Rechtsdurchsetzung und Innovation

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Private Enforcement als Innovationshemmnis?

Pascal T. Sierek[*]

A. Einleitung

Die Europäische Union hat den digitalen Binnenmarkt weitreichend reguliert. Rechtsakte wie die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO),[1] Platform-to-Business Verordnung (P2B-VO),[2] der Digital Services Act (DSA),[3] Digital Markets Act (DMA),[4] Data Act (DA),[5] Data Governance Act (DGA)[6] oder die Verordnung über Künstliche Intelligenz (KI-VO)[7] formen den Rahmen der europäischen Digitalwirtschaft. Angesichts dieser engmaschigen Regulierung stellt sich die Frage: Wer setzt sie durch?

Ersichtlich haben die vorgenannten Digitalverordnungen – mit Ausnahme der P2B-VO – einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Behörden wachen über ihre Einhaltung (vgl. Art. 51 DSGVO, Art. 49 DSA, Art. 20 DMA, Art. 37 DA, Art. 13 DGA, Art. 70 KI-VO) und können bei Verstößen Sanktionen verhängen (public enforcement).[8]

Daneben ist es denkbar, dass die Verordnungen eine Doppelnatur aufweisen und ihre Adressaten bei Verstößen auch durch Private „sanktioniert" werden können, insbesondere im Wege von Schadensersatzansprüchen (private enforcement[9]).[10] Der EuGH hat mit Verweis auf den Effekti-

* Dr., wissenschaftlicher Referent und Habilitand am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

1 VO (EU) 2016/679, ABl. 2016 L 119, 1.

2 VO (EU) 2019/1150, ABl. 2019 L 186, 57.

3 VO (EU) 2022/2065, ABl. 2022 L 277, 1.

4 VO (EU) 2022/1925, ABl. 2022 L 265, 1.

5 VO (EU) 2023/2854, ABl. 2023 L 2023/2854.

6 VO (EU) 2022/868, ABl. 2022 L 152, 1.

7 VO (EU) 2024/1689, Abl. 2024 L 2024/1689.

8 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (941); für den DSA *Buchhheim/Schrenk* NVwZ 2024, 1 (5).

9 Zum Begriff *Bauermeister*, Die private Rechtsdurchsetzung des DMA – Vorgaben und Forderungen des Unionsrechts, in: Becker, Wettbewerb auf digitalen Märkten, 2025, S. 357 (360 f.).

10 Neben Ansprüchen auf Schadensersatz sind auch andere Sanktionen denkbar, wie die Unwirksamkeit eines Vertrags, (vgl. EuGH NJW-RR 2023, 557 (Rn. 86 f.) – K. D./ Towarzystwo Ubezpieczeń Ż S. A.) oder Unterlassungsansprüche.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vitätsgrundsatz in anderen Rechtsgebieten bereits wiederholt entschieden, dass die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sind, parallel zur behördlichen Überwachung privatrechtliche Sanktionsmechanismen vorzusehen.[11]

Der vorliegende Beitrag wird zunächst eine ökonomische Perspektive auf das private enforcement einnehmen und insbesondere auf die Risiken eines weitreichenden private enforcements hinweisen (B.). Anschließend wird gezeigt, dass aus dem Effektivitätsgrundsatz regelmäßig die Pflicht der Mitgliedstaaten folgt, private Schadensersatzansprüche bei Verstößen gegen die Digitalverordnungen im nationalen Recht vorzusehen (C.). Dabei wird sich die Untersuchung auf die einleitend genannten Verordnungen konzentrieren und insbesondere private Durchsetzungsmechanismen in Bezug auf Richtlinien ausklammern.[12] Der Anspruch selbst folgt im Mehrebenensystem sodann aus nationalem Recht (D.). Abschließend werden die Ergebnisse des Beitrags in zwei Thesen zusammengefasst (E.).

B. Ökonomische Perspektive

Das private enforcement bringt aus ökonomischer Sicht zahlreiche Vorteile mit sich:[13] Es nutzt etwa Informationen der Zivilgesellschaft und mobilisiert private Ressourcen.[14] Die dezentrale Rechtsdurchsetzung verspricht weiterhin eine größere Zahl von Gerichtsentscheidungen und vermag damit zur Rechtssicherheit beizutragen.

Ein umfassendes Rechtsdurchsetzungsregime birgt aber das Risiko eines over-enforcements.[15] Dieses ist dann besonders groß, wenn die Regelungsadressaten rechtmäßiges und rechtswidriges Verhalten nicht sicher unter-

11 Siehe unten C.I.

12 Zum private enforcement von Richtlinien *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 21 ff.).

13 Ausführlich *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 361 ff.; *Klöhn*, Die private Durchsetzung des Marktmanipulationsverbots. Europarechtliche Vorgaben und rechtsökonomische Erkenntnisse, in: Kalss/Fleischer/Vogt, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz 2013, 2014, S. 229 (236–245).

14 *Zurth* GRUR 2023, 1331 (1332); *Pauer*, Private Enforcement und die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes, in: Bauermeister/Schwamberger, Private Enforcement im Digitalen Binnenmarkt, 2025, S. 1 (13); *Bauermeister*, Private Rechtsdurchsetzung 2.0?, in: Croon-Gestefeld et al., Das Private im Privatrecht, 2022, S. 29 (31).

15 Ähnlich *Schmolke* NZG 2016, 721 (728); *Bauermeister*, in: Das Private im Privatrecht, 2022, S. 29 (32 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

scheiden können und über die erforderlichen Sorgfaltsanforderungen im Unklaren sind.[16] Laufen sie unter diesen Umständen Gefahr, mit einer Vielzahl an Rechtsstreitigkeiten belastet zu werden, die durch Aufsichtsbehörden und (vermeintlich) geschädigte Private angestrengt werden, kann dies im Ergebnis dazu führen, dass sie auch eigentlich rechtmäßige Handlungen unterlassen. Gerade im Hinblick auf die Digitalverordnungen erweist sich dieser Aspekt als heikel. Sie schaffen neuartige Rechtsbereiche, die von chronischer Rechtsunsicherheit gekennzeichnet sind. Ein weitreichendes private enforcement droht folglich übermäßig abschreckende Wirkung zu entfalten. Mögliche Folgen sind chilling effects, aufgrund derer Akteure risikoavers agieren und von eigentlich rechtmäßigen Digitallösungen Abstand nehmen, weil sie die Erfolgschancen ihrer Verteidigung nicht einschätzen können, sodass die erwarteten Kosten unter Berücksichtigung des Prozessrisikos den erwarteten Nutzen überschreiten (over-deterrence).[17] Mit dem Ziel der meisten Verordnungen, Innovationen im Digitalbereich zu fördern, wäre das nicht vereinbar. Um Innovationshemmnisse zu vermeiden, ist es notwendig, die (private) Rechtsdurchsetzung maßvoll zu gestalten.[18]

C. Pflicht zur privaten Rechtsdurchsetzung („Ob")

Das Unionsrecht und das deutsche Recht bieten hierfür – wie sich nachfolgend zeigen wird – genügend Raum, da die Pflicht der Mitgliedstaaten zum private enforcement stets unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit steht.

