



Verhaltensökonomische Steuerungsinstrumente und Verfassungsrecht – Einige Gedanken

Karl Stöger*, Graz

Kurztext

Dieser Beitrag erörtert aus Sicht der österreichischen Rechtsdogmatik und in Form einer Problemskizze einige verfassungsrechtliche Fragen des Einsatzes verhaltensökonomisch inspirierter Regulierungsinstrumente. Zwar ist es so, dass die durch deren Einsatz aufgeworfenen Rechtsfragen keineswegs völlig neu sind, sie stellen sich aber angesichts der zunehmend höheren Zielgenauigkeit der Instrumente in neuem Licht. Dementsprechend behandelt der Beitrag zuerst Aspekte der Zuordnung des Einsatzes dieser Instrumente zur (schlichten) Hoheits- bzw. Privatwirtschaftsverwaltung. Anschließend werden grundrechtliche Beschränkungen des Rückgriffs auf, aber auch grundrechtliche Verpflichtungen zum Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Regelungsinstrumente kurz erörtert. Schließlich wird auf Rechtsschutzfragen eingegangen.

This paper gives, from the perspective of Austrian constitutional law, an overview of some questions raised by the use of legal instruments inspired by findings of behavioural economics. It is submitted that these legal questions are by no means completely novel ones, however, the increasing accuracy and effectiveness of behaviourally inspired instruments sheds a new light on them. First, the paper discusses whether the use of such instruments by the state is an act of *imperium* or an act of private law. Second, it is discussed to which extent fundamental rights not only restrict the use of such instruments, but also require that they be used by the state. Finally, questions of legal review are discussed.

Schlagworte: Grundrechte; schlichte Hoheitsverwaltung; Schutzpflichten; Verfassungsrecht; Verhaltensökonomik; Rechtsschutz.

* Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur (Oxford), Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre, Universität Graz. Dieser Text stellt eine leicht erweiterte Fassung eines bei der Tagung „Recht, Governance und Verhaltensökonomik“ am 28. 4. 2014 an der Universität Graz gehaltenen Vortrags dar. Der Beitrag von *Karkulik*, Rechtsschutz gegen Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, JRP 2014, 169 konnte in den Fußnoten noch berücksichtigt werden.

I. Einleitung

In einem soeben erschienenen Beitrag im *International Journal of Constitutional Law* beschäftigen sich *Alberto Alemanno* und *Alessandro Spina* mit der Verwendung verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente durch den Staat aus öffentlich-rechtlicher Perspektive.¹ Ihr Beitrag dürfte aus der Sicht des öffentlichen Rechts die bisher umfassendste Analyse einschlägiger Fragen darstellen und enthält auch eine hervorragende Zusammenfassung zentraler verhaltensökonomischer Erkenntnisse. Er behandelt zum einen schwerpunktmäßig (aber nicht ausschließlich²) die unter Nutzung verhaltensökonomischer Erkenntnisse erfolgende verwaltende Tätigkeit des Staates, zum anderen konzentriert er sich auf drei Regelungsinstrumente, die von der Verhaltensökonomik als besonders geeignet zur Beeinflussung menschlichen Verhaltens identifiziert wurden: Offenlegungspflichten (disclosure requirements), aktiv abzubedingendes Recht (default rules) und die Vermittlung von Informationen in besonders verständlicher Form (simplification).³ Im letzten Hauptabschnitt ihres Beitrags weisen *Alemanno/Spina* schließlich auf die verfassungsrechtlichen Grenzen des Einsatzes solcher Instrumente hin: Eine dieser Grenzen verorten sie in der staatlichen Schutzpflicht beim Grundrecht auf Meinungsfreiheit, die es dem Staat verbietet, durch eine selektive Vermittlung von Informationen die öffentliche Meinung einseitig zu beeinflussen bzw. überhaupt zu manipulieren. Hier stellen sie auch völlig zu Recht einen Zusammenhang mit dem Schutz des Privatlebens her, das auch dann berührt sein kann, wenn der Staat durch subtile Informationseingriffe die Entscheidungsfreiheit der einzelnen Person unterläuft.⁴ Eine andere Grenze bildet für sie das Prinzip der Gesetzesbindung,⁵ das sich in weiten Teilen mit dem heimischen Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG überschneidet. Weiters weisen *Alemanno/Spina* auf die Verpflichtung des Staates hin, unbefangen und unparteiisch zu agieren,⁶ womit der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) ins Spiel kommt. Und schließlich verlangen sie, dass gegen verhaltensökonomisch inspirierte staatliche Tätigkeit in jeder Form ein entsprechend effektiver Rechtsschutz zur Verfügung stehen muss.⁷

