

Sonderdruck aus:

# Polis und Kosmopolis

Festschrift für Daniel Thürer

Herausgegeben von

Giovanni Biaggini / Oliver Diggelmann / Christine Kaufmann

---

## Johannes Reich

Prof. Dr. iur., Assistenzprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht an der  
Universität Zürich

# **Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? – Potenziale und Grenzen des ›Nudging‹**



**DIKE**

ISBN 978-3-03751-727-7 Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2015  
ISBN 978-3-8487-2530-4 Nomos Verlag, Baden-Baden 2015



**Nomos**

# Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? – Potenziale und Grenzen des ›Nudging‹

Johannes Reich

## Regulierung im blinden Fleck menschlicher Kognition

Menschen »benutzen [...] fast immer Wege [...], die von anderen gebahnt worden sind« und gehen in »ihren Handlungen als Nachahmer« vor. Diese Worte brachte Niccolò Machiavelli in der für ihn charakteristischen Mischung aus anthropologischem Pessimismus und politischem Realismus 1513 zu Papier.<sup>1</sup> Ein halbes Jahrtausend später ist diese Beobachtung durch die verhaltensökonomische Forschung (›Behavioural Economics‹) in verschiedenen Konstellationen empirisch erhärtet worden: Ob es um den Umgang mit Suchtmitteln, die finanzielle Vorsorge für das hohe Lebensalter oder die Impfung unserer Kinder geht – stets bildet das zur sozialen Norm verdichtete Verhalten unserer ›Peers‹ einen wichtigen Orientierungspunkt.<sup>2</sup> Ein Verhaltensmuster, das sich auch Verwaltungsbehörden zunutze machen: Gerieten britische Steuerpflichtige in Zahlungsverzug, erhielten einige von ihnen ein Schreiben von ›Her Majesty's Revenue and Customs‹, worin festgehalten wurde, dass »neun von zehn Personen im Vereinigten Königreich ihre Steuern pünktlich« bezahlten. Das liess die Zahlungseingänge binnen rund drei Wochen im Vergleich zur Kontrollgruppe um immerhin 2,1 % ansteigen. Mit 5,1 % mehr als doppelt so hoch fiel die Zunahme jedoch bei jenen Angeschriebenen aus, denen zusätzlich mitgeteilt wurde, dass sie »derzeit zu der sehr kleinen Minderheit« derjenigen gehörten, die noch nicht

<sup>1</sup> Niccolò Machiavelli, *Il Principe* (1513), in: Philipp Rippel (Übersetzung), *Il Principe*, Stuttgart 1986, S. 41.

<sup>2</sup> David Hirshleifer, *The Blind Leading the Blind: Social Influence, Fads, and Informational Cascades*, in: Mariano Tommasi/Kathryn Ierulli (Hrsg.), *The New Economics of Human Behavior*, Cambridge UK 1995, S. 188–215, 188 f.

## Reich

bezahlt hätten.<sup>3</sup> Die zweckbestimmte sprachliche Vermittlung von Information (»Framing«) ist auch bei der Deklaration von Lebensmitteln folgenreich. Ist ein Nahrungsmittel mit »90 % fettfrei« statt mit »enthält 10 % Fett« deklariert, wird es als gesünder eingeschätzt.<sup>4</sup> Diese Erkenntnisse sind in das Verordnungsrecht der Europäischen Union eingeflossen.<sup>5</sup> Eine weitere Gelegenheit, Individuen einen sanften Schubser (»Nudge«) zu verpassen, um sie in die richtige Richtung zu lenken, bietet die menschliche Schwäche, weitreichenden Entscheidungen auszuweichen.<sup>6</sup> Wer nicht entscheidet, für den wird entschieden: Die vorgegebene Basis- oder Standard-Option (»default option«) kommt zum Zug. Denkbar ist das Modell hinsichtlich der Organspende (»Widerspruchslösung«),<sup>7</sup> Realität ist es im Elektrizitätsmarkt: Feste Endverbraucher, die sich in der Stadt Zürich nicht explizit für ein billiges, konventionell produziertes Stromprodukt entscheiden, werden aufgrund der Standard-Option zu Bezüglern von teurerer, »grüner« Energie.<sup>8</sup> Doch ist es überhaupt zulässig, gleichsam im blinden Fleck des menschlichen Bewusstseins zu regulieren?

