

Englerth, Markus

Working Paper

Behavioral Law and Economics : eine kritische Einführung

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2004/11

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Englerth, Markus (2004) : Behavioral Law and Economics : eine kritische Einführung, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2004/11, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/19893>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Preprints of the
Max Planck Institute
for Research on Collective Goods
Bonn
2004/11

Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung

Markus Englerth



Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung

Markus Englerth

November 2004

Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung

Markus Englerth

Gliederung

I)	Einleitung	3
II)	Theoretischen Grundlagen und die verhaltenswissenschaftliche Kritik an Law and Economics	4
1.)	Das neoklassische Verhaltensmodell	4
a)	Das konzeptionelle Eigeninteresse.....	7
aa)	Der ambivalente Charakter des Homo Oeconomicus	7
bb)	Schwache Konzepte von Eigennutz.....	7
cc)	Starke Konzepte von Eigennutz.....	9
dd)	Ultimatums spiel, Diktators spiel und Fairness	10
ee)	Verzerrte Fairnesswahrnehmungen: Self-serving Bias	14
ff)	Ergebnisse	15
b)	Stabile Präferenzen	16
aa)	Exogene versus endogene Präferenzen	16
bb)	Präferenzumkehr.....	17
cc)	Dynamische Inkonsistenz und Selbstdisziplin	18
dd)	Aversion gegen Extreme.....	19
ee)	Anchoring (1).....	19
ff)	Prospect Theory.....	20
gg)	Ergebnisse	26
c)	Inputgewinnung, Inputverarbeitung und Optimierung	26
aa)	Begriffliche Klärungen	26
bb)	Heuristiken	28
cc)	Anchoring (2).....	30
dd)	Überzogener Optimismus	30
ee)	Hindsight Bias	31
ff)	Ergebnisse	32
2.)	Konzeptionelle Konsequenzen	33
a)	Die ökonomische Komponente.....	33
b)	Die empirisch-verhaltenswissenschaftliche Komponente	34
c)	Quasi-Rationalität	35
d)	Die juristische Komponente	36
e)	Konzeptionelle Unterschiede	36

III) Anwendungen	39
1.) Allgemeines	39
2.) Deskriptive Anwendung	39
a) Das Zustandekommen von Gesetzen	39
b) Beispiel – “character evidence”	40
c) Beispiel – Umweltgesetzgebung.....	40
d) Beispiel – Verbot von Schwarzhandel	41
3.) Normative Konsequenzen.....	42
a) Strafrecht.....	42
b) Eigentum	43
c) Deliktsrecht.....	45
d) Vertragsrecht.....	47
IV) Rechtspolitische Tendenz – Das Paternalismusproblem	50
1.) Paternalismus als Reaktion auf begrenzte Rationalität?	50
a) Das Autonomie-Argument	52
aa) Ein „einfaches“ Beispiel.....	52
bb) Der deskriptive Fehlschluss	53
cc) Der normative Fehlschluss.....	54
dd) Ambivalenz – Die Verwechslung von Legitimation und Anlass	55
ee) Versteckter Perfektionismus.....	58
b) Das Kosten-Nutzen-Argument.....	60
aa) Versteckte Fairnessargumente	61
bb) Utilitarismus und systematische Kontingenzt	64
cc) Das Kosten-Nutzen-Argument im Umkehrschluss	65
c) Selbstpaternalismus und Demokratie	66
2.) Schlussfolgerung	67
V) Kritik und Ausblick.....	70
Bibliographie.....	76

Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung

Entdeckung beginnt mit der Wahrnehmung von Anomalien (THOMAS S. KUHN)¹

I) Einleitung

Vor etwas mehr als vier Jahrzehnten nahm ein Paradigmenwechsel seinen Anfang, der die US-amerikanische Rechtstheorie und -praxis grundlegend verändern sollte. Der zündende Funke für diese Revolution wurde jedoch nicht an einer der zahlreichen *Law Schools* entfacht; es waren Ökonomen wie der spätere Nobelpreisträger RONALD COASE, die den amerikanischen Juristen das Feuer brachten, in dessen Licht sich viele Rechtsfragen völlig neu darzustellen begannen. Mit einem bahnbrechenden Aufsatz² gab COASE den Startschuss für den Einzug genuin ökonomischen Denkens in die juristischen Fakultäten der Vereinigten Staaten, welcher sich in den folgenden Jahrzehnten zu einem wahren Triumphzug entwickelte. Darin entfaltete er die grundlegende Einsicht, dass sich die Auswirkungen des Rechtes nicht allein anhand seiner inhaltlichen Ge- oder Verbote bestimmen ließen, sondern dass eine Analyse stets die Reaktionen der Menschen auf einzelne Normen im Auge haben müsse. Die Lehre, dass das Recht das Verhalten der Menschen nicht unmittelbar diktiert, sondern lediglich Preise für bestimmte Verhaltensweisen aufstellt, welche die Adressaten in ihre individuellen Kosten/Nutzen-Rechnungen einbeziehen, wird heute bereits an vielen Law Schools von Professoren vermittelt, die von Hause aus (und teils sogar ausschließlich) vollausgebildete Ökonomen sind. Die Beschäftigung mit den Anreizwirkungen des Rechtes gehört zum Standardrepertoire der US-Juristen. Das ökonomische Argument dient ihnen nicht nur zur Erklärung des bestehenden Rechts, sondern wird auch als Rechtfertigung für Reformen herangezogen. Prominente Geburtshelfer des Law-and-Economics-Ansatzes wie, allen voran, RICHARD A. POSNER³ haben als Richter an höheren Gerichten die ökonomische Analyse in die Praxis hinein getragen. Will man eine Zwischenbilanz ziehen, lässt sich ohne Übertreibung feststellen, dass die Law-and-Economics-Revolution mit der Eroberung einer gesicherten, wenn nicht sogar dominanten Position im juristischen Diskurs der USA ein bedeutsames Ziel erreicht hat. Die heutige Hauptbastionen der Revolutionäre, das *Journal of Law and Economics* sowie das *Journal of Legal Studies* zählen zu den renommiertesten juristischen Fachzeitschriften der USA⁴. Dennoch dürfte die Feierstimmung zum vierzigsten Geburtstag von Law and Economics vor einigen Jahren eher durchwachsen gewesen sein. Zunehmend erfährt die auf den Annahmen der neoklassischen Ökonomie ruhende Analyse des Rechts Kritik und Konkurrenz durch andere sozialwissenschaftliche Disziplinen. Die vorderste Front bilden dabei die klassischen Verhaltenswissenschaften, insbesondere die kognitive Psychologie. Ihre Kritik zielt ins Herz der Law-and-Economics-Doktrin, scil. auf die Annahme rationalen Verhal-

1 *Kuhn, Thomas* The Structure of Scientific Revolutions, S. 52. (Übersetzung durch Verfasser)

2 *Coase, Ronald*: The Problem of Social Cost, in: J.L.& ECON. 3 (1960), S.1.

3 *Posner, Richard*: ist Richter am U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit und Autor zahlreicher Standardwerke zu Law and Economics, vgl. etwa *The Economics of Justice* (1983) sowie *Economic Analysis of Law* (1998).

4 *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas*: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1056 Fn.14.

tens. Über diese Kritik und mögliche Konsequenzen wird im Folgenden ein Überblick gegeben. Zunächst soll hierbei ausgeleuchtet werden, an welchen Stellen nach Ansicht der Vertreter von Behavioral Law and Economics die neoklassische Ökonomie als Grundlage eines Verhaltensmodells versagt, und was den Alternativansatz konzeptionell ausmacht (II). Im darauf folgenden Abschnitt sollen die praktischen Implikationen der Befunde für die Rechtswissenschaft anhand von Fallbeispielen aus dem US-amerikanischen Rechtsraum verdeutlicht werden (III).⁵ Ein weiterer Unterpunkt geht auf die rechtspolitischen Konsequenzen und Schwierigkeiten ein (IV). Schließlich sollen einige besonders häufige Einwände gegen den Alternativansatz näher beleuchtet werden (V).

II) Theoretischen Grundlagen und die verhaltenswissenschaftliche Kritik an Law and Economics

1.) Das neoklassische Verhaltensmodell

Um die verhaltenswissenschaftlich orientierte Kritik an Law and Economics zu verstehen, ist es notwendig, sich bewusst zu machen, dass der Law-and-Economics-Ansatz selbst eine Verhaltensannahme beinhaltet – die der „rational choice“.⁶ Über alle Maßen komprimiert lässt sie sich dieses Konzept mit seinen Grundannahmen wie folgt umreißen: Menschen handeln rational, indem sie über einer individuellen aber stabilen Präferenzordnung (1) und unter Berücksichtigung der optimalen Menge an Informationen sowie anderer Inputs (2) ihren Nutzen maximieren (3).⁷ Die Bedeutung dieses Verhaltensmodells ist kaum zu überschätzen. Man hat es – wohl zu Recht – den wichtigsten Einzelbeitrag des Law-and-Economics-Ansatzes zur Rechtswissenschaft genannt⁸. Rational Choice liefert ein ebenso schlichtes wie geschlossenes Modell menschlichen Verhaltens, welches den Anspruch erhebt, die durch COASE an die Rechtswissenschaft gestellte Aufgabe zu bewältigen, nämlich eine Aussage darüber zu formulieren, wie Menschen auf die Anreizwirkungen von Rechtsnormen reagieren werden. Ist es gelungen, diesen Anspruch durch den Rekurs auf die neoklassische Preistheorie einzulösen? Beachtliche Anfangserfolge dürften kaum bestritten werden. Ohne jeden Zweifel hat die Rational-Choice-Forschung viel zum besseren Verständnis der Anreizwirkungen des Rechts beigetragen. Inzwischen scheint der Ansatz jedoch immer häufiger an Grenzen zu stoßen. Neue Erkenntnisgewinne sind, wie vielfach eingestanden wird⁹, immer seltener zu verzeichnen. Stattdessen mehrt sich die Kritik am neoklassischen Verhaltensmodell als Grundlage rechtlicher Argumentation. Und wieder hat der Angriff

5 Die Teile II und III lehnen sich bezüglich Schwerpunktsetzung und Materialauswahl an die einführenden Arbeiten von *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1593 sowie *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science*, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1053 an. Die Schlussfolgerungen und methodischen Konsequenzen in unserer Arbeit weichen jedoch von diesen Aufätzen bisweilen deutlich ab.

6 *Arlen, Jennifer: The Future of Behavioral Analysis of Law*, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1765.

7 Ausführlich *Becker, Gary: The Economic Approach to Human Behavior*, S. 14.

8 *Ulen, Thomas: Firmly Grounded: Economics in the Future of Law*, in: WISC.L.REV. 3 (1997), S. 433.

9 Exemplarisch *Baird, Douglas: The Future of Law and Economics: Looking Forward*, in: U.CHI.L.REV. 64 (1997), S. 1129 und *Epstein, Richard: Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future*, ebd., S. 1167.

auf das etablierte juristische Standardmodell seinen Ausgangspunkt nicht originär an den juristischen Fakultäten. Die Gegner von Law and Economics bedienen sich stattdessen im Arsenal der klassischen Verhaltenswissenschaften. Munitioniert mit Erkenntnissen aus der Psychologie und psychologisch fundierten Ökonomie haben sie das Kreuzfeuer auf fundamentale Kernannahmen von Law and Economics eröffnet. Ihre Kernthese lautet: Das auf der neoklassischen Standardökonomie aufbauende Modell der ökonomischen Analyse des Rechts liefert – soweit es überhaupt falsifizierbare Aussagen generiert – Verhaltensprognosen, die in der realen Welt widerlegt werden. Die Behauptung stützt sich auf neuere, psychologisch informierte Strömungen in der Ökonomie, deren Ausgangspunkt sich auf die Mitte der 1970er Jahre datieren lässt. Damals begannen der Psychologe DANIEL KAHNEMAN und der Ökonom AMOS TVERSKY ihre Forschungsarbeit, die in die Formulierung der mit dem Rationalmodell konkurrierenden und heute einflussreichen *Prospect Theory* münden sollte¹⁰. Darin versuchten sie, etliche systematische Devianzen vom durch das Rational-Choice-Modell vorhergesagten Verhalten in einem einheitlichen Ansatz zu integrieren. Bereits zuvor, Mitte der 50er Jahre, hatte HERBERT SIMON¹¹ den Begriff *bounded rationality* für die von ihm beobachteten Abweichungen vom Rational-Choice-Modell geprägt und versucht, die Einsichten der kognitiven Psychologie mit dem ökonomischen Rationalitätspostulat zu harmonisieren – allerdings in einer fest der Standardökonomie verhafteten Weise. In den 80er und insbesondere den 90er Jahren erfuhren jene Ansätze im Grenzbereich zwischen Verhaltenswissenschaft und Ökonomie, oft *behavioral decision theory* genannt, gesteigerte Aufmerksamkeit an den wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten. Teils sehr prominente Ökonomen wie GEORGE AKERLOF¹², KENNETH ARROW¹³, COLIN CAMERER¹⁴, MATTHEW RABIN¹⁵, REINHARD SELTEN¹⁶ und RICHARD THALER¹⁷ traten in die Fußstapfen von KAHNEMAN und TVERSKY und begannen teilweise in Laborexperimenten klassische Rational-Choice-Überzeugungen auf die Probe zu stellen. Von einigen Ausnahmen¹⁸ abgesehen dauerte es relativ lange, bis die *behavioral decision theory* als neue ökonomische Subdisziplin auch in der Rechtswissenschaft wahrgenommen und für ihre Zwecke ausgewertet wurde. Ein in der *Southern California Law Review* veröffentlichtes Symposium im Jahre 1986 war noch von überwiegend kritischen Stimmen dominiert. Gleichwohl stellte es einen Wendepunkt dar, indem es die neuen interdisziplinären Forschungsansätze der *behavioral decision theory* in den Fokus einer größeren Schar von Juristen rückte. In der Folgezeit wuchs das Interesse an den Arbeiten zwischen Ökonomie und Verhaltenswissenschaften stetig – belegt von einer Flut an Büchern und

10 Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, in: *ECONOMETRICA* 47 (1979), S. 263.

11 Simon, Herbert: *A Behavioral Model of Rational Choice*, in: *QUART.J.ECON.* 69 (1955), S. 99.

12 Akerlof, George: *Procrastination and Obedience*, in: *Am. Economics Review* 81 (1991), S. 1.

13 Arrow, Kenneth: *Rationality of Self and Others in an Economic System*, in: *Journal of Business* 59 (1986), S. 385.

14 Camerer, Colin: *Behavioral Game Theory* (2003).

15 Rabin, Matthew: *Incorporating Fairness into Game Theory and Economics*, in: *AM.ECON.REV.* 83 (1993), S. 1281; und *ders.* *Psychology and Economics*, in: *J.ECON.LITERATURE* 36 (1996), S. 11

16 Gigerenzer, Gerd/ Selten, Reinhard: *Rethinking Rationality* in: *dies.* (Hrsg.) *The Adaptive Toolbox* (2001), S. 1 ff.

17 Thaler, Richard: *Quasi-Rational Economics* (1991) und *ders.*: *Doing Economics without Homo Economicus*, in: Medema, Steven/ Samuels, Warren (Hrsg.) *Foundations of Research in Economics* (1996).

18 Z.B. Kelman, Mark: *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, in: *S.CAL.L.REV.* 52 (1979), S. 669.

Aufsätzen, die in teils sehr unterschiedlicher Manier darauf abzielten, die neue Forschungsrichtung für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen¹⁹. Insbesondere die Plädoyers von ELLICKSON²⁰ sowie JOLLS, SUNSTEIN und THALER²¹ für eine stärkere Berücksichtigung psychologischer sowie soziologischer Einsichten riefen ein lautstarkes (und äußerst kontroverses) Echo hervor.

Die behaviorale Kritik hätte nicht die durchschlagende Wirkung gezeitigt, die sich heute feststellen lässt, hätte sie sich lediglich darauf beschränkt, gleichsam intuitiv festzustellen, dem Homo Oeconomicus mangle es an Menschlichkeit. Dieser Einwand – in der Vergangenheit häufig erhoben – wird heute wissenschaftlich nicht mehr akzeptiert. Wie DAHRENDORF sagt: „Aus der ökonomischen Theorie ist die lange Diskussion darüber, ob das Modell des ständig Nutzen und Nachteil abwägenden *Homo Oeconomicus* ein realistisches Abbild des wirtschaftenden Menschen sei, heute eindeutig dahingehend entschieden worden, dass solcher Realismus ganz unnötig sei, solange die mit diesem Modell arbeitenden Theorien (...) brauchbare Prognosen liefern.“²² Hieran muss sich letztlich auch die ökonomische Analyse des Rechts messen lassen. Daher greifen die Vertreter von Behavioral Law and Economics gerade diesen Punkt auf und versuchen den Gegenbeweis zu erbringen. Unter Berufung auf zahlreiche experimentelle Befunde aus der oben zitierten Forschung wollen sie menschliches Verhalten besser erklären und treffender prognostizieren, als die klassische Law-and-Economics-Forschung es bislang vermocht hat.

Im Folgenden sollen diejenigen Forschungsergebnisse aus der verhaltenswissenschaftlich-informierten Ökonomie dargestellt werden, die sich als besonders fruchtbar für eine rechtswissenschaftliche Aufarbeitung erwiesen haben und gleichsam das Fundament von Behavioral Law and Economics bilden.²³ Dabei wird eine Darstellungsweise gewählt, die an den Einzelkomponenten des ökonomischen Modells der Neoklassik, wie es oben dargestellt wurde, entlang schreitet und diese einer Kritik aus der Perspektive der neueren Forschungsarbeiten unterzieht. So wird zunächst die „Eigeninteressiertheit“ des homo oeconomicus behandelt, von der neuere Forschungen systematisch Abweichungen feststellen wollen. Umstandsabhängig seien die meisten Individuen deutlich selbstloser oder gehässiger als das Standardmodell prognostiziert (a). Anschließend werden systematische Urteilsverzerrungen dargestellt, die von verhaltenswissenschaftlich inspirierten Ökonomen als Beleg gegen die fehlerfreie Informationsverarbeitung gewertet werden (b). Unter Punkt (c) wird die behaviorale These beleuchtet, individuelle Präferenzen seien nicht stabil und exogen (also vom Maximierungsproblem unabhängig), wie im Ratio-

19 Eine Auflistung all dieser Publikationen würde jeden Rahmen sprengen. Daher sei nur auf zwei folgende Symposia zu unserem Thema hingewiesen: Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law, in: 51 VAND.L.REV. (1998); Empirical Legal Realism: A New Social Scientific Assessment of Law and Human Behavior, in: 97 NW.U.L.REV. 3 (2003). Für einen guten Überblick siehe Langevoort, Donald: Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship, VAND.L.REV. 51 (1998), S.1499.

20 Ellickson, Robert: Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors, in: CHI.-KENT L.REV. (1989), S. 23.

21 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1471.

22 Dahrendorf, Ralph zitiert nach Kirchgässner, Gebhard: Homo Oeconomicus (2000), S.16.

23 Einen ausführlichen und gut lesbaren Überblick aus allerdings rein ökonomischer Sicht gibt Conlisk, John: Why Bounded Rationality?, J.ECON.LITERATURE 34 (1996), S. 669.

nalmodell behauptet, sondern kontextabhängig und entsprechend leicht manipulierbar. Und schließlich werden solche Einflüsse dargestellt, die ein (dem *Homo Oeconomicus* fremder) Mangel an Selbstdisziplin auf das Verhalten realer Menschen haben kann (d).

a) *Das konzeptionelle Eigeninteresse*

aa) *Der ambivalente Charakter des Homo Oeconomicus*

Der *Homo Oeconomicus* der neoklassischen Lehre ist ein eigeninteressiertes (aber nicht zwingend egoistisches) Modellwesen, das seinen eigenen Vorteil im Rahmen der äußeren Gegebenheiten optimal zu verwirklichen sucht.²⁴ Diese Aussage ist freilich mehr formal bzw. methodologisch als inhalts geladen, so dass es kaum verwundern kann, dass über ihr materielles Substrat Bibliotheken geschrieben worden sind.

Das Eigeninteresse als das „erste Prinzip der Ökonomie“ (FRANCIS EDGEWORTH) ist im Laufe der Zeit immer wieder mit neuen, veränderten Bedeutungsgehalten aufgeladen worden. Zunächst einmal ist dieses „Wesensmerkmal“ des klassischen *Homo Oeconomicus* Ausdruck einer dezidiert ökonomischen Perspektive – des methodologischen Individualismus, der als Ausgangspunkt jeder Betrachtung das Individuum wählt und von diesem qua Aggregation zu allgemeinen Aussagen gelangt. Materiell lässt es sich deutlich schwieriger in eine feste Form gießen. KOROBKIN und ULEN²⁵ entwickeln in ihrer Kritik des Rational-Choice-Modells eine Unterscheidung zwischen verschiedenen starken bzw. schwachen Modell-Ausprägungen, auf die hier trotz der etwas unterschiedlichen Fragestellung nur leicht abgewandelt zurückgegriffen werden soll²⁶.

bb) *Schwache Konzepte von Eigennutz*

Als schwach bezeichnen KOROBKIN und ULEN diejenigen Konzepte, die wenig oder keine Aussagen über die von den Individuen verfolgten Ziele machen. Dazu zählen der von ihnen als definitorisch bezeichnete Ansatz sowie das die moderne Mikroökonomie prägende Erwartungsnutzen-Konzept (*expected utility*). Dabei ist ersterer Ansatz insofern noch schwächer als der zweite, als er es sogar ablehnt, Aussagen über die zur Zielverwirklichung eingesetzten Mittel zu machen. Bedeutsam ist das definitorische Konzept, weil Rational-Choice-Vertreter, wie KOROBKIN und ULEN richtig beobachten, häufig darauf ausweichen, um ihr Modell gegen die Kritik derjenigen zu immunisieren, die das eigennützige Nutzenmaximierungskalkül des *Homo Oeconomicus* für eine wenig realistische Annahme halten²⁷. Denn nach dem definitorischen Ansatz

24 *Kirchgässner, Gebhard: Homo Oeconomicus* (2000), S. 16 und 46 ff.

25 *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, CAL.L.REV.* 88 (2000), 1060 ff.

26 *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: aaO* (Fn.25) gehen von der weiteren Fragestellung aus, was Rational Choice sei. Den Begriff „Self-Interest“ – also Eigeninteresse – verwenden sie nur bezüglich einer der dargestellten Theorien rationaler Entscheidung. Indes unterscheiden sich die ausgewählten Rational-Choice-Modelle im Wesentlichen im Hinblick auf die verschiedene Ausfüllung des Einzelparameters „Eigeninteresse“, so dass es präziser erscheint, die Problematik unter diesem Schlagwort zu behandeln. Dies entspricht im Übrigen der hier gewählten Weise des Problemaufrisses, die sich an den Einzelaussetzungen des neoklassischen ökonomischen Modells entlang bewegt.

27 Vgl. für diese „Taktik“ exemplarisch *Posner, Richard: Economic Analysis of Law* (1998), S. 4.

lässt sich nahezu alles, was sich an tatsächlichem Verhalten beobachten lässt, mit dem Eigeninteresse-Postulat in Einklang bringen. „Man is a rational maximizer of his ends“.²⁸ Eigeninteresse bedeutet hier mithin nicht mehr zwingend die Abwesenheit von Altruismus bzw. Neid. Es mag schließlich durchaus sein, dass jemand sich besser fühlt, d.h. seinen Nutzen steigert, indem er anderen eine Wohltat erweist oder ihnen in gehässiger Weise Schaden zufügt. Da alles Bestandteil der Ziele eines Individuums sein kann, und der Ansatz weiter davon ausgeht, dass das Individuum die objektiv bestgeeigneten Mittel zur Zielverwirklichung ergreifen werde²⁹, lässt sich mit diesem Ansatz vom Verhalten des Märtyrers bis zu dem des berechnenden Karrieristen alles erklären – und nichts voraussagen, wie KOROBKIN und ULEN mit Recht kritisch bemerken. Der Versuch, dem *Homo Oeconomicus* auf diesem Wege einen neuen Farbanstrich zu verpassen, der die bunte Vielfalt realen menschlichen Handelns besser wiedergibt, führt demnach in die Tautologie-Falle. Die definitorische Korrektur wird um den Preis der Nicht-Falsifizierbarkeit und der Beschränkung auf Ex-post-Aussagen erkaufte. Der Verzicht auf normative oder empirische Aussagen zugunsten der Feststellung, dass Menschen „ihren Nutzen maximieren“ oder, nur etwas anders gewendet, auf Anreize reagieren, rückt damit näher an eine Definition von „Präferenz“ als an die Formulierung eines Verhaltensmodells³⁰. Für den Juristen, der sich mit der Wirkung von Gesetzen und dem Institutionendesign beschäftigt, ist die Möglichkeit, Aussagen über zukünftiges Verhalten zu treffen, unverzichtbar. Die nachträgliche Feststellung, dass eine Mehrzahl der Menschen ein Gesetz regelmäßig übertritt, weil dies wohl ihren Nutzen mehrt, kann ihm nicht ausreichen.

Ähnliche Einwände treffen auch das *Expected-Utility*- oder Erwartungsnutzen-Konzept, das heute in der Mikro- und Makroökonomie vorherrschend ist.³¹ Auch hiernach lässt sich über die Ziele der Individuen nichts aussagen. Diese sind wiederum exogen (also nicht durch das Maximierungsproblem) bestimmt. Allerdings formalisiert der *Expected-Utility*-Ansatz die Mittel, die zur Zielverfolgung rationalerweise gewählt werden. Nach diesem Modell führt der Entscheider eine Kosten-Nutzen-Analyse nach folgendem Muster durch:

$$EU = p_1U(x_1) + p_2U(x_2) + \dots + p_nU(x_n),$$

wobei EU den erwarteten Gesamtnutzen einer Alternative bezeichnet. $U(x_1)$ bis $U(x_n)$ kennzeichnen jeweils die Einzelnutzen bei Eintritt eines bestimmten unsicheren Ergebnisses. Diese sind wiederum mit den subjektiven Wahrscheinlichkeiten p , mit der ihr Eintritt zu erwarten ist, zu gewichten. Ein rationaler Entscheider wird die Alternative mit dem höchsten Erwartungsnutzenwert wählen. Erkennbar vermeidet dieser Ansatz die Schwächen des definitorischen Kon-

28 Posner, Richard: Are We One Self or Multiple Selves?, in: LEGAL THEORY 3 (1997), 24.

29 Problemgeladen erscheint bereits die Annahme, es gebe immer „objektiv bestgeeignete Mittel“. Dass sich überhaupt die von Rational Choice proklamierte Unterscheidung zwischen Zielen (subjektiv) und Mitteln (objektiv) konsequent durchhalten lässt, wird von vielen Kritikern bezweifelt. Vgl. dazu Kelman, Mark: Law and Behavioral Science, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1355 ff.

30 Ähnlich auch Leff, Arthur: Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism, in: VA.L.REV. 60 (1974), S. 458.

31 Grundlegend schon Savage, Leonard: The Foundations of Statistics (1954).

zepts nicht³². Das Problem der Voraussagbarkeit versteckt sich nunmehr nur in der Funktion U. Was für das Individuum Nutzen stiftet, bleibt auch hier jedweder Prognose entzogen.

Die schwachen Varianten der Rational Choice können somit jedes Verhalten – von Albert Schweizer bis Al Capone – als eigeninteressiert erklären. Der eine maximiert seinen Nutzen durch Philanthropie, weil er gerne Gutes tut (oder als jemand wahrgenommen wird, der gerne Gutes tut), der andere, indem er Raubüberfälle begeht, weil Geld ihm größere Zufriedenheit stiftet als wohltätiges Verhalten. Wo der durchschnittliche Normadressat anzusiedeln wäre, dazu schweigen sie sich aus und bleiben damit eine juristisch brauchbare Lösung für das von COASE entdeckte Problem schuldig.

cc) *Starke Konzepte von Eigennutz*

Die starken Deutungen des Eigennutzprinzips bauen auf der Expected-Utility-Version auf, machen jedoch einige Einschränkungen bezüglich dessen, was dem Akteur tatsächlich nutzt, und schränken damit die unendlichen Ausfüllungsmöglichkeiten der Funktion U erheblich ein. Die stärkste Eigennutz-Konzeption, die KOROBKIN und ULEN auf der von ihnen skizzierten Skala ausmachen, ist das Modell der Profit- oder Wohlstandsmaximierung. Nach den Voraussagen dieser Variante versuchen Akteure stets, ihre monetäre Situation zu verbessern. Ideelle und nicht monetär quantifizierbare Anreize sind zu vernachlässigen. Selbst in der Law-and-Economics-Literatur wird diese starke Annahme meist nur für Voraussagen über das Verhalten von Unternehmen fruchtbar gemacht.³³ Ihre Übertragbarkeit auf Individuen dürfte hingegen mehr als fraglich sein, vergegenwärtigt man sich, welcher Stellenwert nicht-monetären Belangen im Wertesystem realer Menschen zukommt³⁴ und wie stark diese durch den spezifischen Kontext der Entscheidung beeinflussbar sind. Der Durchschnittsmensch wird nicht bereit sein, seinem Steuerberater oder Internisten freiwillig mehr zu bezahlen, als dieser verlangt. Hingegen sind nicht wenige bereit, für Produkte, die erkennbar ohne den Einsatz von Kinderarbeit oder in besonders umweltschonenden Verfahren hergestellt wurden, einen entsprechenden Mehrbetrag zu leisten, obgleich ihr finanzieller Profit hierdurch geschmälert wird. Entsprechend wird eine Analogie nur für die Bereiche individueller Entscheidungen in finanziellen Angelegenheiten vorgeschlagen. Indes dürfte evident sein, dass die Profitmaximierungsannahme keine taugliche Basis für ein allgemeines Verhaltensmodell liefert.

So wird denn auch von Law-and-Economics-Theoretikern eine andere, ebenfalls starke Deutung des Eigeninteresse präferiert – die des klassischen *Egoismus*³⁵. Nach diesem Ansatz ist der Homo Oeconomicus weder altruistisch noch missgünstig, sein Augenmerk gilt vielmehr ausschließlich dem eigenen Vorteil. Von den schwachen Theorien unterscheidet sich diese Deutung klar

32 Allerdings macht der Erwartungsnutzen-Ansatz einige, sehr zentrale Vorgaben für rationales Entscheidungsverhalten, die im nächsten Abschnitt diskutiert werden sollen.

33 Cooter, Robert/ Ulen, Thomas: Law and Economics (2000), S. 26.

34 Der häufigste Ansatzpunkt für Kritik dürfte wohl die Vernachlässigung von „Freizeit“ als Gut sein.

35 Korobkin und Ulen aaO (Fn.25) bezeichnen lediglich diese Konzeption als „Self-Interest Version“. Dies erscheint aus den genannten Gründen als leicht missverständlich. Richtig ist indes die Beobachtung, dass das Konzept eher implizit als explizit vertreten wird.

dadurch, dass der Nutzen(verlust) anderer den Nutzen des Homo Oeconomicus nicht tangiert. (Verknüpfte Präferenzen werden allenfalls in Bezug auf dem Akteur nahestehende Personen zugelassen.) Zur Wohlstandsmaximierungs-Variante besteht der Unterschied darin, dass der Vorteil für den Akteur nicht materiell sein *muss*. Ein Akteur, der also zu entscheiden hat, ob er sich trotz eines Rauchverbotes eine Zigarette anzündet, wird Folgendes abzuwägen haben: den Nutzen, der ihm aus dem Nikotingenuss erwächst, auf der einen Seite, sowie die Nutzeneinbußen durch (mit einer geschätzten Wahrscheinlichkeit eintretende) ordnungsrechtliche oder soziale Sanktionen auf der anderen. Der Nutzenverlust umstehender Passivraucher hingegen bleibt unberücksichtigt³⁶. Eine solche Theorie kann falsifizierbare Ergebnisse liefern. Man mag ihr mit Robert Frank entgegenhalten, dass Menschen der beschriebenen Art sicherlich existieren, dass „aber die meisten von uns (einschließlich der Ökonomen) alles unternehmen, um ihnen aus dem Weg zu gehen“³⁷. Gleichwohl könnte ein solch intuitiver Einwand allein nicht die Abkehr vom ökonomischen Standardmodell rechtfertigen. Im Sinne der oben dargelegten Agenda soll das Augenmerk im Folgenden daher experimentellen Belegen gelten, welche gegen das Eigennutzkonzept der neoklassischen Ökonomie sprechen.

dd) Ultimatumspiel, Diktatorspiel und Fairness

Eines der prominentesten Beispiele hierfür liefern die Resultate eines Experiments aus der ökonomischen Spieltheorie³⁸. Nach Ansicht vieler Ökonomen demonstriert das so genannte Ultimatum-Spiel, dass in bestimmten – und vor allem *bestimmbaren* – Situationen Fairnesserwägungen bei den meisten Individuen das Eigeninteresse überwiegen.³⁹ Das Experiment ist ausgesprochen schlicht: Beteiligt sind zwei einander unbekannte Spieler, von denen einer dem anderen ein Angebot bezüglich der Aufteilung einer bestimmten Summe zu unterbreiten hat. Nimmt das Gegenüber an, wird der Betrag entsprechend der Offerte geteilt. Lehnt es ab, so gehen beide Spieler leer aus. Verhandlungen sind nicht erlaubt. Die ökonomische Standardlehre würde hier Folgendes prognostizieren: Der Anbieter offeriert eine Teilung, die ihm – seinem Eigeninteresse entsprechend – den größtmöglichen Anteil sichert. Er bietet also einen Cent (oder was sonst die kleinste Einheit darstellt). Die Gegenseite verhält sich ebenfalls rational und eigeninteressiert. Da ein Cent für sie vorteilhafter ist als gar nichts, wird sie das Angebot akzeptieren. Wie hoch dagegen der dem Anbietenden verbleibende Betrag ist, spielt keine Rolle. Neid und Altruismus treten nicht auf.

Die tatsächlichen Ergebnisse des Experiments sprechen indes eine deutlich andere Sprache; die Offerten belaufen sich durchschnittlich auf eine Teilung von 63 : 37 Prozent. Das häufigste

36 Für weitere dieser Logik folgende Beispiele siehe *Posner, Richard: Economic Analysis of Law* (1998), S. 416 f. und *Polinsky, Mitchell/ Shavell, Steven: Punitive Damages: An Economic Analysis*, in: *HARV.L.REV.* 111 (1998), S. 870.

37 *Frank, Robert: If Homo Economicus Could Chose His Own Utility Function, Would He Want One with a Conscience*, in: *AM.ECON.REV.* 77 (1987), S. 602.

38 Zur Spieltheorie im Recht (aus Rational-Choice-Perspektive) *Bird, Douglas/ Picker, Randall/ Gertner, Robert Game Theory and the Law* (1998).

39 Grundlegend zu diesem Spiel *Güth, Werner/ Schmittberger, Rolf/ Schwarze, Bernd: An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, in: *J.ECON.BEHAV. & ORG.* 3 (1982), S. 367.

Angebot war eine hälftige Aufteilung⁴⁰. Diese Ergebnisse wurden über zahlreiche Studien bestätigt.⁴¹ Sie ändern sich selbst dann nicht, wenn das Ultimatum-Spiel mehrfach wiederholt oder in ärmeren Regionen gespielt wird, wo die zu teilende Summe einem durchschnittlichen Wochen- oder gar Mehrmonatseinkommen entspricht. Sogar wenn beides zusammentrifft, weichen die Ergebnisse – trotz einer gewissen Annäherung – noch stark von den vom Standardmodell prognostizierten Werten ab⁴². Offenbar ist folglich die Mehrzahl der Menschen bereit, Vorteilseinbußen hinzunehmen, um bestimmten Geboten der Fairness gerecht zu werden. In diesem Fall Spieler 2, der einen zu gering erscheinenden Betrag ausschlägt, um den Offerierenden für unfaires Verhalten zu bestrafen.

In dieselbe Richtung weisen die in einem anderen Spiel, dem so genannten Diktator-Spiel, erzielten Ergebnisse. Hier ist ebenfalls ein Betrag unter zwei Spielern aufzuteilen, wobei im Unterschied zum Ultimatum-Spiel der zweite Spieler nicht die Möglichkeit einer Ablehnung des ihm von Spieler 1 unterbreiteten Angebotes hat. Auch für diese Situation würde die ökonomische Standardtheorie voraussagen, dass Spieler 1 das kleinstmögliche Angebot machen und den größtmöglichen Anteil für sich reservieren werde. Tatsächlich belegen Experimente aber, dass Spieler 1 regelmäßig einen beträchtlichen Anteil der Summe an Spieler 2 abtritt. Obwohl er kein Risiko fürchten muss, scheinen die meisten Menschen in der Rolle von Spieler 1 bereit zu sein, gewisse Nachteile in Kauf zu nehmen, um Fairnessnormen nicht zu verletzen (Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien sich nie kennen lernen).

