

BRUNO GEBHARDI

Verhaltensökonomisch
informierte
Steuerungsinstrumente

Beiträge zum Verwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

23



Bruno Gebhardi

Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente

„Nudging“ im deutschen
Verwaltungsrecht

Mohr Siebeck

Bruno Gebhardi, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School, Hamburg und an der Tel Aviv University, Israel; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Öffentliches Recht III der Bucerius Law School; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht; 2021 Promotion; 2022 Zweite Juristische Staatsprüfung.

ISBN 978-3-16-161669-3 / eISBN 978-3-16-161793-5
DOI 10.1628/978-3-16-161793-5

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Für Heidrun Gebhardi

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Februar 2021 eingereicht und im Herbsttrimester 2021 von der Bucerius Law School, Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 13. Dezember 2021 statt. Literatur und Rechtsprechung sind im Wesentlichen auf dem Stand der Abgabe. Spätere Veröffentlichungen wurden vereinzelt berücksichtigt.

Größter Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Michael Fehling, LL.M (Berkeley), der diese Arbeit betreut und mich dabei stets unterstützt sowie gefördert hat und dessen stete Bereitschaft zu kritischer Diskussion unzählige wertvolle Beiträge zum Gelingen dieser Arbeit geleistet hat. Herrn Professor Dr. Christian Bumke danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern der Beiträge zum Verwaltungsrecht Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, Herrn Professor Dr. Jens-Peter Schneider und Herrn Professor Dr. Ferdinand Wollenschläger danke ich für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe.

Großer Dank gilt darüber hinaus Frau Dr. Gianna-Maria Jungblut, die mich in allen Phasen der Promotion mit unendlicher Geduld und Zuspruch unterstützt und das Manuskript dieser Arbeit sorgfältig korrigiert hat. Herzlich danke ich zudem meinen Eltern, Ines und Gunter Gebhardi, die mich von klein auf bei allem bedingungslos unterstützt, mir alles ermöglicht und ebenfalls bei der Korrektur des Manuskripts geholfen haben. Dank gebührt schließlich auch meinen Großeltern, Elke und Günther Eger, die mich ebenso immer unterstützt haben.

Gewidmet ist diese Arbeit meiner Großmutter, Heidrun Gebhardi, die leider nur den Beginn, nicht aber die Fertigstellung dieser Arbeit erleben durfte. Ihre Ausdauer und Beharrlichkeit, mit der sie trotz widriger Umstände ihren Weg gegangen ist, waren und sind mir ein stetes Vorbild.

Hamburg, den 17. Mai 2022

Bruno Gebhardi

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1
<i>A. Erkenntnisinteresse und Fragestellung</i>	3
<i>B. Ein steuerungstheoretischer Ansatz als Methode interdisziplinären Arbeitens</i>	7
1. Kapitel: Die Verhaltensökonomie als rechtswissenschaftlicher Rezeptionsgegenstand	11
<i>A. Die Verhaltensökonomie</i>	12
<i>B. Juristische Rezeption der Verhaltensökonomie</i>	41
<i>C. Zusammenfassung: Die Verhaltensökonomie als Grundlage neuer Steuerungsinstrumente</i>	53
2. Kapitel: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im deutschen Verwaltungsrecht	55
<i>A. Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im Kontext des deutschen Verwaltungsrechts</i>	57
<i>B. Gestaltungen verhaltensökonomisch informierter Instrumente am Beispiel der „Nudges“</i>	80
<i>C. Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente statt „Nudges“</i>	106
3. Kapitel: Verhaltensökonomisch informierte Steuerung in Referenzgebieten	111
<i>A. Wahl der Referenzgebiete und Gegenstand der Analyse</i>	112

<i>B. Datenschutzrecht – Die Datenschutzgrundverordnung und das europäische Datenschutzgrundrecht</i>	116
<i>C. Kapitalmarktrecht – Anlageberatung und Privatautonomie</i>	158
<i>D. Das Wahlrecht und die Kommunikationsgrundrechte – öffentliche Willens- und Meinungsbildung als „Debiasing“</i>	261
4. Kapitel: Verhaltensökonomisch informierte Steuerung	317
<i>A. Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente</i>	317
<i>B. Zu den Problemen der „Nudging“-Diskussion</i>	353
5. Kapitel: Zusammenfassung in Thesen und Ausblick	379
<i>A. Zusammenfassung in Thesen</i>	379
<i>B. Ausblick</i>	382
Literaturverzeichnis	385
Stichwortverzeichnis	413

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einleitung	1
A. Erkenntnisinteresse und Fragestellung	3
B. Ein steuerungstheoretischer Ansatz als Methode interdisziplinären Arbeitens	7
1. Kapitel: Die Verhaltensökonomie als rechtswissenschaftlicher Rezeptionsgegenstand	11
A. Die Verhaltensökonomie	12
I. Das ökonomische Modell rationalen Verhaltens	13
1. Präferenzordnung	14
2. Präferenzbestimmung	16
II. Das Rationalverhaltensmodell als analytisches Werkzeug	18
III. Die Ergänzungen der Verhaltensökonomie	20
1. Der Fallgruppenansatz der Heuristics and Biases	22
a) Wichtigste Fallgruppen der Verhaltensökonomie	24
aa) <i>Representativeness Bias</i>	24
bb) Die Verfügbarkeitsheuristik (<i>Availability Heuristic</i>)	24
cc) <i>Anchoring</i>	25
dd) Überoptimismus und der <i>Overconfidence Bias</i>	25
ee) Der Besitzeffekt (<i>Endowment Effect</i>)	26
ff) <i>Framing</i>	27
gg) <i>Status Quo Bias</i>	28
hh) <i>Mental Accounting</i>	28
ii) Hyperbolisches Diskontieren	29
jj) Mitläufereffekt (<i>Bandwagon Effect</i>)	31
kk) Beschränkter Eigennutz	32
b) Wirkungsgrenzen der Fallgruppen	34
c) Grenzen der rechtswissenschaftlichen Rezeptionsmöglichkeit	36

2. Positive Präzisierung des Rationalverhaltensmodells	38
IV. Zusammenfassung: Verbesserte Prognosen durch ein verbessertes Rationalverhaltensmodell	40
<i>B. Juristische Rezeption der Verhaltensökonomie</i>	41
I. Entwicklung der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts (<i>Behavioral Law and Economics</i>)	42
II. Rezeptionsgrenzen und -hindernisse: der methodologische Status verhaltensökonomischer Aussagen	45
1. Ökonomische Analyse des Rechts mithilfe des Rationalverhaltensmodells	46
a) Der Streit vom <i>homo oeconomicus</i> und dem Menschenbild des Grundgesetzes	46
b) Methodologischer Status des Rationalverhaltensmodells und Unterschied zu den normativen Theorien des Utilitarismus und der Wohlfahrtsökonomie	47
c) Zusammenfassung: Verwendungsmöglichkeit des analytischen Modells	49
2. Verhaltensökonomische Analyse des Rechts – Implementierung positiven Wissens oder normativer Maßstab?	50
III. Positive verhaltensökonomische Analyse des Rechts	52
<i>C. Zusammenfassung: Die Verhaltensökonomie als Grundlage neuer Steuerungsinstrumente</i>	53
 2. Kapitel: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im deutschen Verwaltungsrecht	 55
<i>A. Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im Kontext des deutschen Verwaltungsrechts</i>	57
I. Ein rechtswissenschaftliches Konzept staatlicher Steuerung	57
1. Verwaltungsrechtswissenschaftliche Adaption des Akteurzentrierten Individualismus	59
2. Zusammenfassung: Verhaltensökonomisches Wissen als Grundlage für Steuerungsinstrumente	62
II. Der Unterschied verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente zu überkommenen Steuerungsinstrumenten	63
1. Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente als rechtsformunabhängige Bewirkungsformen	63
2. Direkte Steuerung	65
3. Indirekte Steuerung	66

a)	„Ökonomische“ Instrumente	67
b)	Andere Kategorien indirekter Steuerung	68
aa)	Informationelle Steuerung	69
(1)	Wirkung von Informationen aus rechtswissenschaftlicher Perspektive	69
(2)	Wirkung von Informationen nach dem Rationalverhaltensmodell	71
(3)	Wirkung verhaltensökonomischer Mittel	74
bb)	Informale, organisatorische und konsensuale Steuerung	75
c)	Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Steuerung als neue Kategorie indirekter Steuerung	78
III.	Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente als eigenständige Instrumente der indirekten Steuerung	79
B.	<i>Gestaltungen verhaltensökonomisch informierter Instrumente am Beispiel der „Nudges“</i>	80
I.	Konzeptionelle Unterschiede von „Nudging“ und verhaltensökonomisch informierten Instrumenten	80
II.	Standardoptionen (<i>Defaults</i>)	82
1.	Wirkungsmechanismus: verhaltensökonomisch beschriebene Kontexteffekte	82
a)	(Rechtsförmige) Gestaltung des rechtlichen Kontexts ...	83
b)	Gestaltung des faktischen Kontexts	84
2.	Standardoptionen – verhaltensökonomisch informierte Kontextgestaltung	85
III.	Hervorheben von Anreizen (<i>Incentives</i>) und <i>Framing</i>	86
1.	Wirkungsmechanismus: Informationsgestaltung	86
2.	Konkrete Wirkungsmechanismen in Gestaltungsvorschlägen: Informationsgestaltung und Information	87
a)	<i>Incentives</i> bei Sunstein/Thaler	88
b)	Allgemeine Verwendungsmöglichkeit verhaltensökonomischer Informationsgestaltung	89
3.	Zusammenfassung: Steuerung durch Framing	91
IV.	Expect Error	92
1.	Wirkungsmechanismus: menschliche Fehler	93
2.	Wirkungsmechanismen im Vorschlag <i>Sunstein/Thalers</i>	95
3.	Fehlerorientierte Prozessgestaltung im Angesicht des Postcompletion Error	96
V.	Feedback	97
VI.	Transparente Entscheidungsprozesse	101

VII. Debiasing	103
1. Wirkungsmechanismus: Nicht bloße Gegensteuerung	103
2. Fallgruppenspezifische Debiasing-Maßnahmen	105
C. Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente statt „Nudges“	106
 3. Kapitel: Verhaltensökonomisch informierte Steuerung in Referenzgebieten	111
A. Wahl der Referenzgebiete und Gegenstand der Analyse	112
I. Datenschutzrecht: Einwilligung in die Datenverarbeitung	113
II. Kapitalmarktrecht: Anlageberatung	114
III. Wahlrecht: ungestörte Willensbildung und Wahlentscheidung	115
B. Datenschutzrecht – Die Datenschutzgrundverordnung und das europäische Datenschutzgrundrecht	116
I. Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im Steuerungskonzept des Datenschutzrechts	116
1. Steuerungsziele und Steuerungsvorschriften	117
a) Steuerungsziel: Balance zwischen Datenschutz und Datenverarbeitung	117
b) Das Datenschutzrecht im europäischen Mehrebenensystem	118
2. Verhaltensökonomisch informierte Steuerung im Datenschutzrecht: Das Verbotprinzip und die Pflicht zu datenschutzfreundlichen Voreinstellungen	118
a) Das Verbotprinzip und die Einwilligung	119
aa) Das Verbotprinzip – Steuerung durch Grundsätze	120
bb) Die Einwilligung – die Annahmen des Datenschutzes über Entscheidungen	122
(1) Freiwilligkeit als Abwesenheit von Machtungleichgewichten	124
(2) Informiertheit als Voraussetzung funktionierender Märkte	128
(3) Weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen	132
(4) Widerrufsmöglichkeit gem. Art. 7 Abs. 4 DSGVO	134
cc) Zusammenfassung: verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente als Möglichkeit der gezielten Stärkung von Marktteilnehmern	135
b) Datenschutzfreundliche Voreinstellungen	135
3. Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Steuerung als Instrument zur Gestaltung der Marktstruktur	138

