



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

EDITORIAL Reform der juristischen Ausbildung? (*S. Dahmen*)

INTERVIEW Russell A. Miller: German Law and Legal Culture

AUS DER PRAXIS

RA Johannes Weigl und Dr. Leonie Wittershagen

Digital Law Litigation: Zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Bereich der europäischen Digitalregulierung

GRUNDLAGEN

Ansgar Pohl

Deutsches Kolonialstaatsrecht und Völkerrecht im 19. Jahrhundert

ZIVILRECHT

Leonie Krambeck

Der patentrechtliche Sukzessionsschutz –
Vorzeichenwechsel durch die BGH-Entscheidung *Valentins*?

Konrad Thole

Vereinbarkeit des Andienungsrechts nach dem neuen § 47 BörsG
mit der Vermögensbindung

ÖFFENTLICHES RECHT

Emilia Scheithauer

Die *Inter se*-Modifikation multilateraler Verträge im Kontext des
deutschen Cannabisgesetzes

Leonardo Braguinski

Unionsbürgerschaft und Nichtdiskriminierung bei der Auslieferung
von ausländischen Unionsbürgern an Drittstaaten

STRAFRECHT

Clara Timphus

Der Einfluss von Sonderwissen auf die Zurechenbarkeit des Taterfolgs

Maxine Stumpp

Geschlechterrollenstereotype und Vergewaltigungsmythen im
Sexualstrafrecht und dessen Anwendung

5. Jahrgang · Seiten 97–220

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2024

RA Johannes Weigl und Dr. Leonie Wittershagen *

Digital Law Litigation: Zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Bereich der europäischen Digitalregulierung

Der Beitrag illustriert Theorie, Struktur und Praxis der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Bereich der europäischen Digitalregulierung. Nach einer Vorstellung besonders relevanter Unionsrechtsakte (Datenschutz-Grundverordnung, Digital Services Act, Digital Markets Act, Data Act, Data Governance Act und Verordnung über künstliche Intelligenz) werden verschiedene öffentlich- wie zivilrechtliche Durchsetzungskonstellationen betrachtet. Ein besonderer Schwerpunkt liegt dabei auf der Diskussion von Problemen rund um die zivilgerichtliche Durchsetzung dieser Rechtsakte durch private Akteure (sog. private enforcement), die wegen der meist nur rudimentären Regelung besonders umstritten ist. Insgesamt wird das Recht der europäischen Digitalregulierung als äußerst facettenreiches Arbeitsgebiet von hoher politischer und gesellschaftlicher Relevanz präsentiert, das insbesondere auch interdisziplinär- bzw. fachsäulenübergreifend interessierten Nachwuchsjurist:innen spannende Perspektiven bietet.

Inhaltsübersicht

A. Europas digitales Erwachen	106
B. Die europäische Digitalregulierung als facettenreiches Arbeitsfeld	107
C. Öffentliche Durchsetzung des EU-Digitalrechts (und deren gerichtliche Abwehr)	107
I. Rechtsschutz (quasi) gegen die Regulierung an sich	107
II. Rechtsschutz gegen Vollzugsakte im engeren Sinne	109
D. Private gerichtliche Durchsetzung des EU-Digitalrechts	109
I. Idee und Arten des <i>private enforcement</i>	109
II. Voraussetzungen des <i>private enforcement</i>	111
1. Unmittelbare Vollziehbarkeit (<i>self-executing character</i>)	111
2. Individualschutzcharakter	111
3. In allen Fällen: Auslegungsfrage!	112

III. <i>Private enforcement</i> der EU-Digitalregulierung:	
Schlaglichter	112
1. DS-GVO	113
2. DSA	114
3. DMA	116
4. Data Act	116
5. DGA	118
6. KI-VO	118
E. Fazit	120

A. Europas digitales Erwachen

Europa ist digital erwacht! Impulsgeber hierfür waren ambitionierte Pläne und Versprechen der Europäischen Kommission, insbesondere in Form von Agenden und Strategiepapieren.¹ Den politischen Versprechen sind inzwischen konkrete Rechtsakte gefolgt, die weite Teile des digitalen Raums erstmals mit stabilen regulatorischen Strukturen versehen. Sie sollen nicht weniger als die Grundlage dafür bilden, dass die EU mit der rasanten gesellschaftlich-technologischen Entwicklung Schritt hält und ihre Souveränität konsolidiert, während ein Raum für sichere Kommunikation geschaffen und zugleich Innovation gefördert werden soll. So wurden überwiegend nicht (nur) bestehende Instrumente weiterentwickelt, sondern es wurde echtes Neuland betreten: Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) ist globale Vorreiterin im Bereich des Datenschutzes; die Verordnung über künstliche Intelligenz (KI-VO) gilt als erstes KI-Gesetz der Welt; Digital Services Act (DSA) und Digital Markets Act (DMA) geben der Plattformökonomie einen umfassenden Rahmen, indem sie auf die besonderen mit mehrseitigen Märkten einhergehenden Herausforderungen reagieren und die in ihrem Zentrum stehenden Intermediäre in die Pflicht nehmen; Data Act und Data Governance Act (DGA) ergänzen das Datenschutz- um ein Datenwirtschaftsrecht und versuchen so, die Wertschöpfungspotenziale vorhandener und zukünftiger Datenschätze zu realisieren. In manchen Bereichen führt dies gar dazu, dass der EU eine weltweite regulatorische Vorreiterrolle zukommt. Gerade im Zusammenhang mit dem europäischen Datenschutzrecht ist hier vom *Brussels Effect* die Rede,² demzufolge der EU-Gesetzgebung eine extraterrito-

* Johannes Weigl, Lic. en droit, ist Doktorand an der LMU München und Rechtsanwalt bei Hengeler Mueller in Berlin mit Schwerpunkten TMT (Technologie, Medien, Telekommunikation) sowie Dispute Resolution; Dr. Leonie Wittershagen ist wissenschaftliche Mitarbeiterin ebenda und absolviert derzeit ein LL.M.-Programm an der LSE in London.

¹ Siehe u.a. Kommission, Eine Digitale Agenda für Europa, COM(2010) 245 final; Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final; Kommission, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final; Kommission, Gestaltung der digitalen Zukunft Europas, COM(2020) 67 final.

² Der Begriff geht zurück auf Bradford, Nw. U. L. Rev. 107 (2012), 1 ff. Ihr zufolge ergibt sich der *Brussels Effect* aus einem großen Binnenmarkt (und damit einhergehender Marktmacht), einer relativen Regulierungskapazität und dem politischen Willen, strenge Standards zu setzen. Der *Brussels Effect* tritt insbesondere auf Verbrauchermärkten und auf Märkten mit nicht teilbaren Dienstleistungen oder Produkten auf. Viele Staaten haben sich für ihre Datenschutzgesetze am materiellen Schutzniveau der DS-GVO orientiert, so z.B. Brasilien, Japan, Indien und Kalifornien; vgl. Hennemann, RabelsZ 84 (2020), 864 ff.

riale Wirkung zugeschrieben wird.³ Eine ähnliche Stellung wird der EU nun auch hinsichtlich der Regulierung von künstlicher Intelligenz durch die KI-VO zugetraut.⁴

B. Die europäische Digitalregulierung als facettenreiches Arbeitsfeld

Im Bereich der Digitalökonomie tätige Jurist:innen haben hier die Chance, nicht nur rechtliches Neuland zu betreten, sondern aktiv an der Gestaltung des digitalen Raums in Europa (und mittelbar: der Welt⁵) mitzuwirken. So erweist sich die europäische Digitalregulierung als besonders spannendes und abwechslungsreiches Arbeitsfeld: Nicht nur betreffen die genannten Rechtsakte für sich genommen unterschiedliche Facetten des digitalen Raums bzw. nehmen unterschiedliche Perspektiven ein; sie verknüpfen dabei insbesondere auch Fachsäulen, die in den jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtssystemen typischerweise getrennt behandelt werden: So dominiert etwa in der deutschen Rechtspraxis, -wissenschaft und -ausbildung eine recht strikte Einteilung in Privatrecht, Strafrecht und Öffentliches Recht, was traditionell auch in einer kodifikatorischen Trennung zum Ausdruck kommt.⁶ Hier bietet die europäische Digitalregulierung, die sich zumindest nicht primär um nationale Kodifikations-, Wissenschafts- und Ausbildungstraditionen schert, eine Chance, bestehende Hürden abzubauen und den Dialog zwischen tradierten Fachsäulen zu stärken. Denn wenn und wo öffentliche Regulierung und Ansprüche zwischen Privaten in denselben Rechtsakten geregelt sind, da kommt keine der Fachsäulen umhin, sich auch mit der anderen zu befassen und deren Ergebnisse der eigenen Bewertung zugrunde zu legen. Augenscheinlich ist dies bei der Diskussion um *private enforcement*, wo es gerade um die zivilgerichtliche Durchsetzung zumindest *auch* im öffentlichen Interesse erlassener Vorschriften geht. Dort gilt es, die Überschneidungsbereiche und Grenzen zwischen öffentlicher und privater Durchsetzung immer wieder neu zu justieren.

Besonders deutlich treten die damit einhergehenden Herausforderungen unter dem Brennglas gerichtlicher Prozesse zutage, wo – immer wieder auch in Grundsatzerfahren vor den europäischen Gerichten (vgl. insbesondere

Art. 267 AEUV) – um die zentralen Weichenstellungen gerungen wird. Im Folgenden sollen einige der zentralen Konstellationen ausgeleuchtet und ihre Relevanz für die Durchsetzungspraxis der unterschiedlichen Regulierungsakte illustriert werden. So zeigt sich, dass das Recht der Digitalregulierung gerade für diejenigen spannende Perspektiven bietet, die nicht nur an facettenreicher gebietsübergreifender Arbeit, sondern insbesondere auch an streitiger Rechtsdurchsetzung interessiert sind.

C. Öffentliche Durchsetzung des EU-Digitalrechts (und deren gerichtliche Abwehr)

Die Rechtsakte zur Ordnung des digitalen Binnenmarkts haben ganz überwiegend regulatorischen Charakter, sodass hier zunächst der behördliche Vollzug – das *public enforcement* – im Vordergrund steht.⁷ Dass die genannten Rechtsakte grundsätzlich (auch) behördlich zu vollziehen sind, folgt schon aus den jeweiligen Zuständigkeitsregelungen und bedarf keiner besonderen Vertiefung.⁸ Dabei ist die behördliche Durchsetzung typischerweise nicht auf Gerichtsverfahren angewiesen. Vielmehr erfolgt die primäre Rechtsdurchsetzung mittels Verwaltungsakten (auf EU-Ebene: Beschlüssen⁹); denn mit der Verwaltungsakt geht eine Selbsttitulierungsbefugnis der Behörden einher.¹⁰ Wird hier ein Gerichtsverfahren angestrengt, dient dies in aller Regel also nicht der eigentlichen Durchsetzung des Rechtsakts, sondern Kläger:innen setzen sich gerade gegen diese zur Wehr.¹¹ Neben dem (jedenfalls der Sache nach) verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz im Hinblick auf konkrete Vollzugsakte (dazu II.) kommt in bestimmten Fällen aber auch Rechtsschutz gegen die Regelungsinstrumente selbst in Betracht (dazu I.).

I. Rechtsschutz (quasi) gegen die Regulierung an sich

Wird ein abstrakt-genereller Rechtsakt, also etwa eine EU-Verordnung, angegriffen, handelt es sich der Sache nach (etwa nach deutscher Vorstellung) um ein Normenkontrollverfahren. Zu einem solchen kann es im Unionsrecht im Rahmen einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV kommen. Denn mit dieser können ausweislich Art. 263 UAbs. 1 AEUV nicht nur Vollzugsakte, sondern unter den

³ Dabei kann zwischen dem *de facto Brussels Effect* und dem *de jure Brussels Effect* unterschieden werden. Die Hebelwirkung der DS-GVO etwa wird insbesondere durch das Marktortprinzip in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO sowie die Regelungen zur internationalen Datenübermittlungen in den Art. 45 ff. DS-GVO erreicht.

⁴ Siegmann/Anderljung, The Brussels Effect and Artificial Intelligence: How EU regulation will impact the global AI market, https://cdn.governance.ai/Brussels_Effect_GovAI.pdf, zuletzt abgerufen am 30.9.2024; vgl. etwa auch Möller-Klapperich, NJ 2024, 337 (339).

⁵ Vgl. zum *Brussels Effect* soeben, Fn. 2.

⁶ Zivil(prozess)recht: BGB und ZPO; Verwaltungs(prozess)recht: VwVfG und VwGO; Straf(prozess)recht: StGB und StPO.

⁷ Für konkrete Praxisbeispiele für behördliche Verfahren rund um DSA und DMA siehe etwa Drewes/Meyer/Moss, RD 2024, 310 ff.

⁸ Daher liegt ein besonderer Fokus des Beitrags auf der rechtlich ungleich umstritteneren Frage nach der Möglichkeit privater Durchsetzung, siehe D.

⁹ Soweit sie an konkrete private Adressaten gerichtet sind, sind Beschlüsse i.S.d. Art. 288 UAbs. 4 AEUV funktional mit Verwaltungsakten vergleichbar, siehe etwa Ruffert, in: Callies/Ruffert, 6. Aufl. 2022, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 93 m.w.N.

¹⁰ Siehe zur Selbsttitulierungsbefugnis etwa Wischmeyer, JuS 2016, 698 ff. Besonders deutlich wird dies dort, wo eine Verwaltungsaktbefugnis explizit vorgesehen ist (was freilich nicht zwingend nötig ist), so etwa in § 49a Abs. 1 S. 2 VwVfG, dazu etwa Schoch, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 49a Rn. 57, vgl. zu der damit einhergehenden Befreiung von der ansonsten bestehenden Pflicht zur klageweisen Durchsetzung etwa auch BayVGH NVwZ-RR 2009, 268 (269).

¹¹ Nach deutscher Vorstellung handelt es sich hier i.d.R. um verwaltungsgerichtliche Verfahren, vgl. § 40 VwGO. Soweit wegen des Handelns europäischer Behörden der EuGH bzw. das EuG (vgl. Art. 256 AEUV) zuständig sind, fungieren diese als (Quasi-)Verwaltungsgerichte.

in den darauffolgenden Unterabsätzen näher definierten Voraussetzungen auch Gesetzgebungsakte überprüft werden. Während bestimmte institutionelle Kläger:innen nach den UAbs. 2 und 3 (teil-)privilegiert sind, stellt UAbs. 4 vergleichsweise strenge Anforderungen an die Klagebefugnis privater Kläger:innen. Sie können nur mit Erfolg gegen Rechtsakte vorgehen, die an sie adressiert sind (Var. 1) oder sie auch ohne Adressatenstellungen unmittelbar und individuell betreffen (Var. 2) oder bei denen es sich um „Rechtsakte mit Verordnungscharakter“ handelt, die sie ebenfalls unmittelbar betreffen (Var. 3). Da Var. 1 letztlich Rechtsschutz gegen konkret-individuelle Verwaltungsakte betrifft und Var. 3 praktisch äußerst seltene Fälle adressiert,¹² bleibt für die Kontrolle von Gesetzgebungsakten häufig nur ein Vorgehen nach Var. 2. Hier ist zu beachten, dass insbesondere an das Erfordernis individueller Betroffenheit grundsätzlich strenge Anforderungen gestellt werden.¹³ Daher scheiden klassische Normenkontrollen in vielen Fällen aus.