Die These, dass die systematischen Abweichungen von Voraussage und Laborbefund tatsächlich auf die mangelnde Berücksichtigung von Fairness-Gesichtspunkten im neoklassischen Standardmodell zurückzuführen sind, wird durch einige experimentelle Abwandlungen zusätzlich erhärtet. Zum einen durch die Einführung so genannter versunkener Kosten, die nach der ökonomischen Standardvoraussage eigentlich zu ignorieren wären. Dazu wurden Studenten gebeten, fünf Dollar für ein Experiment zur Verfügung zu stellen, die sie nicht mehr zurückerhalten sollten. Anschließend wurde das Ultimatum-Spiel über eine Summe von zehn Dollar gespielt. Die ökonomische Standardvoraussage in diesem Fall besagt, dass die versunkenen Kosten von 5 Dollar keinen Einfluss auf das Spielergebnis hätten. Da der Betrag ohnehin verloren ist, kann Spieler 2 weiter seinen Nutzen nur dadurch maximieren, dass er jedes noch so kleine Angebot akzeptiert. Anders der experimentelle Befund: Die Höhe, unter der ein Angebot abgelehnt wurde, stieg mit Einführung der versunkenen Kosten ganz beträchtlich an⁴³. Offenbar hatten die Spieler das Gefühl, einen Anspruch auf Rückerhalt zumindest eines signifikant großen Teils ihres Einsatzes zu haben und stellten daher höhere Ansprüche an ein faires Angebot.

40 Thaler, Richard: The Winner's Curse (1992), S. 21 ff; ders. Anomalies: The Ultimatum Game 2, in: J.ECON.PERSP. (1988), S. 195.

41 Zur kulturellen Dependenz dieses und anderer Experimentergebnisse vgl. Henrich, Joseph/ Boyd, Robert/ Bowles, Samuel/ Camerer, Colin/ Fehr, Ernst/ Gintis, Herbert: Foundations of Human Sociality: Economic Experiments and Ethnographic Evidence from 15 Small-scale Societies (2004).

42 Slonim, Robert/ Roth, Alvin: Learning in High Stake Ultimatum Games: An Experiment in the Slovak Republic, in: ECONOMETRICA 66 (1998), S. 569 ff; Thaler, Richard: The Winner's Curse (1992), S. 21 ff.

43 Ausführliche Experimentbeschreibung bei Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1490 ff.

Eine andere Variation zielt ebenfalls auf eine Aktivierung menschlichen Anspruchsempfindens ab. Wird Spieler 1 suggeriert, er verdanke seine Anbieter-Rolle einem objektiven „Verdienst“, zum Beispiel der korrekten Beantwortung einer Frage, so fallen seine Angebote im Ultimatum- wie im Diktatorspiel geringer aus⁴⁴. Es erscheint fairer, einen größeren Anteil selbst zu behalten.

Diese experimentellen Resultate lassen mithin darauf schließen, dass das Bedürfnis nach Maximierung des eigenen (materiellen) Vorteils mit anderen Bedürfnissen konkurriert. Dabei ist bemerkenswert, dass es sich nicht um eine Reihe von nicht vorhersehbaren willkürlichen Devianzen handelt, sondern dass diese durchaus systematisierbar sind und für ein realistischeres Verhaltensmodell fruchtbar gemacht werden können. So hat beispielsweise der Ökonom MATTHEW RABIN⁴⁵ die empirischen Befunde in ein formales Modell der Fairness integriert. Es geht davon aus, dass Menschen neben Präferenzen für materielle Auszahlungen auch solche für den Erhalt oder die Generierung eines bestimmten Rufes und eines sympathischen Selbstbildes sowie für das Wohlergehen einiger ihnen besonders nahe stehender Individuen, aber auch für das mancher Fremder haben – abhängig davon, wie sie zuvor von diesen behandelt wurden. Die Belohnung fairer Verhaltensweisen ist den Menschen ebenso materielle Opfer wert wie die Bestrafung als unfair wahrgenommener Aktionen. Dies gilt umso deutlicher, je geringer das zu erbringende materielle Opfer wird.

JOLLS, SUNSTEIN und THALER⁴⁶ weisen ferner darauf hin, dass auch die Einschätzung dessen, was fair ist, nicht von willkürlichen und damit jeder Voraussage entzogenen Faktoren bestimmt werde. Sie werde vielmehr durch zumindest in groben Linien skizzierbare Fairness-Normen geprägt, die als Steuern bzw. Subventionen auf bestimmte Verhaltensweisen wirken könnten. Entscheidend dabei seien bestimmte „Referenztransaktionen“⁴⁷. Beim Ultimatum-Spiel lägen diese, wie die Empirie nahe legt, beispielsweise bei einer etwa hälftigen Aufteilung, solange keine Partei glaube, Anspruch auf eine bevorzugte Behandlung zu haben. Auf Märkten in der realen Welt dürfte sie nach Ansicht der Autoren die Transaktion zu den marktüblichen Konditionen die Referenztransaktion darstellen.

Empirische Befunde aus dem Ultimatum- bzw. Diktatorspiel sprechen somit deutlich gegen die gängigen Egoismus-Versionen des Selbstinteresses. Plausibler erscheint dagegen ein Modell gegenseitiger Fairness, wie es die experimentelle Ökonomie vorschlägt. Die beschriebenen Ergebnisse – das sei abschließend festgestellt – lassen sich auch nicht auf kalkulierend egoistische Investitionen der Spieler in einen guten Ruf im Hinblick auf kommende Austauschbeziehungen zurückführen. Die allermeisten der Experimente wurden unter der Bedingung der Anonymität und ohne Wiederholung durchgeführt⁴⁸.

44 *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1135 f.*

45 *Rabin, Matthew: Incorporating Fairness into Game Theory and Economics, in: AM.ECON.REV. 8 (1993), S. 1281.*

46 *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50, S. 1496.*

47 *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: aaO (Fn.42).*

48 *Vgl. Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: aaO (Fn.42), S. 1492.*

Auch ein anderer skeptischer Hinweis vermag die Ergebnisse nicht wirklich zu erschüttern. JENNIFER ARLEN⁴⁹ führt Experimente mit Studenten der Wirtschaftswissenschaften an, die im Ultimatum-Spiel Ergebnisse hervorbrachten, wie sie das Standardmodell voraussagt⁵⁰. Ihr Schluss daraus, dass manche Menschen sich um Fairness scheren, andere hingegen nicht, mag durchaus zutreffend sein. Allerdings erweist er sich bei Licht betrachtet eher als ein Punkt *für*, denn als schlagkräftiger Einwand gegen Behavioral Law and Economics. Deutlicher als mit dem zitierten Experiment lässt sich kaum die Interdependenz von sozialen Normen und Spielresultaten belegen, die schließlich auch von den Vertretern einer verhaltenswissenschaftlich inspirierten Ökonomie ausdrücklich behauptet wird. Gerade Ökonomiestudenten dürfte das Standardmodell schon seit dem ersten Semester vertraut sein, so dass es sich als Referenzpunkt etablieren konnte. Es kann daher nicht überraschen, wenn die Studenten in einer Weise agierten, die ihnen über einen längeren Zeitraum und durchaus mit normativen Beigeschmack als rational vermittelt wurde.⁵¹ Polemisch gefragt: Welcher Student zeigt im Experiment schon gern, dass er in den vergangenen Semestern rein gar nichts gelernt hat? Wie die Studenten in ihrer realen Umwelt agieren würden, ist damit nicht beantwortet.

Auch ein zweiter Einwand ARLENS⁵² entwickelt keine durchschlagende Kraft. Sie verweist auf experimentelle Belege, wonach im Ultimatum-Spiel wieder dem Standardmodell angenäherten Ergebnisse erzielt werden, wenn die Teilnehmer aufgefordert werden, ihren Gewinn zu maximieren⁵³. Daraus schließt sie, dass zumindest im unternehmerischen Bereich, wo ähnliche Vorgaben gälten, das Standardmodell die besseren Voraussagen zeitigen werde. Dies erscheint allerdings keineswegs zwingend. Zum einen existieren Belege, dass auch im Marktbereich Fairness-Erwägungen die Akteure beeinflussen⁵⁴. Zum anderen erscheint es nicht unbedingt überzeugend, dass die Profitmaximierungsvariante des Experiments den tatsächlichen Gegebenheiten im Bereich des unternehmerischen Handelns näher kommen soll. Freilich sind Unternehmer den Zwängen der Profitmaximierung unterworfen. Allerdings wird man nicht ohne weiteres leugnen können, dass bei Unternehmerpersönlichkeiten Stolz oder Fairness eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen.⁵⁵ Die Aufgabe, die den Spielern in dem von ARLEN zitierten Experiment gestellt wurde, kommt einer einfachen logischen Rechenaufgabe gleich. Unternehmerisches Handeln weist indes eine deutlich höhere Komplexität auf. Andererseits wird man konzedieren müssen, dass – sollten sich die Ergebnisse im Bereich unternehmerischen und wirtschaftlichen

49 Arlen, Jennifer: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1786.

50 Siehe etwa Frank, Robert/ Gilovich, Thomas/ Regan, Dennis: Do Economists Make Bad Citizens?, in: J.ECON.PERSP. 10 (1996), S. 187; weitere Nachweise bei Arlen, Jennifer: aaO (Fn.44).

51 Vgl. hierzu Rubinstein, Ariel: A Skeptic's Comment on the Studies of Economics, Working Paper (2004), online: <http://arielrubinstein.tau.ac.il/papers/econ-exp.pdf>.

52 Arlen, Jennifer: aaO (Fn. 45).

53 Binmore, Kenneth/ Shaked, Avner/ Sutton, John: Testing Non-Cooperative Bargaining Theory: A Preliminary Study, in: AM.ECON.REV. 75 (1985), S. 1178.

54 Vgl. Fehr, Ernst/ Kirchsteiger, Georg/ Riedl, Arno: Does Fairness Prevent Market Clearing: An Experimental Investigation, 108 Q.J.ECON. (1993), 437; Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, in: AM.ECON.REV. 76 (1986), S. 728; oder das ein wenig skurile Beispiel von Luet, Steven: Notes on the Bedouin Horse Trade or "Why Won't the Market Clear, Daddy?", in: TEX.L.REV. 74 (1996), S. 1039.

55 Dies dürfte nicht nur bei Einzelunternehmen gelten. In großen Kapitalgesellschaften wird das Management von den angesprochenen Symptomen selten frei sein.

Handelns mit den normalerweise in Ultimatum-Spielen registrierten decken – dies sich eher auf der Grundlage des Standardmodells erklären lässt. Für langfristig kalkulierende Unternehmer und Manager mag es nämlich durchaus eine Nutzenmaximierung im klassischen Sinne darstellen, wenn sie außergewöhnlich niedrige Angebote zurückweisen und sich damit einen Ruf bezüglich ihrer Durchsetzungsfähigkeit bzw. Kompromisslosigkeit erarbeiten. Dies gilt insbesondere, weil One-Shot-Situationen, die im Ultimatum-Spiel üblich sind, im Wirtschaftsleben selten vorkommen werden.⁵⁶ Aus all dem folgt jedoch nicht, dass die Berücksichtigung von Fairness-Gesichtspunkten in der Analyse des Rechts keine Rolle spielen sollte, wie auch ARLEN zugibt. Stattdessen dürfte es sich lohnen, sich einer genaueren Erforschung der spezifischen Kontexte zu widmen, in denen Fairness eine Rolle spielt, sowie dem Inhalt der freilich höchst unterschiedlichen sozialen Normen mehr Aufmerksamkeit als bisher angedeihen zu lassen.

ee) *Verzerrte Fairnesswahrnehmungen: Self-serving Bias*

Aus den voranstehenden Ausführungen sollte hinreichend deutlich geworden sein, dass berechtigter Anlass zu der Annahme besteht, dass im Entscheidungsverhalten einer Mehrzahl der Menschen Fairness-Erwägungen eine nicht zu vernachlässigende Rolle spielen. Indes ist das Eigeninteresse damit nicht passé. Vielmehr legen die Ergebnisse der Behavioral-Law-and-Economics-Forschung eine Interdependenz zwischen Eigeninteresse und dem Fairness-Verlangen nahe. Wie das Eigeninteresse durch Fairness-Erwägungen beeinflusst wird, so wird umgekehrt offenbar auch die Einschätzung dessen, was fair ist, durch die grundsätzliche Eigeninteressiertheit der Individuen geprägt und bisweilen verzerrt. Der diesbezüglich zu beobachtende Effekt wird in der Literatur meist unter der Bezeichnung *Self-serving Bias* behandelt. Ein einfaches Beispiel mag illustrieren, was damit gemeint ist; befragt man zwei (Ehe)Partner getrennt nach dem Anteil der Hausarbeit, den sie verrichten, so ergeben die Antworten addiert mit großer Regelmäßigkeit deutlich mehr als 100 Prozent⁵⁷. Befunde wie diese lassen sich nicht einfach ins Reich der Alltagsaneddoten verbannen. Ihre Bedeutung für die ökonomische Analyse des Rechts geht weit darüber hinaus. Nicht umsonst haben die meisten empirischen Studien in diesem Bereich einen juristischen Gegenstand. Zumeist geht es dabei um Verhandlungshindernisse, die sich auf der Grundlage der ökonomischen Standardtheorie nicht sinnvoll erklären lassen, die jedoch in der Realität häufig eine Einigung oder einen Vergleich scheitern lassen. In einem sehr praxisnahen Experiment⁵⁸ wurden Studenten eingeteilt in Kläger und Beklagte. Ausgestattet mit einigen Informationen über den Fall, sollten sie anschließend einen Vergleich aushandeln. Zuvor wurden sie jedoch aufgefordert, eine Schätzung abzugeben, welchen Betrag der Richter zusprechen würde, sollte ein Vergleich nicht erzielbar sein, und zu beziffern, was aus ihrer Sicht fair erscheine. Die Experimentleiter fanden heraus, dass die Einschätzungen dessen, was die Parteien

56 One-shot-Situationen sind Situationen, die sich nicht wiederholen werden. Lerneffekte und Bestrafungen können somit nicht stattfinden.

57 *Sunstein, Cass*: Behavioral Law and Economics: A Progress Report, in: AM.L.&ECON.REV. 1 (1999), S. 137.

58 *Babcock, Linda/ Loewenstein, George/ Issacharoff, Samuel/ Camerer, Colin*: Biased Judgements of Fairness in Bargaining, in: AM.ECON.REV. 85 (1995), S. 1337; *dies*. Self-Serving Assessments of Fairness and Pre-trial Bargaining, in: J.LEGAL.STUD. 22 (1993), S. 135.

von einem Richterspruch erwarteten, sich rollenabhängig deutlich unterschieden - beinahe ebenso deutlich wie die noch stärker auseinanderklaffenden Angaben der Parteien, was in dem besagten Fall „fair“ sei. Diejenigen, denen die Rolle des Klägers zugewiesen worden war, gingen davon aus, dass der Richter ihnen einen wesentlich höheren Betrag zuerkennen werde, als dies die Beklagten antizipierten. Bei den im Folgenden simulierten Vergleichsverhandlungen stellten sich diese unterschiedlichen Erwartungen als ein beträchtliches Verhandlungshindernis dar. Die meisten Nicht-Einigungen ließen sich darauf zurückführen – aus der Perspektive von Behavioral Law and Economics ein Beleg für die These, dass effiziente Einigungen oft durch den *Self-serving Bias* verhindert werden, also durch die (beiderseitige) Überzeugung, mehr zu verdienen, als einem aus neutraler Perspektive zugesprochen würde.

Nicht alle Studien zum *Self-serving Bias* basieren wie das oben skizzierte Experiment auf fiktiven Situation oder Rollenspielen. Tatsächlich sind die Auswirkungen des Effekts auch in der Realität dokumentiert worden. Die bekannteste Arbeit untersucht Verhandlungen über die Arbeitsverträge von High-School-Lehrern in Pennsylvania⁵⁹. Gehälter werden dort unter Berücksichtigung der Bezahlung in Vergleichsbezirken festgesetzt. Die Autoren befragten Vertreter der Gewerkschaft und des *School Boards* zu ihrer Meinung, welche Bezirke ihrem vergleichbar seien, wobei sie darauf achteten, taktisches Verhalten auszuschließen. Es ergab sich, dass auch in nicht-öffentlichen Befragungen die Einschätzungen beider Seiten erkennbar auseinander klafften. Eine spätere Untersuchung des Streikverhaltens bestätigte die Übereinstimmung von anonym gewonnenen Daten und tatsächlichem Verhandlungsverhalten.

Kritiker von Behavioral Law and Economics wollen die genannten Befunde mit asymmetrischer Informationsverteilung oder taktischem Verhalten erklären⁶⁰. Dass diese Faktoren beim Scheitern von Verhandlungen oftmals eine bedeutsame Rolle spielen, ist nicht unplausibel. Ob allerdings alle aufgeführten Befunde sich damit erklären lassen, erscheint eher zweifelhaft. Im ersten Experiment bekamen Kläger und Beklagte exakt dieselben Informationen ausgehändigt. Im zweiten war taktisches Verhalten weitgehend dadurch ausgeschlossen, dass die Angaben der Befragten nur von den Autoren der Studie zur Kenntnis genommen wurden, so dass taktisches Verhalten sinnlos gewesen wäre. Ferner spricht der systematische Charakter der Überschätzung der eigenen Verhandlungsposition und Anspruchsberechtigung für eine Deutung im Sinne von Behavioral Law and Economics.

ff) *Ergebnisse*

Gestützt auf diverse empirische Studien und Experimente zeichnet Behavioral Law and Economics also ein differenzierteres Bild vom Eigeninteresse des *Homo Oeconomicus* als der Standardansatz. Ein System wechselseitiger Fairness – allerdings verzerrt durch die Auswirkungen des *Self-Serving Bias* – tritt an die Stelle eines konsequenten Egoismus. Die Abweichungen vom

59 Babcock, Linda/ Wang, Xianghong/ Loewenstein, George: Choosing the Wrong Pond: Social Comparisons in Negotiations that Reflect a Self-Serving Bias, in: Q.J.ECON. 111 (1996), S. 1.

60 Ponlinsky, Mitchell: An Introduction to Law and Economics (1989), S. 109 ff.

Standardansatz sind durchaus systematischer Natur und daher für die Formulierung eines juristisch einsetzbaren Verhaltensmodells brauchbar. Tatsächlich spricht vieles dafür, dass der psychologisch-informierte Ansatz vielfach genauere Voraussagen – und das war das Beurteilungskriterium – zu generieren vermag als Rational Choice. Warum beispielsweise hinterlassen Menschen Trinkgeld in Restaurants, die sie nie mehr zu besuchen vorhaben?⁶¹ Warum tragen sie zu Gemeinschaftsgütern bei (wenngleich nicht genug)?⁶² Der Standardansatz vermag darauf keine Antwort zu geben, die so generalisierbar wäre, dass sie eine Grundlage für allgemeine zukunftsbezogene Verhaltensprognosen abgeben könnte.

b) *Stabile Präferenzen*

aa) *Exogene versus endogene Präferenzen*

Jedes Rechtssystem zielt auf die Beeinflussung menschlichen Verhaltens ab. Es stellt einen (positiven oder negativen) Sanktionsrahmen für individuelle Entscheidungen auf, wirkt also steuernd auf das Entscheidungsverhalten der Normadressaten ein. In welcher Form es das wirkungsvoll tun kann, hängt entscheidend davon ab, wie die Präferenzen dieser Normadressaten beschaffen sind. Sind sie jeder externen Beeinflussung entzogene Konstanten oder werden sie durch die Umwelt und das Verfahren der Entscheidung erst konstruiert? Im ersten Falle wäre eine Beeinflussung der Entscheidung nur durch ein gezieltes Drehen an der Preisschraube für entsprechende Verhaltensweisen möglich. Für diese Sicht plädiert bislang Standard-Law-and-Economics. Andernfalls könnte, wie dagegen Behavioral Law and Economics auf der Grundlage empirischer Forschungen behauptet, bereits die Art und Weise, in der die Entscheidung formuliert bzw. die Optionen präsentiert werden, also über die Gestaltung von Verfahren und Prozessen, erheblichen Einfluss auf die Konstruktion der Präferenzen des Entscheiders und dadurch auf die Entscheidung selbst ausüben⁶³. Für Rational Choice scheidet diese Möglichkeit aus, weil sie – wie wir im Weiteren sehen werden – zur Verletzung von zentralen Axiomen des Ansatzes führen kann. Hiermit ist ein Grundsatzkonflikt zwischen beiden Ansätzen markiert. Für das Standardmodell sind die Präferenzen exogen, d.h. vom Maximierungsproblem und dessen Darstellung unabhängig. Dagegen steht die Sichtweise vom Behavioral Law and Economics, wie sie exemplarisch CASS SUNSTEIN zuspitzt: „Präferenzen können ein Produkt von Verfahren, Beschreibung und Kontext zum Entscheidungszeitpunkt sein.“⁶⁴ Diese These kann sich auf eine Vielzahl empirisch-experimenteller Belege stützen, die im Folgenden dargestellt werden.

61 Beispiel von *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1492 f.

62 Grundlegend zu diesem Problem *Engel, Christoph: Das Recht der Gemeinschaftsgüter*, in: *Die Verwaltung* (1997), S. 429.

63 Ausführlich dazu aus ökonomischer Sicht *Tversky, Amos: Rational Choice and Constructive Choice*, in: *Arrow, Kenneth (Hrsg.), The Rational Foundations of Economic Behavior* (1996), S. 186, der ausführt: “Alternative descriptions of the same choice problems lead to systematically different preferences; strategically equivalent elicitation procedures give rise to different choices; and the preference between x and y often depends on the choice set within which they are embedded”.

64 *Sunstein, Cass: Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in: *AM.L.& ECON.REV.* 1 (1999), S. 117 (Übersetzung durch Verfasser).

bb) Präferenzumkehr

Zu den Grundlagen des ökonomischen Standardansatzes zählen eine Reihe von Kriterien, die ein Entscheidungsverhalten erfüllen muss, um als „rational“ gelten zu können. Eines davon ist die Invarianz – solange der Erwartungsnutzen mehrerer Alternativen gleich bleibt, darf die Reihenfolge oder Struktur, in der die Entscheidungsmöglichkeiten präsentiert werden, keine Rolle für die Entscheidung spielen. Behavioral Law and Economics geht aufgrund verschiedener Befunde davon aus, dass dieses Kriterium in der Realität oft und in voraussagbarer Weise verletzt wird. So fanden Ökonomen in einer Studie heraus, dass Menschen häufig eine Option A höher bewerten als eine Alternativoption B, wenn sie beide zu vergleichen haben⁶⁵. Bewerten sie jedoch die Optionen getrennt, messen sie B einen größeren Wert bei. So wurden Experimentteilnehmer vor die Wahl zwischen zwei (fiktiven) Programmen zur Verbesserung der Sicherheit im Straßenverkehr in einer Region mit bislang 600 tödlichen Unfällen im Jahr gestellt. Programm A sollte die Zahl der Todesfälle auf 570 pro Jahr reduzieren und 12 Millionen \$ kosten. Programm B verursachte den Angaben zufolge Kosten in Höhe von 55 Millionen \$ und half die Zahl der Verkehrstoten auf 500 zu senken. Ungefähr zwei Drittel der Befragten hielten in diesem Experiment Programm B für vorzugswürdig. Enthielt man jedoch den Teilnehmern den Preis von Programm B vor und forderte sie auf, zu beziffern, wie viel ein Programm mit der Erfolgsrate von B kosten dürfe, um Programm A ebenbürtig zu sein, nannten mehr als 90 % einen Preis von weniger als 55 Million \$. Noch deutlicher trat der Effekt in einem anderen Experiment zu Tage. Fragte man Menschen, wie viel ihnen der Schutz von Korallenriffen wert sei, so lagen die Angaben stets deutlich höher, wenn die Frage allein gestellt wurde, als wenn daneben die Zahlungsbereitschaft zur Vermeidung von Hautkrebs bei alten Menschen anzugeben war⁶⁶. Ganz ähnliche Ergebnisse zeitigten Experimente in spezifisch juristischen Bereichen. Fiktive Jurys sprachen regelmäßig höhere Schadenersatzzahlungen in Fällen zu, in denen dem Kläger finanzieller Schaden entstanden war (orientiert an dessen Höhe) als in Fällen mit Personenschaden, solange beide Fälle getrennt beurteilt wurden. Waren sie parallel zu würdigen, kehrte sich die Bewertung um⁶⁷.

Natürlich lassen sich nicht alle Präferenzumkehrbeobachtungen auf ein und denselben Effekt zurückführen. Allerdings lässt sich erkennen, dass der Kontext, in welchem eine Entscheidung präsentiert wird, erheblichen Einfluss auf ihren Ausgang haben kann. Behavioral Law and Economics geht davon aus, dass weitere Forschungen näheren Aufschluss darüber geben werden, welche Kontexte das Entscheidungsverhalten zu beeinflussen geeignet sind und vor allem in welcher Weise. Obgleich eine Aufzählung natürlich topisch bleiben wird, kann sie, bei einem gewissen Maß an Generalisierung, wertvolle Anregungen für ein realistischeres Verhaltensmodell und damit für treffsichere Voraussagen liefern. Eines scheint sich außerdem aus den Befunden bereits jetzt deduzieren zu lassen: Isoliert getroffene Entscheidungen bergen insofern Probleme, als sie häufig zu globaler Irrationalität in Form widersprüchlicher Wertungen führen.

65 Nachweise bei *Sunstein, Cass*: Behavioral Law and Economics: A Progress Report, in: AM.L.& ECON.REV. 1 (1999), S. 119 f; *Thaler, Richard*: The Winner's Curse (1992), S. 79.

66 *Kahneman, Daniel/ Ritov, Ilana/ Schkade, David*: Economic Preferences or Attitude Expressions? An Analysis of Dollar Responses to Public Issues, in: J.RISK & UNCERTAINTY 19 (1999), S. 203.

67 *Kahneman, Daniel/ Ritov, Ilana/ Schkade, David*: aaO (Fn. 60).

cc) *Dynamische Inkonsistenz und Selbstdisziplin*

Der *Homo Oeconomicus* des ökonomischen Rationalmodells zeichnet sich durch seine perfekte Selbstdisziplin aus. Willensschwäche ist ihm fremd. Dies prägt entscheidend seine Haltung zur Zukunft. Viele Entscheidungen sind dadurch charakterisiert, dass ihr Nutzen sofort wirksam wird, die Kosten sich jedoch über einen langen Zeitraum in die Zukunft hinein erstrecken. Umgekehrt sind viele Entscheidungen Investitionen insofern, als sie mit Einbußen zum gegenwärtigen Zeitpunkt aber entsprechend höheren Nutzengewinnen auf lange Sicht verbunden sind. Der *Homo Oeconomicus* weiß dies und bezieht es in seine Entscheidung ein. Da jedoch Geld einen Zeitwert hat und die Zukunft ungewiss ist, er also nicht einmal mit Gewissheit sagen kann, ob er sie überhaupt erleben wird, agiert er rational, indem er ferne Kosten diskontiert. Verschiedene Individuen weisen unterschiedlich hohe Abzinsungsraten auf, wobei Individuen mit ungewöhnlich starker Selbstbeherrschung sich durch geringere Raten auszeichnen als ihre weniger disziplinierten Mitmenschen. Diszipliniertheit entspricht somit einer starken Präferenz für die Zukunft.⁶⁸ Das Rationalmodell geht aber bei aller Verschiedenheit der Diskontierungsraten stets von deren Konstanz über die Zeit aus. Mit anderen Worten: Die Diskontierungsrate zwischen dem Nutzen, den ein Euro am 1. Februar und am 2. Februar stiftet, muss unabhängig davon sein, ob heute der 7. oder der 8. oder gar der 31. Januar ist, gleich wie groß dieser prozentuale Unterschied im Einzelfall ausfallen mag. Behavioral (Law and) Economics hält auf der Grundlage empirischer Studien diese Annahme hingegen für häufig verfehlt.⁶⁹ Stattdessen gehen empirisch ausgerichtete Ökonomen und die ihnen folgenden Juristen davon aus, dass die Diskontierungsraten der meisten Menschen einen stark abfallenden hyperbolischen Verlauf aufweisen.⁷⁰ Dieser ist ursächlich für eine als „dynamische Inkonsistenz“ (*dynamic inconsistency*) bezeichnete Facette menschlichen Entscheidungsverhaltens. Wegen der inkonstanten Diskontierungsraten ist es möglich, dass ein Individuum, welches eine nach 10 Jahren wirksam werdende Entscheidung getroffen hat, diese einige Jahre vor Eintritt der Konsequenzen bereut. Unsere gegenwärtigen Präferenzen in Bezug auf die Zukunft können also mit unseren zukünftigen Präferenzen in Konflikt geraten.⁷¹ Ein Individuum kann beispielsweise heute beschließen, einen gewissen Betrag für den Kauf eines Eigenheims in 15 Jahren zu sparen, fünf Jahre später aber feststellen, dass es den bisher aufgelaufenen Betrag lieber für eine Weltreise ausgeben möchte. Diverse Experimente weisen darauf hin, dass Menschen oftmals nicht in der Lage sind, ihre zukünftigen Bedürfnisse oder deren Stärke korrekt einzuschätzen. LOEWENSTEIN ließ für eine diesbezügliche Untersuchung die Probanden ein längeres Rätsel bearbeiten. Zuvor hatte er eine Gruppe der Teilnehmer aufgefordert, anzugeben, ob sie als Belohnung lieber einen Geldbetrag oder eine Tafel Schokolade wünschten. Die andere Gruppe durfte sich nach dem Experiment entscheiden. LOEWENSTEIN fand heraus, dass die zweite Gruppe entschieden häufiger für die Schokoladentafel optierte

68 *Ponlinsky, Mitchell/ Shavell, Steven: On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, in: J.LEGAL.STUD. 28 (1999), S. 12.

69 *Loewenstein, George/ Thaler, Richard: Intertemporal Choice*, in: Thaler, Richard (Hrsg.), *The Winner's Curse* (1994), S. 92 ff.

70 In der englischsprachigen Literatur wird dies als „hyperbolic discounting“ bezeichnet. Vgl. zum Ganzen *Laibson, David: Golden Eggs and Hyperbolic Discounting*, in: Q.J.ECON. 112 (1997), S. 443.

71 *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1539.

als diejenigen Teilnehmer, die sich bereits zu Beginn hatten festlegen müssen.⁷² Interessenkonflikte dieser und ähnlicher Art werden in der Literatur oft unter dem Stichwort *multiple selves problem* erörtert.⁷³ In diesem Terminus spiegelt sich die Vorstellung wider, dass Menschen entgegen dem Rationalmodell nicht eine einheitliche und unveränderliche Präferenzordnung, sondern mehrere, miteinander konfligierende Präferenzordnungen besitzen. POSNER beispielsweise entwickelt die Unterscheidung zwischen einem kindlich-impulsiven und gegenwartsorientierten Selbst, das im Widerstreit mit einem erwachsenen, überlegten und langfristig planenden Selbst steht. Die normativen Konsequenzen einer derartigen Vorstellung sind alles andere als eindeutig. Welches Selbst ist maßgeblich, welche Präferenz hat der Gesetzgeber zu respektieren? Soll er das Individuum zur Einhaltung in der Vergangenheit gefasster guter Vorsätze in dessen eigenem Interesse zwingen oder seine gegenwärtige Haltung in der Überzeugung hinnehmen, es habe nun besser erkannt, was für es gut sei? Eine abschließende Beantwortung dieser Fragen kann und soll in diesem Rahmen nicht erfolgen. Allerdings wird später nochmals auf sie zurückzukommen sein.

dd) Aversion gegen Extreme

Eine weitere Forderung der Rational-Choice-Theorie an rationales Verhalten lautet wie folgt: Wie eine Entscheidung zwischen zwei Optionen ausfällt, darf nicht von einer weiteren, nicht gewählten Option abhängen. Auch dieses Axiom wird, so suggerieren empirische Befunde der experimentellen Ökonomie, in der Realität systematisch verletzt. Auch hier spielt offenbar der Kontext der Entscheidung eine beträchtliche, präferenzkonturierende Rolle. Tatsächlich scheint ein in der Literatur als Aversion gegen Extreme („*extremeness aversion*“) behandelte Effekt häufig für die Abweichungen verantwortlich zu sein.⁷⁴ Menschen, darauf deuten zahlreiche Befunde hin, ziehen Kompromisse dem Extrem meist vor. Vor die Wahl zwischen einem billigen Gerät A und einem teureren Gerät B gestellt, präferieren sie möglicherweise A. Wird die Auswahl um ein weiteres, extrem teures Gerät C erweitert, steigt jedoch die Wahrscheinlichkeit für die Wahl von B als Kompromiss deutlich an. Ähnliche Verhaltensweisen sind auch vor Gericht zu beobachten. Die Einführung einer extremen Option kann ein Vergleichsangebot oder ein Strafmaß auf einmal als Kompromiss erscheinen lassen – mit der Folge, dass es mit größerer Wahrscheinlichkeit ausgewählt wird.

72 Die Feststellung, dass Menschen oft nicht in der Lage sind, ihre zukünftigen Bedürfnisse nicht richtig einzuschätzen, lässt eine weitere interessante Folgerung zu. Präventive Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz vor sich selbst (wie etwa das Stellen des Weckers, das Beisichführen von Kondomen), werden häufig zu lax ausfallen oder aus falschem Zutrauen zu der eigenen Selbstkontrolle erst gar nicht ergriffen werden. Vgl. hierzu auch *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science*, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1113 ff.

73 Zu seinen Implikationen vgl. *Posner, Richard: Are We One Self or Multiple Selves?* in: *Legal Theory* 3 (1997), S. 23.

74 Vgl. zum Ganzen ausführlich *Kelman, Mark/ Rottenstreich, Yuval/ Tversky, Amos: Context-Dependence in Legal Decision Making*, in: J.LEGAL.STUD. 25 (1996), S. 287.

ee) Anchoring (1)

Der Entscheidungskontext spielt auch im Zusammenhang mit dem dritten in diesem Abschnitt zu behandelnde Effekt eine große Rolle. Wie ausgeführt geht das Rationalmodell davon aus, die Präferenzen seien externe Konstante, „freistehend“ in dem Sinne, dass sie nicht durch das Umfeld der Entscheidung beeinflusst würden. Experimentelle Befunde legen anderes nahe. Dies gilt insbesondere dort, wo Menschen Werturteile in Geldbeträge umsetzen müssen. Ein aus juristischer Perspektive sehr interessantes Beispiel sind Klageforderungen. Offensichtlich fungiert hier das erste Gebot bzw. die erste Forderung als eine Art Anker, der große Abweichungen erheblich erschwert. Mit „*The More You Ask For, the More You Get*“⁷⁵ bringt eine Untersuchung von CHAPMAN und BORNSTEIN schon im Titel zum Ausdruck, was die Forscher in diesem Zusammenhang beobachteten. Bei gleichem Sachverhalt wurden höchst unterschiedliche Summen zugesprochen – abhängig davon, wie hoch die Ausgangsforderung war. Besonders dreiste Forderungen erwiesen sich mithin als lohnend. Offenbar hatten die Versuchssubjekte entgegen den Annahmen des Rationalmodells keine feststehenden Präferenzen, die es ihnen ermöglicht hätten, kontextunabhängig zu werten.⁷⁶ SUNSTEIN⁷⁷ möchte dieses Phänomen auf die kognitive Unfähigkeit zurückführen, Urteile in Geld umzumünzen, ohne sich hierfür auf einen Standard- oder Vergleichspunkt beziehen zu können. Hierfür spricht in der Tat einiges. Die beobachtete Willkür (und in Folge dessen Manipulierbarkeit der Entscheidung) tritt nämlich dann nicht auf, wenn die Entscheider sich bei ihrem Urteil auf eine abgeschlossene Skala beziehen können (Zum Beispiel Schadenersatz zwischen 0 und 1 Mio \$).

Nicht nur Laienjuries scheinen anfällig für den Anchoring-Effekt zu sein, wie eine beunruhigende Untersuchung von ENGLISH und MUSSWEILER gezeigt hat⁷⁸. Sie baten deutsche Berufsrichterrinnen mit durchschnittlich 15 Jahren Berufserfahrung aufgrund einer vierseitigen Sachverhaltschilderung einer Vergewaltigung das Strafmaß für den Täter festzulegen. Verlangte die Anklägerin 34 Monate Freiheitsentzug, verhängten die Teilnehmerinnen ein Strafmaß von (im Median) mehr als 35 Monaten. Verlangte die Anklägerin hingegen nur 12 Monate, wurde der Täter durchschnittlich zu 28 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.

Auch scheint es eine Rolle zu spielen, ob zuerst der Staatsanwalt oder die Verteidigung plädiert. Eröffnet die Anklage wirkt sich dies zum Nachteil des Täters aus, weil das im ersten Plädoyer geforderte Strafmaß eine höhere Wahrscheinlichkeit hat, sich als Anker festzusetzen.

75 Chapman, Gretchen/ Bornstein, Brian: *The More You Ask For, the More You Get*, in: APPL.COGL.PSY. 10 (1996), S. 519 ff.

76 Das Rationalmodell bemüht sich diese Beobachtungen über Informationsasymmetrien oder mit Rational Choice vereinbare Verhandlungstheorien zu erklären.

77 Sunstein, Cass: *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in: AM.L.& ECON.REV. 1 (1999), S. 142 ff.

78 English, Brite/ Mussweiler, Thomas: *Anchoring Effects in the Courtroom*, in: J.APPL.SOC.PSY. 31 (2001), S. 1535.

ff) *Prospect Theory*

Wie eingangs bemerkt ist der Paradigmenwechsel hin zu Law and Economics im amerikanischen Raum eng mit dem Namen RONALD COASE verbunden. Vertreter von Behavioral Law and Economics sehen inzwischen einen neuerlichen Umschwung in der juristischen Methodik durch die empirischen Arbeiten von KAHNEMAN und TVERSKY eingeleitet – weg von dem durch COASE geprägten Verständnis der Rechtswissenschaft und hin zu einem erkennbar mehr verhaltenswissenschaftlich fundierten, auf empirische Befunde gestützten Konzept. In den in diesem Unterabschnitt thematisierten Problembereichen begegnen sich nun nicht nur personell die Gallionsfiguren beider Ansätze. Es treten auch in besonders deutlicher Weise die inhaltlichen Unterschiede beider Konzepte hervor.