II. Primärrechtliche Vorgaben: Das europäische Datenschutzgrundrecht	139
1. Das mehrdimensionale europäische Datenschutzgrundrecht	140
a) Das Recht auf Schutz personenbezogener Daten als einheitliches Datenschutzgrundrecht aus Art. 8 GRC und Art. 16 AEUV	142
b) Abwehrrechtlicher Kernbereich: Schutz personenbezogener Daten	143
aa) Schutz der Privatsphäre nur als Teilgehalt des weiten Datenschutzgrundrechts	145
bb) Mehr als ein europäisches Recht auf informationelle Selbstbestimmung	147
c) Pflicht zur Ausgestaltung des Datenschutzrechts	149
aa) Die Ausgestaltungsvorgaben des Art. 8 Abs. 2 GRC	149
bb) Die Ausgestaltung des Datenschutzrechts und der gesetzgeberische Spielraum	151
2. Die verhaltensökonomisch informierten Instrumente als primärrechtskonforme Ausgestaltung des einfachen Datenschutzrechts	152
a) Das Verbotsprinzip als Ausgestaltung des Art. 8 Abs. 2 GRC	153
b) Das Verbotsprinzip und die datenschutzfreundlichen Voreinstellungen als Umsetzung datenschutzgrundrechtlicher Strukturprinzipien	153
III. Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente als strukturelle Vorsorge	156
C. Kapitalmarktrecht – Anlageberatung und Privatautonomie	158
I. Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente im Steuerungskonzept des Kapitalmarktrechts	159
1. Das Kapitalmarktrecht als Mittel zur Funktionssicherung effizienter Märkte	159
a) Die ökonomische Theorie effizienter Kapitalmärkte	160
b) Das Kapitalmarktrecht als Garant des Allokationsmechanismus	162
aa) Das Kapitalmarktrecht als Ausdruck der der Regulierung zugrundeliegenden ökonomischen Theorie	162
bb) Die Regulierungsziele und ihr Verhältnis zueinander: Kapitalallokation, Anlegerschutz und Finanzmarktstabilität	164
(1) Das traditionelle Bild von Anlegerschutz und Kapitalallokation als „zwei Seiten einer Medaille“	166

(2) Diskussionen über den Anlegerschutz als Verbraucherschutz und verhaltensökonomisch informierte Modifikationen am Informationsmodell	168
(a) Die Diskussion über „Leitbilder“ von Anlegern und Verbrauchern	169
(b) Verhaltensökonomisch informierte Modifikationen des klassischen Modells: Schutz der Allokationseffizienz vor systematisch nicht rationalem Verhalten	174
(3) Finanzmarktstabilität als institutionelle Funktionsfähigkeit des Marktes	176
cc) Zusammenfassung: Modifiziertes Festhalten an der Effizienzhypothese und dem Effizienzziel	180
c) Zusammenfassung: Regulierung des Kapitalmarkts grundsätzlich nur bei systematischen Marktfehlfunktionen	180
2. Verhaltensökonomisch informierte Instrumente im Kapitalmarktrecht	181
a) Informationelle Steuerung und verhaltensökonomisch informierte Steuerung durch Key Investor Documents	181
aa) Informationelle Steuerung ohne Information Overload	181
bb) Framing als eigener Steuerungsimpuls im Zusammenhang mit Informationen	183
(1) Wirkungsweise und Ziele der verhaltensökonomisch informierten Steuerung ...	183
(2) Indizien für verhaltensökonomisch informierte Steuerung	185
b) Verhaltensökonomisch informierte Instrumente im Anlegerschutz auf dem Sekundärmarkt: Die Exploration und der angepasste Anlagevorschlag	186
aa) Exploration und geeignete Anlageempfehlung (§§ 63, 64 ff. WpHG) als verhaltensökonomisch informiertes Steuerungsinstrument	187
(1) Ziel: Im Ergebnis ökonomisch rationale Anlageentscheidungen zum Schutz der effektiven Kapitalallokation	189
(2) Verhaltensökonomisch informierte Instrumente als minimalinvasive Korrektur von Marktfehlfunktionen	191
bb) Verhaltensökonomisch informierte Instrumente im Zusammenspiel mit anderen Instrumenten zum Schutz der Marktfunktion	193

(1) Die allgemeinen Wohlverhaltenspflichten des § 63 WpHG	194
(2) Die besonderen Verhaltensregeln für Anlageberatung und Finanzportfolioverwaltung in § 64 WpHG abseits von Exploration und Geeignetheitserklärung	196
3. Fazit: Funktionen und Gestaltungsformen verhaltensökonomisch informierter Instrumente	197
a) Verhaltensökonomisch informierte Steuerung als Steuerungsinstrumente für beliebige Ziele	197
b) Gestaltung verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente	198
II. Vorgaben des europäischen Primärrechts und des deutschen Verfassungsrechts für die Zulässigkeit verhaltensökonomisch informierter Instrumente in der Anlageberatung	200
1. Vereinbarkeit der verhaltensökonomisch informierten Steuerung im Kapitalmarktrecht mit der unternehmerischen Freiheit aus Art. 16 GRC	200
a) Die unternehmerische Freiheit der Wertpapierdienstleistungsunternehmen	201
aa) Relevanz der Vorgaben des Kapitalmarktrechts allein für die unternehmerische Freiheit des Art. 16 GRC	201
bb) Die Gestaltung des Vertragskontexts als Ausgestaltung der normgeprägten unternehmerischen Freiheit	203
(1) Die informationellen Steuerungsinstrumente als Eingriff	204
(2) Die verhaltensökonomisch informierten Instrumente als Ausgestaltung	206
(a) Kein Schutz von Erfolgchancen durch die unternehmerische Freiheit	206
(b) Pflicht zu grundrechtskonformer Ausgestaltung des einfachen Rechts	208
b) Privatautonomie und Vertragsfreiheit als allgemeine Grundsätze	212
c) Fazit: Verhaltensökonomisch informierte Instrumente als Ausgestaltung der unternehmerischen Freiheit und kein Eingriff in den europäischen Grundsatz der Vertragsfreiheit	214
2. Zulässigkeit verhaltensökonomisch informierter Instrumente im deutschen Kapitalmarktrecht	216
a) Uneinheitlicher Harmonisierungsgrad des Kapitalmarktrechts: Voll- und Teilharmonisierungen in der MiFID II	217

b)	Vereinbarkeit verhaltensökonomisch informierter Steuerung im Kapitalmarktrecht mit der Berufsfreiheit	220
aa)	Eingriff in die Berufsfreiheit durch Instrumente zur Gestaltung des Verhaltenskontexts	220
bb)	Ausgestaltung des Marktes durch Wirkungen des Verhaltenskontexts	222
	(1) Kein unmittelbarer Eingriff in die Berufsfreiheit	222
	(2) Keine eingriffsäquivalente Beeinträchtigung der Berufsfreiheit	223
	(a) Spannungsfeld zwischen Schutz der Berufsausübung und unternehmerischem Risiko am Markt	223
	(b) Auflösung durch Orientierung an Funktionsbedingungen des Marktes	224
	(aa) Probleme einer eingriffsgleichen Intensität	225
	(bb) Vorteile der Eingriffsäquivalenz	229
	(3) Ausgestaltung des Marktes als Balance der Rechtsposition grundrechtlich gleichberechtigter Marktteilnehmer	230
cc)	Zusammenfassung: Eingriff in die Berufsfreiheit nur durch die Instrumente zur Kontextgestaltung, nicht die verhaltensökonomisch informierten Instrumente	232
c)	Vertragsfreiheit und (Privat-)Autonomie der Kunden als Grenzen verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente	233
aa)	Kein abwehrrechtlicher Status Quo zum Schutz vor verhaltensökonomisch informierten Instrumenten	234
bb)	Schutz vor eingriffsäquivalenten Wirkungen	237
	(1) Eingriffsäquivalenz als Maßstab	238
	(a) Eingriffsgleiche Intensität von Maßnahmen mit „vertragsregelnder Tendenz“	239
	(b) Eingriffsäquivalenz	242
	(2) Grundrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Vertragsfreiheit	245
	(a) Grundlagen der Ausgestaltung der Vertragsfreiheit	246
	(b) Schutz der rechtlichen und faktischen Möglichkeit vertraglicher Betätigung	247
	(c) Der Gestaltungswille – Schutz der (inneren) Autonomie	249
	(aa) Das Schutzgut des inneren Willens als grundrechtlicher Anknüpfungspunkt für Autonomiekonzepte	250

(bb) Verhaltensökonomisch informierte Instrumente lediglich als Aspekt bei der Ausgestaltung des inneren Willens	254
(3) Klassifikations- und Informationspflicht als bloße Ausgestaltung	256
cc) Zusammenfassung: Verhaltensökonomisch informierte Instrumente als Ausgestaltung und potentieller Eingriff in die Vertragsfreiheit	258
d) Fazit: Gewährleistungsspezifische Vorgaben für die Rechtmäßigkeit verhaltensökonomisch informierter Instrumente	259
3. Vergleich europäischer und deutscher Verfassungsvorgaben	260
D. <i>Das Wahlrecht und die Kommunikationsgrundrechte – öffentliche Willens- und Meinungsbildung als „Debiasing“</i>	261
I. Das Dilemma der Wahlzettelgestaltung	263
1. Die Effekte der Wahlzettelgestaltung als Gegenstand der Politikwissenschaft	264
2. Die Wahlrechtsgrundsätze	268
a) Die allgemeine Wahl	269
b) Die geheime Wahl	270
c) Die freie Wahl	271
3. Konflikt zwischen Wahlzetteleffekten und Wahlrechtsgrundsätzen	272
II. <i>Debiasing</i> als Lösung für das Dilemma	272
1. Gezielte Verteilung verhaltensökonomisch beschriebener Effekte	273
2. <i>Debiasing</i> durch Kommunikation im Vorfeld der Wahl und Salienz	274
3. <i>Debiasing</i> im deutschen Wahlrecht	276
a) <i>Debiasing</i> mithilfe der politischen Parteien	276
b) Rechtfertigung von Wahlzetteleffekten zugunsten von Parteikandidaten und weiteren Wahlzetteleffekten	277
c) Fazit: <i>Debiasing</i> umfasst normative Bewertung empirischer Effekte	280
4. Fazit: Zweistufiges <i>Debiasing</i> – faktische Reduktion verhaltensökonomisch beschriebener Effekte und normatives Urteil über Selbstbestimmung	282
III. <i>Debiasing</i> des Wahlaktes durch den vorgelagerten Prozess demokratischer Willensbildung	283
1. Begründungspflichten im demokratischen Kommunikationsprozess als Grundlage des <i>Debiasing</i>	284

