten.<sup>59</sup> Jedenfalls der Vertragsgerichtsstand (Art. 7 Nr. 1 Brüssel Ia-VO) kann nach diesem Verständnis eröffnet sein.<sup>60</sup>

Die jeweilige nationale Umsetzung der VerbandsklagenRL dürfte darüber hinaus keinen Einfluss auf die zuständigkeitsrechtliche Einordnung der Verbandsabhilfeklage haben: Zwar wäre eine im nationalen Recht *explizit* vorgenommene Einordnung als Klage aus eigenem oder fremdem Recht – im Gegensatz zur Ausgestaltung als Zessionsklage (vgl. Art. 9 Abs. 2 VerbandsklagenRL) – wohl richtlinienkonform. Dass der EuGH der Anwendung der Zuständigkeitsvorschriften der Brüssel Ia-VO auf die Verbandsabhilfeklage eine entsprechende Differenzierung zugrunde legen würde, ist aber unwahrscheinlich. Das entspricht den Erfahrungen mit der Verbandsunterlassungsklage, für deren zuständigkeitsrechtliche Einordnung nicht nach nationalen Umsetzungsarten unterschieden wird.<sup>61</sup> Eine solche einheitliche Lösung liegt auch für alle Verbandsabhilfeklagen in Umsetzung der VerbandsklagenRL nahe.<sup>62</sup>

## 2. (Lösungs-)Potenziale aus dem Private Enforcement-Konzept am Beispiel grenzüberschreitender Verbandsabhilfeklagen

Die skizzierte Diskussion um die dogmatische Einordnung der Verbandsabhilfeklage bzw. ihrer internationalzivilverfahrens- und -privatrechtlichen Qualifikation offenbart ein Lösungspotenzial, das sich unmittelbar aus dem Private Enforcement-Konzept ergibt und sich in das allgemeine Regelungskonzept der EU einfügt, den „Zugang zum Recht“<sup>63</sup> zu verbessern.

### a) Grundsätzliche Ausrichtung an Individualinteressen

Wie bereits aufgezeigt enthält die Verbandsabhilfeklage – im Gegensatz zur Verbandsunterlassungsklage – ein klares Bekenntnis zum klassischen Verständnis von Private Enforcement: Die Verwirklichung subjektiver Privatrechte wird durch die Einführung eines kollektiven Rechtsschutzzinstruments ermöglicht bzw. vereinfacht. Dies ist eine Gegenleistung dafür, dass der in seinen Individualinteressen Verletzte – insbesondere auch in Fällen rationalen Desinteresses – zu einer effektiveren Durchsetzung öffentlicher Interessen – hier dem Interesse an

<sup>59</sup> Dafür *Rentsch*, *RabelsZ* 85 (2021), 544 (557, 559).

<sup>60</sup> *Europäische Kommission* (Hrsg.), Study to support the preparation of a report on the application of Regulation (EU) No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments, 2023, 231.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 (Henkel) – Rn. 34 ff.; vgl. *Stadler*, in: *Leible/Terhechte* (Hrsg.), *Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht*, 2021, Rn. 28 ff.

<sup>62</sup> Vgl. *Leupold*, *Private international law and cross-border collective redress*, 2022, 23 ff.

<sup>63</sup> Primärrechtlich insbesondere verankert in der Kompetenzordnung (Art. 67 Abs. 4, 81 Abs. 2 lit. f AEUV) und den Unionsgrundrechten (Art. 47 GRCh), die VerbandsklagenRL nimmt hierauf explizit Bezug: Art. 1 Abs. 2 VerbandsklagenRL, ErwGr. 10 VerbandsklagenRL.

der Einhaltung verbraucherschützender Vorschriften des Unionsrechts – beiträgt. Vor diesem Hintergrund legt der Private Enforcement-Hintergrund der Verbandsabhilfeklage offen, dass im öffentlichen Interesse nur die Individualrechtsdurchsetzung als solche *unmittelbar* instrumentalisiert wird. Die Verbandsabhilfeklage stellt sich damit dar als Mittel zur Individualrechtsdurchsetzung im Gewand *kollektiver prozessualer Instrumente*.<sup>64</sup>

Dieser grundsätzlich unveränderten Ausrichtung am Individualrechtsschutz steht auch nicht das Fehlen einer formellen Parteirolle des Verbrauchers in der Verbandsabhilfeklage entgegen. Diese ist vielmehr der (praktischen) Erwägung geschuldet, dass eine Vielzahl von Prozessbeteiligten der individuellen Rechtsdurchsetzung einen Bärenienst erweisen kann<sup>65</sup> und hat auch einen rechtspolitischen Hintergrund: Für den europäischen Gesetzgeber bot es sich an, die aus der Unterlassungsklagerichtlinie bereits bekannte Verbandsklagebefugnis zur Einführung einer kollektiven Leistungsklage fortzuschreiben.<sup>66</sup>

*b) Recht auf individuelle Zuständigkeitsanknüpfung und (potenzielle) Fremdrechtsanwendung*

Der Private Enforcement-Hintergrund der Verbandsabhilfeklage rechtfertigt nicht nur ihre Einordnung als kollektives *Individualrechtsschutzinstrument*, sondern damit verbunden auch die grundsätzlich unveränderte Anwendung individualrechtsschutzbezogener Verfahrens- und Kollisionsnormen entlang der Individualinteressen der Verbraucher. Aus Sicht des Private Enforcement ist daher die *prozessstandschaftliche* Einordnung der Verbandsabhilfeklage überzeugend. Nur sie bringt zum Ausdruck, dass trotz bzw. gerade aufgrund der Funktionalisierung der Rechtsverfolgung mittels eines kollektiven Rechtsschutzinstruments die Verwirklichung subjektiver Privatrechte (weiterhin) im Vordergrund steht.

In den Kategorien des Europäischen Zivilverfahrensrechts bedeutet das die „akzessorische“ Qualifikation der Verbandsabhilfeklage entlang der Zuständigkeitsanknüpfung geltend gemachter Verbraucheransprüche; für das Internationale Privatrecht die grundsätzlich unveränderte kollisionsrechtliche Anknüpfung an das Individualrechtsverhältnis bzw. den individuellen Verbraucheranspruch. Nach diesem Verständnis muss sowohl die internationale Zuständigkeit als auch das anwendbare Recht grundsätzlich für jeden geltend gemachten Verbraucheranspruch individuell bestimmt werden.<sup>67</sup>

<sup>64</sup> Zu dieser Differenzierung vgl. Kowollik, Europäische Kollektivklage: Referenzrahmen für ein leistungsfähiges europäisches Justizsystem, 2018, 51 ff.

<sup>65</sup> Vgl. ErwGr. 36 VerbandsklagenRL.

<sup>66</sup> Vgl. Stadler, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2021, Rn. 56; vgl. Woopen, JZ 2021, 601 (602).

<sup>67</sup> Thönissen, EuZW 2023, 637 (639); Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, Vorbemerkungen zum VDuG, Rn. 34; Thönissen, ZZP 134 (2021), 273 (282 ff.).



Vor diesem Hintergrund liest sich Art. 2 Abs. 3 VerbandsklagenRL so, dass die an Individualinteressen ausgerichtete Anwendung und Auslegung der Brüssel Ia-, Rom I- und Rom II-VO durch die Teilnahme an einer Verbandsabhilfeklage gerade nicht verändert werden soll.<sup>68</sup>

### c) Zwischenergebnis

Die Rezeption des Regulierungsprinzips Private Enforcement in der Union ändert nichts an der Individualschutzausrichtung der prozessualen Mechanismen, die in seinen Dienst gestellt werden. Im Gegenteil: Auch bei Private Enforcement geht es um Individualrechtsschutz – auch in kollektiven Rechtsschutzfragen.

## 3. Kollektiver Rechtsschutz als kollektive Durchsetzung von Individualansprüchen

### a) Grundproblem: Individualrechtsschutz als Kardinalprinzip

Nach den Vorgesagten ist das Kardinalziel der Verbandsabhilfeklage nicht etwa die Durchsetzung öffentlicher Interessen durch Privatpersonen, sondern vor allem die Liquidierung von Schäden im Individualinteresse der Verbraucher. An diesen Individualinteressen der Verbraucher, aber auch der Beklagten, müssen sich daher auch Bemühungen, bereits de lege lata die Effektivitätshindernisse der grenzüberschreitenden kollektiven Durchsetzung von Ansprüchen zu erreichen, messen lassen. Gerade für die kollektive Durchsetzung von Ansprüchen ist dieses Kardinalziel aber hinderlich. Hier beschränkt der Umstand, dass die Verbandsabhilfeklage eine lediglich aggregierte Individualrechtsdurchsetzung gewährleistet, zuständigkeitsrechtlich die verfügbaren Gerichtsstände und führt kollisionsrechtlich unvermeidbar in eine komplexitätssteigernde und daher attraktivitätsmindernde Rechtsvielfalt. Dafür ist auch die individualistische Zuständigkeits- und Kollisionsrechtsordnung in der Europäischen Union verantwortlich.<sup>69</sup> Die „Kollektivität“ der Rechtsdurchsetzung steht insofern in einem Spannungsverhältnis zu Regelungskörpern des europäischen Zivilverfahrens- und -kollisionsrechts. Dennoch scheint das Kollektivinteresse an einer gebündelten Anspruchsdurchsetzung in der Praxis des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes an verschiedenen Stellen durch. Daraus werden bisweilen Vorschläge einer punktuellen „Kollektivierung“ kollektiver Rechtsschutzmechanismen im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr entwickelt. Diese Vorschläge setzen an den unter der Brüssel Ia-VO eröffneten besonderen internationalen Zuständigkeiten in gleichem Maße an wie an den Grundprinzipien zur Bestimmung des anwendbaren Rechts. Die nachfolgenden Ausführungen nehmen daher im Ausgangs-

<sup>68</sup> Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, Vorbemerkungen zum VDuG Rn. 33; Thönissen, EuZW 2023, 637 (639); vgl. insofern die Entscheidung des EuGH zum „IPR“ der Verbandsunterlassungsklage, EuGH v. 28.7.2016 – C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 (VKI/Amazon) – Rn. 52 ff. und hierzu Thönissen, ZZZ 134 (2021), 273 (284).

<sup>69</sup> Rentsch, RabelsZ 85 (2021), 544 (552 ff.).



punkt sowohl das EuIZVR als auch auf das EuIPR in den Blick. Denn beide Ordnungen prägen gemeinsam die Voraussetzungen der grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsdurchsetzung. Teils sind auch die Scharniere einer Effektivierung des grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes identisch. Das gilt vor allem für die Frage, ob eine effektive Interessenbündelung durch Vereinbarung erfolgen kann (unter b). Sie stellt sich beim Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung als auch im Rahmen einer Rechtswahl. Bei der im Anschluss daran zu behandelnden Frage, ob sich eine Konzentration über ein Kollektivinteresse am effektiven Rechtsschutz erreichen lässt, wird dann wieder zwischen internationaler Zuständigkeit (unter c) und anwendbarem Recht (unter d) zu differenzieren sein.

#### *b) Konzentration durch Vereinbarung?*

Soweit vorgeschlagen wird, diese Konzentration über Gerichtsstands-<sup>70</sup> und Rechtswahlvereinbarungen bzw. einen verbandsseitigen Verzicht auf die Anwendung von ausländischem Recht<sup>71</sup> herbeizuführen, erscheint das mit Blick auf die Verteidigungsanreize der Beklagten äußerst unwahrscheinlich.

Zwar lässt sich ohne weiteres annehmen, dass in opt-in-basierten Verbandsabhilfeklagen die Anspruchsinhaber mit dem Beitritt zu einer Gruppenklage konkludent dem Gerichtsstand der Klageerhebung (Art. 23 Brüssel Ia-VO) und der Wahl der lex fori oder dem Sitzrecht der qualifizierten Einrichtung zustimmen. Das beseitigt die Maßgeblichkeit ausländischen Rechts zumindest in vertraglichen Streitigkeiten nicht vollkommen (Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO), reduziert sie aber doch erheblich.

Problematischer ist allerdings die Zustimmung des bzw. der Beklagten.<sup>72</sup> Hierfür fehlen die ökonomischen Anreize. Der Beklagte setzt in aller Regel zunächst alle ihm verfügbaren Ressourcen ein, um eine Klageabweisung zu erreichen.<sup>73</sup> Erst wenn der Beklagte sich sicher sein kann, dass das nicht möglich ist, nähert sich seine Kooperations- und damit seine Rechtswahlbereitschaft derjenigen der Klägerseite an. Wendet der Beklagte die Maßgeblichkeit unterschiedlicher Rechte ein, erhöht das die Kosten des klagenden Verbandes durch einen komplizierten anspruchsbegründenden Tatsachenvortrag in einem den Klageerfolg gefährdenden und damit prohibitiven Umfang.<sup>74</sup> Hinzu kommt, dass der Be-

<sup>70</sup> Stadler, JZ 2009, 121 (130).

<sup>71</sup> Leupold, Private International Law and Cross-Border Collective Redress – A Legal Analysis of Jurisdiction, Applicable Law, Pendency, Recognition and Enforcement under the Representative Actions Directive 1828/2020, 2022, 8 ff.

<sup>72</sup> Art. 14 Abs. 1 Rom II-VO.

<sup>73</sup> Tullock, Kyklos 28 (1975), 745 (762).

<sup>74</sup> Landesweite class actions in den USA liefern gute Beispiele für dieses Beklagtenverhalten, z.B. *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (wo die Anwendung einer einzigen Rechtsordnung [in casu: der lex fori des US-Bundesstaates Kansas] nicht von der „class“, sondern vom Beklagten mit Rechtsmitteln angegriffen wurde).

klagte Investitionen in einen Verteidigungsvortrag unter mehreren Rechtsordnungen wahrscheinlich in nachfolgenden Individualverfahren nutzen kann.<sup>75</sup> Auf der Klägerseite zeigt sich ein gegenteiliger Effekt: Die Skaleneffekte aus einer aggregierten Rechtsdurchsetzung sinken mit der Zahl der beteiligten Rechtsordnungen. Umso höher sind nämlich die Kosten einer Klagebegründung für den individuellen Anspruch.<sup>76</sup>

*c) Zuständigkeitskonzentration aus Kollektivinteresse?*

Wenn die vereinbarte Konzentration damit als Ansatzpunkt ausscheidet, ist fraglich, ob das Kollektivinteresse an der Bewährung des verbandsklageförmig durchgesetzten Rechts einen Gerichtsstand begründen kann. Als Scharnier der Zuständigkeitskonzentration dient Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO.<sup>77</sup> Danach ist für Klagen aus unerlaubter Handlung neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Art. 4 Brüssel Ia-VO ein besonderer Gerichtsstand am Ort des schädigenden Ereignisses eröffnet. Grundsätzlich kann Ort des schädigenden Ereignisses sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgs- oder Schadensort sein.<sup>78</sup> Eine Bündelungswirkung lässt sich nicht verlässlich über eine Anknüpfung an den Handlungsort erreichen. Diese kann zwar im Einzelfall die Klägeroptionen über den allgemeinen Gerichtsstand des Art. 4 Brüssel Ia-VO hinaus erweitern. Der Handlungsort fällt als Anknüpfungspunkt einer Optionenerweiterung jedenfalls aus, wenn der Schädiger am Ort seines Wohnsitzes oder seiner Hauptniederlassung gehandelt hat.<sup>79</sup>

Vorgeschlagen wird daher eine Weiterentwicklung des Erfolgsortgerichtsstands. Als Grundlage der Zuständigkeitskonzentration dient ein Analogieschluss aus der Rechtsprechung des EuGH zur Verbandsunterlassungsklage (oben III. 1. b) bb)).<sup>80</sup> Die Übertragung auf Verbandsabhilfeklage wird vor allem

<sup>75</sup> Morell, JZ 2019, 809 (814).

<sup>76</sup> Bone, in: Sanchirico (Hrsg.), *Procedural Law and Economics*, 2012, 67 (68).

<sup>77</sup> Zur fehlenden Eignung von Art. 7 Nr. 1 für Verbands(unterlassungs)klagen Geimer, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), *EurZivilVerfR*, 4. Aufl. 2020, EuGVVO Art. 7 Rn. 97.

<sup>78</sup> EuGH v. 30.11.1976 – C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166 (Bier); v. 7.3.1995 – C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61 (Shevill u.a./Presse Alliance); v. 19.4.2012 – C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220 (Wintersteiger); v. 3.10.2013 – C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635 (Pinckney) – Rn. 26; v. 16.6.2016 – C-12/15, ECLI:EU:C2016:449 (Universal Music International Holding) – Rn. 28; v. 5.6.2018 – C-27/17, ECLI:EU:C:2018:533 (Lithuanian Airlines) – Rn. 28; MüKoZPO/Gottwald, 6. Aufl. 2020, Brüssel Ia-VO Art. 7 Rn. 55 f.; Geimer, in Geimer/Schütze (Hrsg.), *EurZivilVerfR*, 4. Aufl. 2020, EuGVVO Art. 7 Rn. 258 ff.