In Betracht kommen verkappte Normenkontrollen indes über die Inzidentkontrolle nach Art. 277 AEUV. Danach kann im Rahmen der Nichtigkeitsklage gegen Vollzugsakte die Unanwendbarkeit des jeweils zugrundeliegenden Rechtsakts (etwa: der Verordnung oder bestimmter Vorschriften¹⁴) geltend gemacht werden. Dabei entfaltet eine erfolgreiche Inzidentrüge nach Art. 277 AEUV, anders als die erfolgreiche Nichtigkeitsklage an sich (siehe Art. 264 AEUV)¹⁵ keine unmittelbare Gestaltungswirkung. Vielmehr führt eine erfolgreiche Inzidentrüge nur zur Nichtanwendung des inzident relevanten Rechtsakts im konkreten Fall; ihre Aufhebung oder Änderung obliegt weiterhin den zuständigen Organen.¹⁶ Dies unterstreicht, dass es sich in diesen Fällen in erster Linie um Rechtsschutz gegen *Vollzugsakte*¹⁷ und nicht die Regulierung an sich handelt. Den-

noch lässt sich die Inzidentrüge auch als Quasi-Normenkontrolle begreifen. Dies gilt erst recht in solchen Fällen, in denen schon die Anwendung des jeweiligen Rechtsakts an sich oder eines Teils davon einen konstitutiven Invollzugsetzungsakt voraussetzt. Dies ist aktuell insbesondere im Kontext von DMA und DSA von Relevanz: Art. 3 DMA fordert für die Anwendung des DMA *überhaupt* eine Benennung (*designation*) als Torwächter (*gatekeeper*). Der DSA setzt einen solchen zwar nicht schon auf Ebene der Anwendbarkeit des DSA überhaupt voraus, erklärt indes die Anwendung der besonders einschneidenden Pflichten der Art. 34 ff. (sog. *VLOP Rules*) nur für nach Art. 33 DSA als „sehr große Online-Plattformen“ (*very large online platforms/VLOPS*) benannte Vermittlungsdienste. Für beides ist die Kommission zuständig. Das Regelungsinstrument des konstitutiven Benennungsakts eröffnet so in besonderem Maße eine Perspektive für Quasi-Normenkontrollverfahren: Denn durch einen Angriff des Benennungsakts im Wege der Nichtigkeitsklage kann letztlich die Rechtmäßigkeit des Rechtsakts überhaupt (etwa des DMA) oder eines Teils davon (etwa der *VLOP Rules* im Fall des DSA) überprüft werden.¹⁸

Gerade diese Art des Rechtsschutzes gegen Invollzugsetzungsakte hat in der Frühphase der Geltung von DSA und DMA Konjunktur: Gegen die Benennung als *VLOPs* – sowie (inzident) die *VLOP Rules* überhaupt – sind zunächst *Zalando* und *Amazon* mit Nichtigkeitsklagen vorgegangen.¹⁹ Auch die Anbieter der pornographischen Internetportale *Pornhub*, *Stripchat* und *XVideos* haben inzwischen gegen ihre Benennung als *VLOPs* geklagt.²⁰ Die Benennung als Torwächter i.S.d. DMA hat insbesondere *TikTok*-Betreiberin *ByteDance* angegriffen, hatte damit vor dem EuG allerdings keinen Erfolg.²¹

¹² Vgl. *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 263 AEUV Rn. 76.

¹³ Grundlage für die restriktive Rspr. des EuGH zur Individualität ist die sog. Plaumann-Formel, derzufolge ein nicht unmittelbar an die jeweilige Klägerin gerichteter Rechtsakt durch diese nur dann angegriffen werden kann, wenn er sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt, und sie daher in ähnlicher Weise individualisiert wie eine Adressatin (siehe EuGH, Urt. v. 15.7.1963, Plaumann/Kommission, C-25/62, EU:C:1963:17).

¹⁴ Zur Frage des Prüfungsumfanges der Inzidentkontrolle nach Art. 277 AEUV siehe sogleich, Fn. 18.

¹⁵ Siehe zur Gestaltungswirkung der Nichtigkeitsklage etwa *Cremer* (Fn. 12), Art. 264 AEUV Rn. 1.

¹⁶ Siehe Wortlaut des Art. 277 AEUV; vgl. auch EuGH, Urt. v. 14.12.1962, Wöhrmann u. Lüticke/Kommission, C-31/62, EU:C:1962:49; *Cremer* (Fn. 12), Rn. 8 Fn. 26 m.w.N.

¹⁷ Dazu sogleich, C.II.

¹⁸ Dabei ist umstritten, wie weit die Inzidentprüfungsbefugnis im Rahmen des Art. 277 AEUV reicht (vgl. Fn. 14). Der EuGH hat die Problematik (hier konkret für Art. 39 DSA) als Berufungsinstanz im einstweiligen Rechtsschutzverfahren von *Amazon* (EuGH, Beschl. v. 27.3.2024, *Commission v Amazon Services Europe*, C-639/23 P (R), EU:C:2024:277) unter Beachtung der einschlägigen Rspr. (ebenda, Rn. 78-91) erkannt und festgelegt, dass jede Bestimmung eines Rechtsakts mit allgemeiner Geltung, die einen *unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit dem streitigen Beschluss* aufweist, angefochten werden kann, *auch wenn diese Bestimmung nicht die Rechtsgrundlage dieses Beschlusses ist* (ebenda, Rn. 86). Der EuGH betonte auch, dass im Rahmen

von Art. 277 AEUV schon im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes eine künstliche Trennung der verschiedenen Aspekte ein und derselben rechtlichen Regelung vermieden werden solle (ebenda, Rn. 90). Im Ergebnis hat der EuGH die Entscheidung in dem konkreten Fall offengelassen und den Beschluss des EuG aus anderen Gründen aufgehoben. Die besseren Gründe sprechen freilich für eine weite Auslegung und umfassende Inzidentprüfungsbefugnis. Wenn die Rechtsgrundlage und -wirkungen einer Entscheidung auf mehrere Bestimmungen verteilt sind, muss jede einzelne Bestimmung überprüfbar sein (vgl. auch EuGH, Urt. v. 13.3.2018, *Industrias Químicas del Vallés v EC*, C-244/16 P, EU:C:2018:177, Rn. 72). Letztlich ist die umfassende Inzidentprüfungsbefugnis allgemeines rechtsstaatliches Gebot: Eine auch nur teilweise auf einer (z.T.) rechtswidrigen Verordnung basierende behördliche Handlung kann selbst keine Geltung beanspruchen.

¹⁹ *Zalando* erhob am 27.6.2023 Klage beim EuG (T-348/23) gegen seine Einstufung als sehr große Online-Plattform nach dem DSA durch die EU-Kommission. Hauptargument von *Zalando* ist, dass die EU-Kommission die Art des Dienstes nicht ausreichend berücksichtigt habe, insbesondere begründe der Einzelhandel keine „systemischen Risiken“, wie sie der DSA mit den Regeln für *VLOPs* adressieren will. Am 5.7.2023 zog *Amazon* mit einer ähnlich ausgerichteten Klage (T-367/23) nach.

²⁰ Pornoplattformen verklagen die EU, Spiegel Online vom 7.3.2024, <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/pornhub-xvideos-und-stripe-hat-verklagen-die-eu-wegen-strengerer-auflagen-durch-dsa-a-6b8f50b1-914f-4f25-9462-a64aeceb4ccc, zuletzt abgerufen am 30.9.2024>.

²¹ EuG, Urt. v. 17.7.2024, *ByteDance/Kommission*, T-1077/23 R, EU:T:2024:94; zuvor war *ByteDance* auch schon mit einem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gescheitert.

II. Rechtsschutz gegen Vollzugsakte im engeren Sinne

Den noch größeren Teil des Rechtsschutzes gegen öffentliche Regulierung wird, gerade perspektivisch, der klassische Rechtsschutz gegen konkrete Vollzugsakte ausmachen. Die gerichtliche Zuständigkeit richtet sich dabei nach der behördlichen. Soweit die Rechtsakte unmittelbar durch EU-Behörden, insbesondere die Kommission vollzogen werden, ist wiederum die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV²² statthaft. Soweit die Rechtsakte dagegen durch mitgliedstaatliche Behörden vollzogen werden,²³ wird auch der Rechtsschutz (zunächst²⁴) vor mitgliedstaatlichen Gerichten ausgetragen. Hier wird es sich wegen des überwiegend durch Verwaltungsakte erfolgenden Vollzugs typischerweise um verwaltungsgerichtliche Anfechtungsklagen handeln, daneben sind je nach den Umständen des Falls aber auch andere Klagearten wie etwa (Fortsetzungs-) Feststellungsklagen denkbar.

Von besonderer Bedeutung ist im Kontext der europäischen Digitalregulierung das *public enforcement* durch Bußgelder. Denn die genannten Rechtsakte sehen, gerade im Vergleich zu dem aus dem deutschen Recht Bekannten, äußerst empfindliche Bußgeldrahmen vor.²⁵ Bei Verhängung durch EU-Behörden ist hiergegen erneut die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV statthaft; bei Vollzug durch deutsche Behörden handelt es sich um Ordnungswidrigkeitenverfahren, für die aufgrund der besonderen Zuständigkeitszuweisung in § 68 OWiG (einer abdrängenden Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO) die ordentlichen Gerichte zuständig sind.²⁶

D. Private gerichtliche Durchsetzung des EU-Digitalrechts

I. Idee und Arten des *private enforcement*

Unter dem Begriff des *private enforcement* werden demgegenüber Konstellationen verhandelt, im Rahmen derer private Akteure die Durchsetzung von (in erster Linie) im öffent-

entlichen Interesse bestehenden Rechtsakten vorantreiben.²⁷ Behandelt werden soll hier allein das echte *private enforcement*, durch das Private Individualrechte unmittelbar zivilgerichtlich geltend machen. Hiervon sind Konstellationen zu unterscheiden, in denen Private zwar die Initiative ergreifen allerdings lediglich einen Antrag bei einer Behörde stellen und so auf einen öffentlichen Vollzug des jeweiligen Rechtsakts hinzuwirken versuchen,²⁸ und dies auch dann, wenn sie dies auf (verwaltungs-)gerichtlichem Wege tun.

Nicht verschwiegen werden soll, dass der Gedanke eines *private enforcement* öffentlicher Regulierung auch immer wieder Kritik erfährt, und zwar aus unterschiedlichen Richtungen: Manche wenden sich gar gegen die Idee des *private enforcement* an sich. So wird – jedenfalls im Hinblick auf bestimmte Rechtsbereiche – befürchtet, dass die private Durchsetzung für ungleichen Vollzug und Rechtszersplitterung und daraus resultierende -unsicherheit sorgt und so ggf. sogar die Effektivität des behördlichen Vollzugs konterkariert.²⁹ Andere halten die private Durchsetzung öffentlicher Regulierung zwar prinzipiell für wünschenswert, bezweifeln aber ihre Effektivität bzw. Praxisrelevanz.³⁰ Beide Einwände greifen im Ergebnis nicht durch, erst recht nicht in dieser Allgemeinheit. Als die behördliche Durchsetzung ergänzendes Instrument wird die private Durchsetzung immer das allgemeine Durchsetzungsniveau erhöhen und ist somit schon vor dem Hintergrund des *effet utile*-Grundsatzes (vgl. Art. 4 Abs. 3 EUV) in der Tendenz wünschenswert, mitunter sogar geboten.³¹ Dass damit (auch) unterschiedliche Gerichte aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten über unionsrechtlich relevante Fragen entscheiden, ist richtig, aber nicht *per se* bedenklich: Etwaigen Harmonisierungsbedürfnissen kann in aller Regel durch Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, aber auch durch sonstige (prozessuale) Koordinationsmechanismen (vgl. etwa Art. 39 DMA) Rechnung getragen werden.³² Und auch sonst kann in Ermangelung entsprechender gesetzge-

²² Zur Kompetenzverteilung zwischen EuGH und EuG siehe wiederum insbesondere Art. 256 AEUV.

²³ Zum Grundsatz des mitgliedstaatlichen Vollzugs bzw. zur Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten schon EuGH, Urt. v. 21.9.1983, Deutsche Milchkontor, C-205/82 u.a., EU:C:1983:233, Rn. 17: „Soweit das Gemeinschaftsrecht einschließlich der allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze hierfür keine gemeinsamen Vorschriften enthält, gehen die nationalen Behörden [...] nach den formellen und materiellen Bestimmungen ihres nationalen Rechts vor.“

²⁴ Vorbehaltlich etwa Art. 267 AEUV.

²⁵ Z.B. **DS-GVO**: bis zu 20 Mio. EUR oder 4% des weltweiten Jahresumsatzes bei besonders gravierenden Verstößen (Art. 83 Abs. 5 DS-GVO), bis zu 10 Mio. EUR oder 2 % des weltweiten Jahresumsatzes bei weniger gravierenden Verstößen (Art. 83 Abs. 4 DS-GVO); **DSA**: bis zu 6 % des weltweiten Jahresumsatzes bei Verstößen gegen materielle Vorschriften, Art. 74 Abs. 1 DSA); **DMA**: bis zu 10 % des weltweiten Jahresumsatzes bei Verstößen gegen materielle Vorschriften (Art. 30 Abs. 1 DMA), bis zu 20 % bei erneuter Zuwiderhandlung (Art. 30 Abs. 2 DMA).

²⁶ Zu beachten ist freilich, dass § 68 OWiG sich nicht auf den Primärrechtsschutz gegen hoheitliche Anordnungen bezieht, auch wenn die Nichtbefolgung straf- bzw. bußgeldbewehrt ist, siehe etwa Reimer, in: BeckOK VwGO, 70. Ed. 1.1.2023, § 40 Rn. 62c.

²⁷ Besonders stark ist die Diskussion um *private enforcement* traditionell in den USA, vgl. etwa Noll/Norris, Cornell L. Rev. 108 (2023), 1639 ff.

²⁸ Sofern das Gesetz (bzw. die Verordnung) ein formalisiertes Antragsverfahren vorsieht, kann dann entweder ein gebundener Anspruch auf das behördliche Handeln bestehen oder der Behörde steht auch bei Erfüllung der Antragsvoraussetzungen ein Ermessen zu. Daneben können Private natürlich auch abseits gesetzlich vorgesehener Antragsverfahren versuchen, die zuständigen Behörden zum Handeln zu bewegen. Hier besteht aber kein Anspruch auf ein Eingreifen der Behörde.

