

Ökonomische Menschenbilder als Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht

Johannes Klamet*

A. Einführung

Worin liegt der Anlass zu interdisziplinärem Arbeiten? Nach *Eberhard Schmidt-Aßmann* ist „Interdisziplinarität [...] nicht das Normale; sie hat sich [vielmehr] durch den Nachweis von Defiziten der disziplinären Forschung zu legitimieren.“¹ Ein Defizit in diesem Sinn könnte darin liegen, dass sich die deutsche Rechtswissenschaft und -praxis zu selten mit den ihrem Gegenstand zugrundeliegenden Menschenbildern befassen. Das steht in auffälligem Kontrast zum Kern dieses Gegenstandes, namentlich der Regulierung und Steuerung² menschlichen Verhaltens. Die wenigen prominenten Ausnahmen – etwa die reichhaltige Auseinandersetzung mit dem „Menschenbild des Grundgesetzes“³ oder verschiedenen Verbraucherleitbildern im Zivilrecht⁴ – bestätigen nur die sonst zu beobachtende Regel. Stattdessen bleiben Menschenbilder als Teil der vielfältigen Vorverständnisse rechtswissenschaftlichen und -praktischen Arbeitens oft unausgesprochen, unreflektiert und damit letztlich einer kritischen Diskussion entzogen.⁵

* Für hilfreiche Anmerkungen bedanke ich mich herzlich bei Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Johanna Groß, Gabriel Noll und Dr. Leander Beinlich.

1 *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, JZ 1995, 2 (7). Ähnlich *Jörn Lüdemann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht und ökonomisches Wissen, in: Augsberg, Ino (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, 2013, 121 (126 f.).

2 Siehe für das Verwaltungsrecht statt aller nur *Ivo Appel*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 und *Martin Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, ebd., 286, jeweils m.w.N.

3 Siehe unten, D. I.

4 *Marina Tamm*, in: dies./Tonner, Klaus/Brönneke, Tobias (Hrsg.), Verbraucherrecht, 3. Aufl. 2020, § 1 Rn. 20 ff. m.w.N.

5 Siehe zu einer entsprechenden Kritik am Menschenbild des Grundgesetzes *Michael Stolleis*, Das Menschenbild der Verfassung, in: Duncker, Hans-Rainer (Hrsg.), Beiträge

Anders stellt sich die Situation in der Ökonomie dar: Dort stehen Menschenbilder als Ausgangs- und Bezugspunkte von Modellannahmen, Theoriebildung und empirischer Forschung seit jeher ausdrücklich im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses.⁶ Ausgehend von den in den USA begründeten Forschungszweigen *Law and Economics* und *Behavioral Economics and the Law* finden ökonomische Menschenbilder seit einiger Zeit auch verstärkt Eingang in den deutschen Rechtsdiskurs.⁷ Ob sich diese interdisziplinäre Hinwendung zur Ökonomie aber tatsächlich aus einem Defizit der juristischen Erkenntnismöglichkeiten rechtfertigt und welche Potentiale eine Rezeption ökonomischer Menschenbilder als Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht bietet, möchte der Beitrag im Folgenden näher beleuchten.

B. Rezeption als (Re-)Konstruktion

Da in dem *Call for Abstracts* der diesjährigen Jungen Tagung unter anderem die Frage aufgeworfen wurde, wie die Verarbeitung von Expertise anderer Disziplinen in Rechtsetzung und -anwendung gelingen kann, soll zunächst jedoch der Rezeptionsvorgang als solcher in den Blick genommen werden. Seit Jörn Lüdemann auf der 47. – damals noch so genannten – Assistenten-tagung im Jahr 2007 dem von ihm zuvor konstatierten⁸ Defizit an methodologischer Reflexion der Rezeption fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse

zu einer aktuellen Anthropologie, 2006, 369 (375) und Friederike Wapler, in: Dreier, Horst/Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2023, Art. 1 Abs. 1 Rn. 165.

6 Gebhard Kirchgässner, *Homo Oeconomicus*, 4. Aufl. 2013, 12 m.w.N.; Karl Häuser, Zum Menschenbild in der Nationalökonomie, in: Duncker, Hans-Rainer (Hrsg.) (Fn. 5), 285 (286 ff.); Florian Krause, Der *homo oeconomicus* im Kontext der Wirtschaftswissenschaften, in: Dieckmann, Andreas/Sorge, Christoph (Hrsg.), *Der homo oeconomicus* in der Rechtsanwendung, 2016, 123.

7 Siehe nur Pascale Cancik, Verhaltensmodelle und die Perspektive der Rechtswissenschaft, in: Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H. (Hrsg.), *Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung*, 2007, 52; Anne van Aaken, *Recht und Realanalyse – welches Modell menschlichen Verhaltens braucht die Rechtswissenschaft*, ebd., 70; Jörn Lüdemann, Die Grenzen des *homo oeconomicus* und die Rechtswissenschaft, in: Engel, Christoph u.a. (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, 7; siehe ferner die Beiträge in Dieckmann, Andreas/Sorge, Christoph (Hrsg.) (Fn. 6).

8 Lüdemann (Fn. 7), 49.

mit den von ihm dort skizzierten „Bausteine[n] einer Rezeptionstheorie“⁹ abhelfen wollte, hat sich nur wenig zum Besseren gewandt. Die Forderungen nach einem stärker reflektierten Umgang mit fachfremden Erkenntnissen sind ungebrochen.¹⁰ Wie kann ein solcher aussehen? Er muss jedenfalls Antworten auf die zentralen Herausforderungen interdisziplinären Arbeitens bieten. Das heißt, er muss einer asymmetrischen, selektiven und damit letztlich willkürlichen Rezeption entgegenwirken.¹¹

In Anlehnung an *Lüdemann* soll der Rezeptionsprozess im Folgenden in drei „Rezeptionsetappen“¹² unterteilt und dadurch näher strukturiert werden: Auf der ersten Rezeptionsetappe – der *Rezeptionsvorbereitung* – ist der Rezeptionsbedarf, also das Defizit der eigenen Disziplin zu ermitteln. Auf der zweiten Rezeptionsetappe erfolgt die verständige *Würdigung des Rezipierten*. Das erfordert jedenfalls Grundkenntnisse der Terminologie, Theorie und Methodik der zu rezipierenden Disziplin. Auf der dritten und letzten Rezeptionsetappe erfolgt schließlich die *rechtswissenschaftliche Einpassung* der fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse.