a)	Rahmenbedingungen des Kommunikationsprozesses: Kommunikationsgrundrechte und politische Parteien . . .	285
b)	Begründungspflichten durch widersprüchliche Positionen in der Diskussion	287
2.	Voraussetzungen eines <i>Debiasing</i> durch Kommunikation im Rahmen der Willensbildung	289
a)	Ausreichend Zeit für Informationsaufnahme und Willensbildung	290
b)	Wille und Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess	291
aa)	Normative Vermutung über Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des <i>Debiasing</i> im Falle der Willensbildung	291
bb)	Fazit: Wille zur Entscheidungsvorbereitung und Entscheidungsfähigkeit als allgemeine Voraussetzungen eines <i>Debiasing</i>	294
c)	Vergleichbare Teilnahmebedingungen für alle Bürger als besondere Voraussetzungen für ein <i>Debiasing</i> im Willensbildungsprozess	296
aa)	Schutz der Funktion des Kommunikationsprozesses	297
(1)	Notwendiger Schutz vor Machtpositionen	298
(2)	Schutz der Begründungspflichten vor anderen Einflüssen	301
(a)	Das Problem der Informationsintermediäre	302
(b)	Schutz des <i>Debiasing</i> vor verhaltensökonomisch beschriebenen Effekten in Abhängigkeit vom Modell des Diskussionsprozesses	305
(aa)	Zwei Verständnisansätze des demokratischen Kommunikationsprozesses	306
(bb)	Konsequenzen für den Umgang mit Informationsintermediären	307
bb)	Zusammenfassung: Schutz des Willensbildungsprozesses vor Einflüssen, die das Entstehen von Begründungspflichten behindern	310
d)	Fazit: Möglichkeiten zur Förderung eines <i>Debiasing</i> – beschränkte Zulässigkeit und beschränkter Nutzen verhaltensökonomisch informierter Instrumente zum <i>Debiasing</i> im Wahlrecht	312
3.	Fazit: Voraussetzungen des <i>Debiasing</i> im Vorfeld einer Entscheidung durch Vorformung von Entscheidungskriterien	314

IV. Fazit: Zweistufiges <i>Debiasing</i>	315
4. Kapitel: Verhaltensökonomisch informierte Steuerung	317
A. <i>Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente</i>	317
I. Definition und Eigenschaften verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente	318
1. Wirkungsweise als maßgebliche Eigenschaft	318
2. Abgrenzung zu anderen Instrumenten	319
II. Verwendungsmöglichkeiten verhaltensökonomisch informierter Instrumente	321
1. Allgemeine Verhaltensänderungen in konkreten, typisierbaren Situationen	322
2. Einfluss auf das Ergebnis von Marktprozessen	323
3. Heuristische Unterscheidung mit analytischem Mehrwert ...	325
III. Maßstäbe für den rechtmäßigen Einsatz verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente	326
1. Ziele verhaltensökonomisch informierter Steuerung	327
2. Gewährleistungsspezifische Rechtmäßigkeitsmaßstäbe für den Einsatz verhaltensökonomisch informierter Instrumente	329
a) Unmittelbare Eingriffe in grundrechtliche Kontextvorgaben für einen Status Quo	331
aa) Widerspruchslösung gegen eine Impfpflicht als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit	332
bb) Widerspruchslösung bei der postmortalen Organspende als Eingriff in das postmortale Persönlichkeitsrecht	335
b) Eingriffsäquivalente Eingriffe in gewährleistungsspezifische Vorgaben bei fehlender grundrechtlicher Kontextvorgabe	338
aa) Fehlende grundrechtliche Kontextvorgaben	339
bb) Eingriffsäquivalenz als Maßstab um verhaltensökonomisch beschriebene Effekte gewährleistungsspezifisch zu bewerten	342
(1) Gewährleistungsspezifische Vorgaben für die notwendige Ausgestaltung des Kontexts	342
(2) Keine Ausgestaltung bei Finalität	343
(3) Begrenzte gewährleistungsspezifische Ausgestaltungsspielräume bei nicht finalem Einsatz verhaltensökonomisch beschriebener Instrumente	343
IV. <i>Debiasing</i> – Reduktion rechtlich beachtlicher verhaltensökonomisch erforschter Effekte	346

1. Faktische Reduktion verhaltensökonomisch beschriebener Effekte	348
2. Normative Bewertung verbleibender verhaltensökonomisch beschriebener Effekte anhand gewährleistungsspezifischer Maßstäbe	350
<i>B. Zu den Problemen der „Nudging“-Diskussion</i>	353
I. Kein „Nudging“ im deutschen Verwaltungsrecht	353
1. Der Wirkungsmechanismus als Abgrenzungskriterium zu den überkommenen Steuerungsinstrumenten	354
2. Das Grundgesetz als alleiniger Maßstab für verhaltensökonomisch informierte Steuerung	355
II. Paternalismus als vermeintliches Hauptproblem verhaltensökonomisch informierter Steuerung	357
1. Polyvalenz verhaltensökonomisch informierter Steuerung ...	358
a) Paternalismus	358
b) Universal einsetzbare verhaltensökonomisch informierte Instrumente	361
2. <i>Sunstein/Thalers</i> Argument eines weniger intensiven Paternalismus als Folge eines Rationalverhaltensmodells als normativem Maßstab	362
III. Intensität verhaltensökonomisch informierter Steuerungswirkungen aus Sicht der Verfassung	365
IV. Verhaltensökonomisch informierte Steuerung als Manipulation	367
1. Präferenzwechsel als notwendige Voraussetzung	368
2. Nicht-deliberativer Einfluss auf die Präferenzbildung als „Manipulation“	370
3. Fehlender Maßstab zur Identifikation nicht-deliberativen Einflusses für einen rechtlichen Begriff der Manipulation	373
4. Kein Mehrwert eines hoch unbestimmten Manipulationsbegriffes gegenüber bestehenden, konkreten Verfassungsvorgaben	375
V. Fazit: Verhaltensökonomisch beschriebene Effekte als Gegenstand nicht als Maßstab normativer Bewertung	377
 5. Kapitel: Zusammenfassung in Thesen und Ausblick	379
<i>A. Zusammenfassung in Thesen</i>	379
<i>B. Ausblick</i>	382

Literaturverzeichnis	385
Stichwortverzeichnis	413

Einleitung

Bereits seit den 1990er Jahren wurde in der amerikanischen Rechtswissenschaft diskutiert, ob und wie verhaltenspsychologische Erkenntnisse aus rechtswissenschaftlicher Perspektive genutzt werden könnten. Einflussreiche Stimmen in dieser Diskussion waren der Rechtswissenschaftler *Cass R. Sunstein* und der Ökonom *Richard Thaler*. Sie hatten vorgeschlagen, sich an den Wirtschaftswissenschaften zu orientieren, in denen die Verhaltenspsychologie bereits als Grundlage des neuen Forschungszweigs der Verhaltensökonomie für Furore gesorgt hatte. Die Psychologie hatte gezeigt, dass Menschen systematisch von dem Modell rationalen Verhaltens abweichen, das der Ökonomie zugrunde liegt. Diesen Umstand wollten *Sunstein/Thaler* nun auch zum Maßstab rechtlicher Analyse und Mittel rechtlicher Gestaltung machen.¹ Doch obwohl ihr Vorschlag spannende Fragen zwischen Recht, Psychologie und Ökonomie aufwarf, blieb das Interesse daran auf die interessierte Wissenschaftsöffentlichkeit beschränkt.

Im Jahr 2008 aber gelang *Sunstein/Thaler* ein Coup. Mit cleverem Marketing entfachten sie die Diskussion neu und trugen sie aus dem wissenschaftlichen Diskurs heraus in die allgemeine, politisch interessierte Öffentlichkeit. Ihr entscheidender Schritt bestand darin, das Produkt interdisziplinärer rechtswissenschaftlicher Forschung populärwissenschaftlich aufzubereiten und neu verpackt mit dem Label „Nudging“ auf den Markt zu bringen.² Mit verhaltenspsychologischem Wissen müsse der Staat nicht länger zu Maßnahmen wie klassischem Zwang greifen. Es würde genügen, die Bürger „leicht anzustoßen“³, um ihr Verhalten dennoch signifikant zu verändern. *Sunstein/Thaler* versprachen dem Staat die Möglichkeit, mit dem „Nudging“

¹ Vgl. insbesondere *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 *Stan L Rev* 1471, 1471 ff. (1998) und *Sunstein/Thaler*, 70 *U Chi L Rev* 1159, 1159 ff. (2003); siehe ausführlich zur Entwicklung der Behavioural Law and Economics I. Kapitel B.

² Maßgeblich *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2009, in dieser Arbeit wird die überarbeitete Auflage verwendet, die ab 2009 in England erschienen ist.

³ Von Engl. „nudge [...] i. trans. To touch or push (one) slightly with the elbow for the purpose of attracting attention“, *Simpson/Weiner*, *The Oxford English Dictionary*, 1989; ergänzend bilden *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2009, 109 aus den Anfangsbuchstaben einzelner Gestaltungsbeispiele (fast) *nudges* als Akronym.

seinen Bürgern ein längeres, gesünderes und besseres Leben zu bieten, ohne dabei ihre Freiheiten zu beschränken.⁴

Das „Nudging“ bietet ein modernes politisches Konzept prêt-à-porter: Den anschaulichen Namen ergänzen *Sunstein/Thaler* um eine handliche Definition, ein praktisches Rahmenwerk für seinen Einsatz und zahlreiche griffige Beispiele, die jeder Staat direkt oder nur leicht abgewandelt schnell implementieren könnte. Als „Nudges“ bezeichnen sie alle Maßnahmen, die das Verhalten von Menschen auf vorhersehbare Weise verändern, ohne dass diesen Handlungsoptionen verboten oder die ökonomischen Anreize zu bestimmtem Verhalten in erheblichem Maße verändert würden.⁵ Der staatliche Einfluss auf das Verhalten seiner Bürger solle allein Effekte verwenden, die die Psychologie beobachtet hat und deren Einfluss in der Verhaltensökonomie bereits analysiert wurde. Eingesetzt werden sollten die „Nudges“ nach *Sunstein/Thaler* mit dem Ziel, das Verhalten der Adressaten in einer Weise zu beeinflussen, die ihren eigenen Interessen entspricht.⁶

Um dieses Konzept zu illustrieren und auszugestalten, verwenden *Sunstein/Thaler* in erheblichem Maße Beispiele. So präsentieren sie bereits auf der ersten Seite ihres Werkes *Nudge* die Anordnung von Essen in einer Cafeteria als möglichen „Nudge“. Da die hungrigen Besucher vorrangig diejenigen Dinge bestellen würden, die gut sichtbar und erreichbar sind, könne man diese zu einer gesünderen Ernährung bewegen, indem man das Obst vor zuckerhaltigen und fettigen Desserts platziere.⁷ Ein starker Fokus auf solche Beispiele durchzieht das gesamte Werk. *Sunstein/Thaler* präsentieren unter anderem die Möglichkeit die Organspendequote zu erhöhen, indem die Verweigerung der Spende erklärt werden muss,⁸ sie schlagen vor, automatisch die Sparquote von Arbeitnehmern für ihre Altersvorsorge anzupassen⁹ oder sie regen an, den Verbrauch von Kraftfahrzeugen anhand durchschnittlicher Nutzungskosten statt mit dem Verhältnis von Strecke zu Kraftstoffverbrauch anzugeben¹⁰.