<sup>3</sup> Michael Hallsworth/John A. List/Robert D. Metcalfe/Ivo Vlaev, *The Behavioralist as Tax Collector. Using Natural Field Experiments to Enhance Tax Compliance*, NBER Working Paper No. 20007, Cambridge MA 2014, S. 4.

<sup>4</sup> Cass R. Sunstein, *Empirically Informed Regulation*, *University of Chicago Law Review* (U. Chi. L. Rev.) 2011, S. 1353 f., 1379 f. m.w.H.; grundlegend Amos Tversky/Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, *Journal of Business* 1986, S. 254 f.

<sup>5</sup> Vgl. Erw. 24 zu und Anhang der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel, ABl. L 12 vom 18. Januar 2007, S. 3–8; European Commission, *White Paper on a Strategy for Europe on Nutrition, Overweight and Obesity Related Health Issues*, Brüssel 2007, S. 5 f., 379 f.

<sup>6</sup> Vgl. Ted O'Donoghue/Matthew Rabin, *Doing it Now or Later*, *American Economic Review* (AER) 1999, S. 119–121 (zu zukünftigen Kosten und Nutzen).

<sup>7</sup> Zur geltenden erweiterten Zustimmungslösung vgl. Art. 8 Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (SR 810.21).

<sup>8</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 2 Bundesgesetz über die Stromversorgung (SR 734.7) und Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Tarif Energie ewz.naturpower für die Stadt Zürich (AS 732.315). – Diese Wahlmöglichkeit ist per 1. Januar 2015 entfallen. Feste Endverbraucher können in der Stadt Zürich nur noch Elektrizität aus erneuerbaren Energiequellen beziehen; vgl. Art. 3 und Art. 6 je Abs. 1 Satz 1 Tarif Energie ewz.basis für die Stadt Zürich (AS 732.314).

## Verhaltensökonomische Revolution im Verwaltungsrecht?

### Implementierung – enthusiastisch und zielstrebig

Solche Fragen haben der Begeisterung, mit welcher das »Nudging«<sup>9</sup> – in diesem Beitrag neutral als »verhaltensökonomisch informierter Regulierungsansatz« bezeichnet – in Politik und Verwaltung begrüßt worden ist, keinen Abbruch getan. Vielmehr haben sich »Nudges« zum festen Bestandteil von Verlautbarungen der Europäischen Kommission zu neuen Rechtsetzungsvorhaben entwickelt, im Vereinigten Königreich wurde im »Cabinet Office« eine inzwischen in die Privatwirtschaft ausgelagerte »Nudge unit« – das »Behavioural Insights Team« – geschaffen und in den Vereinigten Staaten hatte Cass R. Sunstein – einer der Väter des Konzepts – vom September 2009 bis zum August 2012 als »Administrator of the Office of Information and Regulatory Affairs« das Amt des »Regulierungs-Zars« inne. Nicht von ungefähr sagt die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) der Verschränkung von »Behavioural Economics« und Regulierung eine goldene Zukunft voraus.<sup>10</sup> Für die steile Karriere des verhaltensökonomischen Regulierungsansatzes lassen sich zwei Hauptgründe ausmachen: Der eine ist im Wissenschaftssystem zu lokalisieren, der andere in Politik und Verwaltung.

### Wissenschaft: »Humans« statt »Econs« als Verheissung

Ab den 1960er-Jahren hat die Ökonomik auch in ihrem eigenen Verständnis einen Wandel zur »imperialistischen Wissenschaft«<sup>11</sup> durchlaufen, indem sie aussermarktliche Phänomene (Recht, Politik, Familie, Kriminalität, Sucht etc.) nach ihrer eigenen Methode – dem ökonomischen Modell menschlichen Verhaltens<sup>12</sup> – analysiert.<sup>13</sup> Dabei wird unterstellt, dass der Mensch rational handelt, auf äussere Anreize reagiert und

<sup>9</sup> Stilbildend Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 2. Auflage, New York etc. 2009.

<sup>10</sup> Vgl. Pete Lunn, *Regulatory Policy and Behavioural Economics*. OECD Publishing, Paris 2014, S. 61 f.

<sup>11</sup> George J. Stigler, *Economics: The Imperial Science?*, *Scandinavian Journal of Economics* 1984, S. 311.

<sup>12</sup> Gebhard Kirchgässner, *Homo Oeconomicus. The Economic Model of Behaviour and Its Applications in Economics and Other Social Sciences*, 3. Auflage, New York etc. 2008, S. 11–58.