Soweit also ein grober Überblick über die zentralen Inhalte dieses sehr bemerkenswerten Beitrages. Was ich mir für meine Intervention vorgenommen habe, ist, einige der von ihm angesprochenen Fragen in die österreichische Rechtsordnung zu „übersetzen“ und entsprechend der Zielsetzung der Tagung im Wege einiger „erster Gedanken“ grob zu skizzieren, wie man nach den hierzulande anwendbaren Rechtsvorschriften – wobei ich grund-

¹ *Alemanno/Spina*, *Nudging Legally. On the Checks and Balances of Behavioural Regulation*, *International Journal of Constitutional Law* (I.CON) 2/2014 (Volume 12), 429. Zuvor schon als Jean Monnet Working Paper 6/2013 der NYU online unter <http://ssrn.com/abstract=2337459> verfügbar.

² So gehen sie zB auch ausdrücklich auf verhaltensökonomisch inspirierte Richtlinienvorgaben und damit auf gesetzgeberische Aktivitäten ein; auch die im Beitrag näher dargestellten Maßnahmen sind tw solche der Gesetzgebung und nicht nur der Verwaltung.

³ Zu diesen Instrumenten auch aus verhaltensökonomischer Sicht umfassend *Sunstein*, *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*, *Yale Law Journal* 2013, 1826; abrufbar unter www.yalelawjournal.org.

⁴ *Alemanno/Spina*, I.CON 2014, 447 f.

⁵ *Alemanno/Spina*, I.CON 2014, 449 f.

⁶ *Alemanno/Spina*, I.CON 2014, 450 f.

⁷ *Alemanno/Spina*, I.CON 2014, 452.

sätzlich das nationale Recht gegenüber dem Unionsrecht in den Vordergrund rücken werde – mit ihnen umgehen könnte.

Bevor ich das tue, möchte ich jedoch ausdrücklich darauf hinweisen, dass es keinesfalls so ist, dass die durch den Einsatz von verhaltensökonomisch inspirierten Instrumenten aufgeworfenen Fragen völlig neu sind: So ist etwa die Thematik der Wahl zwischen einer Widerspruchs- und einer Zustimmungslösung bei der Organspende, bei der erstere nachweislich zu einer größeren Organverfügbarkeit führt, ein im öffentlichen Recht bereits sehr lange diskutiertes Thema.⁸ Die öffentliche Verwaltungskommunikation, die durch die Nutzung ökonomisch inspirierter Erkenntnisse deutlich wirksamer gestaltet werden kann, war bereits Gegenstand einer österreichischen Habilitationsschrift⁹ und die Frage des Rechtsschutzes gegen Warnungen der Finanzmarktaufsichtsbehörde hat neben der Lit¹⁰ auch den VfGH¹¹ ebenso beschäftigt wie der von der staatlichen Energieregulierungsbehörde im Internet zur Verfügung gestellte Spritpreisrechner,¹² der Konsumenten bei der Suche nach der billigsten Tankstelle helfen soll. Was sich aber durch die immer größer werdenden Fortschritte der Verhaltensökonomik sehr wohl verändert, ist die Zielsicherheit der einschlägigen Instrumente. Dies ist zum einen positiv, eröffnet es doch dem Staat die Möglichkeit einer als wenig autonomiebeschränkend empfundenen und zugleich wirksamen Steuerung. Solche Instrumente (eben: „soft regulation“¹³) können sich im Lichte einer grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung gegenüber „härteren“, command-and-control-basierten Instrumenten als verhältnismäßig eingriffsarm erweisen und es dem Staat darüber hinaus ermöglichen, in Wahrnehmung von grundrechtlichen Schutzpflichten das Verhalten von Menschen zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer besonders wirksam zu steuern. Damit können unter Umständen plötzlich Ergebnisse erzielt werden, deren verhältnismäßige Erreichung dem Staat bislang nicht möglich war (dazu noch unter III.). Zum anderen ist dies auch negativ – und diesen Aspekt rückt die Arbeit von *Alemanno/Spina* in rechtsschutzbezogener öffentlich-rechtlicher Tradition in den Vordergrund – ermöglicht es doch dem Staat potentiell weitreichende und damit unverhältnismäßige Grundrechtseingriffe, die jedoch zumindest auf den ersten Eindruck hin kaum spürbar sind.¹⁴ Drastisch

⁸ Vgl nur aus der österr Lit bereits *Kopetzki*, *Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation* (1988) 48 ff, weiters 248 f.

