

Herausforderungen und Perspektiven für das private enforcement in der Digitalökonomie mit rechtsvergleichendem Blick in die USA und das UK

David Fila, Brüssel

A. Einleitung

Die private (Kartell)rechtsdurchsetzung (*private enforcement*) in der EU und vielen ihrer Mitgliedstaaten hat seit dem Urteil des EuGH in *Courage*¹ und der Verabschiedung und Umsetzung der EU-Kartellschadensersatzrichtlinie² (KSERL) zur Geltendmachung von Kartellschadensersatz eine bemerkenswerte Entwicklung genommen. Abseits klassischer Kartelle führten die Herausforderungen der Digitalökonomie³ und damit einhergehender Marktmacht einzelner Unternehmen jedoch zu einer regulatorischen Neuorientierung.

Auf EU- und nationaler Ebene wurden neue Instrumente eingeführt, die sich mit dem Digital Markets Act⁴ (DMA) mehr, mit § 19a GWB hingegen weniger aus dem traditionellen Korsett kartellrechtlicher Missbrauchsaufsicht, die im *private enforcement* ohnehin im Schatten einer umfassenden Rechtsprechungspraxis zu Art. 101 AEUV stand, lösten.⁵ Die traditionelle Missbrauchsaufsicht nach Art. 102 AEUV und § 19 GWB soll in der Digitalökonomie zwar keineswegs obsolet werden.⁶ Die neuen Instrumente wie

1 EuGH C-453/99, *Courage v. Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465.

2 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union [2014] ABL L 349, S. 1–19.

3 S. insbesondere aus rechtspolitischer Perspektive A. Kuenzler, *Competition Law as a Catalyst for Collective Market Governance*, Yearbook of European Law 2022, 252 ff.

4 Verordnung (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der Richtlinien (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 [2022] ABL L 265, S. 1–66.

5 Aus historischer Sicht s. P. Popiel, *The Push to Regulate Digital Markets and Services*, Current History 2023, 15 (19 ff.).

6 So etwa Vizepräsidentin der Kommission und Wettbewerbskommissarin Vestager: *“The synergies between the DMA and the experience we gain from digital enforcement are*

der DMA und § 19a GWB scheinen jedoch vordergründig ein Ungleichgewicht zugunsten der öffentlichen Rechtsdurchsetzung (*public enforcement*) der EU-Kommission (Kommission) und des Bundeskartellamtes (BKartA) zu bewirken. Dieser Beitrag geht daher unter Einbezug der Rechtspraxis in den USA und dem UK der Frage nach, vor welchen Herausforderungen und Perspektiven das *private enforcement* in der Digitalökonomie in der EU – und hierbei im Schwerpunkt beim DMA und § 19a GWB – steht.⁷

B. Herausforderungen der Digitalökonomie für das *private enforcement*

Private enforcement zur Behebung wettbewerblicher Defizite in der Digitalökonomie war bislang kein besonders häufig auftretendes Phänomen in der EU.⁸ Die dafür mitverantwortlichen Besonderheiten digitaler Märkte (B.I.) und diesbezügliche Erfahrungen mit *private enforcement* in den USA und dem UK (B.II.) sind ein hilfreicher Ausgangspunkt für die Zukunft des *private enforcement* in der EU.

I. Marktmacht, Schadenstheorien und Interventionen in der Digitalökonomie

Die sich teils gegenseitig verstärkenden Faktoren für die bisweilen monopolartigen Marktstellungen einzelner Plattformen in der Digitalökonomie sind wohlbekannt: von enormen globalen Skalenvorteilen der angebotenen Dienste, über Netzwerkeffekte und durch Plattformnutzer angehäuften Datenmassen, hin zum Einfluss von Voreinstellungen, Vorinstallationen oder

working to our advantage, but that same experience shows that the two approaches are complementary – both will remain necessary. No one should expect the new regulatory instrument to replace Article 101 and 102 enforcement actions.“, Rede am 25.03.2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_2079; für die deutsche Missbrauchskontrolle sieht § 19a Abs. 3 GWB ohnehin die parallele Anwendbarkeit von §§ 19, 20 GWB vor.

7 Für *private enforcement* in der Digitalökonomie auf Grundlage der Art. 102 AEUV bzw. §§ 19, 20 GWB, s. R. Podszun, Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act, *Journal of European Competition Law & Practice* 2022, 254 ff.

8 S. als Ausnahme bspw. die in Portugal von der Non-Profit-Organisation *Ius Omnibus* angestrebten Kollektivverfahren gegen Google (*Play Store*, 2022) und Sony (*PlayStation*, 2023).

Rankings auf und von Plattformen.⁹ Dass mit dieser Marktmacht auch Verhaltensweisen einhergehen, die das Interesse der Kartellbehörden wecken, haben zahlreiche Verfahren etwa der EU-Kommission in den vergangenen 15 Jahren gezeigt. Neben traditionellen Schadenstheorien (wie z. B. *Bundling/Tying*)¹⁰ entwickelten Kartellbehörden auch neue, die die Eigenheiten der Digitalökonomie spezifisch adressierten, wie z. B. die vom EuG in *Google Shopping*¹¹ als eigenständige Schadenstheorie bestätigte Selbstbevorzugung (*self-preferencing*).¹²

Die Defizite in der Durchsetzung dieser Verfahren (z. B. überlange Verfahrensdauern; Marktabgrenzung) führten jedoch in jüngster Zeit zu einem generellen Trend einer Regulierung der Digitalökonomie mit sektorspezifischen Ge- und Verboten. Neue Rechtsinstrumente wie der DMA haben daher das Ziel, die oben aufgeführten Faktoren für eine – in den Worten des DMA – „gefestigte und dauerhafte Position“ einzelner Plattformen zurückzudrängen, um Märkte „bestreitbar und fair“ zu machen. Der Gemengelage alter und neuer Rechtsinstrumente und ihrer Implikationen auch für das *private enforcement* ist daher zunächst ein rechtsvergleichender Blick in die USA und das UK entgegenzusetzen.

II. Private enforcement in der Digitalökonomie in den USA und im UK: ein Vorbild?

Die jüngsten Entwicklungen in den USA und im UK sind allein schon deshalb in den Blick zu nehmen, da insbesondere Wettbewerber oder gewerbliche Nutzer den ihnen günstigsten Gerichtsstandort zur Durchsetzung ihrer Ansprüche nutzen können (*forum shopping*). Daher könnte sich jedenfalls innerhalb der EU – und wo dies die Umstände des Einzelfalls und des internationalen Privatrechts erlauben auch im Verhältnis von EU-

9 A. Fletcher, International pro-competition regulation of digital platforms: healthy experimentation or dangerous fragmentation?, Oxford Review of Economic Policy 2023, 12 (13 ff.).

10 OECD, Abuse of dominance in digital markets 2020, 23 ff.

11 EuG T-612/17, *Google Shopping*, ECLI:EU:T:2021:763.

12 Zur Eigenständigkeit dieser Schadenstheorie, s. M. Tagliavini, Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing?, European Competition Law Review 2023, 201 ff.