<sup>13</sup> Stellvertretend Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976.

die für ihn optimale oder zumindest befriedigende Option wählt.<sup>14</sup> Unterstellt wird also ein zweckrationales, am Eigennutzen orientiertes Handeln gemäss eigenen, hierarchisch stabil geordneten Präferenzen. Der Möglichkeitsraum, innerhalb dessen der Mensch seinen Eigennutzen maximiert, wird durch äussere Restriktionen beschränkt. Verhaltensänderungen lassen sich folglich auf der Makroebene – im Sinne empirisch überprüfbarer Hypothesen – mit veränderten Restriktionen erklären.

Dieser letztgenannte Punkt begründet das Alleinstellungsmerkmal des ökonomischen Modells gegenüber rivalisierenden Erklärungsansätzen menschlichen Verhaltens. Ohne die skizzierten reduktionistischen Prämissen ist dieser Wettbewerbsvorteil allerdings kaum zu haben. Die Kritik, die sich an ihnen entzündete, sah sich regelmässig dem Vorwurf wissenschaftstheoretischer Unredlichkeit ausgesetzt, die Ökonomik an einer fehlerlosen Idealwissenschaft zu messen, ohne einen leistungsfähigeren alternativen Theorieentwurf vorzulegen.<sup>15</sup> Dieser Einwand hat erheblich an Überzeugungskraft eingebüsst, nachdem die Psychologen Amos Tversky und Daniel Kahneman in einer Vielzahl von Einzelstudien eine Reihe von systematisch auftretenden Rationalitätsdefiziten in der Form irreführender Faustregeln (Heuristiken) und kognitiver Verzerrungen nachgewiesen haben. Dazu gehören neben dem eingangs erwähnten »Framing« die Relevanz von Ausgangszahlwerten für Schätzungen (»anchoring effect«), die Überschätzung von Risiken, die uns mental präsent sind (»availability bias«), die Überbewertung von Gütern, die wir besitzen (»endowment effect«) und die Überbetonung von Verlustrisiken gegenüber Gewinnchancen (»loss aversion«), die sich zusammen zu einer übermässigen Neigung zur Beibehaltung des bisherigen Zustandes (»status quo bias«) verdichten.<sup>16</sup> Diese Forschungsanstrengungen haben eine

<sup>14</sup> Vgl. zum Konzept der begrenzten Rationalität (»bounded rationality«) Herbert A. Simon, *Rational Decision Making in Business Organizations*, AER 1979, S. 495.

<sup>15</sup> Kritisch z.B. Ralf Dahrendorf, *Homo Sociologicus*, 16. Auflage, Wiesbaden 2006, S. 19, 25 f., 76, 108; dagegen George J. Stigler, *Nobel Lecture: The Process and Progress of Economics*, *Journal of Political Economy* (J. Polit. Economy) 1983, S. 541 (»it takes a theory to beat a theory«).

<sup>16</sup> Amos Tversky/Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, *Science* 1981, S. 453–458; dies., *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, *Science* 1974, S. 1128–1130; dies., *Availability, Cognitive Psychology* 1973, S. 207–232; Daniel Kahneman/Jack L. Knetsch/Richard H. Thaler, *The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias*, *Journal of Economic Perspectives* 1991, S. 194–197; Amos Tversky/Daniel Kahneman, *Advances in Prospect Theory. Cumulative Representation of Uncertainty*, *Journal*

## Verhaltensökonomische Revolution im Verwaltungsrecht?

disziplinäre Annäherung zwischen kognitiver Psychologie, Sozialpsychologie sowie den Wirtschafts- und Neurowissenschaften eingeleitet. Die dadurch entstandene Teildisziplin ›Verhaltensökonomik‹ (›Behavioural Economics‹) arbeitet auf die Präzisierung und Erweiterung der methodischen Grundlagen der Ökonomik hin. Dabei konnten etwa Hinweise darauf gewonnen werden, dass Fairness zu den Präferenzen gehört, die menschliches Handeln beeinflussen.<sup>17</sup>

Der verhaltensökonomisch informierte Regulierungsansatz rekurriert explizit auf diese im Grenzbereich von Psychologie und Ökonomik gelegten Grundlagen: Die lebensnahen ›Humans‹, nicht die kühl berechnenden, weltentrückten ›Econs‹ sollen Regulierungstheorie und -praxis als Massfigur dienen.<sup>18</sup> Mit dieser entschiedenen Distanzierung von der durch die übrigen Wissenschaftsdisziplinen beargwöhnten neoklassischen Ökonomik verschafft sich der verhaltensökonomisch informierte Regulierungsansatz interdisziplinär Anerkennung und erhebliche Rezeptionchancen, ohne die Verbindung zu den Wirtschaftswissenschaften zu kappen.