⁹ *Feik*, *Öffentliche Verwaltungskommunikation* (2007). Vgl nun auch den jüngst erschienenen, auf einer Masterarbeit beruhenden Beitrag von *Karkulik*, JRP 2014, 169.

¹⁰ Vgl nur *N. Raschauer*, *Staatliche Warnungen – Rechtsstaatliche Grenzgänger*, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg) *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2009, 271 (mwN etwa in FN 36); davor bereits etwa zu „Sektenwarnungen“ *Mayer*, *Staatliche Warnungen vor „Sekten“ und Rechtsschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Mayer* (Hrsg) *Staat und „Sekten“ – staatliche Information und Rechtsschutz* (2001) 19; zur Verbraucherwarnung *Lurger*, *Öffentliche Verbraucherwarnung und individueller Verbraucherauskunftsanspruch nach österreichischem Recht* (Besprechungsaufsatz), VuR 2007, 415.

¹¹ VfSlg 18.747/2009.

¹² VfSlg 19.721/2012. Die Rechtsfrage stellte sich in diesem Fall freilich anders als bei den Warnmeldungen der Finanzmarktaufsichtsbehörde. Vgl davor schon allgemein (und mit eigenen Thesen) *B. Müller*, *Pressearbeit als (regulierungs-)verwaltungsrechtliche Handlungsform*, ZfV 2012, 17.

¹³ Der Begriff ist hier den – differenzierten – Überlegungen von *Sunstein*, *Yale Law Journal* 2013, 1858 f zu „soft paternalism“ entlehnt.

¹⁴ Vgl nur *Baldwin/Cave/Lodge*, *Understanding Regulation?* (2013); „the processes of nudging are value-laden yet low in transparency“.

gesprochen: Je subtiler die Manipulationsmöglichkeiten werden, desto mehr sind Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtswissenschaft auch gefordert, genauer hinzusehen.

Die Frage nach der Wirksamkeit staatlicher Tätigkeit ist eine, die in der „regulatory theory“ des anglo-amerikanischen Raums bereits als Klassiker anzusehen ist¹⁵ und auch bei uns jedenfalls in der Praxis bereits regelmäßig gestellt wird – ich darf hier aus nationaler Sicht nur die haushaltsrechtsbezogenen Themenkreise „Gesetzesfolgenabschätzung“ und „Wirkungsorientierung“ erwähnen.¹⁶ Je mehr diese staatliche Tätigkeit freilich auf aus Betroffensicht als „autonomiewahrend“ empfundene Instrumente zurückgreifen kann, desto mehr sollten – was der Beitrag von *Alemanno/Spina* auch sehr gut zeigt – mE eben gerade auch die klassisch juristischen Fragen wieder in den Vordergrund treten: Grenzen staatlicher Tätigkeit, Verpflichtung zu staatlichem Tätigwerden, Handlungsformen staatlicher Tätigkeit und Rechtsschutz gegen diese. Einigen dieser Fragen werde ich nunmehr nachgehen.

II. Notwendigkeit der gesetzlichen Regelung des Einsatzes verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente?

Damit sind wir bei der ersten Frage zum österreichischen Recht angelangt, nämlich inwieweit der Einsatz von verhaltensökonomisch inspirierten Instrumenten einer (besonderen) gesetzlichen Grundlage¹⁷ bedarf oder ohne eine solche erfolgen darf.

Zwischen Privaten ist die Antwort relativ klar: Hier gilt grundsätzlich die allgemeine Handlungsfreiheit, sodass sich die Möglichkeit des Einsatzes verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente nach den zivilrechtlichen Regeln bestimmt und keiner besonderen gesetzlichen Grundlage bedarf. Eine besondere gesetzliche Grundlage ist aber dann erforderlich, wenn diese Handlungsfreiheit eingeschränkt wird, etwa durch verbraucherrechtliche Regeln: Hier wird regelmäßig ein Eingriff in die Grundrechte eines der Beteiligten vorliegen (zu denken wäre etwa an einen Eingriff in die kommerzielle Meinungsäußerungsfreiheit oder die Freiheit der Erwerbstätigkeit eines Unternehmens, das unerwünschte verhaltensökonomisch optimierte Werbemaßnahmen einsetzt), welcher jedenfalls nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig ist.

