

FRIEDERIKE SIMONE KUNZENDORF

Gelenkter Wille

*Beiträge zu normativen
Grundlagen der Gesellschaft*

Mohr Siebeck

Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft

Herausgegeben von

Udo Di Fabio und Frank Schorkopf

6



Friederike Simone Kunzendorf

Gelenkter Wille

Das Nudging-Konzept zwischen
Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaatsprinzip

Mohr Siebeck

Friederike Simone Kunzendorf, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg und der National Taiwan University in Taipeh (Taiwan); Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Abteilung Staatsrecht an der Universität Bonn; derzeit Rechtsreferendariat im OLG Bezirk Schleswig (Landgericht Kiel).

ISBN 978-3-16-160054-8 / eISBN 978-3-16-160082-1
DOI 10.1628/978-3-16-160082-1

ISSN 2569-2003 / eISSN 2625-2406 (Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Sie entstand in meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Öffentliches Recht Abteilung Staatsrecht an der Universität Bonn. Diese Arbeit wurde im Wesentlichen im Februar 2020 fertiggestellt, danach konnten vereinzelt Aktualisierungen vorgenommen werden.

An erster Stelle gebührt mein Dank meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. Udo Di Fabio, Bundesverfassungsrichter a. D., der durch seine außerordentliche Unterstützung, seine wertvollen Ratschläge und durch die Gewährung von wissenschaftlicher Freiheit diese Arbeit ermöglicht hat. Die Zeit an seinem Lehrstuhl hat mich hinsichtlich meines wissenschaftlichen Denkens wesentlich geprägt.

Ferner gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Christian Hillgruber für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Außerdem möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Frank Schorkopf für die Aufnahme in die Schriftenreihe der Beiträge zu den normativen Grundlagen der Gesellschaft bedanken.

Den Mitarbeitern des Institutes für Öffentliches Recht danke ich für die wertvollen Anregungen und Diskussionen sowie für die herzliche Aufnahme am Institut.

Ein herzlicher Dank für ihre Unterstützung während meiner Zeit in Bonn gilt Maximilian Orthmann, Ann-Kathrin Jungen, Christine Christmann, Wibke Scheermann sowie Dr. Julia Stinner.

Schließlich bin ich auch Anja Niemann und Herrn Dr. Christoph Constantin Niemann zu Dank verpflichtet, die im Rahmen der Schlussredaktion die Arbeit korrekturgelesen haben.

Ein ganz besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern für ihren immerwährenden Rückhalt.

Kiel, Januar 2021

Friederike Simone Kunzendorf

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einführung	1
<i>I. Nudging – eine rechtspolitische Entwicklung</i>	1
<i>II. Fragestellung und Eingrenzung</i>	6
<i>III. Gang der Untersuchung</i>	13
Erster Teil: Grundlagen des Konzeptes und Einordnung des Nudgings als Steuerungsinstrument des Rechts	17
<i>I. Verhaltensökonomische Grundannahmen über die Steuerung menschlichen Entscheidungsverhaltens</i>	22
1. Theorie der rationalen Wahl und das Modell des <i>homo oeconomicus</i>	22
a) Entscheidungssituationen: Restriktionen und Präferenzen	24
b) Rationalität, Präferenzstabilität und Eigennutz	25
2. Kritik des <i>homo oeconomicus</i> : der begrenzt rationale Mensch	26
a) Coase-Theorem und Prospect Theory: von der ökonomischen zur verhaltensökonomischen Analyse des Rechts	27
b) Systemische Devianzen: beschränkte Rationalität, beschränktes Eigeninteresse und beschränkte Willensstärke	31
aa) Begrenzte Rationalität im engeren Sinne	32
(1) Urteilsfehler	32
(2) Entscheidungsfehler	35
bb) Begrenzte Willensstärke	36
cc) Begrenztes Selbstinteresse	38
<i>II. Verhaltenssteuerung durch Nudging</i>	39
1. Nudges nach Sunstein und Thaler	39
2. Eingrenzung der Definition	44
3. Zusammenfassung	48

<i>III. Verhaltenssteuerung durch Nudging: Die verschiedenen Maßnahmen und rechtliche Beispiele</i>	49
1. Einordnung nach Nudge-Typen	50
a) Defaulteinstellungen und Opt-Out-Optionen (Beispiel Organspende) . . .	50
b) Framing und Präsentation von Informationen	53
aa) Schockwerbung auf Zigarettenpackungen	54
bb) Euphemistische Gesetzesnamen	56
c) Salienz und Vereinfachung von Informationen	57
aa) Hygiene-Smiley	59
bb) Lebensmittelampel	60
d) Soziale Normen	61
aa) Anti-Rauch-Kampagnen	62
bb) Mülltrennung und Energiereports	64
e) Selbstbindungsregeln	65
2. Weitere Systematisierungsansätze	67
3. Sonderform: Digitales Nudging/Hypernudging	70
<i>IV. Nudges als Instrument der Verhaltenssteuerung</i>	73
1. Instrument der direkten Verhaltenssteuerung	75
2. Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung	76
a) Abgrenzung von finanziellen Anreizen	77
b) Staatliches Informationshandeln	79
aa) Wissensvermittelnde und warnende Funktion	79
bb) Edukatorische Funktion	80
cc) Abgrenzung der Nudges von Formen staatlicher Kommunikation . .	81
(1) Bereitstellung von Informationen	81
(2) Aufbereitung von Informationen	82
(3) Edukatorisches Staatshandeln	84
3. Fazit: Klassifikation als Steuerungsinstrument sui generis	85
<i>V. Zusammenfassung</i>	87
Zweiter Teil: Der selbstbestimmte Mensch im Verfassungsstaat – Grundrechtlicher Schutz vor staatlicher Willensbeeinflussung	91
<i>I. Der selbstbestimmte Mensch als Grundlage des liberalen Verfassungsstaates in der Aufklärung</i>	92
1. Der Ansatz Immanuel Kants	94
2. Der Ansatz Wilhelm von Humboldts	99
3. Fazit	100
<i>II. Autonomie und Selbstbestimmung als Leitidee des Grundgesetzes</i>	101
1. Die Vorstellung vom selbstbestimmten Menschen des Grundgesetzes: Das Menschenbild des Grundgesetzes	101

2. Einfluss empirischer Erkenntnisse auf das Menschenbild des Grundgesetzes und die Grundrechtsinterpretation	105
a) Willensfreiheit als Verfassungsvoraussetzung	106
b) Einfluss verhaltensökonomischer Erkenntnisse auf das Menschenbild	108
3. Der Stellenwert der Selbstbestimmungsfreiheit im Grundgesetz	111
4. Die interdependente Beziehung zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und Rechtsstaat	118
a) Recht als Ordnung und Garantie individueller Freiheit	119
b) Individuelle Selbstbestimmungsfreiheit als Voraussetzung der Demokratie	120
<i>III. Grundrechtlicher Schutz des Willens, der Einstellungen und der Identität der menschlichen Persönlichkeit</i>	<i>123</i>
1. Schutzbedürftige Komponenten der inneren Freiheit: vom Willensbildungsprozess bis zur Identität	123
a) Die Menschenwürde als innere Freiheit	125
b) Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	127
c) Die Meinungsfreiheit	130
d) Die negative Informationsfreiheit	133
e) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als zentrale Verortung des Schutzes vor willensbeeinflussender Steuerung	134
f) Ein Grundrecht auf innere Einstellungsfreiheit	140
2. Der Schutz der tätigkeitsbezogenen Komponente vor staatlicher Steuerung	140
<i>IV. Zusammenfassung</i>	<i>141</i>