### Politik und Verwaltung: Staatsphilosophie im Zeitgeist

Auf Politik und Verwaltung übt der verhaltensökonomisch informierte Regulierungsansatz vor allem deshalb eine scheinbar unwiderstehliche Anziehungskraft aus, weil er explizit normative Ziele verfolgt und praktische Anwendbarkeit verspricht. Als Brücke zwischen der analytischen und der normativen Ebene dient dabei das Konzept des ›libertären Paternalismus‹ (›libertarian paternalism‹).<sup>19</sup> ›Paternalismus‹ liegt vor bei einem Eingriff Dritter in die Autonomie und Willensfreiheit eines Individuums, der ohne dessen Zustimmung erfolgt und durch das wohlverstandene objektive Interesse der betroffenen Person selbst motiviert

of Risk and Uncertainty 1992, S. 310–319; zu neurowissenschaftlichen Aspekten Colin Camerer/Georg Loewenstein/Drazen Prelec, *Neuroeconomics. How Neuroscience Can Inform Economics*, *Journal of Economic Literature* 2005, S. 53.

<sup>17</sup> Vgl. Ernst Fehr/Klaus M. Schmidt, *A Theory of Fairness, Competition, and Cooperation*, *Quarterly Journal of Economics* (Q. J. Econ.) 1999, S. 817–828, 855 f.

<sup>18</sup> Vgl. Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 6 f.

<sup>19</sup> Vgl. Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein, *Libertarian Paternalism*, *AER* 2003, S. 175–179.

ist.<sup>20</sup> Für die Verfechter des verhaltensökonomisch informierten Regulierungsansatzes verdient ein Handeln allerdings bereits dann die Bezeichnung »paternalistisch«, wenn die Verwaltung ohne Beeinträchtigung individueller Autonomie durch bloße Information ihre eigene Beurteilung von Nutzen und Gefahr bestimmter Verhaltensweisen an die Stelle derjenigen des Individuums zu setzen versucht.<sup>21</sup> »Libertär« und »sanft« (»soft«) soll der Paternalismus deshalb sein, weil dem Individuum – ganz im Sinne des Bildes vom sanften »Schubser« – die Freiheit belassen wird, sich entgegen der paternalistischen Anweisung zu verhalten.<sup>22</sup> Mit Verweis auf die erwähnten irreführenden Heuristiken und kognitiven Verzerrungen plädiert der verhaltensökonomisch informierte Regulierungsansatz im Sinne dieses »libertären Paternalismus« für Anpassungen der »Entscheidungsarchitektur«, also des sozialen Kontexts, in dem Individuen ihre Entscheidungen treffen.<sup>23</sup> Beispielsweise können die Überbewertung von eigenem Besitz (endowment effect), die Überschätzung von Verlustrisiken gegenüber Gewinnchancen (loss aversion) und die Neigung zur Beibehaltung des Status quo (status quo bias) Arbeitnehmende dazu verleiten, bei Gehaltserhöhungen davon abzusehen, einen Anteil ihrer zusätzlichen Einkünfte in ihre Altersvorsorge zu investieren. Geht man von der Prämisse aus, dass dies ihrem langfristigen objektiven Interesse zuwiderläuft, kann der Einbezug von Lohnveränderungen in die Vorsorgelösung zur Standard-Option erhoben werden. Arbeitnehmende können sich weiterhin gegenteilig entscheiden, müssen dies aber im Sinne eines »Opt-out« ausdrücklich tun.<sup>24</sup>

Der herrschende staatsphilosophische Zeitgeist wird mit dem »liberalen Paternalismus« nahezu perfekt bedient. Mit dem Liberalismus ist das Versprechen eines »kleineren und bescheideneren« Staates<sup>25</sup> verknüpft, der das im Sinken begriffene Vertrauen in die Problemlösungsfähigkeit internationaler, supranationaler und nationalstaatlicher Institutionen resorbiert. Gleichwohl sollen Bürgerinnen und Bürger nicht sich

<sup>20</sup> Eingehend Gerald Dworkin, *Defining Paternalism*, in: Christian Coons/Michael Weber (Hrsg.), *Paternalism*, Oxford/New York 2013, S. 25–38.