Mitgliedsstaaten und Drittstaaten – ein Wettbewerb um den attraktivsten Gerichtsstandort entwickeln.¹³

1. Private enforcement in der Digitalökonomie in den USA

Private enforcement spielt im institutionellen Design des US-Kartellrechts insbesondere seit dem Zweiten Weltkrieg eine zentrale Rolle,¹⁴ auch wenn seine Bedeutung in der Digitalökonomie im Gegensatz zur traditionellen Kartellrechtsdurchsetzung noch am Anfang steht.

a) Bisherige Fallpraxis

Das Geschäftsmodell App Stores steht auch in den USA im Zentrum des *enforcement* in der Digitalökonomie. Der *US Supreme Court* hatte daher zunächst in *Apple v. Pepper*¹⁵ klarstellen müssen, ob Verbraucher (als App-Nutzer) angesichts der *Illinois Brick*-Doktrin¹⁶ als indirekte Abnehmer überhaupt klagebefugt sind. Der *US Supreme Court* stellte klar, dass Verbraucher durch App-Käufe aus Apples App Store als direkte Abnehmer einzustufen sind und mögliche Preisaufschläge durch die 30 %-Gebühr durch Apple auf jeden App-Kauf daher als Monopolisierungsschaden in einer *class action* geltend gemacht werden können. Auf diesem mehrseitigen Markt wären andernfalls nur App-Entwickler klagebefugt gewesen; etwaige Schäden der nächsten Marktstufe, also der Verbraucher, könnten daher nur indirekt von App-Entwicklern aufgrund des Ausschlusses der *Passing-On-Defense*¹⁷ geltend gemacht werden.

13 Dies ist z. B. erklärtes Ziel der Bundesregierung, s. im Kontext englischsprachiger „Commercial Courts“, die auch für *private enforcement* von Kartellrecht eingerichtet werden können sollen, *BMJ*, RefE zur Stärkung des Justizstandortes Deutschland durch Einführung von Commercial Courts und der Gerichtssprache Englisch in der Zivilgerichtsbarkeit, BT-Drs. 20/8649, S. 20.

14 S. dazu ausführlich *D. Zambrano et al.*, *Private Enforcement in the States*, *University of Pennsylvania Law Review*, forthcoming.

15 *Apple Inc. v. Pepper*, 587 U.S. ____ (2019).

16 Nach dieser Doktrin sind grundsätzlich nur direkte Abnehmer klagebefugt, *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).

17 Beklagte können sich (spiegelbildlich zu *Illinois Brick*) nicht auf den Einwand der Schadensweiterwälzung berufen, *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968).

Eine weitere Schwierigkeit neben der Frage der Klagebefugnis zeigte sich im Fall *Epic Games v. Apple* wegen mutmaßlichen Verstößen gegen den *Sherman Act* und kalifornisches Kartellrecht.¹⁸ In diesem Fall wehrte sich Epic gegen Beschränkungen bei der Bezahlung und Verbreitung von Apps für den Apple App Store wegen seiner Gaming-App Fortnite (sog. *Steering*). In Anwendung des Leiturteils des *US Supreme Court* in *Ohio v. American Express*¹⁹ definierte die Richterin einen separaten Produktmarkt für Gaming-Apps, der nicht auf einzelne Plattformen beschränkt war. Dadurch senkte sich der Marktanteil Apples auf diesem Markt unter die relevante Schwelle für *monopolization* unter Section 2 des *Sherman Act*, sodass Epic in der ersten Instanz einen Unterlassungsanspruch gegen das Anti-Steering nur auf Grundlage des *California Unfair Competition Law* erreichte. In zweiter Instanz hat das *Ninth Circuit Court of Appeals* die Vorinstanz im Wesentlichen bestätigt.²⁰ Beide Parteien haben den *US Supreme Court* im September 2023 darum ersucht, die ihnen nachteiligen Aspekte der Entscheidungen neu zu verhandeln. Ob und welche Aspekte der *US Supreme Court* aufgreifen wird, ist derzeit noch nicht absehbar.

b) Lehren aus den USA für private enforcement in der Digitalökonomie

Private enforcement in Bezug auf die Digitalökonomie hat in den USA noch nicht ausgeschöpftes Potenzial. Generell gilt *US private enforcement* durch seine spezifischen Eigenschaften, zu denen z. B. die vorgerichtliche *Discovery*, *class actions*, *contingency fees* (Erfolgshonorare) oder *treble damages* (dreifacher Schadensersatz) gehören, zwar als überaus klägerfreundlich. Die bisherige Fallpraxis zeigt jedoch die derzeit überwiegenden Defizite auf.

So würden z. B. in Bezug auf digitale Plattformen komplexe Nachfrage-und-Angebot-Dynamiken entstehen, die die Zertifizierung einer *class* erschweren (z. B. durch Verschränkung mehrerer Dienste eines Anbieters und die Spanne an betroffenen Kunden).²¹ Auch muss bestehendes *case law* (wie in *Illinois Brick*) vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Digitalökonomie teilweise neu gedacht werden. Diese Schwierigkeiten zeigten

18 20–5640 – *Epic Games, Inc. v. Apple Inc.*

19 *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ____ (2018).

20 *Epic Games, Inc. v. Apple, Inc.*, No. 21–16506 (9th Cir. 2023).

21 S. Shao, *Antitrust in the Consumer Platform Economy: How Apple Has Abused Its Mobile Platform Dominance*, Berkeley Technology Law Journal 2021, 353 (405 f.).

sich insbesondere in der Frage der Klagebefugnis von Verbrauchern oder in der Definition des relevanten Produktmarktes. Werden diese Hürden der oben diskutierten Fallpraxis von der Rechtsprechung aus dem Weg geräumt, kämen mittelbar auch die dem *US private enforcement* eigenen und überaus klägerfreundlichen Charakteristika zum Tragen (z. B. umfassende *Discovery*-Regeln oder *contingency fees*). Aus EU-Perspektive dürfte wohlwollend zu überlegen sein, ob vorgerichtliche *Discovery*-Prozesse (über die Prinzipien der KSERL hinaus) gerade angesichts komplexer digitaler Schadentheorien für Betroffene effektivere Mittel zur Anspruchsdurchsetzung darstellten.

Weiteres Potenzial liegt im unterentwickelten Zusammenspiel zwischen *public* und *private enforcement* durch die geringe Anzahl an Verfahren der zuständigen US-Kartellbehörden.²² Selbst da, wo US-Kartellbehörden entsprechende Verfahren anstrengen, scheitern sie wie beispielsweise im Fall *FTC v. Meta*²³ (bereits) am Nachweis einer Monopolstellung.²⁴ Die Zurückhaltung der US-Kartellbehörden ist ein Grund dafür gewesen, warum US-Politiker – auch inspiriert vom DMA-Gesetzgebungsprozess – an mehreren Gesetzentwürfen für eine Regulierung von digitalen Plattformen gearbeitet haben.²⁵ Bei Annahme dieser Vorhaben dürfte sich auch ein positiver Effekt auf das *private enforcement* in der Digitalökonomie ergeben, da diese z. B. die Möglichkeit von *treble damages* im *American Choice and Innovation Online Act* oder im *Ending Platform Monopolies Act* vorsehen.²⁶

Im Ergebnis ergibt sich daher hinsichtlich möglicher Lehren für die EU ein zweischneidiges Schwert: Auf der einen Seite verfügt das US-Recht weiterhin über weitergehende prozessuale Mittel, vor deren Einführung in der EU insbesondere im Vorlauf zu KSERL aus Angst vor einer „Klageindustrie“ drastisch und zum Teil übertrieben gewarnt worden war. Auf der anderen Seite konnten sich die prozessualen Erleichterungen noch nicht mit den Herausforderungen der Digitalökonomie verbinden lassen, auch

22 Shao, Antitrust (Fn. 21), S. 410 f.

23 US District Court of Columbia, Order v. 28.06.2021, Civil Action No. 20–3590, Federal Trade Commission v. Facebook, Inc. (*FTC v. Meta*).