In der Debatte um interdisziplinäres Arbeiten wird häufig die Bedeutung der zweiten Rezeptionsetappe – also der Würdigung des Rezipierten – hervorgehoben. Denn in der praktischen Umsetzung stellen sich insoweit erhebliche Zeit- und Ressourcenprobleme für den Erwerb der erforderlichen fachfremden Kenntnisse.¹³ Auch möchte man der Gefahr entgegenwirken, hinter dem Qualitäts- und Kenntnisstand der zu rezipierenden Disziplin zurückzubleiben. Indes sind die erste und dritte Rezeptionsetappe – also die Rezeptionsvorbereitung und die Einpassung des Rezipierten – nicht

9 Jörn Lüdemann, Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Boysen, Sigrid u.a. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, 266 (275 ff.).

10 Siehe nur Andreas Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders./Eifert, Martin/Möllers, Christoph (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, Rn. 39; Ino Augsberg, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), 117 (121); Niels Petersen, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, Der Staat 49 (2010), 435 (439 ff.).

11 Vgl. Jens Kersten, in: Kahl, Wolfgang/Ludwigs, Markus (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 25 Rn. 25, der aber unter Rn. 27 zutreffend darauf verweist, dass diese Herausforderungen bis zu einem gewissen Grad schlechthin jede Wissensgenerierung charakterisieren; Lüdemann (Fn. 7), 49 f.; Voßkuhle (Fn. 10), Rn. 39.

12 Hierzu und zum Folgenden Lüdemann (Fn. 9), 275 ff.

13 Vgl. Petersen (Fn. 10), 455.

minder wichtig: Interdisziplinäres Arbeiten ist kein Selbstzweck.¹⁴ Die Begründungsbedürftigkeit jedes Kenntnistransfers leistet vielmehr einen wichtigen Beitrag, um die disziplinäre Integrität der Rechtswissenschaft zu erhalten.¹⁵ Die *Einpassung* der fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse wiederum ist mit den verbreiteten Metaphern interdisziplinären Arbeitens – etwa „Import“, „Übersetzung“ oder „Transplantation“ – nur unzureichend charakterisiert.¹⁶ Da die Rezeption einem juristischen Defizit entgegenwirken soll, fehlen in vielen Fällen bereits tragfähige Anknüpfungspunkte der eigenen Disziplin, die vor einer Einpassung erst geschaffen werden müssen.

Der hier skizzierte Rezeptionsvorgang kann daher in Anlehnung an *Jens Kersten* am besten als juristische (Re-)Konstruktion fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse charakterisiert werden.¹⁷ Dabei stehen – insbesondere bei der Rezeption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse – die Unterscheidung und das Verhältnis von Sein und Sollen bzw. Wirklichkeit und Recht als disziplinäre Identitätsmerkmale der Rechtswissenschaft im Vordergrund.¹⁸ Auch handelt es sich trotz der drei unterscheidbaren Rezeptionsetappen nicht um einen linearen, sondern um einen reflexiven Prozess. In nicht wenigen Fällen führt überhaupt erst die Auseinandersetzung mit fremdwissenschaftlichen Erkenntnissen potentielle Defizite der eigenen Disziplin vor Augen. Darüber hinaus wirkt deren Einpassung auf das Rechtssystem zurück und kann zu dessen Fortentwicklung und besseren Durchdringung beitragen.

Die weitere Untersuchung ist daher wie folgt gegliedert: Die Rezeptionsvorbereitung erfolgt in einem ersten Schritt, in dem zunächst der interdisziplinär genutzte Begriff des „Menschenbildes“ näher definiert wird (dazu C.). Anschließend wendet sich die Untersuchung den juristischen Menschenbildern zu, um einen etwaigen Rezeptionsbedarf zu ermitteln (dazu D.). Im zweiten Schritt wird das ökonomische Menschenbild mit seinen

14 Demgegenüber zu unkonkret: Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 13.08.2023).

15 Vgl. *Voßkuhle* (Fn. 10), Rn. 39; *Ino Augsberg*, Multi-, inter-, transdisziplinär?, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 1), 16 ff.; vgl. auch *Thomas Vesting*, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – „Verkehrsregeln“ und „Verkehrsströme“, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 253 (280 f.).

16 *Kersten* (Fn. 11), § 25 Rn. 27 m.w.N.; *Augsberg* (Fn. 15), 16 ff.

17 *Kersten* (Fn. 11), Rn. 27; ähnlich *Augsberg* (Fn. 15), 22 ff.: juristischer „Transformationsprozess“. Siehe ferner *Vesting* (Fn. 15), 253 ff.

18 Vgl. *Peter Häberle*, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 2008, 29 ff.

Abwandlungen dargestellt, also eine verständige Würdigung des Rezipierten im oben beschriebenen Sinn vorgenommen (dazu E.). Im abschließenden dritten Schritt erfolgt auf dieser Grundlage die rechtswissenschaftliche Einpassung, um die Potentiale einer Rezeption auszuloten (dazu F.).

C. Begriff des Menschenbildes

Eine allgemeine Definition des Begriffs des Menschenbildes findet sich in der philosophischen Anthropologie. Danach ist ein „Menschenbild“ die Vorstellung von der *Natur* oder dem *Wesen* des Menschen, also der ihn prägenden Eigentümlichkeiten. Dem Wesen oder der Natur des Menschen kann man sich aus vielen Blickwinkeln annähern, etwa aus einem naturwissenschaftlichen, soziologischen oder theologischen.¹⁹ Der Mensch ist danach entweder ein besonders intelligenzbegabtes Säugetier, *homo sociologicus*²⁰ oder Ebenbild eines allmächtigen Schöpfergottes. Letztlich hängt eine nähere Begriffsbestimmung damit stark von der gewählten Perspektive und dem jeweiligen Erkenntnisinteresse ab. Dieser Charakter als disziplinübergreifender „Brückenbegriff“²¹ ist dabei Chance und Risiko zugleich, da er zwar interdisziplinäre Vergleiche anregt, diese aber die inhärente Gefahr grundsätzlicher Missverständnisse in sich tragen.

Für die Zwecke dieser Untersuchung ist die Unterscheidung von normativen und positiv-analytischen Menschenbildern zweckmäßig. Während normative Menschenbilder Aussagen dazu treffen, wie der Mensch sein bzw. wie er sich verhalten *soll*, bilden positiv-analytische Menschenbilder ab, wie der Mensch *ist* bzw. wie er sich *tatsächlich verhält*.²² Für positiv-analytische Menschenbilder ist die alternative Bezeichnung als „Verhaltensmodell“ verbreitet,²³ wobei die Terminologie uneinheitlich verwendet wird und im Einzelnen vieles umstritten ist. Zum Teil werden zwischen „Menschenbildern“ und „Verhaltensmodellen“ kategoriale Unterschiede ausge-

19 Vgl. Häberle (Fn. 18), 30; siehe auch Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2017, Lemma „Anthropologie“.