Seit jeher zählt das sog. Coase-Theorem zum Kernbestand des Rational-Choice-Credos und hat deutliche Spuren im Bereich des US-amerikanischen *Property Law* hinterlassen. Es besagt, vereinfacht gesprochen, dass in einer Welt ohne Transaktionskosten sich eine effiziente Verteilung aller Güter oder Rechte unabhängig von der Anfangsverteilung einstellen werde.⁷⁹ Wenn jemand in dieser Welt ein Gut oder Recht höher schätzt als dessen Eigentümer, so wird er es von ihm erwerben. Implizit setzt diese Analyse freilich voraus, dass alle Individuen feststehende Präferenzen bezüglich der einzelnen Güter haben, so dass sie diese stets untereinander vergleichen können. Ein Individuum muss also beispielsweise wissen, ob es einen Opel Vectra einem VW Passat vorzieht. Diese Bewertung muss immer gelten, darf also nicht davon abhängen, welchen der Mittelklassewagen das Individuum vielleicht schon besitzt. Anders gewendet: Zieht ein autoloser Käufer, der sich zwischen beiden Modellen entscheiden muss, den Opel vor, so müsste er konsequenterweise auch bereit sein, einen schon in seinem Eigentum stehenden Volkswagen gegen dieses Modell einzutauschen. Jedoch, so die These von KAHNEMAN und TVERSKY, trifft dies in der Realität allzu oft nicht zu. Im Gegenteil behaupten die Forscher systematische Abweichungen von diesem Postulat, die deutlich gegen die Annahme stabiler Präferenzen sprächen.

Eine der am gründlichsten untersuchten Erscheinungen in diesem Bereich ist der sogenannte Besitz-Effekt (engl. *endowment effect*). Empirische Befunde legen nahe, dass die meisten Menschen Güter und Rechte höher schätzen, nachdem sie in ihrem Besitz stehen, als dies zuvor der Fall war. Das wohl bekannteste Experiment⁸⁰ zu diesem Phänomen wurde an der amerikanischen Cornell Universität durchgeführt. Mit einer Gruppe von Studenten wurde ein Markt simuliert, auf dem Wertbons (*Tokens*) gehandelt wurden. Die eine Hälfte der Teilnehmer wurde mit einem Wertbon ausgestattet, die andere Hälfte ging leer aus. Jedem Teilnehmer wurde eine individuelle Wertschätzung für die *Tokens* zugewiesen. Diese entsprach dem Betrag an Bargeld, gegen den die Wertbons am Ende des Experiments eingetauscht werden konnten. Die Nachfrage- und Angebotskurven wurden mithin von außen induziert. Auf ihrer Grundlage bestimmten die Experimentleiter das effiziente Marktergebnis, wie es Rational Choice im Einklang mit dem Coase-Theorem als

79 *Coase, Ronald: The Problem of Social Cost*, in: J.L.& ECON. 3 (1960), S. 1.

80 *Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, in: J.POL.ECON. 98 (1990), S. 1325 ff.

Ergebnis des Marktprozesses prognostizieren würde. Anschließend hatten diejenigen, die einen Wertbon besaßen, die Möglichkeit, diesen an die Übrigen zu verkaufen. Tatsächlich verhielten sich die Experimentteilnehmer völlig konform mit den Rational-Choice-Erwartungen. Diejenigen, die Wertbons besaßen, verkauften, wenn ihnen mehr als ihr individueller Wert geboten wurde, diejenigen ohne Wertbon schlugen zu, wenn ihm einer unter ihrem zugewiesenen Wert angeboten wurde. Auf diese Weise erreichten die Bons diejenigen Teilnehmer, die sie am höchsten schätzten, und es stellte sich exakt der eingangs auf der Grundlage des Standardmodells bestimmte Gleichgewichtspreis ein. Das Coase-Theorem war empirisch bestätigt.

Ganz anders die Ergebnisse in einem weiteren Experiment.⁸¹ Die Initiatoren gingen davon aus, dass induzierte Preise in der Realität eher die Ausnahme sein dürften. Deshalb verzichteten sie darauf ihrem zweiten Versuch. Dieser hatte statt Wertbons Kaffeetassen aus dem Merchandise-Sortiment der Cornell Universität zum Gegenstand. Wie zuvor schon erhielt die eine Hälfte der Studenten eine solche Tasse, die andere dagegen wurde mit sechs Dollar Kaufkraft ausgestattet. Anschließend wurden die Studenten, die eine Tasse bekommen hatten, aufgefordert anzugeben, zu welchem Mindestpreis sie diese weiterverkaufen würden. Diejenigen ohne Tasse wurden gebeten zu beziffern, wie viel sie für eine Tasse maximal zu zahlen bereit seien. Dann kündigten die Experimentleiter an, den Markträumungspreis zu berechnen und diejenigen Transaktionen zu vollziehen, die zu diesem Preis möglich seien. Die Standardökonomie würde für diese Konstellation voraussagen, dass etwa die Hälfte aller Tassen umverteilt werden müssten. Ein solches Resultat stünde im Einklang mit dem Coase-Theorem, da die Transaktionskosten in dem Experiment nahe null waren. Doch war dies nicht der Fall. Tatsächlich kam es nur zu sehr wenigen Transaktionen. Die Ursache hierfür war offensichtlich. Die Minimalverkaufspreise derjenigen, die eine Tasse bekommen hatten, lagen durchschnittlich etwa doppelt so hoch wie die maximale Zahlungsbereitschaft derer, die keine Tasse hatten. Dieses Ergebnis lässt sich nicht über Reichtumseffekte erklären, da der absolute Wohlstand der Spieler durch die Tassen nicht signifikant beeinflusst wurde⁸². Stattdessen schlossen die Experimentleiter, die Kluft zwischen minimalem Verkaufspreis und maximaler Zahlungsbereitschaft müsse daraus resultieren, dass die meisten Menschen Dingen nur deswegen einen höheren Wert beimessen, weil sie ihnen gehören. Neuere Studien stützen diese Vermutung mit dem Befund, dass der Besitz-Effekt umso stärker wird, je länger die Individuen eine Sache schon besitzen.⁸³

Der Besitz-Effekt scheint indes nur ein Ausschnitt aus einem weiteren Phänomen zu sein, welches zumeist als Verlust-Aversion (*loss aversion*) charakterisiert wird. Verlust-Aversion als zentraler Baustein der *Prospect Theory* von KAHNEMAN und TVERSKY meint, dass Individuen Verluste schwerer gewichten als Gewinne in derselben Höhe. Empirische Untersuchungen lassen darauf schließen, dass dies etwa im Verhältnis 1:2 gilt. So legen sie etwa Risikofreude an den Tag, indem sie eine 80-Prozent-Chance, 4000 \$ zu verlieren, einem sicheren Verlust von 3000 \$ vorziehen, zeigen jedoch umgekehrt Risikoaversion, wenn sie zwischen einem sicheren Gewinn

81 Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: aaO (Fn.72).

82 Arlen, Jennifer: The Future of Behavioral Analysis of Law, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1771.

83 Strahilevitz, Michal/ Loewenstein, George: The Effect of Ownership History on the Valuation of Objects, in: J.CONSUMER.RES. 25 (1998), S. 276.

von 3000 \$ und einer 80-Prozent-Chance, 4500 \$ zu gewinnen, wählen sollen, indem sie sich für die sichere Option entscheiden.⁸⁴

Weiteres Datenmaterial legt nahe, dass der Besitz-Effekt wie auch die überproportionale Aversion gegen Verluste sich als eine Facette einer umfassenden Präferenz für den Status Quo in ein weiteres Bild einordnen lassen.⁸⁵ Eine solche Pfadabhängigkeit menschlichen Entscheidungsverhaltens verletzt das erwähnte Rational-Choice-Axiom, demzufolge die Reihenfolge und Strukturierung der Optionen keinen Einfluss auf die Entscheidung haben dürfte. Ein Beispiel liefert das Verhalten von Versicherungsnehmern in Pennsylvania und New Jersey.⁸⁶ In beiden Staaten wurde ein identisches Basisversicherungspaket angeboten. Dabei bestand die Möglichkeit zwischen einer kostspieligeren Variante mit Klagerecht und einer billigeren ohne ein solches Recht zu wählen. In New Jersey war erstere Variante der Standard, in Pennsylvania die andere. Es ließ sich beobachten, dass in beiden Staaten eine deutliche Mehrzahl der Versicherungsnehmer sich für die jeweilige Standardoption entschied, ohne dass dafür sachliche Gründe erkennbar gewesen wären.

KAHNEMAN und TVERSKY haben versucht, diese und zahlreiche andere empirische Befunde zu einer umfassenden Entscheidungstheorie zusammenzufügen. Die aus diesen Bemühungen hervorgegangene *Prospect Theory*⁸⁷ stellt heute in den Vereinigten Staaten den bekanntesten und akzeptiertesten Alternativentwurf zum Bayesianischen Rational-Choice-Modell dar. Sie versucht ausgehend von den experimentellen Beobachtungen zu modellieren, wie Menschen tatsächlich entscheiden. KAHNEMAN und TVERSKY verwerfen damit die Vorstellung, die Präferenzen seien exogene Konstanten, die durch das konkrete Entscheidungsproblem nicht beeinflusst würden, zugunsten einer Sichtweise, die dem Entscheidungskontext großes Gewicht beimisst.

Ebenso wie Rational Choice geht auch die *Prospect Theory* davon aus, dass Menschen grundsätzlich bestrebt sind, ihren Nutzen zu maximieren. Allerdings wird im Gegensatz zum Standardmodell angenommen, dass sie dabei in systematischer und deshalb prognostizierbarer Weise Fehler begehen und Inkonsistenzen offenbaren.⁸⁸ Diese Devianzen zeichnet die *Prospect Theory* nach und kommt dabei zu folgendem, mit den Forderungen von Rational Choice nicht konformen Ergebnis:

84 Sunstein, Cass: Behavioral Law and Economics: A Progress Report, 1 American J.L. & ECON. (1999), S. 124.

85 Hierzu Samuelson, William/ Zeckhauser, Richard: Status Quo Bias in Decision Making, in: J.RISK & UNCERTAINTY 1 (1988), S. 7.

86 Vgl. Sunstein, Cass: Behavioral Law and Economics: A Progress Report, in: AM.L. & ECON.REV. 1 (1999), S. 124.

87 Grundlegend Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*, ECONOMETRICA 47 (1979), S. 263; siehe auch dies.: Values, Choices, and Frames, in: AM.PSYCH.REV. 39 (1984), S. 341; dies.: The Psychology of Preferences, in: SCI.A. 246 (1982), S. 160; dies.: Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty, in: J.RISK & UNCERTAINTY 5 (1992), S. 297; dies.: The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, in: SCIENCE 211 (1981), S. 453; einen Überblick samt juristischer Anwendungen liefert Guthrie, Chris: Prospect Theory, Risk Preference and the Law, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1115.

88 Guthrie, Chris: Prospect Theory, Risk Preference and the Law, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1116.

(a) Während Rational Choice annimmt, dass Menschen entweder generell risikoavers oder risikoneutral Entscheidungen treffen, geht die *Prospect Theory* davon aus, dass Entscheidungen in Bezug auf einen Referenzpunkt gefällt werden. Dieser ist zumeist der Status Quo, erweist sich jedoch als manipulierbar. Bei Entscheidungen zwischen Optionen, welche relativ zu Referenzpunkt als Verluste erscheinen, agieren die meisten Menschen risikofreudig. Erscheinen die Optionen hingegen als Gewinne gegenüber dem Referenzpunkt, verhalten sie sich risikoavers.⁸⁹

(b) Diese Risikopräferenzen kehren sich jedoch in den Fällen um, in denen es um Verluste oder Gewinne von geringer Wahrscheinlichkeit geht. Hier entscheiden die meisten risikofreudig, wenn es um Gewinne geht, aber risikoavers im Hinblick auf Verlustoptionen.⁹⁰

(c) Menschen gewichten Verluste regelmäßig doppelt so schwer wie entsprechende Gewinne. Auch diese Beobachtung ist wie schon ausgeführt inkonsistent mit Rational Choice.⁹¹

(d) Sicherheit wird von den meisten Entscheidern systematisch überbewertet.⁹²

Was hat all dies mit dem Coase-Theorem zu tun? Ausgesprochen viel. Wenn Menschen regelmäßig Verluste schwerer gewichten als Zugewinne und der Besitz-Effekt infolgedessen allgegenwärtig ist, stellt das die Prognosen des Coase-Theorems, wie es bisher verstanden wird, in Frage. Selbst in einer Welt ohne Transaktionskosten fließen dann Rechte und Güter nicht gleichsam automatisch an denjenigen, der ihnen den höchsten Wert beimisst. Zumindest dann nicht, wenn damit gemeint sein soll, dass die Endverteilung sich unabhängig von der Anfangsverteilung qua Verhandlungen einstellt. Denn die beobachtete Disparität in der Wertschätzung von Gewinnen und Verlusten dürfte allzu oft dazu führen, dass sich die Anfangsausstattung als wesentlich resistenter erweist als angenommen. Diejenigen, die bereits im Besitz von Gütern oder Rechten sind, schätzen diese, wie wir sahen, regelmäßig höher als diejenigen ohne entsprechenden Besitz. Dieses Gefälle kann sich ganz ähnlich auswirken wie Transaktionskosten. Die anfängliche Allokation hätte damit durchaus starken Einfluss auf den Endzustand. Darüber hinaus dürfte es schwer fallen, überhaupt zu bestimmen, wer ein Gut tatsächlich am höchsten schätzt. Nimmt man mit der *Prospect Theory* an, dass die diesbezüglichen Präferenzen nicht unabänderlich feststehen, sondern durch Besitz- oder Nichtbesitz beeinflusst sind, so wirft dies die normative Frage auf, welche Perspektive es beim Vergleich zwischen unterschiedlichen Wertschätzungen einzunehmen gilt. Ist, mit anderen Worten, die Ex-ante-Sichtweise entscheidend, also die Fragestellung, wie viel jemand für ein Gut bereit wäre zu bezahlen, das er noch nicht besitzt, oder ist entscheidend darauf abzustellen, wie viel jemand mindestens verlangen würde, um ein Gut zu verkaufen, das ihm bereits gehört? Wie wäre beispielsweise zu entscheiden, wenn Person A eine höhere Zahlungsbereitschaft und Person B dafür eine höhere Verkaufsschwelle hätte?⁹³

89 *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: Gains, Losses and the Psychology of Litigation*, in: S.CAL.L.REV. 70 (1996), S. 121.

90 *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: aaO* (Fn.78).

91 *Guthrie, Chris: Prospect Theory, Risk Preference and the Law*, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1119 mwN.

92 *Guthrie, Chris: aaO* (Fn. 83), S. 1119 mwN.

93 Zu all diesen Überlegungen ausführlich *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science*, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1110 ff.

Es ist festzuhalten, dass all dies das Coase-Theorem noch nicht im Kern widerlegt. Es spricht allerdings vieles dafür, den darin verwandten Begriff der Transaktionskosten weiter auszulegen, als Rational Choice dies tut – nämlich derart, dass auch die Auswirkungen des Besitzeffektes erfasst werden.⁹⁴

Noch eine weitere Implikation ergibt sich aus den Annahmen der *Prospect Theory*: Wenn Gewinne und Verluste unterschiedlich bewertet werden, kommt es maßgeblich auf den Referenzpunkt an, an dem sich die Kategorisierung bestimmt. Wie festgestellt handelt es sich dabei meist um den Status Quo. Allerdings lässt sich dieser nicht immer leicht bestimmen. Aus dieser Unbestimmtheit resultiert eine Manipulationsanfälligkeit der Einordnung und damit unter Umständen der gesamten Entscheidung. Ein Beispiel⁹⁵: Für eine Studie wurden Menschen gebeten, sich vorzustellen, sie hätten eben 1.000 \$ erhalten. Nun müssten sie sich entscheiden, ob sie eine zusätzliche sichere Zahlung von 500 \$ oder eine 50-Prozent-Chance, weitere 1.000 \$ zu gewinnen, vorzögen. 84 % der Teilnehmer verhielten sich bei dieser Fragestellung risikoavers und wählten die sichere Zahlung.

Wenn man sie jedoch bat sich vorzustellen, sie hätten soeben 2.000 \$ bekommen, und anschließend aufforderte anzugeben, ob sie einen sicheren Verlust von 500 \$ oder eine 50-Prozent-Chance 1.000 \$ zu verlieren, bevorzugten, entschieden sich 70 % für die unsichere Lotterie. Der Unterschied ist erstaunlich. Tatsächlich standen die Individuen nämlich in beiden Fällen vor dem gleichen Entscheidungsproblem. Sie sollten jedes Mal zwischen einem sicheren Gewinn von 1.500 \$ und einer Lotterie mit den gleichwahrscheinlichen Ergebnissen von 1.000 \$ und 2.000 \$ wählen. Nur durch die verschiedene Fragestellung wurde dieses Faktum verschleiert. Im ersten Falle wurden den Individuen suggeriert, sie hätten sich zwischen Gewinnoptionen zu entscheiden, im zweiten Fall war die Frage als Aufforderung zu einer Entscheidung zwischen Verlustoptionen strukturiert. Durch das einfache Aufspalten des Problems ließ sich mithin der Referenzpunkt der Teilnehmer mit beachtlichen Konsequenzen manipulieren. Derartige Beeinflussungen der Risikopräferenz durch unterschiedliche Problemdarstellungen werden in der Literatur unter dem Schlagwort „*Framing*“ behandelt. Auch aus dem spezifisch juristischen Bereich werden Framing-Effekte berichtet. So baten GUTHRIE und KOROBKIN⁹⁶ eine Gruppe von Personen, sich in die Rolle von Klägern in einem Schadenersatzfall zu versetzen, die zwischen einem sicheren Vergleich in Höhe von 19.000 \$ und einem Gerichtsverfahren mit unsicherem Ausgang wählen müssten. Die Entscheidung für das Gerichtsverfahren konnte im besten Fall 28.000 \$ abwerfen, wies aber insgesamt nur einen Erwartungswert von 19.000 \$ auf. Rational Choice würde in diesem Fall voraussagen, dass sich die Individuen risikoneutral oder risikoavers verhalten würden und – noch wichtiger – dass sie ihre Entscheidung unabhängig von der Schadenshöhe treffen würden. Diese Prognose ließ sich im Experiment jedoch allenfalls teilweise bestätigen. Solange den Teilnehmern gesagt wurde, der Schaden, auf Grund dessen sie vor Gericht gezogen seien, sei

94 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1498.

95 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: aaO (Fn. 85), S. 1105.

96 Guthrie, Chris/ Korobkin, Russell: Psychological Barriers to Litigation Settlement, in: MICH.L.REV. 93 (1994), S. 130 ff.

geringer als das Vergleichsangebot, wählten sie im Einklang mit dieser Prognose die sichere Variante. Nannte man ihnen jedoch eine Schadenshöhe, die zwischen dem besten im Verfahren erzielbaren Ergebnis und dem Vergleich lag, so tendierten sie deutlich zur Risikofreude und entschieden sich um einiges häufiger für die unsichere Variante. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den Erwartungen der *Prospect Theory*. Der Referenzpunkt war in beiden Fällen durch die – aus Rational-Choice-Sicht unbeachtliche – Schadenshöhe determiniert. Jedoch war er im ersten Fall so gelegt, dass die Individuen sich zwischen „Gewinnen“ entscheiden mussten. Entsprechend legten sie Risikoscheu an den Tag. Im zweiten Fall jedoch sahen sie sich mit zwei Verlustoptionen konfrontiert. Folglich agierten sie risikofreudig. Der gemäß dem Standardmodell unbeachtliche Kontext beeinflusste also das Entscheidungsverhalten.

gg) Ergebnisse

Im Ergebnis zeigt sich also, dass die Rational-Choice-Modellannahme stabiler und kontextunabhängiger Präferenzen zumindest fragwürdig ist. Tatsächlich scheinen Kontext, Verfahren und Problemdarstellung in vielen Fällen die Präferenzen maßgeblich mit zu prägen. Dies alles spricht freilich nicht per se gegen die Formulierung von Nutzenfunktionen, sondern kann sogar nützlich bei deren Erklärung sein.⁹⁷ Allerdings bleiben Fragen offen, die nur weitere Forschungs- und Theoretisierungsbemühungen werden beantworten können. Wann genau zum Beispiel ist es sachgerechter, von einer exogenen Wertbildung wie im Wertbon-Experiment auszugehen, und wann ist die autonome Wertbildung realistischer? Wieso tritt der Besitzeffekt – wie jüngere Forschungen nahe legen – nicht auf, wenn jemand statt der Sache nur ein Versprechen, die Sache zu erhalten, besitzt? Was schließlich löst den Effekt aus?⁹⁸ Die *Prospect Theory* macht einen ersten Schritt zu einer umfassenderen Theoretisierung etlicher der beobachteten Phänomene. Gleichwohl sind weitere Schritte unverzichtbar.

c) Inputgewinnung, Inputverarbeitung und Optimierung

aa) Begriffliche Klärungen

Im Bezug auf die von Rational Choice verwandten Vokabeln „Optimierung“ und „Nutzenmaximierung“ sehen wir uns vor ganz ähnliche Schwierigkeiten gestellt, wie wir sie schon im Hinblick auf das konzeptionelle Eigeninteresse zu bewältigen hatten. Was ist mit diesen Annahmen gemeint? Wie „stark“ oder „schwach“ ist ihr Gehalt? Klingt in ihnen jener (Über-) Verbraucher an, „der vor jedem Einkauf Kosten und Nutzen sorgsam abwägt und Hunderte von Preisen vergleicht, bevor er seine Entscheidung trifft“⁹⁹? Dies sicherlich nicht. Auch Rational-Choice-Anhänger konzedieren selbstverständlich, dass eine solche Annahme über das Verhalten und die kognitiven Fähigkeiten des Durchschnittsmenschen unrealistisch und bereits empirisch

97 Sunstein, Cass: Behavioral Law and Economics: A Progress Report, in: AM.L.& ECON.REV. 1 (1999), S. 117.

98 Zu diesen Problemen kritisch Arlen, Jennifer: The Future of Behavioral Analysis of Law, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1777 ff.

99 Kirchgässner, Gebhard: Homo Oeconomicus (2000), S. 27.

widerlegt sei.¹⁰⁰ So haben Studien beispielsweise gezeigt, dass Individuen mit höherer Wahrscheinlichkeit in der Lage waren, das für sie passendste Haus aus einer Auswahl herauszufiltern, wenn die Zahl der für die Auswahl maßgeblichen Attribute eher gering war.¹⁰¹ Auch Rational Choice weist daher darauf hin, dass es in vielen Situationen gerade rational sein kann, nicht konsequent zu optimieren. Eine unbegrenzte Informationssuche und der mühselige Vergleich aller denkbaren Optionen mögen demnach zwar das optimale Ergebnis für die in Rede stehende Entscheidung generieren, global betrachtet wären sie jedoch evident irrational. Mehr noch, sie würden jede normale Lebensführung im Keim ersticken. Was aber ist dann gemeint? In der Terminologie des Rationalmodells ließe sich sagen, dass Informationsgewinnungs- und -verarbeitungskosten sowie begrenzte kognitive Kapazitäten für das (ansonsten ungebrochene) Nutzenmaximierungsverhalten Restriktionen bedeuten.¹⁰² Eine Verhaltensprognose müsste also zum Beispiel abwägen, wann die Kosten der Informationsgewinnung und ihrer Verarbeitung den noch möglichen Nutzenzuwachs übersteigen. Dies ist gewiss nicht unplausibel, wirft jedoch gewisse Probleme auf. Denn wann ist diese Grenze erreicht? Es mag durchaus offensichtlich sein, dass sie überschritten ist, wo ein Verbraucher die Vorzüge und Preise hunderter verschiedener Milchprodukte gegeneinander abwägt, doch sind viele Fälle keineswegs so eindeutig gelagert. Und selbst, wenn diese Schwierigkeiten nicht aufträten, die kognitiven Kapazitäten aller Individuen einander so ähnlich wären, dass diesbezügliche Aussagen sich generalisieren ließen, wenn schließlich nichts anderes für die Kosten der Informationsverarbeitung gälte, so bliebe dennoch die Frage, was *nach* der Erkenntnis, dass optimale Informationsgewinnung und -verarbeitung sich in einer bestimmten Situation nicht lohnen, geschieht? Nach welchen Regeln entscheidet das Individuum in diesen Fällen? Hierüber schweigt sich Rational Choice weitgehend aus.

Auch die Verfechter von Behavioral (Law and) Economics nehmen an, dass Menschen in einer hochkomplexen Welt auf kognitive Techniken der Vereinfachung wie etwa Heuristiken angewiesen sind.

Eine andere Bewältigungsstrategie identifiziert HERBERT SIMON¹⁰³, der annimmt, dass Menschen anstatt zu optimieren, häufig auf ein von ihm als *Satisficing* bezeichnetes Verfahren zurückgreifen. Dies bedeutet, dass sie Vereinfachungsstrategien wählen, die zwar nicht unbedingt ihren Nutzen maximieren, aber doch zu Ergebnissen führen, die vor dem Hintergrund des verfolgten Ziels hinreichend sind. Der Suchprozess nach überlegenen Optionen läuft nach dieser Ansicht begrenzt durch eine sogenannte *stopping rule* ab. Im oben zitierten Fall der Hauskäufer könnte eine solche Regel so aussehen, dass sich ein Käufer nur versichert, dass ein Haus fünf Minimalanforderungen erfüllt, und dann nach einer weiteren Strategie zwischen den noch verbleibenden Alternativen auswählt.¹⁰⁴ Allerdings bleiben die Anhänger von Behavioral (Law and) Economics

100 Vgl. dazu Kirchgässner, Gebhard: Homo Oeconomicus (2000), S. 27 ff.

101 Malhotra, Naresh: Information Load and Consumer Decision Making, in: J.CONSUMER RES. 8 (1982), S. 419.

102 Korobkin, Russell/Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1076.

103 Simon, Herbert: Theories of Bounded Rationality, in: Simon, Herbert (Hrsg.), Models of Bounded Rationality, Vol.2, (1982), S. 408.

104 Eisenberg, Melvin: The Limits of Cognition and the Limits of Contract, in: STAN.L.REV. 47 (1995), S. 214, charakterisiert den Unterschied zwischen Optimierung i.S. von Rational Choice und „Satisficing“ als den

bei dieser Feststellung nicht stehen. Stattdessen nehmen sie auf der Grundlage empirischer Befunde an, dass die meisten Menschen unter gewissen Umständen auf ganz ähnliche Vereinfachungsverfahren zurückgreifen, so dass Voraussagen und Systematisierungen möglich sind. Auch weisen sie die Behauptung von Rational Choice zurück, dass der lokale Verzicht auf eine vollständige Optimierung aus einer globalen Perspektive immer rationale Ergebnisse im Sinne des Rationalmodells zeitige. Der Einsatz von Vereinfachungstechniken – so die Gegenhypothese – sei vielmehr der Grund für eine Reihe systematischer Maximierungsfehler. Während Rational Choice mit anderen Worten über die Globalbetrachtung versucht, gleichsam aus der Ex-post-Perspektive die Richtigkeit der eigenen Grundthese zu versichern, registriert Behavioral (Law and) Economics gerade kognitiv bedingte Devianzen von den Postulaten des Rationalmodells. Das ist indes keineswegs gleichbedeutend mit der normativen Behauptung, dass Menschen schlechte Entscheider seien. Es besagt nur, dass sie sich anders verhalten, als Rational Choice es voraussagt. Die Frage, ob die systematischen Verzerrungen in Bezug auf die Risikoeinschätzung und kognitive Verarbeitung von Informationen sich möglicherweise als unter evolutionären Gesichtspunkten adaptiv erwiesen haben, ob sie möglicherweise unausweichlich sind, ist damit noch nicht beantwortet.¹⁰⁵ Kognitionspsychologen sind häufig geneigt dies anzunehmen, während Ökonomen zu einer eher negativen Einschätzung tendieren. Entsprechend unterschiedlich sind auch die normativen Schlussfolgerungen aus den empirischen Befunden. Darauf ist im nächsten Abschnitt einzugehen. Hier sollen zunächst rein deskriptiv einige der wichtigsten Belege für die Annahmen von Behavioral Law and Economics dargestellt werden.

bb) Heuristiken

Die Behavioral-Law-and-Economics-Forschung hat seit den Vorarbeiten von KAHNEMAN und TVERSKY eine beträchtliche Zahl das menschliche Entscheidungsverhalten prägender Heuristiken aufgespürt und dokumentiert. Eine umfassende Darstellung all dieser kognitiven Simplifizierungsstrategien würde den Rahmen einer einführenden Arbeit sprengen. Im Folgenden werden daher zwei Heuristiken exemplarisch herausgegriffen und diskutiert. Es handelt sich dabei um die so genannte Verfügbarkeitsheuristik (*availability heuristic*) und die ihr eng verwandte Darstellungsheuristik (*representativeness heuristic*). Beide haben in der Literatur viel Aufmerksamkeit erfahren, da sie deutlich mit der Vorstellung einer perfekten Informationsverarbeitung konfliktieren.

Heuristiken werden in der Regel relevant, wo Entscheidungen unter Unsicherheit zu treffen sind.¹⁰⁶ In diesen Fällen ist es nötig, die Wahrscheinlichkeit zu schätzen, mit der ein bestimmtes Ereignis eintreten könnte. Aus der Sicht von Rational Choice sollte dies nach dem so genannten Gesetz von BAYES geschehen; das Individuum sammelt die aktuell zur Verfügung stehende Informationen und gleicht sie mit bereits vorhandenem Hintergrundwissen, der sog. *base rate*

zwischen der Suche nach der schärfsten in einem Heuhaufen versteckten Nadel und einer Nadel die scharf genug, um damit zu nähen, ist.

105 Hierzu die Beiträge in Barkow, Jerome/ Cosmides, Leda/ Tooby, John: *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture* (1992).

106 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: *Law and Behavioral Science*, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1085.

oder A-priori-Wahrscheinlichkeit, ab. Hierbei wird die *base rate* aktualisiert. Empirische Befunde legen allerdings nahe, dass das Gesetz in der Realität mit großer Häufigkeit verletzt wird. Offenbar erfährt die A-priori-Wahrscheinlichkeit regelmäßig wesentlich weniger Aufmerksamkeit, als es die bayesianische Theorie fordern würde. Ursächlich hierfür ist nach Auffassung der Anhänger von Behavioral Law and Economics (neben anderen Faktoren) der Einsatz der beiden zitierten Heuristiken.

Die Verfügbarkeitsheuristik¹⁰⁷ beschreibt das Phänomen, dass Individuen häufig aktuell verfügbarer Information gegenüber der statistischen *base rate* überproportionales Gewicht einräumen. Dies mögen Informationen sein, die von Ereignissen herrühren, die erst sehr kurze Zeit zurückliegen, denen besonders hervorstechende Bedeutung für das Individuum zukommt, oder die medial gegenwärtig besonders präsent sind. In all diesen Fällen bedingt die „Nähe“ der Information ihre einfache Verfügbarkeit oder Erinnerlichkeit, mit der Folge, dass das Individuum die betreffenden Ereignisse für wahrscheinlicher hält, als sie tatsächlich sind. Ein Beispiel: KAHNEMAN und TVERSKY baten die Teilnehmer eines Experiments zu schätzen, wie viele Worte einer Romanpassage auf die Silbe „ing“ endeten. Sie erhielten wesentlich höhere Schätzungen, als wenn sie nach Worten fragten, deren zweitletzter Buchstabe ein „n“ sei, obgleich der erste Fall ein Unterfall des zweiten und daher logischerweise unwahrscheinlicher ist.¹⁰⁸ Eine Erklärung liefert die Verfügbarkeitsheuristik. Die auf „ing“ endenden Wörter waren den befragten Personen einfach deshalb präsenter, weil im Englischen unter anderem Gerundium und Partizip Präsens diese Endung aufweisen. Eine Regel, wann Wörter „n“ als zweitletzten Buchstaben haben, war für die Experimentteilnehmer weniger leicht abrufbar.

Ähnliche Fehler in der Informationsverarbeitung generiert die Darstellungsheuristik.¹⁰⁹ Sie tritt dort auf, wo Menschen Einordnungen in Kategorien vornehmen. Dabei – so die Beobachtung – verlassen sie sich überproportional auf die Ähnlichkeit, die ein Ereignis mit den charakteristischen Merkmalen der Kategorie hat, ignorieren aber die statistische Wahrscheinlichkeit, mit welcher die Kategorie auftritt.¹¹⁰ Auch hierzu ein experimentelles Beispiel von KAHNEMAN und TVERSKY¹¹¹: Eine Reihe von Probanden erhielt über eine Frau namens Linda Informationen, die typisch für eine Feministin erschienen. Anschließend sollten sie angeben, welche Option wahrscheinlicher sei: (a) Linda ist eine Bankangestellte. (b) Linda ist eine Bankangestellte, die sich in der feministischen Bewegung engagiert. Beinahe 90 Prozent der Befragten wählten Antwort (b). Indes – Antwort (b) ist in Antwort (a) bereits logisch enthalten und daher objektiv unwahrscheinlicher. Die statistische *base rate* bestand hier darin, dass es mehr Bankangestellte als feministi-

107 Hierzu ausführlich Kahneman, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos: *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases* (1982), S. 163 ff; Sunstein, Cass/ Kuran, Kim: *Availability Cascades and Risk Regulation*, in: STAN.L.REV. 51 (1999), S. 683.

108 Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: *Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgement*, in: *Psychological Review* 90 (1983), S. 295.

109 Hierzu ausführlich Kahneman, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos: *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases* (1982), S. 23 ff; Plous, Scott: *The Psychology of Judgement and Decision Making* (1993), S. 109 ff.

110 Kahneman, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos: aaO (Fn.100), S. 84.

111 Kahneman, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos: aaO (Fn.100), S. 92.

sche Bankangestellte gibt. Die Probanden von KAHNEMAN und TVERSKY hatten diese offenbar ignoriert, da statistische Information meist zu blass ist, um Aufmerksamkeit zu erregen.

Beide Heuristiken führen also zu Urteilsverzerrungen, die bei der Mehrzahl aller Menschen auftreten. Mit den Erwartungen, welche Rational Choice an die Informationsverarbeitung stellt, stehen sie offenkundig nicht im Einklang. Teilweise werden die Effekte in Verbindung mit der so genannten *Support Theory* gebracht¹¹². Diese besagt, dass Menschen Optionen für umso erstrebenswerter halten, je besser die Argumente sind, die sie für diese Option konstruieren können. Tatsächlich kann die Stärke von Argumenten allerdings von Faktoren abhängen, die mit der Vorzugswürdigkeit einer Option in keinerlei Zusammenhang stehen.¹¹³ Jedenfalls demonstrieren sie, wie Menschen dazu tendieren, Schlussfolgerungen auf der Grundlage ihrer Aufmerksamkeit und Erinnerung zu ziehen, als ob diese fehlerlos funktionierten. Auf diese Weise kann der Einsatz von Simplifizierungstechniken zu systematischen Fehlern in der Urteilsbildung führen.

cc) *Anchoring (2)*

Die Schätzung von Wahrscheinlichkeiten wird auch durch den bereits dargestellten Anchoring-Effekt beeinflusst. In Ermangelung verlässlichen statistischen Hintergrundwissens beeinflusst häufig der Zahlenanker die Schätzung eines Individuums maßgeblich. Ihm kommt eine ähnliche Rolle zu wie der aktuell verfügbaren (dominanten) Information in den Fällen heuristischer Entscheidungen. Für eine Studie wurde eine Gruppe von Buchhalter gefragt, ob sie glaube, dass Bilanzschwindel in mehr als 10 von 2000 Fällen auftrete, eine andere, ob sie mehr als 200 Betrugsfälle unter 1000 Unternehmen vermute. Anschließend bat man die Buchhalter zu schätzen, wie hoch die tatsächliche Ziffer läge. Obgleich es für eine derartige Differenz keinen logischen Grund gab, lagen die Schätzungen letzterer Gruppe wesentlich höher.¹¹⁴ Plausibel wird dies erst vor dem theoretischen Hintergrund des Anchoring-Effekts. Die erste Gruppe war einem deutlich kleineren Anker ausgesetzt als die zweite.

dd) *Überzogener Optimismus*

Die zweifache Diskussion des Anchoring-Effektes demonstriert, wie schwierig eine trennscharfe Zuordnung der empirisch feststellbaren Devianzen von den Postulaten der Rational-Choice-Theory ist. Viele der hier dargestellten Phänomene und *Biases* stellen Abweichungen von mehr als einem Merkmal des Rationalmodells dar. Dies gilt in mancherlei Hinsicht auch für das im Folgenden zu erörternde Phänomen des selbstbezogenen Überoptimismus, welches in der englischsprachigen Literatur meist als *Overconfidence Bias* bezeichnet wird und als Pendant zu dem oben dargestellten *Self-Serving Bias* angesehen werden kann.