24 M. Steinbaum, Establishing Market and Monopoly Power in Tech Platform Antitrust Cases, *The Antitrust Bulletin* 2022, 130 (131).

25 G. Monti, Taming Digital Monopolies: A Comparative Account of the Evolution of Antitrust and Regulation in the European Union and the United States, *The Antitrust Bulletin* 2022, 40 (61).

26 T. Tombal, Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches, *European Competition Journal* 2022, 468 (493).

weil es bislang keine politische Einigung zu o. g. Gesetzesvorhaben gegeben hat.

3. *Private enforcement* in der Digitalökonomie im UK

Im UK wurde das *private enforcement* durch den *Consumer Rights Act* im Jahr 2015 gestärkt. Durch diese Reform hat das *Competition Appeal Tribunal* (CAT) die Kompetenz erhalten, nicht nur *follow-on*, sondern auch *stand-alone* Kartellschadensersatzklagen zu hören. Zudem wurde die Möglichkeit kollektiven Rechtsschutzes (*collective proceedings*) eingeführt, die strikt auf kartellrechtliche Ansprüche beschränkt wurde. Nach dem wichtigen Urteil in der Rs. *Merricks*²⁷, in dem der *UK Supreme Court* (UKSC) die Voraussetzungen für die Zertifizierung von *collective proceedings* durch die sog. *collective proceedings orders* (CPOs) klarstellte und von nicht allzu hohen Anforderungen²⁸ abhängig machte, ist ein deutlicher Anstieg an *collective proceedings* festzustellen.²⁹

Der wohl wichtigste Aspekt in diesem Zusammenhang war die Einführung von *opt-out collective proceedings*, die im UK eine Neuerung im UK-Zivilprozessrecht darstellten.³⁰ Dies war eine Reaktion auf die Unzulänglichkeiten des bestehenden *opt-in*-Systems, in dem selbst bei erfolgreichen Verfahren Verbraucher ihnen zustehenden Schadensersatz trotz geringer Hürden nicht abgerufen haben.³¹ Seitdem ist das CAT mit einer Vielzahl verschiedener Kartellschadensersatzfälle befasst, die auf Grundlage der verschiedenen zur Verfügung stehenden zivilprozessualen Mittel (wie hybriden *opt in* und *opt out collective actions*) durchgeführt werden.³²

27 *MasterCard Incorporated & Others v Walter Hugh Merricks CBE* [2020] UKSC 51.

28 Z. B. an die Darlegung, warum ein Kollektivverfahren sinnvoller („suitable“) als mehrere Einzelverfahren ist.

29 *Minards-Tonge et al.*, UK collective proceedings in 2022 and beyond, *Competition Law International* 2022, 67 ff.

30 *R. Mulheron*, The United Kingdom's New Opt-Out Class Action, *Oxford Journal of Legal Studies* 2017, 814 (817 ff.).

31 *L. Rigby/L. Grimes*, Collective consciousness: opt-out collective redress takes off in the UK, *Competition Law International* 2021, 25 (26).

32 *R. Whish*, Institutional architecture of UK competition law, *Competition Law International* 2022, 123 (132).

a) Bisherige Fallpraxis

Hinsichtlich App Stores sind die Verfahren *Epic v. Alphabet*³³ sowie *Kent v. Apple*³⁴ hervorzuheben. Ähnlich wie in *Epic v. Apple* in den USA geht es in *Epic v. Alphabet* um einen möglichen Marktmachtmissbrauch auf dem Markt für die Verteilung von Android-Apps, indem Alphabet/Google mit seiner generellen Google Play Store-Praxis den eigenen Dienst durch Anti-Steering-Vorgaben unrechtmäßig bevorzugt und unfaire Preise für den Vertrieb von Android-Apps von Entwicklern verlangt habe. In *Kent v. Apple*, auf Basis eines *opt-out collective proceedings*, soll Verbrauchern ein Schaden dadurch entstanden sein, dass Apple seine beherrschende Stellung auf dem Markt zur Verteilung von iOS-Apps durch seine restriktiven Apple App Store-Bedingungen missbraucht und App-Entwickler so entstandene exzessive und unfaire Preise an diese weitergewälzt habe. Die *class* soll im betreffenden Zeitraum 19,6 Millionen UK-Verbraucher, die im App Store Käufe getätigt haben, umfassen. Das CAT als erstinstanzliches Gericht, das auch für die Zertifizierung einer *class* zuständig ist, hat den Antrag auf CPO bestätigt.³⁵

In Bezug auf missbräuchliche Datenverarbeitungspraktiken ist das am 11. Februar 2022 angestrengte (und zwischenzeitlich aufgrund methodologischer Mängel in der Schadensbestimmung nachgebesserte) *opt-out collective proceeding* von Dr. Liza Lovdahl Gormsen als *proposed class representative* (PCR) gegen Meta hervorzuheben.³⁶ Meta soll durch seine extensive Datenverarbeitungspraxis und dazugehörige Datenverarbeitungsbedingungen gegenüber seinen Nutzern seine marktbeherrschende Stellung missbraucht haben. Die Größe der *class* schätzt die PCR auf 45 Millionen Personen, d. h. alle Facebook-nutzenden Personen im UK, für die sie einen Schaden von £2,3 Mrd. geltend macht.

In *Claudio Pollack v Alphabet Inc. and Others* macht Claudio Pollack als PCR Schadensersatz für UK-Publisher geltend, die von Alphabets/Googles mutmaßlich marktmachtmissbrauchenden (selbstbevorzugenden) Praktiken im Ad-Tech-Sektor geschädigt worden sein könnten.³⁷ In *Charles Ar-*

33 CAT, 1378/5/7/20, *Epic Games, Inc. and Others v Alphabet Inc., Google LLC and Others (Epic v. Alphabet)*.

34 CAT, 1403/7/7/21, *Dr. Rachael Kent v Apple Inc. and Apple Distribution International Ltd (Kent v. Apple)*.

35 CAT, Urt. vom 29.06.2022, [2022] CAT 28, *Kent v. Apple*.

36 CAT, 1433/7/7/22, *Dr Liza Lovdahl Gormsen v Meta Platforms, Inc. and Others*.

37 CAT, 1572/7/7/22, *Claudio Pollack v Alphabet Inc. and Others*.

thur v Alphabet Inc. & Others macht Charles Arthur als PCR Schadensersatz für UK-Bewohner geltend, die von Alphabets/Googles Marktmacht im Markt für sog. „open display advertising“ geschädigt worden sein könnten. Konkret wirft der PCR Alphabet/Google vor, seine marktbeherrschende Stellung missbrauchend gefestigt und ausgebaut zu haben, indem Umstellungskosten erhöht, Multihoming verhindert und Verleger sowie Werbetreibende in sein vertikal integriertes Ökosystem für Online-Werbung gebunden wurden.³⁸ Interessanterweise hat auch das BKartA auf beide Verfahren in seiner Sektoruntersuchung „Online-Werbung“ Bezug genommen,³⁹ sodass, wie das BKartA auch selbst sagt,⁴⁰ erwartet werden kann, dass mögliche Verfahrensergebnisse auch für die eigene Behördenpraxis Berücksichtigung finden könnten.