Dritter Teil: Nudges als Beschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit 143

I. Anpassung des Eingriffsbegriffs? 143

II. Grundrechtseingriff durch Nudging 146

1. Grundrechtsrelevante Wirkungen des Nudgings	146
a) Zugriff auf den Willensbildungsprozess	146
b) Aufwandskosten und faktischer Handlungszwang	150
c) Unbefangenheit des Grundrechtsgebrauchs	153
d) Fehlende Authentizität und Entfremdung mit Sich-Selbst	154
2. Kriterien für die Bestimmung der Eingriffsqualität von Nudges	155
a) Besondere Intensität der Beeinträchtigung	155
aa) Bagatell- und Erheblichkeitsschwellen	156
bb) Psychisch vermittelter Druck auf die Willensfreiheit	158
b) Maßgeblichkeit des Adressaten	159
c) Wahrnehmbarkeit der Verhaltensbeeinflussung	161
d) Psychische Distanzierung	163
e) Finalität	164

f) Zwischenfazit: Nudges als Grundrechtseingriff	165
3. Freiheitsförderndes Nudging?	166
a) Freiwillige Selbstbindungsregeln	166
b) Informatives Nudging	168
aa) Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts	169
bb) Übertragbarkeit auf Nudges	170
(1) Der mündige Bürger als Adressat staatlichen Informationshandelns	171
(2) Schaffung von Transparenz durch Salienz	172
(3) Manipulative Strategien und einseitige Beeinflussung	172
(4) Mischformen der emotionalen Kommunikation	173
<i>III. Zusammenfassung</i>	175
Vierter Teil: Verfassungsrechtliche Legitimation des Nudgings.....	177
<i>I. Legitimation von Nudging durch den libertären Paternalismus – freiheitsfördernder Paternalismus?</i>	178
1. Der Begriff des Paternalismus	178
2. Libertärer Paternalismus	180
3. Ein erweitertes Begriffsverständnis des Paternalismus	182
4. Der Schutz des Menschen vor sich selbst	183
a) Selbstschutz als Frage des legitimen Zwecks	184
b) Fehlende Kompetenz zur selbstbestimmten Entscheidung	186
aa) Einschränkungen bei Kindern und Jugendlichen	186
bb) Einschränkungen bei situationsbezogener Unfähigkeit zur eigenen Entscheidung	187
c) Grundsätzliche Unzulässigkeit eines harten Paternalismus	188
5. Libertärer Paternalismus als Förderung von Selbstbestimmungsfreiheit ...	191
a) Die Gefahr von Sein-Sollen-Fehlschlüssen	193
b) Optimierungsgebot defizitärer Entscheidungen	193
aa) Unvernunft und kurzfristige Entschlüsse	195
bb) Autonomie und Rationalität: Divergenz von Verfassungsrecht und Verhaltensökonomie	199
cc) Unterschiede zu Aufklärung und Information: Stärkung von Entscheidungskompetenz	201
dd) Umsetzungsschwierigkeiten der Präferenzautonomie	201
c) Der eudämonistische Hintergrund des libertären Paternalismus	204
d) Freiwillige Selbstbindungsregeln als Ausnahme	208
e) Zwischenfazit	209
6. Libertärer Paternalismus und Nudging als eigenständiges Konzept	211
<i>II. Geeignetheit und Erforderlichkeit</i>	214
1. Geeignetheit	215

a)	Widersprüchliche Datenlage und langfristige Folgewirkungen	215
b)	Gesamtstaatliche Folgewirkungen	216
c)	Nudges als Formen staatlicher Kommunikation	218
2.	Erforderlichkeit: Das Prinzip der schonendsten Maßnahme	220
a)	Vergleich mit anderen staatlichen Handlungsinstrumenten:	
	das mildere Mittel	221
aa)	Staatliche Ge- und Verbote	221
bb)	Staatliches Informationshandeln	223
b)	Effizienz anderer staatlicher Handlungsinstrumente	224
aa)	Staatliche Informationen	224
bb)	Sozialpsychologische Folgewirkungen	224
c)	Entscheidungsverpflichtungen als Mittelweg	226
d)	Differenzierung innerhalb des Konzepts	227
e)	Zwischenfazit	227
III.	<i>Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne</i>	228
1.	Abstrakte Bewertungsmaßstäbe für die Ermittlung der Angemessenheit	229
a)	Differenzierung zwischen der entfaltenden Darstellung nach außen und der inneren Entfaltungsfreiheit hinsichtlich der Belastungsintensität	229
b)	Anwendung der Sphärentheorie	230
aa)	Bedeutung der räumlichen Sphären und der Individualbezogenheit des Nudges	230
bb)	Bedeutung des Verhaltens für die Persönlichkeitsentfaltung	232
c)	Kumulative Belastungssituationen	234
aa)	Systemschau der Freiheitsbeeinträchtigung	234
bb)	Bündelung von Eingriffen	235
(1)	Voraussetzungen von Belastungskumulationen	237
(2)	Anwendbarkeit beim Nudging	238
d)	Wahrnehmbarkeit und suggestive Wirkkraft des Beeinflussungsversuchs	240
2.	Schlussfolgerung für die Bewertung von Nudges	241
3.	Minimierung der Belastungsintensität durch Erhöhung der Transparenz	241
IV.	<i>Zusammenfassung</i>	245

Fünfter Teil: Der demokratische Rechtsstaat als
 Voraussetzung für Selbstbestimmungsfreiheit – Nudging und
 verfassungsrechtliche Bindungen 247

I.	<i>Nudges und Transparenzgehalte der Verfassung</i>	248
1.	Durschaubarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns	249
2.	Transparenz als Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz	251
3.	Verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes	255

<i>II. Das Gebot eines offenen und transparenten Prozesses der öffentlichen Meinungsbildung</i>	258
1. Der Grundsatz der staatsfreien Willensbildung	259
2. Gefährdungspotentiale durch verdeckte Verhaltensbeeinflussung	261
a) Gezielte Verhaltensbeeinflussung	261
b) Digitales Nudging	262
c) Fazit	266
<i>III. Gesetzesvorbehalt</i>	266
<i>IV. Zusammenfassung</i>	268
Sechster Teil: Nudges im Lichte der Selbstbestimmungsfreiheit des Grundgesetzes – Eine abschließende Bewertung	271
Zusammenfassende Thesen der Arbeit	275
Literaturverzeichnis	283
Sach- und Namensverzeichnis	305

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
Beschl. v.	Beschluss vom
Beitr. v.	Beitrag vom
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bt-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EJJR	European Journal of Risk Regulation
EL	Ergänzungslieferung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
Hrsg.	Herausgeber
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
insbes.	Insbesondere
i. V. m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
LMIV	Lebensmittelinformations-Verordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MStV	Medienstaatsvertrag
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rev. Phil. Psych.	Review of Philosophy and Psychology

Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für die rechtswissenschaftliche Forschung
sog.	sogenannte/r
st. Rpsr.	Ständige Rechtsprechung
u. a.	unter anderem
Vgl.	Vergleich
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigungen der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZLR	Zeitschrift für Lebensmittelrecht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einführung

I. Nudging – eine rechtspolitische Entwicklung

Die Vorstellung vom Menschen prägt Recht und Gesellschaft. Sie diktiert den Stil und das Denken des jeweiligen Zeitalters.¹ Sie bildet die Grundlage unserer Rechtsordnung. In einer freiheitlichen, demokratischen Grundordnung, wie die Bundesrepublik Deutschland eine ist, stellt man sich den Menschen im Recht als „selbstbewusst, frei, für sich selbst verantwortlich“ vor.² Das deutsche Grundgesetz kürt individuelle Autonomie mit Art. 1 GG zum normativen Leitprinzip in einer Ordnung, die die äußeren Rahmenbedingungen dieser Freiheit des Einzelnen gewährleistet.³ In einer Ordnung, die auch wiederum zu ihrem Funktionieren des selbstbestimmten und selbstverantworteten, auf demokratische Teilhabe und Mitbestimmung ausgerichteten Bürgers bedarf.⁴ In dieser Ordnung normiert der Staat Verfahren und Prinzipien, er ist „Form der Rationalisierung des staatlichen Lebens“⁵. Er gewährleistet durch klare, verstehbare und übersichtliche Regelungen dem selbstbestimmten Menschen eine Anleitung über Freiheit und Pflicht, gibt die Möglichkeit der Normbefolgung und ermöglicht damit auch eben jene bewusste und notwendige Teilnahme am politischen Prozess, die auf repräsentative Weise demokratische Strukturen am Leben erhält.⁶ Dieser Staat kanalisiert und rationalisiert politisches Leben, beschränkt und begrenzt politische Macht durch normative Bindung, gibt aber auch dem Bürger zu erkennen, wann genau er in seine Freiheiten, seine Grundrechte eingreift.⁷

Im Zeitalter der Digitalisierung, in einer Gesellschaft, in der technische Entwicklungen rasant voranschreiten, in der es um den Ausbau des Sozialstaates

¹ Vgl. in seiner Heidelberger Antrittsvorlesung im Jahre 1927: *G. Radbruch*, *Der Mensch im Recht*, S. 1.

² *U. Di Fabio*, *Die Kultur der Freiheit*, S. 70.

³ *U. Di Fabio*, *Leitideen der Grundrechte*, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion* (2013), S. 35 (35 ff.).

⁴ *P. Häberle*, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, S. 50 f.; *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1999), Rn. 288.

⁵ *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1999), Rn. 190.

⁶ *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1999), Rn. 190.

⁷ *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1999), Rn. 190.

geht, steht der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Komplexe, anders gelagerte Fragen bedürfen heutzutage einer effizienten Lösungsstrategie. Dabei sind es oftmals die sich verändernden und auch wachsenden Staatsaufgaben, die den Gesetzgeber dazu zwingen, sich methodisch mit den Mechanismen der Bewältigung dieser Probleme auseinanderzusetzen. So deutet sich durch den medizinischen Fortschritt und die demographische Entwicklung schon heutzutage eine Überlastung von Krankenkassen und Rentenversicherungen an.⁸ Aber auch die Fortentwicklung künstlicher Intelligenz, die schrittweise zum Ersetzen menschlicher Arbeitskraft führt, fragt nach den Grenzen der Möglichkeiten sozialer Sicherungssysteme. Bereits in den neunziger Jahren kam daher eine Diskussion auf, inwiefern diese Aufgaben mit Hilfe des traditionellen Ordnungsrechtes noch effizient bewältigt werden können oder ob das Recht den neuen Problemen angepasst werden müsse. Manche sahen schon damals Vollzugsdefizite des hoheitlichen Staates. Der Staat befände sich gerade in Teilen der Leistungsverwaltung im „Steuerungsversagen“⁹. Man forderte einen Paradigmenwechsel – weg vom klassischen, imperativ-hoheitlich handelnden Staat hin zu neuen Formen des informalen Verwaltungshandelns.¹⁰

Auch heutzutage hat die bereits schon in den neunziger Jahren ansetzende Entwicklung nicht an politischer, rechtlicher und gesellschaftlicher Brisanz verloren. Spätestens mit der Verleihung des Wirtschaftsnobelpreises an Richard Thaler, einem der Begründer des Konzeptes „Nudging“, ist Nudging (auf Deutsch: Anstupfen) als neuartiges weiches Steuerungsinstrument in aller Munde. Beim Nudging sollen die Bürger durch psychologische Maßnahmen, die den Spieltrieb des Menschen ausnutzen, ganz ohne rechtlichen Zwang dazu gebracht werden, ihr Verhalten zu ändern. Die Fliege im Urinal, die für Sauberkeit und Ordnung auf Toiletten sorgen soll, ist ein Beispiel für Nudging.¹¹ Aber auch ein Gesetzesentwurf zum Verbot von Quengelkassen,¹² grüne Fußspuren auf der Straße, die zu umweltbewusstem Verhalten anregen¹³ oder das geziel-

⁸ Ausführliche Daten zu Ausgaben, Kosten und Stand der Bevölkerungsentwicklung: Bundesministerium für Gesundheit, Daten des Gesundheitswesens 2019, S. 39 ff., abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Gesundheit/Broschueren/BMG_DdGW_2019_bf.pdf (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020).

⁹ Grundlegend zur neuen Verwaltungsrechtswissenschaft: A. Voßkuhle, §1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I (2012), S. 1 (9); U. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 395 f.; grundlegend auch: H. Dreier, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis (1993), S. 647 (647 ff.).

¹⁰ A. Voßkuhle, §1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I (2012), S. 1 (11 ff.).

¹¹ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 13.

¹² BT-Drs. 18/3726, S. 3: Als sogenannte Quengelkasse wird die meist mit Süßigkeiten gefüllte Kasse am Supermarkt bezeichnet, die die Wartezeit an der Kasse ausnutzt.

¹³ Umweltbundesamt, Abschlussbericht, Nudge-Ansätze beim nachhaltigen Konsum: Ermittlung und Entwicklung von Maßnahmen zum „Anstoßen“ nachhaltiger Konsummuster, 2017, S. 40; abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/1410/>

te Anrichten von gesunden Speisen in öffentlichen Kantinen auf Augenhöhe¹⁴ stehen für diese Form der subtilen Verhaltenslenkung. Zur Bekämpfung von Übergewicht wird die Anordnung der Speisen so verändert, dass „ungesundes“ Essen entweder gar nicht erst verfügbar oder erheblich aufwendiger zu bekommen ist.¹⁵ Diese Maßnahmen versprechen schon präventiv, zu gesundem Verhalten anzuregen und somit den Staat zu entlasten.