²⁹ Vgl. für DMA Andriychuk, J. Antitrust Enforc. 11 (2023), 123 ff.; eher zurückhaltend auch Klumpe, in: Kirk/Offergeld/Rohner, Kartellrecht in der Zeitenwende, 2023, S. 131 (134 ff.).

³⁰ Kritisch etwa Möller-Klapperich, NJ 2024, 193 (200), der die private Rechtsdurchsetzung im Hinblick auf den Datenzugang aufgrund der bestehenden „Rechtsunsicherheiten und Machtverhältnisse“ und der damit verbundenen hohen Kosten und Risiken für „unwahrscheinlich“ hält.

³¹ Siehe etwa Podszun, JECLAP 2022, 254 (255 ff.); Wagner, in: MüKo-BGB, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 631 m.w.N.; Weigl, in: Buchheim et al., Plattformen, 2024, S. 97 (99 f.) m.w.N.

³² Vgl. auch schon Weigl (Fn. 31), S. 118.

berischer Äußerungen nicht von einer allgemeinen Sperrwirkung behördlicher gegenüber privaten Durchsetzungsmechanismen ausgegangen werden;³³ die Möglichkeit hybrider Durchsetzung ist anerkannt.³⁴ Etwaige *tatsächliche* Durchsetzungsdefizite, etwa eine gewisse Zurückhaltung möglicher Kläger:innen, taugen von vornherein nicht als Einwand gegen *private enforcement*, sondern sollten vielmehr dazu anhalten, über dessen Förderung nachzudenken. Die Vorstellung, dass Nutzer:innen oder Konkurrent:innen nicht die Courage haben, gegen mächtige Marktakteure vorzugehen,³⁵ sollte ohnehin der Vergangenheit angehören.³⁶

Systematisch kann im Bereich des echten *private enforcement* zunächst zwischen Formen kollektiver Rechtsdurchsetzung im Wege von Verbandsklageverfahren und klassischem Individualrechtsschutz unterschieden werden. Individualklagen können solche sein, die auf *primäre* Rechtsdurchsetzung oder auf *sekundäre* Rechtsdurchsetzung in Form von Schadensersatzansprüchen gerichtet sind. Letztere sind praktisch besonders relevant und stehen daher besonders im Fokus der Diskussion um *private enforcement*. Daneben sollte aber auch die primäre Durchsetzung nicht vergessen werden.³⁷ Sie kann für die betroffenen Kläger:innen von besonderem Interesse sein, weil das Problem (typischerweise: ein Pflichtverstoß der Beklagten) bereits an der Wurzel gepackt und unmittelbar behoben werden kann. In Betracht kommen dabei sowohl positive Leistungsklagen als auch negatorischer Rechtsschutz in Form von Unterlassungsklagen.³⁸ So kann das Bedürfnis für spätere Schadensersatzklagen bereits entfallen, was insbesondere in solchen Fällen attraktiv sein wird, in denen sich der Nachweis konkreter Vermögenseinbußen schwierig gestaltet.³⁹ Dies gilt besonders, wenn man neben der privaten Durchsetzung im Rahmen von Hauptsacheverfahren den

einstweiligen Rechtsschutz einbezieht, der gerade dabei helfen soll, die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern.⁴⁰ Stellt eine Norm eine Marktverhaltensregelung dar, kann nach §§ 3, 3a UWG auch lauterkeitsrechtlich vorgegangen werden. Einen Sonderfall der primären Durchsetzung stellt schließlich die Berücksichtigung auf Einwendungsebene dar; insbesondere können Normen mit digitalregulierungsrechtlichem Hintergrund Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB sein⁴¹ und (im typischen Fall) einem etwaigen vertraglichen Anspruch entgegengehalten werden.

Innerhalb der Schadensersatzklagen kann schließlich noch weiter unterschieden werden: Während Kläger:innen im Rahmen sogenannter *stand alone*-Klagen alle nach allgemeinen Regeln erforderlichen Schadensersatzvoraussetzungen nachweisen müssen, knüpfen sie mit *follow on*-Klagen an die bereits erfolgte (und idealerweise bindende) Feststellung eines Verstoßes (typischerweise durch eine Behörde) an. Dies entlastet die Rechtsdurchsetzung und mindert Prozessrisiken, sodass nicht überrascht, dass sich diese Art der Rechtsdurchsetzung in einigen Bereichen besonderer Beliebtheit erfreut.⁴² Daneben sollten aber gerade aus rechtspolitischer Sicht auch die positiven Effekte von *stand alone*-Klagen nicht unterschätzt werden: Denn gerade diese sind geeignet, die öffentliche Durchsetzung zu ergänzen und zu entlasten und somit – anders als *follow on*-Klagen – nicht nur zu einer Vertiefung (weitere Schadensposten hinsichtlich bereits gerügten Rechtsverstoßes), sondern auch zu einer Verbreiterung der Rechtsdurchsetzung (Rüge zusätzlicher Rechtsverstöße) zu sorgen.⁴³ Berücksichtigt man, dass die Durchsetzung regulatorischer Rechtsakte immer auch⁴⁴ im öffentlichen Interesse ist, und gerade die Förderung des öffentlichen Interesses auch als maßgeblicher Grund für dessen Zulassung angesehen wird,⁴⁵ sollte

³³ Dasselbe gilt im Hinblick auf nur rudimentär geregelte private Durchsetzungsmechanismen gegenüber einer *weitergehenden* privaten Durchsetzung. Vgl. zu letzterer Frage demnächst auch *Zurth*, in: Bauermeister/Schwamberger, Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt, *erscheint 2025*. Umgekehrt muss sich der Gesetzgeber mitunter die Frage gefallen lassen, ob es bei prinzipiell privatrechtlich ausgestalteten Rechtsverhältnissen in allen Fällen noch parallele behördliche Durchsetzungsstrukturen braucht, oder ob er hier nicht z.T. über das Ziel hinausschießt. Vgl. zum Data Act *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (8).

³⁴ Vgl. etwa *Cherednychenko*, in: Scholten, Research Handbook on the Enforcement of EU Law, 2023, S. 19 ff.

³⁵ So aber wohl *Möller-Klapperich*, NJ 2024, 193 (200); *Podszun*, JEC-LAP 2022, 254 (255).

³⁶ Dies zeigen Verfahren vor deutschen Gerichten, bei denen gegen mächtige Akteure des digitalen Raums wie *Google* und *Amazon* vorgegangen wurde, z.B. LG München I ZUM-RD 2021, 245 ff. und LG München I MMR 2021, 995 ff., vgl. für einen Überblick und Besprechung der Fälle *Podszun*, JEC-LAP 2022, 254 (255 ff.).

³⁷ Dazu etwa auch *Podszun*, JEC-LAP 2022, 254 ff.; *Weigl* (Fn. 31), S. 108 f.

³⁸ Die Unterlassungsklage ist ein Unterfall der allgemeinen Leistungsklage, vgl. *Bacher*, in: BeckOK ZPO, 53. Ed. 1.7.2024, § 253 Rn. 3.

³⁹ Zu beachten ist, dass Art. 82 Abs. 1 DS-GVO ausdrücklich einen Schadensersatzanspruch auch für immaterielle Schäden vorsieht, vgl. dazu unten, D.III.1.

⁴⁰ Auch hierzu insbesondere *Podszun*, JEC-LAP 2022, 254 (259), der dem LG München I gar scheinbare „Superkräfte“ attestiert (mit Blick auf die Entscheidungen LG München I ZUM-RD 2021, 245 – Kooperation

Bundesgesundheitsministerium/Google, und LG München I MMR 2021, 995 – Amazon Kontosperrung, da das Gericht hier im einstweiligen Rechtsschutz sehr zügige und effektive Entscheidungen traf, während typische behördliche Untersuchungen/Verfahren zur Erzielung ähnlicher Effekte vielleicht mehrere Jahre gedauert hätten).

⁴¹ Dies wird bspw. für Art. 12 DGA diskutiert, näher v. *Ditfurth*, Datenmärkte, Datenintermediäre und der Data Governance Act, 2024, S. 249 ff. m.w.N., a.A. *Specht-Riemenschneider*, in: Specht/Hennemann, DGA, 1. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 11, wonach Art. 12 DGA als Ordnungsvorschrift einzuordnen sei, welche nicht die Untersagung des Geschäfts an sich bezwecken, sondern sich lediglich gegen die Umstände seines Zustandekommens wenden soll und daher nur im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB Beachtung finde.

⁴² Vgl. zum Datenschutzrecht etwa *Paal*, ZfDR 2023, 325 (328 f.), wobei die DPC-Entscheidung zu dem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig und in den zitierten Verfahren deshalb nicht bindend war, vgl. z.B. auch LG Aachen GRUR-RS 2023, 2621 Rn. 66. Ganz allgemein sind auch *follow on*-Klagen keine Selbstläufer, da jedenfalls weiterhin ein (immaterieller) Schaden nachgewiesen werden muss, vgl. für die DS-GVO zur Beweislast *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 4. Aufl. 2024, Art. 82 Rn. 5 sowie *Paal*, ZfDR 2023, 325 (328 ff.) anhand des Beispiels des *data scraping*; vgl. zum Kartellrecht etwa *Schweitzer/Woeste*, ZWeR 2022, 46 ff.

⁴³ Vgl. auch schon *Weigl* (Fn. 31), S. 118.

⁴⁴ *Weigl* (Fn. 31), S. 103 ff.; vgl. zu den Voraussetzungen und dem Verhältnis von privaten und öffentlichen Interessen noch sogleich, D.II.

⁴⁵ Insbesondere über den in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten *effet utile*-Grundsatz.

deutlich werden, dass diese Funktion nicht vergessen werden darf. Denn gerade *stand alone*-Klagen, die *per definitionem* kein vorheriges behördliches Verfahren voraussetzen, haben besonders Potenzial, den behördlichen Vollzug zu entlasten.⁴⁶

II. Voraussetzungen des *private enforcement*

Die Voraussetzungen des *private enforcement* hängen von der jeweiligen Klageart bzw. dem Rechtsschutzziel ab. Gleichwohl lassen sich einige allgemeine Strukturen identifizieren. Erfolgreicher Individualrechtsschutz setzt typischerweise (und jedenfalls *de lege lata*⁴⁷) eine einschlägige Anspruchsgrundlage voraus. Eine solche kann sich aus dem Unionsrecht selbst ergeben, es kann aber auch einer Scharniernorm im nationalen Recht bedürfen. Letzteres ist insbesondere im Bereich des negatorischen (Unterlassungs-)Rechtsschutzes und im Bereich des Schadensersatzes die Regel und wird innerhalb des deutschen Rechts vor allem über § 1004 BGB (in analoger Anwendung) bzw. § 823 Abs. 2 BGB realisiert.⁴⁸ Zwingend ist dies nicht: So enthält etwa die DS-GVO in Art. 82 eine eigenständige Schadensersatznorm, die einen Rückgriff auf nationales Recht insoweit entbehrlich macht.⁴⁹

Unabhängig von der konkreten Anspruchsgrundlage und ihren spezifischen, darüber noch hinausgehenden Tatbestandsmerkmalen sind typischerweise zwei allgemeine Voraussetzungen zu beachten: Einerseits muss es sich um eine unmittelbar gerichtlich vollziehbare Norm handeln (diese muss *self-executing* sein), andererseits muss sie zumindest *auch* individualschützend sein, also gerade auch subjektive Rechte der jeweiligen Kläger:innen schützen. Diese allgemeinen Voraussetzungen sind in der Regel nicht spezifisch kodifiziert und folgen letztlich aus einem Zusammenspiel übergreifender (letztlich: EU-primärrechtlicher bzw. normtheoretischer) Erwägungen, dem konkreten durchzusetzenden Sekundärrechtsakt sowie ggf. der betroffenen Scharniernorm des nationalen Rechts.

1. Unmittelbare Vollziehbarkeit (*self-executing character*)

Es besteht Einigkeit, dass die private Durchsetzung voraussetzt, dass die jeweilige Norm schon hinreichend konkretisierte Pflichten enthält und sich so für eine unmittelbare gerichtliche Durchsetzung eignet, also *self-executing* ist. Von vornherein die Ausnahme ist dies bei europäischen Richtlinien, die nach Art. 288 UAbs. 3 AEUV der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten bedürfen. Eine unmittelbare Direktwirkung kommt hier *per se* nur in engen Grenzen in Betracht.⁵⁰ Da im Bereich der europäischen Digitalregulierung ohnehin die Verordnung als Regelungsinstrument dominiert, muss hierauf im Folgenden nicht näher eingegangen werden; alle der im Folgenden näher Betrachteten Rechtsakte sind durchweg Verordnungen.⁵¹ Indes ist auch dort, ungeachtet ihrer prinzipiell unmittelbaren Anwendbarkeit (Art. 288 UAbs. 2 AEUV) jeweils im Einzelnen zu prüfen, ob die jeweilige Norm bzw. Pflicht *self-executing* ist, dies kann auch bei Verordnungen nicht einfach unterstellt werden.⁵²

2. Individualschutzcharakter

Allgemein umstrittener ist die Voraussetzung des Schutzes subjektiver Interessen. Aus deutscher Sicht nimmt traditionell § 823 Abs. 2 BGB eine zentrale Rolle im Bereich des *private enforcement* öffentlicher Regulierung ein.⁵³ Er setzt einen Verstoß gegen „ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz“ voraus und normiert damit ein klassisches Individualschutzfordernis. Indes ist dieses gerade im Zuge gerade der privaten Durchsetzung unionsrechtlicher Normen in jüngerer Vergangenheit immer stärker unter Druck geraten. Da die Möglichkeit der privaten Durchsetzung in vielen Fällen gerade (auch) auf den *effet utile*-Gedanken gestützt wird,⁵⁴ wird das Schutzgesetzerfordernis unter Verweis auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts vermehrt für unanwendbar befunden.⁵⁵

Indes überzeugt es nicht, aus dem Gedanken des *effet utile* die absolute Unbeachtlichkeit nationalen Rechts zu folgern. Soweit der europäische Gesetzgeber (innerhalb seiner Zuständigkeiten) keine konkreten Haftungsregelungen vor-

⁴⁶ Insoweit kann man die Kläger:innen als (unechte) *private attorney generals* betrachten, dazu Weigl (Fn. 31), S. 102 ff.; vgl. grundlegend zu diesem Konzept aus deutscher Sicht Schweitzer/Woeste, Der „Private Attorney General“, SSRN, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3695965, zuletzt abgerufen am 30.9.2024. Allg. zu den jeweiligen Potenzialen von *stand alone*- und *follow on*-Klagen etwa Rohner, in: Bauermeister/Schwamberger (Fn. 33).

⁴⁷ Vgl. zur Idee echter *private attorney generals* auch im deutschen Recht etwa Weigl (Fn. 31), S. 103 ff. Verbreiteter sind derartige Strukturen naturgemäß im Bereich der Verbandsklagen.

⁴⁸ Siehe aber auch §§ 33, 33a GWB.