Nicht aus dem Bereich der Digitalökonomie, aber mit wohl signifikanten Auswirkungen auf zumindest jene Kollektivklagen mit Bezug zur Digitalökonomie, die prozessfinanziert werden, ist das Urteil des UKSC in *R (on the application of PACCAR Inc and others) v Competition Appeal Tribunal and others*.⁴¹ Darin entschied es, dass sog. *litigation funding agreements* (LFA), die im Falle des Obsiegens eine prozentuale Beteiligung an der Schadenssumme ermöglichen, *damages based agreements* (DBA) darstellen, die gerade für *opt-out*-Kollektivverfahren jedoch von Gesetzes wegen verboten sind.⁴²

b) Lehren aus UK für private enforcement in der Digitalökonomie

Noch handelt es sich beim *private enforcement* im UK durch die im Jahr 2015 herbeigeführten Änderungen um ein vergleichsweise junges System. Dennoch lassen sich erste Lehren auch für die EU ziehen. Es ist offensichtlich, dass die neu zur Verfügung gestellten Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung auf *opt-out*-Basis auch vor ersten Leiturteilen des CAT

38 CAT, 1582/7/7/23, *Charles Arthur v Alphabet Inc. & Others*.

39 BKartA, Sektoruntersuchung Online-Werbung, Mai 2023, B6–25/18, S. 23.

40 BKartA, Sektoruntersuchung (Fn. 39), S. 64 f.

41 UKSC, Urt. v. 26.3.2023, [2023] UKSC 28.

42 S. eingehend J. Galvez, The UK Supreme Court Rams Down Damages-Based Funding Agreements, Kluwer Competition Law Blog 2023.

bereits rege genutzt werden.⁴³ Das CAT ist zudem bemüht, die Verfahren durch die Zertifizierung mittels CPO und durch effektives *case management* nicht zu sehr in die Länge zu ziehen.⁴⁴ Dadurch eignet sich das CAT nicht nur die Expertise in rechtlichen Fragen, sondern auch in der praktischen Durchführung dieser neuen Verfahrensart an. Darin zeigt sich der Vorteil, den ein zentrales landesweites Gericht für Kartellschadensersatzansprüche haben kann.⁴⁵

Dagegen muss abgewartet werden, ob und wie der UK-Gesetzgeber mit den Nachwirkungen des UKSC-Urteils auf das Thema Prozessfinanzierung umgehen wird. Dies könnte sich andernfalls als erheblicher Stolperstein für die Entwicklung des neuen Regimes für Kollektivverfahren erweisen. Weiterhin ist fraglich, ob vom britischen Gegenstück des DMA, dem *Digital Markets, Competition and Consumers Bill* (DMCC), weitere Impulse für das *private enforcement* zu erwarten sind,⁴⁶ für das der Gesetzgeber keine herausgehobene Rolle vorgesehen hat (z. B. ist kein Vorgehen auf *stand-alone*-Basis möglich).

C. *Private enforcement* unter dem DMA und § 19a GWB

I. *Private enforcement* unter dem DMA

1. Die Verankerung des *private enforcement* im DMA

Inwiefern die Kommission auf mögliche Synergien aus einem dualen Durchsetzungssystem mit gewerblichen und Endnutzern als *private attorneys general* setzen und vertrauen wird, dürfte angesichts eigener limitierter Ressourcen ein wesentlicher Erfolgsfaktor für den DMA werden.⁴⁷

43 Laut Website des CAT gibt es derzeit 32 aktive Kollektivverfahren, die sich etwa zu einem Drittel der Digitalökonomie zuordnen lassen, s. <https://www.catribunal.org.uk/cases> (Stand 04.10.2023).

44 Dies sei nach dem CAT-Präsidenten *Sir Marcus Smith* angesichts einer möglichen „Explosion“ solcher Fälle auch notwendig, s. S. *Zekaria*, Expect ‚explosion‘ in tech dominance-abuse mass claims, UK antitrust court chief say, MLex 2023.

45 S. auch EuGH C-30/20, *RH v AB Volvo*, ECLI:EU:C:2021:604, Rn. 37.

46 N. *Dunne*, Pro-competition Regulation in the Digital Economy: The United Kingdom’s Digital Markets Unit, The Antitrust Bulletin 2022, 341 ff.

47 J. *Crémer et al.*, Enforcing the Digital Markets Act: institutional choices, compliance, and antitrust, Journal of Antitrust Enforcement 2023, I (5).

Ob der DMA *private enforcement* ermöglicht oder überhaupt ermöglichen soll, ist seit dem ersten DMA-Entwurf lebhaft umstritten.⁴⁸ Erst im Laufe des DMA-Gesetzgebungsverfahrens haben einzelne Andeutungen in Bezug auf *private enforcement* Einzug in den finalen DMA-Text erhalten.⁴⁹ Dazu gehört zuvorderst Art. 39 DMA, der die Zusammenarbeit der Kommission mit nationalen Gerichten in Anlehnung an Art. 15 und 16 der kartellrechtlichen VO 1/2003⁵⁰ regelt und im Zusammenhang mit Erwägungsgrund 92 des DMA gelesen werden muss. Ebenso setzt in allgemeinerer Sprache Erwägungsgrund 42 des DMA *private enforcement* voraus. Des Weiteren spricht der Einbezug der EU-Verbandsklagenrichtlinie durch Art. 42 DMA für die Möglichkeit des *private enforcement*.⁵¹ Auch die Kommission geht davon aus, dass zumindest Schadensersatzansprüche auf Grundlage des DMA möglich sein werden, da es sich bei dem DMA um eine Verordnung mit präzisen Ge- und Verboten handle, die direkt vor nationalen Gerichten durchgesetzt werden könne.⁵² Zu beachten ist jedoch, dass jegliches *private enforcement* des DMA zunächst die aktive Benennung von Torwächtern durch die Kommission gemäß Art. 3 DMA erfordert.⁵³

2. Herausforderungen für das *private enforcement* des DMA

Das Design des *public enforcement* des DMA lässt vermuten, dass es in erster Linie oder zumindest überwiegend auf *stand-alone*-Basis (insb. Unterlassungsansprüche im Eilverfahren) durchgeführt werden wird.⁵⁴

48 S. ablehnend O. Andriychuk, Do DMA obligations for gatekeepers create entitlements for business users?, *Journal of Antitrust Enforcement* 2023, 123 (131 f.).