Weitaus mehr Fragen stellen sich dort, wo der Staat selbst verhaltensökonomisch inspirierte Instrumente einsetzt – also die Situation, die typischerweise im Blickfeld öffentlich-rechtlicher Arbeiten steht und auf die auch *Alemanno/Spina* fokussieren. Theoretisch ist die Antwort auch hier einfach: Erfolgt der Einsatz dieser Instrumente im Rahmen der *Ho-*

¹⁵ Vgl nur Kapitel 7 („Regulatory Strategies“) in *Baldwin/Cave/Lodge*, Understanding Regulation 105 ff.

¹⁶ Vgl dazu nur mwN drei Beiträge im Heft 3/2011 der ZfV: *Stöger*, Verfassungsrechtliche Aspekte der Haushaltsrechtsreform 2008, ZfV 2011, 347; *Steiner*, Das Bundeshaushaltsgesetz 2013 und seine Auswirkungen auf die Gesetzesfolgenabschätzung, ZfV 2011, 356; *Mungenast/Reindl*, Wirkungsorientierte Folgenabschätzung im Bundeshaushaltsgesetz 2013, ZfV 2011, 364.

¹⁷ Der Begriff ist hier materiell zu verstehen und meint entweder unmittelbar anwendbares Unionsrecht oder nationale Gesetze bzw auf diese gestützte Verordnungen.

heitsverwaltung, bedarf er nach Art 18 B-VG jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage; erfolgt der Einsatz im Rahmen der *Privatwirtschaftsverwaltung*, so darf er nach hA ohne besondere gesetzliche Grundlage erfolgen.¹⁸ Nur: In welchem Fall ist die Verwendung dieser Instrumente das eine, und in welchem Fall das andere? Die Antwort auf diese Frage hat bekanntlich nicht nur für die Anwendbarkeit des Legalitätsprinzips, sondern auch für den Rechtsschutz entscheidende Bedeutung.

Ich kann diese Frage hier schon deswegen nicht beantworten, weil die Antwort davon abhängt, welches verhaltensökonomisch inspirierte Instrument in welchem Kontext zur Anwendung kommt; *Bernhard Raschauer* spricht bei der Zuordnung einer Tätigkeit zur Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung ganz allgemein etwa von einer „konkreten Interpretation der rechtlichen Zusammenhänge“.¹⁹ Die rechtliche Zuordnung dürfte etwa im Fall einer besonders plakativen Warnmeldung einer staatlichen Behörde anders ausfallen als dort, wo eine Schule in staatlicher Trägerschaft in der Schulkantine das Obst gezielt so platzieren lässt, dass die Schüler als Nachspeise eher zu diesem greifen. Letztlich wird man daher auf die allgemeinen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Privatwirtschaftsverwaltung und (schlichter) Hoheitsverwaltung zurückgreifen müssen, was in bestimmten Fällen kein leichtes Unterfangen darstellt. Es genügt nämlich nicht immer, die Rechtsgrundlagen, die den Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente vorsehen, dahingehend auslegen, ob der Staat nach ihnen mit *imperium* tätig werden soll oder aber unter Benutzung von Rechtsformen, der sich auch der Rechtsunterworfenen bedienen kann.²⁰ Gerade bei Instrumenten einer „soft regulation“ stellt sich nämlich regelmäßig das Problem, dass diese nicht auf die Setzung eines „typisierten“ Hoheitsaktes – insb eines Bescheides oder eines Akts unmittelbarer behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt – abstellen, ja dessen Erlassung oft nicht einmal vorbereiten.²¹ Damit kommt es dann für die Zuordnung der Tätigkeit letztlich darauf an, in welchem Kontext das Tätigwerden erfolgt, ob somit – wie es *Rudolf Feik* für die staatliche Informationsverwaltung formuliert hat²² – eine „funktionelle Verbindung zur staatlichen Hoheitsverwaltung“ besteht (oder eben nicht). Gerade bei der Informationstätigkeit staatlicher (Aufsichts-)organe wird – zu Recht – ein solcher Zusammenhang idR bejaht und diese daher der schlichten Hoheitsverwaltung zugerechnet.²³

Allgemein formuliert kann man sagen, dass gerade die Zuordnung von als wenig autonomiebeschränkend empfundenem, aber dennoch steuerndem staatlichen Handeln (welches beim Einsatz bestimmter verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente vorliegt) zu den Kategorien der Hoheits- bzw Privatwirtschaftsverwaltung eine durchaus schwierige Aufgabe darstellt.²⁴ Man sollte sich aber ausdrücklich davor hüten, gerade aus der Abwesenheit

¹⁸ Für den Bereich der Öffentlichkeitsarbeit differenzierend mwN *Karkulik*, JRP 2014, 180 ff.