Die praktische Ausgestaltung und die Leistungsversprechen des „Nudging“ ebneten den Weg für eine umfangreiche Rezeption des Konzepts. Be-

⁴ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 4.

⁵ Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 6: „A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid.“

⁶ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 5 f.; dabei beziehen sie sich auf ihr bereits vorher entwickeltes Konzept des *Libertarian Paternalism*, vgl. *Sunstein/Thaler*, 70 U Chi L Rev 1159, 1159 ff. (2003).

⁷ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 1 ff.

⁸ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 184 ff.

⁹ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 113 ff.

¹⁰ *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 203 ff.

sonders deutlich wird sein großer Erfolg an den Maßnahmen, die Regierungen weltweit unternahmen, um die neuen Ideen für ihre Zwecke zu berücksichtigen. In den USA und im Vereinigten Königreich waren diese Schritte mit den Vätern des „Nudging“ eng verbunden. Bereits 2009 wurde in den USA *Sunstein* die Rolle des einflussreichen Leiters des Office of Information and Regulatory Affairs übertragen, das bereits zuvor zur Kosten-Nutzen-Analyse für die US-amerikanische Gesetzgebung geschaffen wurde.¹¹ Und im darauffolgenden Jahr entstand im Vereinigten Königreich unter Mitarbeit von *Thaler* das Behavioral Insights Team, dessen Aufgabe allein darin bestand, verhaltenspsychologisch inspirierte Gestaltungsvorschläge für Regierungshandeln zu unterbreiten.¹² Ebenso bekam dann 2015 auch das Bundeskanzleramt, weniger prominent besetzt, aber dennoch von großer medialer Aufmerksamkeit begleitet,¹³ das Referat „Wirksam regieren“. Aufgabe dieses Referates ist es zu untersuchen, wie die Ideen des „Nudging“ für die Regierungsarbeit verwendet werden können.¹⁴

A. Erkenntnisinteresse und Fragestellung

Das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit knüpft an den großen Erfolg des „Nudging“ an. Es betrifft als ersten Untersuchungsgegenstand die Frage, ob und unter welchen Bedingungen im deutschen Recht Maßnahmen zulässig sind, die sich an den Vorschlägen von *Sunstein/Thaler* orientieren. Bereits unmittelbar nach seinem Erscheinen ist das Konzept des „Nudging“ Gegenstand teils heftiger Kritik gewesen. Ihm wurde vorgeworfen, es würde die Bürger manipulieren.¹⁵ Es sähe nicht weniger intensive Freiheitsbeschrän-

¹¹ Diese Tätigkeit, die bis 2012 dauerte, nutzte *Sunstein* als Grundlage für das anschließende Werk *Sunstein*, Simpler, 2014.

¹² Das „Behavioural Insights Team“ wurde allerdings mittlerweile teilprivatisiert, vgl. [bbc.co.uk](https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-26030205) vom 5.2.2014, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-26030205> (geprüft am 18.2.2021); in seiner neuen Form bietet das Team verhaltensökonomische Beratung für alle Interessenten von Regierungen bis hin zu privaten Unternehmen, vgl. <https://www.bi.team/what-we-do/our-services/> (geprüft am 18.2.2021).

¹³ Vgl. nur „Kanzlerin sucht Verhaltensforscher“, *Faz.net* vom 26.8.2014, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/kanzlerin-angela-merkel-sucht-verhaltensforscher-13118345.html> (geprüft am 18.2.2021); „Bürger, versteht uns doch!“, *Taz.de* vom 2.3.2015, <https://taz.de/Projektgruppe-Schoener-regieren/15018451/> (geprüft am 18.2.2021); „Alchemie im Kanzleramt“, *Spiegel.de* vom 1.9.2014, <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-128977553.html> (geprüft am 18.2.2021); „Merkel will die Deutschen durch Nudging erziehen“, *Welt.de* vom 12.3.2015, <https://www.welt.de/wirtschaft/article138326984/Merkel-will-die-Deutschen-durch-Nudging-erziehen.html> (geprüft am 18.2.2021).

¹⁴ Vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/wirksam-regieren> (geprüft am 18.2.2021).

¹⁵ Dazu ausführlich 4. Kapitel B.III.

kungen vor, sondern stärkere Eingriffe in die Freiheit der Bürger, weil durch „Nudges“ verhindert würde, dass die Bürger als freie Individuen aus ihrem Verhalten lernen würden, eigene Entscheidungen zu treffen.¹⁶ Diese und ähnliche Kritik soll hier aus rechtlicher Perspektive untersucht und gewürdigt werden.

Eng verbunden mit der ersten Frage nach den Maßstäben, anhand derer bestimmt werden kann, ob Maßnahmen wie die „Nudges“ rechtmäßig sind, ist das zweite Interesse dieser Arbeit. Dieses besteht darin, zu ermitteln, welche Funktionen solche Maßnahmen überhaupt erfüllen können, insbesondere im Vergleich zu überkommenen Formen staatlichen Handelns oder gemeinsam mit diesen. Zwar liefern *Sunstein/Thaler* zahlreiche Beispiele für den Einsatz ihrer Gestaltungsvorschläge, doch ordnen sie diese nicht und setzen sie nicht in Relation zu anderen Maßnahmen staatlicher Steuerung. In dieser Arbeit soll ein Überblick über mögliche Anwendungsbereiche von Maßnahmen wie den „Nudges“ gewonnen werden, indem diese systematisiert oder zumindest typologisiert werden. Ein solcher Überblick ist nicht nur für den praktischen Einsatz solcher Maßnahmen hilfreich, sondern könnte außerdem ein Kriterium bieten, das wiederum für die erste Frage nach der Rechtmäßigkeit herangezogen werden könnte.

Weil aber das „Nudging“ nicht ohne weiteres für den Einsatz im deutschen Recht geeignet ist, soll ein eigenständiges Konzept verhaltensökonomisch informierter Steuerung¹⁷ entwickelt werden, um sinnvoll Rechtmäßigkeitsmaßstäbe und Steuerungsleistungen zu ermitteln. Denn der Kontext, aus dem sich ergibt, mit welchen anderen staatlichen Handlungsformen verhaltensökonomisch informierte Maßnahmen verglichen werden müssen und an welchen Vorgaben höherrangigen Rechts sie zu messen sind, kann sinnvollerweise nur die Rechtsordnung sein, in der die Maßnahmen eingesetzt werden sollen. Insofern verkehrt sich der Vorteil, dass das „Nudging“ allgemein, ohne Bezug auf eine konkrete Rechtsordnung formuliert ist und viele Beispiele zu seiner Konkretisierung bemüht werden, für die rechtswissenschaftliche Analyse in einen Nachteil. Deutlich wird dies beispielsweise, wenn *Sunstein/Thaler* definieren, dass „Nudges“ sich von Steuerung mithilfe ökonomischer Anreize unterscheiden, da sie einfach und günstig vermieden werden können.¹⁸ Wie eine solche Anreizsteuerung aussieht und wann sie einfach und günstig vermieden werden kann, lässt sich ohne Bezug auf Maßstäbe einer konkreten Rechtsordnung kaum klar bestimmen. Auch die zahlreichen Beispiele, die in dem Werk *Nudge* verwendet werden, helfen nicht bei der konkreten Maßstabsbildung. Sie betreffen teilweise sogar Gestaltungen, die

¹⁶ Dazu ausführlich 4. Kapitel B.II.

¹⁷ Zu dieser Bezeichnung 2. Kapitel A.

¹⁸ „[...] significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid.“, *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2009, 6.

selbst nach der Definition der Autoren keinen „Nudge“ darstellen.¹⁹ Sinnvoll kann die Frage nach einer Abgrenzung von anderen staatlichen Steuerungsinstrumenten²⁰ nur beantwortet werden, wenn ein konkreter Bezugspunkt in Gestalt anderer Steuerungsinstrumente existiert. Nur mit deren Hilfe kann beispielsweise bestimmt werden, ob verhaltensökonomisch informierte Steuerung tatsächlich neue Aspekte gegenüber bestehenden Steuerungsinstrumenten bietet. Dasselbe gilt in noch größerem Maße für die Ziele verhaltensökonomisch informierter Steuerung. *Sunstein/Thalers* Aussage, dass die „Nudges“ verwendet werden sollten, um die Bürger zu besserem Verhalten in ihrem eigenen Sinne zu bewegen, ist denkbar knapp und allgemein,²¹ obwohl die Frage, was denn „besseres“ Verhalten ist, offensichtlich erhebliche rechtsphilosophische Probleme aufwirft, die die Frage nach dem Einsatz verhaltensökonomischen Wissens durch den Staat weit übersteigen.

Um die eben angerissenen Schwierigkeiten einer bloßen Adaption des „Nudging“ zu vermeiden, soll sein ursprünglicher Gedanke einer verhaltensökonomischen Analyse des Rechts aufgegriffen und mit einem Steuerungsziel verbunden werden. Das „Nudging“ dient insoweit als Ausgangspunkt, um der allgemeinen Frage nach dem staatlichen Einsatz verhaltensökonomischen Wissens nachzugehen. Mit diesem Ausgangspunkt kann einerseits die große Bedeutung der Arbeit *Sunstein/Thalers* berücksichtigt werden; insbesondere gilt dies für die große schöpferische Leistung, die ihrem Vorschlag innewohnt: Das „Nudging“ formuliert erstmals die Idee, verhaltensökonomisches Wissen für staatliche Steuerung zu verwenden, als eigenständiges Konzept aus. Andererseits kann mit diesem Ausgangspunkt die umfangreiche rechtswissenschaftliche Rezeption des allgemeinen Themas verhaltensökonomisch informierter Steuerung berücksichtigt werden, die unter dem Schlagwort des „Nudging“ stattfindet.

Abseits dieses Ausgangspunktes ist es indes notwendig, sich von dem Konzept des „Nudging“ zu lösen, um verhaltensökonomisches Wissen für das deutsche Verwaltungsrecht nutzbar machen zu können. Würde das Konzept lediglich auf das deutsche Recht übertragen, wäre es zunächst nur möglich, das „Nudging“ als für das deutsche Recht geeignet oder ungeeignet zu beurteilen. Dementsprechend könnte dann das Konzept – gegebenenfalls teilweise – übernommen, verworfen oder ergänzt werden. Das „Nudging“ aber zu übernehmen oder zu verwerfen, berücksichtigt entweder nicht das große Potential des Ansatzes oder übersieht seine durchaus kritikwürdigen Aspekte. Das „Nudging“ deswegen weiter zu ergänzen, ist allerdings ebenso problematisch. Denn dann werden entweder zahlreiche Unklarheiten und

¹⁹ Dazu 2. Kapitel B. und C. sowie 4. Kapitel Fn. 137.

²⁰ Zum Begriff der Steuerungsinstrumente 2. Kapitel I.2.

²¹ Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, 5 f.

