

Anlegerschutz | Konsumentenkredit | Versicherung | private Altersvorsorge |
Verbraucherinsolvenz | Verbraucherschutz

Herausgeberinnen und Herausgeber: Sascha Borowski, Rechtsanwalt, Düsseldorf; Prof. Dr. Christoph Brömmelmeyer, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder); Prof. Dr. Tobias Brönneke, Hochschule Pforzheim; Prof. Dr. Dörte Busch, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin; Prof. Dr. Martin Ebers, Universität Tartu, Estland; RA Prof. Dr. Stefan Ernst, Rechtsanwalt, Freiburg; Prof. Dr. Claire Feldhusen, Hochschule für Angewandte Wissenschaften Hamburg; RA Dr. Carsten Föhlich, Trusted Shops GmbH, Köln; Jutta Gurkmann, Verbraucherzentrale Bundesverband, Berlin; Prof. Dr. Axel Halfmeier, Leuphana Universität Lüneburg; Dr. Günter Hörmann, Rechtsanwalt, Hamburg; Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Universität Halle-Wittenberg; Prof. Dr. Ulrich Krüger, Hochschule Bremen; Arne Maier, Rechtsanwalt, Esslingen; Dr. Rainer Metz, Krefeld; Prof. Dr. Peter Rott, Carl von Ossietzky Universität Oldenburg; Dr. h.c. Wilhelm Schluckebier, Versicherungsombudsmann, Berlin; Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Universität Bayreuth; Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, Humboldt-Universität Berlin; Prof. Dr. Astrid Stadler, Universität Konstanz; Prof. Dr. Marina Tamm, Hochschule Neubrandenburg; Dr. Achim Tiffe, Rechtsanwalt, Hamburg; Prof. Dr. Klaus Tonner, Universität Rostock; Prof. Dr. Franziska Weber, Universität Rotterdam

Geschäftsführende Herausgeber: Prof. Dr. Peter Rott (V.i.S.d.P.), Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, und RA Arne Maier, Esslingen

EDITORIAL

Schadensersatz vs. Bußgeld – empirisch betrachtet

Prof. Dr. Franziska Weber, Rotterdam



Prof. Dr. Franziska Weber,
Rotterdam

Die rechtspolitische Frage, mit welcher Rechtsfolge eine Haftungsnorm belegt werden sollte, wird in rechtsvergleichender Perspektive ganz unterschiedlich beantwortet, und der europäische Gesetzgeber ließ den Mitgliedstaaten insofern traditionell Freiraum bei der Ausfüllung. Während im deutschen Verbraucherrecht von jeher die private Rechtsdurchsetzung und die Schadensersatzpflicht zentral stehen, folgen beispielsweise die skandinavischen Länder eher einem

öffentlich-rechtlichen Ansatz mit Bußgeldandrohungen in der verbraucherrechtlichen Durchsetzung. Der europäische Gesetzgeber nahm durch eine Priorisierung der behördlichen Durchsetzung zunehmend Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Rechtsdurchsetzungslandschaften (Weber *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law*, 2014, 16 f.), zuletzt mit der Verordnung 2017/2394/EU. Es wird mit hybriden Ausformungen von Rechtsdurchsetzungsmechanismen experimentiert (beispielsweise Anordnung von Schadensersatzzahlungen durch

eine Behörde, wie es die Financial Conduct Authority im Vereinigten Königreich kann, s. Faure/Weber *European Review of Private Law* 2015, 525 [546], Cherednychenko, *Yearbook of European Law* 40 (2021), 146 ff.). Ein Land mag Schadensersatzleistungen genau dort verwenden, wo ein anderes auf Bußgeld setzt (vgl. Art. 33 [5] und 33 [1] des spanischen Gesetzes über unlauteren Wettbewerb, eingeführt durch das Gesetz 29/2009 zum Schadensersatz, und den italienischen Teil II Art. 27 des Codice del Consumo, eingeführt durch das Gesetzesdekret Nr. 146 von 2007 für eine Geldbuße). Schadensersatz und Geldbuße können einander zudem ergänzen oder ausschließen, also nebeneinander oder als Alternativen existieren. So kennt Schweden im Lauterkeitsrecht neben der *Marknadsstörningsavgift* als Bußgeld seit langem auch die Möglichkeit von individuellen Schadensersatzklagen (s. Art. 29 ff. und 37 des Swedish Marketing Act). In den letzten Jahren führten europäische Harmonisierungsvorhaben dazu, dass alle Mitgliedstaaten für bestimmte Fälle zumindest einen Schadensersatzanspruch (s. Erwägungsgrund 16 und Art. 11a der Richtlinie 2019/2161/EU) oder für andere Fälle zumindest Geldbußen (s. Art. 9 (h) der Verordnung 2017/2394/EU) in ihrem Repertoire vorsehen müssen. Die Thematik spielt zudem nicht allein im Verbraucherrecht im engeren Sinne. Art. 82 und 83 DSGVO

ermöglichen für das Datenschutzrecht sowohl Schadensersatzklagen als auch die Verhängung von Geldbußen. Auch im Kartellrecht gibt es seit jeher ein Zusammenspiel von privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung und viele offene Fragen bei der Interaktion verschiedener Rechtsfolgen. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der 11. GWB-Novelle zuletzt die Vorteilsabschöpfung durch das Bundeskartellamt gestärkt (s. § 34 GWB nF).

Behördliche und private Durchsetzung unterscheiden sich natürlich in einer Vielzahl von Elementen, aber vereinfacht gesprochen kann man die Thematik auf „Schadensersatz vs. Bußgeld“ herunterbrechen. Ist es das Opfer, welches die Zahlung erhält, oder nicht? Und wäre es nicht von Vorteil, die Rechtsfolge auszuwählen, die am besten wirkt? Verschiedene Faktoren sind bei der Auswahl von Bedeutung. Man denke an unterschiedlich hohen Verwaltungsaufwand; Geldbußen bedeuten zudem zusätzliche Einnahmen für den Staatshaushalt. Ein klassisches Argument für Schadensersatz ist die höhere Zufriedenheit der Geschädigten. Dies ist offensichtlich eine Betrachtung aus der *ex post* Perspektive. Ist der Rechtsverstoß einmal geschehen, muss so gut wie möglich aufgeräumt werden. Anders als die klassische juristische *ex post*-Sicht, verlagert die Rechtsökonomie den Blickwinkel auf die *ex ante*-Perspektive: Wie wirkt die Auswahl einer bestimmten Rechtsfolge zurück auf das Verhalten von potentiellern Schädigern, aber auch Geschädigten.

Um die Wirkung von Schadensersatz vs. Bußgeld empirisch zu erforschen, kann man zwei (vereinfachte) Welten erschaffen, die sich allein dadurch unterscheiden, dass der Sanktionierungsmechanismus unterschiedlich ist: Schadensersatz an die Geschädigten vs. Geldbuße an den Staatshaushalt? Dann können die hervorgerufenen Verhaltensunterschiede der Rechtsadressaten herauskristallisiert und betrachtet werden. In einer Vignette-Studie, in der durch Fahrlässigkeit ein Schaden an einer Fischfarm entsteht, konnten wir zunächst herausarbeiten, dass Schädiger *ex post* bereit sind, mehr Schadensersatz zu leisten als für eine Geldbuße aufzubringen, und eine Schadensersatzleistung auch als fairer betrachten (Desmet/Weber *European Journal of Law and Economics*, 2022, 63 [72 ff.]). Sie gingen zudem davon aus, dass eine Schadensersatzleistung der Wiederherstellung ihrer Reputation zuträglicher sein würde als die Zahlung einer Geldbuße. So weit so gut. Spannender ist aber ja die Frage, wie man erreichen kann, dass ein Schädiger es sich im Vorhinein zweimal überlegt, einen Verbraucherrechtsverstoß zu begehen. Hängt das von der Auswahl der Sanktion ab? Ist dem so, wäre dies eine wichtige Information für die rechtspolitische Debatte. Die Rechtsökonomie nimmt ihren Ausgangspunkt hier klassischerweise in der Abschreckungstheorie (Becker, *The economic dimensions of crime*, 1968). Das entwickelte Modell berücksichtigt die Höhe der Sanktion sowie die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung und Verurteilung. Vergleicht man diese, die Kosten-

seite der Rechtsdurchsetzung, mit dem möglichen Nutzen eines Schädigers und überwiegen die Kosten, lässt sich der Theorie nach die Einhaltung von Rechtsnormen bereits *ex ante* incentivieren. Die Anreize für Rechtsverstöße können so reduziert werden. Wie verhält es sich nun mit der Zahlung von Schadensersatz im Vergleich zu einer Geldbuße? Macht das einen Unterschied? Wiederum haben wir in einem Experiment die Höhe beider Sanktionen konstant gehalten und diesmal beobachtet, was *ex ante* passiert (Desmet/Gerhards/Weber, working paper – erhältlich auf Anfrage). Es rechnete sich in unserem Design für Teilnehmende, vorsätzlich zu lügen, was wir mit einem Rechtsverstoß gleichsetzten. Wir spielten das Experiment über mehrere Runden, wobei die Teilnehmenden jeweils mit einem neuen Teilnehmenden gematcht wurden, um Reputationseffekte auszuschließen. In der letzten Runde ließen wir das Sanktionierungsregime weg. Die Sanktionshöhe war an die Idee des vollständigen Schadensersatzes angelehnt und gepaart mit der Aufdeckungswahrscheinlichkeit von 1/3 ein realistisches und gleichsam nicht optimal abschreckendes Szenario. Was ließ sich beobachten? Interessanterweise gibt die Geldbuße die besseren Verhaltensanreize für Schädiger. Sie führt zu weniger Normverstößen als ein Szenario, in dem Schadensersatz in gleicher Höhe zu leisten ist. Es macht also etwas mit dem Kalkül des Schädigers, wohin die Zahlung gehen würde! Das liegt wohl vor allem an der Schuldaversion. Sie berücksichtigt, inwieweit sich Menschen um die Erwartungen anderer sorgen und dass Schuldgefühle entstehen, wenn sie diese Erwartungen nicht erfüllen (Charness/Dufwenberg *Econometrica* 2006, 1579 ff.). Bei der Schadensersatzleistung gibt es gewissermaßen eine zweite Chance, bei der Geldbuße nicht. Die Schuld des Schädigers kann durch die Schadensersatzleistung verringert werden. Bei einer Bußgeldregelung hingegen entsteht ein zusätzlicher Anreiz zur Einhaltung der Norm, da diese Möglichkeit fehlt. Es ist also unattraktiver, *ex post* in dieser Situation zu landen, weshalb es *ex ante* stärker vermieden wird. Darum wirkt die Aussicht auf Bußgeldzahlung besser als (nur) damit konfrontiert zu werden, Schadensersatz leisten zu müssen. In der letzten Runde, in der die Sanktion aufgehoben wurde, wirkten beide Sanktionsregime noch nach. Die Geschädigten konnten in unserem Experiment die besseren Verhaltensanreize für die Schädiger in der Welt der Geldbuße übrigens nur unzureichend in ihr Verhaltenskalkül aufnehmen. Denn eigentlich hätten sie den Schädigern, die im Geldbuße-System lebten, ja mehr vertrauen können, als denen, die in der Schadensersatz-Welt zu Hause waren. Das taten sie aber nicht wirklich ... Dies sind wichtige Einsichten für Entscheidungen in zukünftigen Gesetzgebungsverfahren, und sie ermöglichen auch eine schrittweise empirische Ausfüllung der im Bereich der Sanktionen so gern vorgenommenen Bezugnahme auf den Effektivitätsgrundsatz des EuGH.