¹⁹ *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 704.

²⁰ Dies ist die klassische Abgrenzungsformel; vgl nur *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 376; *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 685. Leading case der Rsp des VfGH ist VfSlg 3262/1957.

²¹ In diesem Fall wird idR schlichte Hoheitsverwaltung angenommen.

²² *Feik*, Verwaltungskommunikation 190.

²³ Vgl jetzt auch die diesbezügliche Darstellung bei *Karkulik*, JRP 2014, 171 ff.

²⁴ Vgl nochmals *Karkulik*, JRP 2014, 171 ff.

klassischer hoheitlicher Instrumentarien²⁵ zu folgern, dass Privatwirtschaftsverwaltung vorliegt. Informationstätigkeit mag etwas sein, was auch Private entfalten können; aber es ist eben nicht unerheblich, *wer* eine Information ausspricht. Insoweit ist es dogmatisch konsequent, wenn die Lehre staatliche Informationstätigkeit mit privater Informationstätigkeit nicht stets in einen Topf wirft – die „staatliche Information“ ist eben etwas, was einem Privaten bei genauer Betrachtung nicht zur Verfügung steht.

Dementsprechend kann man jedenfalls feststellen, dass der vermehrte Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente durch die Vollziehung eine Herausforderung für das überkommene System der Zuordnung staatlichen Handelns zu den klassischen, aber verfassungsrechtlich vorgegeben Kategorien der (schlichten) Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung darstellt.

Abschließend ist in diesem Zusammenhang noch die Frage zu erwähnen, inwieweit der Staat von der Verfassung verpflichtet wird, die Vollziehung eines Rechtsgebietes in bestimmten Fällen zwingend hoheitlich oder privatwirtschaftlich auszugestalten.²⁶ Soweit sich entsprechende Vorgaben finden, gelten diese dann natürlich auch für den Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente durch den Staat, etwa im Bereich sicherheitspolizeilicher Tätigkeit.²⁷

III. Grundrechtliche Aspekte des Einsatzes verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente

Betrachtet man nunmehr die grundrechtlichen Aspekte des Einsatzes verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente, so tritt – auch im bereits einleitend erwähnten Beitrag von *Alemanno/Spina* – auf den ersten Blick die diesbezüglich *begrenzende* Wirkung der Grundrechte in den Vordergrund. Dies betrifft zuerst einmal den Einsatz dieser Instrumente durch den Staat selbst, wobei es aufgrund der die Privatwirtschaftsverwaltung erfassenden Fiskalgeltung der Grundrechte²⁸ unerheblich ist, ob er dabei (schlicht) hoheitlich oder nicht-hoheitlich tätig wird. Daneben kann den Staat aber aufgrund der sog grundrechtlichen Schutzpflichten²⁹ auch die Verpflichtung treffen, Private vor Verletzungen ihrer grundrechtlich geschützten Sphäre durch andere Personen zu schützen: Dies kann somit auch dann der Fall sein, wenn diese Verletzungen aus der Verwendung bestimmter verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente resultieren – womit er verpflichtet sein kann, den Einsatz dieser Instrumente gesetzlich zu beschränken oder überhaupt zu verbieten.

²⁵ Also insb Verordnungen, Bescheide und Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.

²⁶ Grundlegend und bis heute aktuell dazu *B. Raschauer*, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1; weiters zB *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 383 f.

²⁷ Zur Öffentlichkeitsarbeit (insb im Lichte der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnov 2012) vgl nunmehr auch *Karkulik*, JRP 2014, 182.

²⁸ Vgl dazu nur *Berka*, Verfassungsrecht⁵ (2013) 1258 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Verfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1337.

²⁹ Zu den Begrifflichkeiten vgl nur *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 1224; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte² (2013) Rz 1/33.