Probleme des Konzepts übernommen oder das Konzept wird letztlich nur unter dem Deckmantel der Ergänzung neu entworfen. Um diesen Problemen zu begegnen, wird hier ein eigenständiger Ansatz gewählt, der sich am Kontext des deutschen Rechts orientiert. Dadurch können Probleme des „Nudging“ identifiziert und bereits konstruktiv berücksichtigt werden. Zudem bietet ein eigener Ansatz die Möglichkeit, die verhaltensökonomische Analyse des Rechts mit allgemeinen Fragen zum rechtswissenschaftlichen Umgang mit Erkenntnissen aus den Nachbarwissenschaften zu verknüpfen, deren Bedeutung in Zukunft wachsen wird. Denn im Zeitalter von Computern mit erheblicher Rechenleistung, die aus einer Vielzahl vernetzter Geräte Daten erhalten, kann mithilfe statistischer Verfahren oder selbstlernender Systeme neues Wissen über menschliches Verhalten gewonnen werden, das bisher verborgen geblieben ist und rechtlich bewertet werden muss. Die Verhaltensökonomie, die auf empirischen Untersuchungen über menschliches Verhalten beruht, eignet sich insoweit, um den Einsatz neuer juristischer Methoden zu erproben, die eine differenzierte und kritische Rezeption naturwissenschaftlicher Erkenntnisse erlauben.

Das konkrete Erkenntnisinteresse dieser Arbeit kann, mit Blick auf das eben dargestellte Ziel einer eigenständigen Rezeption verhaltensökonomischen Wissens für das deutsche Recht, so zusammengefasst werden: Welche neuen Funktionen kann verhaltensökonomisch informierte Steuerung im deutschen Verwaltungsrecht rechtmäßiger und zweckmäßiger Weise übernehmen?

Um diesem Erkenntnisinteresse nachzugehen, muss zunächst geklärt werden, worin die neuen Funktionen bestehen, also welche Mechanismen die Verhaltensökonomie überhaupt nutzen will und wie sich diese von den Mechanismen der überkommenen Instrumente des deutschen Verwaltungsrechts unterscheiden. Anschließend stellt sich die Frage, welchen praktischen Mehrwert diese Mechanismen bieten und in welchen rechtlichen Grenzen der Staat sie verwenden darf. Darüber hinaus ist zu erwägen, welche weiteren Aspekte im Rahmen des rechtlich zulässigen Einsatzes der neuen Instrumente zu berücksichtigen sind, dies betrifft insbesondere Fragen der Zweckmäßigkeit. Das Erkenntnisinteresse lässt sich daher auf die folgenden Teilfragen herunterbrechen:

(1) Welche Steuerungsmechanismen lassen sich aus der Verhaltensökonomie ableiten und welche Eigenschaften zeichnen ein verhaltensökonomisch informiertes Steuerungsinstrument aus?

(2) Handelt es sich bei den verhaltensökonomisch informierten Steuerungsinstrumenten tatsächlich um neue Instrumente und, sofern dies der Fall ist, in welchem Verhältnis stehen sie zu den überkommenen Instrumenten staatlicher Steuerung?

(3) Welche Funktion können verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente übernehmen, insbesondere im Zusammenhang mit anderen Steuerungsmitteln in einem Steuerungsmix?

(4) Welche rechtlichen Rahmenbedingungen muss verhaltensökonomisch informierte Steuerung berücksichtigen, an welchen konkreten Maßstäben ist die Rechtmäßigkeit verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente zu messen?

(5) Welche Aspekte sind aus Sicht des Staates zu berücksichtigen, um zu beurteilen, ob der Einsatz verhaltensökonomisch informierter Steuerungsinstrumente zweckmäßig ist?

B. Ein steuerungstheoretischer Ansatz als Methode interdisziplinären Arbeitens

Das Ziel dieser Arbeit, verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente für das deutsche Recht zu gewinnen, erfordert einige methodische Vorüberlegungen. Denn die juristische Methode²² in ihrer klassischen Form allein eignet sich allenfalls eingeschränkt für systematisches interdisziplinäres Arbeiten, wie es die Rezeption von Erkenntnissen aus Ökonomie und Psychologie erfordert. Die juristische Methode bezieht sich grundsätzlich auf Rechtsakte, also Regeln oder Vorgaben, die Rechtswirkungen besitzen und über die ein Urteil hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit getroffen werden kann, weil normative Vorgaben über ihre Beschaffenheit existieren.²³ Durch diesen Fokus auf Rechtsakte eignet sich die Methode hervorragend für die juristische Systembildung und gewährleistet eine gute Vorhersehbarkeit ihrer Ergebnisse. Sie erkaufte dies aber, indem sie nicht-rechtliche Aspekte bei der Betrachtung des Rechts ausklammert.²⁴ Verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente beruhen jedoch gerade auf einem nichtrechtlichen Aspekt, der nun rechtlich erfasst werden soll, nämlich dem Einfluss bestimmter staatlicher Maßnahmen auf das tatsächlichen Verhalten von Menschen. Solche Wirksamkeitsfragen, die Auskunft darüber geben, ob und welche Steuerungseffekte staatliche Mittel erzielen, kann die klassische juristische Methode allenfalls eingeschränkt berücksichtigen.²⁵ Deswegen ist es notwendig, die klassische Methode für neue Aspekte zu öffnen.²⁶

²² Ein Überblick zu den Charakteristika der juristischen Methode *Voßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 2.

²³ *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 12 ff., 17.

²⁴ *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 12 f., 258 f.; *Voßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 7.

²⁵ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, 18.

²⁶ Allgemein zu dieser Notwendigkeit *Voßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 11; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, 26.

Die juristische Methode wird im Folgenden nicht ersetzt, sondern durch einen steuerungstheoretischen Ansatz ergänzt.²⁷ Ein solcher Ansatz fragt nach dem Steuerungspotential eines rechtlichen Steuerungsinstrumentes. Als Steuerung wird dabei verstanden, dass Systeme (Steuerungsobjekte) gezielt von Steuerungssubjekten beeinflusst werden, die ihr Wissen und die Wirkungen bestimmter Instrumente verwenden, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.²⁸ Dieser Ansatz ist nicht gänzlich unumstritten.²⁹ Er ermöglicht aber mithilfe der Nachbarwissenschaften, Steuerungsobjekte, -subjekte und -instrumente konkret zu identifizieren. Dadurch können anschließend Fragen nach den Wirkungszusammenhängen strukturiert, präzisiert und letztlich beantwortet werden.³⁰ Diese Vorteile werden hier kurz ausgeführt.

Im konkreten Fall bezieht sich der steuerungstheoretische Ansatz auf den Staat, der die Bürger beeinflussen will, indem er sich verhaltensökonomischer Erkenntnisse bedient. Der Schwerpunkt des Interesses liegt dabei auf dem neuen Steuerungswissen. Die Steuerungsperspektive macht es möglich, die Erkenntnisse der Ökonomie als Nachbarwissenschaft in Gestalt dieses Steuerungswissens in die rechtliche Analyse zu integrieren und dadurch einen klareren Blick auf den Untersuchungsgegenstand freizugeben.³¹ Der diffe-

²⁷ Das Ziel ist eine Ergänzung, keine Substitution der rechtsaktsbezogenen Betrachtungsweise, *Bumke*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 127 beschreibt die Steuerungsperspektive mit dem Beispiel eines Vexierbildes, das je nach Situation eine rechtsakts- oder verhaltensbezogene Betrachtung ermöglicht.

²⁸ Zum Gegenstand von Steuerung *Vofßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 20; *Mayntz*, Soziale Dynamik und politische Steuerung, 1997, 188 ff., 199 f. zum hier verwendeten handlungsorientierten Steuerungs begriff; zu beachten ist, dass der Steuerungs begriff hier nicht in seinem sozialwissenschaftlichen Zusammenhang verstanden wird, sondern juristisch-normativ verwendet wird, *Bumke*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 127.

²⁹ *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 11 kritisiert die Steuerungstheorie für Zweifel an konditional-kausaler Gesetzessteuerung, das Einbinden von Wirksamkeitsaussagen und ein ganzheitliches Staatsverständnis, geht jedoch zu Unrecht davon aus, dass die Steuerungsdiskussion durch systemtheoretische Annahmen geleitet wird, was die zentralen Argumente letztlich entscheidend untergräbt, siehe dazu mwN *Vofßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 20 insb. Fn. 125 zum für das Verwaltungsrecht maßgeblichen handlungsorientierten Steuerungsansatz; zu Vorsicht im Umgang mit dem Steuerungs begriff warnt *Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, 182 ff., der durch unkritischen Gebrauch einer Steuerungsperspektive Gefahren für die demokratische Legitimation staatlichen Handelns sieht; zu weiterer Kritik *Vofßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 22 Fn. 132.

³⁰ Zu den Leistungsmerkmalen und den Grenzen des Steuerungsansatzes als Analysewerkzeug mwN *Vofßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 22; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2004, 33 ff.

³¹ Dabei geht es nicht um eine unreflektierte Übernahme von Ergebnissen der Nachbarwissenschaften, sondern deren Ergebnisse müssen im Sinne eines „differenziert-inte-

renzierte Ansatz der Steuerungsperspektive ist auch gegenüber einer bloßen Adaption des „Nudging“ von Vorteil. *Sunstein/Thaler* beziehen sich allenfalls in der Definition der „Nudges“ strikt auf bestimmte Wirkungsweisen, nicht mehr aber in ihren zahlreichen Beispielen und späteren Beiträgen. Dadurch verliert ihr Steuerungskonzept in ihren eigenen Beiträgen, aber auch der Rezeption ihrer Vorschläge durch andere, zusätzlich an Kontur.³²

Ein Ansatz, der sich an den Steuerungswirkungen orientiert, hilft zudem dabei, die Aussagen der Verhaltensökonomie kritisch daraufhin zu untersuchen, ob oder in welchem Umfang die Rechtswissenschaft diese übernehmen kann.³³ Außerdem können aus Steuerungssicht verhaltensökonomisch informierte Instrumente mit verschiedenen, gerade auch nicht rechtsförmlichen, Steuerungsinstrumenten verglichen werden.³⁴ Auf diese Weise wird es möglich, herauszuarbeiten, worin der Eigenwert verhaltensökonomisch informierter Steuerung gegenüber den überkommenen Steuerungsinstrumenten besteht und damit zudem die neuen Steuerungsinstrumente präziser zu beschreiben.

Wenn die verhaltensökonomisch informierten Steuerungsinstrumente auf diese Weise konkretisiert wurden, können mithilfe des steuerungstheoretischen Ansatzes anschließend ihre Wirkungsmöglichkeiten in einem Instrumentenmix und ihre normativen Grenzen untersucht werden. Dazu werden drei unterschiedliche Referenzgebiete herangezogen.³⁵ Bei der Arbeit mit Referenzgebieten werden ausgewählte Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts auf vergleichbare Merkmale untersucht. Dadurch können zuerst induktiv wiederkehrende Regelungsmuster und normative Vorgaben verallgemeinert und anschließend deduktiv die so gewonnenen Erkenntnisse wieder auf ihre Anwendbarkeit überprüft werden.³⁶ Erstes Referenzgebiet ist das

grativen Methodenverständnisses“ auf ihre Verwendungsmöglichkeiten für die Rechtswissenschaften überprüft werden, *Vofßkuhle*, in: *GVwR I*, § 1, Rn. 39; ein konkreterer Vorschlag für ein Vorgehen in diesem Sinne findet sich bei *Vofßkuhle*, in: *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, 188 ff.

³² Vgl. zum Beispiel die fast nur kasuistische Beschreibung in *Sunstein*, *Simpler*, 2014, 38 f.; mit derselben Feststellung verwendet beispielsweise *Alemanno*, *EJRR* 2012, 32, 37 f. das Konzept ohne jedoch daraus Konsequenzen zu ziehen; *Camerer/Issacharoff/Loewenstein/O'Donoghue*, 151 *U Pa L Rev* 1211, 1224 ff. (2003) nennen für ihr vergleichbares Konzept ebenfalls vor allem Beispiele.