<sup>21</sup> Vgl. Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 5.

<sup>22</sup> Vgl. Cass R. Sunstein/Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, *U. Chi. L. Rev.* 2003, S. 1170.

<sup>23</sup> Cass R. Sunstein, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, *Yale Law Journal* 2013, S. 1835.

<sup>24</sup> Richard H. Thaler/Shlomo Benartzi, *Save More Tomorrow*, *J. Polit. Economy* 2004, S. 164–187; ferner O'Donoghue/Rabin, (Anm. 6), S. 119–121.

<sup>25</sup> Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 14 (im Haupttext übersetzt).

## Verhaltensökonomische Revolution im Verwaltungsrecht?

selbst und damit der berüchtigten »sozialen Kälte« überlassen werden. Vielmehr soll der Staat den Menschen mit »besserer Governance«<sup>26</sup> aktiv zur Seite stehen und ihnen mit Anreizen und »Schubsern« zu »echter« (Wahl-)Freiheit verhelfen. Damit macht sich der Theorieentwurf auch für den politischen Konservatismus attraktiv. Während dieser in den 1980er-Jahren die Existenz einer »Gesellschaft« rundweg negiert hatte, gibt er sich seit der Jahrtausendwende als mitfühlend (»compassionate«) und propagiert eine inklusive »Big society«.<sup>27</sup> Diese Anziehungskraft erkaufte sich der verhaltensökonomische Regulierungsansatz freilich mit einem engen Freiheitsverständnis. Freiheit schrumpft auf die formale Möglichkeit des Individuums zusammen, unter verschiedenen, auch bloss vorgegebenen Handlungsoptionen zu wählen.<sup>28</sup> Irrelevant ist daher, ob eine Entscheidung Resultat eines bewussten, abwägenden und begründeten Denkprozesses ist oder bloss habituell oder gar unbewusst aufgrund einer sublimen Handlungsanweisung erfolgt. Dadurch wird der Freiheitsbegriff von der persönlichen Autonomie entkoppelt, für welche die individuellen Gründe, die das eigene Handeln anleiten, konstitutiv sind.<sup>29</sup>

### Nicht alle »Schubser« sind gleich

Der Rekurs auf einen reduktionistischen Freiheitsbegriff bildet für sich allein zwar noch kein absolutes Hindernis, »Schubser« (»Nudges«) rechtsnormativ zu verankern, weist jedoch darauf hin, dass die rechtliche Zu-

<sup>26</sup> Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 14 (im Haupttext übersetzt).

<sup>27</sup> Vgl. Margaret Thatcher, Interview mit »Woman's Own« vom 23. September 1987: »[W]ho is society? There is no such thing! There are individual men and women and there are families [...]«, URL: »<http://www.margaretthatcher.org/speeches/displaydocument.asp?docid=106689>»; zu George W. Bushs »compassionate conservatism« vgl. Office of the Press Secretary, Fact Sheet: Compassionate Conservatism, 30. April 2002, URL: »<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2002/04/20020430.html>»; zur »big society« vgl. Invitation to Join the Government of Britain. The Conservative Manifesto 2010, S. VIII, 37–39, URL: »<http://www.conservatives.com/~media/files/activist%20centre/press%20and%20policy/manifestos/manifesto2010>«.

<sup>28</sup> Vgl. Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 5, 199, 255.

<sup>29</sup> Vgl. Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch (1793), Hamburg 1992, S. 60/B 21/N 10; ferner Isaiah Berlin, Two Concepts of Liberty (1958), in: Henry Hardy (Hrsg.), Liberty, Oxford/New York 2008, S. 178 f.; Joseph Raz, The Morality of Freedom, Oxford 1986, S. 408 f.



lässigkeit eines das menschliche Verhalten beeinflussenden Instruments aufgrund seiner *Wirkungsweise* und *Eingriffsintensität* und mit Blick auf das tangierte *Rechtsgut* im Einzelfall zu prüfen ist. Bildlich gesprochen ist also relevant, ob der ›Schubser‹ gleichsam aus dem Hinterhalt verabreicht wird, mit welcher Heftigkeit er erfolgt und in welche Richtung er weist.