Aus welchen Grundrechten entsprechende Beschränkungen abzuleiten sind, ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen: Die von *Alemanno/Spina* genannten Grundrechte des Schutzes des Privatlebens, der Meinungsäußerungsfreiheit sowie der Gleichheit³⁰ gehören jedenfalls dazu. Bei der für grundrechtliche Abwägungsentscheidungen notwendigen Verhältnismäßigkeitsprüfung wird besonders darauf Bedacht zu nehmen sein, dass es bei verhaltensökonomisch inspirierten Instrumenten eben nicht um deren „gefühltes“ Beeinträchtigungspotenzial, sondern um das *tatsächliche* Eingriffspotenzial geht. MaW: Auch ein psychologisch geschickt „verpackter“ und damit nur als geringfügig empfundener Eingriff kann, wenn er manipulative Auswirkungen hat, unverhältnismäßig sein.

Da sich *Alemanno/Spina* mit der beschränkenden Wirkung der Grundrechte bereits eingehend befasst haben, möchte ich meine diesbezüglichen Überlegungen hier beenden und noch eine andere, gewissermaßen *ermöglichende* Dimension des Verhältnisses zwischen Grundrechten und verhaltensökonomisch inspirierten Instrumenten beleuchten. Wie bereits erwähnt, ermöglichen verhaltensökonomisch inspirierte Instrumente eine als wenig autonomiebeschränkend empfundene Verhaltenssteuerung. Dies kann, wie ebenfalls bereits ausgeführt, dann unverhältnismäßig sein, wenn es mit manipulativen Auswirkungen verbunden ist; wenn dies aber nicht der Fall ist, können sich entsprechende staatliche Eingriffe in die Grundrechtssphäre Privater eben als besonders verhältnismäßig darstellen. Anders gesprochen: In bestimmten Fällen könnte sich die Zielerreichung durch „harte“ command-and-control-Regulierung als unverhältnismäßig darstellen, während die Zielerreichung durch „sanfte“ verhaltensökonomisch inspirierte Steuerungsinstrumente noch verhältnismäßig ist. Damit wird dem Staat die Möglichkeit eröffnet, mit solchen Instrumenten steuernd in Bereiche einzugreifen, wo es ihm aus grundrechtlicher Sicht zuvor aus Verhältnismäßigkeitsgründen verwehrt war. Hier eröffnet sich somit ein Potenzial, das durchaus auch positiv verstanden werden kann.

Man kann sogar noch einen Schritt weitergehen: In Schutzpflichtsituationen, also dort, wo der Staat verpflichtet ist, Privaten die Entfaltung ihrer grundrechtlich geschützten Sphäre – auch gegenüber Dritten – zu ermöglichen, ist zu überlegen, ob es dem Staat durch den Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente (in Gesetzgebung und/oder Vollziehung) nicht mitunter möglich wird, Schutzpflichten in einer verhältnismäßigen Art und Weise zu erfüllen. Das könnte dann in bestimmten Fällen sogar dazu führen, dass der Staat zum Rückgriff auf verhaltensökonomisch inspirierte Instrumente zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten verpflichtet wäre – eben deshalb, weil ihm die Erfüllung dieser Schutzpflichten in verhältnismäßiger Weise überhaupt erst durch den Einsatz dieser Instrumente möglich wird. Dass eine Durchsetzung von Schutzpflichten ganz allgemein – und damit auch im hier geschilderten Fall – in der Regel sehr schwierig ist,³¹ übersehe ich dabei nicht. Ebenso wenig übersehe ich, dass aus Sicht der einen Personengruppe als wenig autonomiebeschränkend empfundene staatliche Steuerung für eine andere Personen-

³⁰ Vgl auch die den Gleichheitssatz näher einbeziehenden Überlegungen bei *Karkulik*, JRP 2014, 182 f.

³¹ Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁵ Rz 1224; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte² Rz 1/34.

gruppe umso drastischere Auswirkungen haben kann: So kann etwa eine verhaltensökonomisch inspirierte Informationskampagne des Staates gegen ein bestimmtes Produkt aus Sicht der Konsumenten als geringer Eingriff empfunden werden, aber auf Grund hoher Wirksamkeit für Verkäufer dieses Produktes sehr starke Auswirkungen haben. MaW: Gerade Schutzpflichtsituationen sind idR mehrpolig und können gerade deshalb sehr schwierige Fragen aufwerfen, dennoch könnten sich durch den Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente hier neue Handlungsmöglichkeiten bzw sogar Handlungsverpflichtungen des Staates ergeben.

Resümierend möchte ich festhalten, dass der Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente aus grundrechtlicher Sicht nicht nur Risiken in sich birgt, sondern auch Handlungsmöglichkeiten für den Staat eröffnen kann, welche einer Verhältnismäßigkeitsprüfung eher standhalten könnten als „klassische“ Steuerungsinstrumente.