³³ Im Sinne des differenziert-integrativen Methodenverständnisses, siehe Einleitung Fn. 31.

³⁴ Vgl. *Vofßkuhle*, in: *GVwR I*, § 1, Rn. 23.

³⁵ Zur Arbeit mit Referenzgebieten *Schmidt-Aßmann*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 403; vgl. auch *Vofßkuhle*, in: *GVwR I*, § 1, Rn. 43.

³⁶ *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2004, Rn. 12 ff., insb. 13.

Datenschutzrecht, da das Datenschutzrecht als junge Regelungsmaterie zum Teil ausdrücklich verhaltensökonomisches Wissen berücksichtigt. Als zweites Referenzgebiet dient das Kapitalanlagerecht, weil dieses sich aufgrund seiner Nähe zur Ökonomie bereits seit langem mit den Ideen und dem Problem verhaltensökonomischer Effekte beschäftigt. Schließlich fungiert als drittes Referenzgebiet das Wahlrecht. Dieses ist besonders sensibel für Steuerungseffekte und liefert detaillierte Vorgaben zum Schutz der Willensbildung und -äußerung der Bürger, unter anderem auch vor verhaltensökonomisch erforschten Effekten.

Zuletzt werden die Ergebnisse, die der steuerungstheoretische Ansatz hervorgebracht und in den Referenzgebieten ausgeformt hat, zusammengefasst und mithilfe der klassischen juristischen Methode betrachtet. So können Maßstäbe gebildet werden, die es erlauben, verhaltensökonomisch informierte Steuerungsinstrumente rechtlich zu beurteilen. Anknüpfungspunkt sind dabei die Grundrechte und ihre Dogmatik. Damit wird es möglich, zu untersuchen, wie die Kritik an verhaltensökonomisch informierter Steuerung, die am Beispiel des „Nudging“ aus philosophischer, staatstheoretischer und ökonomischer Perspektive erhoben wurde, aus rechtlicher Perspektive zu bewerten ist.³⁷ Dabei kann auf die Rezeptionsfunktion der Rechtsdogmatik³⁸ zurückgegriffen werden. Die Rechtsdogmatik speichert auf abstrakter Ebene Maßstäbe, mit denen rechtliche Konflikte gelöst werden können. Indem verhaltensökonomisch informierte Steuerung mit der Rechtsdogmatik verbunden wird, wird es möglich diese Maßstäbe abzurufen. Anhand der Maßstäbe der Rechtsdogmatik lassen sich bereits zahlreiche der Probleme lösen, die in der Diskussion über das „Nudging“ vermeintlich als grundlegend neu ausgemacht wurden. Auch darin besteht ein Vorteil gegenüber einer bloßen Adaption des „Nudging“, das über ein nur rudimentäres Modell normativer Maßstäbe für den Einsatz seiner „Nudges“ verfügt. Über die rechtlichen Maßstäbe hinaus können anhand der in den Referenzgebieten beobachteten Steuerungswirkungen Aspekte herausgearbeitet werden, welche die Zweckmäßigkeit verhaltensökonomisch informierter Steuerung betreffen. Auf diese Weise kann ein umfassendes Bild der neuen Steuerungsinstrumente entworfen werden, das diese Instrumente konturiert, ihre möglichen Einsatzgebiete aufzeigt und ihre Rahmenbedingungen absteckt.

³⁷ Vgl. insbesondere zum Verhältnis von Verhaltensökonomie und Paternalismus 4. Kapitel B. II.

³⁸ MWN zu dieser und weiteren Funktionen der Rechtsdogmatik *Vofßkuhle*, in: GVwR I, § 1, Rn. 6f.

1. Kapitel

Die Verhaltensökonomie als rechtswissenschaftlicher Rezeptionsgegenstand

Der erste Schritt auf dem Weg zu verhaltensökonomisch informierten Steuerungsinstrumenten führt in die Ökonomie¹. Dort wird das Steuerungswissen geborgen, das zur Grundlage der neuen rechtlichen Instrumente werden soll. Zugleich wird untersucht, in welchem Umfang sich dieses Wissen für die rechtswissenschaftliche Rezeption eignet. Es werden deswegen einerseits die konkreten Themen betrachtet, die im Forschungszweig der Verhaltensökonomie behandelt werden, andererseits aber auch einige allgemeine Grundlagen der Ökonomie.

Der Blick auf die Grundlagen der Wirtschaftswissenschaften ist zunächst notwendig, um die Aussagen der Verhaltensökonomie vollständig zu verstehen. Inhalt und Bedeutung der Verhaltensökonomie erklären sich allein aus ihrem Bezug zu den allgemeinen Annahmen der Ökonomie über menschliches Verhalten. Darüber hinaus ist es erforderlich, die Grundlagen der Ökonomie zu betrachten, um zu vermeiden, dass der normative Anspruch der Rechtswissenschaften untergraben wird. Die ökonomischen Annahmen über menschliches Verhalten, auf denen die Verhaltensökonomie aufbaut, sind teilweise normativer Natur. Eine unkritische Rezeption der Verhaltensökonomie kann dazu führen, normative Maßstäbe der Ökonomie unbewusst zu übernehmen und zu rechtlichen Maßstäben zu erklären.² Daher müssen diese Maßstäbe transparent gemacht werden.

Auf Basis des Wissens über die Verhaltensökonomie und den Inhalt ihrer Aussagen wird dann untersucht, ob und in welchem Umfang sich diese eignen, um in der Rechtswissenschaft verwendet zu werden. Besonderes Augen-

¹ Teilweise wird begrifflich getrennt zwischen der Ökonomik als sozialwissenschaftlicher Methode und der Ökonomie als wirtschaftlichem Untersuchungsgegenstand, vgl. *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 2 oder *Lüdemann*, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmman, *Recht und Verhalten*, 2007, 1; *Latzel*, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, 2020, 71 ff.; keine Trennung aber zum Beispiel bei *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, 21.

² Ziel ist die bei einem derartigen Theorieimport notwendige Transparenz im Sinne eines differenziert-integrativen Ansatz interdisziplinären Arbeitens, um zu vermeiden, dass normative Maßstäbe unbewusst in die Verwaltungsrechtswissenschaft übernommen werden, vgl. *Vofßkuhle*, in: *GVwR I*, § 1, Rn. 39.

merk gilt dabei der eben erwähnten möglichen Kollision normativer Maßstäbe aus Ökonomie und Rechtswissenschaft. Dabei wird gezeigt, dass bei der rechtlichen Rezeption der Verhaltensökonomie zwischen ihren normativen und ihren analytischen Aussagen unterschieden werden muss. Illustriert wird dies anhand der Entwicklung der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts, wobei besonderes Augenmerk dem *Libertarian Paternalism* gilt, dem normativen Konzept, das dem „Nudging“ zugrunde liegt.

A. Die Verhaltensökonomie

Die Verhaltensökonomie (Englisch: *Behavioral Economics*) ist ein Teilgebiet der Ökonomie, das sich mit möglichen Widersprüchen zwischen dem ökonomischen Modell menschlichen Verhaltens und psychologischen Erkenntnissen über tatsächliches Verhalten beschäftigt. Weil die Verhaltensökonomie sich erst aus diesen potentiellen Widersprüchen erklärt, muss das klassische ökonomische Verhaltensmodell Ausgangspunkt einer Darstellung auch der Verhaltensökonomie sein.

Die Ökonomie modelliert menschliches Verhalten nach dem sogenannten Rationalverhaltensmodell, auf Englisch *Rational-Choice-Model*, das teilweise auch als Menschenbild des *homo oeconomicus* behandelt wird.³ Die Verhaltensökonomie erklärt sich erst im Kontrast zu diesem Modell und seinen Annahmen über rationales Verhalten. Ohne Bezug auf das Rationalverhaltensmodell kann deswegen weder über die Verhaltensökonomie noch über die verhaltensökonomische Analyse des Rechts sinnvoll gesprochen werden. Das Modell kann in diesem Sinne auch kritisiert und abgelehnt werden. Keinesfalls aber kann einfach mit einem umgangssprachlichen Begriff von Rationalität oder Irrationalität gearbeitet werden, weil damit das Konzept der Verhaltensökonomie bereits dem Grunde nach verkannt wird.⁴

³ In leichter Abwandlung des Konzepts auch bezeichnet als Resourceful, Evaluating, Maximising Man (REMM) oder Resourceful, Restricted, Expecting, Evaluating, Maximising Man (RREEMM), *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, 102, *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 2013, 12 Fn. 1, *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 79 Fn. 306 f.

⁴ Vgl. nur als Beispiel *Kovvali*, 110 Nw U L Rev Online 33 (2015) mit dem Titel „Who Are You Calling Irrational?“, den Begriff der Irrationalität kritisieren deswegen *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 Stan L Rev 1593, 1594 (1998); dazu auch *Kahnemann* im Interview anlässlich des Alfred-Nobel-Gedächtnispreises für Wirtschaftswissenschaften der Schwedischen Reichsbank, den er 2002 erhielt, Transkript abzurufen unter https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002/kahneman-interview-transcript.html (geprüft am 18.2.2021).

Rationalität bezeichnet im ökonomischen Kontext ein strikt formalisiertes Modell menschlichen Verhaltens. Dieses Modell vereinfacht menschliches Verhalten unter bestimmten Prämissen, um Prognosen über zukünftiges Verhalten zu ermöglichen. Methodologisch gesprochen handelt es sich also im Kern um ein analytisches Modell. Dieses analytische Modell wurde mittlerweile um zahlreiche Faktoren ergänzt, die die ursprünglich radikale Reduktion wieder ein Stück weit lockern. So wurde beispielsweise ursprünglich außer Acht gelassen, dass Individuen fast nie unter vollständiger Information handeln. Zum Zwecke der Modellbildung wurde angenommen, die Personen in dem Modell würden sämtliche Umstände kennen, die für ihre Entscheidung über künftiges Verhalten relevant sind. Mittlerweile wird auch unvollständige Information bei der Modellbildung berücksichtigt.⁵ Die folgende Darstellung des Rationalverhaltensmodells beschränkt sich zunächst auf die Eckpfeiler des analytischen Modells. Die zahlreichen Modifikationen des Modells und insbesondere sein Einsatz auch als normativer Maßstab werden im Anschluss an das Grundmodell sukzessive entwickelt und dabei kritisch reflektiert, soweit dies für das Verständnis der Verhaltensökonomie und ihre Rezeption durch die Rechtswissenschaften notwendig ist.

I. Das ökonomische Modell rationalen Verhaltens

Das ökonomische Modell menschlichen Verhaltens ist ein Werkzeug, das helfen soll, das Grundproblem zu untersuchen, welches die Ökonomie beschäftigt. Dieses besteht darin, dass Menschen ihre Bedürfnisse in einer Welt mit beschränkten Ressourcen nur eingeschränkt befriedigen können. Diese Einschränkungen werden als Restriktionen bezeichnet. Ein Beispiel für eine solche Restriktion ist das verfügbare Einkommen einer Person. Wenn ein Kind mit seinem Taschengeld im Laden an der Ecke eine Tüte mit Süßigkeiten erwerben will, so ist die Menge an Süßigkeiten durch den Betrag des verfügbaren Taschengelds beschränkt. Restriktionen können aber auch in zahlreichen anderen Formen vorliegen, wie beispielsweise in der zu erwartenden Reaktion Dritter auf eine Handlung.⁶ Wenn das Kind aus dem Beispiel einen Konflikt mit seinen Eltern befürchten muss, weil es sein gesamtes Taschengeld für Süßigkeiten ausgegeben hat, so stellt auch dies eine Restriktion dar.