112 So Rachlinski, Jeffrey: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 751.

113 Vgl. Koehler, Derek/ Tversky, Amos: Support Theory: A Nonextensional Representation of Subjective Probability, in: PSYCHOL.REV. 101 (1994), S. 547 ff.

114 Joyce, Gary/ Biddle, Edward: Anchoring and Adjustment in Probabilistic Inference in Auditing, in: J.ACCOUNTING RES. 19 (1981), S. 122 ff.

Ähnlich wie die Fairnessüberzeugungen von Menschen durch den *Self-Serving Bias* verzerrt werden, so werden ihre Risikoeinschätzungen durch einen überzogenen Optimismus bezüglich der eigenen Person und Lage geprägt. Selbst wenn sie es schaffen, Informationen aufzunehmen und zu verarbeiten, ohne dabei einem der vorigen Effekte zu erliegen, selbst wenn also ihre Risikoeinschätzung auf einer rationalen und fehlerfreien Kalkulation beruht, sind sie noch anfällig für kognitive Illusionen, die zu ineffizientem Verhalten führen können. Der *Overconfidence Bias* führt dazu, dass Menschen, auch wenn sie gewisse Risiken abstrakt richtig einschätzen, diese Erkenntnis nicht auf sich selber beziehen. In anderen Worten: Sie glauben, dass ihnen Gefahren mit unterdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit drohen, Glücksfälle jedoch mit überdurchschnittlicher. So glauben 90 % aller Autofahrer, dass sie ihr Fahrzeug besser beherrschen als der Durchschnitt und deshalb seltener in schwere Unfälle verwickelt würden.¹¹⁵ Obwohl die meisten Menschen wissen, dass in den USA die Hälfte aller Ehen geschieden wird, bezifferten die meisten frisch getrauten Paare in einer Studie von EMERY und BAKER die Wahrscheinlichkeit, dass ihre Ehe scheitern werde, (wenig überraschend) mit null Prozent.¹¹⁶

Ähnliche Ergebnisse lieferte auch die bekannte Studie von WEINSTEIN, im Zuge derer Studenten angeben sollten, ob bestimmte gute oder schlechte Ereignisse in ihrem Leben wahrscheinlicher eintreten würden als im Leben ihrer Kommilitonen. Die meisten zeigten die Überzeugung, dass ihnen Negatives mit unterdurchschnittlicher und Positives mit überdurchschnittlicher Wahrscheinlichkeit zustoßen werde¹¹⁷. Auch aus dem unternehmerischen Bereich sind Auswirkungen des überzogenen Optimismus dokumentiert.¹¹⁸

Behavioral Law and Economics tut sich außerordentlich schwer, eine normative Position hinsichtlich dieses hartnäckigen Phänomens zu entwickeln, worauf im nächsten Teil noch einzugehen sein wird. Im Gegensatz zu den oben dargestellten Verzerrungen der Risikoeinschätzung wird man den *Overconfidence Bias* nicht als per se negativ einstufen dürfen. Dies belegt deutlich die einzige Gruppe, die im Stande ist, sie selbst betreffende Risiken realistisch einzuschätzen – diejenige der chronisch Depressiven.¹¹⁹ Vor diesem Hintergrund erscheinen Universitätsprofessoren als in der Masse ziemlich glückliche Menschen – 94 Prozent von ihnen halten sich für kompetenter als ihre Kollegen.

115 Taylor, Shelley: *Positive Illusions* (1989), S. 10 ff.

116 Baker, Lynn/ Emery, Robert: *When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage*, in: *LAW & HUM.BEHAV* 17 (1993), S. 439.

117 Weinstein, Neil: *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, in: *J.PERSONALITY & SOC. PSYCHOL.* 39 (1980), S. 806.

118 Camerer, Collin/ Lovallo, Dan: *Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach*, in: *AM.ECON.REV.* 89 (1999), S. 306.

119 Taylor, Shelley: *Positive Illusions* (1989), S. 39 f.

ee) *Hindsight Bias*

Die in den vorangegangenen Unterabschnitten betrachteten Phänomene haben demonstriert, dass Menschen sich regelmäßig schwer tun, Risiken aus einer Ex-ante-Perspektive korrekt einzuschätzen. Der *Hindsight Bias* als der vermutlich am lebhaftesten diskutierte Effekt aus dem Bereich der Informationsaufnahme und -verarbeitung bezeichnet hingegen einen typischen Fehler bei der Bewertung von Risiken aus einem Ex-post-Blickwinkel. Konkret ist damit die Tendenz angesprochen, Ereignisse einfach deswegen für wahrscheinlich oder sogar unausweichlich zu halten, weil sie geschehen sind. Einen eindrucksvollen Beleg für diese Neigung liefert eine Studie von BARUCH FISCHHOFF¹²⁰. Er gab fünf Gruppen von Studenten einen Text zu lesen, in dem die Ereignisse beschrieben waren, die im Jahre 1814 die militärischen Auseinandersetzungen zwischen den Briten und den nepalesischen Gurkhas auslösten. Die Texte glichen einander völlig, was die Vorgeschichte anbetraf, waren jedoch von FISCHHOFF mit vier verschiedenen Enden versehen worden. Die Kontrollgruppe erhielt keine Informationen bezüglich des Ausgangs der Ereignisse. Anschließend hatten die Studenten zu entscheiden, was die wahrscheinlichste Folge der beschriebenen Ereigniskette war, wobei die vier verschiedenen Enden zur Auswahl standen. FISCHHOFF beobachtete, dass sich in jeder der vier Gruppen eine Tendenz zeigte, dasjenige Ende für ganz besonders wahrscheinlich zu halten, das ihnen zuvor als der „tatsächliche“ Ausgang präsentiert worden war. Die Kontrollgruppe hingegen zeigte demgegenüber keine derartigen Voreingenommenheiten.

Auch in genuin juristischen Bereichen wie dem Deliktsrecht lassen sich Auswirkungen des *Hindsight Bias* feststellen. Eine Studie von KAMIN und RACHLINSKI beispielsweise fand heraus, dass (fiktive) Geschworene ihm bei der Bestimmung des gebotenen Sorgfaltsniveaus regelmäßig erliegen.¹²¹ Diejenigen Juroren, die im Vorfeld informiert worden waren, dass der Schadensfall tatsächlich eingetreten war, hielten ihn für deutlich wahrscheinlicher – und daher ex ante leichter voraussehbar – als diejenigen, denen nicht derartiges gesagt worden war. Neuere Befunde geben wenig Anlass zu der Hoffnung, dass gruppeninterne Interaktion (wie beispielsweise innerhalb einer Geschworenenjury) den *Bias* ausmerzen könnte.¹²²

ff) *Ergebnisse*

Die zahlreichen Befunde der experimentellen Ökonomie zeichnen ein Bild der menschlichen Informationsaufnahme und -verarbeitung, das beträchtliche Differenzen zum Rationalmodell aufweist. Zum einen scheint, wie beispielsweise *Anchoring* und die beschriebenen Heuristiken zeigen, der Kontext eine gewichtigere Rolle zu spielen als bislang angenommen. Zum anderen kann der Einsatz kognitiver Simplifizierungsstrategien zu systematischen Fehleinschätzungen

120 *Fischhoff, Baruch*: Hindsight \neq Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgement Under Uncertainty, in: J.EXPERIMENTAL PSYCHOL. HUM.PERCEPTION & PERFORMANCE 1 (1975), S. 288.

121 *Kamin, Kim/ Rachlinski, Jeffrey*: Ex Post \neq Ex Ante, in: LAW & HUM.BEHAV.19 (1995), S. 89; vgl. auch *LaBine, Gary/ LaBine, Susan*: Determinations of Negligence and the Hindsight Bias, in: LAW & HUM.BEHAV. 20 (1996), S. 501.

122 *Stahlberg, Dagmar/ Eller, Frank/ Maass, Anne/ Frey, Dieter*: We Knew it All Along: Hindsight Bias in Groups, in: ORG.BEHAV.&HUM.DECISION PROCESSES 63 (1995), S. 46.

zukünftiger wie zurückliegender Risiken führen, wie unter anderem der *Hindsight Bias* demonstriert. Entgegen der Rational-Choice-Annahme können aufgrund dieser Fehler Ergebnisse auftreten, die sowohl lokal als auch global suboptimal sind. Behavioral Law and Economics kann einen wertvollen Beitrag zur Konstruktion eines Verhaltensmodells leisten, indem es Voraussagen über bestimmte systematische Abweichungen von den Prognosen des Rationalmodells erlaubt. Gleichwohl liegen die normativen Konsequenzen aus deren Beobachtungen nicht immer auf der Hand.

2.) Konzeptionelle Konsequenzen

Der vorangegangene Abschnitt hat demonstriert, dass in der Realität auf jedweder Ebene des Rationalmodells Anomalien zu beobachten sind, deren Charakter mehr systematisch denn zufällig ist. Ihre Auswirkungen sind zu ubiquitär und gewichtig, um sie zu ignorieren. Sie sind, wie CONLISK plastisch formuliert, die „Elefanten im Wohnzimmer“ von Rational Choice.¹²³ Das Interesse an diesen Devianzen eint die Vertreter von Behavioral Law and Economics. Indes – würden sich die Gemeinsamkeiten hierin erschöpfen, müsste alles Reden von einem eigenständigen Alternativansatz als grobe Übertreibung erscheinen. Behavioral Law and Economics wäre dann nicht viel mehr als ein besonders häufig gebrauchtes Argument gegen die Grundannahmen der ökonomischen Analyse des Rechts, eine kritische Fußnote zum Standardansatz¹²⁴. Will es dagegen eine echte Alternative sein, erscheint ein „Mehr“ an Gemeinsamkeit, ein konzeptionelles Bindemittel, unverzichtbar. Wenn der Raum, der im Folgenden auf die Suche nach jener konzeptionellen Grundidee, welche durch das Mosaik aus Einzeleinwänden das Gesamtbild sichtbar werden lässt, eher begrenzt bleibt, so hat dies im Wesentlichen die folgende Ursache. Man täte Behavioral Law and Economics unrecht, wollte man in dieser Hinsicht zu strenge Maßstäbe an ein sich gerade erst formierendes Feld anlegen. Der Blick auf das Gesamtbild wird naturgemäß durch die Perspektive und Interpretation des Betrachters geprägt sein. Welchem Ausschnitt besondere Bedeutung zukommt, welche Steinchen in der Gesamtkomposition eher den Randbereich ausmachen und welche die Zentralaussage konturieren, dies alles ist deutungs-offen.

Was also sind die charakteristischen Gemeinsamkeiten, die Behavioral Law and Economics zu einem eigenständigen Ansatz machen?¹²⁵ Eine stark komprimierte und durchaus topische Antwort müsste wohl die folgenden Elemente enthalten:

123 Conlisk, John: Why Bounded Rationality?, in: J.ECON.LITERATURE 34 (1996), S. 691.

124 So kritisch Posner, Richard: Rational Choice, Behavioral Economics and the Law, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1551 f.

125 Vgl. zu den in diesem Abschnitt erörterten Fragen auch Kelman, Mark: Law and Behavioral Science: Conceptual Overviews, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1347.

a) *Die ökonomische Komponente*

Behavioral Law *and* Economics ist nicht gleich Behavioral Law. Im Gegenteil. Die letzte Begriffskomponente, die Ökonomie, sollte in ihrem Bedeutungsgehalt nicht unterschätzt werden. Mit dem neuen Ansatz hat das ökonomische Instrumentarium keineswegs ausgedient. Auch diejenigen, die lieber von Law and Behavioral Science¹²⁶ sprechen, wollen damit nichts Derartiges andeuten. Sie verstehen lediglich die Ökonomie als eine Verhaltenswissenschaft, die von anderen Verhaltenswissenschaften flankiert wird. Scharfe Abgrenzungen des neuen Ansatzes zur Ökonomie, wie sie vereinzelt unter dem Label *Law and Psychology* versucht werden¹²⁷, lassen sich weder durchhalten, noch geben sie akkurat wieder, was eigentlich gemeint ist. Zu sehr steht auch Behavioral Law and Economics in der ökonomischen Tradition. Bezeichnend hierfür ist zuvörderst der methodologische Individualismus, der die Perspektive dieses Ansatzes deutlich bestimmt¹²⁸. Ausgangspunkt jeder theoretischen Betrachtung sind (auch) für Behavioral Law and Economics die Individuen, die danach trachten, ihre Bedürfnisse möglichst effektiv zu befriedigen. Dies gilt sowohl auf deskriptiver als auch auf normativer Ebene. Soziale Gefüge werden als Resultat der Interaktion zwischen Individuen, nicht Gruppen angesehen. Im Gegensatz insbesondere zur Soziologie sind mithin kollektive Kategorien wie Rasse, Schicht oder Geschlecht von allenfalls untergeordnetem Interesse. Das Gleiche gilt für den genuin soziologischen Begriff der „sozialen Rolle“. Kontextabhängigkeit im Sinne von Behavioral Law and Economics bezieht sich somit nicht auf die Besonderheiten sozialer Organisation, sondern ist abstrakt-generell zu verstehen. Das Augenmerk gilt nicht der Frage, ob etwa Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe oder Schicht besondere Verhaltensweisen an den Tag legen. Behavioral Law and Economics interessiert sich vielmehr für bestimmte Anomalien und Phänomene, welche das Verhalten nahezu *aller* Menschen unabhängig von ihrer sozialen Einbettung oder Gruppenzugehörigkeit kennzeichnen.¹²⁹

b) *Die empirisch-verhaltenswissenschaftliche Komponente*

Trotz der Nähe zur ökonomischen Methodik bezeichnet Behavioral Law and Economics aber mehr als ein Austauschen der Parameter in den Gleichungen des Standardmodells. Der Ansatz gründet wesentlich auf den oben dargestellten empirischen Forschungen, die Zweifel an vielen Annahmen des Rational-Choice-Modells geweckt haben. Entscheidend ist nicht die Beobachtung, dass sich viele der beobachteten Anomalien ex post auch in den Kategorien des Rational-

126 So z.B. Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1053.

127 Vgl. Rachlinski, Jeffrey: The „New“ Law and Psychology, 85 CORNELL L.REV. (2000), S. 763 ff et passim, der wenig überzeugend annimmt, Behavioral Law and Economics bleibe im Kern dem Standardansatz verhaftet („...changing the numbers in the Law and Economics equations“), während sein Law and Psychology eine das ökonomische Standardmodell überwindende Anwendung der empirischen Forschungen darstelle. Dabei wird zweierlei übersehen. Erstens setzt die scharfe Unterscheidung implizit voraus, dass sich angeben lässt, was unverzichtbarer Bestandteil des Rationalmodells ist. Dies dürfte schwer fallen. Selbst wenn sich jedoch eine Grenze ziehen ließe, nach deren Überschreitung das Rationalmodell aufhört, ein Rationalmodell zu sein, wird zweitens die enge Verwandtschaft zur Ökonomie auf methodischer Ebene übersehen (dazu oben).

128 Hierzu Kelman, Mark: aaO (Fn. 116), S. 1388 ff.

129 Die von Rachlinski, Jeffrey: zitierten Beispiele stellen keine Ausnahme hiervon dar.

modells ausdrücken bzw. modellieren lassen, sondern die Feststellung, dass sich durch den Rückgriff auf die experimentelle Ökonomie bereits die Art der Fragestellung verändert hat. Auch wenn sich etwa der Besitzeffekt in ökonomischen Termini modellieren lässt, hätte Rational Choice dessen Auftreten niemals aus den eigenen Annahmen allein vorhersagen können.¹³⁰

Wie die Soziologie lehnen auch die Vertreter von Behavioral Law and Economics die Vorstellung vollrationaler, stets erfolgreich ihren Nutzen maximierender Individuen mit einer fixen und exogenen Präferenzordnung ab. Dabei stellen ihre Gegenargumente jedoch weniger auf kollektiv-institutionelle Zwänge, Rollenverhalten oder strukturell bedingte Unterlegenheiten, sondern auf allgemeine kognitive Fehlleistungen ab. Damit wird freilich keinesfalls geleugnet, dass bestimmte Gruppen eher als andere die Macht besitzen, breitenwirksames *Framing* oder ähnliche Präferenzmanipulationen vorzunehmen. Gleichwohl ist die Frage, wer zu dieser und wer zu jener Gruppe zählt, nicht der Forschungsgegenstand von Behavioral Law and Economics. Der Ansatz zeigt die bei nahezu *allen* Menschen vorhandenen kognitiven Einfallstore für Irrtümer, Fehleinschätzungen oder Manipulationen auf. Die Auswirkungen auf die Interaktion verschiedener sozialer Systeme oder Gruppen bleiben hingegen vorrangig Gegenstand der Soziologie oder (in Bezug auf Kleingruppen) der Sozialpsychologie, womit allerdings keineswegs der Erkenntniswert dieser Disziplinen geleugnet wird.

Der Begriff „*behavioral*“ verweist mithin weniger in die Domänen der Soziologen und Sozialpsychologen, sondern in den Bereich der kognitiven Psychologie. Er ist freilich insofern unglücklich, als er ausgerechnet Assoziationen zum Behaviorismus evoziert, also jener Strömung, welche vor der kognitiven Wende in der Mitte des 20. Jahrhunderts die Psychologie dominierte und meist mit B.F. SKINNER in Verbindung gebracht wird. Der Behaviorismus war jedoch gerade bestrebt, diejenigen Phänomene, die für Behavioral Law and Economics im Focus des Interesses stehen, in die undurchdringbare „*Black Box*“ des menschlichen Geistes zu verbannen, also von einer systematischen Erforschung auszuschließen. Dieses Bestreben hat mit dem hier vorgestellten Ansatz nichts zu tun. Gerade die kognitive Psychologie mit ihrem Interesse an den unser Denken beeinflussenden Mechanismen generiert Aussagen von solch abstrakt-genereller Qualität, dass sie sich für die Konzeption eines allgemeinen Verhaltensmodells empfehlen. Sie erklärt auch, warum die beobachteten Devianzen vom Standardmodell der Ökonomen derart systematischen Charakter besitzen – weil alle menschlichen Gehirne im Wesentlichen denselben Bauplan aufweisen.

c) *Quasi-Rationalität*

Behavioral Law and Economics behauptet nicht, dass Menschen irrational handeln, sondern nur, dass sie oftmals nicht im Einklang mit den Annahmen von Rational Choice agieren. Richard Thaler hat für diese Konzeption den Begriff „Quasi-Rationalität“ geprägt.¹³¹ Quasi-Rationalität unterscheidet sich von Irrationalität dadurch, dass ihre Handlungsfolgen nicht willkürlich und

130 *Rachlinski, Jeffrey*: The „New“ Law and Psychology, in: *Cornell Law Review* 85 (2000), S. 765.

131 *Thaler, Richard*: *Quasi-Rational Economics* (1991).

unberechenbar, sondern systematisch und vorhersagbar sind.¹³² Quasi-Rationalität ist auch nicht per se gut oder schlecht. Ob bestimmte empirisch feststellbare Phänomene negativ, neutral oder positiv zu bewerten sind, lässt sich nicht allgemein beantworten, und kann in einigen Fällen (wie z.B. dem überzogenen Optimismus) durchaus schwierig zu beantworten sein. Die normative Empfehlung von Behavioral Law and Economics mag also in einigen Fällen „DeBiasing“, also die systematische Eliminierung eines Effekts sein, in anderen dagegen dessen schulterzuckende Hinnahme oder gar Sanktionierung.

d) *Die juristische Komponente*

Behavioral Economics als vorrangig deskriptive Disziplin mag sich mit der Feststellung der Ambivalenz vieler Phänomene aus dem Bereich der Quasi-Rationalität begnügen. Ihr Ziel ist die Konstruktion eines realistischen Modells des menschlichen Verhaltens. Behavioral Law and Economics nutzt dieses Modell als Fundament für die juristische Analyse. In deskriptiver Hinsicht helfen die gewonnenen Einsichten zur Erklärung des bestehenden Rechts. Die Verfechter von Behavioral Law and Economics bleiben aber an diesem Punkt nicht stehen. Sie begreifen den Ansatz als ein im Kern normatives bzw. präskriptives Konzept, welches sich mithin an der Überzeugungskraft seiner konkreten Handlungsempfehlungen und Vorschläge für die Ausgestaltung von Institutionen messen lassen muss. Daher kann es nicht verwundern, dass häufig Streit über die konkrete Antwort auf einen Effekt auch unter den Verfechtern des Ansatzes besteht. Im Vergleich zur überkommenen ökonomischen Analyse des Rechts ist Behavioral Law and Economics hierfür wegen der Ambivalenz vieler quasi-rationaler Verhaltensweisen sogar noch anfälliger.

e) *Konzeptionelle Unterschiede*

Differenzen bestehen jedoch nicht nur auf der juristisch-normativen Ebene. Bereits darunter, im Hinblick auf die konzeptionelle Untermauerung, treten unterschiedliche Vorstellungen zu Tage. Die gerade genannten Bausteine bilden nicht mehr als einen Rohbau, dessen Ausgestaltung bisweilen beträchtlich variiert. Der grundsätzliche Wille, verhaltenswissenschaftliche Einsichten der Behavioral Economics für die Jurisprudenz fruchtbar zu machen, vermag nicht unterschiedliche Detailvorstellungen zu kaschieren. Diese betreffen vor allem das Verhältnis zu Rational Choice. Am einen Ende des Spektrums stehen Kritiker (nicht Anhänger des Ansatzes) mit der These, Behavioral Economics stelle kein tragfähiges Fundament dar, da es sich selbst nur negativ zu definieren vermöge, etwa als „economics minus the assumption that people are rational maximizers of their satisfactions“¹³³. Behavioral Law and Economics sei also nichts als eine (unnötig) kupierte Spielart des Standardansatzes. Wäre richtig, könnte der Alternativansatz die entstandene Lücke durch eine eigene Vorstellung nicht füllen. Dies aber leistet gerade das Konzept

132 Sunstein, Cass: Behavioral Law and Economics: A Progress Report, in: A.M.L.& ECON.REV. 1 (1999), S. 121.

133 Posner, Richard: Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1552.

der Quasi-Rationalität. Wie erwähnt handeln Menschen auch nach der Vorstellung von Behavioral (Law and) Economics nicht irrational, sondern scheitern nur gelegentlich und auf eine ganz bestimmte Weise bei ihrem Versuch der Nutzenmaximierung oder nehmen in spezifischen Situationen davon Abstand. Der Facettenreichtum des Konzeptes spricht nicht gegen es, sondern liefert die Antwort auf die Frage des Kritikers: Wenn Menschen nicht rational handeln, wie handeln sie dann?

Entsprechend gehen auch die meisten Verfechter von Behavioral Law and Economics davon aus, dass ihr Ansatz nicht eine Verstümmelung, sondern eine Bereicherung des Standardkonzepts sei¹³⁴. JOLLS, SUNSTEIN und THALER etwa vertreten die Auffassung, dass Behavioral Law and Economics sich auffassen lasse als Law and Economics ergänzt um die von ihnen so genannten „*three bounds*“.¹³⁵ Diese drei Beschränkungen, auf die sich ihnen zufolge die meisten Devianzen vom Rationalmodell zurückführen lassen, bezeichnen sie als beschränkte Rationalität (*bounded rationality*), beschränktes Eigeninteresse (*bounded self-interest*) und beschränkte Willenskraft (*bounded willpower*). In die gleiche Richtung geht die Vorstellung, Behavioral Law and Economics solle jedenfalls gegenwärtig Rational Choice nicht komplett verdrängen, sondern lediglich einige unplausible Annahmen substituieren.¹³⁶ Dagegen will sich am anderen Ende des Spektrums RACHLINSKI, Law and Economics im Ganzen schnellstmöglich durch „*Law and Psychology*“ ersetzt sehen.¹³⁷ Bereits jetzt ließen sich die meisten Beobachtungen der verhaltenswissenschaftlichen Entscheidungstheorie auf drei grundsätzliche Eigenschaften menschlicher Kognition zurückführen.¹³⁸ Die Auseinandersetzung dürfte im Kern wohl ein Streit um Windmühlen sein. Tatsächlich klingt die Formulierung von JOLLS, SUNSTEIN und THALER nach etwas Aufgepfropftem, nach einer weiteren Fußnote zum Standardansatz. Die Entdeckung dreier Grundsatzprobleme des Standardkonzeptes ist kein eigener Ansatz, sondern ein systematisierter Kritikpunkt. Vernachlässigt wird, wieweit Behavioral Law and Economics durch seine spezifische empirische Forschungsmethode und die Einbeziehung von kognitionspsychologischen Einsichten bereits die Fragestellung beeinflusst. Dies allerdings erscheint mehr als ein Problem der Formulierung. Implizit scheinen sich JOLLS, SUNSTEIN und THALER der konzeptionellen Unterschiede durchaus bewusst zu sein. Dagegen übersieht RACHLINSKI den wechselseitigen Charakter des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Behavioral Law and Economics und dem Standardmodell. Zwar stellt er fest, dass Rational Choice viele Effekte nie von allein entdeckt hätte, die es inzwischen wie selbstverständlich integriert, doch übersieht er, wie sehr Behavioral Law and Economics noch auf den Standardansatzes als Referenzpunkt angewiesen ist. Dies gilt nicht nur in Bezug auf den methodologischen Individualismus. Behavioral Law and Economics hat nie behauptet, dass Menschen ständig die Postulate des Rationalmodells verletzen. Auch wenn sich nahezu sämtliche vorgestellten Phänomene auf eine überschaubare Zahl kognitiver Mustern zurückfüh-

134 Etwa Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: Theories and Tropes, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1594.

135 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass:/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1476 ff.

136 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1074.

137 Rachlinski, Jeffrey: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 764 ff.

138 Rachlinski, Jeffrey: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 750 ff.

ren lassen sollten, so blieben sie dennoch Abweichungen von der grundsätzlichen Annahme rationalen Verhaltens. Behavioral Law and Economics ergänzt diese nur um drei fundamentale Ausnahmefälle, für deren Auftreten es zugleich eine kohärente Erklärung liefern will: Erstens die Konstellation, in der Menschen auf die Erreichung lokaler Optima verzichten, weil es rational erscheint, globale Optima anzustreben (Der Fall, mit dem Rational Choice das geringste Problem haben dürfte). Zweitens, Konstellationen, in denen Menschen aufgrund kognitiver Beschränkungen bei ihrem Versuch rationaler Nutzenmaximierung scheitern (was nicht gleichbedeutend damit ist, dass sie eine solche nicht grundsätzlich anstreben). Und schließlich drittens die Konstellation, dass Menschen unter bestimmten Voraussetzungen bereit sind, auf Optimierung im Sinne von Rational Choice zu verzichten.

Behavioral Law and Economics erscheint daher weder als Substitution noch als Ergänzung des Standardansatzes treffend beschrieben zu sein. Der Begriff der Modifikation dürfte wohl am besten einfangen, was eigentlich gemeint ist. Sehr passend erscheint daher das Bild Kelmans vom „rhetorischen Duett“ beider Ansätze, soweit es deren Interdependenz zum Ausdruck bringt¹³⁹. Es findet jedoch seine Grenze, wo es die unterschiedlichen Vorgehensweisen ignoriert und Behavioral Law and Economics die Qualität eines eigenen Ansatzes abspricht. Behavioral Law and Economics spielt nicht die Rolle des Souffleurs für den Standardansatz, sondern erhebt laut und korrigierend seine Stimme, wo es aufgrund seiner *eigenen* Forschungsmethodik und seiner *eigenen* Erklärungen zu abweichenden Ergebnissen gelangt.

139 Kelman, Mark: Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1577.

III) Anwendungen

1.) Allgemeines¹⁴⁰

Wie wir im Vorangegangenen sahen, kann Behavioral Law and Economics sich nicht darauf beschränken, lediglich Schwächen des Standardansatzes zu kritisieren. Vielmehr muss es, um als Alternativansatz ernstgenommen zu werden, eigene Vorschläge und Empfehlungen im Hinblick auf die Ausgestaltung von Institutionen liefern. In der US-amerikanischen Literatur sind solche konkreten Anregungen mittlerweile an der Tagesordnung. Behavioral Law and Economics hat das Image des Sektiererischen abgestreift und ist in die weihvollen Hallen der großen *Law Journals* vorgedrungen. An nicht wenigen Universitäten werden mittlerweile entsprechende Veranstaltungen angeboten. In allen Bereichen, in welchen bislang Law and Economics die Deutungshoheit beansprucht hatte, erheben inzwischen auch Vertreter des verhaltenswissenschaftlich grundierten Ansatzes hörbar ihre Stimme. Deren Stellungnahmen enthalten im Wesentlichen zwei verschiedene Arten von Anwendungen – deskriptive Analysen, die das bestehende Recht vor dem Hintergrund der verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse zu erklären suchen, und präskriptive Anwendungen, die aus dem Blickwinkel von Behavioral Law and Economics Empfehlungen *de lege ferenda* abgeben. Dies soll im Folgenden anhand einiger klassischer Beispiele illustriert werden, die meistens dem US-amerikanischen Rechtskreis entstammen.

2.) Deskriptive Anwendung

a) Das Zustandekommen von Gesetzen

Ebenso wie Law and Economics geht auch Behavioral Law and Economics davon aus, dass demokratische legitimierte Abgeordnete häufig mehr auf ihre Wiederwahl bedachte Nutzenmaximierer, denn idealistische Advokaten der eigenen Überzeugungen sind.¹⁴¹ Gesetze werden daher zustande kommen, wenn sie entweder dem Willen der Mehrheit der wahlberechtigten Bevölkerung entsprechen oder wenn sie die Interessen besonders mächtiger Lobbyverbände befördern. Der Unterschied liegt unter diesen vagen Formulierungen verborgen: Law and (Welfare) Economics¹⁴² nimmt an, dass die Bevölkerung eine legislative Maßnahme dann mehrheitlich unterstützen wird, wenn sie eine effiziente Lösung für Probleme der gesellschaftlichen Organisation bereit stellt und somit wohlfahrtssteigernd wirkt.¹⁴³ Behavioral Law and Economics

140 Die folgenden Beispiele sind weitgehend zwei grundlegenden US-amerikanischen Abhandlungen entlehnt: *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: STAN.L.REV. 50 (1988), S. 1471; *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science*, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1053; einen bibliographischen Überblick zu Beispielen aus zahlreichen Rechtsgebieten liefert *Langevoort, Donald: Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship*, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1499.

141 Vgl. exemplarisch *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1509.

142 Im Gegensatz zu Public-Choice-Modellen.

143 *Posner, Richard: Economic Analysis of Law* (1998), S. 569.

dagegen geht davon aus, dass eine Zustimmungsmehrheit genauso gut kollektiv gehegte kognitive Irrtümer, *Biases* oder Fairness-Überzeugungen widerspiegeln kann.¹⁴⁴ Gesetze, die einem Politiker die Wiederwahl sichern, müssen daher nicht notwendigerweise effiziente Lösungen beinhalten – selbst dann nicht, wenn sie tatsächlich Ausdruck des mehrheitlichen Willens der Bevölkerung und unbeeinflusst von Lobbyistenwünschen sind.¹⁴⁵

b) *Beispiel – “character evidence”*

Im US-Strafprozessrecht sind Beweise, die den schlechten Charakter eines Angeklagten belegen sollen, gemäß der *Federal Rule of Evidence 404(a)* grundsätzlich unzulässig. So darf der Staatsanwalt in einem Vergewaltigungsprozess beispielsweise regelmäßig nicht auf vergangene Verurteilungen des Angeklagten wegen anderer Delikte verweisen. KOROBKIN und ULEN¹⁴⁶ deuten diese Regelung im Lichte der oben erörterten Heuristiken. Sie argumentieren wie folgt für die Vernünftigkeit des Verbotes: Der Einsatz der Verfügbarkeitsheuristik bewirke bei mit charakterbezogenen „Beweisen“ konfrontierten Geschworenen, dass die meisten von ihnen die A-priori-Wahrscheinlichkeit ignorierten, mit der jemand überhaupt eine Vergewaltigung begeht, und ihre Entscheidung primär auf das Faktum stützten, dass man Persönlichkeiten mit einem längeren Vorstrafenregister ein weiteres Verbrechen leichter zutraut. Die Darstellungsheuristik könne die Juroren außerdem dazu veranlassen, aus der kriminellen Erscheinung des Vorbestraften die Schlussfolgerung zu ziehen, dass ihm auch die in Rede stehende Tat zuzurechnen sei. Das Verbot sei somit als eine Vorbeugemaßnahme gegen durch die beiden Heuristiken ausgelöste Fehleinschätzungen zu interpretieren.

c) *Beispiel – Umweltgesetzgebung*

Ein weiteres, von JOLLS, SUNSTEIN und THALER¹⁴⁷ angeführtes Beispiel entstammt dem US-amerikanischen Umweltrecht. Seine Kernaussage reicht allerdings weit darüber hinaus. Es demonstriert nach Ansicht der Verfasser, wie die Verfügbarkeitsheuristik systematisch die Nachfrage nach rechtlicher Regulierung beeinflussen kann.

Im Herbst 1978 wurde in den USA ein Skandal publik, der enorme Wellen schlug. Im Love Canal, einem New Yorker Kanal, waren vor Jahren etliche tausend Tonnen Giftmüll verklappt worden. Inzwischen häuften sich die Indizien, dass die Müllbehälter undicht geworden und dadurch karzinogene Giftstoffe ins Wasser gelangt waren. Mehrere Monate lang beschäftigten sich Medien und Politik mit den Folgen für die Bewohner der Gegend und den Gefahren der Giftmüllentsorgung im Allgemeinen. Die Aufmerksamkeit erreichte ihren Gipfel, als Präsident Carter Love Canal zum Notstandsgebiet erklärte. Der Skandal hat sich tief ins kollektive Ge-

144 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: aaO (Fn. 132), S. 1509.

145 Selbstverständlich ist es genauso denkbar, dass Lobbygruppen quasi-rational agieren. Ein Gesetz würde dann dies widerspiegeln.

146 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV., 88 (2000) S. 1087.

147 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1518.

dächtnis der USA eingegraben. Noch fast 20 Jahre später sahen die US-Bürger herrenlose Giftmülllager als eine der gefährlichsten Bedrohungen für ihre Umwelt an. In Reaktion auf die Ereignisse wurde im Jahr 1980 das so genannte Superfund-Gesetz verabschiedet. Die treibende Kraft dahinter waren weniger Umweltgruppen denn die staatliche Umweltbehörde. JOLLS, SUNSTEIN und THALER wundern sich darüber, dass dieses nach ihrer Ansicht von handwerklichen Mängeln geprägte Umweltschutzprogramm bis heute wenig Widerstand erfährt. Statistisch, so ihr Argument, existierten zudem weit gravierendere Umweltgefahren als die im *Superfund Act* regulierten. Auf der Grundlage des Rationalmodells allein lasse sich dessen Aufrechterhaltung somit nicht mehr erklären. JOLLS, SUNSTEIN und THALER verstehen die allgemeine Befürwortung hingegen als Resultat der Verfügbarkeitsheuristik. Durch die – wie sich im Nachhinein erwies – unsachliche Aufbausung durch Medien und Politik seien die von Giftmülllagern ausgehenden Gefahren der US-Öffentlichkeit präsenter als viele objektiv schwerer wiegende Risiken. Der einzelne Amerikaner fühle sich durch sie stark genug bedroht, um eine unverhältnismäßige Regulierung in dieser Einzelfrage zu befürworten. Die Schlussfolgerung der Autoren lautet: Viele Gesetze, insbesondere im Gesundheits- oder Umweltbereich, basieren auf durch die Verfügbarkeitsheuristik beeinflussten Fehleinschätzungen. Jene führt dazu, dass manche Risiken deutlich unterschätzt, andere indes gravierend überschätzt werde. Die Nachfrage nach staatlicher Intervention sei durch das „Umweltverschmutzer-des-Monats-Syndrom“ angeleitet. Medial überaus präsente Risiken führten deswegen zu Überregulierung durch den Gesetzgeber und Vernachlässigung drängenderer Umweltprobleme. In Deutschland ließe sich diese Diagnose – soweit man sie überzeugend findet – vielleicht bezüglich der Gesetzgebung aus der Zeit der allgemeinen Beunruhigung über das vermutete Waldsterben in vergleichbarer Weise fällen.

d) *Beispiel – Verbot von Schwarzhandel*

Verfechter von Law and Economics tun sich meist schwer mit Gesetzen, die den Schwarzhandel mit Eintrittskarten für Musical- oder Theateraufführungen, Sportveranstaltungen oder ähnlichem verbieten. Der Verkauf solcher Karten am Straßenrand – meist zu einem stark erhöhten Preis – kommt nahezu einer Auktion gleich. Ein begehrtes aber knappes Gut wird an die Person verkauft, die es am meisten schätzt. Ein effizienteres Verfahren zur Allokation begrenzter Ressourcen ist kaum denkbar. Warum aber ist Schwarzhandel dann verboten? Wieso unterstützen die Veranstalter entsprechende gesetzliche Regelungen und warum wählen sie nicht selbst das Versteigerungsverfahren? Behavioral Law and Economics versucht, auf diese Fragen eine zusammenhängende Antwort zu geben. Der Schlüssel, argumentieren beispielsweise JOLLS, SUNSTEIN und THALER¹⁴⁸, liege in den Fairnessüberzeugungen der meisten Menschen. Als Referenztransaktion gelte ihnen der Verkauf der Tickets zum gewöhnlichen Preis. Eine Auktion mit stark davon abweichenden Preisen als Resultat empfinden die meisten als unfair. Als fair wird dagegen überwiegend der Verkauf an denjenigen angesehen, der am längsten für die Karten ange-

148 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: aaO (Fn. 132), S. 1510 ff.

standen hat.¹⁴⁹ Genau diese Einstellung spiegeln die Gesetze gegen den Schwarzhandel mit Tickets wieder. Da die Event-Veranstalter aus Imagegründen ebenfalls Rücksicht auf diese Erwägungen nehmen müssen, können auch sie es sich nicht erlauben, Tickets meistbietend zu verkaufen oder Position gegen die bestehende gesetzliche Regelung zu beziehen. Dies beides zusammen führt zur Durchsetzung des allgemein bevorzugten Allokationsverfahrens, welches Fairnesserwägungen höher gewichtet als Effizienzgesichtspunkte.