20 Ralf Dahrendorf, Homo Sociologicus, 17. Aufl. 2010.

21 Häberle (Fn. 18), 71.

22 Vgl. Martin Führ/Kilian Bizer/Peter H. Feindt, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 7), 9 (14).

23 Siehe etwa Führ/Bizer/Feindt, (Fn. 22), 14 f.; vgl. ferner Cancik (Fn. 7), 56 f. und Gebhard Kirchgässner, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre?, JZ 1991, 104 (insb. 105 ff.).

macht,²⁴ wohingegen Andere die Begriffe synonym verwenden²⁵ oder auf den Terminus „Verhaltensmodell“ verzichten, obwohl sie sich der Sache nach auf solche beziehen²⁶. Dabei handelt es sich nicht um vernachlässigbare Spitzfindigkeiten des Sprachgebrauches, da eine unzureichende Differenzierung die Gefahr begründet, dass der Begriff des „Menschenbildes“ vorschnell mit normativen Gehalten assoziiert wird, was bisweilen zu den bereits angedeuteten Missverständnissen führen kann.²⁷ Zwar fließen auch in die Formulierung von Verhaltensmodellen normative Annahmen ein.²⁸ Ihnen liegt in diesem Sinn ein bestimmtes – wenn auch schwach konturiertes – normatives Menschenbild zugrunde. Diese normativen Hintergrundbilder sollten mit den daraus abgeleiteten Modellen aber nicht unbedacht gleichgesetzt werden. Zur besseren Unterscheidung wird daher im Folgenden der Begriff „Verhaltensmodell“ verwendet, wenn sich die Darstellung auf positiv-analytische Menschenbilder bezieht.

D. Juristische Menschenbilder

Welchen Stellenwert und welche Funktionen haben normative Menschenbilder und Verhaltensmodelle nunmehr im Recht? Dass ihnen offenbar eine große Bedeutung zukommt, hat bereits *Gustav Radbruch* im Jahr 1927 in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung postuliert:

„Nichts ist so entscheidend für den Stil eines Rechtszeitalters wie die Auffassung vom Menschen, an der es sich orientiert.“²⁹

24 Vgl. *Andreas Suchanek*, *Ökonomische Ethik*, 2. Aufl. 2007, 179.

25 *Karl-Heinz Fezer*, in: Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva (Hrsg.), *Lauterkeitsrecht: UWG*, 3. Aufl. 2016, Einl. Rn. 421 f.; *Kirchgässner* (Fn. 23), 105 ff.

26 Siehe etwa *Häuser* (Fn. 6), 286: Menschenbild im „begrenzten“ bzw. im „partiellen“ Sinne; vgl. auch *Oliver Lepsius*, *Menschenbilder und Verhaltensmodelle – Ergebnisse aus der Perspektive der Rechtswissenschaft*, in: Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H. (Hrsg.) (Fn. 7), 168 (169): „etwas Ähnliches wie ein Verhaltensmodell“.

27 Vgl. *Lüdemann* (Fn. 7), 16 f. und *Cancik* (Fn. 7), 55; für ein derartiges Missverständnis siehe etwa *Fezer* (Fn. 25), Rn. 422.

28 *Cancik* (Fn. 7), 57; *Petersen* (Fn. 10), 451.

29 *Gustav Radbruch*, *Der Mensch im Recht*, 1927, 5.

I. Menschenbild des Grundgesetzes

An der Spitze unserer heutigen Rechtsordnung steht das „Menschenbild des Grundgesetzes“. Im Einzelnen ist hier vieles unklar und umstritten, auch weil es als Terminus im Verfassungstext nicht vorkommt.³⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat es bereits sehr früh – und seitdem in ständiger Rechtsprechung – wie folgt umschrieben:

„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isoliert souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“³¹

Dieser Umschreibung kann man jedoch wenig mehr entnehmen, als dass das im Grundsatz individualistische Menschenbild des Grundgesetzes auch korporative Züge aufweist.³²

In der Literatur scheint jedenfalls dahingehend Einigkeit zu bestehen, dass das „Menschenbild des Grundgesetzes“ weniger durch positive Einzelschreibungen, als vielmehr negativ zu bestimmen ist.³³ Dem Grundgesetz liegt nicht *ein* bestimmtes Menschenbild zugrunde, sondern nur die Negativform davon.³⁴ Die Zusammenschau der Menschenwürdegarantie und der auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ausgerichteten Grundrechte lässt nur den Schluss auf ein allenfalls schwach konturiertes, aber offenes, pluralistisches, diverses und individualistisches Menschenbild zu.³⁵

30 Vgl. Cancik (Fn. 7), 56; Häberle (Fn. 18), 72.

31 BVerfG, Urteil vom 20.07.1954, 1 BvR 459, 484, 548, 555, 623, 651, 748, 783, 801/52, 5, 9/53, 96, 114/54, BVerfGE 4, 7 (15 f.). Siehe ferner nur BVerfG, Beschluss vom 16.07.1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 (6); BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, 173 (193); BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971 – 1 BvR 387/65, BVerfGE 32, 98 (107 f.); BVerfG, Beschluss vom 17.10.1971 – 1 BvR 241/77, BVerfGE 50, 166 (175); BVerfG, Urteil vom 05.02.2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (151 f.).

32 Vgl. Lepsius (Fn. 26), 169. Ausführlich zur Menschenbildformel des Bundesverfassungsgerichts Ulrich Becker, Das ‚Menschenbild des Grundgesetzes‘ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, insb. 74 ff.

33 Siehe nur Stolleis (Fn. 5), 371; Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 167; Wapler (Fn. 5), Art. 1 Abs. 1 Rn. 165.

34 Stolleis (Fn. 5), 371.

35 Lepsius (Fn. 26), 170 f.

Aufgrund seines hohen Abstraktionsniveaus ermöglicht ein so verstandenes Menschenbild kaum konkrete Ableitungen.³⁶ Es hat allenfalls die Funktion eines Leitbildes, dass die Auslegung anderer Normen – der Verfassung und des einfachen Rechts – im Sinne ihrer Individualorientierung beeinflusst.³⁷ Insbesondere die Auffächerung in konkrete Grundrechte mit unterschiedlichen Schrankenregelungen kann vor diesem Hintergrund als System abgestufter normativer Verhaltenserwartungen gedeutet werden. Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ setzt der staatlichen Vorstellung vom Menschen und der an ihn richtbaren Verhaltenserwartungen so erste, aber grundsätzliche Grenzen.