Eine Pflicht zur privaten Rechtsdurchsetzung kann aus dem Effektivitätsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 EUV)[19] folgen. Demnach dürfen die Mitgliedstaaten die Tragweite und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nicht be-

16 *Klöhn*, in: Kalss/Fleischer/Vogt, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2014, S. 229 (240); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, S. 363–368.

17 *Poelzig* ZGR 2015, 801 (826); vgl. auch *dies*., Normdurchsetzung, 2012, S. 372.

18 Vgl. *Poelzig* ZGR 2015, 801 (826), die zu einer ausgewogenen Ausgestaltung der Haftung mahnt; zur Bedeutung ökonomischer Erwägungen *dies*., Normdurchsetzung, 2012, S. 374 mwN.

19 Daneben verlangt der hier nicht näher behandelte Äquivalenzgrundsatz, dass die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts nicht weniger günstig ausgestaltet ist als diejenige des nationalen Rechts.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einträchtigen.[20] Das umfasst die Pflicht, Verstöße gegen das Unionsrecht zu sanktionieren. Dabei sind die Mitgliedstaaten bei der Wahl und Ausgestaltung geeigneter Durchsetzungsmechanismen grundsätzlich frei[21] – Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht können sie entsprechend aufsichtsrechtlich, privatrechtlich oder strafrechtlich sanktionieren.[22] Allerdings erfordert das Effektivitätsgebot, dass die gewählten Durchsetzungsinstrumente „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" sind.[23] Daher kann sich das Effektivitätsgebot zu einer mitgliedstaatlichen Verpflichtung verdichten, auch private Durchsetzungsinstrumente vorzusehen, wenn andere Sanktionsmechanismen nicht ausreichend wirksam sind.

I. Rechtsprechung des EuGH

Eine erste[24] Leitentscheidung des EuGH erging in der Rechtssache *Courage*. Demnach berechtigen Art. 85, 86 EGV (nunmehr Art. 101, 102 AEUV) unabhängig von der Existenz eines öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsregimes auch Private, Schadensersatz bei Verstößen gegen das Kartell- und Marktmissbrauchsverbot zu verlangen.[25] Diese Rechtsprechungslinie, die sich zur Begründung maßgeblich auf den Effektivitätsgrundsatz stützte, führte der EuGH in der Rechtssache *Manfredi* fort. Demnach kann bei

20 EuGH NJW 1984, 2024 (2025) – Milchkontor; Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Schill/Krenn*, 84. EL 2025, EUV Art. 4 Rn. 93; *Pauer*, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (1).

21 Bereits zu Verstößen gegen das Anti-Diskriminierungsrecht (RL 76/207) EuGH NJW 1984, 2021 (2021) – Colson u. Karmann; EuGH BeckRS 2004, 75871 (Rn. 23) – Marshall; EuGH BeckRS 2004, 73533 (Rn. 24) – Kommission/Griechenland; EuGH NZA 2007, 1271 (Rn. 44) – Paquay; zudem allgemein *Ebers*, Rechte, Rechtsbehelfe und Sanktionen im Unionsprivatrecht, 2016, S. 95 ff.; *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 2).

22 *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 2); *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (946).

23 Grundlegend EuGH BeckRS 2004, 73533 (Rn. 24) – Kommission/Griechenland; EuGH BeckRS 2004, 76902 (Rn. 22) – Kommission/Großbritannien; ähnlich bereits zu Sanktionen bei Verstößen gegen das Anti-Diskriminierungsrecht (RL 76/207) EuGH NJW 1984, 2021 (2021) – Colson u. Karmann.

24 Bereits zuvor entschied der EuGH NJW 1984, 2021 (2022) – Colson u. Karmann zur RL 76/207/EWG, dass die Richtlinie keine bestimmte Sanktion erfordere, sie aber voraussetze, dass Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot „eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben" müssen; weitere Überblicke bei *Bauermeister*, in: Wettbewerb auf digitalen Märkten, 2025, S. 357 (364 ff.); *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 3); mit differenzierter Darstellung *Oster* EuR 2019, 578 (583 ff.).

25 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 23–36) – Courage.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verstößen gegen das Kartell- und Marktmissbrauchsverbot nicht nur eine Vertragspartei, sondern jedermann ursächliche Schäden ersetzt verlangen.[26] In der Rechtssache *Muñoz* übertrug der EuGH diesen Ansatz auf das Sekundärrecht und entschied zugunsten der wettbewerbsrechtlichen Durchsetzbarkeit einer Verordnung zur Kennzeichnungspflicht von Obst.[27] Alle drei Urteile eint die Begründung, dass bei bloßer behördlicher Aufsicht die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wäre.[28] Das gilt vor allem für solche Regelungen, deren Einhaltung durch Behörden nur schwer überprüfbar ist.[29] Daher subjektiviert der EuGH das Gemeinschaftsrecht aus funktionalen Erwägungen:[30] Defizite bei der behördlichen Aufsicht werden durch die Mobilisierung Privater ausgeglichen, weil mögliche Schadensersatzansprüche als negative Verhaltensanreize wirken.[31] Im Sinne eines „Modells wechselseitiger Auffangordnungen"[32] tritt das private enforcement neben das public enforcement und verhilft dem Gemeinschaftsrecht zu größerer Wirksamkeit.[33]

Anders als die vorgenannten Entscheidungen vermuten lassen, geht der EuGH aber nicht so weit, dass jeder Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht zwingend privatrechtlicher Sanktionen bedarf.[34] In den Entscheidungen *Genil 48* und *TÜV Rheinland* befand der EuGH, dass die gegenständlichen Richtlinien zwar Individualinteressen schützen, sich daraus aber nicht zwingend privatrechtliche Ansprüche ableiten lassen. Vielmehr bleibt die Durchsetzung in den Grenzen des Effektivitätsgrundsatzes mitgliedstaatli-