3.) Normative Konsequenzen

a) Strafrecht

Das Strafrecht mag auf den ersten Blick nicht als ein für die ökonomische Analyse des Rechts besonders empfängliches Gebiet erscheinen. Dieses durch unsere intuitiven Vorstellungen von Recht, Vergeltung und Strafe beeinflusste Empfinden täuscht allerdings. Wer mit Law and Economics davon ausgeht, dass Rechtsregeln vor allem Anreize darstellen, findet im Strafrecht mit seinem Sanktionssystem einen idealen Forschungsgegenstand. Das Strafgesetzbuch enthält aus dieser Perspektive betrachtet einen übersichtlichen Katalog devianter Verhaltensweisen nebst einer Preisliste, auf deren Grundlage der potentielle Straftäter eine Kosten-Nutzen-Analyse durchführt. Vom Ergebnis dieser Kalkulation hängt seine Entscheidung für oder wider den Gesetzesbruch ab. Der Gesetzgeber muss deshalb dafür Sorgen, dass die Preise (d.h. die Strafmaße) und die Wahrscheinlichkeiten, mit denen sie eingetrieben werden (d.h. die Aufdeckungsquote) hoch genug sind, damit Verbrechen sich nicht lohnt – so vereinfacht die Theorie der effizienten Abschreckung aus der Sicht von Rational Choice.¹⁵⁰

Nun sind aber das Strafrecht und insbesondere die Kriminologie seit je her auch eine Domäne der verhaltenswissenschaftlichen Forschung. Es kann deswegen kaum überraschen, dass Behavioral Law and Economics in diesem Bereich vielfach seine Stimme erhoben und Korrekturen an von Rational Choice beeinflussten Denkmustern gefordert hat. So haben seine Vertreter wiederholt auf die Beeinflussbarkeit der Risikowahrnehmung von Straftätern aufmerksam gemacht. Die Befunde zur Verfügbarkeitsheuristik sprechen beispielsweise für eine besonders sichtbare Rechtsdurchsetzung und eine starke öffentliche Präsenz der Polizei.¹⁵¹ In der Untersuchung von Selbstkontrollmängeln berührt sich Behavioral Law and Economics mit der modernen Kriminologie. Willensschwäche, hyperbolische Abzinsungen und dynamische Inkonsistenz sind Parameter, die in der Kosten-Nutzen-Rechnung à la Rational Choice meist nicht vorkommen, aber dazu führen können, dass die Gleichung am Ende nicht aufgeht. Verschiedene empirische Befunde weisen darauf hin, dass kriminelles Verhalten häufig hyperbolische Abzinsungen widerspie-

149 Vgl. dazu *Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: Fairness and the Assumptions of Economics*, in: J.BUS. 59 (1986), S. 287; *dies.: Fairness as a Constraint on Profit Seeking*, 76 AM.ECON.REV. (1986), S. 735.

150 Vgl. *Shavell, Steven: Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in: COLUM.L.REV. 85 (1985), S. 1232;

151 *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1538.

gelt.¹⁵² Das bedeutet, dass potentielle Straftäter sich unverhältnismäßig stark vom ersten Jahr einer Freiheitsstrafe abgeschreckt fühlen, zusätzliche Jahre diesen Effekt jedoch nur noch in wesentlich geringerem Maße haben. Es macht für den Delinquenten folglich einen gewaltigen Unterschied, ob er straffrei bleibt oder ein Jahr in Haft verbüßen muss, während etwa 6 Jahre im Gefängnis als nur wenig schlimmer als 5 Jahre empfunden werden. Als Konsequenz wird daher häufig gefolgert, kurze, jedoch mit einer hohen Wahrscheinlichkeit verhängte Strafen seien wesentlich effektiver und daher wünschenswerter als die häufig geforderten „Strafverschärfungen“, im Sinne längerer Haftzeiten.¹⁵³ Dieser Gedanke lässt sich mit einem zusätzlichen Argument unterfüttern – Wenn Straftäter, wie die meisten Menschen, für übermäßigen Optimismus anfällig sind, dann werden sie die hohe angedrohte Strafe zwar zur Kenntnis nehmen, der abschreckende Effekt wird jedoch größtenteils durch übermäßigen Optimismus verloren gehen, nämlich durch den festen Glauben, selbst nicht geschnappt zu werden. Soll der Abschreckungseffekt einer Strafe erhöht werden, erscheint es mithin effektiver, an der Risikowahrnehmung des Straftäters anzusetzen, als die Strafmaßschraube anzuziehen.¹⁵⁴

b) *Eigentum*

Praktiker des *Property Law* in England und Amerika haben die ökonomische Analyse des Rechts besonders schnell mit offenen Armen empfangen. Deutungsbedürftige Begrifflichkeiten und ungezählte Abgrenzungsprobleme schienen mittels des wirtschaftswissenschaftlichen Instrumentariums leichter handhabbar zu werden. Das ökonomische Argument wurde schnell zur Mörtel für die zahlreichen Fugen im eigentumsrechtlichen Gebäude des Common Law und half so den kalten Wind rechtlicher Unbestimmtheit einzudämmen, der durch die Ritzen der Fallrechtsprechung blies. Ein wesentlicher Bestandteil jener Füllmasse, die den Argumenten im *Property Law* eine neue „objektive“ Unterfütterung gab, ist das bereits oben erwähnte Coase-Theorem. Es besagt, dass sich eine effiziente Güterverteilung unabhängig von der ursprünglichen Allokation der Eigentumsrechte dort einstellen werde, wo keine oder jedenfalls nur geringe Transaktionskosten den Austausch blockieren. Für das *Property Law* wurden daraus mehrere gewichtige Folgerungen gezogen, die neuerdings zunehmend im Lichte der empirisch-verhaltenswissenschaftlichen Forschungen angezweifelt werden.¹⁵⁵ Zentral für die Argumentation der Kritiker ist dabei meistens der im Rationalmodell vernachlässigte Besitzeffekt.

Rational Choice geht bislang davon aus, dass Eigentumsrechte so klar wie nur möglich gegeneinander abgegrenzt sein sollten, da Unbestimmtheiten in Prozess- und Transaktionskosten resultieren können. Nun kann, wie wir gesehen haben, der Besitzeffekt sich ganz ähnlich auswirken wie Transaktionskosten – als Hindernis für einen effizienten Gütertausch. Es ist deshalb bemerkt worden,

152 Nachweise bei Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: aaO (Fn. 141), S. 1539 f.

153 Cooter, Robert: Lapses, Conflict, and Akrasia in Torts and Crimes: Towards an Economic Theory of the Will, in: INT'L.REV.L.& ECON. 11 (1991), S. 154 ff.

154 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1093.

155 Einen breiteren Überblick über die Diskussion geben Hoffman, Elizabeth/ Spitzer, Matthew: Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications, in: WASH.U.L.Q. 71 (1993), S. 59, die selbst jedoch zu Ergebnis gelangen, dass sich keine eindeutigen normativen Schlussfolgerungen aus dem Vorhandensein des Besitzeffektes ziehen ließen.

dass es bisweilen durchaus sinnvoll sein könne, Eigentumsrechte etwas unscharf abzugrenzen, um einen Besitzeffekt gar nicht erst entstehen zu lassen.¹⁵⁶ Ob ein solcher Schluss aufgrund der bislang vorliegenden Ergebnisse gerechtfertigt ist, ist aber durchaus fraglich.

Interessanter erscheint deshalb ein zweiter Punkt. Rational Choice nimmt an, dass gerichtliche (Unterlassungs)Verfügungen auf der Grundlage des Eigentumsrechts regelmäßig gegenüber dem deliktsrechtlichen Schadenersatz als Reaktion auf Eigentumsverletzungen vorzugswürdig seien; jedenfalls solange die Transaktionskosten nicht ein extrem hohes Maß erreichten.¹⁵⁷ Solche Verfügungen stellen die eigentumsrechtlichen Verhältnisse klar, während der Umfang des Schadenersatzes unsicher ist. Setzt der Richter ihn zu niedrig an, befördert er damit ineffiziente Übertragungen, bemisst er ihn hingegen zu hoch, verhindert er effiziente Eigentumsübergänge. In jedem Fall befördern deliktsrechtliche Regelungen kostspielige Gerichtsprozesse.

RACHLINSKI und JOURDEN¹⁵⁸ attackieren diese Annahme auf der Grundlage eigener empirischer Befunde. Nach ihren Beobachtungen tritt der Besitzeffekt dann nicht auf, wenn das in Rede stehende Recht deliktsrechtlich statt sachenrechtlich geschützt ist. Dieses Muster erwies sich sogar bei mit extrem hohen Schadenersatzsummen bewehrten Rechten als durchgängig, verstärkte sich sogar. Dies impliziert, dass es häufig effizienter sein wird, ein Recht mittels eines deliktsrechtlichen Regimes zu schützen, scil. dann, wenn die durch den Besitzeffekt bewirkten Übertragungshindernisse schwerer wiegen als die durch aus der Ungewissheit bezüglich der Schadenersatzhöhe resultierenden Kosten. ARLEN hat die interessante Frage aufgeworfen, ob die Beobachtungen RACHLINSKIS und JOURDENS auch für solche Rechte gelten, die zwar formal durch eigentumsrechtliche Regime aber praktisch durch Haftungsrecht geschützt sind.¹⁵⁹ Als Beispiele nennt sie die körperliche Unversehrtheit, deren Rückerstattung oft nicht möglich ist und daher durch die Zahlung von Schadenersatz substituiert wird. Die Rolle des Besitzeffektes würde damit auf weniger bedeutende Fälle zurückgedrängt.

Doch selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, spräche ein weiteres Argument aus der Sicht von Behavioral Law and Economics gegen eine übereilte Schlussfolgerung. Im Effizienzvergleich muss sich ein schadensrechtlicher Ausgleich gegen eine eigentumsrechtliche Lösung bewähren. Nun mögen die Kosten letzterer durch den Besitzeffekt und die daraus resultierende „Trägheit“ der Eigentumsverteilungen zwar durchaus ansteigen. Auf der anderen Seite sprechen aber auch verhaltenswissenschaftliche Erwägungen dafür, dass die Transaktionskosten an anderer Stelle sinken und Übertragungen erleichtert werden könnten: Ein bekanntes Problem eigentumsrechtlicher Lösungen ist die Gefahr der Entstehung bilateraler Monopole, d.h. Verhandlungssituationen, in denen eine effizienter Austausch möglich wäre, aber aufgrund strategischen Verhaltens der Verhandlungspartner nicht zustande kommt.¹⁶⁰ Die Erkenntnisse über fairnessbezogenes

156 *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas*: aaO (Fn. 144), S. 1109 unter Berufung auf *Ayres, Ian/ Talley, Eric*: Salomonic Bargaining, in: YALE L.J. 104 (1995), S. 1027.

157 *Cooter, Robert/ Ulen, Thomas*: Law and Economics (2000), S. 102 ff.

158 *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest*: Remedies and the Psychology of Ownership, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1541.

159 *Arlen, Jennifer*: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1779 f.

160 Vgl. *Posner, Richard*: Economic Analysis of Law (1998), S. 69.

Verhalten legen allerdings den Schluss nahe, dass solche Situationen weniger häufig auftreten könnten, als bislang erwartet. Soziale Normen, wie sie sich etwa im Ultimatum-Spiel zeigen, könnten dafür sorgen, dass die Parteien die Differenz zwischen dem minimalen Verkaufspreis und der maximalen Zahlungsbereitschaft untereinander aufteilen. Ein gewichtiges Argument gegen eine Ausweitung eigentumsrechtlicher Regelungen verlöre dadurch an Gewicht.

Auch wenn Behavioral Law and Economics mithin keine klare normative Empfehlung abgeben kann, belegt das Beispiel doch, als wie hilfreich sich der Ansatz bei der Beleuchtung komplexer Probleme erweist. Viele Verästelungen des Problems wären ohne die Berücksichtigung der verhaltenswissenschaftlichen Einsichten unbeachtet geblieben.

c) *Deliktsrecht*

Auch im Deliktsrecht ist die ökonomische Analyse auf fruchtbaren Boden gefallen. Viele klassische Wertungsfragen lassen sich in ihrem Licht scheinbar objektivieren. Ein wichtiges Beispiel hierfür ist der *negligence standard*, der Fahrlässigkeitsbegriff. Im US-amerikanischen Rechtssystem obliegt es regelmäßig der Jury, über die Frage zu befinden, ob der Beklagte seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Eine Methode, welche US-Gerichte den Geschworenen zur Bestimmung der nötigen Sorgfalt an die Hand gegeben haben, stellt die sog. *Learned-Hand-Formel*¹⁶¹ dar. Danach ist der Sorgfaltsmaßstab durch die Gleichung

$$B > P \cdot L$$

gegeben, wobei B die Kosten der Vorkehrungsmaßnahme bezeichnet und P·L die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts aus der Ex-ante-Sicht multipliziert mit den Kosten des Schadens.¹⁶² Die Haftung tritt somit dann ein, wenn der Beklagte es versäumt hat, eine Vorkehrung zu ergreifen, die günstiger als der erwartete Schaden gewesen wäre. Advokaten von Law and Economics halten diese Konzeption nicht nur für ökonomisch effizient, sondern glauben, dass sie einen bislang stets impliziten Kerngedanken der haftungsrechtlichen Rechtssprechung verbalisiert.¹⁶³

Behavioral Law and Economics hat vor dem Hintergrund der Forschung zum *Hindsight Bias* schwere Zweifel an dieser Annahme angemeldet. Ansatzpunkt für die Kritik ist der Faktor P der Learned-Hand-Formel. Vertreter eines verhaltenswissenschaftlich-informierten Ansatzes bezweifeln, dass Richter oder Geschworene im Stande sein werden, sich in die Ex-ante-Perspektive des Beklagten hinein zu versetzen, nachdem sie den Ausgang der Ereignisse bereits kennen. Der *Hindsight Bias* dürfte vielmehr dazu führen, dass sie im Wissen um den Schadenseintritt dessen

161 Entwickelt von Judge Hand in: United States vs. Carroll Towing Co., 159 F 2d (1947), 161, vgl. ausführlich zu ihrer Anwendung *Markesinis, Basil/ Deakin, Simon: Tort Law* (2003), S. 168.

162 Judge Hand in *Conway vs. O'Brien* 111 F 2d 611 (1940), 612 verbalisiert: "The degree of care demanded of a person by an occasion is the resultant of three factors: the likelihood that his conduct will injure others, taken with the seriousness of the injury if it happens, and balanced with the interest which he must sacrifice to avoid the risk."

163 *Landes, William/ Posner, Richard: The Economic Structure of Tort Law* (1987), S. 85.

Wahrscheinlichkeit P deutlich überschätzen.¹⁶⁴ Etliche empirische Studien aus dem juristischen Bereich bestätigen diesen Verdacht.¹⁶⁵

Die normative Einschätzung dieser Beobachtung ist relativ eindeutig. Der *Hindsight Bias* führt zu Fehlallokationen, indem Beklagte haften, wo dies objektiv unangemessen erscheint. JOLLS, SUNSTEIN und THALER¹⁶⁶ verwerfen den Gedanken, die Konsequenzen des *Bias* könnten als zur Vorsicht mahnendes Gegengewicht zu übermäßigem Optimismus fungieren, der Menschen unvernünftige Risiken eingehen lässt. Übermäßiger Optimismus sei kontextabhängig und im Unternehmensbereich schwach ausgeprägt, während der *Hindsight Bias* undifferenzierte Breitenwirkung entfalte. Sie schlagen daher vor, den Effekt durch zwei Reformen zu bekämpfen: (1) In Fällen, in denen der Beklagte zwischen zwei riskanten Optionen auszuwählen hatte, solle den Geschworenen der Inhalt seiner Entscheidung zunächst verschwiegen und die bloßen Fakten, wie sie sich aus der Ex-ante-Perspektive darstellten, präsentiert werden. Auf dieser Grundlage hätte die Jury dann zu entscheiden, welches denkbare Verhalten fahrlässig wäre. Freilich handelt es sich hierbei, wie auch die Erfinder einräumen, um ein nur in einer begrenzten Zahl von Fällen anwendbares Verfahren. Wo sich hingegen bereits aus den Tatsachen ergibt, welche Entscheidung der Beklagte getroffen haben muss, ist es nutzlos. In den übrigen Fällen empfehlen JOLLS, SUNSTEIN und THALER daher (2) eine Verschärfung der Beweisregel. Standard ist im US-Deliktsrecht bislang die *Preponderance of Evidence* Regel. Liegen mehr Indizien für ein fahrlässiges Verhalten vor als Hinweise dagegen sprechen, ist Fahrlässigkeit anzunehmen. Da die Beweislage oft ambivalent sein dürfte, kann der *Hindsight Bias* unter diesem Regime häufig die Rolle des Züngleins an der Waage spielen. JOLLS, SUNSTEIN und THALER wollen deswegen auf der Grundlage empirischer Befunde die Beweisregel um den Grad der typischen Verzerrung durch den *Bias* verschärfen, etwa in Richtung einer 75-prozentigen Gewissheit oder der bereits für *punitive damages* vorgeschriebenen *Clear and Convincing Evidence* Regel.

Gegen diesen Reformvorschlag ist eingewandt worden, er könne die Abschreckungsfunktion des Deliktsrechts verwässern, indem er in bestimmten Fällen Beklagte triumphieren lasse, wo eine Haftung angemessen sei.¹⁶⁷ Tatsächlich wird dies sogar mit ziemlicher Sicherheit passieren. Dies ist allerdings kein Per-se-Argument gegen eine Änderung, wenn sich zeigen lässt, dass die hierdurch entstehenden Negativeffekte, Ineffizienzen und Ungerechtigkeiten geringer sind als die durch das gegenwärtige Haftungsregime bedingten.

Alternativ wurde angeregt, so weit als irgend möglich auf den *Negligence Standard* zu verzichten und statt dessen *Strict Liability*, Garantiehaftung, vorzuschreiben¹⁶⁸, weil Juries in diesem

164 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1096.

165 Arkes, Hal/ Shipani, Cindy: Medical Malpractice v. the Business Judgement Rule: Differences in *Hindsight Bias*, in: OR.L.REV. 73 (1994), S. 587; Kamin, Kim/ Rachlinski, Jeffrey: Ex Post ≠ Ex ante: Determining Liability in *Hindsight*, in: LAW & HUM.BEHAV. 19 (1995), S. 89; LaBine, Gary/ LaBine, Susan: Determinations of Negligence and the *Hindsight Bias*, in: Law and Human Behavior 20 (1996), S. 501; Rachlinski, Jeffrey: A Positive Psychological Theory of Judging in *Hindsight*, in: U.CHIL.REV. 65 (1998), S. 571.

166 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass:/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1524 f.

167 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1097.

168 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: aaO (Fn.157), S. 1098.

Fälle nur zu entscheiden hätten, ob der Schaden durch den Beklagten kausal verursacht worden sei – eine Entscheidung, die durch den *Hindsight Bias* unbeeinflusst bliebe. Diese Lösung hat sicherlich eine gewisse Planungssicherheit für sich. Ob sie indes insgesamt effizientere Resultate zeitigt, ist fraglich.¹⁶⁹

Ein zweiter Weg, durch den *Hindsight Bias* bedingte Probleme zu vermeiden, führt am Gerichtssaal vorbei. Wenn die Schadensregulierung ex post derartige Probleme aufwirft, mag dies ein starkes Argument für eine intensiviertere Regulierung zu Vermeidung solcher Schäden bereits im Vorfeld darstellen.¹⁷⁰ Verstärkte Ex-ante-Regulierung braucht allerdings nicht notwendigerweise als Alternativkonzept zu den Vorschlägen von JOLLS, SUNSTEIN und THALER verstanden werden, sondern mag diese flankieren.

d) *Vertragsrecht*

Eine im amerikanischen Privatrecht heiß umstrittene Frage ist, ob Gerichte sog. *liquidated damage clauses* durchsetzen sollen, d.h. vertragliche Klauseln, die für den Fall der Nichterfüllung der Leistungspflicht eine von vornherein festgelegte Schadenersatzsumme stipulieren. Solche Vertragsstrafen werden – anders als in den meisten kontinentaleuropäischen Jurisdiktionen – von amerikanischen Gerichten nicht vollstreckt, wenn die vereinbarte Strafe das tatsächliche Schadensausmaß erheblich überschreitet. Eine Ausnahme besteht, wenn das Schadensausmaß im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur schwierig zu berechnen war.¹⁷¹ Vertreter von Law and Economics haben die Richtigkeit dieser Rechtsprechung wiederholt in Zweifel gezogen.¹⁷² Sie gehen davon aus, dass die Vertragsstrafe einer Versicherungssumme für den Fall des Vertragsbruches gleichkomme und der Leistungserbringer der effizienteste Versicherer sei. Zudem sei häufig die Bereitschaft, eine Vertragsstrafe zu vereinbaren, der billigste Weg, die eigene Vertrauenswürdigkeit zu demonstrieren.¹⁷³

Behavioral Law and Economics hingegen zeigt größere Sympathie für die Praxis der Gerichte. Der Grund für diese Position ist nicht offensichtlich. Tatsächlich sind mehrere verhaltenswissenschaftliche Effekte für die Analyse von Bedeutung. Juristen, die sich des Problems angenommen haben, standen vor der Schwierigkeit, diesen einen angemessenen Platz in der normativen Analyse zuzuweisen.¹⁷⁴

169 Für sie sprechen eher ethische denn wirtschaftliche Erwägungen; wenn wir wissen, dass eine bestimmte Zahl von Fällen ungerecht entschieden wird, sollten wir dieses Faktum nicht unter scheinbar objektiven Beweisregeln verbergen, sondern offen aussprechen, dass wir willens sind, Haftung auch dort zu verhängen, wo von Fahrlässigkeit eigentlich keine Rede sein kann. Der Haftende wüsste dann wenigstens, woran er ist.

170 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: aaO (Fn.154), S. 1099.

171 Farnsworth, Allen: Contracts (1999), S. 844 f.

172 Goetz, Charles/ Scott, Robert: Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle; Some Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach, in: COLUM.L.REV. 77 (1977), S. 554.

173 Cooter, Robert/ Ulen, Thomas: Law and Economics (1996), S. 213 f.

174 Aus diesem Grunde kritisch Hillman, Robert: The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 717.

Auf der einen Seite führt übertriebener Optimismus dazu, dass viele Leistungserbringer ihr Leistungsvermögen klar überschätzen. Es ist daher argumentiert worden, es erscheine unfair, sie durch die Vollstreckung der *liquidated damage clause* über den entstandenen Schaden hinaus zusätzlich zu belasten.¹⁷⁵ In dieselbe Richtung weist eine weitere Überlegung. Wenn Vertragsstrafen gleichsam Versicherungen für den Fall des Scheiterns einer Leistung darstellen, so setzt dies implizit voraus, dass die Parteien in der Lage waren, eine ungefähre Schätzung der Wahrscheinlichkeit, mit der dieser Fall eintreten könnte, vorzunehmen. Nun behauptet auch Rational Choice nicht, dass Menschen im Stand seien, exakte Prognosen für zukünftige Ereignisse zu entwerfen. Aus dem verhaltenswissenschaftlichen Blickwinkel stellt sich das Problem der Unbestimmtheit zukünftiger Ereignisse indessen noch um einiges gravierender dar. Rational Choice nimmt an, dass dem Individuum die möglichen Ausgänge vor Augen stehen und es lediglich deren Wahrscheinlichkeit abschätzen muss. Behavioral Law and Economics hingegen zweifelt bereits diese Voraussetzung an. Häufig, so der Einwand, ist unsere soziale Welt zu komplex, als dass wir alle möglichen (oder nur relevanten) Ausgänge ex ante konstruieren könnten. Der leistungsverpflichteten Seite werden daher zwingend Schadensszenarien entgehen, deren Berücksichtigung für eine rationale Planung essentiell gewesen wären.¹⁷⁶

Schließlich ist es plausibel anzunehmen, dass der *Hindsight Bias* häufig dazu führen dürfte, dass Gerichte ex post Schadensszenarien als wahrscheinlicher und somit leichter voraussehbar einschätzen, als diese es ex ante tatsächlich waren.¹⁷⁷

Auf der anderen Seite lassen sich jedoch auch Argumente für eine Vollstreckung von Vertragsstrafen entwickeln. Erstens werden entsprechende Vereinbarungen regelmäßig mit besonderem Bedacht getroffen worden sein, da sie eine Überwindung des *Status Quo Bias* voraussetzen. Schadensregulierung aufgrund einer Gerichtsentscheidung auf der Grundlage der tatsächlichen Schadenshöhe stellt den Standardfall dar, der bewusst abgewählt worden ist. Zweitens weisen verhaltenswissenschaftliche Forschungen darauf hin, dass Menschen lernen können, bestimmten kognitiven Problemen angemessen zu begegnen.¹⁷⁸ Eine konsequente Praxis der Durchsetzung von Vertragsstrafen könnte zu einer solchen Anpassung führen und damit Beschneidungen der Privatautonomie entbehrlich werden lassen.¹⁷⁹

Drittens schließlich kann man die Festsetzung einer Vertragsstrafe auch legitimerweise als eine Manifestation der Präferenzen der Individuen deuten, welche ein Gericht nicht einfach übergehen sollte. Verhaltenswissenschaftliche Forschungen haben gezeigt, dass Menschen generell avers gegenüber Unsicherheit sind – unsichere, weil von Gerichten ex ante bestimmte Schadenersatzbeträge könnten mithin die Verhandlungskosten deutlich in die Höhe treiben. Es ließe sich daher argumentieren, dass Vertragsstrafen sinnvolle Instrumente sind, um auf dieses Phänomen

175 *Rachlinski, Jeffrey*: The “New” Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 750.

176 *Eisenberg, Melvin*: The Limits of Cognition and the Limits of Contract, in: STAN.L.REV. 47 (1995), S. 214.

177 *Rachlinski, Jeffrey*: aaO (Fn.165), S. 754.

178 *Heath, Chip/ Larick, Richard/ Clayman, Joshua*: Cognitive Repairs: How Organizational Practices Can Compensate for Individual Shortcomings, in: REV.ORGAN.BEHAV. (1998), S. 1.

179 *Rachlinski, Jeffrey*: aaO (Fn. 165), S. 757.

zu reagieren. Die Abneigung gegenüber unsicheren Optionen könnte anderenfalls dazu führen, dass beiderseits vorteilhafte Verträge nicht zustande kommen.¹⁸⁰

Die Situation erweist sich als komplex. Sowohl für als auch gegen die Durchsetzung von Vertragsstrafen lassen sich verhaltenswissenschaftliche Argumente finden. Eine gründlichere Analyse schafft jedoch mehr Klarheit. Eine konsistente normative Position könnte dann etwa folgendermaßen aussehen¹⁸¹: Tatsächlich weist die Abweichung von den Standardbestimmungen auf ein besonderes Maß an Bedachtsamkeit hin. Allerdings sind auch mit Bedacht getroffene Entscheidungen nicht selten von überzogenem Optimismus geprägt.¹⁸² Richtig ist auch, dass Adaption die Folgen dieser kognitiven Schwäche wahrscheinlich beseitigen könnte. Da Wiederholung und Rückmeldung jedoch Voraussetzungen jedes Lernprozesses sind, erhalten lediglich Wiederholungsspieler Gelegenheit, effektive Adaptionsmechanismen zu entwickeln. Nun dient aber die Nichtdurchsetzung von Vertragsstrafen gerade auch dem Schutz unerfahrener Vertragsparteien. Für sie kann Lernen auf diesem Weg destruktiv teuer werden – häufig zu teuer, um einen zweiten Anlauf zu starten. Drittens sprechen tatsächlich Effizienzerwägungen dafür, den Parteien zu erlauben, über Ex-ante-Abkommen Sicherheit zu schaffen. Die gegenwärtige Doktrin der Gerichte berücksichtigt dies aber bereits, indem sie in Situationen besonderer Ex-ante-Unsicherheit die Wirksamkeit von Vertragsstrafen anerkennt, um übermäßige Hürden für einen Vertragsabschluss zu beseitigen. Dass letztere zudem ohnehin nicht so hoch liegen, wie bislang angenommen, ist das Ergebnis einiger neuerer Studien.¹⁸³ Bemerkenswert ist ferner, dass die Gerichte versucht haben, den Auswirkungen des *Hindsight Bias* zu begegnen, indem sie ihre Einschätzung, welche Gründe für ein Ausbleiben der Leistung ex ante vorhersehbar waren, nicht an einer Ad-hoc-Bewertung orientieren, sondern anhand sekundärer Kriterien Fallgruppen (etwa Grundstückhandel) kreiert haben.

Eine verhaltenswissenschaftlich-grundierte Erörterung des Problems wirft also ein eher positives Licht auf die Doktrin der US-Gerichte.¹⁸⁴ Gleichwohl ist RACHLINSKIS Bemerkung zuzustimmen, letztlich handele es sich um eine politische Entscheidung.¹⁸⁵ Behavioral Law and Economics leistet hierzu aber einen Beitrag, indem es hilft, einige für die Entscheidungsfindung sehr wichtige Gesichtspunkte zu identifizieren.

180 Hillman, Robert: aaO (Fn. 164).

181 Vgl. ähnlich Rachlinski, Jeffrey: aaO (Fn.165), S. 760 ff et passim.

182 Oskamp, Stuart: Overconfidence in Case-Study Judgements, in: Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos (Hrsg.), *Judgement under Uncertainty* (1982), S. 287.

183 Fox, Craig/ Tversky, Amos: Ambiguity Aversion and Comparative Ignorance, in: Q.J.ECON. 110 (1995), S. 585, glauben etwa, dass Unsicherheit Individuen meist nicht davon abhält, ansonsten effiziente Verträge zu schließen.

184 Kritik ist angebracht worden an der Differenzierung zwischen Minderung für verfrühte Leistung (zulässig) und Vertragsstrafen für zu späte Leistungen (unzulässig). Diese sei das Resultat von Framing-Effekten, glaubt Hillman, Robert: aaO (Fn.164), S. 732 f.

185 Rachlinski, Jeffrey: aaO (Fn.165), S. 763.

IV) Rechtspolitische Tendenz – Das Paternalismusproblem

1.) Paternalismus als Reaktion auf begrenzte Rationalität?

Die Darstellung einiger der Beispiele mag den Eindruck erweckt haben, Behavioral Law and Economics führe unvermeidlich zu einer deutlich paternalistisch geprägten Rechtspolitik. Tatsächlich haben beinahe alle Autoren, die sich mit begrenzter Rationalität befasst haben, Vorschläge unterbreitet, die in Richtung einer verstärkt paternalistischen Regulierung laufen.¹⁸⁶ Dies hat ihnen teils scharfe Kritik von Seiten der Rational-Choice-Anhänger eingetragen. Von einem ungebrochenen Glauben an die Mündigkeit des Individuums beseelt, preisen Vertreter des letzteren Ansatzes meist den freien Markt und die (nahezu) schrankenlose Privatautonomie. Viele jüngere Regelungen im amerikanischen Rechtssystem lassen sich als Widerhall dieses Lobgesanges begreifen. Das eher geringe Schutzniveau im Arbeitsrecht¹⁸⁷, der Verzicht auf eine Versicherungspflicht für den Krankheitsfall und nicht zuletzt der in den 80er Jahren merklich gewachsene Einfluss der *Chicago School* im US-Kartellrecht¹⁸⁸ sind Kinder der Rational-Choice-Bewegung.

Behavioral Law and Economics ist häufig skeptisch gegenüber diesem Glauben an die regulierende Wirkung des freien Marktes. Seine Advokaten begegnen dem eisernen Antipaternalismus der Law-and-Economics-Vertreter deshalb mit Alternativkonzepten, die sich häufig mehr in der Terminologie als in der Logik der Begründung unterscheiden. So werden zum Beispiel ein „Asymmetrischer Paternalismus“¹⁸⁹, ein „Anti-Antipaternalismus“¹⁹⁰ oder ein „vorsichtiger“, durch Kosten-Nutzen-Analysen ergänzter Paternalismus¹⁹¹ angeregt. Die wenigen abweichenden Stimmen gehen im Choral der (sich der Form nach aber stets zurückhaltend gebenden) Regulierungsforderungen unter.¹⁹² Nach hier vertretener Ansicht hätten die Mahner indes einen gewichtigeren Part verdient.

Diejenigen, die aus dem Faktum begrenzter menschlicher Rationalität eine Legitimation für paternalistische Eingriffe herzuleiten versuchen, greifen dabei im Wesentlichen auf drei miteinander verknüpfte Stränge der Begründung zurück: (1) Ein Autonomie-Argument, dessen Gegenstand das „Opfer“ quasi-rationalen Verhaltens – das betroffene Individuum – ist, (2) ein Kosten-Nutzen-Argument, welches den Blick auf die kollektive Ebene richtet, indem es eine gesamtwirtschaftliche Kosten-Nutzen-Bilanz aufzustellen sucht, und (3) ein Demokratie-Argument,

186 Vgl. *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, in: *NW.U.L.REV.* 97 (2003), S. 1166 mwN.

187 *Verkerke, Houtt: An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate*, *WISC.L.REV.* (1995), S. 837.

188 Ein Beispiel liefert *Posner, Richard: Antitrust Law* (2001).

189 *Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted/ Rabin, Matthew: Regulation for Conservatives*, in: *U.P.A.L.REV.* 151 (2003), S. 1211.

190 *Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: *STAN.L.REV.* 51 (1998), S. 1541.

191 *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest*, aaO (Fn. 176), S. 1165.

192 Der hiesigen Position nahe *Kelman, Mark: Law and Behavioral Science: Conceptual Overviews*, in: *NW.U.L.REV.* 97 (2003), S. 1382 ff.

welches insofern beide Begründungsstränge verbindet, indem es versucht, die gesamtgesellschaftliche Autonomie zu maximieren.

Die Argumente, obschon sie in den relevanten Arbeiten wie gesagt eng verwoben sind, sollen im Weiteren getrennt untersucht werden. Rational Choice nimmt an, dass effiziente Marktergebnisse und autonomes Marktverhalten der handelnden Individuen Kehrseiten einer Medaille sind.¹⁹³ Nur wo einzelne Märkte durch hohe Transaktionskosten gekennzeichnet sind, hat das Recht einzugreifen, um einen reibungslos funktionierenden Markt nachzuahmen.¹⁹⁴ Eine Erkenntnis von Behavioral Law and Economics ist jedoch, dass zahlreiche kognitive Phänomene wie Transaktionskosten wirken können.¹⁹⁵ Eine weitere, dass Entscheidungen und damit die Inhalte von nach langen Verhandlungen zustande gekommenen Verträgen kontextabhängig sind.

Es ist leicht einsehbar, dass eine umfassende Eliminierung dieser Effekte die Vorstellung eines freien Marktes zur Karikatur geraten ließe. Ein im Sinne von Coase transaktionskostenfreien Austausch ermöglichender Markt müsste völlig von den konkreten Gegebenheiten abstrahieren, seine Herstellung würde die Marktteilnehmer in ihrer Freiheit drakonisch beschneiden (etwa ihre Risikopräferenzen korrigieren). Aber nur unter den Bedingungen des Coase-Theorems ergänzen sich Effizienz und Autonomie harmonisch.¹⁹⁶ Fragen, die schon für Rational Choice schwierig zu vermeiden sind – Wie abstrakt soll der hypothetische Referenz-Markt sein? Was soll nachgeahmt werden? Marktergebnisse oder Marktverhalten? – sind für Behavioral Law and Economics nachgerade unausweichlich. Eine zusätzliche Komplikation ergibt sich daraus, dass Behavioral Law and Economics, wie wir noch sehen werden, bereits die Definition von Autonomie vor neue komplexe Fragen stellt.

Im Rahmen der Analyse soll gezeigt werden, dass die paternalistische Tendenz von Behavioral Law and Economics deutlich schwächer ist, als oft behauptet. Häufig wird sie gleichsam von außen in die Debatte hineingetragen. Es ist kein Zufall, dass viele der obigen Fallbeispiele mit „offenen“ bzw. kontingenten Schlussfolgerungen endeten – es ist aber auch kein „Fehler“ der Autoren, sondern vielmehr dadurch bedingt, dass die verhaltenswissenschaftlich untermauerte Ökonomie ein neuer Ansatz ist, der eine Vielzahl neuartiger Fragen aufgeworfen hat, die noch einer Klärung harren.