<sup>79</sup> Gegenbeispiele aber bei MüKoZPO/Gottwald, 6. Aufl. 2022, Brüssel Ia-VO Art. 7 Rn. 57; Musielak/Voit/Stadler/Krüger, 21. Aufl. 2024, EuGVVO Art. 7 Rn. 19a.

<sup>80</sup> „Der Begriff des „schädigenden Ereignisses“ [...] ist nämlich weit zu verstehen [...] und erfasst daher im Bereich des Verbraucherschutzes nicht nur Sachverhalte, in denen ein Einzeler einen individuellen Schaden erleidet, sondern u. a. auch Angriffe auf die Rechtsordnung durch die Verwendung missbräuchlicher Klauseln [...]“ (EuGH v. 1.10.2002 – C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 [Henkel] – Rn. 42).

mit der praktischen Wirksamkeit der Verbandsabhilfeklage begründet, die in Ermangelung einer Zuständigkeitskonzentration nicht gewährleistet wäre.<sup>81</sup>

Dabei wird übersehen, dass die Verbandsabhilfeklage auch Sachverhalte betrifft, in denen ein Einzelner einen individuellen Schaden erleidet. Selbst wenn man unterstellt, dass die Kompensation ein Kollektivinteresse bedient, geht es primär um die Liquidation von Schäden im Interesse der Einzelperson.

Schon aus diesem Grund kann das unterstellte Kollektivinteresse in Abhilfeklagen anders als in Unterlassungsklagen nicht klar verortet werden. Es ist schon unklar, wo die Grenzen einer Anreicherung der Individualrechtsdurchsetzung in Form der Liquidierung von Streuschäden durch ein Kollektivinteresse an der Normbewährung liegen. Sicherlich bedient die gerichtliche Durchsetzung privater Ansprüche den Institutionenschutz und damit ein öffentliches Interesse. Man könnte, folgte man dieser Logik, ohne Mühe aber einen Großteil des vertraglichen Schadens dem Deliktgerichtsstand zuordnen. Dieses Vorgehen widerspräche der Systematik der Brüssel Ia-VO und dem in ständiger Rechtsprechung geprägten Ausnahmecharakter der besonderen Zuständigkeiten.

Hinzu kommt, dass bei einer Zuständigkeitskonzentration in Verbandsabhilfeklagen der deliktische Gerichtsstand für einen Teil der Ansprüche kraft Sachzusammenhangs begründet wird, was mit der Natur des Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO nicht unbedingt vereinbar ist. Denn die besonderen Gerichtsstände sind situative Gerichtsstände und bestimmen sich nach Maßgabe der Belegenheit des eingeklagten Anspruchs.<sup>82</sup> Ansprüche auf Schadensersatz knüpfen an das schadensbegründende Ereignis an. Dessen Lokalisierung kann zu mehrdeutigen Ergebnissen führen, die bisweilen auch zufällig erscheinen.<sup>83</sup> Wenn damit eine Schadensstreuung in einem verbandsklagefähigen Haftungsfall kaum zu vermeiden ist, lässt sich auch eine Zuständigkeitszersplitterung nicht unter Hinweis auf ein vermeintliches Kollektivinteresse vermeiden, das über Schadensersatzprozesse bedient wird.

Schließlich stellen sich Probleme der Streitgegenstandsbestimmung und der Vermeidung von Parallelverfahren. Zumindest bei opt-out-basierten Kollektiv-Abhilfeklagen droht neben der Verbandsabhilfeklage auch eine rechtshängigkeitsbegründende Geltendmachung eines Anspruchs am Interessenmittelpunkt des Geschädigten. Bei Unterlassungsklagen stellt sich dieses Problem nicht.

#### *d) Kollisionsnorm aus Kollektivinteresse?*

Der Verbandsklagerichtlinie fehlen Bestimmungen zum anwendbaren Recht. Damit bleibt es bei der Maßgeblichkeit der Rom I und II-Verordnung für dessen Bestimmung. Grundsätzlich ist es möglich, eine Verbandsklage unter mehreren

<sup>81</sup> Domej, in: FS für Haimo Schack, 2022, 564 (565 ff.).

<sup>82</sup> Stadler, JZ 2009, 121 (130).

<sup>83</sup> Stadler, in: FS für Reinhold Geimer, 2017, 715 ff.; Stadler/Krüger, IPRax 2020, 512 (513, 515).

Rechten zu erheben und zu führen; auch ein etwa erforderlicher Sachzusammenhang zwischen den gebündelten Ansprüchen wird hierdurch noch nicht aufgehoben. Allerdings erzeugt die Maßgeblichkeit mehrerer Rechte praktische Durchführungshürden für grenzüberschreitende Verbandsklagen. Rechtsvielfalt verteuert und verlangsamt die kollektive Streitbeilegung.<sup>84</sup> Damit schwindet aus Nutzersicht einer der großen Vorteile einer Gruppenklage, nämlich der einer einfachen und kostengünstigen Streitbeilegung.<sup>85</sup> Dieses Störpotenzial der Anwendung mehrerer Rechte war bereits unter Geltung der Unterlassungsklage-richtlinie bekannt<sup>86</sup> und schmälert nicht nur die Attraktivität grenzüberschreitender Verbandsklagen,<sup>87</sup> sondern auch ihre praktische Durchführbarkeit.

Eine Reduzierung der anwendbaren Rechte ist aktuell nur möglich, wenn ausnahmsweise eine einseitige Rechtswahl der Klägerseite zulässig ist. Diese Möglichkeit besteht mit Art. 6 Abs. 3 lit. b und Art. 7 Rom II-VO derzeit nur bei der Liquidation von Kartell- und Umweltschäden.<sup>88</sup> Im ersten Fall hat der Kläger ein Wahlrecht zugunsten der *lex fori*, im zweiten zugunsten des Rechts des Handlungsortes.<sup>89</sup> Keiner dieser Anknüpfungsgegenstände fällt in den Regelungsbe- reich der Verbandsklagerichtlinie; auch das VRUG lässt sie unberücksichtigt.

#### IV. Effektiver (grenzüberschreitender) kollektiver Rechtsschutz aus primärrechtlichen Vollzugsprinzipien?

Die vorstehenden Überlegungen haben verdeutlicht, dass das Kollektivinteresse an der Bewährung von Normen durch Schadensersatzansprüche für sich genommen zu diffus ist, um eine Zuständigkeitskonzentration oder eine Neuverortung des kollisionsrechtlichen Rechtsverhältnisses zu tragen. Das lenkt den Blick auf allgemeinere unionsprimärrechtliche Rechtsetzungs- und Vollzugsgrundsätze, die ihrerseits ein Gebot der Effektivierung der Rechtsdurchsetzung enthalten könnten.

##### 1. Effektivitätsgrundsatz

Die Mitgliedstaaten genießen bei der Anwendung des Unionsrechts Verfahrensautonomie. Ihnen fällt also die Wahl der Mittel und Modalitäten der Umsetzung von Unionsrecht zu. Die mitgliedstaatlichen Modalitäten der Anwendung von Unionsrecht dürfen lediglich nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Ausübung der

<sup>84</sup> Das erkennt auch die Kommission an: KOM(2013) 401 endg., 3.7.

<sup>85</sup> *Lein*, in: Pocar/Viarengo/Villata (Hrsg.), Recasting Brussels I, 2012, 159 (161).

<sup>86</sup> *Lein*, in: Pocar/Viarengo/Villata (Hrsg.), Recasting Brussels I, 2012, 159 (166 f.).

<sup>87</sup> *Basedow*, EuZW 2018, 609 (613 f.).

<sup>88</sup> *Michaels*, in: Nuyts/Hatzimihail (Hrsg.), Cross-Border Class Actions – the European Way, 2013, 111 (132 f.).

<sup>89</sup> *MükoBGB/Junker*, 8. Aufl. 2021, Rom II-VO Art. 7 Rn. 21.

durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.<sup>90</sup>

Beim Effektivitätsgrundsatz handelt es sich um einen Rechtsanwendungsmaßstab des indirekten Vollzuges von Unionsrecht. Schreibt der Effektivitätsgrundsatz aber auch als Rechtsanwendungsmaßstab nicht nur eine konkrete Ausgestaltung, sondern auch eine bestimmte konkrete Handhabe kollektiver Rechtsschutzmechanismen in der EU vor, was beispielsweise eine rechtsfortbildende Auslegung der Brüssel Ia-VO erfordern könnte? ErwGr. 9 zur Verbandsklagerichtlinie deutet eben das an, wenn es dort heißt, „eine Verbandsklage sollte eine wirksame und effiziente Möglichkeit bieten, die Kollektivinteressen der Verbraucher zu schützen.“

Angesprochen ist hier in erster Linie die negative Dimension des Effektivitätsgrundsatzes, da es sich bei der positiven Spielart um ein legitimierendes Narrativ der Sekundärrechtsetzung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts handelt. Eine Aktivierung des Effektivitätsgrundsatzes in dieser Spielart erfordert den Nachweis, dass eine andere Auslegung die praktische Wirksamkeit einer grenzüberschreitenden Verbandsklage faktisch aufhebt oder diese zumindest so unattraktiv macht, dass er als Klageinstrument nicht genutzt wird.

#### *a) Verbrauchergerichtsstand aus Effektivitätsgrundsatz?*

Wollen eine oder mehrere qualifizierte Einrichtungen vertragliche Ansprüche am Wohnsitz der beteiligten Verbraucher (Art. 18 Abs. 1 Brüssel Ia-VO) oder, in Klagen wegen Versicherungsprodukten,<sup>91</sup> am jeweiligen Wohnsitz der Versicherungsnehmer (Art. 11 Abs. 1 lit. b Brüssel Ia-VO) durchsetzen, muss ein entsprechender Schutzgerichtsstand eröffnet sein.<sup>92</sup>

Nimmt man mit dem EuGH an, dass Schutzgerichtsstände nur eröffnet sind, soweit das Schutzsubjekt selbst Partei des Rechtsstreits ist,<sup>93</sup> ist ein Schutzgerichtsstand nicht eröffnet. Die klageerhebende qualifizierte Einrichtung ist eine juristische Person und damit per definitionem kein Verbraucher oder Versicherungsnehmer im Sinne von Art. 18 Abs. 1, 11 Abs. 1 Brüssel Ia-VO.<sup>94</sup> Auch nach Sinn und Zweck passen die Schutzgerichtsstände nicht auf klagende qualifizierte Einrichtungen. Qualifizierte Einrichtungen sind weder strukturell der Beklagten-seite unterlegen,<sup>95</sup> wie es die Schutzgerichtsstände voraussetzen,<sup>96</sup> noch soll ein

<sup>90</sup> Grundlegend EuGH v. 16.4.2015 – C-570/13, ECLI:EU:C:2015:231 (Gruber) – Rn. 37.

<sup>91</sup> Annex I Ziff. 50.

<sup>92</sup> Eingehend *Tang*, *Journal of Private International Law* 7 (2011), 101 ff.

<sup>93</sup> EuGH v. 19.1.1993 – C-89/91, ECLI:EU:C1993:15 (Shearson) – Rn. 23.

<sup>94</sup> Zum Verbraucherbegriff EuGH v. 25.1.2018 – C-498/16, ECLI:EU:C:2018:37 (Schrems) – Rn. 29.

<sup>95</sup> Für Art. 11 Brüssel Ia-VO Musielak/Voit/Stadler, 21. Aufl. 2024, Brüssel Ia-VO Art. 11 Rn. 2.

<sup>96</sup> EuGH v. 19.1.1993 – C-89/91, ECLI:EU:C1993:15 (Shearson) – Rn. 19; *Tang*, *Journal of Private International Law* 7 (2011), 101, 115 f.; *Domej*, *ZEuP* 2019, 446 ff.

Sachzusammenhang mit den Schutzgerichtsständen Abweichungen von den durch den vertragsgegenstandsbezogenen Gerichtsstand sichergestellten Geboten der Vorhersehbarkeit und Beweisnähe tragen.<sup>97</sup> Selbst wenn ein Schutzsubjekt (in casu: ein Verbraucher) als Kläger auftritt und Ansprüche aus abgetretenem Recht geltend macht, soll nach dem *Acquis Communautaire* kein Schutzgerichtsstand eröffnet sein. Der EuGH arbeitet mit einem vertragsbezogenen Verbraucherbegriff: „Verbraucher“ im Sinne von Art. 18 Abs. 1 Brüssel Ia-VO ist, wer gleichzeitig Kläger und Partei eines Verbrauchervertrags ist.<sup>98</sup>

Gerade im Kontext grenzüberschreitender Verbandsklagen wirkt dieses Schutzziel allerdings effektivitätsmindernd. Wie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung betont, soll Art. 17 Brüssel Ia-VO Verbraucher von der Last eines Grenzübertritts zu Klagezwecken befreien. Das soll ihnen die Wahrnehmung ihrer Rechte erleichtern.<sup>99</sup> Dem wäre es abträglich, wenn man Verbraucher zwänge, eine im Ausland ansässige qualifizierte Einrichtung zu mandatieren. Weiter hat zwar nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs<sup>100</sup> eine Abtretung auf die vertragsbezogen zu bestimmende Zuständigkeit nach Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia-VO keine Auswirkung. Dahinter steht aber offenbar die Sorge, dass andernfalls die Zuständigkeit für Aktivklagen von Verbrauchern durch Zession manipuliert werden könne und Forum Shopping zu erwarten sei.<sup>101</sup> Diese Gefahr besteht freilich nicht, wenn ein Verbraucher eine *inländische* qualifizierte Einrichtung mit der Durchsetzung seiner Rechte betraut. Der Verbraucher überträgt lediglich ein Privileg auf eine qualifizierte Einrichtung, ohne den Standort der Forderungsdurchsetzung zu verändern oder gar zu manipulieren. Umgekehrt setzt die Möglichkeit, einen heimischen Verband mit der kollektiven Durchsetzung von Verbraucherrechten zu betrauen, die Zwecke des Verbrauchergerichtsstands konsequent fort: Die Möglichkeit einer verbandsklageförmigen Rechtsdurchsetzung soll Verbrauchern die Rechtsdurchsetzung erleichtern, der Verbrauchergerichtsstand ebenso. Eine konsequente Fortschreibung dieser Ziele legt im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes eine Neuausrichtung des zuständigkeitsrechtlichen Verbraucherbegriffs nahe.

<sup>97</sup> GA Bobek v. 14.11.2017 – C-498/16, ECLI:EU\_C\_2017:863 (*Schrems*) – Rn. 104f.

<sup>98</sup> EuGH v. 25.1.2018 – C-498/16, ECLI:EU:C:2018.37 (*Schrems*) – Rn. 44; *Paulus*, NJW 2018, 987 (990).

<sup>99</sup> EuGH v. 19.1.1993 – C-89/91, ECLI:EU:C1993:15 (*Shearson*) – Rn. 19.

<sup>100</sup> EuGH v. 18.7.2013 – C-147/12, ECLI:EU:C:2013:490 (*ÖFAB*) – Rn. 58; v. 21.5.2015 – C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335 (*CDC Hydrogen Peroxide*) – Rn. 35; zuletzt EuGH v. 25.1.2018 – C-498/16, ECLI:EU:C:2018.37 (*Schrems*) – Rn. 48; *Paulus*, NJW 2018, 987 ff.

<sup>101</sup> *Paulus*, NJW 2018, 987 (990) m.V.a. EuGH v. 16.6.2016 – C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music International*) – Rn. 38.

b) *Kollisionsnorm aus Effektivitätsgrundsatz*

*De lege ferenda* spricht viel für eine Erstreckung dieser Kollisionsnormen auf Ansprüche, die im Wege des kollektiven Rechtsschutzes durchgesetzt werden können. Ob aber *de lege lata* eine möglicherweise maßgeblich auf den Effektivitätsgrundsatz gestützte, kollisionsrechtliche Rechtsfortbildung dieses Ziel im aktuellen Rahmen der Rom I-VO erreicht, ist angesichts der damit einhergehenden Umwälzungen äußerst fraglich. Dagegen spricht, dass die Bestimmung des anwendbaren Rechts der Suche nach dem räumlichen Schwerpunkt eines Rechtsverhältnisses im Zeitpunkt seiner Entstehung gilt und durch den Modus, in dem dieses klageweise festgestellt wird, nicht beeinflusst wird.<sup>102</sup> Der Effektivitätsgrundsatz kann dieses Kardinalprinzip nicht überschreiben.

2. *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, Art. 47 GRCh, Art. 6 EMRK*

Bestimmte Ansprüche können nur über kollektive Rechtsschutzmechanismen effektiv durchgesetzt werden. Das gilt vor allem für Streuschäden, deren Geltendmachung unabhängig vom Verteidigungsinteresse der Gegenseite an deren rationaler Apathie scheitert.

Andererseits setzen die unionsrechtlichen Justizgrundrechte selbstständige Maßstäbe für eine Effektivierung der individuellen Rechtsdurchsetzung. Diese markieren die äußeren Grenzen der Ausgestaltung kollektiver Rechtsschutzmechanismen. Sie wirken über Scharniere wie den *ordre public* der Anerkennung und Vollstreckung von Leistungstiteln in der EU auch in die Rechtsanwendung hinein.