Der maßgebliche theoretische Unterbau des Nudgings fußt dabei auf empirischen Erkenntnissen aus der Verhaltensökonomie, die zugleich für die beiden Begründer, den Wirtschaftswissenschaftler und Verhaltensökonom Richard Thaler und den Rechtswissenschaftler Cass Sunstein, Anlass und Legitimation des Nudging-Modells bilden.¹⁶

Abweichend von dem bis dato vorherrschenden Analysemodell der Wirtschaftswissenschaften, dem *homo oeconomicus*, der sich immer vollständig rational, das heißt nutzenmaximierend im ökonomischen Sinne verhält, haben zahlreiche empirische Studien bewiesen, dass der Mensch sich in seinem tatsächlichen Alltagsverhalten wesentlich von diesem hypothetischen Analysemodell unterscheidet.¹⁷ So wurde in Feldstudien nachgewiesen, dass Entscheidungsverhalten gerade nicht rational geplant, sondern oftmals gedankenlos, unter sozialem Druck oder aufgrund von emotionalen Faktoren erfolgt. Die Wissenschaftler fanden heraus, dass es sich bei diesen Varianzen nicht um Einzelfälle, sondern um ein grundlegendes, systematisches Phänomen, also um strukturelle Veränderungen im Entscheidungsverhalten handelt, die das Verhalten von Menschen im wirtschaftswissenschaftlichen Sinne als irrational erscheinen lässt.¹⁸

In der Werbeindustrie sind diese kognitiven Verzerrungen (sog. *cognitive bias*) schon lange bekannt. Sie wurden unter anderem für den Einsatz von subliminalen Werbungsstrategien genutzt, die beispielsweise kurz in der Kinowerbung eingespielt werden und Konsumenten dazu verleiten sollen, Popcorn im Kino zu kaufen.¹⁹ Mit der Veröffentlichung des Buches „Nudge. Im-

publikationen/2017-08-22_texte_69-2017_nudgeansatze_nach-konsum_0.pdf (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020).

¹⁴ Vgl. hierzu das Cafeteria-Beispiel von Sunstein und Thaler: *R. Thaler/C. Sunstein*, Nudge, S. 10 f.

¹⁵ *R. Thaler/C. Sunstein*, Nudge, S. 11; ansonsten weisen auch Bornemann und Smeddinck auf eine Reihe weiterer Beispiele hin: *B. Bornemann/U. Smeddinck*, Anstößiges Anstoßen? Kritische Diskussionen zur „Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext, in: ZParl (2016), S. 437 (437 ff.). Eine Übersicht verschiedener von Thaler und Sunstein vorgeschlagener Nudges findet man bei: *K. Yeung*, Nudge as Fudge, in: *Modern Law Review* (2012), S. 122 (131 f.).

¹⁶ *R. Thaler/C. Sunstein*, Nudge, S. 29 ff.

¹⁷ Ausführlich Erster Teil I 2 b.

¹⁸ Ausführlich Erster Teil I 2 b.

¹⁹ Diese Strategien funktionieren dadurch, dass für wenige Millisekunden ein Produkt eingeblendet wird und der Rezipient seine Einstellung positiv zu diesem Produkt ändert, es also

proving decisions about Health, Wealth and Happiness“²⁰ durch Richard Thaler und Cass Sunstein, in welchem Nudging schon als der „Dritte Weg“ der politischen Steuerung bezeichnet wird, wird jenseits von solchen Marketingtechniken der Werbeindustrie ein Konzept mit ähnlich wirkenden, konkreten Maßnahmen vorgestellt, die nicht nur in der Privatindustrie, sondern auch von der öffentlichen Hand genutzt werden sollen, um das Verhalten der Bürger in eine bestimmte Richtung zu lenken.²¹

Gerade in Bereichen, in denen Verbote und Gebote gesellschaftlich schwer Akzeptanz finden wie zum Beispiel in der Sozial- und Umweltpolitik, verspricht Nudging eine wirksame Alternative zu bereits bestehendem hoheitlich-imperativem Handeln des Staates zu bieten.²² Denn, so die Hypothese der verhaltensökonomischen Analyse des Rechts, sofern sich Menschen grundlegend irrational verhalten, sei auch in Frage gestellt, ob Individuen klassische Sanktionen überhaupt noch befolgen oder sich von ökonomischen Steuerungsinstrumenten wie finanziellen Anreizen lenken lassen.²³ Dies würde jedoch bedeuten, dass Recht nicht mehr in der Wirklichkeit befolgt werden würde, sodass auch seine normative Kraft in Frage gestellt sein könnte.²⁴ Nudging hingegen ließe sich mit Hilfe spielerischer Mittel viel einfacher durchsetzen als Sanktionen, welche der Einzelne oftmals nur widerwillig befolge.²⁵ Bei einer gesteigerten Motivation und Folgebereitschaft von Normen würden wiederum auch die Kosten (Durchsetzungs- und Kontrollkosten) entfallen, was im gesamtwirtschaftlichen Interesse liege.²⁶ Nudges würden sich daher als eine kostengünstige, effektive

im besten Falle vermehrt konsumiert. In Deutschland regelt § 8 Abs. 3 MStV, dass Werbung als solche erkennbar und keine Techniken unterschwelliger Beeinflussung eingesetzt werden dürfen. Der klassische Fall der subliminalen Werbung ist daher in Deutschland verboten.

²⁰ Hier soll vorwiegend die deutsche Version des Buches verwendet werden, die englische Version ist als solche gekennzeichnet.

²¹ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 26.

²² D. Krimphove, Nudging als Mittel der ergänzenden Verhaltenssteuerung im Rechtssystem?, in: Rechtstheorie (2017), S. 299 (299).

²³ B. Bornemann/U. Smeddinck, Anstößiges Anstoßen? Kritische Diskussionen zur „Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext, in: ZParl (2016), S. 437 (439).

²⁴ Ähnlich: B. Bornemann/U. Smeddinck, Anstößiges Anstoßen? Kritische Diskussionen zur „Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext, in: ZParl (2016), S. 437 (439); zur normativen Kraft des Rechts grundlegend: K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung, S. 1 ff.

²⁵ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 22.

²⁶ B. Bornemann/U. Smeddinck, Anstößiges Anstoßen? Kritische Diskussionen zur „Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext, in: ZParl (2016), S. 437 (439); D. Krimphove, Nudging als Mittel der ergänzenden Verhaltenssteuerung im Rechtssystem?, in: Rechtstheorie (2017), S. 299 (301 ff.). Zum Beispiel in Bereichen des Steuerrechts, in denen sich ein kostenintensiver Verwaltungsapparat zur Einhaltung steuerlicher Abgabepflichten entwickelt hat. Siehe bezüglich der Effizienz von Steuerungsinstrumenten: T. Marteau/G. Hollands/P. Fletcher, Changing human behavior to prevent disease: the importance of targeting automatic processes, in: Science (2012), S. 1492 (1494) und auch E. Johnson/D. Goldstein, Do Defaults Save Lives?, in: Science (2003), S. 1338 (1338) bezüglich der sogenannten Default-

Alternative zu anderen staatlichen Steuerungsinstrumenten darstellen.²⁷ Nicht mehr klassische Sollensvorschriften mit Zwangswirkungen, sondern Nudges, die einen sanften, vermeintlich freiheitsfördernden Weg gehen, könnten daher als staatliches Instrument eingesetzt werden.