Nach der hier vertretenen Ansicht verlangt der von Behavioral Law and Economics in seiner heutigen Form gewählte Ausgangspunkt oftmals nach einem eher instrumentellen und mithin wertungsoffenen Verständnis des Ansatzes. Viele normative Schnellschüsse seiner Anhänger, aber ebenso viel der Kritik seiner Gegner, beruhen darauf, dass dieser konzeptionelle Unterschied zu Standard-Law-and-Economics nicht deutlich gemacht wurde, wie im Folgenden demonstriert werden soll. Die nachfolgenden Ausführungen beabsichtigen keinesfalls, das schwierige Verhältnis von deskriptiven Beobachtungen und ordnungs- bzw. rechtspolitischen Wertun-

193 Eine Kritik dieser Interpretation findet sich bei *Murphy, Jeffrie/ Coleman, Jules: Philosophy of Law* (1990), S. 219 ff.

194 *Posner, Richard: Economic Analysis of Law* (1992), S. 15 u. 70.

195 Vgl. z.B. unsere Ausführungen zur *Prospect Theory*.

196 *Murphy, Jeffrie/ Coleman, Jules: Philosophy of Law* (1990), S. 195 f. u. 219 ff.

gen im Konzept von Behavioral Law and Economics abschließend zu klären. Ihre Natur ist vielmehr exemplarisch und soll helfen, einige der Schwierigkeiten dieses komplizierten Verhältnisses sichtbar werden zu lassen, um die Argumente der Befürworter und der Kritiker des Ansatzes treffender würdigen zu können.

a) *Das Autonomie-Argument*

aa) *Ein „einfaches“ Beispiel*

Paternalismus bedeutet eine Freiheitseinschränkung (oder Beeinflussung) im angeblichen Interesse des betroffenen Individuums.¹⁹⁷ Nach allgemeiner Auffassung bedarf diese einer Legitimation.¹⁹⁸ Ein Argument, welches als Rechtfertigung paternalistischer Regulierungen vorgebracht wird, mag man als Autonomie-Argument bezeichnen.¹⁹⁹ Es lautet ungefähr wie folgt: Beschränkte Rationalität hindert viele Individuen daran, im eigenen Interesse optimale Entscheidungen zu treffen. Daher sollte sie der Gesetzgeber nach Möglichkeit vor den schädlichen Konsequenzen ihrer kognitiven Schwäche schützen, indem er ihnen gewisse Entscheidungen aus der Hand nimmt. Tatsächlich ist eine solche Folgerung – so häufig sie auch in mehr oder minder differenzierter Form gezogen wird – jedoch nur beschränkt gerechtfertigt²⁰⁰.

Ein Beispiel soll dies illustrieren: Die gesetzliche Pflicht, im Auto den Sicherheitsgurt anzulegen, ist aus deutscher Perspektive über die Jahre zu einer Selbstverständlichkeit gereift. Nur noch selten wird ihre Legitimität angezweifelt. Geradezu evident scheint die Möglichkeit, die Zahl der schwer verletzten Unfallopfer und Verkehrstoten zu reduzieren, die mit der gesetzlichen Pflicht einhergehende marginale Freiheitseinschränkung aufzuwiegen. Nun mag dies aus deutscher Sicht ein hinreichend überzeugendes Argument sein. In einem libertär gesinnten Land wie den Vereinigten Staaten von Amerika, wo der Vorwurf des Paternalismus dem Todesstoß für eine politische Maßnahme gleichkommen kann, dürfte sie indes keineswegs als derartig zwingend aufgefasst werden. Warum sollte, wer von der Mündigkeit seiner Bürger ausgeht, nicht deren

197 *Kennedy, Duncan*: Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, in: MARYL.L.REV. 41 (1982), S. 625; ähnlich auch *Kronman, Anthony*: Paternalism and the Law of Contracts, in: YALE.L.J. 92 (1983), S. 763.

198 Dazu grundlegend *Eidenmüller, Horst*: Effizienz als Rechtsprinzip (1995), S. 365 ff.

199 Der Begriff „Autonomie-Argument“ mag wenig treffend erscheinen. Schließlich ist auch eine durch einen kognitiven *Bias* beeinflusste Entscheidung noch eine autonome Entscheidung im herkömmlichen Sinn. Die Annahme, nur eine Entscheidung nach vollrationalen Kriterien sei eine „tatsächlich“ autonome Entscheidung wirkt hingegen artifiziell. Allerdings scheint sie vielen Abhandlungen unausgesprochen zu Grunde zu liegen. Das erste Beispiel lässt dies nicht ganz klar zu Tage treten, da es eine Schutz-vor-sich-selbst-Fragestellung betrifft. Darin erschöpft sich aber der Gehalt des Autonomie-Arguments keinesfalls. Viele Artikel behandeln die Interaktion mehrerer Individuen, zumeist im Zusammenhang mit Problematiken des Verbraucherschutzes. Hier wird die Sorge sichtbar, dass viele der erwähnten kognitiven Phänomene Individuen anfällig für die Tricks eines geschickten Gegenübers machen. Solche Beeinflussungen werden als Beschneidung der Autonomie des Individuums gesehen. Beide Konstellationen haben also die hypothetische Frage zum Gegenstand, wie die Entscheidung des Individuums ohne die kognitiven Fallstricke ausgefallen wäre, seien sie von Dritten bewusst ausgelegt worden oder auch nicht. Ist dies geklärt, erscheint der Terminus „Autonomie-Argument“ nicht mehr irreführend.

200 Für einen Überblick siehe *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest*: The Uncertain Psychological Case for Paternalism, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1165; ferner *Sunstein, Cass*: Behavioral Analysis of Law, in: U.CHIL.REV. 64 (1997), S. 1175.

Entscheidung akzeptieren, ein gewisses Risiko für Gesundheit oder sogar Leben zugunsten maximaler Bequemlichkeit hinzunehmen? Wer dies so sehen will, kann dafür ein Rational-Choice-Argument ins Feld führen. Wenn ein Individuum darauf verzichtet, den Gurt anzulegen, bringt es damit eine klare Präferenz zum Ausdruck. Der Zugewinn an Freiheit wird höher gewichtet als die Reduktion von Risiken. Warum sollte der Staat derartige Selbstgefährdungen untersagen?

Gleichwohl kennen auch die USA eine generelle Anschnallpflicht. KOROBKIN und ULEN untersuchen diesen nach dem Gesagten durchaus überraschenden Befund aus der Perspektive von Behavioral Law and Economics.²⁰¹ Sie argumentieren folgendermaßen: Sowohl die Einbuße an Komfort durch das Anlegen des Gurtes als auch das Risiko eines Unfalles würden als Verlust empfunden. Folglich habe ein Autofahrer zwischen zwei Optionen auszuwählen: Dem sicheren geringen Verlust auf der einen Seite und der Möglichkeit eines sehr großen Verlustes bei gleichzeitiger Möglichkeit, einen Verlust vollkommen zu vermeiden, auf der anderen Seite. Da Menschen (wie wir oben im Zusammenhang mit der *Prospect Theory* sahen) zu risikofreudigem Verhalten tendieren, wenn sie zwischen Verlustoptionen zu wählen haben, bestehe eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit, dass sich viele Menschen für die riskante Option entschieden, den Gurt nicht anzulegen. Es sei daher sinnvoll, wenn der Gesetzgeber ihnen – wie geschehen – die Entscheidung entziehe.

Diese Argumentation ist aber keinesfalls zwingend. Die entscheidenden Einwände stammen aber nicht von Rational Choice, sondern leiten sich aus den Erkenntnissen von Behavioral Law and Economics selbst ab.

bb) Der deskriptive Fehlschluss

Die Analyse der beiden Autoren beruht zunächst auf einer inkonsequenten (impliziten) Anwendung der komplexen *Prospect Theory*. Diese prognostiziert zwar tatsächlich, dass die meisten Menschen bei der Wahl zwischen Verlustoptionen risikofreudig agieren. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Verlust mit einer sehr geringen Wahrscheinlichkeit eintritt. Hier zeigen die meisten Individuen vielmehr risikoaverses Entscheidungsverhalten. Es ist indes gerade plausibel anzunehmen, dass die meisten Autofahrer die Wahrscheinlichkeit, in einen Unfall verwickelt zu werden, als gering einschätzen. Erstens liegt sie bereits objektiv nicht sehr hoch. Zweitens führt übermäßiger Optimismus zu ihrer systematischen Unterschätzung. Drittens schließlich, sind Autounfälle medial gegenüber anderen Risiken (etwa Gewaltverbrechen) wohl eher unterrepräsentiert und damit nicht sehr leicht verfügbar. Die Verfügbarkeitsheuristik führt daher wahrscheinlich zu einer Verdrängung gegenüber anderen Risiken. Aus all dem folgt zunächst, dass die *Prospect Theory* wenig über das Anschnallverhalten der Masse aussagen kann. Einerseits führen kognitive Irrtümer zu einer klaren Unterschätzung des Risikos, andererseits mag die Risikoaversion der meisten Akteure diese teilweise ausgleichen.

201 Korobkin, Russell/Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1107.

cc) *Der normative Fehlschluss*

Einmal unterstellt die Analyse KOROBKINS und ULENS sei in deskriptiver Hinsicht fehlerlos: Was wäre hieraus in Bezug auf die Anschnallpflicht für alle Autofahrer zu folgern. Um es präziser zu formulieren: Was folgte daraus (1) für diejenigen Fahrer, die „Symptome“ im Sinne der *Prospect Theory* aufweisen und somit bei der Wahl zwischen Verlusten risikofreudig agieren, sowie (2) für die übrigen vollrationalen Fahrer, die zwar Gewinne und Verluste symmetrisch gewichten, aber dennoch zu der Entscheidung kommen, dass sie der mit dem Anlegen des Gurts verbundene Freiheitsverlust mehr schmerzt, als die Risikoreduktion an kompensierendem Nutzen zu generieren vermag? Die Antwort auf beide Fragen lautet: Zunächst einmal gar nichts.

Dies ist der zweite Kritikpunkt an den Erörterungen KOROBKINS und ULENS: Sie verwischen unzulässig die Grenze zwischen deskriptiven und normativen Erwägungen. Was die *Prospect Theory* in Bezug auf das Anschnallverhalten prognostiziert, kommt einer *deskriptiven* Feststellung gleich. Die *Prospect Theory* ist ihrem Wesen nach eine *deskriptive* Entscheidungstheorie. Sie besagt, dass Menschen ein bestimmtes Entscheidungsverhalten an den Tag legen. Warum bzw. ob der Staat dieses akzeptieren oder regulierend eingreifen sollte, lässt sich aus der Theorie allein nicht ableiten.

Dies trifft indes nicht allein auf die *Prospect Theory* zu, sondern weist auf einen grundsätzlichen Fehlschluss einiger Wissenschaftler hin, die versuchen, die verhaltenswissenschaftlich fundierte Ökonomie für die juristische Praxis fruchtbar zu machen. Die psychologischen Forschungen dienen nicht dazu, *schlechte* Entscheidungen aufzudecken, sondern ganz allgemein zu erhellen, wie Menschen entscheiden.²⁰² Dass der Einsatz von Heuristiken und anderen kognitiven Vereinfachungsstrategien auch vorteilhaft sein kann, ist in der psychologischen Fachliteratur sehr wohl bekannt.²⁰³ Folglich setzt eine Antwort auf die Frage, warum der Gesetzgeber Menschen daran hindern soll, sich bei der Wahl zwischen Verlusten risikofreudig zu verhalten, eine wertende Analyse voraus.²⁰⁴

Implizit gehen KOROBKIN und ULEN wahrscheinlich davon aus, dass eine Rechtfertigung sich aus dem hohen Wert ergebe, den die Gesellschaft Leben und Gesundheit prinzipiell beimisst. Allerdings wäre dies für den in Rede stehenden Fall einer Selbstgefährdung ebenfalls kaum von Relevanz. Der Autofahrer, der sich nicht anschnallt, mag diese allgemeingesellschaftliche Wertschätzung teilen, im konkreten Fall fällt seine Abwägung jedoch für mehr Komfort aus, wofür er bereit ist, ein bestimmtes Risiko zu tragen. Es braucht mehr um darzulegen, warum der Staat gewisse Selbstgefährdungen untersagen kann, als die Beobachtung, dass viele Menschen sie nicht eingehen würden. Anders verhielte es sich, wenn KOROBKIN und ULEN im Zuge deonti-

202 So auch Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: *The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1207; “The chief lesson of behavioral decision theory is not that people make bad choices, but that they do not rely on rule-based systems, such as deductive logic or expected utility theory in making decisions.” Jedenfalls für die hier in Rede stehenden Fälle ist dieser Aussage zuzustimmen.

203 Vgl. etwa Gigerenzer, Gerd/ Todd, Peter: *Simple Heuristics that Make Us Smart* (1999), insbesondere Kapitel 1.

204 Vgl. zu diesem Problem Issacharoff, Samuel: *The Difficult Path from Observation to Prescription*, in: N.Y.U.L.REV. 77 (2002), S. 36.

scher Überlegungen von einer objektiven Hierarchie der Werte, von einem absolut korrekten Abwägungsergebnis ausgingen, welches subjektive Präferenzen in bestimmten Fällen unbeachtlich werden ließe.²⁰⁵ Dies ist aber in ihrer Argumentation nicht zu erkennen.

dd) *Ambivalenz – Die Verwechslung von Legitimation und Anlass*

Möglicherweise, so mag man einwenden, beschränken sich die erwähnten Komplikationen auf die *Prospect Theory*. Wenn sie nicht ohne zusätzliche Annahmen als Legitimation der allgemeinen Anschnallpflicht herangezogen werden kann, so doch vielleicht andere in ähnlichen Kontext auftretende kognitionspsychologische Effekte? Zu nennen wäre hier zunächst der unverhältnismäßige Optimismus, der Autofahrer denken lässt, sie seien sicherere Fahrer und daher von schweren Unfällen weniger bedroht als die meisten übrigen. Tatsächlich scheint hier das Autonomie-Argument eine überzeugende Legitimation zu liefern – zumindest im Hinblick auf jene Autofahrer, deren Entscheidung tatsächlich von einem statistisch nicht gerechtfertigten Optimismus beeinflusst ist. Wenn Menschen die mit ihrer Wahl verbundenen Risiken nicht richtig einschätzen und sich dadurch in Lebensgefahr begeben, so muss der verantwortungsvolle Gesetzgeber sie davor beschützen, indem er ihnen die Entscheidung aus der Hand nimmt. Der Gesetzgeber handelt, um ein Bild zu gebrauchen, in diesem Moment wie ein Fußgänger, der einen anderen Passanten von der Straße zieht, weil dieser ein mit hoher Geschwindigkeit heranahendes Fahrzeug übersehen hat. Er zielt also nicht auf eine Veränderung der Präferenzen des Bürgers ab, sondern wirkt *assistierend*, indem er ihm hilft, seine „tatsächlichen“ Präferenzen effizienter zu befriedigen; tatsächlich würden im Angesicht nicht durch den kognitiven *Bias* beeinflusster Informationen über das damit übernommene Risiko viele Autofahrer ihre Entscheidung, den Gurt nicht anzulegen, nochmals überdenken. In diesem Fall hätte sie der Staat mithin nur gezwungen, im Einklang mit ihren hypothetischen Präferenzen bei voller Information zu handeln, was man kaum Zwang wird nennen dürfen.

Bei genauerem Hinsehen erweist sich jedoch, dass die diskutierten Probleme auch bei dieser Argumentation nicht verschwinden. Denn erstens trägt sie nur genau soweit, wie der jeweilige Autofahrer auf der Grundlage einer unverzerrten Risikoprognose seine Entscheidung tatsächlich abändern würde. Für die Freiheitseinschränkung im Hinblick auf den Rest der Autofahrer, der weiter unangeschnallt fahren würde, erbringt sie keine Rechtfertigung.²⁰⁶ Zweitens ist das Argument nicht absolut, wie ein zweites Beispiel demonstriert.

Nehmen wir einmal an, ein Gesetz wolle unternehmerisches Handeln künftig nicht mehr nur am Maßstab des Wettbewerbsrechtes messen, sondern zusätzlich einer „Rationalitätsprüfung“ unterwerfen. Entscheidungen, die offenkundig durch übermäßigen Optimismus beeinflusst sind,

205 Zu der Frage möglicher Externalitäten siehe dagegen unten Punkt b).

206 Es ist schon nicht möglich, die „Opfer“ der paternalistischen Maßnahme ex ante zu identifizieren. Dem Staat fehlt die Möglichkeit die rationalen Gurtmuffeln deutlich von den beschränkt rationalen, die er schützen möchte, zu unterscheiden. Er belastet somit „auf Verdacht“, ohne den Erfolg seiner Maßnahme zweifelsfrei belegen zu können. Dies wirft im Hinblick auf die Legitimierung der Maßnahme erhebliche Probleme auf, die hier nicht in extenso diskutiert werden können.

würden als unzulässig untersagt. Man könnte für eine solche Maßnahme die gleiche Rechtfertigung ins Feld führen, wie wir sie gerade im Hinblick auf die Anschnallpflicht verwandt haben. Das heranrasende Fahrzeug ist in diesem Fall nicht mehr die unerwartet hoch liegende Wahrscheinlichkeit eines schweren Unfalles, sondern das deutlich unterschätzte Risiko eines wirtschaftlichen Ruins. Zweifellos würden viele Unternehmer ihre Entscheidungen überdenken, beraubte man sie der rosaroten Brille des übermäßigen Optimismus. Warum sollte daher der Staat sie nicht davor beschützen, in die absehbare Pleite zu laufen, zum Beispiel indem er vor dem statistischen Hintergrund, dass 75 Prozent aller Restaurant-Neugründung im Bankrott enden²⁰⁷, solche Gründungen für einen gewissen Zeitraum untersagt? Auf diese Frage sind (mindestens) drei Antworten denkbar.

Das erste mögliche Gegenargument wäre das Vorhandensein milderer Mittel. Zu denken wäre etwa an eine Aufklärungspflicht kreditgebender Banken. Wir wollen diesen Einwand im Folgenden ignorieren, da er ebenso gut auf die Anschnallpflicht passt. Informationspflichten sind als milderes Mittel beinahe immer denkbar.²⁰⁸

Zweitens könnte man argumentieren, andere Erwägungen wögen die grundsätzlich vorhandenen Gründe für einen regulierenden Eingriff des Gesetzgebers im vorliegenden Fall auf. Zum Beispiel ließe sich utilitaristisch argumentieren, das Interesse der Gesellschaft an einem freien Spiel der Marktkräfte oder die Kosten der Regulierung wögen schwerer als die Interessen der unglücklichen Unternehmensgründer.²⁰⁹ Andererseits wäre an die Behauptung zu denken, entsprechende Regulierungen beschränkten die Freiheit des Individuums selbst in unverhältnismäßigem Umfang. Die erste Variante dieser Argumentation, welcher auf eine Abwägung der Interessen der Gesellschaft als Ganzes mit denjenigen des Einzelnen abzielt, soll im nächsten Unterabschnitt (als Kosten-Nutzen-Argument) näher beleuchtet werden. Vorerst soll der Fokus lediglich den Interessen des betroffenen Individuums gelten.

Soweit das Argument in seiner zweiten Ausprägung die Abwägung der Interessen des direkt berührten Individuums betrifft, macht es einen banalen, obgleich nicht unwichtigen Punkt deutlich; selbstverständlich können konkurrierende Erwägungen, die überhaupt nicht auf Forschungsergebnissen der Behavioral-Law-and-Economics-Forschung fußen, die Entscheidung für oder gegen einen paternalistischen Eingriff *zusätzlich* beeinflussen. Unsere Diskussion soll jedoch gerade externe Wertungen ignorieren und sich auf die Folgerungen der Behavioral-Law-

207 Vgl. *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, in: *NW.U.L.REV.* 97 (2003), S. 1211.

208 Fraglich ist, ob Informationspflichten das gleiche Schutzniveau gewährleisten könnten. Der exzessive Optimismus führt schließlich gerade dazu, dass Individuen statistische Informationen zwar abstrakt akzeptieren, sich persönlich indes bessere Chancen ausrechnen.

209 Tatsächlich hoffen die meisten Autoren, die für eine paternalistische Politik fechten, auf die begrenzende Wirkung solcher gesamtgesellschaftlich-ausgerichteten Kosten-Nutzen-Analysen, um offenkundig unsinnige Regulierungsexzesse zu vermeiden.

and-Economics-Forschung allein konzentrieren. Auch Rational Choice kann schließlich externen Wertungen einen gebührenden Platz einräumen.²¹⁰

Drittens und letztens könnte man gegen eine paternalistische Gründungspolitik vorbringen, sie entspreche nicht den Interessen des angeblich durch sie geschützten Individuums, weil der hierdurch gehemmte kognitive Effekt nicht ausschließlich potentiell negative, sondern auch positive Seiten für dieses habe. Im Falle des übertriebenen Optimismus ist die Ambivalenz vieler kognitiver Effekte mehr als deutlich, wie wir bereits gesehen haben. Wie RACHLINSKI richtig anmerkt: “In the business setting optimism leads people to undertake the kind of risky, high-yield adventures that a company must endure in order to be successful. In fact, an excess of optimism may be an essential characteristic of a successful businessperson”²¹¹. Jenes Viertel der Gastronomieunternehmer, das im Markt besteht, mag also durchaus von seiner kognitiven „Schwäche“ profitieren, die es dereinst in den Markt getrieben hatte. Offen bleibt indes, wessen Interessen den Vorzug verdienen. Auch dieses Argument wirft uns somit letztlich auf externe Wertungen zurück.

Wir können also nicht eindeutig sagen, was eine unterschiedliche Behandlung der Anschnallpflicht und der paternalistischen Gründungspolitik rechtfertigt, ohne den argumentativen Rahmen der verhaltenswissenschaftlichen Ökonomie zu sprengen.

Was also folgt aus dem Vergleich der beiden Beispiele? Zunächst einmal, dass viele der Effekte, welche Behavioral Law and Economics untersucht, ambivalent sind. Sie können positive und negative Konsequenzen haben. Selten bergen sie eine *eindeutige* Rechtfertigung für paternalistisches Einschreiten im Hinblick auf das quasi-rational agierende Individuum. Eine Entscheidung hierfür wird letztendlich von der Haltung abhängen, die der Gesetzgeber gegenüber persönlichen Risiken pflegt. Hält er es für ein ethisches Gebot, seine Bürger davor zu beschützen, offenkundig unverhältnismäßig scheinende Gefahren in Kauf zu nehmen, so wird er regulierend eingreifen. Ist er dagegen der Ansicht, eine gute Gesellschaft müsse dem Bürger ein Maximum an Entfaltungsmöglichkeiten um den Preis persönlichen Scheiterns offerieren, so wird er eine zurückhaltende Regulierung bevorzugen. Diese Grundentscheidung ist indes in keiner Weise von Erwägungen geprägt, die für Behavioral Law and Economics eine Rolle spielen. Sie ist vielmehr in einem darüber hinaus weisenden Werturteil begründet. Dies wird von Verfechtern des Autonomieargumentes in aller Regel übersehen.

Die Wurzel des Missverständnisses liegt in einer Verwechslung von *Anlass* und *Legitimation*. Einen libertär gesinnten Gesetzgeber werden die Befunde der Behavioral-Law-and-Economics-Forschung selten beeindrucken. Er wird vermutlich seinen Bürgern den Konsum gefährlicher Drogen in dem Wissen untersagen, dass nahezu alle deren Suchtpotential nicht richtig einschätzen. Möglicherweise wird er eine Anschnallpflicht einführen. Allgemein wird er sich jedoch auf Maßnahmen beschränken, welche diejenigen kognitiven Fehler kompensieren, die in fast allen

210 Murphy, Jeffrie/ Coleman, Jules: Philosophy of Law (1990), S. 214, die den Fall extrem knapper, jedoch überlabenswichtiger Güter behandeln.

211 Rachlinski, Jeffrey: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 759 f.

Fällen zu nachteiligen Konsequenzen führen oder jedenfalls um einen sehr geringen Preis in Bezug auf die individuelle Freiheit zu haben sind.

Ein ohnehin eher paternalistischer Gesetzgeber hingegen wird in den psychologischen Einsichten ein wichtiges Handwerkszeug entdecken. Die Forschungsergebnisse helfen ihm, genauer zu bestimmen, wo sein Eingreifen sinnvoll ist. Im Extremfall mag er ein Konzessionssystem schaffen, um seine Bürger von Geschäftsideen abzuhalten, die mit erhöhter Wahrscheinlichkeit im Scheitern enden werden.

Behavioral Law and Economics vermag derartige Regulierungen nicht mit der gleichen Legitimität zu versehen, wie sie etwa das Kriterium der Paretoeffizienz im System von Standard-Law-and-Economics generieren kann. Die Paretooptimalität einer Maßnahme mag aus Sicht von Law and Economics der Anlass sein, sie zu implementieren. Zugleich ist das Kriterium fähig – *ceteris paribus* – die Vorzugswürdigkeit jener gegenüber anderen paretoinferioren Maßnahmen zu demonstrieren.²¹² Aus der Feststellung eines kognitiven *Bias* allein hingegen folgt nicht mit der gleichen (systemimmanenten) Logik die Vorzugswürdigkeit einer seine Auswirkungen eliminierenden Maßnahme. Die Einsichten von Behavioral Law and Economics können bestimmte Politikempfehlungen gegenüber anderen als Erfolg versprechend herausstellen – vorausgesetzt eine politische Wertung im Vorfeld ist erfolgt. Dem Gesetzgeber bieten sie also zusätzliche *Anlässe* zur Regulierung – die *Legitimität* seines Eingreifens folgt hingegen aus anderen, nicht-systemimmanenten Erwägungen. Die legitimatorische Abgeschlossenheit des Rational-Choice-Arguments ist dem neuen Ansatz eher fremd. Er stellt eine Steuerungstheorie zur Verfügung, aber bisher noch keine abgeschlossene Rechtfertigungstheorie.

ee) *Versteckter Perfektionismus*

Auf ein verwandtes Problem stellt KELMAN ab, wenn er bezweifelt, dass Behavioral Law and Economics *allein* eine paternalistische Intervention gegen den Einsatz von Framing-Taktiken oder die Ausnutzung zu Verkaufs- und Werbezwecken legitimieren könne. „The fact that a choice is context-dependent hardly means that it is not an authentic or satisfying choice”.²¹³ KELMANS Beobachtung, dass in den Politikempfehlungen der Advokaten von Behavioral Law and Economics häufig Untertöne eines philosophischen Perfektionismus anklingen, dürfte treffend sein – ebenso seine Kritik an der Erwiderung, kontext-beeinflusste Entscheidungen seien leichter manipulierbar, weswegen die Gefahr bestehe, dass sie letztendlich einer dritten, die kognitive Schwäche ausnutzenden Partei dienen und nicht dem Entscheider selbst. KELMAN weist richtig darauf hin, dass ein solcher prozeduraler Einwand unvollständig wirkt. Schließlich sind auch extern beeinflusste Präferenzen noch immer genuin Präferenzen des Entscheiders.

212 Natürlich ist auch Law and Economics in der Lage anzuerkennen, dass bestimmte Politikbereiche nicht vorrangig von Effizienzerwägungen bestimmt sein sollten. In allen anderen Bereichen liefert der Ansatz aber – im Gegensatz zu Behavioral Law and Economics – legitimatorisch abgeschlossene Argumente, in dem Sinne, dass sie aus der Feststellung von Ineffizienzen zwingend folgen. Ein beschränkter Anwendungsbereich ist nicht gleichzusetzen mit der Unabgeschlossenheit des Alternativmodells.

213 *Kelman, Mark: Law and Behavioral Science: Conceptual Overviews*, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1383 f.

Zumindest für den entscheidenden Moment des Vertragsschlusses würde ihre Befriedigung ihn besser stellen. Der Einwand impliziert daher, dass manipulierte Präferenzen prinzipiell instabiler sind und auf ihrer Basis getroffene Entscheidungen folglich leichter bereut werden. Dies mag bezüglich verschiedener Entscheidungen der Fall sein, auf manche andere aber wiederum nicht zutreffen. Diese Einsicht legt den Verdacht nahe, dass in den Augen der paternalistisch argumentierenden Autoren nicht die Beeinflussbarkeit von Präferenzen das Problem ist, sondern die Quelle bzw. der Inhalt der Beeinflussung. Durch Werbung oder den unbestellten Vertreter an der Tür beeinflusste Präferenzen sind schlecht, weil ihre Quelle vermutlich ausschließlich egoistische Interesse verfolgt, der Einfluss, den Eltern auf die Präferenzen ihrer Kinder ausüben, hingegen ist gut weil eher altruistisch motiviert.²¹⁴ Diese Einschätzungen mögen durchaus richtig sein. Ihnen liegen aber auf jeden Fall externe Wertentscheide zu Grunde.²¹⁵

In Ermangelung einer materiellen Theorie dessen, was Menschen langfristig wirklich glücklich macht, dürfte es deshalb schwer sein, viele der paternalistischen Forderungen zu begründen.²¹⁶ Ohne sie bleibt zum Beispiel fraglich, weshalb eine Entscheidung auf der Grundlage beeinflusster oder kontextabhängiger Präferenzen wertloser sein soll als eine unbeeinflusste oder stabilere Entscheidung. Die einfache Tatsache, dass wir ohne Beeinflussung bzw. in einem anderen Kontext andere Präferenzen hätten, reicht als Begründung jedenfalls kaum aus.²¹⁷

Einige der von KELMAN aufgeworfenen Fragen könnte in Zukunft die sogenannte Happiness-Forschung, die momentan maßgeblich von DANIEL KAHNEMAN vorangetrieben wird, beantworten.²¹⁸ Sie macht auf der Grundlage empirischer Beobachtung und deshalb ohne perfektionistische Zwischentöne Aussagen darüber, was unser Wohlbefinden langfristig am stärksten beeinflusst und welche Entscheidungen wir mit hoher Wahrscheinlichkeit schnell bereuen werden. Diese junge Forschungsrichtung befindet sich noch zu sehr im Anfangsstadium, als dass man weitergehende Aussagen über ihren Nutzen für die Lösung der hier angesprochenen Probleme treffen könnte. Sollte es indes möglich werden, zukünftige Gefühle (in generalisierter Form) aufgrund empirischer Daten zu prognostizieren, dürfte dies ein wichtiger Schritt bei der Entwicklung einer eigenen evaluativen Metrik im Konzept von Behavioral Law and Economics sein. Es würde etwa erlauben, eine prospektive Nutzenbilanz bestimmter Entscheidungen zu entwickeln. Einige unter dem Stichwort „Multiple Selves“ angesprochene Probleme könnten sich hierdurch

214 *Kelman, Mark*: aaO (Fn.201), S. 184: “In the final analysis it is hard to tell whether the critics can sustain wholly procedural arguments about the formation of preferences that make little reference to the substance of the preferences that are developed.”

215 Ähnliche Einwände treffen auch eine zweite Variante des Autonomiearguments. Danach ist der Gegenstand des paternalistischen Autonomieschutzes die Fähigkeit zu erkennen, welche Faktoren die eigene Wahl beeinflussen und die entwickelten Präferenzen daraufhin kritisch zu reflektieren. *Kelman, Mark*: aaO (Fn.201), S. 1385 bemerkt: “But it is surely possible to respond that the critics’ preference for self-reflection is simply another unacceptably form of perfectionism, one that reflects the belief of intellectuals that self-examined lives are better lived than more spontaneous ones rather than some true universal feature of the good life” (Fußnote ausgelassen).

216 Ob eine solche hedonistische Psychologie unserem Gesellschaftsverständnis überhaupt gerecht wird, sei einmal dahingestellt.

217 *Kelman, Mark*: aaO (Fn.201), S. 1383 f.

218 Vgl. die Beiträge in *Kahneman, Daniel/ Diener, Ed/ Schwarz, Norbert* (Hrsg), *Well-Being: The Foundation of Hedonic Psychology* (2003).

lösen lassen. Präferenzen des gegenwärtigen Selbst wären dann etwa zu respektieren, wenn die Lebensnutzenbilanz darauf schließen lässt, dass zukünftige Reue den im Augenblick erfahrenen Nutzen nicht aufwiegt. Ein assistierender Paternalismus im oben angesprochenen Sinn könnte dann unter Umständen legitim erscheinen.²¹⁹ Schwieriger erscheint die Lösung des Ambivalenzproblems. Eine Langfrist-Nutzenbilanz setzt voraus, dass sich bestimmen lässt, welche objektiven Konsequenzen ein kognitionspsychologische Effekt für das Individuum haben wird – im obigen Beispiel etwa, ob die übertrieben optimistischen Restaurantgründer auf Seiten der Bankrotteure oder der Gewinner stehen werden. In diesen Fällen wird man auf die angesprochenen Wertungsfragen zurückgeworfen.

b) *Das Kosten-Nutzen-Argument*

Wenden wir uns vor diesem Hintergrund der utilitaristisch motivierten Behauptung zu, die Legitimität paternalistischer Maßnahmen ergebe sich nicht aus einer Abwägung der Interessen des direkt tangierten Individuums, sondern folge aus dem Verhältnis von Individuum und Gesellschaft. Wir haben oben gesehen, dass ein regulierender Eingriff immer auch solche Individuen belasten wird, die eigentlich nicht seine Adressaten sind und daher auch nicht von seiner Schutzwirkung profitieren. Konkret kann dies in drei Fällen auftreten: (1) Wenn ein Individuum zwar quasi-rational handelt, aber seine Entscheidung im Angesicht unverzerrter Information genauso trafe. In dem ersten Beispiel sind dies all jene Autofahrer, die im Bewusstsein um die tatsächlichen Risiken eines Unfalles trotzdem den Gurt nicht anlegen würden, aber durch die allgemeine Anschnallpflicht genauso berührt werden.

(2) Wenn ein Individuum vollrational handelt, aber von der Maßnahme mit betroffen wird und

(3), wenn der Eingriff gesellschaftliche Folgekosten mit sich bringt – etwa im zweiten Fall die Kosten für die Schaffung und Unterhaltung der die Wirtschaftspläne überprüfenden Behörde oder der Nutzenverlust durch die Nichtentstehung neuer florierender Restaurants.

Es ist die Behauptung aufgestellt worden, eine regulierende Maßnahme sei dann legitim, wenn der durch sie resultierende Nutzen für die Adressaten ihre Gesamtkosten übersteige²²⁰ – wir wollen dies das Kosten-Nutzen-Argument nennen. Leicht abgeändert haben Vertreter des „asymmetrischen Paternalismus“ diese Idee in eine Formel gegossen²²¹:

219 Ein Anwendungsbeispiel liefern *Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted/ Rabin, Matthew*: Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Assymmetric Paternalism”, in: P.A.L.REV. 151 (2003), S. 1238 ff, die in bestimmten Fällen für gesetzlich abgesicherte “Abkühlungsphasen” nach Haustürgeschäften plädieren.

220 So *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest*: The Uncertain Psychological Case for Paternalism, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1225: ”In effect, the relationship between errors of judgment and paternalism is comparable to transaction-cost analysis in law and economics. Law and economics scholars often argue that legal rules can be justified on the ground that they reduce transaction costs. Legal scholars who want to rely on cognitive psychology to support paternalism must first conduct the same analysis of cognitive costs”.

221 *Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted/ Rabin, Matthew*: Regulation for Conservatives, in: P.A.L.REV. 151 (2003), S. 1219.

$$(p * B) - [(1 - p) * C] - I + \Delta \pi > 0$$

Der erste Ausdruck bezeichnet den Netto-Nutzen, den die beschränkt rational Handelnden aus dem paternalistischen Eingriff ziehen (p bezeichnet die Wahrscheinlichkeit). Der zweite Ausdruck gibt die zu erwartenden Kosten durch die freiheitsbeschränkende Maßnahme für die rational handelnden Individuen an. I beschreibt die Implementierungskosten der Maßnahme an. Durch $\Delta \pi$ wird eine Veränderung der Firmengewinne ausgedrückt.

Gegen einen solchen Ansatz ist *grundsätzlich* wenig einzuwenden. Doch bezüglich seiner Anwendung im Einzelfall erscheint fraglich, wie viel mehr Paternalismus er tatsächlich rechtfertigt.

aa) *Versteckte Fairnessargumente*

Angenommen, es trifft zu, dass unter Bedingungen des freien Marktes jeden Tag ein Dummer aufsteht – und zwei, die ihn ausnehmen.²²² Bietet dies eine Rechtfertigung für paternalistische Eingriffe? Nehmen wir den beliebten Fall des Vertreters bei Haustürgeschäften, der geschickt eine Überrumpfungstaktik einsetzt. Nach der Logik des Kosten-Nutzen-Argumentes entscheidet eine gesamtwirtschaftliche Bilanz, welche die Vorteile des beschränkt rational Agierenden mit denen der rational Handelnden kontrastiert. Um die kognitive Schwäche eines anderen ausnutzen zu können, muss der Verkäufer in unserem Beispiel regelmäßig rational handeln. In Folge dessen wären seine Verluste im Fall etwa eines Widerrufsrechtes des Verbrauchers mit den gesamtwirtschaftlichen Gewinnen aufzuwiegen. Es erscheint fraglich, ob die Bilanz in diesem Fall zu Gunsten eines regulierenden Eingriffs aufgeht. Macht der Käufer von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch, dürfen wir davon ausgehen, dass er nicht zum Kreis der Geschützten zählt, weil sein Kauf offenbar seinen Präferenzen entsprach. Macht er dagegen von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, liegt sein objektiv-quantitativer Vorteil exakt so hoch wie der damit korrespondierende Nachteil des Verkäufers – in Höhe der Differenz von Marktwert und Kaufpreis.