IV. Rechtsschutzfragen des Einsatzes verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente

Der letzte Themenkreis, den ich beleuchten möchte, ist der des Rechtsschutzes gegen den Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente. Dabei gelten primär³² die allgemeinen Grundsätze: Kommen diese Instrumente auf privatrechtlicher Grundlage – entweder *inter privatos* oder im Rahmen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung – zum Einsatz, so besteht Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten – mit dem bekannten Nachteil des damit verbundenen Kostenrisikos. Sofern gegen die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Grundlage der betroffenen Maßnahme Bedenken bestehen, sind die ordentlichen Gerichte zu einem Prüfungsantrag gem Art 89 B-VG an den VfGH verpflichtet, weiters steht demnächst hier auch die Gesetzesbeschwerde³³ zur Verfügung. Erfolgt der Einsatz im Rahmen der Hoheitsverwaltung und in Form eines dort vorgesehenen typengebundenen Verwaltungshandelns (also insb Verordnung, Bescheid oder Akt unmittelbarer Verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt), so ist der entsprechende Rechtsschutzweg zu wählen.³⁴

Eine grundsätzliche – vorgelagerte – Schwierigkeit der Rechtsschutzsuchenden gegen staatliches Handeln wird dabei regelmäßig die Beantwortung der Frage sein, ob dieses der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen ist (dazu schon unter II.). Zu diesem Thema habe ich auch bereits erwähnt, dass gerade staatliche Informationsverwaltungstätigkeit regelmäßig dem Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung zuzurechnen sein wird, in dem der Staat nicht mittels vertyptem Verwaltungshandeln tätig wird. Dies führt zur allge-

³² Auf besondere Fälle des Rechtsschutzes, etwa im Vergaberecht (Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gem Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG) oder im Datenschutzrecht (Auskunftsbeschwerde an die Datenschutzbehörde), wird hier nicht eingegangen, diese sind aber auch dann zu beachten, wenn ein Zusammenhang zum Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente besteht.

³³ Art 139 Abs 1 Z 4 (Verordnungen) und Art 140 Abs 1 lit d (Gesetze) B-VG idF BGBl I 2013/114 (ab 1. 1. 2015).

³⁴ Also zB direkte (Individualantrag) oder mediatisierte Befassung des VfGH, Bescheid- oder Maßnahmenbeschwerde an ein Verwaltungsgericht mit nachfolgender Revision an den VwGH bzw allenfalls Erkenntnisbeschwerde an den VfGH.

meinen Frage, wie man sich gegen staatliches Handeln in diesem Bereich zur Wehr setzen kann. Die Antwort auf diese allgemeine Frage ist nämlich auch für den Einsatz bestimmter, insb informationsbasierter verhaltensökonomischer Steuerungsinstrumente durch den Staat von Interesse. Im Bereich bestimmter Veröffentlichungen der Finanzmarktaufsicht etwa sieht das Gesetz nunmehr vor, dass die Betroffenen eine bescheidmäßig zu erledigende Überprüfung verlangen können.³⁵

Was in Hinblick auf schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln allerdings derzeit in den Vordergrund rückt, ist die Diskussion um die Bedeutung des mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012³⁶ neu geschaffenen Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG. Dieser ermöglicht es dem einfachen Gesetzgeber, eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über „Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze“ vorzusehen, wodurch eine Beschwerdemöglichkeit gegen nicht vertypertes, schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln eröffnet werden kann.³⁷ Hinsichtlich der Auslegung dieser Bestimmung ist einiges strittig, und das ist damit natürlich auch für Konstellationen relevant, in denen verhaltensökonomisch inspirierte Regelungsinstrumente durch den Staat im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung angewendet werden. Die wesentlichen Diskussionspunkte sind die folgenden:

- Verpflichtet diese Verfassungsbestimmung den Gesetzgeber dazu, dann, wenn er nicht typengebundenes hoheitliches Verwaltungshandeln vorsieht, zugleich eine einfachgesetzliche Rechtsschutzmöglichkeit durch Anrufung eines Verwaltungsgerichts zu schaffen? Diese Position wird insb von *Holoubek* vertreten,³⁸ ihr wird entgegengehalten, dass schon vor Schaffung der Bestimmung eine ähnliche Zuständigkeit der UVS (Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG aF) begründet werden konnte, ohne dass Vergleichbares daraus abgeleitet wurde.³⁹ Zumindest dieser Einwand greift allerdings mE angesichts der umfassenden Neuordnung des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Nov 2012 zu kurz.
- Strittig ist, inwieweit die Bestimmung auf generell adressiertes, nicht typengebundenes hoheitliches Verwaltungshandeln anwendbar ist; dies wird teilweise verneint.⁴⁰

³⁵ Vgl insb § 70 Abs 7 BWG.