49 S. auch L. Kumkar, Der Digital Markets Act nach dem Trilog-Verfahren – Neue Impulse für den Wettbewerb auf digitalen Märkten, *RD* 2022, 347 (352 f.).

50 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln [2003] ABL L 1, S. 1–25.

51 A. Witt, The Digital Markets Act – Regulating the Wild West, *Common Market Law Review* 2023, 625 (658).

52 Kommission, Questions and Answers, Digital Markets Act: Ensuring fair and open digital markets, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/qanda_20_2349/QANDA_20_2349_EN.pdf.

53 S. auch J. Hoffmann et al., Gatekeeper's Potential Privilege – the Need to Limit DMA Centralisation, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper* No. 23–01, 1 (5).

54 S. auch R. Podszun et al., Digital Markets Act – Neue Regeln für Fairness in der Plattformökonomie, *NJW* 2022, 3249 (3253 f.).

Der DMA sieht eine spezielle *Non-Compliance*-Prozedur in Art. 29 DMA vor, in der die Kommission einen sog. „Nichteinhaltungsbeschluss“ über Nichteinhaltung der Ge- und Verbote aus dem Katalog des Art. 29 Abs. 1 DMA (also insbesondere Art. 5, 6 und 7 DMA) erlassen kann.⁵⁵ Wie Art. 29 Abs. 2 DMA vorgibt, „bemüht“ sich die Kommission, diesen Nichteinhaltungsbeschluss „innerhalb von zwölf Monaten nach Einleitung des Verfahrens“ zu erlassen. Es wäre zu erwarten, dass Torwächter etwaige Nichteinhaltungsbeschlüsse im Wege der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 Abs. 4 AEUV angreifen würden. Diese hätte jedoch nach Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung. Nichteinhaltungsbeschlüsse könnten demnach bereits vor einer finalen Entscheidung der Uniongerichtsbarkeit für *Follow-On*-Klagen genutzt werden.⁵⁶ Die Kommission kann also durch internes Prozessmanagement beeinflussen, ob potenziell Geschädigte von der bindenden Wirkung eines Nichteinhaltungsbeschlusses im *private enforcement* profitieren und so effektiveren Rechtsschutz erhalten können.⁵⁷

Eine zentrale Herausforderung für ein effektives *private enforcement* des DMA wird insbesondere darin liegen, welche Ressourcen die Kommission für den Kooperationsmechanismus mit nationalen Gerichten nach Art. 39 Abs. 1 DMA (auf Ersuchen nationaler Gerichte) und Art. 39 Abs. 3 DMA (von Amts wegen) aufwenden wird. Ein Vergleich mit den Parallelnormen in der VO 1/2003 (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3) zeigt, dass von diesen Möglichkeiten bislang selten Gebrauch gemacht wurde.⁵⁸ Soweit ersichtlich ist die Kommission im *private enforcement* (hier, in Kartellschadensersatzfällen) bislang nur vereinzelt als *amicus curiae* vor UK-Gerichten gem. Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 aufgetreten. Vor dem Hintergrund, dass der DMA als wettbewerblich gefärbtes Regulierungsinstrument eine Vielzahl an neuen Rechtsfragen aufwerfen wird, erscheint es naheliegend, dass sowohl die

55 S. zu den einzelnen Konstellationen und Folgen der Feststellung eines Verstoßes oder des Fehlen desselben, B. Becker, *Privatrechtliche Durchsetzung des Digital Markets Act*, ZEuP 2023, 403 (412 ff.).

56 R. Podszun, in: Podszun (Hrsg.), *Digital Markets Act: DMA*, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 29 DMA Rn. 15 f.

57 Auch wenn es nationalem Recht vorbehalten ist, ob ein Nichteinhaltungsbeschluss Bindungswirkung oder nur Indizwirkung für einen DMA-Verstoß entfaltet, s. Podszun (Fn. 56), Art. 29 DMA Rn. 16.

58 Für Fälle nach Art. 15 Abs. 1 VO 1/2003 s. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/national-courts/requests-information-or-opinion_en; für Fälle nach Art. 15 Abs. 3 VO 1/2003 s. https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/national-courts/amicus-curiae-observations_en.

Kommission als auch die nationalen Gerichte von beiden Kooperationsmechanismen stärker als im Kartellrecht Gebrauch machen werden.⁵⁹

3. Regelungslücken im DMA

Wie soeben dargestellt, verhält sich der Text des DMA kaum zum *private enforcement*. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass es *de lege lata* erhebliche Regelungslücken gibt. In Abwesenheit nationaler Regelungen ist die Hoffnung, *private enforcement* als zweite Durchsetzungssäule zu etablieren, daher zunächst erschwert.

Eine für das *private enforcement* zentrale Herausforderung ist zunächst, inwiefern Kläger ihre Informationsasymmetrie reduzieren können.⁶⁰ Daher sieht die KSERL in den Art. 5–8 KSERL ein umfangreiches Offenlegungsregime für Beweismittel in der Verfügungsgewalt von Beklagten oder Dritten bzw. von Kartellbehörden vor.⁶¹ Offenlegungsbegehren in Zivilprozessen auf Basis des DMA würden sich daher bei Fehlen spezieller Regelungen nach allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften im nationalen Recht richten,⁶² sofern der EuGH nicht ein allgemeines *Offenlegungsprinzip* (z. B. aus dem Effektivitätsgrundsatz) aus EU-Recht herleitet⁶³.

Begehren Kläger wegen DMA-Verstößen Schadensersatz, wird sich die Frage nach Möglichkeiten des Schadensnachweises stellen.⁶⁴ Anders als Art. 17 Abs. 2 KSERL für Kartelle streitet für DMA-Verstöße keine Vermutung eines Schadenseintrittes. Ob es eines solchen Instruments bedarf, wird

59 Ebenfalls für eine weite Auslegung von Kooperationspflichten auf Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und dem effet-utile-Prinzip plädierend *R. Lahme/A. Ruster*, in: Podszun (Hrsg.), Digital Markets Act: DMA, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, Art. 39 DMA Rn. 17 und 22.

60 S. z. B. Erwägungsgrund 15 KSERL.

61 *G. Klumpe*, Blunt Sword – Die Offenlegungsansprüche im GWB, in: A. Kirk/P. Offergeld/T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden 2023, S. 267.

62 Daher wird zum Teil vertreten, dass den Kläger eine reduzierte Substantiierungslast bzw. eine sekundäre Darlegungslast des beklagten Torwächters treffen sollte, s. *Lahme/Ruster* (Fn. 59), Art. 39 Rn. 31.

63 So der EuGH im Ansatz im Kartellrecht in EuGH C-536/11, *Donau Chemie*, ECLI:EU:C:2013:366, Rn. 29 ff. und EuGH 365/12 P, *EnBW*, ECLI:EU:C:2014:112, Rn. 100 ff.