26 EuGH EuZW 2006, 529 (Rn. 62) – Manfredi.
27 EuGH LMRR 2002, 63 (Rn. 32) – Muñoz.
28 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 22, 79) – Courage; EuGH EuZW 2006, 529 (Rn. 60) – Manfredi.
29 EuGH LMRR 2002, 63 (Rn. 31) – Muñoz; ähnlich EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 27) – Courage.
30 Die Rede ist daher von funktionaler Subjektivierung: *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 272 ff.; *Wagner* AcP 206 (2006), 352 (446); MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 627.
31 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 27) – Courage; *Bauermeister*, Private Rechtsdurchsetzung 2.0, in: Das Private im Privatrecht, 2025, S. 29 (30); *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 480.
32 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 310 ff.; *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 565 ff.
33 Allgemein *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (941); *Oster* EuR 2019, 578 (588 ff.); zu Art. 82 DSGVO EuGH NJW 2024, 1561 (Rn. 59) – GP/juris GmbH.
34 Zur Rechtsprechungsentwicklung nach *Muñoz* siehe *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 7 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chem Recht überlassen.[35] Wichtig ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass der EuGH zwar implizit davon auszugehen schien, die Wirksamkeit des Unionsrecht sei nicht gefährdet,[36] er in beiden Fällen eine mitgliedstaatliche Pflicht zum private enforcement aber auch nicht grundsätzlich ausschloss.[37] Er übertrug es vielmehr den nationalen Gerichten, festzustellen, ob die bestehenden Sanktionsmechanismen den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes genügen.[38]

Noch unklarer wird die Linie des Gerichtshofs schließlich durch die Rechtssache *Thermofenster*. Hier entschied der EuGH, dass die aus der RL 2007/46 folgende Pflicht des Herstellers eines Kfz, diesem eine Übereinstimmungserklärung beizulegen, eine „unmittelbare Verbindung" mit dem Käufer dieses Kfz herstelle.[39] Aus dem individualschützenden Charakter der einschlägigen Vorschriften der Richtlinie folge iVm den Anforderungen der VO 715/2007 ein „Anspruch"[40] des Käufers gegen den Hersteller, dass das Kfz nicht mit einer unzulässigen Abgaseinrichtung ausgestattet ist.[41] Weiterhin sehe die gegenständliche Verordnung eine Pflicht der Mitgliedstaaten vor, „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen" festzulegen. Zusammen besehen folge daraus, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, privatrechtliche Schadensersatzansprüche des Käufers gegen

35 EuGH EuZW 2013, 557 (Rn. 57) – Genil 48; EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55–59) – TÜV Rheinland; zudem *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 7 f.); MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 632.

36 Vgl. *Uhlmann*, Individualschutz im Kapitalmarkt- und Bankenaufsichtsrecht, 2021, S. 149 f.

37 So auch *Heinze* ZEuP 2024, 187 (199 f.); ähnlich *Einsele* JZ 2014, 703 (713 Fn. 96).

38 *Bauermeister*, in: Wettbewerb auf digitalen Märkten, 2025, S. 357 (370 f.) führt diese abweichende Rechtsprechungslinie maßgeblich darauf zurück, dass den Urteilen nicht Primärrecht oder Verordnungen, sondern Richtlinien zugrunde lagen; zudem *Scholz* ZBB 2022, 200 (204).

39 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 78, 82) – Thermofenster; Schlussantrag GA Rantos, BeckRS 2022, 12232 (Rn. 45) – Thermofenster.

40 Inwiefern der EuGH mit diesem Begriff einen Anspruch iSv § 194 BGB meint, ist zweifelhaft, zumal in der englischen und französischen Sprachfassung von „right" und „droit" die Rede ist. Daher wird nachfolgend bewusst unspezifisch von einer „Verhaltenspflicht" gesprochen, deren privatrechtliche Qualifikation offengelassen wird.

41 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 68–85) – Thermofenster; zudem *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 10); *Heinze* ZEuP 2024, 187 (193) weist auf die Verwendung des Adverbs „somit" hin. Da es sich bei der RL 2007/47/EG allerdings um eine Richtlinie handelt, wird die Verhaltenspflicht richtigerweise aus §§ 6 I, 27 I EG-FGV folgen, dazu *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 25).

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Hersteller vorzusehen.[42] Im Ergebnis begründet der EuGH damit die Pflicht zum private enforcement ebenfalls mit dem Effektivitätsgrundsatz.[43] Allerdings führt er anders als in den Rechtssachen *Courage*, *Manfredi* und *Muñoz* zur Begründung zusätzlich den individualschützenden Charakter der jeweiligen Rechtsakte an, der wiederum in den Rechtssachen *Genil 48* und *TÜV Rheinland* nicht ausreichte, um privatrechtliche Ansprüche herzuleiten.[44]

II. Europäische Grundsätze der privaten Rechtsdurchsetzung

Was folgt daraus? Obwohl sich die vorgenannten EuGH-Entscheidungen auf den ersten Blick zu widersprechen scheinen,[45] lassen sich aus ihnen meines Erachtens zwei Schlüsse ziehen:

Erstens zeigen die Entscheidungen *Genil 48* und *TÜV Rheinland*, dass eine Pflicht zum private enforcement nicht mit dem individualschützenden Charakter der jeweiligen Unionsnorm begründet werden kann.[46] In beiden Entscheidungen hob der Gerichtshof allerdings hervor, dass die Ausgestaltung des Sanktionssystems den Anforderungen des Effektivitätsgrundsatzes entsprechen muss.[47] Die *Thermofenster*-Entscheidung steht damit nicht im Widerspruch, denn der EuGH hat hier aus dem individualschützenden Charakter lediglich eine Verhaltenspflicht des Herstellers gegenüber dem

42 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 87–91) – Thermofenster; zudem *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 11); *Heinze* ZEuP 2024, 187 (193).

43 Vgl. EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 93 f.) – Thermofenster. So auch *Heinze* ZEuP 2024, 187 (195 f.); *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (783).

44 Ähnlich *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 10), der feststellt, dass der EuGH Elemente aus den Entscheidungen *Courage*, *Manfredi* und *Muñoz* sowie *Genil 48* und *TÜV Rheinland* „auf eigenartige Weise" verbinde.

45 So auch *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 26), der in der EuGH-Rechtsprechung zu den Voraussetzungen des private enforcements kein „kohärentes Ergebnis" sieht; ebenso *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (783).

46 EuGH EuZW 2013, 557 (Rn. 57) – Genil 48; EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55) – TÜV Rheinland; siehe auch EuGH EuZW 2004, 689 (Rn. 38–40) – Paul. Zudem *Ebers*, Rechte, 2016, S. 170; *Pauer*, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (7). Vgl. aber auch *Heinze* ZEuP 2024, 187 (196 f.), der das Individualschutzkriterium – außerhalb des Bereichs wettbewerbsrechtsschützender Unionsnormen – als konstitutiv ansieht.