Hinsichtlich ihrer Wirkungsweise verstossen jene ›Schubser‹ gegen die Verpflichtung nationalstaatlicher und supranationaler Behörden auf Treu und Glauben,<sup>30</sup> die im strengen Sinn als *manipulativ* zu werten sind. In diesem Sinn treuwidrig wäre es beispielsweise, säumige Steuerzahler nicht bloss mit berechnend dargestellten (›Framing‹), sondern objektiv tatsachenwidrigen Informationen zu veranlassen, ihrer Zahlungspflicht nachzukommen. Zumindest nicht im strengen Sinn manipulativ und daher nicht treuwidrig sind dagegen ausgeklügelt angeordnete Strassenmarkierungen, die Fahrzeuglenkern den falschen optischen Eindruck vermitteln, mit zunehmender Geschwindigkeit unterwegs zu sein.<sup>31</sup> Die kreierte Illusion lässt sich nämlich durch einen Blick auf den Tachometer binnen Zehntelsekunden als solche entlarven. Nicht generell treuwidrig ist es sodann, bei bestimmten Regulierungen von systematisch auftretenden Rationalitätsdefiziten der Betroffenen auszugehen. Zwei der eingangs erwähnten Beispiele (Organspende, Stromprodukte) verdeutlichen, dass in bestimmten Konstellationen eine Entscheidung seitens des Rechtsunterworfenen erfolgen *muss*. Unterbleibt dieser Entschluss, kommt jene Standard-Option (›default option‹) einer neutralen ›Entscheidungsarchitektur‹ am nächsten, die den Präferenzen der Mehrheit der Betroffenen entspricht. Bekundete und tatsächliche Präferenzen weichen indessen zuweilen voneinander ab. Menschen neigen beispielsweise in Befragungen aus strategischen Gründen dazu, sozial erwünschte Präferenzen zu bekunden.<sup>32</sup> Die tatsächlich entscheidungserheblichen Präferenzen lassen sich daher nicht immer zuverlässig eruieren. Daher lässt sich die Standard-Variante auch aufgrund relevanter öffentlicher

<sup>30</sup> Zur Bindung der Europäischen Union an Treu und Glauben vgl. etwa Urteil des EuGH vom 15. Juli 1960, Rs. 43/59, 45/59, 48/59, von Lachmüller et al., Slg. 1960, S. 989 und Urteil des EuG vom 8. Mai 2007, Rs. T-271/04, Citymo SA, Slg. 2007 II-01375, Rz. 107 f.; für die Schweiz vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>31</sup> Beispiel gemäss Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 37–39.

<sup>32</sup> Dazu statt anderer Roger Tourangeau/Ting Yan, Sensitive Questions in Surveys, *Psychological Bulletin* 2007, S. 859–883.

## Verhaltensökonomische Revolution im Verwaltungsrecht?

Interessen (z.B. Förderung eines sparsamen, auf erneuerbaren Energiequellen beruhenden Stromverbrauchs<sup>33</sup>) ausgestalten, sofern dies in einem demokratischen, gesetzeskonformen Verfahren erfolgt, über das öffentlich informiert wird. Rechtlich ist daher – um eines der am Anfang erwähnten Beispiele wieder aufzunehmen – nicht zu beanstanden, wenn in der Stadt Zürich das teurere, aus erneuerbaren Energiequellen stammende Stromprodukt durch einen Beschluss des kommunalen Parlaments zur Standard-Variante erhoben wird.

Angesichts der Eingriffsintensität eines solchen »Schubser« und der tangierten, grundrechtlich geschützten Rechtsgüter unzulässig wäre dagegen die staatlich verordnete Verwendung des von den Verfechtern des verhaltensökonomisch informierten Regulierungsansatzes anempfohlenen imaginären »Civility Check«.<sup>34</sup> Dieses Computerprogramm würde einen Warnhinweis einblenden, wenn ein Benutzer im Begriff wäre, eine E-Mail zu versenden, die Kraftausdrücke enthält oder anderweitig Wut zum Ausdruck bringt. Die mit einer verordneten Verwendung des »Civility Check« einhergehende permanente Überwachung der persönlichen elektronischen Kommunikation wäre mit dem Schutz des Privatlebens und der Meinungsäusserungsfreiheit unvereinbar, auch wenn kein Zwang bestünde, dem Warnhinweis Folge zu leisten und davon abzusehen, die betreffende E-Mail zu versenden.<sup>35</sup> Eingriffsintensität und betroffenes Rechtsgut sprechen auch gegen die grundrechtliche Zulässigkeit der »Widerspruchslösung«, mit der die Einwilligung zur Organspende im Sinne eines stillschweigenden Grundrechtsverzichts zur Standard-Option (»default option«) erhoben würde.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Vgl. z.B. für die Europäische Union Art. 194 Abs. 1 Bst. c Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 47–390); für die Schweiz Art. 89 Abs. 1 BV (Anm. 30).