II. Menschenbilder in den Teilrechtsordnungen

In ihrer Funktion als Leitbilder finden sich konkretere normative Menschenbilder auch in den einzelnen Teilrechtsordnungen. So wird etwa, wie bereits erwähnt, das Verbraucherschutzrecht an verschiedenen Verbraucherleitbildern ausgerichtet.³⁸ Im Öffentlichen Recht finden sich Menschenbilder als Argumentations- und Auslegungstopoi besonders häufig im Sozialrecht. So gibt etwa die Kinder- und Jugendhilfe die „eigenverantwortliche Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht“³⁹ als Erziehungsziel vor und der Wandel weg von einer Ausrichtung auf Fürsorge und Versorgung hin zu einer selbstbestimmten Teilhabe am gesellschaftlichen Leben hat das rechtliche Bild von Menschen mit Behinderung verändert⁴⁰. All diese Menschenbilder eint, dass sie als normative Leitbilder mit verhältnismäßig hohem Abstraktionsniveau allenfalls zur dogmatischen Systembildung und der Gewährleistung von Wertungskohärenz beitragen.

36 *Lepsius* (Fn. 26), 169.

37 *Lepsius* (Fn. 26), 169; dezidiert a.A. dagegen *Horst Dreier* (Fn. 33), Art. 1 Abs. 1 Rn. 167: „eher Trugbild als Leitbild“; kritisch auch *Wapler* (Fn. 5), Rn. 165.

38 *Tamm* (Fn. 4), § 1 Rn. 20 ff. m.w.N.

39 BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (144).

40 Vgl. *Tim Husemann*, Anm. zu BAG, Urt. v. 30.11.2011 – 9 AZR 143/21, AP SGB IX 2018 § 280 Nr. 1.

III. Verhaltensmodelle und Verhaltenserwartungen

Wie ist es demgegenüber um ein juristisches Verhaltensmodell bestellt? Ein eigenständiges disziplinübergreifendes Verhaltensmodell hat die Rechtswissenschaft bislang jedenfalls nicht entwickelt.⁴¹ Zwar liegt nahezu jeder rechtlichen Regelung eine – in vielen Fällen implizite – Annahme über menschliches Verhalten zugrunde,⁴² weshalb eine Vielzahl normgebundener Verhaltenserwartungen im Recht zu konstatieren ist. Diese können jedoch allein schon wegen ihres heterogenen und fragmentarischen Charakters nicht zu einem „normwissenschaftlichen Verhaltensmodell“⁴³ abstrahiert werden.

Auch eine Ausrichtung dieser normativen Verhaltenserwartungen am offenen und pluralen Menschenbild des Grundgesetzes funktioniert in vielen Fällen nicht bzw. nicht mehr. Der intervenierende Staat der Industrie- und Wissensgesellschaft greift längst nicht mehr nur mit Verboten in Freiheitsbereiche ein, sondern lenkt, informiert und verteilt Leistungen.⁴⁴ Darin spiegelt sich ein sich kontinuierlich wandelndes Bild des Staates und seiner Aufgaben wider, die konkretere Vorstellungen vom Menschen und seinem Verhalten erforderlich machen.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass das Recht zwar normative Menschenbilder hoher und normative Verhaltenserwartungen niedriger Abstraktionsebenen kennt, aber kein positiv-analytisches Verhaltensmodell hat. Handelt es sich dabei um ein Defizit, dass eine Rezeption fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse nahelegt? Diese Frage wäre wohl zu verneinen, wenn man die klassische Kontrollperspektive rechtspraktischen Arbeitens⁴⁵ zugrunde legt, die wegen der Gesetzesbindung zuvörderst von den gesetzgeberisch vorgegebenen normativen Verhaltenserwartungen ausgehen muss, weshalb wenig Raum für die Rezeption von

41 *Lepsius* (Fn. 26), 168; *Horst Eidenmüller*, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 (217).

42 *Eidenmüller* (Fn. 41), 217.

43 *Lepsius* (Fn. 26), 168 f.

44 *Stolleis* (Fn. 5), 374; siehe zum kontinuierlich steigenden Wissensbedarf des Staates und den damit verbundenen Auswirkungen auf das Verwaltungsrecht auch *Augsberg* (Fn. 16), 7 ff.

45 Siehe zur Unterscheidung von Kontroll- und Gestaltungsperspektive nur *Lepsius* (Fn. 26), 175.

Verhaltensmodellen bliebe⁴⁶. Anders sieht es dagegen aus, wenn man die steuerungstheoretische Perspektive⁴⁷ in den Blick nimmt, um die insbesondere das Verwaltungsrecht sukzessive erweitert wird; gleiches gilt, wenn man die gestaltende Perspektive von parlamentarischen und exekutiven Normgebern einnimmt. Ein Rezeptionsbedarf lässt sich daher, ausgehend von dem hier vertretenen rekursiven Vorgehen, grundsätzlich behaupten.

E. Ökonomische Menschenbilder

I. Rational-Choice-Modell: Der Mensch als *homo oeconomicus*

Dominantes Forschungsparadigma der Ökonomie ist das Rational-Choice-Modell, das den Menschen als *homo oeconomicus* modelliert.⁴⁸ Dem liegt der Versuch zugrunde, „menschliches Verhalten dadurch zu erklären, dass man unterstellt, dass sich die einzelnen Individuen *rational* verhalten[,] [...] dass sie [also] aus den ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten eine *rationale Auswahl* treffen, wobei sie sich in ihrer Entscheidung an den (erwarteten) Konsequenzen ihres Handelns orientieren.“⁴⁹

Homo oeconomicus ist dabei stets das Individuum: Kollektive Phänomene sollen gerade durch eine Rückführung auf individuelles Handeln erklärt werden (sog. methodologischer Individualismus).⁵⁰ Besondere Bedeutung kommt dabei der Beschreibung und Analyse nicht-intendierter Konsequenzen individuellen Handelns zu, die sich erst bei einer aggregierten Betrachtung zeigen.⁵¹ Die Entscheidungssituation des Individuums wird durch seine Präferenzen und die von ihm zu beachtenden Restriktionen konturiert.⁵² Die Restriktionen, zu denen etwa das Einkommen oder

46 Umfassend zur Gesetzesbindung als Grenze interdisziplinären Arbeitens in der Rechtsdogmatik Noah Zimmermann, Interdisziplinarität – eine Gefahr für den Vorrang des Gesetzes?, in: Ammann, Odile u.a. (Hrsg.), Verantwortung und Recht, 2022, 215 (insb. 221 ff.).