47 EuGH EuZW 2013, 557 (Rn. 57) – Genil 48; EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 59) – TÜV Rheinland.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Käufer begründet;[48] die tragende Erwägung für die Notwendigkeit eines Schadensersatzanspruchs war demgegenüber der Effektivitätsgrundsatz.[49]

Das führt zur zweiten Ableitung: Entscheidend für eine Pflicht zum private enforcement ist die Feststellung, dass ohne die Existenz eines privatrechtlichen Anspruchs die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt und damit der Effektivitätsgrundsatz verletzt wäre.[50] Diese funktionale Subjektivierung bildet den Kern des europäischen Systems privater Rechtsdurchsetzung.[51] Allerdings hat der EuGH die entscheidende Frage, unter welchen Voraussetzungen der Effektivitätsgrundsatz verletzt ist, bisher nur fragmentarisch beantwortet.[52] Teilweise finden sich Vorschläge für übergeordnete, systembildende Kriterien, wie etwa der Wille des Unionsgesetzgebers.[53] Diese finden in der EuGH-Rechtsprechung allerdings nur bedingt Rückhalt.[54] Ausgangspunkt muss daher die „Rechtsdurchsetzungsautonomie“[55] der Mitgliedstaaten sein. Nimmt man diese ernst, bedarf die Annahme einer Pflicht zum private enforcement stets einer besonderen Begründung, die zeigt, dass ohne die Existenz eines privatrechtlichen Schadensersatzanspruchs die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt wäre.[56] Aus der Rechtsprechungshistorie folgen zugleich zwei Fallgruppen, in denen der mitgliedstaatliche Ermessensspielraum auf Null reduziert ist

48 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 89) – Thermofenster.
49 EuGH NJW 2023, 1111 (Rn. 90) – Thermofenster.
50 So im Ergebnis auch *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 284; ähnlich *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (783); MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 627. Zudem *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 520.
51 So im Ergebnis auch *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 119 f.; MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 631; *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (783); kritisch *Mörsdorf* RabelsZ 83 (2019), 797 (810 f.).
52 Mit derselben Feststellung *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 521. Für eine ausführliche Untersuchung *Ebers*, Rechte, 2016, S. 271 ff.
53 *Mörsdorf* RabelsZ 83 (2019), 797 (814 ff., 819); *Zurth* GRUR 2023, 1331 (1332); *Schmolke* NZG 2016, 721 (723), der allerdings anschließend die Wertung des Art. 4 Abs. 3 EUV berücksichtigt; kritisch zu vom Unionsgeber festgesetzten „Grenzen der erstrebten Effektivität“ *Poelzig* ZGR 2015, 801 (814).
54 Anklang findet diese Erwägung in dem Umstand, dass der EuGH mitunter eine Pflicht zum private enforcement mit fehlenden entsprechenden Vorschriften in den jeweiligen Rechtsakten verneint, vgl. EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55–59) – TÜV Rheinland. Kritisch MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 627.
55 *Hellgardt* ZEuP 2022, 7 (38).
56 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 274 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und die sich (vorsichtig) verallgemeinern lassen:[57] Zum einen sind Mitgliedstaaten zum private enforcement verpflichtet, wenn im Einzelfall[58] Anhaltspunkte bestehen, dass andere und insbesondere aufsichtsrechtliche Durchsetzungsinstrumente nicht ausreichend sind, um Verstöße wirksam zu sanktionieren.[59] Das ist ausweislich der Entscheidungen *Courage* und *Muñoz* vor allem dann der Fall, wenn die zuständigen Behörden rechtswidriges Verhalten nur unzureichend aufdecken können.[60] Zum anderen legt die *Thermofenster*-Entscheidung nahe, dass Schadensersatzansprüche dann unionsrechtlich zwingend sind, wenn der jeweilige Rechtsakt Verhaltenspflichten zwischen Privaten statuiert und ein Schadensersatzanspruch zur Wirksamkeit dieser Pflichten erforderlich ist.[61] Letzteres wird regelmäßig anzunehmen sein, denn auch hier lässt sich argumentieren, dass Aufsichtsbehörden in diesen Fällen Verstöße nur unzureichend aufdecken können, weil sie selbst nicht am Marktgeschehen teilnehmen und keinen Einblick in die jeweiligen Rechtsverhältnisse haben.[62] Das steht im Übrigen nicht im Widerspruch zu den Entscheidungen *Genil 48* und *TÜV Rheinland*, da der EuGH hier aus den jeweiligen Rechtsakten schon keine konkreten Verhaltenspflichten gegenüber den Geschädigten ableitete.[63]

Geht man von diesen Fallgruppen aus, stellen zwingende private Schadensersatzansprüche keinesfalls die Ausnahme dar, sondern werden regelmäßig anzuerkennen sein.[64] Häufig wird man Informationsdefizite der Behörde oder Verhaltenspflichten zwischen Privaten annehmen, insbesondere – wie im nächsten Abschnitt gezeigt wird – im europäischen Digitalrecht.[65] Gleichwohl ist zu betonen, dass daraus kein Automatismus für ein priva-

57 Siehe zudem *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 521–523 mit zahlreichen Kategorien; *ders.* ZEuP 2024, 187 (197 f.); kritisch zu Verallgemeinerungen *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 133.

58 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 272.

59 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 276, der auch auf die Möglichkeit empirischer Nachweise verweist.

60 EuGH EuZW 2001, 715 (Rn. 27) – Courage („oft verschleierten"); EuGH LMRR 2002, 63 (Rn. 31) – Muñoz; siehe auch *Ebers*, Rechte, 2016, S. 316.

61 Siehe auch Schlussantrag GA Rantos, BeckRS 2022, 12232 (Rn. 54) – Thermofenster.

62 Vgl. *Poelzig*, Normdurchsetzung, S. 570 f.

63 Besonders deutlich EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55) – TÜV Rheinland. Zur Einordnung beider Entscheidungen in das europäische Haftungssystem zudem *Heinze* ZEuP 2024, 187 (199 ff.). Vgl. auch *Wagner* NJW 2023, 1761 (Rn. 18 f.).

64 Ähnlich *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 515 f., 523 f.; *ders.* ZEuP 2024, 187 (198); kritisch *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 126–140.

65 *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 500, 515; *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (946); kritisch für den DSA *Buchheim/Schrenk* NVwZ 2024, 1 (6).