<sup>34</sup> Beispiel gemäss Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 237 f.

<sup>35</sup> Zu den grundrechtlichen Bezügen vgl. für die Europäische Union Art. 7 und Art. 11 Abs. 1 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 83 vom 30. März 2010, S. 389–403), für die Schweiz Art. 13 Abs. 1 und Art. 16 BV (Anm. 30) sowie Art. 8 und Art. 10 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

<sup>36</sup> A.M. Thaler/Sunstein (Anm. 9), S. 177–184.

### Fazit: differenzierte Integration statt Selbstüberschätzung

Das Versprechen des ›libertären Paternalismus‹, Anti-Etatismus mit gesellschaftlicher Solidarität zu versöhnen, und die Verheissung, den ›echten‹, defizitären Menschen zur Massfigur der Regulierung zu erheben, haben die steile Karriere des verhaltensökonomisch informierten Regulierungsansatzes befeuert. Anders als diese Euphorie glauben machen will, sind die ›Schubser‹ aber keine evidenzbasierten, polyvalenten regulatorischen Werkzeuge, die den Antagonismus von Freiheit und Zwang harmonisch aufheben. Der Ausdruck ›Schubser‹ (›Nudges‹) erweist sich vielmehr als ein Harmlosigkeit suggerierender Sammelbegriff, der auf einen verengten Freiheitsbegriff rekurriert und eine Vielzahl von Regulierungsinstrumenten unter einem Dach vereint, die rechtsnormativ aufgrund ihrer Wirkungsweise und Eingriffsintensität sowie mit Blick auf das tangierte Rechtsgut einzeln ganz unterschiedlich zu bewerten sind. Vor diesem Hintergrund erinnern die in den verhaltensökonomisch informierten Regulierungsansatz gesetzten Hoffnungen an die Tendenz vieler Menschen, ihre eigenen Fähigkeiten systematisch zu überschätzen.<sup>37</sup>

Im Sinn eines differenziert-integrativen Vorgehens vielversprechend erscheint demgegenüber ein Zugang, der das an der disziplinären Grenze von Neurowissenschaften, Psychologie und Wirtschaftswissenschaften erweiterte und präzisierete Verständnis menschlichen Verhaltens für die Wissenschaft vom europäischen und nationalen Öffentlichen Recht fruchtbar macht.<sup>38</sup> Einer sich als handlungs-, entscheidungs- und wirkungsorientierte Disziplin verstehenden Verwaltungsrechtswissenschaft wird dadurch die Möglichkeit geboten, Konsequenzen von Regulierungsmassnahmen präziser abschätzen zu können, unbeabsichtigte Folgen zu vermeiden und Information nicht nur rechtlich präzise und inhalt-

<sup>37</sup> Vgl. Brad M. Barber/Terrance Odean, Boys Will be Boys. Gender, Overconfidence, and Common Stock Investment, Q. J. Econ 2001, S. 261–292 (zur besonders bei Fondsmanagern – in geringerem Mass auch bei Fondsmanagerinnen – ausgeprägten kontrafaktischen Überzeugung, systematisch Renditen erzielen zu können, die über der durchschnittlichen Marktentwicklung liegen).

<sup>38</sup> Zum methodischen Ansatz Andreas Vosskuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Assmann/Andreas Vosskuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, 2. Auflage, München 2012, § 1 N 76; Johannes Reich, Regulierung, Regulierungsrecht und Regulatory State, Forum Historiae Iuris vom 22. Mai 2013, N 14, 42, URL: <<http://www.forhistiur.de/media/zeitschrift/1305reich.pdf>>.