47 Siehe die Nachweise in Fn. 2.

48 Lüdemann (Fn. 7), 12; umfassend Kirchgässner (Fn. 6).

49 Kirchgässner (Fn. 6), 2 (Hervorhebungen im Original).

50 Gebhard Kirchgässner, Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem *homo oeconomicus*!, in: Engel, Christoph/Morlok, Martin (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, 49 (51).

51 Vgl. Kirchgässner (Fn. 50), 51.

52 Siehe statt aller nur Kirchgässner (Fn. 6), 13 und Krause (Fn. 6), 125 ff.

rechtliche Rahmenbedingungen zählen, stecken den Handlungsspielraum des Individuums ab. Die Präferenzen enthalten demgegenüber die Wertvorstellungen des Individuums und ermöglichen es diesem, die ihm zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen zu bewerten. In der Regel wird dabei unterstellt, dass Individuen vollständige, konsistente, transitive und stabile Präferenzsysteme haben.⁵³ Das bedeutet, dass ein Individuum für jedes Paar von Zuständen angeben kann, ob es einen dem anderen vorzieht oder indifferent ist, sich also – mit anderen Worten – entscheiden kann (Vollständigkeit) und das Schlüsse von Präferenzen auf andere Präferenzen möglich sind, weil das Präferenzsystem in sich konsistent ist (zieht das Individuum Option „A“ der Option „B“ vor und diese wiederum Option „C“, ist der Schluss zulässig, dass Option „A“ der Option „C“ vorgezogen wird [Konsistenz, Transitivität]). Die Annahme konstanter Präferenzen – wonach diese sich jedenfalls kurzfristig nicht ändern – ist erforderlich, da etwaige Verhaltensänderungen andernfalls sowohl auf veränderte Präferenzen als auch auf einen veränderten Handlungsspielraum zurückgeführt werden könnten, was Prognosen erschweren würde.⁵⁴

Ein Individuum handelt in einer derart umrissenen Entscheidungssituation rational, wenn es seinen erwarteten Nutzen unter Berücksichtigung der Restriktionen maximiert oder jedenfalls satisfiziert.⁵⁵ Dies erfordert die Aufnahme und korrekte Verarbeitung aller relevanten Informationen und die Wahl derjenigen Handlungsalternative, die bei einer Zweck-Mittel-Relation unter Berücksichtigung der eigenen Präferenzen am vorteilhaftesten ist.⁵⁶ Der Standardfassung des *homo oeconomicus* liegt darüber hinaus die Annahme eigennützigens Handelns zugrunde.⁵⁷ Das bedeutet, dass sich das Individuum nur an seinem eigenen Präferenzsystem orientiert.

Der Anwendungsbereich des Rational-Choice-Modells ist trotz seiner Wurzeln in der klassischen Nationalökonomie nicht auf wirtschaftliche

53 Eidenmüller (Fn. 41) 217; Kirchgässner (Fn. 6), 40 ff.

54 Lüdemann (Fn. 7), 24 m.w.N., der zu Recht darauf verweist, dass gerade die Bildung und Veränderung menschlicher Präferenzen interessante Forschungsbereiche für die Rechtswissenschaft darstellen, den die ökonomische Forschung jedoch bewusst ausklammert; siehe auch Kirchgässner (Fn. 6), 40 f. m.w.N.

55 Siehe nur van Aaken (Fn. 7), 78; vgl. auch Kirchgässner (Fn. 6), 32 m.w.N.

56 Eidenmüller (Fn. 41), 217.

57 Siehe nur van Aaken (Fn. 7), 84 f.

Fragestellungen beschränkt.⁵⁸ Vielmehr wurde es wegen seiner auch für andere Gegenstandsbereiche passenden Grundannahmen in anderen Forschungszweigen angewandt und stellt mittlerweile ein allgemeines sozialwissenschaftliches Verhaltensmodell dar.

II. Grenzen des Rational-Choice-Modells, Fortentwicklungen und (Aus-)Differenzierungen

Wenn man eine Rezeption des Rational-Choice-Modells erwägt, muss man sich auch dessen Grenzen und der an ihm geäußerten Kritik bewusst sein.⁵⁹ Die Kritik am Standardmodell wendet sich primär gegen die vermeintliche Realitätsarmut bzw. -ferne des *homo oeconomicus*.

Schwer wiegt dabei die Kritik an der Rationalitätsannahme des Standardmodells. Erkenntnisse der Kognitionspsychologie und experimentellen Ökonomik haben diese ab den 1970er-Jahren auf der Grundlage einer Vielzahl empirisch nachgewiesener Abweichungen nachhaltig in Frage gestellt.⁶⁰ Sie haben zum Teil systematische Defizite in der Informationsaufnahme und -verarbeitung sowie dem Entscheidungsverhalten von Menschen aufgezeigt.⁶¹ Indes haben die festgestellten Rationalitätsdefizite bislang nicht zu einer Aufgabe des Standardmodells geführt, da dieses die Realität in vielen Fällen hinreichend abbildet. Die Effekte können einstweilen durch Modifikationen des Standardmodells berücksichtigt werden, wobei das auf Kosten seiner Universalität und Einfachheit geht.⁶²

58 Kirchgässner (Fn. 6), 2; vgl. auch Niels Petersen/Emanuel V. Towfigh, in: dies. (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 3 ff. zur Unterscheidung von „Ökonomie“ und „Ökonomik“.

59 Siehe nur Eidenmüller (Fn. 41), 218 f.; Lüdemann (Fn. 7), 9 ff.; Andreas Dieckmann/Christoph Sorge, *Der homo oeconomicus. Ein Modellmensch für das Recht par excellence?*, in: dies. (Hrsg.) (Fn. 7), 1 (28 ff.).

60 Eidenmüller (Fn. 41), 218 ff. mit zahlreichen w.N.

61 Grundlegend waren insoweit insb. die Arbeiten von Daniel Kahneman, Amos Tversky, Richard Thaler und Vernon Smith. Siehe dazu die Nachweise bei Krause (Fn. 6), 128 ff. Der Forschungsstand ist gegenwärtig stark im Fluss, u.a. weil einige zentralen Erkenntnisse bislang nicht (hinreichend) reproduziert werden konnten, vgl. Konstantin Chatziathanasiou, *Nudging after the Replication Crisis*, Verfassungsblog, 30.8.2022, <https://verfassungsblog.de/nudging-after-the-replication-crisis/> (zuletzt abgerufen am 13.08.2023).