⁴⁹ Näher unten, D.III.1.

⁵⁰ Der EuGH hält in bestimmten Fällen eine unmittelbare Wirkung für möglich: Eine Richtlinie kann unmittelbare vertikale Wirkung gegen einen Mitgliedsstaat entfalten, wenn ihre Bestimmungen uneingeschränkt und hinreichend klar und eindeutig sind und wenn der Mitgliedstaat die Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt hat; vgl. EuGH, Urt. v. 4.12.1974,

Yvonne van Duyn/Home Office; C-41/74, EU:C:1974:133. Eine unmittelbare horizontale Wirkung lehnt der EuGH dagegen in st.Rspr. ab, vgl. EuGH, Urt. v. 5.4.1979, C-14/86, Pretore di Salò/X, EU:C:1979:110, Rn. 19; EuGH, Urt. v. 14.7.1994, C-91/92, Paola Faccini Dori, EU:C:1994:292, Rn. 19 ff; in Dreiecksverhältnissen kann eine Richtlinie unmittelbare Wirkung im Sinne einer faktischen Belastung eines Dritten entfalten (insbesondere im öffentlichen Recht), nicht jedoch eine rechtliche Verpflichtung eines Dritten begründen, vgl. EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Delena Wells, EU:C:2004:12, C-201/02, Rn. 56 f.

⁵¹ Auch wenn sie immer häufiger nicht mehr „Verordnung“ (*Regulation*) (Art. 288 UAbs. 2 AEUV), sondern „Gesetz“ (*Act*) genannt werden; man löst sich hier also immer stärker von den Bezeichnungen des AEUV.

⁵² Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 45 f.

⁵³ Vgl. aber auch zu §§ 33, 33a GWB noch sogleich, D.III.3.

⁵⁴ Vgl. schon oben, D.I.

⁵⁵ Vgl. ausführlich Wagner (Fn. 31), § 823 Rn. 626 ff. m.w.N.

sieht, bleiben prinzipiell nationale Vorschriften und deren Voraussetzungen maßgeblich. Dem steht auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht entgegen, da dieser nur im Kollisionsfall von Relevanz ist.⁵⁶ Eine allgemeine Regel dahingehend, dass im Hinblick auf den *effet utile* jede im öffentlichen Interesse gesetzte Norm auch durch Private durchsetzbar sein müsste, existiert nicht. Auch der *effet utile* fordert nicht *maximale*, sondern lediglich *effektive* Durchsetzung des Unionsrechts.

Dass nicht jeder objektive Rechtsverstoß zu einem subjektiven Klagerecht führt, erkennt das Unionsrecht auch ansonsten an.⁵⁷ Zudem kann kaum davon ausgegangen werden, dass Unionsgesetzgeber und/oder EuGH fortan für die subjektive Durchsetzbarkeit aller erdenklichen Rechtsnormen des Unionsrechts plädieren. Ausnahmen mögen dort anzuerkennen sein, wo mangels privater Durchsetzung das allgemeine Durchsetzungsniveau eines Rechtsakts erheblich abgesenkt ist; dies wäre indes nachzuweisen. Jenseits dessen sind nationale Haftungsvoraussetzungen prinzipiell zu respektieren, noch dazu, wenn sie (wie Individualschutzerfordernisse) Ausdruck eines verallgemeinerbaren Gedankens sind, den nach dem Gesagten auch das Unionsrecht anerkennt. Schließlich kann der europäische Gesetzgeber (und der EuGH im Rahmen der Anwendung und Auslegung des Unionsrechts) ein gesteigertes auch subjektives Schutzniveau ohne Weiteres dadurch sicherstellen, dass er entweder eigene Anspruchsgrundlagen schafft (vgl. wiederum Art. 82 DS-GVO) oder den betroffenen Normen des Unionsrechts einen Individualschutzcharakter verleiht.⁵⁸ Ein solcher, wohl dosierter Ausbau des Individualrechtsschutzes durch konkrete Regelungsentscheidungen erscheint nach dem Gesagten als einzig gangbarer Weg, um einerseits die Balance zwischen objektivem Schutz und subjektiver Rechtsdurchsetzung zu wahren und andererseits der vertikalen Kompetenzverteilung in der Europäischen Union gerecht zu werden.

3. In allen Fällen: Auslegungsfrage!

Ob eine Rechtsnorm des Unionsrechts einen Anspruch gewährt, ist damit Auslegungsfrage. So kann der Rechtsakt

schon selbst Anspruchsgrundlagen enthalten oder – umgekehrt – private Durchsetzung explizit ausschließen. Ist beides nicht der Fall, stellt sich die Frage, ob sich echte Ansprüche aus einem Zusammenspiel mit dem mitgliedstaatlichen Recht ergeben, typischerweise also in Verbindung mit Anspruchsgrundlagen des nationalen Rechts wie § 1004 (analog) oder § 823 Abs. 2 BGB. Soweit die konkrete (unionsrechtliche oder mitgliedstaatliche) Anspruchsgrundlage erfordert, dass subjektive Interessen geschützt werden – was *de lege lata* zumindest nach dem oben Gesagten durchweg der Fall ist⁵⁹ – ist zudem zu prüfen, ob auch tatsächlich der jeweilige Anspruchsteller als Akteur von der Norm geschützt wird. Insofern gilt es also, den subjektiven Schutzbereich zu bestimmen.⁶⁰ Zu beachten ist schließlich, dass auch ein Schutzgesetzcharakter einer Norm i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB nicht zwingend zum Vorliegen einer auch primären Durchsetzungsbefugnis (also einem Anspruch auf primäres Tun oder Unterlassen) führt.

III. *Private enforcement* der EU-Digitalregulierung: Schlaglichter

Während an der Möglichkeit der behördlichen Durchsetzung der besagten Rechtsakte aufgrund der entsprechenden Regelungen im Hinblick auf Zuständigkeiten und Vollzugsmaßnahmen nicht gezweifelt werden kann, wirft das *private enforcement* mehr Fragen auf: Ihm widmen sich die Rechtsakte nur am Rande oder gar nicht, was nach dem Vorstehenden Raum für Interpretation – und wissenschaftliche wie praktische Auseinandersetzung – lässt. Zu einer festen Säule der Rechtsdurchsetzung hat sich das *private enforcement* bereits im Datenschutzrecht entwickelt, wo zivilgerichtliche Urteile längst an der Tagesordnung sind.⁶¹ Demgegenüber hinkt das *private enforcement*, obgleich zumindest in manchen Bereichen schon intensiv diskutiert,⁶² dem *public enforcement* in der Praxis noch hinterher.⁶³ Letzteres muss freilich nichts heißen: Die betroffenen Rechtsakte sind zum Teil erst seit kurzem, zum Teil noch gar nicht in Kraft. Es verwundert also nicht, dass es noch nicht zu vielen Klagen Privater gekommen ist, zumal es nicht unüblich ist, dass private Akteur:innen zunächst abwarten, bis sich in der Praxis klarere Konturen herausge-

⁵⁶ Zum Anwendungsvorrang bei direkter/indirekter Kollision *Ruffert* (Fn. 9), Art. 1 AEUV Rn. 22 m.w.N.

⁵⁷ Vgl. etwa zur Klagebefugnis nach Art. 263 AEUV und der individuellen Betroffenheit nach der sog. Plaumann-Formel bereits oben, Fn. 13.

⁵⁸ Dann wäre das Erfordernis des Individualschutzes im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB erfüllt (ein vergleichbares Erfordernis kennen auch andere Rechtsordnungen, siehe etwa Art. 483 des Portugiesischen Código Civil). Dies steht auch in Einklang mit der Entscheidung des EuGH zum Dieselkomplex (EuGH, Urt. v. 21.3.2023, QB/Mercedes-Benz Group AG, C-100/21, EU:C:2023:229, Rn. 68 ff.) die zeigt, dass die Tendenz auch dahin gehen könnte, individuelle Schutzzwecke großzügiger zu bejahen. Es ist jedoch ein Unterschied, ob eine unionsrechtliche Norm bei der Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB für (auch) individualschützend befunden oder ob dieses Erfordernis im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB für obsolet gehalten wird (*Weigl* (Fn. 31), S. 104 Fn. 43); für letzte Auffassung aber die ganz h.M., etwa *Wagner* (Fn. 31), § 823 Rn. 626 („funktionale Subjektivierung“ durch den EuGH), vgl. aber auch ebenda, Rn. 633 ff., wo

Wagner anerkennt, dass gerade der EuGH in jüngerer Vergangenheit durchaus auf das Kriterium subjektiven Schutzes abstellt.

⁵⁹ Dazu, dass es eines solchen der h.M. – obgleich in abgeschwächter Form – auch im Rahmen der §§ 33, 33a GWB bedarf, siehe etwa *Weigl* (Fn. 31), S. 105.

⁶⁰ Auch hierzu siehe, speziell im Kontext des DMA, *Weigl* (Fn. 31), S. 105 m.w.N.

⁶¹ Vgl. hierzu etwa die quantitative Auswertung der Rspr. zum immateriellen Schadensersatz bei Datenschutzverstößen von *Horn/Stegemann*, in: DSRI-Tagungsband Herbstakademie 2024, S. 143 ff.

⁶² Für rechtsaktübergreifende Diskussion etwa auch *Schwamberger*, InTeR 2023, 168 ff. Näher zu übergreifend relevanten Aspekten insbesondere auch der demnächst erscheinende Tagungsband *Bauermeister/Schwamberger* (Fn. 33). Vgl. speziell zum DMA etwa *Weigl* (Fn. 31), S. 100 ff. und die dortigen Nachweise.

⁶³ So zu Recht *Drewes/Meyer/Moss*, RD 2024, 310 (318).

bildet haben, um Prozessrisiken zu minimieren. Schließlich ist teilweise schon zu beobachten, dass auch die private Durchsetzung Fahrt aufnimmt.⁶⁴

1. DS-GVO

Den ersten Baustein für den neuen europäischen Datenraum lieferte die 2016 veröffentlichte und seit 2018 geltende DS-GVO.⁶⁵ Die DS-GVO harmonisiert EU-weit die Verarbeitung und den freien Verkehr personenbezogener Daten. Sie betrifft als rechtsgutsbezogene (personenbezogene Daten als Schutzgegenstand) Regulierung zwar nicht ausschließlich den digitalen Raum, prägt diesen aber maßgeblich. Die DS-GVO geht dabei von einem hybriden Modell aus und kombiniert explizit Aspekte des *public*⁶⁶ und des *private enforcement*. Art. 79 Abs. 1 DS-GVO regelt dabei ausdrücklich die private gerichtliche Rechtsdurchsetzung bei nicht verordnungskonformer Verarbeitung personenbezogener Daten. Er knüpft an die individuelle Verletzung eigener Rechte Betroffener an.⁶⁷ Der Begriff „Rechte“ umfasst insbesondere die Betroffenenrechte des Kapitel III (Art. 12-23 DS-GVO), aber auch die Benachrichtigungspflicht des Art. 34 DS-GVO;⁶⁸ objektive Vorschriften scheiden aus.⁶⁹ Voraussetzung ist, dass die Rechtsverletzung eine Folge der Verarbeitung eigener personenbezogener Daten ist, d.h. dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Datenverarbeitung und der Rechtsverletzung besteht.⁷⁰

Im Zentrum der Diskussion stehen Ansprüche auf Schadensersatz. Hier enthält die DS-GVO mit ihrem Art. 82 sogar eine eigenständige Anspruchsgrundlage für Fälle rechtswidriger Datenverarbeitung, die die Gerichte regelmäßig beschäftigt und auch in der Wissenschaft heiß diskutiert wird. Jedoch ist insbesondere die praxisrelevante

Geltendmachung eines immateriellen Schadens,⁷¹ z.B. bei Befürchtungen vor Datenmissbrauch⁷² sowie Identitätsdiebstahl und -betrug,⁷³ noch mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Der EuGH hat den unionsrechtlich autonom auszulegenden Begriff des „immateriellen Schadens“ dahingehend gedeutet, dass nicht jede Beeinträchtigung einen immateriellen Schaden begründet. Die betroffene Person muss nachweisen, dass sie einen Nachteil erlitten hat, der als Schaden im Sinne der Norm zu qualifizieren ist.⁷⁴ Darüber hinaus hat der EuGH in mehreren Urteilen über die Voraussetzungen⁷⁵ und die Bemessung des immateriellen Schadens⁷⁶ entschieden.⁷⁷

Neben ihrem Art. 82 DS-GVO kennt die DS-GVO aber auch noch weitere Anspruchsgrundlagen, die Betroffenen eine unmittelbare Rechtsdurchsetzung ermöglichen. Von großer Relevanz sind hier etwa die Auskunftsansprüche nach Art. 15 DS-GVO⁷⁸ – die gerade auch als Mittel zur Vorbereitung der besagten Schadensersatzansprüche sehr präsent sind.⁷⁹ Daneben spielt in der Praxis etwa Art. 17 DS-GVO eine wichtige Rolle; er betrifft mit dem Lösungsanspruch letztlich das „Recht auf Vergessenwerden“,⁸⁰ das insbesondere im Kontext von Suchmaschinen und Internetarchiven von erheblicher Bedeutung ist.⁸¹ Schadensersatzansprüche wegen rechtswidriger Datenverarbeitung werden in der Praxis und in der Literatur intensiv diskutiert und sind insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH stark in den Fokus gerückt.

Schließlich gewinnt auch die Diskussion um die kollektive Rechtsdurchsetzung, insbesondere in Form von Verbandsklagen⁸² i.S.d. Art. 80 DS-GVO,⁸³ aber auch von Musterfeststellungs- sowie Zessionsklagen, im Datenschutz der-

⁶⁴ Vgl. für den DSA etwa die Bsp. bei *Husovec*, The DSA Newsletter #6, <https://husovec.eu/2024/09/the-dsa-newsletter-6/>, zuletzt abgerufen am 30.9.2024. Dazu auch noch unten, D.III.2.

⁶⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1.

⁶⁶ Art. 83, 58 DS-GVO; vgl. zu Geldbußen in der behördlichen Praxis: *Roßnagel/Rost*, ZD 2023, 502 ff.

⁶⁷ *Bergt* (Fn. 42), Art. 79 Rn. 5; *Martini*; in: Paal/Pauly, DS-GVO, 3. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 18.

⁶⁸ *Martini* (Fn. 67) Art. 79 Rn. 22.

⁶⁹ *Bergt* (Fn. 42), Art. 79 Rn. 5; *Martini* (Fn. 67), Art. 79 Rn. 18.

⁷⁰ *Martini* (Fn. 67), Art. 79 Rn. 22a.

⁷¹ Näher *Stegemann*, Der immaterielle Schadensersatz bei Datenschutzverstößen, 2023.

⁷² Vgl. EuGH, Urt. v. 14.12.2023, Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, EU:C:2023:986, Rn. 65 ff.; EuGH, Urt. v. 25.1.2024, BL/MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, C-687/21, EU:C:2024:72, Rn. 65 ff.; EuGH, Urt. v. 20.6.2024, AT, BT/PS GbR u.a., C-590/22, EU:C:2024:536, Rn. 35 f.