³⁶ BGBl I 2012/51.

³⁷ Zu den diesbezüglichen Möglichkeiten in Hinblick auf die Informationstätigkeit der Verwaltung nunmehr eingehend *Karkulik*, JRP 2014, 177 ff.

³⁸ *Holoubek*, Handlungsformen, Legalitätsprinzip und Verwaltungsgerichtsbarkeit, FS Raschauer (2013) 181. Vgl auch die auf diesen sowie auf Überlegungen von *N. Raschauer* aufbauenden Überlegungen bei *Karkulik*, JRP 2014, 183.

³⁹ *Ennöckl*, Entspricht die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit den Anforderungen des Grundrechtsschutzes? in *ÖJK* (Hrsg), Justizstaat: Chance oder Risiko? (2014) 119 (124).

⁴⁰ ZB *Faber*, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 130 B-VG Rz 31; *Grabenwarter/Fister*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit⁴ (2013) 216; anders zB *Hauer*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in *Fischer/Pabel/N. Raschauer* (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit (2014) 353 (371): nur Verordnungen ausgeschlossen; *Wiederin*, Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit Erster Instanz (2013) 29 (33 f).

- Strittig ist weiters ihre Anwendbarkeit auf sog (vertikale) verwaltungsrechtliche Verträge zwischen Staat und Privaten, die gerade in abgabenrechtlichen Zusammenhängen von Bedeutung sein können.⁴¹

Diese Diskussionen, die in den nächsten Jahren sicherlich fortgesetzt werden, und die ersten einschlägigen Entscheidungen der Höchstgerichte zu dieser Bestimmung werden daher auch in Hinblick auf den Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Steuerungsinstrumente durch den Staat zu beobachten sein.

Abschließend darf ich auch noch darauf hinweisen, dass „bei der Durchführung des Rechts der Union“ durch die Mitgliedstaaten⁴² Art 47 GRC einen wirksamen Rechtsbehelf gegen Verletzungen von durch das „Recht der Union garantierte[n] Rechte und Freiheiten“ gebietet. Da der Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Steuerungsinstrumente nicht nur in die – sich regelmäßig mit denen der MRK überschneidenden – Grundrechte der GRC, sondern auch in die Grundfreiheiten des Unionsrechts eingreifen kann, ist auch dieses unionale Grundrecht im Zusammenhang mit einschlägigen Rechtsschutzfragen zu beachten. Auch hier geht es freilich wieder um ein allgemeines Problem, nämlich um die Reichweite des Art 47 GRC.

V. Schluss

Zum Abschluss bleibt somit die Erkenntnis, dass der Einsatz verhaltensökonomisch inspirierter Instrumente zwar zahlreiche Fragen aufwirft, dass diese aber idR nicht völlig neu sind, sondern sich schon in früheren Zusammenhängen gestellt haben. Neu ist freilich, dass immer mehr wissenschaftliche Erkenntnisse solche Instrumente auch immer „besser“ machen – sowohl hinsichtlich ihres Nutzens als auch ihrer Gefahren. Insoweit gibt es gute Gründe dafür, dass auch die Wissenschaft vom öffentlichen Recht ihrem Einsatz in Zukunft mehr Aufmerksamkeit widmet als bisher – das Zivilrecht scheint hier schon etwas weiter zu sein. Auch aus diesem Grund ist den Veranstaltern der Tagung dafür zu danken, dass sie eine entsprechende Initiative gesetzt haben und den Referentinnen und Referenten Anlass zu ersten entsprechenden Überlegungen gegeben haben.

⁴¹ Die ErlRV schließen die Anwendbarkeit ausdrücklich aus, zu den daraus resultierenden Fragen zB *Eberhard*, Handlungsformen und Rechtsstaat, in FS Raschauer (2013) 65 (83 ff). In Anbetracht des diesbezüglich offenen Wortlautes gegen die Materialien *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lang* (Hrsg) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit Erster Instanz (2013) 127 (142).

⁴² So die ihrerseits in ihrer Reichweite unklare (vgl zuletzt insb EuGH 26. 2. 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*) Formulierung des Art 51 GRC.