62 Krause (Fn. 6), 130 ff.; Eidenmüller (Fn. 41), 221.

Auch gegen das Eigennutzenaxiom wird Kritik erhoben. Der Vorwurf lautet, dem *homo oeconomicus* liege ein pessimistisches oder zynisches Menschenbild zugrunde. Indes kann „Eigennützigkeit“ im Sinne des Rational-Choice-Modells in Anlehnung an *John Rawls* am treffendsten als „gegenseitig desinteressierte Vernünftigkeit“⁶³ umschrieben werden und ist damit gerade nicht mit „Boshaftigkeit“ oder „Missgunst“ gleichzusetzen⁶⁴. Der annahmegemäße Egoismus des *homo oeconomicus* wird daher häufig überzeichnet. Auch erhebt das Modell als Verhaltensmodell keinen normativen Anspruch.⁶⁵ Vielmehr bildet das Eigennutzenaxiom das empirisch zu beobachtende menschliche Verhalten in vielen Fällen zutreffend ab.

Die entscheidende Frage ist also sowohl hinsichtlich der Rationalitätsannahme als auch des Eigennutzenaxioms ob und wie das Standardmodell im Einzelfall abgewandelt werden muss, um ein hinreichendes Erklär- und Prognosepotential zu entfalten.

F. Potentiale und Grenzen der Rezeption ökonomischer Menschenbilder im Öffentlichen Recht

Wie ist es nun um Potentiale und Grenzen einer Rezeption bestimmt? Dafür ist zwischen der Rechtsanwendung, der Rechtsetzung und der Rechtswissenschaft zu unterscheiden.

I. Rechtsanwendung

Für die Rechtsanwendung bestehen, wie bereits angeklungen ist, geringe Rezeptionschancen, wenn man die klassisch-juristische Kontrollperspektive zum Maßstab erhebt.⁶⁶ Der Rechtsanwender muss sich wegen der Gesetzesbindung an den normativen Verhaltenserwartungen orientieren, die das Gesetz aufstellt.⁶⁷ Überdies muss er einen konkreten Sachverhalt beurteilen, in dem sich ein bestimmtes Verhalten manifestiert hat. Für dessen

63 *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, stw 271, 1979, 168.

64 Vgl. *van Aaken* (Fn. 7), 85; *Kirchgässner* (Fn. 50), 53.

65 Vgl. *Lüdemann* (Fn. 7), 16 f.

66 Pointiert *Cancik* (Fn. 7), 55: Verhaltensmodelle leisten zu vielen „Alltagsfragen juristischer Arbeit“ keinen Beitrag; *Zimmermann* (Fn. 46), 221 ff. Siehe zur Unterscheidung von Kontroll- und Gestaltungsperspektive auch *Lepsius* (Fn. 26), 175 f.

67 Vgl. *Lepsius* (Fn. 26), 168 f. und 175 f.

rechtliche Bewertung ist es im Regelfall unerheblich, aus welchen Gründen sich das Individuum in einer bestimmten Weise verhalten hat. Die Rechtsanwendung erfordert daher in der Regel weder eine Erklärung noch eine Prognose menschlichen Verhaltens; der Rechtsanwender muss nicht modellieren, sondern entscheiden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt die Verhältnismäßigkeitsprüfung dar.⁶⁸ Die Beurteilung der Geeignetheit oder Erforderlichkeit einer staatlichen Maßnahme eröffnet die (fiktive) Prognose, welche Auswirkungen andere Maßnahmen auf die Verhaltenssteuerung im konkreten Fall gehabt hätten.

Die Rechtsanwendung im Öffentlichen Recht ist indes nicht auf eine Kontrollperspektive beschränkt. Das ursprüngliche Leitbild des Verwaltungshandelns – der eingreifende Verwaltungsakt und dessen nachträgliche gerichtliche Kontrolle – wird zunehmend durch die Perspektiven der planenden Verwaltung, der Informationsverwaltung, des Risikoverwaltungs- und Regulierungsrechts ergänzt.⁶⁹ Das spiegelt den Wandel der Verwaltungsrechtswissenschaft hin zu einer Steuerungswissenschaft, wie sie insbesondere durch die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ betrieben wird.⁷⁰

Diese auf Steuerung ausgerichtete Perspektive wird normativ durch zunehmend offener gefasste Verhaltenserwartungen ergänzt; etwa durch den verstärkten Rückgriff auf Gebotsnormen.⁷¹ Man mag zu diesen Entwicklungen stehen, wie man möchte; ein verstärkter Bedarf nach prospektiver Verhaltensabschätzung auf der Ebene der Rechtsanwendung ist kaum in Abrede zu stellen.

II. Rechtsetzung

Ein weiterer Anwendungsbereich ist für die Rechtsetzung gegeben; insbesondere auch für Rechtsverordnungen und Satzungen.⁷² Denn Regeln, die auf menschliches Verhalten einwirken sollen, erfordern Annahmen über dieses Verhalten.⁷³ Die gesetzgeberischen Verhaltensannahmen bleiben bislang häufig implizit; in vielen Fällen dürften dem Öffentlichen Recht

⁶⁸ *Cancik* (Fn. 7), 53.

⁶⁹ Siehe nur *Augsberg* (Fn. 16), 9 f.

⁷⁰ Ausführlich *Voßkuhle* (Fn. 10), Rn. 16 ff.; siehe ferner die Nachweise in Fn. 2.

⁷¹ Vgl. *Lepsius* (Fn. 26), 171 ff.

⁷² *Cancik* (Fn. 7), 66; *van Aaken* (Fn. 7), 71 ff.

⁷³ *Eidenmüller* (Fn. 41), 217.

bereits heute unausgesprochen die Grundannahmen des Rational-Choice-Modells zugrunde liegen.⁷⁴ Die Gesetzesfolgenabschätzung ist nach § 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien für diese bereits als Regelfall vorgegeben. Potentiale bieten sich zudem für die retrospektive Kontrolle, ob die mit einem Gesetzesvorhaben verfolgten Zwecke erreicht werden, also für die Gesetzesevaluierung.

III. Rechtswissenschaft

Die Frage nach dem Rezeptionspotential in der Rechtswissenschaft ist differenziert zu beantworten. Wenn man diese vor allem als anwendungsbezogene dogmatische Wissenschaft versteht, gilt das für die Rechtsanwendung Gesagte entsprechend. Auch für die dogmatische Durchdringung des Rechts sind positiv-analytische Verhaltensmodelle wegen der Orientierung an der gesetzlichen Regelung häufig nicht erforderlich.