Selbstverständlich könnte man argumentieren, relevant sei der subjektiv empfundene Nutzen. Dies brächte alle Probleme interpersonalen Nutzenvergleiche mit sich.²²³ Dessen ungeachtet muss aber jedenfalls der beiderseitige Erwartungsnutzen zumindest im Augenblick des Geschäftes hinreichend gewesen sein, um das Geschäft zu tätigen. Die Relevanz eines späteren Präferenzwandels zu Lasten des Verkäufers ist gerade aus juristischer Perspektive nicht ohne weiteres einzusehen. Berücksichtigt werden kann sie nur unter besonderen Umständen. So ließe sich argumentieren, der Verkäufer habe die Schwäche des Konsumenten in verwerflicher Weise „ausgenutzt“. Dies wäre aber eine perfektionistisch moralisierende Interpretation der Geschehnisse, die sich sachlich auf die kognitiven „Überlegenheit“ des Verkäufers abzielt und gerade nicht einen objektiven Kosten-Nutzen-Vergleich im Sinne der genannten Autoren zum Gegen-

222 Vgl. *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: The Uncertain Psychological Case for Paternalism*, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1165: “The free market and the free exchange of ideas seem destined to produce a "sucker every minute and two to take him."”

223 Dazu ausführlich *Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip* (1995), S. 189 ff.

stand hat.²²⁴ Tatsächlich mag der Verkäufer derart überlegen sein. Warum wir diese Tatsache aber gerade hier (und nicht in anderen Bereichen) zu berücksichtigen haben sollen, ist unklar. Fakt bleibt, dass im Augenblick des Vertragsschlusses der Verkäufer die real vorhandenen Präferenzen seines Kunden befriedigt hat. Um begreiflich zu machen, warum er entgegen den allgemeinen Regeln im Nachhinein für seine Verkaufstaktik büßen sollte, brauchen wir eine normative Erklärung, weshalb diese verwerflich gewesen sein soll. Wir werden bei der Erörterung dieser Frage auf dieselben Erwägungen zurückgeworfen, die wir bereits im Zusammenhang mit dem Autonomieargument angestellt haben.²²⁵

Die Vertreter des asymmetrischen Paternalismus weichen diesem häufig Problem aus, wie ein zweites Beispiel illustrieren soll. Als klassischen Anwendungsfall ihres Konzeptes nennen sie Aufklärungspflichten Kredit gebender Banken über die möglichen drastischen Folgen bei Zahlungsunfähigkeit.²²⁶ Der *Federal Truth in Lending Act 2000* – ein Baustein des *Consumer Credit Protection Act* – schreibt vor, dass Banken ihre Kreditkunden ausdrücklich darüber in Kenntnis setzen müssen, wie hoch der jährliche Zinssatz liegt und dass sie im Falle eines Ratenrückstandes etwa ihr Haus verlieren könnten. Ausdrückliches Ziel des Gesetzes ist es, Verbraucher vor *unfairen* Kreditverträgen zu schützen. Sicherlich eine vernünftige Maßnahme, aber keine, die sich mittels der Theorie des asymmetrischen Paternalismus rechtfertigen ließe. Diese Theorie beruht auf Effizienzerwägungen, wie sie die oben genannte Formel vorgibt, und kann deshalb Fairnessargumente allenfalls in Effizienzargumente konvertiert berücksichtigen. Die Vertreter der Theorie haben eine solche Übersetzung versucht. Ihr Argument lautet wie folgt: Viele Kreditkunden sind sich der katastrophalen Folgen nicht bewusst, die eine Nichtrückzahlung des Kredits haben könnte. Sie schätzen aufgrund kognitiver Beschränktheit und überzogenen Optimismus' weder die Risiken noch die jährlichen Belastungen richtig ein. Die Folgekosten für sie können immens sein. Für die Bank sind die Kosten der Implementierung eines adäquaten Warnsystems dagegen äußerst gering. Ergo sind die Aufklärungspflichten effizient und damit auch legitim.

Dieses Argument ist wenig überzeugend, weil es auf zwei verschiedene Zeitpunkte für den entscheidenden Nutzenvergleich abstellt. Bezeichnen wir den Zeitpunkt der Vertragsanbahnung als t_1 . Der Zeitpunkt des Vertragsschlusses dagegen sei mit t_2 bezeichnet. Die Phase der Durchführung schließlich sei t_3 .

224 Relevanz könnte der Verkäuferstrategie aus dem Blickwinkel des hier untersuchten Kosten-Nutzen-Argumentes nur zukommen, wenn sich belegen ließe, dass aus bestimmte Verkaufsstrategien zurückzuführende Kaufentscheidungen regelmäßig schnell bereut werden und die vom Verkäufer hervorgerufenen Präferenzen herausragend instabil sind. Daraus könnte sich eine ineffiziente Güterverteilung ergeben, die gesamtgesellschaftlich so hohe Kosten erzeugen, dass die Verluste des Verkäufers bei Einräumung eines Rücktrittsrechts aufgewogen werden. Dies mag in bestimmten Fallgruppen so sein. Bislang ist die Forschung aber eine genaue Typisierung in dieser Richtung noch schuldig geblieben.

225 Der moralische Vorwurf kommt bisweilen deutlich zum Ausdruck. *Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted/ Rabin, Matthew*: aaO (Fn. 209), S. 1242 bemerken zum obigen Fall etwa: „These regulations likely impose costs on sellers, but the greatest costs focus on those sellers who benefit from consumers making hasty, ill-conceived decisions in the heat of the moment”.

226 *Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted/ Rabin, Matthew*: aaO (Fn. 209), S. 1232 ff.

Die Implementierungskosten der Bank fallen in t_1 an. Im Zeitpunkt t_2 müssen die Bank und der Kreditkunde die Erwartungsnutzen des Geschäftes für sich kalkulieren. Ist er nicht für beide positiv, so wird kein Vertrag zustande kommen. Die katastrophalen Folgen, wenn der Kreditnehmer feststellt, dass er entgegen seiner Erwartung den Kredit nicht abzahlen kann, treten im Zeitraum t_3 ein. In t_3 entstehen aber auch Gewinne für die Bank. Diese tauchen in der Rechnung der Autoren nicht auf. Sie sind aber von großer Bedeutung. Ihr Entfallen und nicht die Einführung der Warnhinweise stellt die entscheidenden Kosten der Maßnahme für die Bank dar. Wenn in t_1 Aufklärungspflichten geschaffen werden, werden weniger Menschen einen Kreditvertrag schließen – schließlich ist dies Ziel der Maßnahme. Ihr Anlass sind die Kosten für Kreditnehmer in t_3 . Warum aber sind die Kosten, die dem Kreditnehmer (möglicherweise) in t_3 erwachsen, relevant, die für die Bank gleichzeitig in Form entfallender Gewinne durch weniger neu geschlossene Kreditverträge aber nicht? Aus juristischer Perspektive sollte t_2 der relevante Zeitpunkt sein, da hier die Parteien den Vertrag geschlossen haben. Ein Blick über t_2 hinaus ist rechtfertigungsbedürftig, da sich der Vertragspartner normalerweise nicht darum scheren muss, ob die andere Seite tatsächlich Nutzen aus dem Geschäft zieht. Eine solche Legitimation soll die von den Autoren vorgeschlagene Kosten-Nutzen-Bilanz begründen. Vergleiche man aber die gesamtwirtschaftlichen Kosten in t_1 , würde nichts für eine Schutzmaßnahme zugunsten der Kreditnehmer sprechen. Die Vertreter des asymmetrischen Paternalismus stellen aber eine langfristige Nutzen-Nutzen-Rechnung an. Dies ermöglicht es ihnen, den Nutzenverlust, den sehr viele Kreditnehmer im Zeitraum t_3 erleiden werden, einzubeziehen. Sie ignorieren allerdings, dass mit jedem individuellen Nutzenverlust auf Seiten der Kreditnehmer ein Vorteil des Kreditinstituts korrespondiert. Wenn nun im Zeitpunkt des Vertragsschlusses beide Parteien von einem beiderseitig vorteilhaften Geschäft ausgingen, warum soll es dem Kreditnehmer erlaubt sein, sich auf die Folgen in t_3 zu berufen, der Bank aber nicht. Es ist keineswegs klar, dass die Maßnahme effizient im Sinne der Formel ist, wenn man einen konsequenten Kosten-Nutzen-Vergleich anstellt. Der Bank werden einige Geschäfte entgehen, einige Kreditnehmer werden vor einem wirtschaftlichen Desaster gerettet. Andere Kreditnehmer werden von den Krediten profitieren, hätten sie vielleicht gar nicht erhalten, wenn es sich für die Bank nicht mehr lohnte, Hochrisikokredite zu vermeintlich unfairen Konditionen zu geben.

Es mag wohl sein, dass die Anwendung der Formel im Ergebnis schließlich doch für die beiden genannten Maßnahmen spricht. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil die Regulierungen unter Umständen auch der Bank resp. dem Haustürhändler nutzen, indem sie erst die erforderliche Vertrauensbasis für einen lukrativen Markt für bestimmte Tätigkeiten schaffen. In einer Rechtsordnung ohne Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften läge die Hemmschwelle gegenüber solchen Geschäften möglicherweise so hoch, dass nur sehr wenige Menschen sich darauf einlassen würden. Unter Umständen weniger, als die Zahl derjenigen, die ihren Kauf bei Bestehen eines solchen Rechts überhaupt nicht rückgängig zu machen wünschen. Die durch das Widerrufsrecht gewonnene Vertrauensstärkung könnte also gesamtgesellschaftlich effizient sein.²²⁷

227 Diesen Punkt verdanke ich *Martin Schonger*.

Ähnliches gilt (wenn auch weniger stark) für die Kreditvergabe. Nur sind die Befürworter regulierender Eingriffe hierfür beweispflichtig.

Der Stil, in dem die Vertreter eines asymmetrischen Paternalismus ihr Argument vortragen, transformiert es mithin oftmals von einem an Effizienz orientiertes Kosten-Nutzen-Argument in ein auf Fairness beruhendes Verteilungsargument. In manchen Fällen, in denen sie Regulierung befürworten, liegt nämlich die entscheidende Asymmetrie nicht in der gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Bilanz, sondern in der Machtverteilung zwischen den Parteien. An dieser Sichtweise ist nichts auszusetzen. Man sollte sich allerdings bewusst machen, dass auch ein Rational-Choice-Vertreter sein Modell um externe Fairness-Kriterien ergänzen und somit zu ähnlichen Empfehlungen gelangen könnte. Der Beitrag von Behavioral Law and Economics beschränkte sich dann auf die Identifizierung zusätzlicher, kognitiv bedingter Asymmetrien. Insofern, das ist zuzugeben, führt der Alternativansatz denn auch potentiell zu mehr paternalistischen Eingriffen.

bb) Utilitarismus und systematische Kontingenz

Jeder Versuch, paternalistisches Eingreifen mittels utilitaristisch geprägter gesamtwirtschaftlicher Kosten-Nutzen-Abwägungen zu begründen, wird überdies auf eine weitere Schwierigkeit stoßen. Es soll nicht grundsätzlich angezweifelt werden, dass sich einige Fälle von Regulierung derart rechtfertigen lassen. Nicht wenige Fälle, welche die Vertreter des Kosten-Nutzen-Argumentes im Sinn haben, fallen aber nicht darunter. Schon im eingangs erwähnten Referenz-Beispiel der Anschnallpflicht etwa ließe sich argumentieren, es komme nicht vorrangig auf die Präferenzen des Individuums an, sondern auf die Externalitäten, die sein von begrenzter Rationalität beeinflusstes Verhalten für die Gesellschaft insgesamt generiere. Der Freiheitsverlust des Individuums werde durch die Kosten, die seine Verhaltensweise anderenfalls für die Sozialsysteme und damit die gesamte Gesellschaft generiere, deutlich aufgewogen. Dies wäre ein Kosten-Nutzen-Argument. Es ist allerdings kein genuin paternalistisches Argument. Was wäre, wenn die Kosten für die Sozialsysteme durch die Gesundheitsausgaben niedriger lägen als die Ersparnis für die Rentenversicherung durch Todesfälle im Zusammenhang mit Autounfällen? Sind die Vertreter des Kosten-Nutzen-Arguments bereit zu folgern, dass dies gegen die Anschnallpflicht spräche? Die Legitimität paternalistischen Eingreifens wäre dann systemabhängig. Wo Krankenversicherungsschutz sich durch höhere gesamtwirtschaftliche Kosten auszeichnet als die Rentenversicherung, wäre Paternalismus dieser Provenienz schwieriger zu rechtfertigen. Ein weiteres Beispiel sind Warnhinweise auf Zigarettenschachteln.²²⁸ Ließe sich zeigen – wie teilweise behauptet wird – dass die gesellschaftlichen Kosten von Raucherkrankheiten durch den früheren Tod von Rauchern wieder ausgeglichen würden, wäre das Kosten-Nutzen-Argument am Ende.

Der Grund, warum uns diese grundlegende Kontingenz der Rechtfertigung paternalistischer Eingriffe merkwürdig erscheint, liegt darin, dass im Herzen der paternalistischen Idee nicht

228 Dazu etwa Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted /Rabin, Matthew: aaO (Fn. 221), S. 1222.

Überlegungen in Bezug auf die Kostenverteilung im *Kollektiv*, sondern die Legitimität von Freiheitseinschränkungen für das *Individuum* stehen. Die historische Entwicklung der Idee bestätigt dies.²²⁹

Dessen ungeachtet könnte auch Rational Choice diese Spielart des Kosten-Nutzen-Argumentes hervorbringen. Der Unterschied läge höchstens in der Formulierung. Nicht von begrenzter Rationalität wäre dann die Rede, sondern von der Bekämpfung von Externalitäten.

Schließlich spricht noch eine weitere Erwägung gegen das Argument in der Form, wie es gemeinhin vorgetragen wird. Selbst wenn es der Kerngedanke des Paternalismus wäre zu verhindern, dass beschränkt rationales Handeln gesellschaftliche Folgekosten generiert, die auch die rational Handelnden zu tragen hätten, stellten die Befunde der verhaltenswissenschaftlichen Ökonomie per se keine Argumente für paternalistisches Eingreifen dar. Der gleiche Effekt ließe sich oft auch anders erreichen. Warum sollten etwa unangeschnallte Unfallverletzte nicht gezwungen werden, die Kosten der Behandlung selbst zu tragen? Kosten-Nutzen-Bilanzen oder Effizienz allein können dies nicht rechtfertigen.

cc) *Das Kosten-Nutzen-Argument im Umkehrschluss*

Es lässt sich eine alternative Lesart des Kosten-Nutzen-Argumentes ersinnen, die mehr Überzeugungskraft hat. Man kann den Ansatz so umdeuten, dass es eine Obergrenze paternalistischen Staatshandelns stipuliert.

Eine von RACHLINSKI entwickelte Spielart²³⁰ eignet sich dafür ganz besonders. RACHLINSKI stellt fest, dass es Individuen vielfach möglich ist, autonom Techniken zu entwickeln, welche geeignet sind, die unerwünschten Folgen begrenzter Rationalität abzumildern. Er schließt daraus, dass Paternalismus gerechtfertigt sei, wo (1) die Vorteile die Kosten der Regulierung überwiegen und (2) individuelles Lernen kostspieliger ist als eine kollektive Maßnahme. Wir haben gesehen, dass dies häufig nicht ausreichen wird. Beide Kriterien vermögen in den meisten Fällen nicht zu erklären, warum der Staat den „Opfern“ begrenzter Rationalität überhaupt beispringen soll. Der zweite Teil der Argumentation enthält aber eine wichtige Feststellung. Tatsächlich wird die Möglichkeit einer individuellen Adaption häufig übersehen. Das Kriterium ließe sich aber auch als notwendige aber nicht hinreichende Bedingung für die Rechtfertigung paternalistischer Eingriffe verstehen. Will man – entgegen der Natur der paternalistischen Idee – Effizienz zu einem Schlüsselkriterium erheben, so erscheint es plausibel, Eingriffe auf jene Fälle zu begrenzen, wo paternalistische Intervention kostengünstiger ist als private Adaption. Effizienz und individuelle Freiheitssicherung würden dadurch wieder angenähert – nur dort, wo Interessen des Kollektivs dafür sprechen, ist eine Freiheitseinschränkung überhaupt zulässig. Auch sind solche Konstellationen durchaus denkbar. In vielen Fällen nämlich wird Adaption überhaupt nicht möglich sein,

229 Vgl. Camerer, Colin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted /Rabin, Matthew: aaO (Fn.221), S. 1213 mwN.

230 Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: The Uncertain Psychological Case for Paternalism , in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1219 ff.

da die Individuen keine Wiederholungsmöglichkeit haben. In anderen Fällen dürften die Kosten hierfür immens sein.

Nach hier vertretener Ansicht ist eine derartige Einschränkung gleichwohl nicht sachgerecht. Es bleibt unklar, ob entscheidend die theoretische Möglichkeit privater Anpassung oder deren einigermaßen wahrscheinliche Realisierung sein soll. Gerade diejenigen, die schon historisch immer zentrales Schutzobjekt paternalistischen Handelns waren, würden im ersteren Falle am ehesten durch die Maschen des paternalistischen Auffangnetzes gleiten – der Dumme, die Leichtgläubige, all jene, die am leichtesten gefährdet sind, theoretisch vorhandene Schutzstrategien zu übersehen und auch beim zweiten und dritten Versuch nicht dazulernen. Ein Paternalismus für den klugen Skeptiker wäre die ziemlich absurde Konsequenz.

Die praktische Umsetzung ist dagegen das Hauptproblem der zweiten Spielart des Argumentes. Die Realisierungswahrscheinlichkeit privater Abwehrstrategien variiert von Individuum zu Individuum. Auf dieser Grundlage allgemeingültige Politikrichtlinien zu formulieren, erscheint schwierig bis unleistbar.

c) *Selbstpaternalismus und Demokratie*

Ein drittes Argument scheint mir am überzeugendsten zu erklären, wie die Integration verhaltenswissenschaftlicher Komponenten in Law and Economics zu mehr gerechtfertigtem Paternalismus führen kann.

Ein Beispiel: Atlantic City ist ein bekanntes Spielerparadies im Staat New Jersey an der US-amerikanischen Ostküste. Für Spielsüchtige sind seine Kasinos Verlockung und Gefahr zugleich. Die *Casino Control Commission* des Staates New Jersey hat für solche Menschen inzwischen ein ungewöhnliches Angebot entworfen. Wer sich für spielsüchtig oder gefährdet hält, kann sich auf Lebenszeit und ohne Möglichkeit des Widerrufs in sämtlichen Kasinos selbst Hausverbot erteilen.²³¹

Behavioral Law and Economics kann eine solche selbstverfügte Einschränkung der Privatautonomie rechtfertigen. Während Rational Choice davon ausgeht, dass Menschen ohne derart draconische Maßnahmen Vorsorge treffen können, um nicht in die Suchtfalle zu tappen, weiß der Alternativansatz um die Gefahr einer Unterschätzung der Stärke bestimmter Suchtverhalten sowie andere kognitive Fallstricke (z.B. hyperbolische Abzinsungen, Präferenzwandel oder auch übersteigerten Optimismus), die solche Selbstschutzstrategien oft scheitern lassen können.²³² Natürlich fällt es bislang schwer zu begründen, warum eine vergangene Präferenz (nicht zu spielen) gewichtiger sein soll als die gegenwärtige (doch wieder die Karten in die Hand zu nehmen). Indes scheint es in Ermangelung eines objektiven Kriteriums sinnvoll, dem Individuum

231 Siehe <http://www.state.nj.us/casinos/>.

232 Siehe generell *Pesendorfer, Wolfgang/ Gul, Faruk: Self-Control, Revealed Preferences and Consumption Choice*, in: REV.ECON.DYN. 7 (2004), S. 243.

selbst die Entscheidung in die Hand zu geben und seinen Spielraum um die Möglichkeit zu erweitern, sich selbst zu paternalisieren und rechtlich zu binden.²³³

Man kann nun die Frage stellen, wie weit sich diese Logik auf ein gesamtes Staatswesen übertragen lässt, ob – in anderen Worten – ein „kollektiver Selbstpaternalismus“²³⁴ gerechtfertigt ist. EIDENMÜLLER etwa argumentiert, ein landesweites Verbot von Zigaretten- oder Alkoholwerbung sei unter diesem Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Es gehe bei einer solchen Regulierung nicht darum, der rauchenden oder trinkenden Minderheit den Willen der Mehrheit aufzuzwingen. Vielmehr wisse auch die Mehrheit um ihre Gefährdung, Tabak und Alkohol zu erliegen, und entscheide daher, sich selbst zu schützen. Es schränke den demokratischen Spielraum einer Gesellschaft zu stark ein, solche „selbstpaternalistischen“ Maßnahmen zu untersagen.²³⁵ Das Argument hat einen richtigen Kern. Und Behavioral Law and Economics liefert ihm zusätzliche Munition, indem es den bisher denkbaren Hinweis auf mildere Mittel ein Stück weit entkräftet. Sind private Vorbeugestrategien wegen kognitiver Unzulänglichkeit erfolglos, bleibt nur noch die selbstgewählte Freiheitseinschränkung.

Es mag Maßnahmen geben, die sich so begründen lassen. Wie weit das Demokratie-Argument aber trägt, ist unsicher. Einige Maßnahmen mögen allgemein wünschenswert erscheinen. In vielen dieser Fälle, mag dann schon (ähnlich wie beim Haustürwiderruf) das Kosten-Nutzen-Argument erfolgreich sein. Andere dagegen werden auf den Widerstand der betroffenen Minderheit stoßen. SUNSTEIN, EIDENMÜLLER und andere Vertreter des Argumentes wollen der demokratischen Majorität sicherlich nicht einen unumschränkten Spielraum gewähren. Wo aber verläuft die Grenze? Das ist meines Erachtens mehr eine Frage des jeweiligen Staats- und Gesellschaftsverständnisses als der verhaltenswissenschaftlichen bzw. ökonomischen Forschung.²³⁶ Vertreter eines republikanischen Staatskonzepts werden der Mehrheit vermutlich größere Freiheit einräumen als Verfechter eines liberalen Ideals.

2.) Schlussfolgerung

Ohne zusätzliche Annahmen erscheint es (jedenfalls momentan noch) schwierig aus dem System von Behavioral Law and Economics weitgehende paternalistische Forderungen eindeutig zu begründen. Die Schlussfolgerungen, die wir ziehen konnten, waren vielmehr häufig kontingent und machten systemunabhängige Wertungen notwendig. Der verhaltenswissenschaftlich informierte Ansatz birgt ein potentes Einfallstor für neue Regulierung. Wie weit dieses jedoch geöffnet wird, hängt von vielen anderen Fragen ab.

233 Vgl. Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1123.

234 Hierzu Eidenmüller, Horst: Effizienz als Rechtsprinzip (1995), S. 375 ff mwN.

235 Eidenmüller, Horst: aaO, S. 378; ähnlich Sunstein, Cass: Legal Interference with Private Preferences, in: U.CHIL.REV. 53 (1986), S. 1142.

236 Fraglich ist aus ökonomischer Sicht aber jedenfalls, ob nicht private Selbstorganisation Ähnliches leisten kann wie eine staatliche Regulierung, die per se mehr Individuen betrifft. Führt die Möglichkeit von Nachverhandlungen zum Zusammenbruch des Selbstausschlussystems, wenn private Akteure mit Profitinteressen dieses verwalten, oder verhindern Reputationseffekte einen solchen Kollaps?

Wie ist es dann zu erklären, dass so viele Autoren, die sich bemüht haben, neuere verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse in die Rechtswissenschaft zu integrieren, den entgegengesetzten Schluss gezogen haben? Warum sind sie so bemüht, paternalistische Argumente auf dieser Grundlage zu entwickeln?

Ein Anhänger der amerikanischen Critical-Legal-Studies-Bewegung würde wohl nach einer nüchternen Sezession der Argumente die folgende, durchaus nicht ganz unplausible Antwort geben: Vielen Juristen sind im Laufe der Zeit die Härten und intuitiv erfassbaren Ungerechtigkeiten einer allein auf Rational Choice beruhenden Rechtspraxis nicht entgangen. Dies hat das Bedürfnis wachsen lassen, der ökonomischen Analyse ihre bisweilen unmenschlichen Ecken und Kanten zu nehmen. Die verhaltenswissenschaftliche Komponente hat genau diese Funktion: Ohne die ideologische Grundüberzeugung, dass jeder am besten bestimmen könne, was für ihn richtig sei, völlig aufzugeben, mildert sie deren Konsequenzen dort ab, wo sie am einschneidendsten sind. Polemisch: Ökonomischer Mitleidslosigkeit wird ein kompensierendes und verhaltenswissenschaftlich fundiertes „*Errare humanum est*“ entgegen gehalten.

Der kritische Ideologiechirurg läge damit wahrscheinlich nicht völlig falsch. Wichtiger erscheint aber ein technischer Punkt. Law and Economics in der Rational-Choice-Ausprägung ist kein rein positiver Ansatz. Mit dem Effizienzkriterium besitzt es eine evaluative Metrik und mit der Wohlfahrtsökonomie eine normative Grundlage. Beide Elemente markieren die Arena, in welcher der Diskurs über die richtige politische Handlungsempfehlung ablaufen kann. Das Autonomie- und das Kosten-Nutzen-Argument erscheinen aus diesem Blickwinkel als zwei Seiten einer Medaille. Es ist häufig angemerkt worden, dass diese stringente Abgeschlossenheit des Ansatzes eine seiner Stärken sei.

Behavioral Law and Economics stellt eine Durchbrechung jener Abgeschlossenheit dar. Die kognitive Psychologie ist wie festgestellt eine positive Wissenschaft, die wertfrei menschliches Entscheidungsverhalten nachzeichnet. Ihre Berücksichtigung muss daher zu einer deutlich anderen Herangehensweise führen. Das Ausmaß des Perspektivwechsels scheint vielen indes noch nicht bewusst zu sein. Sie argumentieren im *modus operandi* von Rational-Choice-Vertretern und versuchen normative Schlussfolgerungen aus den Modellannahmen zu ziehen, wo dies nach dem gegenwärtigen Stand von Behavioral Economics ohne zusätzliche Annahmen unmöglich ist. Die Integration verhaltenswissenschaftlicher Befunde hat dem Alternativkonzept *ein Stück weit* den normativen Boden unter den Füßen weggezogen und aus einem geschlossenen System ein offenes gemacht. Das Autonomieargument und das Kosten-Nutzen-Argument in ihrer gegenwärtigen Ausprägung sind typische Rational-Choice-Argumente.²³⁷ Sie werden zweifelhaft, wo die Verhaltenswissenschaften ins Spiel kommen. Was ist Autonomie, wenn sich Präferenzen mit wandelndem Kontext ändern und aufgrund mangelnder Selbstbeherrschung im Zeitablauf sogar konfliktieren können? Was ist eine effiziente Verteilung, wenn etwa Zahlungsbereitschaft und minimaler Verkaufspreis derselben Person auseinander klaffen können? Diese Fragen lassen sich

237 Es soll hier keineswegs in Abrede gestellt werden, dass diese Argumente in bestimmten Situationen bedeutsam sein können. Sie müssen allerdings bisweilen modifiziert werden und können nicht in allen Situationen eine klare präskriptive Antwort liefern.

beantworten. Gegenwärtig allerdings häufig nur, wenn man bereit ist, modellexterne Wertungen in die Analyse einzubeziehen.

Die Aufnahme verhaltenswissenschaftlicher Befunde in das ökonomische Modell hat also für Juristen zur Folge, dass sie vielfach mit neuen Wertungsfragen konfrontiert sind. Behavioral Law and Economics fehlt derzeit noch eine unabhängige evaluative Metrik, anhand derer ein Effekt klassifiziert werden kann.²³⁸ Die Entwicklung einer empirischen Theorie des Glücks, wie sie die Happiness-Forschung betreibt, mag diesbezüglich einige Fortschritte erbringen. Wo Effekte jedoch ambivalenter Natur sind, also in der Zukunft für einige Individuen positive und für andere negative Folgen generieren werden, dürften sich selbst damit nicht alle Fragen erledigen.

Es empfiehlt sich daher, Behavioral Law and Economics gegenwärtig als ein sich entwickelndes und weitgehend instrumentelles Konzept zu begreifen. Es offeriert eine Steuerungs- aber (noch) keine Rechtfertigungstheorie. Ist aber die normative Marschrichtung klar, wird der verhaltenswissenschaftliche Ansatz vielfach gegenüber Rational Choice die genaueren Voraussagen und die erfolgreicherer Konzepte liefern könne.²³⁹ Gleichwohl kann Behavioral Law and Economics als Instrument in verschiedenen Händen verschiedene Empfehlungen zeitigen. Kritiker, die dem Ansatz vorgeworfen haben, er sei antitheoretisch und führe zu widersprüchlichen Politikempfehlungen²⁴⁰, verkennen meist gerade diesen instrumentellen Charakter, der einen bedeutsamen Unterschied zu Standard-Law-and-Economics markiert. Während letztere Theorie sich auf die Wertungen der Wohlfahrtsökonomik zurückziehen kann, ist dies dem Alternativansatz nicht immer möglich. Indes: Es wäre merkwürdig, wollte man ausgerechnet einem juristischen Ansatz vorwerfen, dass er Wertungsfragen aufwirft. Wertungen sind und bleiben ein Kerngeschäft des Juristen.²⁴¹

238 *Issacharoff, Samuel*: The Difficult Path from Observation to Prescription, in: N.Y.U.L.REV. 77 (2002), S. 41 f.

239 Dies wird häufiger der Fall sein, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Dass gewiefte Haustürvertreter nicht ungeschickte Konsumenten überlisten sollen oder die Bekämpfung der Nikotinsucht ein legitimes Ziel ist, dürfte beispielsweise weithin anerkannt sein.

240 *Hillman, Robert*: The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 717.

241 Es ist wichtig zu erkennen, dass auch Law and Economics nach Ansicht mancher seiner Vertreter nicht vollkommen ohne externe Wertungen auskommt. Einige besonders prominente Juristen haben sich indes daran versucht, Law and Economics als „freistehenden“ Ansatz zu konzipieren, indem sie unter dem Label „Pragmatismus“ Rational Choice zu einer Art unabhängigen Moralphilosophie erhoben haben. Vgl. *Posner, Richard*: What Has Pragmatism to Offer Law? in: S.CAL.L.REV. 63 (1990), S. 1653; *ders.*: The Problematics of Moral and Legal Theory (1999); eine Kritik dieses Versuches findet sich in *Murphy, Jeffrie/ Coleman, Jules*: Philosophy of Law (1990), S. 213 ff mwN.

V) Kritik und Ausblick

Es ist unbestreitbar, dass Behavioral Law and Economics noch einen langen Weg vor sich hat. Bereits jetzt haben sich Skeptiker und Kritiker formiert, entschlossen, den Alternativansatz im Feuer oftmals wohlbegründeter Kritik zu prüfen.²⁴² Es ist durchaus wahrscheinlich, dass Behavioral Law and Economics aus dieser Auseinandersetzung nicht so hervorgehen wird, wie es sich heute präsentiert. Dies ist auch nicht entscheidend. Entscheidend wird sein, ob das Fundament aus Verhaltenswissenschaften und Ökonomie sich als tragfähig bewährt. Die Forschungsergebnisse, die wir vorgestellt haben, geben hinreichend Anlass zu der Hoffnung, dass seine Substanz nicht einfach wegschmelzen dürfte. Grund genug, auf jeden Fall, um die begonnene Forschungsarbeit voran zu treiben.

Bereits oben haben wir einige gängige Einwände gegen Behavioral Law and Economics diskutiert. Die Kritiker haben ihr Pulver damit freilich noch lange nicht verschossen. Einige ihrer Angriffe gehen erkennbar am Ziel vorbei. Andere dagegen treffen durchaus wunde Stellen. Ins Visier der Skeptiker sind alle Ebenen des neuen Ansatzes geraten – die ökonomische, die verhaltenswissenschaftliche ebenso wie die juristisch-normative.

– *Laborbefunde*: Vielfach sind die unproblematische Übertragbarkeit der experimentellen Beobachtungen in die Realität oder ihre Stabilität unter wechselhaften Rahmenbedingungen angezweifelt worden.²⁴³ Einige dieser Einwände haben wir oben im Kontext mit bestimmten Experimenten näher beleuchtet. Sie zielen häufig darauf ab, dass das in Rede stehende Phänomen bei höheren Einsätzen²⁴⁴ oder unter Marktbedingungen und der Einbindung in Institutionen²⁴⁵ entweder verschwindet oder jedenfalls auf mittlere Sicht zu vernachlässigen sei.

– *Darwinismus*: Eng damit zusammen hängt ein unter anderem auf MILTON FRIEDMAN²⁴⁶ zurückgehendes Argument, welches die Plausibilität der Rationalitätsvermutung darwinistisch zu unterstreichen sucht. Ursprünglich traf es eine recht radikale Aussage: Akteure, die nicht im Sinne des Rationalmodells maximieren, werden im Markt nicht überleben. Daher macht es wenig Sinn, ihr Verhalten im Modell zu integrieren.²⁴⁷ Vertreter der verhaltenswissenschaftlich informierten Ökonomie haben überzeugend argumentiert, dass sich diese Behauptung nicht aufrechterhalten lasse. Zum einen steht ihr die Empirie entgegen – Auch schlecht geführte Fir-

242 Vgl. die Diskussion bei *Kelman, Mark*: Law and Behavioral Science: Conceptual Overviews, in: NW.U.L.REV. 97 (2003), S. 1363 ff sowie *ders.*: Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A response to Jolls, Sunstein, and Thaler, 50 STAN.L.REV. (1998), S. 1477, der selbst eine vorsichtig befürwortende Haltung einnimmt; s. jedoch auch *Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest*: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 739 für einen enthusiastischen Blickwinkel und *Posner, Richard*: Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1551 für eine ausgesprochen kritische Sichtweise.

243 Etwa *Arlen, Jennifer*: The Future of Behavioral Analysis of Law, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1765.

244 Vgl. aber *Slonim, Robert/ Roth, Alvin*: Learning in High Stake Ultimatum Games: An Experiment in the Slovak Republic, in: ECONOMETRICA 66 (1998), S. 569.

245 *Plott, Charles*: Rational Choice in Experimental Markets, in: J.BUS. 59 (1986), S. 301.

246 *Friedman, Milton*: The Methodology of Positive Economics in: Milton Friedman (Hrsg.), Essays in Positive Economics (1953), S. 21 ff.

247 Vgl. *Rubin, Edward*: Putting Rational Actors in their Place: Economics and Phenomenology, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1715.

men können sich oft lange am Markt halten. Fehlentscheidungen des Managements haben selten den kurzfristigen Bankrott zufolge. Es erscheint daher vernünftig anzunehmen, dass der Markt immer solche, suboptimal im Sinne des Rationalmodells agierenden Firmen enthalten wird.²⁴⁸ Zum anderen scheint das Argument in dieser Radikalität nicht auf Individuen zuzutreffen. Selbst wenn diese suboptimale Entscheidungen treffen, führt das nicht zu ihrer Liquidation durch den Konkursverwalter. Vielmehr leben und konsumieren sie weiter – nur auf einem niedrigeren Niveau.²⁴⁹

– *Evolution und Lernen*: Das Evolutionsargument präsentiert sich daher heute eher in zwei anderen Spielarten. Die eine weist darauf hin, dass sämtliche der beobachteten Anomalien sich als Rückstände evolutionär adaptiver Strategien erklären lassen.²⁵⁰ Die zweite unterstreicht die menschliche Fähigkeit zu lernen; selbst wenn Menschen eine Tendenz zu irrationalem Verhalten hätten, würde der Markt sie durch Anreize dazu bringen zu lernen, sich rational zu verhalten. Beide Argumente sollte Behavioral Law and Economics ernst nehmen – allerdings nicht in einer devot-zurückweichenden Manier, sondern mit konstruktiver Skepsis.

Es ist bereits oben im Kontext mit der Paternalismusfrage bemerkt worden, dass die Möglichkeit des Lernens eine große Rolle sowohl für Effizienzbetrachtungen als auch für eine wertende Analyse spielen kann. Gleichwohl ist ebenso deutlich geworden, dass Lernen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen stattfinden kann, die in der Realität häufig nicht vorliegen. Die Erforschung dieser Umstände und der kognitiven Bedingungen des Lernens ist somit zweifelsohne von großer Bedeutung für die Weiterentwicklung des Ansatzes. Es wäre jedoch unrealistisch anzunehmen, dass sämtliche Anomalien durch Lerneffekte de facto eingeebnet werden.

Es ist mit Recht gesagt worden, dass die Biologie gleichfalls keine Gefahr für den neuen Ansatz darstelle. Die Tatsache, dass einige (oder viele) der Phänomene sich als Resultat evolutionärer Triebkräfte erklären lassen, stellt keine seiner Aussagen in Frage, sondern ist mit ihm vollkommen konsistent. Manche haben die Haltung von Behavioral Law and Economics gegenüber dem evolutionären Interpretationsversuch als „agnostisch“ bezeichnet.²⁵¹ Zwar ist es logisch möglich, eine solche agnostische Haltung einzunehmen – im eigenen Interesse ist es aber wenig empfehlenswert. Einer der häufigsten Vorwürfe an Behavioral Law and Economics kritisiert die mangelnde Kohäsion der vielen einzelnen Beobachtungen und Ad-hoc-Thesen.²⁵² Dem kann man Verschiedenes entgegenhalten – beispielweise, dass wissenschaftliche Disziplin auf guter wissenschaftlicher Praxis und nicht auf der Akzeptanz eines bestimmten Modells ruht.²⁵³ Oder den Hinweis, dass Behavioral Law and Economics ein pragmatischer Ansatz mit enger Verwandt-

248 Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science, in: CAL.L.REV. 88 (2000), S. 1070.