Das Rationalverhaltensmodell beschreibt nun menschliches Verhalten im Angesicht der unterschiedlichen Verhaltensweisen, die die Restriktionen zu-

⁵ Was nicht zwingend eine Maximierung ausschließt, sofern mit den Grenzkosten zusätzlicher Informationen gerechnet wird, wie *Stigler*, 69 *J Polit Econ* 213, 213 ff. (1961) gezeigt hat; siehe dazu z.B. ausführlich *Jehle/Reny*, *Advanced Microeconomic Theory*, 2011, 379 ff.

⁶ Mit diesem Beispiel *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 13.

lassen. Anknüpfungspunkt dafür ist nicht das Verhalten größerer Gruppen von Personen, sondern stets das Entscheidungsverhalten einzelner Marktteilnehmer.⁷ Dieser Ansatz wird als methodologischer Individualismus bezeichnet.⁸ Er wird sogar dann weiter verfolgt, wenn das Verhalten von Märkten insgesamt beschrieben werden soll.⁹ Für das Modell wird die Wahl zwischen den unterschiedlichen Verhaltensweisen stark vereinfacht. Die Entscheidung wird auf zwei Faktoren reduziert. Dies sind die eben dargestellten Restriktionen und die Handlungsoptionen, die derjenigen Person begehrenswert erscheinen, die sich zwischen den Alternativen entscheiden muss, die sogenannten Präferenzen.

Das ökonomische Modell geht davon aus, dass Menschen zwischen ihren Alternativen rational entscheiden. Als rational versteht das Modell nun ein Verhalten, bei dem eine Person die Handlungsalternative wählt, die ihre Bedürfnisse gemäß ihren Präferenzen am meisten befriedigt, das heißt die Alternative, die ihren zu erwartenden, subjektiv bestimmten Nutzen maximiert. Die Grundannahme, dass die Wahl sich am größtmöglichen Nutzen aus allen Handlungsalternativen orientiert, wird als Erwartungsnutzentheorem bezeichnet.¹⁰ Notwendige Voraussetzung dieser ökonomischen Rationalität ist, dass die Individuen formell rational handeln und ihre Wahl logisch konsistent treffen.¹¹ Sie müssen also ihre Präferenzen nach logischen Kriterien so ordnen, dass sie angeben können, wie sie den zu erwartenden Nutzen der unterschiedlichen Handlungsoptionen bewerten.

1. Präferenzordnung

Die logischen Kriterien, nach denen die Präferenzen geordnet werden müssen, wurden axiomatisch von *John von Neumann* und *Oskar Morgenstern* aufgestellt und werden deswegen als Von-Neumann-Morgenstern-Axiome bezeichnet. Sie bilden das Fundament ökonomischer Rationalität.¹² Nach

⁷ Statt vieler *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 12; ein dazu konträrer Ansatz wird in der Ökonomie nicht vertreten, findet sich aber z.B. in der marxistischen Theorie im Handeln von Klassen, *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 24 f.

⁸ Die exakte Bestimmung dessen, was als methodologischer Individualismus gilt, ist umstritten, kann aber für die Zwecke dieser Arbeit ausgeblendet werden, vgl. mwN zum Streit *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 24 Fn. 38.

⁹ In diesen Fällen wird das Verhalten der einzelnen Teilnehmer aggregiert, weshalb das *Rational-Choice-Model* mittlerweile auch in der Makroökonomie große Bedeutung gewonnen, *Pindyck/Rubinfeld*, *Microeconomics*, 2012, 3; ausführlich *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 82 ff.

¹⁰ *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 2012, 96; *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 73.

¹¹ Vgl. *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 93 f. Fn. 376.

¹² Maßgeblich *Neumann/Morgenstern*, *Theory of Games and Economic Behavior*, 1947.

den Axiomen müssen die Marktteilnehmer ihre Handlungsalternativen vollständig, transitiv, unabhängig, konsistent und widerspruchsfrei ordnen.¹³

Erste Voraussetzung, wie bei jeder Form von logischem Modell, ist, dass die Ordnung widerspruchsfrei ist.¹⁴ Zum Zweck der Modellbildung geht die Ökonomie deswegen davon aus, dass sich die Präferenzen im Zeitraum der Auswahl nicht verändern¹⁵ oder beschränkt sich auf die Präferenzen zu einem bestimmten Zeitpunkt.¹⁶

Die Handlungsalternativen müssen zu diesem Zeitpunkt vollständig geordnet sein. Das heißt, dass eine Person in der Lage sein muss, sämtliche ihrer möglichen Handlungsalternativen zu bewerten.¹⁷ Wenn es also die drei Handlungsalternativen A, B und C gibt, so muss sie für alle Kombinationen angeben können, welche Alternative vorzugswürdig ist oder ob sie zwischen zwei Alternativen indifferent ist.

Zudem muss die Ordnung der Alternativen transitiv sein. Das Verhältnis der Alternativen muss sich also auf andere Alternativen übertragen lassen. Wenn eine Person die Situation A der Situation B vorzieht, die Situation C allerdings der Situation A, so muss sie auch die Situation C der Situation B vorziehen.¹⁸ Dies ist logisch notwendig, um überhaupt eine Rangordnung zu erstellen.

Weiterhin muss das Verhältnis der Alternativen unabhängig von Umständen sein, die mit der konkreten Entscheidung zwischen den Alternativen selbst nicht in Zusammenhang stehen.¹⁹ Ob Situation C eintritt oder nicht, darf für die Präferenzwahl einer Person zwischen den Zuständen A und B keinen Unterschied machen. Anderenfalls ließe sich kein sinnvolles System erstellen.

¹³ *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 26 f., 76; Vgl. zur Bedeutung dieser Axiome ebenso *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, 97 f.

¹⁴ Vgl. *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 76.

¹⁵ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2012, 97 f.; bezeichnet als Zeit-Konsistenz bei *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 76 f.

¹⁶ Jedenfalls für die meisten Anwendungsfälle der Mikroökonomie wird eine statische Analyse verwendet, vgl. *Varian*, Intermediate Microeconomics, 2014, 95 f.

¹⁷ „ $u > v$ is a complete ordering of [a system] U “, „For any two v, u one and only one of the three following relations holds: $u = v, u > v, u < v$ “, *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 26.

¹⁸ „ $u > v, v > w$ imply $u > w$ “, *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 26.

¹⁹ Logische Voraussetzung einer Axiomatisierung, vgl. *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 76; vergleiche aber beispielhaft bei *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 77 f.

Und schließlich müssen die Präferenzen konsistent sein. Das heißt, dass die Präferenzen zwischen verschiedenen Alternativen auch in Kombination mit anderen dieselben bleiben müssen.²⁰ Es darf also keine Sprünge in der Präferenzordnung geben.²¹

2. Präferenzbestimmung

Damit die Präferenzen nach den eben dargestellten logischen Regeln geordnet werden können, müssen sie bewertet werden. Für das Rationalverhaltensmodell, das menschliches Verhalten prognostizieren will, ist es aus diesem Grunde unerlässlich, sich auch mit der Frage auseinanderzusetzen, nach welchen Kriterien Menschen ihre Handlungsalternativen bewerten.

Die entscheidende Idee des Rationalverhaltensmodells ist es, die Frage nach dem konkreten Maßstab, mit dem Verhalten bewertet wird, soweit möglich offen zu lassen. Das Modell bezieht sich auf einen rein subjektiven Maßstab der Präferenzbewertung. Der Maßstab wird also allein durch die Personen gebildet, die sich zwischen mehreren Alternativen entscheiden müssen und sich dabei an dem Nutzen orientieren, den sie sich von den Alternativen erwarten.²² Der Nutzen bezeichnet daher in der modernen Ökonomie lediglich, welche Handlung eine Person subjektiv gegenüber anderen Handlungsalternativen mit Blick in die Zukunft für vorzugswürdig hält.²³ Zwar übernimmt das Modell damit nominell den Nutzen als Maßstab aus dem Utilitarismus, es entfernt sich aber entscheidend von den objektiven Ansätzen, nach denen der klassische Utilitarismus den Nutzen bestimmen wollte.²⁴

Weil nach dem Konzept des Rationalverhaltensmodells der Nutzen rein subjektiv bestimmt wird, kann das Modell nur mit Hilfskonstruktionen praktische Aussagen darüber treffen, wie groß der Nutzen bestimmter Handlungen ist. Zu diesem Zweck nimmt das Modell an, dass die Marktteilnehmer ihren erwarteten persönlichen Nutzen dadurch zum Ausdruck bringen, dass sie bereit sind eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, damit ein bestimmter

²⁰ „ $u < w < v$ implies the existence of an α with $\alpha u + (1 - \alpha)v < w$ “, *Neumann/Morgenstern*, *Theory of Games and Economic Behavior*, 1947, 26; zur Einordnung in das Kriterium der Konsistenz *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 2012, 97.

²¹ So gewendet bei *van Aaken*, „Rational Choice“ in *der Rechtswissenschaft*, 2003, 77, die dies allerdings wörtlich als Stetigkeit übersetzt und Konsistenz nur im Sinne der Zeit-Konsistenz versteht.

²² Vgl. *Neumann/Morgenstern*, *Theory of Games and Economic Behavior*, 1947, 8.

²³ *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 2014, 54; *Pindyck/Rubinfeld*, *Microeconomics*, 2012, 78; ausführliche axiomatische Darstellung bei *Jehle/Reny*, *Advanced Microeconomic Theory*, 2011, 5 ff.

²⁴ Mit Darstellung der historischen Entwicklung *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, 22 ff.

Zustand eintritt. Bei Waren oder Dienstleistungen, die auf dem Markt gehandelt werden, ist diese Summe der Preis. Dieser Ansatz wird als *revealed preference* bezeichnet.²⁵ Selbst wenn damit scheinbar ein objektiver Vergleichsmaßstab geschaffen wird, wird das Modell der subjektiven Nutzenbestimmung nicht aufgegeben. Der Preis einer Handlungsalternative ist kein objektives Kriterium für deren Wert, sondern bringt nur mittelbar dessen Bewertung durch diejenigen zum Ausdruck, die den Eintritt dieser Alternative bewerten.²⁶

Verdeutlichen lässt sich der Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Nutzenbestimmung durch einen Vergleich mit dem objektiven Nutzenbegriff im klassischen Utilitarismus. Dort wurde versucht, den Nutzen, der aus einer Handlung folgt, absolut mit kardinalen Werten festzulegen.²⁷ Dies geschah insbesondere mit dem Ziel, interpersonelle Nutzenvergleiche anzustellen.²⁸ Das heißt, dass nach einer objektiven Nutzenformel der Nutzen derselben Handlung für unterschiedliche Personen bestimmt werden sollte, um zu entscheiden, wem sie mehr nützen würde. Voraussetzung eines solchen Modells ist aber, dass ein Maßstab gebildet werden kann, anhand dessen jede denkbare Handlung für jede mögliche Person objektiv bewertet werden kann. Da sich ein solcher Maßstab nicht finden ließ und wohl kaum je finden lassen wird, wurde die Idee eines objektiven Nutzens nach erheblicher Kritik schließlich gemeinsam mit der Idee interpersoneller Nutzenvergleiche aufgegeben.²⁹

Die Parameter, nach denen Menschen ihre Präferenzen im Einzelfall bestimmen, bleiben wegen der subjektiven Nutzenbestimmung im Rationalverhaltensmodell im Ergebnis offen.³⁰ Das Modell erlaubt es deswegen nicht, vorherzusagen, welche konkreten Präferenzen Personen bilden werden, wenn sie mit einer bestimmten Entscheidung konfrontiert werden. Das Rationalverhaltensmodell beschränkt sich darauf, Situationen mit geänderten Restriktionen im statischen Vergleich zu betrachten, also nach Abschluss der

²⁵ *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 197 f.; vgl. zum Vorgehen beim *revealed preferences* genannten Ansatz *Varian*, *Intermediate Microeconomics*, 2014, 118 ff.

