ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

van Aaken, Anne

Working Paper

Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: das Prinzip des schonendsten Paternalismus

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2006,3

Provided in Cooperation with:
Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: van Aaken, Anne (2006) : Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: das Prinzip des schonendsten Paternalismus, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2006,3, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/26887

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.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Preprints of the
Max Planck Institute for
Research on Collective Goods
Bonn 2006/3

Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr:

Das Prinzip des schonendsten Paternalismus

Anne van Aaken

MAX PLANCK SOCIETY

Preprints of the
Max Planck Institute
for Research on Collective Goods

Bonn 2006/3

Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus

Anne van Aaken

February 2006

Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Kurt-Schumacher-Str. 10, D-53113 Bonn
http://www.mpp-rdg.mpg.de

Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus

Anne van Aaken*

I. Einleitung

Die Frage, ob staatlicher Paternalismus aus philosophischer, staatstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht legitimiert werden kann, wird seit langer Zeit kontrovers diskutiert. Weitgehende Einigkeit herrscht allein bezüglich der Zulässigkeit paternalistischer Maßnahmen bei Geisteskranken und Jugendlichen, da jenen eine aufgeklärte, autonome und rationale Entscheidungskraft nicht zugesprochen wird.[1] Nun ist dieser Zweifel an der Rationalität von Entscheidungen auch auf klassischerweise als mündig und selbstverantwortlich betrachtete Individuen durch eine Vielzahl von Experimenten der Verhaltensökonomik und der kognitiven Psychologie ausgedehnt worden.[2] Diese stehen im Gegensatz zu Verhaltensannahmen nicht nur klassischer liberaler Denker,[3] sondern auch eines großen Teils der Arbeiten in der Ökonomik und anderer Sozialwissenschaften. Denn sie alle verwenden als Verhaltensannahme ein rationales, seine wohlverstandenen Interessen verfolgendes Individuum (Rational Choice). Systematische Abweichungen von der klassischen Rationalitätsannahme (begrenzte Rationalität) gelten jedoch mittlerweile als gesicherte Erkenntnis für *alle* Menschen: In vielen Lebensbereichen fehlen den Menschen klare, stabile und wohlgeordnete Präferenzen. Ihre Wahlhandlungen hängen u.a. vom Darstellungsrahmen, den Wahrnehmungsmöglichkeiten und dem Fluss der Informationsgenerierung ab. Begrenzte Rationalität kann regulative Eingriffe in die Freiheitssphäre der Individuen notwendig erscheinen lassen und paternalisierende Rechtsnormen argumentativ rechtfertigen, da begrenzt individuelle Rationalität, sog. Anomalien,[4] kostspielig sein können; sowohl für Individuen wie auch für ein Kollektiv.[5]

---

* Ich danke sehr herzlich Markus Englerth, Martin Hellwig, Jörn Lüdemann, Stefan Voigt sowie den Teilnehmern der Gedächtniskonferenz für Angela Augustin „Paternalismus und Recht“ für sehr hilfreiche Anmerkungen und Kritik. Dieser Aufsatz erscheint demnächst in K. Seelmann/M. Anderheiden/P. Bürkli/M. Heinig/S. Kirste (Hrsg.), Paternalismus und Recht, Siebeck/Mohr.

1 So etwa bezüglich Geisteskranker in BVerfGE 22, 180, 219 wo es die Anstaltsunterbringung zum Schutze des Betroffenen für verfassungsrechtlich zulässig erklärte sowie BVerfGE 58, 208, 225. Bezüglich Jugendlicher etwa BVerfGE 83, 130, 140. Die Aufnahme dieses Bildes, welches sich auf ein altes Urteil bezieht, welches zudem verheiratete Frauen einbezog, ist in der amerikanischen Literatur zu Verhaltensökonomik und Paternalismus bei Camerer/Issacharoff/Loewenstein/O'Donoghue/Rabin (2003), S. 1213 zu finden. Es wird aufgenommen von Englerth (2006).

2 Die verhaltensökonomische Forschung versteht sich insoweit als positives, nicht als normatives Programm.

3 Etwa Mill (1974), Kap. 4. Ähnlich Humboldt (1967), Kap. 3. Anders aber etwa Hayek (1986).

4 Der Begriff der Anomalie wird hier im Kuhnschen Sinne verwendet, d.h. damit werden Beobachtungen bezeichnet, die im Widerspruch zum in der Ökonomik (noch) herrschenden Paradigma des vollständig rationalen Individuums stehen. Für manche Anomalien findet man den Begriff des „bias“, andere verwenden den positiver konnotierten Begriff der „heuristics“; Gigerenzer/Todd (1999). Möglicherweise sind Anomalien

In diesem letzten Satz spiegelt sich schon das Spannungsverhältnis von Sein und Sollen in der Paternalismusdiskussion. Denn die Verhaltensökonomik versteht sich als deskriptive Theorie über das tatsächliche Verhalten von Menschen, während die Annahme vollständiger Rationalität heuristischen oder normativen Charakter hat. Daher begründet die Erkenntnis, dass die allermeisten Menschen nur beschränkt rational sind für sich allein genommen noch gar nichts, auch keine staatlichen Eingriffe. Allerdings sind beide Ebenen rechtlich zu verknüpfen: denn Regulierungsziel und- grund können nur aus der Wirklichkeit erschlossen werden. Die verhaltensökonomische Forschung hat den grundlegenden Vorteil, dass sie sehr präzise die Anomalien und die Umstände unter denen sie auftauchen, untersucht und daher eine verfeinerte Grundlage für die rechtspolitischen Instrumente liefert. An dieser Stelle soll jedoch schon auf die Gefahr des Missbrauchs von Anomalien als „paternalistische" ad hoc-Rechtfertigungen für staatliche Interventionen hingewiesen werden, was den vorsichtigen Umgang mit ihnen nahelegt. Die Existenz von Anomalien bedeutet nicht automatisch, dass diese rechtlich reduziert werden sollten; vielmehr sind auch die Gefahren und Risiken der Anomalienbehebung zu erwägen.

Bislang wurde Paternalismus in der rechtswissenschaftlichen Diskussion eng verstanden als das Handeln des Staates gegen oder ohne den Willen eines Individuums zu dessen Schutz. Damit kamen aber nur bestimmte Maßnahmen, nämlich Verbote, in den Blick.[6] Wenn es aber zutrifft, dass (1) der Wille durch Kontexte überhaupt erst geformt wird und dass (2) Menschen bei der Verfolgung ihre (gegebenen) Präferenzen, d.h. Wünschen, Bedürfnisse, Zielen Fehler machen und daher individuelle Entscheidungen durch mannigfaltige Umstände und den Kontext der Entscheidung beeinflusst werden, so muss die Paternalismusdefinition und –diskussion unter Einbezug der verhaltensökonomischen Forschung erweitert werden. Der Fokus auf Verbote verstellt den Blick auf andere, möglicherweise mildere Mittel. Eine Ausweitung des Paternalismusbegriffes kann damit erstens diverse paternalistische Mittel überhaupt erst transparent machen, die bislang nicht unter dieser Thematik gehandelt wurden und zweitens Hilfestellung für die Diskussion des Übermaßverbotes liefern, da mildere Mittel überhaupt erst in den Blick kommen. In einer freiheitlichen Grundordnung muss die Begründungslast bei der Freiheitsbeschränkung liegen – und im Zweifel der schonendste Eingriff gewählt werden. Adäquate Annahmen über das menschliche Verhalten sind daher auch für die Rechtswissenschaft, insbesondere für die Rechtspolitik, von eminent wichtiger Bedeutung. Verhaltensökonomik und Rechtswissenschaft sind jedoch, insbesondere im deutschsprachigen Raum, bislang noch weitgehend unverbunden nebeneinander stehende Forschungsgebiete.[7] Hier wird daher vertreten, dass Ge-

---

auch positiv zu bewerten, nämlich als nützliche Heuristiken, die den Menschen Denkkosten ersparen. Dies soll hier aber nicht weiter diskutiert werden.

5 Hier sei aber schon angemerkt, dass die Kostspieligkeit für ein Kollektiv bei einer engen Paternalismusdefinition, die nur auf den Zweck der Maßnahme, nämlich den Individualschutz, abzielt, diese keine Rolle spielen kann. Dies wird unten bei der Diskussion über die Zweckbestimmung des Gesetzes ausführlicher thematisiert.

6 Allerdings werden auch Informationspflichten zum Ausgleich von Informationsdefiziten und staatliche Maßnahmen zur „Volkserziehung" diskutiert, allerdings zumeist nicht unter dem Stichwort Paternalismus. Vgl. etwa Lüdemann (2004). Mill (1974), S. 113f. allerdings ist hier eindeutig: Erzogen werden dürfen nur Minderjährige; erzieherische Maßnahmen sind bei Erwachsenen unzulässig.

7 Als Übersichtsliteratur inklusive Standardkritik können folgende Werke genannt werden: Arlen (1998); Issacharoff (1998); Jolls/Sunstein/Thaler (1998); Kelman (1998); Posner (1998); Korobkin/Ulen (2000);

setzgebung wie Rechtssprechung die Anomalien ernst nehmen sollte und dies implizit auch bereits tut, denn viele Gesetze können gerade nicht mit einem vollständig rationalen Individuum erklärt und gerechtfertigt werden.

Dem Recht stehen verschiedene Eingriffsmittel zur Verfügung: Wahlgebote und -verbote einerseits oder Wahlhilfen andererseits und bei letzteren entweder Hilfen bei einem isoliert entscheidenden Individuum oder Hilfen durch kommunikative Verfahren. Alle Mittel sollen begrenzte Rationalität des Individuums regulatorisch auf- und einfangen. Nur Wahlverbote werden in der philosophischen und deutschen verfassungsrechtlichen Literatur im Zusammenhang mit Paternalismus diskutiert. Wahlhilfen dagegen überlassen dem Individuum das „ob“ und verändern nur den Rahmen, unter dem individuelle Wahlhandlungen gefällt werden und versuchen so, Anomalien zu mildern. Isolierte Wahlhilfen begrenzen sich darauf, dem isoliert entscheidenden Individuum Wahlhilfen zu geben. Kommunikative Wahlhilfen dagegen sind in der rechtswissenschaftlichen und verhaltensökonomischen Literatur zum Paternalismus meines Wissens bislang völlig unbeachtet geblieben. Kommunikationsorientierte Anomalienregulierung setzt auf rationalitäts- und autonomiefördernde Regulierung, die die Grundlagen individueller Wahlhandlung durch Kommunikation verbessert. Gerade Verfahren, die auf kommunikative Rationalität setzen – so die These des Aufsatzes – können Anomalien lindern, also rationale Entscheidungen generieren, ohne dabei inhaltliche Vorgaben machen zu müssen.

Im Folgenden werden einige Erkenntnisse der Verhaltensökonomik zur begrenzten Rationalität dargestellt. Anschließend werden verschiedene Begriffe des Paternalismus definiert. Sodann werden die rechtlichen Mittel des Paternalismus diskutiert und Wahlverbote, isolierte Wahlhilfen sowie kommunikative Wahlhilfen vorgestellt. Im nächsten Abschnitt werden das Prinzip des schonendsten Paternalismus vorgestellt und dort die diversen Mittel des Paternalismus in Bezug gesetzt zu ihren freiheitsrelevanten Wirkungen. Der letzte Abschnitt zieht ein Fazit.

II. Was ist begrenzte Rationalität?

Lange Zeit war es in der Ökonomik ein weitgehend unbestrittenes Axiom, dass Menschen rational entscheiden und handeln, d.h. auf Basis ihrer wohldefinierten Präferenzen ihren Nutzen maximieren. Ökonomen gehen zumeist von „revealed preferences“ aus, d.h. aufgedeckten Präferenzen. Das Abstellen auf die aufgedeckten Präferenzen zur Beurteilung des Wohlergehens von Menschen ist erheblich weniger missbrauchsanfällig als eine wie auch immer geartete Vorstellung Dritter der individuellen Wohlfahrt. Aber es birgt auch mannigfaltige Probleme: Denn aus den Handlungen wird auf die Präferenzen rückgeschlossen („people want what they choose“). Ob die Handlungen die Präferenzen wirklich widerspiegeln, ist nicht Teil der Fragestellung;

Sunstein (2000); Englerth (2004). Grundsätzlicher und im Hinblick auf staatliche Regulierung Bernheim/Rangel (2005). Für eine Übersicht über Verhaltensökonomik und die neuere Entwicklung im Bereich der Neuroökonomik, die die Verhaltensökonomik durch neurologische Erkenntnisse untermauert, siehe Camerer/Loewenstein (2004) sowie Camerer/Loewenstein/Prelec (2005).

vielmehr wird die Rationalitätshypothese als „als-ob"-Annahme verwendet.[8] Diese Annahme geht grundsätzlich von Individuen aus, die ihre Interessen kennen und diese rational verfolgen. In diesem Satz stecken zwei zu unterscheidende Annahmen: zum einen werden Präferenzen als wohldefiniert und gegeben angenommen, d.h. die Menschen kennen ihre Präferenzen, also ihre Bedürfnisse, Wünsche, Interessen. Zum anderen wird angenommen, dass – bei gegebenen Präferenzen – diese rational verfolgt werden. Daher können zwei Einfallstore für paternalistische Maßnahmen unterschieden werden: zum einen Maßnahmen, die auf Präferenzformung, zum anderen solche, die auf die Defizite bei der Verfolgung eben dieser Präferenzen zielen. Diese im Folgenden wichtige Unterscheidung wird in der Paternalismusdiskussion zumeist vernachlässigt mit der Folge von Unklarheiten bei der Beurteilung des Paternalismus und seiner Mittel.

Zur Verdeutlichung mag das Mill´sche Brückenbeispiel dienen. Gemäß Mill ist ein schwacher Paternalismus[9] zulässig; d.h. es ist zulässig jemanden zu warnen, der über eine baufällige Brücke geht. Unzulässig ist es aber, jemanden trotz Warnung von dem Überschreiten der Bücke abzuhalten.[10] Im ersten Fall wird angenommen, dass es eine Überlebenspräferenz des Gewarnten gibt und sich nur Fehler bei der Beurteilung der Situation augrund von Informationsdefiziten einschleichen. Schwacher Paternalismus im Sinne von Fehlerbehebung bei gegebenen Präferenzen ist also zulässig. Im zweiten Fall wird von Mill angenommen, dass es eine Todespräferenz gibt und diese akzeptiert werden muss.[11] Unklar bleibt dabei, wie es zu beurteilen ist, wenn der Gewarnte, trotz Überlebenspräferenz, über die Brücke geht. Hier ist das Informationsdefizit zwar auf den ersten Blick behoben, aber es können auch kognitive Verzerrungen eine Rolle spielen, die die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Einsturzes der Brücke verzerren. Stellt man nur auf die geoffenbarte Präferenz ab, die etwa im Überschreiten der Brücke trotz Warnung liegen kann, dann bleibt unklar, ob es eine Todespräferenz gab oder nur eine kognitive Verzerrung vorlag.

In dem Standardmodell der Theorie der rationalen Wahl als ein Modell der instrumentellen Rationalität werden bestimmte minimale Anforderungen an die menschliche Präferenzfunktion wie Vollständigkeit und Transitivität sowie an die menschliche Urteilskraft (Kognition) gestellt, die als Axiome angenommen werden.[12] Diese Anforderungen sagen noch nichts über die Inhalte der Präferenzen aus; vielmehr wird ein rein formaler Begriff der Rationalität zugrunde gelegt. Allerdings verwenden viele Ökonomen reichere Modelle von Rationalität, die auch Annahmen über die Präferenzinhalte treffen. Trotz des Konzepts der geoffenbarten Präferenzen wird – je nachdem um welche Präferenzen es sich handelt – in aller Regel (widerlegbar) angenommen, dass bestimmte Präferenzen im Durchschnitt von allen Menschen verfolgt werden: so etwa wird eine Überlebenspräferenz angenommen, ebenso wie eine Präferenz für Geld. Zwar kann die

8 Vgl. McFadden (2005).

9 Zu den Begriffen des schwachen und starken Paternalismus: Dworkin (2005): „A weak paternalist believes that it is legitimate to interfere with the means that agents choose to achieve their ends, if those means are likely to defeat those ends. So if a person really prefers safety to convenience then it is legitimate to force them to wear seatbelts. A strong paternalist believes that people may be mistaken or confused about their ends and it is legitimate to interfere to prevent them from achieving those ends."

10 Mill (1974), S. 132.

11 Mill (1974), S. 132 redet nur von der Gefahr des Inswasserfallens, dies ist aber hier unerheblich.

12 Ausführlich Heap/Hollis/Lyons/Sugden/Weale (1997), S. 4ff.

individuelle Entscheidung oder Wahl nicht immer auf entweder als „irrational“ beurteilte Präferenzen oder auf Defizite bei der Verfolgung der „rationalen“ Präferenzen zurückgeführt werden. Dies hindert aber nicht daran, diese Gründe für Paternalismus konzeptionell zu unterscheiden.

Durch die Experimente der Verhaltensökonomik und der kognitiven Psychologie, die seit etwa fünfundzwanzig Jahren in Kollaboration von Ökonomen und Psychologen erfolgen, werden die klassischen Rationalitätsannahmen in Frage gestellt.[13] In vielen Lebensbereichen fehlen den Menschen klare und wohlgeordnete Präferenzen. Ihre Wahlhandlungen hängen u.a. vom Darstellungsrahmen, den Wahrnehmungsmöglichkeiten und dem Fluss der Informationsgenerierung ab. Menschen prognostizieren nicht gemäß statistischen Regeln, sie verwenden Heuristiken, die zu groben Fehlleistungen führen, sie zeigen Präferenzumkehr auf, sie haben keine transitive Präferenzordnung (d.h. sie ziehen die Alternative A der Alternative B und B C vor, aber präferieren C über A), leiden an Problemen von Selbstkontrolle und entscheiden anders, je nach Darstellung eines Entscheidungsproblems.

Hier ist von Interesse, dass Anomalien nicht fest vorgegeben sind, sondern vielmehr von spezifischen Gegebenheiten (Situationen und Restriktionen, also auch Recht) abhängen. Anomalien verursachen den Menschen, die ihnen unterliegen, Kosten (i.w.S.), weshalb ein Anreiz besteht, diese Anomalien zu reduzieren (Lerneffekt).[14] Lerneffekte können provoziert und induziert werden durch verschiedene paternalistische Mittel. Wichtig ist hier, dass Anomalien variabel sind und u.a. von den institutionellen Bedingungen und somit auch vom Recht beeinflusst werden können. *Recht stellt ein wichtiges Instrument der Anomalienreduktion dar*. Recht und Anomalien sind interdependent.[15] Einige der Anomalien, die Gegenstand der verhaltensökonomischen Forschung sind, werden im Folgenden exemplarisch dargestellt.[16] Es handelt sich dabei um die Anomalien, die insbesondere von den Vertretern der verhaltensökonomischen Theorie des Rechts behandelt werden, d.h. Schwächen der Kognition und begrenzte Willensstärke.[17]

---

13 Zu einer kurzen Übersicht, siehe Camerer (1999).

14 Eichenberger/Frey (1993), S. 57 sprechen primär von den individuellen Anreizen, Anomalien zu reduzieren: „Individuen unterliegen Anomalien keineswegs zwangsläufig. Je höher die Ressourcenaufwendung der Ausbeuter und je mehr Anomalienfallen aufgestellt werden, desto höher sind die Anreize, anomales Verhalten zu vermeiden (...) und/oder die Schadensfolgen zu reduzieren.“ Hierzu gibt es zwei Anmerkungen zu machen: erstens: Individuen sind sich häufig der Anomalie gar nicht bewusst und zweitens sind sie häufig auch nicht in der Lage zu lernen, insbes. wenn es nicht um Begebenheiten des täglichen Lebens geht. Zu dem Anomalien abmildernden Effekt des Lernens, siehe Eichenberger/Frey (1993), S. 64. Zu dem Effekt der Selbstbindung zur Reduktion von Anomalien, siehe Schelling (1996), S. 251.

15 Siehe dazu auch Eichenberger (1992), S. 149ff. und Eichenberger/Frey (1993), die generell auf die Interdependenz zwischen Institutionen und Anomalien eingehen. Siehe zu einer Übersicht der empirischen Forschung Bowles (1998), S. 75 und sowie speziell zu der Art, wie Umweltpolitik die Umweltschutzpräferenzen beeinflusst Sunstein (1993), S. 217.

16 Zu einer umfassenden Übersicht, vgl. Englerth (2004)sowie van Aaken (2003), S. 82-107, allerdings beide mit Fokus auf das materielle Recht.

17 Zusätzlich zu den hier behandelten Anomalien ist die Forschung zum begrenzten Eigennutz und Fairnesspräferenzen prominent; sie soll hier aber nicht behandelt werden. Zu einer Kurzübersicht vgl. Rachlinski (2003), S. 1170ff. und die genannte Literatur in Fn. 7.

1. Kognitive Schwächen

In dem Standardmodell der rationalen Wahlhandlung, dem Erwartungsnutzen-Konzept,[18] wird angenommen, dass Präferenzen unabhängig sind von der Situation, in der sie offenbart werden und dass daher die Beschreibung und Darstellung der Entscheidungsalternativen keinen Einfluss auf die Entscheidung ausüben. Dies ist aber nicht der Fall. Der sog. „Framing-Effekt“ oder „Wording-Effekt“ widerspricht dem Unabhängigkeitsaxiom, das besagt, dass Präferenzen unabhängig von der Darstellung oder Wortwahl stabil sind. Der Effekt liegt vor, wenn logisch äquivalente Darstellungen einer Situation bei Individuen aufgrund der konkreten Beschreibung der Entscheidungssituation zu unterschiedlichen Wahlhandlungen führen. Typischerweise fallen die Entscheidungen anders aus, je nachdem, ob die Situation negativ oder positiv dargestellt wird; dies gilt sowohl bei Entscheidungen, die mit Unsicherheit behaftet sind als auch bei sicheren Entscheidungen.[19] Eindrückliches Beispiel sind die Entscheidungen bei ärztlichen Eingriffen. Das Standardmodell würde voraussagen, dass unabhängig von der Darstellung immer die sicherste Therapiemethode von den Patienten gewählt würde. Sterberaten können sprachlich als entgangene Gewinne bzw. Verluste dargestellt werden. Wenn eine relativ sichere Therapiemethode – im Vergleich zu einer anderen, unsicheren – mit Sterberaten (d.h. als möglicher Verlust), anstatt als Überlebenschance (d.h. als möglicher Gewinn) und die unsicherere Methode als Überlebenschance dargestellt wird, so wird die unsichere Methode der sicheren vorgezogen.[20] Kurz: die Beschreibung einer Entscheidungssituation kann zur objektiv falschen Entscheidung des Patienten führen (wird eine Überlebenspräferenz angenommen). Diesem „Framing-Effekt“ unterliegen interessanterweise nicht nur die Patienten und ihre Angehörigen, sondern auch Ärzte, also Experten.[21] Obwohl das Mill´sche Brückenbeispiel keine identische Entscheidungssituation enthält, kann hier der „Framing-Effekt“ beispielhaft dargestellt werden: Unterstellt, dass der Wanderer überleben möchte, kann es entscheidungsbeeinflussend sein, ob der Warner beispielsweise sagt „Die Brücke stürzt mit 60%iger Wahrscheinlichkeit ein“ oder ob er sagt „Die Brücke hält mit 40%iger Wahrscheinlichkeit.“ Kurz: Informationsangaben sind nie neutral. „Framing-Effekte“ verursachen eine Fokussierung des Individuums auf bestimmte Charakteristiken eines Problems oder einer Situation und damit einhergehend bestimmte Entscheidungen. Die Ent-

---

18 Vgl. Becker (1976); Becker (1996). In der Erwartungsnutzentheorie setzt sich der erwartete Nutzen einer Handlungsalternative X aus den Summen der mit den Wahrscheinlichkeiten p gewichteten Nutzen u aus den einzelnen möglichen Handlungsergebnissen x zusammen. Die Erwartungsnutzenhypothese ist zu allererst ein normatives Modell; sie wird jedoch von Ökonomen oftmals in ihren deskriptiven Modellen als Annahme zugrunde gelegt.

19 Die sog. „prospect theory“ stellt – auf der Grundlage vieler Experimente – die These auf, dass Menschen verlustavers sind, d.h. sie haben eine asymmetrische Einstellung zu Gewinnen und Verlusten (sog. Verlustaversion). Sie schöpfen weniger Nutzen aus Gewinnen als aus nicht realisierten Verlusten, mit anderen Worten: Der Nutzen aus dem Gewinn von Euro 100 ist geringer als der Nutzenverlust aus dem Verlust von Euro 100. Dies ist ein Unterschied zur Risikoaversion, die völlig rational sein kann, wenn sie nur konsistent auf jedem Niveau ist. Bei der Verlustaversion dagegen wird Risiko nicht konsistent gemessen. Menschen gehen weniger Risiken ein, die in Verlusten resultieren könnten, als sie als rationale Erwartungsnutzenmaximierer sollten. Kahnemann/Tversky (1979); Tversky/Kahnemann (1991); Kahnemann (2003), S. 703 sowie Druckmann (2004) mit einer Beschreibung der Experimente und weiteren Nachweisen.

20 Dieses Ergebnis ist auch kompatibel mit der „prospect theory“. Siehe dazu näher Rabin (1998), S. 36f. mit Darstellung der Experimente und w.N. Siehe die Experimente mit Medizinstudenten bei Tversky/Kahnemann (1981) und Tversky/Kahnemann (1987).

21 Vgl. Druckmann (2004).

scheidung kann also je nach Darstellung durch Außenstehende beträchtlich beeinflusst werden.[22] Diese Erkenntnis ist für das Recht außerordentlich interessant, denn damit kann durch die Darstellung der Entscheidungssituation auf die Entscheidungen der Menschen signifikant Einfluss genommen werden.

Der Framing-Effekt hängt auch mit dem sog. Referenzpunkt zusammen, dessen Wahl oder Festlegung individuelle Entscheidungen beeinflusst. Der Unterschied zur klassischen Erwartungsnutzentheorie liegt darin, dass Gewinne und Verluste und damit Nutzen und Kosten nicht absolut, sondern nur in Bezug auf einen Referenzpunkt wahrgenommen werden.[23] Dies ist in zweierlei Hinsicht erheblich. Zum einen stellt sich die Frage, welche Situationen oder Ereignisse den Referenzpunkt bestimmen und zum anderen stellt sich die Frage, wie sich ein Referenzpunkt ändert. Denn Menschen reagieren mithin mehr auf einen Wechsel der Situation als auf ein absolutes Niveau. So fühlt sich eine Temperatur anders an, je nachdem ob man aus einem warmen oder kalten Raum kommt. Dieses Phänomen findet sich nicht nur physisch, sondern auch psychisch. Primärer Nutzenträger sind daher Ereignisse in einem dynamischen Prozess, nicht Zustände.[24] Aus juristischer Perspektive ist zunächst von Interesse, wie der Referenzpunkt bestimmt wird, da Menschen auch in kommunikativen Situationen ihre Entscheidungen maßgeblich auf den Referenzpunkt stützen. In aller Regel findet eine Orientierung am *status quo* oder am gegenwärtigen Vermögenszustand statt. Auch richterliche Entscheidungen oder durch das Gesetz zugewiesene Rechte oder Ansprüche können den Referenzpunkt bestimmen. Aber auch durch Erwartungen und Ansprüche wird der Referenzpunkt beeinflusst (sog. „aspirational level“). Bislang hat sich die Forschung auf die Frage konzentriert, inwieweit rechtliche Ansprüche oder richterliche Entscheidungen den Referenzpunkt statisch bestimmen. Keine Beachtung fand dagegen die Frage, inwieweit in einem deliberativen rechtlichen Verfahren, welches ja prozesshaft und dynamisch auf die Präferenzen und Kognitionen einwirkt, eine Änderung des Referenzpunktes herbeigeführt werden kann.

Mit der Referenzpunktbestimmung hängt auch der sog. Ausstattungseffekt bzw. Besitzeffekt („endowment effect“) zusammen.[25] So bewerten Individuen Güter, die sich schon in ihrem Besitz befinden – *ceteris paribus* – höher als Güter, die sich noch nicht in ihrem Besitz befinden, d.h. der Preis, der ihnen für die Besitzaufgabe gezahlt werden müsste ist deutlich höher als der, den sie selbst für den Besitz zu zahlen bereit wären.[26] Mit anderen Worten: Menschen, die über ein Gut (im ökonomischen Sinne) verfügen (auch ohne volle Eigentumsrechte daran zu haben), äußern eine höhere Zahlungsbereitschaft für dieses Gut als Menschen, die darüber (noch) nicht

22 Dem verwandt ist das Phänomen der Musterwahrnehmung. Wenn Menschen Entscheidungen treffen müssen, dann fällen sie sie im Zusammenhang mit einem Muster, welches die Struktur der Entscheidungssituation wiedergibt. Wichtig für die „richtige“ Entscheidung ist die Wahl des „richtigen“ Musters. Wenn Menschen gemäß dem richtigen „Muster“ entscheiden, unterliegen sie Anomalien weniger oder gar nicht. Siehe dazu Kirchgässner (1991), S. 148f.

23 Kahnemann/Tversky (1979) sowie Tversky/Kahnemann (1981).

24 Dies war eine zentrale These der „prospect theory“, vgl. dazu Fn. 19.

25 Ausführlich und die Experimente zusammenfassend, Kahnemann/Knetsch/Thaler (1990).

26 Kahnemann/Knetsch/Thaler (1990), S. 1329-1342.

verfügen. Der Effekt wirkt dabei umso stärker, je länger die Güter bereits im Besitz waren.[27] Hier ist zu vermuten, dass dieser Effekt direkt auf die Präferenzen der Menschen einwirkt.

Ein weiterer wichtiger Punkt ist die ungenügende Fähigkeit der Individuen, sich ein objektives Bild der Realität zu formen. Systematisch verzerrte Informationsaufnahme fördert auch die verzerrte Wahrnehmung der Realität. Zu diesen Phänomenen gehört das sog. Verankern („anchoring“). Es bedeutet, dass Individuen die Einschätzung von für eine Entscheidung relevanten Daten aufgrund eines Anfangspunktes, etwa einer zuerst erlangten Information, anstellen.[28] Dieser Anfangspunkt kann durch die anfängliche Darstellung einer Information beeinflusst werden: Verschiedene Anfangspunkte generieren verschiedene Schätzungen, die dadurch parteiisch oder verzerrt sind.[29] Dies kann ebenfalls dazu führen, dass Menschen, wenn sie einmal eine Information aufgenommen haben, unaufmerksam werden für Informationen, die der alten Information widersprechen oder sie auch gar nicht mehr wahrnehmen bzw. die neue Information falsch gewichten oder derart interpretieren, dass sie die aufgrund der zuerst erhaltenen Information gebildete Meinung unterstützt.[30] Die zeitliche Reihenfolge des Informationsempfangs beeinflusst somit die Gesamtwirkung der Information.

Rationale Individuen maximieren ihren *erwarteten* Nutzen.[31] Dies beinhaltet auch, dass sie ihre subjektive Wahrscheinlichkeitserwartung gemäß den Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung kalkulieren sollten.[32] Dies setzt voraus, dass sie die für ihre Handlungen relevanten Risiken einschätzen können. Auch hier zeigen sich häufig Anomalien. Diese sind für das Recht immer dann relevant, wenn Menschen in einer rechtlichen Situation mit Wahrscheinlichkeiten ungewisser Ereignisse umgehen müssen, was der Regelfall ist. Die Einschätzung von kleinen Wahrscheinlichkeiten ist problematisch;[33] diese werden systematisch vernachlässigt, insbesondere bei Verlustrisiken.[34] Der Nutzen von Sicherheit und sicheren Ergebnissen wird stärker gewichtet als der Nutzen mit sehr hohen Wahrscheinlichkeiten, d.h. unsicheren Ereignissen, obwohl sie aber den gleichen *Erwartungs*nutzen haben („*Sicherheitseffekt*“). Zudem gibt es eine sog. „*Ambigui-*

---

27 Eichenberger/Frey (1993), S. 58.

28 Joyce/Biddle (1981) beobachteten diesen Bias bei Wirtschaftsprüfern. Dabei wurde eine Gruppe gefragt, ob sie glauben, dass Betrug von Managementmitgliedern in mehr als zehn von tausend Unternehmen stattfindet und eine andere Gruppe, ob er in mehr als zweihundert von tausend Unternehmen stattfindet. Als sie die Anzahl schätzen sollten, gab die „Zweihunderter“-Gruppe erheblich höhere Zahlen an als die „Zehner“-Gruppe.

29 Tversky/Kahnemann (1974), S. 1128.

30 Eichenberger (1992), S. 25 und Rabin (1998), S. 26, 29, beide m.w.N.

31 Vgl. Heap/Hollis/Lyons/Sugden/Weale (1997). (Grundlegend zu Entscheidungen unter Unsicherheit, siehe Neumann/Morgenstern (1947).

32 Objektive Wahrscheinlichkeiten entsprechen vergangenheitsbezogenen (statistischen) Auswertungen, die auf die Zukunft projiziert werden, wobei es sich jeweils um Wahrscheinlichkeitsfunktionen handelt, die eine externe Realität repräsentieren. Subjektive Wahrscheinlichkeiten, die entweder als Grade der Überzeugung oder als relative Häufigkeiten zu interpretieren sind, erlauben in weitaus geringerem Maße eine "Vorhersage" der Zukunft als objektive Wahrscheinlichkeiten. Insbesondere verfügen die Individuen nur über unzureichende Information. Dies allein ist allerdings streng genommen nur ein Informationsproblem, keine Irrationalität. Unter Ökonomen ist strittig, ob Abweichungen vom Erwartungsnutzentheorem und die Verzerrung von Wahrscheinlichkeiten tatsächlich „Irrationalitäten“ darstellen. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn den Modellen normativer Status eingeräumt würde. Ich danke Martin Hellwig für diese Klarstellung. Vgl. dazu auch Heap/Hollis/Lyons/Sugden/Weale (1997), S. 349.

33 Zu dem Phänomen des „law of small numbers“, siehe Rabin (1998), S. 24ff.

34 Ibid. und Eichenberger (1992), S. 16ff.

tätsaversion“, d.h. Individuen sind dann besonders risikoavers, wenn die Wahrscheinlichkeiten nicht genau angegeben werden. Der Warner bei Mills Brückenbeispiel mag daher die objektive Wahrscheinlichkeit des Einsturzes der Brücke für den Spaziergänger unbeabsichtigt überbetonen, wenn er einfach nur sagt, dass die Brücke gefährlich sei.

Zudem verlassen sich Individuen zu stark auf augenfällige und hervorstechende Merkmale oder Ereignisse zur Schätzung der Wahrscheinlichkeiten (*„availablity bias*“) und vernachlässigen dabei die Grundwahrscheinlichkeit, nur weil ein bestimmtes Ereignis frischer im Gedächtnis oder weil es „sichtbarer“ ist. So werden beispielsweise die Wahrscheinlichkeiten von seltenen Todesursachen systematisch überschätzt, weil ihnen größere Aufmerksamkeit zuteil wird, etwa durch die Medien. Ebenso ist es bei Unfällen, Umweltkatastrophen oder Terroranschlägen, die bewirken, dass die Wahrscheinlichkeiten dieser Katastrophen systematisch überschätzt werden. Andererseits werden Risiken, die hohe Wahrscheinlichkeiten aufweisen und wenig spektakulär sind, unterschätzt. Bekannt ist dies bei Autounfällen.

Weiterhin von Interesse ist der sog. Überoptimismus.[35] Viele empirische Studien zeigen, dass Menschen im Durchschnitt übermäßiges Vertrauen in die Zukunft und ihre eigenen Vorhersagen in die Zukunft haben. Dies betrifft sowohl ihre eigene Situation und ihre eigenen Fähigkeiten als auch ihre Einschätzung der Kontrolle, die sie über eine Situation haben („illusion of control“). Bekannt ist dies insbesondere im Autoverkehr, aber auch im Kontext von Drogenabhängigkeiten gewinnt dies Bedeutung.[36] Im Kontext von Konfliktsituationen bedeutet dies etwa, dass regelmäßig die Gewinnchancen in einem Gerichtsverfahren überschätzt werden.

2. Willensschwäche

Probleme der Selbstkontrolle, also zeitinkonsistentes Verhalten, ist, wird das formale Rationalitätsmodell zugrunde gelegt, keine Anomalie im engeren Sinne, da immer nur die Rationalität einer Entscheidung in *einem* Zeitpunkt betrachtet wird. Dennoch ist die Paternalismusdiskussion gerade auf solche Phänomene konzentriert: Paternalismus im Recht findet sich gerade in diesem Bereich der Willenschwäche. Zeitinkonsistentes Verhalten ist experimentell gut untersucht. In dem Standardmodell der Theorie der rationalen Wahl wird angenommen, dass Menschen *eine* Nutzenfunktion haben. Auch werden Kosten und Nutzen in der Zukunft mit einer *vernünftigen* Rate abdiskontiert und zwar immer in demselben Maße. Dies bedeutet, dass die Differenz zwischen dem Nutzen einer Belohnung (oder den Kosten einer Strafe) heute gegenüber morgen *pro rata temporis* dieselbe ist wie die zwischen heute und morgen jeweils in einem Jahr. Ebenso wird angenommen, dass die Diskontrate konstant und unabhängig von der Problemstellung ist. Ebenso spricht Mill davon, dass Freiheit darin besteht, dass zu tun, was man will;[37] *wann* man

35 Vgl. zu einem Überblick Weinstein (1980), verfeinert Helweg-Larsen/Shepperd (2001) sowie Korobkin (2005) für den Mediationskontext.

36 Vgl. Bernheim/Rangel (2005), S. 52, die als Beispiel eine Umfrage bei High-School Schülern anführen, bei der 56% der befragten Raucher angaben, in fünf Jahren nicht mehr zu rauchen, während tatsächlich nur 31% nach fünf Jahren aufgehört hatten zu rauchen.

37 Mill (1974), S. 132.

etwas will, wird nicht thematisiert. Im Widerspruch dazu stehen Experimente,[38] die zeigen, dass die Menschen stark abfallende Diskontraten haben. Dieses sog. „*hyperbolic discounting*“ führt zu zeitinkonsistentem Verhalten – ein Ausdruck von Willensschwäche.[39] Dies bedeutet, dass es eine große Ungeduld bezüglich der zeitlich nahen Belohnung gibt (und eine starke Abneigung gegen unmittelbar bevorstehende Strafen). Wenn jemand am 1. April gefragt wird, ob er fünf Stunden Arbeit am 1. Juni oder acht Stunden Arbeit am 2. Juni vorzieht, so wird er die fünf Stunden am 1. Juni bevorzugen. Anders ist es dann aber am 1. Juni selbst: dann ziehen die meisten Menschen die acht Stunden Arbeit am 2. Juni vor.[40] Hier ist die Präferenzordnung über Paare (Arbeit am 1.6., Arbeit am 2.6.), die am 1.4. geäußert wird, ist nicht identisch mit der, die am 1.6. geäußert wird.[41]

Bekannt sind auch die Beispiele des Überessens und des Rauchens.[42] Offensichtlich gibt es (mindestens) zwei verschiedene Arten von (möglicherweise inkonsistenten) Präferenzen, die Menschen zu Eigen sind, nämlich kurz- und langfristige Präferenzen.[43] Kurzfristige Präferenzen können den *langfristigen* Präferenzen widersprechen. Dies erlaubt es zwar, die langfristige Perspektive als die Wohlfahrtspräferenz zu werten und die kurzfristige Perspektive als „falsche“ Wahl, aber diese Differenzierung ist sehr missbrauchsanfällig und vernachlässigt zudem den Nutzen aus der autonomen Wahl.[44] Menschen können aber Mechanismen der Selbstbindung entwickeln, um ihre Willensschwäche auszugleichen.[45] Auch das Recht kann Instrumente und Anreize bieten, die Willensschwäche der Menschen auszugleichen bzw. ihnen bei ihren Selbst-

---

38 Siehe O´Donoghue/Rabin (1999) m.w.N. sowie mit den verschiedenen Begriffen, die für dieses Phänomen verwendet werden. Siehe ausführlich dazu auch Ainslie (2005).

39 Eichenberger/Frey (1993), S. 57 verdeutlichen die möglichen Kosten für Menschen mit intransitiven Verhaltens an dem Beispiel eines Anlageberaters, der versuchen kann, dieses intransitive Verhalten auszubeuten. Umtauschrechte, Wahlmöglichkeiten und Rückkäufe, die jeweils Courtagen des Beraters anfallen lassen, werden von Menschen mit intransitiven Präferenzen wahrgenommen, weil sie ihre Anlageentscheidungen häufig revidieren.

40 Dieses Beispiel stammt aus O´Donoghue/Rabin (1999), S. 103, wo sich auch eine formale Darstellung dieses zeitinkonsistenten Verhaltens finden lässt. Die Autoren differenzieren weiterhin zwischen „sophisticated“ Menschen, die vorhersehen, dass sie Probleme mit der Selbstkontrolle haben und „naiven“ Menschen, die es nicht vorhersehen. Dazu ebenfalls ausführlich mit Bezug auf neuere neurowissenschaftliche Forschung bei Drogenabhängigkeiten Bernheim/Rangel (2005), 35ff.

41 Allerdings hat dieser Befund das Problem, dass die am 1.4. die geäußerte Präferenzordnung rein hypothetischer Natur ist. Um Zeitinkonsistenz wirklich nachzuweisen, bräuchte man ein Experiment, bei dem man die Person am 1.4. entscheiden lässt, ob sie am 1.6. 5 Stunden oder am 2.6. 8 Stunden arbeiten wollen, um z.B. 1000 Euro zu verdienen. Wenn man ihnen dann am 1.6. die Möglichkeit gibt, die getroffene Entscheidung zu revidieren, z.B. indem sie am 2.6. 8 1/2 Stunden arbeiten, dann hat man die Inkonsistenz wirklich nachgewiesen. Ich danke Martin Hellwig für diesen Hinweis.

42 Siehe grundlegend zu dem Problem der Selbstbindung bei Widersprüchen zwischen kurz- und langfristigen Präferenzen Elster (1984). Siehe zu diesem Problem auch Schelling (1984), S. 83-112.

43 Die langfristigen Präferenzen sind diejenigen, gemäß derer sich das Individuum gerne handeln sähe. Siehe dazu Schelling (1996) und Thaler (1991), Teil II. Sen (1977) spricht von ganzen Hierarchien in der Präferenzordnung und sog. Metapräferenzen, die die Präferenzordnung moralisch ordnen, d.h. das Individuum ist in der Lage, Präferenzen über seine Präferenzen zu haben: es kann seine Präferenzen reflektieren.

44 Wird die Wohlfahrt des Individuums als β bezeichnet, so wäre dann bei der langfristigen Perspektive $\beta = 1$ und die kurzfristige Wahl würde nur $\beta < 1$ erreichen, mithin also unter dem angestrebten Wohlfahrtskriterium bleiben. Hier ist allerdings zu kritisieren, dass hier nur der Wohlfahrtsnutzen, nicht aber der Nutzen aus der autonomen Entscheidung in die Gesamtwohlfahrt eingeht. Vgl. dazu ausführlich auch Bernheim/Rangel (2005), S. 4.

45 Zu einem Modell des homo oeconomicus, in dem die Präferenzen in Abhängigkeit der Willensstärke endogenisiert werden Cooter (1998), S. 903.

bindungsbemühungen zu helfen.[46] Bildlich gesprochen würde das Recht Odysseus das Seil reichen, um sich an den Mast zu binden.

Zusammenfassend und zugespitzt lässt sich festhalten, dass gemäß der psychologischen Forschung Menschen weder stabile Präferenzfunktionen haben, noch ihren Nutzen einschätzen können und sie nur begrenzte Urteilsfähigkeit und Willensstärke haben. Dies stellt nicht nur die Konsumentensouveränität, sondern auch die „Bürgersouveränität" in Frage. Wie kann und sollte das Recht damit umgehen? Öffnen gerade die Erkenntnisse der begrenzten Rationalität einem überbordenden Paternalismus Tür und Tor?

III. Paternalismusbegriffe

Sucht man nach dem Begriff des Paternalismus in Lexika, so ergeben sich ganz unterschiedliche Definitionen.[47] Im Fremdwörterbuch des Duden etwa wird Paternalismus als „das Bestreben andere zu bevormunden, zu gängeln"[48] definiert. Gemäß der Stanford Encyclopedia of Philosophy ist Paternalismus "*the interference of a state or an individual with another person, against their will, and justified by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm. The issue of paternalism arises with respect to restrictions by the law such as anti-drug legislation, the compulsory wearing of seatbelts, and in medical contexts by the withholding of relevant information concerning a patient's condition by physicians. At the theoretical level it raises questions of how person's should be treated when they are less than fully rational.*"[49] Wilhelm von Humboldt als liberaler Staatsdenker zeigt, ohne Paternalismus explizit zu definieren, schon eine Art des liberalen Paternalismus auf: „*Die einzige Art beinah, auf welche der Staat die Bürger belehren kann, besteht darin, dass er das, was er für das Beste erklärt, gleichsam das Resultat seiner Untersuchungen, aufstellt und entweder direkt durch ein Gesetz oder indirekt durch irgendeine die Bürger bindende Einrichtung anbefiehlt oder durch sein Ansehn und ausgesetzte Belohnungen oder andre Ermunterungsmittel dazu anreizt oder endlich es bloß durch Gründe empfiehlt; aber welche Methode er von allen diesen befolgen mag, so entfernt er sich immer sehr weit von dem besten Wege des Lehrens. Denn dieser besteht unstreitig darin, gleichsam alle mögliche Auflösungen des Problems vorzulegen, um den Menschen nur vorzubereiten, die schicklichste selbst zu wählen, oder noch besser, diese Auflösung selbst nur aus der*

46 So erlauben etwa manche US-Bundesstaaten Glücksspielern, sich selbst von den Kasinos auszuschließen, in dem sie ex ante eine Zutrittsverweigerung unterschreiben, vgl. Bernheim/Rangel (2005), S. 48.

47 Zu einer zusammenfassenden Diskussion des Begriffs und der Formen des Paternalismus in der philosophischen Literatur, siehe Möller (2005), S. 15-18.

48 Duden, Das Fremdwörterbuch Bd. 5, 1982.

49 Dworkin (2005); konzeptualisiert bedarf es drei Bedingungen: "X acts paternalistically towards Y by doing (omitting) Z: Z (or its omission) interferes with the liberty or autonomy of Y. X does so without the consent of Y. X does so just because Z will improve the welfare of Y (where this includes preventing his welfare from diminishing), or in some way promote the interests, values, or good of Y." Offener insoweit die Definition des Oxford English Dictionary: „The policy or practice of restricting the freedoms and responsibilities of subordinates or dependants in what is considered or claimed to be their best interests."

gehörigen Darstellung aller Hindernisse zu erfinden.“[50] Humboldt sieht dabei die Aufgabe des Rechts in diesem Punkte darin begründet, dass es die Menschen auf eine wohlinformierte Entscheidung vorbereitet, ihnen aber die letztliche Wahlentscheidung überlässt: Wahlhilfe, nicht Abnahme der Wahl oder Wahlverbote sind damit die Humboldtschen Mittel der Rechtspolitik.[51] In dieselbe Richtung stoßen nun Vertreter der verhaltensökonomischen Theorie des Rechts, wie etwa *Sunstein* und *Thaler*. Sie definieren eine Politik als paternalistisch,*”if it attempts to influence the choices of affected parties in a way that will make choosers better off.*“[52] Deutlich wird bei den beiden letzteren, dass sie nicht von einem vollständig rationalen Individuum ausgehen, welches immer seinen Nutzen kennt. Vielmehr setzen beide einen zumindest teilweise objektiven Nutzenbegriff (Wohlfahrtskriterium) voraus, wobei allerdings unklar bleibt, wie dieser definiert ist, und nehmen an, dass Individuen die Wahrnehmung des eigenen Nutzens in bestimmten Umständen ermöglicht werden soll. Ein solcher weiter Begriff des Paternalismus kann als freiheitsfördernder Paternalismus verstanden werden, wenn denn tatsächlich ein solcher Paternalismus nur die Wahrnehmung des subjektiven Nutzens ermöglicht, aber keine Ergebnisse vorgibt.

Die Verhaltensökonomik hat das Verdienst, genauer bestimmen zu können, (1) wann Präferenzbeeinflussung vorliegt und (2) wo Fehler bei der Verfolgung der bestehenden Präferenzen vorliegen. Werden die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik akzeptiert, d.h. wird angenommen, dass (1) die individuellen Präferenzen manchmal unklar sind und qua Ausstattungseffekt, Framing-Effekte, Anfangspunkte und den *status quo* durch Rechtsnormen überhaupt erst geformt werden, so ist Paternalismus, verstanden als Einfluss auf Präferenzen gar nicht erst zu vermeiden: Vertrags- oder Deliktsrecht etwa legen Referenzpunkte fest und bestimmen den *status quo*, der damit auch die Entscheidung der Individuen beeinflusst, wenn der Ausstattungseffekt spielt. Paternalismus muss daher nicht immer Zwang oder Verbot bedeuten – vielmehr kann etwa die Festlegung eines Anfangspunktes bereits Paternalismus im Sinne von Entscheidungsbeeinflussung die Wahl in die Richtung lenken, die erwünscht ist. Die Verhaltensökonomik kann (2) darüber informieren, unter welches Umständen kognitive Defizite und daher Fehler bei der Entscheidungsfindung auftreten.

Gleichzeitig mit der Ausdehnung und Differenzierung des Paternalismusbegriffes, kommen andere Mittel des Paternalismus in den Blick. Hier muss dann zwischen Zweck (Präferenzbeeinflussung oder Ausgleich von Entscheidungsfehlern), der Entscheidung vorgeschalteten Verfahren und Ergebnis der Entscheidung unterschieden werden. Diese Differenzierung erfolgt in der Paternalismusdiskussion zu selten.

---

50 Humboldt (1967), S. 33. Auch Mill (1974), S. 113f. gesteht der Gemeinschaft daher nur die Erziehung und Bildung im Kindesalter zu, um zu versuchen die Menschen „zu vernünftigem Verhalten im Leben tauglich (zu) machen.“

51 Zum Bruch mit dem Wohlfahrtsprinzip in der Staatstheorie durch Humboldt, siehe Hillgruber (1992), S. 44ff.

52 Sunstein/Thaler (2003), S. 1162.

IV. Rechtliche Mittel des Paternalismus

So verstandener staatlicher Paternalismus kennt vielerlei Mittel, von denen die wichtigsten hier vorgestellt werden sollen. Sie beziehen sich nicht nur auf konkrete Entscheidungssituationen, sondern auch auf anderes edukatorisches Staatshandeln,[53] welches nicht erst auf konkrete Entscheidungssituationen, sondern bereits auf die Formung der Präferenzen zielt. Behandelt werden im Folgenden Wahlverbote und -gebote, isolierte Wahlhilfen und kommunikative Wahlhilfen. Unter Wahl wird die Möglichkeit der Individuen verstanden, aus verschiedenen Handlungsalternativen zu nicht prohibitiven Kosten auszuwählen.

1. Wahlverbote und Wahlgebote

Wahlverbote sind das stärkste paternalistische Mittel, da die Wahlmöglichkeit der Individuen auf Null reduziert wird und damit der gravierendste Eingriff in Freiheitsrechte vorliegt. Mögliche Handlungsalternativen werden verboten, was bedeutet, dass das Individuum entweder gar keine Wahlmöglichkeit hat oder aber – bei Wahl der verbotenen Alternative – Gefahr läuft, mit hohen Kosten belegt zu werden. Wahlverbote sind ergebnisorientiert in dem Sinne, dass dem Individuum die Entscheidung abgenommen wird, nicht aber eine rationalere Entscheidung gefördert wird. Die Entscheidung des Individuums ist daher binär vorgeformt, wobei die unerwünschte Alternative nicht gewählt werden soll (Konsumverbot). Gängige Beispiele sind etwa Drogenverbote, die Helmpflicht oder auch die Gurtpflicht in Fahrzeugen.[54] Zwar können die Individuen sich immer noch für die verbotene Alternative entscheiden, aber die zu erwartenden Kosten dafür sind sehr bis prohibitiv hoch. Dies gilt unabhängig davon, ob nur eine kognitive Schwäche ausgeglichen werden soll oder ob das Verbot gegen einen geformten, reflektierten Willen ergeht. Auch Wahlgebote, bei denen eine erwünschte Alternative vorgeschrieben ist, wie etwa Zwangssparen, also alle Arten von Sozialversicherungspflicht, gehören hierzu, da es keine Möglichkeit gibt, aus dem System auszuscheiden. Zwecksetzung[55] ist hier zumeist der Ausgleich bekannter Zeitinkonsistenzen und Willensschwäche.

53 So der Titel von Lüdemann (2004). Er hält auch edukatorisches Staatshandeln nur in engen Grenzen für rechtlich zulässig. Denn die Einwirkung auf Individualmoral und Sozialmoral der Individuen zu Steuerungszwecken kann faktisch ein erheblicher Eingriff sein. Nach der hier gewählten Definition des Paternalismus ist dies aber für unsere Fragestellung nicht relevant, da nicht der Schutz des Individuums vor sich selbst in Frage steht.

54 Hier ist das Regulierungsziel allerdings zweideutig: Nicht nur der Schutz des Individuums vor sich selbst, sondern auch der Schutz der Gesellschaft vor den Kosten, die durch die Selbstschädigung anfallen, kann Ziel sein.

55 Neben der Individualvorsorge, die über ein Kapitaldeckungsverfahren (Riesterrente) funktioniert, kann hier aber auch, bei Umlageverfahren, das Motiv Finanzquellen zu erschließen von Bedeutung sein.

2. Wahlhilfen

Wahlhilfen sind solche Mittel, die die Entscheidung des Individuums gerade nicht vorgeben, sondern vielmehr versuchen, eine aufgeklärte, informierte und rationale Wahl des Individuums zu ermöglichen. Sie können sowohl auf Präferenzformung zielen als auch versuchen soweit als möglich ein rationales Individuum zu generieren, welches vollständig informiert, ohne kognitive Verzerrungen und ohne Willensschwäche seine Entscheidungen gemäß seinen gegebenen Interessen trifft und handelt.

Bei der Wahlhilfe bleibt die Wahlmöglichkeit erhalten: Die autonome Wahl ist erwünscht. Paternalistischen Impetus hat die Wahlhilfe aber dennoch, da eine individuelle Wohlergehenssteigerung durch rationalere Entscheidungen gerade angestrebt wird. Wahlhilfen können nochmals in zwei Arten unterteilt werden. Die erste Form der Wahlhilfe wird hier als isolierte – im Gegensatz zur kommunikativen Wahlhilfe – bezeichnet, da sie nicht auf Kommunikation zielt, um kognitive Defizite auszugleichen, sondern weiterhin das isoliert reflektierende und entscheidende Individuum im Auge hat. Sie ist generalisiert, da die Vorgaben für alle Individuen gemacht werden. Weiterhin ist sie, ebenfalls im Gegensatz zu kommunikativen Wahlhilfe, inhaltlich bestimmt. Der Fluss des Einflusses ist mithin einseitig. Kommunikative Wahlhilfe dagegen gibt nur die Form, aber nicht den Inhalt vor – sie setzt allein auf kommunikative Rationalität und damit auf Interaktivität.

a. Isolierte Wahlhilfe

Der hier als isoliert bezeichneten Wahlhilfe stehen verschiedene Mittel zur Verfügung. Zum ersten kann sie darauf zielen, dem Individuum vollständige und leicht verstehbare Information zu geben. Reine Informationshilfen sind unter paternalistischen Gesichtpunkten selbst bei Mill zulässig. Informationsdefizite oder -asymmetrien sind auch ein anerkannter Marktversagensgrund, weshalb hier staatliche Intervention anerkannt ist, mögliches Staatsversagen aber mit bedacht werden sollte. Informationen tragen nicht nur dazu bei, individuelle Entscheidungen auf eine fundiertere Grundlage zu stellen; sie dienen auch der Bewusstwerdung von Anomalien. Hierunter sind viele Konsumentenschutzbestimmungen, wie etwa Informationspflichten von Vertragspartnern zu fassen, beispielsweise die Pflicht zur Realzinsangabe bei Konsumentenkrediten. Ebenso sind dazu aber Informationskampagnen des Staates zu rechnen, wie etwa die Warnhinweise auf Zigarettenschachteln. Zu betonen ist hier aber, dass es maßgeblich auf die Art der Informationsangaben ankommt. So kann die Warnung in kleinen oder großen Buchstaben oder auch durch Bilder (so in Brasilien) erfolgen. Information, mit anderen Worten, ist niemals neutral. Gerade bei letzteren Warnungen ist zudem die Abgrenzung zur Präferenzformung schwierig. Denn hier wird auch mit edukatorischer Zielrichtung gehandelt. Selbiges gilt für „safer sex“-Kampagnen.

Zum zweiten können Anreize zur Selbstbindung gegeben werden. Hier wird vorausgesetzt, dass die relevanten Informationen bereits vorliegen, aber dennoch zeitinkonsistentes Verhalten durch Willenschwäche nicht von selbst von dem Individuum behoben wird. Die Riester-Rente ist ein

klassisches Beispiel für eine solche Wahlhilfe: es ergeht kein Wahlgebot, wie bei den Sozialversicherungen, vielmehr werden nur die Anreize so gesetzt, dass Menschen dazu gebracht werden sollen, in ihrem wohlverstandenen Interesse zu handeln.[56] Die Wahlfreiheit bleibt erhalten.

Ein weiteres, gut erforschtes Mittel sind sog. vorgegebene Alternativen („Default Rules"). Hier sind Wahlalternativen vorgegeben, etwa die Mitgliedschaft in einer Versicherung, es sei denn, das Individuum entscheidet sich explizit dagegen (oder dafür im umgekehrten Falle). Sie beeinflussen die Präferenzen und Entscheidungen, sind aber durch die Zuweisung von Rechten in jeder Rechtsordnung, etwa durch Vertragsrecht und Deliktsrecht unvermeidlich. Jedes Recht, wenn es dispositiv ist, erlaubt aber ein „opt-out". Der *status quo* der Zuweisung des Rechts beeinflusst aber die Entscheidung, vermutlich durch den Ausstattungseffekt, möglicherweise aber auch durch Trägheit, Entscheidungskosten und Transaktionskosten sowie den „*status quo bias*". Dies wurde empirisch eindrucksvoll in den USA untersucht, insbesondere im Hinblick auf betriebliche Altersvorsorge. Wurde diese, wie in manchen Staaten, als „opt-out" System ausgestaltet, so entschieden sich erheblich mehr Menschen für die betriebliche Altersvorsorge als wenn diese als „opt-in" System ausgestaltet war.[57] Die Zuweisung von Rechten kann daher die Wahl des Individuums immer schon beeinflussen, ohne dass das Ergebnis vorgegeben wird, wenn das Recht insoweit dispositiv ist. Ebenso gibt es beeindruckende Studien über die Anzahl der Organspendewilligen, je nachdem ob ein „opt-in" oder „opt-out" System gewählt wird. Während bei opt-out Systemen die Spendebereitschaft bei über 90% liegt, tendieren sie bei opt-in-Systemen, wie in Deutschland, zu unter 20%.[58]

Es kann auch, drittens, auf eine vorgegebene Alternative ganz verzichtet, aber die Wahl an sich erzwungen werden. Dies würde für die Organspende bedeuten, dass Menschen sich zu einem bestimmten Zeitpunkt für oder gegen die Organspende entscheiden müssen.

Ein weiteres, viertes Mittel sind Bedauernsmechanismen. Sie zielen auf die Ermöglichung der nachträglichen Reflektion einer Fehlentscheidung, die auf einem „Bias" beruhte. Diese geben dem Individuum die Möglichkeit, eine getroffene Entscheidung ohne weitere Kosten zu revidieren. Beispiele hierfür sind etwa das Haustürwiderrufsrecht sowie vorgeschriebene Wartezeiten, etwa bei Ehescheidungen. Ebenso wäre es denkbar, bei bestimmten Vergleichen einen Vergleichsaufschub zu gebieten, um so eine Bedenkzeit zu erlauben.

Alle diese Mittel zielen auf die Ermöglichung einer rationalen Wahl, teilweise indem Präferenzen erst konstruiert werden, teilweise indem sie, bei bestehenden Präferenzen, kognitive Defizite, Willensschwäche und Informationsdefizite ausgleichen. Alle diese Wahlhilfen verbleiben aber dem Modell des einsamen Entscheiders verhaftet. Dieser entspricht aber nur teilweise der Reali-

---

56 Es sei hier angemerkt, dass in Deutschland kollektiv eine erhöhte Sparquote gerade nicht erwünscht sein kann. Dennoch kann, im streng paternalistischen Sinne, die Sparquote zum Schutze des Einzelnen erwünscht sein.

57 Nachweise in Sunstein/Thaler (2003). Gemäß The Economist vom 27. August 2005, 62 gibt es nun auch in Neuseeland und Großbritannien bei der Altersvorsorge Pläne, eben diese Verhaltenswirkungen der vorgegebenen Alternativen zu nutzen.

58 Johnson/Goldstein (2003).

tät. Gerade bei wichtigen Entscheidungen holen Menschen Rat ein – sie suchen von selbst deliberative Verfahren, um mögliche Fehler zu vermeiden. Auch das Recht kann diese Möglichkeit vorsehen, wie im Folgenden dargelegt werden soll.

b. Kommunikative Wahlhilfen

Bislang lag der Schwerpunkt der Forschung zum rechtlichen Ausgleich von Anomalien auf den Wahlverboten und der isolierten Wahlhilfe. Diese Mittel gehen von dem isoliert entscheidenden Robinson aus. Vernachlässigt wurde die Möglichkeit der Milderung von Anomalien durch Verfahren, insbesondere autonomiesichernde deliberative oder kommunikative Verfahren.[59] Kommunikative Lösungen setzen entweder auf die Aktivierung der individuellen Reflektion vor einer Entscheidung (so etwa, wenn bei riskanten Wertpapierkäufen eine Pflicht zur individuellen Aufklärung seitens der Banken statuiert wird[60]) oder auf kommunikative Rationalität bzw. Deliberation[61] (wenn Konsultationen vorgeschrieben werden, etwa im Falle der Schwangerschaftsberatung[62]). Kommunikative Lösungen sind also immer bei interaktiven Situationen möglich, seien es Verträge, Interaktion zwischen Verwaltung und Bürger oder demokratische Verfahren.

Diese Situationen ergeben sich teilweise aus der Natur der Situation, so etwa in Verhandlungssituationen, in Kollektiventscheidungsverfahren und Konfliktsituationen (geborene Interaktionssituationen). Sie können aber auch durch verfahrensrechtliche Vorgaben überhaupt erst geschaffen werden (gekorene Interaktionssituationen). So können etwa die obligatorischen Schwangerschaftsberatung wie auch obligatorische Güteverhandlungen im Arbeitsrecht und nun allgemein im Zivilprozessrecht als ein Versuch gewertet werden, Anomalien, wie etwa Überoptimismus und den „self-serving bias“, durch kommunikative Rationalität einzufangen. Prominent sind die Beispiele klinische Ethikkommissionen, in denen die Rationalität der Patientenentscheidung („informed consent“) bei Teilnahme an klinischen Versuchen oder bei Lebendorganspenden durch unabhängige Kommissionen überprüft wird. Hier sind grundsätzlich drei Modelle denkbar: zum einen kann nur die Informationsgabe (senderorientiert) überprüft werden, ohne den Patienten zu befragen. Dies ist in dem hier verstandenen Sinne keine kommunikative Wahlhilfe. Zum zweiten kann die Aufnahme der Information bzw. auch andere mögliche Fehler bei der Entscheidung, etwa Unfreiwilligkeit oder Instabilität der Entscheidung, interaktiv überprüft werden (empfängerorientiert). Zum dritten kann, etwa wie in der Schwangerschaftsberatung ein Ge-

---

59 Ausführlicher dazu Aaken (2006).

60 So etwa BGHZ, Urteil v. 11.06.1996 – XI ZR 172/95, NJW 1996, 2511 zum Abschluss eines Börsentermingeschäfts, wonach ein über § 53 II BörsG hinausgehender, durch individuelle Verhältnisse des Anlegers oder Eigenarten der jeweiligen Börsentermingeschäfte bedingter Informationsbedarf durch eine zusätzliche (vor-)vertragliche Aufklärungspflicht gewährleistet wird, deren Verletzung zu Schadensersatz aus Verschulden bei Vertragsschluss oder positiver Vertragsverletzung verpflichtet.

61 Unter deliberativen Verfahren werden Verfahren verstanden, die zusammengefasst auf drei Postulaten beruhen: Beteiligung aller Betroffenen, Entscheidung durch Argumente von Teilnehmern und für Teilnehmer sowie Entscheidung anhand der Leitwerte der Unparteilichkeit und Vernunft. Vgl. dazu Elster (1998), S. 8 sowie Feindt (2001), S. 49.

62 Gesetz zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten vom 27.07.1992. Hier ist allerdings anzumerken, dass die Schwangerschaftsberatung streng genommen kein reiner Paternalismus ist, da hier in erster Linie der nasciturus geschützt werden soll und nicht die Schwangere.

spräch erfolgen, in dem die Entscheidung im Gespräch generiert werden soll. In den letzten beiden Fällen werden Verfahren zur Sicherstellung der Rationalität der Entscheidung genutzt.[63] Die folgenden Überlegungen sind mangels gesicherter empirischer Erkenntnisse rein vorläufig und sollen nur die Anregung geben, über diese Art der Wahlhilfe nachzudenken.

Dazu soll nun zunächst eine konzeptionelle Brücke zwischen dem verhaltensökonomischen Rationalmodell und deliberativen Theorien gebaut werden, da letztere die kommunikative Rationalität des Menschen in den Mittelpunkt rückt. Sodann werden einige empirische Ergebnisse vorgestellt, die aufzeigen, wie Anomalien durch Deliberation gemildert werden können.

(1) Konzeptionelle Brücken zwischen dem Rational-Modell und deliberativen Theorien

Deliberative Verfahren im Recht werden durch die deliberativen Demokratietheorien informiert. Daher lohnt es sich hier, einen Blick auf deliberative Theorien zu werfen, denen es nicht um die *Aggregation von Präferenzen*, sondern um die *Transformation der Präferenzen* durch deliberative Prozesse geht. Deliberative Theorien, insbesondere die deliberative Demokratietheorie,[64] sehen sich in der Nachfolge der Diskurstheorien und der Gerechtigkeitstheorie von Rawls (Überlegensgleichgewicht).[65] Die Diskurstheorie betrachtet menschliche Kommunikation nicht nur als anthropologische Eigenschaft der Menschen, sondern stellt die kommunikative bzw. diskursive Rationalität in den Mittelpunkt des Interesses ihrer Gesellschaftstheorie.[66] Sie arbeitet mit einem *homo communicans*, der aufgrund von Argumenten, die öffentlich zu vertreten sind, einen Richtigkeitsanspruch zu begründen versucht und daher einen Dialog mit seinen Diskurspartnern sucht, um ihre Präferenzen durch die Kraft des besseren Arguments zu formen. Die Individuen stellen bei der Deliberation ihre Präferenzen bzw. Interessen prinzipiell zur Disposition.[67] Der Deliberationsprozess ist dabei durch einen Begründungszwang gekennzeichnet.[68] Eine Konsensfindung erfolgt durch Lernprozesse, die sowohl die Interessen als auch die Meinungen (Theorien über die Wirklichkeit) verändern können. Deliberation geht von einer (zumindest *ex ante*) offenen Definition der Situation aus. Ziel des Verfahrens ist nicht nur die Verständigung auf angemessene (normative) Maßstäbe, sondern erst einmal auf eine gemeinsame Definition der Situation bzw. des Problems. Die Lernprozesse ergeben sich aufgrund mehrerer Komponenten. Zum

---

63 Zu Lebendspendekommissionen siehe ausführlich Fateh-Moghadam (2005).

64 Zu den deliberativen Demokratietheorien, siehe Dryzek (1990); Elster (1998); Elster (1998); Dryzek (2000) . Für eine Kurzübersicht, siehe Cohen (1991), S. 17 mit folgender Definition: „By a deliberative democracy I shall mean, roughly, an association whose affairs are governed by the public deliberation of its members." Und weiter auf S. 21: "The notion of a deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association in which the justification of the terms and conditions of associations proceeds through public argument and reasoning among equals."

65 Vgl. Rawls (1990), S. 38ff. Siehe zu einer (kritischen) Auseinandersetzung mit Rawls auch Cohen (1991), 18ff. sowie Benhabib (1994), S. 35ff. Zur (kritischen) Auseinandersetzung mit Habermas (1992), siehe Sabel/Cohen (2001), S. 11f.

66 Vgl. grundlegend Habermas (1988), bes. Bd. 2 sowie Habermas (1992).

67 Ferejohn/Pasquino (1999), S. 3: „But whether goals or purposes change as a result of deliberation or whether they merely remain open to revision, the way that deliberation changes or reinforces goals or purposes is by giving reasons or arguments. Deliberation in this sense is participating in the process of reasoning about public action. This entails being open to reasons, being willing to alter your preferences, beliefs or actions if convincing reasons are offered to do so – and being willing to base attempts to persuade others in giving reasons rather than threatening coercion or duplicity."

68 Vgl. dazu ausführlich die Beiträge in Elster (1998).

ersten kann durch das jeweilige deliberative Forum verstreute Information gesammelt und somit auch verteilte Information gebündelt werden – dieser Vorteil ist mit dem Rationalmodell ohne weiteres vereinbar. Zum zweiten werden Begründungen gegeben, die für alle einleuchtend sein müssen (Verallgemeinerungsfähigkeit). Gerade diese interaktive Komponente kann die Reflektion der Individuen und die Präferenzen strukturieren und transformieren. Sie kann auch auf Fehler in der Kognition hinweisen: ein Aspekt, der von deliberativen Theorien nicht berücksichtigt wird. Denkbar wäre es aber, deliberative Situationen ähnlich dem Modell der „multiple selves" zu konstruieren.[69] Hier widerstreiten lang- und kurzfristige Präferenzen in einem Individuum: Dasselbe Phänomen kann auch in deliberativen Situationen generiert werden. Kommunikationspartner können so auch „Ichs" mit langfristigen Präferenzen verstanden werden.

(2) Empirische Wirkungen von Deliberation

Die Experimente der Verhaltensökonomik basieren überwiegend auf Design-Strukturen, die zwar teilweise Kommunikation zum Informationsaustausch zwischen strategisch interagierenden Spielern erlauben, aber eine Deliberation zwischen ihnen nicht zulassen oder jedenfalls deren Verhaltenswirkungen nicht gezielt testen.[70] Mit anderen Worten: zwar thematisiert die Verhaltensökonomik die Bedingungen, unter denen Anomalien entstehen, aber sie kümmert sich wenig um die Bedingungen – präziser: die kommunikativen Verfahrensbedingungen – unter denen sie eventuell gemildert werden können. Aber genau diese Bedingungen *vor* einer Entscheidung sind möglicherweise relevant für die Entscheidung und deren Rationalität. Dieses „Versäumnis" der verhaltensökonomischen Forschung mutet trotz möglicher Schwierigkeiten in der Design-Struktur der Experimente merkwürdig an, da gerade ein wichtiges Ergebnis der Experimente ist, dass Entscheidungen von Menschen kontextabhängig sind. Dieser Kontext wird durch Verfahren strukturiert. Werden die Ergebnisse der Verhaltensökonomik akzeptiert, dann müsste die Folgefrage eigentlich lauten, welche Mechanismen genutzt werden können, um Verhaltensanomalien abzubauen oder zu mildern. Welche Mechanismen helfen Menschen, Anomalien nicht zu erliegen? Gerade für das Recht, das deliberative Verfahren praktiziert, liegt der Hinweis nahe, dass solche Verfahren kognitive Anomalien abmildern und insoweit als „debiasing"-Instrumente, also Instrumente, die kognitive Anomalien mildern, verstanden werden können.[71] Mangels gesicherter experimenteller Ergebnisse in diesem Bereich können im Hinblick auf Verfahrenswirkungen daher nur Hypothesen entwickelt werden. Jedenfalls aber gewinnt dieser Ansatz durch die kognitive Psychologie an Plausibilität. *Kahnemann* unterscheidet zwei Systeme, anhand derer Menschen entscheiden. Das erste System ist die Intuition, das zweite die Ratio bzw. das logische Denken („Reasoning"). Intuitive Entscheidungen erfolgen schnell, parallel, automatisch, mühelos, assoziativ und emotional. Denken dagegen erfolgt langsam, kontrolliert, ist mühsam, regelgebunden, flexibel und neutral. Menschen gehen von einem zum anderen System über, wenn sie dazu Anlass haben oder bekommen, etwa durch das Aufmerksammachen auf Fehler, die sie

69 Schelling (1984) sowie Posner (1997).
70 Auch Druckmann (2004), S. 671 bemängelt dies.
71 Aaken (2006) und Korobkin (2005).

begehen.[72] Deliberation kann eben so einen Mechanismus darstellen, Intuition, welche oftmals fehlerhaft ist, in logisches Denken zu überführen.

Die Bedingungen etwa, unter denen „Framing-Effekte“ auftauchen, könnten spezifiziert werden, aber die Forschung dazu ist minimal. Werden positive oder negative Informationen hervorgehoben, so führt dies unbewusst zur Fokussierung des Individuums auf diese Information. Es konnte jedoch experimentell gezeigt werden, dass Individuen, die nicht nur einen „frame“, sondern auch noch einen „counter-frame“ präsentiert bekommen weniger anfällig für „Framing-Effekte“ (des ersten präsentierten Frames) sind.[73] Auch interpersonelle Kommunikation kann „Framing-Effekte“ mildern, wenn Spieler in Diskursen anderen „frames“ ausgesetzt werden,[74] wenn also die Gruppen der Spieler heterogen zusammengesetzt sind. Aber auch bei homogen zusammengesetzten Gruppen kann der „Framing-Effekt“ abgeschwächt werden, wenn Argumente für die Rechtfertigung der Meinungen gegeben werden müssen.[75] Damit werden deliberative Verfahren zu einem wichtigen Instrument der Anomalienreduktion, denn sie beruhen eben gerade auf der Notwendigkeit, Argumente vorzubringen.

Bezüglich der anderen Anomalien sind mir keine Experimente aus der Verhaltensökonomik bekannt. Daher können an dieser Stelle nur Hypothesen aufgestellt werden. Der Referenzpunkt für Entscheidungen kann, so die Hypothese, durch Diskurse erheblich beeinflusst werden. Als Referenzpunkte wählen Menschen zumeist den *status quo*. Mediatoren beispielsweise versuchen, Situationen so zu reformulieren, dass etwa der wahrgenommene *status quo* hinsichtlich der einzubeziehenden Risiken und Kosten verändert bzw. ein anderer Referenzpunkt in die Verhandlungssituation eingebracht wird. Auch die Verlustaversion kann durch das Verdeutlichen anderer Dimensionen beeinflusst werden, wenn neue Verlustrisiken oder Gewinnchancen in den Diskurs eingeführt werden. Ganz unabhängig davon, ob es sich der Natur der Situation nach um eine interaktive Situation handelt, kann hier festgehalten werden, dass Deliberationsverfahren in mehreren Hinsichten als Debiasing-Instrument verstanden werden können. Interindividuelle Kommunikation macht in eindrücklicherer Weise auf eigene Anomalien aufmerksam als reine Informationsangaben. Deliberation kann dadurch die Anomalien überhaupt erst ins Bewusstsein treten lassen; eine notwendige Bedingung dafür, diese beheben zu können. Die Begründungslasten in der Deliberation – so die Vermutung – geben zudem stärkere Anreize, die eigenen kognitiven Fehler zu reflektieren. Neben der Informationsgenerierung, die auch bei der isolierten Wahlhilfe zu finden ist, kann Deliberation Wahrnehmungsfehler eher ausgleichen, da kommunikative Prozesse vorgeschaltet sind, die andere Sichtweisen generieren und gleichzeitig Anlass geben, die eigene Sichtweise in Frage zu stellen. Kurz: Deliberation regt das Denken an und kann die möglicherweise fehlerhafte Intuition verdrängen.

72 Kahnemann (2003), S. 698.
73 Druckmann (2004), S. 675.
74 Morrow (1994), S. 48 und Druckmann (2004), S. 675.
75 Druckmann (2004), S. 678.

V. Das Prinzip des schonendsten Paternalismus

Freiheitsbeschränkungen, die zum Schutze Dritter oder bestimmter Gemeinschaftsgüter erfolgen, sind nicht nur staatstheoretisch nicht angegriffen worden, sie sind auch verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Problematisch werden Einschränkungen dann, wenn sie als Zweck ausschließlich zum Schutze des Individuums ergriffen werden. Hier allerdings ergeben sich neue Abgrenzungsprobleme vor dem Hintergrund der psychologischen Forschung. Denn die Diskussion um rechtlichen Paternalismus ging immer von dem rationalen Individuum aus, welches seine Präferenzen bereits geformt hatte, die Formung von Präferenzen wurde genauso außer Acht gelassen wie andere Mechanismen zum Ausgleich von Anomalien. Die Diskussion geht mithin nur um Wahlverbote und –gebote und staatlichen Zwang;[76] daher wurden Wahlhilfen, weder in ihrer isolierten, noch in ihrer verfahrensmäßigen Form unter dem Stichwort des Paternalismus thematisiert.[77] Sowohl die transparente Offenlegung der staatlichen Mittel, die nicht in klarem Zwang bestehen, wie auch der Einbezug dieser Mittel in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung (Erforderlichkeit) ist aber notwendig, um das Prinzip des schonendsten Paternalismus zu verwirklichen.

Wird dem in diesem Aufsatz gewählten Ansatz gefolgt, so ist eine binäre Entscheidung zwischen der grundsätzlichen Zulässigkeit oder der grundsätzliche Unzulässigkeit von Paternalismus obsolet. Vielmehr kann es in der verfassungsrechtlichen Diskussion nur um die gewählten Mittel des Paternalismus, mithin um das Übermaßverbot, gehen. Das Prinzip des schonendsten Paternalismus ähnelt in der Konzeption dem liberalen Paternalismus von *Sunstein/Thaler*, ist aber im Hinblick auf politökonomische Argumente und der Begründungslast für den Eingriff strenger als diese. Geteilt wird die Grundannahme, dass sich schon aus der Zuweisung von Rechten notwendig Paternalismus ergibt, da hier ein *status quo* festgelegt wird, der auf die Entscheidungen der Menschen Einfluss nimmt. Geteilt wird ebenfalls die Grundannahme, dass paternalistische Maßnahmen ein Mittel zur Behebung kostspieliger Anomalien sein können. Das Prinzip des schonendsten Paternalismus verstärkt aber die Begründungslast für einen Eingriff und gibt Selbsthilfemechanismen, insbesondere auch kommunikativen Verfahren, den Vorzug vor Wahlverboten.

Das Prinzip des schondensten Eingriffs ergibt sich bereits aus dem Grundrechten, insbesondere der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG und dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 1 I i.V.m. 2 I GG[78] und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Ausprägung des Übermaßverbotes.[79] Nicht weiter diskutiert werden soll hier die verfassungsrechtliche Frage, ob paternalisierende Rechtsnormen, auch in ihrer stärksten Form, nämlich dem Verbot der Selbstschädigung, *grundsätzlich* zulässig sind – dazu wurde bereits kontrovers geschrieben und es würde den Rahmen des Aufsatzes sprengen. Vielmehr soll nur die relative Eingriffsstärke der verschiedenen Mittel diskutiert werden. Dazu wird zunächst die Idee eines optimalen Paterna-

76 Vgl. Möller (2005), S. 45 und 194ff.
77 Für den deutschsprachigen Raum siehe Möller (2005); Fischer (1997); Littwin (1993); Hillgruber (1992).
78 Die Frage, an welchen verfassungsrechtlichen Maßstäben sich staatlicher Paternalismus prüfen lassen muss, ist eindeutig zu beantworten: an den Grundrechten. Schwieriger schon ist die Frage an welchen. Genauer zu den jeweils einschlägigen Spezialgrundrechten Fischer (1997).
79 Grundlegend Lerche (1999).

lismus dargelegt und sodann die Mittel des Paternalismus im Hinblick auf das Prinzip des schonendsten Paternalismus diskutiert werden.

1. Die Idee des optimalen Paternalismus

Optimaler Paternalismus als Begriff impliziert, dass widerstreitende Kosten oder Nutzen bei einer paternalistischen Maßnahme involviert sind[80] und das es so etwas überhaupt geben könne. Hier soll zunächst letzteres diskutiert werden.

Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Diskussion kann nämlich die Auffassung vertreten werden, dass Anomalien durch das Recht gar nicht bekämpft werden sollten. Diese Auffassung kann auf mehreren Argumenten beruhen: erstens, dass Anomalien nur begrenzt oder gar nicht auftreten würden und allein aus diesem Grunde keine rechtlichen Maßnahmen zu ergreifen sind.[81] Dieses Argument verwechselt die moralphilosophische Annahme[82] des frei geborenen und vernunftbegabten Individuums ebenso wie die sozialwissenschaftliche Annahme des vollständig rationalen und nutzenoptimierenden Individuums mit der Realität. Schwerwiegender ist das zweite Argument. Ihm zufolge müsse ein Eingriff in die individuelle Wahlfreiheit aufgrund einer externen Entscheidung erfolgen, aber der externe Entscheider könne das Wohlergehen des Individuums nicht besser beurteilen, als das Individuum selbst.[83] Drittens kann die Autonomie trotz individueller Wohlfahrtseinbussen immer höher bewertet werden. Mithin begründet die Erkenntnis, dass die allermeisten Menschen nur beschränkt rational sind für sich allein genommen noch gar nichts, auch keine staatlichen Eingriffe: Die Existenz von Anomalien bedeutet nicht automatisch, dass diese rechtlich reduziert werden sollten. Vielmehr sind auch die Gefahren, Risiken und Kosten der Anomalienbehebung zu erwägen: dies soll nun in einem zweiten Schritt zunächst abstrakt definiert werden.

Kosten und Nutzen des Paternalismus können in zwei Dimensionen abgebildet werden: zum einen in Konsequenzen für die individuelle Wohlfahrt, zum anderen im Wert der individuellen Autonomie, d.h. der Wert der Selbstbestimmung der Entscheidung.[84] Anomalien verursachen für die Menschen, die ihnen unterliegen, Kosten im Sinne von Wohlfahrtseinbußen. Bleiben Anomalien regulatorisch unbeachtet, so bleiben diese Kosten bei den Individuen als Wohlfahrtseinbussen liegen (Wohlfahrtskosten). Gleichzeitig verursacht aber die Freiheitsbeschränkung durch

---

80 Vgl. dazu auch O´Donoghue/Rabin (2003).

81 Denn wo kein Problem auch kein Regelungsbedarf. Dies bedeutet aber nicht, dass immer dort, wo ein Problem auftaucht auch ein Regelungsbedarf besteht.

82 Es sei aber hier angemerkt, dass die Erkenntnis der begrenzten Rationalität an der moralphilosophischen Konzeption der Freiheit und Autonomie des Individuums, der „moral agency“ nichts ändert, da es sich um zwei kategorial verschiedene Aussagen handelt.

83 Insbesondere Mill (1974), S. 115, der insoweit auch ein epistemisches „Dezentralisierungargument“ verwendet. Das Argument gewinnt insbesondere dann an Plausibilität, wenn erstens davon ausgegangen wird, dass auch der Gesetzgeber Anomalien unterliegen kann und zweitens, wenn die Annahme des benevolenten Gesetzgebers aufgegeben wird und angenommen wird, dass die Moralauffassungen der Mehrheit einer Minderheit aufgezwungen werden sollen.

84 Ähnlich Sunstein/Thaler (2003), Fn. 22, die Wahlfreiheit als Teil der Wohlfahrt ansehen. Möller (2005), S. 97f. verortet die Autonomie im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

die Regulierung Kosten als Autonomiebeschränkung (Freiheitskosten). Paternalistische Maßnahmen haben zudem nur bei den Individuen nützliche Wohlfahrtskonsequenzen, die diesen Anomalien tatsächlich unterliegen. Für die Menschen, die (von sich aus) rational handeln, verursachen paternalistische Maßnahmen nur Kosten im Sinne von Autonomieeinbußen, als Freiheitskosten, ohne dass diese durch Wohlfahrtsnutzen kompensiert würden.[85] Daher ist in diesem Falle davon auszugehen, dass die Kosten des Eingriffs den Nutzen des Eingriffs jedenfalls überschreiten. In dem Fall, dass mehrheitlich Anomalien vorliegen, ist der Nutzen aus der Wohlfahrtserhöhung nur unter bestimmten Bedingungen höher als die Kosten der Freiheitsbeschränkung. Zum einen wird hier implizit angenommen, dass eine institutionelle Lösung durch einen benevolenten Gesetzgeber die Anomalien besser behebt und daher mehr Wohlfahrtserhöhung bringt, als die Entscheidungen der Individuen selbst. Diese Annahme kann bestritten werden, insbesondere mit politökonomischen und liberalphilosophischen Argumenten, die auf die Mißbrauchsmöglichkeit für moralische Bevormundung hinweisen. Weiterhin müssen die Anomalien und die genauen Umstände ihres Auftretens bekannt sein.[86] Sind diese Bedingungen gegeben, dann ist eine Abwägung vorzunehmen, die die Häufigkeit der Anomalie, die genauen Umstände zur Prüfung der Geeignetheit der Maßnahme sowie die Schwere des Eingriffs in die Freiheitsrechte zu berücksichtigen.

2. Die Mittel des Paternalismus im Hinblick auf das Prinzip des schonendsten Paternalismus

Die Kosten in Form von Autonomieeinbußen (Freiheitskosten) einer paternalistischen Maßnahme sind je nach dem gewählten Mittel unterschiedlich hoch. Unbestritten ist ein Wahlverbot, wie jegliche Reduzierung einer Handlungsmöglichkeit auf Null, der schwerste Grundrechtseingriff. Daher kann ein solches Verbot nur unter erschwerten Begründungslasten, wenn überhaupt, als zulässig betrachtet werden. *Hillgruber* etwa lehnt jegliche Eingriffe, wenn sie nicht Minderjährige oder Geisteskranke betreffen, ab. Gesetzgeberisches Ziel darf nur das Wohl der Allgemeinheit sein; „weder Unwert noch „Schädlichkeit“ einer Handlungsweise berechtigen für sich allein genommen den Staat, dem einzelnen ein bestimmtes Verhalten zu verbieten. Hinzutreten muss … die Sozialschädlichkeit einer Handlung.“[87] Daraus ergibt sich für *Hillgruber* die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, die ihrer objektiven Zielsetzung nach ausschließlich den Zweck verfolgen, den einzelnen gegen seinen freien Willen vor den Folgen seiner Grundrechtsausübung zu schützen.[88]

Der springende Punkt des Eingriffszweckes ist denn auch entscheidend, um die Zulässigkeit einer Maßnahme zu beurteilen. Denn aus Gemeinwohlgründen darf eingegriffen werden; richtet sich der Zweck aber ausschließlich auf den Schutz des Individuums, so wird in aller Regel in der

85 Ähnlich O´Donoghue/Rabin (2003); Camerer/Issacharoff/Loewenstein/O'Donoghue/Rabin (2003).

86 Bernheim/Rangel (2005) weisen genau auf die Notwendigkeit der näheren Untersuchung psychischer Dispositionen und Umweltbedingungen hin. Ihre Ausführungen können hier nicht nachgezeichnet werden, können aber zur Weiterführung dienen.

87 Hillgruber (1992), S. 119.

88 Ibid., 175. Ähnlich im Ergebnis auch Möller (2005) und Fischer (1997).

Literatur die Zulässigkeit abgelehnt. Allerdings können (und sollen) die Zwecke oftmals nicht genau getrennt werden. So kann die Helmpflicht sowohl dem Schutze des Motorradfahrers vor sich selbst dienen, ebenso kann aber die Allgemeinheit vor den Gesundheitskosten, die möglicherweise bei schweren Verletzungen auf sie fallen, geschützt werden sollen. Hier kommt es bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung auf die Gesetzesbegründung an.[89] Das Bundesverfassungsgericht ist diesbezüglich ausweichend, rettet sich in Gemeinwohlzwecke[90] und ist daher weniger streng als die Literatur.[91] Die Problematik der Abgrenzung der Zwecke der paternalistischen Maßnahmen (Individualschutz oder Schutz der Allgemeinheit), die nicht nur im Einzelfall schwierig sein, sondern auch leicht missbräuchlich gehandhabt werden kann, kann hier aber nicht ausführlich thematisiert werden, da der Fokus auf der Problematik der Mittel des Individualschutzes liegt.[92]

Von Münch wählt statt der Schutzrichtung die Irreversibilität und setzt damit die grundsätzliche Zulässigkeit des Schutzes vor sich selbst voraus. Er differenziert zwischen dem Verzicht auf ein Grundrecht und dem Verzicht auf die Ausübung desselben. Entscheidendes Kriterium sei die Endgültigkeit im Sinne einer Irreparabilität. Wenn und solange der einzelne es noch in der Hand habe die Gefährdung abzubrechen, liege kein endgültiger Verzicht vor und daher sei staatliches Eingreifen nicht gerechtfertigt.[93] Gerade diese These *von Münchs´* erscheint aber im Lichte der kognitiven Psychologie zweifelhaft. Denn die Einschätzung der Gefährdung ist gerade gemäß der Forschung vom Überoptimismus und der verzerrten Wahrscheinlichkeitswahrnehmung oftmals nicht zutreffend. Zudem erlaubt diese These eine starke Form des Paternalismus und könnte etwa ein Selbstmordverbot rechtfertigen (ungeachtet der Frage, wie effektiv ein solches ist).

Wird dann also auf den Schutzzweck abgestellt und wird *Hillgruber* gefolgt, ist damit die Diskussion aber noch nicht am Ende. Weder die Frage der kognitiven Fehler, noch die Frage, inwieweit tatsächlich die Präferenzen bereits geformt sind und ein klarer Wille vorliegt, wird in der juristischen Diskussion gestellt – der klare Wille (und das Handeln gegen den Willen) wird

---

89 Allerdings muss beachtet werden, dass eine Allgemeinwohlbegründung immer leicht zu finden ist – sei es durch indirekte Effekte des Selbstschädigenden Verhaltens auf die Gesellschaft, etwa die Sozialversicherungssysteme. Hier lohnt es sich, am Beispiel der Gurtpflicht, Selbstschutz und Schutz der Allgemeinheit vor Kosten durchzuspielen. Denn letztere Externalität kann eliminiert werden, wenn bei Verstoß gegen die Anschnallpflicht der Versicherungsschutz (auch durch den Schädiger) entfällt. Eine andere Frage ist dann, ob die Kosten bei dem Individuum belassen werden sollen. Dieselben Fragen stellen sich bei Sportarten mit hohem Lebensrisiko. Zu einer detaillierten Beschreibung der Zulässigkeit der Gurtpflicht, Münch (1977), bei der deutlich wird, dass diese überwiegend verneint wurde.

90 Vgl. BVerfGE 90, 145, 184 – Cannabis: „Das allgemeine Konzept des Gesetzgebers, den Umgang mit Cannabisprodukten … umfassend zu verbieten, verstößt für sich nicht gegen das Übermaßverbot. Es wird durch die erstrebten Zwecke gerechtfertigt, die Bevölkerung – zumal die Jugend – vor den von der Droge ausgehenden Gesundheitsgefahren sowie vor der Gefahr einer psychischen Abhängigkeit von der Droge zu schützen… .“

91 Das BVErfG stellte in seiner Entscheidung BVerfGE 59, 275, 278, in der es die Verfassungsbeschwerde eines Motorradfahrers verwarf, nur knapp fest, dass die Helmpflicht geeignet sei und dass anderen Mittel, wie Aufklärung, Appelle nicht effizient seien. Auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Zweckes ging es nicht ein. Auch in der Entscheidung zur Sitzgurtpflicht, BVerfG NJW 1987, 180 verwies das BVerfG nur auf die im Helmpflichturteil genannten Gründe.

92 Dass sich dieses Problem auch in konkreten Fällen des Verwaltungsrechts auswirken kann, zeigt exemplarisch Lüdemann (1999).

93 Münch (1977).

vorausgesetzt. Die juristische Diskussion beschränkt sich insoweit folgerichtig auf Wahlverbote. Werden diese Fragen aber einbezogen, so stellt sich das Problem, ob nicht eine Vielzahl von paternalistischen Maßnahmen zulässig wären. Um eine solche Ausuferung der Eingriffsbegründungen zu vermeiden, muss daher der Blick auf rationalitätsfördernde Wahlhilfen erweitert werden und die verfassungsrechtliche Diskussion erweitert werden. Wahlhilfen stellen, da die Entscheidungsfreiheit nicht aufgehoben wird, ein erheblich milderes Mittel dar, wenn sie überhaupt in die Rechte des zu Schützenden eingreifen, wie etwa vermehrte Information.[94] Wahlhilfen geben nur Anstöße, selbstschädigendes Verhalten zu unterlassen oder durch positives Tun die eigene Wohlfahrt zu steigern. Daher müssen sie als denkbare Alternative in die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Erforderlichkeit geprüft werden. In einem ersten Schritt ist daher festzuhalten, dass Wahlhilfen grundsätzlich der Vorzug vor Wahlverboten zu geben ist. Für private und staatliche Institutionen ist es (nur) dann legitim, Verhalten zu beeinflussen, wenn die Wahlfreiheit aufrechterhalten wird. Sie sind jedenfalls gerechtfertigt, wenn es um Informationsgabe und Behebung von Unkenntnis geht. Innerhalb der Wahlhilfen ist zu differenzieren. Kommunikative Wahlhilfen setzen auf Interaktion. Einerseits wird, falls nur die Form des Verfahrens vorgeschrieben wird, keine inhaltliche Vorgabe seitens des Staates gemacht. Sie sind dann nicht ergebnisorientiert. Die Anweisung lautet also „Denke im Gespräch nach“. Sie erlauben den Individuen eine weitergehende Reflektion und bekämpfen Anomalien umfassender. Kommunikative Verfahren beruhen auf der vermehrten Aktivierung der Selbstreflektion der Individuen und sind daher rationalitätsfördernder als einfache Entscheidungshilfen. So steht zu vermuten, dass etwa der Framing-Effekt eher durch Deliberation als durch eine einfache Informationsangabe bekämpft werden kann. Sie sollen zudem auf die Konstruktion und Transformation von Präferenzen setzen – um so eine nachhaltigere Art der Selbsthilfe zu generieren. Sie können auch dazu beitragen, intuitives Entscheiden durch rationales Entscheiden zu ersetzen, etwa in dem die Verlustaversion aktiviert wird. Hier wird dem Individuum die Gelegenheit gegeben, über die eigenen Präferenzen zu reflektieren und Fehler aufgrund kognitiver Schwächen bei gegebenen Präferenzen zu vermeiden. Andererseits birgt aber auch diese Art der Wahlhilfe erheblich Freiheitskosten: Verfahren können dem Individuum erhebliche Kosten auferlegen, nicht nur durch die möglicherweise unerwünschte, erzwungene Reflektion, sondern auch durch die Zeit, die dadurch in Anspruch genommen wird. Möglicherweise können auch kommunikative Verfahren „biases“ befördern, etwa indem „frames“ weiter verzerrt werden, sodass hier ein genaues Augenmerk auf die neutrale Ausgestaltung der geforderten Verfahren zu lenken ist. Zudem bieten sich Verfahren zunächst nur in interaktiven Situationen, etwa zwischen Staat und Bürger an, wobei allerdings diese Kommunikationshilfe auch geschaffen werden kann. Und hier ist etwa zu überlegen, ob nicht statt eines *de lege lata* bestehenden Verbotes die kommunikative Wahlhilfe das mildere Mittel ist. Wenn auch die Schwangerschaftsberatung streng genommen kein Paternalismusproblem ist, so kann doch die Idee herangezogen werden: Statt eines Verbotes wird die kommunikative Wahlhilfe verordnet; jedenfalls dann, wenn reine Informationsangaben, etwa per Informationsbroschüre, für nicht ausreichend gehalten werden. Ebenso könnte statt der Drogen-

94 Werden die Informationspflichten Dritten aufgegeben, etwa im Privatrechtsverkehr, so kann eine Grundrechtsbeeinträchtigung bei diesen vorliegen. Dies soll, obwohl es in die gesetzgeberische Abwägung einzubeziehen ist, hier aber nicht weiter diskutiert werden.

verbote etwa für Heroinsüchtige ein Deliberationszwang gedacht werden. Deliberation würde dann etwa Voraussetzung zur Abgabe von Ersatzdrogen. Hier würde danach gefragt, ob die Präferenz für den Konsum für Drogen tatsächlich besteht, keine situative Willensschwäche vorliegt und keine kognitiven Schwächen vorhanden sind.[95] Kommunikative Wahlhilfen finden sich aber auch im Privatrechtsverkehr. So ist etwa die individuelle Beratung und Aufklärung bei riskanten Wertpapiergeschäften Pflicht. Ähnliches könnte man für Versicherungen bzgl. der Helm- und der Gurtpflicht in Betracht ziehen.

VI. Fazit

Das Argument für die Annahme konstanter Präferenzen und „voller" Rationalität der Individuen ist darin zu finden, dass der Rechtsstaat von heute in liberaler Tradition steht. Es wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass Konsumenten und Bürger geformte Präferenzen und einen geformten Willen, dass sie Informationen adäquat verarbeiten und die besten Richter über ihre eigene Wohlfahrt sind. Die Erkenntnisse über begrenzte Rationalität durch die kognitiven Psychologie und die Verhaltensökonomik können ein Umdenken in der Paternalismusdiskussion anstoßen: zum einen wird der Blick von paternalistischen Wahlverboten auf andere Mittel gelenkt, denn erstere sind nur ein, und auch das schwerste Mittel. Allerdings ist es auch das einzige, welches in der juristischen Literatur unter dem Stichwort diskutiert wird. Wenn es aber richtig ist, dass Eingriffe gegen den Willen eines Individuums nur erfolgen können, wo ein Wille schon gebildet ist, so blendet die Literatur, zweitens, nicht nur wichtige Aspekte des bislang verdeckten, weil so nicht benannten Paternalismus aus, sondern auch adäquate Mittel desselben. Freiheitsfördernder Paternalismus, der die Wahlfreiheit durch autonome Entscheidung fördert, wird daher in der Diskussion vernachlässigt. Der Einbezug vermehrt nicht nur die Transparenz der möglichen und bereits verwendeten paternalistischen Mittel des Staates, sie erweitert und verfeinert auch die Mittelauswahl bei der Erforderlichkeitsprüfung. Dies gilt insbesondere für kommunikative Wahlhilfen, da bislang die kommunikative Rationalität in der juristischen Paternalismusdiskussion völlig ausgeblendet bleibt, obwohl sie im Leben der Menschen zur Präferenzformung und zur Vermeidung von Fehlern eine überragende Rolle spielt. Rechtliche Verfahren können einen Anstoß aus der Praxis dazu geben, dieses Potenzial zu erschließen, wo und wenn dies zu einem im normativ erwünschten Sinne zu „Debiasing" führt. Für die Rechtswissenschaft ist es daher interessant auf die Ausgestaltung von Verfahren Einfluss zu nehmen, um rationalere Entscheidungen zu ermöglichen. Ein Allheilmittel können auch deliberative Verfahren nicht darstellen, aber sie können unter Umständen ein milderes Mittel des Paternalismus darstellen. Eine solche Beurteilung und Verwendung der Anomalienforschung redet nicht einem klassischen Paternalismus das Wort (insbesondere, weil nicht garantiert ist, dass der Staat den Nutzen der Individuen besser beurteilen könnte und nicht auch diversen Fehlerquellen unterliegt, vom möglichen Mißbrauch ganz zu schweigen). Vielmehr ist die Herstellung von mehr individueller Rationalität in der Verfolgung der Präferenzen ein ureigenes Anliegen der Staatslehre und des Rechts. Die

95 Ausführlich zu empirischen Befunden, neurowissenschaftlichen Erkenntnisse und rechtlichen Implikationen, aber ohne Einbezug kommunikativer Wahlhilfen, siehe Bernheim/Rangel (2005), S. 45ff.

Frage lautet also nur, ob man die volle Rationalität als Axiom annimmt, oder ob die *Herstellung von (voller) Rationalität* mit zum Forschungsprogramm zählen sollte. Recht kann und soll Anomalien ausgleichen und ist auch ein geeignetes Instrument dazu, wenn sorgfältig abgewogen wird, ob erstens überhaupt ein Eingriff notwendig ist und zweitens das mildeste Mittel gewählt wird; also das Prinzip des schonendsten Paternalismus angestrebt wird.

VII. Literatur

Aaken, A. v. (2003). Rational-Choice in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht. Baden-Baden, Nomos.

Aaken, A. v. (2006). Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltensanomalien. Ein Plädoyer für die Einbeziehung diskursiver Elemente in die Verhaltensökonomik des Rechts. Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics. Erscheint demnächst. Engel, C./Englerth, M./Lüdemann, J./ Spiecker gen. Döhmann, I. (Hrsg.).

Ainslie, G. (2005). Précis of Breakdown of Will. Behavioral and Brain Science 28: S. 635-673.

Arlen, J. (1998). Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law. Vanderbilt Law Review 51: S. 1765-1788.

Becker, G. S. (1976). The Economic Approach to Human Behavior. Chicago, University of Chicago Press.

Becker, G. S. (1996). Accounting for Tastes. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Benhabib, S. (1994). Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory 1: S. 1-50.