64 S. allgemein zur Frage der Schadensschätzung im Plattformwettbewerb *R. Dewenter/S. Louven*, Plattformwettbewerb, Wert von Daten und Schadensschätzung, WuW 2023, 197 ff.; *F. Stancke*, Zur Berechnung eines „angemessenen Entgelts“ bei Datenzugangsansprüchen, WuW 2023, 264 ff.

die Erfahrung mit kommenden Schadensersatzprozessen auf Grundlage von DMA-Ansprüchen zeigen.⁶⁵ Derzeit gebe es auch im *public enforcement* nicht genügend abgeschlossene Fälle aus der Digitalökonomie, um allgemeinverbindliche Regeln und rechtliche Vermutungen aufzustellen, dass unilaterale Kartellrechtsverstöße in der weit überwiegenden Zahl der Fälle zu monetären Schäden führten.⁶⁶

Offen bleibt auch weitgehend die Frage, wie kollektiver Rechtsschutz gegenüber Torwächtern ermöglicht wird. Im Kartellrecht waren die Bemühungen um effektive *opt-in*-Mechanismen in der Vergangenheit nicht von Erfolg gekrönt.⁶⁷ Zwar profitieren (in der Theorie) Verbraucher davon, dass DMA-Verstöße in den Anwendungsbereich der EU-Verbandsklagenrichtlinie einbezogen worden sind.⁶⁸ Wie die rechtsvergleichenden Ausführungen gezeigt haben, sind es oftmals jedoch von wettbewerbswidrigen Praktiken betroffene Wettbewerber und gewerbliche Nutzer, die gegen marktmächtige Plattformen vorgehen, die jedoch vom persönlichen Anwendungsbereich der EU-Verbandsklagenrichtlinie ausgenommen sind.⁶⁹ Damit verbunden ist das Thema der Prozessfinanzierung, für die z. B. im UK für *collective proceedings* zumindest bis zum oben angesprochenen UKSC-Urteil ein recht liberaler Ansatz verfolgt wurde. In der EU nimmt das Thema der sog.

65 Derzeit noch skeptisch *Becker*, Privatrechtliche Durchsetzung (Fn. 55), 428; auch im Kartellschadensersatzrecht war die Rechtsprechung bisweilen zurückhaltend mit der Annahme von Schadensvermutungen (in Fällen vor Anwendbarkeit der KSERL), s. z. B. BGHZ 224, 281 (Rn. 40).

66 S. ausführlich *J. Mouton*, The challenges for private competition law enforcement concerning anticompetitive conducts in digital markets, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies* 2022, 9 (22 ff.); allgemeiner wurde auch bezweifelt, ob es genügend Fallpraxis gegeben habe, um daraus den DMA-Verhaltenskatalog mit *per-se*-Verboten abzuleiten, s. *P. Akman*, Regulating Competition in Digital Platform Markets: a Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act, *European Law Review* 2022, 85 (93 ff.).

67 S. ausführlich zur unverbindlichen Empfehlung der EU-Kommission zur kollektiven Rechtsdurchsetzung aus 2013, *R. Whish/D. Bailey*, Private enforcement of competition law: its role and development in the EU, in: B. Rodger/M. Ferro/F. Marcos (Hrsg.), *Research Handbook on Private Enforcement of Competition Law in the EU*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing 2023, S. 2 (23 f.).

68 S. jedoch kritisch zur schwachen Stellung von Verbrauchern im DMA-Konzept *A. Moskal*, Digital Markets Act (DMA): A Consumer Protection Perspective, *European Papers* 2022, 1113 (1116 f.).

69 S. auch *J. Drexel et al.*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 2 May 2023 on the Implementation of the Digital Markets Act (DMA), *GRUR Int* 2023, 864 (879 f.).

Third Party Litigation Funding langsam an Fahrt auf und wird insbesondere vom EU-Parlament auf die Agenda der Kommission gesetzt.⁷⁰

Ein weiteres Problemfeld könnte sich für Zivilgerichte beim Einwand der Schadensweiterwälzung stellen. Weder der DMA selbst noch z. B. die 11. GWB-Novelle verhalten sich dazu, wie mit dem Phänomen der Schadensweiterwälzung umgegangen werden soll (z. B. in Übereinstimmung mit Kapitel IV der KSERL). Gerade in Kombination mit kollektivem Rechtsschutz, von dem auch Verbraucher profitieren würden, stellen sich in der Praxis vielfältige Probleme, mit denen aktuell z. B. auch die Gerichte im UK beschäftigt sind.⁷¹

Eine weitere Herausforderung, die sich nicht nur im *public*, sondern auch im *private enforcement* stellen dürfte, ist das Zusammenspiel des DMA mit sich teilweise überschneidenden (noch kommenden) Rechtsregimen (dazu gehören die DSGVO, der Data Act, Data Governance Act, AI Act oder etwa die P2B-VO).⁷² Diese Herausforderung könnte sich zukünftig z. B. in der Durchsetzung von Datenzugangsansprüchen (oder Sekundäransprüchen im Falle einer rechtswidrigen Verweigerung) gewerblicher Nutzer gegenüber Plattformen zeigen, die je nach Konstellation in den Anwendungsbereich der P2B-VO, des DMA und/oder (zukünftig) des Data Act fallen können.⁷³

4. Eine „Damages Directive“ für den DMA?

Auch wenn dies nicht in naher Zukunft zu erwarten sein wird, lohnt sich schon jetzt eine Diskussion darüber, ob die Kommission ähnlich wie mit

70 Und dabei einen recht restriktive Ansicht vertretend, s. *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 13.09.2022 mit Empfehlungen an die Kommission zur verantwortungsbewussten privaten Finanzierung von Rechtsstreitigkeiten 2020/2130(INL) [2022] ABL C 125.

71 S. *Rodger*, Let's Talk About Consumers: Competition Law Compensation for Indirect Purchasers' Losses – A United Kingdom Perspective, *Antitrust Law Journal* 2022, 389 ff.

72 S. ausführlich zum Verhältnis des DMA zu anderen EU-Rechtsakten K. *Bania*, Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the “without prejudice” clause, *European Competition Journal* 2022, 116 ff.

73 S. dazu H. *Weis*, Datenzugang des gewerblichen Plattformnutzers und Grundlagen der Privatautonomie, *ZEuP* 2023, 582 ff.

der KSERL für Kartellschadensersatzansprüche das *private enforcement* des DMA (zumindest im Ansatz) harmonisieren sollte.⁷⁴

a) Vorüberlegungen

Die auf den ersten Blick naheliegende Lösung wäre, den sachlichen Regelungsbereich der KSERL auf DMA-Ansprüche auszuweiten. Diese Lösung, den Sinngehalt der KSERL auch auf DMA-Ansprüche zu übertragen, wurde insbesondere in Deutschland für das GWB überwiegend positiv diskutiert.⁷⁵ Ungeachtet der leidenschaftlichen Diskussionen um die übrigen Aspekte der 11. GWB-Novelle löste die geplante Harmonisierung von Ansprüchen nach dem DMA mit den §§ 33 ff. GWB keine größeren Kontroversen aus und überstand folgerichtig nahezu unverändert den Gesetzgebungsprozess.⁷⁶

b) Kann und soll die KSERL unionsrechtlich auf private enforcement nach dem DMA erstreckt werden?

Zunächst ist zu diskutieren, ob die KSERL unionsrechtlich überhaupt auf privatrechtliche Ansprüche aus dem DMA erstreckt werden könnte. Ein eleganter Zeitpunkt dafür wäre, ein gemeinsames Rechtsinstrument bei einer ohnehin mittelfristig anstehenden Überarbeitung der KSERL zu schaffen.⁷⁷

Die KSERL ist nicht nur auf die kartellrechtliche Durchführungsvorschrift des Art. 103 AEUV, sondern auch auf den allgemeineren Art. 114 AEUV gestützt. Wie die Kommission in ihrem KSERL-Vorschlag betont hatte, war die KSERL nämlich auch auf Art. 114 AEUV zu stützen, da ein

74 Optimistischer jedoch G. Klumpe, „Think twice“ – Die private Rechtsdurchsetzung des DMA nach dem Referentenentwurf zum Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, in: A. Kirk/P. Offergeld/T. Rohner (Hrsg.), Kartellrecht in der Zeitenwende, Baden-Baden 2023, S. 131 (138); skeptisch Becker, Privatrechtliche Durchsetzung (Fn. 55), 431 f.; s. auch Drexel et al., Position Statement (Fn. 69), 867 f.

75 S. z. B. im Grundsatz zustimmend Podszun et al., DMA (Fn. 54), 3254.

76 S. Wirtschaftsausschuss des deutschen Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 20/6825 – Entwurf Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz, BT-Drs. 20/7625.

77 S. auch Kommission, Bericht über Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie, Pressemitteilung vom 14.12.2020.

wichtiges Ziel die „*stärkere Angleichung der Wettbewerbsbedingungen für die im Binnenmarkt tätigen Unternehmen und Vereinfachungen für die Verbraucher und Unternehmen für die Ausübung der ihnen aus dem Binnenmarkt erwachsenden Rechte*“ war.⁷⁸ Damit sei eine kompetenzrechtliche Grenze erreicht gewesen, da die KSERL auch Änderungen der nationalen Rechtsvorschriften herbeiführen sollte, die das Recht auf Schadensersatzklagen bei Zuwiderhandlungen gegen (parallel anwendbares) nationales Wettbewerbsrecht betreffen.⁷⁹

Der DMA selbst ist ausschließlich auf Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage gestützt. Nach Erwägungsgrund 8 DMA sollten „*gezielte harmonisierte rechtliche Verpflichtungen festgelegt werden, um zum Vorteil der Wirtschaft der Union insgesamt und letztlich der Verbraucher in der Union bestreitbare und faire digitale Märkte, auf denen Torwächter tätig sind, im Binnenmarkt sicherzustellen*“. Im Gesetzgebungsprozess wurde bisweilen diskutiert, den DMA aufgrund der kartellrechtlichen Nähe auch auf Art. 103 AEUV zu stützen.⁸⁰ Bisweilen wurde sogar infrage gestellt, ob Art. 114 AEUV überhaupt als Rechtsgrundlage für den DMA herangezogen werden durfte.⁸¹

Zunächst besteht kein Zweifel daran, dass die KSERL unter dem strengeren Art. 114 AEUV per se geändert werden kann. Dies folgt aus Art. 114 Abs. 3 AEUV, der ausdrücklich zur Berücksichtigung neuer Entwicklungen verpflichtet.⁸² Eine solche „neue Entwicklung“ kann sicherlich schon in dem viel diskutierten Verhältnis von steigenden Kartellschadensersatzklagen und damit möglicherweise zusammenhängend (zumindest bis vor kurzem) sinkenden Kronzeugenanträgen auf Ebene sowohl der EU als auch der Mitgliedstaaten gesehen werden.

Aus EU-rechtlicher Sicht spricht daher *prima facie* wenig dagegen, ein gemeinsames Instrument für kartellrechtliche und DMA-Ansprüche einzu-

78 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union [2013] COM(2013) 404 final, S. 9 f.

79 M. Ludwigs, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar, München 2023, Art. 103 AEUV Rn. 24.

80 S. für einen Überblick auch J. Mendelsohn/O. Budzinski, in: J. Schmidt/F. Hübener, Das neue Recht der digitalen Märkte, 1. Aufl., Baden-Baden 2023, § 2 Rn. 15 f.

81 A. Lamadrid de Pablo/N. Bayón Fernández, Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It, Journal of European Competition Law & Practice 2021, 576 ff.

82 C. Tietje, in: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 78. EL Januar, München 2023, Art. 114 Rn. 112.

führen. Ob dies auch sinnvoll wäre, ist eine andere Frage. Da die Kommission besonderen Wert auf die Feststellung legt, dass der DMA kein kartellrechtliches Instrument ist, wäre eine gemeinsame Richtlinie für beide Anspruchsformen widersprüchlich.

Auch wenn sich daraus wegen der privatrechtlichen Perspektive kein offener Konflikt mit dem *ne bis in idem*-Prinzip ergibt, hätte ein gemeinsames Instrument Implikationen für das *public enforcement* des DMA und des Kartellrechts, sofern es um die Sanktionierung desselben Verhaltens geht. Betroffene Unternehmen könnten vor EU-Gerichten die distinkte Rechtsnatur des DMA mit dem Argument in Zweifel ziehen, dass auch das EU-Recht den DMA und Kartellrecht nicht strikt trennt. Darüber würde eine Vermengung beider Instrumente in einer gemeinsamen Richtlinie vor dem Hintergrund der Besonderheiten der Digitalökonomie auch wenig sinnvoll und artifiziell wirken: z. B. ist nicht gewährleistet, dass die Frage, wie mit einer Schadensvermutung in Kartellen und bei DMA-Verstößen umgegangen wird, gleich zu beantworten ist. Diese Position vertritt gewissermaßen auch der deutsche Gesetzgeber, indem er nur einzelne Bestimmungen des Kartellschadensersatzrechts auch auf DMA-Verstöße erstreckt. Zudem würde man sich der Möglichkeit berauben, weitere spezifische Probleme des *private enforcement* in der Digitalökonomie aufzugreifen: Neben materiellrechtlichen (s. o., Frage der Schadensvermutung) könnten insbesondere prozessrechtliche Aspekte (z. B. in Bezug auf kollektive Rechtsdurchsetzung (s. die umfangreichen *classes* im UK) oder weitergehende Offenlegungsregeln) zukünftig eine eigenständige Antwort verlangen.

Sollte der EU-Gesetzgeber also daran denken, eine harmonisierende Richtlinie für DMA-Ansprüche zu formulieren, spricht Einiges dafür, dies in einem separaten Rechtsinstrument zu vollziehen. Damit könnte auch – neben nationalen Entwicklungen – abgewartet werden, wie der EuGH sich in kommenden Vorlageverfahren zum DMA *private enforcement* an seiner jüngsten Rechtsprechung zur KSERL orientieren wird. Wie in der Rs. *Tráficos Manuel Ferrer* versteht der EuGH Teile der KSERL als (bloße) Kodifizierung seiner Rechtsprechung auf Grundlage des Effektivitätsprinzips.⁸³ Bevor die Kommission also einen Sekundärrechtsakt entwirft, kann dem EuGH die Möglichkeit gegeben werden, zunächst die primärrechtlichen Konturen des DMA *private enforcement* zu zeichnen und sich dazu zu positionieren, ob das nicht immer greifbare Konzept des *effet utile*

83 EuGH C-312/21, *Tráficos Manuel Ferrer*, ECLI:EU:C:2023:99, Rn. 35, 61.

ähnliche oder doch unterschiedliche Schlussfolgerungen erfordert als im Kartellrecht.