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te enforcement folgt. Bestehen umfassende, behördliche Kontrollmechanismen und finden sich auch im Rechtsakt selbst keinerlei Hinweise auf ein privatrechtliches Durchsetzungsregime, spricht dies eher für die Rechtsdurchsetzungsautonomie der Mitgliedstaaten.[66] Ebenso fehlt es an einer Pflicht zum private enforcement, wenn diese ausdrücklich[67] oder implizit ausgeschlossen ist, etwa weil das Unionsrecht eigenständig privatrechtliche Sanktionsmechanismen normiert.[68]

III. Übertragung auf die Digitalverordnungen

Hiervon ausgehend kommt es für die Frage zwingender Schadensersatzansprüche Privater bei Verstößen gegen die eingangs genannten Digitalverordnungen darauf an, ob ohne die Existenz eines solchen Anspruchs deren Wirksamkeit beeinträchtigt wäre. Unterstrichen wird dies durch die deklaratorische[69] Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende" Sanktionen vorzusehen, die sich in den meisten Digitalverordnungen findet (Art. 84 DSGVO, Art. 34 DGA, Art. 15 P2B-VO, Art. 52 DSA, Art. 40 DA, Art. 99 KI-VO).[70] Der Effektivitätsgrundsatz findet hier seinen sekundärrechtlichen Niederschlag. Ob private Rechtsdurchsetzungsinstrumente zwingend sind, kann dabei nicht für die Verordnungen insgesamt festgestellt werden, sondern ist für jede Norm einzeln zu prüfen.[71] Bei vergleichender Betrachtung der Digitalverordnungen lassen sich jedoch einige allgemeine Feststellungen treffen, die ein abgestuftes Regelungssystem erkennen lassen:

Zunächst fällt Art. 82 DSGVO ins Auge, der einen eigenständigen Schadensersatzanspruch normiert. Damit hat der Unionsgesetzgeber implizit ausgeschlossen, dass die Mitgliedsstaaten eine Pflicht zum weitergehenden

66 So etwa für das Anlegerschutzrecht (sehr str.) EuGH EuZW 2013, 557 Rn. (57) – Genil 48; BGH BKR 2014, 32 (Rn. 31); zustimmend *Harnos* ZEuP 2015, 546 (562); für das Kapitalmarkt- und Bankenaufsichtsrecht *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 140–150; zudem EuGH NJW 2017, 1161 (Rn. 55–59) – TÜV Rheinland; Ebenroth/Boujong/*Poelzig*, 5. Aufl. 2024, WpHG § 97 Rn. 56; enger *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 526–532.

67 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947) mit Verweis auf Art. 3 Nr. 10 RL (EU) 2019/770; *Heinze* ZEuP 2024, 187 (198).

68 *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 538 f.; *ders.* ZEuP 2024, 187 (198).

69 *Ebers*, Rechte, 2016, S. 261.

70 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947).

71 Vgl. *Pauer*, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

private enforcement trifft, etwa zugunsten von Mitbewerbern.[72] Der weite Anwendungsbereich des Anspruchs stützt diesen Befund: Zum einen ist jede natürliche[73] Person anspruchsberechtigt, die durch den Verstoß einen Schaden erleidet. Zum anderen sanktioniert die Vorschrift jeden Verstoß gegen die DSGVO und ist erkennbar vom Gedanken einer umfassenden Rechtsdurchsetzung getragen.[74]

Im Unterschied dazu findet sich in Art. 54 DSA eine unvollkommene Haftungsnorm. Nutzer sollen bei Verstößen gegen den DSA Anspruch auf Schadensersatz „im Einklang" mit nationalem Recht haben. Art. 54 DSA verweist damit für die weiteren Anspruchsvoraussetzungen auf nationale Schadensersatznormen. In der Sache handelt es sich um eine Konkretisierung des Effektivitätsgrundsatzes für nutzerbezogene Pflichten.[75] Die Suche nach der geeigneten Anspruchsgrundlage im nationalen Recht folgt daher den nachfolgend aufgezeigten Regeln (D.) – Art. 54 DSA verweist im Ergebnis auf § 280 Abs. 1 BGB.[76] Gleichzeitig schließt Art. 54 DSA wie Art. 82 DSGVO eine Pflicht zum weitergehenden private enforcement für jedenfalls diejenigen Vorschriften aus, bei denen durch nutzerseitige Schadensersatzansprüche eine ausreichende Durchsetzung gewährleistet ist (zB bei Art. 25 DSA).[77]

Demgegenüber enger statuiert die P2B-VO in Art. 14 Abs. 1 P2B-VO einen Unterlassungsanspruch für qualifizierte Einrichtungen. Mangels Sanktionswirkung ist ein Unterlassungsanspruch für eine wirksame Durchsetzung der P2B-VO aber nicht ausreichend.[78] Da sich der deutsche Gesetzgeber zudem gegen eine administrative Kontrolle der P2B-VO entschieden hat,[79] zwingt das Unionsrecht, private Schadensersatzansprüche im nationalen Recht vorzusehen.[80]

---

72 Gleichwohl steht es den Mitgliedstaaten offen, weitergehende Ansprüche vorzusehen. Art. 82 DSGVO entfaltet keine Sperrwirkung, EuGH GRUR 2024, 1721 (Rn. 46–73) – Arzneimittelbestelldaten.

73 BeckOK Datenschutzrecht/*Quaas*, 51. Ed. 1.2.2025, DSGVO Art. 82 Rn. 38.

74 Ähnlich *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (943).

75 Ähnlich *Raue/Heesen* NJW 2022, 3537 (Rn. 18).

76 Vgl. *Raue/Heesen* NJW 2022, 3537 (Rn. 18, 41); Hoffmann/Raue/*Raue*, 1. Aufl. 2023, DSA Art. 54 Rn. 39 und DSA Vor Art. 11 ff. Rn. 24 f.

77 Vgl. *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947 f.), die eine Pflicht zum private enforcement für Art. 4–6 DSA erwägt.

78 Hierzu *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 538.

79 Vgl. ErwGr. 46 P2B-VO.

80 Busch/*Höppner/Wick*, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 10, 21 f.; knapp *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (947); vgl. allgemein *Heinze*, Schadensersatz, 2017, S. 538.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wiederum anders geregelt ist die Durchsetzung im Data Act. Dieser nennt vereinzelt Schadensersatzansprüche (etwa Art. 11 Abs. 2 lit. d DA). Da hierdurch aber nur einzelne Rechtsverstöße sanktioniert werden, hat der Unionsgesetzgeber damit – im Unterschied zu Art. 82 DSGVO – eine Pflicht zu weitergehenden nationalen Schadensersatzansprüchen nicht implizit ausgeschlossen.[81] Weil der DA (etwa in Kapitel II–IV, VI, nicht dagegen in Kapitel V) Verhaltenspflichten zwischen Privaten statuiert, sind im Lichte der *Thermofenster*-Entscheidung Schadensersatzansprüche zwingend (vgl. auch Art. 5 Abs. 12 DA).[82]