Das Konzept des Nudgings hat in der öffentlichen Wahrnehmung auf verschiedenen Ebenen großen Widerhall gefunden. Es handelt sich also keinesfalls um ein rein theoretisches Konstrukt oder einen anglo-amerikanischen Trend,²⁸ sondern um eine reale rechtspolitische Entwicklung, über deren Einsatz auch vermehrt im deutschen und europäischen Raum von öffentlichen Stellen nachgedacht wird. 2015 hatte die damalige Bundeskanzlerin Angela Merkel eine Forschungsstelle eingerichtet, die mögliche Einsatzfelder von Nudging für den deutschen Staat untersuchen sollte.²⁹ Auch der ehemalige Justizminister Heiko Maas äußerte sich positiv zu Nudging und sieht viele „spannende Anwendungsmöglichkeiten im Verbraucherschutz, in der digitalen Welt und auf dem Finanzmarkt.“³⁰ Jenseits von Forschungs- und Planungsstellen wird Nudging bereits schon in Teilen der europäischen und deutschen Gesetzgebung und Verwaltungspraxis tatsächlich umgesetzt: Die Generaldirektion der Europäischen Kommission „Gesundheit und Verbraucher“ (GD SANTE) empfiehlt unter an-

Einstellungen bei dem Opting-Out Verfahren. Wobei diese Studie gleichzeitig beweist, dass mit einer neutralen Regelung, die ganz generell über die Auswahlssituation informiert und die Entscheidung den Teilnehmern überlässt, genauso effizient das staatliche Ziel erreicht werden kann wie mit Nudges. Die Effizienz verschiedener Steuerungsinstrumente vergleicht *B. Galle*, *Tax, Command ... or Nudge?: Evaluating the new regulation*, in: *Texas Law Review* (2014), S. 838 ff., der darauf hinweist, dass es hinsichtlich der Wirksamkeit auf den Regulierungsbereich ankommt. Auf Kritik hinsichtlich des Unterschiedes zwischen der Wirksamkeit in der Wirklichkeit und in Laborsituationen weist *K. Yeung*, *Nudge as Fudge*, in: *Modern Law Review* (2012), S. 122 (146) hin.

²⁷ *B. Bornemann/U. Smeddinck*, Anstößiges Anstoßen? Kritische Diskussionen zur „Nudging“-Diskussion im deutschen Kontext, in: *ZParl* (2016), S. 437 (439).

²⁸ Nudging wurde wesentlich an der Harvard Law School entwickelt und ist daher besonders in den Vereinigten Staaten populär. Dafür wurde eigens von Barack Obama eine Nudge-Unit ins Leben gerufen, die von Richard Thaler geleitet wurde. Vgl. hierzu die offizielle Homepage: <https://sbst.gov/#work> (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020), welche jedoch seit 2017 nicht mehr aktiv ist. Ebenso hat die britische Regierung eine Stelle geschaffen, die sich als Behavioural Insights Team versteht, inzwischen aber laut eigenen Angaben unabhängig arbeitet. Abrufbar unter: <https://www.bi.team/> (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020).

²⁹ Es wurde die Arbeitsgruppe „Wirksam Regieren“ mit drei Stellen für Referenten geschaffen, diese ist jedoch inzwischen wieder eingestellt worden. Vgl. dazu *FAZ*, *Kanzlerin sucht Verhaltensforscher*, Beitr. v. 16.08.2014, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/kanzlerin-angela-merkel-sucht-verhaltensforscher-13118345.html> (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020).

³⁰ *Die Zeit*, Beitr. v. 23.04.2015, *Nudge mich, Der Bürger ist verführbar. Zum Glück!*, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2015/15/verhalten-nudge-steuerung-anleitung> (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020); dazu auch: *Der Tagesspiegel*, Beitr. v. 16.03.2015, *Nudging ist ein Stups in die richtige Richtung!*, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/justizminister-heiko-maas-nudging-ist-ein-stups-in-die-richtige-richtung/11502522.html> (zuletzt aufgerufen am 03.12.2020).

derem in einer Stellungnahme zum Verbraucherschutz von der vorherrschenden Verwaltungspraxis, vollumfassende Produktinformationen bereitzustellen, abzuweichen und gezielt Nudging-Techniken wie Framing sowie die bewusste Vereinfachung von Produktinformationen einzusetzen, um den Verbraucher zu informieren.³¹

Darüber hinaus findet sich gerade in Bereichen der Gesundheitspolitik eine Vielzahl an rechtlichen Regelungen, die Nudging-Elemente beinhalten. Nur exemplarisch sei dafür auf die kürzlich umgesetzte europäische Anti-Tabak-Politik verwiesen, die mit Hilfe sog. Schockwerbung gem. Art. 10 Abs. 1 a, c Richtlinie für Tabakerzeugnisse (2014/40/EU)³², die Standardisierung visueller und schriftlicher Warnhinweise vorgibt oder die zurzeit virulente Diskussion um die Einführung einer sogenannten Opt-Out Lösung bei der Organspende (sog. Widerspruchslösung).³³

Die Tatsache, dass der Einsatz von Nudging nicht nur in der Bundesregierung diskutiert wird, sondern teilweise auch schon tatsächlich umgesetzt ist, lohnt also eine verfassungsrechtliche Untersuchung dieses staatlichen Handlungsinstrumentes.

II. Fragestellung und Eingrenzung

Diese Arbeit befasst sich mit dem Konzept des Nudgings aus verfassungsrechtlicher Perspektive. Dabei soll keine generelle, breite verfassungsrechtliche Untersuchung potentiell eingeschränkter Grundrechte der Betroffenen sowie privat Verpflichteter erfolgen, sondern der zentrale Fokus dieser Arbeit auf die Selbstbestimmungsfreiheit des Einzelnen und die interdependente Beziehung zwischen der Stellung des Einzelnen und dem Rechtsstaat gelegt werden.³⁴

³¹ Vormalig als GD Sanco bezeichnet, GD SANCO, How Can Behavioural Economics Improve Policies Affecting Consumers?, 2008.

³² Dies wird in Art. 10 Abs. 1 a, c RL 2014/40/EU (Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 3. April 2015 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG) festgelegt.

³³ Aber auch in Großbritannien wurde die Krise des britischen Altersvorsorgesystems mit Hilfe der Verhaltensökonomie bekämpft. Nachdem als eine mögliche Ursache der Krise der Konnex zwischen der Verarbeitung und Befassung mit komplexen Informationen und der begrenzten Rationalität des Menschen hingewiesen wurde, hat man in Großbritannien im Jahre 2008 auf diese Erkenntnisse mit einer umfassenden Gesetzesreform (dem sog. britischen pension act) reagiert. Inzwischen sieht das Gesetz ein typisches Nudging-Instrument vor: Der Bürger ist automatisch im System eingeschrieben und muss aktiv austreten (sog. Default mit Opting-Out). So sollen mehr Menschen unbewusst zur Altersvorsorge angeregt werden, vgl. zu diesem Beispiel: *L. Reisch/J. Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, S. 47.