⁷³ EuGH, Urt. v. 20.6.2024, AT, BT/PS GbR u.a., C-590/22, EU:C:2024:536.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 4.5.2023, Österreichische Post, C-300/21, EU:C:2023:370, Rn. 50; EuGH, Urt. v. 14.12.2023, VB/Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, EU:C:2023:986, Rn. 84; EuGH, Urt. v. 25.1.2024, BL/MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, C-687/21, EU:C:2024:72, Rn. 60 f.; EuGH, Urt. v. 20.6.2024, AT, BT/PS GbR u.a., C-590/22, EU:C:2024:536, Rn. 27.

⁷⁵ Nach dem EuGH darf mit Blick auf ErwG 146 DS-GVO der Schadensersatzanspruch auch bei immateriellen Schäden insbesondere nicht vom Überschreiten einer Erheblichkeitsschwelle abhängig gemacht werden (u.a. EuGH, Urt. v. 4.5.2023, Österreichische Post, C-300/21, EU:C:2023:370, Rn. 51; EuGH, Urt. v. 14.12.2023, VB/Natsionalna agentsia za prihodite, C-340/21, EU:C:2023:986, Rn. 78).

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 4.5.2023, Österreichische Post, C-300/21, EU:C:2023:370, Rn. 54; EuGH, Urt. v. 21.12.2023, ZQ/Medizinischer Dienst der Krankenversicherung Nordrhein, C-667/21, EU:C:2023:1022, Rn. 83; EuGH, Urt. v. 25.1.2024, BL/MediaMarktSaturn Hagen-Iserlohn GmbH, C-687/21, EU:C:2024:72, Rn. 53; EuGH, Urt. 11.4.2024, GP/juris GmbH, C-741/21, EU:C:2024:288, Rn. 40.

⁷⁷ Siehe für eine Einordnung der einschlägigen EuGH-Rspr. *Stegemann*, GRUR-Prax 2024, 451 ff. Für quantitative Analyse der instanzgerichtlichen Rspr. siehe wiederum *Horn/Stegemann* (Fn. 61), S. 143 ff.

⁷⁸ Der Auskunftsanspruch ist auch in Art. 8 Abs. 2 S. 2 GrCh ausdrücklich normiert.

⁷⁹ Siehe etwa *Lembke/Fischels*, NZA 2022, 513 ff.

⁸⁰ Vgl. zum Begriff bereits EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Google Spain/AEPD, C-131/12, EU:C:2014:317.

⁸¹ Vgl. etwa *Herbst*, in *Kühling/Buchner* (Fn. 42), Art. 17 Rn. 1, 49.

⁸² Vor diesem Hintergrund ist auch die Umsetzung der VerbandsklagenRL (RL (EU) 2020/1828) durch das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) zu beachten.

⁸³ Der EuGH hat entschieden, dass Art. 80 Abs. 2 DS-GVO eine Klagebefugnis für Verbraucherschutzverbände beinhaltet, vgl. EuGH, Urt. v. 28.4.2022, Meta Platforms Ireland Limited/Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., C-319/20, EU:C:2022, 322.

zeit immer mehr an Fahrt.⁸⁴ Dass diese in Zukunft noch an Relevanz gewinnen werden, liegt in der Struktur des Datenschutzrechts begründet, wonach von Datenschutzverstößen regelmäßig eine Vielzahl von Personen betroffen ist und die Schadenshöhe zwar im Einzelnen gering, aber in ihrer Summe hoch ist (sog. Bagatell- und Streuschäden).⁸⁵ Unsicherheiten bestehen jedoch insbesondere hinsichtlich der Frage der Übertragbarkeit der höchstpersönlichen immateriellen Schadensersatzansprüche und der Auskunftsansprüche.⁸⁶

Hochumstritten war bis vor kurzem die Frage, ob Verstöße gegen die DS-GVO auch als Marktverhaltensregeln nach Lauterkeitsrecht durchgesetzt werden können. Hier hat der EuGH nun auf Vorlage des BGH entschieden, dass die DS-GVO insoweit keine Sperrwirkung entfaltet,⁸⁷ mitgliedstaatliche Rechtsordnungen also die Möglichkeit einer Geltendmachung durch Mitbewerber vorsehen können.⁸⁸

2. DSA

Der DSA⁸⁹ widmet sich zusammen mit dem DMA⁹⁰ der Regulierung der europäischen Plattformökonomie.⁹¹ Der DSA knüpft an spezifische Dienste an und verfolgt ein inhaltebezogenes Regulierungsziel, indem er den Rechtsrahmen für digitale Dienste als sog. Vermittlungsdienste (Intermediäre) und deren Verantwortlichkeit für und Pflichten im Umgang mit Inhalten, insbesondere solchen, die von Nut-

zer:innen der Plattform (also von Dritten) stammen, festlegt. Im Wesentlichen enthält der DSA dabei zwei Arten von Regeln: Zunächst *privilegiert* er die Betreiber:innen von Vermittlungsdiensten auf Haftungsebene, indem er eine Haftung für Fremdinhalte aus anderen Rechtsgebieten (etwa dem Urheber- oder dem Marken-, aber auch dem Datenschutzrecht) an besondere Voraussetzungen knüpft (Art. 4 ff. DSA);⁹² umgekehrt erlegt er diesen Betreibern aber nach Art des Dienstes abgestufte *Sorgfaltspflichten* auf (Art. 11 ff. DSA).⁹³ Beide Gruppen sind für die Durchsetzung subjektiver Privatrechte von Relevanz: Während die im Grunde noch aus einer Zeit vor dem DSA stammenden Haftungsprivilegierungen⁹⁴ die privatrechtliche Verantwortlichkeit in bewährtem Stil *begrenzen, eröffnen* die durch den DSA neu geschaffenen Sorgfaltspflichten der Art. 11 ff. DSA neue Durchsetzungsperspektiven.

Zur Durchsetzung der Sorgfaltspflichten kombiniert der DSA Instrumente des *public* und des *private enforcement*, geht also von einem hybriden System aus.⁹⁵ Entgegen der Ansicht, wonach die Sorgfaltspflichten des DSA überwiegend als subjektive *öffentliche* Rechte zu qualifizieren seien,⁹⁶ lässt der DSA damit durchaus Raum für privatrechtliche Ansprüche. Die Befürchtung, dass *private enforcement* die Harmonisierung der Sorgfaltspflichten des DSA beeinträchtigen könnte,⁹⁷ hat der EU-Verordnungsgeber im Ergebnis nicht geteilt.⁹⁸ Mit Art. 54 enthält der DSA

⁸⁴ Näher Paal/Kritzer, NJW 2022, 2433 ff.; Lühmann/Schumacher/Stege-mann, ZD 2023, 131 ff. (insbesondere vor dem Hintergrund der Änderungen durch die Umsetzung der Verbandsklagen-RL); Thönissen, ZD 2024, 253 ff. (insbesondere zur grenzüberschreitenden kollektiven Geltendmachung).

⁸⁵ Paal/Kritzer, NJW 2022, 2433 (2434).

⁸⁶ Näher Paal/Kritzer, NJW 2022, 2433 (2435 ff.). Die wohl überwiegende Ansicht geht von einer Abtretbarkeit des immateriellen Schadensersatzanspruchs vor dem Hintergrund aus, dass der Anspruch kein Persönlichkeitsrecht voraussetzt und nicht der Genugtuung, sondern auch der Prävention dient (ErwG 146 S. 3 DS-GVO) (vgl. LG Essen ZD 2022, 50 ff.; Paal, MMR 2020, 14 (19)). Für den Auskunftsanspruch wird jedenfalls die Möglichkeit der Geltendmachung durch Dritte im Wege der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung bejaht (vgl. EDSA, Leitlinien 1/2022 zu den Rechten der betroffenen Person - Auskunftsrecht, Version 2.1, S. 34 f.).

⁸⁷ Für eine Sperrwirkung der DS-GVO aber die bisher h.M. in der deutschen Literatur, siehe statt vieler etwa Köhler/Odörfer, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 42. Aufl. 2024 § 3a Rn. 1.40h f.; Ohly, GRUR 2022, 924 (925).

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 4.10.2024, Lindenapotheke, C-21/23, EU:C:2024:846. Eine *Verpflichtung* zur lauterkeitsrechtlichen Ahndung kann der Entscheidung trotz Berufung des EuGH auf den *effet utile*-Gedanken (ebenda, Rn. 62) aber nicht entnommen werden. Ob das deutsche Recht eine solche Ahndung zulässt, ist also weiterhin eine Frage der Auslegung des § 3a UWG. Indes erscheint es auch nicht ausgeschlossen, dass der deutsche Gesetzgeber hier (ggf. klarstellend) interveniert.

⁸⁹ 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 (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277/1.

⁹⁰ Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitebare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl. L 265/1.

⁹¹ Der DSA definiert eine Online-Plattform als einen Hosting-Dienst, der Informationen auf Anfrage eines Empfängers des Dienstes speichert und an die Öffentlichkeit weitergibt, Art. 3 lit. i DSA.

⁹² Vereinfacht gesagt haften die Betreiber:innen von Vermittlungsdiensten nur bei Kenntnis von den rechtsverletzenden Inhalten bzw. Kontrolle hierüber.

⁹³ Der DSA unterscheidet dabei zwischen Internet Providern als Intermediäre, Hosting-Dienste, Online-Plattformen und sehr großen Online-Plattformen und Suchmaschinen. Art. 11 ff. DSA regelt grundlegende Sorgfaltspflichten für alle Vermittlungsdienste, Art. 16 ff. DSA richtet sich an Hosting-Dienste, Art. 19 ff. an Online-Plattformen als besondere Hosting-Dienste, Art. 29 ff. DSA differenzieren nach der Art der Online-Plattform und Art. 33 ff. DSA nach der Größe der Online-Plattform.

⁹⁴ Sie waren in ähnlicher Form schon in Art. 12 ff. der E-Commerce-RL (Hofmann, in: Hofmann/Raue, DSA, 1. Aufl. 2023, vor Art. 4 Rn. 4) enthalten und vom deutschen Gesetzgeber durch Art. 8 ff. TMG a.F. umgesetzt worden.

⁹⁵ Gerdemann/Spindler, GRUR 2023, 115 (117); Holznagel, CR 2019, 518 (518 f.); Zurth, in: Buchheim et al., Plattformen, 2024, S. 125 (126). Ders., GRUR 2023, 1331 geht davon aus, dass der privaten Rechtsdurchsetzung eine größere Bedeutung als behördlichen Maßnahmen zukommen wird.

⁹⁶ Buchheim/Schrenk, NVwZ 2024, 1 (6). Die Autoren begründen dies u.a. mit einem Vergleich zum dualen Vollzugsmodell der DS-GVO, die einen Abschnitt zu „Betroffenenrechten“ und eine allgemeine Justizgewährungsvorschrift (Art. 79 DS-GVO) enthält, sowie der nicht aus der Perspektive der materiellen Begünstigten formulierten textlichen Fassung des DSA.

⁹⁷ Buchheim/Schrenk, NVwZ 2024, 1 (6).

⁹⁸ Dies ergibt sich aus der Gesamtschau (vgl. Zurth, GRUR 2023, 1331 (1334); ders. (Fn. 95), S. 132 ff.): ErwG 55 S. 4 DSA sieht einen wirksamen Rechtsbehelf für Nutzer:innen vor nationalen Gerichten vor; Art. 54 DSA sieht einen privatrechtlichen Schadensersatz vor; Art. 9 und 10 DSA setzen Unterlassungs- und Auskunftsansprüche voraus; ErwG 31 S. 5 DSA lässt Raum für die Beibehaltung nationalen Rechts; ErwG 17 S. 2 DSA stellt klar, dass Art 4, 5 und 6 DSA keine Haftungsgrundlage darstellen, sondern sich diese aus nationalem Recht und sonstigem Unionsrecht ergibt.

zunächst eine zentrale Haftungsnorm, die belegt, dass die private Durchsetzung jedenfalls in Form von Sekundäransprüchen in Frage kommt. Anders als etwa Art. 82 DS-GVO ist Art. 54 DSA jedoch keine vollkommene Haftungsnorm, sondern bedarf der Ergänzung durch weitere Voraussetzungen, insbesondere des nationalen Rechts. Richtigerweise hat die Vorschrift indes nicht nur deklaratorischen Charakter;⁹⁹ vielmehr wird man ihr jedenfalls insoweit konstitutive Wirkung beimessen können, als der (objektive) Haftungsgrund bei einem Verstoß gegen den DSA feststeht. Aus dem nationalen Recht bleiben aber etwa subjektive Voraussetzungen (insbesondere Verschuldens-erfordernisse) und schadensrechtliche Wertungen anwendbar,¹⁰⁰ darüber hinaus ggf. auch andere Normen wie Beweiserleichterungen.¹⁰¹ Ein Vorgehen auf anderer Grundlage, etwa aufgrund von Verbraucherschutzrechten oder Ansprüchen aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, lässt er unberührt, wie ErwG 121 S. 2 klarstellt.¹⁰²

Art. 54 DSA regelt den privaten Rechtsschutz jedoch auch nicht abschließend.¹⁰³ Das *private enforcement* erfolgt nach den Regelungen der Mitgliedstaaten,¹⁰⁴ wobei entscheidend ist, ob eine bestimmte Sorgfaltspflicht individualschützenden Charakter hat.¹⁰⁵ Zu differenzieren ist hier, wer in den Schutzbereich der jeweiligen Norm fällt, d.h. insbesondere danach, ob nur Nutzer:innen oder auch Dritte¹⁰⁶ im Rahmen eines außervertraglichen Schuldverhältnisses geschützt werden.¹⁰⁷ Ansprüche, die angemeldete Nutzer:innen schützen und von diesen privatrechtlich durchgesetzt werden können, ergeben sich aus solchen Sorgfaltspflichten, die sich auf das Vertragsverhältnis zwischen Nutzer:innen und Hostprovider beziehen.¹⁰⁸ Ein Individualschutzzweck

dürfte beispielsweise hinsichtlich Art. 14 (AGB), Art. 16 (Melde- und Abhilfeverfahren), Art. 17 (Begründung einer Beschränkung) Art. 25 (Verbot von Dark Patterns) und Art. 28 DSA (Schutz von Minderjährigen) anzunehmen sein.¹⁰⁹ Denkbar sind hier neben Schadensersatzansprüchen (vgl. § 823 Abs. 2 BGB) insbesondere Unterlassungsansprüche, mitunter aber auch solche, die unmittelbar auf eine positive Primärleistung gerichtet sind.¹¹⁰ Einige der Pflichten des DSA dürften daneben als Marktverhaltensregeln nach § 3a UWG einzuordnen sein.¹¹¹

Inzwischen ist die Praxis auch schon mit den ersten Individual- und Verbandsklageverfahren befasst worden. So hat die *Rechtbank Amsterdam* einer u.a. auf eine Verletzung der Art. 12 DSA (Benennung einer Kontaktstelle für Nutzer) und den bereits genannten Art. 17 DSA gestützten Klage eines Nutzers gegen den Kurznachrichtendienst *X* (ehemals *Twitter*) wegen sog. *shadow banning* in mehreren Punkten Recht gegeben.¹¹² Das OLG Frankfurt wurde immerhin bereits mit Verbandsklagen der Wettbewerbszentrale gegen *Etsy* und *Temu* wegen Verstößen gegen Art. 30 DSA befasst.¹¹³

Daneben kommen mitunter auch Ansprüche sonstiger Dritter in Betracht.¹¹⁴ So spricht etwa Art. 16 Abs. 1 S. 1 DSA von „Personen und Einrichtungen“ und nicht von „Nutzern“.¹¹⁵ Dies gilt unter der einschränkenden Voraussetzung, dass die Außenstehenden „betroffen“ sein müssen.¹¹⁶ Keinen Individualschutz dürften demgegenüber etwa Art. 11 DSA (Einrichtung von Kontaktstellen für Behörden), Art. 15 DSA (Transparenzberichte) und Art. 18 DSA (Meldung von Straftaten) ermöglichen.¹¹⁷

⁹⁹ So aber Müller-Terpitz, in: Müller-Terpitz/Köhler, DSA, 1. Aufl. 2024, Art. 54 Rn. 3.