Der DMA statuiert dagegen keine individuellen Ansprüche. Für Verletzungen der Art. 5–7 DMA hat der deutsche Gesetzgeber aber weitreichende private Schadensersatzansprüche in §§ 33a Abs. 1, 33 Abs. 1 GWB normiert, wonach Torwächter bei schuldhaften Verstößen jedermann zum Schadensersatz verpflichtet sind. Hierin mag man eine legislative Umsetzung der *Muñoz*-Rechtsprechung sehen,[83] durch die der deutsche Gesetzgeber seine Pflicht, ein wirksames Sanktionsregime vorzusehen, spezialgesetzlich umgesetzt hat.[84]

Für Verstöße gegen den DGA und die KI-VO finden sich schließlich weder in den Verordnungen noch in deutschen Gesetzen ausdrücklich normierte Schadensersatzansprüche. Die vorgehend entwickelten Grundsätze sprechen allerdings dafür, dass Verstöße gegen zahlreiche Vorschriften des DGA und der KI-VO zwingend private Schadensersatzansprüche auslösen, da sie Verhaltenspflichten zwischen Privaten begründen und/oder Verstöße für die Aufsichtsbehörden nur schwer aufdeckbar sind.[85]

81 Vgl. ähnlich in Bezug auf Art. 94 Abs. 2 SortenschutzVO *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (943).

82 Vgl. EuGH BeckRS 2023, 4652 (Rn. 89–91) – Thermofenster.

83 In Bezug auf Kartellrechtsverstöße Immenga/Mestmäcker/*Franck*, 7. Aufl. 2024, GWB § 33a Rn. 19.

84 Vgl. Immenga/Mestmäcker/*Göhsl/Zimmer*, 7. Aufl. 2025, VO (EU) 2022/1925 Art. 1 Rn. 31.

85 ZB Art. 12, 21, 22 DGA, Art. 5, Art. 16 lit. a iVm Art. 8–10 u. 13–15, 26 Abs. 1–7 u. 11, 50, 53 KI-VO.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Nationale Ausgestaltung der privaten Rechtsdurchsetzung („Wie")

Aufgrund der kompetenziellen Trennung von Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung[86] folgt der Schadensersatzanspruch bei einer Pflicht der Mitgliedstaaten zum private enforcement aus dem nationalen Recht.[87] Dabei gibt der Effektivitätsgrundsatz grobe Leitlinien: Der Schadensersatzanspruch muss wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein. Bedeutsam ist dabei – auch mit Blick auf die vorgehend aufgezeigten ökonomischen Implikationen des private enforcements[88] – das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit.[89] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht im Spannungsverhältnis zu den Erfordernissen der Wirksamkeit und Abschreckung; er dient als begrenzendes Element und Abwägungsfaktor auf Seiten der Regelungsadressaten. In ihm kommt zum Ausdruck, dass der Effektivitätsgrundsatz keinesfalls eine maximale Wirksamkeit des Unionsrechts fordert,[90] sondern ein ausgewogenes Mindestmaß an Wirksamkeit.[91]

Bei der Frage der Verhältnismäßigkeit des gebotenen Anspruchs ist unter anderem der Kreis der Anspruchsberechtigten von Bedeutung.[92] Das deutsche Recht bietet allgemein drei Wege, um einen Schadensersatzanspruch zu konstruieren: § 280 Abs. 1 BGB, §§ 3a, 9 UWG und § 823 Abs. 2 BGB. Im Fall von § 280 Abs. 1 BGB ist der Kreis der Anspruchsberechtigten vergleichsweise klein, weil eine Sonderverbindung vorausgesetzt wird. Der Anwendungsbereich der §§ 3a, 9 UWG ist demgegenüber größer; anspruchsberechtigt sind insbesondere Mitbewerber. Ähnliches gilt für § 823 Abs. 2 BGB, bei dem eine Eingrenzung über den persönlichen Schutzbereich des jeweiligen Schutzgesetzes stattfindet.[93]

In der Literatur wird bei festgestellter Pflicht zum private enforcement der Schadensersatzanspruch häufig im Deliktsrecht verortet. Der Anspruch folge vor allem aus § 823 Abs. 2 BGB, weil die verletzte Unionsnorm im

86 *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 115.
87 *Hornkohl* EuZW 2024, 941 (946) mit Verweis auf EuGH EuZW 2006, 529 (Rn. 64) – Manfredi.
88 Siehe oben B.
89 Zur Wirksamkeit und abschreckenden Wirkung allgemein *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 301 ff.
90 *Pauer*, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (10); *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 151.
91 *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 304 f.
92 Weitere Aspekte wären zB die Anforderungen an ein Verschulden, Beweislastverteilungen oder die Anforderungen an eine Interessenbeeinträchtigung iSd § 3a UWG.
93 Vgl. dazu BeckOGK-*Voigt*, Stand 1.5.2025, BGB § 823 Rn. 271.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lichte des Effektivitätsgrundsatzes ein Schutzgesetz darstelle. Es komme dann nicht auf die etablierten Grundsätze zur Bestimmung eines Schutzgesetzes an (Individualschutz, Tragbarkeit im Gesamtsystem), sondern § 823 Abs. 2 BGB sei unionsrechtskonform auszulegen.[94] Dieser Ansatz führt indes zu weit.[95] Es besteht kein mit dem Effektivitätsgrundsatz begründbarer Automatismus zwischen der Pflicht zum private enforcement und einem deliktischen Anspruch. Wenn die Mitgliedstaaten schon bei der Wahl des Durchsetzungsregimes im Grundsatz Ermessen haben, muss ein solcher Spielraum erst recht für die Ausgestaltung des Schadensersatzanspruchs im nationalen Recht bestehen. Entsprechend zwingt der Effektivitätsgrundsatz im Regelfall nicht zur Anerkennung einer deliktischen Anspruchsgrundlage. Wie nachfolgend gezeigt wird, kann auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB dem Effektivitätsgrundsatz genügen, solange die Sanktion im Ergebnis wirksam und abschreckend ist.