³⁴ Inwiefern Nudging auch im Privatrecht eingesetzt werden kann oder den Staat beim

Es soll der Blick für einen potentiellen verfassungsrechtlichen Grundkonflikt geschärft werden, welcher noch nicht bei der Überprüfung der Grundrechtskonformität einzelner Maßnahmen, sondern erst bei Einnahme einer gesamtsystematischen Perspektive im Lichte der Autonomie als Leitidee der Verfassung ersichtlich wird. Es gilt der Frage nachzugehen, ob Nudging als weiche Verhaltensbeeinflussung nicht nur auf das grundrechtlich geschützte Verhalten des Einzelnen einwirkt, sondern auch welche Folgewirkungen der vermehrte Einsatz von Nudges für die verfassungsrechtlichen Bindungen und den freiheitlichen Rechtsstaat besitzen könnte. Bevor jedoch auf diesen spezifischen systemischen Konflikt eingegangen werden kann, müssen die generellen Grenzen des Nudgings im Lichte der Selbstbestimmungsfreiheit bestimmt werden. Sofern Nudges noch nicht einmal freiheitsbeschränkend, sondern, wie teilweise behauptet, freiheitsfördernd wirken, stellt sich die nachgelagerte Forschungsfrage nämlich nicht. Diese spezifische Sichtweise hat sich aus den folgenden Gründen als fruchtbar erwiesen.

Den wesentlichen Rechtsrahmen für die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit einer hoheitlichen Maßnahme, die in Freiheiten und Rechtsgüter des Bürgers eingreifen könnte, bilden grundsätzlich die Grundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Funktion. Als subjektive, statusbegründende Rechte ermöglichen sie dem Einzelnen, sich gegen unzulässige Beeinträchtigungen des Staates zu wehren und schützen seine individuellen Freiheiten.³⁵ Ob eine staatliche Maßnahme grundrechtskonform ist, lässt sich nicht schematisch, sondern immer nur anhand einer Prüfung des Einzelfalls ermitteln. Dennoch lassen sich auch in gewissem Maße generelle rechtliche Aussagen über die Verfassungsmäßigkeit der Wirkweise eines staatlichen Handlungsinstrumentes treffen. Nimmt man Nudging allgemein in seiner Wirkung als staatliches Instrument in den Blick, so kann untersucht werden, inwiefern Nudging als staatliches Handlungsinstrument die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsfreiheit beeinträchtigen könnte. Dafür ist es elementar, zu wissen, wie verschiedene Nudges auf den Einzelnen in tatsächlicher Weise einwirken.

Als weiches Regulierungsinstrument sollen beim Nudging Rahmenbedingungen der menschlichen Entscheidungsfindung verändert werden, die auf den Willensbildungsprozess einwirken.³⁶ Äußere Entscheidungsoptionen sollen dabei nicht imperativ abgeschnitten werden.³⁷ Für eine Grundrechtsprüfung sind somit solche Grundrechte, die Schutz vor der inneren Willensbeeinflussung verbürgen, relevant. Aus diesem Grund soll Nudging in dieser Dissertation auch maßgeblich auf seine Vereinbarkeit mit der Autonomie und Selbstbestim-

Einsatz von Nudging durch private Dritte Schutzpflichten treffen könnten, soll daher nicht erörtert werden.

³⁵ M. Kloepfer, Verfassungsrecht Band II: Grundrechte, § 48 Rn. 11 ff.

³⁶ Ausführlich Dritter Teil 1.

³⁷ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 14.

mung des Einzelnen am Maßstab des Grundgesetzes überprüft werden. Ein Augenmerk ist auch darauf zu legen, inwiefern empirische Erkenntnisse über Willensfreiheit und Rationalität für die Grundrechtsinterpretation der Selbstbestimmungsfreiheit relevant sind. Dabei gilt es auch auszuarbeiten, ob das Nudging überhaupt die Selbstbestimmung des Einzelnen tangieren könnte. Befürworter des Nudgings sehen im Nudging nämlich keinesfalls eine hoheitliche Maßnahme, die in die Selbstbestimmung des Einzelnen eingreife, sondern vielmehr diese wahre, gar die grundgesetzlich geschützte Selbstbestimmung und Autonomie des Einzelnen fördere und sich im Verhältnis zu anderen staatlichen Instrumenten als das verhältnismäßig mildeste Mittel darstelle.³⁸ Indem Nudging die äußere Wahlfreiheit des Einzelnen erhalte und lediglich bestimmte Entscheidungsoptionen priorisiere, sei es dem Einzelnen etwa unbelassen, eine andere Entscheidung zu treffen.³⁹ Der Staat beschränke also den Einzelnen schon gar nicht in seiner Freiheit.⁴⁰ Sofern dies teilweise doch der Fall sei, sei seine Entscheidungsfreiheit nur marginal berührt.⁴¹ Außerdem sei diese Umstrukturierung der Wahlmöglichkeiten so geringfügig, dass sie mangels Eingriffsintensität zumeist nicht einmal die Eingriffsschwelle zum modernen Eingriffsbegriff überschreite.⁴² Tue sie dies in manchen Fällen wie zum Beispiel bei einer Neuregelung der Organspende in eine Opt-Out Lösung trotzdem,⁴³ stelle sich Nudging im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung als das mildeste staatliche In-

³⁸ U. Smeddinck, Verkehr, Mobilität, Nudging. Zugleich zum Stand von Regulieren durch Anstoßen in Deutschland, in: DÖV (2018), S. 513 (518 f.); K. Purnhagen/L. Reisch, „Nudging Germany“? Herausforderung für eine verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland, in: ZEuP (2016), S. 629 (651); D. Krimphove, Nudging als Mittel der ergänzenden Verhaltenssteuerung im Rechtssystem?, in: Rechtstheorie (2017), S. 299 (303); R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 14.

³⁹ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 15.

⁴⁰ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 14.

⁴¹ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 19; aus rechtlicher Sicht: D. Krimphove, Nudging als Mittel der ergänzenden Verhaltenssteuerung im Rechtssystem?, in: Rechtstheorie (2017), S. 299 (303, 308).

⁴² Vgl. F. Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, S. 233 f.; U. Smeddinck, Verkehr, Mobilität, Nudging. Zugleich zum Stand von Regulieren durch Anstoßen in Deutschland, in: DÖV (2018), S. 513 (518); differenziert: M. Holle, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz des Nudging als staatliches Steuerungsinstrument, in: ZLR (2016), S. 596 (611); andere Auffassung: T. Barczack, Staatliche Gesundheitssteuerung zwischen Nachwächterstaat und Nanny-State, in: Ach (Hrsg.), Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin (2013), S. 65 (113).

⁴³ M. Holle, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz des Nudging als staatliches Steuerungsinstrument, in: ZLR (2016), S. 596 (612); M. Bader, Organmangel und Organverteilung, S. 50; S. Wille, Das Recht des Staates zur postmortalen Organentnahme, in: Medizinrecht (2007), S. 91 (92); B. Spilker, Postmortale Organspende auf verfassungsrechtlichem Prüfstand, in: ZRP (2014), S. 112 (113); ebenfalls H. C. Kühn, Die Motivationslösung, Neue Wege im Recht der Organtransplantation, S. 126 ff.; K. A. Schachtschneider/D. I. Siebold, Die „erweiterte Zustimmungslösung“ des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, in: DÖV (2000), S. 129 (134) sieht im Hinblick auf die Einwilligungensproblematik nur die enge Zustimmungslösung als verfassungskonform an.

strument dar.⁴⁴ Im Gegensatz zu Ge- und Verboten, die imperativ Wahlfreiheit abschneiden, erhalte Nudging vielmehr diese und lasse dem Bürger weitreichende Entscheidungsfreiheiten.⁴⁵ Insofern sei Nudging eine vielversprechende, grundrechtskonforme Alternative für den liberalen Verfassungsstaat.⁴⁶

Die Befürworter scheinen auf den ersten Blick überzeugende Argumente zu besitzen. Allerdings verdeckt die Prüfung einzelner Maßnahmen auf ihre Grundrechtskonformität ein systematisches Problem, das sich mit dem Einsatz von Nudging stellt. Während die Wirkweise des einzelnen Nudges zumeist nur einen geringfügigen oder rechtfertigungsfähigen Eingriff in die Selbstbestimmungsfreiheit bedeutet, wird erst im Rahmen einer kumulativen Belastungssituation ersichtlich, dass viele Formen des Nudgings aufgrund ihrer zielgerichteten verdeckten Beeinflussung des menschlichen Willens in Konflikt mit der Selbstbestimmung und Autonomie des Einzelnen treten könnten. Der verfassungsrechtliche Konflikt könnte also vielmehr systemisch bedingt sein.