¹⁰⁰ Umstritten ist, ob Art. 54 DSA neben Entschädigungen auch Naturalrestitution ermöglicht. Eine teleologische Auslegung spricht tendenziell dafür, da nur so ein effektiver Rechtsschutz der Nutzer:innen gewährleistet werden kann. Unterstützung findet dies in Art. 20 Abs. 4 S. 2 DSA, der im internen Beschwerdesystem die Rückgängigmachung unrechtmäßiger Maßnahmen wie Sperrungen oder Kontoauflösungen fordert (vgl. Raue, in: Hofmann/Raue, DSA, 1. Aufl. 2023, Art. 54 Rn. 52). Dennoch könnte eine solche Rechtslücke durch das nationale Schadensersatzrecht geschlossen werden, das Naturalrestitution vorsieht (vgl. § 280 Abs. 1 S. 2, § 249 Abs. 1 BGB), vgl. Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333).

¹⁰¹ Siehe zum Ganzen Raue (Fn. 100), Art. 54 Rn. 6 ff.; Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3542).

¹⁰² Vgl. dazu Raue (Fn. 100), Art. 54 Rn. 14.

¹⁰³ Zurth, GRUR 2023, 1331 (1333). Allg. zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen aus „angeordnetem“ *private enforcement* eine Sperrwirkung folgen kann, siehe demnächst ders., in: Bauermeister/Schwamberger (Fn. 33). Vgl. auch die jüngste Entscheidung des EuGH zur DS-GVO oben, Fn. 88.

¹⁰⁴ Vgl. ErwG 31 S. 5 DSA und ErwG 17 S. 2 DSA.

¹⁰⁵ Kuhlmann/Trute, GSZ 2022, 115 ff.

¹⁰⁶ So sieht z.B. § 8 Abs. 1 DDG, der Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL umsetzt, einen direkten gesetzlichen Anspruch des Rechteinhabers gegen den Diensteanbieter auf Sperrung bei der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vor, vgl. Nordemann, GRUR-Prax 2024, 317 ff.

¹⁰⁷ Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3539); Zurth, GRUR 2023, 1331 (1334). Pflichten, die gegenüber Dritten bestehen, ergeben sich z.B. aus Art. 16, 20 und 23 DSA.

¹⁰⁸ Siehe für einen Überblick über nutzerbezogenen Pflichten im DSA Raue (Fn. 100), Art. 54 Rn. 36.

¹⁰⁹ Näher zu Art. 17 DSA etwa Zurth, GRUR 2023, 1331 (1335); Spindler, GRUR 2021, 545 (553); Hofmann (Fn. 94), Art. 1 Rn. 29.

¹¹⁰ So dürfte etwa die Zurverfügungstellung in maschinenlesbarer Form und in den entsprechenden Amtssprachen (Art. 14 Abs. 5 und 6 DSA) als Leistung einklagbar sein, vgl. Zurth (Fn. 95), S. 137 f.

¹¹¹ So etwa das Transparenzgebot bei kommerzieller Kommunikation i.S.d. Art. 27 Abs. 1 DSA, siehe etwa Grisse, in: NK-DSA, 1. Aufl. 2023, Art. 27 Rn. 53; Spindler, GRUR 2021, 653 (660).

¹¹² Rechtbank Amsterdam, Urt. v. 5.7.2024, NL:RBAMS:2024:3980. Dem Verstoß gegen Art. 17 DSA war indes zwischenzeitlich bereits abgeholfen worden. Siehe zum Ganzen Leersen, The DSA's first shadow banning case, <https://dsa-observatory.eu/2024/08/06/the-dsas-first-shadow-banning-case/>, zuletzt abgerufen am 30.9.2024.

¹¹³ *Temu* hat zwischenzeitlich eine Unterlassungserklärung unterzeichnet, das Verfahren gegen *Etsy* läuft noch. Vgl. zu beidem etwa Husovec (Fn. 64). Zur Durchsetzung des DSA durch Verbraucher-Verbandsklageverfahren vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 57 UKlaG.

¹¹⁴ Privatrechtliche Ansprüche Dritter aus Verletzungen von Pflichten, die nicht (nur) dem Nutzerschutz dienen, sondern der Verhinderung von Rechtsverletzungen, werden von der Literatur vor allem aus dem Wortlaut des Verordnungstextes, insbesondere aus dem ambivalenten Begriff des „Nutzers“, (vgl. Legaldefinition in Art. 3 lit. b DSA: „Dienst in Anspruch nehmen“), sowie aus dem Telos der jeweiligen Sorgfaltspflicht hergeleitet, siehe Holznapel, CR 2022, 594 (596); Raue/Heesen, NJW 2022, 3537 (3540); Raue (Fn. 100), Art. 16 Rn. 16; Zurth (Fn. 95), S. 140

¹¹⁵ Zurth (Fn. 95), S. 140. Ein privates Recht für Außenstehende wird auch in Art. 20 (internes Beschwerdemanagement) und Art. 21 DSA (außergerichtliche Streitbeilegung) gesehen.

¹¹⁶ Zurth (Fn. 95), S. 140.

¹¹⁷ Näher Zurth (Fn. 95), S. 134 ff.

3. DMA

Wie der DSA betrifft auch der DMA speziell die Regulierung mehrseitiger Plattformen, die als Intermediäre zwischen ihren Nutzer:innen stehen. Während der DSA insbesondere die aus der Speicherung und Veröffentlichung von Drittinhalten resultierenden Gefahren adressiert, befasst sich der DMA speziell mit der aus dem Betrieb „zentraler Plattformdienste“ (vgl. Art. 1 Abs. 2 DMA) resultierenden Marktmacht, die in der Bezeichnung als „Torwächter“ (*gatekeeper*) treffend zum Ausdruck kommt. Diese Macht sucht der DMA zu begrenzen. Daher handelt es sich beim DMA um ein kartellrechtsähnliches Instrument.¹¹⁸ Das materielle Herzstück bilden dabei die Pflichten der Torwächter nach Art. 5–7 DMA: Hier beschränkt der DMA etwa die Datennutzung durch die Torwächter (z.B. Art. 5 Abs. 2 DMA), verbietet deren Selbstbevorzugung (z.B. Art. 6 Abs. 5 DMA), gibt umgekehrt anderen Marktteilnehmern Auskunftsansprüche (z.B. Art. 5 Abs. 10 DMA) oder Datenzugangsrechte (Art. 6 Abs. 10 DMA), zwingt die Torwächter, den Wechsel zu Diensten von Wettbewerbern zu erleichtern (z.B. Art. 6 Abs. 7) oder (zukünftig), die Interoperabilität ihrer Kommunikationsdienste (z.B. *WhatsApp*) mit anderen Diensten (z.B. *Telegram*, *Signal*) sicherzustellen (Art. 7 DMA).

Die private Durchsetzung regelt der DMA zwar nicht umfassend und in weiten Teilen nicht einmal explizit.¹¹⁹ Unterschiedliche Äußerungen im Zuge der Entstehung des Rechtsakts sowie die Regelung zur gerichtlichen Zusammenarbeit in Art. 39 DMA lassen jedoch auf eine Zulassung des *private enforcement* schließen; diese ist inzwischen auch fast einhellig anerkannt¹²⁰ und wird für alle zentralen, in Art. 5–7 DMA enthaltenen, Pflichten bejaht.¹²¹ Dieser Interpretation schließt sich auch der deutsche Gesetzgeber an und regelt die private Durchsetzung entlang der etablierten Strukturen der privaten Durchsetzung des Kartellrechts: Die 11. GWB-Novelle brachte die Einbeziehung in das Regelungsgefüge der §§ 33 f. GWB; fortan sind negatorische Ansprüche nach § 33 GWB und Schadensersatzansprüche nach § 33a GWB durchzusetzen. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Normen der §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB ist insoweit entbehrlich. Umstritten ist schließ-

lich, ob alle Pflichten der Art. 5–7 DMA unterschiedslos nach § 33 GWB durchsetzbar sind. Hierfür scheint die umfassende gesetzgeberische Bezugnahme zu sprechen, ebenso die herkömmliche Sichtweise im Kartellrecht.¹²² Richtigerweise wird man die als positive Handlungspflichten ausgestalteten Pflichten (z.B. Art. 5 Abs. 4, Abs. 4, Abs. 9, Abs. 10; Art. 6 Abs. 3, Abs. 4, Abs. 7–12 und Art. 7 DMA) als eigenständige, unmittelbar im DMA enthaltene Anspruchsgrundlagen betrachten müssen. Für einen Rückgriff auf § 33 GWB bleibt dann – ungeachtet der umfassenden Bezugnahme durch den deutschen Gesetzgeber – kein Raum mehr. Von besonderer Relevanz ist die Frage, ob und inwieweit der DMA bereits selbst Anspruchsgrundlagen enthält, dort, wo die Bezugnahme durch den deutschen Gesetzgeber endet: Denn soweit es an einer Bezugnahme im deutschen Recht fehlt oder diese nicht weit genug reicht,¹²³ kann es entscheidend darauf ankommen, ob das Unionsrecht bereits selbst Anspruchsgrundlagen enthält.

4. Data Act

Zusammen mit dem Data Governance Act (*DGA*)¹²⁴ bildet der Data Act¹²⁵ die zentrale Säule des neuen europäischen Datenwirtschaftsrechts. Der Data Act verfolgt das übergeordnete Ziel, eine faire Verteilung des Wertes von Daten sicherzustellen und den Zugang zu Daten (besonders Daten von vernetzten *Internet of Things*-Geräten) und deren Nutzung zu fördern. Zu diesem Zweck führt der Data Act insbesondere Datenzugangsrechte, Regelungen zu damit verbundenen Verträgen, Bestimmungen zu Cloud-Diensten sowie Interoperabilitätsvorgaben ein.¹²⁶ Als Kernbestandteil des Data Act gelten dabei die Datenzugangsrechte der Art. 3 ff. Data Act:¹²⁷ Art. 3 und Art. 4 Data Act sichern und gestalten zunächst den Datenzugriff der Nutzer:innen selbst, indem sie eine entsprechende Produktgestaltung verlangen und einen Zugriffsanspruch gegen den Dateninhaber begründen. Art. 5 und Art. 6 Data Act erweitern diese Position um die Möglichkeit Weitergabe von Daten an Dritte.

¹¹⁸ Der DMA ist kein Kartellrecht im eigentlichen Sinne (vgl. *Weigl* (Fn. 31), S. 98 f. m.w.N.): Zum einen lässt der DMA keine Rechtfertigung aus Effizienz- und Wohlfahrtsgründen zu, zum anderen verfolgt er keinen reinen *ex post*-Ansatz im Sinne einer Missbrauchskontrolle, sondern baut auf einen schon präventiv stärker konkretisierten Pflichtenkatalog. Daher wird der DMA auch auf Art. 114 AEUV und nicht auf die kartellrechtliche Grundlage des Art. 103 AEUV gestützt.

¹¹⁹ Vgl. *Schweitzer*, ZEuP 2021, 503 (541, 543).

¹²⁰ Etwa *Becker*, 2023, 403 (406 f.); *Karbaum/Schulz*, NZKart 2022, 107 ff.; *Lahme/Ruster*, in: HK-DMA, 1. Aufl. 2023, Art. 39 Rn. 1 ff.; *Podzsun/Bongartz/Kirk*, NJW 2022, 3249 (3253); *Richter/Gömann*, NZKart 2023, 208 ff.; *Weigl* (Fn. 31), S. 100 f.; *rechtspolitisch* dagegen *Andriychuk*, J. Antitrust Enforc. 11 (2023), 123 ff.

¹²¹ *Weigl* (Fn. 31), S. 101, 110 ff. m.w.N.

¹²² So deshalb die h.M. Vgl. *Weigl* (Fn. 31), S. 114 f. m.w.N.

¹²³ Vgl. etwa § 33 Abs. 1 GWB, wo spezifisch auf Art. 5-7 DMA verwiesen wird, nicht jedoch auf andere Vorschriften des DMA.

¹²⁴ 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 (Daten-Governance-Rechtsakt), ABl. L 152/1.

¹²⁵ 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 (Datenverordnung), ABl. L 2023/2854.

¹²⁶ Für Überblick *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 ff.; *Specht-Riemenschneider*, MMR 2022, 809 (812 f.); *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1575 ff.).

¹²⁷ Vgl. auch *Raue*, in: BeckOK DatenschutzR, 49. Ed. 1.8.2024, Art. 4 Data Act Rn. 1; *Schmidt-Kessel*, MMR 2024, 75 f.

In der Verordnung selbst finden sich lediglich Regelungen zum *public enforcement*¹²⁸ und nur Andeutungen zur privaten Durchsetzung.¹²⁹ Daraus kann aber einmal mehr nicht geschlossen werden, dass eine solche ausscheiden würde. Ganz im Gegenteil: Die genannten Zugangsvorschriften der Art. 3 ff. Data Act betreffen gerade spezifisch Rechtsverhältnisse und Rechte zwischen Privaten,¹³⁰ und auch verschiedene Vorschriften zur Streitbeilegung (insbesondere die insoweit zentrale Vorschrift des Art. 10 Data Act) zeigen, dass der Data Act subjektive Rechtsdurchsetzung zwischen Privaten selbstverständlich ermöglichen will.¹³¹ Freilich ist wie immer zwischen den einzelnen Vorschriften zu differenzieren, und jeweils zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie Individualrechte begründen. Die Verpflichtung zur Konzeption und Herstellung vernetzter Produkte in einer Weise, dass Daten standardmäßig zugänglich sind (Art. 3 Abs. 1 Data Act, sog. *access by design*), dürfte nicht primär durchsetzbar sein:¹³² Ein durchsetzbares subjektives Recht der Nutzer:innen schon auf Ebene der Produktentwicklung führt zu weit und ist überdies nicht praktikabel.¹³³ Hierzu passt, dass Art. 4 Abs. 1 Data Act an das Fehlen einer automatischen Möglichkeit eine eigenständige Folge knüpft, nämlich einen Anspruch auf Zugangsverschaffung.¹³⁴ Für eine solche Lesart sprechen etwa auch die jeweiligen Überschriften (Art. 3 Data Act: „Pflicht“; Art. 4 Data Act: „Rechte und Pflichten“).