Daher ist es vorzugswürdig, zweistufig vorzugehen: Zunächst ist die Anspruchsgrundlage nach nationalem Schadensrecht zu bestimmen.[96] Erst im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die gefundenen Anspruchsgrundlagen dem Effektivitätsgrundsatz genügen. Ist das nicht der Fall, muss der Anwendungsbereich der „sachnächsten" Anspruchsgrundlage (die dann in der Tat häufig § 823 Abs. 2 BGB als „Transmissionsriemen"[97] sein wird) im Wege der europarechtskonformen Auslegung erweitert werden.[98]

Diese Lösung hat zwei Vorteile: Erstens ist sie systemverträglich, weil sie sich zunächst um Integration in das nationale Schadensrecht bemüht. Zweitens vermindert sie – zumindest für das deutsche Recht – das Risiko

94 *Hellgardt* AG 2012, 154 (165), der mit Blick auf *Muñoz* feststellt, dass im Bereich des unmittelbar geltenden Unionsrechts der Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB „nicht mehr davon ab[hängt], ob die verletzte Norm dem Schutz Privater zu dienen bestimmt ist, vielmehr ist jeder von dem Rechtsverstoß ‚Betroffene' aktivlegitimiert." Ähnlich MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 626; *ders.* AcP 206 (2006), 352 (417 f.); implizit jedenfalls für Marktverhaltensnormen *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 484–492, die § 823 Abs. 2 BGB funktional auslegt, sodass ein Automatismus zwischen Pflicht zum private enforcement und deliktischem Anspruch naheliegt. Für das Digitalrecht *Hornkohl* EuZW 2024, 948 (946 f., 948). Für die KI-VO *Theis* BKR 2024, 414 (415 f.); *Linardatos* GPR 2022, 2022, 58 (60); für Art. 52 KI-VO *Kraetzig* CR 2024, 207 (210).

95 Kritisch auch *Harnos* ZEuP 2015, 546 (563).

96 So auch BGH NJW 2012, 928 (Rn. 24); kritisch *Ackermann/Franck* GRUR 2012, 291 (298 f.).

97 MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 587; vgl. auch *Deutsch* JZ 1963, 385 (389).

98 Zu § 823 Abs. 2 BGB *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 491.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eines over-enforcements,[99] welches der Effektivitätsgrundsatz keinesfalls gebietet. Das Unionsrecht verlangt lediglich ein ausgewogenes Mindestmaß an Wirksamkeit und Abschreckung. Die im deutschen Deliktsrecht vorgesehene eingeschränkte Haftung für reine Vermögensschäden erscheint damit ganz im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Ein gutes Beispiel, um die vorgeschlagene Lösung zu illustrieren, ist Art. 16 lit. a iVm Art. 13 KI-VO.[100] Demnach sind Anbieter von Hochrisiko-KI-Systemen verpflichtet, diese so zu konzipieren und zu entwickeln, dass ihr Betrieb hinreichend transparent ist, damit die Betreiber die Ausgaben eines Systems angemessen interpretieren und verwenden können.

Zwischen dem Anbieter und Betreiber wird immer ein Schuldverhältnis in Form eines Lizenzvertrags bestehen. Das gilt auch bei Hochrisiko-KI-Systemen, die unentgeltlich unter einer freien und quelloffenen „Lizenz" bereitgestellt werden (Art. 2 Abs. 12 KI-VO). Entsprechend lässt sich die Transparenzpflicht des Art. 13 KI-VO als Konkretisierung der Verhaltenspflichten aus dem Lizenzvertrag lesen (§ 241 Abs. 2 BGB).[101] Erfüllt der Anbieter diese pflichtwidrig nicht, ist er gegenüber dem Anbieter zum Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB verpflichtet.[102]

Daneben kann durch die Verletzung der Pflichten aus Art. 13 KI-VO auch Dritten ein Schaden entstehen, die mit dem vom Betreiber verwendeten KI-System in Berührung kommen. Denkbar ist etwa, dass das KI-System fehlerhaft bereitgestellt wird, weil der Anbieter unzureichende oder falsche Angaben machte. Als Anspruchsgrundlage kommt hier vor allem § 823 Abs. 2 BGB in Betracht. Entscheidend ist somit, ob es sich bei Art. 13 KI-VO um ein Schutzgesetz handelt. Das wird in der Literatur überwiegend bejaht.[103] Bei der Anerkennung von Schutzgesetzen fordert

99 Siehe oben B.

100 Vergleichbar zu Art. 12 DGA *Sierek*, Datenaustausch durch Datentreuhand, 2025, S. 395–397.

101 Ähnlich Martini/Wendehorst/*Wendehorst*, 1. Aufl. 2024, KI-VO Art. 1 Rn. 90; ähnlich für die nutzerbezogenen Sorgfaltspflichten des DSA *Raue/Heesen* NJW 2022, 3537 (Rn. 18, 41); Hoffmann/Raue/*Raue*, 1. Aufl. 2023, DSA Vor Art. 11 ff. Rn. 24 f.; für die P2B-VO Busch/*Höppner/Wick*, 1. Aufl. 2022, P2B-VO Art. 15 Rn. 22; vgl. allgemein *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2006, S. 461.

102 Ähnlich *Linardatos* GPR 2022, 58 (60).

103 *Theis* BKR 2024, 414 (415 f.); *Grützmacher* CR 2021, 433 (Rn. 38 f.); knapp *Spindler* CR 2021, 361 (Rn. 4); differenziert BeckOK KI-Recht/*Henke*, 1. Ed. 1.5.2025, KI-VO Art. 16 Rn. 61, der dies allerdings auch für Art. 13 KI-VO annimmt; differenziert *Roos/Weitz* MMR 2021, 844 (850); zudem Martini/Wendehorst/*Wendehorst*, 1. Aufl. 2024, KI-VO Art. 1 Rn. 85.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der BGH allerdings Zurückhaltung, um die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine allgemeine deliktische Haftung für Vermögensschäden nicht zu unterlaufen.[104] Das gilt in besonderem Maße für Verhaltensanforderungen in vertraglichen Sonderbeziehungen, die nicht vorschnell zu „Jedermannspflichten" umqualifiziert werden dürfen.[105] Maßgeblich ist daher nicht nur der individualschützende Charakter der jeweiligen Vorschrift, sondern zusätzlich eine wertende Betrachtung.[106] Zu prüfen ist, ob es in der Tendenz des Gesetzgebers liegen konnte, Anbieter für Normverstöße gegen Art. 13 KI-VO gegenüber Dritten deliktisch haften zu lassen.[107]

Für die Anerkennung des Art. 13 KI-VO als Schutzgesetz spricht zunächst, dass die Transparenzanforderungen auch dem Schutz Dritter dienen, die mit den vom Betreiber verwendeten KI-Systemen in Kontakt kommen.[108] Zudem handelt es sich bei der KI-VO im Kern um Produktsicherheitsrecht und produktsicherheitsrechtliche Vorschriften sind grundsätzlich Schutzgesetze.[109] Allerdings finden sich im Verordnungstext selbst keinerlei Hinweise und damit keine Tendenz, dass der Unionsgesetzgeber mit Art. 13 KI-VO eine deliktische Einstandspflicht des Anbieters für Vermögensschäden im Sinn hatte.[110] Der Erwgr. 72 KI-VO betont vielmehr in erster Linie die Pflicht des Anbieters gegenüber dem Betreiber.[111] Entscheidend ist letztlich, dass eine Anerkennung des Art. 13 KI-VO als Schutzgesetz eine ausufernde Haftung der Anbieter zur Folge hätte – diese würden einem unüberschaubaren Kreis an potentiell Geschädigten auch für nur fahrlässig verursachte Vermögensschäden haften, deren Eintritt sie im Vorhinein kaum abschätzen können.[112]