Bernheim, B. D./Rangel, A. (2005). Behavioral Public Economics: Welfare and Policy Analysis with Non-Standard Decision Makers.

Bowles, S. (1998). Endogenous Preferences: The Cultural Consequences of Markets and other Economic Institutions. Journal of Economic Literature 36: S. 75-111.

Camerer, C. (1999). Behavioral Economics: Reunifying Psychology and Economics. Proceedings of the National Academy of Science 96(19): S. 10575-10577.

Camerer, C./Issacharoff, S./Loewenstein, G./O'Donoghue, T./Rabin, M. (2003). Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism". University of Pennsylvania Law Review 151: S. 1211-1254.

Camerer, C./Loewenstein, G. (2004). Behavioral Economics: Past, Present and Future. Advances in Behavioral Economics. Camerer, C./Loewenstein, G./Rabin, M. (Hrsg.). Princeton, Princeton University Press: S. 3-54.

Camerer, C./Loewenstein, G./Prelec, D. (2005). Neuroeconomics: How Neuroscience can Inform Economics. Journal of Economic Literature 43: S. 9-64.

Cohen, J. (1991). Deliberation and Democratic Legitimacy. The Good Polity. Hamilton, A./Pettit, P. (Hrsg.). Oxford, Oxford University Press: S. 17-34.

Cooter, R. D. (1998). Models of Morality in Law and Economics: Self-Control and Self-Improvement for the "Bad Man" of Holmes. Boston University Law Review 78: S. 903-930.

Druckmann, J. N. (2004). Political Preference Formation: Competition, Deliberation and the (Ir)relevance of Framing Effects. American Political Science Review 98(4): S. 671-686.

Dryzek, J. S. (1990). Discursive Democracy: Politics, Policy, and Political Science. Cambridge, Cambridge University Press.

Dryzek, J. S. (2000). Deliberative Democracy and Discoursive Legitimacy. Deliberating about Deliberative Democracy, Austin/Texas; http.//www.la.utexas.edu/conf2000/papers.html.

Dworkin, G. (2005). Paternalism. The Stanford Encyclopedia of Philosophy. URL = http://plato.stanford.edu/archives/win2005/entries/paternalism/.

Eichenberger, R. (1992). Verhaltensanomalien und Wirtschaftswissenschaft: Herausforderungen, Reaktionen, Perspektiven. Wiesbaden, Deutscher Universitätsverlag.

Eichenberger, R./Frey, B. S. (1993). "Superrationalität" oder: Vom rationalen Umgang mit dem Irrationalen. Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 12. Herder-Dorneich, P./Schenk, K.-E./Schmidtchen, D. (Hrsg.). Tübingen, Siebeck/Mohr: S. 50-84.

Elster, J. (1984). Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality. Cambridge, Cambridge University Press.

Elster, J. (1998). Deliberation and Constitution Making. Deliberative Democracy. Elster, J. (Hrsg.). Cambridge, Cambridge University Press: S. 97-122.

Elster, J., Hrsg. (1998). Deliberative Democracy. Cambridge, Cambridge University Press.

Elster, J. (1998). Introduction. Deliberative Democracy. Elster, J. (Hrsg.). Cambridge, Cambridge University Press: S. 1-18.

Englerth, M. (2004). Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung. Preprints of the Max Planck Institute for Research of Collective Goods 2004/11.

Englerth, M. (2006). Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten – Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität? Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics. Erscheint demnächst. Engel, C./Englerth, M./Lüdemann, J./Spiecker gen. Döhmann, I. (Hrsg.).

Fateh-Moghadam, B. (2005). Leitlinien für die Arbeit der Lebendspendekommissionen? Zur Legimitation von Verfahren im Medizinrecht. Ethik der Lebensorganspende. Rittner, C./Paul, N. W. (Hrsg.). Basel, Schwabe: S. 131-145.

Feindt, P. (2001). Regierung durch Diskussion? Diskurs- und Verhandlungsverfahren im Kontext von Demokratietheorie und Steuerungsdiskussion. Frankfurt a.M., Peter Lang.

Ferejohn, J. A./Pasquino, P. (1999). Deliberative Institutions. Working Paper http://www.igs.berkeley.edu/research_programs/ppt/past/papers/deliberative_institutions.pdf:

Fischer, K. (1997). Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung. Frankfurt a.M., P. Lang.

Gigerenzer, G./Todd, P. M. (1999). Simple Heuristics that Make Us Smart. Oxford, Oxford University Press.

Habermas, J. (1988). Theorie des Kommunikativen Handelns. Frankfurt a.M., Suhrkamp.

Habermas, J. (1992). Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. Frankfurt a.M., Suhrkamp.

Hayek, F. A. v. (1986). Recht, Gesetzgebung und Freiheit. Landsberg am Lech, Verlag Moderne Industrie.

Heap, S. H./Hollis, M./Lyons, B./Sugden, R./Weale, A. (1997). The Theory of Choice: A Critical Guide. Oxford et al., Blackwell.

Helweg-Larsen, M./Shepperd, J. A. (2001). Do Moderators of the Optimistic Bias Affect Personal or Target Risk Estimates? A Review of the Literature. Personality and Social Psychology Review 5(1): S. 74-95.

Hillgruber, C. (1992). Der Schutz des Menschen vor sich selbst. München, Vahlen.

Humboldt, W. v. (1967). Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Stuttgart, Reclam.

Issacharoff, S. (1998). Can there be a Behavioral Law and Economics? Vanderbilt Law Review 51: S. 1729-1745.

Johnson, E. J./Goldstein, D. (2003). Can Default Rules save Life? Science 302(5649): S. 1338-1339.

Jolls, C./Sunstein, C. R./Thaler, R. H. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. Stanford Law Review 50: S. 1471-1548.

Joyce, E. J./Biddle, G. C. (1981). Anchoring and Adjustment in Probabilistic Inference in Auditing. Journal of Accounting Research 19: S. 120-145.

Kahnemann, D. (2003). A Perspective on Judgment and Choice. Mapping Bounded Rationality. American Psychologist 58(9): S. 697-720.

Kahnemann, D./Knetsch, J. L./Thaler, R. H. (1990). Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. Journal of Political Economy 98: S. 1325-1348.

Kahnemann, D./Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decisions under Risk. Econometrica 47: S. 312-327.

Kelman, M. (1998). Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein, and Thaler. Stanford Law Review 50: S. 1577-1592.

Kirchgässner, G. (1991). Homo Oeconomicus. Tübingen, Siebeck/Mohr.

Korobkin, R. B. (2005). Psychological Impediments to Mediation Success: Theory and Practice. University of California, Los Angeles, Law & Economics Research Paper Series, No. 05-9, erhältlich unter: <http://ssrn.com/abstract=689261: S.

Korobkin, R. B./Ulen, T. S. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. California Law Review 88: S. 1051-1144.

Lerche, P. (1999). Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit. Goldbach, Keip, 2. erw. Aufl. (zuerst 1961).

Littwin, F. (1993). Grundrechtsschutz gegen sich selbst: Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums. Frankfurt a.M., P. Lang.

Lüdemann, J. (1999). Sky-Surfing. JA, Übungsblätter Öffentliches Recht: S. 46-52.

Lüdemann, J. (2004). Edukatorisches Staatshandeln. Baden-Baden, Nomos.

McFadden, D. (2005). The New Science of Pleasure. Consumer Behavior and the Measurement of Well-Being. Working Paper, erhältlich unter: http://emlab.berkeley.edu/users/webfac/dromer/e237_f05/mcfadden.pdf.

Mill, J. S. (1974). Über die Freiheit. Stuttgart, Reclam.

Möller, K. (2005). Paternalismus und Persönlichkeitsrecht. Berlin, Duncker & Humblot.

Morrow, J. D. (1994). Game Theory for Political Scientists. New Jersey, Princeton University Press.

Münch, I. v. (1977). Grundrechtsschutz gegen sich selbst? Hamburg, Deutschland, Europa. FS Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag. Stödter, R./Thieme, W. (Hrsg.). Tübingen, Siebeck/Mohr: S. 113-128.

Neumann, J. v./Morgenstern, O. (1947). Theory of Games and Economic Behavior. Princeton, Princeton University Press.

O´Donoghue, T./Rabin, M. (1999). Doing It Now or Later. American Economic Review 89(1): S. 103-124.

O´Donoghue, T./Rabin, M. (2003). Studying Optimal Paternalism, Illustrated by a Model of Sin Taxes. American Economic Review 93: S. 186-191.

Posner, R. (1997). Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy. Legal Theory 3(1): S. 23-35.

Posner, R. A. (1998). Rational Choice, Behavioral Economics and the Law. Stanford Law Review 50: S. 1551-1576.

Rabin, M. (1998). Psychology and Economics. Journal of Economic Literature 36: S. 11-46.

Rachlinski, J. J. (2003). The Uncertain Psychological Case for Paternalism. Northwestern University Law Review 97: S. 1165-1225.

Rawls, J. (1990). Eine Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt a.M., Suhrkamp.

Sabel, C. F./Cohen, J. (2001). Directly Deliberative Polyarchy. erhältlich unter: <http://www.law.columbia.edu/sabel/papers/DDP.html> 2001(15. April 2001).

Schelling, T. C. (1984). Choice and Consequences. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Schelling, T. C. (1996). Coping Rationally with Lapses from Rationality. Eastern Economic Journal 22: S. 251-269.

Sen, A. K. (1977). Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory. Philosophy and Public Affairs 6: S. 317-344.

Sunstein, C./Thaler, R. (2003). Libertarian Paternalism is not an Oxymoron. University of Chicago Law Review 70: S. 1159-1202.

Sunstein, C. R. (1993). Endogenous Preferences, Environmental Law. Journal of Legal Studies 22(2): S. 217-254.

Sunstein, C. R., Hrsg. (2000). Behavioral Law and Economics. Cambridge, Cambridge University Press.

Thaler, R. H. (1991). Quasi Rational Economics. New York, Russell Sage Foundation.

Tversky, A./Kahnemann, D. (1974). Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Science 185: S. 1124-1131.

Tversky, A./Kahnemann, D. (1981). The Framing of Decisions and the Psychology of Choice. Science 211: S. 453-458.

Tversky, A./Kahnemann, D. (1987). Rational Choice and the Framing of Decisions. Rational Choice. Hogarth, R. M./Reder, M. W. (Hrsg.). Chicago, University of Chicago Press: S. 67-94.

Tversky, A./Kahnemann, D. (1991). Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependant Model. Quarterly Journal of Economics 107: S. 1039-1061.

Weinstein, N. D. (1980). Unrealistic Optimism about Future Life Events. Journal of Personality and Social Psychology 39(5): S. 806-820.

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Preprints 2006

128. Jörn Lüdemann, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft. 2006/2.

127. Christoph Engel, The Difficult Reception of Rigorous Descriptive Social Science in the Law. 2006/1.

Preprints 2005

126. Martin Hellwig, The Undesirability of Randomized Income Taxation under Decreasing Risk Aversion. 2005/27.

125. Christoph Engel, Voice over IP. Competition Policy and Regulation. 2005/26.

124. Felix Bierbrauer: Optimal Income Taxation and Public Good Provision in a Two-Class Economy. 2005/25.

123. Frank P. Maier-Rigaud / Peter Martinsson / Gianandrea Staffiero: Ostracism and the Provision of a Public Good. Experimental Evidence. 2005/24.

122. Martin Hellwig, A Contribution to the Theory of Optimal Utilitarian Income Taxation. 2005/23.

121. Stefan Magen, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts. Eine Analyse auf Grundlage der Verhaltensökonomik. 2005/22.

    forthcoming in:
    Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker gen. Döhmann (Eds.), Recht und Verhalten, 2006

120. Christoph Engel, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen. 2005/21.

    forthcoming in:
    Christoph Engel/Markus Englerth/Jörn Lüdemann/Indra Spiecker gen. Döhmann (Eds.), Recht und Verhalten, 2006

119. Stefan Bechtold, Trusted Computing: rechtliche Probleme einer entstehenden Technologie. 2005/20.

    published in:
    Computer und Recht, 2005, p. 393-404

118. Martin Hellwig: Market Discipline, Information Processing, and Corporate Governance. 2005/19.

117. Ingolf Schwarz / Jinhui H. Bai: Monetary Equilibria in a Cash-in-Advance Economy with Incomplete Financial Markets. 2005/18.

116. Felix Höffler: Why humans care about sunk costs while animals don't. An evolutionary explanation. 2005/17.

115. Anne van Aaken: Making International Human Rights Protection More Effective: A Rational-Choice Approach to the Effectiveness of Ius Standi Provisions. 2005/16.

114. Christoph Engel: Corporate Design for Regulability. A Principal-Agent-Supervisor Model. 2005/15.

    forthcoming in:
    Journal of Institutional and Theoretical Economics 2006

113. Tilman Börgers / Peter Norman: A Note on Budget Balance under Interim Participation Constraints: The Case of Independent Types. 2005/14.

112. Indra Spiecker gen. Döhmann: Staatliche Informationsgewinnung im Mehrebenensystem – ein Überblick. 2005/13.

    published in:
    Oebbecke, Janbernd (Hrsg.), Nicht-Normative Steuerung in dezentralen Systemen, S. 253-284

111. Dorothee Schmidt: Morality and Conflict. 2005/12.

110. C. Christian von Weizsäcker: The Welfare Economics of Adaptive Preferences. 2005/11.

109. Indra Spiecker gen. Döhmann / Stephanie Kurzenhäuser: Das Juristische Darstellungsgebot: Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz (BInfSchG). 2005/10.

108. Thomas Gaube, Second-Best Pollution Taxation and Environmental Quality. 2005/9.

    published in:
    Frontiers of Economic Analysis & Policy 1, 2005, No. 1, Article 1. (http://www.bepress.com/bejeap).

107. Thomas Gaube, Altruism and charitable giving in a fully replicated economy. 2005/8.

106. Felix Höffler, Monopoly Prices versus Ramsey-Boiteux Prices: Are they "similar", and: Does it matter? 2005/7.

105. Hendrik Hakenes/Isabel Schnabel, Bank Size and Risk-Taking under Basel II. 2005/6.

104. Isabel Schnabel, The Role of Liquidity and Implicit Guarantees in the German Twin Crisis of 1931. 2005/5.

103. Christoph Engel, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen. 2005/4.

    published in:
    Juristenzeitung 60 (2005) 581-590.

102. Frank P. Maier-Rigaud, Switching Costs in Retroactive Rebates – What's time got to do with it? 2005/3.

    published in:
    European Competition Law Review (2005) – volume 26 – issue 5, p. 272-276.

101. Christoph Engel, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung. 2005/2.

    forthcoming in:
    Josef Isensee / Paul Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts IV

100. Felix Höffler, Cost and Benefits from Infrastructure Competition. Estimating Welfare Effects from Broadband Access Competition. 2005/1.