



## **Governance, Behavioral Science und das Bild des Menschen im Verfassungsrecht**

Konzeptive Überlegungen zur Inkorporierung von Behavioral-Science-Erkenntnissen in die Rechtswissenschaften am Beispiel einer Dogmatik staatlichen Informationshandelns

Stefan Storr\*, Graz

### **Kurztext**

Der Beitrag behandelt die Anschlussfähigkeit der Verfassungsrechtsdogmatik an Erkenntnisse der Governance-Forschung und Behavioral-Science. Es wird überlegt, welche grundlegenden Fragen sich für eine Integration „weicher“ Steuerungsformen wie „framing“ und „nudging“ in eine Verfassungsrechtsdogmatik stellen. Dabei dient das Bild des Menschen, wie es in der deutschen und in der österreichischen Verfassung vorausgesetzt wird, als Projektionsfläche. Daran ansetzend werden grundsätzliche Überlegungen an staatliches Kommunikationsverhalten angestellt. Richtigkeit, Sachlichkeit und angemessene Zurückhaltung sind zentrale Postulate.

This paper discusses the connectivity of constitutional law doctrine on findings of governance research and behavioral science. Fundamental questions how to integrate "soft" instruments like "framing" and "nudging" in a constitutional law doctrine will be considered. The image of man in the constitutional order, as presupposed in the German and in the Austrian constitution, will be illuminated. For a doctrine of state communication accuracy, objectivity and due restraint are key postulates.

**Schlagworte:** Governance; Behavioral Science; Verfassungsrecht; Bild des Menschen in der Verfassung; Transparenz; Richtigkeit; Sachlichkeit; angemessene Zurückhaltung.

### **I. Governance und Behavioral Economics als Herausforderung an das Verfassungsrecht**

#### **A. Governance**

Die Grundrechtsdogmatik wurde für Eingriffe des Staates durch bestimmte – klassische – Handlungsformen in die Grundrechte der Menschen entwickelt. Die Grundrechte schützen

---

\* Univ.-Prof. Dr. Stefan Storr, Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Universität Graz.

die Menschen vor den Geboten und Verboten des hoheitlich handelnden, des „regierenden“ Staates.

Aber das Instrumentarium des Staates war schon immer weiter. Der Staat handelt nicht nur durch hoheitliche Gebote und Verbote, sondern auch privatrechtlich und schlicht hoheitlich, mit „weicheren“ Formen wie Warnungen, Mitteilungen, Erklärungen, Empfehlungen. Was sich in den vergangenen Jahren unbestritten geändert hat ist, dass der Staat nicht mehr nur direkt regiert, sondern auch indirekt steuert, den Bürger nicht mehr nur als Regelungsadressaten begreift, sondern auf seine Eigenverantwortung setzt. Der Staat bezieht den Bürger in den Rechtsetzungsprozess ein. Kooperativer Staat, schlanker Staat, aktivierender Staat, Deregulierung, regulierte Selbstregulierung, Steuerungsstaat und Governance sind plakative Phänomenbeschreibungen. Transparenz wurde ein neuer Leitgrundsatz eines offenen Staates aufgeklärter Bürger.

Dabei dürfte es kein Zufall sein, dass „weiche“ Steuerungsformen, ja Governance schlechthin, von der Europäischen Union als eine echte Alternative zur Entscheidungsfindung und Steuerung gesehen wird und europäische Governance-Mechanismen durch Implementierung entsprechender Vorgaben und aufgrund ihrer Vorbildfunktion Eingang in das Steuerungsarsenal der Mitgliedstaaten finden. Im Mehrebenensystem ist die europäische öffentliche Gewalt nicht nur durch einen mehr oder weniger umfassenden Kompetenzkatalog beschränkt, sondern muss in besonderem Maße auf die verschiedenen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, ihre Rechtsdogmatiken, ihre Handlungsformenlehren und ihre Rechtsschutzsysteme Rücksicht nehmen sowie die Legitimation ihrer Maßnahmen besonders begründen. „Governance“ erscheint dann als eine willkommene Alternative, weil sie auf eine Politik nach den Grundsätzen der Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Effektivität und Kohärenz setzt.<sup>1</sup> Rechtsvorschriften erscheinen nur als „Teil einer umfassenderen Lösung“, die mit anderen nicht bindenden Instrumenten wie Empfehlungen, Leitlinien oder auch Selbstverpflichtungen „verknüpft“ werden sollen.<sup>2</sup> Eine größere Verantwortung der Beteiligten, dh auch der sog Zivilgesellschaft, spielt in diesem Konzept eine zentrale Rolle.<sup>3</sup>