104 BeckOK BGB/*Förster*, 74. Ed. 1.2.2025, BGB § 823 Rn. 278.
105 BGH BeckRS 2008, 7112 (Rn. 20).
106 *Poelzig*, Normdurchsetzung, 2012, S. 489.
107 BGH GRUR-RS 2023, 11768 Rn. 12 m.w.N.; BGH NJW 2023, 2259 Rn. 20; kritisch *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 183 f.
108 BeckOK KI-Recht/*Henke*, 1. Ed. 1.5.2025, KI-VO Art. 16 Rn. 61. Dieses Argument findet sich in Bezug auf Art. 53 KI-VO etwa bei *Nordemann/Rasouli* ZUM 2024, 780 (785).
109 BeckOK KI-Recht/*Henke*, 1. Ed. 1.5.2025, KI-VO Art. 16 Rn. 61.
110 Generell kritisch *Mörsdorf* RabelsZ 83 (2019), 797 (815).
111 Vgl. BGH NJW 1994, 1801 (1803); BeckOK BGB/*Förster*, 74 Ed. 2025 BGB, § 823 Rn. 280.
112 Vgl. MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, BGB § 823 Rn. 624 f.; *Uhlmann*, Individualschutz, 2021, S. 203 f., der den etablierten Kriterien des BGH allerdings kritisch gegenübersteht; vgl. zudem die weitere und hier übertragbare Argumentationslinie zu § 31 f. WpHG aF bei *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2022, S. 469 f.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Folgt man dem, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob durch das Fehlen eines Schadensersatzanspruchs Dritter bei Verstößen gegen Art. 13 KI-VO der Effektivitätsgrundsatz verletzt ist. Fest steht, dass eine Pflicht zum private enforcement besteht. Art. 13 KI-VO regelt Verhaltenspflichten zwischen Privaten und die Einhaltung der Vorschrift ist im Einzelfall für Behörden nur schwerlich überprüfbar, weil sie keine Einblicke in das Verhältnis zwischen Anbieter und Betreiber haben. Ob die Pflicht zum private enforcement so weit geht, Dritten einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, ist wiederum davon abhängig, ob andernfalls die Wirksamkeit des Art. 13 KI-VO beeinträchtigt wäre. Zweifellos würden Schadensersatzansprüche Dritter die Durchsetzungskraft der Norm erhöhen. Indes fordert der Effektivitätsgrundsatz keine maximale, sondern ein ausgewogenes Mindestmaß an Wirksamkeit. Es ist davon auszugehen, dass Schadensersatzansprüche von Betreibern aus § 280 Abs. 1 BGB diese Anforderungen ausfüllen.[113] Dafür sprechen zwei Gründe: Erstens sind Betreiber durch Verstöße besonders betroffen. Sie werden in diesem Fall regelmäßig Vermögenseinbußen erleiden und daher gegenüber dem Anbieter Schadensersatzansprüche geltend machen. Bedeutsam ist schließlich zweitens, dass die Anerkennung deliktischer Ansprüche eine weitreichende Haftung mit – wie gezeigt – unüberschaubarem und damit unverhältnismäßigem Haftungsrisiko für den Anbieter zur Folge hätte.[114] Im Ergebnis sprechen damit ähnliche Gründe gegen eine Pflicht zum deliktischen Schadensersatz, die bereits gegen die Anerkennung als Schutzgesetz sprachen.

Nach der vorgehend aufgezeigten Methode ist für jede Vorschrift in den Digitalverordnungen vorzugehen, für die private Schadensersatzansprüche zwingend sind.[115] Dabei wird man im Ergebnis häufig – anders als im vorgehend gezeigten Beispiel – dazu kommen, dass Verstöße unabhängig vom Effektivitätsgrundsatz deliktische oder wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche auslösen. Ist das aber nicht der Fall, gilt es zu prüfen, ob der Effektivitätsgrundsatz solche Ansprüche gebietet. Sofern wenigstens ein Anspruch aus § 280 BGB besteht, wird dies indes regelmäßig für eine wirksame Durchsetzung des Unionsrechts ausreichen. Damit dürfte der Effektivitätsgrundsatz – jedenfalls für das deutsche Recht – eine geringere Rolle spielen, als dies auf den ersten Blick scheinen mag.

113 Ähnlich *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, 2022, S. 472.
114 *Dieckmann* AcP 213 (2013), 1 (12).
115 *Pauer*, in: Private Enforcement, 2025, S. 1 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

E. Zusammenfassung in Thesen

1. Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten aus dem Effektivitätsgrundsatz regelmäßig, Verstöße gegen Unionsrecht auch privatrechtlich zu sanktionieren. In der EuGH-Rechtsprechung haben sich zwei Fallgruppen herauskristallisiert: Eine Pflicht zum private enforcement besteht zum einen in der Regel dann, wenn das Unionsrecht Verhaltenspflichten zwischen Privaten regelt. Zum anderen sind private Schadensersatzansprüche zwingend anzuerkennen, wenn Behörden nicht in der Lage sind, Verstöße aufzudecken.

2. Die Anspruchsgrundlage folgt aus nationalem Recht. Dabei ist zunächst – unabhängig vom Effektivitätsgrundsatz – zu prüfen, ob private Schadensersatzansprüche bestehen, primär aus § 280 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB oder §§ 9, 3a UWG. Anschließend gilt es zu untersuchen, ob die gefundenen Anspruchsgrundlagen mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sind. Das ist vor allem fraglich, wenn man vorgehend deliktische und wettbewerbsrechtliche Ansprüche verneint hat. Solche Ansprüche sollten dann aber nicht vorschnell mit Verweis auf den Effektivitätsgrundsatz angenommen werden, denn dieser fordert nicht nur wirksame und abschreckende, sondern auch verhältnismäßige Sanktionen. Gerade bei der Anerkennung eines deliktischen Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB besteht die Gefahr, dass der Kreis an potentiell anspruchsberechtigten Personen zu weit gezogen und das Haftungsrisiko für den Regelungsadressaten in der Folge unüberschaubar wird. Es besteht das Risiko eines unverhältnismäßigen over-enforcements mit potentiell innovationshemmender Wirkung.

https://doi.org/10.5771/9783748950967-107 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY