

IV. Institutions

Das „Netz der Behörden“ als Netzwerk?

Florian Becker

A. Einleitung

An einem spätherbstlichen Nachmittag des Jahres 1999 betrat ich zum ersten Mal das Haus an der Poppelsdorfer Allee. Hier war die Max-Planck-Projektgruppe „Recht der Gemeinschaftsgüter“ beherbergt, aus der wenige Jahre später nach einer erfolgreichen Evaluation das Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern entstehen sollte. Eine Referendarskollegin hatte mich auf die neue Gruppe aufmerksam gemacht und dabei vor allem von deren Direktor, Christoph Engel, geschwärmt, den ich bis zu diesem Zeitpunkt nur aus der juristischen Literatur kannte. Er verwendete an diesem Nachmittag sehr viel Zeit auf unser Kennenlernen und nahm mich schließlich in den Kreis seiner Schüler auf. Dieser Zeitpunkt markierte für mich nicht nur den Beginn eines neuen Lebensabschnitts, sondern leitete auch einen Perspektivwechsel ein. Bis dahin war mein Interesse auf die Rechtswissenschaft und insbesondere das Öffentliche Recht fokussiert. Aber wer mit Christoph Engel in Kontakt kommt, wird sehr schnell von seiner Begeisterung für viele weitere wissenschaftliche Probleme und Fragestellungen jenseits der klassischen dogmatischen Rechtswissenschaften angesteckt – ohne dabei notwendigerweise immer und überall mit seiner unendlichen Neugier, mit seinem voranpreschenden Intellekt sowie mit seiner geschliffenen Rhetorik Schritt halten zu können.

Christoph Engel brachte mir das Phänomen des Netzes und des Netzwerkeffekts nahe und schlug mir eine wissenschaftliche Befassung mit deren öffentlich-rechtlicher Einhegung vor. Diese Arbeit ist aus verschiedenen Gründen nicht zustande gekommen.¹ Dennoch entwickelte sich aus den damaligen Überlegungen und Gesprächen ein Rüstzeug für viele spätere Projekte. Denn Christoph Engel schärft den Blick auf Diszipli-

1 Allerdings griff aus dem Kreis von Christoph Engels Schülern Jörn Lüdemann wenige Jahre später das Thema auf, in: *Boysen et.al., Netzwerke*, 2007, 266.

nen jenseits der Rechtswissenschaft und hat in unzähligen Publikationen selbst meisterhaft gezeigt, wie und was man von ihnen lernen kann. Damals war das Netzwerk als Forschungsprojekt – aus öffentlich-rechtlicher Sicht allemal – tatsächlich ein echter Geheimtipp. In der Folge war es dann für einen gewissen Zeitraum in (fast) aller Munde. Zwar ist es inzwischen etwas ruhiger um den Begriff geworden, aber die 2000er Jahre haben ihre Spuren hinterlassen.

B. Netze und Netzwerkeffekte

I. Abstraktionshöhe und Ubiquität

Das Netzwerk setzt sich aus miteinander durch Kommunikation sowie ein- oder wechselseitige Einwirkungsbefugnisse verbundenen Knotenpunkten zusammen. Dabei kann das Netz in seiner Gesamtheit wegen seiner Heterogenität nicht über die Eigenschaft eines Akteurs verfügen. Auch wenn seine Akteure typischerweise einen einheitlichen, wenn auch sehr abstrakten Zweck verfolgen, bleiben die einzelnen Knotenpunkte die entscheidenden Akteure.

Mit dieser Beschreibung ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Sie sagt nichts über die Charakterisierung oder die wechselseitigen und -züglichen Verhältnisse der Akteure (Hierarchie? Heterarchie?), über die Art ihrer Kommunikation, das Maß und die Folgen der Interaktion oder die Zurechnung des erzeugten Endprodukts aus. Erst recht erfährt man nichts über die Erwartung, die mit der Einordnung eines Phänomens als Netz etwa an dessen interne Dynamiken oder an seinen Output gerichtet wird.

Diese Abstraktionshöhe hat dazu geführt, dass die Begriffe Netz und Netzwerk als Bild, Symbol, Metapher, Allegorie oder schlichte Beschreibung in einer ganzen Reihe von Wissenschaftsdisziplinen und Zusammenhängen präsent sind.² Die Begriffe beschreiben eine Vielfalt an Phänomenen, sie werden zu ganz unterschiedlichen Zwecken verwendet und sie befriedigen völlig unterschiedliche Erkenntnisinteressen. Sie finden auch normative Verwendung, um die Erwartungen des Betrachters v. a. an bestimmte Strukturen zu formulieren.

2 Umfassend *Schwind*, Netzwerke im Europäischen Verwaltungsrecht, 2017, 19 ff.

Angesichts dieser Vielgestaltigkeit fällt es schwer, eine auch nur einigermaßen umfassende Definition, eine Kategorisierung des Begriffs oder auch nur eine Aufzählung seiner Verwendungen und der damit einhergehenden deskriptiven oder normativen Aussagen zu bieten, die über Allgemeinplätze hinausgeht. Die auf dieser Ubiquität beruhende Beliebigkeit (und in gewissem Maße auch Konturenschwäche) des Begriffs lässt seine dogmatische Leistungsfähigkeit zweifelhaft erscheinen. Denn über die Rechtsfolgen, die sich aus einer konkreten, entdifferenzierenden Verflechtung ergeben, kann nur das einschlägige Recht Antwort geben.³ Außerdem bestand und besteht die Gefahr, dass jedwede Kooperation von irgendwelchen Akteuren als „Netzwerk“ bezeichnet wird, ohne dass dies einen besonderen Mehrwert hätte.

II. Das Netz als Rechtsbegriff

Ansatzpunkte für ein dogmatisches Verständnis des Netzwerks bestehen dort, wo es als Gesetzesbegriff Verwendung findet. Insbesondere das Wettbewerbsrecht im Allgemeinen, das Regulierungsrecht im Besonderen, kennt Netze schon seit langem. Ihre Präsenz im EnWG, TKG oder AEG⁴ macht deutlich, dass es sich heute auch um einen Rechtsbegriff handelt. Für die Energieindustrie, die (sozialen wie althergebrachten) Kommunikationsdienste, die Wasserwirtschaft sowie für das Transportwesen (zu Wasser, Land und in der Luft) spielt das Netz als Transportweg für Energie, Personen, Güter oder Kommunikation bei der Leistungserbringung eine zentrale Rolle. Größen- und Verbundvorteile in diesen Netzen sind die Grundlage für die Bildung natürlicher Monopole.⁵ Ein einziges Netz kann den Markt hier effizienter versorgen als eine Mehrzahl.⁶ In den Netzen dieser Industrien entfaltet sich ein Netzwerkeffekt:⁷ Für gewöhnlich sinkt der Wert eines Guts mit der Menge des Angebots. Dessen Inhaber hat also selten Interesse daran, dass möglichst viele Stücke dieses Guts existieren. Bei bestimmten Gütern ist dies aber genau umgekehrt: Deren Wert steigt für ihre einzelnen Inhaber, je mehr von ihnen auf dem

3 So auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2. Aufl. 2023, 206.

4 Bspw. §§ 4, 6 ff., 11 EnWG, §§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 3 Nr. 42, 51 Abs. 1 TKG, §§ 2b f. AEG.

5 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, 163 ff.

6 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl. 2023, 44 f.

7 Zu dem Folgenden *Lemley/McGowan*, Cal. L. Rev. Bd. 86 (1998), 479 (483 ff.).

Markt verfügbar sind. Die Wertschätzung bzw. der Wert des Gutes wächst mit der Anzahl weiterer Nutzer. Dieser Effekt ist in netzgebundenen Industrien zu beobachten: Ein Telefon, das an ein Telefonnetz angeschlossen ist, wird mit jeder weiteren ebenfalls angeschlossenen Person wertvoller. Der Netzwerkeffekt stärkt die Wettbewerbsposition großer Unternehmen gegenüber neu in den Markt eintretenden, weil die Kunden eher dem alten Netz vertrauen, dort mehr Verbindungen herstellen können und sich ihm deswegen anschließen.⁸ Der Netzwerkeffekt erschwert somit den Markteintritt neuer Unternehmen, sorgt auf diese Weise für wettbewerbsrechtliche Probleme und regulatorische Herausforderungen. Er begründet zudem Pfadabhängigkeiten, die die weitere technische Entwicklung beeinflussen.⁹ Solche natürlichen Monopole müssen natürlich nicht immer jedwedem Wettbewerb auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette entgegenstehen. Der Staat kann für einen Wettbewerb verschiedener Anbieter im Netz durch Zugangs- und Zusammenschlussregelungen, für einen Wettbewerb um den zeitweisen exklusiven Betrieb eines Netzes durch Ausschreibung oder aber durch die Förderung substitutiver Netze für einen Wettbewerb zwischen Netzen sorgen.¹⁰

Aber auch der Staat macht sich den Netzwerkeffekt zunutze, der etwa in der Idee der Sozialversicherung abgebildet wird und dort die Tragfähigkeit der ihr zugrundeliegenden Idee auch jenseits sozialstaatlicher Aspiration illustriert: Bestünde die gesetzliche Krankenversicherung nur aus einem einzelnen beitragspflichtigen Mitglied, wäre die Organisation bei dessen ernsthafter und kostenträchtiger Krankheit sofort wirtschaftlich überfordert. Je mehr Menschen aber der Sozialversicherung angehören, desto eher bildet sich in der Mitgliedschaft der durchschnittliche gesundheitliche Status der Gesamtbevölkerung ab und desto eher können auch erhebliche Ausgaben zugunsten einzelner durch die Solidargemeinschaft getragen werden. Das System funktioniert indes nicht mehr ohne steuerliche Querfinanzierung, wenn jedes Mitglied für sich (und seine

8 Lemley/McGowan, Cal. L. Rev. Bd. 86 (1998), 479 (495 ff.).

9 Liebowitz/Margolis, JLEO Bd. 11 (1995), 205.

10 Siehe schon umfassend zu den Konzepten Klein, Competition in Network Industries, World Bank Policy Research Working Paper 1591 (1996); Zugangsverpflichtungen z. B. in § 21 TKG für Unternehmen mit dominierender Marktmacht über Telekommunikationsnetze; § 20 Abs. 1 EnWG für Netzbetreiber der Energiewirtschaft; Zugang zu Eisenbahnanlagen § 10 ERegG; zur exklusiven Vergabe von Personenverkehrsdiensten auf der Schiene s. VO (EG) 1370/2007 vom 23. 10. 2007, ABl. 2007 L 315/1.

Mitversicherten) mehr an Leistungen beansprucht, als im Durchschnitt an Beiträgen erbracht wird.

C. Organisationen als Netzwerke

Begriff und Bauform des Netzes finden aber auch in ganz anderen Zusammenhängen und jenseits der greifbaren und gut erforschten Netzwerkindustrien Verwendung. So gibt es Versuche, den Staat insgesamt als Netzwerk – aus Behörden, Vereinigungen, Individuen – zu rekonstruieren.¹¹ Eine ähnliche Beschreibung oder Erwartung kommt dem Begriff des Netzwerks zu, wenn er im Bereich der Verwaltungsorganisation im weitesten Sinne verwendet wird. Solche Behördennetzwerke existieren vor allem im europäischen Mehrebenensystem.¹² Anders als bei den sehr theoretischen und abstrakten Konzeptionalisierungen finden sich für deren Konstruktion und Funktionieren allerdings naturgemäß Regelungen im positiven Recht.

I. Entdifferenzierung

Solche Netzwerke sind in mehrfacher Hinsicht Orte der Entdifferenzierung.¹³

Sie greifen über organisatorisch voneinander getrennte Einheiten (Kommunen, Länder, Bund, EU) hinaus. Auf verfassungsrechtlicher Ebene reiben sie sich damit an dem grundgesetzlichen Verbot der Mischverwaltung.¹⁴ Dieses Verbot spielt im Schnittbereich des Unions-

11 Vgl. *Teubner*, in: FS für Ingeborg Maus, 1999, 346 ff.; *Ladeur*, Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy Survive the End of the Nation State?, in: ders. (Hrsg.), *Public Governance in the Age of Globalization*, 2004, 89 ff., ebenfalls abgedruckt in *EUI Working Paper Law* 2003/4.

12 Hierzu *Schwind*, *Netzwerke im Europäischen Verwaltungsrecht*, 2017; *Simantiras*, *Netzwerke im europäischen Verwaltungsverbund*, 2016.

13 Die einzelnen Aspekte finden sich bei *Möllers*, in: *Oebbecke* (Hrsg.), *Nicht-Normative Steuerung in Dezentralen Systemen*, 2005, 285 (295 ff.); *Schwind*, *Netzwerke im Europäischen Verwaltungsrecht*, 2017, 132 ff.

14 Dazu BVerfGE 119, 331 (Arge); Dürig/Herzog/Scholz/F. Kirchhof, 107. EL März 2025, GG Art. 83 Rn. 117; Huber/Voßkuhle/Trute, 8. Aufl. 2024, GG Art. 83 Rn. 28 ff.

verfassungsrechts mit den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten zwar kaum eine Rolle, aber dort setzt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 EUV) das freihändige Verschieben und Vermischen von Zuständigkeiten zwischen den verschiedenen Ebenen unter Rechtfertigungsvorbehalt.¹⁵

Die Differenzierungen zwischen Staat und Privat und die daraus abzuleitenden Unterschiede zwischen staatlicher Kompetenz und privater Handlungsfreiheit, Grundrechtsbindung und -berechtigung, gesetzlich bestimmter Gemeinwohlverpflichtung und legitimem Eigennutz sowie zwischen öffentlichem und privatem Recht¹⁶ werden in Netzwerken ebenfalls zumindest teilweise aufgehoben, wenn in ihnen – was regelmäßig der Fall ist – Akteure des i. w. S. staatlichen mit denen des gesellschaftlichen Funktionsbereichs zusammenwirken.

Ausdruck des organisationsrechtlich geprägten Gegensatzes von staatlichem/hoheitlichem und privatem Funktionsbereich ist die Differenzierung zwischen kooperativem und hierarchischem Handlungs- und Entscheidungsmodus, die in den Handlungsformen Rechtsnorm und Verwaltungsakt einerseits und Vertrag andererseits idealisiert wird. Eine Auflösung dieser Gegensätze bringt es zugleich mit sich, dass die Zusammenarbeit im Netzwerk weniger einen hierarchischen als vielmehr einen heterarchischen Charakter aufweist.

Netzwerke sind des Weiteren durch die Auflösung des Gegensatzes von formellen und informellen Handlungs-, Entscheidungs- und Interaktionsformen gekennzeichnet. Zwar bestehen oft gesetzliche Vorgaben für Zuständigkeit, Kooperation und Informationsfluss. Aber neben diese formalen Regeln treten auch Übungen und wechselseitige Abstimmungen jenseits institutionalisierter Kanäle, die sich im Rahmen eines tatsächlichen Näheverhältnisses zwischen den Akteuren mit der Zeit entwickeln. Wenn dieses Näheverhältnis vor allem zwischen behördlichen und privaten Akteuren zu eng wird, entsteht in regulierten Lebensbereichen ein „regulatory capture“.¹⁷

Netzwerkartige Organisationen können sich (sogar auch im staatlichen Funktionsbereich) spontan (evolutiv) bilden. Sie wirken dann zwar informell zusammen, aber ihr tatsächlicher Einfluss in bestimmten Hand-

15 Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bast*, 85. EL Mai 2025, EUV Art. 5 Rn. 15.

16 Dazu *Becker*, in: Kahl/Ludwigs (Hrsg.), *VerwR-HdB*, Bd. VI 2024, § 160.

17 Allg. *Masing*, *AöR* 128 (2003), 558 (592 ff.).

lungsfeldern kann enorm sein.¹⁸ Häufiger werden Netzwerke staatlicher Funktionsträger (v. a. Behörden) aber durch Gesetz oder Vertrag gebildet und mit einem Handlungsauftrag sowie entsprechenden Handlungsinstrumenten ausgestattet. Dies ist dann ein Fall (fremd-)gesteuerter Netzwerkbildung.

Netzwerke können offen oder geschlossen sein. Entweder steht ihr Teilnehmerkreis fest und kann dann auch nicht ohne weiteres verändert werden. Hier können dann bestenfalls noch Akteure informell in das Netzwerk eintreten. Oder aber die Netzwerke bilden eine offene Partizipationsstruktur und erlauben spontane Veränderungen in der Akteurszusammensetzung durch das Hinzutreten oder den Austritt einzelner Mitglieder.

II. Zweckverwirklichung

Das Zusammenwirken im Netzwerk ist einem bestimmten Zweck gewidmet, dessen Verwirklichung die einzelnen Akteure dienen. Dabei ist zwischen jenem übergeordneten Zweck des Netzwerks insgesamt – seiner Existenzberechtigung – und dem individuellen Motiv für die Teilnahme an dem Netzwerk zu differenzieren. Dies wird bei einem Zusammenwirken von Staat und Privaten im Netzwerk besonders deutlich: Obschon staatliche Akteure stets auch institutionelle Interessen verfolgen, haben sie ihre Tätigkeit doch grundsätzlich an einem heteronomen gesetzlichen Auftrag und den hierauf aufbauenden, den Auftrag konkretisierenden einzelnen rechtlichen Vorgaben auszurichten. Private Akteure sind demgegenüber grundsätzlich nicht fremdbestimmt und keinem fremden Zweck verpflichtet. Ihre Motivation zur aktiven Teilnahme an einem Netzwerk ist typischerweise grundrechtlich geschützt und bedarf keiner Rechtfertigung. Damit wirken bei einem Netzwerk, das sich aus staatlichen wie auch aus privaten Akteuren zusammensetzt, gesetzlich determinierte, gemeinwohlorientierte Motivation einerseits sowie rational-eigennützige Motivation andererseits zusammen, um auf diese Weise ein gewünschtes Ergebnis zu erreichen.

Die Akteure wirken an der Verfolgung eines gemeinsamen – selbst gesetzten oder heteronom bestimmten – Ziels mit, ohne dass sie dabei

18 So etwa zum Basler Ausschuss für Bankenaufsicht *Zaring*, Texas International Law Journal 33 (1998), 281 ff.

ihre individuelle, akteurspezifische Motivation notwendigerweise aufgeben (müssen).¹⁹ Dies ist nur anders zu beurteilen, wenn die Privaten durch staatlichen Zwang in das Netzwerk integriert werden. Der Akt der Zwangsintegration stellt nicht nur einen Grundrechtseingriff dar, sondern der Gesetzgeber muss auch Instrumente bereithalten, um dauerhaft sicherzustellen, dass sich die Privaten bei ihren Handlungen dem Netzwerkzweck unterordnen und ihre Position nicht ausschließlich zur Verfolgung eigener Zwecke zu dessen Lasten missbrauchen. Soweit hierbei ebenfalls hoheitlicher Zwang angewendet wird, ist auch dieser an den Grundrechten der Beteiligten zu messen.

D. Das „Netz von Behörden“ im Wettbewerbsrecht

Netzwerke öffentlicher Akteure gibt es – hier einmal mehr, dort einmal weniger verdichtet – inzwischen in einigen Bereichen des Verwaltungsrechts im Mehrebenensystem,²⁰ so etwa bei der Aufsicht über Finanzinstitute.²¹ Das bekannteste Beispiel für ein von öffentlichen Akteuren gebildetes und als solches bezeichnetes Netz ist das aus der Kommission sowie den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden zusammengesetzte „Netz von Behörden“, dessen Akteure die hoheitliche Durchsetzung von Art. 101 f. AEUV gegenüber Unternehmen im Binnenmarkt verantworten.²²

Dieses durch die VO (EG) 1/2003²³ etablierte Netzwerk dient nach seiner ursprünglichen Bestimmung der hoheitlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Untersuchungen, Anordnungen und Sanktionen, mithin unter Nutzung hoheitlicher Handlungsinstrumente. Das Netzwerk soll eine effiziente Arbeitsteilung zwischen seinen Gliedern – den mitgliedstaatlichen Behörden, der Kommission sowie den Gericht-

19 *Schwind*, Netzwerke im Europäischen Verwaltungsrecht, 2017, 131 ff.

20 Weitere Beispiele bei Schoch/Schneider/Schoch, 6. EL November 2024, Verwaltungsrecht Einleitung VwVfG Rn. 540 ff.; *Schwind*, Netzwerke im Europäischen Verwaltungsrecht, 2017, §§ 7, 8, 9; *Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, 129 ff., 160 ff., 190 ff., 222 ff.

21 Calliess/Ruffert/Häde, 6. Aufl. 2022, AEUV Art. 127 Rn. 61 ff.

22 Erwägungsgründe 15 ff. und Art. 11 ff. VO (EG) 1/2003; s. a. § 50a GWB.

23 VO (EG) 1/2003 vom 16. 12. 2002, ABl. 2003 L 1/1.

ten²⁴ – ermöglichen und zugleich die einheitliche Anwendung des Wettbewerbsrechts sicherstellen.²⁵

Der europäische Gesetzgeber verspricht sich von einer solchen Organisations- und Interaktionsstruktur nicht nur, dass die Vorteile dezentraler Rechtsanwendung und das Bedürfnis nach unionsweiter Uniformität miteinander in Einklang gebracht werden, sondern auch, dass der Kommission die Konzentration auf die wichtigen Verfahren und Entscheidungen ermöglicht und vorbehalten bleibt.²⁶ Um aber diese Vorteile des Netzwerks auch auszuspielen, sind Regelungen über Zuständigkeiten sowie über gegenseitige Informationspflichten und -rechte und Regelungen zur Vermeidung kollidierender Entscheidungen erforderlich.

In die erstgenannte Kategorie fallen diejenigen Vorschriften, die einzelnen Elementen des Netzwerks bestimmte Aufgaben routinemäßig zuweisen. So begründen Art. 5 und 6 VO (EG) 1/2003 die grundsätzliche Zuständigkeit der nationalen Behörden und Gerichte zur Verfolgung und Sanktionierung von Verstößen gegen Art. 101 und Art. 102 AEUV. Schicken sich mehrere Behörden an, einen Verstoß zu untersuchen, ermöglicht Art. 13 VO (EG) 1/2003 die Aussetzung einzelner Verfahren. Die Auswahl der – möglichst alleine – verfahrensführenden Behörde(n) richtet sich nach der Netzwerkbekanntmachung und der Gemeinsamen Erklärung.²⁷ Neben die mitgliedstaatliche Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen tritt die Zuständigkeit der Kommission, die jedes Verfahren in jedem Stadium voraussetzungslos an sich ziehen und dadurch die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden beenden kann (Art. 11 Abs. 6 VO (EG) 1/2003). Diese hierarchische Funktion ist untypisch für ein Netzwerk.

Solche Zentralisierungsentscheidungen sind nur möglich, wenn die Kommission über mitgliedstaatliche Verfahren ins Bild gesetzt wird. Eine

24 Trotz der Bezugnahme auf „Behörden“ spielen allerdings auch die mitgliedstaatlichen und europäischen Gerichte eine Rolle in dem Netzwerk; vgl. Art. 6 VO (EG) 1/2003 und Erwägungsgrund 33.

25 Erwägungsgrund 15 zur VO (EG) 1/2003.

26 Erwägungsgrund 3 ff. zur VO (EG) 1/2003.

27 Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. 2004 C 101/43; Gemeinsame Erklärung des Rates und der Kommission zur Arbeitsweise des Netzes der Wettbewerbsbehörden (https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/european-competition-network/documents_en; letzter Abruf 14. 10. 2025); zur Exklusivität vgl. Netzwerkbekanntmachung Rn. 7f.

wichtige Funktion aller Netzwerke ist der – mehr oder weniger vertrauensvolle – Austausch von Informationen und Wissen zwischen den Akteuren. Der Informationsfluss findet in informellen Arrangements statt, wird aber auch durch Informationsansprüche und -pflichten beflügelt. In diesem Sinne regeln Art. 11 bis 15 VO (EG) 1/2003 Einzelheiten der Zusammenarbeit von Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und insbesondere die Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Behörden, die Kommission nach einer Verfahrenseröffnung hierüber in Kenntnis zu setzen (Art. 11 Abs. 3 VO (EG) 1/2003) und ihr auch rechtzeitig einen Entscheidungsentwurf zu überlassen (Art. 11 Abs. 4 VO (EG) 1/2003). Daneben ermöglicht Art. 12 VO (EG) 1/2003 einen Austausch von Informationen zwischen Kommission und mitgliedstaatlichen Behörden.

Wo eine Vielzahl unterschiedlicher Behörden und Gerichte an der Verfolgung eines einheitlichen Ziels beteiligt ist, besteht naturgemäß die Gefahr divergierender Rechtsanwendung, die die Effizienz der Zweckverfolgung und sogar die Stabilität des Netzes beeinträchtigen kann. Auch die klammheimliche Verschonung nationaler Champions durch mitgliedstaatliche Behörden ist nicht auszuschließen. Daher bedarf es in einem Netzwerk nicht nur der regelhaften Verteilung, sondern auch der Sicherstellung nicht nur minimaler Uniformität und der Durchsetzung des Vorrangs des Unionsrechts, den Art. 3 VO (EG) 1/2003 unterstreicht. In diesem Sinne ergänzt Art. 16 VO (EG) 1/2003 das Selbsteintrittsrecht der Kommission zur Sicherstellung einer unionsweiten Einheitlichkeit bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die mitgliedstaatlichen Behörden im Netzwerk. Nach dieser Vorschrift dürfen Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten keine Entscheidungen treffen, die denen der Kommission zuwiderlaufen.

Der Begriff des „Netzwerks“ lenkt den Blick auf die Interaktion und die Interdependenz der beteiligten Behörden. Doch neben diese kooperierende Funktion tritt in dem konkreten Fall der europäischen Behördennetzwerke auch eine hierarchische.

E. Integration Privater und ihrer Interessen in das Netzwerk

Im Wettbewerbsrecht und in dem Verfahren seiner Durchsetzung lässt sich ein weiterer Aspekt beobachten, der bei der theoretischen Erschließung von Netzwerken eine Rolle spielt: Es geht um die Integration privater Handlungsbeiträge zur Erreichung des Netzwerkzwecks.

I. Dezentrale und privatisierte Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen

In vielen Bereichen erfolgt die Durchsetzung des Unionsrechts in und gegenüber den Mitgliedstaaten nicht von oben herab durch die Kommission im Wege des ihr an die Hand gegebenen, aber sehr aufwendigen Vertragsverletzungsverfahrens. Erst recht in einer gewachsenen und dadurch immer unübersichtlicher gewordenen Union mit 27 Mitgliedstaaten bauen EuGH und Kommission (auch) auf eine dezentrale Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten. Die Basis dieser dezentralen (und privaten) Rechtsdurchsetzung bilden unmittelbare Anwendbarkeit sowie Vorrang des Gemeinschafts- und jetzt des Unionsrechts²⁸, deren Wirksamkeit durch den europarechtlich initiierten Staatshaftungsanspruch für Unionsrechtsverstöße abgerundet wurde.²⁹

Diese Entwicklungen ermöglichten es dem einzelnen Gemeinschafts- bzw. Unionsbürger, seine aus den Verträgen fließenden Rechte unmittelbar und selbst – d. h. ohne Einschaltung der Kommission – vor mitgliedstaatlichen Gerichten geltend zu machen. Hierin lag nicht nur eine Ermächtigung bzw. Subjektivierung des Einzelnen, sondern zugleich auch ein Hebel zur dezentralen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts und damit zur Überwindung mitgliedstaatlicher Souveränität.

In Bereichen, in denen besondere Vollzugsdefizite zu beobachten waren, traten als weitere Elemente dezentraler Rechtsdurchsetzung sekundärrechtlich begründete individuelle Auskunfts- und Verbandsklagerechte hinzu. Hier ist insbesondere für das in den siebziger und achtziger Jahren mit dem Ruf eines notorischen Vollzugsdefizits³⁰ belastete Umweltrecht auf die Rechtsentwicklung zu verweisen, die durch die im Jahr 1998 im Rahmen der United Nations Economic Commission for Europe unterzeichnete Aarhus-Konvention ausgelöst wurde.³¹ Die Bürger der Konventionsstaa-

28 EuGH, Urt. v. 5.2.1963 – Rs. 26/62 (van Gend & Loos) – Slg. 1963, 3; EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.) – Slg. 1964, 1141 (1269f.); Polzin, in: Ludwigs (Hrsg.), EU-WirtschaftsR-HdB, 63. EL Mai 2025, § 4 Rn. 2ff.

29 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – Rs. C-6/90 u. 9/90 (Francovich) – Slg. 1991, I-5403; EuGH, Urt. v. 5.3.1996 – Rs. C-46/93 u. C-48/93 (Brasserie du Pêcheur) – Slg. 1996, I-1131; BeckOK BGB/Kümper, 75. Ed. 1.8.2025, BGB § 839 Rn. 101 ff.; Knops, NJW 2023, 2225 ff.

30 Hierzu Ramsauer, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), UmweltR-HdB, 6. Aufl. 2024, § 3 Rn. 80 f.

31 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten v. 25.6.1998, ABl. 2005 L 124, 4.

ten und damit auch die Unionsbürger sollen durch Informations-, Beteiligungs- und Klagerechte zur Durchsetzung des EU-Rechts, insbesondere des Umweltrechts gegenüber ihrem Staat „mobilisiert“ werden.³² Insoweit bieten vor allem Umweltverbände die Gewähr für hohen Sachverstand und verfügen über ein erhebliches Partizipationsinteresse. Die Gefahr späterer Klageverfahren kann schon zu Kooperationen zwischen Verbänden und Behörden während des Verwaltungsverfahrens führen, die dann in eine besser informierte und weniger klageanfällige Planungs- oder Genehmigungsentscheidung münden. Aber auch wenn es nicht von der Hand zu weisen ist, dass die frühzeitige Integration solcher Verbände in den Prozess der Entscheidungsfindung zu einer höheren Akzeptanz einer eigentlich nicht gewünschten Entscheidung führen kann, steht doch hier die Idee der dezentralen Durchsetzung von Unionsrecht gegenüber mitgliedstaatlichen Entscheidungen mit Umweltrelevanz im Vordergrund. Der Private wird auf diese Weise zumindest zu einem informell an der Entscheidung Beteiligten und soll – idealerweise – der Garant für die Einhaltung von Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sein.

Hier sind vorsichtige Ansätze des Netzwerksgedankens zu identifizieren: Eine umweltrechtlich relevante Entscheidung wird im Zusammenwirken privater und behördlicher (sowie gegebenenfalls auch gerichtlicher) Netzwerkknotenpunkte getroffen, die im Zuge der Entscheidungsfindung miteinander kommunizieren und mit den ihnen jeweils zugewiesenen Rechten und Befugnissen aufeinander einwirken. Die Zurechnung des „Endprodukts“ – der umweltrelevanten Planungs- oder Zulassungsmaßnahme – bleibt aber mit der Erlassbehörde eindeutig (und muss dies aus Gründen des Rechtsschutzes und der Legitimation auch sein).

II. Private Enforcement im Wettbewerbsrecht

1. Dimensionen des Private Enforcement

Vor inzwischen mehr als zwei Jahrzehnten hat sich auch für das EU-Wettbewerbsrecht die Erkenntnis durchgesetzt, dass dessen Durchsetzung al-

32 Markus/Verheyen, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), UmweltR-HdB, 6. Aufl. 2024, § 1 Rn. 112 ff.; siehe auch das Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) mit der Möglichkeit altruistischer Verbandsklagen. Dazu *Schwerdtfeger*, in: Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), UmweltR-HdB, 6. Aufl. 2024, § 4 Rn. 69 ff.

lein durch mitgliedstaatliche Behörden und die Kommission nicht einmal annähernd umfassend möglich sein dürfte.³³ Kapazitätsmängel und daraus resultierende Priorisierungserwägungen der Wettbewerbsbehörden führten damals wie heute dazu, dass diese nicht alle Wettbewerbsverstöße ermitteln und verfolgen können. Was lag also näher, als die Aufgabenerfüllung des Netzwerks der Behörden durch die Integration neuer Akteure wirksamer werden zu lassen?

Bereits die VO (EG) 1/2003 hatte den Unternehmen als Adressaten des Wettbewerbsrechts eine wichtigere Rolle bei dessen Anwendung (weniger bei dessen Durchsetzung) zugewiesen: Vor deren Erlass oblag es den Unternehmen lediglich, Vereinbarungen zur Freistellung bei der Kommission anzumelden (Art. 4 Abs. 1 VO 17/62). Diese hatte dann die ausschließliche Befugnis, die Vereinbarung unter die Freistellungs Voraussetzung von (jetzt) Art. 101 Abs. 3 AEUV zu subsumieren (Art. 9 Abs. 1 VO 17/62). Mit der VO (EG) 1/2003 ist diese Einbeziehung deutlich stärker ausgeprägt worden. Die Verordnung hat die Selbstverantwortung der Marktteilnehmer deutlich erhöht: Sie müssen nunmehr aufgrund von Art. 1 Abs. 1 und 2 VO (EG) 1/2003 eine eigene Einschätzung über die Rechtmäßigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen treffen (s. a. Erwägungsgrund Nr. 3 VO (EG) 1/2003) und das aus dieser Entscheidung resultierende Risiko eventueller Fehleinschätzungen tragen. Zwar waren die Unternehmen schon vor der Novelle an der Anwendung des Wettbewerbsrechts beteiligt, doch ist der Schritt von der Notwendigkeit einer Anmeldung zur selbstverantwortlichen Entscheidung groß.

Eine weitere, zum Teil parallel angestoßene Entwicklung birgt das Potential zu einer noch grundlegenderen Veränderung bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts. Dabei handelt es sich um die Integration derjenigen in die Durchsetzung der Ziele des Wettbewerbsrechts, die durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen geschädigt werden. Solche Vereinbarungen haben negative Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt.³⁴ Entlang der Wertschöpfungskette können Unternehmen wettbewerbswidrige Einkaufspreise vielleicht noch an die nächste Stufe der Wertschöpfung weiterreichen. Aber spätestens der einzelne Verbraucher bekommt die Auswirkungen der rechtswidrigen Vereinbarung individuell zu spüren. Denn typischerweise sind die Verbraucher nicht

33 Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672 endg. vom 19.12.2005, 3 ff.

34 Vgl. Immenga/Mestmäcker/Zimmer, 7. Aufl. 2025, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 4 ff.

nur mit geringerer Qualität und weniger Auswahl konfrontiert, sondern erleiden einen Schaden in Form von überhöhten Preisen.

Spätestens seit der Veröffentlichung eines Grünbuchs³⁵ verfolgt die Kommission das Anliegen, das Private Enforcement durch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auch in der EU neben die hoheitliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zu stellen und so die Vereinbarung von Wettbewerbsbeschränkungen wirtschaftlich zumindest potentiell unattraktiver zu machen. Während private Schadenersatzklagen in den USA schon lange zu dem Instrumentenkasten des Antitrust-Enforcement gehört,³⁶ schlummerte diese Option in der EU recht lange vor sich hin.

In seiner insoweit wegweisenden Entscheidung *Courage/Crehan* betonte der EuGH, dass die volle Wirksamkeit des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach (inzwischen) Art. 101 Abs. 1 AEUV und die hierauf aufbauende Nichtigkeit entsprechender Abreden (Art. 101 Abs. 2 AEUV) in ihrer Effektivität beeinträchtigt wären, „wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist. Ein solcher Schadenersatzanspruch erhöht nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und ist geeignet, von – oft verschleierte – Vereinbarungen oder Verhaltensweisen abzuhalten, die den Wettbewerb beschränken oder verfälschen können“.³⁷

Der Gerichtshof macht deutlich, dass die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht allein dem einzelnen Anspruchsteller dient, sondern auch durch Entfaltung einer spezial- wie generalpräventiven Wirkung die Zielerreichung des Wettbewerbsrechts (und damit des Netzwerkzwecks) allgemein befördert. Jede Erleichterung wettbewerbsrechtlicher Schadenersatzklagen führt *prima facie* zu einem verbesserten Schutz der Wettbewerbsordnung, da sie potenzielle Rechtsverletzer abschreckt.³⁸

Die Geschädigten mussten solche Schadenersatzansprüche zunächst mangels entsprechender unionsrechtlicher Vorgaben im Sinne des Au-

35 Grünbuch Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, KOM (2005) 672 endg. vom 19. 12. 2005.

36 Hierzu *Kammin*, *Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition*, 2014, 74 ff.

37 EuGH, Urt. v. 20. 9. 2001 – Rs. C-453/99 (*Courage/Crehan*) – Slg. 2001, I 6297 Rn. 25 ff.

38 EuGH, Urt. v. 20. 9. 2001 – Rs. C-453/99 (*Courage/Crehan*) – Slg. 2001, I 6297 Rn. 27.

tonomieprinzips auf der Grundlage nationalen Zivilverfahrens- und Deliktsrechts geltend machen.³⁹ Insoweit bot sich vor dem Austritt des Vereinigten Königreichs insbesondere aufgrund seiner vorprozessualen discovery-Regelungen die dortige Gerichtsbarkeit an,⁴⁰ während die deutschen Gerichte aus verschiedenen Gründen lange mit solchen Klagen fremdelten, da hier das prozessuale und das materielle Recht traditionell für den Kläger in solchen komplexen Zusammenhängen nicht günstig ist.

2. Herausforderungen für das Private Enforcement

Trotz der von Kommission und EuGH geäußerten Erwartung waren wichtige Aspekte der Durchsetzung lange ungeklärt, was die Entwicklung des Private Enforcement hemmte.

Die privatrechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts durch Geltendmachung deliktischer Schadensersatzansprüche setzt eine gewisse Risikobereitschaft der Geschädigten voraus.⁴¹ Wenn diese Verbraucher sind, bekommen sie es mit übermächtigen Gegnern zu tun. Handelt es sich um Unternehmen, möchten sie nicht durch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen einen Schatten auf andauernde Geschäftsbeziehungen werfen. Unabhängig von diesen eher atmosphärischen Aspekten erleiden gerade einzelne Verbraucher nur einen geringen (und kaum dokumentierten) Schaden, wenn die Wettbewerbsbeschränkung durch Preisverabredungen über Bier, Fußballtrikots oder Kaffee⁴² erfolgt („Streuschäden“⁴³). Die Durchsetzungsbereitschaft der Betroffenen hängt nicht zuletzt von einem kräftigen finanziellen Anreiz sowie von einer hohen Obsiegsenswahrscheinlichkeit ab. Diese wird nicht nur von der materiellen Rechtslage, sondern auch von den prozessualen Verwirklichungsbedingungen bestimmt. Verbraucher haben dann auch kaum einen

39 So auch noch Art. 4 RL 2014/104/EU.

40 *Kammin*, Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition, 2014, 66f.

41 Zu den einzelnen Aspekten, die den Anspruch begründen sowie deren Durchsetzung: *Kammin*, Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition, 2014, 28ff.

42 BGH v. 13.7.2020 – KRB 99/19, NJW 2021, 395 (Bierkartell); OLG Düsseldorf v. 28.2.2018 – 4 Kart 3/17 OWi, BeckRS 2018, 39581 (Kartell der Kaffeeröster); UK OFT v. 1.8.2003, Case CP/0871/01 (Fußballtrikots; abrufbar auf gov.uk).

43 *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 60.

Anreiz, sich in einem teuren, aufwendigen und nicht zuletzt risikobehafteten Verfahren selbst um einen (geringen) Schadensersatz zu bemühen.

Die Kommission empfahl⁴⁴ den Mitgliedstaaten zunächst Möglichkeiten für einen kollektiven Rechtsschutz bereitzustellen, dabei aber das in den USA durch die Kombination von treble damages, „Opt-out“-Prinzip und besonderen Prozesskostenregelungen zu beobachtende Missbrauchspotential auszuschalten.⁴⁵ Die Kombination aus multipliziertem Schadensersatz zwecks Abschreckung (treble damages) und dem gruppenvergrößernden Prinzip, dass diejenigen automatisch Teil der im kollektiven Rechtsschutzverfahren vertretenen Gruppe werden, die einen Schaden aufgrund desselben oder eines ähnlichen Wettbewerbsverstosses geltend machen und nicht ausdrücklich aus der Gruppe ausgeschieden sind („Opt-out“-Prinzip), birgt die Gefahr übermäßiger Haftung.⁴⁶ Sie bietet zudem Missbrauchsanreize in Form zweifelhafter oder überhöhter Klageforderungen, die zwecks Risikominderung durch beklagte Unternehmen im Wege kostenintensiver außergerichtlicher Vergleiche abgewendet werden.⁴⁷

Diese Fehlanreize will die Empfehlung der Kommission vermeiden. In Deutschland ist sie mit dem Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage im Jahr 2018 umgesetzt worden.⁴⁸ Seitdem ist die Musterfeststellungsklage für die Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche durch geschädigte Verbraucher zugänglich,⁴⁹ auch wenn ihre Eignung, die individuelle Betroffenheit und den individuellen Schadenseintritt verbindlich zu klären, in Zweifel gezogen wird.⁵⁰ Sie ermöglicht es eingetragenen Verbraucherschutzverbänden, zentrale Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs zugunsten

44 Kommission, Empfehlung v. 11. 6. 2013: Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten, ABl. 2013 L 201/60; Siehe besonders auch Kommission, Mitteilung: Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz v. 11.6.2013, COM (2013) 401 final.

45 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 62.

46 Siehe i.e. Kammin, Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition, 2014, 50 ff.

47 Vgl. Kommission, Mitteilung: Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz v. 11.6.2013, COM (2013) 401 final, 3.

48 Gesetz vom 12.7.2018 – BGBl. I 2018, Nr. 26, S. 1151; BT Drs. 19/2507, S. 1.

49 Fuchs, in: Fuchs/Weitbrecht (Hrsg.), PrivKartellRDRdursch.-HdB, 1. Aufl. 2019, § 1 Rn. 11.

50 Mallmann/Erne, NZKart 2019, 77.

der Verbraucher feststellen zu lassen. Das Schutzsystem der überindividuellen Rechtsbehelfe wurde in Umsetzung der RL (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher erneut erheblich erweitert. Heute findet sich eine einheitliche Kodifikation von Abhilfe- und Feststellungsklagen der Verbraucherschutzverbände im Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz (VDuG).⁵¹

Die materielle Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung deliktischer Ansprüche, die Schäden aus wettbewerbswidrigem Verhalten abgelten soll, ist in Deutschland nunmehr § 33a GWB. Um den abschreckenden, präventiven Zweck der Haftung⁵² zu verstärken, verzichtet § 33a GWB auf die einschränkende Voraussetzung des § 823 Abs. 2 BGB.⁵³ Die Schwierigkeiten in der Umsetzung dieser Schadensersatzansprüche liegen aber vor allem in der zunehmenden Zersplitterung der Schäden auf unteren Vertriebssebenen und dem zunehmend anspruchsvolleren Kausalitätsnachweis.⁵⁴

§ 33 Abs. 4 GWB räumt zudem bestimmten Verbänden Unterlassungs- und Beseitigungs-, jedoch keine Schadensersatzansprüche ein. Diese Verbände können nach § 34a GWB bei vorsätzlichen Kartellverstößen die rechtswidrig erlangten wirtschaftlichen Vorteile zugunsten des Bundeshaushalts abschöpfen, sofern dies nicht bereits durch die Kartellbehörde (§ 34 GWB) oder Schadensersatzleistungen der Unternehmen (vgl. § 34a Abs. 2 GWB) geschehen ist.

3. Mit- und Gegeneinander von Public und Private Enforcement

Die genannten Herausforderungen im Rahmen des Private Enforcement können zum Teil durch ein Zusammenwirken mit der behördlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts bewältigt werden.

Im deutschen Zivilprozessrecht liegen Darlegungs- und Beweislast für anspruchsbegründende Tatsachen bei dem Kläger.⁵⁵ Hiervon sind insbesondere das Vorliegen einer Vereinbarung, deren Wirkung auf den Wettbewerb und der kausale Schadenseintritt betroffen. Diese Informa-

51 Gesetz vom 8.10.2023 – BGBl. I 2023, Nr. 272, S. 2.

52 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 62.

53 Zur Entwicklung Immenga/Mestmäcker/Franck, 7. Aufl. 2024, GWB § 33a Rn. 3.

54 Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 37.

55 Kammin, Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition, 2014, 63 ff.

tionen sind nicht ohne weiteres zugänglich – geschweige denn, dass sie offen zutage liegen. Aus diesem Grunde ist es für den Geschädigten sinnvoll, mit der gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen so lange abzuwarten, bis ein Wettbewerbsverstoß im Wege des Public Enforcement festgestellt worden ist – zumal jedenfalls der Verbraucher von der Existenz einer wettbewerbswidrigen Abrede regelmäßig nicht einmal etwas ahnt. Im Rahmen des behördlichen Verfahrens, das auf die Unterbindung des Verstoßes und die Erteilung einer Sanktion abzielt, trägt indes die Behörde mit den ihr zur Verfügung stehenden hoheitlichen Mitteln die für das erfolgreiche Private Enforcement benötigten Informationen zusammen. Insoweit besteht dann die Notwendigkeit, den Aktenzugang der Geschädigten zu den behördlichen Informationen mit einem angemessenen Ausgleich zwischen deren Interessen und dem ebenfalls legitimen Interesse an dem Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu ermöglichen.⁵⁶

Das Public Enforcement wird allerdings häufig erst durch die Zuarbeit eines Kronzeugen angestoßen.⁵⁷ Denn weil die Teilnehmer in einem Kartell nicht nur wirtschaftliche Interessen an dessen Aufrechterhaltung haben, sondern auch Sanktionen fürchten, werden diese Abreden institutionell so eingebettet, dass sie nur schwer „von außen“ zu entdecken sind. Um diese Konspiration zu schwächen, gibt es Kronzeugenregelungen (vgl. § 81h ff. GWB und Art. 4a VO 773/2004). Diese wirken sowohl präventiv als auch repressiv.⁵⁸ Einerseits bedrohen sie durch das ihnen zugrundeliegende Windhundprinzip die innere Stabilität des Kartells und damit auch das wechselseitige Vertrauen seiner Teilnehmer. So machen sie wettbewerbswidrige Abreden ein wenig unattraktiver. Andererseits ermöglichen sie dann aber nach Aufdeckung des Kartells auch die effektivere Verfolgung der übrigen Mitglieder, weil sich der Kronzeuge seine Immunität nur mit der umfassenden Offenlegung aller Informationen über das Kartell verdient.

56 Hierzu Vgl. EuGH, Urt. v. 14.6.2011, Rs C-360/09 (Pfleider AG/Bundeskartellamt), Slg 2011 I-5161, Rn. 30f.; EuGH, Urt. v. 6.6.2013, Rs C-536/11 (Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG ua), Rn. 30ff.

57 von Schreitter/Matt, NZKart 2024, 144.

58 Die beiden folgenden Aspekte finden sich bei Immenga/Mestmäcker/Bueren, 7. Aufl. 2024, GWB § 81h Rn. 4; s. a. Immenga/Mestmäcker/Biermann, 7. Aufl. 2025, VO (EG) 1/2003 Art. 23 Rn. 232ff.

Die Angewiesenheit des Public Enforcement auf die Mitwirkung von Kronzeugen führt nun in einen Teufelskreis:⁵⁹ Das wirksame Private Enforcement ist auf die vorgelagerte behördliche Aufarbeitung und Verfolgung eines Rechtsverstößes angewiesen. Für die Einleitung eines solchen Verfahrens bedarf die Behörde wiederum der Mitarbeit eines an der Vereinbarung beteiligten Unternehmens. Dessen Motivation beruht darauf, dass es einerseits schon von der wettbewerbswidrigen Vereinbarung profitiert hat und andererseits als Kronzeuge – anders als die übrigen Wettbewerber – von behördlichen Sanktionen verschont bleibt. Drohen allerdings empfindliche Schadensersatzansprüche im Wege des Private Enforcement, könnte sich dies auf die grundsätzliche Bereitschaft, jedenfalls aber auf den Zeitpunkt auswirken, zu dem ein an der wettbewerbswidrigen Vereinbarung Beteiligter durch seine Meldung als Kronzeuge die Einleitung eines Verfahrens ermöglicht. Je einfacher den Geschädigten also die zivilrechtliche Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gemacht wird, desto weniger werden Unternehmen bereit sein, als Kronzeugen in Erscheinung zu treten.⁶⁰ Tendenziell wachsen daher die durch das Kartell entstehenden Wohlfahrtsverluste.

4. Antwort des Unionsgesetzgebers

Damit hatte der Unionsgesetzgeber einen gordischen Knoten zu durchschlagen: Auf der einen Seite sollte eine Verbesserung und Vereinheitlichung des Private Enforcement der Wettbewerbsordnung zu einer besseren Durchsetzung verhelfen. Auf der anderen Seite würde jede Verbesserung und Vereinheitlichung die behördliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erschweren, auf die das Private Enforcement wiederum angewiesen ist.

Der Unionsgesetzgeber erließ zur Vereinheitlichung der nationalen Regelungen für die Durchsetzung privatrechtlicher Schadensersatzklagen die Richtlinie 2014/104/EU. Deren Ziel war es, die Wirksamkeit der Art. 101 f. AEUV sicherzustellen und den Schutz einzelner Geschädigter zu gewährleisten.⁶¹ Art. 3, 12 RL 2014/104/EU sehen einen umfassenden

59 Hierzu ausf. *Kammin*, Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition, 2014, 173 f.

60 *Kammin*, Reforming Private Antitrust Enforcement in Europe: Between Harmonisation and Regulatory Competition, 2014, 177.

61 Erwägungsgründe 1, 3 RL 2014/104/EU.

Schadensersatzanspruch für „jede natürliche oder juristische Person“ vor, „die einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat“. Der Anspruch ist auf eine Totalreparation gerichtet und umfasst Ersatz der Vermögenseinbußen, des entgangenen Gewinns und Zinsen (Art. 3 Abs. 2 RL 2014/104/EU). Eine Verpflichtung zur Einführung von Sammelklagen begründet die Richtlinie indes nicht. Allerdings kann der Grundsatz der Effektivität eine durchsetzungsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts gebieten, wenn ansonsten die mitgliedstaatlichen Regeln entsprechende Hilfskonstruktionen (etwa Sammelzessionen) und dadurch eine wirksame Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen v. a. für Streuschäden unmöglich machen.⁶²

Ein zentrales Anliegen der Richtlinie war die bessere Abstimmung zivilrechtlicher Durchsetzung des Wettbewerbsrechts mit ihrem hoheitlichen Pendant. Auch hier sind Informationsregelungen wieder von besonderer Bedeutung; so etwa die Vorschriften über den Zugang zu Unterlagen der Wettbewerbsbehörden.⁶³

Um das Informationsdefizit des privaten Klägers zu neutralisieren, sieht die Richtlinie auch insoweit eine Verzahnung des Private mit dem Public Enforcement vor.⁶⁴ Nach Art. 5, 6 RL 2014/104/EU können nicht nur der Beklagte, sondern auch Dritte zur Offenlegung von Beweismitteln gerichtlich verpflichtet werden. Dies umfasst nach Maßgabe von Art. 6 RL 2014/104/EU auch Akten von Wettbewerbsbehörden. Allerdings genießen Kronzeugenerklärungen einen besonderen Schutz. Einsicht in sie ist für die Zwecke der privaten Rechtsverfolgung weitgehend ausgeschlossen (Art. 6 Abs. 6 RL 2014/104/EU). Beweise, die unter Verstoß gegen diese Regelung offengelegt wurden, dürfen nicht verwertet werden (Art. 7 Abs. 1 RL 2014/104/EU). Hier wird der besondere Wert dieser Aussagen für die behördliche Verfolgung deutlich, die den Schutz der Kronzeugen – auch zu Lasten des Private Enforcement – erforderlich macht.

Um das Public Enforcement nicht zu stark zu beeinträchtigen, werden Kronzeugen auch durch formelle und materielle Privilegierung im Haftungsrecht geschützt.⁶⁵ Die Richtlinie ergänzt den wirtschaftlichen Schutz des Kronzeugen gegen die von der Kommission auferlegten Geld-

62 EuGH, Urt. v. 28.1.2025 – Rs. C-253/23 (ASG 2) – ECLI:EU:C:2025:40, Rn. 69 f.; s. a. für Deutschland *Riehm*, NJW 2024, 2713.

63 Erwägungsgrund 6 zur RL 2014/104/EU.

64 *Keßler*, VuR 2015, 83 (87).

65 *Keßler*, VuR 2015, 83 (84).

bußen durch zumindest eine Privilegierung auch bei der zivilrechtlichen gesamtschuldnerischen Haftung (vgl. Art. 11 Abs. 4 RL 2014/104/EU). Zu einer umfassenden deliktsrechtlichen Immunität konnte sich der Unionsgesetzgeber hingegen nicht durchringen.

Aus diesen Regelungen und aus dem starken Schutz der Kronzeugen ergibt sich allerdings auch, dass nach der unionsrechtlichen Konzeption die öffentlich-rechtliche Durchsetzung des Wettbewerbsrechts immer noch Vorrang vor dem Private Enforcement genießt.⁶⁶ Dieses rechtssystematische Verhältnis ist aus der Perspektive einer effektiven Rechtsdurchsetzung sinnvoll. Denn nur dadurch, dass ein Kronzeuge das Kartell publik macht, wird regelmäßig überhaupt erst ein Anknüpfungspunkt für zivilrechtliche Schadensersatzklagen eröffnet. Die Beobachtung von rückläufigen Kronzeugenanträgen führt in Deutschland zu der berechtigten Diskussion, ob eine weitergehende Privilegierung der Kronzeugen im Haftungsrecht oder etwa auch im Vergaberecht geboten ist.⁶⁷

Das in Teilen aufgrund mangelnder Abstimmung zu beobachtende dysfunktionale Nebeneinander von behördlicher Durchsetzung und Private Enforcement erodiert indes nicht die Zweckwidmung des Netzwerks oder weckt Zweifel an der Netzwerkstruktur, sondern stellt vielmehr seine Kohärenz sowie seine interne Funktionalität in Frage.

F. Ein hybrides Netzwerk?

Ergibt sich nun aber angesichts dieser Organisations- und Interaktionsstrukturen bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts tatsächlich ein gewisser Mehrwert aus der (gesetzlichen) Charakterisierung der Kooperation als „Netzwerk“ – nicht mehr nur „der Behörden“, sondern auch mit der Integration Privater?

Der Begriff des Netzwerks beschreibt in der Verwaltungsorganisation i. w. S. die Aufhebung von Gegensätzen, die eigentlich der Gewährleistung einer klaren Handlungszurechnung als Grundlage für Kontrolle, Rechtsschutz und Legitimation dienen.⁶⁸ Selbst wenn eine bestimmte Handlung

⁶⁶ Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2014, § 23 Rn. 59f.

⁶⁷ Zu den tatsächlichen Grundlagen s. Monopolkommission, *Wettbewerb 2022*, XXIV. Hauptgutachten, Rn. 305 ff.; ausführliche Diskussion bei von Schreitter/Matt, *NZ-Kart* 2024, 144 (145 ff.).

⁶⁸ Schwind, *Netzwerke im Europäischen Verwaltungsrecht*, 2017, 132.

einem Akteur formal eindeutig zuzurechnen ist, haben oft andere Akteure des Netzwerks im Vorfeld der Entscheidungsfindung einen so starken materiellen Einfluss auf das nach außen tretende Ergebnis genommen oder nehmen können, dass die formale Zuordnung nur vordergründig Sinn ergibt. Verlangt man von einem Netzwerk eine heterarchische Struktur, lässt sich diese in dem wettbewerbsrechtlichen „Netzwerk der Behörden“ nicht nachweisen. Zwar mag es hier auch formellen wie informellen Informationsaustausch auf Augenhöhe geben. Aber die Belange der hoheitlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts genießen Vorrang vor der Effektivierung des Private Enforcement und die Befugnisse der Kommission gehen denen der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden vor. Dies sind erkennbar hierarchische Strukturen.

Sowohl das Netzwerk der Behörden als auch das durch Hinzutreten von Unternehmen und Vereinigungen erweiterte Netzwerk zur Anwendung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts erlaubt überdies eine klare Zuordnung einzelner Handlungen. Es gibt zwar Kooperation und Informationsfluss, aber sowohl die behördlichen Funktionsträger als auch die beteiligten Privaten bestimmen ihre Beiträge zur Erreichung des Netzwerkzwecks selbstständig. Insbesondere auf der staatlichen Seite erlauben die Regelungen von Zuständigkeit und Selbsteintritt eine klare Zuweisung der Verantwortung für getroffene Entscheidungen. Die Entscheidungen über Sanktionen oder auch über die Geltendmachung von Schadensersatz- bzw. Unterlassungsansprüchen sind keine nach außen tretenden „Verbundprodukte“, deren Zuordnung zu einem einzelnen Akteur zweifelhaft ist. Insgesamt bleibt auch in der Kooperation die jeweilige Einordnung der Akteure in unterschiedliche Funktionsbereiche erkennbar; es erfolgt keine Entdifferenzierung von öffentlichen und privaten Akteuren.

Dies alles zeigt, dass Vorsicht geboten ist. Das Recht der Verwaltungsorganisation, die Modalitäten privaten/staatlichen Zusammenwirkens, die Formulierung und Durchsetzung des Gemeinwohls funktionieren nicht mehr wie vor 100 Jahren, weil die realen Wirkungsbedingungen des Handelns immer komplexer und immer schneller geworden sind. Deswegen ist es einerseits sinnvoll, sich neuen Organisations- und Handlungsmodalitäten zu öffnen, die auf diese Veränderungen reagieren können. Andererseits nimmt es diesen Neuigkeiten auch ihre Funktionalität, wenn sie zu unkritisch verwendet werden. Wenn alles und jede Form der institutionalisierten Kooperation ein „Netz“ ist, dann illustriert man zwar einerseits bestimmte äußerlich erkennbare Kooperationsstrukturen,

beraubt sich aber andererseits des spezifischen Erklärungswerts des Netzwerks. Dann verliert der Begriff an Kontur, Erklärungswert und Überzeugungskraft, weil er letztlich nur eine institutionalisierte Kooperation zur Verfolgung eines übergeordneten Zwecks beschreibt.