²⁶ *Neumann/Morgenstern*, *Theory of Games and Economic Behavior*, 1947, 8 f.; *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 197.

²⁷ *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, 22 ff., 42 ff.

²⁸ *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, 42 f. Zudem hätte mit einer solchen absoluten und kardinalen Nutzenordnung der Gesamtnutzen eines Individuums durch Addition seiner Einzelnutzen bestimmt werden können (intrapersonelle Aggregation) sowie derjenige einer Gesellschaft durch Addition des Nutzens aller Individuen (interpersonelle Aggregation), *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, 195.

²⁹ Ausführlich zur Kritik und mwN *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2015, 43 ff.; kritisch dazu *Sen*, *Commodities and Capabilities*, 2008, 12 ff.

³⁰ Statt vieler *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 40 ff.

Präferenzbildung.³¹ Dieser Umstand wird für die Modellbildung als akzeptabel hingenommen. Zum einen, weil angenommen wird, dass sich die Restriktionen schneller verändern als die Präferenzen.³² Zum anderen, da Präferenzänderungen als innere Tatsachen, wenn überhaupt, nur äußerst schwierig zu modellieren und so kaum jemals zu prognostizieren sind.³³

Ausnahme von der Grundsatzentscheidung, keine Annahmen über die Präferenzbildung zu treffen, ist allerdings die Unsicherheit über zukünftige Ereignisse. Möglicherweise stellt sich zum Beispiel erst nach Kauf einer Sache heraus, dass diese beschädigt ist. Da jede Entscheidung für die Zukunft in gewissem Rahmen ungewiss ist, geht das Modell davon aus, dass Menschen diese Unsicherheit mit einem Unsicherheitsfaktor gewichten. Dieser Faktor ergibt sich aus der Wahrscheinlichkeit, mit der bestimmte Umstände eintreten.³⁴ Gegenstand der Entscheidung ist folglich nicht der zukünftige Nutzen, sondern lediglich der zu erwartende zukünftige Nutzen.³⁵

II. Das Rationalverhaltensmodell als analytisches Werkzeug

Das Modell des rational nutzenmaximierenden Menschen, das soeben dargestellt wurde, erhebt nicht den Anspruch, menschliches Verhalten realistisch abzubilden. Es ist lediglich eine Heuristik, die durch eine Reduktion eines komplexen Sachverhalts erlauben soll, zukünftiges Verhalten zu prognostizieren. Methodologisch gesprochen besitzt es eine analytische Funktion. Dass sich Verhalten gemäß dem Modell nicht empirisch, also durch Beobachtung und Datenerhebung, belegen lässt, stellt daher grundsätzlich keinen Einwand gegen den Einsatz des Modells dar. Sinnvoll ist das Modell, solange es seinem Zweck dient, der darin besteht, menschliches Verhalten vorherzusagen. Dass das Modell nicht jeden Aspekt der Realität abbildet, ist deswegen unerheblich. Prominent wurde dieser Umstand von *Friedman* mit seinem sogenannten *As-if*-Argument formuliert, das zentrale Bedeutung für die ökonomische Diskussion über das Modell besitzt. Für das Rationalverhaltensmodell genügt demnach, dass Menschen sich verhalten, als ob (engl.: *as if*) sie seine Prämissen berücksichtigen, wenn damit hinreichend genaue Prognosen

³¹ Vgl. z.B. *Varian*, Intermediate Microeconomics, 2014, 95 f.

³² *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 2013, 40.

³³ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 33; *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus, 2013, 41.

³⁴ Einer der Hauptgedanken von *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 15 ff. war es, dass sich mithilfe dieses Faktors intrapersonell zumindest auch eine kardinale Ordnung verschiedener Nutzenzustände auf einer Intervallskala darstellen lässt.

³⁵ *Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior, 1947, 17–21 und insb. 28 Fn. 3; *Savage*, The Foundations of Statistics, 1972, 6 ff., 27 ff.

möglich sind; auf das tatsächliche Verhalten im Einzelfall kommt es nicht an.³⁶

Die Kritik, das Modell träge unrealistische Annahmen über menschliches Verhalten, geht angesichts der Funktion des Modells fehl. Dies gilt insbesondere für Kritik, die ein stark verkürztes Bild des *homo oeconomicus* verwendet, um das Modell als wirklichkeitsfremd und damit unbrauchbar abzulehnen. Solche Kritik findet sich häufig, da sie leichte Argumentation verspricht.³⁷ Indem ein modellgemäß radikal rationaler, nutzenmaximierender und rücksichtsloser Mensch dargestellt wird, lässt der offensichtliche Widerspruch zu tatsächlichem menschlichen Verhalten den Schluss auf die Fehlerhaftigkeit des Modells schnell plausibel scheinen. Damit wird aber gerade der entscheidende Umstand übergangen, dass das Modell nicht die Wirklichkeit abbilden, sondern Prognosen ermöglichen soll.

Auch fundiertere Kritik aus den Wirtschaftswissenschaften konnte zunächst nicht überzeugend darlegen, dass das Rationalverhaltensmodell als Prognosewerkzeug ungeeignet ist. Dies betrifft beispielsweise die Kritik von *Keynes*. Dieser kritisierte, dass entgegen den Modellannahmen häufig nicht etwa risikogewichtete Nutzenerwartungen Ursache menschlichen Verhaltens seien, sondern spontane Handlungen. Er beobachtete, dass sich das Verhalten von Kapitalmarktteilnehmern nicht stets mit den Prognosen der Erwartungsnutzenmaximierung deckte. Prägnant sprach er deswegen von Urtrieben (*animal spirits*), die jedenfalls teilweise Ursache für menschliches Verhalten seien.³⁸ Ähnlich kritisierte *Coase*, dass nicht bewiesen werden könne, dass Menschen versuchen würden, ihren Nutzen zu maximieren. Er schlug daher vor, den Preismechanismus ohne diese Erklärung zu verwenden.³⁹ Beide Einwände sind deskriptiv nicht von der Hand zu weisen, doch können sie beide die Grundannahmen des Rationalverhaltensmodells nicht systematisch widerlegen oder ein besseres Alternativmodell präsentieren. Insbesondere das Argument von *Keynes* weist aber deutlich auf den wichtigen Umstand hin, dass auch die Prognosefähigkeit des Modells nur beschränkt ist. Dieser Umstand spielt später für die Verhaltensökonomie eine große Rolle.

³⁶ Maßgeblich *Friedman*, in: *Essays in Positive Economics*, 1953, 14 f., 39 ff.; vgl. mwN *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus*, 2013, 30, insb. Fn. 55.

³⁷ Eine Sammlung solcher negativen, polemischen Beschreibungen mit geringem Erkenntniswert zusammengestellt hat mwN *Tietzel*, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft* 1981, 115, 116 f.

³⁸ *Keynes*, in: *Collected Writings Vol. 7: General Theory*, 2013, 161 f. Die wörtliche Übersetzung des Begriffs „animal spirits“ als „animalische Geister“ birgt im deutschen eine Konnotation, die auch die Intensität des Verhaltens betrifft, und im Kontext der Ausführungen von *Keynes* nicht intendiert scheint.

³⁹ *Coase*, *The Firm, the Market and the Law*, 1988, 3 f.

Jedoch gab es auch Kritik an den Modellannahmen, die systematische Fehler bei der Prognose durch das Modell aufzeigen konnte. Diese Kritik wurde verwendet, um das Modell und seine Prognoseleistung zu verbessern. Insbesondere gilt dies für die Einwände von *Simon*, der mit dem *Satisficers* ein eigenes Modell menschlichen Verhaltens vorschlug.⁴⁰ Dieses Modell soll berücksichtigen, dass Menschen nur über beschränkte intellektuelle Fähigkeiten und beschränktes Wissen verfügen.⁴¹ Deswegen geht *Simon* davon aus, dass Menschen sich im zeitlichen Verlauf einer Entscheidung anpassen und sich letztlich mit einem Ergebnis zufriedengeben, das nicht optimal ist, sondern nur bestimmte ausreichende Eigenschaften besitzt.⁴² Damit betont das Modell zudem den prozeduralen Ablauf menschlicher Entscheidungsfindung gegenüber der statischen Annahme des Rational-Choice-Modells.⁴³ Das Modell des *Satisficing* wurde in das Rationalverhaltensmodell inkorporiert, indem die Kosten und der Aufwand der Informationsbeschaffung in die rationale Erwartungsnutzenmaximierung einbezogen wurden.⁴⁴

III. Die Ergänzungen der Verhaltensökonomie

Die Verhaltensökonomie beschäftigt sich nun, ebenso wie die eben dargestellte Kritik von *Keynes*, *Coase* und *Simon*, mit der Frage, ob die Annahmen des Rationalverhaltensmodells zutreffen. Zu diesem Zweck verwendet die Verhaltensökonomie empirische Forschung aus der Psychologie. Ähnliche Versuche, die Vorhersagen des Modells empirisch zu untersuchen, hatten bereits begonnen, kurz nachdem von *Neumann* und *Morgenstern* ihr Modell ausformuliert hatten.⁴⁵ Im Unterschied zu anderen Ansätzen gelang es der Verhaltensökonomie zu zeigen, dass menschliches Verhalten systematisch von den Prognosen des Rationalverhaltensmodells abweicht und die Umstände zu benennen, die zu diesen Abweichungen führen.

Grundlegend für die Verhaltensökonomie war die Arbeit von *Kahneman* und *Tversky*. Diese haben den Forschungszweig geprägt, indem sie die Abweichungen menschlichen Verhaltens von den Prognosen des Rationalverhaltensmodells systematisierten. Andere Arbeiten, die in etwa zur selben Zeit entstanden, fokussierten sich vor allem darauf, empirisch festzustellen, dass

⁴⁰ *Simon*, 63 Psychol Rev 129, 129 (1956).

⁴¹ *Simon*, 69 Q J Econ 99, 103 f. (1955).

⁴² *Simon*, 69 Q J Econ 99, 108 (1955).

⁴³ *Simon*, 69 Q J Econ 99, 110 (1955).

⁴⁴ *Stigler*, 69 J Polit Econ 213, 213 ff. (1961) modelliert einen Verbraucher, der nur solange neue Informationen besorgt, bis der Zusatzaufwand der Informationsbeschaffung den Gewinn durch verringerte Unsicherheit nicht mehr ausgleicht.

⁴⁵ Vgl. z.B. früh mit differenzierendem Ergebnis *Edwards*, 51 Psychol Bull 380, 410 f. (1954).