249 Conlisk, John: Why Bounded Rationality?, in: J.ECON.LITERATURE 24 (1996), S. 684.

250 Barkow, Jerome/ Cosmides, Leda/ Tooby, John: The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture (1992); Posner, Richard: Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1565.

251 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: Theories and Tropes: A Reply to Posner, Richard: and Kelman, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1600.

252 Posner, Richard: Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, in: STAN.L.REV. 50 (1998), S. 1552.

253 Conlisk, John: Why Bounded Rationality?, in: J.ECON.PERSP. 24 (1996), S. 685.

schaft zum *Legal Pragmatism Movement*²⁵⁴ oder zu anderen kritischen Theorien wie der *Critical-Legal-Studies-Bewegung* sei²⁵⁵ und daher definitionsgemäß ohne eine übergreifende Theorie auskomme. Man kann den Vorwurf aber auch direkt angehen und versuchen, eine entsprechende Kohäsion herzustellen. Die Evolutionstheorie bietet sich hierfür an. Möglicherweise ist der rote Faden zwischen verschiedenen Effekten aus ihrem Garn gesponnen. Bereits früher ist festgestellt worden, dass sich oft zahlreiche Anomalien auf einen einzigen Mechanismus im menschlichen Gehirn zurückführen ließen.²⁵⁶ Möglicherweise lässt sich eine noch gründlichere (und sinnvollere) Generalisierung erreichen, wenn die Forschung zu Tage gefördert hat, warum sich gerade dieser Mechanismus über die Zeit als adaptiv erwiesen hat. Mit etwas Optimismus könnte man vermuten, dass die Analyse aus diesem Blickwinkel sogar in manchen Fällen die normative Kategorisierung des jeweiligen Phänomens zu erleichtern vermag.

– *Institutionen*: Wir haben recht ausführlich das Problem erörtert, dass viele der dargestellten Anomalien sich einer klaren normativen Einordnung entziehen. Dies ist jedoch nur die erste Hürde. Ist sie einmal überwunden, stellt sich eine weitere, praktische Frage: Wie soll die institutionelle Antwort aussehen? Selbst nachdem ein Effekt als bekämpfungswert eingestuft wurde, bleibt zunächst einmal offen, wer den Kampf aufnehmen soll – eine Verwaltungsbehörde, der Gesetzgeber, die Gerichte, möglicherweise private Institutionen? Dies ist keineswegs eine rein politische Frage. Sie verweist vielmehr in die Sphäre der Verhaltenswissenschaften zurück. Die im Vorangegangenen dargestellten Effekte zeichnen sich dadurch aus, dass sie das Entscheidungsverhalten aller oder jedenfalls der Mehrzahl aller Menschen, beeinflussen. Dies legt nahe, dass auch die Schöpfer und Mitarbeiter von Institutionen dafür anfällig sein werden. Führt also die Schaffung von Institutionen zum Schutz quasi-rationaler Individuen letztlich nur zu einer Replizierung kognitiver Fehler – mit der Folge, dass schließlich selbst diejenigen, die sich ohne institutionelle Bevormundung rational verhalten würden, unter der kollektiven Irrationalität zu leiden haben?²⁵⁷

Vertreter des verhaltenswissenschaftlichen Ansatzes sehen diese Schwierigkeiten, haben aber bislang noch keine überzeugende Lösung vorgeschlagen. Besonders kompliziert wird die Lage durch einen Zielkonflikt, welchen die meisten Autoren allenfalls implizit erwähnen. Gemeint ist der Konflikt zwischen dem verhaltenswissenschaftlich motivierten Verlangen nach staatlichem Eingreifen zum Schutz einzelner Individuen oder des gesellschaftlichen Wohles und dem Bedürfnis nach demokratischer Rechtfertigung. Jede Schutzmaßnahme, die darauf gerichtet ist, die Effekte beschränkt rationalen Entscheidungsverhaltens abzumildern, zieht unvermeidlich Freiheitsverluste nach sich. Diese verlangen nach einer Rechtfertigung. Das deutsche Grundgesetz kennt in dieser Hinsicht den Gesetzesvorbehalt, welcher in Verbindung mit der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts zu der Forderung führt, dass alle in erheblichem Ausma-

254 *Korobkin, Russell/ Ulen, Thomas*: Law and Behavioral Science, 88 CAL.L.REV. (2000), S. 1057.

255 Eine der ersten Anwendungen verhaltenswissenschaftlicher Einsichten findet sich in dem von Critical Legal Studies stark beeinflussten Text von *Kelman, Mark*: Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem, in: S.CAL.L.REV. 52 (1979), S. 669.

256 *Rachlinski, Jeffrey*: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 750.

257 So etwa *Arlen, Jennifer*: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, in: VAND.L.REV. 51 (1998), S. 1788; *Posner, Richard*: aaO (Fn.238), S. 1575.

ße grundrechtsrelevanten Handlungen des Staates sich auf ein Parlamentsgesetz zurückführen lassen müssen. Ähnliche Erwägungen bestimmen die rechtliche Lage in den meisten liberalen Demokratien. Die Forderung nach einer besonders gründlichen demokratischer Rechtfertigung wird bisweilen der mit einer Maßnahme angepeilten Wirkung jedoch diametral entgegenlaufen. Ihre Erfüllung kann unter Umständen die Maßnahme selbst konterkarieren. Gerade dort, wo ein *Bias* besonders schwierig auszumerzen ist, wo infolgedessen die massivsten Eingriffe in die individuelle Freiheit nötig erscheinen werden, mag die Berücksichtigung verhaltenswissenschaftlicher Einsichten oftmals eine demokratische Ausgestaltung des Verfahrens erschweren. Man denke zum Beispiel an die Regulierung technischer Risiken. Sowohl die Unter- als auch die Überschätzung jener Risiken können beträchtliche individuelle wie gesamtgesellschaftliche Kosten verursachen. Aber ist der Gesetzgeber die richtige Stelle, um solchen Problemen effizient zu begegnen? Daran dürften Zweifel bestehen – und zwar gerade da, wo der Gesetzgeber besonders „nah am Volk“ ist. Ein solcher Gesetzgeber wird am ehesten durch die verzerrte Risikowahrnehmung der breiten Bevölkerung beeinflusst werden und seine Gesetze werden folglich in einem gewissen Maße die kognitive Beschränktheit des „Mannes auf der Straße“ widerspiegeln.²⁵⁸ Aber selbst einen wenig populistischer Abgeordneter oder einen völlig unabhängiger Richter macht die Funktionsträgerschaft nicht automatisch zu einem kognitiven Herkules²⁵⁹. Die einschlägige Literatur zeigt daher eine große Sympathie für dem öffentlichen Einfluss weitgehend entzogene Verwaltungsbehörden, in denen geschulte Experten die Entscheidungen unbeeinflusst von öffentlichem Einfluss treffen – oft mittels einer Kosten-Nutzen-Analyse.²⁶⁰ Zwar lassen neuere Studien fürchten, dass auch Experten anfällig für viele der beobachteten Effekte sind.²⁶¹ Allerdings besteht Hoffnung, dass sie – zumal wenn sie abgeschirmt arbeiten – eher in der Lage sind, Schutzmechanismen aufzubauen. Wahrscheinlich ist, dass Experten bestimmte Prozesse (wie etwa Kosten-Nutzen-Analysen) entwickeln können, deren Einhaltung ein rationales Ergebnis gewährleistet. Sie sind freilich keine Übermenschen, aber ihre berufliche Erfahrung gibt ihnen mehr Gelegenheit zu individuellem Lernen.²⁶²

Klassisch ist etwa der Vorschlag des Richters am US-amerikanischen Supreme Court STEPHEN BREYER, eine unabhängige Einrichtung damit zu betrauen, bestimmte Risiken miteinander zu vergleichen und sicherzustellen, dass öffentliche Mittel zu ihrer Regulierung effizient eingesetzt werden.²⁶³ Was auf den ersten Blick sehr vernünftig anmutet, birgt bei näherem Hinsehen große politische und demokratiethoretische Schwierigkeiten. Nahezu jede Lebenssphäre beinhaltet

258 Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: STAN.L.REV. (1998), S. 1543; Viscusi, Kip: Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk (1992), S. 149.

259 Guthrie, Chris/ Rachlinski, Jeffrey/ Wistrich, Andrew: Inside the Judicial Mind, in: CORNELL L.REV. 86 (2001), S. 777; Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: aaO (Fn. 245), S. 1544.

260 Rachlinski, Jeffrey: The „New“ Law and Psychology, in: CORNELL L.REV. 85 (2000), S. 745; Sunstein, Cass: Cognition and Cost-Benefit Analysis, in: J.LEGAL.STUD. 29 (2000), S. 1059.

261 Meadow/ Sunstein, Cass: Statistics, Not Experts, 51 Duke Law Journal (2001), S. 629; ferne Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment, in: PSYCHOL.REV. 90 (1983), S. 308.

262 Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: The Uncertain Psychological Case for Paternalism, in: NW.U.L.REV. 97 (2003) S. 1214.

263 Breyer, Stephen: Breaking the Vicious Circle: Toward Effektive Risk Regulation (1993), S. 21.

potentiell regulierbare Risiken. Sollen Risikoexperten uns grundsätzlich die Entscheidung über Risiken abnehmen oder nur in bestimmten Bereichen eingreifen? Und wie viel Macht soll einer solchen „Breyer-Behörde“ zugestanden werden? Könnte sie beispielsweise einen demokratisch beschlossenen Atomausstieg rückgängig machen, wenn sie die Auffassung vertritt, dass auf einer verzerrten Risikowahrnehmung beruht und damit ineffizient ist? Wenn nein, warum nicht? Schließlich handeln die Experten im Auftrag der gesellschaftlichen Wohlfahrt. Sollten wir aus der Erkenntnis, dass Menschen Risiken viel schlechter einschätzen als bislang angenommen, schließen, dass das Haushaltsrecht des Parlaments vielleicht doch keine so gute Idee war? Würde eine hochspezialisierte Expertokratie die beschränkten Mittel nicht besser verteilen?

Sicherlich – solche Fragen sind polemisch. Man kann ihnen aber nicht einfach entgegenhalten, sie überspitzten die Forderungen mancher Vertreter von Behavioral Law and Economics. Ist die Funktion der Expertenbehörden nicht natürlich in erster Linie beratend und informierend und daneben auf bestimmte Bereiche – beispielsweise Technologierisiken – beschränkt? Eine solche Interpretation der Empfehlungen lässt sie trivialer scheinen, als sie tatsächlich sind; sie reduziert sie auf den Gemeinplatz, dass man als Gesetzgeber in komplexen Gebieten den Rat eines Sachverständigen suchen sollte. Die Implikationen der Forschungsergebnisse gehen über solche Banalitäten aber wohl hinaus.

Die vorangegangenen Bemerkungen sind nicht als Fundamentalkritik an der Nützlichkeit des neuen Ansatzes für die Aufgabe des Institutionendesigns zu verstehen. Sie sind Hinweise auf Schwierigkeiten und Warnungen vor normativen Schnellschüssen. Die meisten Forscher sind sich der angesprochenen Schwierigkeiten bewusst. Gleichwohl glauben sie, dass die verhaltenswissenschaftlichen Forschungsergebnisse hilfreich bei der Beantwortung der Frage nach der wirksamsten Institution sein können, indem sie ihre spezifischen Stärken und Schwächen besser beleuchten als der Standardansatz dies könnte. Das Ergebnis kann auch durchaus freiheitssichernd sein. Verschiedene interessante Untersuchungen gewaltenteiliger Regulierung im Lichte der verhaltenswissenschaftlichen Beobachtungen²⁶⁴ vermögen dies zu belegen.

– *Behavioral Law and Economics in Deutschland und Europa*: Abschließend kommen wir nicht umhin, eine weitere Frage zu stellen. Hat Behavioral Law and Economics die Kraft, sich in Deutschland durchzusetzen bzw. als Ansatz überhaupt ernst genommen zu werden? Nach der bis heute schleppenden und noch von Skepsis geprägten Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts mag man daran durchaus zweifeln. Die meisten Juristen begegnen der Einbeziehung der Nachbardisziplinen mit deutlichem Argwohn.²⁶⁵ Der noch weitaus offenere Ansatz, den wir hier vorgestellt haben, kann nicht auf einen weniger skeptischen Empfang hoffen. Die Einbeziehung nicht nur der Ökonomie, sondern auch der kognitiven Psychologie und Soziologie stellt die Geduld methodologisch konservativer Rechtswissenschaftler auf eine harte Probe. Sie setzt einen weitgehenden Bewusstseinswandel voraus. Recht muss zumindest auch als Steuerungsinstrument

264 *Rachlinski, Jeffrey/Farina, Cynthia*: Cognitive Psychology and Optimal Government Design, in: CORNELL L.REV. 87 (2002), S. 549; s. zum Ganzen auch *Seidenfeld, Mark*: The Psychology of Accountability and Political Review of Agency Rules, in: DUKE L.J. 51 (2001), 1059.

265 Siehe zu diesem Problem den ersten Beitrag in diesem Band.

begriffen werden, was nicht selbstverständlich ist.²⁶⁶ Es ist wohl denkbar, dass die mit diesem Bewusstseinswandel verbundenen Konsequenzen für einen Juristen des *Common Law* leichter erträglich sind. Wenn CASS SUNSTEIN als einer der Hauptvertreter des neuen Ansatzes Recht mit seiner Annahme hat, dass das *Common Law* ständig unvollständig theoretisierte Argumente generiert und auf universale Theorien bei der Lösung einzelner Fälle verzichtet²⁶⁷, ist auch verständlich, warum amerikanische Juristen sich leichter damit tun, den noch instrumentellen und kontingenten Charakter der von Behavioral Law and Economics generierten Handlungsempfehlungen hinzunehmen. Andererseits – Law and Economics, bislang ein Ansatz in der Warteschleife, scheint inzwischen langsam zum Landeanflug auf unserer Seite des Atlantiks anzusetzen. Mehrere Publikationen der letzten Zeit zehren deutlich von seinen Erkenntnissen oder machen sie zum Gegenstand der Erörterung.²⁶⁸ In allen Gebieten, wo sich jedoch die ökonomische Analyse des Rechts durchzusetzen vermag, wo also die Bedeutung eines Verhaltensmodells für die Problemlösung anerkannt wird, kann auch Behavioral Law and Economics mit seinem vielfach differenzierteren Modell einen Beitrag leisten – in der Rechtsprechung ebenso wie im Bereich der Rechtsetzung und des Institutionendesigns.

Die Diskussion in den USA nimmt an Lebhaftigkeit nicht ab. Beinahe wöchentlich finden sich in den anerkannten *Law Journals* neue Anstöße, Ideen und Erwiderungen. Die im Rahmen dieser Diskussion erzielten Erkenntnisse dürften nicht nur für amerikanische Rechtswissenschaftler und -praktiker von Interesse sein. Es ist festgestellt worden²⁶⁹, dass das dominante Motiv postmoderner Rechtssysteme die Schaffung einer freien Gesellschafts- bzw. Wirtschaftsordnung durch zwei gleich bedeutende Arten von Normen sei – solchen, die Individuen Entscheidungsrechte verleihen und flankierenden Regelungen, welche die effektive Ausübung dieser Rechte im Angesicht kontextbedingter Beschränkungen absichern. Die hierdurch notwendig gewordene Analyse wird es sich auf lange Sicht kaum leisten können, auf die Einsichten zu verzichten, die der hier vorgestellte Ansatz generiert.

266 Grundlegend zu dieser Problematik Engel, Christoph: Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft in: Engel, Christoph (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter* (1998), S. 18 ff.

267 Sunstein, Cass: *Incompletely Theorized Agreements*, in: HARV.L.REV. 108 (1995), S. 1733.

268 Vgl. Engel, Christoph/ Morlok, Martin: *Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung* (1998); Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard: *Deliktsrecht* (2004); Schäfer, Hans Bernd/ Ott, Claus: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (2000).

269 Unger, Roberto: *What Should Legal Analysis Become?* (1996), S. 27 f.

Bibliographie

- Akerlof, George*: Procrastination and Obedience, in: 81 American Economics Review (1991), S. 1
- Arlen, Jennifer*: Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law, in: 51 Vanderbilt Law Review (1998), S. 1765.
- Arkes, Hal/ Schipani, Cindy*: Medical Malpractice v. the Business Judgement Rule: Differences in Hindsight Bias, in: 73 Oregon Law Review (1994), S. 587.
- Arrow, Kenneth*: Rationality of Self and Others in an Economic System, in: 59 Journal of Business (1986), S. 385.
- Ayres, Ian/ Talley, Eric*: Salomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasian Trade, in: 104 Yale Law Journal (1995), S. 1027.
- Babcock, Linda/ Camerer, Colin/ Loewenstein, George/ Issacharoff, Samuel*: Self-Serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining, 22 Journal of Legal Studies (1993), S. 135.
- Babcock, Linda/ Camerer, Colin/ Loewenstein, George/ Issacharoff, Samuel*: Biased Judgements of Fairness in Bargaining, in: 85 American Economic Review (1995), S. 1337.
- Babcock, Linda/ Loewenstein, George/ Wang, Xianghong*: Choosing the Wrong Pond: Social Comparisons in Negotiations That Reflect a Self-Serving Bias, 111 Quarterly Journal of Economics (1996), S. 1.
- Baird, Douglas*: The Future of Law and Economics: Looking Forward, in: 64 University of Chicago Law Review (1997), S. 1129.
- Baker, Lynn/ Emery, Robert*: When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, in: 17 Law and Human Behavior (1993), S. 439.
- Barkow, Jerome/ Cosmides, Leda/ Tooby, John*: The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture, Oxford (1992).
- Becker, Gary*: The Economic Approach to Human Behavior, Chicago (1976).
- Binmore, Kenneth/ Shaked, Avner/ Sutton, John*: Testing Noncooperative Bargaining Theory, in: 75 American Economic Review (1985), S. 1178.
- Breyer, Stephen*: Breaking the Vicious Circle; Toward Effective Risk Regulation, Cambridge (1993).
- Camerer, Colin/ Lovallo, Dan*: Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach, in: 89 American Economic Review (1999), S. 306.

- Camerer, Colin*: Behavioral Game Theory, Princeton (2003).
- Camerer, Collin/ Issacharoff, Samuel/ Loewenstein, George/ O'Donoghue, Ted/ Rabin, Matthew*: Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for Assymetric Paternalism, in: 151 University of Pennsylvania Law Review (2003), S. 1211.
- Chapman, Gretchen/ Bornstein, Brian*: The More You Ask For, the More You Get, Anchoring in Personal Injury Verdicts, in: 10 Applied Cognitive Psychology (1996), S. 519.
- Coase, Ronald*: The Problem of Social Cost, in: 1 Journal of Law and Economics (1960), S. 1.
- Conlisk, John*: Why Bounded Rationality? in: 34 Journal of Economic Literature (1996), S. 669.
- Cooter, Robert*: Lapses, Conflict and Akrasia in Torts and Crimes: Towards an Economic Theory of the Will, in: 11 International Review of Law and Economics (1991), S. 149.
- Cooter, Robert/ Ulen, Thomas*: Law and Economics, 3. Auflage, Reding (2000).
- Ellickson, Robert*: Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors, 65 Chicago-Kent Law Review (1989), S. 23.
- Eidenmüller, Horst*: Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen (1995).
- Eisenberg, Melvin*: The Limits of Cognition and the Limits of Contract, 47 Stanford Law Review (1995), S. 211.
- Engel, Christoph*: Das Recht der Gemeinschaftsgüter, in: Die Verwaltung (1997), S. 429.
- Engel, Christoph*: Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft, in: Christoph Engel (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden (1998), S. 1.
- Engel, Christoph/ Morlok, Martin*: Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung; Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, Tübingen (1998).
- Englich, Brite/ Mussweiler, Thomas*: Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom, in: Journal of Applied Social Psychology 31 (2001), S. 1535.
- Epstein, Richard*: Law and Economics: Its Glorious Past and Cloudy Future, in: 64 University of Chicago Law Review (1997), S. 1167.
- Farnsworth, Allen*: Contracts, 3. Auflage, Boston (1999).
- Fehr, Ernst/ Kirchsteiger, Georg/ Riedl, Arno*: Does Fairness Prevent Market Clearing? An Experimental Investigation, in: 108 Quaterly Journal of Economics (1993), S. 437.

- Fischhoff, Baruch*: Hindsight \neq Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgement Under Uncertainty, 1 *Journal of Experimental Psychology* (1975), S. 288.
- Fox, Craig/ Tversky, Amos*: Ambiguity Aversion and Comparative Ignorance, in: 110 *Quarterly Journal of Economics* (1995), S. 585.
- Frank, Robert*: If Homo Economicus Could Chose His Own Utility Function, Would He Want One with a Conscience?, in: 77 *American Economic Review* (1987), S. 593.
- Frank, Robert/ Gilovich, Thomas/ Regan, Dennis*: Do Economists Make Bad Citizens? in: 10 *Journal of Economic Perspectives* (1996), S. 187.
- Friedman, Milton*: The Methodology of Positive Economics, in: *Milton Friedman Essays in positive Economics*, Chicago (1953), S. 21.
- Gigerenzer, Gerd/ Todd, Peter*: *Simple Heuristics that Make Us Smart*, Oxford (1999).
- Gigerenzer, Gerd/ Selten, Reinhard*: Rethinking Rationality, in: *Gigerenzer/ Selten The Adaptive Toolbox*, Cambridge (2001), S. 1.
- Goetz, Charles/ Scott, Robert*: Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model of Efficient Breach, in: 77 *Columbia Law Review* (1977), S. 554.
- Güth, Werner/ Schmittberger, Rolf/ Schwarze, Bernd*: An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining, in: *Journal of Economic Behavior and Organization* 3 (1982), S. 367.
- Guthrie, Chris/ Korobkin, Russel*: Psychological Barriers to Litigation Settlement: an Experimental Approach, 93 *Michigan Law Review* (1994), S. 107.
- Guthrie, Chris/ Rachlinski, Jeffrie/ Wistrich, Andrew*: Inside the Judicial Mind, in: 86 *Cornell law Review* (2001), S. 777.
- Guthrie, Chris*: Prospect Theory, Risk Preference and the Law, in: 97 *Northwestern University Law Review* (2003), S. 1115.
- Heath, Chip/ Larrick, Richard/ Clayman, Joshua*: Cognitive Repairs: How Organizational Practices Can Compensate for Individual Shortcomings, in: 20 *Review of Organizational Behavior* (1998), S.1.
- Henrich, Joseph/ Boyd, Robert/ Bowles, Samuel/ Camerer, Colin/ Fehr, Ernst/ Gintis, Herbert*: *Economic Experiments and Ethnographic Evidence from Fifteen Small-Scale Societies*, Oxford (2004).
- Hillman, Robert*: The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages, in: 85 *Cornell Law Review* (2000), S. 717.

- Hoffman, Elizabeth/ Spitzer, Matthew: Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications, in: 71 Washington University Law Quarterly (1993), S. 59.*
- Issacharoff, Samuel: The Difficult Path from Observation to Prescription, in: 77 New York University Law Review (2002), S. 36*
- Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: A Behavioral Approach to Law and Economics, in: 50 Stanford Law Review (1998), S. 1471.*
- Jolls, Christine/ Sunstein, Cass/ Thaler, Richard: Theories and Tropes: A Response to Posner and Kelman, in: 50 Stanford Law Review (1998), S.1593.*
- Joyce, Gary/ Biddle, Edward: Anchoring and Adjustment in Probabilistic Inference in Accounting, in: 19 Journal of Accounting Research (1981), S. 122.*
- Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk, in: 47 Econometrica (1979), S. 263.*
- Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, in: 211 Science (1981), S. 160.*
- Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: The Psychology of Preferences, in: 246 Scientific American (1982), S. 160.*
- Kahneman, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos: Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases, Cambridge (1982).*
- Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: Extensional Versus Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgement, in: 90 Psychological Review (1983), S. 293.*
- Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: Values, Choices, and Frames, in: 39 American Psychological Review (1984), S. 341.*
- Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: Fairness and the Assumptions of Economics, in: 59 Journal of Business (1986), S. 285.*
- Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, 76 American Economic Review (1986), S. 728.*
- Kahneman, Daniel/ Knetsch, Jack/ Thaler, Richard: Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, in: 98 Journal of Political Economy (1990), S. 1325.*
- Kahneman, Daniel/ Tversky, Amos: Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty, in: 5 Journal of Risk and Uncertainty (1992), S. 297.*

- Kahneman, Daniel/ Ritov, Ilana/ Schkade, David: Economic Preferences or Attitude Expressions?: An Analysis of Dollar Responses to Public Issues, 19 Journal of Risk and Uncertain (1999), S. 203.*
- Kahneman, Daniel/ Diener, Ed/ Schwarz, Norbert: Well-Being: The Foundation of Hedonic Psychology, Boston (2003).*
- Kamin, Kim/ Rachlinski, Jeffrey: Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight, in: 19 Law and Human Behavior (1995), S. 89.*
- Kelman, Mark: Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem, in: 52 Southern California Law Review (1979), S. 669.*
- Kelman, Mark/ Rottenstreich, Yuval/ Tversky, Amos: Context-Dependence in Legal Decision Making, in: 25 Journal of Legal Studies (1996), S. 287.*
- Kelman, Mark: Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler, in: 50 Stanford Law Review (1998), S. 1577.*
- Kelman, Mark: Law and Behavioral Science: Conceptual Overviews, in: 97 Northwestern University Law Review (2003), S. 1347.*
- Kennedy, Duncan: Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special reference to compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, in: 41 Maryland Law Review (1982), S. 563.*
- Kirchgässner, Gebhard: Homo Oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 2. Auflage, Tübingen (2000).*
- Koehler, Derek/ Tversky, Amos: Support Theory: Nonextensional Representation of Subjective Probability, in: 101 Psychological Review (1994), S. 547.*
- Kötz, Hein/ Wagner, Gerhard: Deliktsrecht, Neuwied (2004).*
- Korobkin, Russel/ Ulen, Thomas: Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, in: 88 California Law Review (2000), S. 1053.*
- Kronman, Anthony: Paternalism and the Law of Contracts, in: 92 Yale Law Journal (1983), S. 763.*
- Kuhn, Thomas: The Structure of Scientific Revolutions, Chicago (1996).*
- LaBine, Gary/ LaBine, Susan: Determinations of Negligence and the Hindsight Bias, in: 20 Law and Human Behavior (1996), S. 501.*

- Laibson, David*: Golden Eggs and Hyperbolic Discounting, in: 112 *Quarterly Journal of Economics* (1997), S. 443.
- Landes, William/ Posner, Richard*: *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge (1987).
- Langevoort, Donald*: Behavioral Theories of Judgement and Decision-making in Legal Scholarship: A Literature Review, in: 51 *Vanderbilt Law Review* (1998), S. 1499.
- Leff, Arthur*: Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism, in: 60 *Virginia Law Review* (1974), S. 458.
- Loewenstein, George/ Thaler, Richard*: Intertemporal Choice, in: *Richard Thaler The Winner's Curse* (1994), S. 92.
- Loewenstein, George/ Strahilevitz, Michal*: The Effect of Ownership History on the Valuation of Objects, in: 25 *Journal of Consumer Research* (1998), S. 276.
- Lubet, Steven*: Notes on the Bedouin Horse Trade, or "Why Won't the Market Clear, Daddy?", 74 *Texas Law Review* (1996), S. 1039.
- Malhotra, Naresh*: Information Load and Consumer Decision, in: 8 *Journal of Consumer Research* (1982), S. 419.
- Markesinis, Basil/ Deakin, Simon*: *Tort Law*, 5. Auflage, London (2003).
- Murphy, Jeffrie/ Coleman, Jules*: *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Boulder (1990).
- Oskamp, Stuart*: Overconfidence in Case-Study Judgements, in: Kahneman, Daniel/ Slovic, Paul/ Tversky, Amos (Hrsg.), *Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge (1982), S. 287.
- Pesendorfer, Wolfgang/ Gul, Faruk*: Self-Control, Revealed Preferences, and Consumption Choice, in: 7 *Review of Economic Dynamics* (2004), S. 243.
- Plott, Charles*: Rational Choice in Experimental Markets, in: 59 *Journal of Business* (1986), S. 301.
- Plous, Scott*: *The Psychology of Judgement and Decision Making*, Philadelphia (1993).
- Polinsky, Mitchell*: *An Introduction to Law and Economics*, Boston (1989).
- Polinsky, Mitchell/ Shavell, Steven*: On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence, 28 *Journal of Legal Studies* (1999), S. 1.
- Polinsky, Mitchell/ Shavell, Steven*: Punitive Damages: An Economic Analysis, in: 111 *Harvard Law Review* (1998), S. 869.

- Posner, Richard: The Economics of Justice, Cambridge (1983).*
- Posner, Richard: What has Pragmatism to Offer Law, in 63 University of Southern California Law Review (1990), S. 1653.*
- Posner, Richard: Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy, in: 3 Legal Theory (1997), S. 23.*
- Posner, Richard: Economic Analysis of Law, 5. Auflage, Boston (1998)*
- Posner, Richard: Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, in: 50 Stanford Law Review (1998), S. 1551.*
- Posner, Richard: The Problematics of Moral and Legal Theory, Cambridge (1999).*
- Posner, Richard: Antitrust Law, Chicago (2001).*
- Rabin, Mathew: Incorporating Fairness into Game Theory and Economics, in: 83 American Economics Review (1993), S. 1281.*
- Rabin, Mathew: Psychology and Economics, in: 36 Journal of Economic Literature (1996), S. 11.*
- Rachlinski, Jeffrey: Gains, Losses, and the Psychology of Litigation, 70 Southern California Law Review (1996), S. 113.*
- Rachlinski, Jeffrey/ Jourden, Forest: Remedies and the Psychology of Ownership, in: 52 Vanderbilt Law Review (1998), S. 1541.*
- Rachlinski, Jeffrey: A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight, in: 65 University of Chicago Law Review (1998), S. 571.*
- Rachlinski, Jeffrey: The “New” Law and Psychology, in: 85 Cornell Law Review (2000), S. 739.*
- Rachlinski, Jeffrey/ Farina, Cynthia: Cognitive Psychology and Optimal Government Design, in: 87 Cornell Law Review (2002), S. 549.*
- Rachlinki, Jeffrey/ Jourden, Forest: The Uncertain Psychological Case for Paternalism, in: 97 Northwestern University Law Review (2003), S. 1165.*
- Rubin, Edward: Putting Rational Actors in Their Place: Economics and Phenomenology, in: 51 Vanderbilt Law Review (1998), S. 1705.*
- Samuelson, William/ Zeckhauser, Richard: Status Quo Bias in Decision Making, in: 1 Journal of Risk and Uncertainty (1988), S. 7.*
- Savage, Leonard: The Foundations of Statistics, New York (1954).*

- Schäfer, Hans Bernd/ Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin (2000).
- Seidenfeld, Mark*: The Psychology of Accountability and Political review of Agency Rules, in: 51 Duke Law Journal (2001), S. 1059.
- Shavell, Steven*: Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent, 85 Columbia Law Review (1985), S. 1232.
- Simon, Herbert*: A Behavioral Modell of Rational Choice, in: 69 Quaterly Journal of Economics (1955), S. 69 .
- Simon, Herbert*: Theories of Bounded Rationality, in: *Herbert Simon* Modells of Bounded Rationality, Band 2, Cambridge (1982), S. 408.
- Slonim, Robert/ Roth, Alvin*: Learning in High Stake Ultimatum Games: An Experiment in the Slovak Republic, in: 66 Econometrica (1998), S. 569.
- Stahlberg, Dagmar/ Eller, Frank/ Maas, Anne/ Frey, Dieter*: We Knew it All Along: Hindsight Bias in Groups, in: 63 Organizational Behavior and Human Decision Processes (1995), S.46.
- Sunstein, Cass*: Legal Interference with Private Preferences, in: 53 University of Chicago Law Review (1986), S. 1142.
- Sunstein, Cass*: Behavioral Anaysis of Law, in: 64 University of Chicago Law Review (1997), S. 1175.
- Sunstein, Cass*: Behavioral Law and Economics – A Progress Report, in: 1 American Law and Economics Review (1999), S. 115.
- Sunstein Cass/ Kuran, Kim*: Availability Cascades and Risk Regulation, 51 Stanford Law Review (1999), S. 683.
- Taylor, Shelley*: Positive Illusions: Creative Self-Deception and the Healthy Mind, New York (1989).
- Thaler, Richard*: Quasi-Rational Economics, New York (1991).
- Thaler, Richard*: The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life, Princeton (1994).
- Thaler, Richard*: Doing Economics without Homo Economicus, in: *Steven Medema* Foundations of Research in Economics: How do Economist do Economics? Cambridge (1996).
- Thaler, Richard*: Anomalies: The Ultimatum Game, in: 2 Journal of Economic Perspectives (1988), S. 195 .

Tversky, Amos: Rational Choice and Constructive Choice, in: Kenneth Arrow/Enrico Colomatto/Mark Perlman/ Christiann Schmidt The Rational Foundations of Economic Behavior, Proceedings of the Iea Conference in Turin, Italy (International Economic Association Conference Volumes): London (1996) S. 186.

Ulen, Thomas: Firmly Grounded: Economics in the Future of Law, in: 3 Wisconsin Law Review (1997), S. 433.

Unger, Roberto: What Should Legal Analysis Become?, London (1996).

Verkerke, Hout: An Empirical Perspective on Indefinite Term Employment Contracts: Resolving the Just Cause Debate, in: Wisconsin Law Review (1995), S. 837.

Viscusi, Kip: Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibility for Risk, Oxford (1992).

Weinstein, Neil: Unrealistic Optimism About Future Life Events, in: 39 Journal of Personality and Social Psychology (1980), S. 806.,

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Preprints 2004

93. C. Christian von Weizsäcker, Marktzutrittsschranken. 2004/10.
92. Martin Beckenkamp, Institutionelle Ergonomie. Verhaltensrelevante Variablen zur Beeinflussung kooperativen Verhaltens in sozialen Dilemmata. 2004/9.
91. Martin F. Hellwig, Nonlinear Incentive Provision in Walrasian Markets: A Cournot Convergence Approach. 2004/8.
90. Dirk De Bièvre, Governance in International Trade: Judicialisation and Positive Integration in the WTO. 2004/7.
89. Martin F. Hellwig, Risk Aversion in the Small and in the Large. When Outcomes are Multidimensional. 2004/6.
88. Christoph Engel, Learning the Law. 2004/5.
87. Christoph Engel, Social Dilemmas, Revisited from a Heuristics Perspective. 2004/4.

forthcoming in:
Christoph Engel / Gerd Gigerenzer (eds.): Heuristics and the Law. Dahlem Conference. MIT Press
86. Alkuin Kölliker: Globalisation and National Incentives for Protecting Environmental Goods. 2004/3.
85. Frank P. Maier-Rigaud / Jose Apesteguia: The Role of Rivalry. Public Goods versus Common-Pool Resources. 2004/2.
- 84a. C. Mantzavinos: The Institutional-Evolutionary Antitrust Model. 2004/1(a).
84. C. Mantzavinos: Das institutionenökonomisch-evolutionäre Wettbewerbsleitbild. 2004/1.

Preprints 2003

83. C. Mantzavinos, Douglass C. North, Syed Shariq: Learning, Institutions and Economic Performance. 2003/13.

forthcoming in:
Perspectives on Politics, vol. 2, March 2004.
82. Stefan Magen: Staatskirchenrecht als symbolisches Recht? 2003/12.
81. Christoph Engel: Marktabgrenzung als soziale Konstruktion. 2003/11.

forthcoming in:
Festschrift Ulrich Immenga
80. Christoph Engel: Governing the Egalitarians from Without. The Case of the Internet. 2003/10.
79. Christoph Engel: Freiheit und Autonomie. 2003/9.

forthcoming in:
Detlef Merten / Hans-Jürgen Papier (eds.) Handbuch der Grundrechte II
78. Pieter Bouwen: The Democratic Legitimacy of Business Interest Representation in the European Union: Normative Implications of the Logic of Access. 2003/8.
77. Frank P. Maier-Rigaud / Jose Apesteguia: The Role of Choice in Social Dilemma Experiments. 2003/7.

76. Florian Becker / Dirk Lehmkuhl: Multiple Strukturen der Regulierung: Ursachen, Konflikte und Lösungen am Fall des Leichtathleten Baumann. 2003/6.
75. Indra Spiecker gen. Döhmann: US-amerikanisches Chemikalienrecht im Vergleich – Informationsgewinnung und Entscheidung unter Unsicherheit. 2003/5.
- published as:
US-amerikanisches Chemikalienrecht im Vergleich – Informationsgewinnung und Entscheidung unter Unsicherheit, in Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), Umgestaltung des deutschen Chemikalienrechts durch europäische Chemikalienpolitik, Köln 2003, S.151 ff.
74. Bas Arts, University of Nijmegen: Non-State Actors in Global Governance. Three Faces of Power. 2003/4.
73. Petros Gemtos, Universität Athen: Methodologische Probleme der Kooperation von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. 2003/3.