Konkret lässt sich der Konflikt am Beispiel der opt-out-basierten grenzüberschreitenden Verbandsabhilfeklage illustrieren:

Die Verbandsklagerichtlinie erschafft ein vom grenzüberschreitenden Charakter unabhängiges, einheitliches Zustimmungsmodell: Unterlassungsklagen können ohne Mandat erhoben werden, für Leistungsklagen besteht ein Wahlrecht der Mitgliedstaaten.

US-amerikanische Class Actions werden opt-out-basiert erhoben und geführt,<sup>103</sup> was sich vor allem bei der Liquidierung von Streuschäden in streitigen Verfahren und bei Gruppenvergleichen effektivitätssteigernd auswirken soll.<sup>104</sup> Der Beklagte kann sich bei Abschluss eines Vergleichs sicher sein, dass dieser alle im Zusammenhang mit einer einzelnen schädigenden Handlung entstandenen Ansprüche abgilt.<sup>105</sup> Ein Opt-in wirkt demgegenüber jedenfalls bei Streuschäden – hier definiert als Schäden in geringer Höhe, die auf demselben Ereignis beruhen

<sup>102</sup> Rentsch, *RabelsZ* 85 (2021), 545 (570).

<sup>103</sup> Stadler, *ZHR* 182 (2018), 623 (636).

<sup>104</sup> Statt vieler Wagner, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, 41 (70).

<sup>105</sup> Wagner, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, 2009, 41 (70).



und bei einer großen Zahl von Personen auftreten<sup>106</sup> – effektivitätsmindernd, da die Geschädigten der Durchsetzung ihrer mintunter nur wenige Cent betragenden Ansprüche aktiv zustimmen müssen.<sup>107</sup> Die kontinentaleuropäische Verbandsklage wird, wenn sie überhaupt Schadensersatz als Klageziel erlaubt, traditionell opt-in-basiert erhoben.<sup>108</sup> Dahinter steht die Befürchtung eines Missbrauchs kollektiver Rechtsschutzmechanismen über den Opt-out. Ihren Nährboden bilden die schlechten Erfahrungen mit Class Actions in den USA,<sup>109</sup> die allerdings weniger mit dem Opt-out-Modell als mit fehlenden Einflussmöglichkeiten der „class“ auf die klagenden und Vergleiche verhandelnden Anwälte der „lead plaintiffs“ zu tun haben.<sup>110</sup>

Unterstellt, eine Verbandsklage über Verbraucheransprüche würde auf Opt-out-Basis erhoben, erzeugt das bereits einen Konflikt mit den hinter Art. 18 Abs. 2 Brüssel Ia-VO stehenden Wertungen.<sup>111</sup> Einem Verbraucher soll es nicht zuzumuten sein, sich außerhalb seines Wohnsitzstaates aktiv gegen Verfahren zu wehren, durch die ihm künftig die Geltendmachung seiner Rechte verwehrt sein kann. Geschieht dies doch, ist dem Urteil die Anerkennung zu versagen (Art. 45 Abs. 1 lit. e Ziff. 2 Brüssel Ia-VO).<sup>112</sup> Solch eine Aktivität wird dem Verbraucher abverlangt, wenn er durch Opt-out die Bindung durch eine ausländische Klageabweisung vermeiden will.<sup>113</sup> Verbandsklagen, in denen Ansprüche ausländischer Verbraucher durchgesetzt werden, genügen dieser Vorgabe nur, wenn sie auf Opt-in-Basis, also mit Zustimmung beteiligter Verbraucher, geführt werden. Der finale Richtlinientext stellt den Mitgliedstaaten ebendas aber anheim. Opt-out-basierte Verbandsklagen über Verbraucheransprüche erzeugen daher im System der Brüssel Ia-VO Titel, deren Anerkennung und Vollstreckung im EU-Ausland mit hoher Wahrscheinlichkeit am ordre-public-Vorbehalt scheitert.<sup>114</sup> Dieser kon-

<sup>106</sup> Mit dieser gängigen Definition arbeitet u.a. tendenziell anders Koch, JZ 1998, 801 ff.; Schaub, JZ 2011, 13 ff.

<sup>107</sup> Statt vieler Wagner, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, 41 (70).

<sup>108</sup> Zum Opt-out-basierten WCAM-Sammelvergleich in den Niederlanden Stadler, ZHR 182 (2018), 623 (628). Eingehend zum WCAM-Verfahren Peter, Zivilprozessuale Gruppenvergleichsverfahren, 2018, 64 ff.

<sup>109</sup> Stadler, ZHR 182 (2018), 623 (636).

<sup>110</sup> Sogenannte *agency costs*, hierzu statt vieler Coffee Jr., Columbia Law Review 95 (1995), 1343 (insb. 1367–1373); Choi, Vanderbilt Law Review 57 (2004), 1466 (1474); Cootel Ulen, Law and Economics, 6. Aufl. 2016, 425 f.; sinngemäß Stadler ZHR 182 (2018), 623 (635 f.).

<sup>111</sup> Domej, ZEuP 2019, 446 (462).

<sup>112</sup> Domej, ZEuP 2019, 446 (462).

<sup>113</sup> Domej, ZEuP 2019, 446 (462).

<sup>114</sup> Domej, ZEuP 2019, 446 (462); für Gruppenvergleiche Stürner, Grenzüberschreitender kollektiver Rechtsschutz, 2013, 117; a.A. im Zusammenhang mit der Vollstreckung von *class actions*: Kölz, Swiss Review of International and European Law 2012, 43 (64).



turiert und effektuiert wiederum die Maßstäbe höherrangigen EU-Rechts,<sup>115</sup> einschließlich des Art. 47 GRCh, 6 EMRK.

Art. 47 GRCh eröffnet dabei einerseits eine Möglichkeit zur Formulierung von Mindeststandards für den nationalen Rechtsanwender.<sup>116</sup> Er hebt andererseits allgemeine Grundsätze des IZVR in den Rang unionsprimärrechtlicher Verbürgungen, unter anderem den anerkennungsrechtlichen *ordre-public*-Vorbehalt.

Ist eine opt-out-basierte Verbandsklage damit unter der Brüssel Ia-VO *ordre-public*-widrig, führt das zu einem paradoxen Zwischenergebnis. Einerseits hat sich die opt-out-basierte Verbandsklage als traditionell effektivere Lösung erwiesen. Andererseits steht im europäischen Rechtsraum die Befürchtung im Raum, dass opt-out-basierte Verbandsklagen dem Maßstab der Art. 47 GRCh, Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht standhalten. Ebenso kann es einem Mitgliedstaat einerseits nicht zum Nachteil gereichen, dass er einen ihm ausdrücklich eröffneten Regulierungsspielraum ausnutzt;<sup>117</sup> noch mehr, da die Nutzung dieses Spielraums die Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente steigert. Andererseits läuft gerade diese Effektivitätssteigernde Spielart des kollektiven Rechtsschutzes Gefahr, Titel zu erzeugen, die unter der Brüssel Ia-VO keine Freizügigkeit genießen.

### 3. Zwischenfazit: Zielkonflikte

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass schon der Effektivitätsgrundsatz und das Recht auf effektiven Rechtsschutz gegenläufige Handlungsanweisungen geben. Nach dem Effektivitätsgrundsatz wäre ein opt-out-basiertes Verbandsklagemodell zu wählen; die Justizgrundrechte verbieten eben das. Weiter steht der Effektivitätsgrundsatz mit Prinzipien des Kollisionsrechts in einem Zielkonflikt: Effektiv wäre es, ein Recht für alle Ansprüche zu bestimmen. Kollisionsrechtlich richtig ist aber die Suche nach dem räumlichen Schwerpunkt eines Rechtsverhältnisses. Der Effektivitätsgrundsatz kann diese Konflikte schon deshalb nicht für sich entscheiden, weil seine Geltung als Rechtsanwendungsgrundsatz im EU-Verordnungsrecht ungeklärt ist.

<sup>115</sup> MüKoZPO/Gottwald, 6. Aufl. 2020, EuGVVO Art. 45 Rn. 14; Geimer, in: Geimer/Schütze (Hrsg.), EurZivilVerfR, 4. Aufl. 2020, EuGVVO Art. 45 Rn. 63.

<sup>116</sup> Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2021, Rn. 11.21.

<sup>117</sup> Tendenziell a.A. Domej, ZEuP 2019, 441 (462); Diskussion bei Fentiman, in: Nuyts/Hatzimihail (Hrsg.), Cross-Border Class Actions – the European Way, 2013, 85 (89–94).

## V. Zusammenfassung in Thesen

1. Private Enforcement hat sich bei der Einführung kollektiver Rechtsschutzzinstrumente als rechtspolitisches Prinzip und *Rechtssetzungsmaßstab* hervorgetan.

2. Private Enforcement als *Rechtsanwendungsmaßstab* unterstützt das Bekenntnis zum Individualrechtsschutz bei gleichzeitigem Ausbau prozessualer und materiell-rechtlicher Effektivierungsmechanismen (Beweiserleichterungen, Offenlegungspflichten etc.).

3. Private Enforcement als *Rechtsanwendungsmaßstab* ist nicht dazu geeignet, andere Funktionen des kollektiven Rechtsschutzes zu implementieren bzw. ein pauschal kollektives Effektivieren der (Verfahrens-)Ordnungen zu begründen.

4. Das Kollektivinteresse an Normbewährung durch Private Enforcement trägt für sich genommen keine Effektivierung grenzüberschreitenden kollektiven Rechtsschutzes in Form einer Zuständigkeitskonzentration. Es scheidet auch als Maßstab zur Auslegung individualrechtsschutzbegründender Normen des (Verfahrens-)Rechts aus.

5. *Unionsprimärrechtliche Vollzugsgrundsätze* geben keine oder gegenläufige Handlungsanweisungen, die zu zuständigkeits- oder kollisionsrechtlichen Grundprinzipien im Widerspruch stehen.

6. Der *Effektivitätsgrundsatz* setzt Gestaltungsziele, die die Schutzgerichtsstände der Brüssel Ia-VO bereits implementiert haben. Er vermag allerdings nicht das individualistische Modell der Brüssel Ia-VO zu überwinden.

7. Das *Binnenmarktziel* steht mit kollisionsrechtlichen Grundprinzipien in einem Zielkonflikt: Effektiv wäre es, ein Recht für alle Ansprüche zu bestimmen. Kollisionsrechtlich richtig ist aber die Suche nach dem räumlichen Schwerpunkt eines Rechtsverhältnisses.

8. Das *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf* steht einem opt-out-basierten Verbandsklagemodell entgegen.



# Legal Tech-Inkasso

*Christian Uhlmann*

## I. Einleitung

Die massenhafte Durchsetzung von Forderungen in unterschiedlichen Bereichen – insbesondere unter Rückgriff auf softwarebasierte Technologie – ist aus der Rechtspraxis kaum mehr wegzudenken. So ist etwa das unter myRight firmierende Legal Tech-Unternehmen in zahlreichen Rechtsgebieten aktiv: Begonnen im Jahr 2010 mit der Durchsetzung der den Reisenden bei Annullierung oder erheblicher Verspätung zustehenden Entschädigung nach der Fluggastrechte-VO<sup>1</sup> (Flightright) ist myRight auch bei Klagen gegen VW im Rahmen des sog. Dieselskandals ein zentraler Akteur.<sup>2</sup> Im Mietrecht hat sich mit der von der Lex-Fox GmbH betriebenen Plattform wenigermiete.de bzw. CONNY ebenfalls ein entsprechender Dienstleister etabliert.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass vergleichbare kautelarjuristische Kollektivierungsmodelle schon um einiges früher am Markt in Erscheinung getreten sind. Was ein spezielles Rechtsgebiet des Europarechts betrifft, ist insoweit die bereits 2002 in Brüssel gegründete Unternehmensgruppe Cartel Damage Claims SA (CDC) zu nennen, die sich der Durchsetzung von Schäden wegen potentieller Verstöße gegen das europäische Kartellrecht verschrieben hat.<sup>4</sup>

Die mit der massenhaften (gerichtlichen) Durchsetzung von Forderungen in Erscheinung getretenen Akteure zeichnen sich dabei durch zwei Besonderheiten aus. Erstens erfolgt eine Prüfung der in Rede stehenden Ansprüche regelmäßig aufgrund einer auf Massenverfahren zugeschnittenen Software;<sup>5</sup> dem entspricht es, dass die zugrunde liegenden Sachverhalte und die damit in Zusammenhang stehenden rechtlichen Fragestellungen hinsichtlich wesentlicher Punkte identisch sind.<sup>6</sup> Aufgrund dieser Ähnlichkeit kann bei der sich anschließenden Anspruchs-

---

<sup>1</sup> Zur Ausweitung des den Fluggästen zustehenden Ausgleichsanspruchs auf Flugverspätungen EuGH v. 19.11.2009 – C-402/07 und C-432/07, ELIC:EU:C:2009:716 (Sturgeon u.a./Condor Flugdienst u.a.).

<sup>2</sup> <https://www.myright.de/ueber-uns> (alle Internetquellen wurden zuletzt am 13.5.2024 abgerufen).

<sup>3</sup> <https://conny.de/ueber-uns>.

<sup>4</sup> <https://carteldamageclaims.com/de/about-us/our-history/>. Im Übrigen *Dürr-Auster*, Die Qualifikation als Gruppen- oder Verbandskläger im kollektiven Rechtsschutz, 2017, 145 ff.

<sup>5</sup> Zum Geschäftsmodell exemplarisch <https://conny.de/so-funktioniert-conny>.

<sup>6</sup> Zu dieser Einsicht (auch) BT-Drs. 19/27673, 14 f.

durchsetzung ein hohes Maß an Standardisierung erreicht werden, was erhebliche Skaleneffekte mit sich bringt. Hinzu kommt, dass die Vertragsanbahnung nahezu ausschließlich über das Internet erfolgt. Das mittels elektronischer Kontaktaufnahme einhergehende Geschäftsmodell hat zudem zur Folge, dass über online-Masken bereits im Vertragsanbahnungsstadium eine automatisierte Prüfung der rechtlichen Erfolgsaussichten vorgenommen und das Resultat dem Kunden optimalerweise noch vor Vertragsschluss mitgeteilt wird. Dies trifft zwar weniger auf die von CDC geltend gemachten Kartellschadensersatzansprüche zu. Allerdings wird auch insoweit bei der Fallbearbeitung auf softwarebasierte Technologie zurückgegriffen, was eine Kategorisierung von Ansprüchen ermöglicht und gerade bei gleichgelagerten Fällen erhebliche Synergieeffekte bewirken kann.<sup>7</sup>

Zweitens fällt auf, dass es sich bei den besagten Akteuren nicht um Rechtsanwaltskanzleien, sondern um nach § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RDG registrierte Inkassounternehmen handelt.<sup>8</sup> Letztere lassen sich die in Rede stehenden Forderungen in aller Regel treuhänderisch übertragen<sup>9</sup> – daher ist auch vom Abtretungsmodell oder Sammelklage-Inkasso die Rede.<sup>10</sup> Die sich anschließende (außergerichtliche und gerichtliche) Anspruchsdurchsetzung ist für die Kunden insoweit risikolos, als sie im Misserfallsfall nicht mit den Kosten (des Rechtsstreits) belastet werden.<sup>11</sup> Im Fall des Obsiegens behält das Inkassounternehmen allerdings zwischen 10 und 40 % des erstrittenen Betrags ein<sup>12</sup> – funktional handelt es sich im Fall der gerichtlichen Geltendmachung um eine Prozessfinanzierung mit Erfolgsbeteiligung.<sup>13</sup> Dabei kann die Prozessfinanzierung entweder vom Inkassounternehmen selbst bereitgestellt werden oder unter Rückgriff auf einen externen Prozessfinanzierer, wovon in nicht wenigen Fällen Gebrauch gemacht wird, erfolgen.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Vgl. <https://carteldamageclaims.com/de/how-we-work/our-process/>.

<sup>8</sup> <https://conny.de/impressum>; <https://www.myrigh.de/impressum>.

<sup>9</sup> Exemplarisch Nr. 1.1 Flightright GmbH-AGB (<https://www.flightright.de/agb>).

<sup>10</sup> Dazu etwa *Deckenbrock*, ZRP 2022, 170 (171); *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 1; *Dux-Wenzell/Quaß*, DB 2021, 717 (719); *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 24 f.; *Mecklenburg/Brinkschmidt*, WuW 2024, 63 (65); *Petrasincul/Unseld*, NJW 2022, 1200 Rn. 6 ff.; *Petrasincul/Unseld*, NZKart 2023, 9 (10); *Scherer*, VuR 2020, 83 (86); *Schneider/Conrady/Kapoor*, BB 2023, 2179 (2187).

<sup>11</sup> Exemplarisch <https://www.myrigh.de/prinzipien#costs>.