II. Private enforcement unter § 19a GWB

Private enforcement wird unter dem § 19a GWB dagegen eine wohl nur nachrangige Rolle spielen. Dies liegt – gerade im Vergleich zum DMA – maßgeblich daran, dass die Verbote in § 19a Abs. 2 GWB nicht *self-executing* sind, d. h. erst einer Feststellungsentscheidung des Bundeskartellamts (BKartA) über das Vorliegen einer überragenden marktübergreifenden Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB, dann einer Untersagungsverfügung einer Verhaltensweise aus dem Katalog des § 19a Abs. 2 GWB bedürfen.⁸⁴ Erst ein Verstoß gegen die Untersagungsverfügung würde ein erleichtertes *follow-on*-Vorgehen ermöglichen.

Für Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche sind daher zwei Szenarien zu unterscheiden. Sobald das BKartA (im zweiten Schritt des § 19a GWB-Mechanismus) zum einen eine Untersagungsanordnung nach § 19a Abs. 2 GWB erlässt, haben Unternehmen, die von einer untersagten Verhaltensweise betroffen sind, *ex nunc* Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche nach den §§ 33, Abs. 1 Var. 2, 33a GWB (nicht aber direkt auf § 19a GWB).⁸⁵ Vereinfacht würde die Situation für Geschädigte zum anderen jedoch, wenn das BKartA einen (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verstoß gegen die Untersagungsverordnung selbst festgestellt hat, der eine Ordnungswidrigkeit nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB darstellt, und damit die Bindungswirkung einer BKartA-Entscheidung nach § 33b GWB zum Tragen kommt.⁸⁶ Es bleibt jedoch abzuwarten, wie häufig es tatsächlich zu letzterem Szenario einer *Follow-On*-Situation kommt, in der das BKartA einen Verstoß gegen eine Untersagungsanordnung feststellt. Zwar wurde bereits die überragende marktübergreifende Bedeutung von verschiedenen Unternehmen für den Wettbewerb mehrfach festgestellt. Wie das Beispiel der Verfahrensbeendigung in Bezug auf *Meta*

84 S. auch C. Karbaum/M. Schulz, "Antitrust Litigation 2.0" – Die 10. GWB-Novelle als Katalysator des Private Enforcement?, NZKart 2022, 187 (188 f.).

85 S. ausführlich Karbaum/Schulz, Antitrust Litigation 2.0 (Fn. 84), 189 f.

86 Karbaum/Schulz, Antitrust Litigation 2.0 (Fn. 84), 190; M. Wolf, in: F. Säcker/P. Meier-Beck (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2022, § 19a GWB Rn. 91.

*Quest*⁸⁷ zeigt, könnten Verfahren auf Grundlage von § 19a GWB (und, wie hier, zusätzlich § 19 GWB) überwiegend über eine einvernehmliche Verfahrensbeendigung abgeschlossen werden. Daneben bleibt abzuwarten, inwiefern das BKartA tatsächlich eine eigenständige Anwendung des § 19a GWB mit dem in substanzieller Hinsicht teilweise überlappenden DMA behaupten kann.⁸⁸

Mittelbar könnte sich jedoch ein positiver Effekt aus dem *public enforcement* des § 19a GWB auf das *private enforcement* der §§ 19, 20 GWB ergeben. Kürzlich wurde etwa ein Eilantrag auf Wiederfreischaltung eines Google-AdSense-Kontos wegen unrechtmäßiger Blockade desselben und einem damit verbundenen Marktmachtmissbrauch auf Grundlage von § 19 GWB gewährt.⁸⁹ In diesem Zusammenhang bemerkenswert ist, dass sich das Gericht unter anderem auch auf den Feststellungsbeschluss des BKartA zur überragenden marktübergreifenden Bedeutung Googles für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB bezogen hat.⁹⁰ Sofern zukünftig Ansprüche nicht ohnehin auf den DMA gestützt werden können und sich das BKartA weiter aktiv in der Durchsetzung des § 19a GWB zeigt, könnten weitere Gerichte Anspruchstellern zumindest einen Teil der Anspruchsbegründung (nämlich das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung) erleichtern.

D. Fazit

Private enforcement verspricht gerade durch den DMA zukünftig eine wichtige Rolle bei der Rechtsdurchsetzung in der Digitalökonomie zu spielen. Der Blick in die USA und das UK hat gezeigt, welche Herausforderungen es auch im DMA-Kontext zu berücksichtigen gilt oder welche Regelungslücken der EU-Gesetzgeber zukünftig schließen sollte. Gerade im Hinblick auf die kollektive Rechtsdurchsetzung sollte besonderes Augenmerk auf die zahlreichen beim CAT anhängigen Verfahren im UK gelegt werden, das derzeit eine globale Vorreiterrolle im *private enforcement* in der Digitalökonomie einnimmt.

87 S. *Meta Quest* (B6–55/20) Fallbericht des BKartA [2023] –.

88 Anhaltspunkte für weiteres *enforcement* in enger Abstimmung mit der Kommission vermittelt die Entscheidung *Google* (B7–70/21) Entscheidung des BKartA [2023].

89 LG Hamburg, 415 HKO 84/22.

90 LG Hamburg (Fn. 89), Rn. 8.

Wie zukünftig das DMA *private enforcement* funktioniert, wird sich im Zusammenspiel zwischen Kommission, nationalen Gesetzgebern, nationalen Gerichten und dem EuGH zeigen. Ob sich Deutschland dabei als attraktiver Gerichtsstandort erweisen wird, muss zumindest aus Verbraucherperspektive teilweise in Zweifel gezogen werden. Der Gesetzgeber hat die Gelegenheit verpasst, parallel auch den kollektiven Rechtsschutz zu stärken, von dem insbesondere auch Verbraucher hätten profitieren können. Das Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG) bzw. die Pläne für ein Leitentscheidungsverfahren beim Bundesgerichtshof, die eigentlich das Ziel haben, kollektiven Rechtsschutz zu stärken, werden voraussichtlich nicht geeignet sein, für das DMA *private enforcement* signifikante Impulse zu setzen: Bei ersterem werden Verbandsklagen weiterhin an den Nachteilen gegenüber *opt-out*-Mechanismen (wie vormals im UK) krankten, bei letzterem würden durch kaum abgekürzte Verfahrensdauern nur schwache Reize für DMA *private enforcement* ausgelöst⁹¹. Dagegen ist zu erwarten, dass DMA *private enforcement* parallel zu den Erfahrungen und möglicherweise auch in der Anwendung mit Art. 102 AEUV/§§ 19 ff. GWB zumindest aus Perspektive gewerblicher Nutzer zu weiteren erfolgreichen Verfahren, insbesondere im Eilrechtsschutz, führen wird.

91 Nach § 552 S. 1 ZPO-E kann erst das Revisionsgericht nach eingelegerter Revision diese zu einem Leitverfahren erklären, sofern diese über den Einzelfall hinaus erhebliche Rechtsfragen aufwirft, s. Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung eines Leitentscheidungsverfahrens beim Bundesgerichtshof, BT-Drs. 20/8762, S. 13.