Aus dem Gesagten folgt aber zugleich, dass die Bewertung für Art. 4 Abs. 1 Data Act anders ausfallen muss. Er ist als echtes subjektives Recht formuliert, und insoweit bestehen auch teleologisch keine mit denen bei Art. 3 Abs. 1 Data Act vergleichbaren Einwände.¹³⁵ Auch Art. 4 Abs. 3 Data Act zeigt wiederum, dass von einer Durchsetzbarkeit zwischen Privaten ausgegangen wird. Zu beachten ist hier, wie auch sonst im Data Act, die Rolle etwaiger vertraglicher Beziehungen zwischen den verschiedenen Akteuren. Der Data Act setzt auf Kontraktualisierung, geht also von einem

Vertragsnetz zwischen den verschiedenen Beteiligten aus bzw. fordert teilweise den Abschluss von Verträgen ein.¹³⁶ Dies darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, dass sich der Dateninhaber gegenüber dem Nutzer durch Verweigerung eines Vertragsschlusses dem Anspruch aus Art. 4 Abs. 1 Data Act entziehen könnte.¹³⁷ Hier wirkt sich entscheidend aus, dass es sich bei Art. 4 Abs. 1 Data Act trotz der weitgehenden Kontraktualisierung der Beziehungen nach dem Data Act um einen eigenständigen *gesetzlichen* Anspruch handelt.¹³⁸

Ähnliches wie für Art. 4 Abs. 1 Data Act gilt schließlich auch für den Datenweitergabeanspruch nach Art. 5 Abs. 1 Data Act. Auch hierbei handelt es sich um ein echtes subjektives Recht,¹³⁹ was auch schon in der Überschrift zum Ausdruck kommt, zudem wiederum im Streitbeilegungsmechanismus des Art. 5 Abs. 3 Data Act. Ein eindeutiger Beleg folgt außerdem aus ErwG 42 S. 6 und 7, wo betont wird, dass es sich um ein ggf. einklagbares Recht auf Weitergabe handelt, dem sich der Dateninhaber nicht entziehen kann.¹⁴⁰ Schließlich ist noch zu beachten, dass umgekehrt auch der Dritte ggf. ein Recht darauf hat, dass die Daten an ihn weitergegeben werden, wie wiederum der Streitbeilegungsmechanismus in Art. 5 Abs. 12 zeigt.¹⁴¹ Besondere Bedeutung für die Ausgestaltung etwaiger Zugangs- bzw. Weitergaberechte haben die inhaltlichen Anforderungen der Art. 8 ff. Data Act, insbesondere die (bereits aus dem Recht des geistigen Eigentums bekannte) Zurverfügungstellung unter FRAND-Bedingungen nach Art. 8 Data Act sowie das Verbot missbräuchlicher Klauseln nach Art. 13 Data Act.¹⁴²

Auch Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 2 BGB sind wiederum denkbar.¹⁴³ Zudem werden die besagten Regelungen des Data Act überwiegend als Marktverhaltensregeln eingestuft.¹⁴⁴

¹²⁸ Näher *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (6 ff.).

¹²⁹ Kritisch hierzu im Entwurfsstadium etwa *Metzger/Schweitzer*, ZEuP 2023, 42 (78 f.). Näher zur Diskussion um deren Einführung etwa *Schwamberger*, InTeR 2023, 168 (170).

¹³⁰ Daher tendenziell zu kritisch *Schwamberger*, InTeR 2023, 168 (170).

¹³¹ Vgl. auch *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (8); *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1571). *Schulz*, NZKart 2024, 426 (429) stellt dabei explizit auch auf Art. 10 (Abs. 13) Data Act ab. A.A. scheinbar *Schemmel*, in: BeckOK DatenschutzR (Fn. 127), Art. 3 Data Act Rn. 89, wonach der DGA nur schuldrechtliche Ansprüche und indirektes *private enforcement* über das Beschwerderecht regle, was indes lediglich eine begriffliche Abweichung von der hier vertretenen Auffassung bedeuten dürfte.

¹³² Vgl. auch *Schemmel* (Fn. 131), Art. 3 Data Act Rn. 1. Unentschieden etwa *Ebner/Wienroeder* in: *Hennemann et al.*, Data Act – An Introduction, S. 49 (56).

¹³³ In Betracht mögen bei Vorliegen einer Vertragsbeziehung aber wiederum Mängelrechte kommen, vgl. auch noch unten, Fn. 165 zur KI-VO.

¹³⁴ Zur daraus folgenden Subsidiarität des Art. 4 Abs. 1 Data Act etwa *Specht-Riemenschneider*, MMR 2022, 809 (815).

¹³⁵ Für Art. 4 Abs. 1 Data Act als Anspruchsgrundlage etwa auch *Schulz*, NZKart 2024, 426 (429).

¹³⁶ Siehe *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (6 ff.). Instrukтив zu den einzelnen Vertragsbeziehungen und dem Vertragsrecht des Data Act im Allgemeinen *Etzkorn*, RD 2024, 116 ff.; *Metzger*, in: *Sattler/Zech*, The

Data Act: First Assessments, 2024, S. 67 ff., *Schmidt-Kessel*, MMR 2024, 75 ff.

¹³⁷ Siehe nur *Metzger* (Fn. 136), S. 71; *Schulz*, NZKart 2024, 426 (429 f.).

¹³⁸ *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (8); *Metzger* (Fn. 136), S. 71.

¹³⁹ *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (3); *Raue*, in: BeckOK DatenschutzR, 49. Ed. 1.8.2024, Art. 5 Data Act Rn. 1; *Schulz*, NZKart 2024, 426 (429).

¹⁴⁰ Siehe auch *Staudenmayer*, NJW 2024, 1377 (1381).

¹⁴¹ Vgl. dazu auch *Raue* (Fn. 127), Art. 5 Data Act Rn. 61 ff. Beachte aber auch den Hinweis auf den Anstoß *behördlichen* Vollzugs in lit. a.

¹⁴² Siehe dazu etwa *Gajec/Hegener*, GRUR 2024, 1068 ff.; *Steinrötter/Hennemann*, NJW 2024, 1 (8) (mit Kontraktualisierung gehe auch „FRANDisierung“ einher). Instrukтив auch *Metzger* (Fn. 136), S. 75 ff., der zu Recht auch darauf hinweist, dass FRAND-Kriterien trotz des Wortlauts des Art. 8 Abs. 1 Data Act und der gesetzlich angeordneten Unentgeltlichkeit auch im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 Data Act eine Rolle spielen können.

¹⁴³ *Wiebe*, GRUR 2023, 1569 (1571); *Schulz*, NZKart 2024, 426 (429 f.); a.A. *Bomhard/Merkle*, RD 2022, 168 (175) mit Bedenken dahingehend, dass Nutzer:innen so eine eigentümerähnliche Stellung erhalten. Vgl. zur Frage, ob die Zugangsrechte Eigentums- bzw. eigentumsähnliche Rechte darstellen auch *Zech*, in: *Sattler/Zech* (Fn. 136), S. 53 ff.

¹⁴⁴ *Metzger/Schweitzer*, ZEuP 2023, 42 (68, 79); vgl. auch *Schulz*, NZKart 2024, 426 (430).

5. DGA

Zentrales Ziel des DGA ist es, die Verfügbarkeit von Daten, insbesondere öffentlicher Daten, für die Weiterverwendung zu verbessern.¹⁴⁵ Durch den DGA soll das Vertrauen in die Weitergabe von Daten, insbesondere unter Einsatz sog. Datenintermediäre,¹⁴⁶ gestärkt werden, indem klare Regeln und Mechanismen für den Zugang zu Daten etabliert werden. Die Regelungen zu den Datenintermediären dienen u.a. der Effektivierung des Data Act und seiner Zugangsansprüche.¹⁴⁷

Der DGA adressiert das *private enforcement* und ein direktes Vorgehen gegen die Datenintermediäre selbst wiederum nicht.¹⁴⁸ Stattdessen konzentriert er sich auf die öffentliche Durchsetzung durch staatliche Institutionen.¹⁴⁹ Dennoch können Nutzer:innen von Datenvermittlungsdiensten zivilrechtliche Ansprüche nach den Gesetzen der jeweiligen Mitgliedstaaten geltend machen, sofern vertragliche Vereinbarungen mit den Intermediären bestehen.¹⁵⁰ Eine besonders wichtige Vorschrift ist hier Art. 12 DGA, der die Bedingungen für die Erbringung von Diensten für die gemeinsame Datennutzung festlegt. Auch wenn der DGA primär darauf abzielt, das Vertrauen in Datenvermittlungsdienste zu stärken und damit wirtschaftspolitische Ziele zur Förderung eines funktionierenden Binnenmarktes verfolgt, entfaltet die Vorschrift dabei auch individualschützende Wirkung.¹⁵¹ So schützt Art. 12 lit. a den Dateninhaber vor der Verwendung der übermittelten Daten durch den Intermediär für eigene Zwecke. Weitere Schutzmechanismen beinhalten den Schutz vor Kopplungs- und Bündelungspraktiken (lit. b), die Verhinderung eines unlauteren oder diskriminierenden Zugangs zu den Datenvermittlungsdiensten (lit. f) sowie den Schutz der Vermögensinteressen der Nutzer:innen in Bezug auf die bereitgestellten Daten

(lit. l). Dabei dürften sowohl Schadensersatzansprüche (über § 823 Abs. 2 BGB)¹⁵² als auch eine primäre Durchsetzung (insbesondere über Unterlassungsklagen) in Betracht kommen. Zudem dürften die Pflichten aus Art. 12 DGA Marktverhaltensregeln darstellen, die über § 3a UWG geltend gemacht werden können.¹⁵³

6. KI-VO

Mit der KI-VO¹⁵⁴ hat der europäische Gesetzgeber den weltweit „ersten umfassenden Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz“¹⁵⁵ geschaffen und damit erneut Neuland betreten. Ziel ist es, die mit dem Einsatz von künstlicher Intelligenz einhergehenden Gefahren zu bannen, ohne zugleich die damit einhergehenden Chancen – insbesondere gesellschaftlich wünschenswerte Innovationen – schon im Keim zu ersticken (vgl. Art. 1 Abs. 1 KI-VO).¹⁵⁶ Dabei legt die KI-VO ein gestuftes Regulierungsmodell an, dem ein risikobasierter Ansatz zugrunde liegt. Zunächst wird der Einsatz von KI-Systemen für bestimmte Zwecke – wie etwa das sog. Social Scoring und die Erstellung von Gesichtserkennungsdatenbanken durch ungezieltes Auswerten von Bildern im Internet – gänzlich verboten (Art. 5 KI-VO). Das Kernstück der Verordnung bildet sodann die Regulierung von sog. Hochrisikosystemen in sensiblen Bereichen¹⁵⁷ (Art. 6–49 KI-VO). Anbietern und Betreibern bestimmter sonstiger KI-Systeme – insbesondere solcher, die für die direkte Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind (z.B. Chatbots) und/oder synthetische Audio-, Bild-, Video- oder Textinhalte erzeugen – werden Transparenzpflichten auferlegt (Art. 50 KI-VO, insbesondere: Erkennbarkeit als KI-System und Kennzeichnung von Output).¹⁵⁸ Im Übrigen können nach Art. 95 KI-VO Verhaltenskodizes aufgestellt werden. Neben die Regulierung der KI-Systeme tritt sodann diejenige der KI-Modelle.¹⁵⁹

¹⁴⁵ Kommission, COM(2020) 66 final, S. 14 ff.

¹⁴⁶ Datenintermediäre sind etwa Datenmarktplätze und industrielle Datenplattformen. Näher v. *Ditfurth* (Fn. 41), S. 142 ff. und *Hennemann/von Ditfurth*, NJW 2022, 1905 ff.

¹⁴⁷ *Hennemann/Steinrötter*, NJW 2024, 1 (6). So wird bspw. in ErwG 26 des Data Act die Bedeutung von Datenvermittlungsdiensten für die europäische Datenwirtschaft hervorgehoben, insbesondere im Hinblick auf den Zugang zu Daten und deren Weitergabe an Dritte. Zudem verweist ErwG 33 Data Act auf die Rolle der Datenintermediäre bei der Übertragung von Daten, was die wichtige Funktion des DGA zur Schaffung eines rechtlichen Rahmens für diese Dienste unterstreicht; vgl. zum Verhältnis DGA und Data Act auch v. *Ditfurth* (Fn. 41), S. 545 ff.; *Specht-Riemenschneider*, MMR 2022, 809 (810).

¹⁴⁸ Siehe etwa auch *Richter*, in: BeckOK DatenschutzR, 49. Ed. 1.8.2024, Art. 14 DGA Rn. 2.

¹⁴⁹ Dritten steht ein Beschwerderecht nach Art. 27 DGA sowie ein gerichtlicher Rechtsbehelf nach Art. 28 DGA gegen die Entscheidung der zuständigen Behörde zu.

¹⁵⁰ *Specht-Riemenschneider*, in: *Specht/Hennemann*, DGA, 1. Aufl. 2023, Art. 12 Rn. 109; *Richter*, ZEuP 2021, 634 (655 f.). Auch Wettbewerber können sich auf Art. 12 DGA berufen, denn die Regelungen des Art. 12 DGA sind Marktverhaltensregeln i.S.d. UWG, vgl. v. *Ditfurth* (Fn. 41), S. 552 ff.

¹⁵¹ v. *Ditfurth* (Fn. 41), S. 551; *Specht-Riemenschneider* (Fn. 150), Art. 12 Rn. 111.

¹⁵² Siehe etwa v. *Ditfurth* (Fn. 41), S. 551; *Schröder*, in: BeckOK DatenschutzR, 49. Ed. 1.8.2024, Art. 12 DGA Rn. 91 f.; *Specht-Riemenschneider* (Fn. 150), Art. 12 Rn. 11.

¹⁵³ Siehe im Detail v. *Ditfurth* (Fn. 41), S. 552 ff.

¹⁵⁴ Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 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 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl. L 2024/1689.

¹⁵⁵ Statt vieler etwa *Roth-Isigkeit*, KIR 2024, 15. Der EU soll eine Führungsrolle bei der Einführung vertrauenswürdiger künstlicher Intelligenz zukommen (ErwG 2 KI-VO).