<sup>12</sup> So die Einschätzung des Gesetzgebers (BT-Drs. 19/27673, 15).

<sup>13</sup> Zu dieser Einsicht *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 1; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 115 f.; *Greger*, MDR 2018, 897 (898); *Henssler*, NJW 2019, 545 ff. Ferner *Glusdak/Scholz*, in: Riehms/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023, 56 Rn. 15.

<sup>14</sup> Vgl. BGH v. 13.6.2022 – VIa ZR 418/21, NJW 2022, 3350 = BGHZ 234, 125 Rn. 4. Im Übrigen *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 1; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 115 f.; *Glusdak/Scholz*, in: Riehms/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023, 56 Rn. 19; *Hornkohl*, NZKart 2024, 2 (3); *Mayrhofer*, ZfPW 2023, 110 (113); *Mecklenburg/Brinkschmidt*, WuW 2024, 63 (65); *Morell*, JZ 2019, 809 ff.

Das Sammelklage-Inkasso räumt Geschädigten nicht nur eine (weitere) Möglichkeit ein, ihre Ansprüche geltend zu machen, sondern tritt auch neben die bis dato existierenden Modelle des kollektiven Rechtsschutzes. Unbeschadet des ausschließlich auf kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten anwendbaren KapMuG<sup>15</sup> wird sowohl nach deutschem als auch unionsrechtlichem Verständnis primär nicht gewerbsmäßig operierenden Verbänden die Aufgabe zuerkannt, die Interessen einer Vielzahl von Geschädigten durchzusetzen. Zentral kommt dies im auf die Verbandsklagenrichtlinie zurückgehenden VDuG zum Ausdruck, nach dem ausschließlich (inländische) qualifizierte Verbraucherverbände klageberechtigt sind, § 2 Abs. 1 Nr. 1 VDuG.<sup>16</sup> Nach der Konzeption des Gesetzgebers sollen allerdings auch im Wettbewerbsrecht Verbände eine zentrale Rolle spielen.<sup>17</sup> Neben Beseitigungs- und Unterlassungsklagen (§§ 33 Abs. 1 u. 4, 8 Abs. 1 u. Abs. 3 Nr. 2–4 UWG) steht den zur Klage berechtigten Verbänden nach deutschem Recht auch ein Gewinnabschöpfungsanspruch gegen den Schädiger zu (§§ 34a Abs. 1 GWB, 10 Abs. 1 UWG).

Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Effektivität der tradierten kollektiven Rechtsschutzzinstrumente zu wünschen übrig lässt.<sup>18</sup> So erfasst die Verbandsklage nach dem VDuG in überschießender Umsetzung zwar auch Kartellschadensersatzansprüche;<sup>19</sup> sie findet allerdings nur im Verhältnis Verbraucher-Unternehmer Anwendung, § 1 Abs. 1 VDuG. Zudem ist die Möglichkeit der Prozessfinanzierung vor dem Hintergrund des § 4 Abs. 2 Nr. 3 VDuG stark eingeschränkt.<sup>20</sup> Im Wettbewerbsrecht steht Verbänden nicht die Möglichkeit zu, Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Darüber hinaus zeichnen sich die Gewinnabschöpfungsansprüche nicht nur durch hohe Voraussetzungen, sondern auch durch eine für Verbände wenig attraktive Anreizstruktur aus.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Siehe § 1 Abs. 1 KapMuG.

<sup>16</sup> Auch die kollektive Durchsetzung mittels Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen hinsichtlich Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze oder Verbraucher unangemessen benachteiligende AGB obliegt zentral den in § 3 Abs. 1 S. 1 UKlaG aufgelisteten Stellen.

<sup>17</sup> Allgemein zu Verbandsklagen im Wettbewerbsrecht *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht, 2006, 89 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 105 ff., 165 ff.

<sup>18</sup> Kritisch hinsichtlich der Effektivität des VDuG *Albers*, JZ 2024, 261 (266 f.); *Hornkohl*, NZKart 2024, 2 (7 f.); *Schneider/Conrady/Kapoor*, BB 2023, 2179 (2188).

<sup>19</sup> *Hornkohl*, NZKart 2024, 2 (2, 7); *Mecklenburg/Brinkschmidt*, WuW 2024, 63 (66).

<sup>20</sup> Kritisch *Albers*, JZ 2024, 261 (267); *Gsell/Meller-Hannich/Stadler*, JZ 2023, 989 ff.; *Hornkohl*, NZKart 2024, 2 (5); *Mecklenburg/Brinkschmidt*, WuW 2024, 63 (68); *Schneider/Conrady/Kapoor*, BB 2023, 2179 (2183); *Stadler*, VuR 2023, 321 ff.

<sup>21</sup> Die Effektivität der Gewinnabschöpfungsansprüche daher bezweifelnd *Bien*, NZKart 2013, 12 (16); *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 98 ff.; *Freitag/Lang*, ZZZ 132 (2019), 329 (352 ff.); *Hornkohl*, NZKart 2024, 2 (6 f.); *Mecklenburg/Brinkschmidt*, WuW 2024, 63 (64); *Möller/Pregler*, ZHR 176 (2012), 144 (167 f.); *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 498 f. Ferner *Ahrens*, WRP 2015, 1040 Rn. 46 ff.; *Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031 (1033 f.); *Schweitzer/Woeste*, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, 2020, 13 f.

Letzteres trifft insgesamt auf Verbandsklagen zu, profitieren Verbände im Fall des Obsiegens nicht vom Ausgang des Prozesses, während sie im Unterliegensfall die Kosten des Rechtsstreits zu tragen haben.

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass dem Sammelklage-Inkasso in nicht wenigen Rechtsgebieten eine zentrale Rolle zukommt. Dessen bereichsspezifische Allgegenwärtigkeit darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Geschäftsmodell des Sammelklage-Inkassos trotz zahlreicher BGH-Entscheidungen<sup>22</sup> rechtlich (noch) nicht gänzlich gefestigt ist. Nicht wenige Instanzgerichte haben dem Sammelklage-Inkasso die Anerkennung versagt – dies trifft insbesondere auf die gerichtliche Geltendmachung von Kartellschadensersatzansprüchen zu.<sup>23</sup> Angesichts dieses Befunds überrascht es nicht, dass versucht wird, das Sammelklage-Inkasso auf eine solide rechtliche Basis zu stellen. Nachdem sich der deutsche Gesetzgeber mit dem Legal Tech-Gesetz<sup>24</sup> nicht zu einer eindeutigen Aussage entschließen konnte,<sup>25</sup> wird in letzter Zeit vermehrt auf das Unionsrecht zurückgegriffen. Insoweit ist auch die Vorlage des LG Dortmund an den EuGH zu verstehen, das in einem (potentiellen) Inkassoverbot für Kartellschadensersatzforderungen einen Verstoß gegen Unionsrecht, insbesondere im Hinblick auf das Effektivitätsprinzip, sieht.<sup>26</sup>

Die vorliegende Studie möchte dieses Spannungsfeld aufgreifen. Dazu gilt es zunächst, die Grundlagen des unionsrechtlichen Effektivitätsprinzips herauszuarbeiten – dies gilt sowohl für das Unionsrecht im Allgemeinen als auch hinsichtlich des Kartellrechts im Besonderen (II.). Nachdem kurz auf die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos nach autonomem nationalen Recht eingegangen wird (III.), schließt sich die Frage an, ob das Unionsrecht eine Rechtsdurchsetzung nach dem Abtretungsmodell fordert (IV.).

<sup>22</sup> Exemplarisch BGH v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 = BGHZ 224, 89; v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 = BGHZ 230, 255; v. 13.6.2022 – VIa ZR 418/21, NJW 2022, 3350 = BGHZ 234, 125.

<sup>23</sup> LG München v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17, NZKart 2020, 145; LG Hannover v. 4.5.2020 – 18 O 50/16, NZKart 2020, 398; LG Hannover v. 1.2.2021 – 18 O 34/17, NZKart 2021, 195; LG Stuttgart v. 20.1.2022 – 30 O 176/19, NZKart 2022, 222; LG Mainz v. 7.10.2022 – 9 O 125/20, NZKart 2023, 45.

<sup>24</sup> Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt, BGBl. I 2021, 3415, in Folge: Legal Tech-Gesetz.

<sup>25</sup> Siehe insbesondere BT-Drs. 19/27673, 16 (21, 61 f.). Im Übrigen die Einschätzung von *Bauermeister*, ZIP 2021, 2625 (2627); *Bauermeister*, in: Croon-Gestefeld u.a. (Hrsg.), Das Private im Privatrecht – Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft, 2022, 29 (37 ff.); *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 13; *Dux-Wenzell/Quaß*, DB 2021, 717 (721); *Fries*, NJW 2021, 2537 Rn. 5 f.; *Mayrhofer*, ZIPW 2023, 110 (119 f.); *Mescheder*, RD 2024, 180 (183); *Ott*, in: Fischer/Hornkohl (Hrsg.), Kartellrecht und Zukunftstechnologien, 2024, 185 (188); *Wagner/Weskamm*, in: FS für Martin Henssler, 2023, 1605 (1609 f.). Ferner *Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031 (1036); *Prütting*, in: FS für Martin Henssler, 2023, 1503 (1507).

<sup>26</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354.

## II. Das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip

### 1. Grundlagen

Das nunmehr auch in Art. 4 Abs. 3 EUV zum Ausdruck kommende Effektivitätsprinzip ist bereits seit den 1950er Jahren fester Bestandteil des Argumentationstopos des EuGH.<sup>27</sup> Üblicherweise findet es sich in zwei verschiedenen Ausprägungen. So fordert die negative Komponente des Effektivitätsprinzips, dass das nationale Recht die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf.<sup>28</sup> Demgegenüber statuiert die positive Komponente des Effektivitätsprinzips die an die Mitgliedstaaten adressierte Pflicht, die volle bzw. praktische Wirksamkeit des europäischen Rechts herzustellen.<sup>29</sup> Es handelt sich daher weniger um ein Instrument der Gesetzesinterpretation. Vielmehr steht die Frage im Vordergrund, wie die Beachtung des durch Auslegung ermittelten Normzwecks in der Rechtswirklichkeit der Mitgliedstaaten erreicht werden kann.

Diese an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorgaben sind zentral der Einsicht geschuldet, dass der EU zwar die Gesetzgebungskompetenz in zahlreichen Gebieten zusteht. Für die Um- und Durchsetzung des von ihr geschaffenen Rechts ist sie allerdings im weit überwiegenden Teil der Fälle auf die Mitgliedstaaten angewiesen.<sup>30</sup> Letztere greifen bei der Um- bzw. Durchsetzung des Unionsrechts nicht nur auf ihr (Verfahrens-)Recht zurück, sondern ihnen obliegt auch die Entscheidung, wie die Beachtung des Unionsrechts gewährleistet wird. Dieser auch als Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten<sup>31</sup> bezeichnete Grundsatz kann allerdings die (latente) Gefahr eines Umsetzungs- und letztlich auch Vollzugsdefizits mit sich bringen.<sup>32</sup> Da die EU – vornehmlich in Gestalt der Europäischen

<sup>27</sup> Als Ausgangspunkt wird landläufig EuGH v. 29.11.1956 – 8/55, ELIC:EU:C:1956:11 (Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl) ausgemacht. So GHN/Mayer, 81. EL Januar 2024, Art. 19 EUV Rn. 57; Schroeder, AÖR 129 (2004), 3 (18).

<sup>28</sup> Exemplarisch EuGH v. 16.12.1976 – C-33/76, ELIC:EU:C:1976:188 (Rewe-Zentralfinanz u.a./Landwirtschaftskammer für das Saarland) – Rn. 5.

<sup>29</sup> Exemplarisch EuGH v. 15.1.2004 – C-230/01, ECLI:EU:C:2004:20 (Intervention Board for Agricultural Produce/Penycloed Farming Partnership) – Rn. 36.

<sup>30</sup> Dazu etwa Berger, Organisation und Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, 2013, 7 ff.; Ellerbrok, GVRZ 2022, 9 Rn. 6; Franck, Marktordnung durch Haftung, 2016, 174 ff.

<sup>31</sup> Vom EuGH erstmals explizit verwendet in EuGH v. 7.1.2004 – C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12 (Delena Wells/Secretary of State for Transport) – Rn. 67. Zu diesem Grundsatz im Übrigen etwa Berger, Organisation und Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit, 2013, 76 ff.; Kramme, in: Behme u.a. (Hrsg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 2017, 407; Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013, 27 ff. u. passim.

<sup>32</sup> Vgl. Pernice, NVwZ 1990, 414 (422 ff.); Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 262 f.; Wagner, AcP 206 (2006), 352 (446 f.).



Kommission – nicht in der Lage ist, allen diesbezüglich (relevanten) Defiziten der Mitgliedstaaten nachzukommen, wird schon seit längerer Zeit auf die Mithilfe der Unionsbürger zurückgegriffen. Seit der den Vorrang von unmittelbar anwendbarem Europarecht begründenden van Gend & Loos-Entscheidung des EuGH kommt Privaten hinsichtlich der Beachtung des Unionsrechts eine Kontrollfunktion zu, die neben die der Europäischen Kommission tritt.<sup>33</sup> Damit geht die Einsicht einher, dass Privaten, denen das Europarecht individuelle Rechte einräumt, auch die Durchsetzung dieser Rechte ermöglicht werden muss. Im Ergebnis kann daher mittels unmittelbarer Anwendbarkeit des Unionsrechts zugleich dessen praktische Wirksamkeit gefördert werden.<sup>34</sup> Besonders deutlich kommt dies bei der grundsätzlichen Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien im Vertikalverhältnis<sup>35</sup> und der Statuierung eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs<sup>36</sup> zum Ausdruck.

In diesen Zusammenhang fügen sich die zum Kartellrecht erlassenen Entscheidungen und Gesetzgebungsakte ein. So bildet das seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Primärrecht anzutreffende Kartellrecht einen systemtragenden Pfeiler bei der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarkts.<sup>37</sup> Dahinter steht der Schutz der Institution „funktionierender Wettbewerb“, wozu Wettbewerbsverfälschungen und -beschränkungen abträglich sind. Angesichts der zentralen Bedeutung, die dem europäischen Kartellrecht bei der Verwirklichung des Binnenmarkts zukommt, verwundert es nicht, dass die unmittelbar anwendbaren Art. 101 Abs. 1, 102 AEUV ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen bzw. des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung statuieren<sup>38</sup>. Dabei sind jedoch weder der EuGH noch der europäische Gesetzgeber stehen geblieben. So ist seit der Courage-Entscheidung anerkannt, dass aufgrund der praktischen Wirksamkeit des Kartellverbots jedermann Ersatz des ihm durch den Kartellverstoß erlittenen Schadens verlangen können

<sup>33</sup> EuGH v. 5.2.1963 – 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (van Gend & Loos/Niederländische Finanzverwaltung).

<sup>34</sup> Vgl. zu dieser Einsicht etwa Kohler/Puffer-Mariette, ZEuP 2014, 696 (729); Mörsdorf, RabelsZ 83 (2019), 797 (800 ff.); Oster, EuR 2019, 578 (580 ff.); Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 272 ff.; Schweitzer/Woeste, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, 2020, 18 ff.; Wagner, AcP 206 (2006), 352 (446 f.).

<sup>35</sup> EuGH v. 4.12.1976 – 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (van Duyn/Home Office) – Rn. 12 ff.

<sup>36</sup> EuGH v. 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (Andrea Francovich u.a./Italienische Republik) – Rn. 31 ff.

<sup>37</sup> Zur zentralen Bedeutung des Kartellrechts im Europarecht Immenga/Mestmäcker/Immenga/Mestmäcker, 6. Aufl. 2019, Bd. 1 I. A. Rn. 17 ff.; Kainer, in: Weller/Althammer (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, 173 (174 f.).