## Verhaltensökonomische Revolution im Verwaltungsrecht?

lich akkurat, sondern auch verständlich und mit Blick auf das verfolgte Ziel »eingerahmt« (»framed«) zu vermitteln. Andeuten lässt sich dieses Potenzial anhand der von Kantonen und Gemeinden unternommenen Anstrengungen, die Verunreinigungen von Strassen, Plätzen, Parks und öffentlichen Verkehrsmitteln durch unbedacht oder absichtlich fallen und liegen gelassene Abfälle (»Littering«) einzudämmen.<sup>39</sup> Das Bundesgericht hat es für grundsätzlich zulässig gehalten, mit »Littering« verbundene Reinigungskosten »durch Erhebung eines entsprechenden Zuschlags« jenen Betrieben aufzuerlegen, die »in besonderer Weise zur Entstehung des im öffentlichen Raum beseitigten Abfalls beitragen.«<sup>40</sup> Angesichts der erwähnten Fairness-Präferenzen könnte ein »Littering-Zuschlag« aus verhaltensökonomischer Sicht jedoch zu einer Zunahme von »Littering« führen. Sind Kunden von Betrieben mit abfallintensiver Geschäftstätigkeit (Kioske, Take-Away-Betriebe etc.) über den »Littering-Zuschlag« informiert, könnten sie sich auf den Standpunkt stellen, dass sie mit dem entrichteten Kaufpreis – unabhängig von ihrem eigenen Entsorgungsverhalten – die Reinigung des öffentlichen Grundes mitfinanzieren müssen, wodurch sich ihre psychologischen Kosten, selbst zu »littern«, reduzieren würden.<sup>41</sup> Massnahmen zur Stärkung der sozialen Norm des »Nicht-Litterns« (sog. »Belief-Management« durch Informationskampagnen, Aktionstage etc.), dürften daher wirkungsvoller dazu beitragen, »Littering« tatsächlich einzudämmen.

Gänzlich neu ist die Einsicht in die Effektivität solch »weicher« gegenüber »harten« Regulierungsstrategien freilich nicht. Nach der Totalrevision der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 scheiterten die Anstrengungen des Bundes, die verfassungsrechtliche Pflicht der Kantone, für »genügenden Primarunterricht« zu sorgen, rechtsnormativ zu konkretisieren.<sup>42</sup> Als erfolgreich stellte sich demgegenüber die Strategie des Bundes heraus, den hohen sozialen Stellenwert, der die Grundbildung in sämtlichen Kantonen genoss, für die Erreichung regulatorischer Ziele

<sup>39</sup> Zum Folgenden Gerhard Fehr/Marcus Veit/Alain Kamm/Luca Geisseler, Littering in der Schweiz. Studie zur Wirksamkeit von Massnahmen unter Berücksichtigung verhaltensökonomischer Erkenntnisse, Zürich 2014, S. 6, 24 f., 71 f., URL: <[http://littering-schweiz.ch/wp-content/uploads/2014/04/Studie\\_Littering\\_in\\_der\\_Schweiz.pdf](http://littering-schweiz.ch/wp-content/uploads/2014/04/Studie_Littering_in_der_Schweiz.pdf)>.

<sup>40</sup> BGE 138 II 111 E. 6 S. 133.

<sup>41</sup> Zum Phänomen, dass Menschen in Anspruch nehmen, wofür sie glauben, bezahlt zu haben, Uri Gneezy/Aldo Rustichini, A Fine Is a Price, Journal of Legal Studies 2000, S. 1–17.

<sup>42</sup> Vgl. Bundesblatt (BBl) 1882 IV, S. 632 (»Schulvogt-Vorlage«).

## Reich

einzusetzen. Die nach Kantonen geordnete Veröffentlichung der Resultate der Rekrutenprüfungen (»Ranking«) befeuerte den interkantonalen Wettbewerb und löste erhebliche Investitionen der Kantone in ihre Bildungseinrichtungen aus.<sup>43</sup> Vernehmbar befriedigt stellte der Bundesrat am 3. Juni 1880 fest, dass es »nur der Veröffentlichung der Resultate [der pädagogischen Rekrutenprüfungen und] ihrer jährlichen vergleichenden Zusammenstellung« bedurft habe, »um in den Kantonen sofort [...] intensive Bestrebungen zur Verbesserung ihrer Schulerfolge zu veranlassen.«<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Vgl. Claudia Crotti/Katharina Kellerhals, »Mögen sich die Rekrutenprüfungen als kräftiger Hebel für Fortschritt im Schulwesen erweisen!«, PISA im 19. Jahrhundert [...], Schweizerische Zeitschrift für Bildungswissenschaften 2007, S. 54–58.

<sup>44</sup> Botschaft des Bundesrates betreffend die Vollziehung des Art. 27 der Bundesverfassung, BBl 1880 III, S. 188.