¹⁵⁶ Vgl. auch ErwG 1 KI-VO. Dabei soll die künstliche Intelligenz im Wesentlichen im Interesse des Menschen arbeiten und ihm als Instrument und zur Förderung seines Wohlergehens dienen (vgl. ErwG 6 KI-VO).

¹⁵⁷ Siehe insbesondere Art. 6 Abs. 2 KI-VO. Dort werden neben anderen etwa Biometrik, kritische Infrastruktur, Strafverfolgung sowie Asyl und Migration als entsprechend sensible Bereiche eingestuft. Allg. zur Regulierung von Hochrisikosystemen nach der KI-VO etwa *Ebers/Streitböcker*, RDi 2024, 393 ff.

¹⁵⁸ Näher zu den Transparenzanforderungen der KI-VO etwa *Merkle*, RDi 2024, 414 ff.

¹⁵⁹ Zum Verhältnis von KI-Modellen und KI-Systemen vgl. insbesondere ErwG 97 KI-VO: „Obwohl KI-Modelle wesentliche Komponenten von

Wer sich über Privatrechtsdurchsetzung im Bereich der künstlichen Intelligenz Gedanken macht, muss zunächst verschiedene Aspekte trennen. Denkbar sind hier zunächst nicht spezifisch KI-rechtliche Verantwortlichkeiten aus dem Urheber- oder dem Datenschutzrecht. Besonders die urheberrechtlichen Fragen werden heiß diskutiert. Hier kann es etwa um Urheberrechtsverletzungen beim Training von KI-Modellen oder bei der Verwendung von KI-Systemen (Input wie Output) gehen.¹⁶⁰

Spricht man dagegen von einem Vollzug bzw. einer möglichen (privaten) Durchsetzung der KI-VO selbst, geht es zunächst um etwas anderes. Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit speziell aus den Vorgaben der KI-VO selbst subjektive Privatrechte folgen. Die Diskussion steckt insgesamt noch in den Kinderschuhen und ist bisher von eher pauschalen Aussagen dahingehend geprägt, dass *private enforcement* möglich sei oder eben nicht. Richtigerweise ist wiederum zwischen den jeweiligen in der KI-VO geregelten Pflichten zu unterscheiden und insbesondere auch zwischen einer primären und einer sekundären Durchsetzung auf Schadensersatzebene.¹⁶¹ Einen echten, primär durchsetzbaren Anspruch enthält etwa Art. 86 KI-VO, wonach der von der Entscheidung eines Hochrisiko-Systems Betroffene ein Recht auf Erläuterung der Entscheidungsfindung zusteht. Jenseits dessen dürften Primäransprüche auf Einhaltung der KI-VO eher die Ausnahme sein. Denn überwiegend geht es um Prävention, also regulatorische Risikominimierung, die auf behördliche Durchsetzung zielt und sich zum Teil auch nicht für (jedenfalls: primäre) Durchsetzung eignet.¹⁶² Ein solches Verständnis der KI-VO legt etwa auch ErWG 2 des Vorschlags für eine KI-Haftungs-RL¹⁶³ nahe.¹⁶⁴

Nicht ausgeschlossen ist damit aber wiederum die sekundäre Durchsetzung durch Schadensersatzansprüche.¹⁶⁵ So wird man bei vielen der Ver- und Gebotsnormen (insbesondere im regulatorischen Kernbereich der Art. 5–50 KI-VO) davon ausgehen können, dass es sich um Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB handelt, sodass bei Verstößen zumindest Schadensersatzansprüche in Betracht kommen.¹⁶⁶ Hier können insbesondere auch die neue EU-Produkthaftungs-RL¹⁶⁷ und (bei Verabschiedung) die KI-Haftungs-RL Bedeutung erlangen.¹⁶⁸ Erstere betrifft speziell die Produkthaftung des Herstellers (vgl. in Deutschland das auf der früheren Fassung der Produkthaftungsrichtlinie¹⁶⁹ beruhende ProdHaftG, das entsprechend angepasst werden muss); zweite wird sich im Fall ihrer Verabschiedung stärker auf das allgemeine Deliktsrecht auswirken und betrifft insbesondere auch die Haftung von Anbietern und Betreibern.¹⁷⁰ Im hiesigen Kontext ist insbesondere Art. 4 Abs. 2 KI-Haftungs-RL-E zu beachten. Danach kann sich der Verstoß gegen bestimmte Pflichten aus der KI-VO (insbesondere Art. 10 Abs. 2–4; Art. 13–15; Art. 16 lit. a und g und Art. 21 KI-VO) auf das Eingreifen von Kausalitätsvermutungen auswirken. Auch hier wird erkennbar, dass eine sekundäre Durchsetzung der KI-VO mittels Schadensersatzansprüchen durchaus naheliegt.¹⁷¹ Umgekehrt ist auch an dieser Stelle zu beachten, dass die genannten Richtlinien(entwürfe) natürlich nicht auf die Durchsetzung der KI-VO beschränkt sind. Dies versteht sich bei der ProdHaft-RL von selbst, denn deren Anwendungsbereich umfasst von vornherein nicht nur Produkte mit KI-Bezug. Aber auch der Entwurf der KI-Haftungs-RL sieht, wenn gleich schon wegen der sich ergänzenden Ziele eng mit der KI-VO verknüpft,¹⁷² gerade auch für Fälle Regelungen vor, die nicht unmittelbar mit Verstößen gegen die KI-VO zu tun haben.

KI-Systemen sind, stellen sie für sich genommen keine KI-Systeme dar. Damit KI-Modelle zu KI-Systemen werden, ist die Hinzufügung weiterer Komponenten, zum Beispiel einer Nutzerschnittstelle“. Vgl. zum Ganzen auch *Wendt*, in: *Wendt/Wendt*, Das neue Recht der Künstlichen Intelligenz, 1. Aufl. 2024, § 10 Rn. 7 ff. im Hinblick auf künstliche Intelligenz mit allgemeinem Verwendungszweck.

¹⁶⁰ Siehe hierzu etwa *Baumann*, NJW 2023, 3673 ff.; *de la Durantaye*, ZUM 2023, 645 ff.; *Maamar*, ZUM 2023, 481 ff. sowie das umfassende Gutachten von *Dornis/Stober*, Urheberrecht und Training generativer KI-Modelle, 2024. Siehe auch LG Hamburg, Urt. v. 27.9.2024 – 310 O 227/23.

¹⁶¹ Dazu allgemein bereits oben, D.I. und II.

¹⁶² Man denke etwa an das Verbot bzw. die Verpflichtung zur Unterlassung des Betriebs im Kontext des Art. 5 KI-VO. Hier erscheint es sinnvoll, von Grund auf nur mit einer *erga omnes* wirkenden behördlichen Entscheidung zu operieren.

¹⁶³ Vorschlag für eine Richtlinie zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung), COM/2022/496 final.

¹⁶⁴ ErWG 2: „[...] Die bestehenden Anforderungen sehen insbesondere Genehmigungen, Kontrollen, Überwachung und verwaltungsrechtliche Sanktionen in Bezug auf KI-Systeme vor, um Schäden vorzubeugen [...]“.

¹⁶⁵ Im Hinblick auf die produktsicherheitsrechtlichen Vorgaben der KI-VO ist zudem denkbar, dass Verstöße etwa zur Annahme von Mängeln

im Sinne des Vertragsrechts führen, sodass zusätzlich eine Durchsetzung über das Gewährleistungsrecht in Betracht kommt, vgl. etwa *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (849 f.).

¹⁶⁶ Siehe dazu etwa *Roos/Weitz*, MMR 2021, 844 (850); *Wagner*, JZ 2023, 123 (128 f.); gegen Schutzgesetzcharakter aber wohl *Buck-Heeb*, BKR 2023, 137 (145).

¹⁶⁷ Das EU-Parlament hat am 12.3.2024 die neue EU-Produkthaftungsrichtlinie verabschiedet, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5809_2024_INIT, zuletzt abgerufen am 30.9.2024. Es steht nun noch die formale Zustimmung des Rates aus. Siehe zur Besprechung des *final compromise text* etwa *Rohrßen*, ZfPC 2024, 2 ff.

¹⁶⁸ Vgl. hierzu etwa *Suilmann*, in: *Dregelies/Henke/Kumkar*, Artificial Intelligence, *erscheint demnächst*.

¹⁶⁹ Richtlinie des Rates vom 26.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), ABl. L 210/29.

¹⁷⁰ Zum Verhältnis beider Richtlinien etwa *Thöne*, RD 2024, 318 (323 f.).

¹⁷¹ Freilich muss es sich nicht in allen Fällen zwingend um eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB handeln, in Betracht kommt etwa auch eine solche nach § 823 Abs. 1 BGB.

¹⁷² Vgl. wiederum auch ErWG 2 KI-Haftungs-RL-E. Zum Verständnis von Produktsicherheit und Produkthaftung als „zwei Seiten einer Medaille mit unterschiedlichen Gravuren“ *Mayrhofer*, RD 2024, 492.

E. Fazit

Die vorstehende *tour d'horizon* hat gezeigt, dass das Recht der europäischen Digitalregulierung ein äußerst spannendes Arbeitsfeld ist: Hohe Praxisrelevanz und wissenschaftlicher Reiz werden gepaart mit interdisziplinärer Tätigkeit und technischen Fragestellungen am Zahn der Zeit. Dabei belegen die dargestellten Durchsetzungskonstellationen, dass insbesondere an streitigen gerichtlichen Auseinandersetzungen Interessierte auf ihre Kosten kommen. In der Sache zeigt sich, dass hier in vielen Bereichen die Möglichkeit besteht, rechtliches Neuland zu betreten. Und auf Durchsetzungsebene sind gerade im Bereich des *private enforcement* noch viele Fragen ungeklärt. Mangels umfassender

Regelungen kommt es hier meist auf die Anwendung allgemeiner Grundsätze bzw. eine Auslegung der betroffenen Normen an (um nur an einige Beispiele zu erinnern: Echte unionsrechtliche Anspruchsgrundlagen oder Vollzug über nationales Schadensersatzrecht? Sperrwirkung explizit vorgesehener Regelungen zur Durchsetzung? Erfordernis und Vorliegen von Individualschutzzwecken?). Auf viele Fragen können bereits zufriedenstellende Antworten gegeben werden. Es verbleiben aber auch noch Graubereiche. Hier ist zu hoffen, dass die zivilgerichtliche Praxis bald noch mehr Fahrt aufnimmt, der lebhaften wissenschaftlichen Diskussion zur Seite springt und insgesamt für noch klarere und rechtssichere Strukturen sorgt.

Ansgar Pohl *

Deutsches Kolonialstaatsrecht und Völkerrecht im 19. Jahrhundert

Fast 40 Jahre, zwischen 1884 und 1919, existierte ein deutsches Kolonialreich. Beherrscht waren die Verhältnisse in den „Schutzgebieten“ von harter Machtpolitik. Dementsprechend zögerlich entstand ein kolonialrechtlicher Diskurs in der deutschen Staats- und Völkerrechtslehre. Dennoch leistete die Rechtswissenschaft einen erheblichen Beitrag zur Legitimierung des kolonialen Projekts und zur Entgrenzung der kolonialen Herrschaft. Dieser Aufsatz beleuchtet, wie die „Pioniere“ der deutschen Kolonialrechtswissenschaft mit rechtlicher Argumentation die Unterwerfung der einheimischen Bevölkerung absicherten und juristische Schranken der Kolonialgewalt beseitigten. Anhand der Fragen des Erwerbs, des staats- und völkerrechtlichen Status der „Schutzgebiete“ sowie der Gestalt der deutschen Kolonialgewalt soll untersucht werden, wie sich die Rechtswissenschaft durch rechtliche Neuschöpfungen und Anpassungen am deutschen Imperialismus beteiligte.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	120
B. Okkupation oder Zession?	121
I. Die Praxis	121
II. Die Theorie	122
1. <i>Ius publicum europaeum</i>	122
2. Häuptlingsverträge	123
3. Private und Privatgesellschaften	124
4. Verträge mit Völkerrechtssubjekten	125

5. Zwischenfazit	125
C. Inland oder Ausland?	125
D. Kolonie oder Protektorat?	126
I. Die Praxis	126
II. Die Theorie	127
1. Kronschutzgebiete	127
2. Gesellschaftsschutzgebiete	130
3. Sonderfall Kiautschou	131
4. Zwischenfazit	132
E. Begrenzte Schutzgewalt oder volle Staatsgewalt? ..	132
I. Kronschutzgebiete	132
II. Gesellschaftsschutzgebiete	133
III. Rechte der Eingeborenen	133
F. Ausblick	134
G. Auswertung	134

A. Einleitung

Als Begriff der amtlichen Sprache des Kaiserreichs taucht „Kolonie“ erst spät auf.¹ Seit dem Schutzgebietsgesetz vom 17.4.1886 (SchGG)² hatte sich stattdessen „Schutzgebiet“³ als amtliche Bezeichnung durchgesetzt, worunter im Anschluss an § 1 SchGG schlicht ein Gebiet zu verstehen war, in dem der Kaiser eine „Schutzgewalt“ ausübte.⁴ Damit enthielt sich der Gesetzgeber einer Aussage zur staats- und völkerrechtlichen Stellung der Schutzgebiete. In der Wissenschaft gab die Begriffswahl Anlass zu heftigen Debatten über die Rechtsnatur von Schutzgebieten und Schutzge-

* Der Verfasser studiert im 10. Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin. Dieser Beitrag beruht auf einer Studienabschlussarbeit, die bei Professor Dr. Jan Thiessen im Rahmen des Schwerpunktbereichs Zeitgeschichte und Theorie des Rechts erarbeitet wurde.

¹ Etwa die Einrichtung des Reichskolonialamtes 1907 oder der Erlass des Kolonialbeamtengesetzes 1910.

² RGBl. 1886, S. 75 ff.

³ Im Folgenden wird „Schutzgebiet“ trotz seiner problematischen Konnotationen als Bezeichnung für die deutschen Gebiete in Übersee verwendet. Das gleiche gilt für Begriffe wie „Eingeborener“ oder „Häuptling“. Hinter diesen vermeintlich neutralen, wissenschaftlichen Begriffen der Kolonial-

rechtsliteratur steckten Gedanken kultureller Überlegenheit und rassistische Wertungen. Diese Sprache trug, hinter einem Deckmantel der Wissenschaftlichkeit und technischen Nüchternheit, ihren Teil zur Ab- und Ausgrenzung der Menschen in den Schutzgebieten bei und war eine wichtige Stütze des kolonialen Projekts. Im Bewusstsein dieser Problematik sollen die Begriffe in diesem rechtshistorischen Beitrag dennoch als Dokumente des Zeitgeists verwendet werden. Zur Sprache der deutschen Kolonialrechtsliteratur auch Gutmann/Hanschmann, in: Dann/Feichtner/v. Bernstorff, (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, 2022, S. 45, 47 f.

⁴ Fischer, Die deutschen Kolonien, 2001, S. 66.