<sup>38</sup> Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 101 f. AEUV EuGH v. 18.3.1997 – C-282/95 P, ECLI:EU:C1997:159 (Guérin automobiles/Kommission der Europäischen Gemeinschaften) – Rn. 39. Ferner Kohler/Puffer-Mariette, ZEuP 2014, 696 (730); K. Schmidt, ZEuP 2004, 881 (882).

muss.<sup>39</sup> Diese EuGH-Rechtsprechung wurde mit der KartellschadensersatzRL sekundärrechtlich verankert.<sup>40</sup> Da der mit der Zuweisung von Schadensersatzansprüchen verfolgte Zweck sowohl in der Kompensation der Geschädigten als auch in der Abschreckung prospektiver Schädiger besteht,<sup>41</sup> wird mittels privatrechtlicher Kartelldurchsetzung zugleich zur Aufrechterhaltung der Institution „Wettbewerb“ beigetragen – bei Untätigkeit der zuständigen Behörde stellen private Schadensersatzklagen zudem die einzige Möglichkeit dar, dem europäischen Kartellrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Die Indienstnahme Privater für die Effektivierung des europäischen Kartellrechts ist auch vor dem Hintergrund eines Verständniswandels hinsichtlich der Durchsetzung der (nunmehr) in den Art. 101 f. AEUV statuierten Verbote zu sehen.<sup>42</sup> Bis zur Anwendbarkeit der KartellverfahrensVO zum 1. Mai 2004 oblag die Erteilung konstitutiv wirkender Freistellungsverfügungen (nunmehr Art. 101 Abs. 3 AEUV) ausschließlich der Europäischen Kommission; auch im Übrigen kam ihr hinsichtlich der Ahndung von Kartellverstößen eine zentrale Rolle zu.<sup>43</sup> Dieses auch als Prinzip der Alleinzuständigkeit bezeichnete System wurde zugunsten einer geteilten Zuständigkeit aufgegeben: Zuständig für die Anwendung des europäischen Kartellrechts sind nunmehr auch nationale Behörden und Gerichte, soweit nicht die Europäische Kommission das Verfahren an sich zieht.<sup>44</sup> Folge dieses auch als Prinzip der parallelen dezentralen Zuständigkeit titulierten Systems ist die unmittelbare Anwendbarkeit der Freistellungsgründe; Unternehmen müssen demnach selbst die Vereinbarkeit entsprechender Maßnahmen mit dem europäischen Kartellverbot prüfen. Mit dieser Dezentralisierung sollte allerdings keine Absenkung des Schutzniveaus verbunden sein. Aufgrund des Rückzugs administrativer Kontrolle gilt es vielmehr, ein potentiell drohendes Vollzugsdefizit mit verstärkter privater Kartellrechtsdurchsetzung auszugleichen.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> EuGH v. 20.9.2001 – C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 (Courage Ltd/Bernard Crehan) – Rn. 26.

<sup>40</sup> Art. 3 Abs. 1, 4 S. 1 KartellschadensersatzRL.

<sup>41</sup> ErwGr. 3 KartellschadensersatzRL. Im Übrigen etwa EuGH v. 6.10.2021 – C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 (Sumal/Mercedes Benz Trucks España) – Rn. 36.

<sup>42</sup> Siehe zu diesem Zusammenhang *Drexler*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 1339 (1343 f.); *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, 173 (176 f.); *Roth*, ZHR 179 (2015), 668 (671 ff.); *K. Schmidt*, ZEuP 2004, 881 (884 f.); *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (405).

<sup>43</sup> Siehe etwa Art. 3 (Abstellungsverfügung), Art. 15 (Geldbußen) u. Art. 16 (Zwangsgelder) EWG Rat: Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (VO 17/62).

<sup>44</sup> Art. 4–6 Verordnung (EU) 1/2003. Zu den Hintergründen *Drexler*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 1339 (1344); *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 144 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (405).

<sup>45</sup> *Drexler*, in: FS für Claus-Wilhelm Canaris, 2007, 1339 (1344); *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, 146 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (405). Vgl. auch *Ahrens*, WRP 2015, 1040 Rn. 43.

## 2. Folgen

Dass Mitgliedstaaten die volle bzw. praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten haben, sagt jedoch wenig zur Reichweite dieser Vorgabe aus. Dies trifft ebenfalls auf die Aussage zu, die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten müsse sich am Maßstab des Effektivitätsprinzips messen lassen.<sup>46</sup> Vielmehr bietet es sich an, zwischen folgenden Konstellationen zu unterscheiden: Eine besonders starke Wirkung entfaltet das Effektivitätsprinzip im unmittelbaren Regelungsbereich der in Rede stehenden europarechtlichen Vorschrift. Dies betrifft etwa den Widerspruch bzw. die Kollision einer nationalen Norm mit einer unionalen Vorgabe.<sup>47</sup> Zu denken wäre aber auch an die unmittelbare Ausgestaltung des primär- und sekundärrechtlich vorgegebenen Kartellschadensersatzanspruchs sowie an weitere unmittelbar durch die Kartellschadensersatzrichtlinie vorgegebene Bestimmungen wie die Offenlegungsanforderungen (Art. 5 ff.), etwaige Beweiserleichterungen (Art. 17) sowie die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen (Art. 9).<sup>48</sup> Insoweit gebührt regelmäßig dem Interesse der Union an der effektiven Geltung ihrer Norm Vorrang; insbesondere das generelle Verhältnis zwischen Europarecht und mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Fall der direkten Kollision bemisst sich ausschließlich nach Unionsrecht.

Anders sieht es allerdings hinsichtlich Konstellationen aus, die vom Geltungsanspruch des Unionsrechts nicht unmittelbar erfasst werden. Zu denken wäre insoweit etwa an den der Alcan-Entscheidung zugrunde liegenden Fall: Die Gewährung einer europarechtswidrigen Beihilfeleistung, bei der die Rücknahmefrist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG verstrichen lassen wurde.<sup>49</sup> Was dies betrifft, kann es lediglich zu einer indirekten Einwirkung auf die mitgliedstaatlichen (Verfahrens-)Rechtsordnungen unter Rückgriff auf das Effektivitätsprinzip kommen.<sup>50</sup> Mangels direkter Kollision bzw. direktem Widerspruch zwischen nationalem und unionalem Recht verbleibt es für die sich in der vorliegenden Studie stellende Frage bei dem Ausgangspunkt, dass sich das Wie der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung mangels Harmonisierung nach nationalem (Verfahrens-)Recht richtet – dies anerkennt auch die Kartellschadensersatzrichtlinie.<sup>51</sup> Angesichts

<sup>46</sup> Grundlegend EuGH v. 16.12.1976 – 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (Rewe-Zentralfinanz u.a./Landwirtschaftskammer für das Saarland) – Rn. 5.

<sup>47</sup> Zu diesem auch als direkte Kollision bezeichneten Phänomen etwa Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013, 176 f. Ferner Kramme, in: Behme u.a. (Hrsg.), Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler, 2017, 407 (431 ff.).

<sup>48</sup> Vgl. diesbzgl. auch Kainer, in: Weller/Althammer (Hrsg.), Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht, 2015, 173 (182 f.).

<sup>49</sup> EuGH v. 20.3.1997 – C-24/95, ECLI:EU:C:1996:163 (Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland).

<sup>50</sup> Zu diesem auch als indirekte Kollision bezeichneten Phänomen etwa Krönke, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 2013, 177 ff.; GHN/Nettesheim Art. 1 AEUV Rn. 76; Schroeder, AöR 129 (2004), 3 (25 ff.).

<sup>51</sup> ErwGr. 11 KartellschadensersatzRL.

dieses Hintergrunds überrascht es wenig, dass es ein Maximierungsgebot im Sinne einer größtmöglichen Wirksamkeit des Unionsrechts nicht geben kann.<sup>52</sup> Alles andere liefe nicht nur auf eine empfindliche Zurückdrängung nationaler Regelungsautonomie zugunsten der EU, sondern auch auf eine erhebliche Machtzunahme der Judikative zulasten der Legislative hinaus – über die dann zwangsläufig häufiger vorkommende Frage, wie die Durchsetzung unionaler Vorschriften zu erfolgen hat, würde dann vermehrt die Judikative entscheiden.<sup>53</sup> Überdies mahnt gerade der in Art. 5 Abs. 4 EUV normierte, auch im Hinblick auf das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip Anwendung findende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>54</sup> die EU zu einem schonenden Umgang mit den Belangen der Mitgliedstaaten an. Zuletzt verlangt auch der EuGH keineswegs pauschal eine größtmögliche Wirkungskraft des Unionsrechts. Obwohl manche Entscheidungen in diese Richtung deuten,<sup>55</sup> finden sich ebenfalls Entscheidungen, nach denen im Ausgangspunkt lediglich die „einfache“ Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten ist. Danach ist nicht jeder individualschützenden Norm des Unionsrechts zwangsläufig eine durchsetzbare Rechtsposition immanent.<sup>56</sup>

Im Ergebnis kann es daher in den sich hier stellenden Konstellationen nur um eine Abwägung des Interesses der Union an der bestmöglichen Durchsetzung ihres Rechts mit dem Interesse des entsprechenden Mitgliedstaats an der Beachtung seiner (prozessualen) Charakteristika gehen<sup>57</sup> – die dem indirekten Geltungsanspruch des Unionsrechts entgegenstehenden Positionen können sich dabei aus dem Unionsrecht und dem nationalen Recht ergeben.<sup>58</sup> Das Interesse der

<sup>52</sup> Dazu allgemein etwa *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, 2015, 173 (182 f.); *Martens*, *Methodenlehre des Unionsrechts*, 2013, 466 f.; GHN/*Mayer* Art. 19 EUV Rn. 58; *Schroeder*, AöR 129 (2004), 3 (20 f.). Ferner *Kramme*, in: Behme u.a. (Hrsg.), *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2017, 407 (436); *Mörsdorf*, *RabelsZ* 83 (2019), 797, (810 ff.); *Rebhahn*, *ZfPW* 2016, 281 (294); *Rentsch*, *GVRZ* 2022, 4 Rn. 17.

<sup>53</sup> Vgl. diesbzgl. auch *Mörsdorf*, *RabelsZ* 83 (2019), 797 (811 ff.); *Roth*, *ZHR* 179 (2015), 668 (683 f.).

<sup>54</sup> Zur Begrenzung des Effektivitätsprinzips durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Höpfner/Rüthers*, *AcP* 209 (2009), 1 (19); *Potacs*, *EuR* 2009, 465 (478). Vgl. auch *Kramme*, in: Behme u.a. (Hrsg.), *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2017, 407 (425 ff.).

<sup>55</sup> Exemplarisch EuGH v. 21.3.2023 – C-100/21, *ECLI:EU:C:2023:229* (QB/Mercedes-Benz Group). Zu regulatory capture als einen möglichen Hintergrund *Wagner*, *NJW* 2023, 1761 Rn. 18 f.

<sup>56</sup> Etwa EuGH v. 16.2.2017 – C-219/15, *ECLI:EU:C:2017:128* (Elisabeth Schmitt/TÜV Rheinland) – Rn. 50 ff. Siehe dazu auch *Wagner*, *JZ* 2018, 130 (131 ff.); *Wagner*, *NJW* 2023, 1761 Rn. 7 ff.

<sup>57</sup> In die Richtung eines Abwägungsgebots bzw. Optimierungsprinzips ebenfalls *Kainer*, in: Weller/Althammer (Hrsg.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, 2015, 173 (182 ff.); *Kramme*, in: Behme u.a. (Hrsg.), *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2017, 407 (440 f.); GHN/*Schilll Krenn* Art. 4 EUV Rn. 65; *Schroeder*, AöR 129 (2004), 3 (34 ff.).

<sup>58</sup> Dies ist (auch) der Einsicht geschuldet, dass der Union keine umfassende, eine einem

Union wirkt insbesondere dann besonders stark, wenn das von ihr gesetzte Recht droht, gänzlich unangewendet zu bleiben;<sup>59</sup> auch der Stellung, die dem Sekundärrechtsakt nach der Vorstellung des Unionsgesetzgebers oder der in Rede stehenden Norm des Primärrechts zuerkannt wird, kann insoweit Bedeutung zukommen. Hingegen gebührt der mitgliedstaatlichen Verfahrenautonomie tendenziell dort der Vorrang, wenn unter Rückgriff auf das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip ein grundlegender und dauerhafter Einfluss auf das mitgliedstaatliche Rechtssystem droht; insoweit besteht die Gefahr, dass es zu einer Beeinträchtigung der durch eine lange (Prozess-)Rechtstradition gekennzeichneten Wertentscheidung kommt. Die damit einhergehende Abwägung der divergierenden Interessen hat allerdings auch zur Folge, dass die Frage, wann von einer Einwirkung des über das Effektivitätsprinzip vermittelnden Unionsrechts auf die mitgliedstaatlichen (Verfahrens-)Rechtsordnungen ausgegangen werden kann, einen starken Einzelfallbezug aufweist.

### III. Das Sammelklage-Inkasso nach nationalem Recht

#### 1. Einwände gegen die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos

Die Zulässigkeit des dem Sammelklagen-Inkasso zugrunde liegenden Geschäftsmodells wird im Wesentlichen unter folgenden Gesichtspunkten angezweifelt.<sup>60</sup> So sei das (traditionelle) Tätigkeitsfeld von Inkassounternehmen auf den außergerichtlichen Bereich beschränkt; diesbezüglich erschöpfe sich ihre Funktion in der Durchsetzung voraussichtlich unbestrittener sowie titulierter Forderungen.<sup>61</sup> Ein Geschäftsmodell, das im Wesentlichen auf die gerichtliche Geltendmachung ausgerichtet sei, könne daher nicht mehr als Inkassodienstleistung angesehen

---

mitgliedstaatlichen Gesetzgeber vergleichbare Gesetzgebungskompetenz zusteht; stattdessen gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, 464; *Potacs*, EuR 2009, 465 (473).

<sup>60</sup> Zu weiteren Einwänden, insbesondere in Zusammenhang mit § 4 S. 1 RDG, *Greger*, MDR 2018, 897 (900); *Henssler*, NJW 2019, 545 (548 ff.); *von Lewinski/Kerstges*, ZJP 132 (2019), 177 (184 ff.). Ferner LG München v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17, NZKart 2020, 145 (148 f.); LG Hannover v. 1.2.2021 – 18 O 34/17, NZKart 2021, 195; LG Stuttgart v. 20.1.2022 – 30 O 176/19, NZKart 2022, 222 – Rn. 98 ff.; LG Mainz v. 7.10.2022 – 9 O 125/20, NZKart 2023, 45 (46 f.); *Mann/Schnuch*, NJW 2019, 3477 (3480 f.). Dagegen umfassend etwa *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 160 ff.

<sup>61</sup> So *Greger*, MDR 2018, 897 (899); *Henssler*, NJW 2019, 545 (546 f.). Ferner LG München v. 7.2.2020 – 37 O 18934/17, NZKart 2020, 145 (147); LG Hannover v. 4.5.2020 – 18 O 50/16, NZKart 2020, 398 (399 f.); *Kilian*, NJW 2019, 1401 (1405 f.); *Mann/Schnuch*, NJW 2019, 3477 (3479 f.); *Prütting*, ZIP 2020, 49 (52). In der Sache auch *Mayrhofer*, ZfPW 2023, 110 (124 ff.); *Mescheder*, RDt 2024, 180 (183) nach denen die gerichtliche Geltendmachung allerdings eine zulässige Nebenleistung nach § 5 RDG darstellen kann.

werden und sei vielmehr der Rechtsanwaltschaft vorbehalten. Insoweit drohe zudem eine Ungleichbehandlung, da Rechtsanwältinnen die Vereinbarung einer beim Sammelklage-Inkasso anzutreffenden Vergütungsstruktur untersagt sei<sup>62</sup> – Erfolgshonorare sowie das Auftreten als Prozessfinanzierer sind Rechtsanwältinnen nur unter restriktiven Voraussetzungen erlaubt, § 4a Abs. 1 RVG bzw. § 49b Abs. 2 S. 1 f. BRAO.<sup>63</sup> Dem wird hinsichtlich Kartellschadensersatzforderungen noch hinzugefügt, dass aufgrund deren Komplexität es Inkassounternehmen an der erforderlichen Sachkunde mangle; eine Auseinandersetzung mit schwierigen Rechtsfragen entspreche nicht dem Berufsbild eines Inkassounternehmens.<sup>64</sup>

## 2. Analyse

Dass das RDG in erster Linie auf die Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen zugeschnitten ist, liefert noch keine Antwort auf die Frage, ob Inkassounternehmen die ihnen zur Einziehung übertragenen Forderungen auch klageweise durchsetzen können – das primär außergerichtliche Rechtsdienstleistungen erfassende RDG kann dazu keine grundsätzliche Aussage treffen.<sup>65</sup> Vielmehr bemisst sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Forderung gerichtlich geltend gemacht werden kann, ausschließlich nach den jeweiligen Verfahrensordnungen. Dem entspricht es, dass § 79 Abs. 1 S. 2 ZPO einen generellen Anwaltszwang für Parteien statuiert, die eine ihnen zum Zweck der Einziehung abgetretene Geldforderung geltend machen. Damit wird zugleich impliziert, dass Inkassounternehmen entsprechende Forderungen auch vor Gericht durchsetzen sollen können,<sup>66</sup> wie dies schon vor Inkrafttreten des RDG anerkannt war.<sup>67</sup>

Ebenso wenig wie § 2 Abs. 2 S. 1 RDG nicht zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Einziehung unterscheidet, kann ihm auch eine Beschränkung der Inkassotätigkeit auf „einfache“ bzw. rein kaufmännische Tätigkeiten nicht entnommen werden.<sup>68</sup> Daher muss bei kartellrechtlichen Schadensersatzansprü-

<sup>62</sup> Greger, MDR 2018, 897 (899); Henssler, NJW 2019, 545 (547 f.); Prütting, ZIP 2020, 197 (203); Prütting, in: FS für Martin Henssler, 2023, 1503 (1504).

<sup>63</sup> Zu den Hintergründen des grundsätzlichen Verbots einer quota litis BVerfG v. 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04, NJW 2007, 979 Rn. 66, 68; Bruns, JZ 2000, 232 (233 f., 236 ff.).