Anders sieht es dagegen aus, wenn man den Anwendungs- und Praxisbezug der Rechtswissenschaft auch auf die steuerungstheoretischen Ansätze der Verwaltungspraxis bezieht. Letztlich rührt dies am Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, ob man diese nur als Norm- oder auch als Steuerungs- und Realwissenschaft versteht.⁷⁵ Eine ähnliche Grundsatzfrage stellt sich, wenn man den Bereich der Rechtspolitik in den Blick nimmt. Die für das deutsche Verständnis bislang prägende Entgegensetzung von Rechtsdogmatik und Rechtspolitik führt häufig zu einer grundsätzlichen Ablehnung rechtspolitisch betriebener Rechtswissenschaft, was zu einer vorschnellen Perspektivenverkürzung führt.⁷⁶

Entscheidend ist in den genannten Fällen stets, wie ein spezifisch rechtswissenschaftlicher Beitrag aussehen kann.⁷⁷ Dieser kann insbesondere darin liegen, den für die Rechtsetzung und -anwendung maßgeblichen Gestaltungsspielraum abzustecken. Das erfordert zum einen die dogmatische Aufarbeitung des Rahmens zulässiger normativer Verhaltenserwartungen. Die notwendigerweise oft kleinteiligen und konkreten Verhaltenserwartungen des einfachen Rechts sind vermittels der Grundrechte am pluralen und offenen Menschenbild des Grundgesetzes zu messen. Zum

74 Eidenmüller (Fn. 41), 218; Franz W. Wagner, Der Homo Oeconomicus als Menschenbild des Steuerrechts, DStR 2014, 1133.

75 Vgl. Eidenmüller (Fn. 41), 217.

76 Appel (Fn. 2), 233 m.w.N.

77 Eifert (Fn. 2), 311 f.

anderen kann die Rechtswissenschaft einen Beitrag dazu leisten, die jeweils maßgeblichen Rechtsrealitäten zu identifizieren und für die Verhaltensprognose fruchtbar zu machen. Ausgehend davon kann die Rechtswissenschaft Antworten auf die Frage entwickeln, ob eine bestimmte Verhaltensannahme – etwa die des Rational-Choice-Modells – zum rechtlichen Maßstab gemacht werden kann oder das Recht Raum für andere Verhaltensformen ermöglichen muss. So kann die Rechtswissenschaft bei der Anwendung ökonomischer Menschenbilder korrigierend eingreifen, wenn diese zwar zu einem effektiven, nicht aber zu einem rechtlich vertretbaren oder grundrechtskonformen Ergebnis führen.

IV. Das Beispiel Ehegattensplitting

Das vorstehend Gesagte soll abschließend an einem Beispiel aus dem Steuerrecht verdeutlicht werden. Jede Steuernorm hat neben ihrer Belastungs- auch eine Lenkungswirkung.⁷⁸ Steuerliche Lenkungsanreize wirken dabei verhältnismäßig stark, da die monetären Auswirkungen eines bestimmten Verhaltens im Regelfall gut erkennbar und oft planbar sind.⁷⁹ Die strukturellen Lenkungsanreize von Steuernormen können daher trotz fehlender gesetzgeberischer Intention sehr stark ausfallen.⁸⁰

Ein gutes Beispiel ist das Ehegattensplitting, dessen Reformbedürftigkeit seit langem – und aktuell gerade wieder⁸¹ – kontrovers diskutiert wird. Bei Anwendung des Splittingverfahrens werden die Einkünfte, die die Eheleute erzielt haben, zusammengezählt und diesen gemeinsam zugerechnet (§ 26b EStG). Danach wird die Einkommensteuer berechnet, die auf die Hälfte ihres gemeinsam zu versteuernden Einkommens anfällt. Diese Summe wird anschließend verdoppelt und stellt die Steuerschuld der Eheleute dar

78 Siehe bereits *Dieter Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, 68 ff.; *Heinrich Weber-Grellet*, Lenkungssteuern im Rechtssystem, NJW 2001, 3657 (3657 f.) m.w.N.

79 Vgl. etwa den Monatsbericht des Bundesministeriums der Finanzen 04/2002 zu den Auswirkungen einer Erhöhung der Tabaksteuer auf die Absatzmenge, 72 f., https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2001-2016/Inhalte/Monatsbericht-Archiv-Downloads/2002/Monatsbericht_April_2002.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 13.08.2023); siehe auch *Stefan Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl. 2015, § 37.

80 Vgl. *Hanno Kube*, Rationalität und Paternalismus im Recht der Staatsfinanzierung, in: *Anderheiden, Michael u.a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht*, 145 (148).

81 Siehe nur FAZ vom 11.07.2023, 1.

(§ 32a Abs. 5 EStG). Dadurch soll erreicht werden, dass die Steuerbelastung des mit zunehmendem Einkommen progressiv ansteigenden Einkommensteuertarifs immer gleich hoch ist, egal wie sich das gemeinsame Einkommen auf die Eheleute verteilt. Eheleute, die beide annähernd gleich viel verdienen, profitieren nicht vom Ehegattensplitting; vorteilhaft ist es indes für Paare mit großem Einkommensgefälle.

Es ist empirisch umfassend dokumentiert, dass diese Ausgestaltung starke Lenkungsanreize setzt, die vom Gesetzgeber nicht intendiert sind.⁸² Das Ehegattensplitting reduziert die Anreize für den sogenannten Zweitverdiener, eine Erwerbsarbeit aufzunehmen oder auszuweiten. Davon sind seit Einführung des Ehegattensplittings überwiegend Frauen betroffen. Der maßgebliche Grund für diese Lenkungswirkung ist, dass der progressive Einkommensteuertarif zu einem relativ hohen Grenzsteuersatz des Zweitverdieners führt.⁸³ Das ist der Steuersatz, der auf den jeweils zuletzt hinzuverdienten Euro erhoben wird. Die mit der Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbsarbeit verbundenen (im-)materiellen Einbußen – die typischerweise wegen der damit einhergehenden Neuorganisation der Haushaltsführung oder Kinderbetreuung anfallen – stehen für den Zweitverdiener regelmäßig außer Verhältnis zu dem erzielbaren Einkommen. In vielen Fällen führt die Ausweitung der Berufstätigkeit des Erstverdieners demgegenüber zu niedrigeren (im-)materiellen Einbußen.⁸⁴ Dieser Effekt wird durch die gegenwärtige Ausgestaltung der Lohnsteuerklassen, die für die laufende Besteuerung während des jährlichen Besteuerungszeitraums maßgeblich sind, bestärkt.⁸⁵