Die Dissertation beschäftigt sich daher zentral mit der Fragestellung, inwiefern Nudging nicht gegen den Einzelfall, sondern gegen eine Systementscheidung der Verfassung verstoßen könnte – die Vorstellung vom selbstbestimmten, autonom handelnden Menschen als eine der Verfassung zugrunde liegenden Leitidee.⁴⁷ Nimmt man eine solche Leitidee als „Konstitutionsprinzip“⁴⁸ für das Grundgesetz an, könnte ein solch systemischer Konflikt gleichwohl Folgen für den demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes, welches gerade als Gegenentwurf eines totalitären Herrschaftssystems⁴⁹ den methodologischen In-

⁴⁴ U. Smeddinck, Verkehr, Mobilität, Nudging. Zugleich zum Stand von Regulieren durch Anstoßen in Deutschland, in: DÖV (2018), S. 513 (518 f.); K. Purnhagen/L. Reisch, „Nudging Germany“? Herausforderung für eine verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland, in: ZEuP (2016), S. 629 (651); differenziert: A. van Aaken, Constitutional limits to paternalistic nudging: A proportionality assessment, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis/Wagner (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies (2016), S. 161 (190 f.).

⁴⁵ R. Thaler/C. Sunstein, Nudge, S. 22.

⁴⁶ In diese Richtung: U. Smeddinck, Verkehr, Mobilität, Nudging. Zugleich zum Stand von Regulieren durch Anstoßen in Deutschland, in: DÖV (2018), S. 513 (519); D. Krimphove, Rechtstheorie 2017, 299 (313).

⁴⁷ So das Bundesverfassungs- und das Bundesverwaltungsgericht schon in den 50er Jahren. „Das Verfassungsrecht besteht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen, sie verbindenden innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen [...]. Eine solche Leitidee ist die Auffassung über das Verhältnis des Menschen zum Staat: Der Einzelne ist zwar der öffentlichen Gewalt unterworfen, aber nicht Untertan, sondern Bürger. Darum darf er in der Regel nicht lediglich Gegenstand staatlichen Handelns sein. Er wird vielmehr als selbständige sittlich verantwortliche Persönlichkeit und deshalb als Träger von Rechten und Pflichten anerkannt. [...] Dieser Grundsatz spiegelt sich in mehreren Vorschriften des Grundgesetzes wieder (Art. 1 und 20 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3, Art. 2 und 19).“, BVerwGE 1, 159 (161) unter Verweis auf BVerfGE 2, 380 (381).

⁴⁸ Zur Menschenwürde als tragendes Konstitutionsprinzip: 6, 32 (41); 7, 198 (205); 12, 45 (53); 27, 1 (6); 35, 202 (225); 45, 187 (227); 87, 209 (228); 96, 375 (399); 144, 20 (206 f.).

⁴⁹ BVerfGE 124, 300 (328 f.) – Wunsiedel.

dividualismus als Grundaussage voranstellt und mit ihm aus Art. 1 Abs. 1 GG vom Eigenwert und der Würde des einzelnen, selbstbestimmten Menschen ausgeht, haben.⁵⁰

Den Anknüpfungspunkt für dieses Problem bildet die nicht ganz unumstrittene Frage, inwiefern dem Grundgesetz als Werteordnung⁵¹, überhaupt ein Leit- und Menschenbild zu Grunde liegt⁵², das maßgeblich vom Eigenwert des Einzelnen, von Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit geprägt ist.⁵³ In einem nächsten Schritt soll zu ermitteln sein, wie sich der Gehalt von Autonomie und Selbstbestimmung in den einzelnen Grundrechten (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 4 Abs. 1 GG) konkretisiert und normativ verbürgt.

Dabei gilt es zu beleuchten, dass sich auch die Grundrechte nicht in ihrer abwehrrechtlichen Funktion erschöpfen, sondern als „Leitideen“ bzw. „Leitbilder“⁵⁴ fungieren und mit Konrad Hesse als „Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens“⁵⁵ in ihrem objektivrechtlichen Inhalt Bedeutung für „die Ordnungen der Demokratie und des Rechtsstaats Gestalt“⁵⁶ gewinnen. Es

⁵⁰ BVerfGE 144, 20 (206 f.); *K. Stern*, HStR IX §184 Rn. 5; vgl.: *M. Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 1 GG (91. EL April 2020) Rn. 28.

⁵¹ Schon BVerfGE 5, 85 (138 f.) – KPD Verbot. Weiterhin BVerfGE 6, 32 (41); 7, 198 (205); 8, 274 (329); 12, 45 (51); 33, 1 (10); 50, 143 (250); 65 I (44).

⁵² Grundlegend: *P. Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat; vgl. auch *U. Di Fabio*, Das mirandolische Axiom: Gegebenes und Aufgegebenes, in: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag (2012), S. 13 (13 ff.); *K. Stern*, §97 Die Würde des Menschen, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 (2006), S. 8 (8 f.); BVerfGE 4, 7 (15); 7, 305 (323); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 50, 166 (175); *U. Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; kritisch dazu: *P. Lerche*, Werbung und Verfassung, S. 140; ebenso kritisch: *H. Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 167 ff.

⁵³ Gleichwohl ist die Selbstbestimmung des Einzelnen unter dem Grundgesetz nicht grenzenlos gewährleistet, sondern der Mensch in seiner Sozialbezogenheit auch den Erfordernissen des Gemeinwohls unterworfen: BVerfGE 7, 198 (205); *H. Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 41; *K. Stern*, §97 Die Würde des Menschen, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1 (2006), S. 8 (47); *P. Badura*, Staatsrecht (2018), C, Rn. 97; *U. Di Fabio*, Leitideen der Grundrechte, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion (2013), S. 35 (35 ff.).

⁵⁴ Zu den Grundrechten als Leitidee: *U. Di Fabio*, Leitideen der Grundrechte, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion (2013), S. 35 (35 ff.); zum Begriff des Leitbildes im Recht: *J. Braun*, Leitbilder im Recht; zum Menschenbild als Leitidee: *R. Zippelius*, Verhaltenssteuerung durch Recht und kulturelle Leitideen, S. 28; BVerfGE 50, 290 (337) – zur Bedeutung der Grundrechte als objektive Prinzipien mit gleichzeitigem Verweis darauf, dass der eigentliche Kern als subjektives Abwehrrecht ausgestaltet ist. Ebenfalls zur Funktion der Grundrechte als objektive Prinzipien und subjektive Rechte: *P. Badura*, Staatsrecht (2018), C, Rn. 2.