<sup>64</sup> Exemplarisch LG Stuttgart v. 20.1.2022 – 30 O 176/19, NZKart 2022, 222 Rn. 90 ff.; LG Mainz v. 7.10.2022 – 9 O 125/20, NZKart 2023, 45 (46). Ferner Henssler, NJW 2019, 545 (546).

<sup>65</sup> I.E. auch BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 = BGHZ 230, 255 – Rn. 17 ff.; v. 13.6.2022 – VIa ZR 418/21, NJW 2022, 3350 = BGHZ 234, 125 – Rn. 12; Bauermeister, ZIP 2021, 2625 (2627); Engler, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 145 f.; Glusdak/Scholz, in: Riehm/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023, 56 Rn. 35 f.; Krüger/Seegers, BB 2021, 1031 (1035); Stadler, JZ 2020, 321 (328 f.). Vgl. auch BT-Drs. 16/3655, 33; 19/27673, 61.

<sup>66</sup> So BT-Drs. 16/3655, 86.

<sup>67</sup> Exemplarisch unter Geltung des RBerG BGH v. 7.11.1995 – XI ZR 114/95, NJW 1996, 393; v. 24.10.2000 – XI ZR 273/99, NJW-RR 2001, 1420 (1421).

<sup>68</sup> In der Sache auch BT-Drs. 19/27673, 62; BGH v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW



chen auch eine Durchsetzung in sog. Stand-Alone-Verfahren möglich sein<sup>69</sup> – dem entspricht es, dass Inkassounternehmen mit der Berechnung und Fälligstellung ärztlicher Honorarforderungen schon bisher in vermeintlich „komplexe“ Gebiete vorgedrungen sind<sup>70</sup>. So entzieht sich schon die Frage, wann eine Tätigkeit „zu schwierig“ für Inkassounternehmen sei, einer einfachen Antwort. Gegen ein einschränkendes Verständnis spricht auch die mit dem Legal-Tech-Gesetz einhergehende Novellierung, die Registrierungsbehörden die Möglichkeit einräumt, vom Inkassounternehmen zusätzliche Nachweise hinsichtlich der Sachkunde zu verlangen, § 2 Abs. 1 S. 4 RDV – und zwar explizit hinsichtlich der nicht in § 11 Abs. 1 RDG beispielhaft („insbesondere“) aufgezählten Rechtsgebiete. Der von § 1 Abs. 1 S. 2 RDG bezweckte Schutz des rechtssuchenden Gläubigers ist daher über das Sachkunderfordernis (§ 11 Abs. 1 RDG) und den Anwaltszwang (§ 79 Abs. 1 S. 2 ZPO) ausreichend gewährleistet.<sup>71</sup> Zuletzt verbieten sich vor dem Hintergrund der Berufsfreiheit unverhältnismäßige Beschränkungen der von Inkassounternehmen erbrachten Tätigkeiten;<sup>72</sup> eine spezielle Erlaubnispflicht für traditionelle Inkassodienstleistungen ist verfassungsrechtlich eher weniger zu rechtfertigen, wenn Inkassounternehmen auf rein kaufmännische Tätigkeiten beschränkt werden.

2020, 208 = BGHZ 224, 89 – Rn. 141; *Deckenbrock*, NJW 2022, 3688 Rn. 6; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 124 f., 128; *Heinze*, NZKart 2022, 193 (194 f.); *Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031 (1035); *Ott*, in: *Fischer/Hornkohl* (Hrsg.), Kartellrecht und Zukunftstechnologien, 2024, 185 (192 f.); *Petrascu/Unsel*, NZKart 2023, 9 (12); *Stadler*, JZ 2020, 321 (323).

<sup>69</sup> In diese Richtung auch *Petrascu/Unsel*, NZKart 2023, 9 (10, 12). A.A. LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20, BeckRS 2023, 5354 Rn. 26. Dem folgend (wohl) LG Mainz v. 7.10.2002 – 9 O 125/20, NZKart 2023, 45 (46); *Stratmann*, WuW 2023, 473 (474).

<sup>70</sup> Dazu *Freitag/Lang*, ZJP 132 (2019), 329 (334). Vgl. auch *Ahrens*, in: FS für Reinhold Geimer, 2017, 1 (2).

<sup>71</sup> Vgl. BVerfG v. 20.2.2002 – 1 BvR 423/99, 1 BvR 821/00 und 1 BvR 1412/01, NJW 2002, 1190 (1191 f.); BGH v. 27.11.2019 – VIII ZR 285/18, NJW 2020, 208 = BGHZ 224, 89 Rn. 126; v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 = BGHZ 230, 255 Rn. 25; v. 13.6.2022 – VIa ZR 418/21, NJW 2022, 3350 = BGHZ 234, 125 Rn. 13; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 149 ff.; *Freitag/Lang*, ZIP 2020, 1201 (1203); *Glusdak/Scholz*, in: *Riehm/Dörr* (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023, 56 Rn. 36; *Stadler*, JZ 2020, 321 (323). A.A. *Mann/Schnuch*, NJW 2019, 3477 (3480); *Mayrhofer*, ZfPW 2023, 110 (125, 130), da der Rechtsanwalt zum Kunden des Inkassounternehmens in keinem Vertragsverhältnis stehe. Da es insoweit nicht um die fachliche Qualifikation des mit der Anspruchsdurchsetzung beauftragten Agenten, sondern um einen potentiellen Interessenkonflikt geht, kann ultima ratio auch hier der Schutz des Kunden über gegen das Inkassounternehmen gerichtete Schadensersatzansprüche erreicht werden (vgl. insoweit auch BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 = BGHZ 230, 255 – Rn. 62, 64); überdies entspricht dies der Konstellation, in der ein qualifizierter Verbraucherverband mit der Geltendmachung entsprechender Ansprüche betraut wird und diesbezüglich auf externen Rechtsbeistand zurückgreift. Inkassounternehmen ein derartiges Geschäftsmodell zu versagen, ist daher aus Kundenschutzgesichtspunkten nicht geboten.

<sup>72</sup> BVerfG v. 20.2.2002 – 1 BvR 423/99, 1 BvR 821/00 und 1 BvR 1412/01, NJW 2002, 1190 (1191 f.).

Nach wie vor existieren allerdings erhebliche Unterschiede hinsichtlich der von Inkassounternehmen und Rechtsanwälten ausgeübten Tätigkeiten. Angesichts dessen kann das vorgebrachte Argument, es drohe eine Ungleichbehandlung, da Inkassounternehmen sowohl ein Erfolgshonorar vereinbaren als auch eine Prozessfinanzierung anbieten können, schon von vornherein nur bedingt aufrechterhalten werden – zumal sich für den Mandanten ähnliche Ergebnisse mittels unstreitig zulässiger externer Prozessfinanzierung gegen Erfolgsbeteiligung erreichen lassen.<sup>73</sup> Während Inkassounternehmen sich im Rahmen des § 2 Abs. 2 S. 1 RDG bewegen müssen, obliegt Rechtsanwälten die (gerichtliche) Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten, weshalb das Geschäftsmodell des Sammelklage-Inkassos nahezu zwingend eine Zusammenarbeit mit Rechtsanwälten voraussetzt.<sup>74</sup>

#### IV. Das Sammelklage-Inkasso nach Unionsrecht

Richtigerweise folgt die Zulässigkeit des dem Sammelklage-Inkasso zugrunde liegenden Geschäftsmodells bereits aus dem nationalen Recht<sup>75</sup> – dies gilt nach dem Legal Tech-Gesetz umso mehr, obgleich sich der Gesetzgeber einer entsprechenden expliziten Aussage enthalten hat.<sup>76</sup> Die bisherigen das Sammelklage-Inkasso für zulässig erklärten BGH-Entscheidungen befassten sich allerdings nicht mit Kartellschadensersatzansprüchen. Daher betonen die dem Sammelklage-Inkasso die Anerkennung versagenden Instanzgerichte die Singularität entsprechender höchstrichterlicher Entscheidungen; auch zeichne sich das Kartellrecht durch ein hohes Maß an Komplexität aus, was zur Überschreitung der Inkassoerlaubnis führe.<sup>77</sup> Angesichts des Umstands, dass sich diese Argumente

<sup>73</sup> Darauf hinweisend *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 15.

<sup>74</sup> Ebenfalls zu dieser Einsicht BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, NJW 2021, 3046 = BGHZ 230, 255 – Rn. 27; *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 14; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 154; *Freitag/Lang*, ZIP 2020, 1201 (1203); *Petrascu/Unseld*, NZKart 2021, 280 (283); *Stadler*, JZ 2020, 321 (323). Ferner *Henssler*, NJW 2019, 545 (547).

<sup>75</sup> Ebenso *Deckenbrock*, ZRP 2022, 171; *Deckenbrock*, NJW 2022, 3688 Rn. 6; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 143 ff.; *Glusdak/Scholz*, in: Riehm/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023, 56 Rn. 35, 42; *Petrascu/Unseld*, NJW 2022, 1200 Rn. 5; *Stadler*, RDt 2021, 513 (515 f.). Vgl. auch BT-Drs. 19/27673, 61.

<sup>76</sup> In diesem Zusammenhang liegt zudem eher der Schluss nahe, dass der Gesetzgeber, hätte er das Geschäftsmodell des Sammelklage-Inkassos für mit dem RDG für nicht vereinbar erklären wollen, dies explizit getan hätte. Schließlich waren ihm etwaige Fälle – auch angesichts des Auftretens von CDC – seit längerem bekannt. Vgl. diesbzgl. auch *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 148.

<sup>77</sup> Vgl. dazu bereits III.1.



ebenso auf andere bisher nicht abgeurteilte Rechtsgebiete, etwa im Digitalisierungsbereich, übertragen lassen, liegt die Frage nahe, ob sich die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos (auch) aus dem Unionsrecht ableiten lässt.

### 1. Die Position des LG Dortmund

Nach dem LG Dortmund verstößt ein (potenzielles) Inkasoverbot für Kartellschadensersatzforderungen sowohl gegen die Kartellschadensersatzrichtlinie als auch gegen das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip; positiv formuliert fordere das Unionsrecht eine Rechtsdurchsetzung unter Rückgriff auf das Sammelklage-Inkasso.<sup>78</sup> Diesbezüglich stützt sich das Gericht auf folgende Erwägungen:<sup>79</sup>

Art. 3 Abs. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie statuiere in Einklang mit einschlägigen EuGH-Entscheidungen im Fall von Zuwiderhandlungen gegen Art. 101 f. AEUV das Recht jedermanns auf vollständigen Schadensersatz. Dies gelte nach Art. 2 Nr. 4 Var. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie auch zugunsten der Person, die den Anspruch erworben habe, womit eine Entscheidung des Unionsgesetzgebers zugunsten des Abtretungsmodells bzw. Sammelklage-Inkassos zum Ausdruck käme.<sup>80</sup> Anders als bei der in Art. 2 Nr. 4 Var. 2 Kartellschadensersatzrichtlinie geregelten Prozessstandschaft, deren Zulässigkeit explizit den Mitgliedstaaten überlassen worden sei, stünde im Umkehrschluss den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Abtretungsmodells gerade kein Umsetzungsspielraum zu.<sup>81</sup> Da das Abtretungsmodell in anderen Mitgliedstaaten anerkannt sei, könne sich ein Verbot nach deutschem Recht zudem negativ auf die einheitliche Anwendung des Kartellrechts auswirken und unerwünschte Anreize zum Forum Shopping setzen.<sup>82</sup> Dem stehe nicht entgegen, dass die Kartellschadensersatzrichtlinie die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, kollektive Rechtsschutzinstrumente einzuführen;<sup>83</sup> schließlich handle es sich beim Abtretungsmodell nicht um

<sup>78</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 Rn. 42. In diese Richtung ebenfalls *Hornkohl*, NZKart 2024, 2 (8); *Ott*, in: Fischer/Hornkohl (Hrsg.), Kartellrecht und Zukunftstechnologien, 2024, 185 (203 f.); *Petrasincul/Unsel*, NZKart 2023, 9 (13). Ferner *Klumpe*, WuW 2022, 462 (463 f.); *Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031 (1035). Andenkend auch *Bauermeister*, ZIP 2021, 2625 (2629).

<sup>79</sup> Die für den 19.9.2024 angekündigten Schlussanträge des Generalanwalts lagen bei Fertigstellung des Manuskripts noch nicht vor. Überdies kommt der ebenfalls angeführten Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz (LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 [Kart], BeckRS 2023, 5354 – Rn. 77 ff.) nur nachgelagerte Bedeutung zu. Siehe dazu *Stratmann*, WuW 2023, 473 (477 f.).

<sup>80</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 47, 49.

<sup>81</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 48.

<sup>82</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 50 f. Zur Anerkennung des Abtretungsmodells in den Niederlanden *Stadler*, in: FS für Haimo Schack, 2022, 499 (502). Siehe zur dem Abtretungsmodell nahekommenden „Sammelklage österreichischer Prägung“ *Scholz-Berger*, GVRZ 2022, 11 Rn. 2, 5 ff.

<sup>83</sup> ErwGr. 13 KartellschadensersatzRL.

kollektiven Rechtsschutz, sondern um die Individualklage eines Zessionars aus eigenem Recht.<sup>84</sup>

Darüber hinaus ergebe sich die Gebotenheit des Sammelklage-Inkassos aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip. Wenn Art. 3 Abs. 1 Kartellschadensersatzrichtlinie jedermann das Recht auf vollständigen Schadensersatz einräume, müssten die Mitgliedstaaten auch entsprechende Mechanismen bereithalten, mit denen eine effektive Durchsetzung des europäischen Kartellrechts gewährleistet werden könne.<sup>85</sup> Mitgliedstaatliche Gerichte müssten demnach nicht nur für die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sorgen, sondern auch jeder Gefährdung der vollen Wirksamkeit entgegenwirken.<sup>86</sup> Insoweit bilde das Sammelklage-Inkasso die einzige Möglichkeit; eine wirksame, dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip genügende private Kartellrechtsdurchsetzung sei nur mittels des Abtretungsmodells zu erreichen.<sup>87</sup> Eine gebündelte Geltendmachung bewirke eine hinreichende Aufteilung der Kosten für Sachverständige und Rechtsberater sowie eine breite Streuung des Prozessrisikos. Derartige Kosten seien für Individualkläger regelmäßig prohibitiv, weshalb eine individuelle Rechtsdurchsetzung nicht zu erwarten sei – vor dem Hintergrund, dass ein erheblicher Teil der Verfahrenskosten für den Schadensnachweis zu veranschlagen seien, gelte dies umso mehr.<sup>88</sup> Zudem lasse sich nur mittels Sammelklage-Inkassos materielle Waffengleichheit zwischen den Prozessparteien erreichen. So handele es sich bei den Kartellanten typischerweise um finanzkräftige Akteure, die aufgrund der in Rede stehenden hohen Summen bei der Verteidigung auf erhebliche Ressourcen zurückgriffen.<sup>89</sup> Dieses Ungleichgewicht könne ausschließlich mittels Einschaltung spezialisierter Rechtsdienstleister, die über umfangreiche finanzielle Kapazitäten und Expertise verfügen, behoben werden.<sup>90</sup> Hinsichtlich sog. Stand-Alone-Klagen müsse dies erst recht gelten, da potentiell Geschädigte insoweit noch nicht einmal von einer Bindungswirkung einer kartellbehördlichen Entscheidung profitieren könnten.<sup>91</sup>

Eine wirksame, dem unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip genügende private Kartellrechtsdurchsetzung sei darüber hinaus nur bei einer treuhänderischen Forderungsübertragung gewährleistet. Nach nationalem Recht unstreitig zulässige Abtretungsmodelle, deren Geschäftsmodell sich durch eine vollständige Forderungsübertragung auszeichnet,<sup>92</sup> könnten im Kartellrecht nicht als ernst-

<sup>84</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 54 ff.

<sup>85</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 58.

<sup>86</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 61.

<sup>87</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 38, 63.

<sup>88</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 38, 64 f.

<sup>89</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 66.

<sup>90</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 66 ff.

<sup>91</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 69.