Auch die Rechtswissenschaft wandelt sich: von der anwendungsorientierten Interpretationswissenschaft zur rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft. Zur juristischen Methode tritt die Realanalyse, die Wirkungszusammenhänge ganzheitlich nachgeht und die Strukturen und die Systematik wechselseitiger Beziehungen untersucht.<sup>4</sup> Rechtstatsachenforschung und die Öffnung der Rechtswissenschaften für Erkenntnisse aus anderen Wissenschaften ist damit zwingend. Behavioral Science and Law ist eine wahrhaft interdisziplinäre Angelegenheit.

---

<sup>1</sup> Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weissbuch, KOM(2001) 428 endg vom 12.10.2001, ABl 2001 C 287, 1, 8.

<sup>2</sup> Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weissbuch, KOM(2001) 428 endg vom 12.10.2001, ABl 2001 C 287, 1, 17.

<sup>3</sup> Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weissbuch, KOM(2001) 428 endg vom 12.10.2001, ABl 2001 C 287, 1, 2, 12, 14.

<sup>4</sup> Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts - Band I (2006) 1 (18 f).

## B. Rational Choice

Damit ist der Bogen zur Verhaltensökonomie geschlagen. Auf weiche Formen hoheitlicher Regulierung kann gesetzt werden, wenn die Akteure bereit sind, Verantwortung zu übernehmen, dh sich rational zu verhalten. Diese Rationalität kann ihren Grund in verschiedenen Voraussetzungen und Erwartungen haben, zB wenn das Unternehmen als eine wirtschaftliche Einheit definiert wird und davon ausgegangen wird, dass dieses hauptsächlich seinen Gewinn maximieren will, oder der reasonable market investor,<sup>5</sup> der in ein Unternehmen gewinnbringend investiert, als Leitbild dient. Aber auch von natürlichen Personen wird vernünftiges Handeln vorausgesetzt bzw erwartet, sei es als homo oeconomicus,<sup>6</sup> sei es als sozialgebundenes Wesen.

## C. Behavioral Science

Doch gerade diese Kernannahme, dass Entscheidungen rational getroffen werden, stellen Verhaltenswissenschaften in Frage. Der Mensch entscheidet eben nicht immer rational, sondern auch utilitaristisch, altruistisch, emotional, eben irrational. Und dieses Verhalten ist nicht unbedingt „vorsätzlich“ sondern entstammt dem Wesen des Menschen, der sich manchmal „langsam“ und überlegt und manchmal „schnell“ und impulsiv verhält.<sup>7</sup> Behavioral Science stellt keine Erwartungen an die Rationalität der Menschen, sondern nimmt den Menschen so wie er ist. Die Verhaltenswissenschaften erforschen den Menschen empirisch, verhaltensökonomische Sozialtheorien gehen von der Begrenztheit der Rationalität menschlichen Verhaltens aus, die ihre Ursache in kognitiven Beschränkungen und begrenzten Informationen hat.<sup>8</sup>

Daran ansetzend sind bestimmte politikwissenschaftliche Konsequenzen für Anforderungen an staatliche Steuerung gezogen worden,<sup>9</sup> die auf Instrumente des framing und nudging setzen. Framing wird in dem Zusammenhang verstanden als der Rahmen, in dem Informationen präsentiert werden,<sup>10</sup> nudging heißt das Ändern von menschlichem Verhalten, ohne dass ein Zwang ausgeübt wird. Es werden Anreize gesetzt, um ein bestimmtes Verhalten des Menschen zu erwirken, wobei ein rationales Verhalten gerade nicht vorausgesetzt wird.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Storr, Subventions- und Beihilfenrecht, in *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>3</sup> (2011) 370 (422).

<sup>6</sup> Storr, Der Staat als Unternehmer (2001) 95.

<sup>7</sup> Kahneman, Schnelles Denken, Langsames Denken (2012).

<sup>8</sup> Daxhammer/Facsar, Behavioral Finance (2012) 84.

<sup>9</sup> Thaler/Sunstein, Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness (2008).

<sup>10</sup> Sunstein, Empirically Informed Regulation, *The University of Chicago Law Review* 2011, 1349 (1353) mit Beispielen für negative and positive Formulierungen.

<sup>11</sup> Thaler/Sunstein, Nudge (2008).

Ob man deshalb heute noch von einer "emerging new power to persuade and to dissuade"<sup>12</sup> sprechen kann, mag mit Fug bezweifelt werden, jedenfalls die Sensibilität für dieses Phänomen – nicht nur – staatlicher Tätigkeiten steigt.<sup>13</sup> Freilich gibt es im deutschen und europäischen Schrifttum bereits eine Reihe von Überlegungen.<sup>14</sup> Um dieses Phänomen rechtsdogmatisch aufzuarbeiten wird es sinnvoll sein, auf US-amerikanische Forschungen zuzugreifen, gilt das amerikanische administrative law doch als „by far the most advanced legal system in incorporating behavioral research into policy-making“.<sup>15</sup>

## II. Fragen an das Verfassungsrecht

Hier können nur erste Überlegungen angestellt werden. In verfassungsrechtlicher Hinsicht stellen sich etwa folgende Fragen: Welche Anforderungen sind an „weiche“ staatliche Maßnahmen zu stellen? Unter welchen Voraussetzungen darf der Staat Anreize zu einem bestimmten Verhalten setzen? Sind weiche Maßnahmen wie nudges grundrechtsrelevant und wie sind sie ggf grundrechtsdogmatisch zu beurteilen? Muss der Staat das Setzen von Anreizen rechtfertigen? Unter welchen Voraussetzungen darf der Staat Informationen veröffentlichen oder weitergeben? Wie sind die Rahmenbedingungen des Informationshandelns (iSe framing) rechtlich zu würdigen?

## III. Das Menschenbild der Verfassung

### A. Bedeutung einer verfassungsrechtlichen Würdigung des Bilds vom Menschen

Wenn Behavioral Science am „realen Menschen“ und seinem Verhalten ansetzt und verhaltensökonomische Steuerungstheorien verfassungsrechtlich eingeordnet werden sollen, ist damit die grundlegende Frage nach dem Bild vom Menschen im Verfassungsrecht gestellt. Denn darum geht es bei verhaltenswissenschaftlichen Forschungen und verhaltensökonomischen Theorien: Den Menschen zu begreifen wie er ist und dessen Verhalten zu verstehen.

Einer verfassungsrechtlichen Würdigung des Bilds vom Menschen kommt eine leitende Funktion für die Teilrechtsordnungen zu. Das Verfassungsrecht steht an der Spitze der Normenhierarchie. Für eine verfassungsrechtliche Beurteilung staatlicher Maßnahmen – seien diese öffentlich-rechtlich, seien sie privatrechtlich – ist deshalb dieses Bild vom Men-

---

<sup>12</sup> Alemmanno/Spina, Nudging Legally – On the Checks and Balances of Behavioral Regulation, International Journal of Constitutional Law Issue 2/2014, NYU School of Law, Jean Monnet working Paper 6/2013, 1 (2).

<sup>13</sup> Amerikanische Forschungen zu Behavioral Science gehen auf die 50er Jahre zurück: ZB Simon, Models of Man (1957). Mit Bezügen zum Recht jedenfalls bis auf 60er Jahre: Berns, Law and Behavioral Science, Law and Contemporary Problems 1963, 185.

<sup>14</sup> Etwa die Sammelbände: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker, Recht und Verhalten (2007); Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann, Paternalismus und Recht (2006); für EU-Recht: Cirilio, Behavioral Economics at the European Commission: Past, Present and Future, Oxera agenda (2011) 1 ff; s. a. das Symposium on nudge mit Beiträgen von Alemmanno, Amir, Bovens, Burgess, Lobel, Salinger, White, European Journal of Risk Regulation 2012, 3.

<sup>15</sup> Alemmanno/Spina, Nudging Legally, Jean Monnet working Paper 6/2013, 1 (11).

schen maßgeblich. Damit wird nicht zwingend vorausgesetzt, dass das Bild vom Menschen in verschiedenen Teilrechtsordnungen identisch ist; um eine verfassungsrechtliche Beurteilung staatlicher Tätigkeit auf der Grundlage von Erkenntnissen der Behavioral Science vornehmen zu können, muss aber ein verfassungsrechtliches Bild des Menschen zugrunde gelegt werden.

## **B. Methode zur Bestimmung des Bilds vom Menschen in der Verfassung**

Die Antwort auf die Frage nach dem Bild vom Menschen, das der Verfassung zugrunde liegt, muss mit der juristischen Methode, dh interpretativ gefunden werden. Im deutschen Grundgesetz gilt die in Art 1 Abs 1 deklarierte Menschenwürde als der archimedische Punkt.<sup>16</sup> Es gibt keine einheitliche Rechtsauffassung darüber, was die Würde des Menschen eigentlich ist, wie sie zu definieren ist, und was ihr konkreter Gehalt ist. Das gilt auch für Österreich, wo die Menschenwürde zwar in nur sehr spezifischen Ausprägungen normativ geregelt, aber – und das ist entscheidend – jedenfalls „im Ergebnis“ als in der österreichischen Bundesverfassung<sup>17</sup> „umfassend“ anerkannt ist.<sup>18</sup> Auch hier gibt es keine Einigkeit zu ihrem Inhalt. Unter Einbeziehung der Erkenntnisse von Behavioral Science sind es aber gerade verschiedene Schattierungen, die Bedeutung gewinnen.

### **1. Objektformel**

Nach der sog Objektformel *Günther Dürigs* ist die Menschenwürde betroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt wird, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.<sup>19</sup> Diese Dimension ist für Behavioral Science von Bedeutung insofern es nicht nur darum geht, den Menschen nicht zum Ding zu degradieren, sondern auch in seinem Menschsein zu begreifen. Diese Objektformel kann dann eine Grenze ziehen, wenn der Staat den Einzelnen nur als Handlungsinstrument zur Erreichung von Zielen versteht.<sup>20</sup> Wenn Steuerungsstrukturen nur gesamthaft analysiert werden und die Kategorien nur noch Wirkungszusammenhänge und Effizienz<sup>21</sup> sind, bleibt das Individuum in seinem Selbstverständnis außen vor. Die Objektformel kann betroffen sein, wenn der Mensch pauschal mit anderen „(Wirtschafts-)Einheiten“ gleichgestellt wird und vereinfachend davon ausgegangen wird, dass menschliches Verhalten an sich „einheitlich“ ist. Dass diese Gefahr besteht, wird in der Governance-Perspektive der EU deutlich, in der ganz allgemein auf

---

<sup>16</sup> *Huber*, Das Menschenbild des Grundgesetzes, JURA 1998, 505 (506).

<sup>17</sup> Art 3 EMRK, Präambel EMRK, Art 1 GRC, Art 1 Abs 4 PersFrG, Konvention gegen rassistische Diskriminierung, Art 8 EMRK, Art 2 StGG iVm Art 7 B-VG und Art 14 EMRK.

<sup>18</sup> *Kneihls*, Schutz von Leib und Leben sowie Achtung der Menschenwürde, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1 – Grundrechte in Österreich (2009) 137 (161 f mwN).

<sup>19</sup> *Dürig*, in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, 1. Lfg, Art 1 Abs 1 Rn 28.

<sup>20</sup> *Masing*, Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts - Band I (2006) 391 (394).

<sup>21</sup> *Masing* aaO.

„Akteure“<sup>22</sup> und die Grundsätze der Verantwortlichkeit „der Zivilgesellschaft“ abgestellt wird.<sup>23</sup> Hier kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Mensch nur als verobjektivierbarer und verobjektivierter „Player“ innerhalb komplexer Steuerungsmechanismen wahrgenommen wird.

## 2. Freiheitliches Menschenbild

Sicher ist jedenfalls auch, dass der verfassungsrechtlichen Menschenwürdekonzepktion ein freiheitliches Menschenbild zugrunde liegt. Den Menschen, der kraft seiner ihm wesensmäßig zukommenden Selbstbestimmtheit seinen Lebensentwurf verfolgen darf, nach „seiner façon seelig“ werden darf und seinem „pursuit of happiness“ folgen kann,<sup>24</sup> zeichnen Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit aus.<sup>25</sup> Seinem eigenen Lebensentwurf zu folgen ist prinzipiell legitim. Der Einzelne muss sich gerade nicht rational entscheiden, muss sich nicht nach Kosten-Nutzen-Überlegungen verhalten, sein Handeln nicht rechtfertigen; er darf sich willkürlich verhalten. Jede Beeinflussung durch den Staat ist damit a priori unvereinbar.<sup>26</sup>

Dieses Prinzip individueller Selbstverwirklichung ist ein Maßstab für staatliche Tätigkeit. Der Staat beeinflusst die Lebensgestaltung der Menschen, wo er den Raum für ihr willkürliches Verhalten modifiziert. Zu weit geht es allerdings, wenn behauptet wird, jedes Setzen von Anreizen stellt bereits einen Grundrechtseingriff dar.<sup>27</sup> Denn eine Verhaltensteuerung durch Information ist viel zu mittelbar und zu wenig prognostizierbar,<sup>28</sup> so dass eine „Steuerung“ schon an sich in Frage gestellt werden kann, vor allem aber beschränken staatliche Maßnahmen, die keine Verbindlichkeit beanspruchen, die Freiheit nicht per se, sondern setzen die Freiheit des Einzelnen voraus. Die Beeinflussung verkürzt den Handlungsspielraum an sich noch nicht; sie kann ihn aber verkürzen, wenn weitere Umstände hinzutreten, zB weil sie „missbräuchlich“,<sup>29</sup> manipulativ<sup>30</sup> erfolgt.

## 3. Individualität des Menschen

Schließlich gehört die Erkenntnis, dass die Menschen unterschiedlich sind, zum verfassungsrechtlichen Bild vom Menschen. Der Gleichheitssatz des Art 7 B-VG greift dies auf. In

---

<sup>22</sup> Krit *Storr*, Energy Governance, in FS B. Raschauer (2013) 575 (584 f).

<sup>23</sup> Kommission, Europäisches Regieren – Ein Weissbuch, KOM(2001) 428 endg vom 12.10.2001, ABI 2001 C 287, 1, 12.

<sup>24</sup> *Huber*, JURA 1998, 507.

<sup>25</sup> *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1996) 35.

<sup>26</sup> *Huber*, JURA 1998, 507.

<sup>27</sup> Dahingehend *Sacksofsky*, Anreize, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts - Band II (2008) 1459 (1502).

<sup>28</sup> *Gusy*, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts - Band II (2008) 221 (294).

<sup>29</sup> „Abuse“: *Alemanno/Spina*, Nudging Legally, Jean Monnet working Paper 6/2013, 1 (2).

<sup>30</sup> *Alemanno/Spina*, Nudging Legally, Jean Monnet working Paper 6/2013, 1 (18).

dem die Staatsbürger „vor dem Gesetz“ gleich sind, setzt Art 7 B-VG die – ohnehin unbestreitbare – Tatsache der Unterschiedlichkeit der Menschen voraus. Die Menschenwürde verpflichtet, die Individualität eines Menschen nicht zu missachten.<sup>31</sup> Das ist für verhaltenswissenschaftliche Forschungen und Konsequenzen, die daraus gezogen werden sollen, insofern von Bedeutung, als sich „die“ Menschen eben nicht gleich verhalten (müssen). Wenn verhaltenspsychologische Untersuchungen zwischen „langsamem Denken“ und „schnellem Denken“ unterscheiden und bestimmtes Entscheidungsverhalten aufgrund besonderer Frageformulierung (framing) ausmachen, dann gelten diese Erkenntnisse eben nicht für alle Menschen gleichermaßen. Die einen mögen „schnell“ denken, die anderen tun dies „langsam“. Der eine entscheidet aus eigennützigen Motiven so, der andere aus gemeinnützigen anders. Das bedeutet nicht, dass der Staat keine einheitlichen Maßnahmen ergreifen darf. Er muss abstrahieren und generalisieren. Er muss aber berücksichtigen, dass impulsgebende Maßnahmen verschiedene Wirkung auf die Adressaten haben können – auf die Allgemeinheit<sup>32</sup> und auf den Einzelnen. Darin liegt der grundlegende Einwand gegen die Annahme eines normativen und präskriptiven Konzepts von Behavioral Law and Economics.<sup>33</sup>

#### IV. Transparenz und Verpflichtung des Staates zur Information?

Bislang gehen die Verfassungsgerichte aber nicht soweit, aus dem freiheitlichen Grundverständnis des verfassungsrechtlichen Menschenbildes eine staatliche Informationspflicht herzuleiten. Zwar kann der einzelne Wirtschaftsteilnehmer erst dann „wirklich frei“ entscheiden, wenn er in Kenntnis aller relevanter Informationen ist. Eine optimale Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs setzt voraus, dass alle Marktteilnehmer möglichst über alle marktrelevante Faktoren Bescheid wissen. Sicher ist es ein wirtschaftspolitisch vernünftiges Anliegen, für ein hohes Maß an markterheblichen Informationen und damit für Markttransparenz zu sorgen;<sup>34</sup> es besteht aber keine Verpflichtung des Staates zur Information. Die Grundrechte schützen vor Beschränkungen der Kommunikation der Menschen durch den Staat, verpflichten den Staat aber grundsätzlich nicht zur Teilnahme an der Kommunikation.

Allerdings gehört es in einer Demokratie auch zur Aufgabe der Regierung, die Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge zu unterrichten. In der Glykol-Entscheidung hat das deutsche Bundesverfassungsgericht<sup>35</sup> ausgeführt, dass gerade in einer „auf ein hohes Maß an Selbstverantwortung der Bürger bei der Lösung gesellschaftlicher Probleme ausgerichteten politischen Ordnung [...] von der Regierungsaufgabe auch die Verbreitung von Informationen

<sup>31</sup> Kneihls in Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte-Band VII/1, 172.

<sup>32</sup> Bereits (wenn auch nicht wissenschaftlich) Le Bon, Psychologie der Massen (1911).

<sup>33</sup> Englerth, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, in Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker, Recht und Verhalten (2007) 60 (101).

<sup>34</sup> BVerfG vom 26. 6. 2002, 1 BvR 558/91, Diethylenglykol.

<sup>35</sup> BVerfG aaO.

erfasst [ist], welche die Bürger zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an der Problembewältigung befähigen.“ Dementsprechend erwarten die Bürger für ihre persönliche Meinungsbildung und Orientierung von der Regierung Informationen, wenn diese andernfalls nicht verfügbar sind. Demzufolge – so das BVerfG weiter – schützt das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht „vor der Verbreitung von inhaltlichen zutreffenden und unter Beachtung des Gebots der Sachlichkeit sowie mit angemessener Zurückhaltung formulierter Informationen durch einen Träger von Staatsgewalt“.<sup>36</sup>

#### **V. Richtigkeit, Sachlichkeit und angemessene Zurückhaltung**

Sicher, diese drei Voraussetzungen – Richtigkeit, Sachlichkeit und angemessene Zurückhaltung – sind aus der Perspektive desjenigen entwickelt, der durch die staatliche Information Nachteile erleiden könnte. Sie eignen sich aber als generelle Anforderungen an staatliches Kommunikationsverhalten.

Massenkommunikation ist ein in hohem Maße multipolares Phänomen. Die Information ist an viele Adressaten gerichtet und hat für verschiedene Adressaten einen unterschiedlichen Wert. Die Anforderungen an eine staatliche Information, die an viele Adressaten gerichtet ist, müssen generalisiert sein und die Anforderungen, die an sie zu stellen sind, müssen grundsätzlich dieselben sein.

Allerdings bedürfen diese drei Kriterien einer genaueren Untersuchung. Sie eignen sich, um Forschungserkenntnisse der Behavioral Sciences aufzugreifen und in die Verfassungsrechtsdogmatik einfließen zu lassen. Damit ist aber noch nicht gesagt, welche Bedeutung sie für Behavioral-Science-Erkenntnisse haben können, dh für den Fall, dass der Staat als „choice architect“ auftritt.

#### **A. Richtigkeit**

Das Gebot der Richtigkeit versteht sich von selbst und muss hier nicht weiter erörtert werden. Wenn staatliche Information die Menschen in die Lage versetzen soll, autonom und selbstverantwortlich aufgrund umfassender Sachkenntnis eine Entscheidung zu treffen, dann müssen die Informationen, aufgrund derer sie entscheiden sollen, richtig sein. Informiert der Staat nicht richtig, nimmt er den Menschen nicht ernst, nimmt er ihm seine Freiheit, selbstverantwortlich zu entscheiden.

---

<sup>36</sup> BVerfG aaO.



## B. Sachlichkeit

Das Gebot der Sachlichkeit ist indes schwerer zu konturieren. Im österreichischen Schrifttum zum Verfassungsrecht wird Sachlichkeit mit Legitimität und Vertretbarkeit umschrieben.<sup>37</sup> Dabei geht es nicht um Zweckmäßigkeit oder Geeignetheit einer staatlichen Maßnahme. Der VfGH nimmt eine Verletzung des Sachlichkeitsgebots aber dann an, wenn der Gesetzgeber zur Erreichung dieser Ziele völlig ungeeignete Mittel vorsieht oder daß die vorgesehenen, an sich geeigneten Mittel zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung führen.<sup>38</sup>

In Bezug auf Behavioral Science ist diese Schranke freilich eine sehr hohe, das Raster der Unsachlichkeit sehr grob. Auch gilt die Rechtsprechung des VfGH als „relativ inhomogen“, so dass sich kaum Fallgruppen bilden lassen,<sup>39</sup> jedenfalls keine, die einen besonderen Bezug zu Behavioral Science nahelegt.<sup>40</sup>

Die Schwierigkeit, verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse unter Sachlichkeitsgesichtspunkten zu würdigen, wird deutlicher, wenn man drei Theoreme betrachtet, die von Vertretern der Behavioral Sciences angeführt werden:

Eine positive Formulierung soll eine andere Wirkung haben als eine negative. Menschen sollen anders reagieren, wenn die Botschaft lautet, dass ein Nahrungsmittel zu 90% fettfrei ist als wenn formuliert wird, dass das Produkt 10% Fett enthält. Eine lebendige und hervorstechende Formulierung soll mehr motivieren als statistische und abstrakte Angaben. Und Menschen sollen sich mehr vor Verlusten fürchten als sie Gewinne schätzen.<sup>41</sup> Doch wie auch immer die staatliche Information formuliert wird, sie ist noch nicht deshalb unsachlich, weil sie negativ und nicht positiv oder weil sie lebendig und nicht abstrakt ist.

Zum Gebot der Sachlichkeit gehört auch das Gebot der Objektivität. Aber auch dieses Kriterium darf nicht überspannt werden, schon weil es ein Kernerkenntnis der Behavioral-Science-Forschung ist, dass Informationen nie „neutral“, dh völlig objektiv auf den Kommunikationsadressaten wirken. Ferner ist anerkannt, dass der Staat nicht nur Tatsachen mitteilen darf;<sup>42</sup> er darf auch werten, seine Wertungen dürfen aber nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen und die Information darf nicht unsachlich, herabsetzend<sup>43</sup> und auch nicht beleidigend sein.<sup>44</sup> Außerdem dürfen die Informationen oder die Umstände der Informationen nicht mit anderen Rechtsprinzipien und -bedingungen konfliktieren.<sup>45</sup>

<sup>37</sup> Berka, Verfassungsrecht<sup>5</sup> (2013) 570.

<sup>38</sup> VfGH, VfSlg 8457/1978, 11369/1987; 12486/1990.

<sup>39</sup> Pöschl, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1-Grundrechte in Österreich (2009) 251 (271).

<sup>40</sup> Allenfalls unter Gleichheitsgesichtspunkten kann es Bedeutung haben, geht dann aber nicht darüber hinaus.

<sup>41</sup> *Tversky/Kahneman*, Loss Aversion in Riskless Choice, *Quarterly Journal of Economics* 1991, 1039; *Sunstein*, Empirically Informed Regulation, *The University of Chicago Law Review*, 2011, 1349 (1355 f).

<sup>42</sup> Str, s zB *Alemanno/Spina*, Nudging Legally, *Jean Monnet working Paper* 6/2013, 1 (22).

<sup>43</sup> BVerfG vom 26. 6. 2002, 1 BvR 558/91, *Diethylenglykol*.

<sup>44</sup> BVerfG vom 10. 6. 2014, 2 BvE 4/13, *Außerung des Bundespräsidenten*.

<sup>45</sup> ZB EuGH vom 24. 11. 1982, 249/81, *Buy Irish*; EuGH vom 5. 11. 2002, C-325/00, *CMA*.

### C. Angemessene Zurückhaltung

Deshalb macht gerade auch das Gebot der angemessenen Zurückhaltung bei staatlichem Informationsverhalten Sinn. Wenn es zutrifft, dass bestimmtes framing und nudging mehr oder weniger motivierend ist – und zwar für jeden anders –, dann müssen die Voraussetzungen an staatliches Informationsverhalten generalisiert sein. MaW kann grundsätzlich nicht auf die Wirkungen, die eine Information und die Umstände der Information auf einen Einzelnen haben, sondern es muss auf den „Durchschnittsempfänger“ abgestellt werden.

Dann dürfen auch die Voraussetzungen an staatliches Informationsverhalten nicht überspannt werden, dh es dürfen und können keine zu großen Anforderungen gestellt werden, eben weil jedes Mehr an Information und jedes Mehr an die Umstände der Information andere Wirkungen haben können – und zwar für jeden andere Wirkungen. Abstrakter kann gesagt werden, dass dem Gebot der angemessenen Zurückhaltung das „Prinzip des schonendsten Paternalismus“<sup>46</sup> zugrunde liegt.

Schließlich kann auch ein Zuviel an Information gegenteilige Effekte haben. Bekanntlich werden Allgemeine Geschäftsbedingungen und umfassende Börsenprospekte von den wenigsten zur Kenntnis genommen. Das dürfte seinen Grund nicht nur in der Komplexität der jeweils zu regelnden Materie haben, sondern auch im Umfang der Information sowie an der erheblichen Mühe, die das Lesen und Verstehen bedeuten. Das Gebot der angemessenen Zurückhaltung kann nicht bedeuten, dass komplexe Materien nicht angemessen dargestellt werden sollen, es bedeutet aber, dass komplexe Materien so einfach wie möglich dargestellt werden sollen.

### D. Weitere Voraussetzungen

Als weitere Voraussetzung wird zu fordern sein, dass grundsätzlich die Urheberschaft der Maßnahme anzugeben ist. Erstens soll der Kommunikationsadressat die Glaubwürdigkeit der Maßnahme beurteilen können – bei staatlichen Maßnahmen soll von einer Richtigkeit und Sachlichkeit grundsätzlich ausgegangen werden können – und zweitens aus Gründen des Rechtsschutzes. Denn der Bürger muss wissen, gegen wen, ggf auf welchem Rechtsweg und mit welchen Rechtsmitteln er sich gegen „weiche“ Steuerungsmaßnahmen gerichtlich zur Wehr setzen kann.

Auch die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme spielt eine Rolle, jedenfalls dann, wenn staatliches Informationshandeln in Grundrechte eingreift. Hier sind drei Bemerkungen veranlasst: Erstens kann staatliches Informationshandeln weniger in Grundrechte eingreifen als Gebote und Verbote, also an sich schon eine erforderliche Maßnahme sein. Zweitens ist die Frage, ob im faktischen staatlichen Handeln ein Grundrechtseingriff liegt, danach zu beur-

---

<sup>46</sup> Van Aaken, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in *Anderson/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann*, Paternalismus und Recht (2006) 109 (133 f).

teilen, ob die Maßnahme in Zielsetzung und Wirkungen ein Ersatz für eine staatliche Maßnahme ist, die ein funktionales Äquivalent zum Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne darstellt.<sup>47</sup> Drittens muss der Staat im Fall eines Grundrechtseingriffs auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung tätig werden.

---

<sup>47</sup> BVerfG vom 26. 6. 2002, 1 BvR 670/91, *Osho*.