⁵⁵ *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1999), Rn. 293.

⁵⁶ *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (1999), Rn. 294.

Sach- und Namensverzeichnis

- Anreize
– finanzielle 77–79, 86, 146–148, 221
Aufklärung 93
Authentizität 14, 138, 154, 263
Autonomie 93, 101, 115, 179
– kantischer Begriff von 96
– personale 137
– Präferenz~ 195, 203
– sittliche 96
– situationsbezogene Handlungs~ 191
- Belastungssituation
– kumulative 234–239
biasing through law 173, 214
Big Data 70, 202 f.
Bürger
– mündiger 86
chilling effects 262
- Citoyen 121
Coase-Theorem 27
cooling-off-periods 168, 211, 227, 272
- debiasing* 41, 47, 53, 166, 192, 201, 245
Default-Einstellungen 53, 197, 226, 242 f.
Denormalisierung 45, 63, 280
Distanzierung
– psychische 159
Durchleuchtungseffekt 203
Dworkin, Gerald 179, 182
- Echokammer 264
Effekte
– viszerale 82, 149, 174, 244, 277
Einstellungsfreiheit 127, 136, 140, 164
Entfaltungsordnung 135, 190
Entfremdung 125, 138, 154
- Entscheidungsarchitektur 40, 159
Entscheidungstheorie 35
Entscheidungsverpflichtung 226 f.
Eudämonismus 99, 204–208
- Filterblase 263–265
Folgebereitschaft 4, 18, 109, 228
Framing 35, 53 f., 132, 259, 262
Freiheit
– innere 123, 125–127, 141, 165 f., 222, 224
Fremdbestimmung 99, 240, 271
Fremdsteuerung 153, 160, 175
- Gewöhnungseffekt 72, 216
Grundrechtseingriff
– additiver, *siehe* Belastungskumulation
– Erheblichkeitsschwelle beim 156–158
Grundrechtsinterpretation 106
- Handlungsfreiheit 67, 140, 221 f.
Handlungszwang
– faktischer 152
Heuristik 32–35, 45, 200
Hirnforschung 105, 107
homo oeconomicus 22–26, 78, 80, 109, 182
Humboldt, Wilhelm von 99 f., 207
Hypernudging 251
- Identität 113, 123–126, 136, 138, 154
Individualrechtsschutz 254, 268, 274
Informationen
– staatliche 224, 226
Informationshandeln
– staatliches 81, 168–172
informed consent 166, 201, 211
Instrumentenmix 62

- Interdependenzbeziehung 91, 118–122
 Intermediär 264, 266
- Kahneman, Daniel 27, 34
 Kant, Immanuel 75, 93 f., 99, 207
- Kommunikation
 – emotionale 86, 149, 269, 278
 – wertende 86, 169, 172, 261
- Kommunikationsgrundrechte 121, 131, 260
- Kosten
 – psychische 88, 150, 175
- Legalität 97
- Leitbild 20
- Leitidee 188, 235, 255
- Lenkungssteuer 42, 77 f., 175
- libertarianism* 181
- Meinungsbildung
 – öffentliche 70, 259, 261, 264
 – ~freiheit 130
- Meinungsbildungsprozess 119
- Menschenbild 110
 – des Grundgesetzes 101, 156
 – deskriptives 23
 – idealistisches 108
 – Wandel des 210, 220, 273
- Menschenwürde 104, 112, 118, 125–127, 273
- Mill, John Stuart 179
- Moralität 98
- Neutralität 98, 206, 208, 210
 – ~sgebot 103
- Normen
 – soziale 44, 150, 239
- Normenklarheit 249
- Nudge
 – privacy 197
- Nudging
 – digitales 70–73, 131, 154, 262–266
 – Hyper~, *siehe* auch digitales Nudging
 – individualbezogenes 202
 – informatives 168 f.
- Nutzenmaximierung 25, 42, 78, 200
- Opt-Out-Optionen 50 f., 152, 163, 230
- Ordnung
 – als Voraussetzung von Freiheit 120
- Organspende 129, 152, 221, 223, 226, 232
- Paternalismus 95, 178–180
 – autonomiewahrender 181
 – gemischter 213
 – harter 180, 188–190
 – libertärer 178, 180–214
 – rechtlicher 181
- Patientenverfügung 167, 208
- Präferenzen
 – ~bildung 39, 160
 – feststehende 159 f., 202
 – kurzfristige 158
 – Langzeit~ 41, 71, 195, 199, 210
 – stabile 26
- privacy by default* 151, 243
- Privatautonomie 116
- Privatsphäre 134, 138, 140, 230 f.
- Prospect Theory 29, 35
- Radbruch, Gustav 106
- Rationalität 200
 – ökonomische 110
- Reaktanz 216 f., 242, 279
- rebiasing* 41
- Recht
 – ökonomische Analyse des 22 f., 27, 37
 – verhaltensökonomische Analyse von 17, 109, 177
- Rechtspflicht 97
- Rechtsschutz
 – effektiver 119, 251–258
- Rechtssicherheit 118, 120, 249
- Rechtsstaat 14, 118–120
- Salienz 57–59, 168, 218
- Schockbild 133, 149, 163, 169, 174
- Schockwerbung 54, 69, 163
- Sein-Sollen-Fehlschluss 108, 193
- Sein-Sollen-Rückschlüsse 106
- Selbstbestimmung 111–117
 – informationelle 166, 198, 250, 256
 – Unfähigkeit zur 187
- Selbstbindungsregeln 65–67, 208, 211, 227
 – freiwillige 166

- Selbst-Distanzierung 162
 Selbstgefährdung
 – eigenverantwortliche 188–190
 Selbstschutz 184, 198, 204, 209 f.
 Sollensordnung 62
 Sozialmoral 62, 80
 Sphärentheorie 230–232
 Spontanität 159, 195
 Steuerungstheorie 18 f., 74 f.
 System
 – automatisches 68
 – reflektives 68
 Systementscheidung 209, 218, 254, 271
- Transaktionskosten 150
 Transparenz 69, 120, 241–245, 248
 Tugendpflicht 97
- Unbefangenheit
 – des Grundrechtsgebrauchs 153, *siehe auch* chilling effects
- Verantwortungsklarheit 250
 Verbandsklage 254 f.
 Verbraucher
 – mündiger 60
 – selbstbestimmter 172
- Verfassungsvoraussetzung 106–108
 Verhaltensbeeinflussung
 – verdeckte 167, 247, 249, 252 f., 272
 Verhaltenssteuerung
 – edukatorische 80 f., 84 f., 258
 – indirekte 76 f., 147
 – verdeckte 262
 Vertrauen 38, 217, 246, 249
- Wahl
 – Theorie der rationalen 23, 27, 29
 Weimarer Reichsverfassung 117, 136
 Werbung
 – subliminale 124, 146
 Werteordnung 10, 115, 117, 185, 188, 209
 Widerspruchslösung 51, 129, 164, 223 f.
 Wille
 – freier 105
 – ~nsfreiheit 106
 Willensbildungsprozess 88, 147, 175, 183
 Willensentschließungsprozess 138
 Wohlfahrtsökonomie 109, 205
- Zweck
 – illegitimer 183–185, 278
 – legitimer 185