<sup>92</sup> Zur Zulässigkeit eines derartigen Geschäftsmodells – insoweit handelt es nicht um die Einziehung fremder oder zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretener Forderungen i.S.v. § 2 Abs. 2 S. 1 RDG – exemplarisch BT-Drs. 16/3655, 35 ff.

zunehmende Alternative angesehen werden.<sup>93</sup> So würde ein derartiges Abtretungsmodell in aller Regel erhebliche Bewertungsschwierigkeiten mit sich bringen, was typischerweise einen empfindlichen Abschlag zur Folge haben dürfte.<sup>94</sup> Schließlich sei auch der dafür erforderliche Kapitaleinsatz enorm, weshalb nicht zu erwarten sei, dass hinsichtlich Kartellschadensersatzforderungen ausreichend Akteure auf ein derartiges Geschäftsmodell zurückgreifen würden.<sup>95</sup>

## 2. Analyse

Bei der vom LG Dortmund aufgeworfenen Frage handelt es sich um eine Konstellation, die vom Geltungsanspruch des Unionsrechts nicht unmittelbar erfasst ist. Dies bedingt nach dem hier vertretenen Abwägungsmodell eine Gegenüberstellung des Interesses der Union an der bestmöglichen Durchsetzung ihres Rechts mit den Charakteristika mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen. Im Ausgangspunkt besteht angesichts der zentralen Stellung, die dem Kartellrecht seit jeher in den europäischen Verträgen zukommt, ein erhebliches Interesse der Union an der effektiven Beachtung ihres Rechts – mit entsprechender Abschwächung gilt dies auch für das übrige Unionsrecht, das Privaten ein durchsetzbares Recht einräumt.<sup>96</sup> Was Kartellschadensersatzklagen betrifft, dürfte dies bei sog. Follow-On-Klagen umso mehr gelten, als hier der Kartellverstoß bereits festgestellt ist; insoweit könnte das Interesse an der Wiederherstellung der Institution „Wettbewerb“ überwiegen.

Bei näherer Betrachtung ist es jedoch naheliegender, die vom LG Dortmund aufgeworfene Frage zu verneinen;<sup>97</sup> das Abtretungsmodell stellt mithin nicht die einzige Möglichkeit dar, mit der der privatrechtlichen Kartelldurchsetzung einer vom unionsrechtlichen Effektivitätsprinzip geforderten Geltung verschafft werden kann. So verlangt das Effektivitätsprinzip schon nicht die Herstellung der größtmöglichen Wirksamkeit des Unionsrechts<sup>98</sup> – dass das Sammelklage-Inkasso am effektivsten bzw. für Geschädigte (bestimmter Anspruchsgruppen) am attraktivsten ist, begründet daher noch keine Verletzung des Effektivitätsprinzips. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass eine individuelle Forderungsdurchsetzung aufgrund der bei Kartellschäden typischerweise im Raum stehenden hohen Summen für potentiell Geschädigte nicht nur rational, sondern in der Rechtspraxis auch durchaus anzutreffen ist.<sup>99</sup> In derartigen Verfahren ist

<sup>93</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 33.

<sup>94</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 33.

<sup>95</sup> LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 33.

<sup>96</sup> In diese Richtung *Hoch/Hendricks*, VuR 2020, 254 (259 ff.).

<sup>97</sup> So auch *Stratmann*, WuW 2023, 473 (478).

<sup>98</sup> Dazu bereits II.2.

<sup>99</sup> Hingewiesen sei hier nur auf das sog. Schienenkartell, in dem die Deutsche Bahn bzw. einer deren Tochtergesellschaften (§ 2 Abs. 3 Nr. 6 RDG) und weitere regionale Verkehrsbetriebe als Klägerinnen auftraten. Vgl. im Übrigen *Ahrens*, WRP 2015, 1040 Rn. 11 ff., 42; *Krüger/Seegers*, BB 2021, 1031 (1033); *Stratmann*, WuW 2023, 473 (474, 476).

der Rückgriff auf einen Prozessfinanzierer zudem uneingeschränkt möglich – insoweit lassen sich etwa die für den Kläger mit dem formalen Unterliegensprinzip (§91 ZPO) einhergehenden Nachteile (partiell) ausgleichen.<sup>100</sup> Überdies ist auch das Geschäftsmodell des „echten“ Forderungskaufs durchaus hinsichtlich der Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen verbreitet.<sup>101</sup> Dem Einwand der Bewertungsschwierigkeiten und des dafür notwendigen hohen Kapitaleinsatzes lässt sich dergestalt abmildern, als zunächst in kleineren Verfahren die Erfolgswahrscheinlichkeit „ausgetestet“ werden kann – Prozess- und Kostenrisiken ließen sich auf diese Weise (erheblich) minimieren.<sup>102</sup>

Auch die Übrigen vom LG Dortmund angeführten Argumente können wenig überzeugen. Die Vorgabe, dass jedermann Ersatz des ihm durch den Kartellverstoß erlittenen Schadens verlangen können soll, bezieht sich zunächst nur auf die Zurverfügungstellung einer entsprechend durchsetzbaren subjektiven Position. Auf die Frage des Wie der Anspruchsdurchsetzung bzw. der genauen Ausgestaltung des Verfahrens wird hingegen keine Antwort gegeben. Daran ändert auch die Bezugnahme auf Art. 2 Nr. 4 Var. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie nichts. So besagt die Kartellschadensersatzrichtlinie nicht, welche Abtretungsmodelle die Mitgliedstaaten zu ermöglichen haben. Eine Singularzession ist ebenso wie ein gebündelter „echter“ Forderungserwerb nach nationalem Recht unstreitig zulässig. Ob Art. 2 Nr. 4 Var. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie darüber hinaus auch eine treuhänderische Abtretung erfasst, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn die Charakteristika des Sammelklage-Inkassos resultieren nicht primär aus der Art der Forderungsübertragung, sondern aus der dahinter stehenden funktionalen Prozessfinanzierung mit Erfolgsbeteiligung. Dass Art. 2 Nr. 4 Var. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie folglich zwingend das dem Sammelklage-Inkasso zugrunde liegende Geschäftsmodell meint, kann der allein den Forderungserwerb regelnden Vorschrift daher nicht entnommen werden.

Im Übrigen gilt es, bei der Heranziehung des Effektivitätsprinzips die institutionelle Balance zu wahren – und dies sowohl zwischen EuGH und Unionsgesetzgeber als auch zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang kommt der in der Kartellschadensersatzrichtlinie getroffenen Entscheidung, die Mitgliedstaaten nicht zur Einführung kollektiver Rechtsschutzzinstrumente zu verpflichten, eine zentrale Rolle zu.<sup>103</sup> Vor diesem Hintergrund kann die Einschätzung des LG Dortmund, bei dem Sammelklage-Inkasso handele es sich um eine reine Individualklage, nicht überzeugen. So spricht das LG Dort-

---

<sup>100</sup> Allgemein zu den für die Kläger verbundenen Nachteilen des formalen Unterliegensprinzips Breyer, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, 2006, 229 ff.

<sup>101</sup> Hinsichtlich des LKW-Kartells Chmielewski, JUVE, April 2024, 54 f.; Kremer, NZKart 2022, 684 (688). Exemplarisch zu Legal Tech-Unternehmen in anderen Rechtsgebieten, denen ein echtes Factoring als Geschäftsmodell zugrunde liegt, § 2 Nr. 1 der Compensation2Go GmbH-AGB (<https://compensation2go.com/allgemeine-geschaeftsbedingungen/>)

<sup>102</sup> Stratmann, WuW 2023, 473 (476).

<sup>103</sup> ErwGr. 13 KartellschadensersatzRL.

mund in Zusammenhang mit dem Sammelklage-Inkasso schon selbst von ‚gebündelter Durchsetzung‘; insoweit betont es die mit einer gemeinsamen Anspruchsgeltendmachung verbundenen Vorteile.<sup>104</sup> Näherliegender ist es daher, den in der Kartellschadensersatzrichtlinie verwendeten Begriff „kollektive[r] Rechtsschutz“ funktional zu verstehen.<sup>105</sup> Dies entspricht auch der Einsicht, dass es *den* kollektiven Rechtsschutz nicht gibt. Nicht nur existieren schon im nationalen Recht mit dem KapMuG, dem UKlaG und dem VDuG (stark) unterschiedliche Instrumente, sondern auch die Verbandsklagenrichtlinie räumt den Mitgliedstaaten erhebliche Gestaltungsspielräume ein.<sup>106</sup>

Im Übrigen könnte ein Verständnis des unionsrechtlichen Effektivitätsprinzips, das zwingend eine Rechtsdurchsetzung im Wege des Sammelklage-Inkassos fordert, Friktionen mit vom Unionsgesetzgeber an anderer Stelle getroffenen Entscheidungen hervorrufen – mittelbar könnte sich dies auch zulasten der Mitgliedstaaten auswirken. In diesem Zusammenhang kommt der Verbandsklagenrichtlinie eine zentrale Bedeutung zu. Zwar ist das Kartellrecht von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen. Bei der letztlich auf die Unterlassungsklagenrichtlinie von 1998 zurückgehende Verbandsklagenrichtlinie kann allerdings (auch) vor dem Hintergrund ihrer Geschichte davon ausgegangen werden, dass mit ihr die Grundlagen des unionalen kollektiven Rechtsschutzes statuiert werden.<sup>107</sup> Danach hat der Unionsgesetzgeber nicht nur qualifizierte Einrichtungen primär für die Durchsetzung des (Verbraucher-)Unionsrechts vorgesehen, sondern auch die Zulässigkeit der Prozessfinanzierung ausschließlich zur Disposition der Mitgliedstaaten gestellt<sup>108</sup> – dem entspricht es, dass zumindest für die

<sup>104</sup> So LG Dortmund v. 13.3.2023 – 8 O 7/20 (Kart), BeckRS 2023, 5354 – Rn. 63 ff.

<sup>105</sup> Vgl. zur „Qualifikation“ des Abtretungsmodells auch *Stadler*, WuW 2018, 189 ff. Ferner *Schweitzer/Woeste*, Der „Private Attorney General“: Ein Modell für die private Rechtsdurchsetzung des Marktordnungsrechts?, 2020, 18.

<sup>106</sup> Vgl. zu den von der Verbandsklagenrichtlinie den Mitgliedstaaten eingeräumten Umsetzungsmöglichkeiten etwa *Kern/Uhlmann*, ZEuP 2022, 849 (852 ff.). Ferner *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 103 ff.; *Gascón Inchausti*, GPR 2021, 61 (65, 79). Zu einer Gegenüberstellung (früherer) österreichischer, deutscher und unionaler Gesetzesvorhaben siehe *Klever/Schwamberger*, GVRZ 2019, 4 Rn. 32 ff.

<sup>107</sup> Vgl. den Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (COM[2018] 184 final), 1 ff. sowie die die Grundlage für die Verbandsklagenrichtlinie bildende (sektorübergreifende) Empfehlung der Kommission „Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU).“ Ferner *Gascón Inchausti*, GPR 2021, 61 (79 f.).

<sup>108</sup> Art. 10 Abs. 1 Verbandsklagenrichtlinie. Dies gilt überdies auch hinsichtlich des in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 13. September 2022 mit Empfehlungen an die Kommission zur verantwortungsbewussten privaten Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten (2020/2130(INL)) enthaltenen Richtlinienvorschlags (Anlage Art. 4 Abs. 1), in Folge: Richtlinienvorschlag zur Prozessfinanzierung.

Erhebung grenzüberschreitender Verbandsklagen nur qualifizierte Einrichtungen in Betracht kommen, die keinen Erwerbszweck verfolgen.<sup>109</sup> Wenn das Unionsrecht ein dem Sammelklage-Inkasso zugrunde liegendes kollektives Rechtsschutzmodell fordern würde, wäre damit eine Hinwendung zur auf Gewinnerzielung ausgerichteten Rechtsdurchsetzung verbunden – eine Entwicklung, die sich letztlich dem U.S.-amerikanischen Modell annähern würde, und die der unionale Gesetzgeber gerade vermeiden wollte.<sup>110</sup> Überdies würde das vom LG Dortmund an den Tag gelegte Verständnis des Effektivitätsprinzips auch den Mitgliedstaaten die Möglichkeit nehmen, sowohl über die Zulässigkeit der Prozessfinanzierung als auch über die Einführung einer gewerblichen Rechtsdurchsetzung zu entscheiden – insoweit droht ein tiefgreifender Eingriff in eine durch eine längerfristige Wertentscheidung geprägte Rechtstradition.<sup>111</sup>

Neben einer Beeinträchtigung der Entscheidung, kollektiven Rechtsschutz im Bereich des Kartellrechts anderen Rechtssetzungsakten vorzubehalten<sup>112</sup> – insoweit kann auch einem Minimalkonsens im Rat Rechnung getragen worden sein –, könnte eine unionsrechtliche Verpflichtung auf das Abtretungsmodell noch Unstimmigkeiten an anderer Stelle nach sich ziehen. So sieht die Kartellschadensersatzrichtlinie bereits umfangreiche funktional prozedurale Instrumente wie Offenlegungsvorgaben, Regelungen zur Schadensschätzung und -vermutung sowie die Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen vor.<sup>113</sup> In diesem Zusammenhang liegt das Argument nahe, dass, sollte der Rechtsakt bereits über detailliert ausgestaltete verfahrensmäßige Bestimmungen verfügen, der Unionsgesetzgeber im Zweifel eine abschließende Regelung getroffen hat.<sup>114</sup> Zwar folgt das Recht auf vollen Schadensersatz unmittelbar aus dem Primärrecht, so dass Friktionen mit der Regelungintention des Unionsgesetzgebers auf den ersten Blick von vornherein nicht aufkommen könnten. Ungeachtet der Frage, ob dem Unionsgesetzgeber auch hinsichtlich des Primärrechts eine Konkretisierungsbe-

<sup>109</sup> Art. 4 Abs. 3 lit. c Verbandsklagenrichtlinie. Dass damit eine gewerbliche Rechtsdurchsetzung in den Mitgliedstaaten ausgeschlossen wird, kann man neben dem damit verbundenen tiefgreifenden Eingriff in die mitgliedstaatliche Verfahrensautonomie auch vor dem Hintergrund von Art. 1 Abs. 2 S. 1 Verbandsklagenrichtlinie eher weniger annehmen. Siehe dazu auch Art. 4 Abs. 1 Richtlinienentwurf zur Prozessfinanzierung; *Bauermeister*, ZIP 2021, 2625 (2628 f.).

<sup>110</sup> Zu dieser Einschätzung ebenfalls *Gascón Inchausti*, GPR 2021, 61 (65, 79 f.); *Stadler*, ZHR 182 (2018), 623 (628). Vgl. diesbzgl. auch ErwGr. 2 Richtlinienentwurf zur Prozessfinanzierung. Ferner *Möllers/Pregler*, ZHR 176 (2012), 144 (173).

<sup>111</sup> Vgl. hinsichtlich private law enforcement und public law enforcement *Kern*, ZZPInt 12 (2007), 351 (378).

<sup>112</sup> Zu dem damaligen Anliegen, den kollektiven Rechtsschutz sektorübergreifend zu regeln, *Gascón Inchausti*, GPR 2021, 61 (63).

<sup>113</sup> Dazu bereits II.2.

<sup>114</sup> Zur „prozessrechtlichen Qualifikation“ der Offenlegungsvorgaben vor dem Hintergrund von Art. 22 KartellschadensersatzRL EuGH v. 12.1.2023 – C-57/21, ECLI:EU:C:2023:6 (*RegioJet/České dráhy*) – Rn. 44. Vgl. allgemein *Mörsdorf*, RabelsZ 83 (2019), 797 (815 f., 818 f.).

fugnis zukommt,<sup>115</sup> betrifft die Vorgabe des Primärrechts allerdings nur das Ob der Haftung; die Frage der Verfahrensausgestaltung obliegt daher weiterhin dem Uniongesetzgeber bzw. der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.

Zuletzt wäre auch durch das Abtretungsmodell keineswegs sichergestellt, dass hinsichtlich Kartellschäden ein Durchsetzungsniveau erreicht würde, das sich das LG Dortmund erhofft. So bildet bei den praktisch allein existierenden Follow-On-Klagen<sup>116</sup> die haftungsausfüllende Kausalität – also die Frage, was bei den verschiedenen Marktstufen der hypothetische Marktpreis ohne Kartell gewesen wäre – regelmäßig die Haupthürde im Kartellschadensersatzprozess. Trotz der in § 33a Abs. 2 S. 1 GWB zum Ausdruck kommenden Vermutung, dass ein Kartell einen Schaden verursacht, und der von § 287 ZPO vorgesehenen Möglichkeit der Schadensschätzung scheiterten im Jahr 2022 etwa 64 % der erstinstanzlichen Klagen am Nachweis der haftungsausfüllenden Kausalität.<sup>117</sup> Ungeachtet der den Klägern entgegenkommenden Vermutung sind regelmäßig aufwendige ökonomische Gutachten erforderlich, um das Gericht mit hinreichenden Grundlagen für eine Schadensschätzung (§ 33a Abs. 3 S. 1 GWB i.V.m. § 287 ZPO) zu versorgen – landläufig ist von Gutachterkosten im unteren sechsstelligen Bereich die Rede.<sup>118</sup> Eine von konkreten Anhaltspunkten losgelöste freie Schadensschätzung wird im Rahmen des § 287 ZPO nicht für zulässig erachtet;<sup>119</sup> dem entspricht es, dass auch die Kartellschadensersatzrichtlinie keine Vermutung eines Mindestschadens vorsieht.<sup>120</sup>

Ob alleine das Abtretungsmodell an den die Kläger treffenden Nachweis-schwierigkeiten etwas ändern kann, ist fraglich. Zwar bewirkt eine Anspruchsbündelung eine Vergrößerung der Datenmenge und ermöglicht die Aufteilung der erheblichen für Sachverständige anfallenden Kosten. Der Umstand, dass sich die Vermutung von § 33a Abs. 2 S. 1 GWB in Einklang mit der Kartellschadensersatzrichtlinie nur auf das Ob, nicht aber auf eine konkrete Schadenshöhe bezieht (vgl. auch § 33a Abs. 3 S. 1 GWB), die restriktive Anwendung von § 287 ZPO und die umfangreichen Privatgutachten der Kartellanten, die den Gerichten regelmäßig die Verneinung eines Schadens nahezulegen versuchen, sind allerdings

<sup>115</sup> Dazu etwa Mörsdorf, RabelsZ 83 (2019) 797 (819 ff.); Roth, ZHR 179 (2015), 668 (674 ff.).