Das empirisch festgestellte Verhalten kann unter Berücksichtigung der zeitlichen und finanziellen Restriktionen der Eheleute durch das Rational-Choice-Modell erklärt werden. Das Ehegattensplitting setzt Anreize für unterschiedliche Spezialisierungen in der Ehe und hat starken Einfluss auf die eheinternen Verhandlungspositionen.⁸⁶ Folge davon sind weitreichende Auswirkungen auf Karriere und Altersvorsorge des nicht oder nur geringfü-

82 Siehe nur Jörg Baumgarten/Henriette Houben, Die Erwerbs- und Verbrauchsgemeinschaft von Ehepaaren: Eine empirische Studie, *StuW* 2014, 116 ff.; Stefan Bach/Johannes Geyer/Katharina Wrohlich, Ehegattenbesteuerung aus wirtschafts- und sozialpolitischer Perspektive: Mehr Individualbesteuerung, *StuW* 2016, 316 (319).

83 Bach/Geyer/Wrohlich (Fn. 82), 319.

84 Vgl. Ute Sacksofsky, Steuerung der Familie durch Steuern, *NJW* 2000, 1896 (1898).

85 Siehe nur Ute Sacksofsky, Einfluss des Steuerrechts auf die Berufstätigkeit von Müttern, in: Hohmann-Dennhardt, Christine/Körner, Marita/Zimmer, Reingard (Hrsg.), *Geschlechtergerechtigkeit*, 2010, 363 (372 f.).

86 Bach/Geyer/Wrohlich (Fn. 82), 319 m.w.N.

gig berufstätigen Ehegatten, was in der Praxis einer erheblichen Schlechterstellung vor allem von Frauen gleichkommt.

Wie kann dieser empirische Befund rechtlich fruchtbar gemacht werden? Rechtlich liegt dem Ehegattensplitting die Annahme zugrunde, dass Eheleute eine wirtschaftliche Erwerbs- und Verbrauchsgemeinschaft bilden.⁸⁷ Nach Art. 6 Abs. 1 GG unterliegt die Aufgabenteilung in der Ehe der freien Entscheidung der Eheleute.⁸⁸ Diese sollen selbstbestimmt darüber entscheiden, welcher Partner in welchem Umfang zur Erwirtschaftung des Lebensunterhalts am Arbeitsmarkt beiträgt oder aber für die Lebensgrundlagen im häuslichen Bereich sorgt, ohne dass ihre Entscheidung Anknüpfungspunkt steuerlicher Differenzierungen ist.⁸⁹

Daraus folgt scheinbar ein Paradox: Der Gesetzgeber ist um der Neutralität seiner Regelung willen verfassungsrechtlich daran gehindert, steuerliche Anreize für ein bestimmtes Modell ehelicher Arbeitsteilung zu setzen, tut dies mit dem Ehegattensplitting aber gerade. Indes differenziert eine solche Betrachtungsweise nicht hinreichend zwischen Sein und Sollen.⁹⁰ Das Ehegattensplitting ist in *normativer* Hinsicht neutral formuliert. Die von Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete Entscheidungsfreiheit, die sich in der Regelung widerspiegelt, hängt gerade nicht davon ab, in welchem Umfang und auf welche Weise von ihr Gebrauch gemacht wird.⁹¹ Das verfassungsrechtliche Neutralitätsgebot verbietet daher im Grundsatz, dass der Gesetzgeber dem Ehegattensplitting eine *bestimmte* Verhaltenserwartung zugrunde legt und sei sie auch empirisch informiert. Diese normative Klippe gilt es daher zu umschiffen, wenn man den empirischen Befund zum Anlass für eine Reform nehmen möchte. Ohne die Debatte um die Möglichkeiten und das Für und Wider einer Reform des Ehegattensplittings hier umfassend aufgreifen zu können, sprechen im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG doch gewichtige

87 BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvR 620/78, 1335/78, 1104/79, 363/80, BVerfGE 61, 319 (345 f.).

88 BVerfG, Urteil vom 12.03.1975 – 1 BvL 15, 19/71, 32/73, 1 BvR 297, 315/71, 407/72, 37/73, BVerfGE 39, 169 (183); BVerfG, Beschluss vom 31.05.1978, 1 BvR 683/77, BVerfGE 48, 327 (338); BVerfG, Urteil vom 03.11.1982 – 1 BvR 620/78, 1335/78, 1104/79, 363/80, BVerfGE 61, 319 (347).

89 Hanno Kube, Stand und Perspektiven der Ehegatten- und Familienbesteuerung, StuW 2016, 332 (335 m.w.N.).

90 Siehe etwa Ute Sacksofsky, Reformbedarf bei der Familienbesteuerung, FPR 2003, 395 (396), die der normativen Ebene (Art. 6 Abs. 1 GG) ohne nähere Ausführungen den empirischen Befund entgegenstellt; ähnlich *dies.* (Fn. 85), 369.

91 Kube (Fn. 89), 335.

verfassungsrechtliche Gründe dafür, das in der bisherigen steuerrechtlichen Diskussion betonte Neutralitätsgebot zu relativieren.⁹²

G. Fazit

Der pluralistische und freiheitliche Verfassungsstaat des Grundgesetzes kann und darf sich nicht auf ein bestimmtes Menschenbild festlegen. Die Rechtspraxis wiederum ist im Regelfall an die normativen Verhaltenserwartungen des einfachen Gesetzgebers gebunden. Gleichwohl muss das Öffentliche Recht sich zunehmend ein Bild vom Menschen und seinem Verhalten machen: Die Rechtspraxis, weil sie verstärkt planend und steuernd tätig wird. Der Gesetzgeber, weil er die Folgen seiner Regelungsvorhaben abschätzen und sie nachträglich evaluieren muss. Die Rechtswissenschaft, weil sie nicht auf die Perspektive der Dogmatik beschränkt ist. Für die dadurch aufgeworfenen Fragen kann das ökonomische Verhaltensmodell des *homo oeconomicus* in vielen Fällen zumindest eine Antwortmöglichkeit bieten. In diesem Sinn können ökonomische Menschenbilder taugliche Analyseinstrumente im Öffentlichen Recht sein.

92 Sacksofsky (Fn. 90), 397; dies. (Fn. 85), 364; Ulrike Spangenberg, Der lange Weg zur Individualbesteuerung: Gleichstellungsrechtliche Perspektiven, *StuW* 2016, 343 (348 ff.).