<sup>116</sup> Zum geringen Vorkommen von Stand-Alone-Klagen Kersting, NZKart 2022, 309 (313); Kruse, NZKart 2023, 138 (140); Berg/Mäsch, 4. Aufl. 2022, § 33a GWB Rn. 1.

<sup>117</sup> Siehe diesbzgl. die quantitative Auswertung von Kruse, NZKart 2023, 138 (141 f.).

<sup>118</sup> Krüger/Seegers, BB 2021, 1031 (1033); Petrasincul/Unsel, NZKart 2021, 280 (281).

<sup>119</sup> Exemplarisch Thole, NZKart 2021, 5. Offener unter Rückgriff auf Art. 17 KartellschadensersatzRL und das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip König, WuW 2024, 306 (310 f.).

<sup>120</sup> Unter Verweis auf den Gesetzgebungsprozess Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, § 33a GWB Rn. 94. Ferner ErwGr. 47 KartellschadensersatzRL; Kersting, NZKart 2022, 309 (311). Vgl. auch EuGH v. 16.2.2023 – C-312/21, ECLI:EU:C:2023:99 (Tráficos Manuel Ferrer u.a./Daimler) – Rn. 50 ff.; Kersting, WuW 2023, 189 (191 f.). Offener König, WuW 2024, 306 (308).



von der Art der Anspruchsdurchsetzung unabhängig.<sup>121</sup> Dies trifft auch auf die gerichtliche Ausstattung und die generelle Einsicht zu, dass deutsche Gerichte bei der Bewältigung von Massenverfahren (noch) eher weniger gut aufgestellt sind.<sup>122</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Die Tendenz des Legal Tech-Gesetzes spricht trotz mangelnder dezidierteter Aussage des Gesetzgebers stark für die Zulässigkeit des Sammelklage-Inkassos. Im Übrigen kommt den entsprechenden BGH-Entscheidungen eine starke Signalwirkung zu, die sich wahrscheinlich nur schwer wieder rückgängig machen dürfte. Vor diesem Hintergrund würden Instanzgerichte und Rechtsanwaltschaft gut daran tun, ihren Widerstand gegen das Sammelklage-Inkasso aufzugeben. Insoweit ist auch eher weniger davon auszugehen, dass es zu einem grundsätzlichen Konflikt zwischen Anwaltschaft und (Legal Tech-)Inkassounternehmen kommt.<sup>123</sup> Während letztere sich auf die (softwarebasierte) Durchsetzung standardisierter Fälle fokussieren, können Rechtsanwälte sich auf individuelle Konstellationen bzw. komplexere Fragen konzentrieren.

Unter Rückgriff auf das unionsrechtliche Effektivitätsprinzip eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf das Abtretungsmodell abzuleiten, lässt sich allerdings nicht überzeugend begründen – insoweit steht das Kartellrecht Pate für andere Rechtsakte des Unionsrechts. Eine europaweite Harmonisierung über den Effektivitätsgrundsatz zu erreichen, würde nicht nur die Gefahr begründen, grundlegend in die mitgliedstaatlichen Rechtsdurchsetzungssysteme einzugreifen, sondern auch (erhebliche) Friktionen mit in anderen Rechtssetzungsakten zum Ausdruck kommenden Entscheidungen des Unionsgesetzgebers nach sich ziehen. Im Übrigen bleibt es auch hier bei der Einsicht, dass das Effektivitätsprinzip im Ausgangspunkt nicht nach größtmöglicher Wirksamkeit des Unionsrechts verlangt. Dies gilt vor dem Hintergrund der von der Kartellschadensersatzrichtlinie statuierten Vorgaben umso mehr. Demnach ist eine volle Schadenskompensation unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer zu gewährleisten.<sup>124</sup> Gleichzeitig gilt es, eine Überkompensation der Geschädigten zu verhindern –

<sup>121</sup> Vgl. auch *Kruse*, NZKart 2023, 138 (142 ff.); *Stratmann*, WuW 2023, 473 (475).

<sup>122</sup> Vgl. zu dieser Einsicht *Domej*, NJW-Beil 2024, 37 Rn. 19 ff.; *Engler*, Die Bedeutung der unechten Legal Tech-Sammelklagen für den kollektiven Rechtsschutz, 2022, 218 f.; *Fries*, NJW 2021, 2537 Rn. 21 f.; *Glusdak/Scholz*, in: Riehm/Dörr (Hrsg.), Digitalisierung und Zivilverfahren, 2023, 56 Rn. 60; *Heinze*, NZKart 2022, 193 (197); *Lerch/Valdini*, NJW 2023, 420 Rn. 16 ff.; *Stadler*, RD 2021, 513 (517); *Wagner/Weskamm*, in: FS für Martin Henßler, 2023, 1605 (1624). Siehe hinsichtlich möglicher Reformvorschläge im Bereich von Kartellschadensersatzprozessen *Imgarten*, in: Fischer/Hornkohl (Hrsg.), Kartellrecht und Zukunftstechnologien, 2024, 207 (223 ff.); *Klumpe*, WuW 2022, 462 (468).

<sup>123</sup> *Fries*, NJW 2021, 2537 Rn. 8. Vgl. auch *Petrascu/Unseld*, NZKart 2021, 280 (283).

<sup>124</sup> Art. 12 Abs. 1 KartellschadensersatzRL.



also dem Kartellanten die Möglichkeit der Passing-On-Defense einzuräumen sowie ihn vor einer mehrfachen Inanspruchnahme und Strafschadensersatz zu bewahren.<sup>125</sup> Ob sich diese Punkte ohne ein (Zwangs-)Gesamtverfahren hinreichend klären lassen, darf bezweifelt werden.<sup>126</sup> Damit wird aber auch deutlich, dass sich die Frage, wie eine effektive private Kartellrechtsdurchsetzung erreicht werden kann, nicht mittels Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf das Sammelklagen-Inkasso erübrigt. Insoweit sollte es vielmehr weiteren Rechtsakten und damit aus organkompetenziellen Gründen<sup>127</sup> letztlich den jeweils zuständigen Gesetzgebern überlassen bleiben, ein kohärentes Konzept hinsichtlich der privatrechtlichen Kartellrechtsdurchsetzung zu entwickeln.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Art. 12 Abs. 2, 13 ff. KartellschadensersatzRL.

<sup>126</sup> Vgl. diesbzgl. auch *Kersting*, NZKart 2022, 309 (310 f.); *Klumpe*, WuW 2022, 462 (466); *Schweitzer*, NZKart 2014, 335 (345).

<sup>127</sup> So ist der Gesetzgeber aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Instrumente besser geeignet, über Fragen zu entscheiden, die sich grundlegend auf das Gesamtrechtssystem auswirken. Dazu aus unionaler Perspektive etwa *Rebhahn*, ZfPW 2016, 281 (288).

<sup>128</sup> Für eine gesetzliche Schadensvermutung in Gestalt eines Preisüberhöhungsschadens eintretend *Kersting*, NZKart 2022, 309 (311 f.).

## Verzeichnis der Autorinnen und Autoren

- Achleitner, Ranjana Andrea*, MMag. Dr., ist Universitätsassistentin (Post Doc) an der Johannes-Kepler-Universität Linz
- Engel, Andreas*, Dr., LL.M. (Yale) ist Akademischer Rat a. Z. an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
- Grisse, Karina*, Dr., LL.M. (Edinburgh) ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin an der Universität zu Köln
- Hornkohl, Lena*, Ass.-Prof. Dr., LL.M., ist Inhaberin einer Tenure-Track-Professur für Europarecht an der Universität Wien
- Jaeger, Frederik*, ist Doktorand bei Prof. Dr. Bettina Rentsch, LL.M. (Michigan), Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin
- Könen, Daniel*, PD Dr., LL.M., vertritt den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin
- König, Carsten*, PD Dr., LL.M. (Harvard), ist Akademischer Rat a.Z. an der Universität zu Köln
- Messner-Kreuzbauer, David*, Dr., ist Research Assistant (Post Doc) am Institute for European Tort Law in Wien
- Pauer, Nada Ina*, Dr. ist wissenschaftliche Referentin und Habilitandin am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München bei Prof. Dr. Josef Drexler, LL.M. (UC Berkeley)
- Rentsch, Bettina*, Prof. Dr., LL.M. (Michigan) ist Inhaberin einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin
- Rohner, Tristan*, Prof. Dr., ist Inhaber einer Juniorprofessur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht in der digitalen Gesellschaft an der Bucerius Law School in Hamburg
- Uhlmann, Christian*, Dr., LL.M. (Cornell), ist Akademischer Rat a. Z. an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
- Zurth, Patrick*, Dr., LL.M. (Stanford) ist Akademischer Rat a. Z. an der Ludwig-Maximilians-Universität München



# Rechtsaktverzeichnis

- AI-Act: Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828, ABl. L 2024/144, 1
- Brüssel Ia-Verordnung (Brüssel Ia-VO): Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 2012/351, 1
- Data Act (DA): Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828, ABl. L 2023/71, 1
- Data Governance Act (DGA): Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724, ABl. L 2022/152, 1
- Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO): Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 2016/119, 1
- Datenschutz-Richtlinie (Datenschutz-RL): Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 1995/281, 31.
- Digital Markets Act (DMA): Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828, ABl. L 2022/265, 1
- Digital Services Act (DSA): Verordnung (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, ABl. L 2022/277, 1
- Digitale-Inhalte-Richtlinie (DIRL): Richtlinie (EU) 2019/770, ABl. L 2019/136, 1
- DSM-Richtlinie: Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 2019/130, 92
- ECN+-Richtlinie: Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L 2019/11, 3
- E-Commerce-Richtlinie: Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informa-

- tionsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 2000/178, 1
- Fluggastrechte-Verordnung (FluggastrechteVO): Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleich und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. L 2004/46, 1
- Fusionskontroll-Verordnung (FKVO): Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 2004/24, 1
- Geschäftsgeheimnis-Richtlinie: Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. L 2016/157, 1
- Handelsvertreter-Richtlinie (HandelsvertreterRL): Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. L 1986/382, 1
- Kartellschadensersatz-Richtlinie (KartellschadensersatzRL): Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 2014/439, 1
- Kartellverfahrens-Verordnung (KartellverfahrensVO): Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 2003/1, 1
- Markets in Crypto Assets Regulation (MiCAR): Verordnung (EU) 2023/1114 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937, ABl. L 2023/150, 40
- Mediations-Richtlinie: Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 2008/136, 3
- Marktmissbrauchs-Verordnung (MAR): Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission, ABl. L 2014/173, 1
- Plattform-to-Business-Verordnung (P2B-VO): Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 2019/168, 57
- Prospekt-Verordnung (ProspektVO): Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl. L 2017/168, 12
- Produkthaftungs-Richtlinie (ProdukthaftungsRL): Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. L 1985/210, 29

- Produkthaftungs-Richtlinie 2024 (ProdukthaftungsRL 2024): Richtlinie (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABl. L 2024/2853, 18.11.2024
- Rating-Verordnung (RatingVO): Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. L 2009/302, 1.
- Rom I-VO: Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. L 2008/177, 6.
- Rom II-VO: Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. L 2007/199, 40.
- Sortenschutz-Verordnung (SortenschutzVO): Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. Juli 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. L 1994/227, 1
- Unlautere-Geschäftspraktiken-Richtlinie (UGP-RL): Richtlinie 2005/29/EG vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. L 2005/149, 22
- Verbandsklagen-Richtlinie (VerbandsklagenRL): Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 2020/409, 1
- Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie: Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. L 1999/171, 12.
- Warenkauf-Richtlinie (WKRL): Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. L 2019/136, 28



# Sachverzeichnis

- Abtretungsmodell 254 ff.
- Äquivalenzgebot 9, 88, 99
- ARAG/Garmenbeck-Entscheidung 152 ff.
- Ausgleichsfunktion 62 ff.
- Courage 2 ff., 141 ff.
- Durchsetzung
  - Abschließende 34 f.
  - Deliktische 37
  - Durchsetzungsebenen 26 ff.
  - Wettbewerbsrechtliche 33 ff.
- Edelstahlkartell 154 ff.
- Effektivitätsgebot, *siehe* Effektivitätsgrundsatz
- Effektivitätsgrundsatz 1 ff., 245 ff.
  - Grenzen 16 ff.
  - Kollektiver Rechtsschutz 233 ff.
  - Kollisionsnorm 236
  - Maßgaben 9 ff.
- Effektivitätsprinzip, *siehe* Effektivitätsgrundsatz
- Effet Utile, *siehe* Effektivitätsgrundsatz
- Europäische Kommission 202 ff.
- Follow-on Klagen 175 ff.
  - Digitales Kartellrecht 187 f.
  - DMA 191
  - DSGVO 193
  - Steigerung der Effektivität 177 f.
  - Unterscheidung der Klagearten 177 ff.
- Haftungsadressaten 129 ff.
  - juristische Personen 131 f.
  - wirtschaftliche Einheit 129 f.
- Internationales Privatrecht 41 ff.
- Kollektiver Rechtsschutz 217 ff.
  - Verbandsklagen-Richtlinie 222 ff.
  - Verbraucherrechtsschutz 221
- Legal Tech-Inkasso 241 ff.
- Manfredi 2 ff.
- Muñoz 3 f.
- Nationales Recht
  - Beweisrecht 68 ff.
  - Rückgriff 30, 46
  - Schadensarten 71 ff.
  - Schadensbegriff 71 ff.
  - Schadensrecht 59 ff.
  - Verfahrensrecht 68 ff.
- Öffnungsklauseln 32
- Ökonomisches Potenzial 12 ff.
- Operationalisierung 185 ff.
- Organe 151 ff.
- Organisationshaftung 143 ff.
  - Verschulden 146 ff.
- Paralleles Private Enforcement 18 ff.
  - Zusammenspiel privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Normen 48 f., 197 ff.
- Pfleiderer 4
- Plattformregulierung 18 f.
- Prävention 2, 95, 153, 163 f.
- Private Enforcement
  - Angeordnetes 24 ff.
  - DMA 25 f.
  - DSA 24 f., 49 ff.
  - DSGVO 24, 45 ff.
  - Effektuierung 6 ff.
  - MiCAR 26
  - Optimales 178 ff.



- P2B-VO 26
- Schadensersatzregress 163 ff.
- Wirtschaftsrechtlicher Normen 10 ff.

Private Rechtsdurchsetzung, *siehe*  
Private Enforcement

Recht auf wirksamen Rechtsbehelf  
236 ff.

Rechtsschutz

- Vorläufiger 33

Regresskette 151 ff.

- DMA 169

- DSA 169 ff.

- DSGVO 166 ff.

- Kapitalmarktrecht 171 f.

- Weitere Digitalrechtsakte 172

Regulierungsbedarf 17 ff.

Sammelklage-Inkasso 250 ff.

- nach nationalem Recht 250 ff.

- nach Unionsrecht 253 ff.

Schaden

- Chancenverlust 78 ff.

- Drohender 78 ff.

- Immaterieller 75 ff.

Schadensarten 71 ff.

Schadensbegriff 71 ff., 89 ff.

Schadensberechnungsmethoden 98 ff.

Schadensposten 94 ff.

Schadensrecht 59 ff.

- Als Haftungsgrund 65 ff.

Schadensumfang 91 ff.

Stand-Alone Klagen 175 ff.

- Digitales Kartellrecht 186 f.

- DMA 189 ff.

- DSGVO 192 f.

- Steigerung der Effektivität 177 f.

- Unterscheidung der Klagearten 177 ff.

Unternehmenshaftung 127 ff.

Unternehmenssanktionsparadigma 158 ff.

Verhaltenssteuerung 2, 95, 153, 163 f.

Verjährung 103 ff.

- Ausschlussfristen im Beamten- und  
Arbeitsrecht 116 f.

- Beginn 107

- Dauer 107 ff.

- Hemmung 105 ff., 122 f.

- Kartellschadensersatz 113

- Staatshaftungsansprüche 115

Vermögensschaden 73 ff.

Verschulden 127 ff., 137 ff.

- DMA 140 ff.

- DSA 142

- DSGVO 138 ff.

Zurechnung 127 ff., 133 ff.

- Repräsentationsprinzip 134 ff.

- Wirtschaftliche Einheit 136 f.

- Zurechnungsbeschränkungen 80 ff.

Zusammenspiel zwischen Public und  
Private Enforcement

- DMA 208 ff.

- DSA 212 f.

- DSGVO 206 ff.